



مجلة

# البحوث والدراسات القضائية والقانونية

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

- التقاضي الإلكتروني وإمكانية تطبيقه في اليمن  
القاضي. الدكتور / عبد المؤمن شجاع الدين
- أحكام القانون اليمني بشأن ضوابط التحقيق والمحاكمة في قضايا الأحداث  
القاضي. الدكتور / أطفاف عبدالله سهيل
- وظيفة الضبطية القضائية للهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد في القانون اليمني  
الأستاذ. الدكتور / منير محمد علي الجوبي
- فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق  
القاضي. الدكتور / أحمد ناصر الركن
- تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي  
الدكتور / عبدالوهاب محمد عبدالوهاب السادة
- أحكام التمسك بانعدام الحكم القضائي  
المحامي. الدكتور / مجدي عبدالملك محمد قيس
- الإشكالات والصعوبات المتعلقة بالقضاء المستعجل في قانون المرافعات اليمني  
المحامي. الدكتور / هشام قائد عبدالسلام الشميري
- تسوية المنازعات الاستثمارية في ضوء قانون الاستثمار الجديد وقانون التحكيم اليمني  
الباحثة / ندى عبد الله عبد الله طامش



مجلة

# البحوث والدراسات القضائية والقانونية

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

العدد (12) ربيع الثاني - جمادى الآخرة 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 شرف 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 بحقوقها 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- إصاق 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](mailto:jjlrs@moj.gov.ye)

موقع المجلة الإلكتروني:

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

## محتويات العدد

٦	افتتاحية العدد رئيس التحرير
٩	التقاضي الإلكتروني وإمكانية تطبيقه في اليمن القاضي. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
٢٧	أحكام القانون اليمني بشأن ضوابط التحقيق والمحاكمة في قضايا الأحداث القاضي. الدكتور/ أطفاف عبدالله سهيل
٦١	وظيفة الضبطية القضائية للهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد في القانون اليمني الأستاذ. الدكتور/ منير محمد علي الجوبي
١٣١	فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق القاضي. الدكتور/ أحمد ناصر الركن
١٥١	تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي الدكتور/ عبدالوهاب محمد عبدالوهاب السادة
١٧٥	أحكام التمسك بانعدام الحكم القضائي المحامي. الدكتور/ مجدي عبدالملك محمد قيس
١٩٩	الإشكالات والصعوبات المتعلقة بالقضاء المستعجل في قانون المرافعات اليمني المحامي. الدكتور/ هشام قائد عبدالسلام الشميري
٢٤٥	تسوية المنازعات الاستثمارية في ضوء قانون الاستثمار الجديد وقانون التحكيم اليمني الباحثة / ندى عبد الله عبد الله طامش

## افتتاحية العدد

### رئيس التحرير

بخطى واثقة وعزم لا يلين، تواصل مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية، المضي في طريق التوعية والثقافة والبناء المعرفي والقضائي والقانوني، والمساهمة في رسم ملامح ومضامين تحقيق العدالة بمفهومها الواسع الذي لا يقف عند حدود المكان والزمان، مستشعرة أهمية الدور الذي تقوم به في سبيل تحقيق ذلك الهدف السامي والفضيلة التي لا يمكن للبشرية أن تستغني عنها، أو تعيش بدونها.

وفي إطلالتها الثانية عشرة حرصت المجلة على تزويد قرائها الكرام بالعديد من المواضيع ذات القيمة العلمية والفائدة المعرفية في مجال القضاء والقانون، صاغتها أنامل كوكبة من المتخصصين من ذوي الخبرة في العمل القضائي والقانوني.

- الأولى دراسة بعنوان: (التقاضي الإلكتروني وإمكانية تطبيقه في اليمن)، لفضيلة القاضي الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين، أستاذ القانون بجامعة صنعاء، الذي اعتبر أن التقاضي الإلكتروني من أهم مظاهر تطوير القضاء في اليمن، واستعرض في دراسته مزايا التقاضي الإلكتروني وفوائده.

- الثانية دراسة بعنوان: (أحكام القانون اليمني بشأن ضوابط التحقيق والمحكمة في قضايا الأحداث)، لفضيلة القاضي الدكتور/ أطفاف عبد الله سهيل، التي ركزت في دراستها على أهمية الإجراءات الرامية لحماية الأسرة وصيانة النسيج الاجتماعي، واستعرضت في دراستها ظاهرة جنوح الأحداث والآثار المترتبة عليها، واتجاه المشرع اليمني إلى تقنين تشريع خاص يتضمن الأحكام الموضوعية والإجرائية الخاصة بمعاملتهم وكيفية محاكمتهم والإجراءات والتدابير التي يمكن أن تتخذ بحقهم.

- الثالثة دراسة بعنوان: (وظيفة الضبطية القضائية للهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد في القانون اليمني)، لفضيلة الأستاذ الدكتور/ منير محمد علي الجوبي، أستاذ القانون الجنائي، تناول فيها أهمية الضبطية القضائية ودورها في مكافحة الفساد، والأسباب والدواعي التي أنشئت بسببها الهيئة العليا لمكافحة الفساد، وعلاقة الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد مع الأجهزة الرقابية والقضائية في مجال مكافحة الفساد.

- الرابع بحث بعنوان: (فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق)، لفضيلة القاضي الدكتور/ أحمد ناصر الركن، تناول فيه تعريف وعناصر وخصائص فكرة النظام العام، والأسس الفكرية والفلسفية لتطور النظام العام.

- الخامس بحث بعنوان: (تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي)، لفضيلة المحامي الدكتور/ عبد الوهاب محمد السادة، أستاذ القانون الدولي، تناول فيها تعريف الحكم القضائي الأجنبي وشروط وإجراءات تنفيذه، وأهمية المحافظة على مبدأ السيادة، ومراعاة مصالح الأفراد من خلال الموازنة بينهما عند تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي.

- السادسة دراسة بعنوان: (أحكام التمسك بانعدام الحكم القضائي)، لفضيلة المحامي الدكتور/ مجدي عبد الملك قيس، وهذه الدراسة هي تعليق على حكم صادر عن المحكمة العليا اليمنية، تناول فيها الباحث مفهوم وأسباب وحالات وكيفية وطبيعة التمسك بانعدام الحكم القضائي.

- السابع بحث بعنوان: (الإشكالات والصعوبات المتعلقة بالقضاء المستعجل في قانون المرافعات اليمني)، لفضيلة المحامي الدكتور/ هشام قايد الشميري، أستاذ قانون المرافعات، تناول فيه مفهوم القضاء المستعجل وتعريفه، وتعريف الحماية المستعجلة وخصائصها ومضمونها، والإشكالات والصعوبات المتعلقة بالقضاء المستعجل في قانون المرافعات اليمني.

- الثامن بحث بعنوان: (تسوية المنازعات الاستثمارية في ضوء قانون الاستثمار الجديد وقانون التحكيم اليمني)، للباحثة ندى عبدالله طامش، تناولت فيه قانون الاستثمار الجديد، ونطاق سريان قانون التحكيم اليمني بالنسبة للاستثمار المحلي والخارجي، وأبرز المعوقات التي تواجه الاستثمار في اليمن، والحلول الكفيلة بإزالة هذه المعوقات..

وبعد هذا الاستعراض السريع لمحتويات هذا العدد، نرجو أن نكون قد وفقنا في اختيار المواضيع التي اشتمل عليها، والله الموفق إلى كل خير والهادي إلى سواء السبيل.





البحر والدرر  
القضاء والقانون

مجلة

البحر والدرر  
القضاء والقانون

# التقاضي الإلكتروني وإمكانية تطبيقه في اليمن

القاضي. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين

رئيس مجلس القضاء الأعلى - الأستاذ بكلية الشريعة

والقانون جامعة صنعاء

التقاضي الإلكتروني من أهم مظاهر تطوير القضاء في اليمن، وقد قامت وزارة العدل وحقوق الإنسان بإيجاد بعض تقنيات ومستلزمات التقاضي الإلكتروني كمشروع الربط الشبكي بين الوزارة والمحاكم وكذا بعض تقنيات التقاضي الإلكتروني التي تم إدخالها في المحكمة الإدارية والمحكمة الجزائية المتخصصة، وسوف نشير إلى هذا الموضوع في المطالب الآتية:

المطلب الأول: ماهية التقاضي الإلكتروني.

المطلب الثاني: متطلبات التقاضي الإلكتروني.

المطلب الثالث: مزايا وعيوب التقاضي الإلكتروني.

المطلب الرابع: إجراءات التقاضي الإلكتروني.

المطلب الخامس: تجارب بعض الدول في التقاضي الإلكتروني.

المطلب السادس: إمكانية التقاضي الإلكتروني.

## المطلب الأول ماهية التقاضي الإلكتروني

يرتبط مفهوم التقاضي الإلكتروني ارتباطاً وثيقاً بمفهوم المحكمة الإلكترونية حيث ظهر هذا المصطلح مع ظهور وسائل التطور التكنولوجي، لا سيما الإنترنت ويمكن أن يدل أحدهما على الآخر فتارة تسمى المحكمة الإلكترونية وتارة أخرى التقاضي الإلكتروني أو التقاضي عن بعد.

وتقترب فكرة التقاضي الإلكتروني من فكرة الحكومة الإلكترونية التي تعني الانتقال من تقديم الخدمات والمعلومات إلى الأشخاص بشكلها التقليدي الورقي إلى الشكل الإلكتروني عبر الإنترنت فهي عبارة عن تطوير لأداء نظام القضاء، وهي بلا شك وسيلة فاعلة للتطوير من خلال اختصار الزمن، على اعتبار أن التأجيل وإجراءات التقاضي المعقدة والطويلة نسبياً هي آفة القضاء اليوم وتذهب الدكتور نهى الجلاء إلى تعريف التقاضي الإلكتروني بأنه عملية نقل مستندات التقاضي إلكترونياً إلى المحكمة عبر البريد الإلكتروني حيث يتم فحص هذه المستندات بواسطة الموظف المختص وإصدار قرار بشأنها بالقبول أو الرفض وإرسال إشعار إلى المتقاضي يفيد علماً بما تم بشأن

هذه المستندات، وهذا التعريف غير شامل حيث أنه قاصر على عملية نقل مستندات التقاضي إلكترونياً إلى المحكمة المختصة فقط دون إجراءات التقاضي الأخرى وهذا غير دقيق. في حين عرف بعض المختصين المحكمة الإلكترونية أو المحكمة المعلوماتية بأنها حيز تقني معلوماتي ثنائي الوجود يسمح ببرمجة الدعوى الإلكترونية فهو يتألف من شبكة الرباط الدولية إلى مبنى المحكمة بحيث يتيح الظهور المكاني الإلكتروني لوحدة قضائية وإدارية يباشر من خلاله مجموعة من القضاة مهمة النظر في الدعاوى والفصل فيها بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الإجراءات القضائية مع اعتماد آليات تقنية لتدوين الإجراءات القضائية وحفظ وتداول ملفات الدعاوى، ويذهب حازم الشرعة إلى تعريف التقاضي الإلكتروني تعريفاً آخر بأنه سلطة لمجموعة متخصصة من القضاة بنظر الدعوى ومباشرة الإجراءات القضائية بوسائل إلكترونية مستحدثة ضمن نظام أو أنظمة قضائية معلوماتية متكاملة الأطراف والوسائل تعتمد منهج تقنية شبكة الرباط الدولية الإنترنت وبرامج الملفات الحاسوبية الإلكترونية بنظر الدعاوى والفصل بها وتنفيذ الأحكام بغية الوصول لفصل سريع بالدعاوى والتسهيل على المتقاضين، والواضح من هذا التعريف أنه أسهب في بيان مفهوم التقاضي الإلكتروني وإجراءاته وكان من الأفضل لو كان التعريف مختصراً فيشمل مفهوم التقاضي الإلكتروني ويبين معناه، ويذهب د. أسعد منديل إلى تعريف التقاضي الإلكتروني بأنه (سلطة المحكمة القضائية المختصة بالفصل إلكترونياً بالنزاع المنظور أمامها من خلال شبكة الربط الدولية (الإنترنت) وبالاعتماد على أنظمة إلكترونية وآليات تقنية بهدف سرعة الفصل بالخصومات والتسهيل على المتخاصمين) ومن هذا التعريف يتضح أن فكرة التقاضي الإلكتروني تقوم على ربط المحاكم ضمن دائرة إلكترونية واحدة وهذا يستلزم ابتداءً حوسبة عمل كل محكمة قضائية على حدة وربطها معاً لتؤدي عملها عبر الوسائل الإلكترونية ولتقوم قواعد البيانات مقام الوثائق والملفات الورقية على نحو يتيح سرعة الوصول إلى المعلومات وسرعة استرجاعها والربط فيما بينها، ومما لاشك فيه أن هذه الفكرة لا يمكن أن تبصر النور ما لم يتم تعديل قانوني الإجراءات والمرافعات، بنصوص قانونية تمنح القضاة سلطة النظر بالدعاوى وإصدار الأحكام القضائية بناءً على إجراءات تقاض إلكترونية، لأن التقاضي الإلكتروني يتطلب إنشاء وتصميم وبرمجة نظام قضائي معلوماتي يشمل إنشاء مواقع إلكترونية تقدم خدمات إدارية وقضائية بالإضافة إلى قاعات محاكمة مجهزة بخطوط الاتصال والحواسيب والبرامج التي تمكن القضاة من الاطلاع على المعلومات عند نظر الدعاوى وإعلان الخصوم وإطلاعهم على الإجراءات القضائية حسبما ذكر الدكتور أسعد منديل في بحثه (التقاضي عن بعد ص 3).

## المطلب الثاني متطلبات التقاضي الإلكتروني

ويمكن الإشارة إلى هذه المتطلبات الفنية ووسائل الإلكترونيات لبرامج التقاضي الإلكتروني وذلك في البندين الآتيين:

### أولاً: المتطلبات الفنية للتقاضي الإلكتروني:

#### ١- الحاسب الآلي:

وهو جهاز إلكتروني يتعامل مع المعلومات والبيانات بتحليلها وبرمجتها وإظهارها وحفظها وإرسالها وتسلمها بواسطة برامج وأنظمة معلومات إلكترونية.

#### ٢- شبكات الأجهزة والمعدات الحاسوبية:

يجب إنشاء شبكة داخلية من خلال ربط مجموعة من الحاسبات الصغيرة أو الكبيرة التي تتصل فيما بينها بحيث يتم ربط جميع الأقسام والوحدات وقاعات المحكمة ببعضها البعض مما يتيح لكل وحدة على الشبكة الاستفادة من البيانات والمعلومات المتوفرة بالشبكة.

#### ٣- شبكة الإنترنت العالمية:

وهي عبارة عن مجموعة كبيرة من شبكات الحاسوب المرتبطة مع بعضها البعض من خلال وسائل ربط متنوعة كأسلاك أو أبراج الاتصال اللاسلكية أو الأقمار الصناعية عبر مختلف أنحاء العالم ويجري تبادل الملفات بأنواعها عبر الإنترنت عن طريق البريد الإلكتروني.

#### ٤- برامج الحاسوب الإلكترونية:

وهي أنظمة أو بيانات أو تعليمات إلكترونية تستخدم لإنشاء المعلومات وإرسالها أو تسليمها أو معالجتها أو تخزينها إلكترونياً، لغرض الوصول إلى نتائج محددة أو إنها

تعليمات مكتوبة بلغة ما موجهة من جهاز فني متطور ومتعدد الاستخدامات لغرض الوصول إلى نتيجة محددة أو استغلال معلومة معينة.

## ٥- قواعد البيانات والمعلومات:

وهي عبارة عن مجموعة من الملفات التي ترتبط بعضها البعض برابطة معينة كقاعدة البيانات الخاصة بالمحكمة الاستئنافية مثلاً والتي تشمل أسماء المحاكم القضائية التابعة لها والقضاة العاملين فيها والمعاونين القضائيين والموظفين الإداريين بالإضافة إلى أرقام الدعاوى القضائية في كل محكمة وتاريخ تسجيلها.

## ٦- الإمكانيات البشرية:

وهي مجموعة من الفنيين المختصين بالمجال الإلكتروني الذين يعملون على الأجهزة التقنية ويستخدمون البرامج الإلكترونية اللازمة لها علاوة على ذلك يجب على المعنيين من قضاة وموظفي المحكمة والمحامين الحصول على دورات في علوم الحاسوب ونظم الاتصال وبرامج إنشاء المواقع الإلكترونية كما ينبغي على المحامين إنشاء مواقع إلكترونية باسم مكاتبهم أو تحديد أرقام هواتف باسم مكاتبهم التي ستمكنهم من تسجيل الدعوى القضائية إلكترونياً ومتابعة سيرها والنظر فيها، وقد ذكر هذه المتطلبات الدكتور أسعد منديل في بحثه الموسوم (التقاضي عن بعد ص ٤).

## ثانياً: الحماية التقنية للتقاضي الإلكتروني:

يقصد بالحماية هنا الضمانات التي يتم اتخاذها في مواجهة الخروقات التي يمكن أن تطال آلية عمل المحكمة الإلكترونية على اعتبار أن المحكمة تعتمد على حاسبات مرتبطة ببعضها عن طريق شبكات داخلية وترتبط هذه الشبكات بالشبكة العنكبوتية العالمية عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، ومن خلال هذه الشبكات يجري تداول بيانات المحكمة ومعلوماتها وهناك خطورة تكمن في قيام غير المعنيين بالاطلاع على هذه المعلومات وخصوصيتها وسرية بعضها

ولا شك أن هناك وسائل للحماية التقنية وهي الآتي:

١- تشفير بيانات المحكمة الإلكترونية ومعلوماتها، والتشفير: هو تدبير احترازي

يتم اتخاذه لمواجهة محاولات اختراق بيانات المحكمة الإلكترونية وضمان عدم تسرب البيانات والمعلومات المخزونة إلكترونياً إلى الغير أو تعديلها إذ يقوم الترميز أو التشفير بالحيلولة دون الدخول غير المشروع للغير في الاتصالات والمبادلات التي تتم بين المحكمة الإلكترونية والخصوم أطراف الدعوى القضائية، حيث تكون هناك شفرة عبارة عن رموز غير مفهومة وهذا يؤدي إلى الحماية المطلوبة، أما عن آلية التشفير فكها فهو عملية من عمليات الترميز المعقدة والسرية إذ يتم اتباع معادلات معينة لتغيير شكل البيانات وعدم تمكين الغير من الاطلاع على البيانات وتفسيرها والاستفادة منها حتى وإن تمكن من الوصول إلى هذه البيانات إلا أنها تبقى غير مفهومة له ومبهمه لأنه لا يمكن له قراءتها دون فك الشفرة، ولا يستطيع فك الشفرة إلا المستقبل للبيانات الذي لديه القدرة على استعادة محتوى الرسالة في صورتها الأصلية قبل التشفير من خلال استخدام عملية عكسية لعملية التشفير تسمى الحل.

٢- تأمين سرية البيانات: يقصد بالتأمين توفير الحماية لمحتوى بيانات ومعلومات الدعوى الإلكترونية ضد محاولات التغيير أو التعديل أو التزوير خلال مراحل تبادل المذكرات والعرائض والوثائق إلكترونياً مع ضمان التحقق من شخصية المرسل للمحافظة على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بأطراف الدعوى القضائية الإلكترونية وهذا ما يمنع الغير من الحصول على تفاصيل الدعوى القضائية الإلكترونية إلا من خلال أطرافها، إذ تتولى الشركة الفنية المختصة القائمة على إدارة التقاضي الإلكتروني تحديد الأشخاص المخولين بالدخول إلى نظام المعلومات وتسجيل الدعاوي القضائية والاطلاع عليها كالقضاة والمحامين والخبراء وأطراف الدعوى وموظفي المحكمة وذلك بتزويد هؤلاء باسم.

مستخدم وكلمة مرور خاصة بكل منهم لكي يتمكنوا من الاطلاع على أدق التفاصيل في دعواهم وهذا النظام يضمن منع الأشخاص غير المرخص لهم من اختراق نظام المعلومات والاطلاع على مستندات الدعوى القضائية ووثائقها (انظر المرجع السابق ص ٣).

## المطلب الثالث عيوب التقاضي الإلكتروني ومزاياه

التقاضي الإلكتروني له عيوب ومزايا وبيان ذلك على النحو الآتي:

### أولاً: عيوب التقاضي الإلكتروني:

- ١- انتشار الفيروسات في الأجهزة الإلكترونية مما قد يؤدي إلى إتلاف كل محتويات برامج الحاسوب.
- ٢- ظهور أعمال القرصنة على أجهزة الحاسوب ومحاولات خرق تلك الأجهزة.
- ٣- المساس بضمانات المحاكمة العادلة، لأن التقاضي الإلكتروني يلغي أهم مبادئ المحاكمة العادلة وهي مبدأ علانية المرافعة، فعلائية جلسات المرافعة تعني أن تبقى أبواب قاعة المحكمة مفتوحة أمام الجميع ليحضر المرافعة من يشاء من الأشخاص دون تمييز ويكون رقيباً على أعمال السلطة القضائية، كما إن ذلك يعطل مبدأ المواجهة والذي يقصد به أن تتم الإجراءات في حضور الخصوم حتى يرى ويسمع كل منهم المرافعات وأقوال الشهود وهم جميعاً متساوون في حق تقديم أدلتهم الثبوتية، كما أن لكل خصم الحق في مناقشة الأدلة التي يتقدم بها خصمه، وفي كل الأحوال فإنه لا يمكن الاستغناء عن مبدئي العلانية والشفوية والمواجهة في المرافعة القضائية، فلا يمكن القبول بالاحتكام للحاسوب في إصدار الأحكام أو إجراء المحاكمات القضائية في مجال افتراضي بشكل سري وكتابي وغيابي لذلك لا بد من التفكير جيداً بإجراءات تضمن هذه المبادئ كأن يتم نقل إجراءات المحاكمة أمام المحامين في قاعة تضم شاشة كبيرة للعرض لضمان علانية المحاكمة مثلما هو الحال في المحكمة الجزائية المتخصصة بصنعاء.

### ثانياً: مزايا التقاضي الإلكتروني:

- إن نظام التقاضي الإلكتروني يتميز بجملة من المزايا منها ما يأتي:
- بساطة إجراءات التقاضي واختصار الوقت، حيث إنه من خلال الحاسب الآلي لا حاجة لانتقال المحامين أو الخصوم إلى المحكمة لحضور جلسات المرافعة والاطلاع على

قرارات المحكمة أو الحكم الصادر في الدعوى ولا حاجة للسفر من بلد إلى آخر لحضور جلسات المرافعة ولا حاجة لانتقال المحضر لإعلان الخصوم ومتابعتهم في مواطنهم كما أنه لا حاجة لحضور المحامين والخصوم إلى المحكمة لتسليم المذكرات القضائية، فالتقاضي الإلكتروني يغلق أبواب التخلف عن حضور جلسات المحاكمة ويقطع الطريق على افتعال الأعذار لكسب الوقت من الخصم المماطل ومن جهة أخرى يقلل التقاضي الإلكتروني من تكبد دعاوي القضايا ويخفف من الاحتقانات والتوتر والمشاحنات بين الخصوم لاسيما في الدعاوي التجارية والمالية والشخصية.

-رفع مستوى أداء المحاكم، حيث إن نظام المحكمة الإلكترونية يجعل سجلات المحكمة أكثر أماناً، لأن الوثائق والمستندات الإلكترونية أكثر مصداقية من المستندات العادية (الورقية) فمن السهل اكتشاف أي تغيير أو تحوير فيها بالإضافة إلى سهولة الاطلاع عليها والوصول إليها، كما يساعد نظام المحكمة الإلكترونية على التخلص من الأرشيف القضائي الورقي الضخم واستبداله بأرشفة إلكترونية بسيطة باستعمال أقراص مدمجة ونسخ احتياطية منها تتسع للمعلومات جميعاً ولا تشغل إلا حيزاً مكانياً بسيطاً بدلاً من الأرشيف الضخم الذي يشغل أماكن واسعة، وتسمح آلية عمل المحكمة الإلكترونية بالتدوين الإلكتروني للدعاوي القضائية وتوثيق ادعاءات الخصوم ودفعهم بعبارات الخصوم أنفسهم دون أدنى تدخل من القاضي أو أمين السر في صياغة أقوال الخصوم بالاختصار أو الحذف أو التعديل مما يكون له الأثر الفاعل في صحة تصور القاضي للدعوى القضائية والوصول إلى حكم سريع فيها.

-يوفر التقاضي الإلكتروني السرية التامة في تداول ملفات الدعوى القضائية والمحافظة على المعلومات والأسرار التي يخشى أطراف الدعوى من إفشائها على العامة.

-من خلال الاتصال الإلكتروني بين المحكمة الإلكترونية ونقابة المحامين يتسنى للمحكمة معرفة ما إذا كان المحامي مسجلاً بالنقابة من عدمه ودرجة الترافع أو أنه قد أُلغيت عضويته من النقابة أو عضويته معلقة لارتكابه مخالفات.

## المطلب الرابع إجراءات التقاضي الإلكتروني

وسنذكر أولاً إجراءات رفع الدعوى الإلكترونية وثانياً نذكر برمجة الدعوى القضائية الإلكترونية.

### أولاً: إجراءات رفع الدعوى الإلكترونية:

ذكر الدكتور أسعد منديل هذه الإجراءات فقال: (أول إجراءات التقاضي التي تمر بها الدعوى القضائية هو تسجيل الدعوى أو قيدها في السجلات الرسمية للمحكمة المختصة بعد دفع الرسوم القضائية، وتسجيل الدعوى القضائية الإلكترونية يكون من خلال موقع المحكمة المختصة على شبكة الإنترنت الذي يحمل عنواناً معيناً يستطيع من خلاله الخصوم والمحامون الدخول إلى النظام وتسجيل الدعاوى القضائية وتسليم الوثائق والمستندات ودفع الرسوم القضائية، حيث يقوم المدعي بإعداد عريضة الدعوى والمدعى عليه بإعداد رده على الدعوى القضائية على قرصين مدمجين (CD) يملكان السعة ذاتها ثم يتم إدخال بيانات هذين القرصين إلى البرنامج الحاسوبي ثم يقوم المدعي بتوكيل محام للدفاع عنه بشكل إلكتروني عن طريق الربط الإلكتروني مع قلم التوثيق المختص، فيستصدر وكالة بالخصومة بعد إدخال بياناته اللازمة المطلوبة والتأكد من هويته عن طريق الربط الإلكتروني مع مديرية الأحوال المدنية المختصة في نطاق مشروع الحكومة الإلكترونية، فيطلب منه إدخال رقمه الكودي الذي يحصل عليه من نقابة المحامين وذلك من خلال تفعيل قانون التوقيع الإلكتروني والحكومة الإلكترونية وبعدها يقوم الحاسوب الرقمي بالتحقق من صحة البيانات والتأكد من هوية مستخدم الموقع ويسمح له بالدخول ويفتح له قائمة لاختيار المحكمة المختصة مدنية كانت أو جزائية، ويرفق المحامي بعريضة الدعوى الموقعة إلكترونياً منه بريده الإلكتروني أو رقم هاتفه المحمول لمراسلته إلكترونياً وبعد التأكد من كافة المستندات والوثائق المرفقة وتسديد رسوم الدعوى عن طريق النقود الإلكترونية أو وسائل السداد المتعددة مثل ماستر كارد أو فيزا كارد أو تحويل بنكي يتم تسجيلها كمحرر إلكتروني بالمحكمة المختصة، وخيارات الدفع الإلكتروني للرسوم القضائية كثيرة ومتنوعة ولكن المشكلة التي تكمن في تطبيق هذه الطرق هو الكيفية في مراقبة هذه الوسائل ويذكر الدكتور أسعد منديل أنه من الأفضل إعداد برنامج إلكتروني بجانب برنامج الدعوى يتم فيه إدخال

بيانات لقيم الدعاوى ونسبة الرسوم فإن استوفى الرسم القانوني قيمته الصحيحة تظهر البيانات الدالة على ذلك التي تشير إلى قيمة الرسم وما تم دفعه وكيفية الدفع وإذا لم تدفع الرسوم أو كانت الرسوم ناقصة يشعر البرنامج كل من يريد فتح ملف الدعوى بأن هناك خللاً يتعلق بقيمة الرسم، وبعد إتمام تسجيل عريضة الدعوى القضائية إلكترونياً ودفع الرسوم القضائية عنها يتم إجراء الإعلانات القضائية وتحتل هذه المرحلة أهمية بالغة الخطورة في العمل القضائي لأنه إذا لم تتم الإعلانات بصورة صحيحة يترتب على ذلك البطلان، وفي التقاضي الإلكتروني تتم الإعلانات القضائية بطريقة إلكترونية كالإعلان بواسطة البريد الإلكتروني أو بواسطة الهاتف الخليوي، ولغرض إتمام عملية الإعلان الإلكتروني نكون إزاء احتمالين:

الأول: هو علم المدعي بالبريد الإلكتروني للمدعى عليه: والذي يورده في عريضة دعواه فيقوم الموظف المختص عبر موقع المحكمة الإلكتروني بإعلان المدعى عليه بها حيث يتضمن الإعلان رقم الدعوى وتاريخ ومكان انعقاد الجلسة بالإضافة إلى الرقم الكودي الموحد الذي يستطيع المدعي من خلاله مطالعة دعواه عن بعد وتبادل المذكرات إلكترونياً ومتابعة قرارات المحكمة فيما بعد.

والثاني: عدم علم المدعي بمحل إقامة المدعى عليه أو بريده الإلكتروني: في هذه الحالة يقوم موظف قلم المحكمة الإلكترونية من خلال الربط الشبكي مع قاعدة بيانات مديرية الأحوال المدنية بطلب الحصول على بيانات المدعى عليه اللازمة للإعلان مثل محل الإقامة أو محل عمله أو البريد الإلكتروني الخاص به وبعد إجراء الإعلانات القضائية وتحديد ميعاد الجلسة الأولى يأتي بعدها موضوع حضور الخصوم وغيابهم أمام المحكمة الإلكترونية والآثار القانونية المترتبة على ذلك، فالتقاضي الإلكتروني يوفر مديلاً ومستوعباً وربطاً شبكياً بينهما فالمدخل هو الصفحة الرئيسية لموقع النظام على الإنترنت يستطيع الخصوم ووكلاؤهم وبقية الأشخاص الدخول إليه وتحديد نوع الخدمة أو الإجراء المراد تنفيذه، والمستوعب هو وحدات من الأجهزة الإدارية والقضائية التي تستقبل المراجعين وبرامج حاسوبية تقوم بعملية التوثيق التقني لكل إجراء، والربط الشبكي بينهما هو وسيلة التواصل والدخول من صفحات ضمن موقع إلكتروني على خط شبكي عالمي إلى خط شبكي حاسوبي مقيد له أنظمة حماية معروفة تعتبر جدراناً نارية مانعة من دخول القراصنة والمتطفلين لقواعد البيانات الداخلية الخاصة بالدعاوى، وعليه فلا يشترط الحضور الشخصي للخصوم إلى مكان المحكمة حيث يستطيع الخصوم الدخول للمحكمة الإلكترونية من أي مكان فيه جهاز حاسوب متصل بشبكة الإنترنت بواسطة

موقع نظام التقاضي الإلكتروني يستطيع المدعي الحصول على المعلومات المتعلقة بالنظام وكيفية تسجيل الدعاوى بالدخول إلى الموقع والاتصال بالموظفين والتحدث معهم لمعرفة تفاصيل عمل النظام وكيفية إقامة الدعاوى القضائية وإثبات ما يدعيه المدعي وبعدها يستطيع الحضور والمثول بواسطة الموقع بالدخول إلى صفحة القاضي وقاعة المحكمة ليقوم كتابة المواقع الإلكترونية بالتأكد من صفته وإدخاله إلى قاعة المحكمة ليتمكن القاضي من مباشرة الإجراءات القضائية وكذلك الأمر بالنسبة للمدعي عليه الحاضر ويتم توثيق هذا الحضور تقنياً، أما بالنسبة إلى المحامين فيستطيعون تمثيل الخصوم من مكاتبهم دون حاجة لحضورهم إلى المحكمة في مواعيد الجلسات ويمكنهم تجهيز وتصميم ملفات إلكترونية تتضمن عريضة الدعوى والبيانات والوثائق المطلوبة وإرسالها إلى وحدة تسجيل الدعاوى القضائية وفي حالة طلب أصل الوثائق والأدلة المقدمة في الدعوى يستطيع المحامي تأمين إرسالها إما بالحضور الشخصي إلى المحكمة أو إرسالها بواسطة بريد النظام الذي يعتبر جزءاً من وحدة الإعلانات الإلكترونية (التقاضي عن بعد، د. أسعد منديل ص ٧).

## ثانياً: برمجة الدعوى القضائية الإلكترونية:

بعد استلام موظف قلم المحكمة الإلكترونية عريضة الدعوى ومرفقاتها وتحديد الحاسوب ميعاد الجلسة وتاريخها يحضر قضاة المحكمة المختصة في الميعاد المحدد ويتم فتح الحاسوب على منصة القضاء ومن خلال شبكة الاتصالات الداخلية المتوفرة بالمحكمة والمتصلة بجميع أقسامها يتم إرسال الدعوى إلى الحاسوب الخاص بالمحكمة مع كافة المحررات الإلكترونية المرسلة والمستقبلية بملف الدعوى الإلكتروني، فنظام التقاضي الإلكتروني يضع طريقة جديدة لتقديم بيانات ووثائق ومرفقات الدعوى وتحديد مواعيد الجلسات وتقديم الدفوع ضمن جدول جلسات منتظم ومحدد مسبقاً لكل دعوى. وعند حضور أطراف الدعوى ومحاميهم تبدأ المحكمة بسماع أقوال المدعي أولاً ثم أقوال المدعى عليه وذلك بإحدى الطرق الثلاث الآتية:

١- أن يتحدث الخصم ويقوم أمين السر بإدخال تلك المعلومات على الحاسوب في المحرر الإلكتروني للدعوى وهو أشبه بمحضر الجلسة على أن يتم عرض تلك الدفوع والطلبات على شاشة العرض.

٢- أن يتحدث الخصم بواسطة تقنية حديثة تتمثل في استخدام برنامج يسمى (Voice talk) وفيه يقوم الشخص بالتحدث عبر المايك المخصص لذلك ويقوم البرنامج بنقل تلك الإشارات الصوتية وترجمتها إلى كلمات تدون في المحرر الإلكتروني ويظهر على شاشة العرض الموجودة بقاعة المحكمة.

٣- بتقديم مستندات الدعوى ووثائقها وبياناتها بشكل إلكتروني، إن تدوين إجراءات التقاضي في نظام المحكمة الإلكترونية يتم بطرق مختلفة عما يجري في المحاكم القضائية التقليدية، حيث يتم تحضير الخصوم وسماع شهادة الشهود إلكترونياً وتدون كل الإجراءات تقنياً في ملف الدعوى الإلكتروني الذي يكون برنامجاً يحتوي على قدرة تخزينية للصوت والصورة بحيث يستطيع القاضي مباشرة المحاكمة إلكترونياً من خلال المحضر الإلكتروني الذي يظهر فيه صوت وصورة القاضي، وصوت وصورة المدعي أو وكيله، وصوت وصورة المدعى عليه أو محاميه وشهادة الشهود وبعد الانتهاء من كل جلسة يقوم أمين السر بحفظ محضر الجلسة، فمحاضر الجلسات الإلكترونية عبارة عن عرض سير المحاكمات بالصوت والصورة كما حصلت تماماً، أما بالنسبة إلى مرفقات عريضة الدعوى ووثائقها ومستنداتها فتحفظ مع ملف الدعوى وتخزن صور المسح الضوئي لها على ملفات معينة كملف البي دي إف (PDF) بحيث يكون ملف الدعوى عبارة عن برنامج يضم قسمين، الأول: يضم تدويناً تقنياً مسجلاً بالصوت والصورة لمجريات الجلسات والمحاكمات سواء تمت بالحضور الشخصي للخصوم إلى المحكمة من خلال أجهزة الحاسوب وكاميرا الجهاز التي تصور الشخص الحاضر وما يقدمه من طلبات وما يثيره من دفوع أو بالحضور بواسطة الموقع الإلكتروني، وبعد الانتهاء من كل جلسات المحاكمة يقوم أمين السر بطباعة تلك الجلسات الموثقة بالتسجيل الصوري وحفظها بملفات ورقية كطريقة توثيق إضافية لجلسات المحاكمة القضائية، وعندما توشك المحكمة على تكوين قناعتها بموضوع الدعوى وبعد أن ينتهي الخصوم من تقديم طلباتهم وإبداء دفاعهم بحيث تصبح الدعوى صالحة للفصل فيها تقرر المحكمة حجز القضية للحكم لكي يتمكن القضاة أعضاء المحكمة القضائية من الاختلاء بأنفسهم وإجراء المداولة الإلكترونية فيما بينهم على اعتبار أن كلاً منهم لديه نسخة من ملف الدعوى على دعامة إلكترونية من خلال صفحات المحكمة الإلكترونية الآمنة وبعد انتهاء المداولة بين أعضاء المحكمة وتوصلهم إلى الرأي النهائي يصدر حكمهم بالاتفاق أو بالأغلبية

ويتم التوقيع عليه من قبلهم من خلال تفعيل التوقيع الإلكتروني على ملف الدعوى القضائية.

وبعد توقيع الحكم من قبل أعضاء المحكمة يتم إيداعه والنطق به ثم خروج الحكم من حوزة المحكمة وإرساله إلى إدارة المحكمة لغرض إيداع نسخة منه بملف الدعوى لكي يتمكن الخصوم من الاطلاع عليه ثم يقوم موظف قلم المحكمة الإلكترونية بإعلان الحكم للخصوم فور صدوره كما يمكن للخصوم الاطلاع عليه بعد صدوره بملف الدعوى الإلكتروني بما يضمن الإعلان الشخصي للأحكام وذلك حتى يتمكن الخصوم من الاطلاع عليه والطعن فيه في حالة عدم القبول به من قبل أحد الخصوم، وبصدور الحكم القضائي في الدعوى الإلكترونية يحوز الحكم حجية الشيء المقضي به ويعتبر عنواناً للحقيقة وبعد الحصول على نسخة من الحكم القضائي بالطريقة الإلكترونية يصبح الحكم قابلاً للتنفيذ.

## المطلب الخامس

### تجارب التقاضي الإلكتروني في بعض الأنظمة القضائية

وسوف نذكر هذه التجارب في كل من أمريكا والصين وسنغافورة والبرازيل والعراق والإمارات والسعودية، وقد تم ترتيب الدول بحسب تاريخ إدخالها لنظام التقاضي الإلكتروني.

#### أولاً: الولايات المتحدة الأمريكية؛

ترفع الدعوى إلكترونياً عبر موقع إلكتروني خاص تملكه شركة خاصة يقع مركزها الرئيسي في مدينة سانتا بوبوا بولاية كاليفورنيا وقد بدأت في تشغيل هذا الموقع سنة ١٩٩١م، ويقدم هذا الموقع العديد من الخدمات الإلكترونية حيث يسمح للمحامين والمتقاضين بتقديم مستنداتهم القانونية بطريقة إلكترونية وفق منظومة متكاملة كما يسهم هذا الموقع بتقليل كلفة رسوم التقاضي ومصاريفه المبالغ فيها والتخلص من الكميات الهائلة من الأوراق والمستندات المرتبطة بالدعوى والتي تكتظ بها قاعات وغرف المحكمة ويسمح للمحاكم بأداء وظيفتها بطريقة أكثر فاعلية كما يوفر هذا الموقع إمكانية استلام المستندات في أي وقت يومياً حتى في أيام الإجازات والعطل الرسمية طوال أربع وعشرين ساعة ومن أي مكان عبر شبكة الإنترنت.

## ثانياً: الصين؛

أنشأت الصين وتحديدًا في مدينة زيبو في إقليم شاندونج محكمة إلكترونية تعتمد على برنامج حاسوبي متطور يقوم هذا البرنامج بحفظ القوانين والأنظمة النافذة كافة بالإضافة إلى حفظ السوابق القضائية، وتبدأ الدعوى أمام المحكمة الإلكترونية بإعداد كل من الدفاع والادعاء للدعوى والرد عليها ومطالبهما على قرصين مدمجين (CD) يملكان السعة ذاتها ثم تدخل بيانات هذين القرصين إلى البرنامج الحاسوبي لغرض الاحتكام للقاضي الإلكتروني الذي يمكنه أن يطلب رأي القاضي البشري بخصوص بعض التفاصيل الخاصة أو تلك المتعلقة بالنواحي الإنسانية قبل أن يقوم بإصدار الحكم والعقوبات المفروضة.

## ثالثاً: سنغافورة؛

تأسست عام ٢٠٠٠م أول محكمة إلكترونية متخصصة في فض المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية على شبكة الإنترنت وفيها يقدم الخصم عنواناً بريدياً وعنواناً حقيقياً في منزله أو شركته وذلك بالتوجه نحو موقع المحكمة وتعبئة الاستمارة الخاصة بتقديم الشكوى واقتراح ما يراه من حل، والتعرف على رقم قضيته إلكترونياً وبعد استلام المحكمة طلبه ترسل إلى الطرف الآخر الذي يدعي أن له حقاً عنده وتعلمه خلال ثلاثة أيام بالوقائع المقدمة ضده ويكون له الحق في قبول المثل أمام المحكمة أو القبول بملء استمارة مماثلة لاستمارة المدعي فإذا لم يرد خلال فترة معينة تلغى القضية، كما يمكنه الرد بالدفاع عن نفسه في فترة من أسبوع إلى أربعة أسابيع وبعد استلام المحكمة الإلكترونية لرسالة المدعي عليه بالقبول تختار المحكمة الجهة القانونية التي ستقوم بفض النزاع وبعد إعلام الطرفين تبدأ عملية التقاضي وتتم كل الاتصالات عن طريق البريد الإلكتروني والمحادثات الإلكترونية، علماً بأنه لا مانع من لقاء الخصمين أمام المحكمة الإلكترونية وجهاً لوجه وتسليم وثائق إضافية وتتضمن المحكمة الإلكترونية للطرفين سرية المعلومات المقدمة لها.

## رابعاً: البرازيل؛

يقوم النموذج البرازيلي في تطبيق التقاضي الإلكتروني على استخدام برنامج حاسوبي يعتمد على الذكاء الاصطناعي يسمى بالقاضي الإلكتروني، ويوجد هذا البرنامج

على جهاز حاسوب محمول يحمله قاض متجول الهدف منه سرعة المساعدة في تقييم شهادات الشهود وتدقيق الأدلة بطريقة علمية في مكان وقوع الجريمة. وقد صمم هذا البرنامج القاضي فالس فيوروزا عضو محكمة الاستئناف العليا في ولاية أسبيريتو سانتو وخضع البرنامج قبل تسويقه لاختبار ثلاثة قضاة في الولاية، ويعد هذا البرنامج جزءاً من خطة يطلق عليها (العدالة على عجلات) ومن المؤمل أن يسهم هذا البرنامج في تسريع البت في الدعاوى المتراكمة في البرازيل وذلك بالحكم الفوري في الحالات غير المعقدة، علماً أن هذا البرنامج الحاسوبي لا يحل محل القضاة الحقيقيين ولكنه يجعل أداءهم أكثر كفاءة.

### خامساً: العراق؛

وفر مجلس القضاء العراقي في عام ٢٠٠٨م للمتقاضين خدمة الاستعلام عن بعد، وذلك من خلال نظام البريد الإلكتروني الذي استخدم أول مرة في محكمة الكاظمية وذلك بالتزامن مع افتتاح عدد إضافي من دور العدالة في العراق واعتماد التكنولوجيا الحديثة في مجال إدارة القضاء. ثم بعدها أعلن المجلس عن إطلاق مشروع الدعوى المدنية الإلكترونية بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي والذي تم تطبيقه بشكل تجريبي في محاكم بغداد والبصرة، ويعد هذا المشروع خطوة مفصلية في طريق تحديث أساليب العمل في المحاكم وأجهزة القضاء الأخرى، ويقوم هذا المشروع على نظام نموذجي لسير الدعوى ابتداءً من تسجيلها ومروراً بجلسات المرافعة فيها والقرارات العادية التي تؤخذ من قبل القاضي خلال سير الدعوى وانتهاء بالحكم النهائي وتوثيق هذا الحكم وفقاً لأحدث الأساليب الإلكترونية.

وقد ساعد برنامج الأمم المتحدة الإنمائي العراق على إطلاق هذا المشروع من خلال تزويده بالأجهزة الإلكترونية اللازمة وتدريب الكوادر العراقية الإدارية والقضائية والفنية على التعامل مع هذا النظام الإلكتروني المتطور، وسيوفر هذا النظام خدمات كثيرة للعاملين بالمجال القضائي وللمواطنين بالإضافة إلى المحامين وسيخلق الشفافية بالدعاوى القضائية ويقلل من الازدحام على المحاكم وينظم العمل فيها ويوفر إحصائيات دقيقة عن عمل هذه المحاكم وبالتالي يمكن الاعتماد على هذه الإحصائيات في بناء استراتيجيات وخطط مستقبلية لتطوير العمل القضائي بالعراق (التقاضي عن بعد - أسعد منديل ص ٨).

## سادساً: الإمارات العربية المتحدة:

لقد اطلقت النيابة العامة بإمارة دبي من خلال موقعها الإلكتروني [www.dxbpp.gov.ae](http://www.dxbpp.gov.ae) النظام الإلكتروني لشكاوي المتقاضين وإجراءات التقاضي، وهذا النظام عبارة عن موقع على الإنترنت يستطيع من خلاله المستخدم الحصول على المعلومات المتوافرة باستمرار عن الدعاوى المعروضة على المحاكم في دبي كما يستطيع المحامون والمواطنون من تقديم الطلبات المختلفة المتعلقة بالدعاوى، فيستطيع المحامي إرسال عريضة الدعوى مباشرة إلى القسم المسؤول عن تسجيل الدعاوى ودفع الرسوم عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية، كما بإمكان الخصوم متابعة الدعاوى الخاصة بهم ومعرفة وقائع الجلسات بعد الانتهاء منها دون الحاجة لمراجعة المحامين للحصول على معلومات منهم، ويقدم هذا النظام خدمات قانونية أخرى منها خدمة البحث عن التشريعات والأحكام والتي تعتبر مكتبة قانونية إلكترونية قائمة بحد ذاتها، فيستطيع المستخدم الحصول على القوانين والتشريعات النافذة في دبي وفي عموم الإمارات العربية المتحدة وكذلك أحكام محكمة الاستئناف والتمييز الإماراتية.

## سابعاً: المملكة العربية السعودية:

تعتبر محكمة جدة أول محكمة في المملكة العربية السعودية تعمل بنظام التقاضي الإلكتروني باستخدام النظام الشامل ابتداء من تسجيل الدعوى القضائية وإجراء الإعلان الإلكتروني وانتهاء بإصدار الحكم القضائي وتقوم المحكمة باستلام عريضة الدعوى من خلال دخول المدعي إلى موقع المحكمة لتسجيلها إلكترونياً ثم تتابع سير إجراءات التقاضي في المحكمة إلكترونياً وتنتهي بإصدار الحكم في آخر جلسة، وفي مجال القضاء الإداري فقد تم اطلاق البوابة الإلكترونية لديوان المظالم التي تقدم مجموعة من الخدمات الإلكترونية والتي منها (نافذة المعرفة) وهي عبارة عن قاعدة بيانات تحتوي على الأنظمة واللوائح والقرارات وغيرها مما يحتاج إليه القاضي والمحامي والخصوم للاستناد إليها في الدعاوى المنظورة أو الاستفادة منها أثناء الترافع الإلكتروني وربطها بالسوابق القضائية والمبادئ التي استقر عليها قضاء الديوان.

## المطلب السادس

### إمكانية التقاضي الإلكتروني في اليمن

من خلال مطالعة ما ورد في المطالب السابقة نجد أن التقاضي الإلكتروني يسهل الوصول إلى العدالة ويبسط إجراءات التقاضي إضافة إلى أنه يقلل من المصاريف والتكاليف ويوفر الجهد والوقت والمال، إلا أن الدول التي ارتادت هذا المجال كانت تتدرج في تطبيقه، حيث يتم تطبيقه في بعض المحاكم، ثم يتسع مجال تطبيقه بحسب النجاحات التي تحرزها المحاكم التي تطبقه، ولذلك ينبغي أن يكون هذا الأمر محل اعتبار عندما تتجه اليمن إلى تطوير قضائها، كما أن بعض الدول التي ارتادت هذا المجال لم تقم بتطبيق التقاضي الإلكتروني دفعة واحدة حيث بدأت في تطبيقه في بعض مجالات التقاضي، وهذا الأمر ينبغي مراعاته عند التفكير بتطبيق التقاضي الإلكتروني في اليمن، كما ينبغي التفكير فيما يتعلق بالتعديلات القانونية التي يستدعيها تطبيق التقاضي الإلكتروني بالإضافة إلى كيفية المعالجة التشريعية لمبدأ العلنية والشفوية ومبدأ المواجهة عند تطبيق التقاضي الإلكتروني.

ولذلك فإنه من الممكن تطبيق التقاضي الإلكتروني في اليمن على النحو الآتي:

#### أولاً: تطبيق التقاضي الإلكتروني في مجال الإعلانات القضائية:

حيث يمكن تطبيق التقاضي الإلكتروني في مجال الإعلانات القضائية في كل محاكم الجمهورية لأن ذلك لا يتطلب سوى وجود عنوان إلكتروني أو موطن إلكتروني للشخص المراد إعلانه أو رقم هاتفه الخليوي، كما أنه لا يترتب على الإعلان الإلكتروني التأثير على شفوية المرافعات وعلانيتها أو مبدأ المواجهة، ولكن ذلك يستدعي تعديل المادة (٢٩) مرافعات التي حددت بأن الإعلان يتم بواسطة المحضر أو صاحب الشأن وذلك بإضافة عبارة (أو بواسطة الرسائل الهاتفية أو الإيميل وكذا تعديل المادة (٤٢) التي أوجبت أن يعرض المحضر أو صاحب الشأن أوراق الإعلان على الخصم أينما وجد وذلك بإضافة عبارة (ويجوز أن يتم الإعلان بواسطة الرسائل الهاتفية أو الإيميل)، ومن وجهة نظرنا أنه ينبغي المسارعة في تطبيق التقاضي الإلكتروني بالنسبة للإعلانات القضائية لأنها كثيرة في النظام الإجرائي اليمني ولأنها سوف يترتب على تطبيقها إلكترونياً توفير الجهد والوقت والمال ومعالجة ظاهرة بطء إجراءات التقاضي، ففي بداية الدعوى لابد

من إعلانيين صحيحين وعندما يغيب المدعى عليه يتم إعلانه وعند التأجيل لا بد من إعلان... الخ، فالإعلانات القضائية التقليدية عبء ثقيل على القضاء والخصوم والوطن.

### ثانياً: تطبيق التقاضي الإلكتروني في محكمتين نموذجيتين؛

بالإضافة إلى تطبيق الإعلانات القضائية الإلكترونية على النحو المبين في الفقرة السابقة فإنه يمكن تطبيق التقاضي الإلكتروني بمفهومه العام السابق بيانه في المطالب السابقة على مستوى محكمتين نموذجيتين لقلّة الكلفة وسهولة المراقبة والمتابعة لهذه التجربة وسهولة تقييمها وتقويمها ومعالجة أي اختلالات قد تظهر في أثناء التطبيق، وحتى يكون هذا التطبيق نموذجاً تتم الاستفادة منه في المحاكم الأخرى بصورة تدريجية.

### ثالثاً: إعداد المحاكم عامة للتقاضي الإلكتروني؛

في المطالب السابقة تناولنا كيفية التقاضي الإلكتروني ومتطلباته وعيوبه ومزاياه، ومن خلال ذلك ظهر لنا بجلاء تام المتطلبات التشريعية والتقنية لتطبيق التقاضي الإلكتروني، ولذلك لا بد من إعداد المحاكم كافة وتجهيزها بحسب الإمكانيات المتاحة لتطبيق التقاضي الإلكتروني، لأن التقاضي مستقبلاً لن يتم إلا إلكترونياً وهذا من المسلمات التي لا جدال فيها بالإضافة إلى أن عملية إعداد المحاكم وتجهيزها وتوفير متطلبات ومستلزمات التقاضي الإلكتروني سوف تستغرق وقتاً، كما أن تطبيق إجراءات التقاضي الإلكتروني ينبغي أن تقوم المحاكم بتطبيقها بأسلوب متدرج بحسب الإمكانيات والظروف المتاحة، ولذلك ينبغي على من يعتزم تطوير القضاء وإصلاحه أن يبدأ من الآن في الإعداد والتهيئة للتقاضي الإلكتروني وأبسطها إنشاء مواقع إلكترونية في المحاكم لإجراءات التقاضي من إعلانات وصحف دعوى إلكترونية وغيرها والبدء في تطبيق بعضها بالتدرج.



البحوث والأبحاث القضائية والقانونية

# أحكام القانون اليمني بشأن ضوابط التحقيق والمحاكمة في قضايا الأحداث

القاضي. الدكتور/ أطفاف عبدالله سهيل

مجلة  
البحوث والأبحاث  
القضائية والقانونية

## مقدمة:

تدرك المجتمعات أهمية التنشئة السليمة للأطفال، باعتبارهم العدة التي تنطلع لها مستقبلاً، فبناء وتطور المجتمعات مرهون بسلامة تلك التنشئة (سلامة العقل والبدن)، فضلاً عن القدرات التي يمتلكونها. وجنوح الأطفال، يعد من أهم أسباب التعثر وعرقلة التقدم، الأمر الذي جعل المجتمعات برمتها، تهتم بفئة الأطفال الجانحين والمعرضين لهذا الجنوح، لإعادة الدمج والقيام بالدور المعول عليهم.

وإزاء الاهتمام المتزايد حول جنوح الأحداث والآثار المترتبة عليه، اتجه المشرع اليمني، إلى تفنين تشريع خاص يتضمن الأحكام الموضوعية والإجرائية الخاصة بمعاملتهم وكيفية محاكمتهم والإجراءات والتدابير التي يمكن أن تتخذ بحقهم. وقد أحاط هذا القانون، الحدث الجانح، بطائفة من الضمانات التشريعية، لإعادة تهيئته ودمجه اجتماعياً، كما كفل الرعاية اللاحقة، بالتدابير التي يرجى منها منعه من العود إلى الجريمة أو الانحراف مستقبلاً، كذلك النص على مسؤولية الولي على إهماله المؤدي إلى الجنوح، وتقرير سلب الولاية منه، بل وإبداله برعاية أسرة بديلة، إذا اقتضت الضرورة أو المصلحة ذلك.

هذه المبادئ التي نص عليها قانون الأحداث تمثل في حدود معينة، مرحلة متقدمة في السياسة الجزائية الحديثة لدول العالم، باختلاف اتجاهاتها الفكرية ونظمها القانونية.

ولوضع تلك المبادئ موضع التنفيذ، قرر المشرع اليمني في قانون الأحداث، وضع بعض الأسس والأحكام القانونية التي يجب على السلطة التنفيذية وكذلك القضائية الالتزام بها عند التعامل مع الحدث المنسوب إليه ارتكاب إحدى الجرائم الجزائية، خاصة فيما يتعلق بكيفية التعامل مع الحدث منذ بدء مرحلة جمع الاستدلالات حتى الانتهاء من محاكمته، ولما كانت هذه الإجراءات شديدة الأهمية والخصوصية، رأينا تناولها من خلال التقسيم التالي:

مطلب تمهيدي: مفهوم الحدث

المبحث الأول: مرحلة ما قبل المحاكمة

المطلب الأول: مرحلة جمع الاستدلالات

المطلب الثاني: مرحلة التحقيق الابتدائي

المبحث الثاني: مرحلة المحاكمة

المطلب الأول: محاكم الأحداث

المطلب الثاني: إجراءات المحاكمة

## المطلب التمهيدي مفهوم الحدث

سنتناول في هذا المطلب مفهوم الحدث، من خلال تعريفه اللغوي والاصطلاحي والقانوني، فضلاً عن التعرّيج لمفهومه في الفقه الإسلامي، على النحو التالي:

### أولاً: تعريف الحدث في اللغة:

الحدث في اللغة جمعه أحداث، وهم صغار السن، حيث يطلق الحدث على صغير السن أو حديث السن<sup>(١)</sup>، أي أن الحدث من حيث المفهوم اللغوي، يدل على صغير السن، وهو يشير إلى مرحلة عمرية تنحصر بين سن الطفولة وبين مقتبل اكتمال الإدراك والنمو، وكلمة الحادثة تعني حادثة الشيء وأول العمر. وقد ذكرت عدة عبارات في معاجم اللغة العربية تعبر عن مراحل السن قبل مرحلة الشباب، ومنها ما يلي:

- الصبي: الصغير دون الغلام أو من لم يفطم بعد.

- الغلام: الصبي من وقت الولادة حتى الشباب.

- الفتى: بداية فترة الشباب بين المراهقة والرجولة.

وبعد استعراض تلك التعاريف، يتضح أنه لا يوجد تعريف يضبط الحد الأدنى والأعلى لسن الحدث، كما لا يوجد اتفاق على سن محددة لبداية الحادثة ونهايتها.

### تعريف الحدث في الاصطلاح:

يطلق مصطلح الحدث على كل شخص لم يكمل سن الرشد، إشارة إلى أنه شخص لم تتوافر له ملكة الإدراك والاختيار، لقصور عقله عن إدراك حقائق الأشياء واختيار النافع منها والابتعاد عن الضار، والسبب في ذلك لا يرجع إلى عاهة عقلية، إنما هي فطرة الإنسان التي يولد بها، فالإدراك والقدرة على الاختيار هي ملكات يكتسبها الإنسان في المراحل العمرية المختلفة التي يمر بها<sup>(٢)</sup>.

(١) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دون ذكر السنة، ص ٢٥٩.

(٢) معوض عبد التواب، المرجع في شرح قانون الأحداث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥م ص ١٤.

## مفهوم الحدث في الفقه الإسلامي:

تعتبر الطفولة من أهم مراحل حياة الإنسان، لذلك اعتنى الإسلام بتنشئة الطفل التنشئة الحسنة، كما اهتم الفقهاء بدراسة أحكام صغار السن، واستعملوا ألفاظ الصبي والصغير والطفل والغلام أكثر من استعمالهم لفظ الحدث<sup>(١)</sup>، على اعتبار أن الصغر أو الطفولة هي المرحلة التي يمر بها الإنسان من ولادته إلى ما قبل الاحتلام، أما مصطلح (الحدث) فليس له انتشار في كتب الفقهاء الأولين<sup>(٢)</sup>، وقد استعمل هذا المصطلح في العصر الحديث، في أبحاث رجال القانون والتشريعات العربية<sup>(٣)</sup>.

الأصل في الشريعة الإسلامية أن الحدث هو كل شخص لم يبلغ الحلم وذلك لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ﴾ [النور: ٥٩].

أما بالنسبة للسنة النبوية التي ورد فيها مصطلح الصبي، قول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ»<sup>(٤)</sup>، ويعتبر الصبي أو صغير السن أو الغلام هو الشخص الذي لم يبلغ سن الاحتلام، أي أن صغر السن يطلق على من يولد من بطن أمه إلى أن يحتلم. وهذا المعنى لا يختلف عن المعنى اللغوي.

## تعريف الحدث في القانون:

تحديد مفهوم الحدث من الناحية القانونية، له أهمية كبيرة، لما يترتب عليه في قواعد المسؤولية الجنائية حسب مراحل العمر المختلفة التي يمر بها الإنسان، كما يحدد نوع الإجراءات والحماية الجزائية المتبعة والمفروضة للحدث، ويحدد أيضاً المحكمة المختصة بنظر الجرم المرتكب من قبله.

وقد عرف المشرع اليمني الحدث في المادة رقم (٢) من قانون رعاية الأحداث<sup>(٥)</sup> بأنه: (كل شخص لم يتجاوز سنه خمس عشرة سنة كاملة وقت ارتكابه فعلاً مجرماً قانوناً أو عند وجوده في إحدى حالات التعرض للانحراف).

(١) موسى بن سعيد، أثر صغر السن في المسؤولية الجنائية في الفقه والقانون الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، العام الدراسي ٢٠٠٩-٢٠١٠م، ص ١٢.

(٢) سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، ٦/٢٢٩.

(٣) القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٢م، بشأن رعاية الأحداث، المعدلة بعض مواد القانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٧م.

وترتيباً على هذا التعريف، فمفهوم الحدث يشمل كل شخص لم يتجاوز سنه خمس عشرة سنة كاملة فما دونها، إلا أن المشرع قد عرف الطفل بشكل عام في قانون حقوق الطفل رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٢م، بحسب ما نصت عليه المادة رقم (٢) منه بأنه: (كل إنسان لم يتجاوز ثماني عشرة سنة من عمره ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك). ومن ثم فقد خرج من مفهوم الحدث الأطفال الذين تزيد أعمارهم عن خمس عشرة سنة، الأمر الذي يجعلنا نقول إن الحدث هو: كل طفل ارتكب فعلاً مجرماً أو وجد في إحدى حالات التعرض للانحراف حال كونه لم يتجاوز الخمسة عشر عاماً كاملة.

وكانت قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث المسماة بـ(قواعد بكين)<sup>(١)</sup> قد عرفت في مادتها الثانية، الحدث بأنه: (كل طفل أو شخص صغير السن يجوز بموجب النظم القانونية ذات العلاقة مساءلته عن جرم بطريقة تختلف عن طريقة مساءلة البالغ)، وهذا التعريف يؤكد بأن عناصر تعريف الحدث تتمثل فيما يلي:

١- طفل.

٢- جريمة.

٣- طرق خاصة للمساءلة، تختلف عن طرق مساءلة البالغ.

وباستقراء هذا التعريف، مقارنة بما ورد في التشريع اليمني، نرى ما يلي:

### - قانون الجرائم والعقوبات:

أورد مصطلح الحدث في المادة رقم (٣١) منه<sup>(٢)</sup>، على أنه: (إذا ارتكب الحدث الذي أتم السابعة، ولم يبلغ الخامسة عشرة الفعل، أمر القاضي بدلاً من العقوبة المقررة بتوقيع أحد التدابير المنصوص عليها في قانون الأحداث... ولا يعتبر الشخص حديث السن مسئولاً مسئولية جزائية تامة إذا لم يبلغ الثامنة عشرة عند ارتكابه الفعل)، وهو ما

(١) قواعد بكين هي قواعد معتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم (٢٢/٤٠) المؤرخ في ٢٩ نوفمبر ١٩٨٥م.

(٢) مادة (٣١): لا يسأل جزائياً من لم يكن قد بلغ السابعة من عمره وقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة وإذا ارتكب الحدث الذي أتم السابعة، ولم يبلغ الخامسة عشرة الفعل أمر القاضي بدلاً من العقوبة المقررة بتوقيع أحد التدابير المنصوص عليها في قانون الأحداث. فإذا كان مرتكب الجريمة قد أتم الخامسة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة حكم عليه بما لا يتجاوز نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانوناً، وإذا كانت هذه العقوبة هي الإعدام حكم عليه بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات وفي جميع الأحوال ينفذ الحبس في أماكن خاصة يراعى فيها معاملة مناسبة للمحكوم عليهم ولا يعتبر الشخص حديث السن مسئولاً مسئولية جزائية تامة إذا لم يبلغ الثامنة عشرة عند ارتكابه الفعل، وإذا كانت سن المتهم غير محققة قدرها القاضي بالاستعانة بخبير.

يوضح أن الشخص الذي تجاوز الخامسة عشرة كاملة ولم يتجاوز الثامنة عشرة من العمر عند ارتكابه جريمة معينة تكون مساءلته الجزائية غير مختلفة عن طرق مساءلة البالغ، إنما ينصرف الاختلاف إلى مقدار العقوبة المقررة قانوناً لهذه الفئة العمرية فقط، وفي جميع الأحوال ينفذ الحبس في أماكن خاصة يراعى فيها معاملة مناسبة للمحكوم عليهم، باعتبار أن الطفل يعد ناقص المسؤولية.

#### - القانون رقم (٤٨) لسنة ١٩٩١م بشأن تنظيم السجون:

ذكر هذا القانون مصطلح الأحداث في المادة (٣٢) تحت الفصل السابع المعنون بـ (تصنيف المسجونين)، في معرض تخصيص مكان في السجن يتم فيه عزل الأحداث عن السجناء البالغين.

ولما كانت السجون المركزية في اليمن، من حيث الواقع يخصص فيها مكان للأطفال المرتكبين جرمًا من الفئة العمرية التي تجاوزت الخمسة عشر عاماً، لافتراض وجود دور رعاية لمن هم تحت هذا السن، فهذا لا يعني أن المشرع قد قصد بمصطلح الأحداث الوارد في هذا القانون الفئة العمرية من ١٥ إلى ١٨ سنة، لينصرف مصطلح الحدث لهذه الفئة.

#### - قانون رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٢م بشأن حقوق الطفل:

هذا القانون عمد فيه المشرع إلى تعريف كل من الطفل والحدث، حيث عرف المصطلحين في المادة الثانية منه كما يلي:

- الطفل: كل إنسان لم يتجاوز ثماني عشرة سنة من عمره، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك.
- الحدث: كل طفل بلغ السابعة من عمره ولم يبلغ سن الرشد.
- سن الرشد كما عرفه نفس القانون هو: خمس عشرة سنة كاملة إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته، عندها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها.

من هذه التعريفات يمكن المقارنة بين الحدث والطفل كما في الجدول التالي:

الفئة العمرية	تفاصيل التعريف واختلافه
الطفل: منذ الولادة حتى ثماني عشرة سنة من العمر	جعل المشرع سن الرشد إحدى الحدود القصوى لهذه الفئة والتي تتقدم على بلوغ الثامنة عشرة من العمر
الحادث: من السابعة حتى سن الرشد	جعل المشرع سن الرشد الحد الأقصى والوحيد لهذه الفئة
الراشد: من بلغ خمس عشرة سنة كاملة متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته	سن الرشد، جعله المشرع أحد الحدين لانتهاه سن الطفولة، بينما جعله المشرع الحد الأقصى الوحيد لسن الحداثة

مما ورد لوحظ، بعض الاختلاف في تعريف الحادث بقانون حقوق الطفل عنه في قانون رعاية الأحداث، حيث أقرن قانون الأحداث في تعريفه للحادث بين السن وارتكاب الجريمة، بخلاف قانون حقوق الطفل الذي عرف الحادث من خلال الفئة العمرية فقط.

ومع ذلك، وباستقراء نصوص قانون حقوق الطفل نرى أنه تناول مصطلح الحادث في معرض الإجراءات الخاصة بهذه الفئة عند ارتكابها جرمًا معيناً كما هو الحال في الفصلين الرابع والخامس، تحت عنوان: (رعاية وتأهيل الأحداث) و(قضاء الأحداث)، وهذا يدل على ارتباط الفئة العمرية بارتكاب جرم معين لإطلاق مصطلح الحادث عليها.

من كل ما تقدم يتضح أن مصطلح الحادث يطلق على الطفل من السابعة حتى الخامسة عشرة، الذي ارتكب جريمة أو وجد في حالة من حالات التعرض للانحراف، أما مصطلح الطفل عموماً فيطلق على الفئة العمرية دون الثامنة عشرة سواء ارتكب جرمًا معيناً أم لا، فكل حدث هو طفل وليس كل طفل حدث. ومن ثم فمصطلح الحادث مصطلح جزائي.

حيث يختلف مفهوم الحادث في القانون عن مفهومه في علم الاجتماع وعلم النفس، فيرى علماء النفس والاجتماع أن الحادث هو «الصغير منذ ولادته إلى تمام نضجه الاجتماعي والنفسي وتكامل عناصر رشده»<sup>(١)</sup>.

(١) محمد عاطف غيث، قاموس علم الاجتماع، دارالمعرفة الجامعية، مصر، ١٩٩٧م.

## المبحث الأول مرحلة ما قبل المحاكمة

يمر الإنسان بعدة مراحل عمرية، على اختلاف مسمياتها وتقسيمها في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. وتخضع كل مرحلة عمرية لمجموعة من الالتزامات والحقوق والمسئوليات، حيث تنعدم المسؤولية الجنائية في مرحلة معينة، وتكون ناقصة خلال مرحلة عمرية أكبر، بينما تكتمل في المرحلة اللاحقة، وجعل لكل مرحلة عمرية أحكام خاصة بها.

ولما كان الطفل في هذه السن الصغيرة لا تتوافر فيه المسؤولية الجنائية الكاملة لحدائث سنه وضعف بنيانه وعقله وتفكيره، ما دعا إلى وضع قواعد وتشريعات قانونية خاصة بالأحداث الجانحين، وذلك من وقت ضبطهم بارتكاب الواقعة محل التجريم وحتى التحقيق معهم فيها، انتهاءً بمحاكمتهم وهو ما سوف نتطرق إليه في هذا المبحث، من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: مرحلة جمع الاستدلالات

المطلب الثاني: مرحلة التحقيق الابتدائي

### المطلب الأول مرحلة جمع الاستدلالات

تعرف الاستدلالات بأنها، استقصاء الجرائم وتعقب مرتكبيها وفحص البلاغات والشكاوي وجمع الاستدلالات والمعلومات المتعلقة بها وإثباتها في محاضر وإرسالها إلى النيابة العامة<sup>(١)</sup>. وللأحداث في هذه المرحلة خصوصية إجرائية، تتمثل أهمها، فيما يلي:

#### أولاً: الجهة المختصة بهذه المرحلة:

جرت أغلب التشريعات المقارنة<sup>(٢)</sup> على تخصيص شرطة في كل ما من شأنه

(١) المادة رقم (٩١) من قانون الإجراءات الجزائية رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤م.

(٢) التشريع المصري، الأردني، الفلسطيني، الإماراتي، الكويتي.

يخص الحدث. من ذلك ما نص عليه القانون الفلسطيني الذي عرف شرطة الأحداث بأنها: الشرطة المختصة بأعمال جمع الاستدلالات والضبط القضائي بقضايا الأحداث والأطفال المعرضين لخطر الانحراف<sup>(١)</sup>.

وخصص القانون الأردني شرطة أحداث في كل محافظة<sup>(٢)</sup>، كما تميزت مصر في هذا الميدان، بالتجربة العربية الأكثر رسوخاً، حيث أنشأت شرطة الأحداث سنة ١٩٥٧م، محققة إنجازات ملموسة في التعامل مع قضايا الأحداث<sup>(٣)</sup>.

وبالنسبة للمشرع اليمني، فإنه لم يترك عملية ضبط الحدث والتعامل معه في مرحلة جمع الاستدلال بنفس الضوابط التي تكون للبالغين، بل أحاطها ببعض الحقوق التي اختص بها هذه الفئة العمرية حفاظاً عليهم ومراعاة لحدائث سنهم، من ذلك ما ورد في الفصل الخامس من قانون حقوق الطفل المعنون بـ (قضاء الأحداث) وفيه يكون جمع الاستدلالات والمعلومات وإثباتها في محاضر وإرسالها إلى الجهات المختصة من قبل مأموري الضبط القضائي، فضلاً عن الموظفين الذين يصدر بتعيينهم قرار من وزير الشؤون الاجتماعية، في دوائر اختصاصهم فيما يتعلق بتقصي حالات جنوح الأحداث.

فخصوصية هذه الفئة العمرية، جعلت المشرع يعطي وزير الشؤون الاجتماعية صلاحية ترشيح عدد من الموظفين يكون لهم صفة الضبطية القضائية في دوائر اختصاصهم فيما يتعلق بتقصي حالات جنوح الأحداث.

ومن خلال النظر في نص المادة رقم (٦) من قانون رعاية الأحداث وكذا المادة رقم (١٢٨) من قانون حقوق الطفل المتضمنتين نفس الأحكام، عندما نصت على أن: (يكون للموظفين الذين يصدر بتعيينهم قرار من الوزير بالتشاور مع وزير العدل صفة الضبطية القضائية في دوائر اختصاصهم فيما يتعلق بتقصي حالات جنوح الأحداث والتحري عنهم وتلقي وفحص البلاغات والشكاوى وجمع الاستدلالات والمعلومات وإثباتها في محاضر وإرسالها إلى الجهات المختصة)، يتضح أن المشرع جعل بموجبها، تعيين أولئك الموظفين (كشرطة أحداث)، وكأنها أمر مفروض لحماية الأحداث في مرحلة

(١) القانون الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٦م بشأن حماية الأحداث.

(٢) عرفت المادة الثانية من قانون الأحداث الأردني رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤م، شرطة الأحداث بأنها:

إدارة شرطة الأحداث المنشأة بموجب أحكام هذا القانون في مديرية الأمن العام والمختصة بشؤون الأحداث، كما نصت المادة الثالثة منه على إنشاء إدارة شرطة في مديرية الأمن العام مختصة بالأحداث بموجب هذا القانون.

(٣) غسان رباح، حقوق وقضاء الأحداث (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢م، ص٧٢.

جمع الاستدلالات، ومن ثم وتطبيقاً لهاتين المادتين يتعين أن يكون للأحداث مأمورو ضبط قضائي متخصصون بالتعامل مع هذه الفئة والتحري عنها وإعداد محاضر جمع الاستدلالات بشأن ما ينسب إليهم، أي أن يكون لهذه الفئة ما يطلق عليها في كثير من التشريعات المقارنة «شرطة أحداث».

ونوصي المشرع، بإيجاد نص قانوني يوجب بشكل صريح وواضح، وجود شرطة أحداث يكون عليها، التعامل مع الحدث في مرحلة جمع الاستدلالات، حماية لهذه الفئة، ومنعاً لاختلاف تفسير النصوص القانونية، بين الوجوب والاستحسان. فضلاً عن ذلك، فإن مصطلح «شرطة الأحداث» لم يذكر في التشريع اليمني، الأمر الذي سيكون ذكره بشكل صريح، يمثل أرضية واضحة، تسمى فيها الإجراءات باسمها الصحيح، ويبنى عليها في الواقع، الكثير من الحماية، لخلق نظام مختلف عن النظام العادي بالنسبة لهذه الفئة، يختص دون غيره بالأحداث، لا سيما والملاحظ، عدم تعميم نظام شرطة الأحداث في كثير من المحافظات، بل إن الأماكن الموجودة فيها هذا النظام، يستند إلى تعميم وزاري، دون استشعار وجوبه أو اتصاله بنص قانوني ملزم، إنما محاكاة للأنظمة التشريعية المقارنة، والقواعد الدولية، التي أوجبت هذا النظام بمسمى شرطة الأحداث، وهو المسمى الذي خلا منه التشريع اليمني.

ويجدربنا في هذه الجزئية، الإشارة إلى مدى فعالية هذا النص وموافقته لمرتكزات الضبط القضائي وتبعية مأموريه. فمن خلال نص المادتين المذكورتين آنفاً، يتبين أن المشرع نص صراحة على أن مأموري الضبط المقصورة أعمالهم بحالات جنوح الأحداث والتحري عنها، يتم تعيينهم من قبل وزير الشؤون الاجتماعية بالتشاور مع وزير العدل، مع أن مأموري الضبط القضائي تابعون للنائب العام وخاضعون لإشرافه في نطاق صلاحيات الضبط القضائي<sup>(١)</sup>، ومن ثم كان على المشرع أخذ تلك التبعية في الاعتبار، ليجعل التعيين للنائب العام بناء على اقتراح وزير الشؤون الاجتماعية، حيث أنه لا علاقة لوزير العدل بأعمال الضبطية القضائية أو مأموريها، كما أن هذين النصين كانا قبل تعديلات قانون السلطة القضائية في العام ٢٠١٣م، والتي سحبت من وزير العدل التدخلات والصلاحيات التي كانت له على أعضاء السلطة القضائية، ومن ثم يتعين إعادة النظر، في هذا النص، بل والنص صراحة في قانون الإجراءات الجزائية على أن تحويل صفة الضبطية القضائية في الجهات المختلفة يكون للنائب العام بناء على ترشيح رئيس الجهة المعنية.

(١) إجراءات جزائية، المادة رقم (٨٥).

## ثانياً: الإجراءات الخاصة بالأحداث في هذه المرحلة:

للحد من الجنوح أو التعرض للانحراف، وأوجب المشرع في قانون حقوق الطفل على الدولة، حماية ورعاية الأطفال الأيتام وأطفال الأسر المفككة والأطفال الذين لا يجدون الرعاية ويعيشون على التسول والقضاء على هذه الظاهرة ووضع الأطفال المتسولين والمتشردين في دور الرعاية الاجتماعية وتوجيههم إلى أن يكونوا أعضاء صالحين منتجين في المجتمع.

ومن آليات هذه الحماية تعمل الدولة من خلال وزارة الشؤون الاجتماعية والمجلس الأعلى للطفولة على الآتي:

أ- إنشاء مكاتب لحماية الأطفال من التشرد والتسول واعتماد وإقرار ميزانية سنوية ضمن ميزانيتها لإنشاء هذه المكاتب وتشغيلها.

ب- إنشاء مؤسسات ودور الرعاية الاجتماعية.

ج- حماية الأطفال من سوء المعاملة وتعرضهم للتعذيب البدني والنفسي، وتقديم من يعرضون الطفل لمثل هذه الأعمال إلى القضاء، مع مراعاة الحق الشرعي والقانوني للأبوين في تأديب أبنائهم.

د- حمايتهم من التردّي في بؤرة الرذيلة بكل الوسائل التربوية، بما في ذلك العقوبة الشرعية الجزائية.

وفي حال جنوح الحدث أو تعرضه للانحراف، قرر له المشرع بعض الإجراءات الاستثنائية في مرحلة جمع الاستدلالات، اتساقاً مع السياسة الجزائية الحديثة، وما تستهدفه من إعادة تأهيل وإصلاح الحدث الجانح ومنها، ما يلي:

- عدم الحبس الاحتياطي (لمن يقل سنه عن خمس عشرة سنة كاملة).
- عدم جواز التحفظ في أي قسم من أقسام الشرطة أو سائر الأجهزة الأمنية، (لمن لا يتجاوز سنه اثنتي عشرة سنة) بل أوجب المشرع تسليمه لوليّه أو وصيه أو المؤتمن عليه.
- الإيداع في أقرب دار لتأهيل الأحداث (لمن تعذر تسليمه لوليّه) على ألا تزيد مدة الإيداع على أربع وعشرين ساعة، يحال بعدها إلى النيابة للنظر في موضوعه وفقاً لأحكام قانون الأحداث.
- إذا تجاوز الحدث سن الثانية عشرة من عمره، يجوز عند اقتضاء الضرورة القصوى

التحفظ عليه في مكان خاص به، يمنع غيره من الاختلاط به ممن هم أكبر منه سناً، في أي قسم من أقسام الشرطة شريطة ألا تزيد فترة التحفظ على أربع وعشرين ساعة.

- إذا وجدت ظروف تستدعي اتخاذ إجراء تحفظية ضد الحدث، يجوز للنيابة في هذه الحالة أن تأمر بتسليمه مؤقتاً إلى شخص مؤتمن أو إلى إحدى مؤسسات الأحداث لملاحظته وتقديمه عند كل طلب.

## المطلب الثاني

### مرحلة التحقيق الابتدائي

ينشأ للدولة حق في عقاب الجناة، عند ارتكابهم جريمة معينة، باعتبار أن على الدولة الحفاظ على أمن وسلامة وحقوق المجتمع وأفراده، إلا أنها لا تستطيع أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر للعقوبة، إذ لا بد من تأكيد القضاء لحقها في العقاب، ووسيلتها في ذلك هي الدعوى الجزائية.

والنيابة العامة هي الهيئة الإجرائية التي أوكل إليها، مباشرة إجراءات اقتضاء حق المجتمع في العقاب، من خلال تحريك الدعوى الجزائية ورفعها ومباشرتها أمام المحاكم. وتمر الدعوى الجزائية قبل أن ترفع إلى القضاء للفصل فيها بمرحلة التحقيق الابتدائي، حيث تتحرك بأول إجراء من إجراءات التحقيق الذي تباشره النيابة العامة. فالدعوى الجزائية لا تتحرك بأي عمل من أعمال الاستدلال، ولا تعقد الخصومة، ولا تتحرك إلا بالتحقيق الذي تجريه النيابة العامة دون غيرها، بوصفها سلطة تحقيق، سواء بنفسها أو بمن تندبه لهذا الغرض من مأموري الضبط، وسنتناول فيما يلي ما اتخذته المشرع من حماية بشأن الأحداث في هذه المرحلة.

### أولاً: النيابة المختصة بالتحقيق مع الأحداث:

تعتبر النيابة العامة ركناً أساسياً من أركان السلطة القضائية، أوكل إليها المشرع مهمة التطبيق السليم للقانون، لترسيخ العدالة وحقوق الإنسان والحريات الأساسية للأفراد والجماعات، وتستمد أهميتها من كونها تنوب عن المجتمع في إرساء مبادئ العدالة الجزائية، التي يطمح ويسعى لتحقيقها من خلال وظيفتها في تحقيق الدعوى

الجزائية. ويختلف مدلول التحقيق مع الحدث عنه بالنسبة للبالغين؛ حيث أن التحقيق مع الحدث، لا يهتم بطبيعة الجريمة المسندة له، بقدر الاهتمام والبحث عن شخصية الحدث والعناصر المميزة لها، والظروف المادية والدوافع النفسية والاجتماعية التي أدت إلى سلوكه المنحرف وتحديد معالم حالة الانحراف، فضلاً عن بيان درجة الخطورة الاجتماعية التي وصل إليها، وهو الأمر الذي يتعين معه تخصيص جهة تحقيق في قضاء الأحداث، يقوم عليها محققون مؤهلون تأهيلاً خاصاً، نفسياً وعلمياً واجتماعياً.

بيد أن هذا الأمر لم ينل اهتمام بعض التشريعات العربية، التي أغفلت وضع نصوص خاصة بالتحقق الابتدائي في مسائل الأحداث<sup>(١)</sup>، ومنها التشريع اليمني الذي لم ينص على نصوص خاصة بقضاء الأحداث في مرحلة التحقيق الابتدائي، سواء فيما يتعلق بالجهة المنوط بها القيام بهذا التحقيق، أم ما يتعلق بالإجراءات التي يتعين اتخاذها عند مباشرته. وهذا يعنى تطبيق القواعد العامة المنظمة للتحقيق الابتدائي الواردة في قانون الإجراءات الجزائية، بخلاف بعض التشريعات التي حرصت على تخصيص نيابة بقضايا الأحداث ومنها التشريع الفلسطيني الذي عرف النيابة في قانون الأحداث بأنها: النيابة المختصة بمتابعة قضايا الأحداث والأطفال المعرضين للخطر وخطر الانحراف<sup>(٢)</sup>. وكذا المشرع الكويتي الذي نص على اختصاص نيابة الأحداث وحدها بمباشرة الدعوى الجزائية في قضايا الأحداث والتحقيق والتصرف والادعاء فيها<sup>(٣)</sup>.

أما المشرع اليمني، وتأكيداً للاتجاه الذي سار عليه، فقد عرف المقصود بالنيابة في المادة الثانية من قانون رعاية الأحداث، بأنها: النيابة العامة، مؤكداً على أن النيابة العامة هي من تتولى مباشرة إجراءات التحقيق والتصرف في مسائل الأحداث<sup>(٤)</sup>.

أي أن القانون لم ينص على نيابة مختصة بقضاء الأحداث ويبدو أن ذلك يرجع إلى مبدأ الوحدة الذي تتميز به النيابة العامة، فالنيابة العامة لا تتجزأ، ويعتبر أعضاؤها فيما يتعلق بمباشرة اختصاصاتهم، وكلاء عن النائب العام، ويقوم أي عضو منهم مقام الآخر. وإن كان للنائب العام باعتباره المختص بالدعوى العامة، إنشاء نيابات تختص بالتحقيق

(١) د. أشرف رمضان عبد الحميد، مدى تأثير الطفولة على إجراءات الدعوى الجزائية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني، الجزء الثاني، السنة التاسعة والخمسون ٢٠١٧م، ص ١١٢.

(٢) المادة رقم (١) من القانون الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠١٦م بشأن حماية الأحداث.

(٣) المادتان رقم (٥/١)، (٤٧) من القانون رقم (١١١) لسنة ٢٠١٥م بشأن قانون الأحداث الكويتي.

(٤) المادة رقم (٨) من قانون رعاية الأحداث.

والتصرف في أنواع معينة من الجرائم<sup>(١)</sup>، إلا أن تلك القرارات التي تصدر بإنشاء النيابة المتخصصة، ماهي إلا قرارات تنظيمية، ليس من شأنها أن تسلب النيابة العادية اختصاصها العام بالنسبة للجرائم المذكورة<sup>(٢)</sup> ومع ذلك تم إنشاء نيابات مختصة بالأحداث في المحافظات التي أنشأ فيها مجلس القضاء الأعلى محاكم أحداث<sup>(٣)</sup>.

## ثانياً: إجراءات التحقيق الابتدائي:

ينصرف التحقيق الابتدائي إلى الإجراءات القضائية، التي تباشرها سلطات التحقيق بالشكل المحدد قانوناً، بغية تمحيص الأدلة، والكشف عن الحقيقة قبل مرحلة المحاكمة، وقد عرف قانون الإجراءات الجزائية، إجراءات التحقيق: بكافة الإجراءات التي تتخذها النيابة العامة، أثناء مباشرتها لوظيفتها في تحقيق القضايا<sup>(٤)</sup>، وترمي هذه الوظيفة إلى تحقيق أمرين:

الأول: جمع أدلة الجريمة.

الثاني: تقدير الأدلة من حيث التهمة ونسبتها للمتهم.

ليكون الغرض من مرحلة التحقيق الابتدائي، هو إعداد الدعوى الجزائية، لذلك وصف التحقيق بأنه «ابتدائي»، يستهدف التمهيد لمرحلة المحاكمة، وليس من شأنه الفصل في الدعوى، ويمثل التحقيق الابتدائي بذلك المرحلة الأولى للدعوى الجزائية، والتي من خصائصها بالنسبة للحدث، ما يلي:

### ١- سرية التحقيق مع الحدث:

مبدأ سرية التحقيقات من المبادئ المستقر عليها كأصل عام في قانون الإجراءات الجزائية، احتراماً لقرينة البراءة، بحيث لا يجوز أن تكون التحقيقات وما تناولتها مصدر علانية، نظراً لخصوصية هذه المرحلة، ولا شك أن من مقتضيات تحقيق مصلحة

(١) المادة رقم (٥٥) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩١م، والمادة (١١٦) من قانون الإجراءات الجزائية

(٢) المادة رقم (٧٧٢) المادة رقم (٧٧٢) من قرار النائب العام رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٨م، بشأن إصدار التعليمات العامة للنيابة العامة.

(٣) صدر قرار مجلس القضاء الأعلى رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٣م بإنشاء محاكم للأحداث في كل من عواصم المحافظات التالية: (تعز، حضرموت، إب، الحديدة، ذمار)، على أن تحال كافة الدعاوى والقضايا والمخالفات المتعلقة بالأحداث إلى محاكم الأحداث المختصة بموجب نص المادة رقم (٤) من هذا القرار.

(٤) المادة رقم (٢) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.

الحدث الجانح الحرص الشديد على تطبيق هذا المبدأ، بحيث لا يجوز بأي حال أن تكون التحقيقات معه وفيما نسب إليه، علانية.

## ٢- حق الحدث في الاستعانة بمحام:

رغم أن حق المتهم عموماً في طلب حضور محام معه حق أصيل قرره القواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية، إلا أن المشرع ميز بين المتهم البالغ والحدث بوجود حضور محام في التحقيقات، فبينما ساوى المشرع بين المتهم البالغ والحدث في اشتراط المحامي في الجرائم الجسيمة المنسوبة لهما، بحيث لا يجوز للمحقق في الجرائم الجسيمة أن يستجوب المتهم البالغ أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محامية للحضور إن وجد<sup>(١)</sup>، نرى أن المشرع قد أوجب حضور محام مع الحدث ما دامت الجريمة جسيمة، سواء وجد محام مع الحدث أم لا، حيث يكون على النيابة أو المحكمة نذب محام للحدث إذا لم يكن قد اختار محامياً<sup>(٢)</sup>، والمشرع في ذلك يتوافق مع المشرع الأردني عندما أوجب وجود المحامي في قضايا الجنايات دون الجرح<sup>(٣)</sup>، ويتوافق أيضاً مع قانون الطفل المصري رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦م قبل تعديله بالقانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨م.

- وإن كنا نؤيد ما اتجه إليه المشرع، من إلزامية تواجد المحامي مع الحدث في القضايا الجسيمة، إلا أن الحدث يحتاج حماية أكبر من ذلك، بحيث تكون الاستعانة بمحام أمراً إلزامياً في جميع الجرائم المنسوبة له، جسيمة كانت أو غير جسيمة، كما هو الحال في القانون الجزائري، المادة (٦٧)، وكذا القانون المصري في التعديلات الأخيرة.

وبموجب هذه الحماية المقررة ففي التشريع اليمني مع حصرها في الجرائم الجسيمة، فإن أي إجراء من إجراءات التحقيق، بما فيها الاستجواب والسؤال عن التهمة التي تمت بدون حضور محامٍ سواء أكان معيناً أم موكلاً، باطلّة ولا ترتب أثراً.

## ٣- عدم طلب الحالة الجزائية:

في قضايا الأحداث، لا تطلب النيابة حالة الحدث الجزائية<sup>(٤)</sup> أو ما يسمى ببطاقة

(١) مادة (١٨١) قانون الإجراءات الجزائية.

(٢) مادة (١٩) قانون رعاية الأحداث.

(٣) محمد إسماعيل حنفي، الإجراءات الجزائية الخاصة بالأحداث في التشريع الأردني، بحث منشور على

الموقع الإلكتروني (<https://jordan-lawyer.com/22/10/2022/criminal-procedures-for-juveniles>)،

أكتوبر ٢٠٢٢م.

(٤) مادة (٣٦٥) تعليمات عامة.

الحالة الجزائية، وهي بيانات الجرائم والأحكام التي صدرت ضد الحدث، وذلك لعدم سريان أحكام العود عليه، وفي حال اتهم الحدث بارتكاب جريمة السرقة، تكفي النيابة بالكشف عن دفتر الشرطة عما إذا كانت له سوابق مماثلة أو لا<sup>(١)</sup>، ولا تحسب أحكام محكمة الأحداث ضمن السوابق في صحيفة الحالة الجزائية، وقد توافقت هذه الحماية مع ما قرره التعليمات القضائية للنيابات المصرية<sup>(٢)</sup>.

#### ٤- حجز الحدث كأحد إجراءات التحقيق الابتدائي:

رغم أن حجز الحدث والتحفظ عليه، هو أحد طرق تقييد الحرية، لمدة معينة، إلا أنه في بعض الأحيان يكون وسيلة من وسائل حماية الحدث من خطر أو ضرر قد يلحق به في حال إطلاق سراحه، لذا أجاز المشرع اليمني للنيابة العامة المختصة بتحقيق الجرائم المرتكبة من الأحداث إصدار قرارها بالتحفظ على الحدث احتياطياً على ذمة التحقيقات، إلا أن هذا القرار يجب أن يراعى فيه عدة شروط منها:

- مراعاة مصلحة الحدث، ووجود ظروف تستدعي التحفظ على الحدث، كمبررات الحجز الأساسية لعدم العبث بالأدلة أو التأثير على الشهود
- عدم وضع الحدث في الأماكن المخصصة بتوقيف البالغين وإيداعه أحد دور الرعاية الخاصة بالأحداث.
- لا يجوز الجمع بين الأحداث من الذكور والإناث بإيداعهم دار تاهيل ورعاية واحدة.
- أن يكون القرار صادراً من النيابة العامة المختصة بتحقيق جرائم الأحداث في مرحلة التحقيق.
- لا تزيد مدة التحفظ عن سبعة أيام، وإذا كانت هناك حاجة لتمديد المدة عرض أمره على المحكمة. على أن لا تزيد مدة إيداع ذلك الصغير على سبعة أيام، فإذا رأت النيابة مدها، عرض الأمر على القاضي المختص أو محكمة استئناف المحافظة على حسب الأحوال طبقاً لما ورد في المادة (٨١) من التعليمات<sup>(٣)</sup>.
- يفضل في جميع الأحوال الإفراج عن الحدث في أي مرحلة من مراحل التحقيق إذا كان ذلك لا يضر بسير العدالة ولا يشكل خطورة منه أو عليه.

(١) مادة (٣٦٥) تعليمات عامة.

(٢) نصت المادة رقم (٧٥٧) من التعليمات المصرية على أنه: لا تطلب النيابة سوابق المتهمين الأحداث وإذا اتهم حدث بارتكاب سرقة يكتفى بالكشف بدفاتر الشرطة عما إذا كان له سوابق مماثلة أو لا.

(٣) قرار النائب العام رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٨م، بشأن إصدار التعليمات العامة للنيابة العامة.

## ٥- التحقق من حالة الحدث قبل التصرف في قضيته:

يجب على المحقق في النيابة العامة، أثناء الاستجواب وإجراء التحقيق مراعاة سن الحدث ودرجة خطورة الفعل المنسوب إليه وحالته البدنية والذهنية والظروف التي نشأ وعاش فيها، وغير ذلك من عناصر فحص الشخصية. كما أوجبت التعليمات العامة للنائب العام في المادة رقم (٤٦٣)، على أعضاء النيابة قبل التصرف في قضايا الأحداث التحقق من حالته الاجتماعية والبيئية التي نشأ فيها والأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة، ويستعان في ذلك بالخبراء الأخصائيين. ويحسن استدعاء والد الحدث أو من له الولاية عليه لسؤاله عن سلوك الحدث وأخلاقه بصفة عامة ما قد يهدي إلى التصرف الملائم في القضية.

وهذا النص، يتكون من ثلاثة محاور، على النحو التالي:

**المحور الأول:** التحقيق في قضايا الأحداث قبل التصرف فيها، ومن ثم فإن المادة رقم (١١١) من قانون الإجراءات الجزائية، التي تخول للنيابة العامة رفع الدعوى الجزائية أمام المحكمة بناء على الاستدلالات في الوقائع غير الجسيمة، لا تنطبق على قضايا الأحداث.

**المحور الثاني:** التحقق من حالته الاجتماعية والبيئية التي نشأ فيها والأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة، قبل التصرف في قضيته.

**المحور الثالث:** الاستعانة بالخبراء والأخصائيين، أثناء فترة التحقيق الابتدائي للتحقق من حالة الحدث.

هذه الحماية التي يتمتع بها الحدث، لم ينص عليها قانون رعاية الأحداث أو قانون حقوق الطفل إنما تضمنتها تعليمات النائب العام لممثليه من أعضاء النيابة العامة، ومن ثم فهي أقل من الحماية التي ترد ضمن القوانين، من حيث قوة الإلزام والمؤاخذة عليها، ومن ثم نوصي المشرع بأن ينص على هذه الحماية في قانون رعاية الأحداث.

## ٦- حرية التقدير الواسعة في حفظ قضايا الأحداث:

لما لقضايا الأحداث من خصوصية، فقد منح النائب العام ممثليه من أعضاء النيابة العامة، سلطة تقديرية واسعة في حفظ قضايا الأحداث وإصدار قرارات بالأوجه فيها، حيث نصت المادة رقم (٤٦٤) من التعليمات العامة، أن لأعضاء النيابة في حفظ قضايا الأحداث وإصدار قرارات بالأوجه فيها من حرية التقدير ما ليس لهم في القضايا الأخرى، فلا ضرورة لأن يقدموا للمحاكمة متهمين من الأحداث يغلب أن يكتفي في عقابهم بالتأنيب أو توجيه اللوم.

وفي حالة كان الحفظ لعدم الأهمية، فقد أوجب النائب العام على وكلائه وممثليه من أعضاء النيابة استحضار والدي المتهمين أو من لهم حق الولاية عليهم وتحذيرهم من عاقبه عودة هؤلاء إلى ما وقع منهم<sup>(١)</sup>.

## المبحث الثاني مرحلة محاكمة الأحداث

تضمن قانون رعاية الأحداث، ما يقضي بسريان أحكامه على طائفتين، هي الأحداث الجانحون، والمعرضون للانحراف، وأورد المشرع في سياق ذلك تعريفاً وتحديداً للأفعال التي إذا ارتكبها أحد الأحداث وصف بكونه (حدثاً جانحاً) أو معرضاً للانحراف.

وقد كفل المشرع اليمني للحدث الجانح والمعرض للانحراف، عدداً من الضمانات والخصوصية أكثر مما أورده في مرحلتي جمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي، بل يمكننا القول أن المشرع جعل قضاء الأحداث وخصوصيته تنحصر في مرحلة المحاكمة وتنفيذ الأحكام، ومن تلك الخصوصية ما يتعلق بالمحاكم التي تنظر قضايا الأحداث، وكذا ما يتعلق بالإجراءات التي تتم أثناء المحاكمة على النحو الذي سيتضمنه المطلبان التاليان:

المطلب الأول: تشكيل محاكم الأحداث.

المطلب الثاني: إجراءات محاكم الأحداث.

### المطلب الأول

#### تشكيل محاكم الأحداث

أوجبت الأنظمة المقارنة في تشريعاتها، وجود محاكم خاصة بالأحداث، بحيث يحاكم الحدث، أمام قضاة من ذوي الخبرة، متخصصين في قضاء هذه الفئة العمرية، لتعد تشكيلة الهيئة القضائية للأحداث من القواعد الجوهرية في الإجراءات، ومن النظام العام، التي يجوز إثارها في أي مرحلة من مراحل التقاضي، وهو الأمر الذي يتفق مع المادة رقم (١٣) من قواعد بكين.

ومع التوافق على ذلك في أغلب التشريعات إن لم تكن جميعها، فقد اختلفت

(١) المادة رقم (٢٤١) من التعليمات العامة للنياحة العامة.

التشريعات الجزائية المقارنة في تشكيل محاكم الأحداث إلى ثلاثة اتجاهات على النحو التالي:

### الاتجاه الأول:

تشكيل محكمة الأحداث من قاض فرد، يختص بالنظر في جميع الجرائم المسندة للحدث، على سند من القول إن وجود قاض فرد من شأنه إزالة الحواجز ما بين الحدث والقاضي، وبيث الثقة والاطمئنان في نفسه، ليفصح عن المشاكل التي دفعته للانحراف، فضلاً عن جمع قضايا الأحداث لدي قاض واحد يقوم بنظرها في جلسة خاصة، بحيث يتسع له الوقت لفحصها، ليمكنه ذلك من أن يكتسب خبرة في معاملة الأحداث<sup>(١)</sup>. وهذا النظام الذي يعمل به لدى أغلب التشريعات المقارنة ومنها القانون المصري، قبل التعديلات التي دخلت عليه.

### الاتجاه الثاني:

يأخذ الاتجاه الثاني، بفكرة محكمة أحداث مشكلة من قاض فرد وكذا محكمة مشكلة من أكثر من قاض، حيث يتحدد عدد القضاة، بحسب جسامة الفعل المرتكب أو سن الحدث وقت ارتكاب الجريمة أو من وجوده في حالة من حالات التعرض للانحراف وهذا اتجاه المشرع اللبناني والسوري<sup>(٢)</sup>.

### الاتجاه الثالث:

تشكيل محاكم الأحداث، من قضاة بالإضافة إلى عناصر أخرى متخصصة في شؤون الأحداث، يكون اختصاصها شامل كافة أنواع الجرائم المسندة للحدث. ومن التشريعات التي أخذت بهذا النظام، التشريع المصري حيث كان قانون الطفل قبل تعديله ينص على تشكيل المحكمة من قاض فرد وفي التعديلات الواردة في قانون الأحداث رقم (٣١) لسنة ١٩٧٤م أدخل عناصر أخرى في تشكيل المحكمة بحيث يعاون القاضي خبيران من الأخصائيين أحدهما على الأقل من النساء حضورهما وجوبي، يكون عليهما إعداد تقرير

(١) د. أشرف رمضان عبدالحميد، مرجع سابق، ص ١٠٦٧.

(٢) المادة رقم (٣٢) من قانون الأحداث الجانحين السوري، والمادة رقم (٣٠) من قانون حماية الأحداث المنحرفين اللبناني.

بعد بحث ظروف الحدث من جميع الوجوه قبل أن تصدر المحكمة حكمها وفي التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الطفل رقم (١٢) الصادر سنة ١٩٩٦م نصت المادة (١٢١) علي أن تشكل محكمة الأحداث من ثلاثة قضاة ويعاون المحكمة خبيران من الأخصائيين أحدهما على الأقل من النساء، ويكون حضورهما إجراءات المحاكمة وجوباً...»، أي أن المشرع زاد في عدد القضاة من قاض واحد إلى ثلاثة قضاة<sup>(١)</sup>.

## تشكيل محاكم الأحداث في القانون اليمني؛

الصفة الخاصة المتمثلة في شخصية فاعل الجريمة الذي لازال صغيراً في السن هي ما بررت إنشاء محاكم خاصة لمحاكمة الأحداث. وقد نص المشرع اليمني صراحة على إنشاء محاكم خاصة بالأحداث، تطبيقاً في ذلك لقانون السلطة القضائية، الذي نص في المادة رقم (٤٩) منه على إنشاء محاكم ابتدائية تختص بالنظر في قضايا الأحداث، ينظمها ويحدد تشكيلاتها واختصاصاتها والإجراءات التي تتبع لديها قانون خاص بالأحداث.

وعكس كل من قانون الأحداث وقانون حقوق الطفل تلك الحماية، عندما نصا على إنشاء محكمة أو أكثر خاصة بالأحداث على مستوى أمانة العاصمة وسائر محافظات الجمهورية بحيث يتخذ عمر الحدث وقت إتيانه فعلاً يعتبر جنوحاً أو ضبطه في أي حالة من حالات التعرض للانحراف أساساً في تحديد المحكمة المختصة.

وبناء على ذلك أصدر مجلس القضاء الأعلى قراره رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٣م بإنشاء محاكم للأحداث في كل من عواصم المحافظات التالية: (تعز، حضرموت، إب، الحديدة، ذمار)، على أن تحال كافة الدعاوى والقضايا والمخالفات المتعلقة بالأحداث إلى محاكم الأحداث المختصة بموجب هذا القرار<sup>(٢)</sup>.

كما فوض مجلس القضاء الأعلى في نفس القرار، وزير العدل بعد التشاور مع وزير

(١) نصت المادة رقم (١٢١) من قانون الطفل المصري على أن «تشكل محكمة الطفل من ثلاثة قضاة ويعاون المحكمة خبيران من الأخصائيين أحدهما على الأقل من النساء ويكون حضورهما إجراءات المحاكمة وجوباً، وعلى الخبيرين أن يقدموا تقريرهما للمحكمة بعد بحث ظروف الطفل من جميع الوجوه وذلك قبل أن تصدر المحكمة حكمها ويعين الخبيران المشار إليهما بقرار من وزير العدل بالاشتراك مع وزير الشؤون الاجتماعية وتحدد الشروط الواجب توافرها في من يعين خبيراً بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية ويكون استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الأحداث أمام محكمة استئنافية تشكل بكل محكمة ابتدائية من ثلاثة قضاة اثنين منهما على الأقل بدرجة رئيس محكمة، ويراعى حكم الفئتين السابقتين في تشكيل المحكمة».

(٢) القرار الجمهوري رقم (٨٤) لسنة ٢٠٠٣م بشأن محاكم الأحداث وتحديد اختصاصها.

التأمينات والشئون الاجتماعية في تحديد إحدى المحاكم الابتدائية على مستوى كل محافظة للقيام دون غيرها بمباشرة اختصاصات محكمة الأحداث وفقاً لأحكام قانون رعاية الأحداث في حال تعذر تشكيلها لقلة القضايا المنسوبة للأحداث على مستوى هذه المحافظات، وقد استند القرار إلى نص الفقرة (ب) في المادة رقم (١٥) من قانون رعاية الأحداث<sup>(١)</sup>.

وهذا التفويض يُعد تراجعاً عن مستوى الحماية المقررة للأحداث، الأمر الذي يتعين معه، إعادة النظر فيه، بحيث يتم تطبيق قانون السلطة القضائية وعدم التراجع أو التقليل عن الحماية المقررة بنص المادة رقم (١٢٩) منه، لا سيما وهي المادة التي صدر قانون رعاية الأحداث بموجبها<sup>(٢)</sup> حتى وإن كان سبب هذا التراجع هو وفقاً لم علله مجلس القضاء في قراره بقلّة القضايا المنسوبة للأحداث على مستوى المحافظة التي يتم في إطارها تحديد إحدى المحاكم الابتدائية للقيام دون غيرها بمباشرة اختصاصات محكمة الأحداث.

ومع ذلك فقد أوجب هذا القرار على المحاكم الابتدائية المحددة لنظر قضايا الأحداث بجانب اختصاصها، مباشرة هذا الاختصاص وفقاً لأحكام قانون رعاية الأحداث، سواء من حيث تشكيل هيئة المحاكمة أو الإجراءات التي تتم في مواجهة الحدث أو التدابير والعقوبات المقررة في قانون رعاية الأحداث.

وهو الأمر الذي لم يراعَ تنفيذه على أرض الواقع البتة، حيث أن تلك المحاكم، تنظر

(١) نصت المادة رقم (١٥) من قانون رعاية الأحداث على أنه:

أ- تنشأ على مستوى أمانة العاصمة وسائر محافظات الجمهورية محكمة أو أكثر خاصة بالأحداث بقرار من مجلس القضاء الأعلى بناء على اقتراح من وزير العدل وتحديد دوائر اختصاص كل منها في قرار إنشائها وتشكل كل محكمة من قاض واحد يعاونه خبيران من الأخصائيين أحدهما على الأقل من النساء ويكون حضورها إجراءات المحاكمة وجوبياً وعلى الخبيرين أن يقدموا تقريراً للمحكمة بعد بحث ظروف الحدث من جميع الوجوه وتحديد التدابير المقترحة لإصلاحه وذلك قبل أن تصدر المحكمة حكمها، ويعين الخبيران المشار إليهما بقرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير وتحدد اللائحة الشروط الواجب توافرها في من يعين خبيراً اجتماعياً، وفقاً لأحكام هذا القانون.

ب- استثناء من أحكام الفقرة السابقة يجوز بقرار من مجلس القضاء الأعلى بناءً على اقتراح وزير العدل بعد التشاور مع الوزير تحديد إحدى المحاكم الابتدائية على مستوى المحافظة للقيام دون غيرها بمباشرة اختصاصات محكمة الأحداث وفقاً لأحكام هذا القانون وذلك إذا تعذر تشكيلها لقلة القضايا المنسوبة للأحداث على مستوى المحافظة.

(٢) نصت المادة رقم (١٢٩) من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩١م بشأن السلطة القضائية: تنشأ محاكم ابتدائية تختص بالنظر في قضايا الأحداث، ينظمها ويحدد تشكيلاتها واختصاصاتها والإجراءات التي تتبع لديها قانون خاص بالأحداث.

قضايا الأحداث دون أن تراعى إجراءات المحاكمة وفقاً لقانون رعاية الأحداث، ومن ذلك تشكيل المحكمة، مما يرتب البطلان على تلك الأحكام، باعتبار أن عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحاكم أو بولايتها أو باختصاصها، أمر متعلق بالنظام العام يجوز إثارته في أي مرحلة من مراحل التقاضي، كما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

هذا من ناحية تخصيص محاكم لقضاء الأحداث، أما من ناحية تشكيلها فقد تبنى المشرع اليمني الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع المصري قبل التعديل بالنسبة للمحاكم الابتدائية، عندما نصت المادة رقم (١٥) من قانون رعاية الأحداث اليمني على أن تشكل كل محكمة من محاكم الأحداث من قاض واحد يعاونه خبيران من الأخصائيين أحدهما على الأقل من النساء، يكون حضورها إجراءات المحاكمة وجوبياً وعلى الخبيرين أن يقدموا تقريراً للمحكمة بعد بحث ظروف الحدث من جميع الوجوه وتحديد التدابير المقترحة لإصلاحه وذلك قبل أن تصدر المحكمة حكمها، ومن ذلك يكون تشكيل المحكمة الابتدائية الخاصة بقضاء الأحداث، كما يلي:

- قاض فرد.
- عضو النيابة.
- خبيران من الأخصائيين.

### بالنسبة لمحاكم الاستئناف:

لم يخصص المشرع اليمني شعباً استئنافية لقضاء الأحداث، أكدت على ذلك المادة رقم (٣) من قرار رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٣م، عندما نصت على أن تختص الشعب الجزائية في محاكم الاستئناف في المحافظات الواردة في المادة رقم (١) من هذا القرار بالفصل في الطعون بطريق الاستئناف في الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأحداث الابتدائية الصادر بتحديدتها قرار وزير العدل بنظر قضايا الأحداث في كل محافظة، وهذا يخالف بعض التشريعات المقارنة ومن أمثلتها القانون المصري<sup>(١)</sup>، الذي خصص دوائر استئنافية خاصة بنظر قضايا الأحداث، بحيث يرفع الاستئناف في قضايا الأحداث إلى دائرة في المحكمة الابتدائية تخصص

(١) عمل المشرع المصري على تحقيق بعض الإصلاحات بنظام قضاء الأحداث في قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٥٠) لسنة ١٩٥٠م عندما خصص محاكم لنظر قضايا الأحداث، بعد أن كان الأمر مقتصرًا على محافظتين فقط (القاهرة والإسكندرية) فضلاً عن تخصيص دوائر استئنافية خاصة بنظر قضايا الأحداث.

لذلك، وتتنظر علي وجه السرعة<sup>(١)</sup>، كذلك خصص القانون الكويتي دائرة استئنافية أو أكثر بالمحكمة الكلية، تخصص لاستئناف الأحكام الصادرة من محكمة الأحداث<sup>(٢)</sup>. أما المشرع الجزائري فقد أوجد فضلاً عن قاضي الأحداث على مستوى المحاكم الابتدائية قضاة على مستوى محاكم الاستئناف، منها غرفة الجناح الاستئنافية للأحداث، وغرفة الجنايات الاستئنافية للأحداث<sup>(٣)</sup>.

### ارتكاب الحدث جريمة بالاشتراك مع بالغين:

وفقاً للرؤية السابق ذكرها، ولما تضمنته القوانين، سواء كان قانون السلطة القضائية أم قانون رعاية الأحداث وقانون حقوق الطفل، فإنه يجب أن تتم محاكمة الحدث عن أي جرم ارتكبه أو حتى في حالات تعرضه للانحراف أمام محكمة مختصة بقضاء الأحداث سواء ارتكب الجريمة الحدث بمفرده أو شاركه في ارتكابها بالغ، أكدت على ذلك المادة رقم (١٦) من قانون رعاية الأحداث عندما نصت على أن تختص محكمة الأحداث دون غيرها بالنظر في أمر الحدث عند اتهامه في الجرائم وعند تعرضه للانحراف كما تختص بالجرائم الأخرى التي ينص عليها هذا القانون وإذا أسهم في الجريمة غير حدث وجب تقديم الحدث وحده إلى محكمة الأحداث.

ومن ثم فتقديم الحدث أمام المحاكم العادية غير المختصة بقضاء الأحداث عند ارتكابه الجريمة مع بالغين يبطل الأحكام الصادرة في حقه، حيث تختص محكمة الأحداث وحدها دون غيرها بالنظر في أمر الحدث عند اتهامه في جنائية أو جنحة أو تعرضه للانحراف، والفصل في المنازعات الناشئة عند تنفيذ الأحكام الصادرة على الحدث، كما أجاز القانون للمحكمة أن تعقد جلساتها في إحدى دور الرعاية الاجتماعية للأحداث، إذ أن هدف القانون من هذا الإجراء هو التخفيف على الحدث من رهبة المحاكم والجلسات ومراعاة لحالته، خاصة وأن الغاية من وجود قضاء متخصص للأحداث يتزود قضاته بقدر من العلوم الاجتماعية والإنسانية ولهم دراية في مشاكل الأحداث وطرق معاملتهم، تمكنهم من تجنب الحدث الآثار السلبية عند الوقوف أمام المحاكمة العادية، لما يمثله من تجربة لن ينساها الحدث، خاصة وأن هذا النوع من المحاكم المتخصصة لها طابع

(١) المادة رقم (٤٠) من قانون الأحداث المصري.

(٢) المادة رقم (٤٩) من القانون رقم (١١١) لسنة ٢٠١٥م بشأن الأحداث (١١١ / ٢٠١٥م).

(٣) المادتان (٤٨٨، ٤٩٠) من قانون المسطرة الجنائية، الكتاب الثالث: القواعد الخاصة بالأحداث، الجريدة الرسمية، عدد (٥٠٧٨) بتاريخ ٢٧ ذي القعدة ١٤٢٤هـ ٣٠ يناير ٢٠٠٣م.

خاص يتمثل في البحث عن دوافع الإجرام لدى الحدث والظروف المحيطة به، ما قد يستعصي على القاضي العادي.

وهو الوضع ذاته، الذي أكد عليه المشرع السوري عندما أوجب التفريق بين الأحداث والبالغين حال الاشتراك في ارتكاب الجريمة، ليحاكم البالغون أمام المحاكم الجزائية العادية والأحداث أمام محاكم الأحداث المختصة<sup>(١)</sup>، لأن اختصاصها متعلق بشخص الحدث ولا ينازعها فيه غيرها من بقية المحاكم الأخرى<sup>(٢)</sup>.

وبالرغم من ذلك، فليست المساءلة بهذا الإجمال في جميع التشريعات المقارنة، فعلى سبيل المثال كان الاختصاص في مصر سابقاً في ظل قانون الأحداث رقم (٣١) لسنة ١٩٧٤م، منعقداً لمحكمة الأحداث دون غيرها بالفصل في الجرائم المرتكبة من الحدث أو عند تعرضه للانحراف وإذا أسهم غير الحدث في الجريمة المرتكبة، يعرض الحدث وحده أمام محكمة الأحداث، إلا أنه بصدر قانون الطفل رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦م، أضيف حكم آخر إلى الحكم السابق، حيث أبقى المشرع المصري على اختصاص محكمة الأحداث في حالة ارتكاب الحدث الذي لم يبلغ الخامسة عشرة من عمره وإن اشترك مع بالغين في ذلك.

وفي حال تجاوز الطفل الخامسة عشرة من عمره واشترك في ارتكاب الجريمة مع بالغين ففي هذه الحالة جعل المشرع لمحكمة الجنايات أو محكمة أمن الدولة العليا بحسب الأحوال الاختصاص بنظر الجريمة في مواجهة الجميع بالغين أو أطفالاً، شريطة أن يتجاوز الطفل المشترك مع البالغين الخامسة عشرة من عمره<sup>(٣)</sup>، وسار على ذات الدرب المشرع الكويتي مع زيادة سن الحدث الذي يسمح القانون بإحالة قضيته مع البالغين إلى المحكمة العادية إلى سن الستة عشر عاماً<sup>(٤)</sup>.

(١) المادة رقم (٤٠) من قانون الأحداث السوري لسنة ١٩٧٤م.

(٢) في ذلك قضت محكمة النقض بأن محاكم الأحداث هي وحدها المرجع المختص للنظر بقضايا الأحداث مهما كان نوعها ولا يحاكمون إلا أمامها ولا اختصاص غيرها في ذلك. بغض النظر عن الجريمة وطبيعتها وموضوعها والشركاء فيها، إذ يجب تفريق محاكمتهم عن غيرهم وإحالة إليها لأن اختصاصها متعلق بشخص الحدث فلا ينازعها فيه غيرها من بقية المحاكم الأخرى من عسكرية أو أمن دولة أو أمن قومي. محكمة النقض السورية غرفة الأحداث أساس ٣٩٥ قرار (١٦٢) لسنة ١٩٨٢م.

(٣) قضت في ذلك، المحكمة الدستورية العليا بأنه ليس من شك أن حسن إدارة العدالة الجزائية يوجب في هذه الحالة أن تتم المحاكمة أمام محكمة الجنايات أو محكمة أمن الدولة نظراً لوحدة الواقعة. المحكمة الدستورية العليا المصرية القضية رقم (٤٢) لسنة ٢٢ القضائية بتاريخ ١٠/٩/٢٠٠٢م. مشار إليه في: علي خليل علي محمد عبده، حق المتهم في محاكمته أمام قاضيه الطبيعي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة قطر، كلية القانون، يناير ٢٠٢١م، ص ٧٧.

(٤) نصت المادة رقم (٣٩) من قانون الأحداث الكويتي، على أنه: «إذا تعدد المتهمون بارتكاب جنائية وكان بينهم

وقد انتقد بعض الفقه هذا الوضع في التشريع المصري، ورأى أن هذا الاستثناء يشكل اعتداء على حق المتهم الحدث في محاكمته أمام قاضي محكمة الأحداث، باعتباره قاضيه الطبيعي، نظراً للغاية التي من أجلها أنشئت تلك المحكمة المختصة وفقاً لطبيعة الحدث وظروفه، حيث يفقد المتهم الحدث العديد من الضمانات التي ضمنها قانون الطفل ويخرج عن الهدف من تخصيص تلك المحكمة، كما رأى عدم كفاية ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة (١٢٢)، بأنه في هذه الحالة يكون على المحكمة قبل أن تصدر حكمها بحث ظروف الحدث من جميع الوجود، ولها أن تستعين في ذلك بمن تراه من الخبراء، بل منهم من رأى أن يحال البالغ مع الحدث إلى محكمة الأحداث، نظراً لأن مصلحة حماية الحدث أولى بالرعاية<sup>(١)</sup>.

وقد تراجع المشرع الأردني عن تلك الرؤية السالبة للحماية، بصدور قانون الأحداث رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤م. حيث كانت المادة السابعة من قانون الأحداث رقم (١٤) لسنة ١٩٦٨م، تنص على أن يحاكم الحدث مع البالغ أمام المحكمة المختصة بمحاكمة الأخير، إذا كانت الجريمة المتهم بها الحدث قد ارتكبت بالاشتراك مع البالغ، مع مراعاة اتباع الأصول المتبعة لدى محاكم الأحداث، إلا أنه بصدور القانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤م، فرق المشرع بين المتهم الحدث والمتهم البالغ إذا اشتركوا في جريمة واحدة، ليصبح كل منهم يحاكم أمام المحكمة المختصة سواء كانت محكمة الأحداث بالنسبة للحدث أو المحاكم العادية بالنسبة للمتهم البالغ<sup>(٢)</sup>.

ومن ذلك، يتضح وللوهلة الأولى أن المشرع اليمني متفق مع المشرع السوري والأردني في الحالة التي يشترك فيها الحدث مع البالغ في ارتكاب الجريمة، مخالفاً ما سار عليه المشرع المصري، ولكن بالتمعن قليلاً في نص القانون المصري يتبين أن المشرع اليمني قد اتفق معه في حكم حالة الاشتراك باعتبار أن القانون المصري جعل

حدث أو أكثر، وآخرون تزيد سنهم على ست عشرة سنة أحيل الجميع إلى المحكمة المختصة أصلاً، على أن تطبق أحكام هذا القانون بالنسبة إلى الحدث. ويجب على المحكمة في هذه الحالة قبل أن تصدر حكمها على الحدث أن تبحث ظروفه من جميع الوجوه ولها أن تستعين في ذلك بمن تراه من الخبراء أو مراقبي السلوك بمكتب المراقبة الاجتماعية والرعاية اللاحقة. وإذا تعدد المتهمون بارتكاب جنحة غير مرتبطة بجناية أو كان الحدث لم يتم الخامسة عشرة من عمره واتهم بارتكاب جنابة أو جنحة، وجب تقديم الحدث إلى محكمة الأحداث ويحال الآخرون إلى المحكمة المختصة».

(١) علي خليل علي محمد عبده، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٢) نصت المادة رقم (١١) من قانون الأحداث الأردني رقم (٣٢) لسنة ٢٠١٤م إذا اشترك في الجريمة الواحدة أو في جرائم ملازمة أحداث وبالغون، فيفرق بينهم بقرار من النيابة العامة وينظم ملف خاص بالأحداث ليحاكموا أمام قضاء الأحداث وفق هذه الأحكام.

الفئة العمرية التي تنظر قضيتها أمام المحكمة العادية هي من تجاوزت الخامسة عشرة من العمر، وما دون هذا السن تفصل قضيته عن المتهمين البالغين لتنظر أمام محكمة الأحداث، والمشرع اليمني جعل سن الحداثة إلى الخامسة عشرة فقط، ومن تجاوزها لا يعد حدثاً، بل طفل ناقص المسؤولية، تعرض قضيته أمام المحاكم العادية.

ويحمد للمشرع اليمني هذا الاتجاه، لحسن سير إدارة العدالة الجزائية، وعدم الانتقاص من الحماية المفترضة للحدث، لما لمحاكم الأحداث من طبيعة خاصة تضمن للحدث جملة من الضمانات التي تزيد أو تختلف عن الضمانات المكفولة لغيره من المتهمين البالغين من أهمها، ما يلي:

- اختصاص محاكم الأحداث دون غيرها بالنظر في أمر الحدث عند اتهامه في الجرائم وعند تعرضه للانحراف.
- تقديم الحدث وحده إلى محكمة الأحداث إذا أسهم في الجريمة غير حدث.
- تختص محكمة الأحداث بالجرائم الأخرى التي ينص عليها قانون رعاية الأحداث.

ولتلافي تضارب الأحكام القضائية، نص المشرع الجزائري على أنه «إذا كان الحدث متابعاً عن نفس الأفعال وفي نفس القضية مع متهمين رشداء، وكان قد تم فصل قضية الرشداء عن القضية المتعلقة بالحدث طبقاً للمادة (٤٦١)، فيؤجل البت في حق الحدث بقرار معلل إلى أن يصدر الحكم في حق الرشداء، ما لم يتعارض ذلك مع مصلحة الحدث»<sup>(١)</sup>.

(١) المادة (٤٧٦) من الكتاب الثالث بعنوان: (القواعد الخاصة بالأحداث)، بقانون المسطرة الجنائية المعدل بالقانون رقم (٢٣،٠٥) والقانون رقم (٢٤،٠٥)، الجريدة الرسمية رقم (٥٣٧٤)، للعام ٢٠٠٥م.

## المطلب الثاني

### إجراءات محاكمة الأحداث

أشرنا سابقاً أن إجراءات محاكمة الأحداث تعد من أهم النقاط التي ميزت الحدث عن البالغين، ويظهر ذلك بشكل واضح في الإجراءات التي نص عليها قانون رعاية الأحداث، على التفصيل التالي:

#### أولاً: في الاختصاص:

يتحدد اختصاص محكمة الأحداث بما يلي:

- المكان الذي وقعت فيه الجريمة أو توافرت فيه إحدى حالات التعرض للانحراف.
- المكان الذي يضبط فيه الحدث.
- المكان الذي يقيم فيه الحدث هو أو وليه أو وصيه أو أمه حسب الأحوال.

#### ثانياً: مكان انعقاد المحكمة:

يجوز عند محاكمة الأحداث أن تنعقد المحكمة خارج مقرها المعتاد حيث يكون للمحكمة عند الاقتضاء أن تنعقد في إحدى دور تاهيل ورعاية الأحداث.

#### ثالثاً: الإجراءات التي تتبع أثناء المحاكمة:

تتبع أمام محكمة الأحداث في جميع الأحوال القواعد والإجراءات المقررة في الجرائم غير الجسيمة ما لم ينص على خلاف ذلك، وعلاوة على ذلك تختص محاكمة الحدث بما يلي:

#### الاستعجال في محاكمة الأحداث:

يسبغ المشرع اليمني على المحاكمات الجزائية للأحداث صفة الاستعجال، مراعاة في ذلك للمصلحة الفضلى للحدث بإعطاء قضاياها صفة الاستعجال، للتقليل ما أمكن من الانعكاسات السلبية التي يتأثر بها الحدث أثناء سير إجراءات المحاكمة، كما أن طول أمد المحاكمة يحول دون تمكن الحدث من الربط بين الفعل الذي ارتكبه والأثر المترتب عليه، واستثناء من ذلك أجاز المشرع للمحكمة المختصة التأخر في الفصل في قضايا الأحداث عن المواعيد المحددة لها إذا كانت هناك ضرورة ملحة لذلك. كما أنه وبموجب

تعليمات النائب العام يكون على أعضاء النيابة ألا يتعجلوا محاكمة الأحداث الخارجين عن سلطة آبائهم فلا يأمرؤا بتقديمهم إلى المحكمة إلا بعد استدعاء والد الحدث وإعطائه مهلة يتدبر فيها ما إذا كانت مصلحة ولده تستوجب وضعه إحدى دور التربية للأحداث من عدمه، مادة (٤٧٢) تعليمات.

### سرية محاكمة الأحداث:

يقتضي الأصل العام المقرر في المحاكمات الجزائية أن تكون جلسات المحاكمة علنية، باعتبارها إحدى صور الضمانات المقررة لحسن سير العدالة وتمكين المواطن من مراقبة تطبيق العدالة، إلا أن هذا الأصل يستثنى منه محاكمة الأحداث، إذ أن في السرية ما يحقق مصلحة الحدث وذويه، كما أن العلانية تحرج الطفل وتجعله أمام الجمهور مجرماً مما يعود على نفسيته بالأذى وتفقدته الثقة في المستقبل. ومن ثم:

- لا يجوز أن يحضر محاكمة الحدث إلا أقاربه والشهود والمحامون والمراقبون الاجتماعيون ومن تجيز له المحكمة الحضور بإذن خاص.
  - للمحكمة أن تأمر بإخراج الحدث من الجلسة بعد سؤاله أو بإخراج أحد من ذكروا في الفقرة السابقة إذا رأت مقتضى لذلك.
  - لا يجوز للمحكمة في حالة إخراج الحدث أن تأمر بإخراج محاميه أو المراقب الاجتماعي كما لا يجوز للمحكمة الحكم بالإدانة إلا بعد إفهام الحدث بما تم في غيبته من إجراءات.
  - يجوز للمحكمة إعفاء الحدث من حضور المحاكمة بنفسه إذا رأت أن مصلحته تقتضي ذلك ويكتفى بحضور وليه أو وصيه نيابة عنه وفي هذه الحالة يعتبر الحكم حضورياً.
  - تعتبر الملفات الخاصة بالأحداث ملفات سرية، يحظر نشرها أو السماح لغير محامي الحدث أو متولي أمره الاطلاع عليها دون إذن خاص من المحكمة، أو النيابة.
  - يحظر نشر اسم وصورة الحدث أو أي معلومات تدل على شخصيته أو نشر وقائع التحقيق والمحاكمة أو ملخصها في أي وسيلة من وسائل النشر.
- ويتعين التنويه إلى أن مبدأ السرية، لا يسري على الحكم، الذي يجب أن يصدر في جلسة علنية بحضور الحدث، فالعلنية هنا من النظام العام وعدم مراعاتها يؤدي إلى البطلان وهو ما جاءت به المادة (٨٩) من قانون حماية الطفل.

## حظر استخدام القيود:

يحظر استخدام القيود، ولا يجوز الإساءة في المعاملة أو التقييد بأي قيد، وذلك حفاظاً على كرامة الحدث واحترامه لذاته.

## عدم قبول الادعاء بالحق المدني:

لا تقبل الدعوى المدنية أمام محكمة الأحداث، على أن يكون للمتضرر الحق في اللجوء إلى المحاكم المختصة، منعاً لإطالة أمد المحاكمة لارتباطها بدعوى مدنية.

## وجود محام يدافع عن الحدث:

يجب أن يكون للحدث المتهم بجرائم جسيمة محام يدافع عنه، فإذا لم يكن قد اختار محامياً تولت النيابة أو المحكمة ندبه.

## وجوب الاستماع إلى أقوال المراقب الاجتماعي قبل الحكم:

يجب على المحكمة في حالات تعرض الحدث للانحراف وفي الجرائم الجسيمة وغير الجسيمة وقبل الفصل في أمر الحدث أن تستمع إلى أقوال الخبير الاجتماعي بعد تقديمه تقريراً اجتماعياً يوضح العوامل التي دفعت الحدث للانحراف أو التعرض له ومقترحات إصلاحه كما يجوز للمحكمة الاستعانة في ذلك بأهل الخبرة.

## عدم سرية أحكام العود:

نصت المادة (٣٩) من قانون رعاية الأحداث على أنه: «لا تسرى أحكام العود المنصوص عليها في قانون العقوبات على الحدث» يفهم من هذا النص أن المشرع قد قصر مجال تطبيق نظام العود على الجرائم التي يرتكبها الجناة الذين تجاوز سنهم خمس عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة. بحيث لا يسري هذا النظام على من هم دون تلك السن.

إلا أنه وباستقراء الأحكام العامة في قانون الجرائم والعقوبات، يتضح أن المشرع اليمني لا يأخذ بنظام العود الساري في مختلف التشريعات المقارنة<sup>(١)</sup>. حيث ينصرف

(١) يطلق العود على حالة الشخص الذي يرتكب جريمة بعد أخرى حكم فيها نهائياً، أي أن العود ينشأ عن تكرار وقوع الجرائم من شخص واحد بعد الحكم نهائياً عليه في إحداها أو بعضها. وشرح القوانين وإن كانوا يسلمون بالعقوبة على العود، إلا أنهم اختلفوا في تقرير المبادئ التي يقوم عليها العود، فالبعض يرى أن يكون العود خاصاً، بمعنى أن لا يعتبر المجرم عانداً إلا إذا كانت الجريمة الثانية من نوع الجريمة الأولى أو مماثلة لها، فإن لم تكن الجريمة الثانية كذلك فلا يعتبر المجرم عانداً، يرى البعض أن يكون العود عاماً بحيث يعتبر المجرم عانداً إذا ارتكب جريمته الثانية، سواء كانت من نوع الأولى أو من نوع آخر مماثلة لها

مصطلح العائد في التشريع اليمني إلى المتهم الذي سبق وأن أدين في جريمة سابقة، أيًا كانت تلك الجريمة، وكل ما يمكن للقاضي أن يحكم به إذا ثبت له أن المتهم من ذوي السوابق الجزائية، الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة المنظورة أمامه. أما العود في أغلب التشريعات المقارنة، هو نظام متكامل له أحكام وحالات محددة يفرض فيها المشرع عقوبات مشددة تتفاوت وتختلف باختلاف وتنوع حالاته كما أن له شروطاً معينة للحكم بالعقوبة المشددة التي يحدد مقدارها المشرع.

### مرحلة الطعن في الأحكام:

- الأحكام الصادرة من محكمة الأحداث تخضع لنفس إجراءات الطعن المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية مع بعض الاستثناءات التالية:
- لا يلزم الأحداث بأداء أية رسوم أو مصاريف قضائية أمام جميع المحاكم في الدعاوى المتعلقة بهذا القانون.
- يكون الحكم الصادر على الحدث بالتدابير واجب التنفيذ ولو كان قابلاً للاستئناف.
- عدم قابلية بعض الأحكام الصادرة بحق الحدث للاستئناف، حيث يجوز استئناف الأحكام الصادرة من محكمة الأحداث عدا الأحكام التي تصدر بالتوبيخ وبتسليم الحدث لوالديه أو لمن له الولاية عليه فلا يجوز استئنافها إلا لخطأ في تطبيق القانون أو بطلان في الحكم أو خطأ في الإجراءات أثر فيه.
- وعليه فالأحكام التي لا تقبل الطعن بالاستئناف هي: التوبيخ، التسليم.
- يجب تحديد جلسة قريبة لنظر الاستئناف في قضايا الأحداث وإرسال القضية فوراً بكتاب خاص إلى نيابة استئناف المحافظة، لتتخذ ما يلزم لنظر الاستئناف والفصل فيها على وجه السرعة، مادة (٤٧٠) (تعليمات عامة).

### مرحلة تنفيذ الأحكام:

يختص قاضي محكمة الأحداث التي يجري التنفيذ في دائرتها دون غيره بالفصل في جميع المنازعات وإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بتنفيذ الأحكام الصادرة على الحدث

أو غير مماثلة، كذلك اختلف الشراح في مدة العود، فرأى البعض أن يكون العود مؤبداً. د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، ص ٦٦.

على أن يتقيد عند الفصل في إشكالات التنفيذ بالقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية. كما يختص قاضي محكمة الأحداث بالإشراف والرقابة على تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة على الحدث وتقدم إليه التقارير المتعلقة بتنفيذ التدابير.

يتولى قاضي الأحداث أو من يندبه من خبيري المحكمة زيارة دور الرعاية والتأهيل وغير ذلك من الجهات الخاصة بالأحداث وذلك مرة كل ثلاثة أشهر على الأقل ولقاضي محكمة الأحداث أن يكتفي بالتقارير التي تقدم له من تلك الجهات المختصة.

ينشأ لكل حدث ملف للتنفيذ يضم إليه ملف الموضوع تودع فيه جميع الأوراق المتعلقة بتنفيذ الحكم الصادر عليه ويثبت فيه ما يصدر في شأنه التنفيذ من قرارات وأوامر وأحكام ويعرض هذا الملف على رئيس المحكمة قبل اتخاذ أي إجراء من الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٢٨) من هذا القانون.

- إذا خالف الحدث التدابير المفروضة عليه بمقتضى الفقرات (٣، ٤، ٥، ٦) من المادة (٣٦) من هذا القانون فللمحكمة أن تأمر بعد سماع أقوال الحدث بإطالة مدة التدبير بما لا يجاوز نصف الحد الأقصى المقرر بالفقرات المشار إليها أو أن تستبدل به تدبيراً آخر يتفق مع حالته.

### جواز إعادة النظر في الحكم الصادر في حق الحدث:

- نصت المادة رقم (٣٢) على أن: للمحكمة فيما عدا التدبير المنصوص عليه في الفقرة (١) من المادة (٣٦) من هذا القانون أن تأمر بعد اطلاعها على التقارير المقدمة إليها أو بناء على طلب النيابة أو الحدث أو وليه أو وصيه بإنهاء التدبير أو بتعديل نظامها أو بإبدالها مع مراعاة أحكام المادة (٣٧) من هذا القانون. فإذا رفض الطلب المشار إليه في الفقرة السابقة فلا يجوز تجديده إلا بعد مرور ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ رفضه ويكون الحكم الصادر في هذا الشأن غير قابل للطعن.
- لا ينفذ أي تدبير أغفل تنفيذه سنة كاملة من يوم النطق به إلا بقرار يصدر من المحكمة بناء على طلب النيابة بعد أخذ رأي المراقب الاجتماعي.
- يكون تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية المحكوم بها على الأحداث في أماكن منعزلة داخل المؤسسات العقابية، ويجوز تأهيلهم اجتماعياً وفقاً للأسس والمعايير التي تحددها اللائحة.

وباستقراء هذه الأحكام يظهر مدى اهتمام المشرع بتوفير الحماية للحدث في مرحلة المحاكمة، تحقيقاً للمصلحة الفضلى له والتيقن من عدم إدانة الحدث إلا بناء على أدلة دامغة كما منع الادعاء بالحق الشخصي في مواجهة الحدث أمام محكمة الأحداث، وإن كان ذلك لا يمنع المضرور من رفع الدعوى المدنية بالتعويض عن الضرر الذي لحق به أمام المحكمة المدنية المختصة، كذلك يجب الإشارة إلى أن المشرع ولاعتبارات تحقيق المصلحة الفضلى للحدث أوجب سرية المحاكمة فضلاً عن استعجال إجراءاتها.

## الخاتمة

تبين من خلال الأسطر القليلة السابقة، أن المشرع اليمني كسائر التشريعات، أفرد للأطفال نظاماً قضائياً خاصاً يختلف نوعاً ما عن النظام والإجراءات القضائية التي يخضع لها البالغون، حال مخالفتهم للقانون، وارتكابهم جرمًا معيناً، وإن كان النظام الذي اتخذه يحتاج إلى إعادة نظر في بعض إجراءات الحماية المقررة قانوناً، للزيادة منها، وشمولها للأطفال عامة.

### ومن أهم ما خرجت به الدراسة، التوصيات التالية:

- إيجاد نص قانوني يوجب بشكل صريح وواضح، وجود شرطة أحداث يكون عليها، التعامل مع الحدث في مرحلة جمع الاستدلالات، حماية لهذه الفئة.
- أن يجعل المشرع نص المادة رقم (٤٦٣) من تعليمات النائب العام التي تنص على التحقق من حالة الحدث قبل التصرف في قضيته إلى نص قانوني في قانون رعاية الأحداث.
- إعادة النظر، في نص المادة رقم (٦) من قانون رعاية الأحداث وكذا المادة رقم (١٢٨) من قانون حقوق الطفل، والنص صراحة في قانون الإجراءات الجزائية على أن يكون تخويل صفة الضبطية القضائية في الجهات المختلفة للنائب العام بناء على ترشيح رئيس الجهة المعنية، باعتبار مأموري الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه في نطاق صلاحيات الضبط القضائي.
- إجراء تعديل تشريعي على المادة رقم (١٩) من قانون رعاية الأحداث بحيث يكون وجود المحامي أمراً إلزامياً في قضايا الأحداث ليس فقط في القضايا الجسيمة فقط، بل أيضاً في القضايا غير الجسيمة.
- نوصي التفيتيش القضائي بمتابعة المحاكم الابتدائية المنتدبة لنظر قضايا الأحداث، للتأكد من مراعاتها إجراءات المحاكمة وفقاً لقانون رعاية الأحداث، ومن ذلك تشكيل المحكمة، باعتبار ذلك أمراً متعلقاً بالنظام العام يجوز إثارته في أي مرحلة من مراحل التقاضي، كما تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

## المراجع:

- أشرف رمضان عبدالحميد، مدى تأثير الطفولة على إجراءات الدعوى الجزائية (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني، الجزء الثاني، السنة التاسعة والخمسون، ٢٠١٧م.
- ابن منظور أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دون ذكر السنة.
- عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، دار الكاتب العربي، بيروت، لبنان.
- علي خليل علي محمد عبده، حق المتهم في محاكمته أمام قاضيه الطبيعي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة قطر، كلية القانون، يناير ٢٠٢١م.
- غسان رباح، حقوق وقضاء الأحداث (دراسة مقارنة)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢م.
- محمد إسماعيل حنفي، الإجراءات الجزائية الخاصة بالأحداث في التشريع الأردني، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:  
(<https://jordan-lawyer.com/juveniles/>)، أكتوبر ٢٠٢٢م.
- محمد عاطف غيث، قاموس علم الاجتماع، دار المعرفة الجامعية، مصر، ١٩٩٧م.
- معوض عبد التواب، المرجع في شرح قانون الأحداث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٥م.
- موسى بن سعيد، أثر صغر السن في المسؤولية الجنائية في الفقه والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، العام الدراسي ٢٠٠٩-٢٠١٠م.

# وظيفة الضبطية القضائية للهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد في القانون اليمني

الأستاذ. الدكتور / منير محمد علي الجوبي  
أستاذ القانون الجنائي بأكاديمية الشرطة

مجلة  
البحوث والبحوث  
القضائية  
البحوث والبحوث  
القضائية

## المقدمة

الحمد لله الواحد المعبود الذي جعل لنا من العلم نوراً نهدي به، الأمر بالإصلاح،  
الناهي عن الإفساد واتباع طريق المفسدين القائل: ﴿... وَأَصْلِحْ وَلَا تَتَّبِعْ سَبِيلَ  
الْمُفْسِدِينَ﴾ [الأعراف: ١٤٢]، والصلاة والسلام على سيدنا محمد...، أما بعد:

الفساد نزعة شريرة تصارع قيم الخير بالإنسان في ظل كل نظام بغض النظر عن  
طبيعته السياسية، بل إنه داء يصيب الأمم، جراء سلوكيات منحرفة عن منهج الله  
وهديه، والفساد قديم قدم الإنسان، قال عز وجل على لسان ملائكته: ﴿... قَالُوا أَتَجْعَلُ  
فِيهَا مَنْ يَفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا  
تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٣٠].

فالفساد سلوك معادٍ للقيم الإنسانية والأخلاقية والدينية؛ لما يتمخض عنه من آثار  
وأضرار تحل بنظام الحياة في شتى مناحيها، فالفساد ظاهرة خطيرة عرفتها البشرية على  
مر العصور، كما تُعد ظاهرة عالمية لا يخلو منها مجتمع من المجتمعات، بل إنها ظاهرة  
إنسانية وُجدت بوجود البشر، واستشرت وانتشرت فيهم على مرور الأزمنة<sup>(١)</sup>.

وظاهرة الفساد أصبحت تعاني منها الدول والمجتمعات المعاصرة، ويترتب عنها  
مخاطر حقيقية على استقرار وأمن تلك الدول والمجتمعات، وتقوض هذه الظاهرة  
مؤسساتها وتهدد مبادئ العدالة والقيم الأخلاقية وخطط التنمية الشاملة فيها<sup>(٢)</sup>.

ومع تعاظم تحديات الفساد وتزايد مخاطره برزت الحاجة إلى توحيد وتنسيق الجهود  
الدولية والإقليمية والوطنية في مجال تعزيز النزاهة ومكافحة الفساد التي أثمرت عن  
الجهود الدولية المعروف بـ(اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد)<sup>(٣)</sup>، التي تشكل إطاراً  
دولياً جامعاً ومتكاملاً لمواجهة هذه الظاهرة الخطيرة التي باتت تفتك بالأمم والشعوب  
دون استثناء لما تشكله من خطر خفي ومتجدد يهدد استقرار الدولة ومستقبل المواطن  
على حدٍ سواء.

والجمهورية اليمنية كغيرها من بلدان العالم استشعرت منذ وقت مبكر مخاطر  
الفساد فسارعت باتخاذ العديد من الإجراءات والتدابير المؤسسية والتشريعية في

(١) عبدالله علي الشطيري: المركز القانوني للهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد في التشريع اليمني، رسالة  
ماجستير، الأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، صنعاء، ٢٠١٨م، ص ١.

(٢) د/ علي علي المصري: تفعيل القيم كمدخل للوقاية من الفساد الإداري، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط١،  
٢٠١٠م، ص ١٠.

(٣) تم التوقيع عليها في المكسيك بتاريخ ١١/١٢/٢٠٠٣م، ودخلت حيز التنفيذ في ١٤/١٢/٢٠٠٥م.

مكافحة الفساد على اعتبار أن الكل معني بذلك دون استثناء، فأنشأت الهيئة العليا لمكافحة الفساد التي تهدف بصورة كبيرة للتوقيع من قبل بلادنا على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، تلا ذلك إصدار القانون رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٥م بشأن الموافقة على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، والقانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣م بشأن مكافحة غسل الأموال، والقانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن الإقرار بالذمة المالية، والقانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٦م بشأن مكافحة الفساد، وقرار رئيس الجمهورية رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٧م بتشكيل الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، وإصدار القانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧م بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية وإنشاء اللجنة العليا للمناقصات والمزايدات والهيئة العليا للرقابة على المناقصات<sup>(١)</sup>.

ويُعد إنشاء الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد من أهم التدابير التي اتخذتها الجمهورية اليمنية، وترجمة للاتفاقيات التي وقَّعت عليها الحكومة بهذا الشأن، ولضرورة وجود هذه الهيئة المهمة ضمن هيئات الدولة الرقابية التي تعنى بمكافحة الفساد.

ومنذ الخطوات الأولى لتأسيس الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد مثلت عمليات تعزيز الشراكة بين الهيئة وبين أركان منظومة النزاهة الوطنية في عملية مكافحة الفساد أولوية خاصة، حيث تدرك الهيئة أن مكافحة الفساد والوقاية منه لن تكون إلا من خلال شراكة حقيقية مع تلك المنظومة، وأن أي رؤية استراتيجية متكاملة لمكافحة الفساد لن يكتب لها النجاح ما لم تشارك في صنعها ووضع مكوناتها كافة أعمدة النزاهة الوطنية، وتكمن أهميتها في كونها أداة منهجية مهمة لتحليل طبيعة الفساد ومصادره ورصد أسبابه وعوامله ومظاهره وآثاره، وتعزيز قيم النزاهة والشفافية وتطوير نظم المساءلة والرقابة والمحاسبة وبناء مؤسسات قادرة على إنفاذ القانون ومنع الفساد وتعقب مرتكبيه وملاحقتهم ومقاضاتهم، واعتماد آليات إدارية ومؤسسية فاعلة، وصياغة منظومة قانونية وإجراءات واضحة، وخلق بيئة مناهضة لثقافة التسامح مع الفساد والفاستين تتعزز فيها قيم النزاهة والشفافية ومكافحة الفساد.

فقد أسند القانون إلى الهيئة عدة مهام واختصاصات للحد من ظاهرة الفساد التي تعاني منها معظم دول العالم، حيث كان الهدف من إنشاء الهيئة ضبط جميع جرائم الفساد التي تصل لعلمها أو تكتشفها وضبط مرتكبيها.

ولقد منح قانون مكافحة الفساد الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد صفة

(١) الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد (٢٠١٠-٢٠١٤)، الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، ط١، يوليو ٢٠١٠م، ص أ، ب.

الضبطية القضائية حتى تستطيع القيام بمهامها في مواجهة الفساد ومساءلة مرتكبيه وتقديمهم للقضاء لينالوا جزاءهم العادل.

### أولاً: مشكلة الدراسة:

يمثل إنفاذ القانون والملاحقة القضائية المكون الأهم لجهود الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، وهو المكون الذي يقيس إلى درجة كبيرة مصداقية جهود مكافحة الفساد، ولذا فإن سياسات بناء القدرات لهذا المكون تحتل مكانة متقدمة في قائمة أولويات الهيئة، وكذا في قائمة أولويات بقية أركان المنظومة المعنيين بمكافحة جرائم الفساد، ولن يتأتى ذلك إلا بمنح الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد صلاحيات قانونية في مجال التحري والاستدلال وجمع الأدلة والقرائن والتحقيق والضبط في قضايا الفساد، ولذا تبرز مشكلة الدراسة في السؤال الرئيس الآتي:

هل سلطات الضبط القضائي الممنوحة للهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد كافية لمواجهة جرائم الفساد؟

- ويتفرع عن هذا السؤال مجموعة من التساؤلات الفرعية الآتية:
- هل إجراءات التحري وجمع الاستدلالات التي تقوم بها الهيئة في جرائم الفساد هي ذات الإجراءات في الجرائم الأخرى؟
- هل منح قانون مكافحة الفساد الهيئة صلاحيات أكبر في مجال الضبط القضائي مقارنة بالصلاحيات المقررة في قانون الإجراءات الجزائية؟
- هل يوجد تعارض بين عمل الهيئة والجهات الرقابية والقضائية الأخرى؟
- ما إجراءات التحري والاستدلال المادية التي تباشرها الهيئة في جرائم الفساد؟
- ما إجراءات التحري والاستدلال القولية التي تباشرها الهيئة في جرائم الفساد؟
- ما السند القانوني الذي يمنح الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد صفة الضبطية القضائية؟
- كيف يتم التصرف في محاضر جمع الاستدلالات في جرائم الفساد؟

## ثانياً: أهداف الدراسة:

- نهدف من خلال هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:
- تسليط الضوء على مهام واختصاصات الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد.
  - بيان ماهية الضبط القضائي في قانون الإجراءات الجزائية.
  - توضيح الطبيعة القانونية لإجراءات الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد.
  - معرفة إجراءات التحري والاستدلال التي تباشرها الهيئة في قضايا الفساد.
  - توضيح السند القانوني الذي يمنح الهيئة صفة الضبطية القضائية في جرائم الفساد.
  - بيان علاقة الهيئة مع الأجهزة الرقابية والقضائية في مجال مكافحة الفساد.
  - توضيح كيفية التصرف في مجال جمع الاستدلالات في قضايا الفساد.

## ثالثاً: أهمية الدراسة:

يحتل موضوع البحث أهمية كبيرة، إذ يشكل الفساد ظاهرة قديمة معاصرة ومتجددة بتجدد المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتكنولوجية لكل بلد، ومنها الجمهورية اليمنية، وما يستتبع ذلك من اضطراب الدولة في أداء مهامها وتحقيق أهدافها، وزعزعة الثقة في القائمين بأعبائها، ويُعد الفساد بمفهومه الشامل المصدر الرئيس لإخفاء جهود التنمية في أي مجتمع من المجتمعات، ففي ظل وجود الفساد تتضاءل قدرة الدولة على تحقيق أهدافها التنموية وتأمين المساواة وتحقيق العدالة، إذ يلتهم الفساد الجزء الأكبر من الموارد المخصصة لتمويل برامج التنمية، ولا شك أن التحولات الاقتصادية والسياسية التي شهدتها اليمن قد وفرت بيئة خصبة لنمو الفساد، والذي أصبح يهدد التنمية بمفهومها الشامل ويكسر الفقر، ويؤدي إلى انخفاض مستوى الدخل، وتدني مستوى الخدمات العامة.

وإدراكاً لخطورة جرائم الفساد فقد تم إصدار قانون يجرم الفساد، ونتج عنه إنشاء الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد كهيئة اعتبارية مستقلة معنية بمكافحة الفساد، ومُنحت صلاحيات قانونية تمكنها من ممارسة عملها في مجال مكافحة جرائم الفساد، ولهذا تظهر أهمية الدراسة أيضاً في بيان مدى ملاءمة الصلاحيات الممنوحة للهيئة، وبالأخص في مجال الضبط القضائي في الحد من الفساد ومكافحته، وذلك من خلال

تحليل النصوص القانونية المرتبطة بعمل الهيئة وتوضيح أوجه القصور أو التعارض التي قد تعترضها بغرض سد الثغرات القانونية وتلافي الإشكاليات للإسهام في تفعيل دور الهيئة في مجال مكافحة الفساد.

#### رابعاً: منهج الدراسة:

سوف نستخدم في إعداد دراستنا المنهج الوصفي من خلال الرجوع للمؤلفات العامة والرسائل العلمية والأبحاث والمقالات والدوريات المتخصصة وبجميع النصوص القانونية لمعرفة الأحكام التشريعية لمواضيع الدراسة المختلفة بقصد تشخيص موضوع الدراسة، ومن ثم تفسيرها، وكشف جوانبها، وتحديد العلاقة بين مفرداتها للحصول على بيانات ومعلومات وصفية تخدم الدراسة.

وكذلك سنستخدم المنهج التحليلي في دراستنا كونه المنهج الأنسب لتحليل النصوص القانونية المعنية بمكافحة الفساد، والتي توضح صلاحيات الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، وبالأخص في مجال الضبط القضائي والتحري وجمع الاستدلالات في قضايا الفساد.

#### خامساً: خطة الدراسة:

سنقسم دراستنا إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: ماهية الضبطية القضائية والهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد.

المطلب الأول: مفهوم الضبطية القضائية.

المطلب الثاني: نشأة الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد وبنائها التنظيمي.

المطلب الثالث: مهام واختصاصات الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد.

المبحث الثاني: جمع الاستدلالات والتحقيق في جرائم الفساد.

المطلب الأول: مفهوم مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق في جرائم الفساد.

المطلب الثاني: إجراءات الاستدلال في جرائم الفساد.

المطلب الثالث: إجراءات التحقيق في جرائم الفساد.

## المبحث الأول

### ماهية الضبطية القضائية والهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد

#### تمهيد وتقسيم:

يميز الفقه عند دراسة وظائف الدولة الحديثة تجاه الجريمة بين وظيفتين، هما: وظيفة الضبط الإداري، ووظيفة الضبط القضائي، والوظيفة الأولى وظيفة وقائية الهدف منها احترام القوانين واللوائح والأنظمة وتحقيق الأمن والسكينة للمواطنين، وذلك بمنع الجريمة قبل وقوعها باتخاذ تدابير الوقاية احتياطات الأمن العام، أما الوظيفة الأخرى، وهي الضبط القضائي، فلا يمارسها إلا أشخاص معينون منحهم القانون هذه الصفة وخولهم بموجبها سلطات، وفرض عليهم بعض الواجبات التي تتعلق بالدعوى الجزائية، وتوصف هذه الوظيفة بأنها عقابية، وتبدأ بعد وقوع الجريمة<sup>(١)</sup>، ونظراً لدور الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، فقد أخذ المشرع على عاتقه إعطاؤها التكيف القانوني الذي يتواكب مع المهمة التي أنشئت لأجلها؛ نظراً لخصوصية الجرائم التي يتطلب عمل الهيئة كشفها، فقد منح القانون موظفي الهيئة صفة الضبطية القضائية، وسنتناول دراسة هذا المبحث في ثلاثة مطالب، نوضح في المطلب الأول مفهوم الضبط القضائي، ونبين في المطلب الثاني نشأة الهيئة وهيكلها التنظيمي، وندرس في المطلب الثالث مهام واختصاصات الهيئة الوطنية.

#### المطلب الأول

##### مفهوم الضبطية القضائية

تبدأ وظيفة الضبط القضائي حين تنتهي وظيفة الضبط الإداري<sup>(٢)</sup>، فلا يتدخل

(١) د/ رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجبل للطباعة، القاهرة، ص ٢٨٥، د/ رضا عبدالحليم رضوان: الضبط القضائي بين السلطة والمسؤولية، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص ٢، د/ محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٣م، ص ١٨٦، ١٨٧.

(٢) تختلف وظيفة الضبط الإداري عن وظيفة الضبط القضائي من عدة نواح:

- من حيث الهدف: تهدف الضبطية الإدارية إلى منع الجريمة، بينما هدف الضبطية القضائية ضبط الجريمة وكشف مرتكبها. - من حيث الزمن: إجراءات الضبط الإداري تباشر قبل وقوع الجريمة، بينما الضبطية القضائية تباشر بعد وقوع الجريمة. - من حيث الطبيعة: الضبطية الإدارية طبيعتها وقائية، بينما الضبطية القضائية طبيعتها عقابية. - من حيث التبعية: مأمورو الضبط الإداري يتبعون رؤسائهم

مأمور الضبط القضائي إلا إذا وقع إخلال فعلي بالنظام العام، بحيث يتجسد هذا الإخلال في صورة واقعة معاقب عليها جنائياً، ومتى تحققت هذه الواقعة الجنائية كان لمأمور الضبط القضائي مباشرة إجراءات الضبط القضائي.

وسنقوم بدراسة هذا المطلب في ثلاثة فروع، نوضح في الفرع الأول المقصود بالضبط القضائي وخصائصه، ونبين في الفرع الثاني تشكيل الضبطية القضائية، ونوضح في الفرع الثالث منح موظفي الهيئة صفة الضبطية القضائية.

## الفرع الأول

### المقصود بالضبط القضائي وخصائصه

سنبين في هذا الفرع تعريف الضبط القضائي وخصائصه وذلك فيما يأتي:

#### أولاً: تعريف الضبط القضائي:

وضحت المادة (٩١) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م المقصود بالضبط القضائي بأنه: «مأمورو الضبط القضائي مكلفون باستقصاء الجرائم وتعقب مرتكبيها، وفحص البلاغات والشكاوى، وجمع الاستدلالات والمعلومات المتعلقة بها وإثباتها في محاضرتهم وإرسالها إلى النيابة العامة».

وقد استخلص الفقهاء من هذا النص معنيين للضبط القضائي، الأول: معنى وظيفي، ويقصد به كشف غموض الجريمة وتعقب مرتكبيها، والآخر: معنى شكلي، ويقصد به جميع الموظفين الذين خولهم القانون جمع الاستدلالات<sup>(١)</sup>.

وقد عرف بعض الفقهاء<sup>(٢)</sup> الضبط القضائي بأنه: «مجموعة من الإجراءات التي

الإداريين، بينما مأمورو الضبط القضائي يتبعون النيابة العامة. - من حيث القانون: تنظم أعمال الضبط الإداري القوانين الإدارية، بينما تخضع أعمال الضبطية القضائية لقانون الإجراءات الجزائية. (للمزيد انظر: د/ منير محمد الجوي: الاختصاصات الأصلية والاستثنائية لمأموري الضبط القضائي، المركز العربي للنشر الأكاديمي، صنعاء، ط١، ٢٠١٣م، ص٢١ وما بعدها. د/ ممدوح السبكي: حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق، رسالة دكتوراة، أكاديمية الشرطة المصرية، ١٩٩٨م، ص٤٠٤. د/ عمر السعيد رمضان: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م، ص٢٧٠).

(١) للمزيد انظر: د/ إبراهيم حامد طنطاوي: سلطات مأمور الضبط القضائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة. د/ محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٩٥م، ص٣٨١.

(٢) د/ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٧، ١٩٩٣م،

تهدف إلى التحري عن الجريمة والبحث عن مرتكبيها، وجمع كافة العناصر والدلائل اللازمة للتحقيق في الدعوى الجزائية، ورفع محضر بذلك إلى النيابة العامة صاحبة الاختصاص الأصيل بالدعوى الجزائية للتصرف على ضوءه»<sup>(١)</sup>.

## ثانياً: خصائص الضبط القضائي:

يتولى مأمورو الضبط القضائي إجراء التحريات للكشف عن الجريمة، والتنقيب عن أدلتها، وجمع الاستدلالات المتعلقة بها، وملاحقة المجرمين وكشفهم، وذلك لتسهيل مهمة النيابة العامة في التحقيق الابتدائي لكشف غموض الجريمة ومعرفة مرتكبيها<sup>(٢)</sup>، فإجراءات الاستدلال خطوة تسبق القيام بإجراءات التحقيق وتمهد لها، وتتميز الضبطية القضائية بعدة خصائص، من أهمها:

(أ) لا تباشر وظيفة الضبطية القضائية إلا بصدد واقعة ينطبق عليها وصف الجريمة، فكل واقعة لا ينطبق عليها وصف الجريمة الجنائية لا تباشر إجراءات الضبط القضائي حيالها، ولو ترتب على هذه الواقعة ضرر<sup>(٣)</sup>.

ص ٣٣٢. د/ محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٢، ١٩٩٠م، ص ٩٩. د/ سامح السيد جاد: الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ١٦٦. د/ محمد شتا أبو سعد: الموسوعة الجنائية الحديثة، التعليق على قانون الإجراءات الجنائية، المجلد الأول، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠٠٢م، ص ٢٥٩.

(١) وصف نظام الضبط القضائي بأنه: نظام معروف في التشريعات المعاصرة، وهو في أساسه وليد الضرورة، فالنيابة العامة لا تملك القدرة على القيام بنفسها على استقصاء الجرائم، وجمع المعلومات عنها وعن مرتكبيها، لهذا دعت الضرورة إلى إنشاء جهاز يعاون النيابة العامة في عملها، ويحمل عنها مشقة الاستقصاء عن الجرائم ومرتكبيها، وتحضير المادة اللازمة للتحقيق في الدعوى ورفعها، وبذلك يوفر لها من الوقت ما يتيح لها القيام بمهامها الأصلية والهامة، وهذا ما يُعرف بسلطة الضبط القضائي، ويتفاوت المدى الممنوح لمأموري الضبط القضائي من تشريع لآخر، فمجال وظيفة الضبط القضائي في التشريعات اللاتينية والتشريعات الأخذة عنها كالتشريع اليمني والمصري وتشريعات بلاد المغرب العربي تقتصر على جمع الاستدلالات، وتوصف بأنها إجراءات ممهدة للدعوى الجزائية، ويتوسع هذا المجال في النظام الأنجلوأمريكي والقوانين التي أخذت منه، حيث يمنح مأمورو الضبط القضائي سلطات أوسع ليقوموا بجمع الاستدلالات والتحقيق الابتدائي. للمزيد انظر: د/ محمد عودة الجبور: الاختصاص القضائي لمأموري الضبط، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨١م، ص ٤٧. د/ عبدالرحمن محمد الحضرمي: سلطات مأموري الضبط القضائي في حالة الجريمة المشهودة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ١٩٩٩م، ص ٢٣، ٢٤. د/ عوض محمد: قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص ٢٩٩.

(٢) د/ محمد سالم الحلبي: ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٠م، ص ٥٩.

(٣) فالشخص الذي يخالط الناس وهو مريض بمرض معد لا ينطبق عليه وصف الجريمة حتى وإن تسبب في إصابة الغير بهذا المرض، وإن كان من الجائز اتخاذ إجراءات الضبط الإداري باعتبارها تهدف إلى وقاية الناس

ب) إجراءات الضبط لاحقة على وقوع الجريمة، فهي تهدف إلى جمع المعلومات والتحريات عن الجريمة، وذلك لن يتم إلا عن جريمة وقعت فعلاً وليس عن جرم يحتمل وقوعه<sup>(١)</sup>.

ج) للضبط القضائي وظيفة قضائية، فهو يقوم بعمل لا غنى عنه في التحري عن الجرائم وكشفها، وعليه بمجرد العلم بالواقعة أن يجمع كل ما يجده من استدلالات<sup>(٢)</sup>، وينبع الطابع القضائي لوظيفة الضبط القضائي من مساهمتها الفعلية في تحديد سلطة الدولة في العقاب، وفي المراحل التي تمر بها الإجراءات حتى يتم فرض العقاب، فسلطة الدولة في العقاب تنطوي على مساس جسيم بحرية المتهم والقضاء وهو الجهاز المستقل والمحاييد القادر على إقرار هذه السلطة وتحديد مداها بوصفه الحارس الطبيعي للحرية<sup>(٣)</sup>.

د) يساهم مأمور الضبط القضائي بجانب في مرحلة التحقيق الابتدائي، فليس من المبالغة القول بأن أخطر مراحل الدعوى الجزائية هي مرحلة جمع الاستدلالات التي يباشرها مأمور الضبط القضائي، حيث أنه إذا رجعنا إلى الإحصائيات القضائية في معظم الدول لوجد بأن الغالبية من القضايا التي تطرح على المحاكم لاسيما البسيطة (غير الجسيمة) منها لا تتضمن أوراقها إلا محضر جمع الاستدلالات التي يباشرها مأمور الضبط القضائي<sup>(٤)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن مأمور الضبط القضائي قد يباشر جانباً كبيراً من إجراءات التحقيق، إما استناداً إلى اختصاصه الاستثنائي في مباشرة أعمال التحقيق كما في حالة الجريمة المشهوددة وإما استناداً إلى ندبه من سلطة التحقيق الأصلية (النيابة العامة)،

من المرض، وهذه إحدى واجبات الضبط الإداري الذي يهدف إلى المحافظة على الصحة العامة (د/ إبراهيم حامد طنطاوي، مرجع سابق، ص ٧٥. د/ عبدالله القيسي: سلطات مأمور الضبط القضائي في التشريع والقضاء، أوان، صنعاء، ط١، ٢٠٠٤م، ص ١٧. د/ جمال جرجس مجلع تواضروس: الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية القضائية، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٥م، ص ٧).

(١) د/ عبدالله القيسي، مرجع سابق، ص ١٦. د/ جمال جرجس، مرجع سابق، ص ٧.

(٢) د/ عبدالرحمن الحضرمي، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٣) د/ محمد عودة الجبور، مرجع سابق، ص ٤٩. د/ أسامة قايد: حقوق وضمانات المشتبه في مرحلة الاستدلالات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣، ١٩٩٤م، ص ١٢.

(٤) فمع أن جمع الاستدلالات لا يعد من مراحل الدعوى الجزائية إلا أنه إجراء جوهري في التمهيد لها وعنصر أساسي في توجيه قضاء الحكم، حيث يجوز للقاضي أن يكون اقتناعه عن محضر الاستدلالات، بل إن إجراءات الضبط القضائي غالباً ما تسفر عن أدلة مادية تؤثر تأثيراً مباشراً في اقتناع القاضي كما هو الحال في إجراءات المعاينة والتفتيش وضبط الأشياء (د/ محمد عودة الجبور، مرجع سابق، ص ٥٠).

وبهذا فإنه يقوم بدور فعال في جمع الأدلة، فلا يستطيع القاضي أن يصدر حكمه دون أدلة مطروحة<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### تشكيل الضبطية القضائية

سنوضح في هذا الفرع السند القانوني لتحويل صفة الضبطية القضائية في القانون اليمني وتبعية مأموري الضبط القضائي، وذلك بحسب الآتي:

أولاً: الأساس القانوني لتحويل صفة الضبطية القضائية في القانون اليمني:

لقد عني قانون الإجراءات الجزائية اليمني في المادة (٨٤) بتحديد الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم، وهم:

أولاً: أعضاء النيابة العامة.

ثانياً: المحافظون.

ثالثاً: مديرو الأمن العام.

رابعاً: مديرو المديریات.

خامساً: ضباط الشرطة والأمن.

سادساً: رؤساء الحرس والأقسام ونقط الشرطة ومن يندبون للقيام بأعمال الضبط القضائي من غيرهم.

سابعاً: عقال القرى.

ثامناً: رؤساء المراكب البحرية والجوية.

تاسعاً: جميع الموظفين الذين يخولون صفة الضبطية القضائية بموجب قانون.

عاشراً: أية جهة أخرى يوكل إليها الضبط القضائي بموجب قانون.

(١) ومن ذلك كله يتضح أن أعمال الضبط القضائي ذات طابع قضائي من حيث مساهمتها في تحديد سلطة الدولة في العقاب، ومن حيث لا تباشر إلا بصدد واقعة ينطبق عليها وصف الجريمة، كما تساهم في استكمال مرحلة التحقيق الابتدائي، وفي مباشرتها أمام القضاء صاحب الحق في تقييمها أو مراقبتها (للمزيد انظر: د/ عبدالرحمن الحضرمي، مرجع سابق، ص ٥٥ وما بعدها. د/ عادل إبراهيم حنا: سلطات مأمور الضبط القضائي بين الفعالية وضمن الحريات والحقوق الفردية - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠١م، ص ٤٥ وما بعدها).

ويلاحظ أن المشرع قد أورد من يخولون صفة الضبطية القضائية على سبيل الحصر، بحيث لا تنصرف هذه الصفة إلى غيرهم مهما كانت رتبته، أو بلغت مكانته؛ كون هذه الصفة مرتبطة بالوظيفة وليست مرتبطة بالرتبة العسكرية، كما تبين من نص المادة (٨٤) أن المشرع قسم مأموري الضبط القضائي إلى طائفتين:

الطائفة الأولى: هم الذين منحهم المشرع هذه الصفة مباشرة، أي أن اتصافهم بصفة مأموري الضبط القضائي يأتي من خلال مباشرتهم لوظائفهم، وليس لأشخاصهم أو رتبهم، وهم المنصوص عليهم في البنود من أولاً إلى ثانياً، ويمارسون أعمالهم الضبطية في جميع الجرائم، ويطلق عليهم مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص النوعي العام<sup>(١)</sup>.

الطائفة الثانية: وهم الموظفون الذين يخولون صفة الضبطية القضائية بموجب قانون، حيث يباشر وظيفة الضبط القضائي بصدد جرائم معينة ترتبط بالوظيفة التي يؤديونها، مثل مفتشي الصحة ومراقبي التموين، وهذا التخصيص لا يعني إسقاط اختصاص مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص النوعي العام، والذين يدخلون ضمن الطائفة الأولى، بل يحق لهم ممارسة سلطاتهم على كافة الجرائم التي تقع في دائرة اختصاصهم المكاني حتى وإن كانت من الجرائم ذات الاختصاص الخاص.

ولا ينطبق هذا على مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص النوعي الخاص، حيث لا تمتد سلطاتهم على الجرائم الأخرى حتى وإن كانت داخلية في دائرة اختصاصهم كون صفة الضبطية القضائية مرتبطة بنوع معين من الجرائم، وتزول عنهم إذا مارسوها خارج نطاق اختصاصهم النوعي<sup>(٢)</sup>.

## ثانياً: تبعية مأموري الضبط القضائي؛

مأمورو الضبط القضائي فيما عدا أعضاء النيابة العامة لا يعتبرون من منتسبي القضاء، وإنما هم من منتسبي السلطة التنفيذية يتبعون هذه الوزارة أو تلك، وهم بحكم وظائفهم يخضعون لإشراف رؤسائهم، غير أنهم بحكم قيامهم بأعمال الضبط القضائي يتبعون النائب العام، ويخضعون لإشرافه فيما يتعلق بهذه الأعمال، لأن النيابة العامة هي

(١) د/ محمد راجح نجاد: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، القسم الثاني، الإجراءات السابقة على المحاكمة، ط١، ٢٠٠٠م، ص٢٥.

(٢) د/ عبدالله القيسي، مرجع سابق، ص٢٠، ٢١.

الرئيس الأعلى لسلطة الضبط القضائي<sup>(١)</sup>.

وهذا يعني أن طبيعة عمل مأموري الضبط القضائي ذات شقين تتحدد من خلالهما التبعية، وهي:

(أ) تبعية وظيفية: ويقصد بها خضوع أعمال مأموري الضبط القضائي التي يؤديها بصفتهم هذه لإشراف السلطة القضائية<sup>(٢)</sup>، فقد نصت المادة (٨٥) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: «يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه في نطاق صلاحيات الضبط القضائي، وللنائب العام أن يطلب من الجهة المختصة النظر في أمر كل من يقع منه مخالفة لواجباته أو تقصير في عمله، وله أن يطلب رفع الدعوى التأديبية عليه، وهذا كله لا يمنع من رفع الدعوى الجزائية».

كما نص قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩٠م على هذه التبعية في المادة (٥٢) على أنه: «يكون مأمورو الضبط القضائي فيما يتعلق بأعمال وظائفهم تابعين للنيابة العامة...».

ويكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وتحت إشرافه وفي حدود تلك الأعمال التي تدخل تحت نطاق الضبط القضائي، حيث يباشر النائب العام سلطة الإشراف بنفسه أو بواسطة أعضاء النيابة العامة كل في دائرة اختصاصه الإقليمي باعتبارهم رؤساء الضبطية القضائية<sup>(٣)</sup>.

(ب) تبعية إدارية: مأمورو الضبط القضائي مستقلون من الناحية الإدارية عن النائب العام؛ كونهم من السلطة التنفيذية، ويتبعون مباشرة جهاتهم الإدارية، وهم بحكم وظائفهم يخضعون لإشراف رؤسائهم، غير أنهم بحكم قيامهم بأعمال الضبط القضائي يتبعون النائب العام، ويخضعون لإشرافه فيما يتعلق بهذه الأعمال<sup>(٤)</sup>.

(١) فوزية عبدالستار: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م، ٢٥٥.

(٢) د/ محمد عبد الغريب: المركز القانوني للنيابة العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٩م، ص ٢١٣.

(٣) وتقتضي هذه التبعية توجيه مأموري الضبط القضائي بالتعليمات والأوامر اللازمة في العمل، وكذلك طلب جمع الاستدلالات في البلاغات والشكاوى التي قد ترد إليها مباشرة واستيفاء ما يقوم به من إجراءات أو غيره من الأعمال التي تتصل باختصاص الضبطية القضائية، وله أيضاً تقدير تلك الأعمال ومعرفة مدى كفايتها واستبعاد ما يرى منها مخالفاً للقانون أو إعادتها، وبصورة عامة مراقبة التزام مأموري الضبط القضائي بالقانون أثناء مباشرته لأعمال الضبط القضائي (د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٤٧٦).

(٤) ومظاهر خضوع مأموري الضبط القضائي لإشراف النيابة العامة عديدة: فهم يلتزمون بأن يرسلوا إلى النيابة

## الفرع الثالث

### السند القانوني لمنح موظفي الهيئة صفة الضبطية القضائية

اهتمت التشريعات بتحديد من له صفة الضبطية القضائية فأوردت في قوانينها الإجرائية حصراً لهم، ويمكن القول بأنه لا يوجد تطابق بين الأشخاص الذين منحوا هذه الصفة، فكل تشريع يختلف ضيقاً واتساعاً عن الآخر من حيث أشخاص الضبط القضائي<sup>(١)</sup>، ويُعد أعضاء الضبطية القضائية موظفين عامين، يميزهم اختصاصهم بالاستدلالات ويستمد مأمور الضبط القضائي صفته واختصاصه من نص القانون، ومن ثم كان بيان الشارع لمأموري الضبط القضائي بياناً على سبيل الحصر، وهذا يعني أن اكتساب صفة الضبطية القضائية لا تكفي فيه المبادئ العامة في القانون، وإنما يتقرر ذلك بنص قانوني<sup>(٢)</sup>.

وكما وضحنا سابقاً أن قانون الإجراءات الجزائية في المادة (٨٤) قد حدد من هم مأموري الضبط القضائي، وتبين لنا من هذا النص أن مأموري الضبط القضائي ينقسمون إلى فريقين:

الأول: تقع عليهم هذه الصفة مباشرة، ويجعل نقاطها الوظيفية التي يشغلها كل منهم، وهؤلاء يطلق عليهم مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص النوعي العام، وهم المحددون من البند أولاً حتى ثامناً.

الثاني: جميع الموظفين الذين يُخَوَّلون صفة الضبطية القضائية بموجب القانون، ويباشر هؤلاء الموظفون صفة الضبطية القضائية بصدد جرائم معينة ترتبط بالوظائف التي يؤديونها وأن ينحصر اختصاص أعضاء هذه الفئة من مأموري الضبط القضائي في فئة أو فئات محدودة من الجرائم؛ وبالإضافة إلى حصر الشارع الاختصاص النوعي لهذه

العامة بمحاضر جمع الاستدلال (المادتان ٩٢، ٩١) إجراءات، وإخطار النيابة العامة عند الانتقال إلى محل الواقعة في الجرائم الجسيمة (المادة ٩٢) إجراءات)، وللنيابة العامة أن تندب مأمور الضبط القضائي ليقوم بعمل من أعمال التحقيق (المادة ١١٧) إجراءات.

(١) د/ إبراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص ١٠٧.

(٢) وتعلل هذه القاعدة بالسلطة الواسعة التي خولها المشرع لمأمور الضبط القضائي، والتي تنطوي حتماً على مباشرة إجراءات جنائية تتطلب أحياناً المساس بالحريات الشخصية للمواطنين كالقبض والتفتيش في حالة الجريمة المشهودة، أو في حالة الندب للتحقيق، مما يقتضي أن يكون القانون وحده هو الأداة الصالحة لتحويل صفة الضبطية القضائية (د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٣٨٢، د/ محمد محمد شجاع: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ٦، ٢٠٠٥، ص ٢١٦).

الفئة في جرائم حددها على سبيل الحصر، فإنه يغلب أن يحصر اختصاصهم في نطاق إقليمي محدود كذلك.

ونظراً لمهام الهيئة في مكافحة جرائم الفساد، فقد أخذ المشرع على عاتقه منحها الصفة أو المكنات القانونية التي تعينها على أداء مهامها واختصاصاتها نظراً لخصوصية الجرائم التي يتطلب عمل الهيئة متابعتها وكشفها، ولهذا فقد أضفى القانون على بعض موظفي الهيئة صفة الضبطية القضائية، فقد نصت المادة (١٤) من قانون مكافحة الفساد رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٦م على أنه: «لأغراض تنفيذ أحكام هذا القانون يتمتع موظفو الهيئة الذين يحددهم رئيس الهيئة بقرار منه بصفة الضبطية القضائية، وتبين اللائحة الأعمال التي يقوم بها موظفو الهيئة بناءً على هذه الصفة».

كما بينت اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد هذه الصفة وحددت أعمالها، فنصت المادة (٦٥) على أنه: «يمنح رئيس الهيئة بقرار منه صفة الضبطية القضائية للموظفين الذين تلزمهم مثل هذه الصفة بحكم طبيعة وظائفهم في الهيئة، وذلك بناءً على عرض من عضو الهيئة المعني».

كما نصت المادة (٦٦) على أنه: «يمنح موظف الهيئة المتمتع بصفة الضبطية القضائية بطاقة تعريفية خاصة»، ونصت المادة (٦٧) على أنه: تتحدد الأعمال المنوطة بموظفي الهيئة المتمتعين بصفة الضبطية القضائية...».

ومن خلال النصوص السابقة يتبين لنا أن صفة الضبطية القضائية التي يتمتع بها موظفو الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد تتحدد في نوع معين من الجرائم، وهي جرائم الفساد، أي أنهم يعتبرون من أعضاء الضبط القضائي ذي الاختصاص النوعي الخاص.

لكن المشرع جانب الصواب حين أعطى لرئيس الهيئة حق منح موظفي الهيئة صفة الضبطية القضائية ومنح الصفة من اختصاص النائب العام كونه المعني بالإشراف على مأموري الضبط القضائي، ويخضعون له حسب نص المادة (٨٥) من قانون الإجراءات.

والمتعارف عليه قانوناً أن منح صفة الضبطية القضائية لأي موظف في أي وزارة أو مؤسسة لا يكون إلا بترشيح من رئيس الجهة أو الوزير المختص، ويصدر القرار من النائب العام.

أما ما يتعلق بالاختصاص المكاني لهم، فقد يكون مقصوراً على مكان معين، كما قد يكون شاملاً لجميع إقليم الدولة وفقاً للقرار الذي يصدر من النائب العام بالاتفاق مع

رئيس الهيئة في ذلك، ومرد ذلك أن الهيئة تختص بأعمال الاستدلالات في جرائم الفساد التي تقع في أي جزء من إقليم الدولة، بل وفي الجرائم التي قد ترتكب في الخارج متى كان القانون اليمني هو الواجب التطبيق، ومتى كانت هذه الجرائم داخلة في اختصاص المحاكم اليمنية وفق قانون الإجراءات الجزائية.

ولا تختص الهيئة وحدها بأعمال الضبطية القضائية في جرائم الفساد، فهناك أجهزة أخرى تتولى هذه المهمة إلى جانبها، كالجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة، فيما يتعلق بأعمال الرقابة الإدارية التي يباشرها وفقاً لقانون إنشائه<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### إنشاء الهيئة الوطنية وبنائها التنظيمي

أوجبت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على الدول الأعضاء الموقعة على هذه الاتفاقية ضرورة إنشاء هيئات يكون الهدف منها الحد من الفساد ومكافحته، حيث أكدت الاتفاقية في المادة السادسة على أن تكفل كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، وجود هيئة أو هيئات بحسب الاقتضاء، تتولى منع الفساد<sup>(٢)</sup>.

(١) المواد (٧-١٨) من قانون الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٢م، إلا أن اختصاص الجهاز قاصراً على بعض جرائم الفساد (كالاختلاس والاستيلاء) في نطاق الوظيفة العامة، أما اختصاص الهيئة فهو شامل لجميع جرائم الفساد التي تصل إلى علمها، كما أن الهيئة تمارس الرقابة السابقة والمصاحبة واللاحقة، بينما يقتصر عمل الجهاز على الرقابة اللاحقة، وفي بعض الحالات المصاحبة، كما يتوسع نطاق رقابة الهيئة ليشمل القطاعين العام والخاص، بينما تقتصر رقابة الجهاز على القطاع العام، واختصاص الهيئة هذا لا يعطل اختصاص مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص النوعي العام، فلهم مباشرة أعمال الاستدلال في جرائم الفساد الداخلة في نطاق اختصاصهم الإقليمي وفقاً للقانون، ويعد قانون مكافحة فساد من القوانين العقابية الخاصة بجرائم محددة، وهي جرائم الفساد، ويترتب على ذلك أنه ما لم يرد به نص في قانون مكافحة الفساد فإنه يتم الرجوع إلى الأحكام العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية وقانون الجرائم والعقوبات وقانون الإثبات وغيرها من القوانين النافذة (للمزيد انظر: د/ خالد الخطيب: مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط١، ٢٠١٥م، ص ٤٩ وما بعدها، د/ أحمد فتحي سرور: الجرائم الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص ٢٢ وما بعدها).

(٢) تنص المادة (٦) من اتفاقية مكافحة الفساد على أن: «(١) تكفل كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، وجود هيئة أو هيئات حسب الاقتضاء تتولى منع الفساد بوسائل، مثل: (أ) تنفيذ السياسات المشار إليها في المادة (٥) من هذه الاتفاقية، والإشراف على تلك السياسات وتنسيقها عند الاقتضاء، (ب) زيادة المعارف المتعلقة بمنع الفساد وتعميمها، (٢) تقوم كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، بمنح الهيئة أو الهيئات من الاضطلاع بوظائفها بصورة فعالة وبمنأى عن أي تأثير لا مسوغ له، وينبغي توفير ما يلزم من موارد مادية، وموظفين متخصصين، وكذلك ما قد يحتاج إليه هؤلاء الموظفون من تدريب للاضطلاع بوظائفهم. (٣) تقوم كل دولة طرف بإبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة باسم وعنوان السلطة أو السلطات التي يمكن أن تساعد الدول الأطراف الأخرى على وضع وتنفيذ تدابير محددة لمنع الفساد».

وتنفيذاً لهذه الاتفاقية فقد أنشأت الجمهورية اليمنية الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، وسنوضح في هذا المطلب نشأة وتشكيل الهيئة، وبناءها التنظيمي في الفرعين الآتيين:

## الفرع الأول

### نشأة الهيئة الوطنية وتشكيلها

تتمتع الهيئة الوطنية بالشخصية الاعتبارية، ولها استقلال مالي وإداري تمارس من خلاله مهامها واختصاصها باستقلالية وحياد تام.

### أولاً: نشأة الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد:

أصدر المشرع اليمني القانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٦م، بشأن الإقرار بالذمة المالية الذي أشارت المادة (٢) إلى الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد كجهة معنية بتنفيذ أحكامه دون أن يحدد إنشاؤها.

ومن الضرورة بمكان التأكيد على أن الإشارة إلى الهيئة في سياق المادة (٢) تعد بمثابة النص القانوني الأول الذي ذكر الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، أي أن القانون رقم (٣٠) قد أوكل مهمة تنفيذ الإجراءات المتعلقة بإقرارات الذمة المالية لهيئة غير موجودة بالأساس، وهذا الأمر كان المقدمة الحقيقية لاستكمال التشريعات المنظمة لجهود مكافحة الفساد، إذ تلاه إصدار القانون رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٦م بشأن مكافحة الفساد التي أنشئت بموجبه الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، حيث نصت المادة (٣) على أنه: «يهدف هذا القانون إلى تحقيق الآتي: (١) إنشاء هيئة وطنية مستقلة عليا لها صلاحيات قانونية في مكافحة الفساد، وتعقب ممارسته وفقاً لهذا القانون والقوانين النافذة».

كما نصت المادة (٥) على أنه: «تنشأ بموجب هذا القانون هيئة مستقلة تسمى الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد».

وتتمتع الهيئة وفقاً لهذا القانون بالشخصية الاعتبارية، والاستقلال المالي والإداري، ويجرم أي شخص أو جهة أياً كانت بالمساس بموضوع الاستقلالية الخاصة بالهيئة ويتعرض للعقاب<sup>(١)</sup>.

(١) تنص المادة (١/٦) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «تتمتع الهيئة بالشخصية الاعتبارية، ويكون لها استقلال مالي وإداري»، كما نصت المادة (٦) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد الصادرة بالقرار

وتنص المادة (٦ / ب) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «يكون المقر الرئيس للهيئة بأمانة العاصمة صنعاء، ويجوز إنشاء فروع لها في بقية محافظات الجمهورية عند الاقتضاء بقرار من رئيس الهيئة».

## ثانياً: تشكيل الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد:

يُنص قانون مكافحة الفساد في الفصل الثاني من الباب الثاني وكذلك اللائحة التنفيذية في الفصل الأول من الباب الثاني تشكيل الهيئة وقواعد إدارتها وشروط وحقوق وواجبات أعضائها، ووفقاً لما جاء في القانون ولائحته التنفيذية فإن الهيئة تتشكل كالآتي:

### (١) أعضاء الهيئة:

#### تشكيلها:

تتشكل الهيئة من أحد عشر عضواً ممن تتوافر فيهم الخبرة والنزاهة والكفاءة، وتدار بواسطة، حيث تنص المادة (٦ / أ) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «أ- تشكل الهيئة من أحد عشر عضواً ممن تتوفر فيهم الخبرة والنزاهة والكفاءة على أن تمثل في الهيئة منظمات المجتمع المدني والقطاع الخاص وقطاع المرأة».

#### شروط العضوية:

نصت المادة (٩ / ب) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «ب- يشترط في المشرح لعضوية الهيئة ما يأتي:

- أن يكون يمني الجنسي.
- ألا يقل عمره عن أربعين عاماً.
- أن يكون حاصلاً على مؤهل جامعي على الأقل.
- ألا يكون قد صدر بحقه حكم قضائي بات في قضية من قضايا الفساد أو في قضية مخلة بالشرف والأمانة، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره.

الجمهوري رقم (١٩) لسنة ٢٠١٠م على أنه: «الهيئة كيان مستقل يتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال الإداري والمالي، ويمارس مهامه بكل حرية وحيادية، ولا يجوز لأي شخص أو جهة التدخل في شؤون هذا الكيان بأي صورة كانت، ويعد مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها بالعقوبة المنصوص عليها في المادة (٤١) من القانون»، ونصت المادة (١٥) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «تؤدي الهيئة مهامها واختصاصاتها باستقلالية وحيادية كاملة وفقاً لأحكام هذا القانون، ولا يجوز لأي شخص أو جهة التدخل في شؤونها بأية صورة كانت، ويعد مثل هذا التدخل جريمة يُعاقب عليها القانون، ولا تسقط الدعوى فيها بالتقادم».

## شروط العضوية<sup>(١)</sup>:

- المرحلة الأولى (الترشيح): يختار مجلس الشورى قائمة مرشحين تتضمن ثلاثين شخصاً، ممن تتوافر فيهم الشروط المذكورة آنفاً، ويقدم القائمة إلى مجلس النواب.

- المرحلة الثانية (التركية): يقوم مجلس النواب بتزكية أحد عشر شخصاً من بين قائمة المرشحين عن طريق الاقتراع السري.

- المرحلة الثالثة (التعيين): تقوم هيئة رئاسة مجلس النواب برفع أسماء المرشحين الأحد عشر الفائزين بأغلبية الأصوات إلى رئيس الجمهورية ليصدر قرار بتعيينهم.

ويمنح العضو درجة وزير<sup>(٢)</sup>، وفي حالة خلو مكان أي عضو يصدر رئيس الجمهورية قراراً بتعيين المرشح الذي يلي الأحد عشر الفائزين في عدد الأصوات لبقية المدة<sup>(٣)</sup>.

وقبل قيام الأعضاء بمهامهم عليهم أن يؤدوا اليمين الدستورية<sup>(٤)</sup>، وتكون مدة العضوية خمس سنوات، ولمرة واحدة فقط<sup>(٥)</sup>، وتبدأ من اليوم التالي لصدور قرار التعيين، ويتم ترشيح رئيس الهيئة ونائبه عند أول اجتماع للأعضاء، وتكون مدة تولي رئيس الهيئة ونائبه سنتان ونصف من تاريخ انتخابهما<sup>(٦)</sup>.

## (٢) الجهاز التنفيذي للهيئة:

يكون للهيئة جهاز تنفيذي يتولى المواضيع الفنية والإدارية والمالية<sup>(٧)</sup>، ويكون للهيئة أمين عام يصدر به قرار من رئيس الهيئة بعد موافقة أغلبية أعضائها، ويكون مسؤولاً أمام الهيئة عن إدارة وتسيير النشاط اليومي للجهاز التنفيذي، وتحدد اللائحة مهامه واختصاصاته<sup>(٨)</sup>، ويكون للهيئة كادر إداري وفني من ذوي الخبرة والكفاءة والنزاهة

(١) المادة (٩/ج، د، هـ) من قانون مكافحة الفساد.

(٢) المادة (٩/ز) من قانون مكافحة الفساد.

(٣) المادة (٩/و) من قانون مكافحة الفساد.

(٤) المادة (١١/أ) من قانون مكافحة الفساد.

(٥) المادة (١١/ب) من قانون مكافحة الفساد.

(٦) المادة (١١/ج) من قانون مكافحة الفساد.

(٧) المادة (١٢/أ) من قانون مكافحة الفساد.

(٨) المادة (١٢/ب) من قانون مكافحة الفساد.

والتخصصات العلمية وبشفافية وعبر المنافسة وفقاً للمعايير التي تحددها اللائحة التنظيمية<sup>(١)</sup>.

ويمارس رئيس الهيئة فيما يخص شؤون موظفي الهيئة الصلاحيات المخولة لرئيس الوزراء<sup>(٢)</sup>، وتسري على موظفي الجهاز التنفيذي شروط شاغلي الوظيفة العامة<sup>(٣)</sup>، وللهيئة أن تستعين بمن تراه من الخبراء أو المستشارين أو من موظفي الجهاز الإداري للدولة لإنجاز مهامها<sup>(٤)</sup>.

ومنح قانون مكافحة الفساد في المادة (١٩) لرئيس الهيئة الصلاحيات المخولة لوزير المالية ووزير الخدمة المدنية المنصوص عليها في التشريعات النافذة فيما يتعلق باستخدام الاعتمادات المقررة بموازنة الهيئة وتنظيم أعمالها وشؤون موظفيها.

ونصت المادة (٥٧) من اللائحة التنفيذية أن «تنشأ في الهيئة لجنة لشؤون الموظفين برئاسة نائب رئيس الهيئة وعضوية اثنان من أعضاء الهيئة تختارهما الهيئة، والأمين العام، ومدير شؤون الموظفين مقررًا، ويصدر بنظام عمل اللجنة قرار من رئيس الهيئة بعد موافقة الهيئة، وأشارت المادة (٥٨) من اللائحة أن تتولى لجنة شؤون الموظفين كافة قضايا شؤون الأفراد من حيث التعيين والندب والنقل والتدريب والابتعاث والترقية والتقييم والمساءلة والتأديب والتقاعد.

## الفرع الثاني

### البناء التنظيمي للهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد

يأتي تشكيل الهيئة كخطوة هامة نحو البناء الرقابي تنفيذاً لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وقانون مكافحة الفساد وقانون الإقرار بالذمة المالية، ولا ينحصر دورها في كشف ومكافحة جرائم الفساد فحسب، بل تمتد إلى جوانب أوسع نطاقاً تتعلق بالرقابة على ضمان الاستغلال الأمثل للموارد والممتلكات العامة، ولهذا تم تشكيل الهيئة من عدة قطاعات، كل قطاع معني بتحقيق أهداف محددة تصب في تفعيل الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد.

(١) المادة (١٢/ج) من قانون مكافحة الفساد.

(٢) المادة (١٢/د) من قانون مكافحة الفساد.

(٣) المادة (١٢/هـ) من قانون مكافحة الفساد.

(٤) المادة (١٢/و) من قانون مكافحة الفساد.

## أولاً: قطاعات الهيئة الوطنية:

تتكون الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد من تسعة قطاعات، هي<sup>(١)</sup>:

### ١- قطاع الذمة المالية:

ويتولى مطالبة وتلقي إقرارات الذمة المالية ممن شملهم القانون في جميع مؤسسات الدولة، ومن ثم الفحص والتحليل لإقرارات الذمة المالية لمتابعة الإثراء غير المشروع للموظفين العموميين.

### ٢- قطاع الإعلام:

يقوم بتقرير دول وسائل الإعلام في كشف حالات الفساد ومتابعة قضاياها بمهنية وحياد معززة بالوثائق والأدلة والبراهين، ورفع مستوى الوعي والتثقيف بمخاطر الفساد لمشاركة المجتمع عن طريق تنظيم الورش والندوات لإيجاد بيئة مجتمعية تناصر قيم النزاهة والشفافية ومناهضة الفساد.

### ٣- قطاع التعاون الدولي:

تعزز العلاقة مع الدول والمنظمات الدولية والإقليمية المانحة، وتحليل رؤيتها لأوضاع الفساد في اليمن، واتخاذ الإجراءات التي تضمن دعمها لجهود مكافحة الفساد.

### ٤- قطاع المجتمع المدني:

بناء قدرات المجتمع المدني وتأسيس تحالفات تعزز من مشاركته في جهود مكافحة الفساد، ونشر الوعي بمخاطره وتوطيد ثقة منظمات المجتمع المدني وكافة شرائح المجتمع بتوجه الهيئة الجاد لمكافحة الفساد خلال إشراكهم في وضع التدابير اللازمة للوقاية منه.

### ٥- قطاع التحري والتحقيق والمتابعة القضائية:

يقوم هذا القطاع الهام بالتحري وجمع المعلومات والاستدلالات في القضايا المحالة إلى القطاع، والرفع بالنتائج لتقرير ما يلزم بشأنها، ومباشرة إجراءات التحقيق مع مرتكبي جرائم الفساد، وإعداد ملف قضايا الفساد وتجهيزها بمذكرة الإحالة وقوائم الأدلة

(١) اللائحة التنفيذية لمكافحة الفساد رقم (٧) لسنة ٢٠٠٩م، والاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد، مرجع سابق، ص ١١.

والإثبات لإحالتها إلى القضاء، ومتابعة سيرها أمامه.

#### ٦- قطاع الرقابة والتفتيش الفني:

دراسة نظام إدارة المشاريع، والعمل على تطويره، بما يضمن سلامة التصاميم الفنية للمشاريع الإنشائية، ومتابعة التنفيذ وفق الواصفات، ومنع حدوث المخالفات والحد من أضرارها.

#### ٧- قطاع الوحدات المالية والاقتصادية:

متابعة المؤشرات المالية والاقتصادية، إصلاح الجهاز الإداري للوحدات الاقتصادية والمالية، بما يضمن حسن وشفافية تنفيذ مواردها المالية، وإعداد حساباتها الختامية، وتقديم الآراء والمقترحات التي تتضمن سلامة وحسن تطبيق المؤسسات الاقتصادية والمالية لكافة اللوائح والنظم التي تكفل حماية الأموال والموارد من الفساد.

#### ٧- قطاع وحدات الجهاز الإداري للدولة:

إصلاح البنية الإدارية لوحدات الجهاز الإداري، بما يضمن حسن وشفافية تنفيذ مواردها المالية، ودراسة ومراجعة الشكاوى والبلاغات بخصوص وحدات الجهاز الإداري للدولة، والمتابعة من خلال إجراء النزول الميداني إليها.

#### ٨- قطاع تطوير التشريعات والنظم:

مراجعة الاختلالات في الإطار التشريعي والنظم المالية والإدارية، واقتراح التعديلات الضرورية بما يساهم في تقوية التدابير الوقائية التي تمنع حدوث الفساد، ويعزز من القدرة على إنفاذ القانون والملاحقة القضائية، ودراسة وتقييم التشريعات المتعلقة بمكافحة الفساد، وإبداء الرأي والمشورة في كافة الاتفاقيات التي تعقدتها الهيئة.

### ثانياً: الهيكل التنظيمي للهيئة<sup>(١)</sup>:

يتكون الهيكل التنظيمي للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد كالاتي<sup>(٢)</sup>:

(١) للمزيد انظر: خالد محمد الكحلاني، أحمد بعثر: بحث حول الدراسة التحليلية والتطويرية للإدارة العامة في الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، مركز تطوير الإدارة العامة، جامعة صنعاء، ٢٠١٤م، ص ٢٦.  
(٢) اللائحة التنظيمية للهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد.

أ) مجلس الهيئة: ويضم كل الأعضاء المعيّنين بقرار من رئيس الجمهورية بناءً على الإجراءات المحددة في قانون مكافحة الفساد ولائحته التنفيذية.

ب) رئيس الهيئة: الشخص الذي يتم انتخابه من قبل الأعضاء كرئيس للهيئة الوطنية في أول اجتماع للمجلس بحسب نص المادة (١١/ج) من قانون مكافحة الفساد.

ج) نائب رئيس الهيئة: الشخص الذي يتم انتخابه نائباً لرئيس الهيئة الوطنية في أول اجتماع للمجلس من قبل الأعضاء بحسب نص المادة (١١/ج) من قانون مكافحة الفساد.

د) قطاعات الهيئة: وهي تسعة قطاعات، وتنبني على أساسها عمل الهيئة الوطنية، وتوزع رئاستها على باقي أعضاء الهيئة.

هـ) الأمين العام للهيئة: هو الشخص الذي يتولى رئاسة الجهاز التنفيذي للهيئة، ويقوم رئيس الهيئة بتعيينه بناءً على موافقة أغلبية الأعضاء.

## المطلب الثالث

### مهام وصلاحيات الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد

منحت الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد في قانون مكافحة الفساد وقانون الإقرار بالذمة المالية العديد من المهام والاختصاصات والتدابير الوقائية، وكذا الصلاحيات الواسعة التي تمكنها من مكافحة جرائم الفساد وتعقب مرتكبيها وتقديمهم للقضاء، وسنوضح هذه المهام والصلاحيات والتدابير في الفروع الآتية:

## الفرع الأول

### مهام الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد

أسند المشرع اليمني<sup>(١)</sup> للهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد مهام عديدة،

(١) تنص المادة (٨) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «تتولى الهيئة ممارسة المهام والاختصاصات الآتية: إعداد وتنفيذ السياسات العامة الهادفة إلى مكافحة الفساد.

وضع استراتيجية وطنية شاملة لمكافحة الفساد وإعداد وتنفيذ الآليات والخطط والبرامج المنفذة لها. اتخاذ التدابير الكفيلة بمشاركة المجتمع المحلي ومنظمات المجتمع المدني في التعريف بمخاطر الفساد

أهمها<sup>(١)</sup>:**أولاً: في مجال رسم السياسات وإعداد الاستراتيجيات:**

خص القانون الهيئة بجملة من الصلاحيات في مجال رسم السياسات وإعداد الاستراتيجيات تتلخص فيما يأتي:

- إعداد وتنفيذ السياسات العامة والهادفة إلى مكافحة الفساد.
- وضع استراتيجية وطنية شاملة لمكافحة الفساد وإعداد وتنفيذ الخطط والبرامج والآليات المنفذة لها.

وأثاره على المجتمع وتوسيع دور المجتمع في الأنشطة المناهضة للفساد ومكافحته. دراسة وتقييم التشريعات المتعلقة بمكافحة الفساد لمعرفة مدى فعاليتها واقتراح مشاريع التعديلات لها لمواكبتها للاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجمهورية وانضمت إليها. تلقي التقارير والبلاغات والشكاوى بخصوص جرائم الفساد المقدمة إليها ودراستها والتحري حولها والتصرف فيها وفقاً للتشريعات النافذة. تلقي إقرارات الذمة المالية.

التحقيق مع مرتكبي جرائم الفساد وإحالتهم إلى القضاء. تمثيل الجمهورية في المؤتمرات والمحافل الدولية المتعلقة بمكافحة الفساد. التنسيق والتعاون مع الدول والمنظمات الدولية والإقليمية والعربية ذات الصلة بمكافحة الفساد والمشاركة في البرامج الدولي الرامية إلى منع الفساد. التنسيق مع كافة أجهزة الدولة في تعزيز وتطوير التدابير اللازمة للوقاية من الفساد وتحديث آليات ووسائل مكافحته.

التنسيق مع وسائل الإعلام لتوعية المجتمع وتبصيره بمخاطر الفساد وأثاره وكيفية الوقاية منه ومكافحته. جمع المعلومات المتعلقة بكافة صور وأشكال الفساد والعمل على إيجاد قواعد بيانات وأنظمة معلومات وتبادل المعلومات مع الجهات والمنظمات المعنية في قضايا الفساد في الداخل والخارج وفقاً للتشريعات النافذة.

اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لاستقرار الأموال والعائدات الناتجة عن جرائم الفساد وبالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة.

دراسة وتقييم التقارير الصادرة عن المنظمات المحلية والإقليمية والدولية المتعلقة بمكافحة الفساد والإطلاع على وضع الجهوزية فيها واتخاذ الإجراءات المناسبة حيالها. اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لإلغاء وفسخ أي عقد تكون الدولة طرفاً فيه أو سحب امتياز أو غير ذلك من الاتيهاطات إذا تبين أنها قد أُرمت بناءً على مخالفة لأحكام القوانين النافذة وتلحق ضرراً بالصالح العام، وذلك بالتنسيق مع الجهات المختصة قانوناً.

رفع تقارير موحدة كل ثلاثة أشهر عن ما قامت به من مهام وأعمال إلى رئيس الجمهورية ومجلس النواب.

إعداد مشروع موازنتها وإقرارها ليتم إدراجها رقماً واحداً ضمن الموازنة العامة للدولة.

إعداد حسابها الختامي لإدراجه ضمن الحساب الختامي للموازنة العامة للدولة.

أي مهام واختصاصات أخرى تناط بها وفقاً للتشريعات النافذة.

(١) للمزيد انظر: الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد، مرجع سابق، ص ١١-١٣.

## ثانياً: في مجال التوعية والتثقيف:

- تمارس الهيئة دوراً يعتد به في مجال التوعية بمخاطر الفساد فانسجاماً مع هذه المهمة فإن للهيئة الصلاحيات الآتية:
- اتخاذ التدابير الكفيلة بمشاركة المجتمع المحلي ومنظمات المجتمع المدني في التعريف بمخاطر الفساد وآثاره على المجتمع.
- التنسيق مع وسائل الإعلام لتوعية المجتمع وتبصيره بمخاطر الفساد وآثاره وكيفية الوقاية منه ومكافحته.

## ثالثاً: في مجال منع ممارسة الفساد والوقاية منه:

- تلقي إقرارات الذمة المالية.
- التنسيق مع كافة أجهزة الدولة في تعزيز وتطوير التدابير اللازمة للوقاية من الفساد وتحديث آليات ووسائل مكافحته.

## رابعاً: في مجال إنفاذ القانون والملاحقة القضائية:

- دراسة وتقييم التشريعات المتعلقة بمكافحة الفساد لمعرفة مدى فاعليتها واقتراح مشاريع التعديلات لها لمواكبتها للاتفاقيات والمعاهدات الدولية.
- تلقي التقارير والبلاغات والشكاوى بخصوص جرائم الفساد المقدمة إليها ودراستها والتحري حولها والتصرف فيها وفقاً للتشريعات النافذة.
- اتخاذ كافة الإجراءات القانونية اللازمة لإلغاء أو فسخ أي عقد تكون الدولة طرفاً فيه أو سحب امتياز أو غير ذلك من الارتباطات إذا تبين أنها قد أبرمت بناءً على مخالفة لأحكام القوانين النافذة أو تلحق ضرراً بالصالح العام، وذلك بالتنسيق مع الجهات المختصة قانوناً.
- اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لاسترداد الأموال والعائدات الناتجة عن جرائم الفساد وبالتنسيق مع الجهات ذات العلاقة.

## خامساً: في مجال تحليل واقع الفساد وإعداد الدراسات وقواعد البيانات؛

- جمع المعلومات المتعلقة بكافة صور وأشكال الفساد والعمل على إيجاد قواعد بيانات وأنظمة معلومات وتبادل المعلومات مع الجهات والمنظمات المعنية في قضايا الفساد في الداخل والخارج وفقاً للتشريعات النافذة.
- دراسة وتقييم التقارير الصادرة من المنظمات المحلية والإقليمية والدولية المتعلقة بمكافحة الفساد.

## سادساً: في مجال التعاون الدولي؛

- تمثيل اليمن في المؤتمرات والمحافل الدولية المتعلقة بمكافحة الفساد.
- التنسيق والتعاون مع الدول والمنظمات الدولية والإقليمية والغربية ذات الصلة بمكافحة الفساد والمشاركة في البرامج الدولية الرامية إلى منع الفساد.

## الفرع الثاني

### صلاحيات الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد

حول المشرع للهيئة عدة صلاحيات أخرى نص عليها قانون مكافحة الفساد وقانون الذمة المالية، أهمها:

أولاً: ألزم القانون جميع الجهات عدم حجب أي بيانات مطلوبة للهيئة<sup>(١)</sup>.

ثانياً: تقوم الهيئة بأعمال التحري وجمع الاستدلالات في جرائم الفساد، فقد نصت المادة (٣٤) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «يجب على الهيئة فور علمها عن وقوع جرائم الفساد القيام بأعمال التحري وجمع الاستدلالات بشأنها، ولها في سبيل ذلك الاطلاع على السجلات والمستندات والوثائق المتعلقة بالجريمة محل العلم، وكذا طلب موافاتها بأية بيانات أو معلومات أو وثائق متعلقة بها».

ثالثاً: للهيئة ضبط وحجز واسترداد ومصادرة الأموال والعائدات المتحصلة من

(١) تنص المادة (٣٣) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «ولا يجوز لأية جهة أن تحجب أية بيانات مطلوبة للهيئة أو تمتنع عن تزويدها بالسجلات والمستندات والوثائق التي تطلبها».

جرائم الفساد، حيث تنص المادة (٣٢) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «أ) تقوم الهيئة بالتنسيق مع الجهات المختصة بتعقب وضبط وحجز واسترداد ومصادرة الأموال والعائدات المتحصلة من جرائم الفساد...».

رابعاً: للهيئة مخاطبة واستدعاء أي شخص للاستفسار والتحري حول واقعة الفساد، حيث تنص المادة (٣٥) من قانون مكافحة الفساد على أن: «للهيئة الحق في مخاطبة واستدعاء المعنيين من الموظفين العموميين أو موظفي القطاع الخاص أو أي شخص له علاقة للاستفسار والتحري حول واقعة تتعلق بالفساد وفقاً للتشريعات النافذة».

خامساً: التنسيق مع الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة عند جمع الأدلة والمعلومات المتعلقة بجرائم الفساد<sup>(١)</sup>.

سادساً: على كافة أجهزة الدولة إبلاغ الهيئة عن جرائم الفساد المكتشفة، حيث تنص المادة (٤٤) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «أ) يجب على كافة أجهزة الدولة التعاون فيما بينها لكشف جرائم الفساد والإبلاغ عنها للهيئة أو سلطات الضبط والتحقيق، مع إمدادها بالمعلومات المتعلقة بأية وقائع تتعلق بالفساد».

## الفرع الثالث

### التدابير الوقائية لعمل الهيئة الوطنية

وضح قانون مكافحة الفساد ثلاثة أنواع من التدابير الوقائية لمكافحة الفساد وأسندها للهيئة الوطنية لتنفيذها ومتابعتها، وهي<sup>(٢)</sup>:

#### أولاً: التدابير التشريعية؛ وتتم من خلال الآتي:

(١) التنسيق مع الجهات المختصة بدراسة وتقييم واقتراح تطوير التشريعات العقابية المتعلقة بجرائم الفساد من الناحيتين الإجرائية والموضوعية لمواكبة أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وتقديمها لمجلس النواب لمناقشتها وإقرارها، وهو ما أكدته المادة (٢٠/أ) من قانون مكافحة الفساد.

(١) تنص المادة (٤٢) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «للهيئة بالتنسيق مع الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة جمع الأدلة والمعلومات المتعلقة بالفساد وإحالة المتهمين إلى النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات القانونية وفقاً للقوانين النافذة».

(٢) للمزيد انظر: عبدالله الشطييري، مرجع سابق، ص ٨٧-٨٩.

(٢) التنسيق مع الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة والجهات المختصة بدراسة وتقييم وتطوير النظم المالية وتظم المشتريات والمناقصات والمزايدات الحكومية وتظم إدارة الموارد والاستخدامات والممتلكات العامة وتطوير آليات الرقابة بمختلف أنواعها ومعايير المحاسبة والمراجعة المحاسبية بما يكفل حسن إدارة المالة العام والممتلكات العامة وضمان حمايتها<sup>(١)</sup>.

(٣) التنسيق مع الجهات المختصة في الحكومة والجهات المعنية في القطاع الخاص بدراسة وتقييم وتطوير النظم والتدابير المتعلقة بالقطاع الخاص بغية تحقيق الآتي:  
أ- تعزيز معايير وأنظمة المحاسبة والمراجعة لتعزيز شفافيتها ووضع الضوابط الكفيلة بمراجعة الحسابات والميزانيات العمومية، والالتزام بمسك الدفاتر والسجلات المنظمة مالياً ومحاسبياً.

ب- وضع الضوابط الكفيلة بمنع التلاعب بالبيانات المحاسبية.

ج- اتخاذ التدابير اللازمة لضمان سهولة الوصول إلى السجلات لمراجعتها من قبل الجهات المختصة وفقاً للتشريعات النافذة<sup>(٢)</sup>.

(٤) القيام بدراسات حول إنشاء محاكم إدارية وإيحاء الجهات ذات العلاقة بإنشائها وفقاً للقانون<sup>(٣)</sup>.

(٥) تقوم الهيئة بدراسة وتقييم واقتراح تطوير نظم التوظيف وتقديمها للجهات المختصة للأخذ بها لتحقيق ما يأتي<sup>(٤)</sup>:

أ- تعزيز مبدأ الكفاءة والجدارة والإبداع في كل مناصب الوظيفة العامة.

ب- تعزيز نظم الاختيار والتأهيل والتدريب لشغل المناصب العامة الأكثر عرضة للفساد.

ج- تعزيز مبدأ الشفافية في الوظيفة العامة.

د- وضع النظم الهادفة إلى بيان الأداء والسلوك الوظيفي السليم والمشرف للوظيفة العامة.

(١) المادة (٢٢) من قانون مكافحة الفساد.

(٢) المادة (٢٣) من قانون مكافحة الفساد.

(٣) المادة (٢٠) ب) من قانون مكافحة الفساد.

(٤) المادة (٢١) من قانون مكافحة الفساد.

هـ- تعزيز وتفعيل التدابير التأديبية الإدارية لمنع استغلال الوظيفة العامة لتحقيق مآرب شخصية غير مشروعة.

### ثانياً: التدابير المجتمعية (مشاركة المجتمع): وتتمثل في الآتي:

- ١) تعزيز إسهام ومشاركة منظمات المجتمع المدني في الأنشطة المناهضة للفساد وإيجاد توعية عامة بمخاطر الفساد وآثاره وتعزيز ثقافة عدم التسامح مع الفساد والفاستين<sup>(١)</sup>.
- ٢) على كل شخص علم بوقوع جريمة من جرائم الفساد الإبلاغ عنها إلى الهيئة أو الجهة المختصة مع تقديم ما لديه من معلومات حولها<sup>(٢)</sup>.
- ٣) إلزام المؤسسات المالية بالتعاون مع الهيئة في كل ما يتعلق بمكافحة الفساد<sup>(٣)</sup>.
- ٤) الحماية القانونية والوظيفية والشخصية للشهود والخبراء والمبلغين عن جرائم الفساد<sup>(٤)</sup>.

### ثالثاً: التدابير الدولية (التعاون الدولي): وتبرز فيما يأتي:

- ١- تطبيق الأحكام الواردة في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال مكافحة الفساد<sup>(٥)</sup>.
- ٢- حق كل دولة طرف في اتفاقية مكافحة الفساد رفع دعوى مدنية أمام القضاء اليمني للمطالبة بحقها في استعادة ملكية العائدات غير المشروعة المرتبطة بجرائم الفساد المنصوص عليها في الاتفاقية، وكذا حقها في التعويض عن الأضرار التي لحقتها بسبب تلك الجرائم وفقاً للأحكام والإجراءات المنصوص عليها في القوانين النافذة شريطة المعاملة بالمثل<sup>(٦)</sup>.

(١) المادة (٢٥) من قانون مكافحة الفساد.

(٢) المادة (٢٤) من قانون مكافحة الفساد.

(٣) المادة (٢٦) من قانون مكافحة الفساد.

(٤) المادة (٢٧) من قانون مكافحة الفساد.

(٥) المادة (٢٨) من قانون مكافحة الفساد.

(٦) المادة (٢٩) من قانون مكافحة الفساد.

## المبحث الثاني جمع الاستدلالات والتحقيق في جرائم الفساد

### تمهيد وتقسيم:

منح القانون الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد الحق في مباشرة جمع الاستدلالات والتحقيق في قضايا الفساد واستدعاء الشهود وكل من لديهم معلومات عن هذه القضايا، وطلب أي ملفات أو أوراق أو معلومات، وملاحقة مرتكبي جرائم الفساد، حيث تنص المادة (١١٨) على أنه: «يكون للهيئة طبقاً للقانون والصلاحيات القانونية في إجراء التحري والتحقيق في جرائم الفساد والتصرف فيها».

وسنوضح في هذا المبحث ماهية مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق وجرائم الفساد في المطلب الأول، ونجعل المطلب الثاني لبيان إجراءات الاستدلال في جرائم الفساد، وندرس في المطلب الثالث إجراءات التحقيق في جرائم الفساد.

### المطلب الأول

#### مفهوم مرحلة جمع الاستدلالات والتحقيق وجرائم الفساد

سندرس في هذا المطلب مفهوم مرحلة جمع الاستدلالات، ومفهوم التحقيق الابتدائي، ومفهوم جرائم الفساد، وذلك في الفروع الآتية:

### الفرع الأول

#### مفهوم مرحلة جمع الاستدلالات

تمثل مرحلة جمع الاستدلالات مرحلة تمهيدية في سير الدعوى الجزائية، حيث تكون الجريمة لا يزال يكتنفها الغموض وعدم اكتمال الأدلة اللازمة لإدانة الجاني، كما أن عناصر الجريمة تكون متفرقة وبحاجة إلى جمعها والربط بينها وبين بعضها بهدف الوصول إلى الحقيقة، وهنا يبرز دور مأمور الضبط القضائي الذي يهدف إلى اتخاذ كل الإجراءات التي يراها ضرورية لجمع المعلومات وإجراء التحريات حول الجريمة تمهيداً

لوضعها تحت سلطة التحقيق التي تتولى تحريك الدعوى الجزائية<sup>(١)</sup>.

## أولاً: المقصود بمرحلة جمع الاستدلالات:

لم يتطرق قانون الإجراءات الجزائية إلى تعريف مرحلة جمع الاستدلال، وتصدى الفقهاء إلى تعريفها، فيقصد بمرحلة الاستدلال<sup>(٢)</sup>: تلك المرحلة التي تسبق مرحلة التحقيق الابتدائي، أي المرحلة السابقة على تحريك الدعوى الجزائية، ويباشر الاستدلال مأمور الضبط القضائي تحت إشراف ورقابة النيابة العامة، وغاية هذه المرحلة البحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق<sup>(٣)</sup>.

وقد عرّف البعض هذه المرحلة بأنها: «مجموعة من الإجراءات التمهيديّة السابقة على تحريك الدعوى بشتى الطرق والوسائل القانونية كي تتخذ سلطات التحقيق بناءً عليها القرار فيما يتعلق بما إذا كان من الجائز تحريك الدعوى الجزائية»<sup>(٤)</sup>.

وهذه المرحلة لها أهمية كونها تبحث عن مرتكب الجريمة والأدلة المثبتة لذلك حتى لا تحال إلى القضاء قضايا تنعدم فيها الأسباب والأدلة المقبولة توفيراً لوقت القضاء وجهده، حتى لا يهدر في السعي خلف الأدلة وجمع شتاتها، وهو كذلك لا يملك الإمكانيات والقدرات على ذلك<sup>(٥)</sup>.

## ثانياً: السند القانوني لمرحلة جمع الاستدلالات:

مرحلة جمع الاستدلالات من المراحل التي نص عليها المشرع اليمني في قانون

(١) د/ مطهر عبده محمد الشميري: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مركز الصادق، صنعاء، ط٢، ٢٠٠٤م، ص١٤٧.

(٢) اختلفت التشريعات في تسمية هذه المرحلة، فقد أطلق عليها المشرع الفرنسي اسم «مرحلة التحقيق التمهيدي»، وسماها التشريعات المصري واليمني «مرحلة الاستدلال»، وأطلق عليها المشرع الفلسطيني «مرحلة البحث والاستقصاء»، وسماها المشرع السوري «مرحلة التحقيق الأولي أو التمهيدي» (د/ طارق محمد الديراوي: ضمانات المتهم وحقوقه في قانون الإجراءات الجنائية-دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص٣٦).

(٣) د/ محمد عيد الغريب: النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القوانين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص٢٤١.

(٤) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص٣٧٧، د/ أمال عبدالرحيم عثمان: شرح قانون الإجراءات الجنائية، بدون دار وتاريخ، ص٥٣٨، فرج علواني هيكل: التحقيق الجنائي والتصرف فيه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩م، ص٢.

(٥) المادة (٢٨) من قانون مكافحة الفساد.

الإجراءات الجزائية في الباب الثاني في المواد (٨٤-١٤٤)<sup>(١)</sup>، حيث تنص المادة (٩١) على أنه: «مأمورو الضبط القضائي مكلفون باستقصاء الجرائم وتعقب مرتكبيها وفحص البلاغات والشكاوى وجمع الاستدلالات والمعلومات المتعلقة بها وإثباتها في محاضرتهم وإرسالها إلى النيابة العامة، ونصت المادة (٩٢) على أنه: «إذا وجب عليه أن يخطر النيابة العامة وأن ينتقل فوراً إلى محل الحادث للمحافظة عليه وضبط كل ما يتعلق بالجريمة وإجراء المعاينة اللازمة، وبصفة عامة أن يتخذ جميع الإجراءات للمحافظة على أدلة الجريمة وما يسهل تحقيقها، وله أن يسمع أقوال من يكون لديه معلومات عن الوقائع الجزائية ومرتكبيها، وأن يسأل المتهم عن ذلك، وعليه إثبات ذلك في محضر التحري وجمع الاستدلالات ويوقع عليه هو والشهود الذين سمعهم والخبراء الذين استعان به، ولا يجوز له تحليف الشهود أو الخبراء اليمين إلا إذا خيف أن يستحيل فيما بعد سماع الشهادة بيمين، ويجب عليه تسليم تلك المحاضر لعضو النيابة عند حضوره...».

### ثالثاً: الطبيعة القانونية لمرحلة جمع الاستدلالات.

بالتأمل في نص المادتين (٩١، ٩٢) من قانون الإجراءات الجزائية يتبين أن مهمة مأمور الضبط القضائي لا تتعدى اتخاذ الإجراءات اللازمة للكشف عن الجريمة ومرتكبها، وهذه الإجراءات لا تستهدف بحثاً عن دليل أو التحقيق من ثبوت الجريمة، فهذه من أعمال التحقيق التي يختص بها النيابة العامة تستهدف بمجرد ضبط أدلتها، وأغلب فقهاء القانون الجنائي لا يعدون مرحلة جمع الاستدلالات من مراحل الدعوى الجزائية، وإنما يعدونها مرحلة تمهيدية ومساعدة لسلطات التحقيق، فهي لا تدخل في إطار الدعوى الجزائية، وإنما يعدونها مرحلة تمهيدية ومساعدة لسلطات التحقيق وإن كانت ضرورية لها<sup>(٢)</sup>، فالدعوى الجزائية لا تتحرك إلا بالتحقيق الابتدائي، ولا تعد إجراءات الاستدلال من إجراءات الخصومة نظراً لأنها لا تكسب الشخص الذي تباشر ضده صفة المتهم إذ لا يتعدى كونه مشتبهاً فيه، على عكس إجراءات التحقيق الابتدائي، فإنها تكسبه صفة المتهم<sup>(٣)</sup>، وإذا كان أغلب الفقه لا يعد هذه المرحلة من مراحل الدعوى الجزائية إلا أننا

(١) المادة (٢٨) من قانون مكافحة الفساد.

(٢) د/ عصام زكريا عبدالعزيز: حقوق الإنسان في الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠١م، ص ٦٣. د/ مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٤٥٩. د/ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٦٧.

(٣) د/ محمود أحمد طه: حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ١٨.

نجد أن بعض الفقهاء يعدها أساس الدعوى الجزائية وبأنها مرحلة هامة وخطيرة في بناء صرح الدعوى الجزائية<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### مفهوم التحقيق الابتدائي

قبل أن تصل الدعوى الجزائية إلى القضاء للفصل فيها، فإنها تمر بمرحلة سابقة لها، هي مرحلة التحقيق الابتدائي، وتهدف هذه المرحلة إلى التثبت من وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم وإقامة الدليل عليه.

### أولاً: المقصود بالتحقيق الابتدائي<sup>(٢)</sup>:

يُعرف التحقيق ابتدائي بأنه: «مجموعة من الإجراءات تستهدف التنقيب عن الأدلة في شأن جريمة ارتكبت وتجميعها ثم تقديرها لتحديد مدى كفايتها لإحالة المتهم إلى المحاكمة، ويمثل التحقيق الابتدائي المرحلة الأولى للدعوى الجزائية، وهي المرحلة التي تسبق المحاكمة، وقد وصف التحقيق بأنه ابتدائي لأن غايته ليست كإثباته فيه، وإنما يستهدف التمهيد لمرحلة المحاكمة، وليس من شأنه الفصل في الدعوى بالإدانة أو البراءة، وإنما مجرد استجماع العناصر التي تتيح لسلطة أخرى ذلك الفصل<sup>(٣)</sup>.

وعرف قانون الإجراءات الجزائية في المادة الثانية التحقيق ابتدائي بأنه: «كافة الإجراءات التي تتخذها النيابة العامة أثناء مباشرتها لوظيفتها في تحقيق القضايا».

وعرف البعض التحقيق الابتدائي بأنه: «مجموعة الإجراءات التي تجري بمعرفة سلطات التحقيق والتي تهدف إلى جمع الأدلة وتقديرها وصدور أمر بالأوجه لإقامة

(١) د/ حسن السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣م، ص ٢٢٠. د/ حسن علوب: استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٠م، ص ٢٦٢. د/ عادل خراشي: ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم - دراسة مقارنة، جامعة الزقازيق، مصر، ٢٠٠٢م، ص ٣٠.

(٢) وتتميز إجراءات التحقيق بمجموعة من الخصائص، أهمها: (١) أنها مجموعة من الإجراءات القانونية. (٢) أنها ذات طبيعة قضائية. (٣) أن هناك شكلاً قانونياً ينبغي مراعاته لصحة الإجراءات. (٤) مرحلة تمهيدية وتحضيرية للمحاكمة. (٥) تتسم إجراءات التحقيق بالقهر والإجبار. (٦) المختص بها هو سلطة التحقيق. (٧) غاية التحقيق التنقيب عن الأدلة وفحصها (د/ نديم التريزي، د/ منير الجوبي، مرجع سابق، ص ٣٠٨. د/ منير الجوبي، الاختصاصات الأصلية والاستثنائية لمأمور الضبط القضائي، مرجع سابق، ص ١٢٨).

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٥٠١. د/ محمد شجاع، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

الدعوى أو الإحالة إلى المحاكمة عند ثبوت الجريمة ونسبتها إلى المتهم»<sup>(١)</sup>.

## ثانياً: أهمية التحقيق الابتدائي: تبرز أهمية التحقيق فيما يأتي<sup>(٢)</sup>:

- أنه يعد أهم مراحل الدعوى الجزائية، فهو الذي يشكل الدعوى ويوجهها منذ البداية.
- يعد التحقيق الابتدائي مرحلة تحضيرية للمحاكمة.
- يكتشف التحقيق الابتدائي الأدلة قبل الإحالة إلى المحاكمة واستظهار قيمتها واستبعاد الأدلة الضعيفة، واستخلاص رأي مبدئي في شأن قيمة هذه الأدلة.
- من خلال التحقيق الابتدائي تستطيع المحكمة أن تنظر في الدعوى وقد اتضحت عناصرها وتكشفت أهم أدلتها فيدعم ذلك الاحتمال في أن يكون حكمها أدنى إلى الحقيقة والعدالة، وفي ذلك توفير لوقت القضاء وجهدة.
- التحقيق الابتدائي يعد ضماناً للمجتمع والمتهم في نفس الوقت، إذ يسمح للمحقق بالبحث عن الحقيقة، ويزود المتهم بإمكانيات الدفاع عن نفسه، علاوة على صيانة اعتباره بتجنيبه المثل أمام القضاء إذا كانت الأدلة ضده غير كافية.

## ثالثاً: السلطة المختصة بالتحقيق الابتدائي في جرائم الفساد<sup>(٣)</sup>.

من خلال الاطلاع على النصوص القانونية في قانون الإجراءات الجزائية وقانون

- (١) د/ عبدالله أحمد العززي: التحقيق الابتدائي في الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٧م، ص ٤. وللمزيد حول تعريف التحقيق الابتدائي انظر: د/ عبدالإله محمد النوايسة: ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠م، ص ٣٩. د/ محمود نجيب حسني: الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص ١١١. د/ محمود نجيب حسني: الاستدلال والتحقيق الابتدائي في قانون الإجراءات الجنائية، ١٩٩١م، ص ١١٩. د/ عبدالكريم المتوكل: طاعة الرؤساء وأثرها في المسؤولية الجنائية- دراسة مقارنة بين القانون السوداني واليمني وأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، ٢٠٠٤م، ص ٢٠٨. د/ مطهر عبده الشميري: الشرعية الإجرائية في القانون اليمني- دراسة مقارنة بين القانون السوداني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، ١٩٩٩م، ص ٩٦.
- (٢) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٥٠١. د/ محمد محمد شجاع، مرجع سابق، ص ٢٩٤.
- (٣) د/ محمد عيد الغريب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، بدون دار، ط ٢، ١٩٩٧م، ص ٧٣١-٧٤٦. د/ حفيظ بن عامر الشنفرى: دور الشرطة في الدعوى الجنائية في التشريع العماني والتشريعات المقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٠م، ص ٢٠٩ وما بعدها.

السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩٠م يتضح أن النيابة العامة هي صاحبة الاختصاص الأصلي في التحقيق في الجرائم، حيث تنص المادة (٢١) أن «النيابة العامة هي صاحبة الولاية في تحريك الدعوى الجزائية ورفعها ومباشرتها أمام المحاكم، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون<sup>(١)</sup>، غير أن هناك خروج عن هذا الأصل في بعض الجرائم، ومنها: جرائم الفساد، حيث حدد المشرع لهذه الجرائم في القانون نيابة متخصصة للتحقيق حول هذه الجرائم<sup>(٢)</sup>.

ويجدر بنا التوقف عند نقطة مهمة، وهي بيان موقف القانون من إجراءات التحقيق في قضايا الفساد، حيث أجاز قانون مكافحة الفساد انتداب أعضاء من النيابة العامة للعمل في الهيئة بدائرة التحقيق بموجب نص المادة (٧/٨) التي منحت الهيئة الحق في التحقيق في قضايا الفساد، حيث نصت على أنه: «تتولى الهيئة ممارسة المهام والاختصاصات الآتية: ٧- التحقيق مع مرتكبي جرائم الفساد وإحالتهم للقضاء»، وأكد على ذلك نص المادة (١٢٧) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد «تستعين الهيئة في تنفيذ سلطاتها في مجال التحقيق بأعضاء النيابة العامة يجري انتدابهم للعمل في الهيئة بناءً على اتفاق بين رئيس الهيئة والنائب العام، وطبقاً للإجراءات النظامية المتبعة في هذا الشأن».

غير أنه يلاحظ وجود تعارض في النصوص القانونية بشأن سلطة التحقيق، هل تعقد للهيئة من خلال أعضاء النيابة المنتدبين فيها أو لنيابة الأموال العامة، حيث أشارت المادة (٧/٨) أن تتولى الهيئة سلطة التحقيق في قضايا الفساد، وأكد على ذلك ما جاء في اللائحة التنفيذية في الباب الرابع في المواد (١٢٥-١٣٩) والتي أكدت على اختصاص الهيئة بالتحقيق في قضايا الفساد، لكن قانون مكافحة الفساد نص في المادة (٣٧) على أنه: «ينعقد الاختصاص للنظر في قضايا الفساد بجرائم الفساد للنيابات ومحاكم الأموال العامة»، وعزز ذلك صدور قرار النائب العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٠م بإنشاء نيابة ابتدائية ثانية بأمانة العاصمة تختص بجرائم الفساد المحالة من الهيئة.

(١) للمزيد انظر: المواد (٢٢، ٢٣، ١١٦) من قانون الإجراءات الجزائية، والمواد (٥١، ٥٣، ٥٥) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩٠م.

(٢) نصت المادة (٣٧) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «ينعقد الاختصاص للنظر في قضايا الفساد للنيابات ومحاكم الأموال العامة»، وقررت المادة (٤٢) منه أن «إحالة المتهمين من الهيئة يكون إلى النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات القانونية وفقاً للقوانين النافذة»، وقد نص قرار النائب العام رقم (٢٢) لسنة ٢٠١٠م بالتعديل على القرار الخاص بإنشاء نيابة الأموال العامة وتحديد اختصاصاتها، كما صدر قرار النائب العام رقم (٤٩) لسنة ٢٠١٠م بإنشاء نيابة ابتدائية ثانية للأموال العامة بأمانة العاصمة، وتختص هذه النيابة في التحقيق والتصرف ومباشرة الدعوى الجزائية في القضايا المحالة من الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد.

مما سبق يتضح أن التحقيق في قضايا الفساد يتم من قبل الأعضاء المنتدبين للهيئة من النيابة، ومن ثم يتم رفع القضية إلى نيابة الأموال الابتدائية الثانية بأمانة العاصمة، والتي تقوم بفتح التحقيق من جديد، الأمر الذي يترتب عليه تطويل في الإجراءات، مما يؤخر الفصل في قضايا الفساد، وما يترتب عليه من إهدار للجهد والمال والوقت، الأمر الذي يدعوننا إلى توصية المشرع بإلغاء نص المادة (٣٧) من قانون مكافحة الفساد أو إلغاء الفقرة السابعة من نص المادة (٨) من قانون مكافحة الفساد، وإعادة النظر في الباب الرابع من اللائحة التنفيذية، كما يوجد التباس وتعارض تشريعي آخر، وذلك بالنسبة لقضايا التهرب الضريبي، حيث نص قانون مكافحة الفساد في المادة (٧/٣٠) على أنه: «تعد من جرائم الفساد: ٧- جرائم التهريب الجمركي والتهرب الضريبي»، ونصت المادة (٧٩) من القانون (٣١) لسنة ١٩٩١م المعدلة بالقرار الجمهوري رقم (١٢) لسنة ١٩٩٩م بشأن ضرائب الدخل على أن: «تُشكل محاكم قضائية مختصة ومتفرغة للفصل في قضايا ضرائب الدخل في أمانة العاصمة والمحافظات، ويكون لها وحدها النظر في الطعون في القضايا الضريبية والمخالفات، ويكون تشكيلها وفقاً لأحكام قانون السلطة القضائية، على أن يكون أعضاؤها من ذوي الخبرة في المجالين المالي والضريبي»، مما يوجد تضارب في الاختصاص بين نيابات ومحاكم الأموال العامة ومحكمة الضرائب، وكذلك يُعد من العوائق التشريعية في مكافحة جرائم الفساد نص المادة (٢٠٩) من قانون الجمارك رقم (١٤) لسنة ١٩٩٠م والتي نصت على أنه: «لا يجوز رفع الدعوى في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب إلا بناءً على طلب خطي من رئيس المصلحة أو من يفوضه بذلك»، مما يقيد تحريك الدعوى في جرائم التهريب الجمركي إلا بناءً على طلب خطي من رئيس المصلحة أو من ينوبه، وهذا يُعد من القيود التي تقيد النيابة في تحريك الدعوى الجزائية، ويسمى قيد الطلب، وذات المعوق التشريعي في مجال مكافحة الفساد موجود في القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٩م بشأن تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري، حيث تنص المادة (٢٣) على أنه: «تحال المخالفات المنصوص عليها في القرار بالقانون إلى النيابة العامة بقرار من الوزير بناءً على توصية الجهاز، ولا ترفع الدعوى العمومية عنها إلا بطلب من الوزير»، ولهذا نوصي المشرع بضرورة إلغاء قيد الطلب الذي يُعد حماية للفاستين وحصانة لهم من منصوص عليه في قانون ضرائب الدخل وقانون الجمارك وقانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار.

## الفرع الثالث

### مفهوم جرائم الفساد

يُعد الفساد ظاهرة اجتماعية لاقت اهتمام الكثير من الباحثين والمهتمين، بل أصبح الفساد ظاهرة عالمية تنتشر في كافة المجتمعات المعاصرة المتقدمة والنامية والغنية والفقيرة، ولهذا أصبحت مكافحة الفساد قضية عالمية تبنتها منظمة الأمم المتحدة، وهذا يحتم علينا في هذه الدراسة تعريف جرائم الفساد.

### أولاً: تعريف الفساد:

الفساد نقيض الإصلاح، وهو مصدر فسد، والمفسدة ضد المصلحة<sup>(١)</sup>، قال تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا إِنَّ رَحْمَةَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِّنَ الْمُحْسِنِينَ﴾ [الأعراف: ٥٦].

والفساد يعني التلف، والعطب، والاضطراب، والخلل، ويقال فسد الشيء: إذ لم يعد صالحاً، وقد يأتي انتهاكاً واختراقاً لقاعدة قانونية وإدارية أو انتهاكاً لحقوق الآخرين وسواءً في المال أم الدم أم العرض أم في أي شيء<sup>(٢)</sup>.

ومن الصعوبة تقديم تعريف جامع مانع للفساد، فهو مفهوم مركب، وله أبعاد مختلفة، وفي السياق الدولي تجنبت الاتفاقية الدولية للأمم المتحدة لمكافحة الفساد تقديم تعريف محدد للفساد، وبالنظر إلى اختلاف ماهية الفساد من دولة لأخرى، وهو الأمر الذي يعني صعوبة الوصول إلى تعريف مشترك يحظى بالإجماع.

ولقد عرف البعض الفساد بأنه: «انحراف أخلاقي لبعض المسؤولين العموميين»<sup>(٣)</sup>، وعرفه آخرون بأنه: «إساءة استخدام السلطة لتحقيق مآرب نفعية مادية خاصة بطريقة غير مشروعة، ودون حق، أي استخدام المنصب الحكومي لإضفاء غطاء قانوني على ممارسة مشبوهة ولتحقيق مكاسب خاصة»<sup>(٤)</sup>.

(١) جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري: لسان العرب، لابن منظور: المجلد الخامس، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، ص ٣٤١٢.

(٢) المعجم الوسيط، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، ط ٢، ١٩٧٣م، ص ٤٨٨.

(٣) داود خير الله: الفساد كظاهرة عالمية وآليات ضبطها، مجلة المستقبل العربي، العدد (٣٠٩) ١١/٢٠١٤م، مجلة تصدر شهرياً عن مركز دراسات الوحدة العربية، ص ٦٦.

(٤) د/ مجدي حلمي: الفساد - أنواعه وأسبابه وآليات مكافحته، منظمة صحفيات بلا حدود، اليمن، ٢٠٠٨م، ص ١٧.

وعُرّف الفساد بأنه: «سلوك ينحرف عن الواجبات الشرعية لدور عام بسبب مكاسب شخصية أو قرابة عائلية، أو عصبية، مالية أو لمكانة خاصة، أو سلوك يخرق القانون عن طريق ممارسة بعض أنواع السلوك الذي يراعي المصلحة الخاصة»<sup>(١)</sup>، وعُرّف الفساد بأنه: «مصطلح فني يستخدم حين تنتفشى جرائم الإجتار بالوظيفة العامة أو الاعتداء على المال العام بصورة صارخة، بحيث تشكل ظاهرة يعاني منها المجتمع»<sup>(٢)</sup>.

وعرف قانون مكافحة الفساد في المادة الثانية الفساد بأنه: «استغلال الوظيفة العامة للحصول على مصالح خاصة، سواءً كان ذلك بمخالفة القانون أم استغلاله أم باستغلال الصلاحيات الممنوحة».

وهذا التعريف يرسم لنا الحدود القانونية والميدانية الذي ينبغي أن تقوم به الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، فالوظيفة العامة ومخالفة القانون أو توظيفه توظيفاً منافياً لروحه وغاياته واستغلال الصلاحيات الممنوحة للموظف العام هي جوهر الموضوع الذي ينبغي أن تركز عليه الهيئة.

## ثانياً: أسباب الفساد في الجمهورية اليمنية:

هناك العديد من أسباب الفساد، أهمها<sup>(٣)</sup>:

- ١- عدم تفعيل تقارير أجهزة الرقابة وفي مقدمتها تقارير الجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة والهيئة الوطنية العليا.
- ٢- تدني رواتب العاملين في القطاع العام وانخفاض مستوى المعيشة.
- ٣- ضعف الوازع الديني لدى بعض موظفي الدولة.
- ٤- وجود مفاهيم متسامحة مع الفساد في الجهاز الإداري للدولة، وعدم تفعيل مبدأ الثواب والعقاب.
- ٥- غياب الشفافية وضعف أداء وفاعلية أجهزة الرقابة الداخلية والخارجية.

(١) ويعرف الفساد بأنه: «سلوك يصدر من بعض المسؤولين الحكوميين في القطاع العام والخاص، حيث يعمدون إلى الإثراء لأنفسهم، أو المقربين منهم، على نحو غير ملائم وغير قانوني أو تحريض الآخرين على مثل هذا السلوك من خلال إساءة استخدام الوظيفة التي يتبوؤونها» (د/ علي خميس حمدان: خفايا الفساد، مركز عبادي للدراسات والنشر، صنعاء، ط١، ٢٠٠٦م، ص ٢٦، ٢٥).

(٢) د/ محمد منصور الصايدي: الحماية الجنائية لنزاهة الوظيفة العامة في التشريع اليمني-دراسة مقارنة بالتشريعين المصري والفرنسي، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط١، ٢٠١٢م، ص ٦٦.

(٣) الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد، ٢٠١٠-٢٠١٤م، ص ٦.

- ٦- غياب مدونات السلوك وقواعد العمل والإجراءات المكتوبة ساهم في انتشار رقعة الفساد.
- ٧- الجهل بالكثير من الإجراءات والحقوق والنظم الإدارية والمالية لدى شريحة واسعة من المواطنين.
- ٨- ضعف دور وسائل الإعلام الرسمية في كشف قضايا الفساد.
- ٩- ضعف مؤسسات المجتمع المدني وغياب القنوات التي تمكنها من الرقابة على القطاع العام.

### ثالثاً: صور جرائم الفساد في القانون اليمني:

تناول المشرع اليمني جرائم الفساد في المادة (٣٠) من قانون مكافحة الفساد كالتالي:

#### ١- الجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات:

وهي الجرائم التي أوردها المشرع في الباب الثالث من قانون الجرائم والعقوبات في المواد (١٤٧-١٥٠) وهي جريمة تخريب الأموال المتعلقة بالاقتصاد القومي وجريمة خيانة الموظف المسؤول وجريمة الإتلاف.

#### ٢- الجرائم الماسة بالوظيفة العامة المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات:

وهي الجرائم التي أوردها المشرع في الفصل الأول من الباب الرابع<sup>(١)</sup>، وهي جرائم الرشوة، وجريمة الاختلاس والإخلال، وجريمة عرقلة سير العمل، ويلاحظ أن الفصل الثاني من الجرائم الماسة بالوظيفة لا علاقة له بجرائم الفساد<sup>(٢)</sup>.

(١) وردت في المواد (١٥١-١٦٥) من قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م.

(٢) وهي الجرائم الواقعة على الموظفين والسلطات العامة، كجرائم التعدي على الموظف وإهانة الموظف وانتحال الموظف والصفات وإزعاج السلطات ونشر الأختام وسرقة وإتلاف المستندات.

### ٣- الجرائم المخلة بسير العدالة المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات:

وردت هذه الجرائم في الباب الخامس في قانون الجرائم والعقوبات في فصلين، الفصل الأول: المساس بسير القضاء، وقد حوى على الجرائم الآتية: البلاغ الكاذب، شهادة الزور، تضليل القضاء، إتلاف المستندات، إهانة القضاء، إنكار العدالة، التدخل في شؤون العدالة، ميل القضاء، إفشاء سرية الإجراءات، والفصل الثاني: جرائم المساس بنفاذ القرارات القضائية، وقد حوى على جريمتين، هما: إخفاء الجناة وهرب المحبوس، وبالتأمل في الجرائم المنصوص عليها في هذا الباب نجد أن معظمها لا علاقة لها بقضايا الفساد.

### ٤- اختلاس الممتلكات العامة في القطاع الخاص المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات:

تم إدراج هذه الجريمة في قانون مكافحة الفساد نقلاً من المادة (٢٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وهو بهذا لم يكن موفقاً، حيث لا يوجد في قانون الجرائم والعقوبات جريمة للاختلاس في القطاع الخاص، حيث لا يوجد إلا نص واحد متعلق باختلاس الموظف العام (أي المنتمي للقطاع العام) في المادة (١٦٦) من القانون.

رشوة الموظفين الأجانب وموظفي المؤسسات الدولية العمومية للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات ووظائفهم بقصد الحصول على منفعة تجارية أو مزية غير مستحقة:

ويلاحظ أن هذا البند هو تكرار للبند الثاني الخاص بالجرائم الماسة بالوظيفة العامة وهو تكرار مخل.

### ٥- جرائم التزوير المتعلقة بالفساد وجرائم التزييف المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات:

نص قانون الجرائم والعقوبات على هذه الجرائم في الباب الثامن في فصلين كالتالي<sup>(١)</sup>:

(١) وردت في المواد (٢٠٤-٢١٩) من قانون الجرائم والعقوبات.

**الفصل الأول: تزيف النقود والطوابع والأختام الرسمية، ويحتوي على الجرائم:**  
 تزيف العملة، عدم قبول العملة، ترويج عملة غير متداولة، تزيف الطوابع ذات القيمة  
 وما في حكمها، اصطناع وتزيف الأختام والعلامات الرسمية، اصطناع وتزيف الأختام  
 والعلامات الأجنبية، اصطناع وتزيف العلامات والأختام الخاصة، اصطناع أو حيازة  
 أدوات التزيف ومصادرة المضبوطات.

**الفصل الثاني: تزوير المحررات، ويحتوي على الجرائم: التزوير المادي في المحررات  
 الرسمية، التزوير المعنوي في المحررات الرسمية، التزوير الواقع من الموظف، خيانة  
 الائتمان على بياض، استعمال مستند أُلغي.**

## ٦- جرائم التهريب الجمركي<sup>(١)</sup> والتهرب الضريبي<sup>(٢)</sup>؛

عرفت المادة (٢٦٨) من قانون الجمارك التهريب الجمركي بأنه: «إدخال البضائع إلى  
 البلاد أو إخراجها منها خلافاً لأحكام هذا القانون وللنصوص النافذة من غير طريق الدوائر  
 الجمركية».

ويُعرف التهريب الضريبي بأنه: «تخلص الأفراد من الالتزام بدفع الضريبة بعد تحقق  
 الواقعة المنشأة له<sup>(٣)</sup>».

ويلاحظ أن المشرع لم يحيل جرائم التهريب الجمركي والتهرب الضريبي على القانون  
 الذي يجرمها كما فعل في الجرائم السابقة، وهذا يُعد قصوراً يجب تداركه إما بالنص على  
 هذه الجرائم وبيان عقوبتها أو بالإحالة إلى القانون الذي يجرمها ويحدد عقوبتها.

## ٧- الغش والتلاعب في المزايدات والمناقصات والمواصفات وغيرها من العقود الحكومية؛

توفق المشرع عند تضمينه لهذه الجرائم ضمن جرائم الفساد، حيث يُعد الغش

(١) نصت المادة (٢٦٩) من قانون الجمارك على ثماني عشرة صورة للتهريب الجمركي.  
 (٢) وردت جرائم التهريب الضريبي في المادتين (٤٥، ٤٣) من قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم (٢٠)  
 لسنة ٢٠٠١م، والمادة (٩٠) من قانون ضرائب الدخل رقم (٣١) لسنة ١٩٩١م.  
 (٣) د/ عبدالعال الصليبان: مقدمة في علم المالية العامة في العراق، مطبعة المعارف، بغداد، ط١، ١٩٧٢م،  
 ص٢١٦. وعرف البعض التهريب الضريبي بأنه: «تخلص المكلف كلياً أو جزئياً من أداء الضريبة دون نقل  
 عبئها إلى غيره، مما يؤثر في حصيلة الدولة من الضريبة، ويضيع عليها حقها» (د/ محمد سعيد عبدالسلام:  
 دراسة تحليلية متقدمة في علم الضريبة، دار المعارف، القاهرة، ط٢، ١٩٦٨م، ص٥٨٧).

والتلاعب في المزايدات والمناقصات والمواصفات وغيرها من العقود الحكومية من أخطر الجرائم التي تنخر في الاقتصاد، لكن كان على المشرع أن يحيلها أو يحدد القانون المعنى بتجريمها وبيان أحكامها كما فعل في البنود السابقة، والقانون المعني بتجريم هذه الأعمال هو قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧م.

## ٨- جرائم غسل العائدات الناتجة عن جرائم الفساد المنصوص عليها في هذه المادة:

جرى مؤخراً تداول مصطلح غسل الأموال<sup>(١)</sup>، وما يعرف بالمال القذر أو تبييض الأموال في كافة المحافل الدولية والإقليمية والمحلية المهمة بالجرائم الاقتصادية والأمنية والاجتماعية على أساس أنها عمليات ترتبط إلى حد كبير بأنشطة غير مشروعة، عادة ما تكون بعيدة عن يد القانون المناهض للفساد المالي والإداري<sup>(٢)</sup>.

وقد حدد قانون غسل الأموال اليمني رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣م جرائم غسل الأموال في المادة (٣) في واحد وعشرين بنداً، ومن ضمن هذه البنود جرائم مرتبطة بالفساد، وهي كالآتي:

المادة (٣/ج/٨) الفساد والرشوة، المادة (٣/ج/٩) النصب والاحتيال والغش، المادة (٣/ج/١٠) التزوير والتزييف بما فيها تزوير المحررات الرسمية والعرفية، وتزييف العملات وترويج عملة مزيفة أو غير متداولة، وتزييف البضائع والقرصنة عليها، وتزييف الأختام والعلامات الرسمية والأسناد العامة وما في حكمها وتزييف العلامات التجارية، المادة (٣/ج/١٤) السطو والسرققة والاستيلاء على أموال عامة أو خاصة، المادة (٣/ج/١٥) التهريب، بما فيها التهريب الجمركي والتهرب الضريبي وتهريب الآثار والمخطوطات التاريخية، المادة (٣/ج/١٦) الجرائم الضريبية، المادة (٣/ج/١٩) التحايل والتستر

(١) يعرف غسل الأموال بأنه: «عملية أو مجموعة من عمليات مالية، أو غير مالية تهدف إلى إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال أو عائدات أي جريمة وإظهارها في صورة أموال أو عائدات متحصلة من مصدر غير مشروع» (د/ حسام الدين محمد أحمد: شرح القانون المصري رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن مكافحة غسل الأموال في ضوء الاتجاهات الخدمية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٣م، ص٢٦).

(٢) للمزيد حول جرائم غسل الأموال انظر: د/ منير محمد الجوبي: الجريمة المنظمة في القانون اليمني والاتفاقيات الدولية، مركز الصادق، صنعاء، ط١، ٢٠٢١م، ص١٣١ وما بعدها، د/ خالد محمد الحمادي: جريمة غسل الأموال في عصر العولمة، ٢٠٠٦م، ص٢٤ وما بعدها. د/ محمد علي العريان: عمليات غسل الأموال وآليات مكافحتها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص٦١ وما بعدها. د/ هدى حامد قشقوش: جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص١٠ وما بعدها.

التجاري والتلاعب بالأسواق، بما في ذلك الأسواق المالية، المادة (٣/ج/٢١) الجرائم الماسة بالاقتصاد الوطني المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات.

## ٩- استغلال الوظيفة للحصول على منافع خاصة:

نص قانون الجرائم والعقوبات على جريمة استغلال النفوذ في المادة (١٥٩) بأنه: «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لاستعمال نفوذ حقيقي أو مزعوم للحصول أو لمحاولة الحصول من أية سلطة عامة على أعمال أو أوامر أو أحكام أو قرارات أو نياشين أو التزام أو ترخيص أو اتفاق توريد أو مقابلة أو على وظيفة أو خدمة أو أية مزية من أي نوع، فإذا لم تتوافر صفة الموظف العام في الجاني كانت عقوبته الحبس الذي لا يجاوز ثلاث سنوات أو الغرامة التي لا تزيد على عشرة آلاف ريال، ويعتبر في حكم السلطة العامة كل جهة خاضعة لإشرافها».

## ١٠- جرائم الإثراء غير المشروع:

يلاحظ أن قانون مكافحة الفساد لم يوضح المقصود بالإثراء غير المشروع أو النص على جريمة الإثراء غير المشروع، ولم يحل على القانون الذي ينص على تجريمها<sup>(١)</sup>، ويعد هذا قصوراً تشريعياً.

كما أن الإثراء في القطاع الخاص لم يعطه المشرع أي اهتمام ولم تشر إليه كما فعلت اتفاقية الأمم المتحدة كون الفساد يتفشى في القطاع الخاص كما هو في القطاع العام.

(١) نص على الإثراء غير المشروع المواد (٥، ٦، ٨) من قانون الزمة المالية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٦م، ونصوصها كالآتي:

تنص المادة (٥) على أنه: «يعتبر كسباً غير مشروع كل مال منقول أو غير منقول أو حق منفعة في داخل اليمن أو خارجه يحصل عليه أي شخص تسري عليه أحكام هذا القانون سواءً لنفسه أم لغيره بسبب استغلال الوظيفة العامة أو الصفة». وتنص المادة (٦) على أنه: «تتحقق واقعة الثراء غير المشروع على أحد المشمولين بهذا القانون من شاغلي وظائف السلطة العليا للدولة إذا تبين قيام أي منهم بممارسة أي من الأعمال المحظورة عليهم ممارستها وفقاً لأحكام المادة (١٢٦) من الدستور والقوانين النافذة سواءً بطريق مباشرة أم غير مباشرة». وتنص المادة (٨) على أنه: «مع مراعاة ما ورد في المادة التاسعة، فإن أي إضافة لقيمة مالية لذمة أي من الأشخاص المشمولين بأحكام هذا القانون، سواءً بكسب عيني أم شخصي أم بالانتفاع بأي من أموال الدولة المنقولة أو غير المنقولة وكان ذلك باستغلال الصفة أو الوظيفة وبصورة غير مشروعة أو كذلك كل انتقاص مما على الشخص من التزامات مالية، وسواءً كانت هذه الإضافة أو هذا الانتقاص مباشرة أو غير مباشرة فإنها تعد من قبيل الثراء غير المشروع».

## المطلب الثاني

### إجراءات الاستدلال في جرائم الفساد

تُعد مرحلة جمع الاستدلال مرحلة تمهيدية في سير الدعوى الجزائية، حيث تكون الجريمة لا يزال يكتنفها الغموض وعدم اكتمال الأدلة اللازمة لإدانة الجاني، كما أن عناصر الجريمة تكون متفرقة وبحاجة إلى جمعها والربط بينها وبين بعضها بهدف الوصول إلى الحقيقة، وهنا يبرز دور وظيفة الضبطية القضائية للهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد في إجراء التحريات حول قضايا الفساد تمهيداً لرفعها للأجهزة القضائية، وسنتناول هذا المطلب في فرعين، نوضح في الفرع الأول إجراءات الاستدلال القولية في جرائم الفساد، ونبين في الفرع الثاني إجراءات الاستدلال المادية في جرائم الفساد.

### الفرع الأول

#### إجراءات الاستدلال القولية في جرائم الفساد

ويقصد بها مجموعة المعلومات التي يدلي بها أي شخص لسلسلة جمع الاستدلالات حول الواقعة الإجرامية ومرتكبيها، وقد أشار المشرع إلى أهم وسائل جمع الاستدلالات القولية في قضايا الفساد، وهي تلقي التقارير والبلاغات والشكاوى والحصول على الإيضاحات وسماع أقوال من لديهم معلومات وسنوضحها كالآتي:

#### أولاً: تلقي التقارير والبلاغات والشكاوى:

##### المقصود بالبلاغات والشكاوى والتقارير وشروطها:

يتصل هذا الإجراء بوسائل العلم بالجريمة، أي وسائل علم الهيئة بوقوع جرائم الفساد كي تباشر في شأنها سلطاتها الاستدلالية<sup>(١)</sup>، ويتحقق علم الهيئة بوقوع جرائم الفساد من خلال مصادر متعددة، أهمها: تلقي التقارير والبلاغات والشكاوى، والتي نصت عليها المادة (٥/٨) من قانون مكافحة الفساد: «تتولى الهيئة ممارسة المهام والاختصاصات الآتية: تلقي التقارير والبلاغات والشكاوى بخصوص جرائم الفساد المقدمة إليها ودراستها والتحري حولها والتصرف فيها وفقاً للتشريعات النافذة».

(١) د/ أشرف توفيق مصطفى: الاستدلال بين الضبط القضائي والضبط العسكري، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ١١٤٠.

وعرفت المادة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية التبليغ بأنه: «إخطار الجهة المختصة بوقوع الحادث»، وكذلك عرفت الشكوى بأنها: «تعني الادعاء الشفهي أو الكتابي المقدم إلى النيابة العامة بأن شخصاً ما معلوماً كان أو مجهولاً قد ارتكب جريمة»<sup>(١)</sup>، والبلاغ حق مقرر لكل إنسان، فلا يجوز رفض قبوله وإن كان ذلك لا يستوجب المسؤولية الجنائية إلا أن عدم قبوله يعرضه للمسؤولية التأديبية، وهو واجب على كل موظف عمومي أو مكلف بخدمة عامة علم أثناء تأديته لعمله أو بسببه بوقوع جريمة من الجرائم التي يجوز للنسبة العامة رفع الدعوى الجزائية بغير شكوى أو طلب أن تبلغ عنها فوراً النيابة العامة أو أقرب مأمور ضبط قضائي»<sup>(٢)</sup>.

ولصحة البلاغ المقدم للهيئة حول جرائم الفساد، فقد أوردت اللائحة التنفيذية شراؤها يجب توفرها ليتم استقباله وقيده في سجلات إدارة البلاغات والشكاوى التي تتبع الهيئة، ومن ثم رفعها لرئيس الهيئة أولاً بأول، حيث نصت المادة (١٠٩) على أنه: «يجب أن يتخذ البلاغ الشكل الآتي:

- أن يقدم كتابة أو شفاهة.
- أن يتضمن توضيحاً كافياً لواقعة الفساد المبلغ عنها وزمان ومكان وقوعها والمصدر أو الكيفية أو المناسبة التي جعلته يعلم أو يقف على الواقعة المبلغ عنها وأسماء الأشخاص المتورطين فيها وصفاتهم، وأي معلومات أو استشهادات أخرى تؤيد الواقعة.
- أن يذيل البلاغ إذا قدم كتابة باسم مقدمه وصفته وتوقيعه وتاريخ تقديمه وعنوانه ووسيلة الاتصال بها وأرقام هواتفه وأن يرفق به ما يكون تحت يديه من وثائق أو مستندات مؤيدة للواقعة المبلغ عنها».

كما تضمنت اللائحة التنفيذية شروطاً يلزم توافرها في الشكوى التي تحتوي على جريمة فساد ليتم قيدها في سجلات إدارة البلاغات والشكاوى التابعة للهيئة، حيث نصت المادة (١١٣) على أنه: «يشترط لقبول الشكوى المنصوص عليها في المادة السابقة توافرها يأتي:

(١) تنص المادة (٩٧) إجراءات جزائية «أن الشكوى التي لا يدعي فيها مقدمها بحقوق مدنية تعد من قبيل التبليغات، ولا يعد ذلك وحده رفعاً للدعوى المدنية، ولا يعتبر الشاكي مدعياً بحقوق مدنية إلا إذا صرح بذلك في شكواه أو في ورقة مقدمة منه بعد ذلك أو إذا طلب في أحدهما تعويضات».

(٢) المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجزائية.

- أن تقدم كتابياً، وأن تتضمن بياناً وافياً بموضوعها وأسماء وصفات الأشخاص المشكوب بهم.
- أن يكون لمقدمها مصلحة خاصة.
- أن يكون محلها استغلال الوظيفة العامة للحصول على منفعة خاصة، وفي جميع الأحوال على مقدم الشكوى أن يرفق بها ما يتوافر لديه من الوثائق أو المستندات المؤيدة لشكواه.

كما يعد التقرير إحدى وسائل الاتصال الرسمي، والذي يتم من خلاله تقديم معلومات حول أمر من الأمور، ومن هذه التقارير ما يقوم بصدد ارتكاب جرائم فساد سواء كانت داخلية أم دولية.

وتمثل التقارير الخاصة بالفساد ركيزة ضرورية في كشف جرائم الفساد التي تستشري في هيئات وأجهزة الدولة، وتقوم الهيئة العليا لمكافحة الفساد بموجب ما تصلها من تقارير بالتحري لكشف جرائم الفساد.

وتعد التقارير من مصادر الهيئة الوطنية للعلم بوقائع الفساد، حيث تنص المادة (١٠٠) على أن: «تباشر الهيئة عملياتها في مكافحة الفساد وتعقب مرتكبيها اعتماداً على: - البلاغات معلومة أو مجهولة المصدر، - الشكاوى، - تقارير أجهزة الرقابة، - ما يحال إليها من رئيس الجمهورية أو مجلس النواب أو الحكومة أو أي سلطات عامة أخرى، - ما ينشر في الصحف ووسائل الإعلام المختلفة من جرائم فساد، - ما ينكشف للهيئة أثناء عملية التحري والتفتيش، - أية مصادر أخرى تقرها القوانين النافذة»<sup>(١)</sup>.

### آلية التعامل مع البلاغات والشكاوى والتقارير<sup>(٢)</sup>:

وضح قانون مكافحة الفساد ولأئحته التنفيذية قواعد التعامل مع التقارير والبلاغات والشكاوى وآلية التعامل معها، حيث وضحت المادتان (١٠، ١١) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد مراحل التعامل مع تلك التقارير والبلاغات والشكاوى كالآتي:

(١) وتنص المادة (٥/٨) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «تتولى الهيئة ممارسة المهام والاختصاصات الآتية: تلقي التقارير والبلاغات والشكاوى».

(٢) تنص المادة (١١٤) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد على أنه: «ويتخذ إزاء تقارير أجهزة الرقابة ذات الإجراءات المطبقة على البلاغ».

- يفتح سجل خاص لقيود البلاغات والشكاوى التي ترد إلى الهيئة في إدارة فحص البلاغات والشكاوى، وترفع إلى رئيس الهيئة أولاً بأول<sup>(١)</sup>.
- يطلع رئيس الهيئة على البلاغات والشكاوى ويحيلها إلى الوحدة التنظيمية المختصة.
- تتولى الوحدة التنظيمية دراسة البلاغات والشكاوى المحالة إليها للتحقق من صحتها وإبداء الرأي بشأنها إلى رئيس الهيئة الذي يوجه بإدراجها في جدول اجتماع الهيئة لتقرير ما يلزم بشأنها.
- تقوم كل وحدة تنظيمية مختصة بمسك سجل تدون فيه ما يحال إليها من بلاغات وشكاوى وما يتصل بها من بيانات وما اتخذ بشأنها من إجراءات.
- تفتح الوحدة التنظيمية المختصة ملفات خاصة بموضوع البلاغ والشكاوى من واقع الفهرس العام للهيئة تودع فيه كافة الوثائق المتصلة بموضوع البلاغ تحريماً وتحقيقاً.

### دور وسائل الإعلام والصحف في الإبلاغ عن جرائم الفساد:

يُعد ما ينشر في الصحف ووسائل الإعلام المختلفة من وقائع وجرائم فساد من المصادر الهامة لعلم الهيئة عن هذه الجرائم وفق نص المادة (١٠٠) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد.

وألزم المشرع في المادة (١١٥) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد بمتابعة ودراسة ما تنشره وسائل الإعلام من معلومات أو وقائع تتضمن صراحة أو ضمناً ما قد يشكل جريمة من جرائم الفساد، والقيام بالتحري فيها وجمع الوثائق والحقائق بشأنها والتصرف من واقعها<sup>(٢)</sup>.

(١) تنص المادة (١١٢) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد على أنه: «لكل شخص طبيعي أو اعتباري أن يتقدم إلى الهيئة بشكاوى ضد أية ممارسات يكون مردها استغلال الوظيفة العامة للحصول على منافع خاصة».

(٢) تنص المادة (١١٦) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد على أنه: تباشر الهيئة من تلقاء نفسها التحري والتحقيق في جرائم الفساد المنشورة سواء في صحف الحكومة أم المعارضة أم وسائل الإعلام المختلفة»، كما تنص المادة (١١٧) من ذات اللائحة على أنه: «للهيئة من تلقاء نفسها أن تتحرى وتتحقق في أي وقائع أو ظروف تنطوي من وجهة نظرها على سلوك من شأنه أن يسمح أو يشجع أو يتسبب في وقوع جريمة فساد».

## ثانياً: إجراء التحريات في جرائم الفساد:

### أ) السند القانوني للتحريات في جرائم الفساد.

يعد إجراء التحري وجمع المعلومات عن جرائم الفساد من أهم صلاحيات الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، حيث تنص المادة (١١٨) من اللائحة التنفيذية لمكافحة الفساد على أنه: «يكون للهيئة - طبقاً للقانون - الصلاحية القانونية في إجراء التحري والتحقيق في جرائم الفساد التصرف فيها».

كما نصت المادة (٣٤) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «يجب على الهيئة فور علمها عن وقوع جرائم الفساد القيام بأعمال التحري وجمع الاستدلالات بشأنها، ولها في سبيل ذلك الاطلاع على السجلات والمستندات والوثائق المتعلقة بالجريمة محل العلم وكذا طلب موافاتها بأية بيانات أو معلومات أو وثائق متعلقة بها».

### ب) المقصود بالتحريات وهدفها في جرائم الفساد:

عرفت المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لمكافحة الفساد التحري بأنه: «كل عملية تستهدف جمع المعلومات والاستدلالات المؤيدة لحصول جريمة من جرائم الفساد».

فجوهر التحريات هو عبارة عن البحث عن المعلومات المتعلقة بالجرائم المرتكبة والتأكد من صحتها وجمع كافة القرائن والأدلة التي تفيد في حصول الواقعة أو نفي وقوعها، ووظيفة التحريات لا تقتصر على مجرد تجميع القرائن والأدلة التي تفيد في وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها، بل يجب أن تتضمن كذلك المعلومات والقرائن التي تعزز موقف المشتبه فيه وتنفي عنه ارتكاب الجريمة<sup>(١)</sup>.

وتهدف التحريات إلى البحث عن جرائم الفساد والتحقق من صحة الوقائع المبلغ عنها، وجمع كافة القرائن والأدلة التي تفيد في معرفة الحقيقة إثباتاً أو نفياً<sup>(٢)</sup>، فكلما ما يصل إلى الهيئة من أخبار أو بلاغات عن وقائع فساد لا يعد حقيقة مسلم بها وإنما هو خبر يحتمل الصدق أو الكذب، فيتعين أن تباشر مجموعة من الأعمال والإجراءات لمعرفة صدق الخبر من عدمه.

(١) والتحريات بما تحويه من معلومات تمثل الوعاء الذي تستمد منه النيابة العامة المعلومات التي تعينها على اتخاذ قراراتها (د/ عماد عدس: نطاق الرقابة القضائية للتحريات الجنائية، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد السادس عشر، أكاديمية الشرطة المصرية، القاهرة، يناير ٢٠٠٧م، ص ٢٠٩).

(٢) د/ أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٦٠٨.

لذلك فأهم أهداف التحريات التأكد من صحة البلاغات والشكاوى التي ترد إلى الهيئة، وهو ما أكد عليه قانون مكافحة الفساد في المادة (٥/٨) على أنه: «تتولى الهيئة ممارسة المهام والاختصاصات الآتية: تلقي التقارير والبلاغات والشكاوى بخصوص جرائم الفساد المقدمة إليها ودراستها والتحري حولها...»، وكذلك نص المادة (٢٤) من قانون مكافحة الفساد «على كل شخص علم بوقوع جريمة من جرائم الفساد الإبلاغ عنها إلى الهيئة أو الجهة المختصة مع تقديم ما لديه من معلومات حولها لتتولى دراستها للتأكد من صحتها...».

### ج) وسائل التحريات في قضايا الفساد:

وضحت اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد وسائل الهيئة الوطنية في التحري عن جرائم الفساد، حيث نصت المادة (١١٩) على أنه: «تباشر الهيئة بواسطة جهازها المختص عملية التحري بالوسائل الآتية:

- ١- التخاطب وطلب المعلومات والتقارير من الجهات المعنية بموضوع التحري.
- ٢- الاطلاع على الملفات والعقود والوثائق ذات الصلة ومعاينة المواقف وإجراء الاختبارات الفنية عليها عندما يتطلب الأمر ذلك.
- ٣- الفحص والتدقيق في المستندات والأدلة المرفقة بالبلاغات والشكاوى المقدمة للهيئة.
- ٤- مراجعة تقارير الأجهزة الرقابية وتقارير مراجعي الحسابات القانونيين.
- ٥- مخاطبة البنوك للحصول على المعلومات المتصلة بموضوع التحري وصور المستندات.
- ٦- إجراء المطابقة بين المعلومات المتحصلة وبين البيانات الواردة في إقرار الذمة المالية.
- ٧- إجراء المقابلات واستدعاء الأشخاص للحصول على معلومات إضافية أو إفادات تخدم أغراض التحقيق.
- ٨- التحقق من وحصر الآثار والأضرار المترتبة على واقعة الفساد في موضوع التحري.
- ٩- أية وسيلة أخرى مشروعة تخدم أغراض التحري وجمع الاستدلالات.

### ثالثاً: سؤال من لديهم معلومات عن جرائم الفساد:

يعد سماع أقوال من لديهم معلومات عن الجريمة من أهم أعمال الاستدلال، فهذه الأقوال مصدر هام للمعلومات، وقد يكون من بين من تسمع أقوالهم من تحيط به شبهات الجريمة<sup>(١)</sup>.

ولمأمور الضبط القضائي في جرائم الفساد سماع أقوال من لديهم معلومات في الواقعة الجزائية ومرتكبيها، وله سؤاله والذي يقتصر على مجرد الاستفسار عما نسب إليه دون طرح أسئلة دقيقة وتفصيلية أو استدراجه أو مواجهته بالأدلة القائمة ضده، لأن ذلك يخرج عن نطاق السؤال ليصبح استجواباً<sup>(٢)</sup>، وهو ليس من اختصاص مأمور الضبط القضائي إلا في حالة الضرورة<sup>(٣)</sup>.

والسند القانوني لسؤال من لديهم معلومات عن الوقائع الجزائية هو ما نصت عليه المادة (٩٢) من قانون الإجراءات الجزائية بأنه: «.. وله - مأمور الضبط القضائي - أن يسمع أقوال من يكون لديه معلومات عن الوقائع الجزائية ومرتكبيها وأن يسأل المتهم عن ذلك...».

وقد خولت المادة (٣٥) من قانون مكافحة الفساد هذا الحق للهيئة، فنصت على أنه: «للهيئة الحق في مخاطبة واستدعاء المعنيين من الموظفين العموميين أو موظفي القطاع الخاص أو أي شخص له علاقة للاستفسار والتحري حول واقعة تتعلق بالفساد وفقاً للتشريعات النافذة»، وهذا الحق ما هو إلا وسيلة لجمع المعلومات حول الواقعة التي تتعلق بالفساد، ويمكن أن تمتد التحريات إلى وقائع أخرى مجاورة للواقعة الأصلية، كالثراء المفاجئ الذي طرأ على المشتبه بعد توليه الوظيفة<sup>(٤)</sup>.

(١) د/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ٢٠٠٥م، ص ٣٥٩. د/ عادل خراشي، مرجع سابق، ص ٥٨. د/ منير محمد الجوبي: مبادئ البحث والتحقيق الجنائي العملي، بدون دار، ط١، ٢٠٢٠م، ص ٤٢.

(٢) عرفت المادة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية الاستجواب بأنه: «يقصد بالاستجواب علاوة على توجيه التهمة إلى المتهم مواجهته بالأدلة المختلفة القائمة قبله ومناقشته فيها تفصيلاً».

(٣) تنص المادة (١١٨) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: «يجب على عضو النيابة العامة في جميع الأحوال التي يكلف فيها غيره بالتحقيق أن يبين المسائل التي يجب تحقيقها والإجراءات المطلوب اتخاذها، وللمكلف أن يجري أي عمل آخر من أعمال التحقق أو أن يستجوب المتهم في أحوال الضرورة التي يخشى معها فوات الوقت متى كان ذلك لازماً لكشف الحقيقة».

(٤) للمزيد انظر: د/ مصطفى الدغدي: التحريات والإثبات الجنائي، مطابع جامعة المنيا المركزية، مصر، ٢٠٠٢م، ص ٢٢، ٢١. د/ قدرى عبدالفتاح الشهاوي: ضوابط الاستدلالات والتحريات والاستخبارات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٣٠.

ومن أهم الأشخاص الذين يتم سؤالهم وسماع أقوالهم في وقائع جرائم الفساد الشاكي والمبلغ والشهود والمشتبه به، ونظراً للأهمية التي تجنى من المبلغين والشهود في كشف جرائم الفساد أعطى القانون لهم الحماية القانونية وفقاً لنصوص القانون، كما نصت عليه اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد في الفصل السادس بعنوان حماية المصادر والشهود والخبراء<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### إجراءات الاستدلال المادية في جرائم الفساد

يقصد بالاستدلالات المادية مجموعة من الإجراءات التي تتعلق بمخلفات الجريمة المادية، ويرى البعض أن الاستدلالات المادية تفضل الاستدلالات القولية لأن هذه الأخيرة يمكن أن تتبدل أو تتغير بتأثير العديد من العوامل، مثل: مرور الوقت، بل إن قائلها قد ينكرها كلية في مرحلتي التحقيق أو المحاكمة، حتى بعد أن يكون قد أدلى بها مختاراً في مرحلة جمع الاستدلالات، ويرجع ذلك إلى أنها بطبيعتها شخصية تخضع لإرادة الفرد وأهوائه<sup>(٢)</sup>، وأبرز أهم إجراءات الاستدلال المادية هي المعاينة والاستعانة بالخبراء.

### أولاً: المعاينة (الاطلاع):

تعرف المعاينة بأنها: «إثبات لحالة الأماكن والأشخاص والأشياء وكل ما يفيد في كشف الحقيقة، وتهدف إلى التثبت من وقوع الجريمة، وذلك بواسطة المشاهدة أو الفحص المباشر بالحواس ممن يقوم بمباشرة الإجراء، وذلك بهدف جمع الآثار المادية التي تدل على وقوع الجريمة وتحديد مرتكبها»<sup>(٣)</sup>.

ويطلق على المعاينة في جرائم الفساد بالاطلاع، لما لهذا الإجراء من دور هام لكشف جرائم الفساد ومرتكبيها، ويعد إثباتاً مادياً للحالة التي تكون عليها الواقعة بواسطة المشاهدة أو الفحص المباشر من قبل موظف الهيئة وذلك بهدف جمع الأدلة المادية وتحديد مرتكبها.

(١) تنص المادة (١٤٠) «توفر الهيئة الحماية اللازمة للشهود والخبراء ولمقدمي البلاغات والشكاوى والمصادر الخاصة من احتمال تعرضهم للاضطهاد الوظيفي أو العدوان الجسدي متى أظهرت نتائج التحري جدية المعلومات الإخبارية المقدمة منهم في كشف جرائم الفساد».

(٢) د/ إبراهيم طنطاوي، مرجع سابق، ص ٢٨٧. د/ منير محمد الجوبي، الاختصاصات الأصلية والاستثنائية لمأمور الضبط القضائي، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٣) د/ سعد أحمد محمود سلامة: مسرح الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٧م، ص ٣١.

ويقصد باطلاع السلطة المخولة للهيئة في أن تطلع على السجلات والمستندات والوثائق الأخرى المتعلقة بجرائم الفساد، وقد منح قانون مكافحة الفساد الهيئة هذه السلطة في المادة (٣٤) بأن أوجب على الهيئة فور علمها عن وقوع جرائم الفساد القيام بأعمال التحري وجمع الاستدلالات بشأنها، ولها في سبيل ذلك الاطلاع على السجلات والمستندات والوثائق المتعلقة بالجريمة محل العلم، وكذا طلب موافاتها بأية بيانات أو معلومات أو وثائق متعلقة بها.

ونظراً لصعوبة اكتشاف جرائم الفساد والحصول على المعلومات بشأنها، فقد منح المشرع الهيئة حق الاطلاع كونها تعد أحد مصادر الحصول على المعلومات المتعلقة بهذه الجرائم، إذ أن غالباً ما تكون تلك السجلات والمستندات ونحوها هي وعاء الجريمة ودليلها، كذلك نص قانون مكافحة الفساد في المادة (٣٣) بأنه: «لا يجوز لأي جهة أن تحجب أية بيانات مطلوبة للهيئة أو تمتنع من تزويدها بالسجلات أو المستندات أو الوثائق التي تطلبها».

كما ألزم القانون أجهزة الدولة بتذليل المعوقات أمام عمل الهيئة في كشف جرائم الفساد، حيث نصت المادة (٤٣) من قانون مكافحة الفساد بأنه: «تلتزم كافة أجهزة الدولة بتذليل كافة الصعوبات والمعوقات بما يمكن الهيئة من أداء مهامها على الوجه الأمثل وفقاً لأحكام القانون»<sup>(١)</sup>، كما منح المشرع في المادة (١٠) من قانون الإقرار بالذمة المالية الهيئة الحق في طلب البيانات والوثائق من مقدمي الإقرارات أو من أي جهة أخرى.

## ثانياً: الاستعانة بالخبراء:

الخبرة هي توافر الدراية العلمية والعملية التي تمكن صاحبها من إبداء الرأي والمشورة في المسائل الفنية البحتة<sup>(٢)</sup>.

ومما لاشك فيه أن النواحي الفنية يكون لها دور في بيان ما يكتنف بعض جرائم الفساد من غموض، لهذا فإن القانون قد أجاز للهيئة الاستعانة بأهل الخبرة في عدة

(١) ونصت المادة (٤٤/أ) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «يجب على كافة أجهزة الدولة التعاون فيما بينها لكشف جرائم الفساد والبلاغ عنها إلى الهيئة أو سلطات الضبط والتحقيق مع إمدادها بالمعلومات المتعلقة بأية وقائع تتعلق بالفساد».

(٢) د/ برهامي أبو بكر عزمي: الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية - دراسة تحليلية لأعمال الخبرة بوزارة الداخلية، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٦م، ص ٣٥٢. كما تعرف الخبرة بأنها: «استشارة فنية بشأن أمور معينة يحتاج تقديرها إلى معرفة أو دراية خاصة لا تتوافر لدى المحقق» (د/ أمال عثمان: الخبرة في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤م، ص ٢٧٦).

مجالات، حيث يُعد الخبراء أحد أهم معاوني منتسبي الهيئة في إبداء الرأي العلمي في المسائل الفنية التي قد لا يدركها منتسبي الهيئة.

وقد منح المشرع للهيئة الحق في الاستعانة بالخبراء في مرحلة جمع الاستدلالات التي تقوم بها هيئة مكافحة الفساد، حيث نصت المادة (١٢٤) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد على أنه: «للهيئة أن تستعين بمن تراه من الخبراء والمستشارين والأجهزة المختصة للمشاركة في أعمال التحري والحصول على المعلومات عندما يتطلب الأمر ذلك»، كما أكدت المادة (١٠٤) من ذات اللائحة على أنه: «للهيئة عند الاقتضاء أن تستعين بخبراء لأغراض الفحص في مسألة فنية».

### المطلب الثالث

#### إجراءات التحقيق في جرائم الفساد

التحقيق الابتدائي هو إحدى وظائف القضاء الجزائي، وقد وضعت هذه الوظيفة حتى لا يطرح على سلطات الحكم في الدعوى غير المتهم المرتكزة على أساس متين من الوقائع والقانون، وفي ذلك ضمان لمصالح الأفراد وللمصلحة العامة على السواء<sup>(١)</sup>.

وترمي هذه الوظيفة إلى تحقيق أمرين، أحدهما جمع أدلة الجريمة، والآخر تقدير هذه الأدلة من حيث التهمة، والغرض منها إعداد الدعوى الجزائية، ولذلك يوصف هذا التحقيق بأنه ابتدائي لأنه يستهدف التمهيد لمرحلة المحاكمة<sup>(٢)</sup>.

وتنقسم إجراءات التحقيق الابتدائي إلى نوعين، الأول: إجراءات التحقيق المتعلقة بالبحث عن الأدلة، وتتمثل في الانتقال والمعاينة وندب الخبراء والتفتيش وضبط الأشياء والتصرف فيها وسماع الشهود واستجواب المتهم، والثاني: إجراءات التحقيق المتعلقة بتقييد حرية المتهم، وتتمثل في التكاليف بالحضور والقبض على المتهم والحبس الاحتياطي، وقانون مكافحة الفساد قد أحال في تطبيق وممارسة التحقيق الابتدائي على قانون الإجراءات الجزائية، وفي دراستنا سنركز على إجراءات التحقيق الخاصة بجرائم الفساد والمنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد، ولن نتطرق إلى إجراءات التحقيق

(١) د/ عادل حامد بشير: ضمانات الاستجواب - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، ٢٠٠١م، ص ١٣٨. د/ إدوارد غالي الذهبي: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص ٣٣٩.

(٢) د/ أشرف رمضان عبد الحميد: مبدأ الفصل بين سلطة الاتهام والتحقيق - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠١م، ص ١٤١.

المنصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية كونها إجراءات عامة لجميع الجرائم، وحتى لا تطول الدراسة، وسنوضح ذلك في الفروع الآتية:

## الفرع الأول

### نطاق سلطة التحقيق في جرائم الفساد والمعوقات التي تواجهها

أولاً: نطاق سلطة التحقيق في جرائم الفساد:

نص قانون مكافحة الفساد على اختصاصات استثنائية لعمل الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد بأن تتولى التحقيق في جرائم الفساد، حيث نصت المادة (٧/٨) على أنه: «تتولى الهيئة ممارسة المهام والاختصاصات الآتية: التحقيق مع مرتكبي جرائم الفساد وإحالتهم إلى القضاء»، كما أكدت على ذلك المادة (١٢٦) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد، والتي نصت على أنه: «يكون للهيئة السلطات والصلاحيات المقررة قانوناً بسلطات التحقيق وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية».

وحرصاً من المشرع على سير مرحلة التحقيق في جرائم الفساد بشكل سليم، فقد نص في المادة (٣٦) من قانون مكافحة الفساد على التأكيد بأن تكون إجراءات التحقيق في جرائم الفساد طبقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية والقوانين النافذة ذات العلاقة، حيث نصت على أنه: «تطبق بشأن إجراءات الضبط والتحقيق والمحاكمة في جرائم الفساد القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية والقوانين النافذة ذات العلاقة».

ثانياً: المعوقات التي تواجه سلطة التحقيق في جرائم الفساد:

تواجه سلطة التحقيق في جرائم الفساد عدد من المعوقات، أهمها<sup>(١)</sup>:

- صعوبة إجراءات التحقيق مع بعض الأشخاص المشمولين بحصانة إجرائية وخصوصاً الوزراء ونوابهم، إذ منحهم القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٥م بشأن اتهام ومحاكمة شاغلي وظائف السلطة التنفيذية العليا حصانات غير مبررة<sup>(٢)</sup>.

(١) د/ محمد منصور الصايدي، مرجع سابق، ص ٥٩٤، ٥٩٥.

(٢) وتنص المادة (١/١٣٩) من الدستور الصادر سنة ١٩٩١م والمعدل في ١٩٩٤م و٢٠٠١م، على أنه: «لرئيس الجمهورية ولمجلس النواب حق إحالة رئيس الوزراء أو نوابه أو الوزراء إلى التحقيق والمحاكمة عما يقع منهم من جرائم أثناء تأدية أعمال وظائفهم أو بسببها، ويكون قرار مجلس النواب بالاتهام بناءً على اقتراح مقدم من خمس أعضائه على الأقل، ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس».

- عدم رفع الحصانة البرلمانية عن المتمتعين بها من قبل مجلس النواب والشورى الذين تطلب النيابة رفع الحصانة عنهم تمهيداً للتحقيق معهم عن الوقائع المنسوبة إليهم، حيث تنص المادة (٨٢) من الدستور على أنه: «لا يجوز أن يتخذ نحو عضو مجلس النواب أي إجراءات التحقيق أو التفتيش أو القبض أو الحبس أو إجراء جزائي إلا بإذن من مجلس النواب، ما عدا حالة التلبس، وفي هذه الحالة يجب إخطار المجلس فوراً...».
- ويلاحظ أن النص لم يحدد مدة معينة يتم خلالها رفع الحصانة عن عضو مجلس النواب في حالة ارتكابه لأي جريمة، وذلك يُعد عائقاً تشريعياً أمام النيابة في تحريك الدعوى الجزائية ضد أعضاء مجلس النواب.
- قلة خبرة المحققين في الهيئة بتقنيات المعلومات وعدم إيلاء هذا الموضوع الاهتمام المطلوب لما له من دور في مجارة التطور الذي يشهده العالم للتعرف على وسائل الإثبات الحديثة.
- يؤثر سلباً على سير إجراءات التحقيق ضعف إمام المحقق بالجوانب المالية والمحاسبية والقوانين المالية ذات الصلة بجرائم المال العام.
- عدم المبادرة في اتخاذ الإجراءات المناسبة للإسراع في إنهاء التحقيق، وذلك بالانتقال إلى الجهات المعنية واتخاذ الإجراءات المناسبة دون الاعتماد على المخاطبات لتلك الجهات وانتظار الردود منها.
- تشعب جوانب التحقيق في جرائم الفساد، من حيث تعدد المتهمين وتعدد الوقائع وقدرة الجناة على إخفاء وطمس بعض معالم الجرائم المرتكبة لتوفر القدرة لديهم على ذلك، من خلال موقعهم الوظيفي، وممارستهم لسلطاتهم وارتفاع مستواهم التعليمي.

## الفرع الثاني

### إجراءات التحقيق المقيدة للحرية في جرائم الفساد

نصت المادة (١٢٨) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد على أن: «للهيئة إذا اقتضت مصلحة التحقيق أو جسامته الجرم توقيف أو احتجاز أو القبض على أي شخص متورط في جريمة من جرائم الفساد على ذمة التحقيق وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية».

يتبين من النص أن المشرع قد منح الهيئة عند التحقيق في جرائم الفساد سلطة اتخاذ بعض الإجراءات المقيدة للحرية كالقبض والتوقيف، وسنوضحها بإيجاز كالآتي:

### أولاً: القبض في جرائم الفساد:

يُعد إجراء القبض على المتهم في جرائم الفساد من أهم إجراءات التحقيق وأخطرها؛ كونه يمس الحرية، وينطوي على عنصر القهر والإجبار، ويعرف القبض بأنه: «سلب حرية شخص لمدة قصيرة باحتجازه في المكان الذي يعده القانون لذلك»<sup>(١)</sup>.

وعرفه قانون الإجراءات الجزائية في المادة (٧٠) بأنه: «ضبط الشخص وإحضاره أمام المحكمة أو النيابة العامة أو مأموري الضبط القضائي في الحالات المنصوص عليها قانوناً، ويكون بموجب أمر صادر من الأمر القبض ممن يملكه قانوناً أو شفويّاً إذا كان الشخص الأمر حاضرّاً أمامه ويترتب على ذلك حرمان المقبوض عليه من حريته حتى يتم التصرف في أمره».

ويتميز القبض بأنه إجراء من شأنه المساس بحرية الفرد، فهو يؤدي إلى تقييد حرية الشخص لفترة من الزمن، وذلك حتى يتم التصرف في أمره إما بإخلاء سبيله أو حبسه<sup>(٢)</sup>، والغرض من القبض الحصول على أدلة جديدة وضمان إحضار المقبوض عليه أمام القضاء لاستجوابه وضمان سلامة الأدلة من العبث وحماية المقبوض عليه.

ولقد أحال قانون مكافحة الفساد في المادة (٣٦) إجراءات الضبط والتحقيق والمحاكمة في جرائم الفساد على قانون الإجراءات الجزائية والقوانين النافذة، فتطبق الأحكام المنظمة للقبض في قانون الإجراءات الجزائية عند مباشرة القبض في جرائم الفساد<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: التوقيف (الحبس الاحتياطي) في جرائم الفساد:

التوقيف هو سلب حرية المتهم فترة من الزمن، وغالباً ما يتصف بالتأقيت،

(١) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

(٢) كما يتميز القبض بالجبر والإكراه، وإنه إجراء مؤقت وعارض، ويجمع بين المصلحة العامة والخاصة، للمزيد انظر: د/ محمد أحمد محمد المخلافي: سلطات مأمور الضبط القضائي في القبض على الأشخاص - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٧م، ص ٣٦ وما بعدها.

(٣) نظم قانون الإجراءات الجزائية القبض في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني في المواد (٧٠-٨٣).

وتستوجبه التحقيق وفق ضوابط قررها المشرع<sup>(١)</sup>.

ويعد التوقيف من أخطر إجراءات التحقيق وأكثرها مساساً بحرية المتهم، ولا يُعد التوقيف أو الحبس الاحتياطي عقوبة توقعها سلطة التحقيق، وإنما إجراء من إجراءات التحقيق قصد به مصلحة التحقيق ذاته، من أجل ذلك يجب أن يتحدد إجراء التوقيف أو الحبس الاحتياطي في جرائم الفساد بحدود المصلحة، وألا تتجاوز في استعمال هذه الرخصة إلا إذا كانت مصلحة التحقيق تستدعي ذلك، كحجز المتهم بعيداً عن أماكن التأثير على الشهود وإضاعة الآثار التي يمكن أن تفيد في كشف الحقيقة، ووفق نص المادة (٣٦) من قانون مكافحة الفساد التي تحيل إجراءات التحقيق على قانون الإجراءات الجزائية فيتم الرجوع للأحكام المنظمة للحبس الاحتياطي إلى الفصل السابع من الباب الثالث في قانون الإجراءات الجزائية في المواد (١٨٤-١٩٣).

### الفرع الثالث

#### إيقاف المتهم عن عمله ومنعه من السفر والحجز على ممتلكاته

من إجراءات التحقيق التي منحها قانون مكافحة الفساد إيقاف المتهم عن عمله أو منحه إجازة إجبارية ومنعه من السفر والحجز على ممتلكاته.

#### أولاً: إيقاف المتهم عن عمله ومنعه من السفر:

يُعد هذا الإجراء من الإجراءات التي يحق لسلطة التحقيق في جرائم الفساد القيام بها ضد المتهم إن كان يصب في مصلحة التحقيق، الأمر الذي قد يقتضي وقفه عن العمل بشكل مؤقت أو منحه إجازة إجبارية وإبلاغ جهة عمله بهذا القرار حتى لا يؤثر استمراره في العمل على سير إجراءات التحقيق من خلال إخفاء الأدلة أو العبث بها أو التأثير على الشهود، وإذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك فللهيئة القيام بهذا الإجراء كإجراء احترازي<sup>(٢)</sup>، حيث نصت المادة (١٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد على أنه: «للهيئة أن تأمر بإيقاف من يخضع للتحقيق في أي جريمة من جرائم الفساد عن مزاولته عمله أو منحه إجازة إجبارية متى استدعت مصلحة التحقيق أو الظروف المحيطة بالقضية ذلك، وعلى الهيئة إبلاغ جهة عمل الموقوف أو المجاز بالإنهاء المتخذ، وللهيئة أن تعيد النظر

(١) د/ قدرى عبدالفتاح الشهاوي: ضوابط الحبس الاحتياطي- التوقيف، منشأة المعارف، الإسكندرية،

٢٠٠٣م، ص ٥٢٣.

(٢) للمزيد انظر: عبدالله الشطييري، مرجع سابق، ص ٢٢٢ وما بعدها.

في أمر الوقف أو الإجازة المذكورة في أي وقت»<sup>(١)</sup>.

وقد عرف هذا الإجراء بأنه منع الموظف عن ممارسة أعمال وظيفته جبراً عنه بصفة مؤقتة مع احتفاظه بصلته الوظيفية<sup>(٢)</sup>.

ويترتب على هذا الإجراء عدة آثار، أهمها: أن المتهم في قضية الفساد الذي تم إيقافه عن العمل يستحق نصف مرتبه، فإذا انتهى الأمر ببراءته فهو يستحق مرتبه كاملاً، وإذا تم إدانته فلا يستحق المرتب، حيث نصت المادة (١١٧) من قانون الخدمة المدنية رقم (١٩) لسنة ١٩٩١م على أنه: «أ- لا يجوز توقيف الموظف أثناء فترة التحقيق إلا إذا اقتضت مصلحة التحقيق أو العمل ذلك، وبموافقة الوزير المختص أو رئيس الوحدة الإدارية. ب- يتقاضى الموظف راتبه أثناء فترة التحقيق إذا استمر في عمله، أما إذا تم توقيف الموظف فإنه يتقاضى نصف راتبه أثناء فترة التحقيق التي لا يجوز أن تتعدى أربعة أشهر».

### ثانياً: منع المتهم من السفر خارج البلاد:

يقصد بمنع المتهم من السفر أنه: «إجراء تحفظي من إجراءات التحقيق تصدره سلطة التحقيق أو المحكمة بهدف منع المتهم من مغادرة الوطن فترة من الزمن إلى أن تنتهي مبرراته»<sup>(٣)</sup>.

ويُعد المنع من السفر من الإجراءات المقررة لسلطة التحقيق في جرائم الفساد، حيث يُعد إجراءً تحفظياً لمنع فرار المتهم، وعلى الهيئة إبلاغ الجهات الأمنية بذلك؛ كون سفر المتهم يعرقل سير التحقيق ويفلت المجرم من العقاب.

وقد نصت المادة (١٣٦) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد على أنه: «١- وللهيئة أن تمنع أي متهم في جريمة من جرائم الفساد من السفر خارج الجمهورية متى قدرت أن هذا الإجراء التحفظي لازم، وللهيئة أن تعيد النظر في هذا الإجراء في أي وقت وذلك بالتنسيق مع النيابة العامة. ٢- على الهيئة تبليغ قرارها بالمنع إلى الجهات الأمنية المعنية، بالإضافة إلى إبلاغ صورة منه إلى الشخص الذي صدر بحقه القرار وكذا جهة عمله».

(١) أشار إلى هذا الإجراء القانون الأردني بمسمى كف اليد تارة وبالإيقاف عن العمل تارة أخرى، وسماه القانون السوري كف اليد، وسماه المشرع المصري بالوقف الاحتياطي (انتصار عبدالله العراشه: وقف الموظف العام احتياطياً، رسالة ماجستير، جامعة عدن، الجمهورية اليمنية، ٢٠٠٢م، ص ٤٤).

(٢) د/ ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٢٩٨.

(٣) د/ عبدالقادر صابر جراده: موسوعة الإجراءات الجنائية في التشريع الفلسطيني، مكتب آفاق، غزة، ط١، ٢٠٠٩م، ص ٧٥٢.

### ثالثاً: الحجز على ممتلكات المتهم:

يُعد الحجز من الإجراءات التي خولها قانون مكافحة الفساد للهيئة، ويتم وفق ما تقرره محكمة الأموال العامة المتخصصة بقضايا الفساد المتمثلة بالكسب غير المشروع، أو الاستيلاء على المال العام، والإضرار بالمصلحة العامة، ويكون الأمر هنا بالحجز على الممتلكات النقدية والعقارية بغرض منع المتهم أو المتهمين من التصرف بها بغرض التمهيد لمصادرتها لتمكين الدولة من استرداد أموالها، وكذا مصادرة الأموال التي بيد المتهم والمتحصلة من العائدات الإجرامية، حيث نصت المادة (٣٢) من قانون مكافحة الفساد على أنه: «أ- تقوم الهيئة بالتنسيق مع الجهات المختصة بتعقب وضبط وحجز واسترداد ومصادرة الأموال والعائدات المتحصلة من جرائم الفساد وفقاً للأحكام والقواعد والإجراءات المقررة في القوانين النافذة والاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجمهورية وانضمت إليها. ب- لا يتم استرداد ومصادرة العائدات إلا بحكم قضائي بات».

كما نصت المادة (١٣٠) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد على أن: «للهيئة في جرائم الفساد التي ينجم عنها إضرار بمصلحة الدولة أو استيلاء على أموال وممتلكات عامة أو كسب غير مشروع أن تأمر بالحجز على الممتلكات النقدية أو المصرفية أو العقارية للمتهمين في هذا القضايا لمنعهم من التصرف فيها لأغراض التعويض واسترداد العائدات الإجرامية طبقاً لما تقرره المحكمة المختصة».

ويظهر لنا من هذين النصين أن الحجز على ممتلكات المتهم في قضايا الفساد هو إجراء تمهيدي الهدف أو الغرض منه هو استرداد ومصادرة العائدات الإجرامية، لكن لا يتم استرداد ومصادرة العائدات إلا بحكم قضائي كونه عقوبة<sup>(١)</sup>.

(١) وضحت اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد قواعد إجراءات حجز ممتلكات المتهمين في جرائم الفساد واسترداد الأموال محل جرائم الفساد في المواد (١٤٩-١٥٧).  
تقوم الهيئة بالتحري وجمع المعلومات عن الأموال المتأتية من جرائم الفساد وتعقبها.  
تلتزم مختلف الجهات الحكومية وغير الحكومية بتزويد الهيئة بكافة البيانات والمعلومات التي تطلبها.  
يشرع بالحجز أولاً على الأموال النقدية، ثم المنقولات الأخرى، فإذا لم يكن ذلك كافياً يمتد الحجز إلى الأموال الثابتة.  
إذا لم تكف قيمة أموال المتهم الثابتة والمنقولة للهيئة حجز ماله لدى الغير.  
لا يمتد الحجز إلى المسكن الخاص بالمتهم وأفراد عائلته ونفقة المتهم وزوجته وأولاده وكل من تجب عليه نفقته.  
يجب على المكلف بالحجز تحرير محضر بالحجز مشتملاً على البيانات القانونية، ويتم التوقيع عليه.  
إذا وقع الحجز على نقود أو عملة ورقية فيتم بيان أوصافها ومقدارها وتحرير سند استلام رسمي بذلك.  
لا تحول وفاة مرتكب جريمة فساد دون استرداد الأموال.  
تتولى الهيئة متابعة إجراءات استرداد الأموال المتأتية من جرائم الفساد وأمام أجهزة القضاء وسلطات إنفاذ القانون في الخارج.

## الفرع الرابع

### تصرف الهيئة بمحضر التحقيق

التصرف بمحضر التحقيق الابتدائي هو اتخاذ قرار يتضمن تقييماً للمعلومات والأدلة التي أمكن الحصول عليها أثناءه، وبياناً للطريق الذي تسلكه الدعوى بعد ذلك، وهذا الطريق لا يُعد واحداً من أمرين: إما أن تستمر الدعوى في سيرها فتدخل مرحلة ثانية لها، هي مرحلة المحاكمة، وإما أن تتوقف مؤقتاً فتقرر سلطة التحقيق عدم إقامتها لدى القضاء، وأوامر التصرف في التحقيق ذات طبيعة قضائية<sup>(١)</sup>.

وقد بينت اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد في المادة (١٣٨) إجراءات تصرف الهيئة في التحقيق، حيث نصت على أنه: «تنظر الهيئة في ملف التحقيق بعد تمامه وتقرر:

- إحالة أوراق التحقيق إلى النائب العام إذا انتهى التحقيق إلى ترجيح إدانة المتهمين بجريمة من جرائم الفساد.
- حفظ ملف التحقيق إذا تبين عدم كفاية الأدلة لإقامة الدعوى، على أن يكون قرارها في هذا الحالة مسبباً.
- لا يحول قرار الهيئة بحفظ ملف التحقيق من فتحه من جديد إذا ظهرت دلائل قوية تستوجب الاستمرار في عملية التحقيق».

يوضح النص أن التصرف في التحقيق في جرائم الفساد لا يخرج عن أمرين، الأول: إحالة أوراق التحقيق إلى النائب في حالة ثبوت إدانة المتهم بجريمة الفساد، والآخر: أن ينتهي التحقيق بحفظ ملف التحقيق إذا تبين عدم كفاية الأدلة لإقامة الدعوى.

(١) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٦١٤. د/ محمد محمد شجاع، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

## الخاتمة

في نهاية دراستنا توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات، أهمها:

### أولاً: النتائج.

١. نصت المادة (٣٠) من قانون مكافحة الفساد على جرائم الفساد في اثني عشر بنداً، ويلاحظ أن بعض هذه الجرائم لا علاقة لها بجرائم الفساد، كالجرائم المخلة بسير العدالة، وذكر ضمن جرائم الفساد أبواب في قانون الجرائم والعقوبات وأحال إليه كالجرائم الماسة بالوظيفة العامة، والمعروف أن هذا الباب يحتوي على العديد من الجرائم بعضها له علاقة بجرائم الفساد، والبعض الآخر لا علاقة له بجرائم الفساد، وهكذا في العديد من البنود.
٢. خول قانون مكافحة الفساد رئيس الهيئة منح صفة الضبطية القضائية بقرار منه، وهو ما يتعارض مع النظم والقواعد القانونية التي أعطت مكنة إصدار قرار منح صفة الضبط القضائي للنائب العام.
٣. يوجد تعارض في النصوص القانونية في قانون مكافحة الفساد بشأن سلطة التحقيق، هل تنعقد للهيئة من خلال أعضاء النيابة المتدربين فيها، وهو ما أكدته المادة (٧/٨) من القانون، والمواد (١٢٥-١٣٩) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد، أو ينعقد لنيابات الأموال وفق نص المادة (٣٧) من قانون مكافحة الفساد.
٤. قيد قانون الجمارك وقانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار وقانون الضرائب النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية في أي جريمة منصوص عليها في هذه القوانين إلا بطلب من رئيس الجهة (قيد الطلب)، وأغلب الجرائم في هذه الجهات من جرائم الفساد، وهذا من معوقات مكافحة الفساد.
٥. توجد أسباب عديدة لتفشي الفساد في الجمهورية اليمنية، أهمها: عدم تطبيق مبدأ الثواب والعقاب، وعدم تفعيل تقارير أجهزة الرقابة، وضعف الوازع الديني، وتدني رواتب الموظفين وانعدامها في العديد من الجهات، ووجود مفاهيم متسامحة مع الفساد.
٦. أدرج قانون مكافحة الفساد في البند الرابع من المادة (٣٠) جريمة اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات

وقانون العقوبات لم ينص على هذه الجريمة، بل نص على الاختلاس في القطاع العام فقط.

٧. أكد قانون مكافحة الفساد بأن إجراءات التحقيق في جرائم الفساد تتم طبقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون مكافحة الفساد.

٨. توجد معوقات دستورية وقانونية تعيق الهيئة الوطنية في مكافحة الفساد، أبرزها نص المادة (٨٢) من الدستور الذي لم يحدد مدة زمنية معينة يتم خلالها رفع الحصانة عن عضو مجلس النواب في حالة ارتكابه لأي جريمة، ونص المادة (١٢٨) في الدستور التي وضعت إجراءات صعبة في رفع الحصانة عن رئيس الجمهورية ونائبه، وكذلك نص المادة (١/١٣٩) من الدستور التي وضعت إجراءات صعبة أيضاً لرفع الحصانة عن رئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم وبالتبعية قانون اتهام ومحاكمة شاغلي الوظائف العليا.

## ثانياً؛ التوصيات:

- تطوير آليات الفحص والتدقيق وتعزيز التنسيق بين الهيئة والأجهزة العاملة في مجال التحري وجمع الاستدلالات في قضايا الفساد، كمباحث الأموال العامة والجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة؛ بهدف توظيف والاستفادة من إمكانيات وخبرات هذه الأجهزة في مجال مكافحة جرائم الفساد.
- إعداد دليل إجرائي يحدد الإجراءات اللازمة لمتابعة قضايا الفساد ابتداءً من مرحلة الإبلاغ والتسجيل، مروراً بمرحلة التحري وجمع الاستدلالات، ثم مرحلة التحقيق والضبط، وأخيراً مرحلة التقاضي ومتابعة إصدار الأحكام القضائية.
- نوصي المشرع بضرورة تعديل نص المادة (٣٠) من قانون مكافحة الفساد بتحديد جرائم الفساد تحديداً دقيقاً، ينسجم مع مفهوم الفساد، ويحقق الهدف المنشود من قانون مكافحة الفساد، واستبعاد الجرائم التي ليس لها علاقة بالفساد.
- نوصي المشرع بتعديل نص المادة (٦٥) من اللائحة التنفيذية لقانون مكافحة الفساد على النحو الآتي: «ويجوز بقرار من النائب العام بالاتفاق مع رئيس الهيئة تخويل بعض الموظفين صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة للجرائم المتعلقة بعمل الهيئة».

- نوصي المشرع بإزالة التعارض في النصوص القانونية في قانونية مكافحة الفساد بشأن سلطة التحقيق، هل تنعقد للهيئة من خلال أعضاء النيابة المتنديين فيها وفق نص المادة (٧/٨) من القانون أم ينعقد لنيابة الأموال العامة وفق نص المادة (٣٧).
- نوصي المشرع بإلغاء قيد الطلب المنصوص عليه في بعض القوانين كقانون الجمارك وقانون الضرائب وقانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار؛ كونه يقيد النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية في الجرائم الجمركية والضريبية والتجارية إلا بطلب من رئيس الجهة، وهذا يشكل عائقاً تشريعياً في مكافحة الفساد وحصانة للفسادين.
- نوصي بإنشاء محاكم وشُعب استثنائية متخصصة للنظر في قضايا الفساد المحالة من الهيئة.
- وضع إجراءات سلسلة تسهل عملية حجز وضبط الأموال والعائدات المتصلة بجرائم الفساد وتحديد آليات واضحة لاسترداد الأموال المتأتية من جرائم الفساد وعائداتها من خارج البلاد.
- تطوير قدرات منتسبي الهيئة المعنيين بالتحري والاستدلال والتحقيق في قضايا الفساد بعقد دورات وورش قانونية وإدارية ومالية وفنية بصورة تلبى احتياجاتهم التدريبية وتصلق مهاراتهم في مجال مكافحة الفساد.
- نوصي المشرع بتعديل نص المادة (٨٢) من الدستور بتحديد مدة معينة لرفع الحصانة عن عضو مجلس النواب الذي ارتكب جريمة.
- نوصي المشرع بإلغاء نص المادة (١/١٣٩) من الدستور وقانون محاكمة شاغلي الوظائف العليا كونهما يضعان إجراءات صعبة لرفع الحصانة عن الوزراء ونوابهم ورئيس الوزراء ونوابهم وهذا يمثل عائقاً تشريعياً لمكافحة الفساد.
- نوصي المشرع بتعديل نص المادة (١٢٨) من الدستور، وذلك بالاكْتفاء بطلب نصف أعضاء مجلس النواب باتهام رئيس الجمهورية، وتحذف فقرة (ولا يصدر قرار الاتهام إلا بأغلبية ثلثي أعضائه)، وذلك لتقليص إجراءات رفع الحصانة عن رئيس الجمهورية ونائبه عند ارتكابهم لجريمة خرق الدستور أو جرائم الفساد أو جرائم الخيانة.

## قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب اللغة:

- جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري: لسان العرب، لابن منظور: المجلد الخامس، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة.
- المعجم الوسيط، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، ط ٢، ١٩٧٣م.

ثالثاً: المؤلفات العامة:

- د / أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٧، ١٩٩٣م.
- د / إدوارد غالي الذهبي: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م.
- د / آمال عبدالرحيم عثمان: شرح قانون الإجراءات الجنائية، بدون دار وتاريخ.
- د / حسام الدين محمد أحمد: شرح القانون المصري رقم (٨٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن مكافحة غسل الأموال في ضوء الاتجاهات الخدمية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ٢٠٠٣م.
- د / خالد الخطيب: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط ١، ٢٠١٥م.
- د / رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الجبل للطباعة، القاهرة.
- د / سامح السيد جاد: الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ١٩٨٩م.
- د / عبدالقادر صابر جراده: موسوعة الإجراءات الجنائية في التشريع الفلسطيني، مكتب آفاق، غزة، ط ١، ٢٠٠٩م.
- د / عمر السعيد رمضان: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م.

- د/ عوض محمد: قانون الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- د/ فوزية عبدالستار: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م.
- د/ قدرى عبدالفتاح الشهاوي: ضوابط الاستدلالات والتحريات والاستخبارات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
- د/ كامل السعيد: شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، ٢٠٠٥م.
- د/ ماجد راغب الحلو: القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٩٦م.
- د/ مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨م.
- د/ محمد راجح نجاد: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، القسم الثاني، الإجراءات السابقة على المحاكمة، ط١، ٢٠٠٠م.
- د/ محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٢، ١٩٩٠م.
- د/ محمد شتا أبو سعد: الموسوعة الجنائية الحديثة، التعليق على قانون الإجراءات الجنائية، المجلد الأول، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠٠٢م.
- د/ محمد عيد الغريب: النظام العام في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القوانين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- د/ محمد عيد الغريب: شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، ط٢، ١٩٩٧م.
- د/ محمد محمد شجاع: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ط٦، ٢٠٠٥م.
- د/ محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٩٥م.
- د/ مطهر عبده محمد الشميري: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مركز الصادق، صنعاء، ط٢، ٢٠٠٤م.

- د / نديم محمد التريزي، د / منير محمد الجوبي: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مركز الصادق، صنعاء، ط١، ٢٠١٩م.

#### رابعاً: المؤلفات المتخصصة:

- د / أحمد فتحي سرور: الجرائم الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.
- د / أسامة عبدالله قايد: حقوق وضمانات المشتبه في مرحلة الاستدلالات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٩٤م.
- د / أشرف توفيق مصطفى: الاستدلال بين الضبط القضائي والضبط العسكري، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
- د / خالد محمد الحمادي: جريمة غسل الأموال في عصر العولمة، ٢٠٠٦م.
- د / سعد أحمد محمود سلامة: مسرح الجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٧م.
- د / عبدالعال الصليبان: مقدمة في علم المالية العامة في العراق، مطبعة المعارف، بغداد، ط١، ١٩٧٢م
- د / عبدالله القيسي: سلطات مأمور الضبط القضائي في التشريع والقضاء، أوان، صنعاء، ط١، ٢٠٠٤م.
- د / علي خميس حمدان: خفايا الفساد، مركز عبادي للدراسات والنشر، صنعاء، ط١، ٢٠٠٦م.
- د / علي علي المصري: تفعيل القيم كمدخل للوقاية من الفساد الإداري، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط١، ٢٠١٠م.
- د / فرج علواني هليل: التحقيق الجنائي والتصرف فيه، دارالمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩م.
- د / قدرى عبدالفتاح الشهاوي: ضوابط الحبس الاحتياطي - التوقيف، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- د / مجدي حلمي: الفساد - أنواعه وأسبابه وآليات مكافحته، منظمة صحفيات بلا حدود، اليمن، ٢٠٠٨م.
- د / محمد أحمد طه: حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.

- د / محمد سعيد عبدالسلام: دراسة تحليلية متقدمة في علم الضريبة، دار المعارف، القاهرة، ط٢، ١٩٦٨م.
- د / محمد علي العريان: عمليات غسل الأموال وآليات مكافحتها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- د / محمد عيد الغريب: الاختصاص القضائي لمأموري الضبط القضائي في الظروف العادية والاستثنائية، ١٩٩٩م.
- د / محمد منصور الصايدي: الحماية الجنائية لنزاهة الوظيفة العامة في التشريع اليمني-دراسة مقارنة بالتشريعين المصري والفرنسي، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط١، ٢٠١٢م.
- د / محمود نجيب حسني: الاستدلال والتحقيق الابتدائي في قانون الإجراءات الجنائية، ١٩٩١م.
- د / محمود نجيب حسني: الدستور والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.
- د / مصطفى الدغدي: التحريات والإثبات الجنائي، مطابع جامعة المنيا المركزية، مصر، ٢٠٠٢م.
- د / منير محمد الجوبي: الاختصاصات الأصلية والاستثنائية لمأموري الضبط القضائي، المركز العربي للنشر الأكاديمي، صنعاء، ط١، ٢٠١٣م.
- د / منير محمد الجوبي: الجريمة المنظمة في القانون اليمني والاتفاقيات الدولية، مركز الصادق، صنعاء، ط١، ٢٠٢١م.
- د / منير محمد الجوبي: مبادئ البحث والتحقيق الجنائي العملي، بدون دار، ط١، ٢٠٢٠م.
- د / هدى حامد قشقوش: جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م.

#### خامساً: الرسائل العلمية:

- انتصار عبدالله العراشه: وقف الموظف العام احتياطياً، رسالة ماجستير، جامعة عدن، الجمهورية اليمنية، ٢٠٠٢م.
- د / إبراهيم حامد طنطاوي: سلطات مأمور الضبط القضائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٣م.

- د / أشرف رمضان عبد الحميد: مبدأ الفصل بين سلطة الاتهام والتحقيق - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠١م.
- د / آمال عثمان: الخبرة في المسائل الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤م.
- د / برهامي أبو بكر عزمي: الشرعية الإجرائية للأدلة العلمية - دراسة تحليلية لأعمال الخبرة بوزارة الداخلية، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٦م.
- د / جمال جرجس مجلع تواضروس: الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية القضائية، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٥م.
- د / حسن السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣م.
- د / حسن محمد علوب: استعانة المتهم بمحام في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٠م.
- د / رضا عبد الحكيم رضوان: الضبط القضائي بين السلطة والمسؤولية، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، القاهرة، ١٩٩٢م.
- د / طارق محمد الديراوي: ضمانات المتهم وحقوقه في قانون الإجراءات الجنائية - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.
- د / عادل إبراهيم صفا: سلطات مأمور الضبط القضائي بين الفعالية و ضمان الحريات والحقوق الفردية - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠١م.
- د / عادل حامد بشير: ضمانات الاستجواب - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، ٢٠٠١م.
- د / عادل خراشي: ضوابط التحري والاستدلال عن الجرائم - دراسة مقارنة، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٢م.
- د / عبد الإله محمد النوايسة: ضمانات المتهم أثناء التحقيق الابتدائي - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠م.
- د / عبدالرحمن محمد الحضرمي: سلطات مأمور الضبط القضائي في حالة الجريمة المشهودة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ١٩٩٩م.
- د / عبدالكريم المتوكل: طاعة الرؤساء وأثرها في المسؤولية الجنائية - دراسة

- مقارنة بين القانون السوداني واليمني وأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، ٢٠٠٤م.
- د / عبدالله أحمد العززي: التحقيق الابتدائي في الظروف الاستثنائية - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٧م.
  - د / عصام زكريا عبدالعزيز: حقوق الإنسان في الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠١م.
  - د / محمد أحمد محمد المخلافي: سلطات مأمور الضبط القضائي في القبض على الأشخاص - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٧م.
  - د / محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٣م.
  - د / محمد سالم الحلبي: ضمانات الحرية الشخصية أثناء التحري والاستدلال، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٠م.
  - د / محمد عودة الجبور: الاختصاص القضائي لمأمور الضبط، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨١م.
  - د / محمد عيد الغريب: المركز القانوني للنيابة العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٩م.
  - د / مطهر عبده الشميري: الشرعية الإجرائية في القانون اليمني - دراسة مقارنة بين القانون السوداني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة النيلين، السودان، ١٩٩٩م.
  - د / ممدوح السبكي: حدود سلطات مأمور الضبط القضائي في التحقيق، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ١٩٩٨م.
  - د / منير محمد الجوبي: حقوق المتهم أثناء مباشرة مأموري الضبط القضائي من رجال الشرطة إجراءات التحقيق الابتدائي - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٨م.
  - عبدالله علي الشطييري: المركز القانوني للهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد في التشريع اليمني، رسالة ماجستير، الأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، صنعاء، ٢٠١٨م.
  - سادساً: البحوث والدوريات والإصدارات:
  -

- الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد، ٢٠١٠-٢٠١٤م، الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، ط١، يوليو ٢٠١٠م.
- خالد محمد الكحلاني، أحمد بعثر: بحث حول الدراسة التحليلية والتطويرية للإدارة العامة في الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد، مركز تطوير الإدارة العامة، جامعة صنعاء، ٢٠١٤م.
- د / عماد عدس: نطاق الرقابة القضائية للتحريات الجنائية، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد السادس عشر، أكاديمية الشرطة المصرية، القاهرة، يناير ٢٠٠٧م.
- داود خير الله: الفساد كظاهرة عالمية وآليات ضبطها، مجلة المستقبل العربي، العدد (٣٠٩) ١١/٢٠١٤م، مجلة تصدر شهرياً عن مركز دراسات الوحدة العربية.
- مصفوفة المعوقات التشريعية الإدارية للبت في قضايا الفساد، مركز الدراسات والإعلام الاقتصادي، صنعاء، ٢٠١٢م.

#### سابعاً: التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية:

- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ٢٠٠٣م.
- دستور الجمهورية اليمنية الصادر سنة ١٩٩١م والمعدل في ١٩٩٤م و٢٠٠١م.
- قانون إجراءات اتهام ومحكمة شاغلي وظائف السلطة التنفيذية العليا في الدولة رقم (٦) لسنة ١٩٩٥م.
- قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.
- قانون الإقرار بالذمة المالية رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٦م.
- قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م.
- قانون الجمارك رقم (١٤) لسنة ١٩٩٠م.
- قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩٠م.
- قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠١م.
- قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧م.
- قانون تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري رقم (١٩) لسنة ١٩٩٩م.
- قانون ضرائب الدخل رقم (٣١) لسنة ١٩٩١م.
- قانون غسل الأموال ومكافحة الإرهاب رقم (١٧) لسنة ٢٠١٣م.
- قانون مكافحة الفساد رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٦م، ولائحته التنفيذية رقم (١٩) لسنة ٢٠١٠م.



البحوث والأبحاث القضائية والقانونية

# فكرة النظام العام بين النظرية والتطبيق

القاضي. الدكتور/ أحمد ناصر الركن

مجلة  
البحوث والأبحاث  
القضائية والقانونية

## المقدمة

فكرة النظام تسيطر على كافة قواعد القانون بقسميه العام والخاص على حد سواء، وتستمد قوتها من القواعد الأمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فهي تتصل بقيم المجتمع، ومبادئه، وأسسها الاجتماعية، والسياسية، والاقتصادية، والدينية، وتهدف فكرة النظام العام إلى تقييد الحرية العقدية تحقيقاً لمقتضيات قواعد العدالة، وحسن النية التي ينبغي أن تسود في المعاملات.

وفكرة النظام العام تضيق في ظل المذهب الفردي الذي لا يسمح بتعديل مضمون العقد، وتتسع في ظل المذهب الاجتماعي الذي يعنى بمصالح الجماعة وحماية الطرف الضعيف وإقامة التوازن العقدي، بينما الشريعة الإسلامية أخذت موقفاً وسطاً بين المذهب الفردي والمذهب الاجتماعي، فقد منحت للأفراد حرية التعاقد، لكنها في الوقت ذاته وضعت ضوابط لهذه الحرية بما لا يخالف مقاصد واهداف الشريعة.

### أهداف البحث:

- (١) التعريف بمفهوم فكرة النظام العام وأساس تطوره.
- (٢) بيان عناصر فكرة لنظام العام وخصائصه وأنواعه.

### مشكلة البحث

يثير البحث مجموعة من التساؤلات التالية: حول مفهوم فكرة النظام العام ومراحل تطوره وأساسه الفكري والفلسفي؟  
سيتم الإجابة عن هذه التساؤلات على النحو الآتي بيانه:

### منهج البحث وخطته:

سيتم معالجة البحث وتناول مسائله من خلال المنهج التحليلي، والوصفي المقارن وذلك وفق خطة تتكون من مطلبين وخاتمة، المطلب الأول: مفهوم فكرة النظام العام، والمطلب الثاني: أساس تطور فكرة النظام العام، ونختمه بالنتائج وأهم التوصيات.

المطلب الأول: مفهوم فكرة النظام العام.

الفرع الأول: تعريف فكرة النظام العام.

الفرع الثاني: خصائص وعناصر وأنواع فكرة النظام العام.

المطلب الثاني: أساس تطور فكرة النظام العام.

الفرع الأول: تطور فكرة النظام العام.

الفرع الثاني: أسس فكرة النظام العام الفكرية والفلسفية.

## المطلب الأول مفهوم فكرة النظام العام

### تمهيد وتقسيم:

مفهوم النظام العام عبارة عن ترجمة فعلية لمجموع القيم والأصول الدينية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية الكامنة في ضمير الجماعة بحيث يتميز بالعلو والسمو على القواعد العادية؛ كونها توفر حماية فعالة لكل تهديد أيًا كان مصدره.

وترتيباً على ذلك، فإن فكرة النظام العام يسهم في تكوينها كافة شرائح المجتمع، وسنتناول مفهوم النظام في فرعين:

الفرع الأول: التعريف بفكرة النظام العام.

الفرع الثاني: خصائص وعناصر وأنواع فكرة النظام العام.

### الفرع الأول

#### تعريف فكرة النظام العام

تكاد تخلو التشريعات الوضعية من تعريف فكرة النظام العام؛ بسبب مرونة الفكرة ونسبيتها والتغيرات التي تطرأ عليها من زمن لآخر، ومن مكان لآخر، وإزاء هذا الغموض فقد ترك تعريفها للفقهاء، فقد عرفها بعض الفقهاء بأنها: مجموعة الأسس والقواعد التي

يقوم عليها الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي للمجتمع<sup>(١)</sup>.

في حين ذهب البعض الآخر من فقهاء القانون الخاص إلى تعريفها بأنها: «الأساس السياسي والاجتماعي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة»<sup>(٢)</sup>.

وذهب الفقه اليمني إلى تعريفها بأنها: «مجموعة القواعد التي تهدف للحفاظ على الحد الأدنى من الاستقرار السياسي والاجتماعي والاقتصادي والاخلاقي مكفولة بجزء على من يخالفها لضمان العيش الكريم لجميع أفراد المجتمع»<sup>(٣)</sup>.

ونخلص من التعاريف أنها متفقة على أن فكرة النظام العام تنصرف إلى المبادئ والأسس والقيم العليا التي تسود المجتمع في شتى شؤون الحياة الزمانية والمكانية، مع قابليتها للتطوير والتبديل بحسب المتغيرات، فهو إذا من صنع الجماعة نفسها بما ترتضيه لذاتها من مقومات الوجود الإنساني والضمان الاجتماعي وكفالة الأمن والنظام وتنظيم الإنتاج وهذه الأسس نصت عليها الكثير من دساتير الدول، ومنها دستور الجمهورية اليمنية<sup>(٤)</sup> الذي تناول الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الباب الأول، حيث تناول في الفصل الأول منه الأسس السياسية، فقد نصت المادة الثالثة بأن الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات، ونصت المادة الرابعة بأن الشعب مالك السلطة ومصدرها، وأكدت المادة الخامسة بأن النظام السياسي في الجمهورية اليمنية يقوم على التعددية السياسية والحزبية والتداول السلمي للسلطة بواسطة الانتخاب الحر، وتناول الفصل الثاني الأسس الاقتصادية، فقد تناولت المادة السابعة بأن الاقتصاد يقوم على حرية النشاط الاقتصادي بما يحقق مصلحة الفرد والمجتمع... ويحقق العدالة الاجتماعية والتوازن الاقتصادي والتنافس واحترام الملكية الفردية فلا تمس إلا للضرورة ولمصلحة عامة وبتعويض عادل، وتناول الفصل الثالث الأسس الاجتماعية والثقافية، والتي تضمن فيه أن تكفل الدولة تكافؤ الفرص<sup>(٥)</sup>، والتضامن الاجتماعي<sup>(٦)</sup>، وأن الأسرة

(١) د. محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص ١٦.

(٢) نجيب عبدالله نجيب الجبشة: مرجع سابق، ص ١.

(٣) د. هائل حزام العامري: محاضرة ملقاة على طلاب الدكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تعز، ٢٠٢١م.

(٤) دستور الجمهورية اليمنية لعام ١٩٩٠م وتعديلاته عام ١٩٩٤م، وتعديلاته لعام ٢٠٠١م.

(٥) المادة ٢٤ من الدستور.

(٦) المادة ٢٥ من الدستور.

أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن<sup>(١)</sup>، وأن العمل شرف وضرورة لتطوير المجتمعات<sup>(٢)</sup>، كما تناول في الباب الثاني حقوق وواجبات المواطنين الأساسية.

كما لا يفوتنا أن نشير إلى أن فكرة النظام العام متغلغلة في كافة القوانين ومنها القانون المدني<sup>(٣)</sup>، والمرافعات<sup>(٤)</sup>، والضرائب<sup>(٥)</sup>، والإثبات، والعقوبات وقانون العمل.

## الفرع الثاني

### خصائص وعناصر وأنواع فكرة النظام العام

تتميز فكرة النظام العام بمجموعة من الخصائص والعناصر والأنواع سنتناول ذلك في ثلاث فقرات:

#### أولاً: خصائص فكرة النظام العام:

#### ١. فكرة النظام العام مفهوم مرن ومتطور:

فوصف فكرة النظام العام بالمرونة والتطور فهذه الصفة نابعة من طبيعة النظام العام الحيوية التي لا تتفق مع استقرار وثبات النصوص القانونية، لذا ليس بإمكان المشرع أن يحدد لها مضموناً لا يتغير.

وكل ما يستطيع فعله أن يعرفه بحسب مضمونه تاركاً أمر تحديد التصرفات التي تعد مناهضة للنظام العام لكل من الفقه، والقضاء، لأنه من الصعوبة بمكان حصر خصائص النظام العام بشكل محدد؛ لأن هذا التحديد وإن كان صحيحاً بالنسبة لفترة معينة، إلا أنه لا يخضع لتطور مستمر<sup>(٦)</sup>.

لذا يقول الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري: «لا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى، فهو شيء متغير، يضيق ويتسع حسب ما يعد في حضارة معينة

(١) المادة ٢٦ من الدستور.

(٢) المادة ٢٩ من الدستور.

(٣) قانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني اليمني.

(٤) قانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني اليمني.

(٥) قانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٢م بشأن ضرائب الدخل اليمني.

(٦) فيصل نسيغة ورياض دنش: النظام العام، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني دائرة المعارف القضائية والقانونية، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، قسم الحقوق، ص ١٧٠.

مصلحة عامة، ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديداً مطلقاً يتماشى مع كل زمان ومكان، لأن النظام العام شيء نسبي، وكل ما نستطيع هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار المصلحة العامة وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي الى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى»<sup>(١)</sup>.

ووصف البعض النظام العام بأنه: «عبارة عن غلاف فارغ والحديث عنه مجرد كلام مطاط في إشارة إلى الديناميكية والتطور المستمر في مفهوم النظام العام بكل عناصره»<sup>(٢)</sup>.

## ٢. فكرة النظام العام ليست من صنع المشرع وحده:

على الرغم من أن المشرع يقوم بدور هام في التعبير عن النظام العام وتطوره، ورغم ذلك فإنه لا يستطيع فرضه بالقوة على الساحة المجتمعية؛ لأن النظام العام ليس نتاج النصوص القانونية بصفة مطلقة، إنما هو تعبير عن فكرة اجتماعية في لحظة معينة لمدد مباشرة معينة، لذلك كان للأعراف والتقاليد المحلية أهمية كبيرة في تكوين النظام العام.

وترتيباً على ما سبق فإن النظام العام لا يكون قابلاً للاستمرار في مجتمع معين، إلا إذا استمر قبول أفراد له، فهو إذاً يعترض رضا المحكومين له، وتبعاً لذلك إذا كان النظام العام يعبر عن روح النظام القانوني لجماعة معينة، فإنه بالمقابل يعبر عن القواعد الواضحة والمستقرة إلى حد كبير لهذه الجماعة، وليس تعبيراً عن تطورات الجماعة التي لم تضع بعد صياغة واضحة، إذ من الطبيعي أن يعبر النظام العام ليس لفكرة قانونية جامدة، وإنما هو فكرة اجتماعية متطورة كذلك<sup>(٣)</sup>.

ويتبين مما سبق أنه من الخطأ قصر النظام العام على النصوص القانونية المكتوبة وحدها، لأنه لا يوجد في القانون الوضعي وحده، وإنما قد تعبر عنه المبادئ التي يقتضيها المجتمع في لحظة معينة حتى ولو لم تتضمنها النصوص المكتوبة<sup>(٤)</sup>.

(١) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢م، ص ٣٩٩.

(٢) فيصل نسيغة ورياض دنش: مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٣) فيصل نسيغة ورياض دنش: المرجع سابق، ص ١٧٠.

(٤) فيصل نسيغة ورياض دنش: مرجع سابق، ص ١٧٠.

### ٣. فكرة النظام العام تعبر عن الحلول الآمرة في النظام القانوني؛

النظام العام مجموعة من القواعد والنظم التي لها من الأهمية الاجتماعية ما لا يمكن تجنب تطبيقها لأنها تهدف إلى المحافظة على المبادئ والقيم الاجتماعية وتعد انعكاساً للجو القانوني للدولة التي تقوم على أساس نظم وقواعد معينة متصلة في سلوك الأفراد بحيث أن أي مساس بها يمكن أن يشكل إخلالاً بالنظام العام.

وأن ما يضيفي على فكرة النظام العام صفتها الآمرة، هو أنها تضع حلولاً للمنازعات في اتجاه الحفاظ على كيان المجتمع عن طريق التوقيت بين ممارسة الحريات، وضرورة الحياة الاجتماعية، وبذلك تستخدم فكرة النظام العام لحسم المنازعات على أساس وجود نظام ذي أولوية اجتماعية في حين يواجه القاضي بقاعدة من قواعد النظام العام فليس أمامه من خيار سوى النزول عند حكمها<sup>(١)</sup>.

### ٤. فكرة النظام العام تنتمي إلى التفسير القضائي؛

ويقصد بذلك أن فكرة النظام العام تنتمي إلى نطاق التفسير القضائي على اعتبار أن القاضي عضو في جماعة معينة ويتوافر لديه الإدراك بالخصائص السياسية لفكرة القانون وهو يعي بالضمير الكامن للقانون في بلده، وأن الأمر يتعلق بفكرة اجتماعية يجب أن يحميها، فهو يكاد يكون مشرعاً في هذا المجال المرن والمتعلق بأداب ونظم مجتمعه الأساسية ومصالحته العامة، وله وحده السلطة التقديرية عند نظر المنازعة المعروضة أمامه حق تحديد مضمون النظام العام؛ باعتبار أنه غير محدد سلفاً، غير أنه لا يضع معايير جامدة تقيده فيما يعرض عليه مستقبلاً وإنما بحسب الظروف المحيطة به<sup>(٢)</sup>.

ومن المعلوم والمستقر عليه فقهاً وقضاءً أن المشرع ليس وحده من يحدد ما يعتبر من النظام العام، بل أصبح القاضي يتدخل في تحديد دائرة النظام العام عند عدم وجود نص تشريعي، أو عند وجود نص دون تحديد مدى تعلقه بالنظام العام وله سلطة تقديرية في البت بذلك تحت رقابة قانونية من المحكمة العليا<sup>(٣)</sup>.

(١) د.عليان بوزيان: أثر حفظ النظام العام على ممارسات الحريات العامة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري)، رسالة دكتوراه، جامعة وهران كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، ٢٠٠٦، ص ٧٢.

(٢) فيصل نسيغة، ورياض دنش: مرجع سابق، ص ١٧١. أيضاً د. عليان بوزيان: مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣) د. عليان عدة: المرجع السابق، ص ٦٧.

## ٥. فكرة النظام العام نسبية:

وتعني النسبية أن تحديدها ليس على أساس دائم، بل يتغير بتغير الزمان والمكان، بل قد يختلف من مكان لآخر في نفس الزمن في إطار الدولة الواحدة، كل هذه العوامل تجعل منه في تطور دائم كونها انعكاساً لحقيقة متحركة تتأثر حتماً بالمكان والزمان، والعدد.

فالمكان الذي تمارس فيه الحرية له دخل كبير في تحديد مجالها ومداهما ففي الشارع مثلاً: على الرغم من أنه مخصص بطبيعته للمرور والمواصلات بحيث يحتاج إلى تنظيم حركة المرور، أضف إلى أن الشارع منطقة حساسة أيضاً لأنه مكان عام يستطيع الرأي العام التعبير عن حرياته من خلاله، وبالتالي يمكن للتجمعات أن تثير الفوضى من خلال التخريب والإتلاف، أو تصادم بمظاهرات أخرى مضادة.

وخير مثال لذلك ما حصل في خضم الثورات المندلعة في الوطن العربي عام ٢٠١١م المناوئة للأنظمة حينها كما في جمعة الكرامة في صنعاء وساحة الحرية بتعز والاعتداء على المعتصمين فيما يعرف بواقعة الجمل في مصر ورابعة العدوية وغيرها من خروج مسيرات أخرى مناهضة للمعتصمين نتج عنه إتلاف في الممتلكات والأرواح؛ كون الفكرة تعارض الفكرة، ويعارض العدد العدد وأخيراً تواجه القوة بالقوة.

وكما أن للعدد أثره الحاسم في طريقة ممارسة الحرية ومداهما وقد قال (بارتملي): «يستطيع الفرد أن يروح وأن يجيء ويستطيع اثنان أن يتنزها لكنهم إذا ما بلغوا في عددهم الألف مثلاً، فإن النظام العام يعد عرضه للإخلال به.

وبهذا وإن كانت التقاليد السياسية تعترف بحق الفرد في أن يعبر عن رأيه، إلا أن التعبير الجماعي عن الرأي يثير على الفور مسألة كفالة أن كل رأي يتساوى مع الآخر في مكان التعبير، ولذلك تكون سلطة حق النظام العام بالنسبة للمرور الجماعي أوسع مدى منها في حالة المرور الفردي.

ويتدخل الزمن في النظام العام: من حيث تحديد المجال المسموح به للتعبير عن الحرية بحيث يختلف الصباح، عن المساء، وفي الظروف الاستثنائية، عنه في الأيام العادية، وتستثنى أوقات معينة من التعبير فيها عن الحريات حتى في النظم الديمقراطية متى ما رأت السلطة أن الوقت يعد إخلالاً بالنظام العام وتتذرع الأنظمة الاستبدادية بالنظام العام لقمع الحريات على نحو تكاد تتطابق فيه سلطة الحاكم الديمقراطي مع الدكتاتوريات وتفرض السلطة حالة الطوارئ لتحافظ على النظام العام<sup>(١)</sup>.

(١) د. عليان عدة، مرجع سابق، ص ٧٤.

وبالتالي فما يعتبر من النظام العام في دولة ما لا يعد كذلك في دولة أخرى، وعلى سبيل المثال: تعدد الزوجات كان يعد مخالفاً لنظام العام في اليمن - في الشطر الجنوبي - قبل الوحدة، وأصبح غير ذلك بعد تحقيق الوحدة، أضف إلى أن ما يعد مخالفاً للنظام العام في وقت معين، قد لا يعد كذلك في وقت آخر ومثاله: كان التطبيق محظوراً في بعض الدول الأوروبية وصار غير ذلك في الوقت الحاضر<sup>(١)</sup>.

## ثانياً: عناصر فكرة النظام العام:

١. الأمن العام: هو من أهم العناصر الأساسية التي تسهم في تحقيق النظام العام للدولة والحرص على تطبيق القانون فيها، وتوفير الحماية للإفراد المجتمع، ومعاينة الأشخاص الذين يمارسون أية تصرفات تؤدي إلى الإخلال بالأمن العام الداخلي للمواطنين أو التسبب بأذى لغيرهم<sup>(٢)</sup> ويقصد به كل ما يطمئن به الإنسان على نفسه وماله من خلال التدابير التي تعيق تكدير الأمن في المجتمع ومنع وقوع الجريمة والحوادث التي من شأنها إلحاق الأضرار بالأشخاص، والأموال، فما تقوم به شرطة السير من نشر أفرادها لتنظيم حركة المرور يعد من قبيل صميم الأمن للمجتمع واشتراط جهة الإدارة في تحديد مكان تجمع المظاهرات وموعد التجمهر وخط السير فليس سوى من قبيل حفظ الأمن العام للمجتمع، وتطبيقاً لذلك نصت المادة (٥/أ) من قانون المظاهرات<sup>(٣)</sup> بأنه «لاعتبارات أمنية بحتة وللضرورة يجوز للجهة المختصة بالتنسيق مع الجهة الداعية تعديل موعد بدء المظاهرات، أو المسيرة، أو نقطة تجمعها، وانطلاقها وخط سيرها وانتهائها...».

٢. السكينة العامة: ويقصد بها منع مظاهر الإزعاج والمضايقات التي تتجاوز المضايقات العادية للحياة الاجتماعية وهي من أبسط حقوق الفرد على الدولة وهو حق للمجتمع أن يعيش في هدوء في ظل بيئة هادئة وراحة نفسية بعيدة عن أي نوع من أنواع الإزعاج وتطبيقاً لذلك استخدام مكبرات الصوت في الأعراس والمناسبات

(١) د. عبدالله بن سهل بن ماضي العتيبي: النظام العام للدولة المسلمة، رسالة دكتوراه، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، ص ٢٤٠، وكذلك خسيون السويدي: دور النظام العام في إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي، ٢٠١٨م، الجامعة الإسلامية، لبنان، ص ٤١.

(٢) د. هائل حزام: محاضرة ملقاة على طلاب الدكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تعز، السبت بتاريخ ٢٠٢١/١/٢م.

(٣) قانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٢م بشأن تنظيم المظاهرات والمسيرات اليمني.

في أوقات متأخرة من الليل يعد من قبيل إزعاج السكينة العامة، كذلك إطلاق الأعيمة النارية والمفرقات الصوتية في الأعراس بالمدن يعد من قبيل إقلاق السكينة العامة للمجتمع.

٣. **الصحة العامة:** هي أن تقوم الدولة بتوفير جميع وسائل الرعاية الصحية والطبية للأفراد وإيصال الخدمات الصحية ويتوجب على الدولة إنشاء المستشفيات العامة والمركز الصحية والعيادات الطبية في جميع الأماكن، سواء كان في المدن أو الأرياف يعد من قبيل الأسس العامة الملقاة على عاتقها كذلك العمل على الحد من تفشي الأوبئة ومعالجة الإصابات وتقديم كافة وسائل الرعاية لهم وتوفير الغذاء والكساء والدواء والمياه النقية كله من قبيل الصحة العامة، كذلك القيام بالتطعيم الإجباري للأطفال من الأمراض المعدية... وفرض توافر الشروط الصحية اللازمة للمنشآت العامة والخاصة وتوفير الإسعافات الأولية اللازمة يعد من قبيل الصحة العامة.

٤. **إدارة الفضاء الخارجي:** وهو عنصر حديث النشأة والسبق في ابتكاره لفرنسا ويختص بإدارة وتحسين الأحداث السياسية<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: أنواع فكرة النظام العام؛

١. **النظام العام النصي:** ويتجسد بالنصوص القانونية الإلزامية، وهو محدد بنصوص قانونية أمرة وملزمة بصيغة المنع بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها وكل اتفاق على مخالفتها يرتب البطلان.

٢. **النظام العام المضمّر (الاجتهادي):** وملامسة هذا النوع من النظام العام يستوحى من روح التشريع، وفي المبادئ العامة ويعد الاجتهاد القضائي حامياً للنظام، ومفسراً له إذا ظهر ما يخالفه وتثور الصعوبات في الحالات التي يسكت فيها المشرع عن مخالفة النظام العام، ففي مثل هذه الحالة يترك الأمر لاجتهاد القضاء؛ ليحدد في كل حالة مدى تعلق الأمر بالنظام العام وضابط تحديد هذا النوع هو ضابط (المصلحة العامة).

٣. **النظام العام السياسي:** وهو ما يعرف بالنظام العام التقليدي، أو المطلق، والذي يرمي

(١) د. هائل حزام: محاضرة لملقاة على طلاب الدكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تعز، السبت بتاريخ ٢٠٢٠/١/٢م.

إلى حماية أركان الدولة، كما يحمي الأسرة، والمجتمع، والحرية الفردية من انتهاكات الأفراد في تصرفاتهم، وغالباً ما يميزه عن غيره هو حمايته بنصوص جزائية رادعة.

٤. **النظام العام الاقتصادي:** هذا النظام يفرض قيوداً معينة على الحرية التعاقدية، ويستبعد من العقود الخاصة ما يعارض التوجه العام الاقتصادي، ويأخذ هذا النوع من النظام مظهرين من مظاهر التدخل وهما:

(أ) **النظام العام الحمائي:** والذي يهدف إلى حماية فئة معينة من فئات المجتمع لاعتبارات إنسانية خاصة وإسباغ الحماية القانونية لها؛ كونها في وضع اقتصادي ضعيف، فالحرية الفردية يمكن اعتبارها مصلحة خاصة، ولكن مصلحة الجماعة تتمثل في أن يكون الأفراد أحراراً، ولا يكون الأفراد أحراراً ولا ضمان لهذه الحرية إلا بتقييدها باسم النظام العام وتقرر البطلان لمصلحة الطرف الضعيف في عقد العمل الذي يلتزم فيه العامل بالعمل طوال حياته وتكون الحماية بتقرير البطلان النسبي.

(ب) **النظام العام التوجيهي (الوقائي):** ويقصد به مختلف الأحكام القانونية التي تمكن الدولة من توجيه الروابط العقدية نحو تحقيق المنفعة الاجتماعية المرجوة، وممارسة المنافسة أكثر من وجودها، والمشرع قد أصدر العديد من القوانين، كقوانين النقد، والائتمان، والجمارك، والبنوك، ومنح للإدارة الحق في التدخل وإصدار العديد من اللوائح والقرارات التوجيهية، لحماية المصلحة الاجتماعية والأخلاقية والاقتصادية في المجتمع ورتب على مخالفتها جزء البطلان المطلق<sup>(١)</sup>.

(١) د/ هائل حزام، فكرة النظام العام وأثره على القواعد القانونية في رحاب القانون الخاص، ص ١٤، ١٥.

## المطلب الثاني

### أسس تطور فكرة النظام العام

إن فكرة النظام العام ترتبط نشأة وتطوراً بظهور فكرة الدولة التي ينقسم فيها الأفراد إلى حكام ومحكومين، وبالتالي يحتم الأمر على الدولة وضع منظومة قانونية تنظم الحقوق والواجبات وتقترن بجزء على من يخالفها بواسطة قواعد أمره لكي يتسنى للدولة ضبط الأمن وتحافظ على السكينة العامة في المجتمع.

وفكرة النظام العام ينازعها مذهبان: المذهب الفردي، والمذهب الاجتماعي المذهب الأول الذي يطلق ويقدم حرية الأفراد، والمذهب الثاني الذي يحمي مصالح الجماعة وهذا التناقض يفرض على المشرع أن يعمل على إيجاد نوع من التوازن بين متطلبات الحرية الفردية وبين متطلبات النظام العام والعدالة الاجتماعية، وقد عمل التشريع على تحقيق التوازن بين المصلحتين حيث واءم بين حرية الفرد، وحقوق الجماعة كمذهب وسطي.

وستتناول تلك الموضوعات في فرعين:

الفرع الأول: تطور فكرة النظام العام.

الفرع الثاني: أسس فكرة النظام العام الفكري والفلسفي.

### الفرع الأول

#### تطور فكرة النظام العام

تراوحت فكرة النظام العام بين المذهب الفردي الذي يغلب مصلحة الفرد، وبين المذهب الاجتماعي الذي يقيد من مبدأ الحرية لمصلحة الجماعة فيما جمعت الشريعة الإسلامية بين المذهبين وتتناول ذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي (الحرية المطلقة):

بدأ ظهور هذا المذهب في مطلع القرن التاسع عشر، ومن أوائل من درج على استعماله هو القانون المدني الفرنسي عام ١٨٠٤م، بحيث صيغ بناؤه القانوني على أصل فردي<sup>(١)</sup>.

(١) د. عليان عدة: فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، ٢٠١٦، ص ٢١.

ومفاد هذا المذهب أن الفرد هو القيمة العليا، وأن حرّيته هي موضوع القانون، وحقوقه هي لبناته وليس ثمة مقدس في هذه المنظومة سوى إطلاق الملكية الفردية، وحرية التصرف، والتعاقد<sup>(١)</sup>.

وإن مهمة القانون الأساسية ليست سوى ضمان الحفاظ على الإرادة الحرة للإنسان، بحيث يصبح العقد هو القاعدة الوحيدة المقبولة، وكل ما ينبثق عن العقد هو عادل وصحيح<sup>(٢)</sup>.

وترتيباً على ما سبق بيانه وفقاً للمذهب الفردي فإنه يتحتم على الدولة حماية حرية الفرد في التعاقد، على اعتبار أن الصالح العام ليس إلا مجموع المصالح الفردية، وأن الصالح العام يتحقق تلقائياً بمجرد رعاية المصالح الفردية، وأن المجتمع لم يتطور إلا نتيجة للانتقال من الوضع التشريعي إلى الوضع التعاقدية<sup>(٣)</sup>.

### تقييم المذهب الفردي:

١. يتبين مما سبق ذكره أن هذا المذهب صيغ على أساس فلسفي في تلك الحقبة على نحو متضامر مع أسس، وقيم المنظومة الفلسفية للفكر الفردي الحر باعتبار النظام العام والحرية وجهان لعملة واحدة على اعتبار أن فكرة النظام العام ليست سوى تنظيم لحركة الإيرادات الفردية داخل الجماعة وتنظيم ممارستها الحقوقية.
٢. تدخل الدولة فيه وفقاً لهذا الاتجاه كان في إطار ضيق ومحدود بما يعزز من حرية الأفراد ويحقق رغباتهم ليس إلا، وأن حرية التعاقد هي السمة الظاهرة ولا معقب عليها.
٣. أدى تطبيق هذا المذهب إلى اختلال التوازن العقدي وترتب عليه عدم التوزيع الأمثل للثروة، ما أختل مبدأ المساواة الاقتصادية بين الأفراد بسبب غياب الدور التنظيمي والرقابي للدولة الذي أدى إلى تحكّم أصحاب رؤوس الأموال على الطبقات الفقيرة، وتم استغلال الطبقات العاملة بناء على شروط مجحفة، وكان قبول الطبقة العاملة بهذه الشروط بدافع العوز والحاجة وليس بدافع الرغبة ومن ثم غاب مبدأ العدالة الاجتماعية واختل توازنه.

(١) د. عليان عدة: المرجع السابق.

(٢) د. هائل حزام العامري: فكرة النظام العام وأثره على القواعد القانونية في رحاب القانون الخاص، مجموع مسابقات ألقىت على طلاب الدكتوراه، قسم القانون الخاص، ٢٠٢١م.

(٣) د. عليان عدة: مرجع السابق، ص ٢٢.

٤. عدم التكافؤ بين العمل والعامل خلق صراعاً صدامياً نتيجة تعارض وتضارب الإيرادات، هذه العوامل أدت إلى تفشي البطالة وانتشار ظاهرة الجريمة وتسبب في زعزعة الأمن والاستقرار في المجتمع.
٥. إزاء ما تقدم واستجابة لمتطلبات الواقع بدأ المذهب الاجتماعي في الظهور كحل أمثل لخلق التوازن في المجتمع كبديل أفضل عن المذهب الفردي.

### ثانياً: فكرة النظام العام في ظل المذهب الاجتماعي:

كما أسلفنا البيان أن من أسباب عوامل ظهور المذهب الاجتماعي هو انتشار البطالة، واستغلال اليد العاملة من قبل الطبقة البرجوازية، واختلال التوازن العقدي بين الأفراد، وغياب الدور الرقابي والتنظيمي للدولة على العقود، فقد ظهر هذا الفكر بنزعته الاجتماعية الذي ينادي بضرورة تدخل الدولة لضبط حركة الإيرادات تحقيقاً للمساواة وضمان الحد الأدنى من المستوى المعيشي، وتغليب مصلحة الجماعة على المصلحة الفردية، مما يعني تدخل الدولة في الأنشطة الفردية، والاجتماعية، وتبني أفكار جديدة تحول دون استغلال الأطراف البرجوازية للأطراف الأخرى<sup>(١)</sup>.

### تقييم المذهب الاجتماعي:

١. يتبين مما سبق ذكره أن هذا المذهب صيغ على أساس اقتصادي محض.
٢. أصبحت الحرية الفردية بناء على تطبيق المذهب محدودة التطبيق لتغليب مصلحة الجماعة على المصلحة الفردية.
٣. ظهور الدور التنظيمي والرقابي للدولة في المجال الاقتصادي، وتمت إعادة التوازن العقدي، وظهر التوزيع الأمثل للثروة على أساس مبدأ المساواة الاقتصادي بين الأفراد.
٤. عمل على الحد من استغلال الطبقات العاملة، وبدأ تحقيق مبدأ العدالة الاجتماعية.

### ثالثاً: فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية:

أما فكرة النظام العام في فقه الشريعة الإسلامية فقد كانت مستمدة من مفهوم العدل في الإسلام، ومضمون المصلحة المعتبرة شرعاً.

(١) عليان عدة: مرجع سابق، ص ٢٣.

والعدل في العلاقة التعاقدية هو أن يكون هناك توازن في مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة بحيث لا تطغى إحداها على الأخرى، ومن أجل هذه الغاية فقد شرع من القواعد العامة ما يكفل هذا التنسيق على مقتضى من العدل والإنصاف مثل قاعدة: «الضرر يزال»، «يختار أهون الشرين»، «درء المفسد أولى من جلب المصالح»، «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»، «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»، «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما» وغيرها من القواعد الفقهية التي تعالج مسار الحياة اليومية، وتخلق التوازن بين المصالح، العامة، والخاصة.

والمصلحة المعتبرة في الإسلام هي «تلك التي تهدف إلى المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة أشياء، حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، فكل ما يتضمن هذه الأصول فهي مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة»<sup>(١)</sup>.

### مقارنة بين المذاهب سابقة البيان وفقه الشريعة الإسلامية:

- بما أن القانون يرتبط وجوداً وعدمًا بالغاية التي وضع من أجلها فإنه يتبين الآتي:
١. في المذهب الفردي عمل على تحقيق حرية الفرد وجعل منها غاية، أما في المذهب الاجتماعي، فإن مصلحة الجماعة أولى بالحماية من مصلحة الفرد وهي غاية المشرع ومقصده الأسمى.
  ٢. أما فقه الشريعة الإسلامية فقد عمل على تحقيق التوازن بين المصلحتين دون أن تطغى إحداها على الأخرى.

## الفرع الثاني

### أسس فكرة النظام العام الفكرية والفلسفية

تقوم فكرة النظام العام على مجموعه من المبادئ والأسس التي ترتبط بمعتقدات الجماعة، وموروثها الحضاري بحيث تصاغ على شكل قانوني ملزم وتعلو على غيرها من القواعد الأخرى.

(١) عبدالله بن سهل العتيبي: النظام العام في الدولة المسلمة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٤٦ وما بعدها.

## أولاً: الأساس الفكري لمفهوم النظام العام:

### ١. فكرة النظام العام يعد تعبيراً صادقاً عن معتقدات الجماعة:

يعد القانون تجسيداً لفلسفة المجتمع السائدة، ونبعاً من التصورات الجماعية بحيث تنعكس في شكل قواعد قانونية محددة، باعتباره مدلولاً عاماً للنظام الاجتماعي، وإذا ما أخذت الدولة هذه المفاهيم الفلسفية، فإن قواعد القانون لا يمكن أن تسود ولا يكتب لها الدوام لخلوها من التصورات والروابط الاجتماعية السائدة، ومن ثم فالقواعد القانونية التي يراد استمراريتها لا بد أن تحمل في ثناياها غايات تسعى إلى تحقيقها نابعة من التصورات الجماعية كي تحظى بالقبول الجماعي والشعور بالزاميتها على اعتبار أن هذه الغايات والأهداف، والقيم هي التي تصبو إليها الجماعة التي تتمثل في تنظيم اجتماعي متوازن، كون المجتمع يحكم على القانون المطبق فيه من خلال هذه القيم التي يؤمن بها.

### ٢. علاقة النظام العام بالمبادئ العامة للنظام الاجتماعي:

المبادئ العامة للنظام الاجتماعي هي «تلك القواعد الأصولية التي تستند إليها الدولة في قيادة وتوجيه النشاط الاقتصادي والفكري اجتماعياً»، أو هي «تلك المبادئ التي يقوم عليها تنظيم الروابط الإنسانية<sup>(١)</sup> تنظيماً يحقق المصالح المشتركة الاجتماعية»<sup>(٢)</sup>.

وترتيباً على ما تقدم كل ما نستطيع قوله أن القواعد القانونية يجب أن تسن وتوضع على هدى من المبادئ العامة للنظام الاجتماعي، بحيث تكون تلك النصوص القانونية معبرة عن الأساس الذي بنيت عليه.

فعلى سبيل المثال عندما ينص المشرع على أنه يتوجب على المشتري أن يكون حريصاً عند شرائه للسلعة، فإنه يفهم من ذلك أن المبادئ العامة التي انطلق منها المشرع وبنى نظامه القانوني على أساسها هي مبادئ النظام الرأسمالي.

وعليه نخلص مما سبق إلى أن المجتمع المتماusk لا بد أن تلتقي فلسفته وما يعتنقه من مبادئ عامة مع التنظيم القانوني الذي يقيمه أو يرسيه بواسطة المشرع الذي يجب أن

(١) عبدالله محمد محمود: المدخل إلى علم القانون أو النظرية العامة للقانون، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٧م، ص ٢٠.

(٢) نجيب عبد الله الجبشه: مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، ٢٠١٧م، ص ١٤.

يضع قانوناً يحمي النظام الاجتماعي بكافة جوانبه.

### ٣. فكرة النظام العام ومشروعية القواعد القانونية:

فكرة النظام العام كما سلف القول تمثل التعبير الحقيقي عن المجتمع، باعتبارها الخطة الشاملة لتنظيم المجتمع، وهي لا تقتصر على مجال واحد من مجالات التنظيم القانوني، وإنما تشمل كافة جوانب الحياة<sup>(١)</sup>.

فالقانون عندما يضع آليات لم يقصد من ذلك سوى حماية استقرار الجماعة، باعتبار أن النظام العام له طبيعة حيوية كي يؤدي وظيفته باعتباره أداة لتحقيق التطور الاجتماعي، فالنصوص التي تسنها الدولة ولم تحدد لها مضموناً متناغماً مع الأسس التي رست عليها الجماعة فهي تلك التي لا يكتب لها النجاح ولن تلقى القبول.

وبناء على ما تقدم يمكننا أن نخلص إلى نتيجة مفادها أن القواعد القانونية الوضعية ينبغي أن تكون في حالة تطور وتعديل وتبديل مستمر بحسب الزمان والمكان لكي تنسجم مع المتغيرات الواقعية.

### ثانياً: الأساس الفلسفي لفكرة النظام العام:

يقتضي أن يكون لكل جماعة من الجماعات البشرية نظام اجتماعي يحكم بمبادئه علاقات الأفراد المكونين لها، ويبين حقوقهم وواجباتهم وهي ضرورة حتمية لكل جماعة من الجماعات الإنسانية، وهو بهذا يختلف باختلاف تصور كل جماعة عن شكل النظام الاجتماعي الذي ترغب فيه.

فالنظام الاجتماعي الذي يحكم الجماعات الإسلامية يختلف عن النظام الاجتماعي الذي يحكم الجماعات الرأسمالية، والمجتمعات التي يحكمها النظام الاشتراكي تختلف عن المجتمعات الرأسمالية والإسلامية، وأي إخلال بهذا النظام يعرض المجتمع للانحيار ويمسه في أصل وجوده، لذلك يتوجب حماية النظام الاجتماعي من أشكال العدوان الموجه إليه، فحماية النظام الاجتماعي لحماية للجماعة وحماية بقاء مصالحها<sup>(٢)</sup>.

حيث أن الغاية العليا للقانون هي الوصول إلى نظام اجتماعي يتحقق من خلاله

(١) السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

(٢) عبد القادر عوده: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الأول، مكتبة دار التراث، ص ٦١٧.

الصالح المشترك للجماعة ضمن إطار العدل والعدالة، وأن أساس خضوع الأفراد للقانون يتمثل في الهدف الذي يسعى إليه على اعتبار أن القانون الذي يصاغ على غير هدف فهو والعدم سواء، كونه يفقد مبررات وجوده، فقناعة الأفراد وشعورهم بأن القانون يسعى إلى تحقيق صالحهم المشترك هو الذي يفرض عليهم الاستجابة لهذا القانون وخضوعهم واحترامهم له.

وخلاصة القول أن النظام العام يعبر عن الخطة السياسية التي تضعها الدولة بهدف تحقيق نظام اجتماعي مترابط، وتنظم الروابط القانونية بين أفراد المجتمع، وأن النظام العام يتلون بحسب لون هذه الخطة السياسية التي يقيم المشرع نظامه القانوني لحمايتها، فإذا أخذت لون النظام الفردي، كان النظام العام فردياً، وإن أخذت اللون الاجتماعي، أخذ النظام العام اللون الاجتماعي، وبالتالي فإن وظيفة القانون هي حماية الخطة التي تهدف إلى تحقيق نظام اجتماعي معين، من خلال توجيه النشاط الاجتماعي داخل المجتمع بوضع القيود عليه.

وعليه يتبين أن العلاقة بين القانون والنظام العام وبين الحرية هي علاقة نقيض وعداء، بحيث لا يلتقيان، فوجود النظام العام يلغي الحرية تلقائياً، أو على أقل تقدير يحد منها، والعكس كذلك فوجود الحرية على إطلاقه يعصف بالنظام العام، أو على الأقل يحد من تطبيق أعمال النظام العام.

## الخاتمة

خلصت جهود البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نورد أهمها فيما يلي:

### أولاً: النتائج:

١. صعوبة حصر تعريف فكرة النظام العام في قالب قانوني نظراً لتغيرها بين الحين والآخر.
٢. فكرة النظام العام تعبر عن الأسس العامة للسياسة التي ترسمها الدولة وبنائها القانوني.
٣. النظام العام مظلة تستظل بها جميع التصرفات التي تسلكها الدولة.
٤. فكرة النظام العام متغلغلة في جميع ثنايا النظرية العامة للقانون بقسميه الخاص والعام.
٥. تضيق فكرة النظام العام في المذهب الفردي كونها تقدر الحرية وتجعل منه غاية

- وتتسع في ظل المذهب الاجتماعي لتغليب مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد وتوازن المصلحتين الفردية والجماعية وفقاً للفقهاء الشريعة الإسلامية.
٦. فكرة النظام العام تتسم بالمرونة والنسبية والتغيير من وقت لآخر ومن زمن لآخر
٧. فكرة النظام العام يشارك في صنعها كافة الشرائح المجتمعية وبالتالي ليست من صنع المشرع وحده وتخضع للتفسير القضائي.

### ثانياً: التوصيات

١. إبراز فكرة النظام العام والتأكيد عليها وإفرادها بنصوص خاصة تعين القضاء في مناصرة الطرف الضعيف وإقامة التوازن العقدي حال اختلاله بسبب الظروف الاقتصادية والاجتماعية إلى اختلال التوازن العقدي.
٢. إدراج فكرة النظام العام في النصوص القانونية التي تتناول فكرة التعسف في استعمال الحق وعلى وجه الخصوص نص المادة (١٧) من القانوني المدني اليمني والتنظيم القانوني لعقود الإذعان، والعقود النموذجية، ونظرية الظروف الطارئة والنصوص القانونية التي تعنى بحماية المستهلك وحماية الطرف الضعيف وعديم الخبرة والدراية، وناقص الأهلية وعديمها، والتنظيم القانوني لحق الملكية، والقواعد الإجرائية في قانون الأسرة والتحكيم.

## قائمة المراجع

١. خسيون السويدي: دور النظام العام في إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي، ٢٠١٨م، الجامعة الإسلامية، لبنان.
٢. د. عليان بوزيان: أثر حفظ النظام العام على ممارسات الحريات العامة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري)، رسالة دكتوراه، جامعة وهران كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، ٢٠٠٦م.
٣. د. عليان عدة: فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقائد- تلمسان، الجزائر، ٢٠١٦م.
٤. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢م.

٥. عبد القادر عوده: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الجزء الأول، مكتبة دار التراث، ص ٦١٧.
٦. عبدالله بن سهل العتيبي: النظام العام في الدولة المسلمة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م.
٧. عبدالله محمد محمود: المدخل إلى علم القانون أو النظرية العامة للقانون، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٧م.
٨. فيصل نسيغة ورياض دنش: النظام العام، بحث منشور، مجلة المنتدى القانوني دائرة المعارف القضائية والقانونية، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، قسم الحقوق.
٩. نجيب عبدالله نجيب الجبشة: مفهوم فكرة النظام العام وتطبيقاتها في التشريع الفلسطيني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين، ٢٠١٧م.

#### ثانياً: القوانين:

- دستور الجمهورية اليمنية لعام ١٩٩٠م وتعديلاته عام ١٩٩٤م، وتعديلاته لعام ٢٠٠١م.
- قانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني اليمني.
- قانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني اليمني.
- قانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٢م بشأن ضرائب الدخل اليمني.
- قانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٢م بشأن تنظيم المظاهرات والمسيرات اليمني.



مجلة  
البحوث والبحوث  
القانونية والقانونية

# تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي

الدكتور/ عبدالوهاب محمد عبدالوهاب السادة  
عضو هيئة التدريس المساعد كلية الحقوق بجامعة تعز  
قسم القانون الدولي الخاص

مجلة  
البحوث والبحوث  
القانونية والقانونية

## ملخص البحث

يعرف الحكم القضائي الأجنبي بأنه «حكم قضائي يصدر من محكمة أجنبية، في مسائل القانون الخاص، وتنفيذ الحكم الأجنبي يوازن بين اعتبارين الأول مبدأ السيادة حيث إن اللجوء للقوة المادية لا يكون إلا تنفيذاً لحكم قضائي وطني، والثاني مراعاة مصالح الأفراد في تنفيذ الحكم الأجنبي، وأهم إشكاليات البحث ما شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي؟ وما إجراءاته؟ وانتظمت خطة البحث في مطلبين، المطلب الأول: شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي، والمطلب الثاني: إجراءات تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي ويشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي عدة شروط وللقاضي أن يأمر بالتنفيذ إن توافرت الشروط، ويذيل الحكم بالصيغة التنفيذية وإن لم تتوافر رفض التنفيذ ولو جزئياً ونوصي بتفعيل نظام المعاملة بالمثل وقصر شرط عدم اختصاص المحاكم اليمنية بالفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن على الاختصاص الوجودي أو القاصر؛ لتعلقه بالنظام العام كالاختصاص المبني على الأموال أو الالتزامات أو الإفلاس الذي أشهر في اليمن.

## مقدمة

### أهمية الموضوع

يعرف الحكم القضائي الأجنبي بأنه «حكم قضائي يصدر من محكمة أجنبية، في مسائل القانون الخاص، ويحوز قوة الأمر المقضي به وفقاً لقانون المحكمة التي أصدرته» سواء كان حكماً إلزامياً أو أمراً ولائياً أو أمراً أدائياً<sup>(١)</sup>.

فتنفيذ الحكم الأجنبي يوازن بين اعتبارين الأول مبدأ السيادة حيث إن اللجوء للقوة المادية لا يكون إلا تنفيذاً لحكم قضائي وطني، والثاني مراعاة مصالح الأفراد في تنفيذ الحكم الأجنبي<sup>(٢)</sup>.

(١) د. فؤاد عبدالمنعم رياض ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين الكتاب الأول، ٢٠٠٢م، ٢٠٠٣م، ص ١٩١، ١٩٢.. على أنه يجوز الاحتجاج بالأحكام الصادرة في مسائل القانون العام كأدلة قابلة لإثبات العكس عبد الوهاب محمد السادة، تنازع الاختصاص، مكتبة التسهيل، ٢٠٢٤م، ص ٢٦٦.

(٢) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٦٨، ٦٦٩.

## إشكاليات البحث:

- ما هو الحكم القضائي الأجنبي؟
- ما شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي؟
- ما إجراءات تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي؟

## خطة البحث:

- المطلب الأول: شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي
- المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي

## المطلب الأول شروط تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي

- يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي وفقاً لقانون المرافعات اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م ما نصت عليه المادة (٤٩٤) من أنه: «يشترط لتنفيذ السند التنفيذي الأجنبي ما يأتي:
- ١- ألا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة أو قواعد النظام العام في اليمن.
  - ٢- أن تكون المحاكم اليمنية غير مختصة بالنزاع الذي صدر فيه السند التنفيذي الأجنبي، وأن المحكمة الأجنبية الذي أصدرته مختصة به طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها.
  - ٣- أن يكون التنفيذ بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ السندات التنفيذية اليمنية معاملة بالمثل.
  - ٤- أن يكون السند التنفيذي صادراً من محكمة أو هيئة قضائية مختصة وأن يكون الحكم أو الأمر حائزاً لقوة الأمر المقضي به وفقاً لقانون ذلك البلد الأجنبي.
  - ٥- ألا يتعارض السند التنفيذي مع حكم أجنبي سبق صدوره من المحاكم اليمنية».
- وتتضمن المادتان (٢٩٦) و(٢٩٨) من قانون المرافعات المصري عدة شروطٍ يجب توافرها في الحكم الأجنبي حتى يصدر الأمر بتنفيذه في مصر، وهي:

## ١ - شرط التبادل أو المعاملة بالمثل:

أي إن القانون اليمني يقبل تنفيذ الحكم الأجنبي بنفس الشروط التي يقرها قانون الدولة الصادر منها الحكم لتنفيذ الأحكام اليمينية في هذه الدولة، يرى بعض الفقه أن المقصود بشرط التبادل هو شرط التبادل القانوني، في حين يرى بعض الفقه أن المقصود بشرط التبادل هو التبادل الفعلي<sup>(١)</sup>.

فإذا كانت الدولة الأجنبية الصادر منها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن تأخذ بنظام المراقبة فإن المحكمة اليمينية تطبق نظام المراقبة ولا صعوبة في هذا الفرض.

أما إذا كانت الدولة الأجنبية الصادر منها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في مصر أو في اليمن تأخذ بنظام المراجعة بالنسبة للأحكام اليمينية فهل يجوز للقاضي اليمني والمصري تطبيق نظام المراجعة؟ وفي الإجابة على ذلك يرى غالبية الفقه أن القاضي المصري واليمني يكفي بتطبيق نظام المراقبة ولو كان القانون الأجنبي يعامل الأحكام المصرية واليمينية بنظام المراجعة لأن المقصود هو القوة التنفيذية للحكم ككل وليس شرطاً بشرطاً وحكماً بحكم<sup>(٢)</sup>. وهو ما أؤيده.

وتنص المادة (٣/٤٩٤) من قانون المرافعات اليمني على: السندات التنفيذية الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ السندات التنفيذية اليمينية معاملة بالمثل وهو نظام يمكن من خلاله تطبيق نظام دولة السند التنفيذي سواء كانت تلك الدولة تتبع المراجعة أو الرقابة فيعاملها القاضي الوطني بالمثل، ويجب أن يكون التبادل واقعياً فلا يكفي أن ينص قانون دولة السند الأجنبي على تنفيذ الحكم اليمني، بل لا بد من التنفيذ الواقعي الفعلي للحكم اليمني، ونظام التبادل نظام منتقد.

ومقتضى هذا الشرط أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي إلا إذا كانت الدولة التي صدر باسمها الحكم تقبل تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم المصرية واليمينية، وب نفس القدر فقد نصت المادة (٢٩٦) مرافعات مصري على أن «الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه».

(١) د. فواد رياض ود. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م، ص ٢٠٥.

(٢) د. هشام صادق - تنازع الاختصاص - ١٩٧٢م، ص ٢٠١، ود. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠.

ويُبنى على ذلك أنه إذا كان قانون البلد الأجنبي الصادر عن محاكمه الحكم المُراد تنفيذه في مصر لا ينظر إلى أحكام محاكمه إلا بوصفها دليلاً بسيطاً يُمكن مناقضته، وأنه يلزم على المحكوم له أن يرفع دعوى جديدة للمطالبة بحقه المُتعلق به الحكم المصري فإنه يجب معاملة الحكم الأجنبي ذات المعاملة، وإذا كانت الدولة الأجنبية المراد تنفيذ أحكامها في مصر تعترف بأحكام محاكمنا بوصفها كذلك وتُجيز تنفيذها عدت المعاملة بالمثل في هذه الحالة<sup>(١)</sup>.

وإذا كانت الدولة الأجنبية تقبل تنفيذ الحكم المصري أو اليميني بشرط أن تقوم محاكمها بفحصه من الوجهة الموضوعية وفقاً لمذهب المراقبة غير المحدودة فإنه على القاضي المصري واليميني أن يسلك نفس هذا المسلك إزاء الحكم الأجنبي الصادر عن محاكم هذه الدولة والمطلوب تنفيذه لينتهي إلى السماح بتنفيذه أو رفض هذا التنفيذ، دون أن يكون للقاضي الوطني الحق في تعديل الحكم الأجنبي حتى لو كان القضاء الأجنبي يسمح بهذا التعديل، وذلك أن موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ ينحصر في طلب تنفيذ الحكم الأجنبي ذاته، وعلى ذلك فإن دور القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ ينحصر في إصدار هذا الأمر أو رفضه.

وقد تعرض الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل لانتقاد الفقه، فذهب البعض إلى أنه يُمكن أن تؤدي إلى نتائج غير محمودّة على الإطلاق في مجال تنفيذ الأحكام؛ إذ من المُحتمل أن تؤدي إلى الإضرار بالوطنيين متى كان الحكم الأجنبي المراد تنفيذه قد صدر لصالح بعض الوطنيين ولكن قد صدر من محاكم دولة لا يتوافق في شأنها شرط المعاملة بالمثل، كما ذهب البعض إلى أنه من غير المقبول أن يُصبح هدف أي تشريع في الدولة إجبار دولة أخرى على اتباع سياسة تشريعية مُعينة، كما أن مبدأ المعاملة بالمثل ما هو إلا تدبيراً ثأرياً حيال الدول الأجنبية، وهو مسلك غير معتاد في العلاقات الدولية.

والمعاملة بالمثل المُقدرة هنا هي صورة المعاملة الواقعية بالمثل وليست المعاملة الدبلوماسية أو المعاملة التشريعية بالمثل، فيكفي أن يجري العمل في الدولة الصادر عنها الحكم المراد تنفيذه في مصر من حيث الواقع على تنفيذ أحكام الدول الأخرى. ولأن له طبيعة سياسية ومحلّه مركز الأجانب وليس تنازع الاختصاص، وإذا تأكد القاضي من شرط المعاملة بالمثل انتقل إلى الشرط التالي.

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠.

## ٢- اختصاص المحكمة الأجنبية:

يشترط أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن قد صدر من محكمة أجنبية مختصة، ويرى غالبية الفقه أنه يشترط توافر الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية دون الاختصاص الداخلي (المحلي والنوعي)، فلا شأن للقانون الدولي الخاص بالاختصاص الداخلي، إلا إذا كان عدم الاختصاص هذا قد أدى إلى جعل الحكم باطلاً لدى الدولة التي صدر من محاكمها<sup>(١)</sup>.

يُشترط كذلك لتنفيذ الحكم الأجنبي - حسب نص المادة (٢٩٨) من قانون المرافعات المصري أن يكون صادراً عن هيئة قضائية مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقرر في قانونها بشرط ألا تكون محاكم الجمهورية مختصة بالمنازعة التي صدر الحكم أو الأمر الأجنبي في شأنها.

على أن التشريعات الحديثة تجعل البحث في اختصاص المحكمة الأجنبية وفقاً لقانونها وليس وفقاً لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، كما يشترط ألا يكون الاختصاص قد بني على غش ويشترط أيضاً أن تكون المنازعة التي صدر فيها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن على ارتباط وثيق بدولة القاضي<sup>(٢)</sup>.

## ٣- عدم اختصاص المحاكم اليمنية أو المصرية:

لا يكفي أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن أو في مصر قد صدر من محكمة أجنبية مختصة (الشق الإيجابي) بل يشترط أيضاً عدم اختصاص المحاكم اليمنية بالفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن أو في مصر (الشق السلبي)<sup>(٣)</sup>.

وهو ما يُمثل قيداً مهماً مقتضاه أنه يتعين أن تكون المنازعة التي صدر بشأنها الحكم الأجنبي لا تدخل في اختصاص محاكم الجمهورية وفقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، ومُؤدى ذلك أن القاضي المطلوب فيه الأمر بالتنفيذ يجب عليه أولاً أن يبحث عما إذا كانت المنازعة التي صدر فيها الحكم الأجنبي تدخل ضمن دائرة اختصاصه وفقاً

(١) د. هشام صادق تنازع الاختصاص - ١٩٧٢م، ص ٢٢٨، ود. فؤاد عبد المنعم رياض ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠.

(٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٠٣.

لقواعد الاختصاص الوطنية أم لا تدخل، فإن تبين للقاضي المصري أو اليمني أن النزاع يدخل في ولاية قضاء الجمهورية فإنه يتعين عليه أن يرفض الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في نفس المنازعة لأن اختصاص محاكم الجمهورية ينفي اختصاص المحاكم الأجنبية، ولكن يُمكن القول أن بعض الفقه والقضاء المصري يعترف باختصاص المحكمة الأجنبية ويسمح بتنفيذ الحكم الصادر منها رغم اختصاص المحاكم المصرية بنفس النزاع، وذلك إذا كان اختصاص المحكمة الأجنبية يقوم على رابطة لا تقل وثوقاً عن الرابطة التي تربط النزاع بالإقليم المصري.

وهذا الشرط يهدف إلى حماية الاختصاص القضائي الدولي من الاعتداء عليه<sup>(١)</sup>، ويرى بعض الفقه أن إيراد هذا الشرط في غاية الخطورة، إذ قد يترتب عليه رفض تنفيذ معظم أحكام التحكيم الأجنبية في مصر أو في اليمن<sup>(٢)</sup>. وللتخفيف من غلواء هذا الشرط طرح الفقه العديد من الحلول:

الأول: يرى جانب من الفقه أن الشرط السابق ينطبق فقط على الاختصاص الوجوبي أو القاصر لتعلقه بالنظام العام كالاختصاص المبني على الموطن أو الأموال أو الالتزامات أو الإفلاس الذي أشهر في مصر- أو في اليمن- دون الاختصاص الجوازي كالاختصاص المبني على الجنسية أو القبول الاختياري أو الطلبات العارضة<sup>(٣)</sup>، وانتقد هذا الرأي؛ لأن القانون الفرنسي فرق بين الاختصاص القاصر والاختصاص الجوازي في حين لم يفرق القانونان المصري واليمني بنص صريح وأرى أن تلك التفرقة يمكن أن تفهم ضمناً من القواعد العامة في القانونين المصري واليمني.

والثاني: يذهب إلى القول بأن الأصل عدم تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في منازعة داخلية في اختصاص المحاكم المصرية- أو اليمنية- إلا أنه يمكن تنفيذه استثناء لاعتبارات الملاءمة، فلا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في منازعة داخلية في اختصاص المحاكم المصرية أو اليمنية المتعلقة بمال موجود في مصر أو في اليمن أو فعل وقع في مصر- أو في اليمن- أو صدر في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين،

(١) د. أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ٢٠٤، ود. عبد الحكيم أحمد عطروش، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في منازعات الاستثمار، مجلة القانون المغربي، العدد ٨، مارس، ٢٠١٢م.

<http://search.Mandumah.com/record1519214/>

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٠٨، ٣٠٩.  
(٣) من أنصار هذا الاتجاه: د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٧٣.

على أنه يمكن تنفيذه استناداً إلى دواعي الملاءمة مثل الاختصاص المبني على ضابط العقود الدولية (التزام نشأ في مصر أو نفذ فيها أو كان واجباً تنفيذه فيها) أو في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين، وانتقد هذا الرأي لعدم انضباطه<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم وطني:

نصت المادة (٤/٢٩٨) من قانون المرافعات المصري على أنه لا يجوز الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي إلا بعد التحقق من «أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية»، ومعنى ذلك أنه على القاضي المصري قبل إصدار الأمر بتنفيذ حكم أجنبي أن يتأكد من أنه لا يتعارض مع حكم سبق وأن أصدرته المحاكم المصرية أو اليمنية.

ويستند هذا الرأي إلى أن قانون المرافعات المصري يشترط ألا يكون الحكم الأجنبي معارضاً لحكم سبق صدور من المحاكم المصرية فالمانع من التنفيذ هو سبق صدور حكم وطني لأن المسألة التي صدر فيها الحكم الأجنبي تدخل في اختصاص المحاكم المصرية<sup>(٢)</sup>.

وقد انتقد الرأي السابق بأن شرط عدم سبق صدور حكم وطني مستقل عن شرط عدم اختصاص المحاكم الوطنية، كما أنه لا يشترط لامتناع تنفيذ الحكم الأجنبي بسبب تعارضه مع حكم سبق صدوره من المحكمة الوطنية أن يكون صادراً في نفس المنازعة، بل قد يكون صادراً في دعوى مرتبطة بالدعوى التي صدر فيها الحكم الوطني بحيث يتعذر تنفيذ الحكمين في آن واحد، كما أن القضاء المصري في ظل قانون المرافعات القديم جرى على أن الاختصاص الدولي المبني على ضابط العقود الدولية متعلق بالنظام العام<sup>(٣)</sup>.

ويذهب رأي ثالث إلى النظر إلى الرابطة الوثيقة فمتى كان النزاع يتصل اتصالاً وثيقاً باليمن لم يجز تنفيذ حكم أجنبي صادر في تلك المنازعة<sup>(٤)</sup>.

ويستند هذا الشرط إلى النظام العام وإلى أولوية الحكم الوطني بالنفاذ والحجية والقوة التنفيذية، ولا يشترط أن يكون الحكم الوطني الأسبق في الصدور نهائياً فيكتفي بصدور حكم ابتدائي<sup>(٥)</sup>، وذهب بعض الفقه إلى القول بأنه يكتفى برفع الدعوى في مصر تكون سابقة لصدور الحكم الأجنبي.

(١) من أنصار هذا الرأي: د. عز الدين عبدالله، ج ٢، ط ٨، مرجع سابق، ص ٩٠٥، ٩٠٦.

(٢) د. عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ص ٩٠٥، ٩٠٦.

(٣) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٧٧.

(٤) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٥) المرجع السابق، ص ٢١٠-٢١١.

وإذا صدر حكمان أجنبيان متعارضان في نفس النزاع؟ يرى بعض الفقه تفضيل الحكم الذي تكون محكمته مختصة ببناء على ضابط أكثر اتفاقاً مع الضوابط المقررة في قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها في حين ذهب القانون الألماني والسويسري إلى تفضيل الحكم الأسبق في التاريخ وهو ما رجحه بعض الفقه<sup>(١)</sup>، وأميل إليه ما لم يكن الحكم الأخير قد تضمن التنازل عن الحكم الأول وذلك بحضور الأطراف وإبداء مرافعاتهم.

#### ٤- شرط صحة الإجراءات:

نص قانون المرافعات اليمني على هذا الشرط ، فيشترط أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن قد صدر بناء على إجراءات صحيحة وأن تكون حقوق الدفاع قد روعيت وذلك يتم وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم الأجنبي، على أنه يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي الغيابي إذا ثبت أن المدعى عليه قد كلف بالحضور ومثل تمثيلاً صحيحاً<sup>(٢)</sup>.

وتنص الفقرة الثانية من المادة (٢٩٨) مرافعات مصري على أنه «لا يجوز الأمر بتنفيذ الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق... من أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كُلفوا بالحضور ومُثلوا تمثيلاً صحيحاً»، وصياغة هذا النص على هذا النحو تبدو قاصرة عن تحقيق المعنى الذي أراده المشرع؛ فالمقصود هو سلامة الإجراءات المتبعة بشأن الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي واحترام حقوق الدفاع وليس المقصود فقط تكليف الخصوم بالحضور وتمثيلهم في الدعوى، لذلك فإن عدم صحة أي إجراء من إجراءات التقاضي يجب أن تحول دون الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي مادام من شأنها المساس بصحة الحكم، والقانون الذي يتعين الرجوع إليه للتحقق من صحة هذه الإجراءات هو قانون الدولة التي صدر الحكم الأجنبي من محاكمها، وذلك تطبيقاً لنص المادة (٢٢) من القانون المدني المصري التي تنص على أن «يسرى على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد التي تُقام فيه الدعوى أو تُباشر فيه الإجراءات».

وقضت محكمة النقض المصرية «إذ كان الثابت أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان إعلانه بأمر الأداء سند التداعي الصادر من محكمة الكويت الكلية والمطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية إذ إنه قد غادر الكويت في ظروف استثنائية يعلم

(١) المرجع السابق، ص ٢١٤.

(٢) د. فؤاد عبدالمنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٧، وحكم محكمة النقض المصرية في ٢ يوليو ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض سنة ١٥، عدد ٣، ص ٩٠٩.

بها المطعون ضده بصفته وقبل تقديم طلب استصدار أمر الأداء وإلى موطنه بجمهورية مصر العربية بسبب الغزو العراقي للكويت وصدر قرار رئيس مجلس الوزراء الكويتي رقم (١٤٨) لسنة ١٩٩١م بتاريخ ٢٧/١/١٩٩١م بإنهاء جميع عقود الدولة مع موظفيها غير الكويتيين واعتبرها منسوخة من تلقاء نفسها بما فيها عقد الطاعن بما كان لازمه انتهاء إقامته قانوناً بدولة الكويت، مما يقتضى إعلانه في موطنه وفقاً لأحكام المادة السادسة من اتفاقية التعاون القضائي بين البلدين الصادرة بالقرار الجمهوري رقم (٢٩٣) لسنة ١٩٧٧م أو عن طريق السلك الدبلوماسي أو القنصلي، وإذ أطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع الجوهري الذي قد يتغير به إن صح وجه الرأي في الدعوى على ما اجتزأه من القول من أن إعلان الطاعن على كل إقامته بدولة الكويت بالأمر سالف البيان يعد إعلاناً صحيحاً دون أن يتصل علم الطاعن به على نحو غير صحيح فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال<sup>(١)</sup>.

(١) الطعن رقم (١٥٢٠٧) لسنة ١٩٧٩م قضائية الدوائر المدنية- جلسة ١١/٤/٢٠١٧م، منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية <https://www.cc.gov.eg>، حيث إن الوقائع في أن المطعون ضده «بصفته» أقام على الطاعن الدعوى رقم (١٠٦٠٩) لسنة ٢٠٠٧م مدنى محكمة شمال القاهرة الابتدائية بطلب استصدار حكم، بتنفيذ أمر الأداء رقم (١٤٢٠) لسنة ١٩٩٣م الصادر من المحكمة الكلية بدولة الكويت وتذييله بالصيغة التنفيذية والقاضي بالزام الطاعن بمبلغ (١٥٠، ٩٢٧) «تسعمائة وسبعة وعشرين ديناراً كويتياً ومائة وخمسين فلساً» وقال بياناً لذلك إنه صدر لصالحه الأمر آف البيان وتم إعلانه قانوناً بدولة الكويت وتذييله بالصيغة التنفيذية، وإذ تعذر عليه التنفيذ هناك لإقامة الطاعن داخل جمهورية مصر العربية، ومن ثم أقام دعواه- قضت محكمة أول درجة بالطلبات- بحكم استأنفه الطاعن بالاستئناف ٤٩٦٤ لسنة ١٣ القاهرة، وبتاريخ ٢١/٧/٢٠٠٩م حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم المطعون فيه، وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسيب والإخلال بحق الدفاع، وفي بيان ذلك يقول إنه تمسك لدى محكمة الاستئناف بدفاع مؤداه بطلان إعلانه بالأمر بدولة الكويت، والمطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية حال أنه كان قد غادر الكويت في ٢٠/٧/١٩٩٠م - قبل إعلانه بطلب استصدار أمر الأداء- إلى جمهورية مصر العربية ولم يتمكن من العودة مرة أخرى بسبب ظروف غزو العراق للكويت مما كان يتعين معه إعلانه في موطنه عن طريق السلك الدبلوماسي أو القنصلي، وإذ طرح الحكم هذا الدفاع الجوهري وأقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي على قالة إن الإعلان تم صحيحاً فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه وحيث إن هذا النعي سديد ذلك أن المقرر- في قضاء هذه المحكمة- أن المادة (٣٠١) من قانون المرافعات التي اختتم بها المشرع الفصل الخاص بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية تقضى بأن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المواد السابقة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة أو التي تعقد بين جمهورية مصر العربية وبين غيرها من الدول، وكانت جمهورية مصر العربية قد وافقت بالقانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٥٤م على اتفاقية تنفيذ الأحكام التي أصدرها مجلس جامعة الدول العربية ثم أودعت وثائق التصديق عليها لدى الأمانة العامة للجامعة بتاريخ ٢٥/٧/١٩٥٤م كما انضمت إليها دولة الكويت بتاريخ ٢٠/٥/١٩٦٢م فإن أحكام هذه الاتفاقية تكون هي الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى، وكانت المادة الثانية من تلك الاتفاقية توجب في فقرتها - أ - التحقق من صدور الحكم الأجنبي من هيئة مختصة بنظر الدعوى وفقاً لقانون البلد الذى صدر فيه، كما أن الفقرة - ب - من ذات المادة توجب التحقق من إعلان الخصوم على

## ٥- أن يكون الحكم الأجنبي حائزاً لقوة الأمر المقضي به (أن يكون حكماً نهائياً)؛

يشترط أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن حائزاً لقوة الأمر المقضي به (أن يكون حكماً نهائياً) ويعتبر الحكم نهائياً إذا استنفذ طرق الطعن العادية حتى لو كان قابلاً للطعن بالطرق غير العادية والمرجع في ذلك هو قانون الدولة التي صدر فيها الحكم الأجنبي، ويستند هذا الشرط إلى استقرار المعاملات وعدم المفاجآت وبالتالي لا يجوز تنفيذ الحكم المشمول بالنفذ المعجل لأنه غير نهائي ولا الحكم المستعجل، أما الأمر على عريضة أو العمل الولائي فقد أجاز القانون المصري تنفيذه ولو لم يكن نهائياً وفسر بعض الفقه هذا التعارض بأن ذلك ينصرف على حالة ما إذا فات ميعاد الطعن في الأمر على عريضة<sup>(١)</sup>.

الوجه الصحيح، وأن القاعدة المنصوص عليها بالمادة (٢٢) من القانون المدني تنص على أنه يسرى على جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تجرى مباشرتها فيها، وإعلان الخصوم بالدعوى مما يدخل في نطاق هذه الإجراءات، وكذلك توجب المادة الخامسة من الاتفاقية سألفة الذكر في بندها الثالث تقديم شهادة من الجهات المختصة دالة على أن الحكم المطلوب تنفيذه حكم نهائي واجب التنفيذ قبل أن يصدر الأمر بتذييله بالصيغة التنفيذية، كما جرى نص المادة السادسة من اتفاقية التعاون القضائي بين جمهورية مصر العربية ودولة الكويت الصادرة بقرار رئيس الجمهورية رقم (٢٩٣) لسنة ١٩٧٧م «ترسل الوثائق والأوراق القضائية وغير القضائية في المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية المطلوب إعلانها أو تبليغها إلى أشخاص مقيمين في إحدى الدولتين مباشرة من الهيئة أو الموظف القضائي المختص إلى المحكمة التي يقيم المرسل إليه في دائرتها، ولا يمنع أحكام هذه المادة الطرفين المتعاقدين من أن يعملوا في غير إكراه على إعلان الوثائق المشار إليها في هذه المادة أو تبليغها مباشرة إلى مواطنيها عن طريق السلك الدبلوماسي أو القنصلي التابعين لهما، ولما كان ذلك، وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان إعلانه بأمر الأداء وصدر قرار رئيس مجلس الوزراء الكويتي رقم (١٤٨) لسنة ١٩٩١م بتاريخ ٢٧/١/١٩٩١م بإنهاء جميع عقود الدولة مع موظفيها غير الكويتيين واعتبرها منسوخة من تلقاء نفسها بما فيها عقد الطاعن بما كان لازمه انتهاء إقامته قانوناً بدولة الكويت مما يقتضى إعلانه في موطنه وفقاً لأحكام المادة السادسة من اتفاقية التعاون القضائي بين البلدين الصادرة بالقرار الجمهوري رقم (٢٩٣) لسنة ١٩٧٧م أو عن طريق السلك الدبلوماسي أو القنصلي، وإذ أطرحت الحكم المطعون فيه هذا الدفاع الجوهري الذي قد يتغير به - إن صح - وجه الرأي في الدعوى على ما اجتزأه من القول من أن إعلان الطاعن على كل إقامته بدولة الكويت بالأمر سالف البيان يعد إعلاناً صحيحاً دون أن يتصل علم الطاعن به على نحو غير صحيح فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال. بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٩، ٢١٠.

## ٧- عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في اليمن:

وهذا الشرط يؤدي دوراً مماثلاً للأثر السلبي للدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين، فلا يجوز تنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع النظام العام في مصر- أو في اليمن- سواء في مضمونه أو في إجراءاته<sup>(١)</sup> كالحكم الذي يسوي بين الذكور والإناث في الإرث أو صدر دون كفالة حق الدفاع.

كما أن محكمة النقض المصرية أجازت تنفيذ حكم أجنبي صدر دون تسبيب<sup>(٢)</sup>، رغم أن المادة (١٧٦) من قانون المرافعات تشترط تسبيب الأحكام وإلا كانت باطلة، وأرى أن ذلك يستند إلى أن مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص الذي يعتبر أضيق منه في القانون الداخلي سواء في مجال تنازع القوانين أو في مجال تنازع الاختصاص.

كما أن غالبية الفقه في فرنسا ومصر يعتدون في مسألة وقت وتحديد تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في اليمن بوقت تنفيذ الحكم الأجنبي لا بوقت صدوره<sup>(٣)</sup>.

ويتأتى هذا الشرط رغم أن فكرة النظام العام فكرة مرنة ومتطورة تتغير بتغير الزمان والمكان، ولذا فإن القاضي المطلوب منه الأمر يُقدر ما إذا كان الحكم أو الأمر الأجنبي متعارضاً مع النظام العام من عدمه وفقاً لظروف وملابسات الدعوى مهتدياً في ذلك بالأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في دولته.

### أ- قضية شركة JKX Oil ضد أوكرانيا ٢٠١٩م:

أ- وقائع القضية: في فبراير ٢٠١٥م، رفعت شركة JKX Oil and Hes PLC وPoltava Hess BV وJV Poltava Gas and Oil Company دعوى قضائية ضد أوكرانيا ممثلة بوزارة العدل لعدم وفاء المدين بالتزاماته القانونية الدولية بموجب معاهدة ميثاق الطاقة، وطلبت الشركة تنفيذ حكم التحكيم الصادر من المحكم الوحيد رودولف دولتسر في ١٤ يناير ٢٠١٥م، ومكان التحكيم في ستوكهولم، السويد، والقاضي بإلزام دولة أوكرانيا بالامتناع عن فرض إيجار لاستخدام باطن الأرض لإنتاج الغاز الطبيعي من قبل شركة Poltava Gas and Oil Company "JV" «بمعدل أعلى من ٢٨٪، والذي قدمه قانون الضرائب الأوكراني حتى ٣١ يوليو ٢٠١٤م، وفي ٢٠ يناير ٢٠١٥م و٦ فبراير ٢٠١٥م، أرسل المتقدمون رسائل إلى وزارة العدل في أوكرانيا بشأن تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي المذكور أعلاه،

(١) المرجع السابق، ص ٢١٤، ٢١٥.

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في ٦ مايو ١٩٩٦م مجموعة النقض المدني السنة ٢، العدد ٢، ص ٧١٧.

(٣) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢١٦-٢١٧.

ولكن لم يتم تلقي أي رد<sup>(١)</sup>.

## ب-القرارات القضائية في القضية:

بموجب قرار محكمة مقاطعة بيشيرسك في كييف في ٨ يونيو ٢٠١٥م، تم منح الأمر بتنفيذ القرار ١٤ يناير ٢٠١٥م الصادر عن المحكم، وأنه لا توجد أسباب توجي بأن قرار التحكيم الأجنبي ينتهك النظام العام ويهدد مصالح الدولة، وبموجب قرار محكمة الاستئناف في كييف في ٢١ ديسمبر ٢٠١٦م، تم قبول استئناف دولة أوكرانيا ممثلة بوزارة العدل في أوكرانيا، وتم إلغاء قرار محكمة مقاطعة بيشيرسك في كييف في ٨ يونيو ٢٠١٥م.

وفي يناير ٢٠١٧م، تلقت المحكمة العليا لأوكرانيا للقضايا المدنية والجنائية استئنافاً للنقض من ممثل الشركات الأجنبية المذكورة ضد قرار محكمة الاستئناف المؤرخ ٢١ ديسمبر ٢٠١٦م، ووجدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في ١٩ سبتمبر ٢٠١٩م أن العلاقة القانونية في هذا النزاع محكومة باتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، وقواعد معهد التحكيم لغرفة ستوكهولم التجارية، وميثاق الطاقة الذي صدقت عليه أوكرانيا في ٢٦ فبراير ١٩٩٨م، وبموجب المادة الخامسة (١) من اتفاقية نيويورك لا يجوز رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إلا إذا وجد انتهاك للنظام العام<sup>(٢)</sup>، وقررت المحكمة العليا<sup>(٣)</sup> إن منح المحاكم سلطة تغيير مبلغ الضرائب أو المدفوعات الإلزامية بما يتعارض مع قانون الضرائب الأوكراني يعد انتهاكاً لمبادئ الضرائب الأساسية المحددة في الدولة، لذا فإن الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه ينتهك النظام العام لأوكرانيا، وأيدت حكم محكمة الاستئناف خاصة أن التحكيم لم يسبقه شرط التسوية الودية وهي ثلاثة أشهر بموجب ميثاق الطاقة في المادة (٢/٢٦)، ويرى الباحث أن الحكم الصادر من المحكمة العليا الأوكرانية المؤيد لمحكمة الاستئناف يهدف إلى حماية النظام العام الذي أكدت عليه اتفاقية نيويورك باعتبار أن فرض الضرائب مسألة تتصل بسيادة الدولة.

(١) الحكم بتفاصيله متاح على قاعدة القانون الدولي وأحكام التحكيم على الموقع:

[jsumundi.com/en](http://jsumundi.com/en).

(٢) ووفقاً للمادة ١٢ من قانون أوكرانيا بشأن القانون الدولي الخاص لا يتم تطبيق قانون أجنبي يتعارض مع النظام العام في أوكرانيا، ولأن الضرائب سيادية، وفقاً للمادة ٣/٧ من قانون الضرائب في أوكرانيا، يتم تنظيم أي مسائل ضريبية بموجب هذا القانون.

(٣) الحكم بتفاصيله متاح على قاعدة القانون الدولي وأحكام التحكيم على الموقع [jsumundi.com/en](http://jsumundi.com/en) آخر زيارة في ٢٠٢٠/١/٢م.

## ٨- تطبيق الحكم الأجنبي للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية:

وهو ما يشترطه القانون الفرنسي وبعض الفقه استناداً للسيادة وحماية للاختصاص التشريعي الوطني<sup>(١)</sup>، في حين يذهب غالبية الفقه إلى عدم اشتراط هذا الشرط لعدم النص عليه في مصر واليمن؛ ولأن القاضي الأجنبي يستحيل عليه أن يعرف مقدماً قانون بلد التنفيذ<sup>(٢)</sup>، وأرى أن هذا الشرط غلو محض وحكمه الرفض والصد والمنع لاستقلال مشكلة تنازع القوانين بمشكلة تنفيذ الأحكام.

ولذلك يرى جانب من الفقه أن يقتصر هذا الشرط على نطاق شرط المعاملة بالمثل<sup>(٣)</sup> واقترح الأستاذ نبيوايه التمييز بين حالة ما إذا كان القانون الفرنسي مختصاً وفقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية، وبين حالة ما إذا كان هذا القانون غير مختص وفقاً لذات القاعدة، ففي الحالة الأولى يتعين أن يكون الحل الذي وصلت إليه المحكمة الأجنبية مطابقاً للحل الذي يقرره القانون الفرنسي؛ أما في الحالة الثانية فيكفي أن يكون الحق قد نشأ صحيحاً وفقاً للقانون المختص كما تحدده قاعدة الإسناد الأجنبية، وعلى هذا النحو وفق الأستاذ بين مذهبه في صياغة قواعد الإسناد صياغة منفردة الجانب وما انتهى إليه القضاء من أنه يكفي التطابق في النتيجة بين ما قرره المحكمة الأجنبية وبين ما يقرره القانون المختص كما تحدده قاعدة الإسناد الفرنسية<sup>(٤)</sup>.

## المطلب الثاني إجراءات تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي

### ١- نظام الأمر بالتنفيذ:

تأخذ بهذا النظام دول القارة الأوروبية ومصر واليمن ووفقاً لهذا النظام يقوم صاحب المصلحة بتقديم طلب استصدار أمر بتنفيذ الحكم الأجنبي مثله مثل الحكم الوطني، بعد التأكد من الشروط اللازمة وتختلف هذه الدول في تحديد مدى رقابة القضاء الوطني على تنفيذ الحكم الأجنبي وتختلف بذلك إلى ثلاثة أنظمة<sup>(٥)</sup>.

(١) - د. عز الدين عبدالله، مرجع سابق، ص ٩٢٠ وما بعدها.

(٢) - د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢١٨

(٣) - د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٨٥

(٤) أشار إليه د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٨٤.

(٥) المرجع السابق، ص ١٩٥، ١٩٦.

## ٢- نظام المراقبة:

في ضوء هذا النظام تقوم المحكمة التي يطلب منها الأمر بالتنفيذ برقابة توافر الشروط الشكلية للحكم وليس بمراجعة الحكم من حيث الموضوع، وتأخذ به اليمن ومصر وفرنسا، حيث تقوم المحكمة بمراقبة شروط تنفيذ الحكم الأجنبي التي ذكرناها<sup>(١)</sup>.

## ٣- نظام الأمر بالتنفيذ:

ويقتضى هذا النظام بأن على صاحب المصلحة أن يلجأ عند تنفيذ حكمه إلى القضاء في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ليستصدر منه ما يُسمى بالأمر بالتنفيذ، والذي بصدوره يرقى الحكم إلى مصاف الحكم الوطني وقبل صدور الأمر بالتنفيذ لا ينزل الحكم الأجنبي منزلة الحكم الوطني، وهذا النظام متبع في فرنسا وكافة الدول التي تأثرت بنظامها القانوني ومن بينها مصر.

## أولاً: إجراءات الأمر بالتنفيذ

وفقاً للمادة (٢٩٧) من قانون المرافعات المصري يقدم الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، وذلك بدعوى ولو كان الحكم الأجنبي عبارة عن أمر على عريضة، ويجوز تقديمها بطلب عارض في فرنسا ومصر - واليمن - شرط تقديمه أمام المحكمة الابتدائية، ويضيف بعض الفقه شرطين آخرين هما أن تكون المحكمة مختصة بالفصل في الطلب الأصلي والطلب العارض، وتوافر الارتباط بين الطلب الأصلي والطلب العارض<sup>(٢)</sup>، وأوافق هذا الرأي بيد أني لا أشرت توافر الاختصاص بالنسبة للطلب العارض؛ لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع.

## ثانياً: نطاق دعوى الأمر بالتنفيذ:

بالنسبة للنطاق الشخصي فإن أطراف دعوى الأمر بالتنفيذ هم أطراف الدعوى الأصلية التي صدر فيها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه أو من حل محلهم<sup>(٣)</sup>.  
وبالنسبة للنطاق الموضوعي فإن موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ هو الحكم الأجنبي

(١) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٦٧١.

(٢) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢١٩.

(٣) المرجع السابق، ص ٢٢٢.

وبالتالي لا تقبل أية طلبات إضافية أو مقابلة يكون من شأنها تعديل مضمون الحكم الأجنبي إلا إذا كانت ترتبط ارتباطاً وثيقاً بموضوع الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي وتعد مجرد نتيجة لما قضى به<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً، الإثبات في دعوى الأمر بالتنفيذ:

محل الإثبات في هذه الدعوى ليس وقائع النزاع الذي فصل فيها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه، بل التأكد من توافر شروط التنفيذ، وبشأن عبء الإثبات يرى بعض الفقه أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى عليه إذا دفع بعدم توافر شروط تنفيذ الحكم الأجنبي<sup>(٢)</sup>.

في حين يرى اتجاه ثان أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي باعتباره صاحب المصلحة في التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

في حين يرى اتجاه ثالث - بما فيهم محكمة النقض الفرنسية - أن عبء الإثبات على القاضي الذي يتأكد من استيفاء شروط الأمر بالتنفيذ<sup>(٤)</sup>.

وأرى أنه مع اعتبار الأمر بالتنفيذ دعوى فيجب إرفاق الأدلة والمستندات في الأصل ولكن من الصعب إلزام المدعي بذلك لاسيما أن الحكم الأجنبي له قوة ثبوتية وهو دليل غير قابل لإثبات العكس إذ ينفذ ولو كان معيباً بالخطأ في تطبيق القانون، وإنما يقبل إثبات عدم توافر شروط الأمر بالتنفيذ سواء من قبل المدعى عليه أو بموجب الدور الإيجابي للقاضي في الخصومة المدنية والإلزام القانوني الذي يقع عليه بالتأكد من توافر شروط الأمر بالتنفيذ، على أن المدعي يجب عليه على الأقل إثبات ما يمكن إثباته من استيفاء الحكم الأجنبي للشروط اللازمة لتنفيذه ومن ذلك إثبات اختصاص المحكمة الأجنبية بموجب قانون الدولة التي صدر فيها الحكم الأجنبي وغير ذلك مما يساعد القاضي في الإثبات.

(١) المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٢) من أنصار هذا الرأي لوسوران، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ١٩٦٣م، بند ٤٢٥، ص ٥١٥ ود. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٨٦، ويرى الأخير أن طلب التنفيذ يقدم بواسطة التكليف بالحضور ونرى أنه يقدم بالطريقة المعتادة لرفع الدعوى لأن المحكمة الوطنية تتأكد من استيفاء الحكم الأجنبي للشروط المقررة.

(٣) د. هشام صادق، تنازع الاختصاص، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٤) حكم محكمة النقض الفرنسية في ٩ نوفمبر ١٩٧١م منشور في rev.crit، ١٩٧٢م، ص ٣١٤، ومن أنصار هذا الاتجاه د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، مرجع سابق، ص ٢٤٣، ٢٤٤.

## رابعاً: مضمون الحكم في دعوى الأمر بالتنفيذ:

الفرض الأول: منح الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي: حيث يأمر القاضي بتنفيذ الحكم الأجنبي كلياً أو جزئياً بعد التأكد من استيفاء الحكم لشروط تنفيذه، وتخضع إجراءات التنفيذ لقانون القاضي المطلوب منه الأمر بالتنفيذ مثله مثل الحكم الوطني<sup>(١)</sup>.

الفرض الثاني: رفض تنفيذ الحكم الأجنبي: وذلك إذا لم تتوافر شروط تنفيذ الحكم الأجنبي، والحكم الصادر برفض التنفيذ له حجية الأمر المقضي به ولا يجوز رفع دعوى جديدة بتنفيذ الحكم الأجنبي، بيد أنه يجوز لصاحب المصلحة رفع دعوى مبتدأة محلها الحق الذي فصل فيه الحكم الأجنبي وهو سبب يختلف عن سبب دعوى الأمر بالتنفيذ وهو الحكم الأجنبي ذاته<sup>(٢)</sup>.

ويلاحظ أن الضمانات التي يقرها الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن لا تطبق لأنها إقليمية وبالتالي تطبق ضمانات التنفيذ المقررة في القانون اليمني، على أنه إذا كان التأمين لم ينشأ عن الحكم تلقائياً، بل كان مقررًا بمقتضى القانون الواجب التطبيق كما لو قانون محل وقوع الفعل الضار ينص على أن الدين تضامني ففي هذه الحالة لا يدخل التأمين تحت مبدأ الإقليمية لأنه يكون كاشفاً لا منشئاً<sup>(٣)</sup>.

ويراعى أن حق الاختصاص ليس من ضمانات التنفيذ لأنه ليس أثراً قانونياً تلقائياً للحكم، وهو وإن كان لا يتقرر إلا بناء على حكم إلا أنه ينشأ بإجراء مستقل وهو الأمر على عريضة، ولذا نصت المادة (١٠٨٠) من القانون المدني المصري على أنه: «ولا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية أو على قرار صادر من محكمين إلا إذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ».

- سندات التنفيذ الأخرى: الأوامر الولائية الأجنبية تخضع لشرط التبادل كما تخضع الشروط الأخرى الحتمية عدا ما كان منها لا يتلاءم وطبيعة الأمر الولائي كالشرط الذي يقضي بضرورة التحقق من أن الخصوم قد كلفوا بالحضور مثلاً، وتختص بطلب تنفيذ الأوامر الولائية الأجنبية المحكمة الابتدائية التي يراد إجراء التنفيذ في دائرتها دون قاضي الأمور الوقتية المختص بإصدار مثل هذه الأوامر.

وتسرى الأحكام المتقدمة كذلك على أحكام المحكمين الأجنبية.

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٢٤، ٢٢٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٢٥.

(٣) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٨٧،

## خامساً: الاعتراف بجوانب الحكم الأجنبي القانونية:

### ١- مدى تمتع الحكم الأجنبي بحجية الأمر المقضي به:

تعني حجية الأمر المقضي به أن الحكم الأجنبي صحيح من حيث الشكل (قرينة الصحة أي أن الحكم صدر بناء على إجراءات صحيحة) والموضوع (قرينة الحقيقة القانونية وهي أن الحكم عنوان الحقيقة) وهي قرينة قانونية ولها أثران، الأول: سلبي ويتمثل في عدم جواز إعادة النظر من جديد والآخر إيجابي ويتمثل في إمكانية الاحتجاج بما قضى به الحكم أمام المحاكم الأخرى وهذا بالنسبة للحكم الوطني<sup>(١)</sup>.

أما بخصوص الحكم الأجنبي فيرى الفقه التقليدي عدم تمتعه بالحجية طالما كان غير مشمول بالأمر بالتنفيذ ما عدا الأحكام الصادرة في مسائل الحالة (الزواج والطلاق والبنوة والأهلية) ما لم يرد بذلك تنفيذ الأثر المادي للأحكام الأخيرة فلا حجية لها<sup>(٢)</sup>.

ويرى الفقه الحديث أن الحكم الأجنبي يتمتع بحجية الأمر المقضي به<sup>(٣)</sup>، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية<sup>(٤)</sup> وبعض الاتفاقيات الثنائية.

وأرى وجوب الأخذ برأي الفقه الحديث الذي ينظر إلى الحكم الأجنبي نظرة محايدة وثاقبة، فلم يعد هناك أي مجال لازدراء الأحكام الأجنبية وخلع الحجية منها طالما أن الحجية شيء ونظام تنفيذ الأحكام الأجنبية شيء آخر.

### ٢- القوة الثبوتية للحكم الأجنبي:

لا خلاف على تمتع الحكم الأجنبي بالقوة الثبوتية إذ يعد دليلاً على ما ورد فيه من وسائل الإثبات لأنه محرر رسمي صدر من سلطة عامة، وقد أجاز القضاء الفرنسي توقيع حجز ما للمدين لدى الغير بناء على حكم أجنبي قبل شموله بالأمر بالتنفيذ كما أجاز اتخاذ إجراءات تحفظين بناء على هذا الحكم<sup>(٥)</sup>.

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٢٩-٢٣٠.

(٢) انظر: حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ فبراير ١٩٦٠م، وانظر:

Niloyet :cours de droit international prive, 1949 , no, 717 pp.664 .

(٣) د. حفيظة الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي، الفتح ١٩٩٢م، ص ٤١٤، ٤١٦، وود. فؤاد رياض، ود. سامية راشد، مرجع سابق، ص ٤٨٩، ود. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٢٩-٢٣٠.

(٤) د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٢٩-٢٣٠.

(٥) المرجع السابق، ص ٢٣٣، وحكم محكمة القاهرة الابتدائية في ٦ أبريل ١٩٥٤م، منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة السادسة، العدد ١٧ ص ٣٥٣ وما بعدها.

### ٣- الحكم الأجنبي كواقعة قانونية:

من المسلم به أن الحكم الأجنبي واقعة قانونية لا يمكن تجاهلها.

وقد اشترط قانون المرافعات اليمني صراحة لتنفيذ الحكم الأجنبي في اليمن أن لا يكون الحكم الأجنبي قد صدر في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكذلك صرح قانون المرافعات على أن تختص المحاكم اليمنية بنظر دعوى فسخ الزواج ولو كان زوج اليمنية أجنبياً، لأن دعوى فسخ الزواج من مسائل الأحوال الشخصية.

فضلاً عن أن طبيعة المجتمع اليمني الطارد للسكان تقتضي توسل بعض الأشخاص إلى الحصول على (فيزا) أو إذن الدخول والإقامة والعمل في بعض الدول الغنية، ولذلك ظهرت إشكالية (زواج الفيزا) الذي يكون الغرض منه الحصول على (الفيزا) وليس تحصين الفروج وحفظ النسل وإقامة أسرة قوامها حُسن العشرة، ولذلك يتم الاتفاق المسبق على إنهاء هذا الزواج بمجرد حصول الزوج على (الفيزا) حيث ينتهي الزواج غالباً بالطلاق دون أن يعاشر الزوج الزوجة، بل قبل أن يعرفها الزوج، ولا عدة في هذا النوع من الزواج لأنه لا دخول فيه ولا خلوة، فبمجرد طلاق الزوج الأول للمرأة يتم الترتيب لعقد زواجها من آخر وبنفس الطريقة وللغاية ذاتها، وقد أخبرني أحد الإخوة الموثوق بكلامهم أن أحد الآباء زوج ابنته التي تحمل الجنسية الأجنبية عدة مرات، وقد تحصل الأب من هذه الزيجات على أكثر من أربع مائة وعشرين ألف دولار دون أن يمسه أحد من أزواجها المتعاقبين، وأن ذلك الأب قال له أن ابنته ذات الجنسية الأجنبية ثروة!!! ومن الطريف أن أحد الإخوة سألني بواسطة الهاتف عن حكم زواج الفيزا، فقلت له أنه حرام لتخلف الحكمة الشرعية فيه، فرد علي السائل الكريم بامتعاض: لماذا أنتم تدافعون عن الكفار فنحن نغالط الكفار وليس المسلمين!

ولأن الدعاوى المتعلقة بالطلاق والزواج والفسخ تتعامل معها غالبية دول العالم على أن أحكامها أحكام (ملية) أي تتعلق بملة أو ديانة أطراف العلاقة الزوجية، لذلك تسمح هذه الدول لأطراف العلاقة الزوجية بحسم دعاوى الفسخ عن طريق (المراكز الإسلامية) في بعض المدن الأجنبية، بيد أنه من الحالات النادرة أن تلجأ الزوجة (بالفيزا) إلى محاكم الدول الأجنبية خوفاً أيضاً من اطلاع اليمنيين في تلك الدول على هذا الموضوع، فإذا قامت المحكمة الأجنبية بالحكم بفسخ عقد الزواج في هذه الحالة فإن هذا الحكم لا يكون قابلاً للتنفيذ في اليمن، لأن الفسخ من مسائل الأحوال الشخصية التي صرح قانون المرافعات اليمني أن الاختصاص بنظرها يكون معقوداً بالقضاء اليمني وحده، حسبما قضى الحكم الصادر عن الدائرة الشخصية بالمحكمة العليا في جلستها

المنعقدة بتاريخ ٩-٤-٢٠١٧م في الطعن رقم (٥٩٠٤٨)، وقد ورد ضمن أسباب الحكم المشار إليه: (أما من حيث الموضوع فقد ناقشت الدائرة تفاصيل ما ورد في عريضة الطعن وما ورد في عريضة الرد عليه، وبعد الاطلاع على الحكم الابتدائي وما تعقبه لدى محكمة الاستئناف، فقد ذكرت الطاعنة: أن العبرة بما قضى به ذلك الحكم وأنه يتم الطعن فيه من قبل الزوج، ولذلك فقد أصبح ذلك الحكم حائزاً لحجية الأمر المقضي به في حدود ما فصل فيه، كما أن المطعون ضده لا ينكر حضوره إجراءات المحاكمة أمام محكمة مقاطعة (...)) حسبما ذكرت الطاعنة في عريضة الطعن، غير أن الدائرة وجدت: أن محكمة الاستئناف قد أغفلت العمل بالمادتين (٤٩١ و ٤٩٤) مرافعات، حيث اعتبر الحكم الاستئنافي حكم الفسخ الأجنبي سناً تنفيذياً لحل العقد بين طرفي الخصومة التي مثلاً فيها تمثيلاً صحيحاً، لذلك يتعين قبول الطعن موضوعاً لعدم موافقة حكم الاستئناف للشرح والقانون بشأن السندات التنفيذية الأجنبية.

### الوجه الأول: حكم تنازع الاختصاص القانوني في فسخ الزواج:

من حيث تنازع الاختصاص القانوني المكاني بين القانون اليمني وغيره من القوانين الأجنبية بشأن فسخ الزواج، فإن قانون الأحوال الشخصية اليمني هو الواجب التطبيق على دعوى فسخ الزواج، وفي هذا الشأن نصت المادة (٢٥) من القانون المدني اليمني على أن: (يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة)، والظاهر من هذا النص أنه نص أمر واجب التطبيق.

### الوجه الثاني: حكم تنازع الاختصاص القضائي بنظر دعوى فسخ الزواج:

يختص القضاء اليمني بنظر دعوى فسخ الزواج إذا كان زوج اليمنية يمناً حتى لو كان الزوج اليمني مقيماً أو يعمل خارج اليمن، كما تختص المحاكم اليمنية بنظر دعوى فسخ الزواج ولو كان زوج اليمنية أجنبياً، لأن دعوى فسخ الزواج من مسائل الأحوال الشخصية، وفي هذا المعنى نصت المادة (٨٠) مرافعات على أن: (تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن، وذلك في الحالات الآتية: -٥- إذا كانت متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان القانون اليمني هو الواجب التطبيق في الدعوى)، وقد سبق أن عرضنا المادة (٢٥) من القانون المدني التي

صرحت بأن دعاوى الفسخ يطبق بشأنها قانون الأحوال الشخصية اليمني، وعلى هذا الأساس فإن المحاكم اليمنية تختص بنظر دعوى فسخ الزواج، ولو كان الزوج أجنبياً خارج اليمن.

و أن الحكم الصادر من محكمة أجنبية بفسخ زواج اليمنية لا يكتسب الحجية القانونية في اليمن، لأنه صدر خلافاً لقواعد الاختصاص القانوني والقضائي اليمني السابق عرضها في الوجهين السابقين، لأن تلك القواعد من النظام العام حسبما ألمح الحكم محل تعليقتنا.

### الوجه الثالث: مدى قابلية الحكم الأجنبي بفسخ زواج اليمنية للتنفيذ في اليمن:

سبق القول في الوجه الثالث أن الحكم الأجنبي بفسخ زواج اليمنية يخالف قواعد الاختصاص القضائي والقانوني المقررة في القانون اليمني، وإن هذه القواعد من النظام العام حسبما قضى الحكم محل تعليقتنا، وعلى ذلك فإن الحكم الأجنبي بفسخ زواج اليمنية لا يقبل تنفيذه في اليمن عملاً بالمادة (٤٩٤) من قانون المرافعات اليمني التي نصت على أنه: (يشترط لتنفيذ السند التنفيذي الأجنبي ما يأتي: -١- ألا يخالف السند التنفيذي الأجنبي أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة أو قواعد النظام العام في اليمن -٢- أن تكون المحاكم اليمنية غير مختصة بنظر النزاع الذي صدر فيه السند التنفيذي الأجنبي وإن كانت المحكمة الأجنبية التي أصدرته مختصة به طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها)، وقد سبق أن ذكرنا في الوجه الثاني أن المحاكم اليمنية هي المختصة بنظر دعوى فسخ زواج اليمنية، وأن القواعد القانونية الآمرة في القانون اليمني تنص على أن قانون الأحوال الشخصية اليمني هو الذي يجب تطبيقه على دعوى فسخ الزواج.

## الخاتمة

### النتائج

١. الحكم الأجنبي هو الحكم الصادر من هيئة قضائية باسم سلطة دولة أجنبية أو هيئة أجنبية، بغض النظر عن مكان صدور الحكم سواء كان حكماً إلزامياً أو أمراً ولائياً أو أمراً أداً أو حكماً مستعجلاً.
٢. تنفيذ الحكم الأجنبي يوازن بين اعتبارين الأول مبدأ السيادة، حيث إن اللجوء للقوة المادية لا يكون إلا تنفيذاً لحكم قضائي وطني، والثاني مراعاة مصالح الأفراد في تنفيذ الحكم الأجنبي.
٣. يرى القانون الفرنسي ومن سايره كالقانون اليميني المادة (٤٩٢) مرافعات يمني الأخذ بنظام الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ووضع الصيغة التنفيذية.
٤. والاختصاص لقاضي التنفيذ، والقاضي لا يراجع الحكم الأجنبي، بل يتأكد من توافر شروط تنفيذ الحكم الأجنبي وكأنه محكمة تنفيذ ومحكمة طعن مثل علاقة المحكمة العليا بنظر الطعن يراقب القانون دون الوقائع.
٥. شروط تنفيذ الحكم الأجنبي: المادة (٤٩٤) مرافعات: ١- صدور الحكم من محكمة مختصة دولية حسب قانون تلك الدولة والمقصود به الاختصاص الدولي فقط والاختصاص المبني على النظام العام. ٢- وألا تكون المحاكم اليمينية هي المختصة بالنزاع الذي صدر فيه السند التنفيذي الأجنبي اختصاصاً وجوبياً كما، لو كانت محكمة موقع العقار بخلاف الاختصاص الجوازي، كما لو كانت محكمة موطن المدعى عليه. ٣- صحة الإجراءات القضائية الآمرة وفق قانون البلد الذي أصدر الحكم. ٤- حيازة الحكم لقوة الأمر المقضي به أي نهائية الحكم وفقاً للقانون الأجنبي. ٥- عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سابق يمني. ٦- عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في اليمن وقت التنفيذ للحكم مع مراعاة الأثر المخفف للنظام العام وقانون القاضي يحكم إجراءات التنفيذ.
٦. وللقاضي أن يأمر بالتنفيذ إن توافرت الشروط ويذيل الحكم بالصيغة التنفيذية وإن لم تتوافر رفض التنفيذ ولو جزئياً ولا يصح الحكم ببطلان الحكم الأجنبي ولا يمس من الحكم الأجنبي، ويصح الطعن في الأمر الصادر في رفض التنفيذ وفق قواعد قانون التنفيذ الجبري بما يتلاءم مع الخصومة الدولية.

## التوصيات

١. الحكم الأجنبي له حجية الأمر المقضي به منذ صدوره ومعناها القرينة القانونية التي تعني أن الحكم طالما قد صدر فإنه صحيح بكل ما فيه، ولكنها حجية مشروطة بأن تنفيذه لا يتم إلا بشروط بخلاف الحكم الوطني وللحكم الأجنبي قوة ثبوتية على ما فيه لأنه محرر رسمي.
٢. تفعيل نظام المعاملة بالمثل حيث تنص المادة (٣/٤٩٤) مرافعات على: السندات التنفيذية الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ السندات التنفيذية اليمنية معاملة بالمثل وهو نظام يمكن من خلاله تطبيق نظام دولة السند التنفيذي سواء كانت تلك الدولة تتبع المراجعة أو الرقابة فيعاملها القاضي الوطني بالمثل، ويجب أن يكون التبادل واقعياً فلا يكتفى أن ينص قانون دولة السند الأجنبي على تنفيذ الحكم اليمني، بل لا بد من التنفيذ الواقعي الفعلي للحكم اليمني.
٣. لا يكتفى أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن قد صدر من محكمة أجنبية مختصة (الشق الإيجابي) بل يشترط أيضاً عدم اختصاص المحاكم اليمنية بالفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن (الشق السلبي) وهذا الشرط السابق ينطبق فقط على الاختصاص الوجوبي أو القاصر لتعلقه بالنظام العام كالاختصاص المبني على الأموال أو الالتزامات أو الإفلاس الذي أشهر في اليمن - دون الاختصاص الجوازي، كالاختصاص المبني على الجنسية أو القبول الاختياري أو الطلبات العارضة، أو صدر في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين.

## قائمة المراجع:

- أصول القانون الدولي الخاص، د. محمد كمال فهمي، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م.
- التحكيم الدولي الخاص، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.
- القانون الدولي الخاص (الجزء الثاني)، د. عز الدين عبدالله، الطبعة الثانية، ١٩٧٧م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الوجيز في القانون الدولي الخاص، د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م.
- تنازع الاختصاص، د. هشام صادق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
- تنازع الاختصاص، د. عبدالوهاب محمد السادة، مكتبة التسهيل، ٢٠٢٤م.
- تنازع القوانين (الكتاب الأول)، د. فؤاد عبدالمنعم رياض ود. محمد خالد الترجمان، ٢٠٠٢م، ٢٠٠٣م.
- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في منازعات الاستثمار، د. عبدالحكيم أحمد عطروش، مجلة القانون المغربي، العدد ٨، مارس، ٢٠١٢م.
- مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، د. أحمد قسمت الجداوي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٢م.



المجلة الأردنية للقضاء والقانون

مجلة  
البحوث  
القانونية  
القضائية  
العلمية

# أحكام التمسك بانعدام الحكم القضائي

(التعليق على الحكم الصادر عن المحكمة العليا اليمنية  
برقم (١٦١) وتاريخ ٣٠/٤/٢٠٢٤م)

المحامي. الدكتور/ مجدي عبدالملك محمد قيس

## المباخص

تطرقنا في هذا التعليق إلى بيان أحكام التمسك بانعدام الحكم القضائي وفقاً لآخر التعديلات القانونية لقانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م، وقد تناولنا في هذا التعليق، مفهوم التمسك بانعدام الحكم القضائي، وأسباب التمسك بالانعدام، وكيفية التمسك به، وكذلك طبيعة التمسك بالانعدام وطبيعة الحكم الصادر بشأنه وآثاره، ومن ثم تطبيق وإسقاط مدلول تلك المفاهيم والأحكام على الحكم محل التعليق، وأخيراً فقد توصلنا إلى العديد من النتائج في نهاية هذا التعليق.

الكلمات الافتتاحية: انعدام الحكم القضائي، حالات الانعدام، الدفع بالانعدام، الدعوى بالانعدام، طبيعة الانعدام.

## المقدمة (مباخص الوقائع والإجراءات):

إن الحكم القضائي متى صدر يظل صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية، أهمها حجية الأمر المقضي به، ويمتنع بحث العيوب التي تلحقه إلا عن طريق إحدى طرق الطعن المقررة في القانون، فإذا كان الحكم مما لا يجوز الطعن فيه أصلاً، أو استنفذ طرق الطعن فيه صار صحيحاً بصورة نهائية، ولا سبيل لإهداره، أو التمسك ببطلانه وفقاً لقاعدة عدم جواز المساس بالحكم، وهذا هو الأصل، إلا أن المسلم به استثناءً من هذا الأصل العام في بعض الصور القول بإمكان التمسك ببطلانه أو انعدامه عن طريق رفع دعوى مبتدأة، أو الدفع بذلك في دعوى أخرى إذا تجرد الحكم من أركانه الأساسية-وقوامها الولاية القضائية، والكتابة، والخصومة الصحيحة وفقاً للقانون-، ومن قبيل ذلك مثلاً، صدور حكم من قاض أو محكم يمنعه القانون أصلاً من التعرض لما قضى به، وهذا ما قضت به الدائرة المدنية الهيئة (أ) بالمحكمة العليا اليمنية في حكمها الصادر حديثاً برقم (١٦١) وتاريخ ٢١/١٠/١٤٤٥هـ الموافق ٣٠/٤/٢٠٢٤م، والتي قضت فيه بالقول: «بعد الاطلاع على الدفع والرد عليه وعلى أوراق الملف كاملة بما فيها حكم المحكمة العليا... وكذا حكم محكمة الاستئناف... في دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر... محل دعوى الانعدام وحيث تبين سلامة توجه الدفع إلى حكم المحكمة العليا وحكم محكمة الاستئناف المشار إليهما أنفاً باعتبارهما الحكمين المضللين لحكم التحكيم المدعى انعدامه... والملاحظ أن حكم التحكيم قد ذكر في ديباجته أنه بموجب تفويض المحكمة وتحكيمه... وذلك للنظر في الأحكام الصادرة من الجهات المختصة ومقصود بها (أحكام المحاكم) ومن

المحكّمين السابقين فيما بين الأطراف...، وبعد الرجوع إلى أسباب الدفع بالانعدام تبين أنها منحصرة فيما قرره القانون في المادة (٢١٧) مرافعات، وكان على محكمة الاستئناف عندما رفعت إليها دعوى البطلان تلافي حصول الدفع بالانعدام وإبطال حكم التحكيم، وكذلك المحكمة العليا...، كما أن حكم التحكيم لم يشر فيما قضى به إلى حقيقة ما تم فيه التفويض بشأن الأحكام فلم يناقش حجية ما قضى به بين الأطراف ولم يشر المحكم إلى القيمة القانونية لأي مستند من المستندات المعروضة عليه ولم يدرك أن القانون يمنعه ويمنع أي محكمة أخرى من التعرض لما قضى، ومن ثم فلا ولاية له في الأحكام...؛ وكون الرد على الدفع قد رفع بالوكالة لأحد أبناء المدفوع ضدهم وما فيه من موافقته لما ورد في أسباب الدفع لا يعني أن ذلك موجب للحكم في الدفع بقبوله؛ كون الدفع أو الدعوى بالانعدام لا يحكم به إلا إذا تحقق وجوده القانوني بالفعل، وعليه حكمت الهيئة بعد المداولة بما هو آتٍ:

أولاً: قبول الدفع بالانعدام موضوعاً.

ثانياً: التقرير بانعدام حكم المحكمة العليا وحكم محكمة الاستئناف وحكم التحكيم المشار إليهم في هذا الحكم ويتم سحب الأحكام وفقاً للنظام.

ثالثاً: بقاء القيمة القانونية للأحكام التي عرضت على المحكم كما هي وكذلك بقاء القيمة القانونية لكل مستند عرض على المحكم.

رابعاً: إرجاع الأوراق إلى محكمة استئناف الأمانة ومنها إلى محكمة جنوب غرب لإعادة نظر النزاع بين الأطراف وإصدار حكم حاسم للنزاع بما يجب شرعاً وقانوناً مع مراعاة ما ورد في البند ثالثاً.

## المشكلة:

تكمن المشكلة الحقيقية لهذا التعليق في أن المشرع اليمني في تعديلاته الأخيرة لقانون المرافعات والتنفيذ المدني عام ٢٠٢١م<sup>(١)</sup>، أعاد تنظيم أحكام التمسك بالانعدام في نصوصه، وذلك بإضافة نصوص واستبعاد أخرى، الأمر الذي أثار عدة تساؤلات - حول أحكام التمسك بالانعدام بعد التعديلات الأخيرة للقانون - سوف نحاول الإجابة عليها من

(١) القانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م بشأن تعديل بعض نصوص قانون المرافعات والتنفيذ المدني الصادر بالقانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد ١٩ الصادر بتاريخ ١٥/١٠/٢٠٠٢م، وتعديلاته بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م.

خلال هذه التعليق، وهذه الأسئلة تتمثل في الآتي:

ما مفهوم التمسك بانعدام الحكم القضائي؟ وما هي أسباب أو حالات التمسك بانعدام الحكم القضائي، وكيفية التمسك بانعدام الحكم القضائي؟ وأخيراً ما هي طبيعة التمسك بانعدام الحكم القضائي، وطبيعة الحكم الصادر بشأنه وآثاره؟ وللإجابة على تلك التساؤلات، سوف نتناول هذا التعليق في خمس فقرات، وذلك على النحو الآتي:

- مفهوم التمسك بانعدام الحكم القضائي.
- أسباب التمسك بانعدام الحكم القضائي.
- كيفية التمسك بانعدام الحكم القضائي.
- طبيعة التمسك بانعدام الحكم القضائي وطبيعة الحكم الصادر بشأنه وآثاره.
- التطبيق العملي.

### الفقرة الأولى: مفهوم التمسك بانعدام الحكم القضائي:

١- تعريف التمسك بالانعدام: إن التمسك بالانعدام يتمثل في الطلب الذي يرمي به صاحب المصلحة إلى تقرير انعدام الحكم المخالف<sup>(١)</sup>، وبالنسبة لتعريف الانعدام فقد ورد تعريفه في نص المادة (٥٥) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني، وتعديلاته، والتي نصت على أن: «الانعدام وصف قانوني يلحق العمل القضائي ويجعله مجرداً من جميع آثاره الشرعية والقانونية ولا يحكم به إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون»، ويتضح من خلال هذا التعريف بأن الانعدام هو جزء إجرائي يصيب العمل القضائي المخالف للقانون- والفرض هنا أن هذه المخالفة تؤدي إلى تجريده من آثاره الشرعية والقانونية-، وأنه لا يحكم به إلا في الأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات والتنفيذ المدني، وبحسب نص المادة (٥٦) من ذات القانون<sup>(٢)</sup>، فإن الحكم القضائي يعتبر منعدماً إذا فقد أحد أركانه المنصوص عليها في المادة (٢١٧)<sup>(٣)</sup>، وهذا

(١) غنية شرقي، بطلان إجراءات المحاكمة، رسالة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، الجزائر، ٢٠١٥م، ص٧٣.

(٢) تنص المادة (٥٦) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته على أنه: «إذا تعلق الانعدام بحكم قضائي أياً كانت المحكمة أو الهيئة التي أصدرته فلا يكون لهذا الحكم أي أثر شرعي وقانوني، ويعتبر منعدماً إذا فقد أحد أركانه المنصوص عليها في المادة (٢١٧)». «.

(٣) تنص المادة (٢١٧) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أن: «الحكم قرار مكتوب صادر في خصومة معينة من ذي ولاية قضائية شرعية وقانونية».

يعني أن الانعدام يفترض أن الحكم القضائي الذي صدر فاقد لأحد أركانه المنصوص عليها في المادة (٢١٧) -وقوامها أن يكون مكتوباً، وصادراً من قاض له ولاية قضائية في خصومة معينة وفقاً للقانون- يبقى مجرداً من جميع آثاره الشرعية والقانونية، وقد عرف بعض الفقه الانعدام بأنه: «الحكم الذي فقد ركناً من أركانه الأساسية أو شابهه عيب جوهري أصاب كيانه»<sup>(١)</sup>، وعرفه البعض بأنه: «عدم وجود العمل الإجرائي من الوجهة القانونية»<sup>(٢)</sup>، حيث إن الإجراء وإن كان موجوداً من الناحية المادية، إلا أنه من الناحية القانونية هو والعدم سواء<sup>(٣)</sup>.

والانعدام هو جزء إجرائي لعدم توافر أركان العمل القانوني؛ فيكون هذا العمل غير قائم أصلاً<sup>(٤)</sup>، وانعدام العمل القانوني يعني عدم وجوده<sup>(٥)</sup>.

وبناءً على ما سبق، فإن الانعدام جزء إجرائي يصيب أركان العمل القضائي -وقوامها الكتابة والولاية القضائية والخصومة الصحيحة وفقاً للقانون-؛ فيجرده من جميع آثاره الشرعية والقانونية بما يجعله هو والعدم سواء، وتعتبر الأحكام القضائية هي أهم مجال لتطبيق فكرة الانعدام، ومثال الحكم المنعدم: ذلك الذي يصدر عن شخص ليس له ولاية قضائية شرعية أو قانونية<sup>(٦)</sup>.

٢- التفرقة بين الانعدام وغيره من الجزاءات الإجرائية المشابهة: نظم المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني الانعدام في نصوص الفصل الثامن من الباب التمهيدي الواردة تحت مسمى (بطلان الإجراءات وانعدامها) مما يعني أن الانعدام والبطلان كلاهما جزء قانوني يلحق العمل الإجرائي المخالف للقانون، ولذا كثيراً ما يدق التفرقة بينهما، ويمكن استخلاص هذه التفرقة بينهما من نصوص القانون على النحو الآتي:

- (١) د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٢م، ص ٢٥٢.
- (٢) د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني وفق قانون المرافعات، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م، ص ٣٠٥.
- (٣) د. المهدي مراجع إسماعيل، انعدام الحكم القضائي، مجلة أبحاث قانونية - المجلد الحادي عشر - العدد الأول - يونيو ٢٠٢٤م، جامعة سرت، ليبيا، ص ١٨.
- (٤) د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٨م، ص ٢.
- (٥) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠م، ص ٤٣٢.
- (٦) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في اليمن بأن: «ما يصدره القاضي بعد تنحيته (عزله) إحالته للمعاش وقفه عن العمل... (الخ) منعدم قانوناً لانعدام ولايته (الطعن رقم (١) لسنة ٤٢٠هـ، جلسة ١٩٩٩/٤/٢٤م، مشار إليه لدى د. مجدي عبد الملك محمد قيس، النظام القانوني للدفع أمام المحاكم الجزائية في القانون اليمني «دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراه، قسم القانون الجنائي، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، ١٩٦٣م، ص ١٩٦».

١- البطلان أوسع نطاقاً من الانعدام؛ فالحكم الباطل يقع على كل إجراء نص القانون صراحة على بطلانه<sup>(١)</sup>، أو جاء مخالفاً لغرض جوهرى<sup>(٢)</sup>، أو مشوباً بعيب لم تتحقق منه الغاية المطلوبة<sup>(٣)</sup>، بينما الانعدام لا يحكم به إلا في الأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات<sup>(٤)</sup>.

٢- البطلان لا يقع بقوة القانون، بينما الانعدام يقع بقوة القانون؛ حيث أن الإجراء الباطل يبقى منتجاً لآثاره إلى أن يحكم ببطلانه<sup>(٥)</sup>، أما الانعدام يبقى مجرداً من جميع آثاره الشرعية والقانونية<sup>(٦)</sup>، أي بدون حاجة إلى من يعدمه<sup>(٧)</sup>، وإنما يمكن لكل ذي مصلحة التصرف مفترضاً أن هذا الإجراء لم يصدر، وهذا هو الأصل<sup>(٨)</sup>.

٣- إذا تقرر بطلان العمل الإجرائي، يزول وتزول معه كل الإجراءات التي اتخذت بناءً عليه، ومع ذلك لا يؤثر البطلان على الإجراءات السابقة على الإجراء الباطل<sup>(٩)</sup>، أما إذا تقرر انعدام العمل الإجرائي تنعدم معه كل الإجراءات التي اتخذت في العلاقة الإجرائية برمتها<sup>(١٠)</sup>.

٤- البطلان على درجتين من القوة، فإما أن يكون متعلقاً بالنظام العام، أو متعلقاً بمصلحة الخصوم، وفي الحالة الأولى: يجوز التمسك به من كل ذي مصلحة في أي مرحلة

(١) تنص المادة (٤٧) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: «يقع باطلاً كل إجراء نص القانون صراحة على بطلانه».

(٢) تنص المادة (٤٨) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: «يقع باطلاً كل إجراء أغفل أو جاء مخالفاً لغرض جوهرى».

(٣) تنص المادة (٤٩) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: «يقع باطلاً كل إجراء مشوب بعيب لم تتحقق منه الغاية المطلوبة».

(٤) راجع نص المادة (٥٥) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

(٥) تنص المادة (٥٠) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: «يعتبر العمل الإجرائي منتجاً لآثاره حتى يحكم ببطلانه».

(٦) راجع نص المادة (٥٥) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

(٧) د. مجدي عبد الملك محمد قيس، النظام القانوني للدفع أمام المحاكم الجزائية في القانون اليمني «دراسة مقارنة»، مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٨) د. حسن علي مجلي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المبادئ العامة، دار جامعة صنعاء للنشر والتوزيع، صنعاء، ٢٠١٢م، ص ٣٣٩.

(٩) تنص المادة (٥١) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: «لا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه ولا الإجراءات اللاحقة عليه التي لا تكون مبنية عليه، أما الإجراءات المترتبة عليه فتبطل تبعاً لبطلانه».

(١٠) د. حسن علي مجلي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المبادئ العامة، مرجع سابق، ص ٣٣٩.

كانت عليها الدعوى، ويجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها<sup>(١)</sup>، وفي الحالة الثانية لا يجوز التمسك به إلا ممن شرع البطلان لمصلحته (صاحب الصفة فيه)، كما لا يجوز التمسك به من الخصم الذي تسبب في وقوعه<sup>(٢)</sup>، بينما الانعدام على درجة واحدة من القوة، فهو يتعلق بالنظام العام<sup>(٣)</sup>، ويقضى به ولم لم يطلبه الخصوم<sup>(٤)</sup>، وبالتالي فهو يتشابه مع البطلان المتعلق بالنظام العام في أن كلاهما يجب أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يطلبه الخصوم، كما يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا<sup>(٥)</sup>.

٥- الإجراء الباطل يجوز تصحيحه إذا تنازل عنه من شرع لمصلحته صراحةً أو ضمناً إذا كان متعلقاً بمصلحة الخصوم، أما إذا كان متعلقاً بالنظام العام فلا يجوز تصحيحه<sup>(٦)</sup>، بينما الانعدام لا مجال فيه للتصحيح، أو تلافيه مثله في ذلك مثل البطلان المتعلق بالنظام العام تماماً<sup>(٧)</sup>.

٦- الحكم الباطل يلزم الطعن فيه في مواعيد الطعن القانونية المقررة، وإلا أصبح حكماً نهائياً واجب النفاذ، بينما الحكم المنعدم فإنه يظل كذلك حتى ولو فات ميعاد الطعن فيه<sup>(٨)</sup>.

٧- إن البطلان يفترض عيباً في الإجراءات أقل جسامة مما يفترضه الانعدام، وذلك لأن

(١) تنص المادة (٥٢) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: «إذا كان البطلان راجعاً لمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام جاز التمسك به لكل ذي مصلحة وللنيابة العامة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ويجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها».

(٢) تنص المادة (٥٣) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: «لا يجوز التمسك بالبطلان إلا ممن شرع البطلان لمصلحته ولا يجوز التمسك به من الخصم الذي تسبب فيه وذلك فيما عدا الحالات المتعلقة بالنظام العام».

(٣) د. سعيد خالد الشرعبي، الموجز في أصول قانون القضاء اليمني، منشورات مركز الصادق، صنعاء ٢٠٠٤م، ص ٣١٣.

(٤) د. حسن علي مجلي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المبادئ العامة، مرجع سابق، ص ٣٣٩.

(٥) د. مجدي عبد الملك محمد قيس، النظام القانوني للدفع أمام المحاكم الجزائية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٦) تنص المادة (٥٤) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: «يزول البطلان إذا تنازل عنه من شرع لمصلحة صراحةً أو ضمناً فيما عدا الحالات المتعلقة بالنظام العام».

(٧) د. مجدي عبد الملك محمد قيس، النظام القانوني للدفع أمام المحاكم الجزائية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ١٩٧.

(٨) د. مجدي عبد الملك محمد قيس، النظام القانوني للدفع أمام المحاكم الجزائية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ١٩٨.

العيب في البطلان يتعلق بشرط من شروط صحة الإجراء<sup>(١)</sup>، بينما في الانعدام يتعدى ذلك إلى زوال ركن من أركان هذا الإجراء<sup>(٢)</sup>، ويترتب على ذلك أن الإجراء الباطل له وجود قانوني وإن يكن وجوداً معيباً، أما الإجراء المنعدم فليس له أي وجود قانوني<sup>(٣)</sup>.

وأخيراً فقد ميزت المحكمة العليا اليمنية في أحد أحكامها بين الحكم الباطل، والحكم المنعدم بقولها: «إذا لم يصدر الحكم بأغلبية الآراء ومن (قاض) ذي ولاية مستمرة حتى النطق بالحكم فإنه يكون باطلاً في الحالة الأولى، ومعدوماً في الحالة الثانية»<sup>(٤)</sup>.

وخلاصة القول، أن الانعدام أشد جسامته من البطلان، وتوجد هناك عدة فروق جوهرية بين البطلان والانعدام، وعلى الرغم من ذلك إلا أن هناك أوجه تشابه بينهما في أن كلاهما يعطل آثار العمل الإجرائي، وأن الحكم الصادر بأيهما يكون كاشفاً لا منشئاً له<sup>(٥)</sup>، ويبدو التشابه أكثر بين الانعدام والبطلان المتعلق بالنظام العام في أن كلاهما يجب أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يطلبه الخصوم، كما يجوز إثارتهما لأول مرة أمام المحكمة العليا.

**٣- الأساس القانوني للتمسك بالانعدام:** أن التمسك بالانعدام يستمد أساسه القانوني من النصوص القانونية المنظمة لأحكام الانعدام في الفصل الثامن من الباب التمهيدي في قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، والواردة تحت مسمى (بطلان الإجراءات وانعدامها) في المواد (٥٥، ٥٦، ٥٧) من ذات القانون.

## الفقرة الثانية: أسباب أو حالات التمسك بانعدام الحكم القضائي:

توصلنا سابقاً بأن الانعدام وفقاً لنص المادة (٥٥) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني لا يحكم به إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون، وبالتالي يكون المشرع

(١) ومثال ذلك عدم مراعاة المواعيد والإجراءات المنصوص عليها في القانون لاتخاذ الإجراء.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في اليمن بأنه: «ما يصدره القاضي بعد تنحيته (عزلها حالته للمعاش - وقفه عن العمل... الخ) منعدماً قانوناً لانعدام ولايته (الطعن رقم (١) لسنة ١٤٢٠هـ، جلسة ١٩٩٩/٤/٢٤م، مشار إليه لدى: د. مجدي عبد الملك محمد قيس، النظام القانوني للدفع أمام المحاكم الجزائية في القانون اليمني «دراسة مقارنة»، مرجع سابق، ص ١٩٦).

(٣) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٣٥٦.

(٤) الحكم في الطعن رقم (٢٥٣) لسنة ١٤٢٠هـ، جلسة ٢٠٠٠/٥/١٨م، مشار إليه لدى: د. مجدي عبد الملك محمد قيس، النظام القانوني للدفع أمام المحاكم الجزائية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ١٩٨.

(٥) د. مجدي عبد الملك محمد قيس، النظام القانوني للدفع أمام المحاكم الجزائية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ١٩٧.

اليمني قد تبنى معيار النص التشريعي في تقرير الانعدام في ذات القانون، وبالعودة إلى نصوص هذا القانون يكون الانعدام في الأحوال الآتية:

١- تضمن الفصل الثالث من الباب التمهيدي في قانون المرافعات والتنفيذ المدني ما يترتب على مخالفته انعدام العمل القضائي؛ حيث نصت المادة (١٥) من ذات القانون على أنه: «يترتب على مخالفة المواد (٩، ١١، ١٢، ١٣) من هذا الفصل انعدام العمل القضائي وكل ما يترتب عليه»، وبالعودة إلى نصوص المواد المشار إليها في هذه المادة، يكون العمل القضائي منعدماً في الأحوال التالية:

- أ- عدم تقيد القاضي في ولايته القضائية بقرار تعيينه، أو ندمه، أو نقله<sup>(١)</sup>.
  - ب- عدم اجتماع المحكمة المشككة من أكثر من قاضٍ لنظر الدعوى والحكم فيها<sup>(٢)</sup>.
  - ج- قيام القاضي بفتح نزاع قد حسم بحكم صدر من ذي ولاية قضائية أو من محكم<sup>(٣)</sup>.
  - د- إصدار حكم بعد انتهاء ولايته عدا ما حجزه قبل نقله أو ندمه أو إحالته للتقاعد<sup>(٤)</sup>.
- ٢- نصت المادة (٥٦) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أن الحكم القضائي يعتبر منعدماً إذا فقد أحد أركانه المنصوص عليها في المادة (٢١٧)، وبالعودة إلى نص المادة المشار إليها، يفقد الحكم أحد أركانه في الأحوال التالية:
- أ- صدور الحكم بدون كتابة.

- ب- صدوره من غير ذي ولاية قضائية شرعية وقانونية.
- ت- صدوره في خصومة معينة بالمخالفة للقانون.

٣- تضمن الفصل الأول من الباب الرابع في قانون المرافعات والتنفيذ المدني ما يمنع على القاضي أو عضو النيابة النظر فيه منعاً وجوبياً في نص المادة (١٢٨)، وأشارت المادة (١٢٩) إلى متى يكون عملها منعدماً؛ حيث نصت المادة (١٢٩) على ما لفظه: «يكون عمل القاضي أو عضو النيابة في الأحوال المذكورة في البنود (١، ٢، ٤، ٦، ٨، ٩) من المادة السابقة - (١٢٨) - منعدماً (كأن لم يكن) وكذلك إذا كان قد أدى شهادة في القضية المعروضة عليه قبل عمله بالقضاء أو كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية...»، وبالعودة إلى البنود المشار إليها في نص المادة (١٢٨) يكون عمل

(١) راجع نص المادة (٩) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

(٢) راجع نص المادة (١١) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

(٣) راجع نص المادة (١٢) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

(٤) راجع نص المادة (١٣) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

القاضي أو عضو النيابة منعماً في الأحوال التالية:

- أ- إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة<sup>(١)</sup>.
- ب- إذا كان قريباً أو صهراً لمحامي أحد الخصوم أو لعضو النيابة إلى الدرجة الرابعة<sup>(٢)</sup>.
- ج- إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أولاده أو أحد أبويه خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو زوجته أو أحد أولاده أو أحد أبويه<sup>(٣)</sup>.
- د- إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عود النسب أو لمن يكون هو وكيلاً عنه أو ممثلاً قانونياً له مصلحة في الدعوى القائمة<sup>(٤)</sup>.
- هـ- إذا رفع القاضي دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده شكوى إلى جهة الاختصاص<sup>(٥)</sup>.

و- إذا رفعت عليه دعوى مخاصمة وتم قبولها قبل الحكم فيها<sup>(٦)</sup>.

ي- يضاف إلى ذلك حالة أداء الشهادة في القضية المعروضة عليه قبل عمله بالقضاء أو كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية<sup>(٧)</sup>.

وخلاصة القول، أن المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني قد أورد حالات الانعدام في نصوصه، وأن هذا الحالات من شأنها تجريد الحكم القضائي من الأركان الأساسية لوجوده، وبالتالي يكون المشرع اليمني قد تبنى معيار النص التشريعي في تقرير الانعدام، وهو موفق جداً في ذلك لكي لا يتمادى الخصوم في تقديم الدفوع أو الدعاوى الكيدية ضد الأحكام القضائية بداعي الانعدام.

### الفقرة الثالثة: كيفية التمسك بانعدام الحكم القضائي:

إن كيفية التمسك بالانعدام تعني الطريقة، أو الإجراءات التي يمكن للخصم أن يتبعها من أجل الوصول إلى تقرير انعدام الحكم المخالف، أو المشوب بعيب قد يؤدي

(١) راجع نص المادة (١/١٢٨) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

(٢) راجع نص المادة (٢/١٢٨) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

(٣) راجع نص المادة (٤/١٢٨) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

(٤) راجع نص المادة (٦/١٢٨) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

(٥) راجع نص المادة (٨/١٢٨) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

(٦) راجع نص المادة (٩/١٢٨) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

(٧) راجع نص المادة (١٢٩) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

إلى انعدامه<sup>(١)</sup>، وقد نظم المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني كيفية التمسك بالانعدام في نص المادة (٥٧/أ)، والمادة (١٢٩) من ذات القانون، حيث نصت المادة (٥٧/أ) مرافعات المعدلة بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م من ذات القانون على أنه: «يتم مواجهة الحكم المنعدم أياً كانت المحكمة التي أصدرته بدفع أمام قاضي التنفيذ أو أمام محكمة الموضوع بدعوى مبتدأة على النحو الآتي:

- ١- بدفع أمام قاضي التنفيذ على الحكم (أي السند التنفيذي).
  - ٢- بدفع أمام محكمة الموضوع الابتدائية أو الاستئنافية بحسب الأحوال إذا استدل بالحكم المدعى بانعدامه أو كان مطعوناً عليه بالاستئناف.
  - ٣- بدعوى مبتدأة إلى المحكمة العليا تقدم أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المدعى بانعدامه أياً كانت درجتها.
- وفي جميع الأحوال تتوقف الخصومة أو الإجراء التنفيذي وتتولى المحكمة التي قدم أمامها رفع الدفع أو الدعوى والرد والحكم المدعى بانعدامه خلال عشرة أيام إلى المحكمة العليا للفصل فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وصوله إليها.
- ٤- بدفع أمام المحكمة العليا إذا استدل بالحكم المدعى بانعدامه أو كان مطعوناً بالنقض فيه أمامها».

ونصت المادة (١٢٩) من ذات القانون على أنه: «يكون عمل القاضي أو عضو النيابة في الأحوال المذكورة في البنود (١، ٢، ٤، ٦، ٨، ٩) من المادة السابقة منعدياً (كأن لم يكن) وكذلك إذا كان قد أدى شهادة في القضية المعروضة عليه قبل عمله بالقضاء أو كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية وإذا قام سبب منها بحكم صدر من المحكمة العليا جاز للخصم أن يطلب منها سحب الحكم وإعادة نظر الطعن في دائرة أخرى في أي وقت علم به...».

وباستعراض النصوص القانونية المذكورة أعلاه يمكننا الحديث عن كيفية التمسك بانعدام الحكم القضائي في النقاط الآتية:

- ١- الوسيلة القانونية للتمسك بالانعدام: يتضح من خلال نص المادة (٥٧/أ) المذكورة أعلاه، أنه يمكن مواجهة الحكم المنعدم بإحدى وسيلتين هما: الدفع أو الدعوى المبتدأة بالانعدام، وأضافت المادة (١٢٩) المذكورة سابقاً وسيلة أخرى يمكن للخصم

(١) محمد طاهر رحال، بطلان إجراءات التحقيق في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، الجزائر، ٢٠٠٩م، ص ٤٨.

من خلالها مواجهة الحكم المنعدم، وهذه الوسيلة هي طلب سحب الحكم، ونوضح أحوال، وكيفية التمسك بالانعدام عن طريق استخدام إحدى الوسائل القانونية المشار إليها، وذلك على النحو الآتي:

أ- طلب سحب الحكم: إذا كان سبب الانعدام يستند إلى حالة من حالات الامتناع الوجوبي المشار إليها في نص المادة (١٢٩) مرافعات، وفي هذه الحالة يجوز للخصم إذا توافر سبب منها بحكم صدر من المحكمة العليا أن يطلب منها - دون غيرها - سحب الحكم وإعادة نظر الطعن في دائرة أخرى في أي وقت علم به.

ب- الدفع أو الدعوى المبتدأة بالانعدام: أما إذا كان سبب الانعدام يستند إلى حالة من الحالات الأخرى للانعدام، ففي هذه الحالة يمكن مواجهة الانعدام بإحدى وسيلتين وذلك على النحو الآتي:

- الدفع بالانعدام<sup>(١)</sup>: يمكن إثارة الدفع بالانعدام أمام إحدى الجهات القضائية التالية:

١- الدفع بالانعدام أمام محكمة الموضوع: يمكن إثارة الدفع بالانعدام أمام محكمة الموضوع، وهذه المحكمة قد تكون (الابتدائية، أو الاستئنافية)، أو قاضي التنفيذ، أو محكمة الطعن (الاستئنافية أو العليا) بحسب الأحوال، وذلك إذا استدل بالحكم المنعدم في دعوى أخرى منظورة أمامها.

٢- الدفع بالانعدام أمام قاضي التنفيذ: للمحكوم عليه ان يدفع بالانعدام أمام قاضي التنفيذ عند مباشرة تنفيذ الحكم الصادر من قاضي الموضوع، وذلك باعتبار أن الحكم سند التنفيذ منعدم، أي غير موجود قانوناً.

٣- الدفع بالانعدام أمام محكمة الطعن: يمكن أيضاً إثارة الدفع بالانعدام أمام محكمة الطعن، وهذه المحكمة قد تكون المحكمة الاستئنافية، أو المحكمة العليا بحسب الأحوال، وذلك إذا كان الحكم الصادر من محكمة الموضوع مازال قابلاً للطعن فيه، وذلك على اعتبار أن الحكم محل الطعن منعدم، أما إذا استنفذ طرق الطعن، أو فانت مواعيده، فلا بد من البحث عن وسيلة أخرى من وسائل التمسك بالانعدام.

(١) عرفت المادة (١٧٩) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني الدفع بأنه: «دعوى يبديها المدعى عليه أو الطاعن اعتراضاً على موضوع الدعوى أو الطعن أو شروط قبولهما أو أي إجراء من إجراءاتهما»، وعرفه بعض الفقه بأنه: «هو الوسيلة التي يستطيع من خلالها أن يتمسك مدعي الانعدام بالانعدام، فهو طريق يسلكه صاحب المصلحة ليطالب انعدام الحكم الذي يرى أنه مخالف للقانون» (د. أحمد عوض بلال، الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص ١٥٣).

- الدعوى المبتدأة بالانعدام: يمكن أيضاً مواجهة الحكم المنعدم بدعوى مبتدأة تقدم إلى المحكمة العليا عن طريق تقديمها أولاً أمام المحكمة التي أصدرت هذا الحكم أياً كانت درجتها حتى ولو كانت المحكمة العليا نفسها.

وخلاصة القول، أن طلب سحب الحكم ينبغي تقديمه أمام المحكمة العليا فقط، بينما الدفع أو الدعوى المبتدأة بالانعدام يمكن تقديمهما أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى أياً كانت درجتها، أو تلك التي أصدرت الحكم أياً كانت درجتها.

٢- وقت التمسك بالانعدام: توصلنا سابقاً إلى أن هناك ثلاث وسائل للتمسك بالانعدام الحكم القضائي: إما الدفع بالانعدام أمام محكمة الموضوع، أو قاضي التنفيذ، أو محكمة الطعن بحسب الأحوال، وإما تقديم دعوى مبتدأة (أصلية) بالانعدام إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أياً كانت درجتها، وأخيراً تقديم طلب سحب الحكم لدى المحكمة العليا فقط، وطالما يوجد هناك أكثر من وسيلة للتمسك بالانعدام، فمن الطبيعي أنه يختلف الوقت الذي يجب أن يتمسك فيه بالانعدام عن طريق إحدى تلك الوسائل، وذلك بحسب ما إذا كانت هناك خصومة أخرى منظورة، أو عدم وجود خصومة منظورة أصلاً، ففي حال وجود خصومة أخرى منظورة، سواء كانت أمام محكمة الموضوع (أثناء الفصل في الموضوع)، والفرض هنا وجود حكم منعدم أستاذل به في دعوى منظورة أمامها، أو أمام قاضي التنفيذ (أثناء إجراءات التنفيذ)، والفرض هنا أن الحكم - سند التنفيذ - منعدم، أو محكمة الطعن (أثناء نظر الطعن في الحكم)، والفرض هنا أن الحكم - محل الطعن - منعدم، وفي هذه الأحوال ينبغي إثارة دفع بالانعدام، أما في حال عدم وجود خصومة منظورة أصلاً، ينبغي تقديم دعوى مبتدأة (أصلية) بالانعدام أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المدعى بانعدامه أياً كانت درجتها، ولو كانت المحكمة العليا، أو تقديم طلب سحب الحكم لدى المحكمة العليا في الأحوال الخاصة بذلك.

وخلاصة القول، أنه يمكن مواجهة انعدام الحكم القضائي من خلال ثلاث وسائل قانونية، إما بدفع أمام المحكمة المنظورة أمامها الخصومة، وإما بدعوى مبتدأة (أصلية) بالانعدام تقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المنعدم أياً كانت درجتها، أو بتقديم طلب سحب الحكم لدى المحكمة العليا في الأحوال الخاصة بذلك.

٣- المحكمة المختصة بالفصل في الدفع أو الدعوى بالانعدام: يتضح من خلال نص المادة (٥٧/أ) المذكور سابقاً، أن المحكمة المختصة بالفصل في الدفع، أو الدعوى

المبتدأة بالانعدام، هي المحكمة العليا، وقد ذهبت المحكمة العليا اليمنية في أحد أحكامها الصادرة حديثاً إلى أن هذا الاختصاص للمحكمة العليا يتعلق بكونها صاحبة ولاية شرعية وقانونية بالفصل في الدفع أو الدعوى بالانعدام دون غيرها من المحاكم، وفرفت بين اختصاص المحكمة وولايتها بالفصل في الدفع أو الدعوى بالانعدام، وقالت بأن الولاية أعم من الاختصاص؛ كون الخطأ في إعمال قواعد الاختصاص يستوجب الحكم بالبطلان<sup>(١)</sup>، وأما الخطأ في إعمال قواعد الولاية يستوجب الحكم بالانعدام.

والجدير بالذكر هنا أنه قبل التعديلات الأخيرة لقانون المرافعات والتنفيذ المدني في عام ٢٠٢١م، كانت المحكمة المختصة بالفصل في الدفع أو الدعوى بالانعدام هي المحكمة التي أصدرت الحكم المنعدم أيًا كانت درجتها وفقاً لنص المادة (٥٧) قبل تعديلها<sup>(٢)</sup>.

ونرى أن المشرع اليمني في التعديلات الأخيرة لقانون المرافعات والتنفيذ المدني سنة ٢٠٢١م كان موفقاً جداً في جعل المحكمة المختصة بالفصل في الدفع أو الدعوى بالانعدام هي المحكمة العليا؛ كونها هي الأجدر والأقدر من غيرها للفصل في مسألة انعدام الأحكام القضائية.

٤- إجراءات الفصل في الدفع أو الدعوى بالانعدام: أما عن كيفية إجراءات الفصل في الدفع أو الدعوى بالانعدام، فقد أشارت المادة (٥٧/أ) المذكورة أعلاه، إلى كيفية إجراءات الفصل في ذلك، وهذه الإجراءات يمكن تلخيصها على النحو الآتي:

أ- يجب أن يُثار الدفع بالانعدام أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى (محكمة الموضوع، أو قاضي التنفيذ، أو محكمة الطعن) بحسب الأحوال.

ب- يجب أن تقدم الدعوى المبتدأة بالانعدام أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المدعى بانعدامه أيًا كانت درجتها.

ج- وفي كل الأحوال يجب على المحكمة التي أثير أمامها الدفع بالانعدام، أو تلك التي

(١) الحكم الصادر من المحكمة العليا اليمنية في الدفع بالانعدام رقم (٧٢٧٠١) لسنة ١٤٤٤هـ، والصادر في جلسة ٢٠٢٢/١٢/١٨م.

(٢) تنص المادة (٥٧) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني قبل تعديلها على أنه: «تتم مواجهة الحكم المنعدم أيًا كانت المحكمة التي أصدرته بدفع أمام قاضي الموضوع أو التنفيذ أو بدعوى مبتدأة ترفع أمام المحكمة التي أصدرته أيًا كانت درجتها وإذا كانت المحكمة الابتدائية مشكلة من قاض فرد وكان الحكم صادراً منه فلذي الشأن رفع طلب إلى رئيس محكمة الاستئناف المختصة لتكليف قاض آخر لنظر الدعوى والفصل فيها، وتتم مواجهة الحكم المنعدم استئنافياً كان أو حكم محكمة عليا بدفع يقدم إلى رئيس المحكمة ليتولى إحالته إلى هيئة أخرى للنظر فيه، فإذا ثبت لديها صحة الدفع بالانعدام فعليها نظر الطعن من جديد».

قدمت إليها الدعوى المبتدأة بالانعدام أن تصدر قراراً بوقف إجراءات الفصل في الموضوع، أو التنفيذ، أو الطعن، وتتولى رفع، أو إحالة الأوراق المتعلقة بالدفع، أو الدعوى مع الرد والحكم المدعى بانعدامه إلى المحكمة المختصة (المحكمة العليا) خلال عشرة أيام من تاريخ إثارة الدفع، أو تقديم الدعوى.

د- يجب على المحكمة العليا أن تفصل في الدفع أو الدعوى المبتدأة بالانعدام خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ وصول أوراق الدفع، أو الدعوى إليها.

## الفقرة الرابعة: طبيعة التمسك بالانعدام بالحكم القضائي وطبيعة الحكم الصادر بشأنه وآثاره:

١- طبيعة التمسك بالانعدام: يتضح لنا من خلال العودة إلى نص المادة (٥٧/أ) المذكورة سابقاً أن المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني قد أشار إلى الطبيعة القانونية للتمسك بالانعدام، وذلك عندما أجاز التمسك بالانعدام، ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، وهذه الخاصية من خصائص الدفوع المتعلقة بالنظام العام وفقاً لنص المادة (١٨٥) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني<sup>(١)</sup>، وعلى المحكمة إثارة الانعدام من تلقاء نفسها، ولو لم يطلب منها الخصوم ذلك، وهذا ما أكدته المحكمة - محل تعليقنا - بالقول: «... وكانت محكمة الاستئناف عندما رفعت إليها دعوى البطلان تلافي حصول الدفع بالانعدام وإبطال حكم التحكيم، وكذلك حكم المحكمة العليا...»، وهذا يعني أنه إذا رأت محكمة الموضوع، أو محكمة الطعن أن الحكم منعدم امتنعت من تلقاء نفسها عن النظر في الدعوى أو الطعن، ولو لم يطلب منها الخصوم ذلك، وكلفت صاحب الشأن أن يقدم إليها دفعاً بالانعدام ثم تتولى برفعه وإحالته للمحكمة المختصة (العليا)، وينطبق الحال كذلك على قاضي التنفيذ، مما يعني أن التمسك بالانعدام من المسائل التي تتعلق بالنظام العام.

ومن جهة أخرى يثور التساؤل حول ما إذا كانت وسائل التمسك بالانعدام من طرق الطعن في الأحكام أم لا؟، وقد نظم المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني طرق الطعن في الأحكام وحصرها، ووضع لها أحكاماً محددة، وإجراءات معينة، وهي تتنوع

(١) تنص المادة (١٨٥) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته على أنه: «إذا كان الدفع متعلقاً بالنظام العام جاز إبداءه في أية مرحلة من مراحل الخصومة ولو أمام المحكمة العليا وعلى المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بحكم مستقل وقبل الفصل في الموضوع».

بين طرق عادية (الطعن بالاستئناف)، وطرق غير عادية (الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر)<sup>(١)</sup>، إلا أنه لم يذكر التمسك بالانعدام من بين هذه الطرق، وبالعودة إلى نصوص قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني، نجد أنه قد أشار في نص المادة (١٢٩) مرافعات إلى طبيعة التمسك بالانعدام عن طريق استخدام وسيلة سحب الحكم، وأشارت إلى أنه طريق لإعادة نظر الطعن في دائرة أخرى، بينما لم يشير إلى طبيعة التمسك بالانعدام عن طريق استخدام وسيلتي الدفع أو الدعوى بالانعدام، إلا أن المحكمة العليا في اليمن قد أشارت في أحد أحكامها الصادرة حديثاً إلى هذه الطبيعة بقولها: «وحيث أن الطلب الأصلي الوارد بعريضة أسباب الاستئناف المطروح والمقام من ... هو طلب الحكم بصفة أصلية بانعدام الحكم الابتدائي الصادر عن ... والشعبة بذلك قد أصابت تطبيق القانون الصحيح بقرارها رفع الدعوى إلى المحكمة العليا، وهذا القرار تحكمه قواعد الرفع إلى المحكمة العليا... أمام ما ورد في أسباب الدعوى فقد لوحظ أنها مصدرة تحت مسمى أسباب الطعن بالاستئناف ووردت الدعوى بالانعدام تحت مسمى الدفع بالانعدام وهو أمر غير جائز قانوناً كون الاستئناف طريق طعن قانوني والدفع أو الدعوى بالانعدام طريق لمنع محكمة الاستئناف من نظره...»<sup>(٢)</sup>، وهذا يعني أن التمسك بالانعدام عن طريق الدفع أو الدعوى بالانعدام تحكمه قواعد الرفع إلى المحكمة العليا، أي أنه طريق خاص لمنع المحكمة المنظورة أمامها الخصومة أو الطعن من الاستمرار في نظر الدعوى أو الطعن حتى يتم الفصل في الدفع أو الدعوى بالانعدام من قبل المحكمة العليا.

وخلاصة القول أن التمسك بالانعدام يتعلق بالنظام العام، وهو ذو طبيعة مزدوجة، فهو طريق يسمح للمحكمة العليا بإعادة نظر الطعن في الأحكام، وذلك في حالة التمسك بالانعدام عن طريق طلب سحب الحكم، وطريق لمنع المحكمة من الاستمرار في نظر الدعوى أو الطعن حتى يتم الفصل في مسألة الانعدام، وذلك في حالة التمسك بالانعدام عن طريق الدفع أو الدعوى.

**٢- طبيعة الحكم الصادر بالانعدام: إن الحكم الصادر بالانعدام بناءً على الدفع أو الدعوى بالانعدام هو حكم كاشف له وغير منشيء<sup>(٣)</sup>؛ لأن الانعدام هو واقعة مادية قد حدثت بالفعل، ومن ثم فلا يحتاج الأمر إلى حكم يقررها أو ينشئها؛ فالعدم لا يحتاج إلى**

(١) د. المهدي مراجع إسماعيل، انعدام الحكم القضائي، مجلة أبحاث قانونية، مرجع سابق، ص ١٨٤.

(٢) الحكم الصادر من المحكمة العليا اليمنية في الدفع بالانعدام رقم (٧٢٧٠١) لسنة ١٤٤٤هـ، والصادر في جلسة ١٨/١٢/٢٠٢٢م.

(٣) د. مجدي عبد الملك محمد قيس، النظام القانوني للدفع أمام المحاكم الجزائية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص ١٩٧.

ما ينشئه أو يقرر انعدامه، وإنما يمكن لكل ذي مصلحة التصرف مفترضاً أن هذا الإجراء لم يصدر<sup>(١)</sup>، وفي هذه الحالة يجب التفرقة بين الانعدام الفعلي، والانعدام القانوني، فإذا كان الحكم لم تصدره محكمة، أو أنه صدر منها ولم يكتب، فهذا الانعدام فعلي يجرد الحكم من مظهره المادي، ويجعلنا بصدد فراغ لا محل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن لعدم وجود حكم أصلاً، ومن ثم لا مجال لتنفيذ معدوم، وحتى طلب إجراء التنفيذ، وبالنسبة للانعدام القانوني فإنه لا يجرد الحكم من مظهره المادي وما ينطوي عليه من آثار؛ لشبهة وجوده القانوني، من ثم تكون المصلحة ملحة في إزالة هذه الشبهة<sup>(٢)</sup>، وعليه فإن تقرير الانعدام مهم بالنسبة للأحكام القضائية المنعومة؛ لأن وجودها المادي قد يؤدي إلى ستر الحقيقة عنها ويجعلها مرتبة لآثارها فمن المصلحة إزالة هذا المظهر المادي<sup>(٣)</sup>، ويرى البعض<sup>(٤)</sup> أن هناك خيارين أمام من صدر ضده مثل هذا الحكم لمواجهته: الخيار الأول: إبطال حجيته عن طريق تجاهله أو إنكار وجوده عند التمسك به<sup>(٥)</sup>، ومظاهر تجاهل الحكم المنعدم، تظهر من خلال رفع دعوى قضائية جديدة بموضوع الحكم المنعدم بين الخصوم أنفسهم، وهنا حتماً سيثار الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها، ويجب على المحكمة أن تستجيب لهذا الدفع، استناداً إلى حجية الأمر المقضي به، وهنا نلاحظ بأن الانعدام قد استتر تحت ستار قانوني، وهو حجية الأمر المقضي به، ولذا لا بد من التخلص من هذا الستار، أو الشبهة القانونية المستتر خلفها هذا الانعدام، وذلك عن طريق الدفع بالانعدام رداً على الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها؛ لأن الدفع بعدم الجواز لا يمكن تطبيقه في حال كان الحكم منعوماً، وذلك لأن الحكم المنعدم لا يحوز حجية الأمر المقضي به؛ لأنه غير موجود قانوناً<sup>(٦)</sup>، وعندئذٍ تبحث المحكمة في موضوع الدفع بالانعدام، فإن تأكدت من انعدام الحكم قضت بالانعدام ونظرت الدعوى الماثلة من جديد بحكم قابل للطعن فيه بطرق الطعن المقررة في الأحكام بالمواعيد والإجراءات القانونية<sup>(٧)</sup>.

**والخيار الثاني: إبطال حجية الحكم المنعدم، بلزوم اتباع الأصل في إبطاله، وذلك عن**

- (١) د. حسن علي مجلي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المبادئ العامة، مرجع سابق، ص ٣٤٠.
- (٢) حكم المحكمة العليا اليمنية في الطعن الجزائي رقم (٣٧٩١٤)، الصادر في جلسة ٢٧/١٢/٢٠١١م، غير منشور.
- (٣) د. سعيد خالد الشرعبي، الموجز في أصول قانون القضاء اليمني، مرجع سابق، ص ٣١٢.
- (٤) د. المهدي مراجع إسماعيل، انعدام الحكم القضائي، مجلة أبحاث قانونية، مرجع سابق، ص ١٨٤.
- (٥) د. سعيد خالد الشرعبي، الموجز في أصول قانون القضاء اليمني، مرجع سابق، ص ٣١٠.
- (٦) د. سعيد خالد الشرعبي، الموجز في أصول قانون القضاء اليمني، مرجع سابق، ص ٣١٠.
- (٧) د. المهدي مراجع إسماعيل، انعدام الحكم القضائي، مجلة أبحاث قانونية، مرجع سابق، ص ١٨٤.

طريق اللجوء المباشر إلى القضاء؛ لاستصدار حكم يكشف انعدامه للتخلص من شبهة وجوده القانوني، وعليه إن هو اختار هذا الطريق أن يقيم دعوى أصلية (مبتدأة) بانعدام الحكم المدعى بانعدامه أمام المحكمة التي أصدرته أيأ كانت درجتها، وذلك بالأوضاع والطرق العادية لرفع الدعوى<sup>(١)</sup>، وأخيراً أشار الحكم محل تعليقنا إلى أن الدفع أو الدعوى بالانعدام لا يحكم به إلا إذا تحقق وجوده القانوني بالفعل، أي ثبت للمحكمة صحة الدفع أو الدعوى بالانعدام.

وخلاصة القول أن الحكم الصادر بالانعدام هو حكم كاشف له، وأنه يلزم اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يكشف انعدام الحكم للتخلص من شبهة وجوده القانوني، ولا يحكم به إلا إذا تحقق وجوده القانوني بالفعل.

### ٣- آثار التمسك بالانعدام:

يترتب على التمسك بانعدام الأحكام القضائية آثار قانونية، نص عليها المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني في نص المادة (٥٧) المذكورة سابقاً، وهذه الآثار تتمثل في الآتي:

- ١- يحظر اللجوء إلى أكثر من حالة لمواجهة انعدام الحكم، فلا يجوز الرفع أمام أكثر من محكمة ولا اللجوء إلى الدعوى إذا قدم دفعا<sup>(٢)</sup>.
- ٢- يعتبر الحكم الصادر في الدعوى أو الدفع بالانعدام غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن<sup>(٣)</sup>.
- ٣- إذا رفضت المحكمة العليا الدعوى أو الدفع بالانعدام فعليها أن تحكم على مقدم الدعوى أو الدفع بغرامة لا تقل عن مليوني ريال ولا تزيد على خمسة ملايين ريال وبالتعويض المناسب للطرف الآخر إذا طلب ذلك<sup>(٤)</sup>.
- ٤- إذا ثبت للمحكمة العليا صحة الدعوى أو الدفع بالانعدام فعليها الحكم بذلك، وإعادة القضية إلى المحكمة التي أصدرته أو المحكمة المختصة للحكم في القضية مجدداً<sup>(٥)</sup>.

(١) د. المهدي مراجع إسماعيل، انعدام الحكم القضائي، مجلة أبحاث قانونية، مرجع سابق، ص ١٨٤.

(٢) راجع نص المادة (٥٧/ب) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته.

(٣) راجع نص المادة (٥٧/ج) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته.

(٤) راجع نص المادة (٥٧/د) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته.

(٥) راجع نص المادة (٥٧/هـ) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته.

٥- يتم تقديم الدفع بالانعدام، أو رفع الدعوى به دون التقيد بمواعيد الطعن أو الدعاوي المنصوص عليها قانوناً<sup>(١)</sup>.

### الفقرة الخامسة: التطبيق العملي:

وبتطبيق وإنزال جميع ما سبق على الحكم- محل تعليقنا- يتضح الآتي:

١- الحكم المدعى بانعدامه: أشار الحكم محل تعليقنا إلى أن الحكم المدعى بانعدامه، هو حكم التحكيم الصادر بتاريخ ٤/١٢/٢٠١٦م، والحكمين المؤيدين له، هما الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف برقم (١٩٣) وتاريخ ١٣/٢/٢٠١٩م، وحكم المحكمة العليا الصادر رقم (١٥٨) وتاريخ ٤/١/٢٠٢٢م.

٢- أسباب الانعدام: أشار الحكم محل تعليقنا إلى أن أسباب الانعدام كانت منحصرة في نص المادة (٢١٧) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني، وبالذات حول عدم ولاية المحكم في نظر الأحكام الصادرة من الجهات المختصة (المحاكم)، ومن المحكمين السابقين.

٣- كيفية التمسك بالانعدام: أشار الحكم محل تعليقنا إلى أن وسيلة التمسك بالانعدام هي الدفع بالانعدام، وقد تم إثارته بواسطة أصحاب الشأن أمام المحكمة العليا أثناء النظر في موضوع الطلب المقدم بالتماس إعادة النظر في الحكم الصادر عن المحكمة العليا في الطعن بالنقض للحكم الصادر عن محكمة الاستئناف في دعوى بطلان حكم التحكيم.

٤- طبيعة وآثار التمسك بالانعدام: ألمح الحكم محل تعليقنا إلى أن الانعدام في الدعوى (محل الدفع بالانعدام) قد تحقق وجوده القانوني بالفعل في هذه الدعوى، ولذلك قبلت المحكمة العليا الدفع بالانعدام، وحكمت بقبوله موضوعاً، وأعدت أوراق القضية إلى محكمة استئناف الأمانة ومنها إلى محكمة جنوب غرب للحكم في القضية مجدداً.

واستناداً لذلك فإن الحكم محل تعليقنا سليم من الناحية الإجرائية والموضوعية، وموافق لصحيح القانون.

وختاماً، يعتبر الدفع أو الدعوى بالانعدام من أخطر الدفوع والدعاوي التي تقدم

(١) راجع نص المادة (٥٧/و) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته.

أمام القضاء؛ كون الحكم الصادر فيها بالرفض يعتبر غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، ووفقاً لذلك يجب على الخصوم والمحامين قبل الإقدام على تقديم الدفع أو الدعوى بالانعدام التفكير بعمق وتأنٍ وبحث دقيق لمعرفة ما إن كان هناك حالة من حالات الانعدام من عدمه لا سيما بعد التعديلات الأخيرة لبعض مواد قانون المرافعات والتنفيذ المدني بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م، ومن ذلك المادة (٥٧) التي تم تعديلها فيما تضمنته من غرامة وجوبية في حال تم رفض الدفع أو الدعوى بالانعدام<sup>(١)</sup>، وهذه الغرامة تم وضعها من أجل الردع والزجر لمن يفكر في تقديم دعوى الانعدام بالرغم من عدم وجود أي حالة من حالات الانعدام، وهذه الغرامة ستحكم بها المحكمة العليا لا محالة بحسب تقديرها بين الحد الأدنى الذي لا يقل عن مليوني ريال، والحد الأعلى الذي لا يزيد على خمسة ملايين ريال، وبتعويض الطرف الآخر المدعى عليه إن طلب ذلك، وهذا المبلغ كبير جداً بالمقارنة مع مبلغ الغرامة قبل تعديل قانون المرافعات والتنفيذ المدني بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م.

(١) تنص المادة (٥٧/د) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: «يتم مواجهة الحكم المنعدم أيًا كانت المحكمة التي أصدرته بدفع أمام قاضي التنفيذ أو أمام محكمة الموضوع بدعوى مبتدأة على النحو الآتي: ... د- إذا رفضت المحكمة العليا الدعوى أو الدفع بالانعدام فعليها أن تحكم على مقدم الدعوى أو الدفع بغرامة لا تقل عن مليوني ريال ولا تزيد على خمسة ملايين ريال وبالتعويض المناسب للطرف الآخر إذا طلب ذلك».

## الخاتمة

- تبين لنا من خلال هذا التعليق أن الانعدام جزء إجرائي يصيب أركان العمل القضائي - وقوامها الكتابة والولاية القضائية والخصومة الصحيحة وفقاً للقانون -؛ فيجدره من جميع آثاره الشرعية والقانونية بما يجعله هو والعدم سواء.
- تبين لنا من خلال هذا التعليق أن الأحكام القضائية هي أهم مجال لتطبيق فكرة الانعدام.
- تبين لنا من خلال هذا التعليق أن الانعدام أشد جسامة من البطلان، وأن هناك عدة فروق جوهرية بينهما، وعلى الرغم من ذلك إلا أن هناك أوجه تشابه بينهما، ويبدو التشابه أكثر بين الانعدام والبطلان المتعلق بالنظام العام في أن كلاهما يجب أن تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها حتى ولو لم يطلبه الخصوم، كما يجوز إثارتها لأول مرة أمام المحكمة العليا.
- تبين لنا من خلال هذا التعليق أن التمسك بالانعدام يستمد أساسه القانوني من النصوص القانونية المنظمة لأحكام الانعدام في الفصل الثامن من الباب التمهيدي في قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، والواردة تحت مسمى (بطلان الإجراءات وانعدامها) في المواد (٥٥، ٥٦، ٥٧) من ذات القانون.
- تبين لنا من خلال هذا التعليق أن المشرع اليميني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني قد نص على حالات الانعدام في نصوصه، وأن هذه الحالات من شأنها تجريد الحكم القضائي من الأركان الأساسية لوجوده، وبالتالي يكون المشرع اليميني قد تبنى معيار النص التشريعي في تقرير الانعدام، وهو موفق جداً في ذلك لكي لا يتماذى الخصوم في تقديم الدفوع أو الدعاوى الكيدية ضد الأحكام القضائية بداعي الانعدام.
- تبين لنا من خلال التعليق أنه يمكن مواجهة انعدام الحكم القضائي من خلال ثلاث وسائل قانونية، إما بدفع أمام المحكمة المنظورة أمامها الخصومة، وإما بدعوى مبتدأة (أصلية) بالانعدام تقدم إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المنعدم أيّاً كانت درجتها، أو بتقديم طلب سحب الحكم لدى المحكمة العليا في الأحوال الخاصة بذلك.
- تبين لنا من خلال هذا التعليق أن المشرع اليميني في التعديلات الأخيرة لقانون المرافعات والتنفيذ المدني سنة ٢٠٢١م كان موفقاً جداً في جعل المحكمة المختصة بالفصل في الدفع أو الدعوى بالانعدام هي المحكمة العليا؛ كونها هي الأجدر والأقدر

- من غيرها للفصل في مسألة انعدام الأحكام القضائية .
- تبين لنا من خلال هذا التعليق أن التمسك بالانعدام يتعلق بالنظام العام، وهو ذو طبيعة مزدوجة، فهو طريق يسمح للمحكمة العليا بإعادة نظر الطعن في الأحكام، وذلك في حالة التمسك بالانعدام عن طريق طلب سحب الحكم، وطريق لمنع المحكمة من الاستمرار في نظر الدعوى أو الطعن حتى يتم الفصل في مسألة الانعدام، وذلك في حالة التمسك بالانعدام عن طريق الدفع أو الدعوى بالانعدام.
  - تبين لنا من خلال هذا التعليق أن الحكم الصادر بالانعدام هو حكم كاشف له، وأنه يلزم اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يكشف انعدام الحكم للتخلص من شبهة وجوده القانوني، ولا يحكم به إلا إذا تحقق وجوده القانوني بالفعل.
  - وأخيراً تبين لنا من خلال هذا التعليق أن الحكم محل تعليقنا كان سليماً من الناحية الإجرائية والموضوعية، وموافق لصحيح القانون.

## المراجع

### أولاً: الكتب:

- د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠١٢م.
- د. أحمد عوض بلال، الإجراءات الجنائية المقارنة والنظام الإجرائي في المملكة العربية السعودية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م.
- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠م.
- د. حسن علي مجلي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المبادئ العامة، دار جامعة صنعاء للنشر والتوزيع، صنعاء، ٢٠١٢م.
- د. رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٨م.
- د. سعيد خالد الشرعبي، الموجز في أصول قانون القضاء اليمني، منشورات مركز الصادق، صنعاء، ٢٠٠٤م.
- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م.
- د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني وفق قانون المرافعات، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١م.

### ثانياً: الرسائل العلمية:

- غنية شرقي، بطلان إجراءات المحاكمة، رسالة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، الجزائر، ٢٠١٥م.
- د. مجدي عبدالملك محمد قيس، النظام القانوني للدفع أمام المحاكم الجزائية في القانون اليمني «دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراه، قسم القانون الجنائي، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، ٢٠٢٣م.

- محمد ظاهر رحال، بطلان إجراءات التحقيق في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، الجزائر، ٢٠٠٩م.

### ثالثاً: المجالات العلمية:

- د. المهدي مراجع إسماعيل، انعدام الحكم القضائي، مجلة أبحاث قانونية - المجلد الحادي عشر - العدد الأول - يونيو ٢٠٢٤م، جامعة سرت، ليبيا.

### رابعاً: القوانين والأحكام القضائية:

- القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م، بشأن المرافعات والتنفيذ المدني الصادر، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد ١٩ الصادر بتاريخ ١٥/١٠/٢٠٠٢م، وتعديلاته بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م، والقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م.
- نماذج من بعض أحكام القضاء اليمني مشار إليها في هوامش التعليق.



البحر والدراسة القضائية والقانونية

مجلة

البحر والدراسة القضائية والقانونية

# الإشكالات والصعوبات المتعلقة بالقضاء المستعجل في قانون المرافعات اليمني

المحامي. الدكتور/ هشام قائد عبدالسلام الشميري

أستاذ قانون المرافعات ومحام بالنقض

**ملخص:**

لأجل سرعة حماية الحقوق والمراكز القانونية أمام القضاء حماية مؤقتة ولتجنب خطر التأخير والبطء جراء طول إجراءات التقاضي العادية وضع المشرع ما يعرف بـ «القضاء المستعجل» الذي يبتغي الحفاظ على الحقوق والمراكز القانونية بصفة مؤقتة إلى أن تتقرر لها الحماية الموضوعية النهائية، وقد نظم المشرع اليمني القضاء المستعجل في قانون المرافعات رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م المعدل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م بنصوص قانونية جاءت غير مكتملة ومشوبة بالقصور والنقص وعدم الوضوح ما أدى إلى إثارة الكثير من الإشكالات والصعوبات في الواقع العملي خصوصاً أن تطبيق قواعد الدعاوى العادية «الموضوعية» تطبيقاً تلقائياً على الدعاوى المستعجلة يفقد القضاء المستعجل خصوصيته التي تقتضي السرعة في منح الحماية القضائية لما يؤدي ذلك التطبيق التلقائي من استغراق إجراءات التقاضي بشأن الدعوى المستعجلة وقتاً ليس بالقصير قد يصل لأشهر إن لم يكن سنوات، ولكي يحقق نظام القضاء المستعجل الغاية المتوخاة منه - وهي تحقيق العدالة للأفراد بالفصل في الحقوق ذات الخطر المحقق بصورة سريعة - فإنه يجب أن يضع المشرع نصوصاً خاصة بقواعد وإجراءات القضاء المستعجل كنظام خاص مستقل عن القضاء العادي حتى نستطيع تحقيق هذه العدالة فعلاً، فالقصور ليس في التطبيقات القضائية وإنما في النصوص القانونية التي لا تتمتع بالتكامل والشمول.

**المقدمة:**

تتنوع الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية تبعاً لصور الاعتداء عليها إلى حماية موضوعية تتضمن تأكيد الحقوق والمراكز القانونية الموضوعية وإزالة التجهيل برأي يحقق اليقين القانوني، وحماية مستعجلة لمواجهة خطر التأخير في توفير الحماية الموضوعية للحقوق والمراكز القانونية عن طريق اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية، فالحماية القضائية الموضوعية إجراءاتها طويلة وتحتاج إلى وقت ليس بالقصير في بعض الأحيان قد يصل لسنوات عدة، وهذا الأمر جعل الحاجة ملحة إلى إيجاد نظام يحمي الحق حماية وقتية إلى أن تتقرر الحماية الموضوعية النهائية له، وللتوفيق بين وجوب التأني في الفصل بالمنازعات والسرعة في منح الحماية القانونية اتجهت التشريعات إلى إيجاد نظام الحماية المستعجلة لمواجهة خطر التأخير والبطء جراء طول إجراءات التقاضي، والحماية المستعجلة صورة من صور الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية

لمواجهة خطر التأخير في منح الحماية الموضوعية للحقوق والمراكز القانونية من خلال اتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية لا تمس أصل الحق بإجراءات مبسطة وسريعة عن طريق القضاء المستعجل «الأحكام المستعجلة» أو عن طريق القضاء الولائي «الأوامر الوقتية»، فالحماية المستعجلة إما أن تُطلب بصحيفة دعوى تنشأ عنها خصومة يصدر فيها حكم مستعجل، وإما أن تطلب بعريضة يصدر فيها أمر دون خصومة ودون مواجهة.

وقد نظم المشرع اليمني القضاء المستعجل في قانون المرافعات رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م المعدل بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م بنصوص قانونية جاءت غير مكتملة مشوبة بالقصور والنقص وعدم الوضوح، مما أدى إلى إثارة الكثير من الإشكالات والصعوبات في الواقع العملي خصوصاً فيما يتعلق بشروط قبول الدعوى المستعجلة والاختصاص في نظر الدعوى المستعجلة وإجراءات نظر الدعوى المستعجلة والظعن في الأحكام المستعجلة، بل نجد في الواقع القضائي اليمني من يطبق على الدعاوى المستعجلة فيما لم يرد به نص خاص النظام الإجرائي للدعاوى العادية «الموضوعية» تطبيقاً تلقائياً يفقد القضاء المستعجل خصوصيته التي تقتضي السرعة في منح الحماية القضائية لما يؤدي ذلك التطبيق التلقائي من استغراق إجراءات التقاضي بشأن الدعوى المستعجلة وقتاً ليس بالقصير قد يصل لأشهر إن لم يكن سنوات، وسوف نسلط الضوء في هذه الدراسة على تلك الإشكالات والصعوبات بشيء من التفصيل، وذلك بهدف بيان أوجه القصور التشريعي بغية الوصول لإصلاح القواعد المتعلقة بذلك وإزالة الغموض الذي يكتنفه.

وسوف نعتمد في إعداد هذا البحث على المنهج الاستقرائي التحليلي من جهة ومقارنة تأصيلية من جهة أخرى وفقاً لقانون المرافعات اليمني، مع مواكبة ذلك بمحاولة اطلاع شاملة لأحكام القضاء اليمني. ويقتضي منا في هذا البحث أولاً: بيان مفهوم القضاء المستعجل، ومن ثم بيان الإشكالات المتعلقة بشروط قبول الدعوى المستعجلة، ومن ثم بيان الإشكالات المتعلقة بالاختصاص في نظر الدعوى المستعجلة، ومن ثم بيان الإشكالات المتعلقة بإجراءات نظر الدعوى المستعجلة، وأخيراً بيان الإشكالات المتعلقة بالظعن في الأحكام المستعجلة.

ولذلك سوف نتناول هذا البحث من خلال مطلب تمهيدي وأربعة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: الإشكالات المتعلقة بشروط قبول الدعوى المستعجلة.

المطلب الثاني: الإشكالات المتعلقة بالاختصاص في نظر الدعوى المستعجلة.

المطلب الثالث: الإشكالات المتعلقة بإجراءات نظر الدعوى المستعجلة.

المطلب الرابع: الإشكالات المتعلقة بالطعن في الأحكام المستعجلة.

## المطلب التمهيدي مفهوم القضاء المستعجل

سنتطرق في هذا المطلب التمهيدي لمفهوم القضاء المستعجل من خلال تعريفه وبيان أهميته، ومن ثم بيان تعريف الحماية المستعجلة ومضمونها، وأخيراً بيان خصائص الحماية المستعجلة، وذلك على التوالي:

### أولاً: تعريف القضاء المستعجل وأهميته:

لا يوجد تعريف واحد شامل للقضاء المستعجل، فقد عرفه البعض بأنه: "الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت فصلاً مؤقتاً لا يمس أصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقفي ملزم للطرفين بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة أو احترام الحقوق الظاهرة أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين"<sup>(١)</sup>. وعرفه آخر بأنه: «صورة من صور الحماية القانونية لمواجهة خطر التأخير في منح الحماية الموضوعية للحقوق أو المراكز القانونية يسمح باتخاذ تدابير مستعجلة لحماية المراكز القانونية حماية مؤقتة حتى الحصول على الحماية القضائية الكاملة أو حتى تكتمل على الأقل هذه الحماية بصفة نهائية»<sup>(٢)</sup>. وعرفه ثالث بأنه: «المنازعة المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط ألا يتعرض في هذه المنازعات وتلك إلى أصل الحق المتنازع

(١) د. عبد المنعم الشرقاوي، د. عبد الباسط جميعي- شرح المرافعات المدنية والتجارية- الطبعة الثانية دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ص ٢٣٣.

(٢) د. إبراهيم نجيب سعد- القانون القضائي الخاص- الجزء الأول- منشأة المعارف الإسكندرية بدون تاريخ النشر- ف ١٥٥ ص ٣٦٨، د. نبيل إسماعيل عمر- سلطة القاضي التقديرية - الطبعة الأولى منشأة دار المعارف الإسكندرية ١٩٨٤م- ف ٣٥٧ ص ٤٠٦.

عليه»<sup>(١)</sup>. وقد عرف المشرع اليمني القضاء المستعجل في المادة (٢٣٨) مرافعات بأنه: "حكم مؤقت بتدبير وقتي أو تحفظي يصدر في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت دون التعرض لأصل الحق". ويمكن تعريف القضاء المستعجل بأنه هو الذي ينظر في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت والتي تتطلب اتخاذ إجراءات فورية مؤقتة لا تمس بأصل الحق، وذلك من خلال دعوى ينعقد بشأنها خصومة مختصرة إجراءاتها مبسطة ومواعيدها قصيرة أقل تعقيداً من القضاء العادي.

وتظهر أهمية القضاء المستعجل في كونه يمكن الخصوم من إصدار قرارات مؤقتة وسريعة دون المساس بأصل الحق، وهو ما يتلافى خطر التأخير والبطء جراء طول إجراءات التقاضي العادية، حيث أن الحكمة من وضع المشرع القضاء المستعجل هو قيام الحاجة إلى قضاء مؤقت ذي إجراءات سريعة لحماية الحقوق المهددة بالخطر العاجل. فالقضاء الموضوعي يسير بروية وأناة لكي يتسنى لقاضي الموضوع بحث وقائع الدعوى المنظورة أمامه بتركيز وترو، وهذا الأمر قد يؤدي إلى الإضرار بمصالح الخصوم ضرراً لا يمكن تلافيه وتكون الحماية القضائية التي توفرها الدعوى الموضوعية عديمة الجدوى، الأمر الذي حدا بالمشرع إلى أن يتدخل سريعاً ببسط حمايته المؤقتة للحق الظاهر لحين الانتهاء من الدعوى نهائياً، وبذلك يكون المشرع قد وفق بين الأناة اللازمة لتحقيق حسن سير القضاء وبين نتائج هذه الأناة التي قد تسبب ضرراً لبعض الخصوم<sup>(٢)</sup>. وتظهر أهمية القضاء المستعجل أيضاً في أنه قد يغني في كثير من الأحيان عن اللجوء إلى القضاء الموضوعي، مما يساعد على تخفيف العبء عن هذا القضاء بنظر بعض المسائل، حيث أن كثيراً ما تؤدي القرارات المستعجلة من الناحية العملية إلى إنهاء النزاع ذلك أن الخصوم قد يجدون مؤشراً في القرار المستعجل لمدى صحة المركز القانوني لكل منهم فيكتفون به، لا سيما في الحالات التي يكون فيها الحكم المستعجل محققاً لكل ما يطلبه أو يستهدفه المتقاضون من اللجوء إلى القضاء، كإصدار قرار بإجراء ترميمات عاجلة وضرورية للأجزاء المشتركة في المباني متعددة الطوابق<sup>(٣)</sup>.

ويعتبر القضاء المستعجل عند أغلب الفقه الإجمالي عملاً قضائياً بالمعنى الدقيق

(١) د. أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية ٢٠٠٧م- ص ٣٤٧ وما بعدها.

(٢) د. أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- مرجع سابق- ص ٣٤٧، د. عثمان التكروري- الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١م، الطبعة الثانية- مكتبة نيسان للطبع والتوزيع غزة، ٢٠٠٩م- ص ١٢٥.

(٣) د. أحمد السيد صاوي- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- بدون رقم الطبعة ودار النشر ٢٠١٠م، ص ٤٢٦، ف ٢٢٨.

باعتباره يهدف إلى تحقيق فاعلية النظام القانوني في المجتمع بإزالة عارض من عوارض النظام القانوني وهو الخطر الناجم عن بطء الحماية القضائية الموضوعية، فالقضاء المستعجل نظام قضائي متخصص بنظر المسائل المستعجلة والوقائية اقتضته الضرورة العاجلة والملحة، حيث أن وظيفة القضاء المستعجل توفير الحماية الوقائية العاجلة لبعض الحقوق أو المراكز القانونية حسب ما تقتضيه الظروف وتفصح عنه ظاهر الأدلة أو المستندات دون أن تكون هذه الحماية قاطعة في حسم النزاع حول موضوع الحق أو المركز القانوني، ولا يغير من اعتباره نظاماً قضائياً بالمعنى الفني لهذه الكلمة كون أن قاضي الأمور المستعجلة يختص بإصدار أوامر وقائية عاجلة<sup>(١)</sup>.

## ثانياً: تعريف الحماية المستعجلة ومضمونها:

الحماية المستعجلة هي صورة من صور الحماية القانونية لمواجهة خطر التأخير في منح الحماية الموضوعية للحقوق والمراكز القانونية باتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية لحماية المراكز القانونية حماية مؤقتة حتى الحصول على الحماية القضائية الكاملة أو حتى تكتمل على الأقل هذه الحماية بصفة نهائية<sup>(٢)</sup>. والحماية المستعجلة هي عبارة عن تدابير تحفظية أو وقائية لا تمس بأصل الحق يتخذها القضاء وفقاً للإجراءات التي ينظمها القانون لمواجهة خطر التأخير في منح الحماية الموضوعية للحقوق أو المراكز القانونية في الحالات التي يخشى عليها من فوات الوقت.

ومضمون الحماية المستعجلة هو التدبير الوقائية أو التحفظية، ومن الصعوبة وضع تعريف جامع مانع للتدابير المستعجلة لأن هذه التدابير لها أشكال وصور مختلفة تختلف باختلاف صور الحماية التي توفرها للخصوم في التطبيق العملي، وقد ذهب بعض الفقه إلى تعريف التدابير المستعجلة بأنها تدابير تهدف إلى حفظ الأدلة اللازمة للفصل في النزاع أو تحقيق توازن في العلاقات القانونية بين الخصوم أثناء الخصومة أو خلق حالة واقعية أو قانونية لازمة لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر. ولم ترد التدابير المستعجلة

(١) د. أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص ٣٥٧، د. وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ١٩٦٧م - منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٧٤م - ص ١١٥، د. أحمد ماهر زغول - القضاء الولائي - رسالة دكتوراه جامعة ليون فرنسا - ص ٣٨٩، د. حسن علي حسين - الجزء الإجرائي في قانون الإجراءات الجنائية منشأة المعارف - الإسكندرية ٢٠٠٨م - ص ٤٥.

(٢) د. إبراهيم نجيب سعد - المرجع السابق - ص ٣٦٨، د. نبيل إسماعيل عمر - سلطة القاضي التقديرية - الطبعة الأولى - منشأة دار المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٤م - ف ٣٥٧ - ص ٤٠٦.

في القانون على سبيل الحصر وإنما وردت على سبيل المثال<sup>(١)</sup>. وقد قسمها الفقه بحسب شكلها أو الغرض منها إلى طائفتين رئيسيتين هما:

١- **التدابير الوقائية:** وهي التدابير التي تهدف إلى إشباع مصالح عاجلة لا يتسنى حمايتها أو إشباعها بالطرق العادية لحماية الحق بسبب بطء الإجراءات<sup>(٢)</sup>. وهذه التدابير لا تهدف إلى الحصول على حكم في موضوع النزاع أو تنفيذ هذا الحكم، وإنما هي عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتاً محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية، وتظل قائمة إلى أن يتم تحقيق الحماية العادية. ومن أمثلة التدابير الوقائية النفقة الوقائية التي تقرر للمدعي إلى أن يتم الفصل في دعوى النفقة الموضوعية، والتعويض المؤقت الذي يقرر للمدعي إلى أن يتم الفصل النهائي في دعوى المسؤولية، ووقف الأعمال الجديدة بصفة مؤقتة، وتسليم عين بصفة مؤقتة<sup>(٣)</sup>.

٢- **التدابير التحفظية:** وهي التدابير التي تهدف إلى المحافظة على الحق لضمانه في المستقبل، فهي تتضمن الوسائل التي تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في الموضوع بتقرير الحماية القضائية الموضوعية<sup>(٤)</sup>. وهذه التدابير لا تؤدي إلى إشباع فوري لمصلحة طالب التدبير كما هو الحال في التدابير الوقائية، وإنما تُعد وسيلة غايتها الحفاظ على الحق أو دليله مستقبلاً، فهي تحقق فاعلية إجراءات التقاضي والتنفيذ العادية إذا تبعتها. ومن أمثلة التدابير التحفظية الحراسة القضائية، والحجز التحفظي، والمنع من السفر، وجرد أموال التركة أو الشركة ووضع الأختام عليها، وسماع شهادة شاهد يُخشى فوات الإشهاد بشهادته بموته أو سفره سفرًا طويلاً، وإثبات حالة يُخشى زوال معالم الواقعة<sup>(٥)</sup>.

(١) د. وجدي راغب فهمي نحو فكرة عامة للقضاء الوقيتي - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس - السنة الخامسة عشرة - يناير ١٩٧٣م - العدد الأول - ص ١٦٩.

(٢) د. وجدي راغب - نحو فكرة عامة للقضاء الوقيتي - البحث السابق - ص ١٩٨، د. إبراهيم نجيب سعد - المرجع السابق - ف ١٥٦ ص ٣٧١.

(٣) د. إبراهيم نجيب سعد - المرجع السابق - ف ١٥٦ - ص ٣٧١، د. رمزي سيف - الوسيط في شرح قانون المرافعات - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية القاهرة - ١٩٦١م - ف ٢٣٦ ص ٢٧٧.

(٤) د. وجدي راغب - نحو فكرة عامة للقضاء الوقيتي - البحث السابق - ص ١٩٨، د. إبراهيم نجيب سعد - المرجع السابق - ص ٣٦٩.

(٥) د. وجدي راغب - نحو فكرة عامة للقضاء الوقيتي - البحث السابق - ص ١٩٨، د. سعيد خالد الشرعبي - المؤجز في أصول قانون القضاء المدني - مركز الصادق - صناعة - الطبعة الثانية - ٢٠٠٤م - ص ٤٣، د. أحمد هندي - أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - ٢٠٠٢م - ف ٦٩ - ص ١٧٧.

### ثالثاً: خصائص الحماية المستعجلة:

الحماية المستعجلة صورة من صور الحماية القضائية تتميز بعدد من الخصائص والسمات التي تميزها في ذاتها وتميزها عن غيرها، وأهم تلك الخصائص:

١- الحماية المستعجلة تعد ذات طابع استعجالي، حيث تكون الحماية المستعجلة في حالة ما إذا كان هناك خطر محقق بالحقوق أو المصالح التي يراد المحافظة عليها، ويتوافر الطابع الاستعجالي كلما وجدت حالة يترتب على فوات الوقت حصول ضرر منها يتعذر تداركه أو إصلاحه يتطلب تدخل قضائي سريع وحماية عاجلة لمنع ذلك الضرر المحتمل<sup>(١)</sup>.

٢- الحماية المستعجلة لها وظيفة مساعدة، فهي تمنح بالنظر إلى إمكانية صدور قضاء موضوعي محتمل في المستقبل، سواء كان هذا الحكم نتيجة دعوى موضوعية رفعت فعلاً أو ينتظر رفعها في المستقبل، وذلك أن الحماية المستعجلة إنما ترمي إلى ضمان تحقيق الدعوى الموضوعية لهدفها<sup>(٢)</sup>. وبالتالي فإن وظيفة الحماية المستعجلة تقديم حماية وقتية للحقوق إلى أن يتمكن القضاء بإجراءاته العادية من إنزال حمايته التأكيدية والتنفيذية عليه، فهي تقدم إسعافاً وقتياً للحق إلى أن يتمكن القضاء من حمايته موضوعياً وتنفيذياً وتحدد هذه الوظيفة طبيعة الدور الذي تقوم به أعمال الحماية المستعجلة، فهو دور مكمل ومساعد لأعمال الحماية التأكيدية والتنفيذية يباشر قبلها أو في أثنائها بغرض ضمان فاعلية الحماية التي تقدمها هذه الأعمال ويهيئ أمامها المجال الذي يسمح لها بأداء وظيفتها<sup>(٣)</sup>.

٣- الحماية المستعجلة تعد ذات أثر مؤقت، حيث أن مضمون الحماية المستعجلة مجرد تدبير وقتي لا يمس بأصل الحق ولا يتناول أصل الحق المتنازع عليه، فهي ترتب أثرها إلى حين الفصل في الدعوى الموضوعية، بحيث تزول الحماية المستعجلة بالحماية القضائية الموضوعية وبقاؤها متوقف على صدور حكم في الموضوع أو بقاء الخصومة الموضوعية قائمة، وإذا فصل في الدعوى الموضوعية فإن الحماية المستعجلة تصبح غير مقبولة؛ وذلك لأن مضمونها تدابير مستعجلة تنشئ مراكز

(١) د. نجيب أحمد عبد الله الجبلي - قانون المرافعات اليمني - مركز الصادق صنعاء - ص ٣١٤.

(٢) د. وجدي راغب فهيمي - نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي - البحث السابق - ص ٢٣٥.

(٣) د. وجدي راغب - نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي - البحث السابق - ص ٢٣٥، د. سيد أحمد محمود - سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن الكويتي والمصري - بحث منشور في مجلة الحقوق - العدد الثالث - السنة الخامسة والعشرون - سبتمبر - ٢٠٠١م - ص ٨٣.

مؤقتة بطبيعتها مصيرها للزوال بحكم وظيفتها تزول بالحماية القضائية الموضوعية وبقاؤها متوقف على صدور حكم في الموضوع أو بقاء الخصومة قائمة<sup>(١)</sup>.

٤- الحماية المستعجلة لا ترتب بسخق رفع دعوى موضوعية أمام القضاء، فلا يشترط التلازم بين الدعوى بأصل الحق وبين طلب الحماية المستعجلة، حيث يجوز اللجوء للقضاء ابتداءً بطلب الحماية المستعجلة دون أن يكون هناك دعوى موضوعية مرفوعة أمام القضاء. غير أن اختصاص القضاء الموضوعي باتخاذ التدابير المستعجلة له صفة التبعية للنزاع الموضوعي، حيث أن القضاء الموضوعي لا يملك اتخاذ هذه التدابير إلا إذا كان له الاختصاص بالفصل في النزاع الموضوعي، فلا يملك قاضي الموضوع الفصل في طلب مستعجل قبل أن ترفع أمامه الدعوى الموضوعية<sup>(٢)</sup>.

٥- إجراءات الحماية المستعجلة أقل تعقيداً من إجراءات الحماية الموضوعية، فالحماية المستعجلة تتسم بإجراءاتها بأنها إجراءات مبسطة ومواعيد قصيرة تستجيب لحاجة السرعة التي يفرضها الاستعجال ولما تقتضيه من السرعة في منح الحماية المؤقتة العاجلة دون تأخير<sup>(٣)</sup>.

٦- قرارات الحماية المستعجلة تنفذ تنفيذاً معجلاً بقوة القانون دون حاجة إلى اتخاذ مقدمات التنفيذ وفقاً لنص المادتين (٢٤٣، ٢٥٢) مرافعات، وذلك بما يستجيب لحاجة السرعة التي يفرضها الاستعجال ولما تقتضيه السرعة في منح الحماية المؤقتة العاجلة دون تأخير، باعتبار أن الحماية المستعجلة قررت لمواجهة خطر التأخير في منح الحماية الموضوعية للحقوق أو المراكز القانونية<sup>(٤)</sup>.

(١) د. وجدي راغب- نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي- البحث السابق- ص ٢٣٥، د. سيد أحمد محمود- سلطة

المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر- البحث السابق- ص ٨٣

(٢) د. أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- مرجع سابق- ص ٣٤٨ وما بعدها، محمد علي راتب، ومحمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب- قضاء الأمور المستعجلة- الطبعة السادسة- عالم الكتب- القاهرة- ف ٦ ص ١٤.

(٣) د. وجدي راغب- النظرية العامة للعمل القضائي- الرسالة السابقة- ص ١٠٩، د. سعيد الشرعي- المرجع السابق- ص ٤٣.

(٤) د. نجيب أحمد لله الجبلي- قانون التنفيذ الجبري في المسائل المدنية والتجارية- مركز الصادق- صنعاء- ٢٠٠٤/٢٠٠٥م- ص ٧٢.

## المطلب الأول

### الإشكالات المتعلقة بشروط قبول الدعوى المستعجلة

يشترط لقبول الدعوى المستعجلة ولاختصاص القاضي المستعجل بنظرها توافر شروط معينة، أولها شرط الاستعجال، وثانيها شرط احتمال وجود الحق، وثالثها شرط عدم المساس بأصل الحق. وهذه الشروط الثلاثة السالف ذكرها تعتبر شروطاً لقبول الدعوى المستعجلة ولاختصاص القضاء المستعجل بها، وأي شرط من هذه الشروط الثلاثة لا يغني عن الآخر بل لابد من توافر الشروط جميعها وإلا كانت الدعوى المستعجلة غير مقبولة وكان القاضي المستعجل غير مختص، وإذا اختل أو زال أحد تلك الشروط أثناء نظر الدعوى فإن ذلك يؤدي إلى زوال اختصاص القاضي المستعجل ومن ثم يجب على المحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص.

ويقصد بالاستعجال الخطر المحقق بالحقوق أو المصالح التي يراد المحافظة عليها والذي يتوافر كلما وجدت حالة يترتب على فوات الوقت حصول ضرر منها يتعذر تداركه أو إصلاحه، أي هو الخشية من فوات الوقت الذي قد يصيب المدعي بضرر أو خطر يؤدي إلى ضياع الحق ذاته أو الانتقاص من قيمته والذي يتطلب حماية عاجلة<sup>(١)</sup>، فالاستعجال هو الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد المحافظة عليه باتخاذ إجراءات لا تحتمل الانتظار ولا يمكن أن تتحقق عن طريق القضاء العادي، حيث يتوافر الاستعجال في كل حالة يراد منها درء ضرر مؤكد قد يتعذر تداركه أو إصلاحه إذا حدث<sup>(٢)</sup>.

ويقصد باحتمال وجود الحق أن يكون هناك احتمال ظاهر لوجود الحق، ويتحقق ذلك الاحتمال بوجود قاعدة قانونية تحمي المصلحة التي يطالب المدعي حمايتها بالدعوى الموضوعية التي ترفع الدعوى المستعجلة لخدمتها، وهذا يستلزم ضرورة التحقق من أن المصلحة المهددة يحتمل أن يحميها قضاء الموضوع، فإذا وجد هذا الاحتمال كانت تستحق الحماية المستعجلة<sup>(٣)</sup>. ويستلزم أيضاً أن تتضمن وقائع القضية احتمالاً لوجود الحق محل الحماية الموضوعية، ويكون التحقق من ذلك من خلال بحث ظاهر

(١) د. نجيب أحمد عبد الله الجبلي - قانون المرافعات - مرجع سابق - ص ٣١٤.

(٢) عز الدين الدناصوري وحامد عكاز - القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء - الطبعة الثالثة - نادي القضاة - ١٩٩١م - ص ١١٧.

(٣) د. وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - الرسالة السابقة - ص ١٠٩، د. فتحي والي - مبادئ القانون القضائي المدني - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٨م - ف ٨٤ - ص ١٣٠، د. نبيل عمر - سلطة القاضي التقديرية - مرجع سابق - ف ٣٥٩ - ص ٤٠٩.

المستندات والأدلة المقدمة من الخصوم بحثاً سطحياً بما يدل على احتمال وجود الحق الموضوعي أو عدم وجوده<sup>(١)</sup>.

ويقصد بعدم المساس بأصل الحق عدم المساس بما يتعلق بالحقوق وجوداً أو عدماً، ويدخل في ذلك ما يمس صحتها أو يؤثر في كيانها أو يغير فيها أو في آثارها القانونية أو الآثار التي قصدتها المتعاقدان<sup>(٢)</sup>. وعدم المساس بأصل الحق يعتبر شرطاً لاختصاص القضاء المستعجل وقيداً على سلطته في نفس الوقت، وبالتالي فإن هذا الشرط يؤدي إلى منع قاضي الدعوى المستعجلة من البحث في أصل الحق أو البحث في المستندات المقدمة من الخصوم بحثاً وافياً ليتحقق على ضوءها من صاحب الحق المطلوب حمايته، غير أن ذلك لا يمنع القاضي من أن يتناول مؤقتاً لحاجة الدعوى المستعجلة بحثاً ظاهراً للمستندات لتقدير جدية المنازعة التي قد يثيرها أحد الخصوم حول أصل الحق ولتقدير احتمال وجود الحق الموضوعي من عدمه؛ لأنه بغير البحث الظاهر للمستندات لن يستطيع تقدير ملاءمة وضرورة الإجراء المطلوب الحكم به<sup>(٣)</sup>.

والملاحظ عدم وضوح شروط قبول الدعوى المستعجلة كون النصوص المنظمة للقضاء المستعجل جاءت مشوبةً بالغموض واللبس ومشوبةً أيضاً بالقصور والنقص، وهو ما أدى إلى ظهور الكثير من الإشكالات والصعوبات القانونية والواقعية المتعلقة بشروط قبول الدعوى المستعجلة، وسوف نبين تلك الإشكالات والصعوبات بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

### الإشكالية الأولى: الإشكالية المتعلقة بوقت توافر شرط الاستعجال؛

اختلف الفقه بشأن وقت توافر شرط الاستعجال، فهل العبرة في توافر شرط الاستعجال بوقت رفع الدعوى المستعجلة أم بوقت الفصل في الدعوى المستعجلة؟

ذهب جانب من الفقه إلى أن الاستعجال لا بد من توافره من وقت إقامة الدعوى المستعجلة وحتى الفصل فيها، فحيث ينتفي هذا الاستعجال سواء وقت إقامة الدعوى أو أثناء نظرها لا يكون لتدخل قاضي الأمور المستعجلة محل<sup>(٤)</sup>.

(١) د. فتحي والي - مبادئ القانون القضائي - مرجع سابق - ف ٨٤ - ص ١٣٠، د. نبيل عمر - سلطة القاضي التقديرية - مرجع سابق - ف ٤٠٦ - ص ٤٦١.

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر - سلطة القاضي التقديرية - مرجع سابق - ف ٤٠٦ - ص ٤٦٠.

(٣) د. عبد المنعم الشرفاوي، د. عبد الباسط جميعي - المرجع السابق - ص ٣٦٥، د. فتحي والي - مبادئ القانون القضائي - مرجع سابق - ف ٨٥ ص ١٣٢، د. أحمد هندي - أصول قانون المرافعات - مرجع سابق - ف ٧٢ - ص ١٧٩.

(٤) العشماوي، محمد وعبد الوهاب - قواعد المرافعات في التشريع المصري القانوني - ط ١٩٥٧م - ص ٢٥٦.

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن القاضي المستعجل يختص بنظر الدعوى المستعجلة ولو توافرت حالة الاستعجال بعد إقامة الدعوى المستعجلة؛ لأن القاعدة مقررة لصالح المدعي فلا يجوز أن يضار من أعمالها في مواجهته، كما أنه ليس من العدالة أن يتحمل المدعي مصاريف دعوى جديدة يجوز له أن يرفعها بنفس حالة الأولى وفي نفس الوقت الذي يقضي فيه بعدم الاختصاص بنظرها، فإذا لم تكن حالة الاستعجال قائمة ومتوفرة أو انتفت قبل الفصل في الطلب فيقرر قاضي الأمور المستعجلة عدم اختصاص بنظر الطلب<sup>(١)</sup>.

وبدورنا نؤيد الرأي الأخير الذي ذهب إلى أن العبرة في توافر الاستعجال هو بوقت الفصل في الدعوى المستعجلة؛ ذلك لأن الدور الإيجابي للقاضي يدعوه لتوجيه الدعوى على نحو يحقق العدالة بأيسر الطرق، سيما وأن إضفاء الحماية الوقتية المستعجلة تساعد في الفصل في الدعوى الموضوعية على نحو من الاستقرار للمراكز القانونية، فالعبرة إذن في توافر الاستعجال هو بوقت الفصل في الدعوى المستعجلة، فإذا لم يكن شرط الاستعجال متوافراً وقت تقديم الدعوى ثم توافر هذا الشرط أثناء نظرها فإن قاضي الأمور المستعجلة يكون مختصاً بنظرها ولا يمنع اختصاصه أن صفة الاستعجال قد استجدت في الدعوى بعد تقديمها ولم تكن قائمة وقت تقديمها، وهذا كله يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة.

وبالتالي إذا اختل أو زال شرط الاستعجال أثناء نظر الدعوى فإن ذلك يؤدي إلى زوال اختصاص القاضي المستعجل ومن ثم يجب على المحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص، فلا يكفي مجرد توافر الاستعجال عند رفع الدعوى أمام المحكمة بل يجب أن يتوافر أيضاً عند نظر الدعوى فإذا كان قد زال وجه الاستعجال عند نظر الدعوى تعين على المحكمة القضاء بعدم الاختصاص، حيث يجب على القاضي بحث مسألة الاستعجال أولاً حتى يثبت من اختصاصه بنظر الدعوى المستعجلة ويجب أن تظل حالة الاستعجال قائمة حتى الفصل في الدعوى<sup>(٢)</sup>. كما أن زوال حالة الاستعجال يترتب عليه الحكم بعدم الاختصاص حتى أمام محكمة الدرجة الثانية، كما لو زالت حالة الاستعجال بعد صدور الحكم المطعون فيه بالاستئناف أمام محكمة الدرجة الثانية فوجب على المحكمة الحكم بعدم اختصاصها أيضاً، وإذا قضي بعدم الاختصاص بسبب انتفاء عنصر الاستعجال في

(١) د. أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- مرجع سابق- ص ٣٥٣ وما بعدها، د. أحمد السيد صاوي-

الوسيط في شرح قانون المرافعات- مرجع سابق- ص ٤٣٣ ف ٢٣٣.

(٢) مصطفى مجدي هرجة- أحكام وآراء في القضاء المستعجل- نادي القضاة- ١٩٩١/١٩٩٢م- ص ١٩، د. أحمد

أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- مرجع سابق- ص ٣٥٤.

الدعوى ثم تغيرت الظروف بعد ذلك على نحو يقضي بوجود هذا العنصر خلال ميعاد الطعن فلا يجوز الطعن في هذا الحكم؛ لأن الطعن ينقل أمام محكمة الدرجة الثانية نفس الدعوى بالحالة التي كانت عليها أمام محكمة أول درجة، ومن ثم يعتبر الطعن في الحكم بسبب الظروف الجديدة طلباً جديداً فيجب رفضه، كما يجب رفض الطعن بالحالة الأولى لتخلف الاستعجال أيضاً والأسلم للمدعي رفع دعوى جديدة بظروف جديدة.

### الإشكالية الثانية: الإشكالية المتعلقة بأثر التأخير في رفع الدعوى المستعجلة على وصف الاستعجال:

اختلف الفقه بشأن أثر التأخير في رفع الدعوى المستعجلة على وصف الاستعجال، فهل التراخي في رفع الدعوى المستعجلة ينفي وصف الاستعجال أم أن التراخي لا يؤثر على وصف الاستعجال؟

ذهب جانب من الفقه إلى أن التراخي في رفع الدعوى المستعجلة لا ينفي عنها وصف الاستعجال فإذا توافر الاستعجال في الدعوى فإن هذا الوصف لا يزول عنها ولو تراخى الخصم في إقامة الدعوى المستعجلة، حيث أن مجرد التأخير في رفع الدعوى المستعجلة لا يؤثر - بذاته - في طبيعة الحق المستعجل أو يغير من ماهيته ويجعله في عداد الحقوق العادية؛ لأن تقرير الحق وصفته يكونان بحسب طبيعته لا بواسطة إجراءات التقاضي أو فعل الخصوم، فالتأخير في رفع الدعوى المستعجلة لا يؤثر على طبيعة الحق المستعجل أو يغير من ماهيته ويجعله في عداد الحقوق العادية، لأن تقرير الحق وصفته يكونان بحسب طبيعته لا بواسطة إجراءات التقاضي أو فعل الخصوم، فإذا كان مستعجلاً في طبيعته أو معتبراً كذلك حكماً فلا يغير منه أو من اختصاص القضاء المستعجل في نظره والفصل فيه تأخير صاحبه في المطالبة بإجراء تحفظي مؤقت عنه، خصوصاً إذا كان سبب التأخير في الدعوى هو رغبة صاحب الحق في الحصول على حقه بالطرق الودية وأنه لم يلجأ إلى التقاضي إلا لتعنت خصمه في أدائه ومراوغته في ذلك لكسب الوقت، إذ لا يعقل أن تكون الرحمة بالمدين والشرف في المعاملة وسيلة لضياع الحقوق وأن يكون الدائن الطيب القلب في مركز أسوأ من زميله المتشدد في المطالبة بحقوقه، بل المنطق يقضي بتساويهما معاً في تطبيق القانون عليهما وهو الذي أسس على الرحمة والعدالة وصيانة الحقوق وتقريرها بين الناس<sup>(١)</sup>.

(١) محمد راتب- المرجع السابق- ص٧١، د. أحمد مليجي- الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والسيخ القانونية وأحكام النقص- الجزء الأول- المجلد الثاني- بدون رقم طبعة ودار ومكان وسنة نشر- ص١١٤٧.

وذهب جانب آخر من الفقه والقضاء إلى أن تراخي المدعي لمدة طويلة دون إقامة الدعوى أمام القضاء المستعجل دون وجود أي مبرر لذلك التأخير ينفي وصف الاستعجال وفي هذه الحالة يمتنع الالتجاء إلى القضاء المستعجل؛ وذلك لأن الاستعجال الذي يعد شرطاً لازماً لقبول الدعوى المستعجلة يتحقق إذا كان الغرض من الدعوى منع خطر محقق إذا تأخر دفعه فترة من الزمن. ومقتضى ذلك أن تراخي المدعي عن رفع الدعوى ينفي وصف الاستعجال، فمثلاً في دعوى استرداد الحيازة إذا سلبت حيازة المدعي وتراخي المدعي مدة طويلة بعد سلب حيازته حتى رفع الدعوى فإن تراخيه ذلك ينفي وصف الاستعجال ويحول دون قبول الدعوى ودون اختصاص القضاء المستعجل بنظرها<sup>(١)</sup>.

وبدورنا نؤيد الرأي الأخير، ونرى التأخير في رفع الدعوى المستعجلة في أحيان كثيرة يعتبر تراخياً يهدم وصف الاستعجال ويحول دون قبول الدعوى المستعجلة؛ لأن التأخير في رفع الدعوى المستعجلة يعد بمثابة إقرار ضمني بعدم وجود الخطر الذي يبرر اختصاص القضاء المستعجل، حيث أن تأخر الشخص عن تقديم الدعوى المستعجلة مدة تخالف عرف النزاع بلا مانع يمنعه من ذلك يعد بمثابة انتفاء لما يدعيه من خطر داهم. كما أن التأخير في رفع الدعوى المستعجلة قد يكون له معنى التنازل عن الحق في طلب الإجراء المستعجل، وهنا ينتفي الاستعجال وتكون الدعوى المستعجلة غير مقبولة. واستخلاص هذا الأمر متروك لقاضي الأمور المستعجلة يقدر وجود وجه الاستعجال من عدمه لما له من سلطة في الوزن والترجيح للوقائع والملابسات المطروحة عليه.

### الإشكالية الثالثة: الإشكالية المتعلقة بإمكانية الإحالة من القضاء المستعجل إلى القضاء الموضوعي؛

يثور التساؤل حول إمكانية إحالة الدعوى المستعجلة إلى محكمة الموضوع عند حكم قاضي الأمور المستعجلة بعدم اختصاصه لعدم توافر شروط الدعوى المستعجلة، فهل يكفي قاضي الأمور المستعجلة عند تخلف شروط الدعوى المستعجلة بالحكم بعدم الاختصاص أم انه يجب عليه أن يقرن ذلك بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع؟

ذهب رأي إلى أن قاضي الأمور المستعجلة إذا قضى بعدم الاختصاص لعدم توافر شروط الدعوى المستعجلة فليس له أن يقرن حكمه ذلك بإحالة النزاع إلى المحكمة

(١) حكم الدائرة المدنية بالمحكمة العليا اليمنية الصادر بتاريخ ٢٧ جمادى الآخرة ١٤٣٥هـ الموافق ٢٧/٤/٢٠١٤م في الطعن رقم (٥٣٨٨٠) - نقض سوري - قرار رقم (٤١١)) وتاريخ ١٣/٦/١٩٩٥م - المجموعة القضائية لقرارات محكمة النقض السورية دعاوى مخاصمة القضاة الجزء الأول قاعدة رقم ٩٣ ص ٢٠٧ - منشور في مجلة المحامون - العدد الثالث والرابع لعام ١٩٩٦م.

المختصة؛ لأنه بهذا القضاء تنتهي الخصومة أمامه ولا يبقى منها ما يجوز إحالته لمحكمة الموضوع؛ لأن هذا القضاء يتضمن عدم قبول للدعوى لعدم توافر الشروط اللازمة لقبولها، لأن المدعي طلب في الدعوى اتخاذ إجراء وقتي وهذا الطلب لا تختص به استقلالاً محكمة الموضوع<sup>(١)</sup>.

وذهب رأي آخر إلى أن عدم جواز الإحالة في حالة ما إذا حكم بعدم الاختصاص لعدم توافر شرط الاستعجال؛ لأنه في هذه الحالة يمكن القول أنه لا يبقى من الخصومة ما يجوز إحالته لمحكمة الموضوع، أما إن كان الحكم بعدم الاختصاص لكون المطلوب في الطلب المستعجل ليس إجراءً وقتياً فإن الأمر يختلف تماماً حيث يجب أن يقترن بالإحالة لأن الطلب في هذه الحالة يعتبر طلباً موضوعياً وليس وقتياً وعند الحكم في عدم الاختصاص يبقى في الطلب ما يجب إحالته للمحكمة المختصة<sup>(٢)</sup>.

وذهب رأي ثالث إلى أن قاضي الأمور المستعجلة إذا قضى بعدم الاختصاص لعدم توافر شروط الدعوى المستعجلة يجب عليه أن يقرن حكمه ذلك بإحالة النزاع إلى المحكمة المختصة؛ وذلك لأنه وفقاً للقواعد العامة للاختصاص في قانون المرافعات ليس ثمة ما يمنع من إحالة الدعوى المستعجلة إلى القضاء الموضوعي إذا ما حكم القاضي المستعجل بعدم اختصاصه، كما أن النص القانوني الخاص بالإحالة ورد بصيغة العموم لا يوجد به تخصيص لنوع من الدعاوى دون الآخر بحيث يسري على القضاء المستعجل والقضاء العادي<sup>(٣)</sup>.

وبدورنا نؤيد الرأي الأول الذي ذهب إلى عدم جواز إحالة الدعوى المستعجلة من قاضي الأمور المستعجلة إلى محكمة الموضوع المختصة، وذلك لأنه بهذا القضاء تنتهي الخصومة أمامه ولا يبقى منها ما يجوز إحالته لمحكمة الموضوع كون المدعي طلب في الدعوى اتخاذ إجراء وقتي وهذا الطلب لا تختص به استقلالاً محكمة الموضوع، كما أن الإجراءات أمام قضاء الموضوع تختلف في طبيعتها وجوهرها عن الإجراءات التي تتبع في الدعوى المستعجلة أمام قاضي الأمور المستعجلة.

- (١) د. علي أبو عطية هيكل - الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات دار الجامعة الجديدة الإسكندرية - ٢٠٠٥م ف ٦٠ - ص ٦١ - ٦٢، د. أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية - ص ٢٥٠، د. عبدالله الفرا - الوسيط في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية - الطبعة الثانية - بدون دار نشر - ٢٠١٦م - ص ٣٨٦ - نقض مصري طعن رقم ٩٥١٧ - لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٥/٧/٥م - طعن ٢٩٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١م.
- (٢) د. أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - بدون رقم طبعة ودار نشر - ص ٤٣٨، وما بعدها، طعن مصري رقم ٧٨٠ ) لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠م.
- (٣) محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه - الطبعة الثانية ١٩٥٥م - بدون دار النشر - ص ٦٠٣.

## الإشكالية الرابعة: الإشكالية المتعلقة بإمكانية تحويل قاضي الأمور المستعجلة الطلبات؛

يثور التساؤل حول سلطة القاضي المستعجل في تحويل الطلبات في حالة ما إذا كان الطلب المقدم الى القضاء المستعجل تتوافر فيه شروط الطلبات المستعجلة إلا أن طلبات الخصوم فيها طلبات موضوعية تمس أصل الحق، فهل يجوز للقاضي المستعجل تحويل الطلبات بتغيير الطلبات المطروحة في الدعوى بما يتلاءم مع اختصاصه أم أنه لا يجوز له ذلك؟

ذهب رأي إلى أنه إذا كان الطلب المقدم الى القضاء المستعجل تتوافر فيه شروط الطلبات المستعجلة إلا أن طلبات الخصوم فيها طلبات موضوعية تمس أصل الحق فإنه يجوز للقاضي المستعجل عندما يعرض عليه طلب موضوعي خارج حدود اختصاصه إذا ما قدر أنه ينطوي على طلب وقتي يدخل في اختصاصه أن يغير الطلبات المطروحة في الدعوى بما يتلاءم مع اختصاصه، وهو ما يعبر عنه الفقه والقضاء بمصطلح "تحويل الطلبات"؛ وذلك لأن القضاء بشكل عام وإن كان عليه أن لا يعين أحد الخصوم على الآخر إلا أنه في نفس الوقت لا يجب عليه أن يكون صاحب دور سلبي ومكتوف الأيدي أمام إهدار حق الخصم، فقد يكون المتقدم بالطلب جاهلاً باختصاص القضاء المستعجل فيتقدم بطلبات موضوعية إلا أن شروط الطلبات المستعجلة متوافرة بها، فالعدالة هنا تقتضي أن يبسط القضاء المستعجل ظلالة ويقول قوله بما لا يُخل باختصاصه النوعي كقضاء مستعجل، وذلك بممارسة سلطته في تحويل الطلبات من موضوعية إلى وقتية، محققاً بذلك التوازن بين طرفي النزاع، خصوصاً وأن القاضي المستعجل لا يقضي إلا بإجراء وقتي ولا يفصل في أصل الحق ولا يغير رأي من المراكز القانونية<sup>(١)</sup>.

وذهب رأي آخر إلى أن القاضي المستعجل ليس له سلطة تحويل الطلبات بأن يغير الطلبات المطروحة في الدعوى بما يتلاءم مع اختصاصه؛ لأن ذلك يعد خروجاً على مبدأ حياد القاضي ويؤدي إلى عدم تقييد القاضي المستعجل بالطلبات التي تعرض عليه من الخصوم<sup>(٢)</sup>.

وبدورنا نؤيد الرأي الأول، ونرى أن أعطى القضاء المستعجل سلطة تحويل الطلبات لم يكن إلا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها اختصاص القضاء المستعجل لما يبتغيه من

(١) د. أحمد مليجي- المرجع السابق- ص ١١٥١، د. مجدي عبد الغني- سلطة القاضي المستعجل في تحويل الطلبات- نقض مصري- طعن رقم ١١٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٠/٤/١٩٥٨م.

(٢) د. علي أبو عطية هيكل- المرجع السابق- ص ٦٠- ٦١- ٦٢- د. عبدالله الفرا- المرجع السابق- ص ٣٨٦.

تفادي الأخطار الداهمة بمصالح الأفراد أو حقوقهم نتيجة التأخر في الفصل بموضوع النزاع، فالقضاء بشكل عام وإن كان عليه أن لا يعين أحد الخصوم على الآخر إلا أنه في نفس الوقت لا يجب عليه أن يكون صاحب دور سلبي ومكتوف الأيدي أمام إهدار حق الخصم، فقد يكون المتقدم بالطلب جاهلاً باختصاص القضاء المستعجل فيتقدم بطلبات موضوعية إلا أن شروط الطلبات المستعجلة متوافرة بها، فالعدالة هنا تقتضي أن يبسط القضاء المستعجل ظلاله ويقول قولته بما لا يُخل باختصاصه النوعي كقضاء مستعجل، وذلك بممارسة سلطته في تحويل الطلبات من موضوعية إلى وقتية، محققاً بذلك التوازن بين طرفي النزاع، خصوصاً وأن القاضي المستعجل لا يقضي إلا بإجراء وقتي ولا يفصل في أصل الحق ولا يغير أي من المراكز القانونية. كما أن التحويل لا يعد تغييراً لمضمون الطلب الذي قدمه المدعى، أو قضاء بما لم يطلبه، ولا يعتبر تعديلاً في الطلبات الأصلية، فهو لا يرقى إلى حد التعديل بالمعنى الفني للكلمة.

## المطلب الثاني

### الإشكالات المتعلقة بالاختصاص في نظر الدعوى المستعجلة

أسند المشرع اليمني الاختصاص في نظر الدعوى المستعجلة لرئيس المحكمة الابتدائية إذا رفعت ابتداءً أو للقاضي المختص إذا رفعت تبعاً لدعوى موضوعية، المادة (٢٤٤) مرافعات، ويتضح من ذلك أن المشرع بشأن تحديد القاضي المختص نوعياً في نظر الدعوى المستعجلة فرق بين فرضين:

**الفرض الأول:** حالة ما إذا رفعت الدعوى المستعجلة ابتداءً بصفة أصلية دون أن يكون هناك دعوى منظورة أمام المحكمة، فإن الاختصاص النوعي في نظر الدعوى المستعجلة ينعقد لرئيس المحكمة الابتدائية باعتباره قاضياً للأمر المستعجلة. وينعقد الاختصاص النوعي بنظر الدعوى المستعجلة في حالة عدم وجود نزاع مرفوع أمام القضاء للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع الموضوعي، أي للمحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى الموضوعية التي يكون محلها أصل الحق، حيث يختص بالفصل في الدعوى المستعجلة رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أصلاً بنظر المنازعة الموضوعية المتعلقة بأصل الحق باعتباره قاضي الأمور المستعجلة<sup>(١)</sup>. وفيما يتعلق

(١) الحكم الصادر من الدائرة التجارية بالمحكمة العليا اليمنية بتاريخ ٢٨ / ٢ / ٢٠١١م في الطعن التجاري رقم (٤٣٦٥١) لسنة ١٤٣٢هـ الذي جاء ضمن أسبابه ما نصه: (وحيث أن الدعوى المستعجلة قد تعلق بوقف الاستحداث في العقار حتى يتم سداد الديون والالتزامات القائمة على العقارات، وحيث تبين أن التصرف

بالاختصاص المحلي في حالة عدم وجود نزاع مرفوع أمام القضاء فإنه يلزم إعمال نص المادة (٩٨) مرافعات التي تنص على أنه: (في الدعاوى المتضمنة طلب اتخاذ إجراء وقتي يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو المحكمة المطلوب حصول الإجراء في دائرتها).

**الفرض الثاني:** حالة ما إذا رفعت الدعوى المستعجلة تبعاً لدعوى موضوعية منظورة أمام المحكمة، فإن الاختصاص النوعي في نظر الدعوى المستعجلة ينعقد للقاضي الذي ينظر الدعوى الموضوعية، وذلك وفقاً لنص المادة (٢٤٤) مرافعات. وبالتالي فإن قاضي الموضوع يختص بنظر الدعوى المستعجلة المتعلقة بالنزاع الموضوعي المنظور أمامه بمجرد عرض النزاع عليه<sup>(١)</sup>.

والملاحظ عدم وضوح قواعد الاختصاص في نظر الدعوى المستعجلة كون النصوص المنظمة لها قد جاءت مشوبةً بالغموض واللبس ومشوبةً أيضاً بالقصور والنقص، وهو ما أدى إلى ظهور الكثير من الإشكالات والصعوبات القانونية والواقعية المتعلقة بالاختصاص في نظر الدعوى المستعجلة، وسوف نبين تلك الإشكالات والصعوبات بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

### **الإشكالية الأولى: الإشكالية المتعلقة بإمكانية تقديم الطلب المستعجل أمام قاضي الأمور المستعجلة بعد رفع الدعوى الموضوعية:**

يجمع الفقه القانوني على أنه يجوز تقديم الطلب المستعجل لقاضي الأمور المستعجلة قبل تقديم الدعوى الموضوعية لمحكمة الموضوع، كما يجوز تقديم الطلب المستعجل لمحكمة الموضوع بطريق التبعية للدعوى الموضوعية، وإذا ما قدم الطلب المستعجل لقاضي الأمور المستعجلة المختص وقبل الفصل فيه أقيمت الدعوى الموضوعية فإن قاضي الأمور المستعجلة يبقى مختصاً بنظر الطلب المستعجل باعتباره

الذي وقع من الطاعن والمطعون ضده بشأن الاستحداث في العقار المشار إليه يعتبر من قبيل الفعل الضار الذي تنشأ عنه المسؤولية التقصيرية... ما يدل على عدم اختصاص القضاء التجاري بنظر هذه القضية وانعقاد الاختصاص للمحكمة ذات الولاية العامة عملاً بحكم المادة (٩٠) مرافعات.... ولذلك فإن ما ذهب إليه المحكمة الابتدائية المؤيد بالحكم الاستثنائي المطعون فيه قد جانب الصواب، لأن العمل الإجرائي يكون عرضةً للبطلان إذا خالف قاعدة من قواعد الاختصاص النوعي والمادة (٢١) من القانون التجاري التي حددت الأعمال التجارية الأصلية والأعمال التجارية بالتبعية، وعليه تقرر الدائرة الإحالة إلى المحكمة المدنية التي يقع في نطاقها العقار محل النزاع... لذلك فإن الدائرة تقرر نقض الحكم وإعادة ملف القضية إلى الشعبة التجارية لإعادة القضية إلى المحكمة الابتدائية لإعلان الأطراف).

(١) اجتهاد محكمة النقض السورية قرار رقم ٤٦٥ لعام ١٩٦٧م -مجلة المحامون- العددان العاشر والحادي عشر- ص ٣٩٩.

صاحب الاختصاص الأصيل، ولا يجوز للخصم طلب إحالة الطلب المستعجل إلى قاضي الموضوع لاختلاف طبيعة الطلب المستعجل عن الدعوى الموضوعية، بمعنى أن الطلب يبقى أمام قاضي الأمور المستعجلة والدعوى أمام قاضي الموضوع<sup>(١)</sup>.

غير أنه يثور التساؤل حول إمكانية تقديم الطلب المستعجل أمام قاضي الأمور المستعجلة بعد رفع الدعوى الموضوعية، فهل يجوز ذلك أم لا يجوز؟

ذهب جانب من الفقه إلى جواز تقديم الطلب المستعجل أمام قاضي الأمور المستعجلة ولو كان ذلك بعد رفع الدعوى الموضوعية، فرفع الدعوى إلى محكمة الموضوع لا يسلب القضاء المستعجل اختصاصه بالمسائل المستعجلة المتعلقة بها؛ وذلك لأن ولاية إحداها لا تنفي ولاية الأخرى<sup>(٢)</sup>. كما أن النص على أن يبقى من اختصاص محكمة الموضوع الحكم بهذه الأمور إذا رفعت إليها بطريق التبعية يرمي إلى الاحتفاظ بالقاعدة القائلة بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع دون أن يهدف إلى تعطيل اختصاص قاضي الأمور المستعجلة<sup>(٣)</sup>.

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن المشرع جعل الاختصاص الأصيل بنظر المسائل المستعجلة لقاضي الأمور المستعجلة على ألا يكون هذا على حساب اختصاص القاضي الذي ينظر الدعوى الموضوعية الأصلية، فإذا كانت الدعوى الموضوعية منظورة أمام محكمة الموضوع المختصة فإن الاختصاص بنظر المسائل المستعجلة يكون لمحكمة الموضوع بالتبعية للدعوى الموضوعية الأصلية المنظورة أمامها أعمالاً لقاعدة (قاضي الأصل هو قاضي الفرع). ووفقاً لهذا الرأي إذا كانت هناك دعوى منظورة أمام محكمة الموضوع فإنه يتعين على قاضي الأمور المستعجلة القضاء بعدم اختصاصه؛ وذلك لأن الاختصاص التبعية للمحكمة يأخذ حكم الاختصاص الأصلي بحيث لا يجوز مخالفته ومن ثم فإن إجازة تقديم الطلب المستعجل لقاضي الأمور المستعجلة في ظل وجود دعوى أمام محكمة الموضوع يشكل اعتداءً على اختصاصها التبعية وتعد مخالفة للمادة (٢٤٤) من قانون المرافعات التي تفترض حالتين؛ الأولى عدم وجود دعوى موضوعية فهنا يكون الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة، والثانية وجود دعوى موضوعية منظورة أمام المحكمة المختصة فهنا تكون محكمة الموضوع هي المختصة لنظر الطلبات المستعجلة<sup>(٤)</sup>.

(١) د. أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- مرجع سابق- ص ٣٦٠.

(٢) د. أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- مرجع سابق- ص ٣٦٠.

(٣) اجتهاد محكمة النقض رقم ٢٧٥ / ١٦٢ وتاريخ ١٩٥٤ مجلة المحامون - ص ٢١٦ - لعام ١٩٥٤م.

(٤) د. عبدالله الفرا- المرجع السابق- ص ٣٨٧.

وبدورنا نؤيد الرأي الأخير؛ لأن القاعدة تقرر «الفرع يتبع الأصل في الحكم»، ولأن الأصل المتمثل في الدعوى الأصلية لا وجود له فيختص به قاضي الأمور المستعجلة، أما إن كان موجوداً فيتبعه كل الطلبات العارضة المتفرعة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن قاضي الموضوع هو الأقرب للنزاع الأصلي والأكثر تقديرًا لجدية الطلبات المستعجلة واعتبارها كذلك من عدمه، وهذا يتفق مع ما قرره المشرع اليمني في المادة (٢٤٤) مرافعات من إسناد الاختصاص في نظر الدعوى المستعجلة لرئيس المحكمة الابتدائية إذا رفعت ابتداءً أو للقاضي المختص إذا رفعت تبعاً لدعوى موضوعية، ويتفق أيضاً مع ما قرره المشرع اليمني في المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المعدل عام ٢٠٢١م من تقديم الطلب المستعجل بإجراءات الطلبات العارضة إذا قدم بصفة تبعية لخصومة موضوعية<sup>(١)</sup>.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز تقديم الدعوى أو الطلب المستعجل أمام محكمة الاستئناف باعتبارها محكمة موضوع؛ لأن ذلك يتعارض مع نص المادة (٢٤٤) من قانون المرافعات التي تقضي بأن الحكم الصادر في الدعوى أو الطلب المستعجل يكون قابلاً للاستئناف سواء قدم استقلالاً أم تبعاً لدعوى موضوعية، فلا يكون أمام المستأنف في هذه الحالة تقديم طلبه المستعجل إلى قاضي الأمور المستعجلة المختص بمحكمة أول درجة؛ لأن تقديم الطلب المستعجل أمام المحكمة الاستئنافية بمثابة إخلال بمبدأ التقاضي على درجتين.

### الإشكالية الثانية: الإشكالية المتعلقة بحدود ولاية واختصاص القاضي المكلف بنظر القضايا المستعجلة خلال فترة العطلة القضائية:

يثور التساؤل حول حدود ولاية واختصاص القاضي المكلف بنظر القضايا المستعجلة خلال فترة العطلة القضائية، وحول الأثر المترتب على تجاوزه حدود ولايته واختصاصه ذلك هل يؤدي إلى الانعدام أم يؤدي إلى البطلان فحسب؟

نصت المادة (٧٣) من قانون السلطة القضائية على أنه: (للقضاة عطلة قضائية سنوية شهران يكون شهر رمضان المبارك أحدهما ويحدد الشهر الآخر بقرار من وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى ولا تنظر خلال العطلة القضائية إلا القضايا المستعجلة)، ويستفاد من هذا النص القانوني أن العمل القضائي الصادر من القاضي

(١) نصت المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المعدل عام ٢٠٢١م على أنه: (يرفع الطلب المستعجل بالإجراءات المعتادة لرفع دعاوى إذا قدم بصفة مستقلة، وبإجراءات الطلبات العارضة إذا قدم بصفة تبعية لخصومة موضوعية).

المكلف بنظر القضايا المستعجلة خلال فترة العطلة القضائية السنوية المحددة بشهرين يكون منعماً إذا كان يمس بأصل الحق الموضوعي؛ وذلك لتجاوز حدود ولايته وسلطته المخولة له، لأن ولاية المحاكم خلال فترة العطلة القضائية السنوية مقيدة في نظر القضايا المستعجلة التي لا تمس أصل الحق الموضوعي، ولا تمتد ولايتها إلى القضايا العادية (الموضوعية) التي تمس بأصل الحق المتنازع عليه، فهذه تخرج عن ولايتها. وأساس ذلك أن النهي الوارد في الفقرة الأخيرة من المادة (٧٣) من قانون السلطة القضائية بقولها: (ولا تنظر خلال العطلة القضائية إلا القضايا المستعجلة) يفيد عدم جواز النظر في غير ما استثناه القانون وهو القضايا المستعجلة، وبالتالي فإن ولاية المحاكم خلال العطلة القضائية مقيدة في نظر القضايا المستعجلة التي لا تمس بأصل الحق المتنازع عليه، ولا تمتد ولايتها إلى القضايا العادية (الموضوعية) التي تمس بأصل الحق المتنازع عليه، فهذه تخرج عن ولايتها، وليس أدل على ذلك استعمال المشرع في هذه المادة مصطلح (العطلة) بدلاً عن (الإجازة) الذي جاء كاشفاً عن غاية المشرع ومعبراً عن إرادته في أن تكون المحاكم القضائية موقوفة عن ممارسة العمل القضائي لمدة شهرين في السنة بحيث يصبح القاضي خلال تلك الفترة ممنوعاً من نظر الخصومات والدعاوى الموضوعية أيأ كان نوعها جنائية أو مدنية أو تجارية أو شخصية، فمصطلح (العطلة) مشتق من الفعل (عَطَّلَ) وتعطيل الشيء تفرغته من محتواه<sup>(١)</sup>.

ويدخل في ذلك انعدام التدابير المستعجلة التي يتخذها القاضي المكلف بنظر القضايا المستعجلة خلال فترة العطلة القضائية السنوية بعد انتهاء ولايته هذه بانتهاء مدة العطلة القضائية؛ لأن القاضي الذي يكلف لنظر القضايا المستعجلة خلال فترة العطلة القضائية تنتهي ولايته بانتهاء مدة العطلة القضائية لتعود الولاية في نظر الأمور الوقتية بعد انتهاء العطلة القضائية لصاحب الاختصاص الأصلي بها، وبالتالي فلا يملك هذا القاضي بعد

(١) راجع في ذلك: رسالتنا للدكتوراه (نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات اليمني) - مركز الصادق للطباعة والنشر - صنعاء - الطبعة الثانية - ٢٠٢٢م، د. عبدالملك الجنداري - الفرق بين العطلة والإجازة - بحث منشور في مجلة المحاماة التي تصدرها نقابة المحامين اليمنيين - العدد الرابع - يونيو ٢٠٠٤م - ص ١٥، د. صادق يحيى العري - انعدام الحكم القضائي - مركز الصادق للطباعة والنشر - صنعاء - ص ١٠٥-١٠٦، وفي ذلك قضت المحكمة العليا اليمنية بقولها: (أن الشعبة الاستئنافية أغفلت ما هو ثابت من أن الحكم الابتدائي صدر خلال فترة الإجازة القضائية بالمخالفة للمادة (٧٣) من قانون السلطة القضائية التي جعلت شهر رمضان إجازة إجبارية ومنعت من نظر القضايا خلالها، وأن المادة (٩) مرافعات أوجبت على القاضي التقيد في ولايته للقضاء بالزمان والمكان وهو ما يستوجب إلغاء ونقض الحكم المطعون فيه وما سبقه من أحكام وإرسال القضية إلى المحكمة المختصة لإبلاغ ذوي الشأن ومن أراد أن يتقدم بدعواه ابتداءً فله ذلك). «طعن مدني يمني رقم (٧٦٥٥) لسنة ١٤٢٢هـ جلسة ١٤/١١/٢٠٠١م مجموعة القواعد القضائية - العدد الأول - ص ٣٠١».

انتهاء العطلة القضائية نظر الأمور المستعجلة، وإلا كان عمله منعداً. ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كانت هذه التدابير المستعجلة متعلقة بدعوى موضوعية منظورة أمام هذا القاضي، أو كان هذا القاضي هو رئيس المحكمة أو القاضي المنتدب من قضاة المحكمة لنظر الأمور الوقتية (قاضي الأمور الوقتية) المادة (٢٤٣، ٢٤٦) مرافعات<sup>(١)</sup>.

**الإشكالية الثالثة: الإشكالية المتعلقة بإمكانية اللجوء إلى القاضي المستعجل إذا كان أصل النزاع من اختصاص هيئة قضائية خاصة كهيئة التحكيم:**

إذا كان أصل النزاع من اختصاص هيئة قضائية خاصة كهيئة التحكيم فإنه يثور التساؤل حول إمكانية اللجوء إلى القاضي المستعجل بطلب اتخاذ إجراء مستعجل متعلق بالنزاع المنظور أمام الهيئة القضائية الخاصة، فهل يجوز لأحد الخصوم اللجوء إلى القاضي المستعجل أم لا يجوز له ذلك؟

أجاز المشرع اليمني في قانون التحكيم للمحكم سلطة اتخاذ التدابير المستعجلة المتعلقة بالنزاع المنظور أمامه إذا اتفق الأطراف على تخويله هذه السلطة، حيث نصت المادة (٣٠) تحكيم على أنه: (يجوز للجنة التحكيم أن تأمر أيّاً من الطرفين بتقديم أي ضمانات تراها ضرورية ومناسبة لإجراء مؤقت أو تحفظي وبناءً على طلب الطرف الآخر...)، وفي الوقت ذاته قرر المشرع اليمني إمكانية اللجوء إلى قضاء الدولة لاتخاذ التدابير المستعجلة المتعلقة بنزاع متفق بشأنه على التحكيم، حيث نصت المادة (١٨) من قانون التحكيم على أنه: «إذا تم اتخاذ إجراء تحفظي أو مؤقت بواسطة المحكمة، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، فإنه يكون صحيحاً ولا يناقض اتفاق التحكيم، سواء تم الإجراء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناءها»، ونصت أيضاً المادة (٤٣) من ذات القانون على أنه: «يجوز للجنة التحكيم أو لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة المختصة اتخاذ ما تراه ملائماً من الإجراءات التحفظية أو المؤقتة».

غير أن المشرع اليمني في قانون التحكيم لم يحدد مجال اختصاص قضاء الدولة في اتخاذ التدابير المستعجلة المتعلقة بنزاع متفق بشأنه على التحكيم، حيث اكتفى المشرع بتقرير إمكانية اللجوء إلى قضاء الدولة لاتخاذ التدابير المستعجلة المتعلقة بنزاع متفق بشأنه على التحكيم دون أن يحدد مجال اختصاص قضاء الدولة في اتخاذ هذه التدابير، وحيال ذلك تثار إشكالية وصعوبة تحديد مجال ولاية القضاء في اتخاذ التدابير المستعجلة التي يكون للمحكم سلطة في اتخاذها، فهل يظل للقضاء ولاية في اتخاذها أم

(١) راجع رسالتنا للدكتوراه (نظرية الانعدام الإجرائي) السابق بيانها.

أن تقرير سلطة المحكم في اتخاذ التدابير المستعجلة يؤدي إلى سلب ولاية القضاء في اتخاذ هذه التدابير؟

يكاد يجمع الفقه على اختصاص القضاء المستعجل في اتخاذ التدابير المستعجلة التي يكون للمحكم سلطة في اتخاذها قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعد انقضاء هيئة التحكيم؛ وذلك لعدم وجود هيئة تحكيم لحسم تلك المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت، فيكون القضاء هو الملاذ الوحيد أمام الأطراف لحسم تلك المسائل التي تتطلب تدخلاً سريعاً من جانب القضاء صاحب الولاية العامة<sup>(١)</sup>. غير أن الفقه اختلف بشأن ولاية القضاء في اتخاذ التدابير المستعجلة التي يكون للمحكم سلطة في اتخاذها بعد تشكيل هيئة التحكيم وقبل انقضاءها، وذلك إلى عدة اتجاهات على النحو التالي:

#### الاتجاه الأول: اختصاص المحكم وحده:

ذهب جانب من الفقه إلى أن تقرير سلطة هيئة التحكيم في اتخاذ التدابير المستعجلة يؤدي إلى سلب ولاية القضاء في النظر فيها، ومن شأنه أن يمنع أحد الأطراف من اللجوء إلى قضاء الدولة بطلب هذه التدابير؛ وذلك قياساً على أثر اتفاق التحكيم في إخراج النزاع الموضوعي من ولاية القضاء، بشرط التمسك أمام المحكمة بالاتفاق على التحكيم في المسائل المستعجلة قبل إبداء أي دفع يتعلق بموضوع المسألة المستعجلة<sup>(٢)</sup>.

#### الاتجاه الثاني: اختصاص المحكم وحده عدا حالة الضرورة:

ذهب جانب من الفقه إلى أن تقرير سلطة هيئة التحكيم في المسائل المستعجلة يؤدي إلى سلب ولاية القضاء ما عدا حالة الضرورة، وهذا يعني أن تدخل القضاء بجانب هيئة التحكيم في اتخاذ هذه التدابير يجب أن يكون له طابع احتياطي، كأن يكون من غير الميسور على هيئة التحكيم أن تتخذ التدابير لأي سبب، وكان هناك خطر داهم لا يجدي لتفاديه الالتجاء إلى هيئة التحكيم. ووفقاً لهذا الرأي يشترط الاستعجال لاختصاص القضاء باتخاذ التدابير المستعجلة، فالاستعجال هو المبرر الوحيد لعدم استبعاد

(١) د. نبيل إسماعيل عمر- التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية- الطبعة الأولى- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية - ٢٠٠٤م ف٦٩- ص٨٠، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال- التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية- الطبعة الأولى- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- ١٩٩٨م- ف٣٦٠- ص٥٢٧.

(٢) د. محسن شفيق- التحكيم التجاري الدولي- دار النهضة العربية- القاهرة- لم يذكر تاريخ النشر- ف١٣٣- ص٢٠١، د. نبيل إسماعيل عمر- التحكيم- مرجع سابق- ف٦٩- ص٨٠، د. منير عبد المجيد- التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي- منشأة المعارف- الإسكندرية- لم يذكر تاريخ النشر- ف١٢١ ص١٦٦.

اختصاص قضاء الدولة عند وجود اتفاق تحكيم<sup>(١)</sup>.

### الاتجاه الثالث: الاختصاص المشترك:

ذهب أغلب الفقه إلى أن العلاقة بين القضاء والتحكيم فيما يتعلق باتخاذ التدابير المستعجلة يحكمها مبدأ الاختصاص المشترك، وذلك بأن يتمتع كل منهما باتخاذ التدابير المستعجلة. وهذا يعني أن تقرير سلطة هيئة التحكيم في المسائل المستعجلة لا ينفي ولاية القضاء في الفصل فيها، ولا يمنع الأطراف من إمكانية اللجوء إلى القضاء بطلب اتخاذ هذه التدابير، وأن طلب اتخاذ هذه التدابير من القضاء لا يعني التنازل عن اتفاق التحكيم؛ وذلك لأن المسائل المستعجلة لا تحتمل بطبيعتها التأخير مما جعل المشرع يخرج بشأنها على القواعد العامة في الاختصاص القضائي وعلى القواعد العامة الضابطة لأثر اتفاق التحكيم ذاته، كما أن القضاء المستعجل يختص بنظر المسائل المستعجلة ولو كان النزاع على أصل الحق قائماً أمام محكمة الموضوع فمن باب أولى أن يكون له هذا الاختصاص إذا كان النزاع على أصل الحق قائماً أمام هيئة التحكيم<sup>(٢)</sup>.

وبدورنا نؤيد الاتجاه الثالث الذي ذهب إلى تقرير الاختصاص المشترك لقضاء الدولة وهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير المستعجلة؛ وذلك لقوة أسانيد، إضافة إلى ذلك أن الأصل هو إباحة اللجوء إلى القضاء والاستثناء هو منع اللجوء إلى قضاء الدولة، والاستثناء لا يكون إلا بنص صريح ولا يوجد في نصوص قانون التحكيم ما يؤدي إلى منع الأطراف من اللجوء إلى قضاء الدولة لطلب اتخاذ التدابير المستعجلة في حالة اتفاقهم على التحكيم. علاوة على أن المشرع اليمني في المادة (١٩) من قانون التحكيم جعل من اتفاق التحكيم مانعاً لاختصاص القضاء بنظر الدعوى من حيث الموضوع وليست من

(١) د. محمد نور شحاتة - النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن - دار النهضة العربية - القاهرة - لم يذكر تاريخ النشر - ص ١٧٠، د. عاشور مبروك - النظام الإجرائي لخصومة التحكيم - دار الفكر والقانون - المنصورة - ٢٠٠٦م - ف ١٦٤ - ص ٢٨١، د. ناريما عبد القادر - اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦م - ص ٣٠٧.

(٢) د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والإجباري - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ٢٠٠٧م - ف ٤٨ - ص ١٣٥، د. أحمد السيد صاوي - التحكيم طبقاً للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م - الطبعة الثانية - المؤسسة الفنية للطباعة والنشر - القاهرة - ٢٠٠٤م - ف ١٢٣ ص ١٥٢، د. فتحي والي - التحكيم بين النظرية والتطبيق - الطبعة الأولى - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٧م - ف ٩٨ ص ١٨٧، د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ف ١٣٣ - ص ٢٠٤، د. رضا السيد عبد الحميد - تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٧٤، د. هدى عبد الرحمن - دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطته - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ١٩٩٥م - ف ٢٧٤ - ص ٣٥٨، د. أبو العلا النمر - النظام القانوني للتدابير الوقائية والتحفظية في مجال التحكيم - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ٣٣٤.

حيث التدابير المستعجلة، كما نص ضمناً في المادة (١٨) تحكيم على أن اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير المستعجلة من قبيل الاستثناء على الاستثناء والاستثناء على الاستثناء عودة إلى الأصل وهو اختصاص القضاء صاحب الولاية العامة.

وبناءً على ذلك فإن تدخل القضاء في اتخاذ التدابير المستعجلة يتم على قدم المساواة مع هيئة التحكيم، حيث يكون للخصم الخيار بين الالتجاء إلى القضاء المستعجل أو إلى هيئة التحكيم. وهذا الأمر قد يؤدي إلى وجود تنافس بين هيئة التحكيم والقضاء بشأن اتخاذ تدبير معين، مما يؤدي إلى احتمال صدور أوامر أو أحكام متعارضة بصدد تدبير واحد، وفي سبيل تلافي ذلك ذهب بعض الفقه إلى أن طلب هذا التدبير من إحدى الجهتين يمنع الجهة الأخرى من التعرض له، وذلك مشروط بأن يصل إلى علم الجهة المطلوب فيها اتخاذ الإجراء بأن الأمر معروض على الجهة الأخرى<sup>(١)</sup>.

ونأمل من المشرع اليمني تنظيم مسألة تدخل قضاء الدولة في اتخاذ التدابير المستعجلة المتعلقة بنزاع متفق بشأنه على التحكيم بصورة أكثر وضوحاً وبشكل يزيل التعارض، وذلك بالنص صراحة على تقرير الاختصاص المشترك للقضاء وهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير المستعجلة التي تدخل في سلطة هيئة التحكيم، مع النص على أن طلب هذه التدابير من إحدى الجهتين يمنع الجهة الأخرى من التعرض لها.

## المطلب الثالث

### الإشكالات المتعلقة بإجراءات الدعوى المستعجلة

ترفع الدعوى المستعجلة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى إذا قدمت بصفة مستقلة، وذلك بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة المختصة، ويجب أن تتضمن صحيفة أو عريضة الدعوى على البيانات الضرورية التي تطلبها المشرع في المادة (١٠٤) مرافعات. كما أجاز المشرع اليمني في قانون المرافعات المعدل عام ٢٠٢١م تقديم الطلب المستعجل بإجراءات الطلبات العارضة إذا قدم بصفة تبعية لخصومة موضوعية، وذلك بما نصت عليه المادة (٢٤١) مرافعات المعدل عام ٢٠٢١م من أنه: (يرفع الطلب المستعجل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى إذا قدم بصفة مستقلة، وبإجراءات الطلبات العارضة إذا قدم بصفة تبعية لخصومة موضوعية).

(١) راجع د. رضا السيد عبد الحميد - المرجع السابق - ص ٧٥، د. فتحي والي - التحكيم - مرجع سابق - ف ٩٨ - ص ١٨٨، د. أحمد السيد صاوي - التحكيم - مرجع سابق - ف ١٢٣ - ص ١٥٢.

والملاحظ عدم وضوح إجراءات الدعوى المستعجلة كون النصوص المنظمة لها قد جاءت مشوبةً بالغموض واللبس ومشوبةً أيضاً بالقصور والنقص، حيث أن المشرع اليمني قد أغفل تنظيم الكثير من الجوانب المتعلقة بإجراءات الدعوى المستعجلة بنصوص خاصة تتفق مع طبيعة تلك الدعوى وما تقتضيه من سرعة الفصل فيها، وهو ما أدى إلى ظهور الكثير من الصعوبات والإشكالات في الحياة العملية أثرت سلباً في تحقيق الغاية المتوخاة منها، خصوصاً فيما يخص طريقة إعلان الدعوى المستعجلة وقواعد الحضور والغياب فيها، وفيما يخص أيضاً إمكانية إعمال قواعد وقف الخصومة العادية على الدعوى المستعجلة، وفيما يخص كذلك إمكانية إعمال قواعد التدخل والإدخال في الخصومة العادية على الدعوى المستعجلة. ويرجع ذلك إلى أن التطبيق التلقائي لقواعد الدعوى العادية فيما لم يرد به نص خاص يتنافى مع طبيعة الدعوى المستعجلة وما تقتضيه من السرعة في منح الحماية المؤقتة العاجلة دون تأخير باعتبار أن القضاء المستعجل قرر لمواجهة خطر التأخير في منح الحماية الموضوعية للحقوق أو المراكز القانونية، ومن شأنه إهدار الغاية من تشريع القضاء المستعجل المتمثلة في مواجهة خطر التأخير في منح الحماية الموضوعية للحقوق أو المراكز القانونية. وسوف نبين تلك الصعوبات والإشكالات بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

#### أولاً: الإشكالية المتعلقة بطريقة إعلان الدعوى المستعجلة وقواعد الحضور والغياب:

تنعقد خصومة الدعوى المستعجلة بإعلان صحيفتها للمدعى عليه، حيث يتم إعلان صحيفة الدعوى المستعجلة للمدعى عليه مع تكليفه بالحضور إلى المحكمة في موعد الجلسة. وميعاد الحضور أمام المحكمة في الدعوى المستعجلة أربع وعشرون ساعة من تاريخ إعلان صحيفة الدعوى للمدعى عليه، ويجوز إنقاص ميعاد الحضور بأمر من القاضي مع تحقق المصلحة بشرط إعلان أمر الإنقاص لشخص المدعى عليه وفقاً لنص المادة (٢٤١)) من قانون المرافعات المعدلة عام ٢٠٢١م، وحكمة المشرع في جعل سلطة إنقاص ميعاد الحضور للقاضي أن جميع الدعوى المستعجلة يخشى فيها وقوع ضرر من فوات الوقت وهذه الخشية تختلف من قضية لأخرى<sup>(١)</sup>. وتنظر الدعوى المستعجلة في جلسة علنية يحضر فيها طرفا الخصومة لإبداء دفاعهما مع مجابهة كل منهما للآخر، حيث يدلي فيها كل من الطرفين بدفاعه ويقدم حجته ويطلع كل منهما على ما قدمه خصمه

(١) المشرع اليمني في المادة (٢٤١) مرافعات المعدلة عام ٢٠٢١م أجاز للقاضي إنقاص ميعاد الحضور دون أن يحدد مقدار ذلك الإنقاص، فلم يحدد ميعاد الحضور لا بساعة ولا بساعتين ولا غيره، وهذا بخلاف قانون المرافعات قبل تعديل عام ٢٠٢١م فقد كان يحدد ميعاد الحضور أمام المحكمة في الدعوى المستعجلة بأربع وعشرين ساعة وأجاز إنقاصه إلى ساعة، المادة (١٠٩، ٢٤١) مرافعات.

ويناقشه أو يمكن من الاطلاع على ما قدمه خصمه ومناقشته، ثم تنتهي الخصومة بحكم مسبب، وتنظر الدعوى المستعجلة في مقر المحكمة وللقاضي عند الضرورة القصوى نظرها خارج المحكمة وفقاً لنص المادة (٢٤١) من قانون المرافعات.

والملاحظ تناقض المشرع اليمني في تعديل قانون المرافعات الذي تم عام ٢٠٢١م بشأن طريقة تنفيذ إعلان الدعوى المستعجلة للمدعى عليه، حيث أن المشرع في المادة (٢٤١) مرافعات المعدلة قرر جواز إعلان الدعوى المستعجلة للمدعى عليه بواسطة محضر المحكمة أو بواسطة السلطة العامة عند الحاجة بما نصت عليه من أنه: (ويكون الإعلان بواسطة محضر المحكمة أو عن طريق السلطة العامة عند الحاجة وإذا ثبت أن تقرير الإعلان مخالف للحقيقة فيعاقب القائم بالإعلان بالعقوبة المقررة قانوناً مع الحكم عليه بالتعويض المناسب للخصم المتضرر)، وكان ذلك في الوقت الذي أبقى فيه المشرع على نص المادة (٢٤٢) مرافعات دون تعديل الذي يقرر وجوب إعلان الدعوى المستعجلة بواسطة محضر المحكمة بما نصت عليه من أنه: (يكون الإعلان بواسطة محضر المحكمة إلى موطن المدعى عليه أو إلى مكان عمله أو إليه شخصياً أو في أي مكان يجده فيه وإذا ثبت غش المحضر جاز للمحكمة حبسه شهراً والحكم عليه بالتعويض المناسب للخصم المتضرراً إذا كان).

والملاحظ أيضاً إغفال المشرع تنظيم قواعد خاصة للحضور والغياب في الدعاوى المستعجلة تتفق مع طبيعة الدعوى المستعجلة وما تقتضيه من سرعة الفصل فيها، وهو ما يثور معه التساؤل عن إمكانية تطبيق قواعد الحضور والغياب المقررة للدعاوى العادية على الدعوى المستعجلة؟

إن التطبيق التلقائي لقواعد الحضور والغياب المقررة للدعاوى العادية على الدعوى المستعجلة يتنافى مع طبيعة الدعوى المستعجلة وما تقتضيه من السرعة في منح الحماية المؤقتة العاجلة دون تأخير باعتبار أن القضاء المستعجل قرر لمواجهة خطر التأخير في منح الحماية الموضوعية للحقوق أو المراكز القانونية، وأن تطبيق القواعد الإجرائية للدعاوى العادية على الدعوى المستعجلة فيما لم يرد به نص خاص مشروط بأن لا يتنافى مع طبيعة الدعوى المستعجلة وما تقتضيه من السرعة، فالتطبيق التلقائي لقواعد الدعاوى العادية من شأنه إهدار الغاية من تشريع القضاء المستعجل المتمثلة في مواجهة خطر التأخير في منح الحماية الموضوعية للحقوق أو المراكز القانونية. ولذلك نؤيد بحق ما ذهب إليه بعض الفقهاء الإجرائيين من أنه يكتفى في الدعاوى المستعجلة بإعلان المدعى عليه لمرة واحدة، فإذا لم يحضر المدعى عليه بعد إعلانه إعلاناً صحيحاً فإنه لا

يلزم إعلانه للمرة الثانية وإنما يتم التنصيب عنه ونظر الدعوى المستعجلة في مواجهة المنصب<sup>(١)</sup>. فإذا كان المشرع قد أجاز لقاضي الأمور الوقفية إنقاص مواعيد الحضور في الدعوى المستعجلة فإنه من باب أولى يكون له سلطة الاكتفاء بإعلان المدعى عليه لمرة واحد، وليس أدل على ذلك ما قرره المشرع في المادة (٢٤٣) مرافعات من صدور الحكم في المسائل المستعجلة خلال (٢٤) ساعة من التاريخ المحدد للحضور في مواجهة المدعى عليه أو المنسوب عنه. وبالتالي لا يشترط في الدعوى المستعجلة إعادة إعلان المدعى عليه للمرة الثانية إذا لم يحضر، بل ينظر القاضي الدعوى المستعجلة في غيبته في أول جلسة مادام قد أعلن إعلاناً صحيحاً، وعلى القاضي أن يتحقق من الإعلان من تلقاء نفسه فإن تبين له أنه غير صحيح كلف المدعي إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى إعلاناً صحيحاً.

## ثانياً: الإشكالية المتعلقة بإمكانية أعمال قواعد وقف الخصومة العادية على الدعاوى المستعجلة:

تثور إشكالية إمكانية أعمال قواعد وقف الخصومة العادية على الدعاوى المستعجلة، سواء الوقف الجزائي أو الوقف التعليقي أو الوقف الاتفاقي، وهذه الإشكالية تتعلق بطبيعة الدعوى المستعجلة وما تتميز به من ركن الاستعجال الذي يحتم ضرورة الفصل في الدعوى بصورة سريعة دون تباطؤ لأن ذلك الوقف يؤثر على الحقوق ويعرضها للضياع، ومن هذا المنطلق اختلف الفقه الإجمالي حول إمكانية أعمال قواعد الوقف المقرر في قانون المرافعات على الدعاوى المستعجلة وفقاً للآتي:

### بشأن الوقف الاتفاقي:

اختلف الفقه بشأن إمكانية إخضاع خصومة الدعاوى المستعجلة لأحكام الوقف الجزائي مدة لا تتجاوز ستة أشهر المقرر في قانون المرافعات كجزاء على تمنع المدعي عن تنفيذ ما أمرته به المحكمة، وذلك إلى رأيين:

الأول: ذهب أغلب الفقه إلى القول بعدم جواز وقف الدعوى المستعجلة وقفاً جزائياً؛ وذلك لأن الوقف الجزائي لا يجوز إلا في الدعاوى العادية ولا مجال للأخذ به في الدعاوى المستعجلة نظراً لطبيعة هذه الدعاوى، بالإضافة إلى أن وقف الدعوى المستعجلة يزيل عنها صفة الاستعجال المبرر لاختصاص القضاء المستعجل. ويرى أنصار هذا الرأي أنه إذا وجد القاضي المستعجل أن طلب المدعي للتأجيل سببه إهماله في إعداد المستندات

(١) د. أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية - ص ٣٦١.

أو تهيئة دفاعه قبل أن يقوم برفع الدعوى فإن من حق القاضي أن يحكم عليه بالغرامة الواردة في المادة (١٦٩) مرافعات<sup>(١)</sup>.

والثاني: ذهب جانب من الفقه إلى أنه يجوز للقاضي المستعجل وقف الدعوى المستعجلة وقفاً جزئياً وليس ثمة ما يمنع من إعمال الوقف الجزائي في الدعاوى المستعجلة؛ وذلك لأن النص القانوني الخاص بالوقف الجزائي ورد بصيغة العموم ولا يوجد به تخصيص لنوع من الدعاوى دون الآخر بحيث يسري على القضاء المستعجل والقضاء العادي، فضلاً عن أنه لا يجوز حرمان القاضي من جزاء فعال قد لا يجد وسيلة غيره حتى يتمكن من الفصل في الدعوى كما لو امتنع المدعى عن تنفيذ ما أمرت به المحكمة. كما أن الرأي السابق الذي يرى عدم جواز ذلك ليس له سند قانوني وأن تبريره بأن حالة الاستعجال تزول بمرور الوقت أيضاً هو قول غير صحيح لأن مرور الوقت قبل رفع الدعوى أو قبل الفصل فيها لا يؤثر على ركن الاستعجال الذي يظل قائماً بقيام الخطر الذي يظل موجوداً حتى الفصل في الدعوى بل قد يزيد نتيجة التأخر في الفصل في الدعوى<sup>(٢)</sup>.

وبدورنا نؤيد الرأي الأول الذي ذهب إلى القول بعدم جواز وقف الدعوى المستعجلة جزائياً لمدة معينة؛ وذلك لأن الوقف الجزائي يتنافى من الهدف الرئيسي من تشريع القضاء المستعجل، إذ أن القول بجواز الوقف الجزائي في الدعاوى المستعجلة يؤخر الفصل فيها ويؤخر تحقيق الحماية المستعجلة ويفرغ الدعوى المستعجلة من الهدف والغاية التي لأجلها شرعت وهي تحقيق حماية وقتية عاجلة.

### بشأن الوقف التعليقي:

اختلف الفقه بشأن إمكانية إعمال أحكام الوقف التعليقي على الدعاوى المستعجلة، فقد ذهب البعض إلى عدم جواز إعمال أحكام الوقف التعليقي المقرر في قانون المرافعات على الدعاوى المستعجلة فلا يجوز وقف الدعوى المستعجلة وقفاً تعليقياً إلى حين الفصل في الدعوى الجنائية<sup>(٣)</sup>.

بينما ذهب البعض الآخر إلى جواز إعمال أحكام الوقف التعليقي على الدعاوى المستعجلة عندما تثار مسألة أولية لازمة للفصل فيها تخرج عن اختصاص القاضي

(١) د. أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- ص ٣٦٢. د. محمد علي راتب- قضاء الأمور المستعجلة- مرجع سابق- ف ٦٣- ص ١٠٤، محمد عبد اللطيف- القضاء المستعجل- الطبعة الرابعة- ١٩٩١م، ف ٤٥٩، د. فرج محمد علي- دور القاضي والخصوم في الدعوى المدنية- دار الكتب والدراسات العربية- ٢٠٢٣م.

(٢) محمد كمال عبد العزيز- المرجع السابق- ص ٦٠٣، مصطفى هرجه- المرجع السابق- ص ٤١.

(٣) د. أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- ص ٣٦٢.

المستعجل كالدفع بعدم دستورية نص قانوني متصل بالدعوى المستعجلة<sup>(١)</sup>.

وبدورنا نؤيد الرأي الأول الذي ذهب إلى القول بعدم جواز وقف الدعوى المستعجلة وقفاً تعليقاً؛ وذلك لأن الوقف يتنافى مع الهدف الرئيسي من تشريع القضاء المستعجل، إذ أن القول بجواز الوقف في الدعاوى المستعجلة يؤخر الفصل فيها ويؤخر تحقيق الحماية المستعجلة ويفرغ الدعوى المستعجلة من الهدف والغاية التي لأجلها شرعت وهي تحقيق حماية وقتية عاجلة.

### بشأن الوقف الاتفاقي؛

اختلف الفقه بشأن إمكانية إعمال الوقف الاتفاقي على الدعاوى المستعجلة، فقد ذهب البعض إلى عدم جواز إعمال أحكام الوقف الاتفاقي المقرر في قانون المرافعات على الدعاوى المستعجلة فلا يجوز إعمال أحكام الوقف الاتفاقي للخصومة المقرر في قانون المرافعات على الدعاوى المستعجلة؛ وذلك لتعارضه مع طبيعة هذه الدعاوى التي تقوم على الاستعجال وما تقتضيه من سرعة الفصل فيها<sup>(٢)</sup>.

بينما ذهب البعض الآخر إلى جواز إعمال أحكام الوقف الاتفاقي على الدعاوى المستعجلة؛ وذلك لأن النص القانوني الخاص بالوقف الاتفاقي ورد بصيغة العموم لا يوجد به تخصيص لنوع من الدعاوى دون الآخر بحيث يسري على القضاء المستعجل والقضاء العادي<sup>(٣)</sup>.

وبدورنا نؤيد الرأي الأول الذي ذهب إلى القول بعدم جواز الوقف الاتفاقي للدعوى المستعجلة؛ وذلك لأن الوقف يتنافى مع الهدف الرئيسي من تشريع القضاء المستعجل، إذ أن القول بجواز الوقف في الدعاوى المستعجلة يؤخر الفصل فيها ويؤخر تحقيق الحماية المستعجلة ويفرغ الدعوى المستعجلة من الهدف والغاية التي لأجلها شرعت وهي تحقيق حماية وقتية عاجلة.

### ثالثاً: الإشكالية المتعلقة بإمكانية إعمال قواعد التدخل والإدخال في الخصومة العادية على الدعاوى المستعجلة؛

تنور إشكالية إمكانية إعمال قواعد التدخل والإدخال في الخصومة الواردة في

(١) مصطفى هرجة - أحكام وآراء في القضاء المستعجل - مرجع سابق - ص ٤١.

(٢) مصطفى هرجة - أحكام وآراء في القضاء المستعجل - مرجع سابق - ص ٤١.

(٣) محمد كمال عبد العزيز - المرجع السابق - ص ٦٠٣.

نصوص قانون المرافعات<sup>(١)</sup> على الدعاوى المستعجلة نظراً لطبيعة الدعوى المستعجلة وما تقتضيه من سرعة الفصل فيها دون تباطؤ، ويختلف ذلك بحسب الغاية من التدخل أو الإدخال وفقاً للآتي:

اختلف الفقه الإجرائي بشأن إمكانية التدخل الاختصامي للغير في خصومة الدعوى المستعجلة، وقد ذهب الرأي الغالب إلى جواز التدخل الاختصامي في خصومة الدعوى المستعجلة إعمالاً للقواعد العامة التي تحكم التدخل في الدعاوى العادية وبما لا يتعارض مع طبيعة الدعوى المستعجلة والغاية التي ترمي إليها<sup>(٢)</sup>، حيث يكون التدخل الاختصامي جائزاً في خصومة الدعوى المستعجلة طالما أن الخصومة ما زالت قائمة وطالما أن طلب التدخل يتفق مع طبيعة الدعوى المستعجلة والغاية التي ترمي إليها، ولا يكون ذلك إلا في حالة ما إذا كان من شأن صحة التدخل التأثير على الدعوى المستعجلة سلباً أو إيجاباً دون أن يتعلق محله بأصل الحق المتنازع عليه

وبالتالي لا يقبل طلب التدخل الاختصامي في خصومة الدعوى المستعجلة إلا إذا كان من شأن صحة التدخل التأثير على الدعوى المستعجلة سلباً أو إيجاباً، كما لا يقبل طلب التدخل الاختصامي في خصومة الدعوى المستعجلة إذا كان محله طلبات متعلقة بأصل الحق المتنازع عليه. ويرجع ذلك إلى أن المشرع قد ابتدع طريق القضاء المستعجل استثناءً من الأصل العام والاستثناء يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً دون التوسع فيه، وأن القضاء المستعجل شرع بقصد تحقيق حماية مستعجلة تداركاً لخطر محقق بالحقوق يهددها مع فوات الوقت بضرر يتعذر تداركه، والقول بجواز التدخل الاختصامي

(١) نصت المادة (١٨٩) من قانون المرافعات على أن: (للخصم أن يُدخِل في الخصومة من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى مع مراعاة مواعيد الحضور)، ونصت أيضاً المادة (١٩٠) من ذات القانون على أن: (للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار حقيقة ومن ذلك: ١- من كان خصماً في الدعوى في مرحلة سابقة ٢- من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة ٣- الوارث مع المدعي أو المدعى عليه أو الشريك على الشيوخ إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركة قبل قسمتها أو بعدها أو بالشيوخ ٤- شركة التأمين المسئولة عن الحق المدعى به إذا كان مصرحاً بها ٥- من يحتمل أن يلحق به ضرر من قيام الدعوى أو من الحكم فيها إذا ظهرت للمحكمة دلائل جديّة على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب الخصوم وتعيّن المحكمة مبعاداً للخصوم لا يجاوز ثلاثة أسابيع)، كما نصت المادة (٢٠٠) من ذات القانون على أنه: (يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الخصومة المنظورة أمام محكمة الدرجة الأولى منضماً إلى أحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بها).

(٢) حكم محكمة التمييز المدنية - بيروت رقم ٣٨٨ تاريخ ٢١-١٢-٢٠١٠م التي قضت فيه بأن طلب الإدخال أمام القضاء المستعجل يخضع للشروط ذاتها التي تحكمه أمام القضاء العادي ولكن إضافة لها يجب بحث شروط قبوله بما يتألف مع ضرورات الدعوى المستعجلة وما ترمي إليه.

على إطلاقه فيه ما يتنافى مع الغاية من تشريع القضاء المستعجل، إذ أن فتح الباب على مصريه للمتدخلين يعقد الخصومة ويؤخر الفصل فيها ويؤخر تحقيق الحماية المستعجلة، بل ويفرغ الدعوى المستعجلة من الهدف والغاية التي لأجلها شرعت وهي تحقيق حماية وقتية عاجلة. وكذلك أن التدخل لم يشرع لتحقيق الحماية المستعجلة في الأصل، فمن يبحث عن حماية مستعجلة فإن عليه أن يسلك الطريق الذي رسمه القانون وهو طريق الدعوى المستعجلة ولا يجوز له طلب التدخل الاختصامي في دعوى مستعجلة أخرى إلا إذا كان موضوع تدخله من شأنه التأثير على الدعوى المستعجلة سلباً أو إيجاباً؛ وذلك لأن الحكم المستعجل لا يتعرض لأصل الحق ويجوز حجية مؤقته تزول بصدور حكم في الموضوع أو بحكم مستعجل آخر وفقاً لنص المادة (٢٤٥) مرافعات.

وهذا بخلاف التدخل الانضمامي فإنه يجوز للغير التدخل منضماً لأحد أطراف خصومة الدعوى المستعجلة إعمالاً للمبادئ والقواعد العامة التي تحكم الإدخال في دعاوى العادية والتي لا تتعارض مع طبيعة الدعوى المستعجلة والغاية التي ترمي إليها؛ وذلك لأن التدخل الانضمامي يقتصر على الانضمام إلى أحد الخصوم فهو لا يطالب بحق أو مركز قانوني إنما يتدخل لتأييد طلبات المدعي أو المدعي عليه أو لمساعدة أيهما لكي يحكم لصالح المنضم إليه لما في هذا الحكم مصلحة تعود عليه، كما أن مركز المتدخل الانضمامي يكون تابعاً لمركز الخصم المنضم إليه، ولا يجوز له أن يتقدم بطلبات متغايرة ومختلفة عن طلبات الخصم المنضم له وإنما يجوز له أن يبدي وجوه دفاع لتأييد طلبات الخصم المنضم له والتقدم بأدلة إثبات في نطاق طلبات الخصم المنضم له.

والأمر كذلك بشأن إدخال الغير الإجباري في خصومة الدعوى المستعجلة فإنه يجوز إدخال الغير في الخصومة سواءً بناءً على طلب أحد الخصوم بإدخال أو بناءً على أمر المحكمة إعمالاً للمبادئ والقواعد العامة التي تحكم الإدخال في دعاوى العادية والتي لا تتعارض مع طبيعة الدعوى المستعجلة والغاية التي ترمي إليها، حيث يجوز اختصام الغير عن طريق الإدخال في الخصومة إذا كان يصح اختصامه فيها ابتداءً عند رفع الدعوى، كما يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها إدخال الغير في خصومة قائمة لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة؛ وذلك لأن الهدف من إدخال المحكمة الغير في الخصومة لمصلحة العدالة صدور الحكم في مواجهته تفادياً لتناقض الأحكام أو حماية الغير من ضرر يلحق به من احتمال التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب الخصوم الأصليين في الدعوى المنظورة، كما أن الهدف من إدخال المحكمة الغير في الخصومة لإظهار الحقيقة إلزامه بتقديم أو عرض محرر تحت يده منتج في الدعوى.

ونرى أنه لكي يحقق نظام القضاء المستعجل الغاية المتوخاة منه - وهي تحقيق العدالة للأفراد بالفصل في الحقوق ذات الخطر المحقق بصورة سريعة - فإنه يجب أن يضع المشرع نصوصاً خاصة بقواعد وإجراءات القضاء المستعجل كنظام خاص مستقل عن القضاء العادي حتى نستطيع تحقيق هذه العدالة فعلاً، فإلصاقه بالتطبيقات القضائية وإنما في النصوص القانونية التي لا تتمتع بالتكامل والشمول.

## المطلب الرابع الإشكالات المتعلقة بالطعن في الحكم المستعجل

نظم المشرع اليمني في المادة (٢٤٤) من قانون المرافعات الطعن في الأحكام المستعجلة، بما نصت عليه من أنه: "إذا صدر الحكم في المسائل المستعجلة من المحكمة الابتدائية أو من القاضي المختص بها تبعاً لدعوى منظورة أمام المحكمة أو على استقلال جاز الطعن فيه بالاستئناف مباشرة خلال ثمانية أيام تبدأ من تاريخ النطق بالحكم وتفصل المحكمة الاستئنافية في الاستئناف خلال ثمانية أيام على الأكثر ولا يكون للاستئناف أثر موقوف للتنفيذ" وبناءً على ذلك فإن المشرع اليمني في المادة (٢٤٤) مرافعات قد حدد ميعاد استئناف الأحكام المستعجلة بميعاد قصير وهو ثمانية أيام تبدأ من تاريخ النطق بالحكم، أي كانت المحكمة التي أصدرت الحكم المستعجل سواءً أكان صادراً من قاضي الأمور المستعجلة أو من قاضي الموضوع تبعاً لدعوى موضوعية منظورة أمامه أو من قاضي التنفيذ، وبغض النظر عن قيمة الدعوى أو ما حكم به. ويتربط على تفويت الخصم على نفسه ذلك الميعاد القانوني القصير سقوط حقه في الاستئناف، بحيث يكون استئنافه غير مقبول شكلاً، ويصبح الحكم المستعجل نهائياً.

والملاحظ عدم وضوح تنظيم المشرع اليمني الطعن في الأحكام المستعجلة، فقد جاءت النصوص المنظمة لذلك مشوبةً بالغموض واللبس ومشوبةً أيضاً بالقصور والنقص، وهو ما أدى إلى ظهور الكثير من الإشكالات والصعوبات القانونية والواقعية المتعلقة بجوانب متعددة كانت محل جدل كبير، على وجه الخصوص فيما يتعلق بتحديد مجال أعمال الميعاد القصير المقرر للطعن في الأحكام المستعجلة وسريانه، وفيما يتعلق أيضاً بأثر الإجازة القضائية في وقف ميعاد الطعن في الأحكام المستعجلة الصادرة أثناء الإجازة القضائية، وفيما يتعلق كذلك بقابلية الأحكام المستعجلة للطعن بالنقض والالتماس في ظل سكوت المشرع عن بيان ذلك. ولذلك سوف نتناول تلك الإشكالات

الصعوبات القانونية والواقعية المتعلقة بالطعن في الأحكام المستعجلة على النحو الآتي:

## أولاً: الإشكالات المتعلقة بتحديد مجال أعمال الميعاد القصير المقرر للطعن بالاستئناف في الأحكام المستعجلة وسريانه:

تثور إشكالية حول إمكانية أعمال الميعاد القصير للطعن بالاستئناف في الأحكام المستعجلة المحدد في المادة (٢٤٤) مرافعات بثمانية أيام من تاريخ النطق بالحكم على الحكم الذي وصف بأنه حكم مستعجل المتضمن التعرض للموضوع والمساس بأصل الحق، فهل يخضع الطعن في ذلك الحكم للميعاد القصير المحدد بثمانية أيام أم يخضع للميعاد العادي الذي تقررته القواعد العامة للطعن؟

إن الميعاد القصير المحدد بثمانية أيام في المادة (٢٤٤) مرافعات لا ينطبق على الحكم المستعجل المتضمن التعرض للموضوع والمساس بأصل الحق، فإن ميعاد الطعن في هذا الحكم يخضع للقواعد العامة للمدة القانونية المحددة بستين يوماً من تاريخ استلام المحكوم عليه نسخة من الحكم أو إعلانه بنسخة منه إعمالاً لنص المادة (٢٧٥) مرافعات؛ وذلك لأنه يشترط لإعمال الميعاد القصير الوارد في المادة (٢٤٤) مرافعات أن يكون الحكم صادراً في منازعة مستعجلة حقيقية فإن لم تكن كذلك يكون ميعاد استئناف الحكم الصادر فيها ستون يوماً من تاريخ استلام المحكوم عليه نسخة من الحكم أو إعلانه بنسخة منه طبقاً للقواعد العامة. وبالتالي فإن ميعاد الطعن القصير في الأحكام المستعجلة المحدد في المادة (٢٤٤) مرافعات بثمانية أيام من تاريخ صدور الحكم يستثنى منه حالة الحكم المستعجل المتضمن التعرض للموضوع والمساس بأصل الحق، فإن ميعاد الطعن في هذا الحكم يخضع للقواعد العامة للمدة القانونية وهي ستون يوماً من تاريخ استلام المحكوم عليه نسخة من الحكم أو إعلانه بنسخة منه وذلك إعمالاً لنص المادة (٢٧٥) مرافعات، وهذا الاستثناء يستشف من دلالة ومقتضى النص القانوني للمادة (٢٤٤) مرافعات بدليل ما جاء في صدارته من عبارة) إذا صدر الحكم في المسائل المستعجلة) فإذا اتضح أن الدعوى المطروحة هي دعوى منع تعرض وحكم فيها القاضي على هذا الاعتبار بوصفها دعوى مستعجلة ثم جاء قضاء الحكم متضمناً التعرض للموضوع والمساس بأصل الحق، فإن هذا الحكم لا يدخل في عداد الأحكام المستعجلة التي يكون ميعاد استئنافها هو الميعاد القصير، بل يدخل في عداد الأحكام

الموضوعية التي يكون ميعاد استئنافها هو الميعاد العادي المحدد بستين يوماً من تاريخ استلام المحكوم عليه نسخة من الحكم أو إعلانه بنسخة منه<sup>(١)</sup> وتثور أيضاً إشكالية حول إمكانية إعمال الميعاد القصير المقرر للطعن بالاستئناف في الأحكام المستعجلة المحدد في المادة (٢٤٤) مرافعات بثمانية أيام من تاريخ النطق بالحكم على الحكم المستعجل الصادر في غياب المحكوم عليه ودون علمه به، فهل يحتسب ذلك الميعاد القصير للطعن بالاستئناف من تاريخ النطق بالحكم أم يحتسب من تاريخ تسليمه نسخة من الحكم أو علمه به؟

إن المشرع في المادة (٢٤٤) مرافعات عندما قرر احتساب ميعاد الطعن بالاستئناف في الحكم المستعجل المحدد بثمانية أيام من تاريخ النطق بالحكم قد افترض علم المحكوم عليه بالحكم المستعجل، ولذلك فإن إعمال ما قرر المشرع في المادة (٢٤٤) مرافعات من احتساب ميعاد الطعن بالاستئناف في الحكم المستعجل من تاريخ النطق بالحكم مشروط بصدور الحكم المستعجل في حضور المحكوم عليه أو علمه بما قضى به الحكم المستعجل في حقه، وبالتالي لا مجال لإعمال ذلك الحكم في حالة ما إذا صدر الحكم المستعجل في غياب المحكوم عليه ودون علمه به فإن احتساب ميعاد الطعن في هذه الحالة يبدأ من تاريخ استلام المحكوم عليه نسخة من الحكم أو من تاريخ علمه بما قضى به الحكم المستعجل في حقه. وبالتالي فإن ما قرره المادة (٢٤٤) مرافعات من سريان ميعاد الطعن القصير المحدد بثمانية أيام من تاريخ صدور الحكم المستعجل يستثنى منه حالة الحكم المستعجل الصادر في غياب المحكوم عليه ودون علمه به، فإن ميعاد الطعن فيه المحدد بثمانية أيام يحتسب من تاريخ إعلان الخصم بالحكم أو علمه به<sup>(٢)</sup>.

(١) حكم المحكمة العليا الصادر من الدائرة الشخصية بتاريخ ٢٠٢٢/٧/١٤هـ الموافق ٢٠١٥/٦/٢٠م في الطعن الشخصي رقم (٤٣١٤٨) الذي جاء ضمن أسبابه ما نصه: (ومن الاطلاع على ما اشتمل عليه ملف القضية من الحكم الابتدائي وحكم الاستئناف والطعن والرد عليه تبين أن الطاعة نعت على الحكم الاستئنافي بالبطلان لقبوله استئناف قدم بعد فوات مياعده معللة أن الحكم الابتدائي يخضع للطعن بالاستئناف وفقاً لنص المادة (٢٤٤) مرافعات وبالرجوع إلى أسباب الحكم الاستئنافي المطعون فيه ظهر أن محكمة الاستئناف تعيب على القاضي المستعجل أنه لم يبحث التظلم بحثاً قانونياً ليكون حكمه مبنياً على أساس من الواقع والقانون وأضافت أن الحكم باعتباره من أحكام القضاء المستعجل فهو من القرارات الوقتية قد تعرض لأصل الحق والمس في موضوعه وهو حضانة الطفلة محل الخلاف الذي سبق عرضه على المحكمة الابتدائية... إلخ، فهذا التعليل صحيح وفي محله وهو عين الصواب وبذلك فإن محكمة الاستئناف قد جعلت مدة الطعن في الحكم بالاستئناف تخضع للقواعد العامة للمدة القانونية وهي ستون يوماً إعمالاً للمادة (٢٧٥) مرافعات... وحيث إن حكم الاستئناف جاء موافقاً في نتيجته للشرع والقانون لما علل به واستند إليه...).

(٢) حكم المحكمة العليا الصادر من الدائرة المدنية بتاريخ ٢٠١٨/٤/١٢م في الطعن رقم (٥٩٦٠٥) بما ورد ضمن

كما تثار إشكالية حول إمكانية استئناف الحكم المستعجل الذي فوت ميعاد الطعن فيه مع استئناف الحكم الموضوعي، فإذا فوت الخصم على نفسه ميعاد الطعن بالاستئناف في الحكم المستعجل الصادر من قاضي الموضوع تبعاً لدعوى منظورة أمامه وبعد ذلك صدر حكم في الموضوع فهل استئناف الحكم الموضوعي يستتبع استئناف الحكم المستعجل؟

إن ما قرره المشرع في المادة (٢٤٤) مرافعات من قابلية الأحكام المستعجلة الصادرة من قاضي الموضوع للطعن بالاستئناف استقلالاً يعد استثناءً من القاعدة العامة المقررة في المادة (٢٧٤) مرافعات عدم جواز الطعن استقلالاً في الأحكام غير المنهية للخصومة الصادرة أثناء سير الخصوم قبل الحكم المنهي لها، وبالتالي إذا فوت الخصم على نفسه ميعاد الطعن بالاستئناف المحدد بخمسة عشر يوماً وبعد ذلك صدر حكم الموضوع وكان قابلاً للاستئناف فإن استئناف الحكم الموضوعي لا يستتبع استئناف الحكم المستعجل؛ وذلك لأن الأحكام الصادرة في الدعاوى المستعجلة لها كيانها الخاص الذي تستقل به فلا يصح تعليق الطعن فيها على الحكم الموضوعي.

ثانياً: الإشكالات والصعوبات المتعلقة بإمكانية إعمال أثر الإجازة القضائية في وقف ميعاد الطعن في الأحكام المستعجلة الصادرة خلالها:

إذا كان الأصل وفقاً لنص المادة (١١١) من قانون المرافعات أن الإجازة القضائية توقف ميعاد الطعن في الأحكام، فإنه يثار التساؤل حول أثر الإجازة القضائية في وقف ميعاد الطعن في الأحكام المستعجلة الصادرة خلالها هل توقف ميعاد الطعن فيها أم لا؟ إن ما تقرره القواعد العامة في المادة (١١١) مرافعات من أن الإجازة القضائية توقف ميعاد الطعن في الأحكام لا ينطبق على الأحكام المستعجلة التي تصدر أثناء الإجازة القضائية، فالإجازة القضائية لا توقف ميعاد الطعن في الحكم المستعجل الصادر أثناء الإجازة القضائية، بحيث تحتسب أيام الإجازة القضائية من ضمن ميعاد الطعن في الأحكام المستعجلة الصادرة أثناء الإجازة القضائية؛ وذلك لأن القول بأن الإجازة القضائية توقف ميعاد الطعن في الحكم المستعجل الصادر خلالها يتنافى مع فكرة

أسبابه ما نصه: (والدائرة تجد أن نعي الطاعن غير سديد، فيالرجوع إلى المادة (٢٤٤) مرافعات نجد أنها تنص على أنه... فمقتضى هذه المادة أن مدة الأيام الثمانية لاستئناف الحكم الابتدائي الصادر في القضايا المستعجلة تبدأ من تاريخ النطق بالحكم إذا ما صدر في مواجهة صاحب الشأن لأن مدة الأيام الثمانية المحددة قانوناً هي مدة سقوط، فلا يمكن تقريرها إلا بالنسبة لمن كان حاضراً وقت النطق بالحكم وعلم به، أما من كان غائباً فلا تسري مدة السقوط في حقه إلا من تاريخ تسلمه لنسخة رسمية من الحكم أو من تاريخ علمه بما قضى به الحكم المستعجل في حقه).

تخصيص قضاة وشعب مناوبة للعمل والفصل في المسائل المستعجلة أثناء الإجازة القضائية<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: الإشكالات المتعلقة بإغفال المشرع بيان قابلية الأحكام المستعجلة للطعن بالنقض والالتماس:

لم يبين المشرع اليمني مدى إمكانية الطعن في الحكم المستعجل بالنقض أمام المحكمة العليا، واكتفى بما نص عليه في المادة (٢٤٤) مرافعات من جواز الطعن في الحكم المستعجل أمام محكمة الاستئناف خلال ثمانية أيام من تاريخ النطق به، وهو ما يثور معه التساؤل حول جواز الطعن بالنقض في حكم محكمة الاستئناف الصادر بشأن استئناف الحكم المستعجل، فهل سكوت المشرع عن بيان ذلك يفهم منه عدم جواز الطعن بالنقض في ذلك الحكم أمام المحكمة العليا، أم إنه يجوز الطعن فيه بالنقض إعمالاً للقواعد العامة؟

ذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز الطعن بالنقض في الأحكام المستعجلة؛ وحجتهم في ذلك أن سكوت المشرع عن بيان مدى جواز الطعن بالنقض في ذلك الحكم يفهم منه عدم جوازه، كما أن هذه الأحكام مؤقتة تصدر في مسائل تحفظية ويجوز للمتضرر منها أن يطلب تعديلها أو إلغائها من نفس القاضي المستعجل عند حصول تغيير في وقائع الدعوى المادية أو في مركز أحد الطرفين القانوني أو كليهما أو أن يلجأ إلى قاضي الموضوع للفصل في أصل الحق<sup>(٢)</sup>.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى جواز الطعن بالنقض في الأحكام المستعجلة أسوة بالأحكام العادية استناداً إلى أن الأحكام المستعجلة وإن كانت وقتية إلا أنها تفصل في نزاع بصفة مؤقتة وبالإجراءات التي نص عليها القانون وله أسبابه، وقد استقر الرأي الثابت على أن نصوص قوانين المرافعات تسري على الأحكام الموضوعية والمستعجلة

(١) حكم المحكمة العليا الصادر من الدائرة المدنية بتاريخ ٤/٤/٢٠١٨م في الطعن المدني رقم (٥٩٤٠٤) الذي جاء ضمن أسبابه ما نصه: (الإجازة القضائية لا توقف ميعاد الطعن في الأحكام المستعجلة الصادرة أثناء الإجازة القضائية، بحيث تحتسب أيام الإجازة القضائية من ضمن ميعاد الطعن في تلك الأحكام، لأن القول بأن الإجازة القضائية توقف ميعاد الطعن في الحكم المستعجل الصادر خلالها يتنافى مع فكرة تخصيص قضاة وشعب مناوبة للعمل والفصل في المسائل المستعجلة أثناء الإجازة القضائية، فالحكم المستعجل قد صدر أصلاً في الإجازة القضائية على سبيل الاستثناء، لأن الأصل أن يتوقف القضاء عن العمل أثناء الإجازة القضائية وأن الإجازة القضائية توقف مواعيد الطعون إلا إنه يستثنى من ذلك الأحكام الصادرة في الإجازة القضائية ذاتها).

(٢) نقض مصري طعن رقم (١٢٣٠) سنة ٥٠ ق جلسة ٢٨/٢/١٩٨٤م.

على حد سواء ما لم يرد استثناء صريح ولما كانت نصوص الطعن بالنقض لم تستثن من أحكامها الأحكام المستعجلة فإن قواعد الطعن بالنقض تسري عليها هذا فضلاً عن أن هناك أحكاماً في حالات معينة لا يمكن إصلاح الخطأ فيها إلا بطريق النقض أو التماس إعادة النظر<sup>(١)</sup>.

وبدورنا نؤيد الرأي الأخير الذي ذهب إلى القول بجواز الطعن بالنقض في الأحكام المستعجلة أي في جواز الطعن بالنقض في حكم محكمة الاستئناف الصادر بشأن استئناف الحكم المستعجل؛ وذلك لأن المشرع في المادة (٢٤٤) مرافعات نص على جواز الطعن بالاستئناف في الأحكام المستعجلة خلال ثمانية أيام وسكت فلم ينص بالمنع من الطعن بالنقض في نص المادة المذكورة، ومن ثم فإنه يجوز الطعن بالنقض في أحكام الاستئناف المستعجلة أمام المحكمة العليا عملاً بأحكام المادة (٢٩٢) مرافعات التي تقرر جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف، لأن نصوص الطعن بالنقض في قانون المرافعات لم تستثن الأحكام المستعجلة بل تسري على الأحكام الموضوعية والمستعجلة على حد سواء، وهو ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا. هذا فضلاً عن أن هناك أحكاماً في حالات معينة لا يمكن إصلاح الخطأ فيها إلا بطريق النقض أو التماس إعادة النظر، كما أن الرأي الذي ذهب إلى القول بأن الطعن بالنقض قاصر على الأحكام الصادرة في الموضوع لا سند له في القانون.

وعلى ذلك يجوز للخصم الطعن بالنقض في الأحكام المستعجلة الصادرة من محاكم الاستئناف إذا توافرت حالة من الحالات الطعن بالنقض المنصوص عليها في المادة (٢٩٢) مرافعات، وذلك في حالة ما إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله، أو إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، أو كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض، أو إذا حكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، أو إذا فصل في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الأمر المقضي. ونرى أن مدة الطعن بالنقض في الأحكام المستعجلة ثمانية أيام من تاريخ صدور الحكم المستعجل؛ وذلك لأن القول بأعمال مدة الطعن المقررة للأحكام الموضوعية الستين يوماً يتنافى مع ما يقتضيه القضاء المستعجل من السرعة في منح الحماية المؤقتة العاجلة دون تأخير.

(١) نقض مصري طعن (٧٩١) سنة ٥٥ ق جلسة ٢٥ / ١٠ / ١٩٨٨م، نقض مصري طعن ٢٣٨١ سنة ٥٦ ق جلسة ٢ / ٣ / ١٩٨٩م، د. نجيب الجبلي - قانون المرافعات - مرجع سابق، المستشار معوض عبد التواب الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ.

كما تثار إشكالية حول إمكانية الطعن في الحكم المستعجل بالالتماس، وقد اختلف الفقه بشأن قابلية الأحكام المستعجلة للطعن فيها بطريق الالتماس وذلك إلى رأيين:

ذهب جانب من الفقه الإجرائي إلى عدم جواز الطعن في الحكم المستعجل بالتماس إعادة النظر، وحجتهم في ذلك أن الالتماس لا يكون إلا في الأحكام النهائية الفاصلة في أصل النزاع بخلاف الأحكام المستعجلة لها حجية مؤقتة وأثرها لا يتعلق بالموضوع ويجوز تصحيح أثارها أو التخلص منها إذا تغيرت الظروف حيث يجوز للخصم المتضرر منها أن يطلب تعديلها أو إلغائها من نفس القاضي المستعجل عند حصول تغيير في وقائع الدعوى المادية أو في مركز أحد الطرفين القانوني أو كليهما أو أن يلتجئ إلى قاضي الموضوع للفصل في أصل الحق لذلك لا حاجة لطلب إعادة النظر بصددها، كما أن الطعن بطريق التماس إعادة النظر لا يجوز إلا عند عدم وجود طرق أخرى للطعن في الأحكام الأمر المنطبق فقط على الأحكام الموضوعية<sup>(١)</sup>.

وذهب جانب آخر من الفقه الإجرائي إلى جواز الطعن بالالتماس في الأحكام المستعجلة أسوة بالأحكام العادية استناداً للقواعد العامة للطعن بالالتماس التي لم تستثن من أحكامها الأحكام المستعجلة والتي تسري على الأحكام الموضوعية والمستعجلة على حد سواء ما لم يرد استثناء صريح، كما أن الأحكام المستعجلة وإن كانت وقتية إلا أنها تفصل في نزاع بصفة مؤقتة وبالإجراءات التي نص عليها القانون وله أسبابه<sup>(٢)</sup>.

وبدورنا نؤيد الرأي الأخير الذي ذهب إلى جواز الطعن في الأحكام المستعجلة بطريق الالتماس إعادة النظر؛ وذلك لأن الطعن بالتماس إعادة النظر يرد على الأحكام النهائية سواء أكانت مستعجلة أم موضوعية، كون القواعد العامة للطعن بالالتماس تسري على الأحكام الموضوعية والمستعجلة على حد سواء، فلا يجوز أن يحجب على الخصم حق مقرر بنصوص قانونية دونما سند من القانون، كما أن القول بأن الحماية التي تضيفها الأحكام المستعجلة حماية وقتية لحين الفصل في النزاع الموضوعي قول محل نظر لأن الفصل في الالتماس بحسبانه طعناً على حكم مستعجل يستتبع فيه إجراءات القضاء المستعجل وستقيد فيه المحكمة بما تقيد به من قيود في الدعوى المستعجلة ومنها عدم المساس بأصل الحق وتوافر الاستعجال.

(١) د. عبد الفتاح مراد- المشكلات العملية في القضاء المستعجل.

(٢) د. الأنصاري حسن النيداني- التماس إعادة النظر، د. مفلح القضاة- أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي.

## الخاتمة

بعد أن أذن الله أن يفرغ الباحث من تسطير بحثه هذا الذي اتخذ موضوعه «الإشكالات والصعوبات المتعلقة بالقضاء المستعجل في قانون المرافعات اليمني» والذي تم تناوله من خلال مطلب تمهيدي وأربعة مطالب، تناولنا في المطلب التمهيدي مفهوم القضاء المستعجل، وتناولنا في المطلب الأول الإشكالات المتعلقة بشروط قبول الدعوى المستعجلة، وتناولنا في المطلب الثاني الإشكالات المتعلقة بالاختصاص في نظر الدعوى المستعجلة، وتناولنا في المطلب الثالث الإشكالات المتعلقة بإجراءات نظر الدعوى المستعجلة، وتناولنا في المطلب الرابع الإشكالات المتعلقة بالطعن في الأحكام المستعجلة، وأخيراً اختتمنا هذا البحث بأهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها والتي نوردتها على النحو التالي:

### أولاً: النتائج

توصلنا في هذا البحث إلى عدد من النتائج، والمتمثلة بالآتي:

- ١- إن تنظيم المشرع لأحكام القضاء المستعجل قد جاء غير مكتمل ومشوباً بالقصور والنقص وعدم الوضوح، مما أدى إلى إثارة الكثير من الإشكالات والصعوبات في الواقع العملي خصوصاً أن التطبيق التلقائي لقواعد الدعاوى العادية «الموضوعية» على الدعاوى المستعجلة فيما لم يرد به نص خاص يفقد القضاء المستعجل خصوصيته التي تقتضي السرعة في منح الحماية القضائية لما يؤديه ذلك التطبيق التلقائي من استغراق إجراءات التقاضي بشأن الدعوى المستعجلة وقتاً ليس بالقصير قد يصل لأشهر إن لم يكن سنوات.
- ٢- إن نظام القضاء المستعجل لكي يحقق الغاية المتوخاة منه -وهي تحقيق العدالة للأفراد بالفصل في الحقوق ذات الخطر المحدق بصورة سريعة- فإنه يجب أن يضع المشرع نصوصاً خاصة بقواعد وإجراءات القضاء المستعجل كنظام خاص مستقل عن القضاء العادي حتى نستطيع تحقيق هذه العدالة فعلاً، فالقصور ليس في التطبيقات القضائية وإنما في النصوص القانونية التي لا تتمتع بالتكامل والشمول.
- ٣- عدم جواز تقديم الدعوى المستعجلة أو الطلب المستعجل أمام محكمة الاستئناف باعتبارها محكمة موضوع؛ لأن ذلك يتعارض مع مبدأ التقاضي على درجتين

ويتعارض أيضاً مع ما قرره المشرع في المادة (٢٤٤) مرافعات من قابلية القرار الصادر في الدعوى المستعجلة أو الطلب المستعجل للاستئناف، فلا يكون أمام طالب الحماية المستعجلة في هذه الحالة تقديم طلبه المستعجل إلى قاضي الأمور المستعجلة المختص.

٤- إن الكثير من قواعد دعاوى العادية «الموضوعية» تتعارض مع طبيعة هذه الدعاوى المستعجلة التي تقوم على الاستعجال وما تقتضيه من سرعة الفصل فيها لما تؤديه من استغراق وقت ليس بالقصير قد يصل لأشهر إن لم يكن سنوات يفقد القضاء المستعجل خصوصيته التي تقتضي السرعة في منح الحماية القضائية ويفرغ الدعوى المستعجلة من الهدف والغاية التي لأجلها شرعت وهي تحقيق حماية وقتية عاجلة.

٥- إن المشرع اليمني في المادة (٢٤٤) مرافعات نص على جواز الطعن بالاستئناف في الأحكام المستعجلة خلال ثمانية أيام من تاريخ صدورها وسكت عن الطعن بالنقض فلم ينص بالمنع من الطعن بالنقض في تلك المادة، ومع ذلك نرى أن الأحكام المستعجلة ليست قابلة فحسب للطعن بالاستئناف، وإنما قابلة أيضاً للطعن بالنقض خلال ثمانية أيام من تاريخ صدورها وذلك عملاً بعموم المادة (٢٩٢) مرافعات التي تقرر جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف.

## ثانياً: التوصيات

١- نوصي بضرورة تدخل المشرع لإزالة التناقض الواقع بين المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المعدلة عام ٢٠٢١م التي قررت جواز إعلان الدعوى المستعجلة للمدعى عليه عن طريق السلطة العامة عند الحاجة وبين المادة (٢٤٢) مرافعات التي أبقاها المشرع كما هي دون تعديل والتي تقرر وجوب إعلان الدعوى المستعجلة للمدعى عليه بواسطة محضر المحكمة، وذلك بتعديل المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المعدلة عام ٢٠٢١م عن طريق الحذف بحذف الفقرة الثانية منها التي تنص على أنه: (ويكون الإعلان بواسطة محضر المحكمة أو عن طريق السلطة العامة عند الحاجة وإذا ثبت أن تقرير الإعلان مخالف للحقيقة فيعاقب القائم بالإعلان بالعقوبة المقررة قانوناً مع الحكم عليه بالتعويض المناسب للخصم المتضرر)، والاكتفاء بنص المادة (٢٤٢) مرافعات التي أبقاها المشرع كما هي دون تعديل والتي تنص على أنه: (يكون

الإعلان بواسطة محضر المحكمة إلى موطن المدعى عليه أو إلى مكان عمله أو إليه شخصياً أو في أي مكان يجده فيه وإذا ثبت غش المحضر جاز للمحكمة حبسه شهراً والحكم عليه بالتعويض المناسب للخصم المتضرراً (إن كان).

٢- نوصي بضرورة تدخل المشرع لتعديل المادة (٢٤٣) من قانون المرافعات عن طريق الاستبدال، وذلك باستبدال عبارة (أو ممن يندب فيها لذلك من القضاة) بعبارة (أو القاضي المختص بها تبعاً لدعوى منظورة أمامه)، بحيث تنص المادة (٢٤٣) مرافعات بعد التعديل على الآتي: (يصدر الحكم في المسائل المستعجلة من المحكمة المختصة أو القاضي المختص بها تبعاً لدعوى منظورة أمامه خلال (٢٤) ساعة من التاريخ المحدد للحضور في مواجهة المدعى عليه أو المنسوب عنه).

٣- نوصي بضرورة تدخل المشرع لتعديل المادة (٢٤٤) من قانون المرافعات عن طريق الحذف والإضافة، بحيث تنص المادة (٢٤٤) مرافعات بعد التعديل على الآتي: (إذا صدر الحكم في المسائل المستعجلة تبعاً لدعوى منظورة أمام المحكمة أو على استقلال جاز الطعن فيه خلال ثمانية أيام تبدأ من تاريخ النطق بالحكم وتفصل المحكمة في الطعن خلال ثمانية أيام على الأكثر ولا يكون للطعن أثر موقوف للتنفيذ).

هذه هي أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها، وهي آخر المطاف في هذا البحث، وعسى أن أكون قد ساهمت بهذا الجهد المتواضع في إبراز جانب من النقص والقصور التشريعي للحماية المستعجلة والإشكالات والصعوبات المترتبة عليه، فإن وفقت فذلك فضل من الله تعالى نحمده ونشكره وهو الموفق للصواب، وإن أخطأت فأسأل الله أن يعفو عني ولا يحرمني الأجر والثواب، وقد صدق رسولنا الكريم حيث قال: «من اجتهد فأصاب فله أجران ومن اجتهد فأخطأ فله أجر»، ولقد صدق العلامة العماد الأصفهاني عندما قال: «لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يُستحسن، ولو قُدّم هذا لكان أفضل، ولو تُرك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص في جملة البشر».

والله الموفق،،،

وهو حسبي لا إله إلا هو، وهو من وراء القصد

((وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين))

## قائمة المراجع

١. د. أحمد أبو الوفا- المرافعات المدنية والتجارية- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية- ٢٠٠٧م.
٢. د. أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية- ٢٠٠٧م.
٣. د. أحمد السيد صاوي- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- بدون رقم طبعة ودار نشر ٢٠١٠م.
٤. د. أحمد السيد صاوي- التحكيم طبقاً للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م- الطبعة الثانية- المؤسسة الفنية للطباعة والنشر- القاهرة- ٢٠٠٤م.
٥. د. إبراهيم نجيب سعد- القانون القضائي الخاص- الجزء الأول- منشأة المعارف- الإسكندرية- بدون تاريخ النشر.
٦. د. أحمد هندي- أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية- دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية- ٢٠٠٢م.
٧. د. أحمد مليجي- الموسوعة الشاملة في التعليق على قانون المرافعات بآراء الفقه والصيغ القانونية وأحكام النقض- الجزء الأول- المجلد الثاني- بدون رقم طبعة ودار ومكان وسنة نشر.
٨. د. أبو العلا النمر- النظام القانوني للتدابير الوقائية والتحفظية في مجال التحكيم- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية- القاهرة.
٩. د. الأنصاري حسن النيداني التماس إعادة النظر، د. مفلح القضاة- أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي.
١٠. د. حسن علي حسين- الجزء الإجرائي في قانون الإجراءات الجنائية- منشأة المعارف- الإسكندرية- ٢٠٠٨م.
١١. د. سعيد خالد الشرعبي- المؤجر في أصول قانون القضاء المدني- مركز الصادق صنعاء- الطبعة الثانية- ٢٠٠٤م.
١٢. د. رمزي سيف- الوسيط في شرح قانون المرافعات- دار النهضة العربية القاهرة- الطبعة الثالثة- ١٩٦١م.

١٣. د. رضا السيد عبد الحميد - تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة.
١٤. د. صادق يحيى العري - انعدام الحكم القضائي - مركز الصادق للطباعة والنشر - صنعاء.
١٥. د. عاشور مبروك - النظام الإجرائي لخصومة التحكيم - دار الفكر والقانون - المنصورة - ٢٠٠٦م.
١٦. عز الدين الدناصوري وحامد عكاز - القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء - الطبعة الثالثة - نادي القضاة - ١٩٩١م.
١٧. د. عبد المنعم الشرقاوي - د. عبد الباسط جميعي - شرح المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الثانية - دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة.
١٨. د. عثمان التكروري - الكافي في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية - الطبعة الثانية - مكتبة نيسان للطبع والتوزيع - غزة - ٢٠٠٩م.
١٩. د. عبدالله الفرا - الوسيط في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية - الجزء الثاني - الطبعة الثانية - بدون دار نشر - ٢٠١٦م.
٢٠. د. عبد الفتاح مراد - المشكلات العملية في القضاء المستعجل.
٢١. د. علي أبو عطية هيكل - الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات - دار الجامعة الحديدة - الإسكندرية - ٢٠٠٥م.
٢٢. د. عادل علي النجار - التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات اليمني - مركز الصادق للطباعة والنشر - صنعاء - الطبعة الثانية - ٢٠١٥م.
٢٣. د. فتحي والي - مبادئ القانون القضائي المدني - دار النهضة العربية القاهرة - الطبعة الثانية - ٢٠٠٨م.
٢٤. د. فتحي والي - التحكيم بين النظرية والتطبيق - الطبعة الأولى - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٧م.
٢٥. د. فرج محمد علي - دور القاضي والخصوم في الدعوى المدنية - دار الكتب والدراسات العربية - ٢٠٢٣م.
٢٦. محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه - الطبعة الثانية - ١٩٥٥م بدون دار النشر.

٢٧. محمد العشماوي وعبد الوهاب - قواعد المرافعات في التشريع المصري القانوني - ط ١٩٨٥ م.
٢٨. محمد عبد اللطيف - القضاء المستعجل - الطبعة الرابعة - ١٩٩١ م.
٢٩. محمد علي راتب، ومحمد نصر الدين كامل، محمد فاروق راتب - قضاء الأمور المستعجلة - الطبعة السادسة - عالم الكتب - القاهرة.
٣٠. د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية - القاهرة - لم يذكر تاريخ النشر.
٣١. د. محمد نور شحاتة - النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن - دار النهضة العربية - القاهرة - لم يذكر تاريخ النشر.
٣٢. د. مجدى عبد الغني - سلطة القاضي المستعجل في تحويل الطلبات - نقض مصري طعن رقم ١١٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٠/٤/١٩٥٨ م.
٣٣. مصطفى مجدي هرجة - أحكام وآراء في القضاء المستعجل - نادي القضاة - ١٩٩٢/١٩٩١ م.
٣٤. د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ١٩٩٨ م.
٣٥. معوض عبد التواب - الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ.
٣٦. د. منير عبد المجيد - التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي - منشأة المعارف - الإسكندرية - لم يذكر تاريخ النشر.
٣٧. د. ناريمان عبد القادر - اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ م - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦ م.
٣٨. د. نبيل إسماعيل عمر - سلطة القاضي التقديرية - الطبعة الأولى - منشأة دار المعارف - الإسكندرية - ١٩٨٤ م.
٣٩. د. نبيل إسماعيل عمر - التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية - الطبعة الأولى - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - ٢٠٠٤ م.
٤٠. د. نجيب أحمد عبد الله الجبلي - قانون المرافعات اليمني - مركز الصادق - صنعاء.
٤١. د. نجيب أحمد عبد الله الجبلي - قانون التنفيذ الجبري في المسائل المدنية

والتجارية - مركز الصادق - صنعاء ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ م.

### الرسائل العلمية:

- ١- د. أحمد ماهر زعلول - القضاء الولائي - رسالة دكتوراه - جامعة ليون - فرنسا.
- ٢- د. هشام قائد الشميري - نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات اليمني - رسالة دكتوراه - جامعة أفريقيا العالمية - الخرطوم - مركز الصادق للطباعة والنشر - صنعاء - الطبعة الثانية - ٢٠٢٢ م.
- ٣- د. هدى عبد الرحمن - دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطته - رسالة دكتوراه - حقوق القاهرة - ١٩٩٥ م.
- ٤- د. وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - رسالة دكتوراه - حقوق عين شمس - ١٩٦٧ م - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٧٤ م.

### البحوث.

- د. سيد أحمد محمود - سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن الكويتي والمصري - بحث منشور في مجلة الحقوق العدد الثالث - السنة الخامسة والعشرون - سبتمبر - ٢٠٠١ م.
- د. عبد الملك الجنداري - الفرق بين العطلة والإجازة - بحث منشور في مجلة المحاماة التي تصدرها نقابة المحامين اليمنيين - العدد الرابع - يونيو - ٢٠٠٤ م.
- د. وجدي راغب - نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس - السنة الخامسة عشرة - يناير ١٩٧٣ م العدد الأول.



البحر والدرر  
الدرر والدرر  
الدرر والدرر

# تسوية المنازعات الاستثمارية في ضوء قانون الاستثمار الجديد وقانون التحكيم اليمني

الباحثة / ندى عبد الله عبد الله طامش

مجلة  
البحر والدرر  
الدرر والدرر  
الدرر والدرر

## تمهيد

يلعب الاستثمار دور فاعل في تحريك عجلة التنمية خاصة في البلدان النامية والتي تصنف اليمن من ضمنها، ورافدا مهما للاقتصاد الوطني فيما يتعلق بتوفير السلع والخدمات الضرورية وكذلك تشغيل الأيدي العاملة والإسهام في زيادة مؤشرات الاقتصاد الكلي والتي من أهمها الناتج المحلي الإجمالي والدخل القومي، ولما كانت العراقيل القانونية من أهم معوقات بداية واستمرارية الأنشطة الاستثمارية كان لا بد من تسليط الضوء على دور قانون التحكيم اليمني في دعم وتحفيز الاستثمار في اليمن وبيان أفضلية القانون اليمني على قوانين الدول الأخرى ومرونته لحل المنازعات لمختلف الأنشطة الاستثمارية.

## مشكلة البحث:

يتأثر النشاط الاستثماري بالعديد من التفاعلات الاقتصادية والقانونية والاجتماعية والسياسة لأي دولة، ومن أهم ما يؤثر على الاستثمار التنظيم القانوني واللوائح والقرارات الإدارية المنظمة لسير الأنشطة التجارية وما يتعلق بها من الخدمات الحكومية والخاصة، حيث إن من المعروف أن القرارات الاستثمارية للشركات والأفراد تعتمد بشكل أساسي على المناخ الاستثماري الذي تعكسه القوانين ذات العلاقة، أي أن التكلفة والعائد لأي مشروع استثماري لا بد له من التحديد الواضح والدقيق للحقوق والواجبات لكل طرف من أطراف العملية الاستثمارية، ومما سبق تتلخص مشكلة البحث في السؤال التالي: ما مدى فعالية قانون التحكيم في دعم وتحفيز النشاط الاستثماري في اليمن؟

## أهمية البحث:

نظرا للعقبات التي تواجه الاقتصاد اليمني كأحد اقتصاديات الدول النامية من جراء اعتمادها الدائم على الاقتراض المحلي والخارجي لتمويل عجز الموازنة العامة وتمويل الواردات التي في معظمها واردات استهلاكية فقد حاولت إيجاد بعض الحلول القانونية والشرعية والمتمثلة في بعض الإجراءات المساندة في قانون التحكيم اليمني والتي قد تساهم بشكل فاعل في دعم الاقتصاد الوطني والتنمية الحقيقية المتمثلة في إيجاد سلع وخدمات حقيقية داعمة في الأجل القصير والمتوسط والطويل، أيضا تحقيق قدر كبير من الاستقرار للمعاملات المالية والتجارية والضمان القانوني للحقوق والواجبات بين أطراف العمليات الاستثمارية وذلك من خلال التركيز على فاعلية قانون التحكيم اليمني

النافذ وقانون الاستثمار الجديد في الحد من المنازعات والصعوبات القانونية التي قد تواجه المشروعات الاستثمارية بمختلف أنشطتها.

### أهداف البحث:

- ١- بيان العلاقة بين الاستثمار والضمانات القانونية التي يقدمها قانون التحكيم اليمني.
- ٢- المزايا التشجيعية للتنظيم القانوني اليمني وضمان القضاء لسلامة إجراءات التحكيم.

### منهج البحث:

سيتم اتباع المنهج الوصفي التحليلي.

### فروض البحث:

- ١- هناك صعوبات تواجه المستثمرين من جراء ضعف التحديد الواضح لحقوق والتزامات أطراف العملية الاستثمارية من تجار ومستهلكين وجهات حكومية.
- ٢- التنظيم القانوني الجيد لاتفاقات التحكيم يسهم بشكل فاعل في معالجة الإشكاليات التي قد تصاحب العملية الاستثمارية.

### هيكل البحث:

- المحور الأول: الإطار النظري للاستثمار وماهيته.
- المحور الثاني: دور قانون التحكيم اليمني في دعم وتحفيز الاستثمار في الجمهورية اليمنية.
- المحور الثالث: التحكيم في ظل قانون الاستثمار رقم (٣) لسنة ١٤٤٦هـ.

## المحور الأول الإطار النظري للاستثمار وماهيته

من المهم التعريف الشامل والدقيق لمفاهيم الاستثمار بمسمياتها المختلفة والتي تساعد وبشكل كبير عند صياغة العقود القانونية والاتفاقات بين الأفراد في الحد من المنازعات سواء في المحاكم أو عند الاحتكام إلى محكمين، بحيث أن تحديد التكاليف والعوائد بمسمياتها الدقيقة والتي تقابلها قانوناً الحقوق والواجبات تساعد على خلق قواعد قانونية اقتصادية جديدة ومرنة ومعبرة عن ماهية الأنشطة الاستثمارية بشكل قانوني واقتصادي، بحيث تساهم هذه القواعد القانونية الجديدة في تحديث التشريعات المنظمة والاستفادة منها في حل النزاعات حتى بالنسبة للقضاء العادي، وسيتم توضيح ذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول: ماهية الاستثمار.

المبحث الثاني: مفاهيم الاستثمار وتعريفه.

المبحث الثالث: أهمية الاستثمار وأهدافه.

### المبحث الأول ماهية الاستثمار

الاستثمار: هو توظيف الأموال المتاحة (مؤكدة) في أصول متنوعة للحصول على تدفقات مالية أكثر في المستقبل (غير مؤكدة) هذه التدفقات عبارة عن تعويضات يحصل عليها المستثمر بدلاً من استخدام هذه الأموال من قبل مستثمرين آخرين طيلة الفترة التي يتخلى بها المستثمر عن رأسماله آخذين بالاعتبار تحقيق عوائد تغطي قيمة التعويضات المطلوبة وعلاوة المخاطر الناجمة عن عدم التأكد في الحصول على التدفقات المتوقعة في المستقبل والتي بالطبع تتجاوز معدل التضخم.

إن المستثمر الذي يكون مستعداً للتخلي عن استهلاك هذا المال الفاضل لديه في سبيل الادخار ثم الاستثمار بهدف الرغبة في الحصول على تعويضات تسمى العائد المطلوب تحقيقه من قبل المستثمر ويتم استثمار الأموال المتاحة من خلال اختيار الأدوات الاستثمارية التي تحقق أكبر عائد بأقل المخاطر أو وفق المخاطر المحسوبة (آل شبيب، ٢٠٠٨، ٩).

يتطلب تحقيق أكبر قدر من العوائد الممكنة للمشروع طريقة علمية إذ تستمد إدارة الاستثمار المفاهيم الأساسية في استقراء وتحليل النشاط الاستثماري من علم الاقتصاد بصفة أساسية نظراً لاهتمام العلوم الاقتصادية بمجموعة من المفاهيم التي تلعب دوراً كبيراً في مفردات الاستثمار والتي تحدد المراكز القانونية للمستثمرين والأطراف ذوي العلاقة بالعملية الاستثمارية، وهذه المفاهيم هي الدخل والاستهلاك والادخار والاقتراض (الائتمان) بحيث تشكل العلاقة بين هذه العناصر الأساس الذي يركز عليه الاستثمار، إضافة إلى بعض العلوم الأخرى التي تزود وتساعد إدارة الاستثمار في اتخاذ القرارات الصائبة.

وتتفق معظم النظريات الاقتصادية على أهمية الاستثمار في تحقيق التطور الاقتصادي سواء تم النظر إليه من زاوية ضيقة أي تحقيق النمو الاقتصادي السنوي أو بنظرة أوسع باعتباره يحقق التنمية الاقتصادية.

ووفقاً للمفهوم الاقتصادي يعرف الاستثمار: بأنه التوظيف المنتج لرأس المال من خلال توجيه المدخرات نحو استخدامات تؤدي إلى إنتاج سلع أو خدمات تشبع الحاجات الاقتصادية للمجتمع وزيادة رفاهيته، «أو هو ذلك الجزء من الدخل غير المستهلك ويعاد استثماره في العمليات الإنتاجية بهدف زيادة الإنتاج وتوسيعه أو المحافظة عليه مما يجعله يحقق إضافة حقيقية لاقتصاد الدولة ويسمى بإجمالي الاستثمار وهو القيمة الإجمالية للأصول الحقيقية المنتجة خلال فترة من الزمن والذي يساهم في زيادة التراكم الرأسمالي».

يشغل الاستثمار حيزاً أقل من الاستهلاك كنسبة من الطلب الكلي. وحيث أن الاستثمار يحدد معدل تراكم رأس المال، فإنه يلعب دوراً هاماً في توسيع القاعدة الإنتاجية للاقتصاد. ويعرف الاستثمار على أنه: التغيير في رصيد رأس المال خلال فترة زمنية محددة، وعليه فإنه على خلاف رأس المال يمثل تدفقاً وليس رصيداً قائماً في نقطة زمنية محددة. وهذا يعني أنه في حين قياس رأس المال عند نقطة زمنية معينة فإن الاستثمار يمكن قياسه خلال فترة زمنية معينة.

## المبحث الثاني

### مفاهيم الاستثمار وتعريفه

كما نعرف ويعرف كل مسلم أن مفهوم الاستثمار: عريباً وإسلامياً هو الاتجار والمتاجرة في سلعة قابلة للبيع والشراء شرعاً وقانوناً وعرفاً بغرض تنمية المال وزيادته وتحقيق أقصى أرباح مالية بما يتوافق مع المصلحة الشخصية والمصلحة العامة للناس.

### تعريف الاستثمار ومفاهيمه المعاصرة:

#### تعريف الاستثمار:

يعتبر الاستثمار من المصطلحات الشائعة الاستعمال، وقد ظهر في أوساط الاقتصاديين في نهاية القرن ١٩ وبداية القرن ٢٠ حيث نشأت عدة تعريف منها:

- تعريف الاستثمار عند بروناس: تخصيص الموارد على أمل تحقيق العوائد المتوقع الحصول عليها مستقبلاً خلال فترة زمنية طويلة.
- تعريف الاستثمار عند بياردرني: الاستثمار هو عبارة عن تلك المصاريف التي من خلالها تتحصل على أرباح.
- تعريف بيارماس: الاستثمار يشير في نفس الوقت إلى عملية في حد ذاتها ونتيجة لهذه العملية فالاستثمار هو تلك الأموال التي تقبل المؤسسة دفعها حالياً مقابل أرباح مستقبلية محصل عنها من هذه الأموال.
- تعريف كينز: الاستثمار هو ارتفاع التجهيزات في رأس المال الثابت أو التداول.

وهناك من عرف الاستثمار بأنه: استخدام المدخرات في تكوين الطاقات الإنتاجية الجديدة اللازمة لإنتاج السلع والخدمات وللحفاظ على الطاقات الإنتاجية القائمة وتوسيعها.

إن الاستثمار وفق هذا التعريف يهدف إلى إنتاج السلع الاستهلاكية وتلك التي لا تشبع المستهلك مباشرة، بل تساهم في إنتاج سلع وخدمات رأسمالية.

وعرفه البعض بأنه التخلي عن الأموال التي يمتلكها الفرد في لحظة معينة ولفترة من الزمن مستقبلية بهدف الحصول على تدفقات مالية تعوضه عن القيمة الحالية لتلك الأموال المتمثلة في تعادل القيمة الشرائية للنقود مع القيمة الإسمية لها بفعل

عامل المستثمر، والمخاطر الناجمة عن عدم حصوله على التدفقات المالية التي يتوقعها إضافة إلى العوائد التي يحصل عليها جراء الاستثمار ولا تتحقق فلسفة التضحية بالمال إلا عندما يتاح فائض مالي ناجم عن زيادة الدخل على الاستهلاك كما أن تحقق الفائض المالي لا يعني أن المستثمر أصبح مستثمراً بالفعل إلا إذا اتخذ قرار الاستثمار.

## المفاهيم المختلفة للاستثمار

### المفهوم المحاسبي للاستثمار:

الاستثمار هو رأس مال سواء كان منتجاً أو غير منتج.

### المفهوم الاقتصادي للاستثمار:

الاستثمار هو مبادلة رأس مال حالياً مقابل إيرادات مستقبلية يكون مبلغها أكبر، إذ أن جوهر الاستثمار هو الإنتاج.

### المفهوم المالي للاستثمار:

نفقة تدر إيرادات على فترة طويلة بحيث يجب أن يكون تمويلها برؤوس أموال دائمة، فالاستثمار هو جدول استحقاق الإيرادات ودخول الأموال وخروجها (دريد محمد، ٢٠١٦، ٩).

### المفهوم القانوني للاستثمار:

نشاط قانوني يتم بين أشخاص (طبيعيين، اعتباريين) بهدف الحصول على عوائد (حقوق) مقابل العمل والإنتاج<sup>(١)</sup> الذي سيتم خلال فترة زمنية معينة (الالتزامات)<sup>(٢)</sup>.

وعلى ضوء ما سبق من تعاريف ومفاهيم يمكن تعريف الاستثمار بأنه: توظيف الأموال الفائضة في أدوات ومجالات استثمارية متنوعة بهدف خلق إنتاج جديد أو توسيع الإنتاج الحالي وزيادة تكوين رأس المال على مستوى الاقتصاد والمجتمع أو لتحقيق زيادة فعلية في الثروة.

(١) الإنتاج يتم عن طريق توليفة مثل من عناصر الإنتاج (التنظيم، العمل، رأس المال، الأرض).

(٢) عرف قانون الاستثمار في المادة (٢) الاستثمار بأنه توظيف رأس المال لإنشاء مشروع استثماري أو توسيعه أو تطويره أو تمويله أو تملكه أو إدارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة في الجمهورية. كما عرف المشروع الاستثماري في نفس المادة (٢) بأنه كل نشاط اقتصادي يقام في أي من المجالات أو القطاعات المشمولة بأحكام هذا القانون أو قوانين الاستثمار السابقة وفقاً لمقتضى الحال.

وبهذا فإن مفهوم الاستثمار وفقاً لهذا التعريف يختلف عن وجهة نظر الاقتصاديين إذ لا يعد الاستثمار الناجم عن تبادل الأوراق المالية للمشاريع القائمة حالياً وفقاً لوجهة نظر الاقتصاديين استثماراً باعتبار هذا التبادل لا يضيف أصولاً رأسمالية جديدة وتعد مجرد انتقال ملكية حتى وإن حققت زيادة في ثروة الاستثمار (عادل عبد العظيم، ٣، ٢٠٠٧).

فالاستثمار يقوم على التضحية بإشباع رغبة استهلاكية حاضرة وذلك أملاً في الحصول على إشباع أكبر في المستقبل. ويمكن القول أنه ممتلكات منقولة أو غير منقولة ملموسة أو غير ملموسة مقتناة أو منتجة لغرض البيع أو التحويل حيث تستمدها المؤسسة في استعمالها طوال فترة وجودها كأدوات إنتاج.

من المهم هنا أن نورد تعريف رأس المال لأهمية التفرقة بينه وبين تعريف الاستثمار حيث يعرف رأس المال بأنه: مال ناتج عن عملية إنتاج ثابتة ولا تستنفد بالاستخدام، بل تستخدم في الإنتاج مرة ثانية وثالثة.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الاستثمار رقم (٣) لسنة ١٤٤٦هـ عرف رأس المال في المادة (٢) على أنه: «رأس المال المستثمر في المشروع الاستثماري من مصادر تمويل محلية أو خارجية...».

كما عرف المستثمر في المادة (٢) بأنه: «أي شخص طبيعي أو اعتباري يمني أو غير يمني مقيم أو غير مقيم يقوم بالاستثمار في الجمهورية في أي من المجالات أو القطاعات المشمولة بأحكام هذا القانون أو قوانين الاستثمار السابقة وفقاً لمقتضى الحال»، ولا يختلف هذا التعريف عما ذكرناه سابقاً.

### المبحث الثالث

#### أهمية الاستثمار وأهدافه

#### أهمية الاستثمار:

ازدادت أهمية الاستثمار وطرق إدارته نتيجة للانتشار والتوسع في تطبيق مظاهر العولمة وتكنولوجيا المعلومات واستخدام الانترنت وظهور الابتكارات المالية حيث خلقت هذه المظاهر عناصر جديدة أدت إلى ارتفاع حدة المنافسة وسهولة الحصول على البيانات والمعلومات وتعدد البدائل والخيارات المتاحة من الأدوات الاستثمارية

المختلفة وسرعة تبادل الفوائض المالية ونمو رأس المال المستثمر بالأصول المالية المتمثلة في تجارة الخدمات المصرفية وغير المصرفية، فالانفتاح الاقتصادي ودخول الدول في العديد من الاتفاقيات التجارية العالمية والتي من أبرزها اتفاقيات منظمة التجارة العالمية التي أتاحت زيادة فرص الاستثمار وإزالة الكثير من القيود على حرية التبادل التجاري بين الدول، وساهمت تكنولوجيا المعلومات أيضاً في خفض التكاليف باختصارها التعاملات المالية والتجارية وتوفير البيانات وطرق خزنها بالكمية والنوعية المطلوبة، بحيث اتجهت اقتصاديات الدول إلى الاقتصاد المعرفي الذي يلعب فيه العنصر البشري دوراً أساسياً في التأثير على قرارات المشاريع الاقتصادية.

من العرض السابق لماهية الاستثمار تبرز أهميته بالنسبة للدول النامية ومنها اليمن في النقاط التالية:

- ١- الاستثمارات هي انعكاس للنمو والتقدم الاقتصادي والتي تعبر عن مدى تحقق الرفاهية الاجتماعية حيث أن الدولة تستعملها كأداة لتعديل الوضع الاقتصادي وتحسين مستوى المعيشة.
- ٢- توفير العملات الأجنبية من خلال صادرات السلع المحلية والتي بالطبع ستسهم في استقرار سعر صرف العملة المحلية.
- ٣- التراكم الرأسمالي الناتج من الاستثمار يدعم الأنشطة الاقتصادية المختلفة وبالتالي المساهمة في الخروج من الأزمات وحالات الركود الاقتصادي.

## أهداف الاستثمارات:

لقد تطورت أهداف الاستثمار في ضوء التطور الذي حصل في الفكر المالي والنظرية المالية إذ أصبح الهدف الأساسي من الاستثمار هو تعظيم ثروة المستثمر ويقع ضمن ذلك تحقيق الأرباح الذي يعد هدفاً تقليدياً للمستثمر أي تحقيق أكبر عائد بأقل درجة من المخاطر، وقد يهدف الاستثمار إلى إنعاش الاقتصاد وزيادة الرفاهية وتوظيف الأموال للحصول على العائد بمختلف مفاهيمه (عائد مالي، عائد اجتماعي، عائد اقتصادي... الخ) (آل شبيب، ١٩، ٢٠٠٨).

يعد الاستثمار عنصراً لا يمكن الاستغناء عنه من عناصر الإنتاج الأربعة (رأس المال، العمل التنظيم، الأرض) وبالتالي فإنه يرتبط بالاستهلاك بصورة مباشرة بعلاقة إنتاجية وعلاقات تمويلية غير مباشرة من خلال زيادة حجم المدخرات. وأن الهدف الأساسي

للاستثمار هو تحقيق عائد لذلك فإن الإنتاجية الحدية<sup>(١)</sup> لرأس المال ومعدل الاستثمار يعتمدان على مقدار العائد وعلى كلفة رأس المال.

ومما سبق فإن الهدف العام للاستثمار هو تحقيق الربح، لكن هناك أهدافاً أخرى منها ما يلي:

تكوين الثروة وتنميتها: وذلك عند التضحية بالاستهلاك الحالي لصالح الأنشطة الاستثمارية على أمل تكوين الثروة مستقبلاً.

تأمين الحاجات المتوقعة وتوفير السيولة لمواجهة تلك الحاجات، والمحافظة على قيمة السلع وذلك عندما يسعى المستثمر إلى التنوع في مجالات استثماره حتى لا تنخفض قيمة موجوداته مع مرور الزمن بحكم عوامل ارتفاع الأسعار وتقلبها.

قد يتبادر إلى الذهن أن الاستثمار هو استخدام الأموال للحصول على أصول مادية ملموسة فقط كالمباني أو العقارات والآلات وغيرها إلا أن هذا النوع من الاستثمار هو ما يمكن تسميته بالاستثمار المادي، وهو لا يمثل كل أنواع الاستثمارات فهناك جانب آخر وهو ما يطلق عليه بالاستثمار المالي مثل الأوراق المالية كالأسهم والسندات، ومنها يتضح وجود ارتباط بينهما ويمكن ملاحظة ذلك من خلال قائمة المركز المالي لأي منشأة فالجانب الأيمن من هذه القائمة يمثل ما يسمى بالاستثمار المادي والجانب الأيسر يمثل الاستثمار المالي.

## المحور الثاني

### دور قانون التحكيم اليمني في دعم وتحفيز الاستثمار في الجمهورية اليمنية<sup>(٢)</sup>

البيئة الاستثمارية وخاصة البيئة القانونية تساهم في استقرار واستمرارية النشاط الاستثماري بكل مجالاته وأنشطته المختلفة، نذكر منها القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م وتعديله بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٧م بشأن التحكيم وفيما يلي عرض لأهم المواد القانونية فيه والتي تدعم وبشكل فاعل النشاط الاستثماري والتجاري على النحو التالي:

(١) الإنتاجية الحدية هي ما تضيفه آخر وحدة نقدية شاركت في العملية الاستثمارية.

(٢) تم تعديل بعض مواد القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٧م وتم أخذها في الاعتبار عند كتابة هذا البحث.

المبحث الأول: نطاق سريان قانون التحكيم اليمني بالنسبة للاستثمار داخل وخارج اليمن.

المبحث الثاني: اختصاصات وصلاحيات لجان التحكيم.

المبحث الثالث: النطاق الزمني والإجرائي للتحكيم.

المبحث الرابع: مرونة إجراءات التحكيم للمشاريع الاستثمارية.

المبحث الخامس: مزايا الرقابة القضائية على لجان التحكيم.

## المبحث الأول

### نطاق سريان قانون التحكيم اليمني بالنسبة للاستثمار المحلي والخارجي

قانون التحكيم مثله مثل باقي القوانين اليمنية من حيث نطاق تطبيق القانون على كامل أراضي الجمهورية اليمنية، إلا أن التحكيم قد يكون دولياً خارج حدود الدولة، لكن أيضاً يمكن تطبيق القانون اليمني إذا اتفق أطراف التحكيم على ذلك وفقاً للمادة (٣) من قانون التحكيم اليمني «تسري أحكام هذا القانون على أي تحكيم يجري في الجمهورية اليمنية كما تسري على أي تحكيم يجري خارجها إذا اختار طرفاه ذلك». ومن مزايا ذلك أن المغتربين اليمنيين المقيمين في الخارج والذين لديهم استثمارات خارج اليمن يمكنهم الاتفاق على جعل القوانين اليمنية وخاصة قانون التحكيم هو الواجب التطبيق، إلا أن اختيار قانون التحكيم اليمني لا يعني أن القانون الواجب التطبيق هو القانون اليمني، بل يمكن أن تطبق أحكام قانون التحكيم اليمني وفي نفس الوقت يطبق القانون الأجنبي وخاصة إذا كان أحد طرفي التحكيم مستثمراً أجنبياً، وكانت قوانين الدول المقيمين فيها في غير صالح أطراف التحكيم ونأخذ مثلاً قانون التحكيم المصري الذي يمنع القضاء المصري من النظر في مسألة بطلان اتفاق التحكيم وإنما يحيل النزاع إلى هيئة التحكيم حتى لو كان اتفاق التحكيم باطلاً، بحيث تصدر هيئة التحكيم حكمها ومن ثم يمكن للقضاء المصري النظر في بطلان اتفاق التحكيم وبالتالي الحكم الصادر منها أيضاً، بينما في قانون التحكيم اليمني ينظر القضاء اليمني في مسألة بطلان اتفاق التحكيم قبل البدء في إجراءات التحكيم وصدور الحكم (المطري، ٥، ١٤٤٤).

ومن المهم هنا أيضاً أن ننوه إلى أن التحكيم وما يتطلبه من النفقات والتكاليف التي قد تكون مرتفعة والتي قد يكون المستثمر غير قادر على تحملها أو تسبب عجزاً في السيولة النقدية لديه لأنها نفقات وتكاليف فورية تصبح عبئاً ثقیلاً على كاهل المستثمر،

ومن هنا نورد مثلاً في القانون المصري الذي سمي المحكمين هيئة التحكيم وليس لجنة التحكيم كما في قانون التحكيم اليمني ومن المعروف إدارياً أن الهيئة يكون تشكيلها دائماً بحسب اتفاق التحكيم وهذا يعني أن نفقاتها وتكاليفها مستمرة حتى وإن لم يوجد نزاع، أما قانون التحكيم اليمني فهي لجنة التحكيم وبالتالي فهي لا تتعقد إلا في حالة حصول نزاع وبالتالي لن تكون هناك تكاليف أو نفقات إلا عند تشكيل لجنة التحكيم عند وجود نزاع.

## المبحث الثاني

### اختصاصات وصلاحيات لجان التحكيم

من المعروف قانوناً أن التحكيم لا يكون إلا في المنازعات المدنية والتجارية فقط، أما المنازعات الجنائية كالقتل والسرقة وغيرها، والتي ينظمها قانون الجرائم والعقوبات اليمني فلا يجوز فيها التحكيم، وقد نظمت المادة (٥) من قانون التحكيم: «لا يجوز التحكيم فيما يأتي: أ- الحدود واللعان وفسخ عقود النكاح. ب- رد القضاة ومخاصمتهم. ج- المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ جبراً. د- سائر المسائل التي لا يجوز فيها الصلح. هـ- كل ما يتعلق بالنظام العام. والنظام العام يشمل الجرائم الجسيمة وغير الجسيمة.

ومن هنا يتضح أن المنازعات للمشاريع الاستثمارية ذات الطابع الجنائي لا يجوز فيها التحكيم وإنما هي من اختصاص القضاء المختص كالمحاكم العادية (الشعب الجزائية) وكذا محكمة الأموال العامة وغيرها، مثل قضايا التهرب الضريبي والتهريب الجمركي...

من الصلاحيات القانونية الممنوحة للمحكم أو لجان التحكيم إيقاف سير الخصومة وفقاً للمادة (١٠) من قانون التحكيم ويجوز لطرفي التحكيم أن يتفقوا على وقف السير في الخصومة أمام المحكم أو لجنة التحكيم المدة التي يرونها...» ومن فوائد هذه المادة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية أنها يمكن أن توقف النزاع لمدة يتم تحديدها من قبل الأطراف (المستثمرين) إما لأجل توفير الأدلة الكافية للإثبات أو لتوفير سيولة كافية لسداد الالتزامات المتبادلة بحيث لا تستبعد المنازعة ويستأنف السير في التحكيم بطلب من الطرفين أو أحدهما، على عكس القضاء العادي الذي لا يمكن وقف الخصومة لديه.

أغلب الاستثمارات تتكون من شركات مساهمة (شخصيات اعتبارية)، بمعنى أن

التحكيم لا ينقضي بوفاة أحد الخصوم وهذا ما نصت عليه المادة (١٢) ق. تحكيم: «لا ينقضي التحكيم بوفاة أحد الخصوم...» وإنما يستمر الورثة في التحكيم أو وصي القاصر بموجب القانون، ومن هنا يتضح مرونة التحكيم اليمني حتى وإن توفي المستثمر، ولو كان مالكا لرأس المال، وهذا يمكن المشاريع الاستثمارية من الاستمرار في التحكيم إلى حين صدور حكم التحكيم بما يضمن استدامة عمل المشاريع خاصة وأن الكثير من الشركات المساهمة والبيوت التجارية في اليمن عائلية، مما ينعكس إيجاباً على الاقتصاد الكلي من الحفاظ على الاستثمارات قائمة ومنتجة للسلع والخدمات وأيضاً يمكنها من عقد شراكات جديدة مع مساهمين جدد والتوسع في أنشطتها وذلك لما يوفره التحكيم للكثير من الوقت والجهد والتكاليف والنفقات والتعطل.

ولا يعطل من صلاحيات لجنة التحكيم في نظر النزاع وجود حجز تحفظي من قبل المحكمة المختصة حيث لا يعتبر هذا إيقافاً لإجراءات التحكيم المادة (١٨) ق. تحكيم يمني، وإنما ضمان للحقوق، كذلك يمكن أيضاً لأحد طرفي التحكيم طلب الحجز التحفظي من لجنة التحكيم وهي بدورها تطلب ذلك من المحكمة المختصة، ولا يعد تعدياً على صلاحيات لجنة التحكيم قيام أحد طرفي التحكيم بطلب الحجز التحفظي مباشرة من المحكمة دون اللجوء إلى لجنة التحكيم.

## المبحث الثالث

### النطاق الزمني والإجرائي للتحكيم

أعطى قانون التحكيم اليمني الحرية لأطراف التحكيم (المستثمرين) في الاتفاق على وقت اختيار المحكم أو لجنة التحكيم المادة (٢٢) ق. تحكيم يمني، حيث يتضح أن القانون لم يلزم أطراف النزاع على الاتفاق على التحكيم منذ بداية التعامل فيما بينهم وإنما يمكن أيضاً الاتفاق على التحكيم في أي وقت ولو كان النزاع منظوراً أمام القضاء اليمني، وهذه ميزة استثمارية كبيرة جداً بالنسبة للمستثمرين، حيث لا يتحمل الأطراف تكاليف التحكيم إلا عند وجود منازعة فقط، كما يوفر القانون أيضاً لجوء أطراف التحكيم إلى القضاء العادي إذا رغبوا في ذلك وهذا ما بينته المادة (١٩) ق. تحكيم يمني.

مما سبق نجد أن النطاق الزمني لاتفاق التحكيم يبدأ من وقت المنازعة بتشكيل لجنة التحكيم والتي قد تكون من محكمين فنيين (محامين، محاسبين قانونيين، مهندسين، أطباء، مقاولين...) والذين لديهم من التأهيل الأكاديمي والخبرة الفنية الكثير لإنجاز

مهامهم التحكيمية بسرعة وكفاءة عالية، مع العلم أن المحكمين الفنيين سيوفرون الكثير من الوقت والجهد والتكاليف التي يتكبدها المستثمرون من الاستعانة بخبير أو أكثر في حالة اللجوء إلى القضاء العادي.

ومن النطاق الزمني أيضاً أن القانون أعطى حرية لأطراف التحكيم في اختيار مدة تقديم الدعوى المادة (٣٥) ق. تحكيم يمّني وكذلك مدة التقاضي اختصاراً للوقت الذي قد يكلف المستثمرين غرامات تأخير عن كل يوم عمل كالمستوردين والناقلين وغيرهم، كما يمكن أيضاً للجنة التحكيم تحديد مواعيد الدعاوى والدفع وفقاً لما هو في صالح النشاط الاستثماري.

أما النطاق الإجرائي للتحكيم فقد ضمن القانون للجنة التحكيم متابعة المواضيع التي تختص بها وفقاً لاتفاق التحكيم حتى وإن حصل نزاع أمام المحكمة لنفس أطراف التحكيم فإن المحكمة تنظر فقط في المواضيع التي لا توجد في اتفاق التحكيم وتحيل ما يخص التحكيم إلى لجنة التحكيم وذلك وفقاً للمادة (٢٧-٢٩-٢٨) ق. تحكيم يمّني.

## المبحث الرابع مرونة إجراءات التحكيم للمشاريع الاستثمارية

يعتبر التحكيم جهازاً قضائياً خاصاً، ومع ذلك فالإجراءات المتبعة من لجنة التحكيم يتم الاتفاق عليها من قبل طرفي التحكيم وإذا لم يوجد اتفاق تتخذ اللجنة ما تراه مناسباً مع عدم الإخلال بأحكام القانون خاصة فيما يتعلق بالمرافعات لتعلقها بالنظام العام وفقاً للمادة (٣٢) ق. تحكيم يمّني.

نذكر هنا أن من المزايا الإجرائية للتحكيم اليمني أن الأطراف يمكن أن يعدلوا من الدفوع أو الطلبات خلال سير إجراءات التحكيم إن لم تكن القضية قد حجزت للحكم المادة (٣٥) ق. تحكيم يمّني بعكس القضاء العادي. بالإضافة إلى أن اشتراط القانون تقديم الدعاوى والدفوع مكتوبة ييسر إجراءات التحكيم بحيث لو كان أحد طرفي التحكيم أو كلاهما مسافراً خارج اليمن فيمكن التواصل مع اللجنة عن بعد بإحدى وسائل الاتصال الحديثة والتي لها حجية قانونية في مواجهة الغير، بالإضافة إلى أنه يمكن أيضاً الاستماع إلى المرافعة الشفوية بأحد برامج الاتصال المصور (فيديو كول). أيضاً من أهم مزايا التحكيم الإجرائية هي سرية الجلسات على عكس التقاضي لدى القضاء العادي وهو ما يضمن سرية البيانات والمعلومات خاصة في ظل حرص المشاريع الاستثمارية على

سرية براءات الاختراع والرسوم الصناعية الجديدة والحفاظ على كواليس الإنتاج بعيداً عن أعين المشاريع الاستثمارية المنافسة.

ونذكر هنا أن قانون التحكيم اليمني لم ينظم مسألة إذا سرب المحكم أو سريت لجنة التحكيم أسرار الأطراف التجارية والصناعية وغيرها، لكن يمكننا القول أن الطرف المتضرر يمكنه اللجوء إلى القضاء واتهام المحكم بخيانة الأمانة وطلب تعويض مناسب لما خسره من تسريب معلوماته وبياناته وما فاتته من كسب، أيضاً يمكنه استرداد الكسب من المنافسين إذا أثبت الاحتيال والغش من قبلهم.

لم يوجب القانون على الشهود أداء اليمين ما لم يخالف ذلك قانون الإثبات الشرعي، وهذا ييسر الاستعانة بشهود أجنبي إذا تطلب الأمر ذلك كما في المادة (٤٠) ق. تحكيم يمني. كما ضمن القانون حق المدعي في حالة تخلف المدعى عليه من الرد على الدعوى، حيث سمح للجنة التحكيم في السير في إجراءات التحكيم وإصدار حكمها وفقاً لما هو متوفر لديها من الأدلة المادة (٤١) ق. تحكيم يمني.

ولا يعطل إجراءات التحكيم طلب لجنة التحكيم أو الأطراف المساعدة من المحكمة المختصة للحصول على أدلة واتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة المادة (٤٣) ق. تحكيم يمني.

من ناحية أخرى تبرز مرونة قانون التحكيم اليمني في أنه أعطى صلاحيات للمستثمرين في تحديد القواعد القانونية التي ستستند إليها لجنة التحكيم حال حدوث النزاع المادة (٤٥) ق. تحكيم يمني «وإذا اتفق الطرفان على قانون آخر غير قانون الجمهورية اليمنية فعليها أن تتبع القواعد الموضوعية فيه، وإذا لم يتفقا على القانون الواجب التطبيق طبقت اللجنة القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين في القانون اليمني، ويجوز للجنة التحكيم أن تفصل في موضوع النزاع بمقتضى قواعد القانون الدولي ومبادئ العدالة والإنصاف إذا أجازها في ذلك طرفا التحكيم وفي جميع الأحوال على لجنة التحكيم أن تفصل في النزاع وفقاً للقانون اليمني أو لشروط العقد المبرم بين الطرفين وأن تأخذ بعين الاعتبار الأعراف والعادات الاجتماعية، وكذا الأعراف والعادات التجارية المتبعة في مثل ذلك النوع من المعاملات، ويشترط في كل حال عدم التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية»، ومن هنا يتضح لنا أهمية هذه المادة القانونية في تحفيز ودعم الاستثمارات وتوسعتها والحد من حالة عدم التأكد وذلك من خلال تصميم قواعد

قانونية تلائم حجم المنشأة وشكلها القانوني (مثلاً مشاريع BOT) <sup>(١)</sup> ونوع النشاط (تجاري، صناعي، خدمي،...) والتي يصعب على الدولة التقنين والتحديث المستمر للتشريعات الوطنية وما يصاحب التقنين من عمل مشاريع للقوانين واعتماد مجلس النواب ومصادقة رئيس الجمهورية الخ...، حيث من الممكن للمستثمرين أخذ مرجعيات القواعد القانونية المختارة للتحكيم في حال حصول نزاع من القوانين واللوائح اليمنية، والعرف التجاري الخاص بنشاط الأطراف، وتقارير مهندسي الإنتاج، والاتفاقيات الدولية الخاصة بالنشاط بشرط مصادقة الجمهورية اليمنية عليها الخ...

أيضاً من مظاهر مرونة قانون التحكيم اليمني أنه اعتبر اتفاق التسوية كوثيقة منهيّة للخلاف وليس كاتفاق الصلح في حال اللجوء إلى القضاء العادي المادة (٤٦) ق. تحكيم يمني حيث يقرر القاضي حفظ القضية لتصلح الأطراف بينما في التحكيم يصدر اتفاق التسوية بوثيقة منهيّة للخلاف وعند استقراء هذه المادة نجد أنه لا يجوز رفع دعوى قضائية في موضوع تم إنهاؤه بوثيقة منهيّة للخلاف أمام القضاء العادي، أما في حالة حفظ القضية في القضاء العادي بسبب الصلح فإذا حصل نزاع مرة أخرى بعد الصلح يتوجب على الأطراف رفع دعوى جديدة أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع كقضية جديدة.

كذلك ضمن القانون سرية الأحكام الصادرة وعدم نشرها من لجان التحكيم المادة (٤٩) ق. تحكيم يمني وبالتالي لا يمكن اعتبارها سوابق قضائية مما يضمن عدم التشهير بالمستثمر خاصة إن كان نشاطه مصرفياً لما يسببه ذلك من (ذعر مصرفي) <sup>(٢)</sup>، وكذلك باقي الأنشطة وذلك لأن الحكم قد يتضمن أسراراً مهنية تنافسية والتي يسبب تسريبها ضعف قدرة المستثمر على الاستمرار في السوق وبالتالي إعساره مالياً وصولاً إلى الإفلاس.

(١) مشاريع البوت هي المشاريع التي تؤول ملكيتها إلى الدولة في الأجل الطويل ولها عدة صيغ تختارها الدولة حسب نوع المشروع (الطرق والأنفاق، الكهرباء،...)

(٢) الذعر المصرفي هو صدور شائعات وأخبار عن أزمات مالية وإعسار مالي للمؤسسة المصرفية مما يسبب طلب الكثير من المودعين سحب ودائعهم دفعة واحدة والتي قد لا تتوفر لدى المؤسسة سيولة كافية لتغطية السحوبات الكبيرة للودائع والحسابات والمصرفية.

## المبحث الخامس

### مزايا الرقابة القضائية على لجان التحكيم

من المعروف أن القانون هو علم العلاقات، أي المنظم لعلاقات الأشخاص (طبيعيين واعتباريين) والحقوق والالتزامات المتبادلة فيما بينهم، مع العلم أن هناك نوعين من الرقابة على القوانين (الرقابة القضائية، الرقابة السياسية)<sup>(١)</sup>، بالإضافة إلى أن هناك ثلاثة أنواع لتفسير القانون لسلطات الدولة الثلاث التنفيذية والقضائية والتشريعية (التفسير التنفيذي، التفسير القضائي، التفسير التشريعي)، وباعتبار أن القضاء هو صاحب الولاية العامة فيما يتعلق بحماية الحقوق والحريات وبحسب التفسير التنفيذي للقانون والخبرة العلمية القانونية والتشريعية للقضاة يحق للمحاكم ذات الاختصاص التدخل للتنظيم والرقابة على إجراءات التحكيم بدءاً من النظر في اتفاق التحكيم وبطلانه أم لا، واختيار المحكمين وردهم، وصلاحيات الفصل في النزاع الذي لم يذكر في اتفاق التحكيم، وتصحيح إجراءات التحكيم، وسلامة إصدار حكم التحكيم، وانتهاء بتنفيذ الحكم...

ومن مزايا الرقابة القضائية على التحكيم ما نظمته المادة (٥٠) ق. تحكيم يماني حيث فرضت على لجنة التحكيم إيداع أصل حكم التحكيم وقرارات لجنته قلم كتاب المحكمة المختصة خلال ٣٠ يوماً التالية لإصدار الحكم بمحضر إيداع، مما يضمن حجية الحكم وعدم تغييره من قبل لجنة التحكيم وبالتالي استقرار المعاملات بين المستثمرين فيما يتعلق بأنشطتهم المختلفة وسهولة اتخاذ قراراتهم الاستثمارية لضمان تحقق التأكد من الحقوق والالتزامات التي تضمنت حكم التحكيم. كذلك نظمت المادة (٥٢) ق. تحكيم يماني تصحيح أو تفسير حكم التحكيم بطلب أحد الأطراف مع إخطار الطرف الآخر بالطلب، بحيث إذا كان هناك ما يبرر التصحيح أو التفسير تستجيب للطلب لجنة التحكيم خاصة إذا كان يتعلق بتحديد سعر الصرف للعملة المحلية والذي يمكن أن يتغير خلال فترة نظر النزاع أمام لجنة التحكيم، كذلك يمكن أن تحصل تغيرات في أسعار السلع أو المواد الخام ارتفاعاً أو هبوطاً، أو حدوث تغير في رأس المال للشركاء المساهمين زيادة أو انخفاضاً الخ.....

أيضاً أحوال انتهاء لجنة التحكيم من أعمالها المادة (٥١) ق. تحكيم يماني الفقرة (د)

(١) الرقابة القضائية: هي رقابة القضاء على سلامة تطبيق القانون وذلك من خلال النظر في القضايا في المحاكم والنيابات كل بحسب الاختصاص.

الرقابة السياسية: هي رقابة مجلس النواب على سلامة تطبيق الحكومة للقانون من خلال لجانه المختلفة.

أنه: إذا رأت لجنة التحكيم لأي سبب آخر عدم جدوى الاستمرار في الإجراءات أو استحالة، حيث أعطى القانون في هذه الحالة الصلاحية للجنة التحكيم عدم الخوض في النزاع إذا لم تتوفر أسبابه الموضوعية حفاظاً على استقرار المعاملات بين المستثمرين والتجار وعدم الخوض في دعاوى قد تكون كيدية.

أو كما ذكرنا سابقاً أن حكم التحكيم يمكن أن يكون نهائياً وibatاً إلا أنه لا يمنع ذلك من طلب إبطاله إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو انتهت مدته إذا كان محدد المدة أو فقدان أحد أطراف التحكيم لأهليته أو إذا كانت إجراءاته غير صحيحة أو مجاوزة لجنة التحكيم لصلاحيته وإذا لم يكن مسبباً أو إذا خالف الحكم أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام المادة (٥٣) ق. تحكيم يمني، وغير هذه المبررات لا يجوز الطعن في حكم التحكيم بأي من طرق الطعن للأحكام القضائية العادية.

ومما سبق نجد أن القانون أعطى حماية رقابية قضائية لسلامة تطبيق القانون من قبل لجنة التحكيم من خلال إبطال حكمها فمثلاً قد يتضمن الحكم إجازة لسعر الفائدة الربوية أو التعسف في البنود العقابية كفرض غرامات مبالغ فيها (تأخير) أو شروط جزائية مححفة تؤدي إلى إفلاس أحد الأطراف بتأييد لجنة التحكيم نصب واحتيال طرف تجاه الطرف الآخر، أو كقيام بعض المؤسسات المالية بالتحايل على القوانين المنظمة بتجزئة الخدمة المقدمة للعميل وفرض رسوم وأثمان وعمولات ومصاريف غير مذكورة في استمارة طلب الخدمة (عقود الإذعان التي تحدد بنودها الجهة المقدمة للخدمة).

ومن جانب آخر نجد أن المادة (٥٨) ق. تحكيم يمني خصت محكمة الاستئناف أو من تنيبه بتنفيذ أحكام التحكيم، أي أن المحكمة لها صلاحية استخدام التنفيذ الجبري في حالات معينة مثل رفض تنفيذ حكم التحكيم من قبل أحد الأطراف وهذه الصلاحية غير متوفرة لأي جهة غير حكومية مع العلم أنه يمكن تنفيذ الحكم اختيارياً من قبل أطراف التحكيم، ونذكر هنا أن المادة (٥٩) من ذات القانون سهلت تنفيذ الأحكام الصادرة من خارج اليمن وبلغات أخرى بأن يتم ترجمتها إلى اللغة العربية ومن ثم إيداعها مع الوثائق الأخرى لدى المحكمة، وهذا يعد في حد ذاته تسهلاً لعمل المستثمرين الأجانب أو اليمنيين المقيمين خارج اليمن والذين اختاروا اللجوء إلى مراكز تحكيم دولية للمنازعات التي تنشأ عن استثمارات في الجمهورية اليمنية بشرط أن يكون حكم التحكيم موافقاً للشرع والقوانين واليمنية.

## المحور الثالث

### التحكيم في ظل قانون الاستثمار رقم (٣) لسنة ١٤٤٦هـ - ٢٠٢٥م

فيما يخص مشروع قانون الاستثمار الجديد فقد تضمن العديد من محفزات الاستثمار، حيث عرف الاستثمار بأنه «توظيف رأس المال لإنشاء مشروع استثماري أو توسيعه أو تطويره أو تمويله أو تملكه أو إدارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة في الجمهورية»، من التعريف السابق نجد أنه يتضمن معظم التصرفات القانونية للأنشطة الاستثمارية على مدى عمرها الإنتاجي (السلي او الخدمي) من إنشاء للمشروع وتوسيعه عن طريق الاندماج للشركات أو رفع رأس مال الشركة...، بالإضافة إلى تطويره كإدخال الآت حديثة أو تمويله بهيكل تمويل أمثل يحدده ملاك أو مدراء المشروع أو تملكه بالشراء أو غيره أو إدارته كمشاريع BOT التي تؤول ملكيتها للدولة في الأجل الطويل، كما بين التعريف منافع أشمل وأوسع للتنمية الشاملة والمستدامة وما يتعلق بها كالتنمية الاقتصادية والتنمية البشرية، التنمية الصناعية، التنمية الزراعية...، والاستدامة البيئية<sup>(١)</sup> بالإضافة إلى الاستدامة المالية للمشروع<sup>(٢)</sup> والتي ستدعمها الإعفاءات والمميزات الاستثمارية في هذا القانون، بالإضافة إلى الاستدامة القانونية<sup>(٣)</sup> والتي تهدف في مجملها إلى تحقيق أقصى عوائد ممكنة للاقتصاد الوطني وحماية الحقوق والحريات وضمن الالتزام بالشروط والمعايير الواجب اتباعها عند إنشاء المشاريع الاستثمارية، وهي محور حديثنا في المباحث التالية:

المبحث الأول: التحكيم في ظل مشروع قانون الاستثمار ١٤٤٦هـ - ٢٠٢٥م.

المبحث الثاني: التظلمات من القرارات الإدارية الخاصة بالمشاريع الاستثمارية.

(١) الاستدامة البيئية: هي الحفاظ على البيئة الطبيعية المحيطة بالمشروع وعدم تلويثها أو التأثير السلبي

على الأنشطة البشرية جيلاً بعد جيل.

(٢) الاستدامة المالية للمشروع: هي استمرار المشروع في نشاطه مع توفر السيولة النقدية الملائمة بحيث لا

يتحمل المشروع ديوناً أو نفقات غير عادية تؤثر على عملياته الإنتاجية.

(٣) الاستدامة القانونية: هي مرونة التشريعات من القوانين واللوائح المنظمة للتغيرات في الأنشطة

الاستثمارية المختلفة على مدى عمرها الإنتاجي.

## المبحث الأول

### التحكيم في ظل قانون الاستثمار ١٤٤٦هـ

تضمن قانون الاستثمار الجديد في الباب السادس الفصل الأول تسوية منازعات الاستثمار في المادة (٨٥) الفقرة (٢) «بعد استنفاد أحكام التظلم المحددة في الفقرة (١) من هذه المادة يكون للمستثمر الحق في الطعن في القرارات الصادرة من الهيئة أو الجهة المختصة أمام المحكمة المختصة أو اللجوء إلى التحكيم وفقاً لأحكام هذا القانون والقوانين النافذة»، مما سبق نجد أنه عند حدوث منازعة ما يلجأ المستثمر أولاً إلى تقديم تظلم من القرارات الإدارية المتعلقة بنشاطه إلى الجهة مصدرة القرار سواء كانت هيئة الاستثمار أو غيرها، ومن هنا نلاحظ مرونة النص حيث سمح للجانب الحكومي النظر في المشكلة ومحاولة حلها بشكل أسرع من اللجوء إلى القضاء العام أو الخاص (التحكيم) حيث تمتلك الجهة الإدارية مصدرة القرار من الموظفين الفنيين كل بحسب مجاله من يستطيع تقديم خبرته الفنية لحل المشكلة بشكل أسرع من التقاضي العادي، وهذا يوفر من الوقت والتكلفة الكثير للمشروع الاستثماري وأيضاً يسهم في الاستدامة التشغيلية<sup>(١)</sup> للمشروع.

كذلك ما تضمنته المادة (٨٦) من نفس القانون «عند حدوث نزاع بين المستثمر والحكومة فيما يتعلق بالمشروع تتم تسويته بالطرق الودية ما لم يتم حله عن طريق التحكيم وفقاً لقواعد وإجراءات التحكيم لدى أي مركز تحكيم محلي أو إقليمي معتمد»، ومن أهم الطرق الودية هنا هي التقدم بتظلم إلى الجهة الإدارية، ومن جانب آخر يظهر دور التحكيم جلياً في حل العديد من المشاكل التي قد تواجه المشروعات حيث أنه لدى الغرفة التجارية والصناعية بأمانة العاصمة فريق من أبرز القانونيين والمعني بالتحكيم في القضايا التجارية.

والجدير بالذكر هنا أنه على الرغم من المزايا الكثيرة للتحكيم إلا أن هناك العديد من التحفظات على التحكيم عبر مراكز التحكيم الأجنبية ومن أبرزها:

١- الانتقاص غير مباشر لسيادة الدولة حيث تتدخل مراكز التحكيم الأجنبية في النشاط الاستثماري للدولة بما لديها من أدوات ولوجيات مخالفة للشرعية الإسلامية من تحريم الربا واستغلال العمال وتلويث البيئة والقضاء على الغطاء

(١) الاستدامة التشغيلية: هي استمرار المشروع في تقديم منتجاته السلعية أو الخدماتية بدون عوائق مالية أو إدارية من توقف أو إغلاق لحين الفصل في المنازعة أو غير ذلك من مسببات تعطل أو تأخير أو توقف المشروع.

النباتي وإغراق الدولة في الديون للشركات الأجنبية (متعددة الجنسيات) وصولاً إلى تمكين هذه الشركات من تملك أغلب منافع المشروع ولا تحصل الدولة في المقابل إلا على الفتات، أو فشل هذه المشروعات مع تحميل الدولة التعويضات والخسائر الناجمة أساساً عن سياسة التبعية التي تنتهجها الشركات الأجنبية الكبرى (استعمار مقنع).

٢- بما أن المشاريع ستقام داخل الأراضي اليمنية وبأراض أغلبها ملك للدولة يجب فرض سيادة الدولة القانونية على هذه المشاريع من خلال التزامها بالقوانين اليمنية (فقط) بحيث يتم ضمان تحقيقها للأهداف العامة للدولة وتجنب الخسائر.

٣- ضرورة مراجعة قواعد التحكيم الدولية بما يلائم طبيعة النشاط التجاري اليمني والقوانين النافذة وأحكام الشريعة الإسلامية والتي من ضمنها قانون منع التعاملات الربوية...

٤- لا داعي للجوء إلى مراكز التحكيم الإقليمية (الأجنبية) لأن الغرض من التحكيم متحقق لدى التحكيم المحلي وكذلك عند اللجوء إلى القضاء العادي، خاصة وأنه سيتم إنشاء محكمة اقتصادية معنية بالقضايا الاستثمارية وكذلك بما سيتوفر من المعلومات الأكيدة عن طبيعة النشاط وما هو الإجراء المناسب حيال المشكلة.

## المبحث الثاني

### التظلمات من القرارات الإدارية الخاصة بالمشاريع الاستثمارية

لم يذكر قانون الاستثمار الجديد كيفية البت في التظلمات من القرارات الإدارية المتعلقة بالمشاريع الاستثمارية، هل سيتم عن طريق لجنة للتظلمات أو عن طريق لجان تسويات كما هو حاصل في لجان التسوية لمصلحة الضرائب؟ ومن المناسب هنا أن نتطرق للفرق بين لجنة التظلمات ولجنة التسوية كما يلي:

## أولاً: لجنة التظلمات:

سبب تقديم التظلم: قرار إداري أصاب ضرراً بالمتظلم سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً.

(١) يقدم للجهة مصدرة القرار.

(٢) لا يشترط أن يكون هناك لجنة من الأعضاء الفنيين المعيّنين وإنما يمكن تقديم التظلم إلى رئيس الجهة مباشرة.

(٣) يمكن الطعن في القرار الإداري مباشرة لدى المحكمة الإدارية أو محكمة الأموال العامة كما في الطعن في قرارات لجان التظلمات التابعة للهيئة العامة للزكاة اليمنية أو الشعب الإدارية في المحاكم ذات الولاية العامة.

## ثانياً: لجنة التسوية:

١- سبب تقديم طلب التسوية وجود مشكلة يراد حلها ودياً مع الجهة الإدارية، بحيث قد تثور مشكلة عند اختلاف المعلومات والبيانات عن المستثمر عما هي عليه فعلاً في حسابات المشروع الاستثماري أو وثائقه.

٢- يقدم للإدارة مصدرة الإجراء.

٣- يشترط أن تتكون من عدد من الأعضاء معيّنين بقرار من رئيس الجهة.

٤- غالباً لا يجوز تخطي هذه اللجنة واللجوء مباشرة للقضاء، حيث يتم إرجاعها من المحكمة المختصة إلى الجهة الإدارية لحل المشكلة.

٥- يمكن الطعن في قرار لجنة التسوية لدى لجنة طعن تشكل بقرار من رئيس الجهة المشرفة على الجهة التي أصدرت القرار المطعون فيه والتي قد تؤيد قرار لجنة التسوية أو تخالفه أو تعدل فيه. (كما هو الحال في لجان الطعون الضريبية).

٦- يمكن اللجوء إلى القضاء للطعن في قرار لجنة الطعن كمرحلة تقاضي أولى (مثل محكمة الضرائب الابتدائية).

من العرض السابق نجد أنه من الملائم عمل لجان تظلمات وليس لجان تسوية في الجهات الحكومية ممن لديهم من الخبرة الفنية والمهنية ما يكفي لحل معظم المشكلات التي يمكن أن تواجه المشروعات الاستثمارية، ونذكر على سبيل المثال لا الحصر

التظلمات المحالة إلى مجلس تنظيم شؤون الكهرباء في وزارة الكهرباء والمياه والمختص بالنظر في تظلمات ملاك المولدات الخاصة من القرارات الإدارية الصادرة بحقهم من وزارة الكهرباء نفسها، وذلك لأن المستثمر يعتبر مدعناً للشروط الواجب اتباعها في قانون الاستثمار الجديد للحصول على الإعفاءات والمميزات الاستثمارية، والذي حقق نجاحاً بارزاً في حل الكثير من المشاكل وأحال أيضاً الكثير من قضايا سرقة التيار الكهربائي إلى النيابة العامة، والميزة هنا أن لجان التظلمات سوف تختصر الكثير من الوقت والجهد عند التقاضي لما توفره من توصيف فني وقانوني للمشكلة بما يسهم في سرعة الفصل فيها والحصول على حلول ابتكارية يمكن أن تزيد من إنتاجية هذه المشاريع.

ومن الجدير بالذكر أنه سيتم إنشاء محكمة اقتصادية والتي من المتوقع أن تبت في الطعون ضد القرارات الإدارية الصادرة من الجهات ذات العلاقة بالجانب الاستثماري، كذلك يجب أن ننوه هنا أن لجان التظلمات يمكن اعتبارها لجان تحكيم مصغرة إلا أن قرارها يمكن الطعن فيه لدى المحكمة الابتدائية المختصة على عكس حكم التحكيم الذي لا يجوز الطعن فيه إلا ببطلان اتفاق التحكيم أو بطلان حكمه لما سبق ذكره.

## النتائج:

١. التحديد الواضح للمفاهيم الاقتصادية والمحاسبية للأنشطة الاستثمارية وتضمينها للتصرفات القانونية والتي منها اتفاقات التحكيم يسهم بشكل فاعل في الحد من سوء الفهم واللغط واللبس الذي من أبرز مسبباته نشوء النزاعات.
٢. مرونة قانون الاستثمار الجديد فيما يتعلق بشمول توصيفاته للتصرفات القانونية للأنشطة الاستثمارية، الأمر الذي يحدد الحقوق والالتزامات للأطراف مما يقلل من المنازعات أمام القضاء العام أو الخاص.
٣. أعطى قانون الاستثمار الجديد فرصة للمستثمرين لحل المنازعات الإدارية ودياً عن طريق تقديم تظلمات لهيئة الاستثمار أو الجهة مصدرة القرار الإداري.
٤. التحكيم كجهاز قضائي خاص يمكن أن يسهم بشكل كبير في حل الكثير من المشاكل التي قد تواجه المستثمرين لما لأعضاء لجنة التحكيم من الخبرة العلمية والمهنية في مجال النشاط المثار عليه النزاع.
٥. قانون التحكيم اليمني أعطى صلاحيات لأطراف التحكيم لاختيار القواعد القانونية التي تناسب نشاطهم التجاري وتلبي احتياجاتهم من ناحية فنية وهذه

- القواعد قد تكون (محاسبية، اقتصادية، هندسية، الخ...).
٦. هناك إشراف ورقابة فاعلة من القضاء على سلامة إجراءات التحكيم منذ نشوء اتفاق التحكيم إلى إصدار الحكم وتنفيذه.
  ٧. ليس شرطاً جعل القانون اليمني هو الواجب التطبيق عند اختيار قانون التحكيم اليمني لضبط عمليات وإجراءات التحكيم.
  ٨. قانون التحكيم اليمني النافذ رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م وتعديله بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٧م لا يحتاج إلى تعديل آخر إطلاقاً وذلك لمرونته واتساقه مع قانون الاستثمار الجديد رقم (٣) لسنة ١٤٤٦هـ - ٢٠٢٥م في كافة الجوانب المتعلقة بالأنشطة الاستثمارية وخاصة ما هو مشترك بين الدولة والقطاع الخاص<sup>(١)</sup>.
  ٩. العرف كمصدر من مصادر القانون معمول به في القضاء العادي كما هو معمول به في القضاء الخاص (التحكيم)، وميزته هنا أنه مرن ومتجدد طبقاً للمتغيرات التي قد تصاحب أي نشاط مدني أو تجاري ولا يحتاج إلى تقنين، حيث أن التقنين يلغي طبيعته العرفية ويصبح قانوناً ملزماً رسمياً وليس عرفاً.
  ١٠. من خصائص القانون الثبات، فالقاعدة القانونية الثابتة توفر استقراراً في المراكز القانونية والمالية للاستثمارات، لأن أي مستجدات فيما يتعلق بتسوية المنازعات الاستثمارية يمكن تنظيمها عن طريق لائحة أو تعاميم منظمة من الجهات ذات العلاقة، ولا يتوجب تعديل القوانين النافذة كل فترة (مثل المشاريع المشتركة بين الحكومة والقطاع الخاص والتي قد تصل مدتها إلى ٢٥ سنة) وذلك حتى يتم الحفاظ على المراكز القانونية السارية، خاصة إذا كان القانون النافذ مرناً ويتسق مع أي لوائح تنظيمية تفصيلية.

## التوصيات:

١. بما أن حكم التحكيم وإجراءاته سرية، فننصح بعمل بند في عقد اتفاق التحكيم يتضمن موضوع تسريب لجنة التحكيم أو أحد أعضائها لمعلومات الأطراف بشكل صريح لمنع ضياع حقوق المستثمرين من جراء تسريب معلومات تنافسية قد تؤدي في النهاية إلى إفلاس الشركات.

(١) من استقراء تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي العدل والأوقاف - تقنين الشريعة الإسلامية حول (مشروع قانون التحكيم ١٤٤٥هـ - ٢٠٢٣م).

٢. توفير الدعم الفني من الجهات الحكومية ذات العلاقة كوزارة العدل وحقوق الإنسان، ووزارة الاقتصاد والصناعة والاستثمار وغيرها لعمل قواعد إجرائية فنية واقتصادية وشرعية مرنة تلائم مختلف الأنشطة الاستثمارية.
٣. تدريب القضاة والعاملين في الجهاز القضائي للدولة والجهات التابعة لها كمنقابة المحامين اليمنيين على المفاهيم الاقتصادية والمحاسبية وذلك للحد من اللبس في بعض المسائل التي تطيل سير إجراءات التقاضي سواء في المحاكم العادية أو في التحكيم.
٤. إيجاد بدائل للمعاملات المالية الربوية خاصة للمصارف والتي تخدم العملية الاستثمارية من خلال تقديمها لبدائل شرعية وقانونية ليسهل اللجوء إليها للتحكيم بما سيتوفر من مرجعيات معتمدة قانوناً وملزمة للأطراف ذات العلاقة.
٥. التنظيم الفني والقانوني لمراكز التحكيم في الجمهورية اليمنية وتفعيل دور لجان التظلمات في الجهات الحكومية والتي يمكن اعتبارها لجان تحكيم مصغرة ذات طابع خاص، وذلك للتخفيف على المحاكم العادية وكذلك ضمان حصول المستثمر على حلول ناجعة للمشاكل التي قد تواجهه قبل تفاقمها وتحويلها إلى قضايا منظورة أمام القضاء العادي.
٦. ضرورة تضمين عقود الاستثمار للاعتبارات الاقتصادية والقانونية التي تحد من التبعية التقنية (مثل استمرار تحديث أنظمة تشغيل معدات المصانع كل فترة طويلة العمر الافتراضي للمعدات من قبل الشركة المصنعة في الخارج) أو التبعية المالية أو أي شكل آخر من أشكال التبعية للخارج والتي قد يصعب التخلص منها حتى عند اللجوء إلى القضاء العادي أو التحكيم.
٧. يمكن تشجيع عمل مراكز تحكيم تخصصية (محاسبية، قانونية، هندسية، طبية، صناعية، زراعية...) تابعة على سبيل المثال لجمعية المحاسبين القانونيين اليمنيين، ومنقابة المحامين اليمنيين، نقابة الصيادلة اليمنيين وغيرها بحيث تنظر فقط المنازعات بحسب مجال عملها.
٨. يمكن إتاحة الفرصة للمستثمرين لتقديم تظلماتهم للجان التظلمات الحكومية عن طريق النافذة الواحدة بالهيئة العامة للاستثمار اختصاراً للوقت والجهد والتكلفة، كذلك ضماناً للتنسيق بين الجهات ذات العلاقة وسرعة الحصول على أفضل الحلول بالشراكة الفاعلة بين الجهات الحكومية والمستثمرين.

## المراجع:

١. قانون التحكيم اليمني، رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م وتعديله بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٧م.
٢. قانون الاستثمار اليمني رقم (٣) لسنة ١٤٤٦هـ - ٢٠٢٥م.
٣. تقرير اللجنة المشتركة من لجنتي العدل والأوقاف - تقنين أحكام الشريعة الإسلامية حول مشروع قانون الاستثمار اليمني ١٤ / محرم / ١٤٤٥هـ الموافق ١ / أغسطس / ٢٠٢٣م، مجلس النواب اليمني.
٤. دور القضاء في التحكيم (دراسة مقارنة في قانوني التحكيم اليمني والمصري)، القاضي / عبدالكريم محمد المطري، مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية، العدد السابع، وزارة العدل اليمنية ربيع الأول ١٤٤٤هـ.
٥. الاستثمار والتحليل الاستثماري، د / دريد كامل آل شبيب، جامعة الزيتونة الأردنية كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، ٢٠٠٨م.
٦. اقتصاديات الاستثمار النظريات والمحددات / عادل عبد العظيم، مجلة جسر التنمية الكويت، ٢٠٠٧م.
٧. الاستثمار.. قراءة في المفهوم والأنماط والمحددات، د / دريد محمد أحمد، المجد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م.

# **Contents**

<b>Editorial of the issue</b>  <b>Editor</b>	<b>6</b>
<b>Electronic litigation and how to apply it in Yemen</b>  <b>Judge Dr. Abdul-Momen Shuja Al-Deen</b>	<b>9</b>
<b>Yemeni law Provisions regarding controls for investigation and trial in juvenile cases</b>  <b>Judge Dr. Altaf Abdullah Suhail</b>	<b>27</b>
<b>The Judicial Police Function of the National Anti-Corruption Authority in Yemeni Law</b>  <b>Prof Dr. Mouneer Mohammed AL-Jawbi</b>	<b>61</b>
<b>The idea of public order between theory and practice</b>  <b>Judge Dr. Ahmed Nasser Al-Rukn</b>	<b>131</b>
<b>Enforcement of foreign judicial judgment</b>  <b>Dr. Abdulwahab Mohammed Abdulwahab Alsadah</b>	<b>151</b>
<b>Provisions for adhering to lack of judgment</b>  <b>Lawyer. Dr. Magdy Abdel Malek Mohamed Qais</b>	<b>175</b>
<b>Issues and difficulties related to urgent litigation in the Yemeni Civil Procedure law</b>  <b>Lawyer. Dr. Hisham Qaed Abdul Salam Al Shamiri</b>	<b>199</b>
<b>Settlement of investment disputes under the new investment law and the Yemeni arbitration law</b>  <b>Researcher/ Nada Abdullah Abdullah Tamesh</b>	<b>245</b>

# **Editorial Board**

**Editor - Head of technical office**

**Judge/ Khaled Abdulaziz Al-Baghdadi**

**Managing editor**

**Mr. Ebrahim Mohammed Ahmed Zayed**

**Editorial Secretary**

**Mutasim Sharaf 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](https://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*

IssueIssue (12) 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

- **Electronic litigation and how to apply it in Yemen**  
Judge Dr. Abdul-Momen Shuja Al-Deen
- **Yemeni law Provisions regarding controls for investigation and trial in juvenile cases**  
Judge Dr. Altaf Abdullah Suhail
- **The Judicial Police Function of the National Anti-Corruption Authority in Yemeni Law**  
Prof Dr. Mouneer Mohammed AL-Jawbi
- **The idea of public order between theory and practice**  
Judge Dr. Ahmed Nasser Al-Rukn
- **Enforcement of foreign judicial judgment**  
Dr. Abdulwahab Mohammed Abdulwahab Alsadah
- **Provisions for adhering to lack of judgment**  
Lawyer. Dr. Magdy Abdel Malek Mohamed Qais
- **Issues and difficulties related to urgent litigation in the Yemeni Civil Procedure law**  
Lawyer. Dr. Hisham Qaed Abdul Salam Al Shamiri
- **Settlement of investment disputes under the new investment law and the Yemeni arbitration law**  
Researcher/ Nada Abdullah Abdullah Tamesh