



مجلة

البحوث والدراسات القضائية والقانونية

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

- جريمة تهريب المكالمات الدولية في القانون اليمني
القاضي. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
- طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية
في قانون الجمارك اليمني
الدكتورة / تهاني علي يحيى زياد
- العقوبات البديلة لعقوبة الحبس والبدائل الأخرى
وفقاً للقوانين اليمنية في ضوء السياسة الشرعية
القاضي / حافظ محمد الفرح
- خصوصية تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضد الدولة في
القانون اليمني
الباحث / محمد علي حطرم
- الأدلة الجنائية الرقمية
(الإطار القانوني والتحديات العملية في الجمهورية اليمنية)
الباحث / أحمد ناصر ناصر النصيري
- استعمال القوة كوسيلة من وسائل التنفيذ الجبري
في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني
الباحث / ياسين سعيد قاسم السناني
- التنمية الشاملة في قانون الاستثمار اليمني رقم (3) لسنة 2025 م
الباحثة / ندى عبدالله عبدالله طامش



مجلة

البحوث والدراسات القضائية والقانونية يصدرها المكتب الفني بوزارة العدل وحقوق الإنسان

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

العدد (15) محرم - ربيع الأول 1447هـ

الإشراف العام

القاضي / إبراهيم محمد أحمد الشامي
القائم بأعمال 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

نائب رئيس التحرير

الدكتور / إبراهيم محمد أحمد زايد

سكرتير التحرير

الأستاذ / 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 (: / النقطه (.) / علامة الاستفهام (؟) / علامة التعجب (!) / نقطتا القول (:)، وتترك المسافة بعد علامة الترقيم.
- ٣- تلصق الكلمات التي بين الأقواس بالأقواس نفسها، نقول: (بيت)، وليس (بيت)، " صواب"، وليس " صواب ".
- ٤- عدم وضع مسافة بين الواو العاطفة والكلمة، مثل: والبيت، وليس والبيت.
- ٥- وضع العلامة للفاصلة العربية (،) والعلامة للفاصلة الأجنبية (،).
- ٦- لا تترك بين الكلمة والكلمة أكثر من مسافة واحدة.
- ترسل البحوث والدراسات إلى مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية على العنوان الآتي: الجمهورية اليمنية- صنعاء- وزارة العدل- المكتب الفني - مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية.

البريد الإلكتروني: jjlrs-moj.gov.ye

موقع المجلة الإلكتروني:

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

محتويات العدد

٦	افتتاحية العدد رئيس التحرير
٩	جريمة تهريب المكالمات الدولية في القانون اليمني القاضي. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
٣٥	طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية في قانون الجمارك اليمني الدكتورة / تهاني علي يحيى زياد
٧٧	العقوبات البديلة لعقوبة الحبس والبدائل الأخرى وفقاً للقوانين اليمنية في ضوء السياسة الشرعية القاضي / حافظ محمد الفرح
١٠٥	خصوصية تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضد الدولة في القانون اليمني الباحث / محمد علي حطرم
١٧٣	الأدلة الجنائية الرقمية (الإطار القانوني والتحديات العملية في الجمهورية اليمنية) الباحث / أحمد ناصر ناصر النصيري
٢٣٣	استعمال القوة كوسيلة من وسائل التنفيذ الجبري في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني الباحث / ياسين سعيد قاسم السناني
٩٩٢	التنمية الشاملة في قانون الاستثمار اليمني رقم (٣) لسنة ٢٠٢٥م الباحثة / ندى عبدالله عبدالله طامش

افتتاحية العدد

رئيس التحرير

في بداية عامها الرابع تمضي مجلة البحوث والدراسات القضائية في أداء رسالتها العلمية والبحثية في لحظة فارقة من تاريخ الوطن، تكتنفها ظروف استثنائية وتحديات جسام، في مقدمتها الجريمة النكراء التي ارتكبها طيران العدو الإسرائيلي، باستهدافه رئيس وأعضاء حكومة التغيير والبناء، والتي ارتقى فيها إلى جوار ربه مع كوكبة من الشهداء الأبرار، في طليعتهم معالي وزير العدل وحقوق الإنسان فضيلة القاضي مجاهد أحمد عبد الله، الذي ارتقى شهيداً في ميدان الشرف والواجب، إلى جانب رئيس الحكومة وبعض أعضائها، تغمدهم الله بواسع رحمته، وأسكنهم فسيح جناته، وجعلهم من الذين لا خوف عليهم ولا هم يحزنون.

وفي هذا الظرف الاستثنائي، هيئة تحرير المجلة تواصل جهدها لإصدار أعداد تليق بمستوى التحدي، وتواكب مستجدات الواقع القضائي والتشريعي، حيث يتضمّن هذا الإصدار مجموعة من البحوث والدراسات النوعية، التي تعالج قضايا حيوية أعدها نخبة من القامات العلمية والكوادر المتخصصة، تناولت قضايا راهنة وإشكالات تطبيقية ذات صلة وثيقة بواقع العدالة في اليمن. وفيما يلي عرض موجز لمحتوى العدد:

١. جريمة تهريب المكالمات الدولية في القانون اليمني- لفضيلة القاضي الدكتور عبد المؤمن عبدالقادر شجاع الدين، أهمية البحث تكمن في أنه يتناول واحدة من الجرائم الاقتصادية المستحدثة التي تمس البنية التحتية للاتصالات والاقتصاد الوطني معاً. معالجة هذا الموضوع تسلط الضوء على الثغرات التشريعية والتقنية التي تسمح باستمرار الظاهرة، ويقدم مقترحات لتعزيز حماية الإيرادات السيادية في ظل حاجة اليمن الماسة إلى مصادر دخل مستقرة.

٢. طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية في قانون الجمارك اليمني- لفضيلة الدكتورة تهاني علي زياد، تناولت فيه الجرائم الجمركية باعتبارها من أخطر ما يهدد الاقتصاد الوطني، ولارتباطها المباشر بتهريب السلع وفقدان الدولة لمواردها المالية. دراسة آليات تحريك الدعوى تكشف عن صلاحيات الجهات المختصة

والفجوات في التطبيق، مما يجعلها مرجعاً مهماً لإصلاح منظومة مكافحة التهريب وحماية السوق الوطني.

٣. العقوبات البديلة لعقوبة الحبس والبدائل الأخرى وفقاً للقوانين اليمنية في ضوء السياسة الشرعية - لفضيلة القاضي حافظ محمد الفرح، ولأن الحبس لم يعد وحده الردع الأمثل في الأنظمة العقابية الحديثة، خصوصاً في الجرائم البسيطة. وتكمن أهمية البحث في أنه يطرح بدائل تتماشى مع السياسة الشرعية والقوانين اليمنية، لتقليل الاكتظاظ في السجون وتحقيق العدالة التصحيحية بوسائل أكثر فاعلية وإنسانية.

٤. خصوصية تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضد الدولة في القانون اليمني - للباحث محمد علي حطرم، بين فيه أن تنفيذ الأحكام ضد الدولة يمثل معضلة بين احترام حجية القضاء وحماية المصلحة العامة. البحث يكتسب أهمية عملية لأنه يقترح آليات قانونية تحقق التوازن المطلوب، بما يمنع تعطيل حقوق الأفراد ويصون في الوقت ذاته هيبة الدولة.

٥. الأدلة الجنائية الرقمية (الإطار القانوني والتحديات العملية في الجمهورية اليمنية) - للباحث أحمد ناصر النصيري، سلط الضوء فيه على التحول الرقمي المتسارع، الذي أصبحت فيه الجرائم الإلكترونية واقعاً لا مفر منه. البحث يكتسب أهميته من أنه يناقش الأدلة الرقمية بوصفها أداة إثبات معقدة، ويكشف التحديات التي تواجه القضاة وأجهزة التحقيق في غياب تشريع منظم، مما يفتح الباب لإصلاح تشريعي عاجل.

٦. استعمال القوة كوسيلة من وسائل التنفيذ الجبري في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني - للباحث ياسين سعيد السناني، إن أهمية البحث في هذا الموضوع تكمن في أنه يوازن بين ضمان نفاذ الأحكام القضائية وحماية الحقوق الدستورية للأطراف. موضوع استخدام القوة في التنفيذ يمس صميم العدالة، لأنه يطرح سؤالاً حول الحدود الفاصلة بين السلطة المشروعة والانتهاك المحتمل للحقوق.

٧. التنمية الشاملة في قانون الاستثمار اليمني رقم (٣) لسنة ٢٠٢٥م - للباحثة ندى عبد الله طامش، هذا البحث ذو بعد استراتيجي، إذ يسلط الضوء على القانون

الجديد للاستثمار كأداة للتنمية الاقتصادية المستدامة. أهميته تنبع من كونه يربط النصوص القانونية بالواقع العملي، ويبين كيف يمكن أن يكون القانون محفزاً لجذب الاستثمارات التي تسهم في إعادة إعمار اليمن.

كل موضوع من هذه الأبحاث ليس مجرد دراسة أكاديمية معزولة، بل هو لبنة في بناء وعي قضائي وتشريعي قادر على الاستجابة للتحويلات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية في البلاد.

ختاماً، نرجو أن يلقي هذا العدد قبولاً لدى قرائنا الأكارم، وأن نكون قد وفقنا في اختيار موضوعاته بما يسهم في ترسيخ الوعي القضائي، وتعزيز الثقافة القانونية المتخصصة، ويعين المشتغلين بالقانون على التصدي لتحديات الواقع بأدوات علمية أصيلة.



المجلة
البحوث والأبحاث
القانونية

جريمة تهريب المكالمات الدولية في القانون اليمني

القاضي. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين

رئيس مجلس القضاء الأعلى

الأستاذ بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

مجلة
البحوث والأبحاث
القانونية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين محمد وعلى آله وصحبه أجمعين: أما بعد:

فهذا بحث موجز عن: جريمة تهريب المكالمات الدولية في القانون اليمني.

ويشتمل هذا البحث على المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف جريمة تهريب المكالمات الدولية.

المطلب الثاني: الجرائم المصاحبة لجريمة تهريب المكالمات الدولية.

المطلب الثالث: ترشيد إجراءات ضبط جرائم تهريب المكالمات الدولية

المطلب الرابع: الوضعية القانونية لشركات الاتصالات الهاتفية.

المطلب الخامس: الأضرار والمخاطر المترتبة على جريمة تهريب المكالمات الدولية.

المطلب السادس: موقف القانون اليمني من جريمة تهريب المكالمات الدولية.

المطلب السابع: موقف الشريعة الإسلامية من جريمة تهريب المكالمات الدولية.

المطلب الثامن: التكييف القانوني لجريمة تهريب المكالمات باعتبارها تعطيلاً لوسائل الاتصال وتعريضها للخطر.

المطلب التاسع: التكييف القانوني لجريمة تهريب المكالمات باعتبارها من جرائم تخريب الأموال العامة المتعلقة بالاقتصاد القومي.

المطلب العاشر: التكييف القانوني لجريمة تهريب المكالمات باعتبارها من جرائم الاحتيال.

المطلب الحادي عشر: عقوبة جريمة تهريب المكالمات الدولية.

المطلب الثاني عشر: استعادة عائدات تهريب المكالمات والتعويض.

المطلب الأول

تعريف جريمة تهريب المكالمات الدولية

لم يتعرض القانون اليمني لهذه الجريمة بصفة مباشرة كما سنرى، وكذلك لم يرد في أي من القوانين اليمنية تعريف لهذه الجريمة، في حين أن هناك دولاً تطلق على هذه الجريمة (تمرير المكالمات التليفونية الدولية) حسبما ورد في المادة (٧٢) من القانون المصري رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن تنظيم الاتصالات، وهناك دول تطلق على هذه الجريمة (إنشاء أو تشغيل أو إدارة شبكة اتصالات غير قانونية أو غير مرخص لها كما هو الحال في المادة (٧٨) من قانون الاتصالات الأردني، وهناك قوانين بعض الدول تطلق على هذه الجريمة (إنشاء شبكات الاتصالات أو تقديم خدمات الاتصالات بدون ترخيص حسبما ورد في المادة (٦٣) من قانون الاتصالات السوري).

أما في اليمن فإن القانون النافذ لم يتعرض لها بصفة مباشرة، وتبعاً لذلك فلم يطلق عليها اسم (تهريب المكالمات الدولية)، في حين أن مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات ذكر في المادة (٢١) مصطلح تهريب الاتصالات الدولية كما أن المختصين في الاتصالات يطلقون عليها هذا الاسم، وهناك إدارات معينة تحمل هذا الاسم (مكافحة تهريب المكالمات)، وربما أن هذه التسمية مناسبة، لأن المكالمات المهربة تدخل إلى البلاد من خارجها من غير البوابة القانونية المحددة لها، وقد ذكر المختصون تعريفات عدة لهذه الجريمة منها:

- استقبال الشخص المقيم في اليمن لمكالمة من خارج اليمن وذلك بواسطة رقم هاتف محلي لشركات الهاتف العاملة في اليمن (ثابت / يمن موبايل / سبأفون / واي / إم تي إن)^(١). وهذا التعريف واضح وسهل، إلا أن هذا التعريف لا يبين أن هذا الفعل غير مشروع، إضافة إلى أن الركن المادي للجريمة ليس ظاهراً في التعريف، ولذلك نرى أن يكون تعريف هذه الجريمة بأنها: قيام شخص اعتباري أو طبيعي غير مرخص له بتهريب مكالمات من خارج اليمن إلى اليمن من غير البوابة المحددة لذلك وهي شركة تيليمن وبصرف النظر عن الأجهزة والوسائل التي يستعملها الجاني في ذلك، ومن علامات تهريب المكالمات الدولية ظهور رقم هاتف محلي عند استقبال المكالمة من شخص خارج اليمن، وهذا التعريف

(١) دراسة قامت بإعدادها شركة تيليمن، المهندس إسماعيل الأكوع ص ٤.

وإن كان طويلاً إلا أنه يظهر الركن المادي للجريمة ويظهر نسبة هذا الفعل إلى الفاعل.

ومن خلال شرح هذا التعريف سوف تظهر لنا بجلاء تام أركان هذه الجريمة، ويمكن شرح تعريف الجريمة على الوجه الآتي:

- قيام شخص اعتباري أو طبيعي: وهذا القول يظهر الركن المادي المتمثل في فعل إرادي صادر من شخص بالغ عاقل راشد أهل للمسئولية الجزائية غير مكره، كما أن هذه الجريمة قد تقع من شخص طبيعي واحد ومن عدة أشخاص، كما قد يقع الفعل من شخص اعتباري شركة أو مؤسسة أو جمعية أو غيرها بواسطة أشخاص طبيعيين يعملون باسم الشخص المعنوي ولحسابه، ومعلوم أن الشخص الطبيعي والشخص المعنوي يسألان جزائياً في القانون اليمني وغيره، كما أن ذكر هذه العبارة في التعريف يجعل التعريف شاملاً من حيث الفعل الجرمي ومن حيث الأشخاص الذين يرتكبون هذا الفعل أو المشاركين فيه.
- غير مرخص له: فلا تقع هذه الجريمة بالنسبة للجهة المرخص لها بالمكالمات الدولية وهي في اليمن شركة تيليمن، في حين أن هذه الجريمة تقع إذا قام أي شخص بإجراء المكالمات الهاتفية الدولية من غير أن تمر ببوابة الاتصالات الدولية الرسمية والقانونية (تيليمن).
- بتهريب المكالمات الدولية: وقد ذكرنا ذلك في التعريف لإظهار الركن المادي للجريمة وأن محلها المكالمات الدولية القادمة إلى اليمن من أشخاص يقيمون خارج اليمن وهذا هو المقصود بالمكالمات الدولية، أما تهريبها فقد ذكرناه في التعريف حتى يكون واضحاً أن أي مكالمات دولية لا تمر عبر البوابة الدولية للمكالمات (تيليمن) فهي مهربة لأنها لم تمر عبر البوابة القانونية المحددة للمكالمات الدولية.
- بصرف النظر عن الأجهزة والوسائل التي يتخذها المهرب: وقد ذكرنا ذلك في التعريف حتى يكون شاملاً لكل أفعال تهريب المكالمات فهناك وسائل لتهريب المكالمات موجودة الآن يستعملها الجناة كما أنه قد تظهر وسائل ووسائط أخرى في المستقبل، وقد ذكرنا ذلك في التعريف حتى يشمل التجريم والعقاب كل وسائل ووسائط تهريب المكالمات الدولية.

وقبل أن نفرغ من تعريف جريمة تهريب المكالمات الدولية نؤكد على أن هذه الجريمة قد تقع أيضاً من مستخدم أو طالب المكالمات الدولية المهرية إذا توفر لديه القصد الجنائي كأن يقوم بطلب خدمة الاتصال الدولي من الجهة غير المرخص لها أو غير المشروعة، كما أن المستقبل للمكالمة الدولية المهرية يكون مسئولاً جزائياً إذا لم يقيم بالإبلاغ عن جريمة تهريب المكالمات لأن البلاغ بالنسبة له وجوبي طبقاً لقانون الإجراءات الجزائية إضافة إلى أنه يعد متسترأ على جريمة تهريب المكالمات إذا أخفى معلومات عن المكالمات المهرية وأسماء وعناوين المهريين وغيرها من المعلومات، وهنا يظهر جانب آخر من جوانب خطورة هذه الجريمة^(١) وقد استدرك مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات هذه المسائل حسبما ورد في المادتين (٢١) و(٢٢) من المشروع حيث نص على معاقبة الشريك والمتستر وكذا بين الأفعال الملحقة بتهريب المكالمات وعقوباتها وسوف نذكر ذلك في المطلب الخامس حينما نبين عقوبة تهريب المكالمات^(٢).

كيفية وطريقة تهريب المكالمات الدولية:

يتم تهريب المكالمات الدولية عن طريق إرسال المكالمات بواسطة الانترنت باستخدام بروتوكول الانترنت VOIP إلى صناديق شرائح مخصصة لهذا الغرض SIMBOX والتي تحتوي على بطاقات شرائح GSM/CDMA حيث تعيد هذه الشرائح توجيه مرور المكالمات المرسله إلى شبكات الهاتف المحلية دون أن تمر هذه المكالمات بالبوابة الرسمية (تيليمن) فعند استقبال المكالمات داخل اليمن تظهر أرقام شركات الهاتف المحلية كما لو أن المكالمة صادرة من شخص مقيم في اليمن، ويستعمل كثير من الأشخاص هذه الطريقة لإخفاء شخصياتهم حيث لا يمكن التعرف على شخصية المتصل في هذه الحالة، ولذلك يعتمد كثير من المجرمين لاستخدام هذه الطريقة في عمليات النصب والتهديد والابتزاز وغيرها، ويذكر المختصون أن المشكلة الحقيقية في تمرير المكالمات عبر الانترنت أنه لا يمكن تعقب المتصل أو معاودة الاتصال به بأي شكل من الأشكال، وهنا يظهر جانب آخر من جوانب خطورة هذه الجريمة.

(١) أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، د. إبراهيم حامد طنطاوي، ٢٠٠٣م القاهرة ص ٦٥.

(٢) مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، المادتان ١٢ و٢٢.

المطلب الثاني

الجرائم المصاحبة لجريمة تهريب المكالمات الدولية

تتم جريمة تهريب المكالمات الدولية عن طريق الآت ومعدات وبواسطة أشخاص، ووفقاً للقوانين النافذة فإن كل فعل من هذه الأفعال يعد جريمة على حدة، فالقيام باستيراد المعدات المخصصة لتهريب المكالمات يعد جريمة مستقلة بموجب قانون الاتصالات لها عقوبتها الأصلية والتبعية، كما أن مجرد حيازة هذه الآلات يعد جريمة وفقاً للقانون ذاته، كما أن تشغيل أو إدارة هذه المعدات يعد جريمة وهي جريمة تهريب المكالمات الدولية، إضافة إلى أن مرتكب هذه الجرائم قد يكون شخصاً واحداً كما قد يكون أكثر من شخص، فقد يقوم شخص واحد باستيراد أو إدخال وسيلة أو آلة تهريب المكالمات إلى داخل البلاد كما يقوم بحيازتها وتشغيلها كما قد يتمالأ أشخاص عدة على استيراد هذه الآلة وحيازتها وتشغيلها (عصابة)، كما قد تتعدد الأدوات الإجرامية حيث يقوم بعضهم باستيراد هذه الآلات وبعضهم يقوم بتوفير مكان لتشغيلها وآخرون يقومون بتشغيلها وغيرهم يقومون بإدارة هذه العمليات وتنسيق أعمال الجناة القائمين عليها.

المطلب الثالث

ترشيد إجراءات ضبط جرائم تهريب المكالمات الدولية

من المهم للغاية على الجهات التي تتولى ضبط جرائم تهريب المكالمات الدولية أن تحرص على الالتزام بإجراءات الضبط وجمع الاستدلالات المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، ومن أهم ذلك الحصول على إذن من النيابة المختصة عند المراقبة أو التفتيش، وكذا الالتزام بمدة القبض والإحالة إلى النيابة في الميعاد القانوني المحدد لذلك، لأن بطلان الإجراءات يفضي إلى بطلان الأدلة المتحصلة نتيجة الإجراءات الباطلة عملاً بقاعدة: (ما بني على باطل فهو باطل)، والمنتبع لهذه المسألة سواء في اليمن أو غيرها يجد أن كبار المجرمين يفلتون من العقاب نتيجة البطلان الإجرائي الذي قد يعتري إجراءات ضبط الجرائم المنسوبة لهم^(١).

علماً بأن المتهمين في جرائم تهريب المكالمات الدولية يملكون الإمكانيات المالية الهائلة المتحصلة من عائدات نشاطهم الإجرامي سواء في تهريب المكالمات أو الجرائم

(١) الضبطية القضائية والتحقيق الابتدائي، رضا صلاح، مكتبة القانون مصر ٢٠٠٦، ص ٨١.

المصاحبة لها أو المتصلة بها ولذلك يستعين هؤلاء بكبار المحامين والمستشارين القانونيين ذوي الخبرات العالية، وهؤلاء المحامون والمستشارون يتجه عملهم إلى الجوانب الإجرائية ومدى سلامتها، فمنطلق الدفاع يركز على هذه الناحية، لأن الجرائم في غالب الأحيان تكون ثابتة وصحيحة النسبة إلى المتهمين بها^(١).

المطلب الرابع الوضعية القانونية لشركات الاتصالات الهاتفية باليمن

المقصود بهذه الوضعية بيان الترخيص أو الامتياز الممنوح لهذه الشركات لمباشرة أعمالها في مجال الاتصالات الهاتفية، لما لهذا الأمر من أهمية في تحديد مفهوم الجاني في جريمة تهريب المكالمات الدولية، مع التأكيد في البداية على أن تيليمن هي وحدها التي لها الحق والامتياز في مجال الاتصالات الدولية، أما شركات الاتصالات المحلية الأخرى فهي عبارة عن مستخدم وعميل يقوم باستخدام بوابة الاتصالات الدولية التابعة لتيليمن مقابل مبلغ معين عن كل دقيقة^(٢)، وعلى هذا المفهوم فإن شركة تيليمن هي وحدها التي خولها القانون وأعطاه حق الامتياز فيما يتعلق بالاتصالات الدولية بالنسبة لليمن، حيث أن قانون الاتصالات رقم ٣٨ لسنة ١٩٩١م وتعديلاته وقانون إنشاء المؤسسة العامة للاتصالات وقرارات رئيس الوزراء ذات الصلة قد منحت تيليمن الحق الحصري في تقديم خدمات الاتصالات الهاتفية الدولية والانترنت.

أما بالنسبة لشركات الاتصالات اليمنية (يمن موبايل / الثابت / سبأفون / واي / إم تي إن) فقد سبق القول أنه بالنسبة للمكالمات الدولية فإن هذه الشركات تكون بمثابة مستخدم أو زبون يستخدم بوابة الاتصالات الدولية الممنوح حق امتيازها لتيليمن مقابل مبلغ معين عن كل دقيقة، وبناءً على هذا فإن قيام أي شخص طبيعي أو اعتباري بمباشرة أو حيازة منظومات الاتصال يكون عمله غير مشروع أي جريمة إضافة إلى أن قيامه بتهريب المكالمات الدولية يكون جريمة أخرى، كما أن قيام الشركات المرخص لها بالاتصالات بمباشرة المكالمات الدولية من غير البوابة المعتمدة بوابة تيليمن يكون جريمة تهريب مكالمات دولية.

(١) المحاماة علم وفن، هلال يوسف إبراهيم، دار المطبوعات الجامعية مصر ٢٠٠٩، ص ٩٢.

(٢) إفادة من المهندس إسماعيل الأكوغ من كبار مسؤولي شركة تيليمن في يوم ٢٣/٤/٢٠١٩م.

المطلب الخامس

الأضرار والمخاطر المترتبة على جريمة تهريب المكالمات الدولية

تترتب على جريمة تهريب المكالمات الدولية أضرار ومخاطر عدة كتب عنها المختصون الكثير، ونكتفي هنا بالإشارة بإيجاز إلى بعض هذه المخاطر والأضرار بالقدر اللازم لتكثيف هذه الجريمة ومعرفة أبعادها وآثارها ومخاطرها، ونلخص ذلك على النحو الآتي:

أولاً: شركة تيليمن شركة حكومية تتولى مسئولية بوابة الاتصالات الدولية والانترنت لليمن، وتحصل رسوماً على المكالمات الدولية التي تمر عبر هذه البوابة، وهذه الرسوم عائداتها كبيرة تعد مورداً من أهم موارد الخزينة العامة للدولة، ولذلك فإن تهريب المكالمات وتميرها من غير البوابة الشرعية والقانونية يحرم الدولة من هذا المورد الرئيس المهم، ويعد اعتداء واستيلاء على الأموال العامة بدون وجه حق.

ثانياً: تقوم شركة تيليمن وشركات الاتصالات الوطنية بدفع الضرائب إلى الدولة عن الأرباح الصافية التي تحققها، وهذه الأرباح تقل كثيراً نتيجة نشاطات التهريب للمكالمات الدولية، وهذا بدوره يقلل عائدات الضرائب التي تدفعها شركات الاتصالات للخزينة العامة.

ثالثاً: عصابات تهريب المكالمات الدولية، نظراً لأن نشاطها سري فهي لا تستخدم موظفين ولا تدفع أية ضرائب أو رسوماً كما أنها لا تتكبد أية تكاليف أو نفقات، ولذلك فإن خدماتها مغرية لضعاف النفوس، ولذلك فإن العائدات التي تحصل عليها شبكات وعصابات تهريب المكالمات الدولية من نشاطها الإجرامي باهظة جداً^(١) ولأن نشاط هذه العصابات يتم خفية فإن مصادر أموالها تكون مجهولة لذلك تستعمله تلك العصابات لتمويل جرائم أخرى كالمخدرات والاتجار بالبشر والدعارة وغسل الأموال وغير ذلك من الأنشطة الإجرامية.

رابعاً: تعد هذه الجريمة انتهاكاً سافراً لسيادة الدولة، حيث أن البوابة النظامية والقانونية الرسمية للدولة الخاصة بالمكالمات الدولية مظهر من مظاهر السيادة الوطنية لكل دولة من الدول بوابة رسمية بالمكالمات الدولية تمر عبرها، فمرور المكالمات إلى الدولة من غير هذه البوابة انتهاك صارخ للسيادة الوطنية.

(١) لجنة تمرير المكالمات التليفونية الدولية، مكتب الهلال للمحاماة والاستشارات ص ١.

خامساً: تهريب المكالمات الدولية عمل غير مشروع ولذلك فإنه يتم بصفة سرية من قبل عصابات لا تحترم الشرع والقانون، ولذلك فإن هذه الجريمة تتداخل مع جرائم وأنشطة إجرامية أخرى منها التجسس وغسل الأموال والاتجار بالبشر وشبكات الدعارة بالإضافة إلى توفير وسيلة التواصل بين الجماعات الإجرامية بعيداً عن قنوات الاتصالات الرسمية.

سادساً: تستغل عصابات تهريب المكالمات الدولية شبكات ووسائل الاتصالات الوطنية بغير حق ومن غير أن تدفع أي رسم وغيره، حيث تمر المكالمات الدولية المهربة مستخدمةً شبكات الاتصالات المحلية من غير إذن أو ترخيص من شركات الاتصالات المحلية، وهذا اعتداء سافر على الحقوق العامة والخاصة.

سابعاً: الاحتيال على طالبي المكالمات الدولية، لأن تهريب المكالمات يتم بواسطة عصابات إجرامية مخالفة للقانون فإنها لا تحرص على مراعاة الجوانب الشرعية والقانونية والأخلاقية حيث تقوم بالاحتيال لاستهلاك رصيد المستخدم، إضافة إلى دداء المكالمات الدولية المهربة، ومن ثم يترتب على ذلك تشويه سمعة الجهة الرسمية المسؤولة عن بوابة الاتصالات الدولية والإضرار بها^(١).

المطلب السادس

موقف القانون اليمني من جريمة تهريب المكالمات الدولية

تصرح المادة (٢٣) من القانون الأساسي للاتصالات رقم ٣٨ لسنة ١٩٩١م بأنه لا يحق لأي شخص طبيعي أو معنوي إقامة محطات إرسال لاسلكي أو تركيبها أو تشغيلها، وقد تم تأكيد هذا الحظر في المادة (٥) من القانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٦م بشأن تعديل بعض مواد قانون الاتصالات الذي قرر بأن الدولة اليمنية ممثلة بوزارة الاتصالات هي الجهة الوحيدة التي لها الحق في إنشاء مرافق الاتصالات وتشغيلها في أراضي الجمهورية، كما نصت المادة (٣) من القانون ذاته على أن تكون وزارة الاتصالات أو من تفوضه مسؤولة عن تأمين خدمات الاتصالات بما في ذلك إنشاء محطات الاتصالات وتشغيلها ومنح التراخيص باستيراد تجهيزات شبكات الاتصال والترخيص بتأسيس شبكات الاتصالات واستخدام الترددات المخصصة للجمهورية ومراقبة هذا الاستخدام وإدارته، واستناداً إلى المواد القانونية السابق ذكرها فقد قامت وزارة الاتصالات بتفويض المؤسسة العامة

(١) احكام التجريم والعقاب في قانون الاتصالات - مرجع سابق ص ٣٥.

للاتصالات السلكية واللاسلكية بالقيام بتأمين وتوفير وإدارة خدمات الاتصالات حسبما ورد في المادة (٤) من قانون المؤسسة العامة للاتصالات رقم (٢٠) ١٩٨١م وحسبما ورد في البند (٦) من قرار مجلس الوزراء في جلسته المنعقدة بتاريخ ١٩/١١/١٩٨٩، وبناءً على ذلك تم منح شركة تيليمن الحق الحصري في تقديم خدمات الاتصالات الدولية، وهذه الشركة حكومية ١٠٠٪ يمتلكها طرفان حكوميان المؤسسة العامة للاتصالات ٧٥٪ وهيئة البريد ٢٥٪ وعلى أساس ما تقدم نخلص إلى أن خدمة الاتصالات الدولية محصورة في شركة تيليمن، فلا يجوز لأي جهة إدخال مكالمات من خارج اليمن إلى داخله إلا عن طريق بوابة تيليمن^(١)، وأن أي مكالمة تسلك غير هذا الطريق تكون مهربة.

فقوانين الاتصالات السابق ذكرها صرحت بتحريم تهريب المكالمات إلا أنها لم تقرر عقاباً على هذه الجريمة^(٢).

ولكن عدم وجود نص في قانون الاتصالات يتضمن عقوبة تهريب المكالمات الدولية لا يعني إفلات المهربين للمكالمات من العقاب، حيث وردت في قانون الجرائم والعقوبات اليمني عقوبات رادعة لهذه الجريمة سوف نبينها تفصيلاً عندما نبحث التكييف القانوني لجريمة تهريب المكالمات الهاتفية الدولية، حيث يعاقب عليها قانون الجرائم باعتبارها جرائم تعطيل وسائل الاتصالات أو جرائم إضرار بالاقتصاد القومي أو احتيال كما سنرى في موضعه، وهناك عقوبة لجريمة تهريب المكالمات الدولية تم تقريرها في المادة (٢١) من مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات التي نصت على أنه (أ- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن مليون ريال ولا تزيد على خمسة ملايين ريال كل من هرب اتصالات دولية عن طريق الشبكة المعلوماتية أو نظام المعلومات الإلكترونية أو بأية وسيلة من وسائل تقنية المعلومات مع مصادرة الأموال المتحصلة من التهريب وأجهزة وأدوات تهريب الاتصالات الدولية وإذا تم تبديد أو إخفاء تلك الأموال المتحصلة أو الأجهزة أو الأدوات فيجب الحكم بما يساوي قيمتها - ب- في سبيل تطبيق الفقرة (٣) من هذه المادة تعد الأفعال التالية في حكم تهريب الاتصالات الدولية وهي:

١- إنشاء أو تمرير أو إنهاء أية اتصالات دولية بصورة غير مشروعة.

٢- التلاعب بالبيانات المالية المخزنة في نظام المعلومات الإلكتروني من خلال

(١) انظر عقد تأسيس الشركة اليمنية للاتصالات الدولية (تيليمن) وتعديلاته.

(٢) هناك مشروع قانون للمكافحة جرائم تقنية المعلومات منظور أمام الجهات المختصة يتضمن عقوبات على هذه الجريمة.

تحويل أرصدة لشرائح وأرقام معينة.

٣- استيراد أو بيع أو شراء أو حيازة أجهزة أو أدوات تهريب المكالمات والبيانات أو تشغيلها أو إدارة شبكة اتصالات لذات الغرض.

٤- امتلاك أو المشاركة في ملكية أي مرفق يستخدم في تهريب الاتصالات الدولية شريطة علم المالك بذلك.

٥- التعاون أو الربط وتسهيل الربط في شبكات اتصالات أو تقنية معلومات تستخدم لتهريب المكالمات الدولية.

ج- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف ريال ولا تزيد على مائة ألف ريال كل من تستر أو تواطأ بعدم الإبلاغ عن تهريب الاتصالات الدولية، وفي السياق ذاته نصت المادة (٢٢) من المشروع ذاته على أنه (لا يحول تطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة السابقة من الحكم بالتعويض عن الأضرار والخسائر المترتبة على الجريمة، ويتم تقييم هذه الأضرار والخسائر وفقاً لتقديرات حجم الحركة الدولية الكلية للاتصالات التي تم تمريرها).

المطلب السابع

موقف الشريعة الإسلامية من تهريب المكالمات الهاتفية

تحرم الشريعة تهريب المكالمات الهاتفية الدولية وفقاً لأحكام الشريعة وقواعدها العامة، ونلخص ذلك على الوجه الآتي:

أولاً: تهريب المكالمات الدولية اعتداء على حقوق وأموال الغير، والاعتداء محرم في الشريعة بصريح قوله تعالى: (ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين)^(١).

ثانياً: تهريب المكالمات الدولية فيه تعاون على الإثم والعدوان حيث تصاحب هذا الفعل جرائم التجسس وغسل الأموال القذرة وتمويل شبكات الإجرام والدعارة وغيرها، وهذا التعاون محرم بقوله تعالى: (ولا تعاونوا على الإثم والعدوان)^(٢).

ثالثاً: تهريب المكالمات الهاتفية الدولية يخالف مفهوم السياسة الشرعية الإسلامية التي تعني أن الدولة وكييلة عن الأمة تتولى إدارة وتصريف شؤون المسلمين بما

(١) الآية (١٩٠) من سورة البقرة.

(٢) الآية (٢) من سورة المائدة.

في ذلك الاتصالات التي ترد إلى البلاد، وهذا كله من قبيل التنظيم الذي تقوم به الدولة بمقتضى أحكام السياسة الشرعية في الشريعة الإسلامية، ولذلك فإن المخالف لهذا التنظيم آثم يجب معاقبته تعزيراً^(١).

رابعاً: تهريب المكالمات الهاتفية الدولية مفسدة في حد ذاته كما أنه تصاحبه مفسدات كثيرة كما سبق بيانه عند عرضنا لمخاطر وأضرار تهريب المكالمات، والشريعة الإسلامية تحرم المفسد وتشجع المصالح، وإن كان في تهريب المكالمات مصالح لبعض الأشخاص فإن الشريعة تحرم ذلك عملاً بقاعدة: (درء المفسد مقدم على جلب المصالح)^(٢) فضلاً عن أنه من القواعد الشرعية أنه: إذا تعارضت المصالح الخاصة مع المصالح العامة يتم تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة^(٣).

المطلب الثامن

التكليف القانوني لجريمة تهريب المكالمات الهاتفية

باعتبارها تعطيلاً لوسائل الاتصال وتعريضها للخطر

المقصود بالتكليف القانوني هو إطلاق الوصف القانوني على الفعل الجرمي^(٤).

علماً بأن المحاكم الجزائية في اليمن في الغالب تكيف جريمة تهريب المكالمات الهاتفية الدولية باعتبارها من جرائم تعطيل وسائل الاتصال وتعريضها للخطر، حيث تطلق عليها جريمة تعطيل الانتفاع بوسائل الاتصالات حسبما ورد في بعض الأحكام الصادرة عن القضاء، ومنها الحكم الصادر عن المحكمة الجزائية المتخصصة رقم (٣) لسنة ١٤٢٨هـ الموافق ٦/١١/٢٠١٦م وخلاصته أنه: بناءً على قرار اتهام ضد شخص يحمل جنسية إحدى الدول العربية اسمه (ن. م. ب)، وقد صدر قرار الاتهام من النيابة الجزائية وتضمن اتهام الشخص المذكور بأنه خلال الفترة ١/١/٢٠١١م وحتى ٣٠/١٢/٢٠١٤م قد قام بارتكاب جريمة تعطيل الانتفاع من عائدات الاتصالات الدولية السلكية واللاسلكية لشركة تيليمن وذلك بأن قام بتكريب منظومتي اتصال انترنت عبر الأقمار الصناعية خلال الفترة المذكورة في صنعاء وعدن، مما كان من شأنه إلحاق الضرر بشركة تيليمن

(١) الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوري، دار ابن قتيبة الكويت ١٩٨٩م ص ٧٢.

(٢) شرح القواعد الفقهية، أحمد محمد الزرقا، ١٩٨٩م، ص ٩٥.

(٣) المرجع السابق ص ١٢١.

(٤) أصول التكليف في المواد الجنائية، المستشار عبدالفتاح مراد - دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٥م ص ٩.

كونها صاحبة الحق الحصري في تزويد خدمات الاتصالات الدولية وأيضاً إلحاق الضرر بالاقتصاد القومي للبلد، حيث قدمت النيابة المتهم المذكور أمام المحكمة الجزائية لمحاكمته والحكم عليه بأقصى العقوبة المقررة قانوناً مع الحكم بمصادرة أجهزة المنظومتين، وبعد إجراءات المحاكمة والمرافعة والمدافلة حكمت المحكمة الجزائية المتخصصة بالآتي:

١- إدانة (ن. م. ب) بجريمتي تعطيل الانتفاع بعائدات الاتصالات الدولية السلوكية واللاسلكية لشركة تيليمن حال كونها مخصصة للمنفعة العامة وحياسة وحمل السلاح بدون ترخيص المنسوبتين إليه في قرار الاتهام.

٢- الاكتفاء بالمدة التي أمضاها المحكوم عليه (ن. م. ب) في السجن الاحتياطي وترحيله من أراضي الجمهورية اليمنية وعدم السماح له بدخول أراضي الجمهورية لمدة سنة كاملة^(١).

ومن خلال مطالعة الحكم نجد أنه قد كيف جريمة تهريب المكالمات الدولية على أنها جريمة تعطيل انتفاع بعائدات الاتصالات الدولية، وهذا التكيف سديد يتوافق مع المادة (١٣٨) من قانون الجرائم والعقوبات التي نصت على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات -٢- من عطل بأية طريقة وسيلة من وسائل الاتصال السلوكية واللاسلكية المخصصة للمنفعة العامة). فجريمة تهريب المكالمات من الأفعال التي تندرج من ضمن جرائم تعطيل وسائل الاتصال السلوكية واللاسلكية المخصصة للمنفعة العامة، لأن النص قد صرح بأن التعطيل يتحقق بأية طريقة أو وسيلة سواءً أكان ذلك بتخريب وسائل الاتصال أو قطعها أو إتلافها أو منع العاملين عليها من تشغيلها أو تعطيل الانتفاع بالعائدات التي ترد منها والتي يذهب جزء كبير من تلك العائدات لصيانة وسائل الاتصال واستمرارها في الخدمة وتطوير وتحديث خدماتها، فالتهريب للمكالمات يمنع كلياً أو جزئياً الجهة الحكومية الرسمية المكلفة بالمكالمات الدولية من الحصول على العائدات التي تمكنها من القيام بالمهمة المنوطة بها.

والمقصود بالتعطيل في النص القانوني السابق ذكره التعطيل الكلي لوسيلة الاتصال أو التعطيل الجزئي لها أو الوقتي الذي يعطلها في أوقات معينة، كما أن المقصود بوسائل الاتصالات المذكورة في النص القانوني هي وسائل الاتصالات كافة كالهاتف الثابت والمحمول والانترنت وتندرج بالطبع ضمن هذه الوسائل المكالمات الهاتفية الدولية،

(١) دراسة معدة من قبل شركة تيليمن عن ظاهرة تهريب المكالمات الدولية ص ٧.

بل إنها أكثر وسائل الاتصال أهمية وحيوية حيث تتم بواسطتها الاتصالات الخارجية بين الدول وحركة التجارة من استيراد وتصدير وبيع وشراء وعلاج وعلاقات ... الخ^(١).

ولذلك جعل قانون الجرائم والعقوبات جريمة تهريب المكالمات الهاتفية الدولية ضمن جرائم تعطيل وسائل الاتصالات، وهي من ضمن جرائم الخطر العام التي ذكرها قانون الجرائم في الباب الثاني بعنوان: (جرائم الخطر العام) وذلك للتدليل على خطورة هذه الجريمة ومساسها بالمجتمع فهي تمثل اعتداء على مصالح وحقوق المجتمع بأسره.

المطلب التاسع

التكليف القانوني لجريمة تهريب المكالمات باعتبارها من جرائم تخريب الأموال العامة المتعلقة بالاقتصاد القومي

عندما عرضنا الحكم الصادر عن المحكمة الجزائية في المبحث السابق ذكرنا أن النيابة الجزائية المتخصصة قدمت المتهم بتهريب المكالمات الدولية بأنه قد ارتكب جريمتين، الأولى تعطيل الانتفاع بعائدات الاتصالات الدولية، والثانية: تخريب الأموال العامة المتعلقة بالاقتصاد القومي وفقاً للمادة (١٤٧) من قانون الجرائم والعقوبات التي نصت على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على عشر سنوات من خرب بنية إحداث انهيار في الاقتصاد القومي مصنفاً أو أحد ملحقاته أو مرافقه أو جسراً أو مجرى مياه أو سداً أو خطأ كهربائياً ذا ضغط عال أو وسائل النقل أو المواصلات أو صومعة للحبوب أو مستودعاً جمركياً أو مبنى أو مستودعاً للمواد الأولية أو المنتجات أو السلع الاستهلاكية أو غير ذلك من الأموال الثابتة أو المنقولة المملوكة للشعب المعدة لتنفيذ خطة الدولة الاقتصادية ولها أهمية حيوية في الاقتصاد القومي) وبالإمكان تكليف جريمة تهريب المكالمات الدولية على أساس أنها من جرائم تخريب الأموال العامة إلا أن النص القانوني السابق ذكره، قد اشترط أن تكون نية الجاني في هذه الجرائم إحداث انهيار في الاقتصاد القومي حسبما ورد في النص القانوني السابق ذكره، وعلى هذا الأساس فإن هذا النص لا ينطبق على جريمة تهريب المكالمات إلا إذا قصد المهرب إحداث الانهيار، في حين أنه في حالات كثيرة يكون فيها قصد الجاني من تهريب المكالمات هو الحصول على المال وليس إحداث الانهيار.

(١) حماية المنافسة في قطاع الاتصالات دراسة مقارنة، لارا عادل الزندي، المركز العربي للنشر والتوزيع ص ٣٥.

وتهريب المكالمات الدولية يعد من قبيل تخريب الأموال العامة المتعلقة بالاقتصاد القومي، لأهمية وحيوية هذه المكالمات وبالنظر إلى عائداتها العالية التي تصب في الخزينة العامة، والتخريب للممتلكات العامة قد يتم بوسيلة إيجابية كالتفجير أو التهديم أو القلع أو الإتلاف أو غيرها كما قد يتم عن طريق منع العائدات التي تكفل إدامة نشاط الاتصالات وتطويره، فتتهريب المكالمات اعتداء وسطو على العائدات المقررة شرعاً وقانوناً للجهة المعنية بالاتصالات الدولية (تيليمن) وقد يترتب على ذلك في الحال أو في المستقبل تخريب نشاط هذه الجهة، ومن هنا تظهر علاقة جريمة تهريب المكالمات الدولية بجرائم تخريب الأموال العامة، وميزة هذا التكييف أن الحد الأعلى للعقوبة في هذه الجريمة هو السجن عشر سنوات مثلها في ذلك مثل جريمة تعطيل وسائل الاتصالات إلا أن عقوبة التخريب ميزتها أن لها حد أدنى وهو (لا تقل عقوبة الحبس عن سنة) في حين أن عقوبة تعطيل وسائل الاتصالات ليس لعقوبتها حد أدنى، فيمكن أن تكون العقوبة ٢٤ ساعة أو يوماً أو الاكتفاء بالمدة التي قضاها المحكوم عليه بالسجن حسبما ورد في الحكم المشار إليه.

المطلب العاشر

عقوبة جريمة تهريب المكالمات الدولية

أولاً: عقوبة جريمة تهريب المكالمات الدولية في القوانين النافذة:

طبقاً لقانون الجرائم والعقوبات النافذ في اليمن فإن هذه العقوبة تختلف باختلاف تكييف هذه الجريمة، فإذا تم تكييفها على أساس جريمة تعطيل الانتفاع بوسائل الاتصالات، فإن عقوبتها السجن لمدة لا تزيد على عشر سنوات، وللأسف ليس هناك حد أدنى لهذه العقوبة فيجوز للقاضي أن يحكم بالسجن لمدة ٢٤ ساعة باعتبارها الحد الأدنى لعقوبة الحبس في القانون، ولكن إذا تم توفر قصد التخريب وتحقيق الانهيار في الاقتصاد القومي لدى مرتكب جريمة تهريب المكالمات الدولية، فإن عقوبتها تكون في حدها الأعلى السجن الذي لا يزيد على عشر سنوات ولا يقل عن سنة، ووفقاً لقانون الجرائم والعقوبات اليمني فإن عقوبة تهريب المكالمات الدولية أكثر رداً مما ورد في قوانين الاتصالات لبعض الدول العربية ومن ذلك القانون المصري رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن قانون الاتصالات الذي نصت المادة (٧٢) منه على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز

خمسائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قام دون الحصول على ترخيص من الجهاز وفقاً لأحكام هذا القانون بأحد الأفعال الآتية: ١- إنشاء أو تشغيل شبكات الاتصالات ٢- إنشاء بنية أساسية لشبكات الاتصالات ٣- تقديم خدمات الاتصالات ٤- تمرير المكالمات التليفونية الدولية بأية طريقة كانت، ويحكم بمصادرة كافة المعدات والأجهزة والتوصيلات التي استعملت في ارتكاب هذه الجريمة وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بإلزام المحكوم عليه بالتعويض المناسب في الحالة المنصوص عليها في البند (٤) من هذه المادة) وقریب من ذلك عقوبة تهريب المكالمات الدولية المنصوص عليها في المادة (٧٨) من قانون الاتصالات الأردني التي نصت على أن (أ- كل من أنشأ أو شغل أو أدار شبكة اتصالات عامة بهدف تقديم خدمات اتصالات عامة خلافاً لأحكام هذا القانون يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف دينار ولا تزيد على خمسة وعشرين ألف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين ب- كل من أنشأ أو شغل أو أدار شبكة اتصالات خاصة خلافاً لأحكام هذا القانون يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تقل عن ألفي دينار ولا تزيد على خمسة آلاف دينار أو بكلتا هاتين العقوبتين).

وفي السياق ذاته تأتي المادة (٦٣) من قانون الاتصالات السوري حيث نصت هذه المادة على أنه (يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسمائة ألف ولا تزيد على خمسة ملايين ليرة سورية كل من قام دون الحصول على ترخيص من الهيئة وفقاً لأحكام هذا القانون بأحد الأفعال الآتية: ١- إنشاء أو تشغيل شبكة اتصالات عمومية أو تقديم خدمات الاتصالات عليها للعموم ٢- إنشاء بنية تحتية لشبكة اتصالات ٣- إنشاء أو إنهاء الاتصالات الدولية في سورية).

ثانياً: عقوبة جريمة تهريب المكالمات الدولية في مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات:

قرر مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات لعقوبة لجريمة تهريب المكالمات الدولية في المادة (٢١) من المشروع التي نصت على أنه (أ- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن مليون ريال ولا تزيد على خمسة ملايين ريال كل من هرب اتصالات دولية عن طريق الشبكة المعلوماتية أو نظام المعلومات الإلكترونية أو بأية وسيلة من وسائل تقنية المعلومات مع مصادرة الأموال المتحصلة من التهريب وأجهزة وأدوات تهريب الاتصالات الدولية وإذا تم تبديد أو إخفاء تلك الأموال المتحصلة أو الأجهزة أو الأدوات فيجب الحكم بما يساوي قيمتها- ب- في

سبيل تطبيق الفقرة (٣) من هذه المادة تعد الأفعال التالية في حكم تهريب الاتصالات الدولية وهي:

- ١- إنشاء أو تمرير أو إنهاء أية اتصالات دولية بصورة غير مشروعة.
- ٢- التلاعب بالبيانات المالية المخزنة في نظام المعلومات الإلكتروني من خلال تحويل أرصدة لشرائح وأرقام معينة.
- ٣- استيراد أو بيع أو شراء أو حيازة أجهزة أو أدوات تهريب المكالمات والبيانات أو تشغيلها أو إدارة شبكة اتصالات لذات الغرض.
- ٤- امتلاك أو المشاركة في ملكية أي مرفق يستخدم في تهريب الاتصالات الدولية شريطة علم المالك بذلك.
- ٥- التعاون أو الربط وتسهيل الربط في شبكات اتصالات أو تقنية معلومات تستخدم لتهريب المكالمات الدولية.

ج- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف ريال ولا تزيد على مائة ألف ريال كل من تسترأ أو تواطأ بعدم الإبلاغ عن تهريب الاتصالات الدولية، وفي السياق ذاته نصت المادة (٢٢) من المشروع ذاته على أنه (لا يحول تطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة السابقة من الحكم بالتعويض عن الأضرار والخسائر المترتبة على الجريمة، ويتم تقييم هذه الأضرار والخسائر وفقاً لتقديرات حجم الحركة الدولية الكلية للاتصالات التي تم تمريرها).

المطلب الحادي عشر

التكييف القانوني لجريمة تهريب المكالمات باعتبارها من جرائم الاحتيال أو الاختلاس أو الإضرار بمصلحة الدولة

بينت المادة (٣١٠) عقوبات جريمة الاحتيال وعقوبتها حيث نصت هذه المادة على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة من توصل بغير حق إلى الحصول على فائدة مادية لنفسه أو لغيره وذلك بالاستعانة بطرق احتيالية (نصب) أو اتخذ اسماً كاذباً أو صفة غير صحيحة) وعند استقراء هذا النص القانوني ومحاولة تطبيقه على جريمة تهريب المكالمات الدولية، نجد أن هذا النص ينطبق على جريمة تهريب المكالمات الدولية حيث أن الجاني في هذه الجريمة يستعمل طرقاً مادية تقنية لتمرير المكالمات خارج نطاق البوابة المحددة لها ومن غير إذن أو علم الجهة المختصة بهذه البوابة، إلا أن جريمة الاحتيال من جرائم الاعتداء على الأموال الخاصة وليس الأموال العامة إضافة إلى أن الحد الأعلى لعقوبة الاحتيال أقل بكثير منه في جريمة تعطيل وسائل الاتصال. إضافة إلى أن عقوبة الاحتيال اختيارية فيما بين الحبس والغرامة، ولذلك فإنها لا تتناسب مع خطورة جريمة تهريب المكالمات، كما لا يمكن تكييف جريمة تهريب المكالمات على أنها من جرائم الاختلاس بموجب المادة (١٦٢) عقوبات على أساس أن جريمة تهريب المكالمات تتم سراً وخلصاً من البوابة الرسمية للمكالمات الدولية، لأن جريمة الاختلاس لا تقع إلا من موظف عام حسبما ورد في المادة (١٦٢) عقوبات، كما لا يمكن تكييف جريمة تهريب المكالمات على أنها من قبيل جرائم الإضرار بمصلحة الدولة بمقتضى المادة (١٦٣) عقوبات على أساس أن جريمة تهريب المكالمات تترتب عليها أضرار جسيمة بمصالح الدولة، لأن جريمة الإضرار بمصلحة الدولة لا تقع إلا من موظف عام حسبما ورد في المادة (١٦٣) عقوبات، في حين أن جريمة تهريب المكالمات قد تقع من موظف عام أو من غيره.

المطلب الثاني عشر استعادة عائدات تهريب المكالمات والتعويض

وفقاً للقواعد العامة فإنه يحق للجهة صاحب الترخيص باستعمال بوابة الاتصالات الدولية ويحق لها استعادة العائدات التي تحصل عليها الجاني من تهريب المكالمات الدولية والإنترنت^(١)، ونبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً: استعادة العائدات المتحصلة من تهريب المكالمات الدولية:

تقرر الفقرة (د) من المادة (٣) في قانون تحصيل الأموال العامة على وجوب تحصيل الأموال العامة المنصرفة بدون حق أو المختلصة، وقد أكدت على ذلك الفقرة (د) من المادة (٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تحصيل الأموال العامة، وهذا النص ينطبق على الأموال المتحصلة من تهريب المكالمات الدولية، لأن الجهة صاحب الترخيص لبوابة الاتصالات الدولية (تيليمن) جهة حكومية تملكها جهتان حكوميتان، وتبعاً لذلك فإن أموال تيليمن هو أموال عامة بموجب أحكام قانون تحصيل الأموال العامة ولائحته التنفيذية، كما أن قانون الجرائم والعقوبات قد قرر صراحة على حق صاحب الترخيص في بوابة المكالمات الدولية في استرداد الأموال المتحصلة من تهريب المكالمات الدولية إضافة إلى التعويض حسبما ورد في المادة (٥) من قانون الجرائم والعقوبات التي نصت على أنه (لا يمس الحكم المنصوص عليه في هذا القانون ما يكون واجباً للخصوم من الرد والتعويض) ولكن استعادة الأموال المتحصلة من تهريب المكالمات الدولية والمطالبية بالتعويض عن الأضرار التي تحدث جراء جريمة تهريب المكالمات الدولية يستدعي أن يبادر صاحب الترخيص إلى رفع الدعوى المدنية تبعاً للدعوى الجزائية للمطالبية بالتعويض عملاً بالمادة (٤٣) من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه (يجوز لكل من لحقه ضرر من الجريمة رفع الدعوى المدنية مهما بلغت قيمتها بتعويض الضرر الناجم عن الجريمة أمام المحاكم الجزائية لنظرها مع الدعوى الجزائية) على أنه ينبغي أن ترفق بالدعوى المدنية التبعية الأدلة التي تدل على المبالغ التي تحصل عليها مهرب المكالمات من تهريبه للمكالمات.

(١) احكام التجريم والعقاب في قانون الاتصالات، مرجع سابق ص ١٢٢.

ثانياً: المطالبة بالتعويض من قبل الجهة المرخص لها بالمكالمات الدولية عما فاتها من كسب وما لحقها من ضرر:

من المؤكد أن هناك أضراراً تلحق بالجهة المرخص لها بالمكالمات الدولية جراء جريمة تهريب المكالمات، ولا شك أنها تفوت على صاحبة الترخيص بالمكالمات الدولية مكاسب وعائدات كثيرة جراء جرائم تهريب المكالمات الدولية، وحق صاحبة الترخيص والامتياز (تيليمن) في تعويضها عما فاتها من كسب وما لحقها من ضرر مكفول قانوناً طبقاً للمادتين (٥) عقوبات و(٤٣) إجراءات السابق ذكرهما في البند السابق إضافة إلى أن الحق في التعويض مكفول أيضاً بموجب أحكام القانون المدني حيث نصت المادة (٣٠٤) مدني على أن (كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه ولا يخل ذلك بالعقوبات المقررة للجرائم طبقاً للقوانين النافذة) ومع أن حق صاحبة الامتياز في المكالمات الدولية مكفول في القوانين ذات الصلة على النحو السابق بيانه إلا أنه من الواجب على صاحبة الامتياز أن ترفق بدعوى التعويض الأدلة المناسبة والكافية التي تبين عناصر التعويض وهي (الخطأ والسببية والضرر) إضافة إلى تقدير وتقييم الأضرار المادية والمعنوية التي لحقتها بسبب تهريب المكالمات الدولية.

خاتمة البحث

تتكون هذه الخاتمة من نتائج البحث وتوصياته وبيان ذلك على الوجه الآتي:

أولاً: نتائج البحث:

تتلخص أهم نتائج البحث في الآتي:

١- هناك مسميات عدة لجريمة تهريب المكالمات الدولية منها تمرير المكالمات الدولية وهناك جرائم مصاحبة لجريمة تهريب المكالمات وحياسة وإدارة وتشغيل أجهزة الاتصال من غير ترخيص واستعمالها في المكالمات الدولية حسبما هو مبين في موضعه من البحث والأنسب من هذه التسميات هي (تهريب المكالمات الدولية) لأن المكالمات في هذه الحالة تتم أو تدخل من غير البوابة الرسمية القانونية.

٢- تهريب المكالمات هو عبارة عن: قيام شخص طبيعي أو اعتباري بإجراء المكالمات الدولية وإدخالها إلى اليمن من غير البوابة المحددة لذلك قانوناً، ومن علامات تهريب المكالمات أن المكالمات الدولية المهربة تظهر لدى المستقبل للمكالمة أن المتصل مقيم في اليمن وليس في الخارج حيث يظهر في هاتف المستقبل للمكالمة رقم هاتف محلي وليس خارجي.

٣- يتم تهريب المكالمات الدولية إلى داخل البلاد عن طريق أجهزة ومعدات يتم استعمالها عبر برنامج في الإنترنت حسبما هو مبين في موضعه من البحث.

٤- تترتب على تهريب المكالمات مخاطر وأضرار كثيرة منها تسهيل الاتصال بين العصابات الإجرامية الخارجة عن القانون والحصول بدون حق على عائدات المكالمات الدولية وغير ذلك حسبما هو مبين في متن البحث.

٥- قانون الاتصالات اليمني وقانون المؤسسة العامة للاتصالات يجرمان استعمال أجهزة الاتصالات في المكالمات الدولية من غير ترخيص وتبعاً لذلك يجرمان تهريب المكالمات الدولية، إلا أن تلك القوانين النافذة لا تقرر عقوبة محددة على المهربين للمكالمات الدولية، وإن كان هناك مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات قد تم تضمينه عقوبات على المهربين للمكالمات، ولذلك يتم اللجوء إلى قانون الجرائم والعقوبات لتكليف جريمة التهريب للمكالمات في ضوء

الجرائم والعقوبات المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات.

٦- هناك جرائم وعقوبات في قانون الجرائم والعقوبات مقاربة لجريمة تهريب المكالمات الدولية يمكن إدراج جريمة التهريب للمكالمات ضمنها لكن التكييف المناسب لها هو تكييفها على أساس جريمة تعطيل الانتفاع بوسائل الاتصالات، وبالإمكان تكييفها على أساس جريمة التخريب والإضرار بالاقتصاد القومي إذا توفرت لدى الجاني نية التخريب، إلا أن هناك اعتبارات قانونية تحول دون تكييف هذه الجريمة على أساس جرائم الاختلاس أو الاحتيال حسبما ذكرنا في متن البحث.

٧- التكييف المناسب لجريمة تهريب المكالمات هو تكييفها على أساس جريمة تعطيل الانتفاع بعائدات وسائل الاتصال - لأن عقوبة هذه الجريمة رادعة حيث أنها طبقاً لقانون الجرائم والعقوبات من الجرائم ذات الخطر العام إضافة إلى أنها من الجرائم الجسيمة التي تزيد عقوبتها على ثلاث سنوات.

٨- في القوانين النافذة هناك ضباية فيما يتعلق بالمسئولية الجزائية للشخص الذي يتعامل بقصد مع عصابات وشبكات تهريب المكالمات الدولية، وكذا بالنسبة للشخص الذي يعلم بوقوع جريمة تهريب المكالمات وهو المستقبل للمكالمة الذي لا يقوم بالإبلاغ في حين أن الإبلاغ جوازي للمواطن ووجوبي للموظف الذي يعلم بجريمة تهريب المكالمات وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية، وقد استدرك هذه المسألة مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات حيث حدد عقوبات على الشريك في هذه الجريمة.

٩- استعادة الشركة اليمنية للاتصالات الدولية (تيليمن) للعائدات المتحصلة من المكالمات الدولية المهربة حق قانوني أصيل، لأن هذه الشركة عامة وأموالها من الأموال العامة التي أوجب قانون تحصيل الأموال العامة ولائحته التنفيذية استعادتها حسبما ورد في المادة (٤) من القانون والمادة (٣) من اللائحة التنفيذية، إضافة إلى أن المادة (٥) من قانون الجرائم والعقوبات قد نصت على أنه (لا يمس الحكم المنصوص عليه في هذا القانون ما يكون واجباً للخصوم من الرد والتعويض).

١٠- الحق في التعويض مكفول لشركة (تيليمن) عما لحقها من ضرر وما فاتها من كسب نتيجة تهريب المكالمات الدولية، بموجب المادة (٥) من قانون الجرائم

والعقوبات السابق ذكرها وبموجب المادة (٤٣) إجراءات التي نصت على أنه (يجوز لكل من لحقه ضرر من الجريمة رفع الدعوى المدنية مهما بلغت قيمتها بتعويض الضرر الناجم عن الجريمة) كما أن الحق في التعويض في هذه الحالة مكفول بموجب المادة (٣٠٤) من القانون المدني التي نصت على أن (كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه ولا يخل ذلك بالعقوبات المقررة للجرائم طبقاً للقوانين النافذة).

١١- تهريب المكالمات الدولية محرم في الشريعة الإسلامية لأسانيد كثيرة أهمها أنه اعتداء على حقوق ومصالح الغير إضافة إلى أنه من قبيل التعاون على الإثم والعدوان.

ثانياً: توصيات البحث؛

من خلال دراسة ما ورد في البحث ونتائجه فقد توصل البحث إلى التوصيات الآتية:

١- حث الجهات المعنية على سرعة إصدار قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الذي تضمن معالجة ظاهرة تهريب المكالمات الدولية وتقرير العقوبات المناسبة والرادعة لمرتكبي جريمة تهريب المكالمات الدولية شريطة أن يتضمن النص العقابي في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات عبارة: (مع عدم الإخلال بالعقوبة الأشد المقررة في قانون الجرائم والعقوبات) لأن قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات مهما تضمن من عقوبة فلن تكون عقوبتها أشد من العقوبة المقررة في قانون الجرائم والعقوبات.

٢- في ضوء القوانين النافذة ينبغي التكييف القانوني لجريمة تهريب المكالمات الدولية باعتبارها من جرائم تعطيل الانتفاع بعائدات الاتصال المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات النافذ وذلك عندما يكون قصد الجاني الحصول فقط على عائدات المكالمات، أما إذا كان توفر عنده قصد التخريب لوسائل الاتصال فيمكن تكييف الجريمة على أساس جرائم تخريب الأموال المتعلقة بالاقتصاد القومي.

٣- عدم التساهل عند تقرير العقوبة على المتهمين في جرائم تهريب المكالمات حيث أن القانون قد قرر عقوبة السجن التي لا تزيد على عشر سنوات بالنسبة

لمن يقوم بتعطيل الاتصالات ولكنه لم يحدد الحد الأدنى لهذه العقوبة - ولذلك يلاحظ التساهل في ذلك، فالواقع يظهر أن العقوبة التي يحكم بها على جرائم تهريب المكالمات لا تتناسب البتة مع خطورة هذه الجريمة ومخاطرها وآثارها على المجتمع بأسره.

٤- ينبغي على الجهة المشرفة على بوابة الاتصالات الدولية أن تقوم بوضع قواعد وأسس لاحتساب عائدات المكالمات الدولية التي يتم تهريبها حتى تتمكن من المطالبة باستعادتها والحكم بها.

٥- ينبغي على الجهة المشرفة على بوابة الاتصالات الدولية أن تقوم بوضع قواعد وأسس لتحديد الأضرار المادية والمعنوية التي تلحقها جراء تهريب المكالمات وأن تحدد قرين ذلك التعويضات المناسبة وذلك بأرقام ومؤشرات واضحة ومحددة حتى تتمكن من مطالبة القضاء بالحكم لها بالتعويض وحتى يتمكن القضاء من الحكم لها بموجب ذلك.

٦- ينبغي القيام بحملات توعية منتظمة ومستدامة للتوعية بمخاطر وأضرار جرائم تهريب المكالمات الدولية والتركيز على أنها جرائم خطيرة بموجب قانون الجرائم والعقوبات النافذ وأنها محرمة في الشريعة الإسلامية.

٧- إجراء مزيد من الدراسات بشأن مسؤولية المستقبل للمكالمة المهربة الذي لا يقوم بالإبلاغ وكذا مسؤولية الشخص الذي يطلب من شبكة اتصال غير شرعية إجراء المكالمات الدولية بواسطتها- مع أنى أجزم بأنه شريك طبقاً للقواعد العامة، وقد عالج ذلك مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

٨- عقد المزيد من الورش واللقاءات والندوات للمتخصصين في الضبط والتحقيق والمحاكمة لمرتكبي جرائم تهريب المكالمات الدولية.

٩- التزام جهات ضبط جرائم تهريب المكالمات بأحكام وإجراءات الضبط المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية حتى لا يستغل المتهمون أية مخالقات في الإجراءات للإفلات من العقاب.

والحمد لله في البدء والختام والصلاة والسلام على محمد وعلى آله وصحبه الكرام.

قائمة المراجع

١. أحكام التجريم والعقاب في قانون تنظيم الاتصالات، د. إبراهيم حامد طنطاوي، ٢٠٠٣م القاهرة.
٢. لجنة تمرير المكالمات التليفونية الدولية، مكتب الهلال للمحاماة والاستشارات.
٣. حماية المنافسة في قطاع الاتصالات - دراسة مقارنة، لارا عادل الزندي، المركز العربي للنشر والتوزيع ٢٠١٢م.
٤. دراسة قامت بإعدادها شركة تيليمن.
٥. شرح القواعد الفقهية، أحمد محمد الزرقاء - دار ابن قتيبة الكويت ١٩٩٠م.
٦. الضبطية القضائية والتحقيق الابتدائي، رضا صلاح، مكتبة القانون مصر ٢٠٠٦م.
٧. المحاماة علم وفن، هلال يوسف إبراهيم، دار المطبوعات الجامعية مصر ٢٠٠٩م.
٨. عقد تأسيس الشركة اليمنية للاتصالات الدولية (تيليمن).
٩. القانون الأساسي للاتصالات السلكية واللاسلكية رقم (٣٨) لسنة ١٩٩١م وتعديلاته ١٩٩٦م.
١٠. قانون إنشاء المؤسسة العامة للاتصالات السلكية واللاسلكية.
١١. قانون الجرائم والعقوبات، مطابع التوجيه المعنوي اليمن صنعاء ٢٠٠٣م.
١٢. الأحكام السلطانية، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، دار ابن قتيبة الكويت ١٩٨٩م.
١٣. أصول التكييف في المواد الجنائية، المستشار عبد الفتاح مراد - دار الكتب القانونية مصر ٢٠٠٥م.
١٤. قانون الإجراءات الجزائية، مطابع التوجيه المعنوي، اليمن - صنعاء ٢٠٠٩م.
١٥. القانون المدني اليمني، مطابع التوجيه المعنوي، اليمن - صنعاء ٢٠٠٧م.
١٦. قانون الاتصالات المصري.
١٧. قانون الاتصالات السوري.
١٨. قانون الاتصالات الأردني.



المجلة
البحوث والبحوث
القانونية

طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية في قانون الجمارك اليمني (*)

الدكتورة / تهاني علي يحيى زياد
أستاذ مساعد قسم القانون الجنائي
كلية الشريعة القانون - جامعة صنعاء

(*) سبق نشر هذا البحث في مجلة جامعة صنعاء للعلوم الإنسانية - المجلد
الرابع - العدد الثامن - ٢٠٢٥م.

مجلة
البحوث والبحوث
القانونية

ملخص:

الأصل أن الدعوى الجنائية منوطة بعهدة النيابة العامة التي تثيرها وتمارسها بوصفها ممثلة للهيئة الاجتماعية ووكيلة في الدفاع عن أمنها ومصالحها وذلك عملاً بأحكام المادة (٢١) إجراءات جزائية.

وعلى الرغم من وجهة هذا النظام ومن فاعليته إلا أن المشرع الجزائري اليمني قيد سلطة النيابة المختصة عن رفع الدعوى الجنائية في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب، بتقديم طلب خطي من رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك، والطلب يُعدُّ تصرفاً قانوناً يجب أن تتوافر فيه شروط موضوعية وشكلية ومتى صدر ترتب عليه آثار قانونية هامة.

هذه الدراسة تسلط الضوء على المفهوم الحقيقي لطلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية، والعلة من جعله قيداً على النيابة المختصة يحول بينها وبين رفع الدعوى الجنائية الجمركية، وبيان ماهي الطبيعة القانونية له، وشروطه وآثاره القانونية، وتحديد مواطن الخلل التي تعترى المواد المنظمة لهذا الموضوع، وتقديم اقتراحات بهذا الخصوص.

الكلمات المفتاحية: جريمة جمركية، قانون الجمارك، الطلب، الدعوى الجنائية الجمركية.

Abstract:

The principle is that the criminal lawsuit is entrusted to the Public Prosecution , which raises and exercises it in its capacity as a representative of the social entity and an agent in defending its security and interests, in accordance with the provisions of Article (21) of the Code of Criminal Procedure.

Despite the validity and effectiveness of this system , the Yemeni criminal legislator has restricted the authority of the competent prosecution to file criminal cases in customs violations and smuggling crimes , by submitting a written request from the head of the Customs Authority or his authorized representative. This request is considered a legal act that must meet substantive and formal conditions , and when issued , it has important legal consequences.

The study sheds light on the true concept of the request to initiate and file a customs criminal lawsuit , its nature , the conditions for its validity and legal effects , the Yemeni legislator 's regulation of this request in the Customs Law , and the statement of the shortcomings , deficiencies and defects that marred its regulation , and the presentation of proposals in this regard.

Keywords: Customs crime, Customs Law, Request, Customs Legislation.

المُقدِّمة

أولاً: موضوع الدراسة:

يقع على عاتق الدولة واجب حفظ الأمن والاستقرار وإقامة العدل، وتحقيق أفضل مستوى من العيش الكريم، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٨/أ) من الدستور اليمني النافذ الصادر سنة ١٩٩١م، والمعدل سنة ٢٠٠١م بالقول: «تكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وأمنهم...».

وهي في سعيها لذلك تواجه عقبات تعرقل سيرها وتعدُّ الجريمة واحدة من هذه العقبات؛ فالجريمة سلوكٌ مُنحرفٌ له آثارٌ سلبية على المُجتمع، وقيمه المادية والمعنوية ومن واجب الدولة للوفاء بالتزاماتها التصدي لهذا السلوكِ المُنحرفِ.

وهذا الوصف ينطبق على مختلف الجرائم بما فيها الجرائم الجمركية التي تُعدُّ إحدى الجرائم التي تمس النشاط الاقتصادي للدولة، حيث من المعروف أن للرسوم الجمركية أهمية كبيرة في ردف خزانة الدولة بالأموال فسلبيات هذه الجريمة وأضرارها تشمل الجانب الاقتصادي، أكثر من ذلك لها أبعاد ومضامين سياسية وأمنية وصحية وزراعية... الخ.

ولتفادي النتائج السلبية التي تتركها هذه الجريمة، فإن الحاجة إلى مكافحتها والمعاقبة عليها أصبحت ضرورية وهو حق للدولة ومن معطيات سلطتها القانونية وجوهر وجودها ووفاء بالتزاماتها.

ولما كانت العقوبة من خصائصها الجوهرية أنها قضائية، فلا بد لكي تصل الدولة إلى حقها في العقاب أن تعرض مرتكب الجريمة على جهاز القضاء الذي يتخذ عدة إجراءات لإصدار حكم قضائي بات يكشف عن وجود هذا الحق ويحدد العقوبة التي يخضع لها مرتكب الجريمة.

وتُعدُّ الدعوى الجنائية الوسيلة القانونية الوحيدة لدخول ساحة القضاء وتطبيق حق الدولة في العقاب؛ فلا سبيل إلى توقيع العقوبة إلا عن طريق الدعوى الجنائية؛ فهي المحرك للعمل القضائي الذي لا يجوز أن يمارس تلقائياً، سواء كان ذلك الحكم قاضياً بالإدانة أم البراءة.

ولكون الدعوى الجنائية ملكاً للمجتمع الدولي فهو صاحب السلطة، وهذا أمر لا استثناء عليه، ولما كان يتعذر على المجتمع الدولي برمته استعمال حقه في الدعوى

والقيام بإجراءاتها؛ فإنه بحاجة إلى أن يعهد بسلطته تلك إلى تنظيم قانوني متخصص يقوم بهذا الدور الوظيفي؛ ولذا عهد بها إلى هيئة قضائية لتتوب عنه في إقامة الدعوى ومباشرتها، باسم المجتمع ولصالحه، وهذه الهيئة هي النيابة العامة^(١).

وبالعودة إلى الدعوى الجنائية الخاصة بالجرائم الجمركية يلحظ أن التشريع الجمركي أخضعها - كقاعدة عامة - لكافة الأحكام الإجرائية المقررة للدعوى الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية العام، رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، غير أنه وللطبيعة الخاصة لهذه الجريمة وخطورتها وانعكاس نتائجها على النشاط الاقتصادي، فقد أفرد لها المشرع قانوناً إجرائياً خاصاً بها هو قانون الجمارك النافذ رقم (١٤) لسنة ١٩٩٠م، والمعدل بالقانون رقم (١٢) لسنة ٢٠١٠م، والقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٢٠م. وميزها فيه بأحكام إجرائية مستقلة خرج فيها على القواعد المقررة في قانون الإجراءات الجزائية العام، تتمثل من جهة في عدم جواز رفع الدعوى إلا بناء على طلب من مصلحة الجمارك التي تعرضت مصالحها للاعتداء؛ أي أنه سلب النيابة المختصة حقها في تقدير ملاءمة تحريك الدعوى الجنائية الجمركية ورفعها؛ لأنه رأى أنها أقدر من النيابة على تقدير المصلحة من رفع الدعوى؛ إذ لا تستطيع النيابة المختصة ممثلة بنيابة الأموال العامة رفع الدعوى الجنائية الجمركية، أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق فيها، إلا بناء على طلب خطي صادر من دائرة الجمارك ممثلة برئيس مصلحة الجمارك حال وجوده، أو من يفوضه حال غيابه، وأي إجراء تتخذه نيابة الأموال العامة قبل وصول الطلب يعد باطلاً.

ومن جهة ثانية منح رئيس مصلحة الجمارك السلطة الحق في توقيف المتابعة القضائية بسحب الطلب والتنازل عنه عن طريق إجراء التسوية الصلحية والتي تُعدُّ وسيلة لإنهاء المنازعات الجمركية بعيداً عن ساحة القضاء.

ذلك أن التسوية الصلحية والتنازل عن الطلب وفقاً للمفهوم الجنائي ينقضي به حق الدولة في العقاب، وبانقضاء هذا الحق تنقضي الوسيلة القانونية المعدة لحمايته وهي الدعوى الجنائية، ومن الجدير بالذكر أن هذه الآثار تقتصر على الخصومة الواردة في الطلب الذي تم التنازل عنه ولا تنسحب إلى خصومة سابقة عليها أو تتعدها إلى خصومة ستحصل في المستقبل.

(١) حددت المادة (١٤٩) من الدستور اليمني النافذ مفهوم جهاز النيابة العامة بأنه «القضاء سلطة مستقلة قضائياً ومالياً وإدارياً والنيابة العامة هيئة من هيئاته...». والمادة (٥٠) من قانون السلطة القضائية اليمني النافذ لسنة ١٩٩١م، نصت بأنها «هيئة قضائية تمارس الاختصاصات المخولة لها قانوناً».

ثانياً: أهمية الدراسة:

يكتسب الموضوع أهمية خاصة نظراً لافتقار المكتبة القانونية اليمنية إلى مؤلفات عامة أو متخصصة في قانون الجمارك، إذ لزال هذا القانون مهمشاً من البحث على الرغم من أهميته وخطورته وانطوائه على مسائل جديدة بالبحث والاهتمام ومنها مسألة طلب رفع الدعوى الجنائية الجمركية.

ولذا تُعدُّ هذه الدراسة الأولى من نوعها في الجمهورية اليمنية، إذ لم يسبق أن تناولها الفقهاء أو الشراح اليمنيون أو غيرهم في ظل قانون الجمارك اليمني النافذ رقم (١٤) لسنة ١٩٩٠م، والمعدل بالقانون رقم (١٢) لسنة ٢٠١٠م، والقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٢٠م.

ولعلها بذلك تُعدُّ نقطة انطلاق لفقهاء القانون لبحث هذا الموضوع وغيره من المواضيع الجنائية والحقوقية الجمركية، ومرجعاً لكافة المشتغلين بالقانون وبصفة خاصة العاملين بالحقل القضائي، حيث تكون الأمور واضحة لهم عند صدور طلب التحريك، ولذوي الشأن والاختصاص في وزارة المالية، والجمارك، فقد تسعفهم في الوقوف على الكثير من المسائل والنصوص القانونية المتعلقة بكيفية تحريك ورفع الدعوى الجمركية، وكذلك من أجل تنوير المتعاملين مع مصلحة الجمارك.

ثالثاً: أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على واحد من أهم المواضيع، موضوع قيد الطلب الواردة على سلطة نيابة الأموال العامة في تقدير ملاءمة رفع الدعوى الجنائية الجمركية، ومحاولة معالجته من خلال إبراز الخصوصية التي تتمتع بها المنازعات الجمركية عن المنازعات الأخرى، والاطلاع على القواعد القانونية التي تنظم طريقة تحريك الدعوى الجنائية الجمركية ورفعها.

رابعاً: مشكلة الدراسة:

تدور مشكلة الدراسة حول العقبة الإجرائية في رفع الدعوى الجنائية الجمركية، فإذا كان الأصل أن نيابة الأموال العامة هي صاحبة الحق في تحريك ورفع الدعوى الجنائية ومباشرتها ضد أي شخص يرتكب جريمة جمركية بغض النظر عن صفته وجسامته جرمه، وإذا كان المشرع قد منح بصفة استثنائية رئيس مصلحة الجمارك سلطة في ملاءمة تقدير تحريك الدعوى الجنائية ورفعها في المخالفات وجرائم التهرب الجمركي أو حلها ودياً داخل مصلحة الجمارك.

فإن المشكلة تتمثل في الإجابة على السؤال التالي: كيف وازن المشرع اليمني بين سلطة نيابة الأموال العامة في تقدير ملاءمة تحريك الدعوى الجنائية الجمركية ورفعها وبين سلطة مصلحة الجمارك في تقييدها؟ وهل جاء تنظيم المشرع اليمني لهذه المسألة كافيًا وشاملاً، أم شابه الخلل والقصور؟

من أجل الإجابة عن هذا السؤال الرئيس لا بد من الإجابة على مجموعة من التساؤلات الفرعية:

ما هو طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية ورفعها والحكمة منه؟

ما هي شروط صحة الطلب وأثاره؟

هل يجوز لمصلحة الجمارك التنازل عن الطلب بعد تقديمه وما أثر التنازل؟

خامساً: منهج الدراسة:

لأجل الوصول إلى هدف الدراسة ارتأينا اتباع المنهج التحليلي، الذي بموجبه يجري استعراض النصوص القانونية التي تتعلق بطلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية ورفعها وتحليلها وبيان مواطن النقص والقصور والخلل الذي شاب تنظيمها، وتقديم بعض المقترحات التي تفيد العاملين في هذا المجال.

سادساً: خطة الدراسة:

يُعدُّ هذا البحث محاولةً لتغطية كافة جوانب موضوع الدراسة وإعطاء كل جانب من جوانبها حقه من الدراسة والتحليل بأسلوب يصل إلى فهم المتلقي، وعلى هذا الأساس ارتأينا أن نبين الموضوع من خلال تقسيمه على مقدمة وثلاثة مباحث، ونهي الدراسة بخاتمة تتضمن النتائج والتوصيات، وسيكون التقسيم كالتالي:

المبحث الأول: عنوانه «ماهية الدعوى الجنائية الجمركية وطلب تحريكها» وسيتم توضيحه من خلال تقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول: يتم فيه توضيح مفهوم الدعوى الجنائية الجمركية، والثاني: أتناول فيه توضيح مفهوم طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية.

المبحث الثاني: عنوانه «شروط صحة طلب تحريك الدعوى الجنائية وأثاره» وسيتم توضيحه من خلال تقسيمه إلى مطلبين؛ المطلب الأول نوضح فيه شروط صحة طلب تحريك الدعوى الجنائية، والثاني: أتناول فيه آثار تقديم طلب تحريك الدعوى الجنائية.

المبحث الثالث: عنوانه «التنازل عن طلب تحريك الدعوى الجنائية وآثاره» وسيتم توضيحه من خلال تقسيمه إلى مطلبين؛ المطلب الأول: نوضح فيه مفهوم التنازل عن الطلب وشروط صحته، والثاني: نخصه لتوضيح أثر التنازل عن الطلب.

المبحث الأول

ماهية الدعوى الجنائية الجمركية وطلب تحريكها

تمهيد وتقسيم:

التعريف بالشيء هو تحديد مفهومه الكلي وبيان وصفه، ولتحديد مفهوم طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية موضوع الدراسة ينبغي معرفة مفهوم الدعوى الجنائية الجمركية؛ لأن هذا الطلب مرتبط ومتعلق بها، ومقررها دون غيرها إذ يدور وجوداً أو عدمًا معها؛ فلا يتصور وجود دعوى جنائية تخص المخالفات وجرائم التهريب الجمركي دون هذا الطلب، كما لا يتصور وجود هذا الطلب دون أن ينشأ عنه دعوى جنائية.

وترتيباً على ما تقدم، سيكون المبحث الأول جامعاً لكل النقاط التي تم ذكرها تمهيداً وموضحاً لها؛ وذلك بتقسيمه على مطلبين الأول: يتم فيه تحديد مفهوم الدعوى الجنائية الجمركية، والثاني: نخصه لتحديد مفهوم طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية.

المطلب الأول:

فهوم الدعوى الجنائية الجمركية

من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الشرعية الجنائية الإجرائية مبدأ «لا عقوبة بغير دعوى» وهو مبدأ ينطوي على مبدئين إجرائيين هما: «لا عقوبة بغير حكم» و «لا حكم بغير دعوى»؛ فلا يجوز إيقاع العقوبة إلا بمناسبة ارتكاب جريمة ينشأ عنها في الغالب حق للدولة في معاقبة الجاني، وذلك من خلال دعوى جنائية يتم رفعها أمام جهاز قضائي مستقل يقر سلطة الدولة في العقاب.

فالدعوى الجنائية - كما تقدمت الإشارة - تعد الوسيلة القانونية الوحيدة لدخول ساحة القضاء وتطبيق حق الدولة في العقاب مهما كانت درجة الإخلال بالنظم، أو القيم الاجتماعية، أو المصالح الفردية^(١).

(١) لا يحكم بتجريم شخص، ولا يعاقب على جرم إلا بعد ثبوت ارتكابه له بأدلة لا تقبل المراجعة، أمام محكمة

أولاً: ماهية الدعوى الجنائية الجمركية:

على الرغم من أهمية تعريف الدعوى الجزائية إلا أن أغلب التشريعات الجزائية قد جاءت خالية من تعريف محدد لها ولم تعط هذا الأمر غايته الكافية التي يستحقها، ومنها قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، الذي لم يضع تعريفاً للدعوى الجزائية شأنه في ذلك شأن أغلب التشريعات الجزائية، على العكس من ذلك عرف مشرعنا المدني الدعوى المدنية في المادة (٧٠) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م، بالقول أنها «الوسيلة الشرعية والقانونية لكل ذي ادعاء أو دفاع يرفعه إلى القاضي للفصل فيه وفقاً للقواعد الشرعية والقانونية»، وعُرفت بشكل عام في المادة الأولى من قانون الإثبات اليمني رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م، بأنها «طريق المدعي إلى القضاء للحصول على الحق الذي يدعيه قبل المدعى عليه ...».

ونتيجة لخلو أغلب التشريعات الجزائية من تعريف محدد للدعوى الجزائية كظاهرة قانونية ومنها التشريع الجزائي اليمني - كما أشرت - فقد أخذت الاجتهادات الفقهية دور الصدارة بتحديد مفهوم الدعوى الجزائية كنشاط إجرائي، وتعددت التعريفات التي تناولت ذلك في الفقه وفي كتابات الباحثين القانونيين نذكر من تلك التعريفات على سبيل المثال - لا الحصر - تعريفاً للدكتور رؤوف عبيد بأنها: وسيلة الدولة (تمثلها النيابة العامة) في المطالبة بحقها في عقاب مرتكب الجريمة^(١)، وتعريفاً للدكتور أحمد فتحي سرور بأنها: التجاء المجتمع عن طريق جهاز الاتهام الذي يمثله إلى القضاء للتحقيق في ارتكاب الجريمة وتقرير مسؤولية مرتكبها وإنزال العقوبة أو التدبير الاحترازي به^(٢)، وعرفها الدكتور محمود نجيب حسني بأنها: مجموعة من الإجراءات يحددها القانون وتستهدف الوصول إلى حكم قضائي يقرر تطبيقاً صحيحاً للقانون في شأن وضع إجرامي معين^(٣).

وهناك تعاريف متعددة للدعوى الجزائية لا مجال لذكرها الآن، إلا أن ما يمكن الوقوف عليه فيما ورد عن فقهاء القانون هو اتفاقهم أن جوهر الدعوى الجزائية بشكل عام

ذات طبيعة قضائية كاملة قال تعالى: «يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين» (الحجرات: ٦)، وقال تعالى: «وإن الظن لا يغني من الحق شيئاً» (النجم: ٢٨). ونصت المادة (٤) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، أنه «لا يقضي بالعقاب إلا بعد محاكمة تحري وفق أحكام هذا القانون...».

(١) د. رؤوف عبيد مبادئ الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣م، ص ٥٣.
(٢) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ١٦٣.
(٣) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٦٠.

هو: أنها مجموعة من الإجراءات «قبض، تفتيش، استجواب، حبس احتياطي محاكمة... الخ» وهذه الإجراءات يحدد قواعدها المشرع ولا يترك تحديدها للسلطات القائمة بها، أو الأشخاص الذين يساهمون في سيرها، وأن سبب اتخاذها هو أن جريمة قد وقعت: جسيمة كانت، أو غير جسيمة^(١)، وهدفها هو تطبيق القانون على الوجه الصحيح ويستوى أن تكون نتيجة هذا التطبيق هي صدور حكم بالإدانة أم البراءة، فالمجتمع يعنيه تبرئة من يستحق البراءة بقدر ما يعنيه إدانة من يستحق الإدانة.

وعوداً على بدء بخصوص تعريف المشرع اليمني للدعوى الجنائية الخاصة بالجرائم الجمركية فنجد أنه على الرغم من أهمية دعاوى الجمركية وشيوعها أو انتشارها أمام القضاء الجمركي اليمني، وسن تشريع خاص بها وهو قانون الجمارك اليمني رقم ١٤ لسنة ١٩٩٠م، وتعديلاته، إلا أنه كما خلا القانون الخاص بالإجراءات الجزائية، وهو قانون الإجراءات الجزائية النافذ رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، من أي نص يعرف المقصود بالدعوى الجزائية عموماً^(٢) خلا قانون الجمارك اليمني رقم ١٤ لسنة ١٩٩٩م، وتعديلاته، من أي نص يعرف المقصود بالدعوى الجنائية في الجرائم الجمركية على الرغم من أنه قد تضمن أحكاماً عديدة تخص الدعوى الجنائية الجمركية منها أنه لا يجوز تحريكها في جرائم التهريب إلا بناء على طلب خطي من رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك^(٣) ونصه على سقوط حق الملاحقة والتسوية بطريقة المصالحة فيها^(٤) والتجاوز عن جرائم التهريب^(٥) وتوضيحه لكيفية عقد التسوية الصلحية فيها^(٦) وسقوط هذه

(١) قسم المشرع اليمني الجرائم من حيث جسامتها في المادة (١٥) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني النافذ رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، إلى نوعين:

جرائم جسيمة: عرفت المادة (١٦) عقوبات بأنها: ما عوقب عليه بحد مطلقاً أو بالقصاص بالنفس أو بإبانة طرف أو أطراف وكذلك كل جريمة يعزرها عليها بالإعدام أو بالحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات.

جرائم غير جسيمة: عرفت المادة (١٧) من القانون ذاته بأنها: الجرائم التي يعاقب عليها أصلاً بالدية أو بالأرش أو بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة.

(٢) سماها المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، بالدعوى الجزائية في حين سماها في قانون الجمارك اليمني رقم ١٤ لسنة ١٩٩٠م، بالدعوى الجنائية، وسماها في قانون السلطة القضائية قانون السلطة القضائية اليمني النافذ لسنة ١٩٩١م بالدعوى العامة، وكان الأجدر بالمشرع اليمني إدراج تسمية واحدة وذلك لتوحيد المصطلحات في نصوص القانون الجنائي اليمني، وتفادياً لتناقضها ونرى أنه من الأفضل لو شمله المشرع في تعديلاته مستقبلاً، ونرى أن مصطلح الدعوى العامة أشمل وأفضل من مصطلح الدعوى الجزائية أو الدعوى الجنائية.

(٣) تراجع: المادة (٢٠٦) من قانون الجمارك.

(٤) تراجع: المادة (٢٠٧) من قانون الجمارك.

(٥) تراجع: المادة (٢١٠) من قانون الجمارك.

(٦) تراجع: المادتان (٢٠٧) و (٢٠٨) من قانون الجمارك.

الدعوى الجنائية الجمركية عند إجراء المصالحة عليها والتجاوز عن جرائم التهريب^(١)، والمحكمة المختصة بها^(٢)، أي نص على كل ما يتعلق بها عدا تعريفها.

ولكن على الرغم من القصور التشريعي في تعريف الدعوى الجنائية في الجرائم الجمركية؛ إلا أننا وجدنا لها أيضاً أكثر من تعريف فقهي - عدا الفقه اليمني - نذكر منها على سبيل المثال - لا الحصر- تعريفاً للدكتور نبيل لوقا بباوي، بأنها: الدعوى التي تنشأ عن جرائم التهريب الجمركي^(٣). وتعريفاً للدكتور نبيل مدحت سالم بأنها: الدعوى التي من خلالها تطالب النيابة العامة بتجريم وعقاب مرتكبي أفعال التهريب^(٤)، وتعريفاً للدكتور أحمد فتحي سرور بأنها: عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي يحددها القانون تستهدف الوصول إلى حكم قضائي يقرر تطبيقاً صحيحاً للقانون في شأن جريمة التهريب^(٥)، وتعريفاً للدكتور أحمد عز الدين بأنها: وسيلة قانونية قضائية لملاحقة المهربين ومعاقبتهم^(٦)، وتعريفاً للدكتور هاني زكريا بأنها: الدعوى التي أساسها جريمة التهريب الجمركي والتي لا تنشأ إلا إذا وقع جرم التهريب^(٧)، وتعريفاً للدكتور عباس أحمد عباس أنها: حق المجتمع في معاقبة جناة جريمة التهريب الجمركي^(٨).

يُلاحظ مما تقدم أن الدعوى الجنائية الجمركية تتعلق بجرم تهريب جمركي ارتكب، وأن هذا الجرم لولا الدعوى الجنائية الجمركية لبقى بلا ملاحقة أو عقاب إذ تعد هذه الدعوى الجنائية الجمركية الوسيلة المثلى لمجابهة أفعال المخالفات وجرائم التهريب الجمركي.

ويمكن لنا أن نعرف الدعوى الجنائية الجمركية بأنها: وسيلة قانونية وقضائية يتم بمقتضاها طلب نيابة الأموال العامة من محكمة الجمارك الابتدائية أن تجرم وتعاقب كل شخص طبيعي أو اعتباري ارتكب مخالفة جمركية أو جرم تهريب بعد أن يطلب رئيس

(١) تراجع: المادة (٢٠٩) من قانون الجمارك.

(٢) تراجع: المادة (٢٢٠) من قانون الجمارك.

(٣) د. نبيل لوقا بباوي: الجرائم الجمركية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣٨٨.

(٤) د. نبيل مدحت سالم: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار الثقافة الجماعية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٦٦.

(٥) د. أحمد فتحي سرور: قانون العقوبات الخاص في الجرائم الضريبية والنقدية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٦٠، ص ١٢٢.

(٦) د. أحمد عز الدين: جريمة التهريب الجمركي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص ٩٤.

(٧) د. زكريا هاني: الجرائم الجمركية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ٣٠٥.

(٨) د. عباس أحمد عباس: التهريب الجمركي، دار قباء، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص ٩٧.

مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك عند غيابه تحريك هذه الدعوى^(١).

ثانياً: الطبيعة القانونية للدعوى الجنائية:

الدعوى الجنائية أيًا كان نوع الجريمة - من حيث طبيعتها القانونية - هي ظاهرة قانونية متطورة تتمثل في مجموعة من الإجراءات القانونية المتلاحقة؛ تبدأ بإجراء تحريكها وتنقضي بحكم بات فاصل في موضوعها: فهي مجموعة من الأوضاع الإجرائية المتلاحقة، وكل وضع هو نتيجة لوضع سابق عليه وهو سبب لوضع لاحق عليه، ويعني ذلك أنه ليس لأي من هذه الأوضاع صفة الاستقرار، فهو عرضة للتغيير بالعمل الإجرائي اللاحق عليه الذي ينشئ وضعًا جديدًا مختلفًا.

وتفصيل ذلك أن كل شخص يسهم في سير الدعوى الجنائية يأتي عملاً إجرائياً في حدود ما يرخص له به القانون وعن هذا العمل ينشأ وضع معين تتخذ فيه الدعوى صورة معينة، ويفحص هذا الوضع المساهمون في سير الدعوى ليحدد كل منهم العمل الذي يتعين عليه القيام به كي يصل بها إلى حكم في مصلحته^(٢). ويعني ذلك أن الوضع الإجرائي لا ينشأ حقاً، فليس لأحد من أشخاص الدعوى أن يستخلص منه الحق في أن يصدر القاضي حكماً لمصلحته، وإنما قد يكون مصدر أمل له في ذلك، وعليه أن يحدد موقفه فيأتي من الأعمال الإجرائية التالية ما يكون من شأنه إقناع القاضي بوجهة نظره، ولا ينشأ المركز القانوني النهائي لأطراف الدعوى الجنائية إلا بصدر الحكم البات.

وعلى الرغم من تعدد الأوضاع الإجرائية التي تتكون منها الدعوى الجنائية؛ فإن كل الإجراءات غايتها واحدة هي غاية الدعوى ذاتها وهي: الوصول إلى حكم مكتسب الدرجة القطعية سواء أكان بالبراءة أو الإدانة أو تقرير عدم المسؤولية حسب الأحوال، وهذه الغاية هي التي تعطي الدعوى وحدتها، وتجعل منها ظاهرة قانونية متماسكة^(٣).

(١) نيابات الأموال العامة، التي تقع بمقر محاكم الأموال العامة الابتدائية بالعاصمة صنعاء، ويشرف عليها رئيس نيابة استئناف الأموال العامة الواقعة ضمن اختصاصه المكاني تحت إشراف محامي عام الأموال العامة بمكتب النائب العام، ويديرها وكيل نيابة ويعاونه عدد من أعضاء النيابة ومساعدتها. أنشئت نيابة الأموال العامة بمكتب النائب العام بموجب قرار النائب العام رقم (١٥٨) لسنة ١٩٩٢م المعدل بالقرار رقم (٢٤٠) لسنة ٢٠٠٤م.

(٢) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٣) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ٦١.

المطلب الثاني

مفهوم طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية

أخذ القانون اليمني بنظام النيابة العامة ومنحها سلطة الاتهام والتحقيق في ذات الوقت^(١)، وترتيباً على ذلك فإن استعمال الدعوى أو مباشرتها هو اختصاص أصيل للنيابة العامة في القانون اليمني بدون منازع بوصفها الممثلة للمجتمع الذي تقام الدعوى باسمه ولمصلحته، ويقصد بمباشرة الدعوى واستعمالها، متابعة الدعوى أمام جهات القضاء وتشمل كافة الطلبات أو الأعمال التي تصدر عن النيابة العامة، على عكس تحريك الدعوى أو رفعها فإن سلطة الاتهام مقيدة حريتها في بعض الجرائم بضرورة وجود الطلب أو تقديم الشكوى أو الحصول على إذن.

وما نجده في المخالفات وجرائم التهريب أن يد النيابة المختصة تظل مغلوطة عن تقدير ملاءمة تحريك الدعوى ورفعها إلى حين تقديم طلب من مصلحة الجمارك فقد ارتأى المشرع اليمني أنها أقدر من النيابة المختصة على تقدير مصلحة المجتمع في تحريك الدعوى الجمركية أو رفعها.

أولاً: مفهوم طلب تحريك الدعوى الجنائية:

ترك المشرع اليمني مسألة طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية بلا تعريف، واكتفى بالنص على عدم جواز رفع الدعوى الجنائية الجمركية إلا بناء على طلب خطي من رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك، فنصت المادة (٢٠٦) جمارك على أنه «لا يجوز رفع الدعوى في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب إلا بناءً على طلب خطي من رئيس المصلحة أو من يفوضه بذلك».

وفي ظل غياب تعريف تشريعي للطلب سنعتمد على التعريفات الفقهية، فقد خاض الفقهاء فيه وتناولوه من كافة الجوانب، بوصفه قيداً يرد على سلطة النيابة العامة في رفع الدعوى الجنائية، ولذا لا غرابة أو استهجان إذا وجدنا له أكثر من تعريف نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر- تعريفاً للدكتور أحمد عز الدين بأنه: «أمر لا يصدر إلا من الإدارة الجمركية مفاده تحريك الدعوى الجنائية ضد المتهم عن جريمة التهريب الجمركي^(٢)».

(١) تطبيقاً للمادة (٢١) من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص بأن «النيابة العامة هي صاحبة الولاية في تحريك الدعوى الجنائية ورفعها ومباشرتها أمام المحاكم، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون».

(٢) د. أحمد عز الدين: المرجع السابق، ص ١١٧.

أما الدكتور هاني زكريا فقد رأى أن الطلب هو: عمل يصدر من مصلحة الجمارك متى رأت ضرورة لتحريك الدعوى الجنائية لجرم التهريب الجمركي^(١)، والدكتور محمود نجيب حسني عرف قيد الطلب بشكل عام بأنه: تعبير عن إرادة سلطة عامة في الدولة في أن تتخذ الإجراءات الناشئة عن جريمة ارتكبت إخلالاً بقوانين تختص هذه السلطة بالسهر على تنفيذها^(٢)، وعرف الطلب كقيد على سلطة النيابة المختصة بتحريك الدعوى الجمركية بأنه: إجراء يصدر من الإدارة الجمركية معبراً عن إرادتها في تحريك الدعوى الجنائية ضد المتهم عن جريمة التهريب الجمركي^(٣).

وفي الشأن ذاته رأت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها أن الطلب - كقيد على سلطة النيابة العامة - هو: عمل إداري لا يعتمد على إرادة فرد بقدر ما يعتمد على مبادئ موضوعية في الدولة^(٤).

ويمكن لنا أن نعرف طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية من خلال النصوص القانونية الناظمة لها والتعريفات الفقهية والقضائية التي أشرنا إليها بأنه عبارة عن: قيد مؤقت على سلطة نيابة الأموال العامة في تحريك الدعوى الجمركية ويتمثل في كتاب خطي يصدر من رئيس مصلحة الجمارك اليمنية أو من يفوضه بذلك عند غيابه، يرسل إلى نيابة الأموال العامة، يُعبر فيه عن إرادة مصلحة الجمارك تحريك الدعوى الجنائية في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب الجمركي المرتكبة من قبل فاعل معلوم مذكور اسمه في الطلب أو مجهول غير مذكور.

ثانياً: فلسفة المشرع في وضع هذا القيد:

يمكن إرجاع الحكمة التي ارتأها المشرع من خلال نصه على طلب رفع الدعوى الجزائية الجمركية ومنعه النيابة المختصة من تحريك هذه الدعوى ورفعها قبل صدور هذا الطلب وحصره صلاحية إصدار هذا الطلب برئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك حال غيابه، دون غيره راجع إلى: تقديره أن الجرائم الجمركية لها طبيعة خاصة تمس المصالح الاقتصادية للدولة وأن التصدي لها يتطلب إجراء الموازنة بين اعتبارات

(١) د. زكريا هاني: المرجع السابق، ص ٣١٤.

(٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ١٣٥.

(٣) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م، ص ١٣٩.

(٤) نقض مصري في ٧ مارس ١٩٦٧م، مجلة أحكام محكمة النقض - س ١٨ - رقم ٦٨ - ص ٣٣٤. أشار إليه د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ١٣٤.

مختلفة؛ وتلك الاعترافات قد تكون غريبة على النيابة المختصة، وأن مصلحة الجمارك بوصفها الجهة الأمنية على تنفيذ السياسة الجمركية التي تنتهجها الدولة هي الأقدر والأكثر توفيقاً من غيرها على فهم كافة الظروف والملابسات، ووزن تلك الاعترافات، وتقدير المصلحة والفائدة التي تعود على الدولة من رفع أو عدم رفع الدعوى أمام القضاء ومدى تأثير ذلك على توجه السياسة العامة التي تتبناها الدولة^(١).

ولكن يمكننا القول، إننا لسنا مع رؤية المشرع في تعليق حق النيابة في ملاءمة تحريك الدعوى الجنائية أو رفعها في الجرائم الجمركية على صدور طلب وذلك استناداً لعدة أسباب منها:

أن الجرائم الجمركية من الجرائم الخطيرة التي يؤدي ارتكابها إلى نتائج وعواقب كبيرة تواجه التنمية الاقتصادية والاجتماعية والصحية، وعليه فإن الأمر يستوجب أن تكون صلاحية تحريك الدعوى ورفعها لهذه الجريمة بيد النيابة ممثلة المجتمع ككل وسلطتها، لا بيد رئيس مصلحة الجمارك وسلطته.

أن القول إن المصلحة من تحريك الدعوى يقوم على اعتبارات قد تكون غريبة على النيابة العامة، قول لا يمكن التسليم به؛ ذلك أنه إذا كان ذلك مقبولاً في فترة معينة من مراحل تطور النظام القانوني؛ فإنه لم يعد لهذا الاعتبار مبرر في الوقت الراهن بعد تطور جهاز النيابة العامة وتخصصه، حيث وجدت نيابة متخصصة بجرائم الأموال العامة - كما سبق القول - وبالتالي فإن إبقاء قيد الطلب مع وجود نيابة الأموال العامة، يجعل من وجودها غير ذي فائدة عملية^(٢).

أن وضع هذا القيد التحكيمي في يد رئيس مصلحة الجمارك قد يؤدي إلى إفلات بعض المجرمين من العقاب. فقد يتعرض رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه لضغط أو إغراء؛ وبالتالي فجعل سلطة تقدير ملاءمة تحريك الدعوى الجنائية بيد النيابة المختصة وهي نيابة الأموال العامة هو ضمان لعدم إفلات المجرم من العقاب، علاوة على ضمان عدم تعرض رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه حال غيابه إلى ضغط أو إكراه أو ابتزاز أو إغراء.

(١) د. مأمون محمد سلامة: قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، دار النهضة العربية،

القاهرة، ١٩٨٠م، ص ٩٨.

(٢) د. مطهر أنق: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار الكتب اليمنية، صنعاء، ٢٠١٣م، ص ١٢٦.

ثالثاً: الطبيعة القانونية لطلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية؛

اختلف شراح القانون تجاه رؤيتهم للطبيعة القانونية لطلب تحريك الدعوى الجنائية ورفعها هل هو تصرف قانوني أم عمل إداري؟^(١).

فهناك من يعد الطلب الخطي الصادر من رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك حال غيابه، لتحريك الدعوى الجنائية الجمركية بطبيعته لا يخرج عن كونه تصرفاً قانونياً إجرائياً يرتب أثراً قانونياً برفع القيد عن النيابة العامة الجمركية في ممارسة اختصاصاتها؛ فالطلب - قيد على حرية النيابة المختصة في تحريك الدعوى الجنائية ورفعها فلا تستطيع قبل صدور ووصول هذا الطلب إليها، اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة في تحريك الدعوى أو رفعها.

بينما ذهب الرأي الثاني إلى القول: إن الطلب ليس تصرفاً قانونياً؛ وإنما هو عبارة عن إجراء إداري كون الإدارة - مصلحة الجمارك - هي من تصدر طلب تحريك الدعوى بناء على قواعد موضوعية مسبقاً، ولا يعتمد على إرادة الفرد، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية أيضاً عند تعريفها لقيد الطلب فقد تضمن حكمها بأن الطلب هو عمل إداري لا يعتمد على إرادة فرد بقدر ما يعتمد على مبادئ موضوعية في الدولة^(٢).

نحن بدورنا نميل إلى الرأي الأول ونرى أن طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية الصادر من رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه في حال غيابه، هو تصرف قانوني وليس عملاً إدارياً، وذلك استناداً لأمرين:

الأول: قرار رئيس مصلحة الجمارك بطلب تحريك الدعوى الجنائية يحدث أثراً قانونياً وهو تحريك الدعوى الجنائية الجمركية، فلولا قراره أي طلبه لما استطاعت نيابة الأموال العامة اتخاذ أي إجراء من إجراءات الدعوى.

الثاني: أن إرادة رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه في حال غيابه، هي من أحدثت الأثر القانوني، فلولا إرادته لما حدثت هذه الآثار أي لما تم تحريك الدعوى الجنائية ولبقي الجرم الجمركي بلا تحريك دعوى جنائية بحق مرتكبه.

محصل القول: الطلب يعد قيداً على سلطة النيابة الجمركية في تحريك الدعوى الجنائية الجمركية فيما يتعلق بجرائم المخالفات والتهرب الجمركي، التي ترتكب إخلالاً

(١) للمزيد حول هذا الموضوع انظر: د. محمد صبحي نجم: قانون أصول المحاكمات الجنائية رقم ٣ لسنة ١٩٦١م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠م، ص ٦٥.

(٢) نقض مصري في ٧ مارس ١٩٦٧م، مجلة أحكام محكمة النقض - س ١٨ - رقم ٦٨ - ص ٣٣٤.

بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٠م، المعدل بالقانون رقم (١٢) لسنة ٢٠١٠ والقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٢٠م، وهو بذلك إجراء يصدر عن مصلحة الجمارك تعبيراً عن إرادتها في تحريك الدعوى الجمركية ضد المتهم في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب، ويستهدف تحقيق المصلحة العامة، وليس تحقيق مصلحة شخصية لرئيس مصلحة الجمارك أو مصلحة الإدارة الجمركية.

وعليه فهو قيد إجرائي وليس له طبيعة موضوعية، فهو يرد على حرية نيابة الأموال العامة في تحريك الدعوى الجزائية ورفعها فيما يتعلق بالمخالفات وجرائم التهريب، وبالتالي لا يصح القول بأنه شرط للعقاب أو ركن في الجريمة، وإنما يشكل عقبة إجرائية تحول دون رفع الدعوى الجزائية وتزول بزوال هذا القيد.

كما أنه قيد ذو طبيعة استثنائية؛ لأن الأصل أن تحريك دعوى الحق العام من اختصاص النيابة المختصة، وهي هنا نيابة الأموال العامة، ولكون هذا القيد ورد استثناء على مبدأ حرية النيابة في تحريك الدعوى الجنائية أو رفعها، فينبغي أن تفسر نصوص الطلب تفسيراً ضيقاً؛ فلا يجوز التوسع في تفسيره أو تجاوزه الحدود المقررة له وقصره على أضيق نطاق، بمعنى أدق بما أن المشرع في المادة (٢٠٦) جمارك قد ابتدأ بلفظ مانع (لا يجوز) وحصر المنع في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب؛ فيجب على نيابة الأموال الالتزام بما ورد في الطلب من جرائم وعدم التوسع^(١).

(١) عرفت المادة الأولى من قانون الجمارك اليمني المخالفات الجمركية بأنها: كل فعل أو امتناع عن فعل خلافاً لأحكام هذا القانون والأنظمة والقرارات واللوائح الصادرة بمقتضاه. وعرفت 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.

كما نصت المادة (٢٦٩) من القانون ذاته أنه: يعد تهريباً بغرض تطبيق هذا القانون ما يلي:
عدم التوجه بالبضائع عند الإدخال إلى أول مركز أو دائرة جمركية.

عدم اتباع الطرق المحددة بالنصوص القانونية والنظامية في إدخال البضائع وإخراجها وعبورها.
تفريغ البضائع من السفن أو تحميلها عليها بصورة مغايرة للأنظمة على الشواطئ حيث لا توجد مراكز أو دوائر جمركية أو في النطاق الجمركي البحري.

تفريغ البضائع من الطائرات أو تحميلها عليها بصورة غير مشروعة خارج المطارات النظامية أو إلقاء البضائع أثناء النقل الجوي مع مراعاة أحكام المادة (٥٩) من هذا القانون وكذلك تفريغ البضائع من وسائل النقل الأخرى خارج المراكز والدوائر الجمركية بصورة مغايرة لأحكام هذا القانون واللوائح التنفيذية.

تجاوز البضائع في الإدخال أو الإخراج للدوائر والمراكز الجمركية دون التصريح عنها.

عدم التصريح في جمرك الإدخال أو الإخراج عن البضائع الواردة والصادرة دون بيان حمولة ويدخل في ذلك ما يصحبه المسافرون مع مراعاة أحكام المادة (٢٤٤).

اكتشاف بضائع غير مصرح بها في المراكز والدوائر الجمركية موضوعة في مخابئ مهينة خصيصاً لإخفائها أو في فجوات أو فراغات لا تكون مخصصة عادة لاحتواء مثل هذه البضائع.

وقيد الطلب من المسائل التي تتعلق بالنظام العام، لاتصاله بشرط أصيل لازم لتحريك الدعوى ورفعها ولذا يتعين على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها ولو كانت محكمة النقض، لأن جميع الإجراءات الجنائية التي تباشر قبل تقديم الطلب تعد باطلّة بطلاناً مطلقاً، ولا يصححها صدور الطلب لاحقاً من إدارة الجمارك؛ أو تنازل المتهم عنه وقبول محاكمته^(١).

الزيادة أو النقص أو التبديل دون مبرر قانوني في الطرود أو في محتوياتها المقبولة في وضع معلق للرسوم موضوع الباب الثامن من هذا القانون المكتشفة بعد مغادرة البضاعة دائرة أو مركز الإدخال الجمركي. عدم تقديم الإثباتات التي تحددها مصلحة الجمارك لإبراء بيانات الأوضاع المعلقة للرسوم موضوع الباب الثامن من هذا القانون.

إخراج البضائع من المناطق الحرة أو المخازن الجمركية أو المستودعات إلى المنطقة الجمركية دون معاملة جمركية.

البيانات المخالفة التي قصد منها استيراد أو تصدير بضائع ممنوعة معينة أو ممنوعة أو محصورة بواسطة مستندات مزورة أو مصنعة أو التي قصد منها استيراد بضائع بطريق التلاعب بالقيمة لتجاوز مقادير المخصصات النقدية المحددة في النصوص الصادرة بهذا الشأن بواسطة مستندات مزورة أو مصنعة. تقديم مستندات أو قوائم مخالفة مزورة أو مصنعة أو وضع علامات مخالفة بقصد التخلص من تأدية الرسوم الجمركية أو الرسوم والضرائب الأخرى كلياً أو جزئياً أو بقصد تجاوز أحكام المنع أو الحصر. نقل وحياسة البضائع الممنوعة المعينة أو الممنوعة أو المحصورة دون تقديم إثباتات تؤيد استيرادها بصورة نظامية.

نقل وحياسة البضائع الخاضعة لضابطة النطاق الجمركي ضمن هذا النطاق دون مستند نظامي.

عدم إعادة استيراد البضائع الممنوع تصديرها والمصدرة مؤقتاً لأية غاية كانت.

البضائع الممنوعة المصرح عنها بتسميتها الحقيقية قبل الحصول على الترخيص بإدخالها أو إخراجها. الزيادة عما هو مصرح به في بيانات إعادة التصدير التي من شأنها أن تؤدي إلى تسديدات غير حقيقية في بيانات الأوضاع المعلقة للرسوم.

عدم إعادة تصدير (إخراج) السيارات التي يتم إدخالها أو استيرادها مؤقتاً بانقضاء سنة من تاريخ انتهاء مدة صلاحية المستند الجمركي الذي أدخلت مؤقتاً بموجبه.

(١) تنص المادة (٣٩٧) إجراءات جزائية بأنه «إذا كان البطلان راجعاً لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بكيفية رفع الدعوى الجزائية أو بتشكيل المحكمة أو بولايتها بالحكم في الدعوى أو بعلانية الجلسات أو تسبب الأحكام أو حرية الدفاع أو علانية النطق بالأحكام أو إجراءات الطعن أو العيب الإجرائي الجوهرى المهدر لأي حق من حقوق المتقاضين فيها أو غير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام جاز التمسك به من جميع الأطراف في أية حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ...». ويمكن العودة في هذا الشأن أيضاً لحكم محكمة النقض المصري الصادر بتاريخ ١٥ إبريل ١٩٦٨م، س ١٩، رقم ٨٧، ص ٤٥١.

المبحث الثاني شروط صحة طلب تحريك الدعوى الجنائية وآثاره

تمهيد وتقسيم:

أشرنا إلى أن قانون الجمارك اليمني رقم (١٤) لسنة ١٩٩٠م، في المادة (٢٠٦) منه عهد إلى مصلحة الجمارك بتقدير ملاءمة رفع الدعوى الجنائية الجمركية بصدد المخالفات وجريمة التهرب الجمركي التي أضرت بها، إذ تكون أكثر قدرة من النيابة العامة على الإحاطة بكافة الظروف والملابسات المتصلة بهذه المخالفات والجرائم، ولكن حتى يعد طلب تحريك الدعوى الجنائية ورفعها صحيحًا ومنتجًا لآثاره، ومتمتعًا بقيمته القانونية، يجب أن يستوفي شروط صحته (المطلب الأول) وعند تحقق كافة الشروط في الطلب يرتب آثاراً قانونية هامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط صحة طلب تحريك الدعوى الجنائية

يشترط في طلب رفع الدعوى الجنائية الجمركية عدة شروط، لا بد من توافرها حتى يحدث أثره وإلا وقع باطلاً وهذه الشروط نذكرها على النحو الآتي:

أولاً: صدور طلب رفع الدعوى من رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك:

حدد المشرع الجهة المالكة لإرادة تقديم الطلب بشكل واضح وصريح، في المادة (٢٠٦) جمارك بالقول: «لا يجوز رفع الدعوى في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب إلا بناءً على طلب خطي من رئيس المصلحة أو من يفوضه بذلك».

من خلال استقراء هذه المادة يتبين بوضوح أنّ طلب رفع الدعوى لا ينبغي أن يصدر إلا من قبل رئيس مصلحة الجمارك فقط، ولا يجوز لغيره مهما كانت صفته ودرجته ومهامه أن يصدر هذا الطلب طالما كان رئيس مصلحة الجمارك متواجداً في مقر عمله لحظة تطلب صدور الطلب ولم يفوض بذلك أحد.

ونجد أن توجه المشرع في ذلك كان سليماً؛ لأنّ رئيس مصلحة الجمارك هو الأقدر على وزن مصلحة الدائرة الجمركية في تقديم الطلب من عدمه كونه الأقرب إلى المسئول الأول عن هذا المرفق الحكومي والاقرب إلى واقع العمل الجمركي.

ولكن إذا كان رئيس مصلحة الجمارك غير متواجد في مقر العمل لأي سبب من الأسباب؛ كأن يكون في عمل رسمي خارج دائرة الجمارك، أو في إجازة، أو كان غير متواجد لمرض، وكان من الضروري في ذلك اليوم وجوب إصدار الطلب وإلا أصبح الفعل المرتكب متقادمًا فلا يجوز أن يصدر الطلب إلا من الشخص المفوض من قبل رئيس مصلحة الجمارك لإصدار الطلب عند غيابه.

وفي حالة كان رئيس مصلحة الجمارك موقوفًا عن العمل، أو أُحيل إلى التقاعد، أو توفي أو قدم استقالته؛ فلا يجوز أن يصدر طلب الرفع إلا من الشخص الذي يخلفه في الوظيفة، فهذا الحق ليس حقًا شخصيًا يتعلق بشخص رئيس مصلحة الجمارك وإنما بحكم وظيفته^(١)، وبالتالي لا يتأثر بوفاته أو عزله أو استقالته؛ وإذا لم يعين بعد الشخص الذي يخلفه في الوظيفة فإن نائبه يكون الشخص المخول قانونًا لإصدار الطلب.

وقد تكون الحكمة التي ارتأها المشرع من إحلال البديل - أو من يفوضه بذلك - هو الحيلولة دون ترك جريمة تمس مصالح الدولة العليا بلا ملاحقة؛ وهذا يعني أن يحمل الطلب توقيع رئيس مصلحة الجمارك فهو صاحب الصفة أو من يفوضه بذلك؛ أو من حل محله في الوظيفة، والعبارة بصفته وقت تقديم الطلب وليس بوقت ارتكاب الجريمة، فإذا كانت الصفة الرسمية ثابتة له وقت ارتكابها ثم زالت عنه قبل تقديم الطلب فليس له أن يقدمه.

محصل القول: إذا قدم طلب من غير رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك فإنه لا يرتب أي أثر، ولا يمكن رفع الدعوى الجنائية وإن رفعت فإن إجراء الرفع وكل إجراء تم بناء على طلب قدم من غير شخص رئيس مصلحة الجمارك الذي أناط به القانون مهمة تقديم الطلب أو من يفوضه بذلك، يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يصححه طلب لاحق من رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك.

من هو الشخص الذي يحق لرئيس مصلحة الجمارك أن يفوضه، هل هو نائبه أو مدير عام الشئون القانونية أو أي موظف من موظفي الجمارك؟ وإذا كان له أكثر من نائب أي منهما يمكن تفويضه وهذا الأمر يفتح الباب للتكهن عن الشخص الذي يحق لرئيس مصلحة الجمارك تفويضه، خاصة أنه لا يوجد نص في قانون الجمارك يعين ويحدد لنا الشخص الذي يمكن لرئيس مصلحة الجمارك أن يفوضه.

(١) د. إدوارد غالي الذهبي: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مكتبة غريب، الإسكندرية ١٩٩٠م، ص

وإذا افترضنا أن لرئيس مصلحة الجمارك السلطة المطلقة في تفويض من يرى أن يحل محله في تقديم الطلب حال غيابه، خاصة أنه لا يوجد نص قانوني يقيد، فهل يشترط أن يكون هذا الأمر مكتوباً أم يكفي التفويض شفاهة؟ إذ إن المشرع لم يحدد في هذا النص فيما إذا كان التفويض خطياً أو شفويًا، وبما أن المطلق يجري على إطلاقه طالما لم يتم تقييده، فيكون من الجائز أن يكون التفويض شفويًا.

وإذا كان التفويض يمكن أن يكون شفاهة كيف يمكن للنيابة التأكد من أن الشخص الذي قدم طلب تحريك الدعوى هو من فوضه فعلاً رئيس مصلحة الجمارك؟ وكيف للمحكمة أن تتأكد من ذلك عند ممارسة حقها في التأكد من صحة وسلامة إجراءات تحريك الدعوى؟

ولذلك وقبل الفراغ من الحديث عن الجهة التي يحق لها تقديم طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية حبذا لو عالج المشرع هذا الأمر وعدل ذلك النص، ونقترح عليه إضافة كلمة (خطياً) عقب كلمة (يفوضه) بحيث يكون الشطر الأخير من نص المادة هو: أو من يفوضه خطياً بذلك.

ثانياً: أجال تقديم الطلب؛

لم يحدد المشرع الجمركي مدة محددة يتعين فيها تقديم الطلب وإلا سقط الحق في تقديمه؛ فيجوز تقديم الطلب في أي وقت، ما دامت الدعوى الجنائية لم تسقط بالتقادم؛ فإذا سقطت الدعوى الجنائية بمضي المدة، فلا يجوز التقدم بالطلب وإذا قدم بعد هذا التاريخ لا ينتج أي أثر قانوني^(١).

وهو يختلف بذلك عن الشكوى التي تستوجب تقديمها خلال مدة معينة من تاريخ العلم بالجريمة وبمركبها^(٢) وذلك نظراً لاختلاف طبيعة الشكوى كحق شخصي يتعلق بشخص المجنى عليه عن الطلب في الجرائم الجمركية الذي هو في يد رئيس مصلحة الجمارك لتقدير ملاءمة رفع الدعوى مما تتطلبه المصلحة العامة للدولة، ولذلك إذا كان

(١) نصت المادة (٢٨٥) من قانون الجمارك بأنه: تتقادم حقوق مصلحة الجمارك في الحالات التالية: لا تقبل الدعوى في المخالفات الجمركية عدا مخالفات التهريب بمضي ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ وقوعها.

لا تقبل الدعوى في جرائم التهريب الجمركي بعد مضي عشر سنوات ابتداء من تاريخ وقوعها. جـ- لا تقبل الدعوى في الرسوم والضرائب والغرامات والمصادرات والحقوق الأخرى بمضي ثلاث سنوات من تاريخ توجبها.

(٢) نصت المادة (٢٩) من قانون الإجراءات الجزائية بأنه «ينقضي الحق في الشكوى... بمضي أربعة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة أو بارتكابها أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى...».

الشارع قد خشى أن يسيء المجنى عليه استعمال حقه في الشكوى إذا أطلقها من قيد المدة، فإن هذا التخوف بالنسبة للطلب لا يوجد ما يبرره نظرًا لأنَّ المختص بالطلب يقدر الأمور تقديرًا موضوعيًا وليس شخصيًا، ولذلك فحقه في التقدم بالطلب غير مقيد بوقت معين فيجوز له تقديم الطلب من وقت وقوع الجريمة دون أي قيد زمني.

زيادة على ذلك فإن جرائم المخالفات والتهرب الجمركي التي تستوجب تقديم الطلب تمس مصالح عامة في الدولة، وتحتاج فحصًا فنيًا مبدئيًا من مصلحة الجمارك للتحقق من وقوع الجريمة وهذا قد يستغرق فترة طويلة، ولذلك فإن عدم تحديد وقت إنما هو تيسير على مصلحة الجمارك في اقتضاء حقوقها من مرتكبي المخالفات وجرائم التهرب الجمركي بالشكل الذي تقدر أنه يحقق المصلحة العامة التي تقوم بحمايتها سواء بدخول ساحة القضاء والطلب من النيابة تحريك الدعوى الجنائية الجمركية أو باللجوء إلى عقد تسوية صلحية بينها وبين مرتكب الجريمة.

وفي هذا الشأن قضت محكمة الطعن المصرية «برفض الدفع بعدم قبول الدعوى الجنائية الناشئة عن جريمة من الجرائم التي نص عليها قانون الضرائب لمضى ثلاثة أشهر من تاريخ علم مصلحة الضرائب بالجريمة والتي يتوقف تحريك الدعوى الجنائية فيها على طلبها وعلّة ذلك أن تقرير الطلب يهدف إلى حماية مصلحة الخزنة العامة والتي تتمثل في التيسير على المصلحة في اقتضاء حقوقها من الممولين الخاضعين لأحكام الضرائب مع قيام حسن التفاهم بينها وبينه، وأن هذه الحالات تغاير حالات الشكوى، لأنَّ الأولى تمس الجريمة فيها الصالح العام بينما تمس الثانية صالح المجنى عليه الشخصي»^(١).

ثالثًا: الجهة المختصة بتلقي الطلب:

لم يشر المشرع اليمني في المادة (٢٠٦) جمارك الناظمة لطلب رفع الدعوى الجنائية الجمركية إلى الجهة التي يوجه الطلب إليها، لكن هذه الجهة معلومة بداهة، وهي نيابة الأموال العامة؛ كونها الجهة المختصة وصاحبة الولاية فيما يتعلق بالدعوى الجنائية الجمركية بعد رفع القيد، فالقيد المجسد في الطلب ما هو إلا قيد على حريتها في رفع الدعوى الجنائية وبمجرد رفع العقبة الإجرائية المفروضة عليها تسترد حريتها في رفع ومباشرة الدعوى الجنائية ضد المتهم بارتكاب الجريمة^(٢).

(١) نقض مصري في ٢/٩ / ١٩٨٤، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٥ رقم ٢٥ ص ١٢٧.

(٢) تنص المادة (٢١) من قانون الإجراءات الجزائية بأن «النيابة العامة هي صاحبة الولاية في تحريك الدعوى الجزائية ورفعها ومباشرتها أمام المحاكم، ولا ترفع من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون».

ومع ذلك نرى أنه لا يوجد ما يمنع لو نص المشرع صراحة على هذه الجهة في نص المادة (٢٠٦) جمارك وذلك بإضافة عبارة: يوجه إلى نيابة الأموال العامة بعد عبارة: «طلب خطي» فيكون النص المقترح «لا يجوز تحريك الدعوى في جرائم التهريب إلا بناء على طلب خطي يوجه إلى نيابة الأموال العامة...».

وسبب اقتراحنا إضافة هذه العبارة يكمن في أن النيابة المختصة ممثلة في نيابة الأموال العامة - كما أشرنا - نيابة خاصة واستثنائية، فليست صاحبة حق أصيل كما هو الحال في النيابة العامة العادية، وذلك وفقاً لنص المادة (٢١) إجراءات جزائية.

وقبل أن نتقل إلى بيان الشروط الشكلية لمذكرة الطلب نرى أنه من الضروري الإشارة إلى أن المشرع ومن خلال نص المادة (٢٢٠) من قانون الجمارك قد أناط الاختصاص بنظر الدعوى الجزائية الجمركية موضوع الطلب إلى محكمة الجمارك الابتدائية دون غيرها وجعلها الوحيدة المخولة والمختصة قانوناً بنظر الدعوى الجنائية الجمركية^(١).

محصل القول: يجب أن يرسل طلب رفع الدعوى الجنائية الجمركية ابتداءً إلى نيابة الأموال العامة وليس أي جهة أخرى غيرها^(٢) وليس هذا فحسب، بل إن الدعوى الجنائية الجمركية إذا تم تحريكها من غير نيابة الأموال النيابة العامة أو حركتها نيابة الأموال العامة دون طلب، فيجب على المحكمة أن تقرر عدم قبول الدعوى. كما لا يجوز لنيابة الأموال العامة رفع الدعوى الجنائية الجمركية موضوع طلب تحريك الدعوى إلا أمام محكمة الجمارك الابتدائية. فهي الوحيدة المختصة بنظر دعاوي الجمركية - كما سبق القول.

رابعاً: شكل الطلب وبياناته:

يجب أن يكون الطلب الصادر من رئيس مصلحة الجمارك والمتضمن الطلب بتحريك الدعوى الجنائية الجمركية مكتوباً، فلا يكفي أن يكون شفويًا أو تلفونيًا حتى ولو قام المحقق بإثباته في الأوراق وهذا ما أكده المشرع بشكل صريح وواضح لا يقبل التأويل أو المخالفة من القاضي أو المتقاضي في المادة (٢٠٦) جمارك بعبارة: «...إلا بناء على

(١) انظر في هذا الشأن أحكام المواد من (٢٢٠) إلى (٢٢٢) من قانون الجمارك.

(٢) هناك جانب فقهي يرى أن طلب رئيس مصلحة الجمارك يمكن أن يرسل إلى أحد مأموري الضبط القضائي وهو بدوره يرسله إلى النيابة العامة، راجع في ذلك: د. عوض محمد عوض: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٩م، ص ١٠٠. ونحن لا نتفق مع هذا الرأي لأن مأمور الضبط ليس جهة صاحبة ولاية واختصاص، إضافة إلى أن المادة (٢٠٦) من قانون الجمارك الناظمة لطلب تحريك الدعوى الجزائية الجمركية، وموجه بدون شك إلى النيابة المختصة وهي نيابة الأموال العامة، كونها الجهة المختصة وصاحبة الولاية فيما يتعلق بالدعوى الجزائية الجمركية.

طلب خطي...» وهذا ما يراه غالبية الفقه^(١).

والعلة من اشتراط الطلب الكتابي تكمن في أن يثبت ثبوتاً رسمياً أنه صادر من رئيس مصلحة الجمارك أو من فوضه بذلك والتي عبر من خلاله عن إرادة المصلحة في رفع الدعوى الجنائية، إضافة إلى أنه من خلال الطلب الكتابي سوف يتبين صحة الطلب وأنه مستوف لجميع شروطه الشكلية.

لكنه لم يشترط صياغة معينة أو بيانات محددة تقدم فيها مذكرة الطلب إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة هناك بعض من الشروط الشكلية العامة في الأوراق الرسمية والتي لزم أن يتضمنها الطلب يمكن إيجازها وحصرتها بما يأتي:

أن تكون عباراته دالة بشكل واضح وقاطع على إرادة الجهة التي أصدرته في رفع الدعوى الجنائية الجمركية وإلا فقد قيمته القانونية، فلا يكفي أن ينصرف إلى مجرد شرح الواقعة أو طلب التعويض أو المسألة الإدارية، وأن يكون باتاً غير معلق على شرط معين وإلا كان باطلاً حتى لو تحقق الشرط فيما بعد.

أن يحمل الطلب اسم الموظف الذي أناط به القانون تقديمه، وصفته الوظيفية وتوقيعه، وذلك أمر بدّهي، للتحقق من صفته في تمثيل الجهة التي ينسب إليها هذا الطلب؛ ذلك أنه قد حدد - في نص المادة (٢٠٦) جمارك التي اشترط فيها الطلب والتي أشرت إليها فيما تقدم - صاحب السلطة في تقديم الطلب برئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بوصفه ممثلاً لمصلحة الجمارك الذي نالته الجريمة بالاعتداء والذي عهد إليه السهر على تنفيذ القانون الذي ارتكبت الجريمة خرقاً له، ومن ثم كان من شروط صحة الطلب صدوره عن رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه، إذ هو صاحب الصفة في ذلك، وتعين - بناء على ذلك - أن يحمل الطلب ما يثبت صدوره عنه.

أن يكون الطلب مؤرخاً، أي يحمل تاريخ إصداره، ذلك إن التاريخ هو شرط عام في كل الأوراق الرسمية، وأهميته أنه يرسم الحد الفاصل بين ما تم اتخاذه قبل تقديم الطلب، وما يتخذ بعده.

(١) وإن كان هناك من فقهاء القانون من يرى أنه يجوز أن يكون الطلب شفوياً ويكفي حينئذ أن يكتب في صدر المحضر أنه قد فتح بناء على طلب الجهة التي يشترط تقديمها للطلب، لأن هذا القيد وضع لحكمة خاصة هي جعل تقدير أهمية الجريمة لتلك الجهة، ومتى ثبت من أي طريق كان أنها طلبت السير في الإجراءات الجنائية فإنه لا معنى أن تعطل الدعوى بحجة أن الطلب لم يكن مكتوباً. راجع في ذلك د. حسن صادق المرصفاوي، أصول، الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧م، ص ٨٥. ونرى عدم صحة ما ذهب إليه هذا الرأي؛ ونؤيد ما ذهب إليه المشرع اليمني من اشتراط أن يكون الطلب مكتوباً، حتى يتم إثبات حصوله والتأكد من صحته.

أن يكون الجرم المشتمل عليه الطلب هو: المخالفات الجمركية وجرائم التهريب وهذا ما أكدته بوضوح المادة (٢٠٦) جمارك بعبارة: «لا يجوز رفع الدعوى في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب»، وبناء على ذلك لا يجوز لرئيس مصلحة الجمارك أن يصدر طلب تحريك دعوى جزائية لأي جرم غير المخالفات الجمركية وجرائم التهريب. ولا تكون النيابة المختصة مقيدة في غير تلكما الجريمتين.

أن يكون الطلب محددًا بواقعة أو وقائع معينة وليس عامًا وأن يتضمن وصفًا واضحًا للواقعة التي تقوم عليها الجريمة؛ ذلك أن الأثر القانوني للطلب ينصرف إلى الإجراءات الناشئة عن هذه الجريمة وهذا الوصف هو الذي يتيح لمحكمة النقض أن تتحقق من أن الجريمة هي من الجرائم التي يشترط القانون فيها تقديم طلب أم لا. على أنه لا يشترط أن يتضمن الطلب تكييفًا قانونيًا معينًا للواقعة؛ فتلك مهمة القضاء وليست مهمة مصلحة الجمارك الصادر عنها الطلب.

أن يتضمن اسم مرتكب جرم التهريب: يجب أن يشتمل طلب تحريك الدعوى الجنائية ورفعها على اسم أو أسماء مرتكبي الجرم بشكل واضح وكامل ومعلوم، وألا يعتري تحديد أسمائهم أي جهالة فاحشة^(١). ولكن عدم ذكر هذا الاسم لا يعيب الطلب، فلا يشترط فيه تحديد هوية المتهم ذلك أن للطلب طبيعة عينية على ما سنرى تمتد إلى كافة المتهمين الذين ساهموا في الجريمة ولو لم تكن أسماؤهم محددة في الطلب.

المطلب الثاني

آثار تقديم طلب تحريك الدعوى الجنائية

قبل أن نخوض في موضوع أثر تقديم الطلب، نرى أنه من الضروري الإشارة إلى المراحل التي تمر بها الخصومة الجنائية في جريمة جمركية^(٢)؛ إذ تبدأ تلك الخصومة من خلال عمل موظفي الجمارك، بوصفهم مأموري ضبط قضائي في حدود اختصاصهم^(٣) فمأمورو الضابطة الجمركية أثناء قيامهم بعملهم وفي حالة معابنتهم جريمة تهريب أو أي مخالفات للتشريع الجمركي، يقومون بتحرير محضر ضبط للواقعة، ويعد محضر

(١) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ٧٤ وما بعدها.
 (٢) تعرف الخصومة الجمركية على أنها: مجموعة الخصومات التي يحتمل رفعها إلى القضاء بحيث تكون إدارة الجمارك طرفًا فيها وتطبيق قانون الجمارك اليمني النافذ رقم (١٤) لسنة ١٩٩٠م، وتعديلاته.
 (٣) يعد كافة موظفي دائرة الجمارك أثناء قيامهم بأعمالهم من رجال الضبط القضائي في حدود اختصاصهم، وقد نظم المشروع أعمال الضبط القضائي في المواد (١٧٩-٢٠٠) من قانون الجمارك.

المخالفة محضراً رسمياً لا يقبل الطعن إلا بالتزوير^(١).

بعد ذلك يتم إحالة الملف ومحضر الضبط إلى الإدارة الجمركية في منطقة ضبط الجريمة، من أجل القيام بالإجراءات القانونية المتمثلة في سماع إفادة المتهم، أي إعداد محضر الاستدلال مع إمكانية الصلح ما بين الإدارة الجمركية والمتهم، وبعد اختتام إجراءات التحري والقيام بكافة الإجراءات المطلوبة وفي حالة عدم الاتفاق على تسوية صلحية يقوم مدير دائرة الجمارك في تلك المنطقة بكتابة تقرير حول الواقعة ويرسله مع محضر الضبط، ومحضر إفادات المتهم، والشهود إن وجدوا إلى الإدارة العامة في العاصمة صنعاء.

التي بدورها تقوم بالتحقق من الجريمة أو المخالفة وبالتفاوض مع المخالف مرتكب الجريمة الجمركية، وفي حال عدم التوصل إلى تسوية يقرر رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه عند غيابه إصدار طلب تحريك الدعوى الجنائية ضد المخالف، وتقدم إدارة الجمارك طلبها ذلك من خلال مذكرة رسمية متضمنة اسم مرتكب جرم التهريب أو المخالفة، إن كان معروفاً، ونوع الفعل المجرم، والنص القانوني المنظم لها، وتحديد البضاعة المهربة، ووسيلة النقل المستخدمة في التهريب، وتاريخ ونوع فعل التهريب، وبطي هذا الطلب ملف يشتمل على المضبوطات ومحاضر ضبط، ونموذج احتساب الرسوم والغرامات وملف قضية جمركية وغير ذلك من الوثائق، ويتم إرسال الطلب إلى نيابة الأموال العامة التي تقوم بتوجيه الاتهام بحق المتهم والتحقيق معه حول الجريمة الجمركية المنسوبة إليه من قبل رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك بحضور ممثل عن مصلحة الجمارك، وبعد الانتهاء من إجراءات التحقيق يتم رفع ملف الدعوى إلى محكمة الجمارك الابتدائية بوصفها المحكمة المختصة بنظر الدعوى الجنائية الجمركية دون غيرها - كما سبق القول - أو إصدار قرار بالألا وجه لإقامة الدعوى إذا توفرت أسبابه.

محصل القول: أن الجريمة الجمركية يمكن أن تحال إلى الهيئات القضائية عن طريق طلب رفع الدعوى الجنائية الجمركية للبت فيها بحكم جنائي سواء كان بالإدانة أو البراءة، ويمكن ألا تتعدى الجريمة الجمركية مكاتب الجمارك وذلك عن طريق اللجوء إلى اتباع إجراءات التسوية الودية للمنازعات الجمركية المتمثلة في المصالحة الجمركية، أو يتم ذلك عن طريق التجاوز عن المخالفات الجمركية - كما سنرى.

وعوداً على بدء بخصوص ما يتعلق بآثار تقديم الطلب يتعين التمييز بين الأثر

(١) انظر في هذا الشأن أحكام المواد من (١٨٦) إلى (١٩٧) من قانون الجمارك.

القانوني للإجراءات السابقة للطلب (أولاً) والأثر القانوني للإجراءات اللاحقة عليه (ثانياً) وأثر تقديم الطلب بالنسبة للوقائع التي تتكشف عرضاً أثناء التحقيق أو الأشخاص (ثالثاً).

أولاً: الإجراءات السابقة للطلب:

بادئ ذي بدء ينبغي أن نوضح أن تحريك الدعوى الجنائية هو: اتخاذ أول إجراء قانوني لنقلها من حالة الجمود إلى الحركة، فيمكن للنيابة العامة أو لغيرها أن تقوم بهذا الإجراء^(١) عن طريق اتخاذ أول إجراء من إجراءات التحقيق أو رفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة وعليه فإن تحريك الدعوى يعد بمثابة إجراء افتتاحي للدعوى الجنائية.

أما رفع الدعوى فيعني الإجراء الذي يوصل الدعوى الجنائية إلى قضاء الحكم لإصدار حكم باتّ فيها سواء بالإدانة أم بالبراءة، عن طريق رفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة، ويوصف هذا الإجراء بإجراء رفع وتحريك في الوقت ذاته، أو يكون الرفع بعد القيام بإجراءات التحقيق.

في حين أن مباشرة الدعوى، تعني متابعة الدعوى أمام الجهات القضائية ويشمل الطلبات وكافة الأعمال التي تصدر من النيابة العامة نحو تحقيق هذا الغرض. وبما أن العبارة الواردة في المادة (٢٠٦) تنص أنه «لا يجوز رفع الدعوى..... إلا بناء على طلب...».

فإنه يتبين بوضوح أنّ قيد الطلب يتعلق برفع الدعوى فقط، ولا يمتد إلى التحقيق وتحريك الدعوى وهنالك فرق - كما أشرنا - بين تحريك الدعوى وبين رفعها.

وتطبيقاً لذلك: فإنه وقبل التقدم بالطلب لا يجوز لنيابة الأموال العامة رفع الدعوى أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات تسييرها أمام سلطة الحكم، إلا بعد تلقي الطلب من رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك؛ فإذا لم تلتزم النيابة المختصة بذلك وقامت برفع الدعوى أمام محكمة الجمارك كان إجراء الرفع وجميع الإجراءات المستندة عليه باطلة بطلاناً مطلقاً؛ ولا يصححها صدور طلب لاحق لتعلق ذلك بالنظام العام لاتصاله بشرط حوهرى لازم اتخاذه قبل رفع الدعوى ومباشرتها؛ ومتعلق بصحة اتصال المحكمة بالدعوى،

(١) بالاطلاع على قانون الإجراءات الجزائية اليمني اتضح أن المشرع خرج على قاعدة احتكار النيابة العامة لحق تحريك الدعوى الجزائية وسمح لجهات أخرى استثناء وفي أحوال معينة صلاحية تحريك الدعوى الجزائية متى توفرت شروط ذلك وهي:
أولاً: تحريك الدعوى الجزائية في أحوال معينة عن طريق القضاء بطريق ما يسمى التصدي وجرائم الجلسات.
ثانياً: للمضروور من الجريمة بطريق ما يسمى بالادعاء المباشر.

ولذلك يجوز الدفع به ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، كما يتعين على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها.

غير أنه يجوز للنيابة المختصة تحريك الدعوى الجنائية، والقيام بأي إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي سواء الماسة منها بشخص المتهم أم غير الماسة، قبل تقديم الطلب؛ فيجوز لها دعوة المتهم، وإحضاره إذا تبلغ ورفض الحضور، ويحق لها سؤاله عن جرم التهريب المسند إليه، واستجوابه ومناقشته تفصيلاً ومجاوبته ومواجهته بالأدلة ويحق لها كذلك دعوة الشهود وسماع شهاداتهم، كما يحق لها الاستعانة بالخبرة الفنية للتأكد من أي أمر مثل نوع البضاعة أو مصدرها أو مكوناتها.

أما بخصوص إجراءات التحري والتنقيب والاستدلال التي يقوم بها مأمورو الضبط القضائي فإنها تعد صحيحة قبل صدور الطلب؛ لأنها لا تدخل ضمن إجراءات تحريك الدعوى الجنائية أو رفعها، بل هي إجراءات سابقة لها وبالتالي فهي غير مشمولة بالقيود، ولا يوجد ما يمنع من اتخاذها.

ويجب على المحكمة أن تضمن أسباب حكمها بيان صدور الطلب ممن يملكه قانوناً، ويعد ذلك من البيانات الجوهرية التي يجب أن يتضمنها الحكم وإلا كان حكمها باطلاً للقصور في التسبب، ولا يغني النص عليه بالحكم أن يكون ثابتاً بالأوراق صدور مثل هذا الطلب من الجهة المختصة^(١).

وإذا خلصنا إلى أن القيد الوارد على سلطة النيابة المختصة بنص المادة يتعلق برفع الدعوى وليس تحريكها إلا أن الواقع العملي ولدى مراجعتي للجهة المختصة في مصلحة الجمارك اليمنية ونيابة الأموال العامة ومحكمة الجمارك الابتدائية وجدت أن مذكرات الطلب المقدمة من رئيس مصلحة الجمارك تنص على طلب مصلحة الجمارك من نيابة الأموال العامة تحريك الدعوى الجنائية، بمعنى أدق يجري العمل في تلك الجهة على أن قيد الطلب يخص تحريك الدعوى وليس رفعها فقط، وبالتالي أي إجراء تقوم به النيابة لتحريك الدعوى، قبل وصول طلب التحريك يعد باطلاً ولا يجوز لها تحريك الدعوى إلا بعد تقديم الطلب.

وبالنتيجة هناك اختلاف جوهري بين نص المادة (٢٠٦) جمارك وتطبيقها عملياً والإخلال بهذا الترابط بين عمل جهات الاختصاص وبين نص المادة يقودنا إلى انحراف خطير في تطبيق القانون، وهذا ما لا نريده ولا نأمل من مشرعنا اليمني؛ ولأن ما ورد في

(١) نقض مصري في ٢٦ / ٤ / ١٩٨١م، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢، رقم ٧٢، ص ٤٠٤.

النص واضح فإنه من غير المقبول الاجتهاد لمخالفة النص، ولا يجوز أن يحمل أو يفسر النص بغير معناه الحقيقي الواضح.

ولذا نهيب بالمشرع اليمني وبشكل عاجل وسريع تعديل المادة (٢٠٦) جمارك وإضافة عبارة: «أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق» بعد عبارة: «لا يجوز رفع الدعوى الجنائية ...». ليصبح نص المادة كالتالي: «لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب ...».

ثانياً: الإجراءات اللاحقة للطلب:

عندما يقرر رئيس مصلحة الجمارك، أو من يفوضه بذلك عند غيابه، تحريك الدعوى الجنائية الجمركية ورفعها أمام القضاء فإنه يرسل بهذا الخصوص طلباً إلى نيابة الأموال العامة - كما سبق القول - ومتى صدر هذا الطلب مستوفياً شروط صحته فإنه يترتب عليه آثار قانونية في غاية الأهمية والخطورة، يمكن إيجازها وحصرها بما يلي:

يرفع القيد المفروض على السلطة التقديرية لنيابة الأموال العامة في التصرف في الواقعة أو الوقائع التي صدر فيها الطلب، ولا تبقى يدها مغلولة وممنوعة قانوناً عن تحقيق الدعوى الجنائية ورفعها؛ إذ يزول المنع بمجرد صدور الطلب، ويزول الوضع الاستثنائي ويعود الأصل العام والحرية لها في رفع الدعوى الجنائية.

غير أن صدور طلب رفع الدعوى لا يلزم نيابة الأموال العامة أن تقرر حتماً ووجوباً الاستجابة للطلب والتحقيق في الدعوى الجنائية ورفعها أمام محكمة الجمارك الابتدائية؛ وذلك لأن الطلب هو بمثابة رسالة موجهة إلى نيابة الأموال العامة مضادها أن القيد الذي كان مفروضاً عليك من رفع الدعوى الجنائية قد زال أو ارتفع، ولك الصلاحية الكاملة الآن في الجرم الجمركي الذي ارتكب. ومن ثم فإن لها أن تقرر إصدار قرار بالأوجه لإقامة الدعوى، أو تقرر إقامتها بأن تحيلها إلى محكمة الجمارك الابتدائية، شأنها في ذلك شأن غيرها من الدعاوى التي لم يشترط القانون لها طلباً.

وبعبارة أخرى يجب التفرقة بين صدور الطلب، وبين مباشرة الإجراءات بعد ذلك قبل شخص معين وإسناد التهمة إليه ورفع الدعوى عليه، فهي إجراءات تالية ولا اتصال لها بالطلب الصادر عن الجريمة. فالطلب يرفع القيد على حرية النيابة في الرفع أو عدم الرفع؛ ولا يجبرها على اتخاذ إجراء الرفع إذا تبين أن الجرم لم يقع أو الأدلة غير كافية لإحالة الدعوى لمحكمة الجمارك الابتدائية.

كما أن نيابة الأموال العامة ليست ملزمة بالوصف القانوني الذي قدم بموجبه الطلب على الواقعة فلها اتباع الوصف القانوني الذي تراه صحيحاً على موضوع الطلب المقدم من مصلحة الجمارك.

قطع مدة التقادم: يترتب على صدور طلب رفع الدعوى الجنائية الجمركية قطع لمدة تقادم دعوى الحق العام الناشئة عن المخالفات الجمركية وجرائم التهريب^(١) وعليه إذا وقع جرم جمركي وتم اكتشافه، لكن رئيس مصلحة الجمارك لم يقرر إصدار طلب بشأنه، وبقي هذا الجرم دون أن تحرك به دعوى إلى ما قبل مشاركته على الانقضاء بالتقادم، حيث أصدر رئيس مصلحة الجمارك طلب تحريك دعوى جنائية جمركية به، فإن هذا الطلب يقطع مدة التقادم ولا يسقط ذلك الجرم بالتقادم.

ثالثاً: التزام نيابة الأموال العامة بنطاق طلب تحريك الدعوى الجزائية الجمركية:

إذا قدم الطلب، فإن له طابعاً عينياً سواء بالنسبة للوقائع التي تتكشف عرضاً أو الأشخاص^(٢)، ولذا يجب على النيابة المختصة عندما تتخذ قراراً بالرفع بعد أن يقدم إليها الطلب من رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك أن تنقيد بالنطاق الموضوعي والشخصي لهذا الطلب؛ فلا يجوز لها - كما سبق القول - التوسع في نص ابتداءً بلفظ مانع: (لا يجوز) ونص المادة (٢٠٦) جمارك بدأت بلفظ: (لا يجوز).

النطاق الشخصي: نقصد به الأشخاص الواجب رفع الدعوى بمواجهتهم سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم معنويين، وسواء أكانوا من مواطني الدولة أو من ورعايا دولة أخرى، وسواء أكانوا بالغين أم أحداثاً وسواء أكانوا فاعلين أصليين أم مساهمين أم متداخلين، وسواء أكان المهرب مستورداً للبضاعة أم مصدراً لها، وسواء أكان مالكاً أو حائزاً أو ممولاً لها، أو ناقلاً لها أو مالكاً لوسيلة النقل التي نقلت بها، أو مالكاً للمكان الذي خزنت فيه.

وكما أشرنا إن الطلب يصح ولو لم يتضمن تحديد شخص المتهم على الإطلاق، وعليه إذا كان المتهم مجهولاً وقدم الطلب ضد مقترف الجريمة دون تحديده وترك أمر التحديد للنيابة المختصة، فإن الطلب في هذه الحالة ينصرف أثره إلى جميع المتهمين الذين يكشف التحقيق عن اتهامهم بالجريمة^(٣).

(١) انظر في هذا الشأن أحكام المواد من (٢٨٣ إلى ٢٨٥) من قانون الجمارك.

(٢) د. مأمون محمد سلامة: المرجع السابق، ص ١٤٨ وما بعدها.

(٣) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص ١٣٦.

أما إذا كان المتهم باقتراف الجريمة معلومًا ومحددًا وقدم الطلب ضده فإن النيابة المختصة تتقيد بمن قدم به الطلب، بمعنى أدق لا تملك النيابة توجيه التهمة لشخص دون من ورد اسمه في الطلب. وفي حالة تعدد المتهمين وقدم الطلب برفع الدعوى ضد أحدهم فإن النيابة تتقيد بمن قدم به الطلب ولا يشمل الآخرين، بل يلزم أن يقدم الطلب ضد جميع المتهمين ولا يكفي تقديمه ضد أحدهم لتحويل النيابة رفع الدعوى عن الجميع.

وفي حالة كان بعضهم معلومًا والبعض الآخر مجهولًا وكانت عبارات الطلب قد جاءت معبرة عن إرادة الجهة برفع الدعوى على المتهمين المعلومين دون المجهولين الذين قد يكشف التحقيق عنهم، فلا يجوز رفع الدعوى على المتهمين المجهولين، الذين يكشف عنهم التحقيق، بل يلزم تقديم طلب جديد برفع الدعوى عليهم^(١).

وعليه فإنه يشترط أن تفصح عبارات الطلب عن إرادة مصلحة الجمارك برفع الدعوى ضد المعلومين، وضد من سيكشف التحقيق عنهم ممن ساهم مع المتهمين المعلومين في اقتراف الجريمة، ففي هذه الحالة الطلب يشملهم جميعًا ومن ثم يجوز نيابة الأموال العامة رفع الدعوى عليهم جميعًا. والعلة من ذلك أن المشرع قد ترك تقدير وجه المصلحة في مباشرة إجراء رفع الدعوى لرئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك، وهذه المصلحة قد تتوافر ضد متهم دون آخر.

وقد نص المشرع صراحة على التزام نيابة الأموال العامة بالنطاق الشخصي لطلب تحريك الدعوى، في نص المادة (٢٠٨) جمارك فقد تعقد مصلحة الجمارك تسوية صلحية مع البعض وتقدم طلباً إلى نيابة الأموال العامة ضد البعض الآخر.

النطاق الموضوعي: يقصد به الجرم الذي ورد في طلب تحريك الدعوى أما غير الوارد في الطلب فإنه لا يجوز نيابة الأموال العامة رفع دعوى عنه إلا بعد حصولها على طلب جديد بشأنه، بعبارة أخرى لا يحدث الطلب أثره إلا على الوقائع الواردة به، ومعنى ذلك أنه إذا توصل التحقيق في جريمة التهريب الجمركي بعد صدور الطلب إلى وجود مخالفة أو جريمة تهريب أخرى غير الواردة في الطلب فإن نيابة الأموال العامة تبقى مقيدة عن رفع الدعوى في الجريمة الثانية، وإذا رفعتها دون طلب تكون قد خرجت عن النطاق الموضوعي للطلب.

ولكن ينبغي الإشارة إلى أن ذلك القيد لا يشمل إلا الوقائع التي تدخل في دائرة المنع

(١) د. عبد الباسط الحكيمي: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ٢٠٠٨م، ص ٢٧٧.

أي وفقاً لنص المادة (٢٠٦) جمارك (المخالفات وجرائم التهريب).

أما إذا تعددت الجرائم وكانت إحدى تلك الجرائم تستلزم تقديم طلب دون الأخرى فتحريك النيابة المختصة الدعوى الجنائية في الجريمة غير المقيدة بتقديم طلب صحيح؛ لأنَّ عدم تقديم هذا الطلب لا يحول دون تحريك الدعوى عن الجرائم الأخرى التي لا تستلزم تقديم طلب، حتى ولو كان هناك ارتباط بينها لا يقبل التجزئة، بمعنى أدق أن قيد الطلب على سلطة النيابة في تقدير ملاءمة تحريك الدعوى لا يجوز امتداده لجريمة أخرى لا يتطلب فيها القانون ذلك، وهو ما يعنى أن تفسر نصوص الطلب تفسيراً ضيقاً، لأنها تشكل استثناء على مبدأ حرية النيابة في تحريك الدعوى الجنائية.

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية في واقعة جلب مواد مخدرة إلى داخل البلاد دون الحصول على ترخيص كتابي بذلك من الجهة المختصة بدفع ببطان الإجراءات تأسيساً على أن جريمة التهريب الجمركي قد تطلب الشارع فيها تقديم طلب لتحريك الدعوى الجنائية غير أنه قضى برفض هذا الدفع لأنَّ جريمة الجلب لم يتطلب الشارع فيها تقديم أي طلب، وأنها جريمة مستقلة ومتميزة بعناصرها القانونية عن جرائم التهريب الجمركي التي يتطلب فيها القانون تقديم طلب^(١).

المبحث الثالث التنازل عن الطلب وآثاره

تمهيد وتقسيم:

الأصل في دعوى الحق العام أو الدعوى الجنائية أن تنقضي وفقاً للقواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات الجزائية العام بأحد الأسباب العامة^(٢) والقاعدة أن الصلح لا يجوز في الدعوى الجنائية لأنها حق للمجتمع، فليس لأحد أن يتصالح عليها لمخالفة ذلك النظام العام.

غير أنه وللطبيعة الخاصة للجريمة الجمركية ميزها المشرع بأحكام إجرائية مستقلة خرج فيها على القواعد المقررة في قانون الإجراءات الجزائية؛ فإذا كان في التشريع الجمركي لا يمكن لنيابة الأموال العامة رفع الدعوى الجنائية إلا بعد تقديم طلب

(١) نقض مصري في ٩ فبراير ١٩٨٤م، مجموعة أحكام النقض، س ٣٥، رقم ٢٥ ص ١٢٧.

(٢) تراجع: المادة (٤٢) من قانون الإجراءات الجزائية.

الرفع من مصلحة الجمارك، فإنه لمصلحة الجمارك سحب الطلب والتنازل عنه، وذلك عندما تجد أن المصلحة ليست في دخول ساحات القضاء أو في الاستمرار في الدعوى الجنائية الجمركية أمام القضاء، وإنما في التصالح مع المتهمين؛ فذلك حق لها إذ إنها هي الأقدر على اتخاذ ما يلزم فتقرره بموجب القانون^(١).

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، تتناول في الأول التنازل عن الطلب وشروط صحته، ونخصص الثاني لتوضيح أثر التنازل عن الطلب.

المطلب الأول

مفهوم التنازل عن الطلب وشروط صحته

وفي الجرائم الجمركية بوصفها من الجرائم الاقتصادية يكون التجريم فيها على أساس نفعي، حيث لا يهمل الدولة مدى ما يتحملة الجاني من عقاب بقدر ما يهملها من تحقيق مصلحتها في صورة الصلح الذي تجريه.

ولاشك أن انتهاء الدعوى الجمركية بالمصالحة يعجل ويسرع عملية رفق خزينة الدولة بالأموال المتمثلة بالرسوم الجمركية وبديل المصادرات، ومبالغ الغرامات التي تدفع على سبيل المصالحة الجزائية الجمركية، إذ بدون التسوية الصلحية فإن هذه الأموال تحتاج لسنوات طويلة حتى تدخل خزينة الدولة، وأحياناً كثير منها لا يدخل بسبب عدم أو تأخر تنفيذ الأحكام، أو لفقراً أو إعساراً أو إفلاس أو تمتع المحكوم عليهم من دفعها.

وتأكيداً لذلك أجاز المشرع الجزائي الصلح في الجرائم الجمركية المواد من (٢٠٧) إلى (٢١٠) جمارك، حيث قرر فيها أنه لرئيس المصلحة أو من يفوضه بذلك حال غيابه - بناء على موافقة وزير المالية في بعض الحالات - إنهاء المنازعات الجمركية بطريقة ودية خارج أروقة المحاكم، حتى بعد تقديمه طلباً برفع الدعوى، ويتم ذلك بطريقتين:

الأولى: طريق عقد تسوية مع المتهم وهي إحدى الطرق البديلة لحل المنازعات الجزائية بطريقة ودية خارج أروقة المحاكم، وتعمل على إنهاء القضية الجمركية قبل

(١) عرفها الدكتور فاروق محمد كمال الصلح بأنها: عمل رسمي مكتوب يثبت الاعتراف بالدين، تقوم إدارة الجمارك ومرتكب الجريمة من خلاله بإنهاء نزاع قائم وتجنب قيام نزاع من خلال تقديم تنازلات من الطرفين. راجع مؤلفه: جريمة التهريب الجمركي وقربنة التهريب، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ١٩٨٨م، ص ١٧٩.

وتجد المصالحة الجمركية أصلها في القانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م، وبالضبط في نص المادة (٦٦٨) منه والتي نصت على أن «المصالحة عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما عن جزء من ادعائه».

إحالتها إلى القضاء إذا لم تكن قد أحيلت أو إذا أحيلت إنهاؤها قبل صدور حكم بات فيها. وتجد هذه الطريقة أساسها القانوني في المادة (٢٠٧) جمارك بالنص «لرئيس المصلحة أو من يفوضه وفقًا لدليل التسويات أن يعقد التسوية عن المخالفات وقضايا التهريب قبل إقامة الدعوى أو من خلال النظر فيها أو بعد صدور الحكم وقبل اكتسابه الصفة المبرمة...».

والطريقة الثانية: تجاوز رئيس المصلحة أو من يفوضه بذلك عن المخالفات الجمركية وجرائم التهريب. وتجد هذه الطريقة أساسها القانوني في المادة (٢١٠) جمارك بالنص أنه «لرئيس المصلحة أو من يفوضه بذلك أن يتجاوز عن المخالفات الجمركية، أو الاتهام بذلك عند وجود أسباب مبررة وفي كل الأحوال يكون ذلك قبل أن تصل القضية إلى القضاء...».

غير أن الصلح الجنائي في المخالفات وجرائم التهريب أو التجاوز عنها ليس محرراً عن كل القيود أو الشروط فإنه لكي يعد عقد التسوية الصلحية الجمركية صحيحاً وينتج أثره في إنهاء المنازعة الجمركية، لا بد من توافر شروطه وإلا وقع باطلاً وهذه الشروط هي كالتالي:

أولاً: أن يكون صادرًا من الجهة المخول لها قانوناً عقد التسوية أو التجاوز عن الواقعة: من يملك تقديم الطلب يملك التنازل عنه؛ أي أن التنازل عن الطلب يعني بالضرورة سبق صدور الطلب ممن يملك تقديمه بموجب القانون وعليه فقد حدد التشريع الجمركي اليمني جهة عقد التسوية الصلحية في الجرائم الجمركية أو التجاوز عنها والتنازل عن الطلب برئيس مصلحة الجمارك فقط دون غيره، ويجوز له أن يفوض شخصاً آخر لتقديمه.

ولكن في حال كانت قيمة البضائع أو مبلغ الرسوم المعرضة للضياع تزيد على مبالغ يحددها وزير المالية بقرار منه، اشترط المشرع أن تخضع التسوية الصلحية أو التجاوز لموافقة وزير المالية^(١).

ونعتقد أن الحكمة من اشتراط المشرع موافقة وزير المالية في بعض الحالات المذكورة آنفاً هو حرص المشرع على المحافظة على المال العام، ولضمان عدم التسرع أو الاندفاع، من قبل رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه، لا سيما وأن التسوية قد تجري في مبالغ مالية قد تكون كبيرة، ناهيك أن دائرة الجمارك العامة هي مؤسسة عامة من

(١) تراجع: المادتان (٢٠٧) و(٢١٠) من قانون الجمارك.

المؤسسات التابعة والمرتبطة بوزارة المالية.

ثانيًا: اتفاق الطرفين على الصلح: يجب أن يكون هناك رضا متبادل بين الإدارة الجمركية والمتهم، وذلك باقتران الإيجاب بالقبول، ويخضع عقد التسوية الصلحية إلى السلطة التقديرية لمصلحة الجمارك حسب ما تراه من تحقق أو عدم تحقق الحكمة من التصالح، وبالتالي لا تعد التسوية الصلحية حقًا للمتهم يلزم الإدارة بالاستجابة إليه، إلا أنه يتعين على القائمين بتحرير المحضر بالجريمة إخبار المتهم بأن من حقه تقديم طلب عقد تسوية صلحية مع مصلحة الجمارك.

ثالثًا: وقت التنازل عن الطلب: حسب نص المادة (٢٠٧) جمارك أجاز المشرع أن يتم عقد تسوية صلحية، والتنازل عن الطلب في أي مرحلة تكون عليها الدعوى الجنائية الجمركية، حتى يصدر فيها حكم بات، فيجوز التنازل والقضية أمام نيابة الأموال العامة، أو أمام محكمة الجمارك الابتدائية، أو أمام محكمة الاستئناف، أو أمام المحكمة العليا قبل صدور حكمها، فإذا صدر أصبح حكمًا باتًا، وأي تنازل بعد الحكم البات لا يعتد به ولا يرتب عليه أي أثر قانوني، كون الدعوى قد انقضت بصدوره.

وفي حالة التجاوز عن المخالفات وجرائم التهريب فيشترط وفقًا للمادة (٢١٠) جمارك أن يكون ذلك قبل أن تصل القضية إلى القضاء، بتعبير أدق أنه في حالة التجاوز يجوز التنازل عن الطلب وسحبه إذا كانت القضية ما زالت أمام نيابة الأموال العامة وقبل رفعها إلى قضاء الحكم، فإذا رفعت القضية إلى محكمة الجمارك الابتدائية فلا يجوز التجاوز عن الجرم الجمركي والتنازل عن الطلب.

رابعًا: شكل التنازل عن الطلب وبياناته: لم يشترط المشرع اليمني في التنازل عن الطلب شكلًا خاصًا، غير أنه لما كان في المادة (٢٠٦) جمارك قد استلزم أن يكون الطلب خطيًا بوصفه تعبيرًا عن إرادة سلطة الجمارك في رفع الدعوى الجنائية الجمركية، فإن التنازل عنه ينبغي أن يكون بذات الشكل أي خطيًا، لأن التنازل يعد الوجه المقابل للطلب وهذا ما يراه أغلب الفقهاء، وما أكده المشرع في نصوص المواد التي اشترطت أن يكون التنازل في صورة عقد تسوية، والعقد لا يكون إلا مكتوبًا^(١).

وما جرى عليه الواقع العملي في مصلحة الجمارك، فبعد أن يتم إبرام عقد تسوية بين الإدارة والمتهم يرسل بذلك إفادة خطية إلى الجهة القضائية من سلطة الجمارك بالتنازل عن الطلب السابق إرساله لحصول تسوية صلحية أو تجاوز، ويثبت حصول

(١) د. عبد الباسط الحكيمي: المرجع السابق، ص ٢٨٣.

التصالح بعقد التسوية الصادرة من رئيس مصلحة الجمارك صاحب الصفة في إبرامه مديلاً بتوقيعه.

ويشترط أن يكون عقد التسوية الصلحية الذي حصل بموجبه التنازل منجزاً أي غير معلق على شرط، فالتنازل المستند على تسوية معلقة على شرط باطل وليس له أثر قانوني حتى لو تحقق الشرط.

وأن يتضمن الصلح اسم المتهم- لأنَّ التنازل لا يشمل إلا من حددتهم مذكرة التنازل وجرى عقد تسوية صلحية معهم- وأن يحدد تاريخ عقد التسوية الصلحية، وتاريخ الإفادة بحصول التنازل. ويجوز التنازل عن جميع المتهمين أو عن بعضهم فقط، وعن بعض المخالفات أو جرائم التهريب دون البعض الآخر أو عن كاملها، المادة (٢٠٨) جمارك.

المطلب الثاني

أثر التنازل عن الطلب

بادئ ذي بدء ينبغي أن نذكر أن التنازل لا يكون عن الدعوى الجنائية كون الدعوى متى رفعت لا يجوز التنازل عنها، لا من النيابة العامة ولا من الجهة التي قدمت الطلب^(١)، وإنما التنازل يكون عن الطلب، والتنازل عن الطلب يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجنائية لا إلى التنازل عنها. وأثر التنازل يسري من يوم صدوره على واقعة الدعوى، طالما لم تنته بحكم بات ويتعين تطبيقه في أي حالة كانت عليها حتى ولو كانت أمام محكمة النقض، بل يجب على محكمة النقض أن تقضي بنقض الحكم من تلقاء نفسها.

وتفصيل ذلك أنه متى ما تم إجراء المصالحة الجمركية بين مصلحة الجمارك وبين المسؤول أو المسؤولين عن التهريب وتم تنفيذ ما تم الاتفاق عليه في عقد التسوية الصلحية، وأرسلت مذكرة خطية إلى نيابة الأموال العامة بسحب الطلب والتنازل عنه، مع عقد التسوية أو مذكرة التجاوز عن الطلب ويختلف الإجراء الذي سوف يتم باختلاف الحالة التي يكون عليها طلب تحريك الدعوى المقدم أمام نيابة الأموال العامة، فإذا كان الطلب ما زال في حوزة النيابة ولم يتخذ بشأنه أي إجراء من إجراءات التحقيق بعد فإنه يجب على النيابة إصدار أمر بحفظ الأوراق.

(١) المادة (٢٢) إجراءات جزائية بأنه: «لا يجوز للنيابة العامة وقف الدعوى الجزائية أو تركها أو تعطيل سيرها أو التنازل عنها أو عن الحكم الصادر فيها أو وقف تنفيذها إلا في الأحوال المبينة في القانون».

أما إذا قدمت مذكرة التنازل وسحب الطلب وقد تم تحريك الدعوى الجنائية فإنه يتعين على نيابة الأموال العامة إصدار قرار بألا وجه لإقامة الدعوى لانقضائها بالتنازل. وفي حالة قدم التنازل وكانت الدعوى قد رفعت إلى المحكمة وقبل صدور حكم نهائي؛ فيجب على قاضي الحكم أن يصدر حكماً بانقضاء الدعوى الجنائية بالتسوية الصلحية، وإذا كان المتهم رهن الحبس يطلق سراحه، وإذا صدر حكم قضائي غير بات تمحى آثاره. أما إذا حدثت التسوية وأرسلت مذكرة سحب الطلب والتنازل عنه بعد صدور حكم بات فلا يرتب طلب السحب والتنازل عن الطلب أي أثر على الدعوى الجنائية لأنها قد انقضت انقضاء طبيعياً بصدور حكم بات.

وتعد آثار المصالحة وفقاً لنص المادة (٢٠٨) جمارك نسبية، فلا ينتفع الغير منها ولا يضر بها، ونقصد بالغير الشركاء والفاعلين الآخرين والذين ليسوا طرفاً في المصالحة؛ أي أنهم أطراف في الجريمة وليسوا أطرافاً في المصالحة، بتعبير آخر أن المصالحة التي أبرمتها مصلحة الجمارك مع أحد الفاعلين الأصليين لا تمنعها من المتابعة ضد الباقين من الشركاء، لأنَّ المستفيد من المصالحة هو الشخص المتعاقد والمتصالح معها في حين أن الأشخاص الآخرين المذكورين في مذكرة الطلب والرفع ولم تشملهم مذكرة التنازل سيتابعون وتفرض عليهم عقوبات مالية بالتضامن إضافة إلى العقوبات الجزائية المقررة قانوناً^(١).

والتنازل ملزم لمصلحة الجمارك فلا يحق لها بعد إرسال مذكرة تنازل العدول عنه لأي سبب من الأسباب، وتقديم طلب جديد لتحريك دعوى جنائية في الواقعة ذاتها وضد نفس المتهم، ولكن لا يعد رجوعاً على التنازل أن تكتشف مصلحة الجمارك وقائع أخرى سابقة على الوقائع التي تضمنها الطلب أو لاحقة لها، اقترفها نفس المتهم، فالتنازل يقتصر على الواقعة التي تضمنها الطلب دون غيرها من الوقائع التي لم يشملها الطلب.

(١) تراجع: المادة (٢٠٩) من قانون الجمارك.

الخاتمة

في هذه الدراسة تناولنا بالبحث والتحليل مسألة جمركية ذات طابع جزائي، وهي مسألة طلب رفع الدعوى الجنائية الجمركية في قانون الجمارك اليمني، وقد توصلنا إلى العديد من النتائج والمقترحات، ولعله من المفيد في نهاية الدراسة أن نسجل النتائج والمقترحات التي رأيناها لازمة لتحقيق ما هو ملائم بعد البحث وبذلك تكتمل الفائدة من هذا البحث.

أولاً: النتائج:

الدعوى الجنائية الجمركية هي عبارة عن مطالبة نيابة الأموال العامة لمحكمة الجمارك الابتدائية معاقبة مرتكب المخالفات وجرائم التهرب الجمركي.

لا تملك نيابة الأموال العامة سلطة تقديرية مطلقة برفع الدعوى أمام القضاء الجمركي فسلطتها تلك مقيدة بتقديم طلب خطي من رئيس المصلحة أو من يفوضه بذلك حال غيابه، ودون هذا الطلب تبقى يدها مغلولة عن هذه المطالبة، فهو إجراء من النظام العام ينبغي التحقق منه لصحة الرفع إلى محكمة الجمارك الابتدائية، وإذا رفعت الدعوى دون طلب فإنه يتعين على المحكمة القضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية.

الطلب هو عبارة عن مذكرة رسمية تصدر من رئيس مصلحة الجمارك اليمنية أو من يفوضه بذلك حال غيابه، يرسلها إلى نيابة الأموال العامة، طالباً فيها تحريك الدعوى الجنائية ضد مرتكب مخالفة جمركية أو جرم تهريب.

تقديم الطلب يؤدي إلى رفع القيد المفروض على سلطة نيابة الأموال العامة، في تقدير ملاءمة رفع الدعوى الجنائية إلا أن صدور هذا الطلب لا يلزم النيابة أن ترفع الدعوى فإن للنيابة أن تقرر عدم رفعها للقضاء وإصدار قرار بالآلا وجه لإقامة الدعوى الجنائية.

إذا صدر طلب تحريك الدعوى الجزائية الجمركية فإن لرئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه بذلك حال غيابه سلطة سحب هذا الطلب أو إلغائه أو طلب التنازل عنه بعد تقديمه في أية حالة كانت عليها الدعوى وذلك قبل صدور حكم بات فيها؛ وإذا تم التنازل عن الطلب لا يستطيع رئيس مصلحة الجمارك أو من يفوضه، إعادة طلب رفعها بعد أن يكون قد تنازل عنها.

كشفت هذه الدراسة عن وجود تناقض فيما يتعلق بقيد الطلب الوارد في المادة (٢٠٦) من قانون الجمارك وبين التطبيق العملي لها من قبل مصلحة الجمارك ونيابة

الأموال العامة، حيث جعل المشرع اليمني القيد برفع الدعوى الجنائية بينما ترسل مذكرة الطلب من رئيس مصلحة الجمارك بتحريك الدعوى الجنائية الجمركية.

ثانياً: التوصيات:

استناداً إلى العرض السابق للنتائج التي توصلنا إليها يمكن القول إنه لفت انتباهنا عدة نقاط تستوجب تقديم ملحوظات بشأنها، تأخذ وصف اقتراحات من شأنها أن تسهم في تصويب ما يثير الجدل في شكل ومضمون بعض مواد قانون الجمارك، وهي كالآتي:

إعادة النظر في صياغة نص المادة (٢٠٦) جمارك المنظمة لقيد طلب تحريك الدعوى الجنائية الجمركية، والتي تقضي بأنه «لا يجوز رفع الدعوى في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب إلا بناءً على طلب خطي من رئيس المصلحة أو من يفوضه بذلك» لاتسامه بالركاكة والقصور والنقص والغموض ونقترح أن يكون التعديل في الجزئيات التالية:

إضافة عبارة: «أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق» بعد عبارة: «لا يجوز رفع الدعوى الجنائية...» لتصبح العبارة بعد مقترح التعديل على النحو الآتي: «لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب...»، أو تغيير عبارة: «لا يجوز رفع الدعوى الجنائية» بعبارة: «لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية».

إضافة عبارة: «يوجه إلى النيابة المختصة» بعد عبارة: «طلب خطي» لتصبح العبارة بعد مقترح التعديل على النحو الآتي: «... إلا بناءً على طلب خطي يوجه إلى النيابة المختصة...».

ج- إضافة كلمة (خطياً) عقب كلمة (يفوضه) لتصبح العبارة بعد مقترح التعديل على النحو الآتي: «أو من يفوضه خطياً بذلك».

وبذلك يصبح نص المادة (٢٠٦) جمارك بعد تعديلها ضمن المقترحات آنفه الذكر على النحو الآتي: «لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب إلا بناءً على طلب خطي يوجه إلى النيابة المختصة من رئيس المصلحة أو من يفوضه خطياً بذلك».

إلغاء كلمة: (عقد) من المادة (٢٠٧) جمارك واستبدالها بكلمة: (صفقة).

عدم تحويل رئيس مصلحة الجمارك سلطة مطلقة في التنازل عن الطلب؛ إذ لا بد

من وضع قيود على هذا الحق تتمثل باستثناء حالة العود وكذلك إذا كان محل الجريمة بضائع ممنوعة، للحيلولة دون تشجيع المهرب على ارتكاب الجريمة مرة أخرى، وللحد من ظاهرة إدخال أو إخراج البضائع الممنوعة، وحتى لا تستخدم إبرام صفقة - تسوية صلحية - مبرراً لإفلات مرتكبي تلك الجرائم من العقاب.

وأخيراً نحث الجهات المختصة على الاهتمام بالكادر القضائي المتخصص في مثل هذه القضايا وذلك بإعداد دورات تدريبية للقضاة وأعضاء نيابة الأموال العامة للتخصص في المجال الجمركي.

كما نحث الفقهاء والشرح اليمنيين على الخوض في كافة مسائل قانون الجمارك بالبحث والتحليل والتأصيل لما لهذا الجانب من أهمية.

وختاماً أتمنى أن أكون قد وفقت في هذه الدراسة، وأضفت شيئاً جديداً للمكتبة القانونية يستفيد منه الباحثون والمشتغلون بالقانون، فإن قصرت فحسبي أنني بذلت كل ما في وسعي، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب:

١. د. أحمد عز الدين: جريمة التهريب الجمركي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
٢. د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
٣. د. أحمد فتحي سرور: قانون العقوبات في الجرائم الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٠م.
٤. د. إدوارد غالي الذهبي: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مكتبة غريب، الإسكندرية، ١٩٩٠م.
٥. د. حسن صادق المرصفاوي: أصول، الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٧م.
٦. د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣م.
٧. د. زكريا هاني: الجرائم الجمركية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م.
٨. د. عباس أحمد عباس: التهريب الجمركي، دار قباء، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
٩. د. عبد الباسط الحكيمي: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ٢٠٠٨م.
١٠. د. عوض محمد عوض: شرح قانون الإجراءات الجنائية، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٩م.
١١. د. فاروق محمد كمال: جريمة التهريب الجمركي وقرينة التهريب، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ١٩٨٨م.
١٢. د. مأمون محمد سلامة: قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠م.
١٣. د. محمد صبحي نجم: قانون أصول المحاكمات الجنائية رقم ٣ لسنة ١٩٦١م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٠م.
١٤. د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، جامعة القاهرة، ١٩٧٥م.

١٥. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م.
١٦. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م.
١٧. د. مطهر أنقع: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار الكتب اليمنية، صنعاء، ٢٠١٣م.
١٨. د. نبيل لوقا بياوي: الجرائم الجمركية دراسة مقارنة، ط ١، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٤م.
١٩. د. نبيل مدحت سالم: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار الثقافة الجماعية، القاهرة، بدون سنة نشر.
٢٠. ثانيًا: القوانين:
٢١. الدستور اليمني النافذ الصادر سنة ١٩٩١م. والمعدل سنة ٢٠٠١م.
٢٢. قانون الجمارك اليمني رقم ١٦ لسنة ١٩٩٠م. والمعدل بالقانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٠، والقانون رقم (٥) لسنة ٢٠٣٠.
٢٣. ٣ - قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.
٢٤. - قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م. والمعدل بالقانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٦،
٢٥. - قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م.
٢٦. - قانون الإثبات اليمني رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م.
٢٧. ٧ - قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩١م.
٢٨. ثالثًا: الأحكام القضائية:
٢٩. نقض مصري في ٧ مارس ١٩٦٧م، مجموعة أحكام النقض، س ١٨ رقم ٦٨.
٣٠. نقض مصري في ٩ فبراير ١٩٨٤م، مجموعة أحكام النقض، س ٣٥ رقم ٢٥.
٣١. نقض مصري في ١٥ إبريل ١٩٦٨م، مجموعة أحكام النقض، س ١٩، رقم ٨٧.
٣٢. نقض مصري في ٢٦ إبريل ١٩٨١م، مجموعة أحكام النقض، س ٣٢ رقم ٧٢.



المجلة
البحوث والبحوث
القانونية
والاجتماعية

العقوبات البديلة لعقوبة الحبس والبدايل الأخرى وفقاً للقوانين اليمنية في ضوء السياسة الشرعية

القاضي / حافظ محمد الفرح

مجلة
البحوث والبحوث
القانونية
والاجتماعية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وبعد:

فإن الفقه الشرعي والقانوني يكاد أن يجمع على مساوئ وأضرار عقوبة الحبس التعزيرية وأن السياسة الشرعية الجنائية تقتضي وجود البدائل الشرعية والقانونية لهذه العقوبة.

كما أن الواقع يؤكد بأن بلادنا كغيرها من البلدان تعاني من ازدحام السجون بالمحاييس وأن الضرورة تقتضي مراعاة مساوئ وأضرار عقوبة السجن على الأفراد وأسرهم وعلى المجتمع، لاسيما غير أصحاب السوابق أو المعروفين بالشر والفساد ذلك أن إصلاح من لم يسبق حبسهم من قبل قد يكون أجدى نفعاً بالعقوبات والبدائل الأخرى لعقوبة الحبس.

ومن المعلوم أن السياسة الشرعية الجنائية لا تمنع من وجود هذه البدائل وأن الواجب أن تنحصر عقوبة الحبس في الجرائم ذات الخطورة الاجتماعية دون غيرها من الجرائم، ذلك أن الأصل في الفقه الإسلامي ترك تقدير العقوبات التعزيرية لولي الأمر الشرعي أو من يقوم مقامه بشأن ذلك.

ومن لوازم تقدير ذلك مراعاة مقاصد الشريعة في القضاء وفي تشريع العقوبات ومراعاة الواقع والظروف والأحوال.

ولأهمية هذا الموضوع في معالجة الكثير من المشاكل الواقعية والإشكالات النظرية المتعلقة بعقوبة الحبس ومنها المساوئ والأضرار لعقوبة الحبس المجمع عليها من فقهاء الشريعة والقانون.

فقد تم إعداد هذا البحث الموسوم بـ (العقوبات البديلة لعقوبة الحبس والبدائل الأخرى وفقاً للقوانين اليمنية في ضوء السياسة الشرعية) وذلك لمعالجة المشاكل المتعلقة بعقوبة الحبس سواء عند صدور الأحكام أو أثناء تنفيذ هذه العقوبة.

ولذلك فقد تم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين ومطلب تمهيدي تضمن المطلب التمهيدي الأسباب والمبررات لاستبدال عقوبة الحبس بالعقوبات الأخرى وتضمن المبحث الأول بدائل عقوبة الحبس عند صدور الأحكام القضائية في القانون اليمني وتضمن المبحث الثاني العقوبات البديلة والبدائل الأخرى أثناء التنفيذ لعقوبة الحبس

وذلك وفقاً للخطة الآتية:

- مطلب تمهيدي: أسباب ومبررات استبدال عقوبة الحبس بالعقوبات الأخرى .
- المبحث الأول: العقوبات البديلة لعقوبة الحبس عند صدور الأحكام القضائية.
- المطلب الأول: استبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي .
- المطلب الثاني: اختيار عقوبة الغرامة المالية دون الحبس في العقوبات التخيرية
- المطلب الثالث: استبدال عقوبة الحبس بالبدائل الأخرى .
- المبحث الثاني: العقوبات البديلة لعقوبة الحبس والبدائل الأخرى أثناء التنفيذ.
- المطلب الأول: استبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي .
- المطلب الثاني: استبدال عقوبة الحبس بالغرامة المالية .
- المطلب الثالث: البدائل الأخرى عن الحبس أثناء التنفيذ الجنائي .
- الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات .
- والله تعالى أسأل القبول والتوفيق والسداد إنه ولي ذلك والقادر عليه .

مطلب تمهيدي

أسباب ومبررات استبدال عقوبة الحبس بالعقوبات الأخرى

من المعلوم في الفقه الإسلامي الذي يعد المصدر التشريعي للقوانين اليمنية أن عقوبة الحبس ليست من العقوبات الإلزامية، بل هي من العقوبات التعزيرية الاجتهادية الخاضعة في إقرارها وفي تقديرها وفي إنزالها على المحكوم عليهم للسياسة الشرعية.

والمقصود بالسياسة الشرعية: كل فعل يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد فقد جرى حوار بين ابن عقيل وأحد الشوافع، فقال الشافعي: لا سياسة إلا ما وافق الشرع، فقال ابن عقيل: السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحي فإن أردت بقولك ما وافق الشرع أي لم يخالف ما نطق به الشرع فصحيح، وإن أردت لا سياسة إلا ما نطق به الشرع فغلط^(١).

والمقصود بالسياسة الشرعية في مجال القضاء هو: الاجتهاد في شئون القضاء فيما لا نص فيه، والاجتهاد في تقدير الأدلة والحكم بالقرائن والأمارات في جرائم التعازير واختيار العقوبة المناسبة إزاء المتهمين وفقاً للأحوال والظروف للوقائع الجنائية ومدى تحقق مقاصد الشريعة من هذه العقوبات ومراعاة المصالح والمفاسد المترتبة على ذلك، فحيثما تحققت المصلحة فيجب العمل على جلبها ورعايتها وحيثما تحققت المفسدة فيجب العمل على دفعها وسد أبوابها^(٢).

ولذلك فإن تقدير عقوبة الحبس وإنزالها واستبدالها بغيرها راجع للاجتهاد الشرعي في ضوء مراعاة المصالح والمفاسد والمضار والمنافع التي يقدرها قاضي الحكم في العقوبات ذلك أن عقوبة الحبس ليست شريعة كليه دائمة لا تتغير بتغير الزمان والمكان كعقوبات الحدود والقصاص والديات وإنما هي سياسة جزئية بحسب المصلحة تختلف باختلاف الزمان والمكان والظروف والأحوال^(٣).

ومن خلال ما سبق يتضح بأن السياسة الشرعية قد تقتضي استبدال عقوبة الحبس بعقوبات أخرى، وقد تقتضي استبدال العقوبات التعزيرية الأخرى بعقوبة الحبس مراعاة للظروف والأحوال كما تقتضي السياسة الشرعية الحكم بالحبس في الجرائم التعزيرية

(١) ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الأرقم بيروت، الطبعة الأولى، عام ١٤١٩هـ، ص ٣٨.

(٢) د/ محمد عبد العاطي محمد: المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي، دار الحديث القاهرة، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٨هـ، ص ٢٧٢.

(٣) ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع السابق، ص ٤٣.

الخطيرة على الأفراد والمجتمع وتقتضي استبدالها بغيرها في الجرائم غير الخطيرة فالعبرة في تحقق المصلحة المشروعة من ردع الجناة وزجر غيرهم وأن الهدف من العقوبة هو الإصلاح والتقويم وليس الانتقام والتشفي.

ومن أهم المبررات والأسباب لاستبدال عقوبة الحبس بغيرها من العقوبات في بلادنا المبررات والأسباب الآتية:

- إن استعمال وسيلة الحبس كعقوبة تعزيرية في الجرائم غير الخطيرة على المجتمع يعد من باب عدم مراعاة السياسة الشرعية من وجوب إنزال العقوبة الشرعية المناسبة على المحكوم عليهم؛ لأن الحبس يعد من أشد العقوبات التعزيرية، وحجز الحرية ليس بالأمر الهين والبسيط على النفوس، ولذلك يجب ألا يستعمل إلا في القضايا التي تستحق ذلك كعقوبة رادعة وزاجرة ترجح فيها المصلحة العامة على مصلحة الأفراد.
- إن عقوبة الحبس لها مصالح في ردع وزجر المتهمين إلا أن لها مضار ومفاسد كثيرة ومن أهمها الأضرار المعنوية والنفسية على المحكوم عليهم والأضرار على أسرهم في تعطيل منافع الأسرة وعلى المجتمع في تعطيل الكثير من الطاقات والقدرات التي يحتاجها المجتمع وبذلك لا بد من الموازنة بين هذه الأضرار والمصلحة المبتغاة من عقوبة الحبس.
- إن الواقع يؤكد كثرة المساجين وازدحام السجون بهم في بلادنا وغيرها من البلدان كما تتحمل الدولة أعباء كثيرة بسبب ذلك مع إمكانية استبدال الحبس ببدائل أخرى يتحقق معها درء مفاسد وأضرار هذا الازدحام، وكذا تحقق المصلحة في الحبس في الجرائم الخطيرة دون غيرها مما يستوجب استعمال وسيلة الحبس عند الضرورة لذلك وليس في كل الأحوال.
- إن حبس بعض المتهمين يتعارض مع السياسة الشرعية في وجوب مراعاة المصالح ودرء المفاسد؛ فقد يختلط بعض المتهمين مع الأشرار وأصحاب السوابق فيؤثرون عليهم سلبياً ولا تتحقق المصلحة المرجوة من الحبس؛ لأن عقوبة الحبس غرضها ومقصدها الشرعي إصلاح الجناة وردهم إلى جادة الصواب حتى يصبحوا أفراداً صالحين في المجتمع وردد غيرهم من أن يقعوا في نفس سلوكهم الإجرامي، وليس أن يتحول المحبوس إلى محترف للإجرام ومن ذوي السوابق لمخالطة الأشرار وتعوده على الحبس.

لذلك ولهذه المبررات وغيرها فإن الواجب يقتضي عدم اتخاذ عقوبة الحبس إلا في إطار مقتضيات المصلحة الشرعية المعتبرة واللجوء إلى البدائل بإعمال نصوص القوانين على الوجه الصحيح وعدم الإسراف في أمر الحبس لخطورته وأضراره على الأفراد والمجتمع إلا متى كان هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق العدالة في المجتمع كما أن السياسة الشرعية لا تمنع من استبدال عقوبة الحبس بغيرها من البدائل المشروعة أثناء التنفيذ متى وجد النص القانوني المسوغ لذلك، وكذا النص المتضمن للشروط والضوابط المتعلقة باستبدال عقوبة الحبس بغيرها.

وما يؤكد سلامة هذا الرأي هو ما تطرق إليه القاضي عبد القادر عودة في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي من أن عقوبة الحبس في الشريعة الإسلامية هي عقوبة ثانوية وليست أساسية وأنه لا ينبغي جعلها عقوبة أساسية في كل الجرائم كأنظمة القانونية، ذلك أن لها مساوئ وأضراراً وأن من مساوئها امتلاء السجون بالمحاييس وتحول السجون إلى بيئة للإجرام كما أنه لا ينبغي للقاضي الحكم بالحبس إلا متى ما رأى أن الجاني لا يصلح له إلا ذلك، مضيفاً بأن الأصل في العقوبات التعزيرية في الشريعة الإسلامية هي عقوبة الجلد وليست عقوبة الحبس^(١).

(١) القاضي عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة الرابعة عشرة، الجزء الأول، ص ٦٩٦.

المبحث الأول

العقوبات البديلة لعقوبة الحبس عند صدور الأحكام القضائية

المطلب الأول

استبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي

من المعلوم أن العقوبات التعزيرية غير محددة وغير مقدرة بخلاف عقوبات الحدود والقصاص والديات فقد ترك الشارع أمر الاجتهاد في التعازير لولي الأمر الشرعي مراعاة للمصلحة العامة للمجتمع، ولأن جرائم التعزير قد تتغير من وقت إلى آخر وقد يستجد فيها ما لم يكن معروفاً من قبل وتقتضي المصلحة إدراج ما استجد منها ضمن تلك الجرائم وتحديد عقوبات لها حسب المصلحة المرعية وفقاً للظروف والأحوال المتغيرة من زمان إلى زمان^(١).

ومن العقوبات المستجدة في العصر الحديث عقوبة العمل الإلزامي والتي اقتضتها السياسة الشرعية الجنائية كعقوبة بديلة عن عقوبة الحبس؛ وذلك لتلافي مساوئ وأضرار الحبس وليس بقصد التخفيف على المجرمين كما يظن البعض إنما المقصود بها إصلاحهم وإدماجهم في المجتمع.

ويقصد بعقوبة العمل الإلزامي: تشغيل المحكوم عليه في أحد المشروعات العامة المدة المقررة في الحكم القضائي الواجب التنفيذ.

وقد نص على هذه العقوبة قانون الجرائم والعقوبات والذي نص على أنه: «يجوز للمحكمة في الجرائم المعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أن تستبدل بالحبس عقوبة العمل الإلزامي مدة لا تزيد عن مدة الحبس المقررة للجريمة وذلك متى تبين لها من أسباب الجريمة وشخصية الفاعل وماضيه ووضع الاجتماع أن الأثر التربوي للعقوبة يمكن تحقيقه بغير اللجوء إلى الحبس ويجري تنفيذ العقوبة بتشغيل المحكوم عليه حسب قدراته في أحد المشروعات العامة المدة التي يقررها الحكم ويجوز أن يتضمن الحكم إلزام المحكوم عليه بالإقامة في منطقته المشروع الذي يجري فيه التنفيذ أو في إحدى المنشآت العقابية القريبة منه ويخصم من أجر المحكوم عليه مقابل ما يقدمه المشروع له من خدمات كالمأكل والملبس والسكن» (م ٤٤ق.ع).

(١) د/ علي حسن الشرفي: النظرية العامة للجريمة، مكتبة أوان صنعاء، الطبعة الرابعة، عام ١٤٢٥هـ، ص ٦٨.

ومن خلال هذا النص القانوني يتضح بأن المشرع اليمني قد قرر استبدال عقوبة الحبس بعقوبة العمل الإلزامي وأحاط ذلك بالعديد من الشروط والضوابط القانونية والتي تتمثل بالشروط الآتية:

- أن تكون الجريمة المحكوم فيها بالعمل الإلزامي من الجرائم غير الجسيمة وفقاً لما أشار إليه النص بأن ذلك يجوز في الجرائم المعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالتالي فإن عقوبة العمل الإلزامي لا يجوز الحكم بها كعقوبة بديلة عن الحبس في الجرائم الجسيمة.
- أن يتبين للمحكمة أن الأثر التربوي للعقوبة يمكن تحقيقه من غير اللجوء إلى عقوبة الحبس وذلك من خلال أسباب الجريمة وشخصية الفاعل وماضيه ووضع الاجتماعى وبذلك فإن القصد هو إصلاح الجاني من غير اللجوء إلى عقوبة الحبس متى ما تبين للمحكمة أن المتهم ليس من أصحاب السوابق ولا من المعروفين بالشرف فضلاً عن سبب الوقوع في الجريمة ووضع الفاعل الاجتماعى.
- أن يتم تشغيل المحكوم عليه في أحد المشروعات العامة أي المشروعات التابعة للدولة فيكون تشغيله للمصلحة العامة، وبالتالي لا يمكن تشغيله في المشروعات المختلطة التي تسهم فيها الدولة ولا في المشروعات التابعة للأشخاص أو الشركات الخاصة.
- أن تكون مدة العمل هي المدة المقررة في الحكم وبمقابل أجر شهري يخصم منه ما يقدمه المشروع من خدمات تتعلق بالمأكل والمسكن والملبس^(١).

وغني عن البيان أنه يجب أن يكون العمل بما يتناسب مع قدرة الشخص ومؤهله العلمي وخبرته في الأعمال المختلفة حتى يستفاد من عمل الشخص في المصالح العامة للمجتمع وحتى لا يشق عليه في أي عمل لا خبرة له فيه أو لا قدرة له عليه.

كما نص قانون الجرائم والعقوبات على العدول عن الحكم بالعمل الإلزامي إلى عقوبة الحبس إذا تكاسل المحكوم عليه عن العمل أو لم يقم به تنفيذاً للحكم وذلك عن طريق طلب النيابة العامة من المحكمة ذلك؛ كون النيابة العامة هي صاحبة الولاية في تنفيذ العقوبات الجنائية فقد نص قانون الجرائم والعقوبات على أنه: «إذا تكاسل المحكوم عليه عن العمل المسند إليه أو لم يقم به أو فر منه جاز للنيابة العامة أن تطلب من قاضي

(١) د/ ظاهر صالح العبيدي: قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام للعقوبات، مكتبة دار اليمن الكبرى، عام ١٩٩٧م، ص ٨٩-٩٠.

المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم أو التي يجري التنفيذ في دائرتها أن يصدر أمراً بتنفيذ عقوبة الحبس عليه وعندئذ يستكمل تنفيذ المدة المحكوم عليه بها في إحدى المنشآت العقابية» (م ٤٥ق.ع).

وبذلك يتضح أن المشرع اليمني قد نهج في سياسته الشرعية الجنائية باستبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي ولكي تتحقق هذه السياسة في الواقع، فيجب على الجهات المختصة موافاة المحاكم بالمشروعات الحكومية التي يمكن تشغيل الجناة فيها بدلاً عن عقوبة الحبس كما أن للقاضي وفقاً لمعلوماته أن يحدد ذلك أو يستعين بالنيابة العامة في تحديد الجهة التي يمكن تشغيل المحكوم عليه فيها أو يترك ذلك للنيابة العامة.

المطلب الثاني

اختيار عقوبة الغرامة دون الحبس في العقوبات التخيرية

إن مما يلزم الإشارة إليه أن العقوبات التعزيرية في الفقه الإسلامي متعددة ومتدرجة من الوعظ والإرشاد والتوبيخ والتهديد والحبس والغرامة المالية والإعدام وفقاً لأحوال وظروف الجرائم التعزيرية وأن الغرامة هي إحدى العقوبات التي قررها بعض فقهاء الشريعة الإسلامية^(١).

ولا شك أن عقوبة الغرامة المالية تعد إحدى العقوبات التعزيرية في القانون اليمني ويقصد بها إلزام المحكوم عليه بأن يدفع مبلغاً من المال إلى الخزينة العامة للدولة كعقوبة له فيما يتعلق بالحق العام.

ومقدار الغرامة في القانون اليمني لا يزيد على سبعين ألف ريال ولا يقل عن مائة ريال ما لم ينص القانون على خلاف ذلك فقد نص قانون الجرائم والعقوبات النافذ على أنه: «الغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع لخزينة الدولة المبالغ التي تقدرها المحكمة في الحكم ولا تنقص الغرامة عن مائة ريال ولا تجاوز سبعين ألف ريال ما لم ينص القانون على خلاف ذلك» (م ٤٣ق.ع).

وتتميز عقوبة الغرامة بأنها تصيب المرء في ذمته المالية دون شخصه فلا تصيبه في جسده ولا تمثل قيلاً على حريته ولا تمس سمعته وشرفه أو تنال من مكانته الاجتماعية، كما أنها تجنب المحكوم عليه مساوىء الحبس، إذ أنها تحول بينه وبين الاختلاط بنزلاء

(١) ق. د / عبد المؤمن شجاع الدين: التشريع الجنائي الإسلامي، مكتبة ومركز الصادق، الطبعة السابعة، عام ٢٠٢٠ م، ص ٢٤٢ وما بعده.

السجن من محترفي الإجرام وتتيح له مزاولة عمله أو مهنته ولا تتضرر أسرته من فقد عائلها، كما أنها عقوبة عادلة وراذعة لمواجهة الجرائم التي يكون الدافع لارتكابها الطمع والجشع في مال الغير أو الكسب غير المشروع لأنها عقوبة من جنس الفعل ولأنها تصيب الشخص في ذمته المالية، فضلاً عن كونها تدر دخلاً للدولة ولا تشكل أي أعباء عليها^(١).

ومن خلال الاطلاع على قانون الجرائم والعقوبات وغيره من القوانين العقابية يتضح بأن سياسة المشرع اليمني في تقرير العقوبات التعزيرية قد قرنت بين عقوبة الحبس والغرامة في عقوبات الكثير من الجرائم غير الجسيمة وبعض القضايا الجسيمة، وجعلت للقاضي حق اختيار إحدى العقوبتين في نفس الواقعة الجنائية، وهو ما يتيح للقاضي حق إنزال إحدى العقوبتين مراعيًا ظروف الواقعة وأسبابها وحال المتهم وحصول التصالح بين الطرفين وغير ذلك من الظروف المشددة أو المخففة للعقوبة.

ومن الأمثلة على الجرائم الجنائية التي جعل المشرع الاختيار للقاضي بتطبيق إحدى العقوبتين الحبس أو الغرامة ومنها على سبيل التمثيل لا الحصر الجرائم الآتية:

- جريمة الإيذاء العمدي وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٤٤) عقوبات.
- جريمة الإصابة الخطأ المعاقب عليها بنص المادة (٢٤٥) عقوبات.
- جريمة الامتناع عن تسليم الصغير لحاضنه المعاقب عليها بنص المادة (٢٥١) عقوبات.
- جريمة التهديد وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٥٤) عقوبات.
- جريمة الفعل الفاضح المعاقب عليها بنص المادة (٢٧٤) عقوبات.
- جريمة المساس بحرمة الزواج المعاقب عليها بنص المادة (٢٧٦) عقوبات.
- جريمة المقامرة في محل عام المعاقب عليها بنص المادة (٢٨٧) عقوبات.
- جريمة السب والإهانة المعاقب عليهما بنص المادة (٢٩٢) عقوبات.
- جريمة الشروع في السرقة المعاقب عليها بنص المادة (٣٠٢) عقوبات.
- جريمة الأضرار بمال الغير المعاقب عليها بنص المادة (٣٢١) عقوبات.

وثمة جرائم كثيرة معاقب عليها بالحبس أو الغرامة في قانون العقوبات أو غيره، ويستفاد من التخيير بين عقوبة الحبس والغرامة أن هذه الجرائم في نظر المشرع أقل

(١) د/ طاهر صالح العبيدي: قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام للعقوبات، مرجع سابق، ص ٨١-

خطورة من غيرها، وللقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالغرامة أو الحبس، بينما الجرائم الخطيرة كجرائم الأمن العام الداخلي والخارجي وجرائم التزوير وجرائم الأخلاق كهتك العرض وممارسة الفجور والدعارة وجريمة الاختطاف والمخدرات والحدود التي لا تتوفر فيها شروط الحد الشرعي وغيرها، فعقوباتها التعزيرية هي الحبس دون الغرامة وسلطة القاضي فيها في تقدير مدة العقوبة لما لها من خطورة على المجتمع.

ومن خلال كل ما ذكر يتضح أن ثمة خيارات للقضاة في القضايا الجنائية بالحكم في الحبس أو الغرامة، وهو ما يقتضي نظراً لظروف ازدحام السجون، ولما يشكله الحبس من أضرار، ولكون الغرامة لا تشكل عبئاً على الدولة ولا تعرض المحكوم عليه للتعود على السجن ومخالطة محترفي الإجرام، ولأن من أحكام الشريعة إقالة ذوي الهيئات عثراتهم الأمر الذي يقتضي وفقاً للسياسة الشرعية أن لا يحكم بالحبس في هذه القضايا إلا على أصحاب السوابق أو المعروفين بالشر، أما غيرهم ممن وقع في معصية وارتكب جريمة من هذه الجرائم وليس له سوابق من قبل وليس معروفاً بالشر فإن السياسة الشرعية في إصلاح الجناة وإعادتهم إلى جادة الصواب تقتضي عدم الحكم عليهم بالحبس، بل بالبدائل الأخرى كالغرامة أو غيرها، مع ضرورة مراعاة القاضي لظروف المحكوم عليه الاقتصادية قبل الحكم عليه بالغرامة فإذا كان فقيراً فإن الأولى هو توقيف العقوبة، لاسيما وإن من مساوئ السجن أيضاً كما ذكرت سابقاً التعود على السجن وهو ما ينتج عنه العود إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى ومعلوم في سياسة الشرع وقواعده العامة بأن درء المفسد مقدم على جلب المصالح.

المطلب الثالث

استبدال عقوبة الحبس بالبدائل الأخرى

إن بدائل الحبس في القانون اليمني لا تقتصر على العمل الإلزامي أو اختيار عقوبة الغرامة المالية، بل إن ثمة بدائل أخرى نص عليها قانون الجرائم والعقوبات وتتمثل في وقف تنفيذ عقوبة الحبس أو الغرامة وفي الامتناع عن النطق بالعقوبة، ويمكن إيضاح ذلك وفقاً لما يلي:

أولاً: وقف تنفيذ العقوبة:

إن من مقتضيات السياسة الشرعية الجنائية تطبيقاً لأحكام الشرع في تحقيق العدالة ورعاية لمصلحة الأفراد والمجتمع توقيف تنفيذ عقوبة الحبس متى ما توفرت الشروط التي تقتضي ذلك، لأن الغاية والهدف من العقوبة هي إصلاح المحكوم عليه من خلال تأهيله حتى يصبح فرداً صالحاً في المجتمع، غير أن إصلاح كل جان لا يقتضي إنزال العقوبة عليه فقد، يكتفى في حق بعض الأشخاص بالتهديد والتخويف من إيقاع العقوبة عليهم لما يظهر من أمارات تدل على عدم عودتهم لارتكاب الجريمة مرة أخرى^(١).

ولذلك كانت السياسة الشرعية في عقوبات التعازير قائمة على أساس تعدد العقوبات وتدرجها نظراً لاختلاف أخلاق الناس وطبائعهم وأحوالهم، فمن الناس من يكتفى في حقه بالموعظة والإرشاد، ومنهم من يكتفى بتخويفه وتهديده، ومنهم من يجب العفو عنه وإقالة عثرته، ومنهم من يستحق تغريمه، ومنهم من لا تصلح أحواله إلا بالحبس، وهكذا وقد أخذ المشرع اليمني بهذه السياسة في تعدد العقوبات التعزيرية والتخيرية فيها واستبدال بعضها ببعض تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فقد أخرج أبو داود والنسائي وغيرهما أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: (أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود) وإقالة العثرة إنما تكون بالعفو عن العقوبة أو توقيف تنفيذها أو الامتناع عن النطق بها، والمراد بذوي الهيئات غير المعروفين بالشرف فيزل أحدهم الزلة ويندم على ذلك، وقيل: هم أصحاب الصغائر دون الكبائر، وقيل: أهل القرآن والعلم والآداب الإسلامية لأهل المال والجاه^(٢).

ولا شك أن توقيف عقوبة الحبس أو الغرامة من مؤكدات هذه السياسة الشرعية

(١) د/ عمر سالم: ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، عام ١٩٨٨م، ص ٤٧.

(٢) د/ ظاهر صالح العبيدي: قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام للعقوبات، مرجع سابق، ص ١٢٢.

التي لم تعرفها النظم القانونية الغربية إلا في العصر الحديث، وأنها في الحقيقة عقوبة رادعة، بما يحصل للمحكوم عليه من تهديد بإيقاع العقوبة، وفي نفس الوقت فإنها مانعة له من ارتكاب أي جريمة أخرى خوفاً من نفاذ هذه العقوبة عليه في المستقبل غير أنها من البدائل لعقوبة الحبس ومن أسباب تجنيب المحكوم عليه مساوئ الحبس وأضراره^(١).

وقد نص المشرع اليمني في قانون الجرائم والعقوبات على أحكام وقف تنفيذ عقوبة الغرامة أو الحبس في المادتين (١١٨، ١٢٠) فقد نص القانون السالف الذكر على أنه: «للقاضي عند الحكم بالغرامة أو الحبس مدة لا تزيد على سنة أن يأمر بوقف تنفيذ العقوبة إذا تبين من فحص شخصية المحكوم عليه وظروف جريمته ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة أخرى، وللقاضي أن يجعل وقف التنفيذ شاملاً لأية عقوبة تكميلية عدا المصادرة، ويجوز له عند الأمر بوقف التنفيذ أن يلزم المحكوم عليه بأداء التعويض المحكوم به لمن أصابه ضرر من الجريمة، وذلك خلال أجل يحدد في الحكم ويكون وقف تنفيذ العقوبة لمدة سنتين من تاريخ الحكم النهائي، وإذا انقضت هذه المدة دون أن يتوافر سبب من أسباب إلغاء وقف التنفيذ اعتبر الحكم كأن لم يكن» (م١١٨ق.ع).

ومن خلال النص القانوني سالف الذكر يتضح بأن المشرع قد أحاط الحكم بوقف التنفيذ بعدة ضوابط وشروط وهي الشروط الآتية:

- أن يكون الحكم بوقف التنفيذ بالغرامة أو الحبس الذي لا تزيد مدته على سنة، وبالتالي إذا كان الحكم بالحبس مدة تزيد على سنة، فلا يجوز وقف التنفيذ. أما الغرامة سواء كانت قليلة أو كثيرة فيجوز فيها وقف تنفيذ الحكم.
- أن يتبين للقاضي من خلال شخصية المحكوم عليه وظروف الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى، وهذا الأمر متروك لذكاء القاضي وحكمته وحسن تقديره للأمور.
- أن يصرح الحكم بوقف تنفيذ العقوبة خلال مدة سنتين من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً، أي واجب التنفيذ، ويجوز أن يأمر القاضي المحكوم عليه بأداء التعويض للمحكوم له.

ويترتب على صدور الحكم بوقف التنفيذ اعتباره كأن لم يكن إذا لم يرتكب المحكوم

(١) د/ عبد الرحمن باجي: دور العقوبات البديلة في التقليل من تنامي معدل الجريمة، دراسة في التشريع الجزائري، ص ١٠٨.

عليه جريمة أخرى خلال مدة السنتين المشار إليها، أما إذا ارتكب المحكوم عليه جريمة خلال تلك المدة وحكم عليه بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر، أو لم يقم بتنفيذ التزامه بأداء التعويض، أو صدر عليه حكم خلال مدة السنتين ولم تعلم به المحكمة فإنه يتم إلغاء الحكم عن طريق المحكمة التي أصدرت الحكم أو التي ثبت أمامها سبب الإلغاء بناء على طلب النيابة العامة، ويجب على النيابة تنفيذ عقوبة الحبس مع مراعاة ما نصت عليه المادة (١١٥) بشأن تعدد الجرائم وأثره في العقوبة وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (١٢٠) عقوبات.

ثانياً: عدم النطق بالعقوبة:

ويعتبر عدم النطق بعقوبة الحبس أو الغرامة من البدائل الأخرى لعقوبة الحبس تطبيقاً لقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم).

ويتميز عدم النطق بالعقوبة بنفس مميزات توقيف العقوبة وذلك في تجنب مساوئ عقوبة الحبس وفي منع المحكوم عليه من ارتكاب أي جريمة أخرى وفي تطبيق السياسة الجنائية في إصلاح الجاني دون معاقبته^(١).

وقد نص المشرع اليمني في قانون الجرائم والعقوبات على الحكم بعدم النطق بالعقوبة وبين ضوابط ذلك، والذي نص على أنه: «يجوز للقاضي إذا ما توافرت شروط تطبيق المادة السابقة أن يمتنع عن النطق بالعقوبة مع تكليف الجاني أو وليه بأن يتعهد كتابة بعدم ارتكاب الجريمة مستقبلاً وتقدر المحكمة مبلغاً معيناً يراعى فيه يسار الجاني ويقدم عنه كفيلاً مقتدرًا فإذا انقضت سنتان من تاريخ الحكم النهائي دون أن يرتكب الجاني جريمة سقط الضمان وامتنع النطق بالعقوبة أما إذا ارتكب الجاني جريمة ألزمت المحكمة الكفيل بمبلغ الضمان ونطقت بالعقوبة وتتبع في هذا الشأن الإجراءات المنصوص عليها في المادة التالية ولا يخل ذلك بمحاكمة الجاني عن الجريمة الجديدة» (م١١٩ق.ع).

ويتبين من خلال هذا النص ضرورة توفر نفس الشروط المذكورة سلفاً في عقوبة توقيف تنفيذ العقوبة وهي الثلاثة الشروط السابق الإشارة إليها بالإضافة إلى التعهد بعدم ارتكاب الجريمة مستقبلاً وتقديم الكفالة المالية، كما بين النص إجراءات إلغاء وقف التنفيذ بجلاء ووضوح أي بنفس إجراءات إلغاء وقف التنفيذ^(٢).

(١) د/ طاهر صالح العبيدي: قانون الجرائم والعقوبات القسم العام، مرجع سابق. ص ١٣١ - ١٣٣.

(٢) المرجع السابق: ص ١٣٠ - ١٣١.

ومن خلال ما سبق الإشارة إليه بشأن توقيف العقوبة التعزيرية بالحبس أو الغرامة أو عدم النطق بهما، وما تضمنه المطلب الأول والثاني من هذا المبحث يتضح أن بدائل عقوبة الحبس في القانون اليمني متعددة وليست منحصرة في بديل واحد وتتمثل في العمل الإلزامي والغرامة المالية وتوقيف عقوبة الحبس وعدم النطق بها وفقاً للضوابط والشروط القانونية.

ومما يجدر الإشارة إليه أن توقيف عقوبة الغرامة محل انتقاد للدارسين والباحثين في هذا المجال؛ إذ يرى البعض أنها لا توجد دواعي لتوقيف عقوبة الغرامة بخلاف عقوبة الحبس التي لها أضرار ومساوئ كثيرة^(١).

إلا أن المشرع اليمني قد أحسن في ذلك لاتفاق التوقيف للغرامة مع أحكام الشريعة الإسلامية لاسيما إذا كان المحكوم عليه من فئة الفقراء.

وكان يلزم على المشرع اليمني في قانون الجرائم والعقوبات بشأن عدم النطق بالعقوبة الاكتفاء بالضمان الحضوري دون المالي تحقيقاً لمبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية حتى لا تقتصر إقالة العثرات على الأغنياء دون الفقراء^(٢).

(١) د/ عبد الرحمن باجي: دور العقوبات البديلة في التقليل من تنامي معدل الجريمة دراسة في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ١١٠.

(٢) د/ محمد عبدالقادر أبو فاس: النظام السياسي في الإسلام، دار الفرقان عمان، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ، ص ٤٠ وما بعده.

المبحث الثاني

العقوبات البديلة لعقوبة الحبس والبدائل الأخرى أثناء التنفيذ

المطلب الأول

استبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي

لقد سبق الحديث عن استبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي من قبل قضاة الحكم وأوجه تقديرهم لذلك وضوابطه والحديث هنا يختص باستبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي أثناء تنفيذ الأحكام الجنائية من قبل النيابة العامة.

فإن مما لا شك فيه أن السياسة الشرعية الجنائية لا تقتصر على استبدال عقوبة الحبس بغيرها عند صدور الأحكام القضائية، بل إن المصلحة الشرعية قد تقتضي ذلك أثناء التنفيذ للأحكام وليس ذلك على إطلاقه، بل في إطار ما تتحقق به المصلحة ويتحقق فيه مقاصد الشريعة في القضاء عامة وفي العقوبات خاصة، فالعبرة بتحقق المقاصد في العقوبة أو استبدالها من ردع الجاني عن ارتكاب الجريمة مرة أخرى ومن زجر غيره ومن ضرورة إرضاء المجني عليه^(١).

وقد انتهج المشرع اليمني سياسة استبدال عقوبة الحبس بعقوبة العمل الإلزامي فيما يتعلق بالحبس البسيط وما يتعلق بتنفيذ الإكراه البدني في تنفيذ عقوبة الغرامة، وبذلك فإن المشرع اليمني قد أجاز استبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي في حالتين، هما:

الحالة الأولى: تخيير المحكوم عليه بين تنفيذ عقوبة الحبس البسيط أو العمل الإلزامي:

فقد نص قانون الإجراءات الجزائية على أن: «لكل محكوم عليه بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أن يطلب بدلاً من تنفيذها عليه تشغيله خارج المنشأة العقابية وفقاً للأحكام المقررة في هذا الشأن ما لم ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار» (م٤٩٧ق.إ.ج).

ويتضح من خلال النص المذكور ما يلي:

(١) الإمام محمد الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، دار سحنون ودار السلام تونس، الطبعة الثانية، ١٤٢٨هـ، ص ٢٠٥ - ٢٠٦.

- أن العمل للمصلحة العامة في هذه الحالة اختياري للمحكوم عليه لا يلزم به إلا إذا تقدم بطلب بذلك يعلن فيه عن رغبته بالعمل للمصلحة العامة بدلاً من توقيع عقوبة الحبس.
- أن العبرة في منح حق طلب إبدال عقوبة الحبس بالعمل للمصلحة العامة بمدة العقوبة المحكوم بها وليس بالعقوبة المقررة للجريمة.
- لا يتمتع المحكوم عليه بهذا الحق إلا إذا كانت مدة العقوبة المحكوم بها ثلاثة أشهر فأقل وألا ينص الحكم على حرمانه من هذا الخيار.

وقد أرشدت التعليمات العامة النيابة في حال تنفيذ الأحكام التي لا يتجاوز الحبس فيها على ثلاثة أشهر بأن عليها حال التنفيذ تختيار المحكوم عليه بين تنفيذ عقوبة الحبس عليه أو تشغيله خارج المنشأة العقابية وفقاً للأحكام المقررة في هذا الشأن وإذا اختار المحكوم عليه التشغيل بدلاً عن الحبس فينفذ عليه بمقتضى النموذج المعد لذلك (م. ٦٢٤. تعليمات).

كما نص قانون الإجراءات الجزائية على أنه: «يصدر النائب العام قراراً بإجراءات تنفيذ العمل الإجباري على المحكوم عليه به والجهات التي ينفذ فيها والأجور التي تستحق عنه ونصيب المحكوم عليه منها وكيفية تحصيلها وتوريد ما يخص الدولة منها للخزينة العامة» (م. ٥٠٥ ق. إ. ج).

الحالة الثانية: استبدال تنفيذ الإكراه البدني بالعمل الإلزامي:

من المعلوم وفقاً لنصوص الإجراءات والتعليمات العامة بأن العقوبات المالية الخاصة بالدولة بما في ذلك التعويضات وما يجب رده تنفذ على المحكوم عليه ولو كان معسراً، فإذا تبين للنيابة بعد تنفيذ العقوبة في الحق العام إعسار المنفذ ضده؛ وجب التنفيذ عليه بالإكراه البدني وذلك بحبسه مدة لا تتجاوز ستة أشهر ويكون الحبس مقابل خصم مائة ريال عن كل يوم وما بقي عليه من مبالغ مالية للدولة بعد حبسه ستة أشهر فإنها تنفذ عليه بالطريق المدني وفي حالة التنفيذ عليه بالإكراه البدني وهو طريق جنائي للتنفيذ، فإن له الحق إذا كان معسراً طلب التنفيذ عليه بالعمل خارج المنشأة العقابية، فقد نص قانون الإجراءات على أن «للمحكوم عليه أن يطلب في أي وقت من النيابة إبدال الإكراه البدني بعمل يقوم به لإحدى جهات الدولة أو الهيئات أو الشركات العامة بلا مقابل له لمدة ست ساعات يومياً، ويصدر النائب العام التعليمات الواجب اتباعها في هذا الشأن، وإذا تخلف المحكوم عليه عن أداء هذا العمل أو أهمل فيه بغير عذر مقبول يرسل

إلى المؤسسة العقابية للتنفيذ عليه بالإكراه البدني» (م ٥٢٧ ق.إ.ج).

وبذلك فقد أجاز القانون للمنفذ ضده بالإكراه البدني الحق في طلب تشغيله خارج المنشأة العقابية في المشروعات التابعة للدولة وقد أوكل القانون إلى النائب العام إصدار التعليمات المتعلقة بذلك، وقد نصت التعليمات على ما يجب اتخاذه بشأن تنفيذ العمل الإلزامي بدلاً عن الإكراه البدني وذلك في المواد (٦٩٢ - ٦٩٨) تعليمات^(١).

والملاحظ أن طريق الإكراه البدني هو من طرق التنفيذ الجنائية ويتعلق بالأموال المحكوم بها للدولة، أما المبالغ المالية المحكوم بها لغير الدولة فإنها تنفذ بالإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات والتنفيذ المدني بواسطة محكمة التنفيذ الابتدائية (م ٦٨٦) تعليمات).

كما يلاحظ بأن تنفيذ العمل الإلزامي سواء كان بناء على الحكم الصادر من المحكمة، أو الذي يتم أثناء التنفيذ فإنه يجب أن يتم بموجب قرار يصدر من النائب العام يحدد فيه الجهة التي يعمل فيها المحكوم عليه وما يستحقه من أجر في غير العمل البديل عن الإكراه البدني وغير ذلك مما أشير إليه في نص المادة (٥٠٥) إجراءات مع مراعاة التعليمات العامة المتعلقة باستبدال الإكراه البدني بالعمل الإلزامي.

وإذا تبين لنا بأن المشرع اليمني قد انتهج سياسة استبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي أثناء التنفيذ في الحالتين المذكورتين سلفاً، إلا أنه لم يوفق بشأن الحالة الأولى من حيث قصر مدة الحبس على ثلاثة أشهر، ذلك أن المشرع اليمني في قانون العقوبات كما سبق الإشارة إلى ذلك قد أجاز استبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي في الجرائم التي لا يتجاوز الحبس فيها مدة ثلاث سنوات، وأجاز توقيف عقوبة الحبس إذا حكم القاضي بالحبس مدة لا تزيد على سنة، وهو ما كان ينبغي للمشرع جعل حق الاختيار للمحكوم عليه في تنفيذ عقوبة الحبس أو العمل الإلزامي أثناء التنفيذ في مدة عقوبة الحبس التي لا تزيد على ستة أشهر ما لم يحرمه الحكم من هذا الخيار لأن الحكم بالمدد التي لا تقل عن ثلاثة أشهر نادرة بخلاف الأحكام بمدد ستة أشهر وأكثر، فكثير من الأحكام تكون بتلك العقوبة وهو ما سيجعل لاستبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي فائدة مرجوة من تقليل عدد النزلاء في السجون، كما أن مدة ستة أشهر هي المدة المعمول بها في بعض التشريعات العربية كمصر وغيرها.

(١) القاضي حافظ محمد الفرخ: أساسيات التحقيق والتصرف والتنفيذ في القضايا الجنائية، دار الكتب اليمنية مكتبة خالد بن الوليد، الطبعة الأولى، عام ١٤٤٦هـ، ص ٢١٤ - ٢١٧.

المطلب الثاني

استبدال عقوبة الحبس بالغرامة المالية

إن مما لاشك فيه أن المبررات والأسباب المتعلقة بضرورة إيجاد البدائل لعقوبة الحبس توجب ضرورة أن لا يقتصر الاستبدال لعقوبة الحبس بالعمل الإلزامي أثناء التنفيذ، بل يجب أن يكون هناك نص قانوني يجيز استبدال عقوبة الحبس بالغرامة، ولكن ضمن ضوابط وشروط شرعية محددة ولا يشترط أن تكون بعض الدول قد انتهجت هذه السياسة الشرعية فالعبرة بوجود المصلحة، ذلك أن الأحكام المبنية على المصلحة تتغير بتغير الزمان والمكان والظروف والأحوال لأنها سياسة جزئية وليست شريعة دائمة ومن ظن أنها شريعة دائمة فقد أخطأ في فهم الشرع وأنزل أحكام الشريعة في غير منزلها الصحيح، كما ذكر ذلك ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية وغيره من فقهاء الشريعة^(١).

ومن المبررات لاستبدال عقوبة الحبس بالغرامة أثناء التنفيذ الأسباب والمبررات الآتية:

- جميع الأسباب والمبررات التي أشرنا إليها في المطلب التمهيدي من هذا البحث ومنها مساوئ وأضرار الحبس على الفرد والمجتمع.
- أن الذي يتضح من خلال حديث الفقهاء عن جرائم التعزير أن الواجب كان يقتضي إعمال عقوبة الوعظ والإرشاد والتوبيخ بما يناسب كل منها في بعض الجرائم التعزيرية، وأن الأصل التدرج في ذلك، لاسيما قبل الأشخاص الذين ليس لهم سوابق جنائية وبما يناسب الجرائم التعزيرية، فقد يكتفى بالوعظ والإرشاد أو التوبيخ قبل بعض الأشخاص ومن باب أولى استبدال عقوبة الحبس بالغرامة قبلهم سواء أثناء الحكم أو أثناء التنفيذ.
- من خلال ما تطرقنا إليه في ثنايا هذا البحث يتضح أن السياسة الشرعية تقتضي إعمال عقوبة الحبس قبل الأشخاص المعروفين بالشر وأصحاب السوابق وأن الأولى اختيار عقوبة الغرامة قبل غيرهم من ذوي الهيئات الذين أوجب الشرع إقالة عثراتهم.
- إن من مقاصد الشريعة الإسلامية في القضاء وجوب إعادة الحقوق إلى أهلها وحسم النزاعات وعدم التطويل في الفصل فيها، ومن المصالح لاستبدال عقوبة

(١) ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٩٢٨م، ٤٧/١.

الحبس بالغرامة تعليقها بإعادة الحقوق الخاصة للمجني عليهم، لأن من مقاصد الشريعة في العقوبات ليس مجرد الردع والزجر، بل وإرضاء المجني عليهم وعدم الإطالة في إعادة حقوقهم^(١).

لذلك وتلك الأسباب الشرعية والواقعية ومن خلال ما تطرقنا إليه في ثنايا هذا البحث يمكن القول إنه على المشرع اليمني التقرير باستبدال عقوبة الحبس بالغرامة أثناء التنفيذ لعقوبة الحبس، وذلك في إطار الضوابط الشرعية ومن أهم الضوابط الشرعية الاجتهادية في ذلك الضوابط الآتية:

- أن يطلب المحكوم عليه استبدال عقوبة الحبس بالغرامة مقابل تشريفه للحكم الابتدائي واستعداده لتسليم ما حكم عليه من حقوق للمحكوم له.
- أن يتعهد لدى جهة التنفيذ بعدم العودة إلى ارتكاب هذه الجريمة مرة أخرى، وإذا ارتكب الجريمة مرة أخرى فإن القاضي لا يحكم عليه إلا بالحبس دون البدائل الأخرى.
- أن يكون ذلك في الجرائم غير الجسيمة التي جعل المشرع حق الاختيار للقاضي فيها بين عقوبة الحبس أو الغرامة وألا تزيد مدة الحبس في الحكم الصادر على سنة.
- أن تطلب النيابة من المحكمة استبدال عقوبة الحبس بالغرامة بعد تسليمه للحقوق الخاصة وتعهد عدم ارتكاب الجريمة مرة أخرى.
- يجب على القاضي عند الحكم بالغرامة مراعاة ظروف المحكوم عليه وله توقيف العقوبة أو عدم النطق بها وفقاً للقانون.

ومن خلال كل ما ذكرنا وأشرنا إليه يمكن القول بأن الفقه الإسلامي والسياسة الشرعية وما كتبه علماؤنا في هذا المجال يغنيان عن تجارب الآخرين ويجعلنا السابقين إلى الاجتهاد، وأن يستقي الآخرون من اجتهادنا وتجاربنا لا أن نستقي من اجتهادهم وتجاربهم، ويكفي في وجوب التخفيف في جرائم التعزيز حديث النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود).

وهو ما نرى معه بأن على المشرع اليمني أن يضيف نصاً إلى أحكام التنفيذ في قانون الإجراءات الجزائية يبين فيه جواز استبدال عقوبة الحبس بالغرامة وفقاً للشروط

(١) الإمام محمد الطاهر بن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، مقاصد الشريعة في القضاء، ص ١٩١ وما بعده.

والضوابط المذكورة سلفاً والمستمدة من الفقه الإسلامي والسياسة الشرعية التي يكون فيها حال الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد والله تعالى أعلى وأعلم.

المطلب الثالث

البدائل الأخرى عن الحبس أثناء التنفيذ

إن من أهم بدائل عقوبة الحبس أثناء التنفيذ غير عقوبة العمل الإلزامي البدائل الأخرى وهي بدائل وليست عقوبات والمقصد منها العفو أو التخفيف من العقوبة وتتمثل في أمرين اثنين وهما:

الأمر الأول: العفو الخاص عن العقوبة:

العفو الخاص عن العقوبة إنما يكون لولي الأمر الشرعي، لأن أمر التعازير متروك لتقديره فهو صاحب الحق بالعفو، كما يعد العفو عن العقوبة أو التخفيف فيها من باب إقالة ذوي الهيئات عثراتهم تطبيقاً لحديث النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود) رواه أبو داود والنسائي وغيرهما.

وقد نص القانون اليمني على أحكام العفو الخاص بأنه يكون في الحق العام بقرار من رئيس الجمهورية بناءً على عرض وزير العدل بعد الحكم البات، وأنه يكون بإسقاط العقوبة كلها أو بعضها أو بإبدالها بأخف منها، وأنه يسري على العقوبة التكميلية، ولا يمس العفو حقوق الغير إلا بموافقتهم ويعتبر من حقوق الغير القصاص والدية والأرش (م) (٥٣٩). إجراءات جزائية).

وبالتالي فإن العفو عن العقوبات التعزيرية في القانون اليمني منوط برئيس الجمهورية، فله أن يعفو عن أي عقوبة تعزيرية بما فيها عقوبة الحبس سواءً أكان عفواً كاملاً أو إسقاط بعضها أو استبدالها بغيرها كاستبداله عقوبة الإعدام بالحبس أو عقوبة الحبس بالغرامة، وأما حقوق الغير فليس له العفو عنها إنما يعفو عنها أصحابها، ومن حقوق الغير التعويض المدني وما يجب رده ومخاسير التقاضي ولهم استيفاؤها على الوجه المطلوب وفقاً للقانون، كما أنه لا يجوز العفو من رئيس الجمهورية عن القصاص والديات والأروش لأنها من الحقوق الخاصة^(١).

(١) د/ الهام محمد العاقل: قانون الإجراءات اليمني الجزء الأول الدعوى الجزائية والمدنية، مكتبة ومركز الصادق، الطبعة السابعة، عام ٢٠٢٠م، ص ١٩٤، د/ مطهر عبده الشميري: شرح قانون الإجراءات اليمني: مكتبة أوان، الطبعة الثالثة، ص ٨٩.

الأمر الثاني: الإفراج الشرطي:

المقصود بالإفراج الشرطي: إخلاء سبيل المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قبل انقضاء المدة المحكوم بها إذا ثبت بأن سلوكه خلال المدة التي قضاها في المنشأة العقابية يدعو إلى الثقة في تقويم نفسه^(١).

وقد بين المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية شروط الإفراج الشرطي ومن هي الجهة التي تقرر ذلك وكيف يتحول إلى إفراج نهائي ومتى يتم الغاؤه وغير ذلك من الأحكام المتعلقة به.

فأما شروط الإفراج الشرطي فقد حددها نصا المادتين (٥٠٦، ٥٠٨) إجراءات، والمادة (٦٢٩) من التعليمات العامة وتتمثل بالشروط الآتية:

- أن تكون العقوبة المحكوم بها من العقوبات السالبة للحرية وأن تكون المدة المحكوم بها أكثر من ثلاثة أشهر.
- أن يكون المحكوم عليه قد قضى ثلاثة أرباع المدة المحكوم بها في المنشأة العقابية تنفيذاً لعقوبة الحبس.
- أن يكون سلوك المحكوم عليه خلال المدة التي قضاها في السجن يدعو إلى الثقة في تقويم نفسه.
- أن يكون المحكوم عليه قد أوفى بالالتزامات المالية المحكوم عليه بها ما لم يثبت عجزه عن الوفاء بذلك.
- ألا تكون الجريمة التي ارتكبها المحكوم عليه من الجرائم ذات الخطورة الاجتماعية ويمثل الإفراج عنه تهديداً للأمن العام^(٢).

كما تضمن التعميم الصادر من النائب العام برقم (١٥) لسنة ٢٠٠٣م الجرائم ذات الخطورة الاجتماعية ووجوب استثنائها من الإفراج الشرطي وهي: قضايا الحراية والتقطع والسرققات والمخدرات وقضايا الأموال العامة والقتل العمد وصناعة الخمر وتسهيل تعاطيه أو الإتجار فيه وقضايا الاغتصاب والفجور والدعارة^(٣).

وأما الجهة التي تتولى إصدار قرار الإفراج الشرطي فقد حددها قانون الإجراءات

(١) د/ مصطفى يوسف: التنفيذ الجنائي طرقه وإشكالاته دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية مصر، ص ٨٨.
(٢) القاضي / حافظ محمد الفرح: أساسيات التحقيق والتصرف والتنفيذ في القضايا الجنائية، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٣) مجموعة الكتب الدورية والتعاميم الصادرة عن مكتب النائب العام حتى عام ٢٠٠٥م، ص ١٣١.

الجزائية والذي نص على أنه: «يصدر قرار الإفراج المشروط بناء على طلب المحكوم عليه أو اقتراح مدير المنشأة العقابية من لجنة مشكلة بكل محافظه برئاسة رئيس النيابة العامة وعضوية مدير المنشأة العقابية ومدير الشؤون الاجتماعية وعند غياب أحدهم ينوب عنه من يقوم مقامه قانوناً» (م ٥٠٩ ق.إ.ج).

وغني عن البيان بأن الإفراج الشرطي يصبح نهائياً إذا لم يخل المحكوم عليه بأمن المجتمع ولا بالشروط التي تحددها اللجنة المختصة بإصدار قرار الإفراج وأن للنيابة العامة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الجهة الإدارية أن تطلب من اللجنة سאלفة الذكر إعادة المحكوم عليه إلى المنشأة العقابية حتى انتهاء المدة الباقية من العقوبة إذا أخل بشروط قرار الإفراج (م ٥١١، ٥١٠). إجراءات جزائية).

كما بينت التعليمات العامة بأن المحكوم عليه بعد الإفراج يظل تحت الرقابة من قبل القسم الذي يقيم في دائرته وبإشراف النيابة حتى انقضاء مدة العقوبة وتشمل الرقابة بعض الالتزامات التي تفرض عليه كالامتناع عن ارتياد أماكن معينة وتقديم نفسه إلى القسم في كل أسبوع مرة وعدم مغادرة المحافظة التي يقيم فيها إلا بإذن النيابة العامة وغير ذلك من الالتزامات المبينة تفصيلاً في التعليمات العامة.

وبذلك فإن الإفراج الشرطي يلعب دوراً كبيراً في السياسة الجنائية لما له من دور في تخفيف ازدحام السجون وكذا التخفيف من مساوئ وأضرار استمرار الحبس كما يشجع الكثير من المحاييس على تحسن سلوكهم وصلاحهم وعودتهم إلى جادة الصوب.

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات:

أولاً: نتائج البحث:

١. إن لعقوبة الحبس مساوئ وأضراراً كثيرة لاسيما مع ازدحام السجون بالمحاييس وإن من أخطر هذه الأضرار تعود المحبوس على السجن ومخالطة الأشرار والمنحرفين مما قد يتحول معه المحبوس إلى الانحراف وهو ما يقتضي وجود الوسائل المختلفة لتأهيل المحاييس وإصلاحهم ومن ذلك التوعية الدينية والمحافظة على الشعائر الإسلامية وكذلك إشغال أوقاتهم ببرامج تعليمية ومهنية ورياضية وغير ذلك مما يتعلق بالتأهيل على الوجه المطلوب وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون تنظيم السجون النافذ ولأحتته التنفيذية.
٢. إن السياسة الشرعية تقتضي في عقوبات التعازير التدرج في إنزال تلك العقوبات على المتهمين واختيار عقوبة الغرامة في العقوبات الاختيارية دون عقوبة الحبس أو استبدال عقوبة الحبس أو الغرامة بالعمل الإلزامي بالنسبة للجناة الذين ليسوا من ذوي السوابق ولا من المعروفين بالشر والفساد وأن تنحصر عقوبة الحبس في ذوي السوابق والمعروفين بالشر دون غيرهم وذلك لتحقيق الغاية والمقصد من التخيير بين إنزال عقوبة الحبس أو الغرامة وفقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية.
٣. إن قانون الجرائم والعقوبات اليمني قد انتهج في سياسته مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في وجوب إقالة عثرات وزلات ذوي الهيئات من أفراد المجتمع من خلال تشريعه لتوقيف عقوبة الحبس أو عدم النطق بها وفقاً للضوابط الشرعية المنصوص عليها قانوناً مما يقتضي إعمال هذه النصوص وفقاً لتلك الضوابط الشرعية والقانونية.
٤. إن السياسة الشرعية الجنائية للمشرع اليمني لم تقتصر على بدائل عقوبة الحبس أثناء صدور الأحكام، بل اقتضت وجود عقوبات بديلة وبدائل أخرى أثناء التنفيذ في ضوء السياسة الشرعية، ومن ذلك استبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي في حالتي الحبس البسيط أو التنفيذ الجنائي للإكراه البدني فضلاً عن الإفراج الشرطي بشروطه القانونية وكذلك العفو من رئيس الدولة في العقوبات التعزيرية ومنها عقوبة الحبس.

٥. إن السياسة الشرعية تقتضي استبدال عقوبة الحبس بالغرامة المالية أثناء التنفيذ وفقاً للضوابط الشرعية الاجتهادية التي تم ذكرها في محله من ثنايا هذا البحث لما لذلك من مصالح تتفق مع أحكام الشريعة ومقاصدها في القضاء وفي ضوء السياسة الشرعية الجنائية.

ثانياً: توصيات البحث:

١. أوصي بالتعميم على قضاة الحكم الجنائي من قبل هيئة التفتيش القضائي بانتهاج السياسة الشرعية في أعمال الأحكام الشرعية فيما يتعلق بإقالة ذوى الهيئات عثرتهم في العقوبات التعزيرية من خلال الحكم على غير ذوى السوابق بوقف عقوبة الحبس أو الغرامة أو الامتناع عن النطق وأن لا يحكم بعقوبة الحبس في العقوبات الاختيارية بين عقوبة الحبس والغرامة إلا على ذوى السوابق والمعروفين بالشر في المجتمع وأن يحكم على غيرهم بالغرامة أو باستبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي لما علناه وبيناه من أسباب ومبررات شرعية وواقعية في ثنايا هذا البحث.
٢. أوصي مكتب النائب العام بالتعميم على قضاة التنفيذ الجنائي من أعضاء النيابة العامة بإعمال النصوص القانونية المتعلقة باستبدال عقوبة الحبس البسيط والإكراه البدني بعقوبة العمل الإلزامي وفقاً للشروط والضوابط القانونية فضلاً عن الرفع كل ثلاثة أشهر بالمستحقين للإفراج الشرطي إلى اللجنة المكلفة بذلك وفقاً للقانون.
٣. أوصي مكتب النائب العام بالتعميم على قضاة التنفيذ الجنائي من أعضاء النيابة العامة بإحالة التنفيذ في الحقوق المدنية المحكوم بها في الأحكام الجنائية إلى قضاة التنفيذ المدني في المحاكم الابتدائية لوجوب تنفيذها وفقاً لقانون المرافعات والتنفيذ المدني ولما ترجح من عدم اختصاص النيابة بالتنفيذ للشق المدني في الأحكام الجنائية وفقاً لما نصت عليه المادة (٤٧٠) إجراءات وتطبيقاً لمفهوم نص المادة (٦٨٧) من التعليمات العامة وعملاً بالتعميم الصادر من المحكمة العليا بشأن ذلك.
٤. أوصي مكتب النائب العام بإعداد كتاب دوري يتعلق بالإجراءات التي يجب اتخاذها حال تنفيذ عقوبة العمل الإلزامي، سواء ما يتعلق بعقوبة العمل الإلزامي الصادرة من قبل قضاة الحكم أو بالعقوبة البديلة لعقوبة الحبس البسيط أو الإكراه البدني أثناء

التنفيذ للحاجة إلى كتاب دوري يبين تلك الإجراءات وفقاً للقانون والتعليمات العامة ومعالجة ما لا نص فيه من تلك الإجراءات لوجود النقص التشريعي بشأن ذلك.

٥. أوصي المشرع اليمني أن يشمل أي تعديل لقانون الإجراءات مستقبلًا تعديل نص المادة (٤٩٧) من قانون الإجراءات الجزائية النافذ المتعلق باستبدال عقوبة الحبس بالعمل الإلزامي خارج المنشأة العقابية وذلك بتعديل مدة الحبس التي يجوز بها ذلك من المدة التي لا تزيد على ثلاثة أشهر إلى المدة التي لا تزيد على ستة أشهر لتحقيق مقاصد الشرع والسياسة الشرعية في ذلك وفقاً لما بيناه في محله في ثنايا هذا البحث.

٦. أوصي المشرع اليمني أن يشمل أي تعديل لقانون الإجراءات مستقبلًا إضافة مادة قانونية تتعلق باستبدال عقوبة الحبس بالغرامة وفقاً للشروط والضوابط التي أشرنا إليها في محله في ثنايا هذا البحث وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي وفي ضوء السياسة الشرعية.

قائمة المصادر

- ١- أساسيات التحقيق والتصرف والتنفيذ في القضايا الجنائية، القاضي حافظ محمد الفرح، دار الكتب اليمنية مكتبة خالد بن الوليد، الطبعة الأولى، عام ١٤٤٦هـ.
- ٢- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، القاضي / عبد القادر عوده، مؤسسة الرسالة، بيروت الطبعة الرابعة عشرة، الجزء الأول.
- ٣- التشريع الجنائي الإسلامي، ق. د / عبد المؤمن شجاع الدين، مكتبة ومركز الصادق، الطبعة السابعة، عام ٢٠٢٠ م.
- ٤- التنفيذ الجنائي طرقه وإشكالاته دراسة مقارنة، د / مصطفى يوسف، دار الكتب القانونية مصر.
- ٥- دور العقوبات البديلة في التقليل من تنامي معدل الجريمة د / عبد الرحمن باجي، دراسة في التشريع الجزائري.
- ٦- شرح قانون الإجراءات اليمني، د / مطهر عبده الشميري، مكتبة أوان، الطبعة الثالثة.
- ٧- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٩٢٨ م.
- ٨- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن قيم الجوزية، دار الأرقم بيروت، الطبعة الأولى، عام ١٤١٩هـ.
- ٩- قانون الإجراءات اليمني الجزء الأول الدعوى الجزائية والمدنية، د / الهام محمد العاقل، مكتبة ومركز الصادق، الطبعة السابعة، عام ٢٠٢٠ م.
- ١٠- قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام العقوبات، د / طاهر صالح العبيدي، مكتبة دار اليمن الكبرى، عام ١٩٩٧ م.
- ١١- مجموعة الكتب الدورية والتعاميم الصادرة عن مكتب النائب العام حتى عام ٢٠٠٥ م.
- ١٢- المقاصد الشرعية وأثرها في الفقه الإسلامي، د / محمد عبد العاطي محمد، دار الحديث القاهرة، الطبعة الأولى، عام ١٤٢٨هـ.

- ١٣- مقاصد الشريعة الإسلامية في القضاء، الإمام محمد الطاهر بن عاشور، دار سحنون ودارالسلام تونس، الطبعة الثانية، ١٤٢٨هـ.
- ١٤- ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، د/ عمر سالم، دارالنهضة العربية، الطبعة الأولى، عام ١٩٨٠م.
- ١٥- النظام السياسي في الإسلام، د/ محمد عبدالقادر أبو فاس، دارالفرقان عمان، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ.
- ١٦- النظرية العامة للجريمة، د/ علي حسن الشرفي، مكتبة أوان صنعاء، الطبعة الرابعة، عام ١٤٢٥هـ.



المجلة
البحوث والأبحاث
القانونية والإدارية

خصوصية تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضد الدولة في القانون اليمني

الباحث / محمد علي حطرم

ماجستير قانون عام - تخصص «قضاء إداري»

كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

مجلة
البحوث والأبحاث
القانونية والإدارية

أولاً: مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على النبي الكريم وآله الكرام الطاهرين وأصحابه الأخيار المنتجبين .. أما بعد:

فإن الرقابة القضائية تعد أكثر أنواع الرقابة فاعلية لما تمتلكه من صلاحية لإجبار الإدارة على احترام المشروعية والخضوع لحكم القانون وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم من انحرافها أو تعسفها، عن طريق منحهم حق مخاصمة أعمال الإدارة وطلب إلغائها أو التعويض عنها، على أن صدور الحكم بالإلغاء أو بالتعويض لا يكفي لإنصاف المتضرر، بل يجب على الإدارة تنفيذ الحكم وأداء ما قضى به من التزامات لصالح المحكوم له.

ومن هنا تبدو أهمية تنفيذ الأحكام القضائية باعتباره ضرورة حتمية لا غنى عنها لتحقيق سيادة القانون، فتنفيذ الأحكام هو الغاية من إصدارها، ولا سبيل لإعادة الحق إلى نصابه إلا بتنفيذ الحكم، وتتجلى أهمية التنفيذ في مجال الأحكام الإدارية - على وجه الخصوص - في أن هذه الأحكام تصدر في دعاوى طرفها غير متكافئين، أحدهما الإدارة التي تملك الوسائل القضائية والقانونية والإدارية لتنفيذ ما يصدر لصالحها من أحكام، بما تتمتع به من امتيازات وسلطات عادية واستثنائية تمكنها من إجبار المحكوم عليه - سواء كان من موظفيها أو من الأفراد - على تنفيذ الحكم الصادر لصالحها، وثانيهما الطرف الآخر في المنازعة الإدارية الذي لا يملك مثل تلك الوسائل.

وينعكس التزام الإدارة بتنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها على شعور الأفراد بالعدالة، التي تقضي بأن يخضع الحاكم والمحكوم على السواء للقانون وأحكام القضاء، الأمر الذي يدفع هؤلاء الأفراد إلى أن يبادروا من تلقاء أنفسهم إلى تنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر في مواجهتهم أسوة بمسلك الجهات الإدارية حال التزامها بتنفيذ ما صدر ضدها من أحكام قضائية لصالح الأفراد، وهو ما يؤدي في النهاية إلى قيام دولة القانون ورسوخها، كما أن التزام الإدارة بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها يؤدي إلى رسوخ ثقة الأفراد في التعامل الاقتصادي والتجاري مع الدولة، خاصة بعد توسع الأخيرة في الدخول في الأنشطة التجارية والصناعية، وبالعكس فإن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها يمثل انتهاكاً صارخاً لمبدأ المشروعية، ويؤدي إلى سيادة الظلم والفوضى، فضلاً عن كونه تشكيكاً في حسن نية القضاة في إقامتهم للعدل.

ومن هذا المنطلق، ونظراً لتطور رقابة القضاء على أعمال الإدارة في اليمن تطوراً كبيراً لاسيما في الآونة الأخيرة، تأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على موضوع تنفيذ

الأحكام الإدارية في القانون اليمني، وذلك في سبيل مواكبة ذلك التطور الذي يتطلب وجود أبحاث ودراسات متخصصة في كافة موضوعات القضاء الإداري، سعياً لإثرائها وتطوير القواعد القانونية الوطنية المرتبطة بها.

ثانياً: مشكلة البحث:

يرجع أساس المشكلة التي تناقشها الدراسة في أن القانون اليمني وضع تنظيمياً لتنفيذ الأحكام الصادرة ضد الدولة في قانون المرافعات والتنفيذ المدني وأورد فيه بعض الأحكام وأحال فيما دونها إلى تطبيق القواعد العامة للتنفيذ، ولما كانت هذه الأخيرة تطبق في مجال تنفيذ الأحكام الصادرة ضد أشخاص القانون الخاص، فإنه يثور التساؤل حول مدى إمكانية تطبيقها في مجال تنفيذ الأحكام الإدارية، وفي معرفة الطبيعة الخاصة التي تتميز بها الأحكام الإدارية عن غيرها، وفي ظل وجود قواعد ومبادئ قانونية أخرى تمنح الإدارة خصوصية من حيث نشاطها الذي يستهدف المصلحة العامة، ومن حيث الحماية القانونية لأموالها باعتبارها أموالاً عامة.

وتنبثق عن تلك المشكلة الرئيسية مجموعة من التساؤلات الفرعية التي تحاول هذه الدراسة الإجابة عليها، وهي: ما مدى الخصوصية التي يتميز بها التنفيذ في مجال الأحكام الإدارية عن تنفيذ الأحكام في مجال القانون الخاص؟ وما هو أثر هذه الخصوصية على تنظيم قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية، سواء في ظل النظام القضائي المزدوج أو في ظل النظام الموحد؟ وهل تقتصر قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية في اليمن على تلك الواردة في قانون المرافعات، أم أن هناك قواعد قانونية في القوانين الأخرى؟ هل كانت القواعد القانونية الواردة في القانون كافية لتنظيم كل ما يتعلق بتنفيذ الأحكام الإدارية من حيث الشروط والإجراءات والوسائل وقواعد الوفاء؟ وعلى فرض عدم كفايتها، هل توجد مبادئ قانونية استقر عليها القضاء تكفل سد الثغرات القانونية؟ فما هي وسائل الإلزام التي يمكن اللجوء إليها لإلزام الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها في حال امتناعها عن التنفيذ اختيارياً؟ وهل هناك أثر للطبيعة الخاصة لنشاط الإدارة وأموالها العامة في تبرير امتناعها عن التنفيذ؟ أو على الأقل في الحد من تطبيق الوسائل المقررة للتنفيذ الجبري؟ وما مدى مسؤولية الإدارة عن الامتناع عن التنفيذ؟

ثالثاً: أهداف البحث:

تتمثل أهداف البحث في بيان خصوصية فكرة التنفيذ في مجال القانون الإداري، وأثر مبادئ القانون العام على تنظيم قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية، ومحاولة إيجاد التوازن والتوفيق بين القواعد والمبادئ القانونية العامة التي تمنح نشاط الإدارة طبيعة خاصة وبين القواعد المنظمة لتنفيذ الأحكام الإدارية، وأثر تلك الطبيعة الخاصة على قواعد ووسائل التنفيذ، وذلك على النحو الذي يكفل تقييم الوضع القانوني لتنفيذ الأحكام الإدارية في اليمن، وتوجيه نظر المقنن اليمني إلى أوجه القصور التي قد تعتري النصوص القانونية التي تتعارض مع الطبيعة الخاصة للإدارة ومع خصوصية الأحكام الإدارية، وحثه على إجراء التعديلات المناسبة لتلافي أوجه القصور.

رابعاً: منهج البحث:

لما كان البحث يدور حول النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الإدارية في اليمن وخصوصيتها في مجال القانون العام، فقد تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي مع اتباع المنهج المقارن بمبادئ القضاء الإداري كلما عنت الحاجة لذلك، وسيقوم الباحث بعرض موضوعات الدراسة مستخدماً المنهج العلمي في مناقشة وتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية والقضائية المرتبطة بها، ثم التعقيب وإبداء الرأي وفقاً لما تقتضيه ضرورات البحث.

خامساً: خطة البحث:

- المبحث الأول: قواعد تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية.
- المبحث الثاني: مقومات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية.
- المبحث الثالث: التزامات الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية.
- المبحث الرابع: ضمانات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية.

المبحث الأول قواعد تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

ويشتمل على مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

خصوصية تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

أولاً: مفهوم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية:

يقصد بالتنفيذ بمعناه العام: الوفاء بالالتزام عيناً أو بما يقبله الدائن أو بما يعتبره القانون مبرئاً للذمة سواءً كان اختيارياً أو جبرياً^(١)، وينطوي التنفيذ على معنيين: أولهما موضوعي: وهو الوفاء والتنفيذ الاختياري الذي قد يتحقق قبل أو بعد رفع الدعوى أو بعد صدور الحكم، وثانيهما معني إجرائي: يقصد به التنفيذ الجبري^(٢).

والتنفيذ في مجال (قانون المرافعات) ينحصر على المعنى الإجرائي «التنفيذ الجبري»، وبالتالي يخرج من نطاقه «التنفيذ الاختياري» الذي يعتبر «وفاء» من الشخص بالتزاماته أكثر منه تنفيذاً لها؛ لأن التنفيذ الاختياري ينظمه القانون المدني كأحد أسباب انقضاء الالتزام^(٣)، ولذلك تبدأ فكرة التنفيذ في مجال قانون المرافعات عندما يمتنع المدين عن الوفاء، مما يستلزم اللجوء إلى وسائل التنفيذ الجبري لحمله على التنفيذ^(٤)، ويتسم التنفيذ الجبري بالطابع القضائي كون السلطة القضائية هي من تقوم به^(٥).

(١) د/ محمد أحمد مرغم: أحكام وإجراءات التنفيذ الجبري في القانون اليمني وفقه الشريعة الإسلامية، دار الحكمة اليمنية للطباعة والنشر والتوزيع، ص ٧.

(٢) انظر: د/ محمد سعيد الليثي: امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها «دراسة مقارنة»، دار أبوالمجد للطباعة بالهرم، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م، ص ٢١.

(٣) د/ عبدالكريم الطيرود/ عادل النجار: قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني وتعديلاته، مركز ومكتبة الصادق، صنعاء- اليمن، ٢٠١٣م، ص ١٠١. د/ أحمد هندي: أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠٧م، ص ٤.

(٤) د/ أحمد خليل: التنفيذ الجبري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ٢٠٠٦م، ص ٦.

(٥) د/ نجيب أحمد عبدالله: قانون التنفيذ الجبري في المسائل المدنية والتجارية، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء- اليمن، الطبعة السادسة، ٢٠١٠م، ص ٩٠. د/ عبدالكريم الطيرود/ عادل النجار: مرجع سابق، ص ٥٠. د/ أحمد خليل: مرجع سابق، ص ٢١.

أما التنفيذ في مجال (القانون الإداري) فيكاد يقترب في معناه من المعنى اللغوي لكلمة «تنفيذ»؛ أي إتمام الشيء والخلوص منه^(١)، على عكس التنفيذ في قانون المرافعات الذي وإن كان يدخل في معنى التنفيذ، إلا أنه يتميز بأنه تنفيذ لأداءات معينة بطرق معينة^(٢)، كما أن فكرة التنفيذ الجبري في مجال الأحكام الإدارية - عند التشريعات التي تجيزه - يحمل طابعاً متميزاً مرجعه خصوصية الإدارة؛ لأن القضاء في كثير من الحالات خصوصاً في أحكام الإلغاء لا يستطيع إجراء التنفيذ الجبري بمعزل عن الجهة الإدارية المنفذ ضدها، وسنرى أن الإدارة تلتزم تنفيذاً لحكم الإلغاء باتخاذ بعض القرارات التي تعيد إنشاء المراكز القانونية التي كان يجب أن تقوم في الماضي باعتبار أن القرار الملغى لم يصدر أصلاً، وهذه القرارات لا يمكن للقضاء إصدارها نظراً لامتناع حلول القاضي محل الإدارة واختلاف الوظيفة القضائية عن الوظيفة الإدارية، مما يجعل التنفيذ الجبري للأحكام الإدارية يتميز بطبيعة خاصة، فلا تنطبق عليه - تماماً - فكرة التنفيذ الجبري التي تنسب لقانون المرافعات.

وبالتالي يمكن القول بأن التنفيذ في مجال القانون الإداري يشتمل على المعنيين الإجرائي والموضوعي للتنفيذ؛ أي أنه يشمل التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري على السواء، ولكنه يحمل طابعاً خاصاً مرجعه خصوصية الإدارة ذاتها؛ وبالتالي يمكن القول بأن «تنفيذ الأحكام الإدارية» ينطوي على مفهومين: الأول: مفهوم واسع: يقصد به التطابق مع الشيء المقضي به؛ أي تحقيق ما قضى به الحكم الإداري، سواءً تمثل في أداء مبلغ من النقود أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وسواءً تم التنفيذ اختياراً أو جبراً، والثاني: مفهوم ضيق: يقصد به الإجراءات والوسائل التي تكفل إجبار الإدارة على تأدية ما قضى به الحكم الإداري.

ثانياً: طبيعة ومصادر قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية؛

تتسم طبيعة ومصادر قواعد التنفيذ في مجال (قانون المرافعات) بالطابع الإجرائي، فهي قواعد إجرائية تنظم وسائل الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية التي يقرها القانون الموضوعي^(٣)، ويترتب على ذلك أن مصدرها القواعد الإجرائية وهي تلك القواعد

(١) الفيروزآبادي: القاموس المحيط، الجزء ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة ١، ١٤١٢هـ / ١٩٩١م، ص ٦٧٦.

(٢) انظر: د/ محمد سعيد الليثي: امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها «دراسة مقارنة»، دار أبوالمجد للطباعة بالهرم، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ / ٢٠٠٩م، ص ٢٣.

(٣) د/ نبيل إسماعيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠٦م، ص ٨.

التي تنظم الأعمال الإجرائية وشروط قبول طلب التنفيذ ومراحلها وإجراءاته والفصل في المنازعات التي تثار بصدده^(١)، كما يترتب على الطبيعة الإجرائية عدم جواز اللجوء لقواعد إجرائية أخرى لم ينص عليها القانون، باعتبار أن معظم قواعد التنفيذ الجبري تتعلق بالنظام العام^(٢).

أما طبيعة ومصادر قواعد التنفيذ في مجال (القانون الإداري) فإنها تتسم - بوجه عام - بخصوصية مرجعها ارتباطها بالإدارة العامة، سواءً من حيث تنظيم سلطاتها وأنواعها ونشاطها واختصاصاتها أم من حيث علاقتها بالأفراد، كما أن القانون الإداري يتميز بأنه دائم التطور، وغير مقنن^(٣).

وقد عرفنا فيما سبق أن مفهوم التنفيذ في مجال القانون الإداري يشتمل على المعنيين الإجرائي والموضوعي للتنفيذ، وبالتالي لا تتسم قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية بالطابع الإجرائي البحت، بل إن للقواعد الموضوعية دوراً أساسياً في التنفيذ، كالقواعد المتعلقة بالفصل بين السلطات، واستقلال الإدارة عن القضاء، وامتيازات الإدارة، وحسن سير المرافق العامة، وطبيعة الأموال العامة، وقواعد المالية العامة والإنفاق العام^(٤)، كما يبدو دور القواعد الموضوعية على وجه الخصوص في تنفيذ أحكام الإلغاء التي يتطلب تنفيذها أن تتخذ الإدارة عدداً من القرارات التي تختلف من حالة لأخرى وبحسب أنواع القرارات الملغاة، وأثارها.

وبالتالي يمكن القول بأن قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية تتكون من شقين: قواعد موضوعية: وهي القواعد القانونية التي تنظم تأدية الإدارة لما عليها من التزامات تجاه التنفيذ ومصدرها القانون بمفهومه الواسع، سواءً أكان التشريع أم العرف أم القضاء، وقواعد إجرائية: وهي القواعد التي تنظم الإجراءات والوسائل التي تكفل إجبار الإدارة على التنفيذ، وتجد مصدرها في القواعد القانونية الإجرائية الواردة في القوانين.

(١) د/ سيد أحمد محمود: أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، بدون مكان ودار النشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص ٣٠.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ص ١٩ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ أحمد شرف الدين: الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء - اليمن، ٢٠١٣م، ص ٣٦-٣٨. د/ علي علي المصري: الوجيز في القانون الإداري اليمني «الجزء الأول تنظيم الإدارة»، دار الفكر المعاصر ومكتبة خالد بن الوليد، صنعاء - اليمن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦-٢٠٠٧م، ص ٤٦-٤٨.

(٤) د/ حسني سعد عبدالواحد: تنفيذ أحكام القضاء الإداري، تنفيذ أحكام القضاء الإداري، دراسة نظرية وعملية بالمقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، مطابع مجلس الدفاع الوطني، الطبعة الأولى، ص ٩.

ثالثاً: أثر النظام القضائي المتبع على تنظيم قواعد التنفيذ:

(١) قواعد التنفيذ في نظم القضاء المزدوج:

يقوم نظام القضاء المزدوج على أساس وجود جهتين قضائيتين: إحداهما تختص بمنازعات الأفراد وهي القضاء العادي، والأخرى تتولى الفصل في المنازعات الإدارية طبقاً للقانون الإداري باعتباره مستقلاً ومتميزاً عن القوانين الأخرى^(١)، ولذلك فهذا النظام يفترض ازدواجية القانون^(٢)؛ أي أنه يفترض وجود قواعد قانونية «موضوعية وإجرائية» تطبق على المنازعات الإدارية متميزة ومستقلة عن القواعد التي تطبق على منازعات الأفراد، والنتيجة المنطقية لذلك هي وجود قواعد لتنفيذ الأحكام الإدارية تختلف عن قواعد تنفيذ الأحكام الأخرى، غير أن هذا المبدأ في الواقع غير مرعي على إطلاقه، فقد تباينت مواقف التشريعات التي تأخذ بالنظام القضائي المزدوج بهذا الشأن.

ففي مصر لم يصدر قانون ينظم الإجراءات القضائية الإدارية، وإنما وضعت بعض قواعد محددة في قانون مجلس الدولة وأحيل فيما عداها إلى تطبيق أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون أصول المحاكمات فيما لم يرد فيه نص، بشرط ألا تتعارض مع طبيعة المنازعات والأحكام الإدارية^(٣)، وبالنظر إلى قانون مجلس الدولة المصري، فإنه يكاد يخلو من القواعد التي تتعلق بتنفيذ الأحكام، باستثناء بعض النصوص التي تناولت الصيغة التنفيذية وأثر الطعن في الأحكام على التنفيذ^(٤)؛ مما يعني أن قواعد التنفيذ هي تلك الواردة في قانون المرافعات التي في مجملها تتعارض مع طبيعة المنازعات الإدارية، ولذلك فقد تكفل القضاء الإداري المصري بسد تلك الثغرات عن طريق إقرار الكثير من المبادئ التي تحكم التنفيذ نظراً لعدم وجود قواعد قانونية واضحة ومحددة لتنفيذ الأحكام الإدارية^(٥). وفي سوريا لا يوجد قانون ينظم الإجراءات الإدارية، بل تضمن قانون مجلس الدولة بعض القواعد وأحال فيما عداها إلى تطبيق

(١) د/ محمد رفعت عبدالوهاب ود/ أحمد شرف الدين: القضاء الإداري، طبعة ١٤١١هـ / ١٩٩٠م، ص ٢١٤ د / محمد الصغير بعلي: الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية - الجزائر، ٢٠٠٩م، ص ٤٧.

(٢) د/ علي علي المصري: القانون الإداري «الجزء الأول»، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٣) د/ سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٧٤م، ص ٥٠.

(٤) المادة (٥٤) المتعلقة بالصيغة التنفيذية للأحكام الإدارية، والمادتان (٤٩، ٥٠) المتعلقة بأثر الطعن في الحكم على التنفيذ، من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م وتعديلاته.

(٥) ومن المؤلفات التي تناولت شرح وتحليل الأحكام والمبادئ المتعلقة بتنفيذ الأحكام الإدارية، د/ حسني سعد عبدالواحد: تنفيذ أحكام القضاء الإداري، تنفيذ أحكام القضاء الإداري، دراسة نظرية وعملية بالمقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، مطابع مجلس الدفاع الوطني، الطبعة الأولى.

أحكام قانون المرافعات وقانون أصول المحاكمات، وبالتالي فتنظيم قواعد التنفيذ في سوريا لا يختلف عنه في مصر^(١). أما في الجزائر فيوجد قانون ينظم الإجراءات القضائية الإدارية تضمن قواعد نظمت مسألة تنفيذ الأحكام الإدارية، ووضع أحكاماً مشتركة لجميع الأحكام ثم خصص الباب السادس منه لتنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية وتضمن مجموعة من الأحكام الخاصة بذلك، ولكنه أشار في إحدى مواده إلى أن الحكم الذي يصدر ضد الأشخاص المعنوية العامة بدفع مبلغ محدد القيمة يتم تنفيذه طبقاً للأحكام التشريعية السارية المفعول^(٢).

(٢) قواعد التنفيذ في نظم القضاء الموحد:

يقتضي نظام القضاء الموحد وجود جهة قضائية واحدة - وهي جهة القضاء العادي - تختص بالفصل في كافة المنازعات، سواء كانت إدارية أم عادية^(٣)، ويفترض هذا النظام وحدة القانون كون القواعد القانونية الموضوعية أو الإجرائية موحدة، إذ يتم تطبيقها على منازعات الأفراد والمنازعات الإدارية على السواء^(٤).

ومع ذلك فقد أثبت الواقع العملي أن قواعد التنفيذ ضد الإدارة تتميز بخصوصية - حتى في نظم القضاء الموحد - خصوصية مرجعها نشاط الإدارة المرتبط بالصالح العام والقواعد التي تحكمه، فالقواعد الموضوعية التي تحكم عمل وأنشطة الإدارة لها أثرها في تطبيق القواعد الإجرائية للتنفيذ، إذ قد يستحيل أحياناً تطبيق بعض القواعد الإجرائية، أو قد يلزم تطويعها بما يكفل عدم التعارض مع القواعد الموضوعية، كما أن القواعد التي تحمي المال العام قد تحول دون تطبيق القواعد المتعلقة بالحجز وأثاره وإجراءاته التي تعد المجال الخصب في قانون المرافعات، كما أن القواعد المتعلقة بمسؤولية الإدارة وموظفيها قد تمنع إجراء وسيلة الحبس التنفيذي.

ولذلك نجد معظم التشريعات التي تأخذ بالقضاء الموحد تضطر إلى إيراد قاعدة أو أكثر تبرز خصوصية التنفيذ ضد الإدارة، ومن أمثلة ذلك النص على عدم جواز تطبيق

(١) د/ عبدالله طلبه: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب «كلية الحقوق»، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، ص ٣٨٠ وما بعدها.

(٢) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (٠٨-٠٩) الصادر بتاريخ ٢٥/ فبراير/ ٢٠٠٨م، المادة (٩٨٦).

(٣) د/ مسعود شيهوب: المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٥م، ص ٢٧.

(٤) د/ محمد الصغير بعلي: مرجع سابق، ص ٤٣ وما بعدها. د/ مسعود شيهوب: مرجع سابق، ص ٣٠.

وسيلة الحجز ضد الإدارة في قوانين كل من: البحرين^(١) والأردن^(٢) وفلسطين^(٣)، كما أن بعض تلك التشريعات وضع تنظيمًا خاصًا بالتنفيذ ضد الإدارة على الرغم من أنها تأخذ بالقضاء الموحد، كالتشريع الأردني الذي يتضمن قانون دعاوى الحكومة قواعد وإجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة عن الدولة، والتشريع اليمني الذي وضع تنظيمًا خاصًا لتنفيذ الأحكام ضد الإدارة - كما سنرى.

والجدير بالذكر أن القاضي في ظل نظام القضاء الموحد قد يقف عاجزاً إذا لم يجد قاعدة قانونية خاصة بالتنفيذ ضد الإدارة أو تعذر تطبيقها لأي سبب، على عكس نظام القضاء المزدوج حيث يكون للقاضي سلطة تمكنه من ابتكار الحلول المناسبة إذا لم يجد نصاً في القانون أو عند تعارض تطبيق قاعدة قانونية معينة مع طبيعة المنازعات الإدارية؛ ويرجع ذلك لكون القضاء الموحد قضاء تطبيقي تنحصر مهمة القاضي على تطبيق القانون، أما القضاء الإداري فهو قضاء إنشائي يبتدع الحلول للروابط القانونية التي تنشأ في مجال القانون^(٤).

ويلاحظ مما سبق أن قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية تتسم بخصوصية تميزها عن قواعد تنفيذ الأحكام الأخرى، سواءً من حيث طبيعتها أم مصدرها، وأن هذه الخصوصية ملازمة لها، سواءً في ظل النظام الموحد أم المزدوج، وسواءً وردت في قانون المرافعات أو في أي قانون آخر، أو بتخصيص قسم أو باب في إطار قانون معين.

المطلب الثاني

تنظيم قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية في القانون اليمني

على الرغم من أن القضاء اليمني يقوم على أساس القضاء الموحد، إلا أن التشريع القانوني في اليمن يتميز بأنه قانون مزدوج في جانبه الموضوعي، غير أن الأمر يختلف فيما يتعلق بقواعد القانون في جانبه الإجرائي، حيث لا توجد قواعد إجرائية تنظم المنازعات الإدارية، ومع ذلك فقد تضمن قانون المرافعات والتنفيذ المدني قواعد إجراءات تنفيذ

(١) حيث قضت المادة (٢٥١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم (٩) لسنة ١٩٨٠م، بأنه: لايجوز الحجز ولا التنفيذ على الأموال العامة أو الخاصة المملوكة للدولة.

(٢) قضت المادة (٢٧) من قانون التنفيذ الأردني رقم (٢٥) لعام ٢٠٠٧م بأنه لايجوز الحجز على الأموال العامة وأموال الوقف.

(٣) تضمن قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٥م عدم جواز الحجز على الأموال العامة المنقولة وغير المنقولة التي للدولة، وعدم جواز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة أو لتقديم خدمة عمومية للجمهورية.

(٤) انظر: د/ سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٥.

الأحكام ضد الإدارة^(١). ولما كانت قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية تتكون من القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية كما سبق، فإن قواعد التنفيذ في القانون اليمني تتمثل في الآتي:

أولاً: القواعد الموضوعية للتنفيذ:

وتتمثل في القواعد القانونية الموضوعية التي تنظم تنفيذ الأحكام الإدارية في جانبه الموضوعي، وهي قواعد القانون الإداري عموماً أيّاً كان مصدرها، سواءً أكان التشريع أم العرف أم القضاء أم الفقه كمصدر تفسيري^(٢). وتشمل القواعد القانونية التي تنظم التزامات الإدارة في تنفيذ الأحكام الإدارية وكيفية أدائها، سواءً تعلقت بإلغاء القرارات الإدارية كالقواعد التي تنظم الإجراءات والقرارات التي يجب على الإدارة اتخاذها في سبيل إعادة الحال كما كان عليه، أم كانت متعلقة بأداء الالتزامات الأخرى كالقواعد التي تنظم أساليب أداء الالتزامات العينية بتسليم شيء أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وقواعد الإنفاق العام والأموال العامة، وقواعد المالية العامة.

ثانياً: القواعد الإجرائية للتنفيذ:

وتتمثل في كافة القواعد القانونية الإجرائية التي تنظم شروط وإجراءات ووسائل التنفيذ، ويتمثل المصدر الرئيسي لهذه القواعد في (قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته) القانون الذي يعتبر التنظيم العام لأي تنفيذ جبري، فلا يوجد قانون خاص ينظم التنفيذ ضد بعض الدائنين أو بعض الأموال^(٣). ويتناول الفصل الأول من الباب الثالث من هذا القانون تنظيم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية استقلاً تحت عنوان: (تنفيذ الأحكام وما في حكمها على الدولة)، ومع ذلك فلم يتضمن تقنياً شاملاً ومتكاملاً للتنفيذ ضد الإدارة، بل أورد بعض الأحكام الخاصة وأحال فيما دونها إلى القواعد العامة للتنفيذ، فقد احتوى على أربع مواد، اثنتان منها فقط تضمنتا القواعد الإجرائية لتنفيذ الأحكام ضد الإدارة، وهما المادتان (٤٨٧ و٤٨٨)^(٤).

(١) د/ أحمد شرف الدين: إشكاليات الطعن بإلغاء القرار الإداري، مقال منشور في المجلة القضائية، مجلة فصلية تصدر عن وزارة العدل، العدد الأول، صنعاء - اليمن، إبريل ٢٠٠٥م، ص ٧٧ وما بعدها.
 (٢) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ علي علي المصري: القانون الإداري «الجزء الأول»، مرجع سابق، ص ٣٧-٤٥.
 (٣) د/ نجيب أحمد عبدالله: قانون التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص ٧.
 (٤) أما المادتان الأخريان فلم تتضمننا إجراءات التنفيذ بل نظمتهما أمور أخرى، فالمادة (٤٨٩) تتعلق بعقوبة معرقل تنفيذ الأحكام، والمادة (٤٩٠) تتعلق بوجود رد أموال الدولة إذا كان الحكم الصادر ضد الدولة نتيجة تواطؤ وعقوبة ذلك.

حيث تنص المادة (٤٨٧) على أن: «(أ) تتبع القواعد العامة في تنفيذ الحكم الصادر على الدولة من حيث الشروط والإجراءات على أن يكون الإعلان إلى الجهة المحكوم عليها للقيام بالتنفيذ خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً. (ب) إذا لم تقم الجهة المعنية بالتنفيذ في الميعاد المحدد وجب على قاضي التنفيذ إبلاغ ذلك إلى رئيس الوزراء للأمر بتنفيذ الحكم خلال مدة أقصاها خمسة وأربعون يوماً. (ج) إذا مضت المدة المذكورة ولم يتم التنفيذ أصدر القاضي أمره بالتنفيذ طبقاً لهذا القانون، فإذا كان التنفيذ يستلزم الحجز فيتم الحجز على حسابات الجهة المعنية المنفذ ضدها لدى البنك المركزي أو أي بنك آخر أو الحساب الخاص بخزينة الدولة في البنك المركزي. (د) إذا كانت المبالغ المحكوم بها على الدولة كبيرة جاز لقاضي التنفيذ تقسيطها على النحو الذي يراه مع إلزام الجهة المعنية المنفذ ضدها بالتعهد رسمياً بتخصيص الأقساط ضمن موازنتها القادمة».

وتنص المادة (٤٨٨) على أنه: «إذا تعلق التنفيذ بحكم إداري صادر بإعادة موظف إلى عمله أو بصرف مرتبه فيعتبر الموظف معاداً إلى العمل بدرجته وكافة حقوقه من تاريخ اعتبار الحكم سناً تنفيذياً وفيما يتعلق بصرف المرتب أو المعاش أو أي تعويض له عن حقوق سابقة للحكم قضي باستحقاقها أصدر قاضي التنفيذ أمراً بصرفها من الحسابات الخاصة في البنك المركزي لتلك الجهة المنفذ ضدها».

وباستقراء هاتين المادتين يمكن تصنيف قواعد التنفيذ «الإجرائية» في القانون اليمني إلى قسمين:

الأول: فيما يخص الشروط والإجراءات تطبق القواعد العامة للتنفيذ الواردة في القانون، مع منح الإدارة امتيازاً يتعلق بمهلة التنفيذ الاختياري وهي ٣٠ يوماً، فإذا لم تقم بالتنفيذ يتم إبلاغ رئيس مجلس الوزراء للتنفيذ خلال ٤٥ يوماً^(١)؛ مما يعني أن الشروط والإجراءات المتعلقة بالقوة التنفيذية وبالشروط الموضوعية والشكلية للسند التنفيذي وبمقدمات التنفيذ تطبق بشأنها القواعد العامة للتنفيذ مع التعديل في مدة الإهمال القانونية.

الثاني: فيما يخص وسائل التنفيذ؛ يتم اللجوء إلى وسائل التنفيذ المباشر وفقاً للقواعد العامة إذا تعلق الحكم بإلزام الإدارة بعمل أو امتناع عن عمل، أما إذا تضمن إلزام الإدارة بأداء مبلغ من النقود فيتم تطبيق وسيلة الحجز على حسابات الإدارة بالنسبة لجميع الأحكام المالية، ووسيلة الأمر المباشر بالصرف من حسابات الإدارة بالنسبة لنوع

(١) تقرير لجنة العدل والأوقاف حول مشروع تعديل قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م، مطبوعات مجلس النواب، الفصل التشريعي ١٩٩٧-٢٠٠٠م، ص ٣٠٤.

واحد من الأحكام وهو الحكم باستحقاق موظف عام لمرتب أو معاش أو تعويض^(١).

وعلى الرغم من أن المقنن اليمني بتنظيمه لقواعد تنفيذ الأحكام الإدارية يعد متقدماً على كثير من التشريعات إلا أنه يعاب على هذا التنظيم الاختصار الشديد والاكتفاء بالإحالة إلى القواعد العامة في أغلب أحكامه، وسنحاول استجلاء ذلك من خلال الدراسة، ونكتفي هنا بإيراد الملاحظات العامة التالية:

١- أن الاكتفاء بالإحالة العامة فيما يخص الشروط والإجراءات إلى القواعد العامة مع التعديل فقط في مدة الإمهال الاختياري، يثير العديد من المسائل والمشكلات نظراً لخصوصية الإدارة، وكان الأنسب أن يتضمن التنظيم الاستثنائي كافة الشروط والإجراءات الخاصة بالتنفيذ ضد الإدارة، ولأبأس من الإحالة لبعض القواعد التي لا يختلف تطبيقها على الأفراد وعلى الإدارة على السواء.

٢- فيما يخص وسائل التنفيذ الجبري للأحكام المتعلقة بالإلزام بعمل أو الامتناع عن عمل؛ يلاحظ أن الإحالة إلى القواعد العامة تفترض تطبيق وسائل التنفيذ المباشرة التي تتمثل في الغرامة التهديدية والحبس والقوة، وهذه الوسائل ليست كلها متناسبة مع طبيعة الإدارة كمنفذ ضدها باستثناء الغرامة - كما سنرى، ولذلك كان الأحرى النص على تحديد وسائل الإلزام ضد الإدارة على سبيل الحصر.

٣- فيما يخص وسائل التنفيذ الجبري للأحكام التي تتضمن إلزام الإدارة بأداء مبلغ من النقود؛ على رغم من أن التنظيم الاستثنائي قد حددها بوسيلتي الحجز على حسابات الإدارة والأمر المباشر بالصرف، إلا أنه لم يتضمن شروطهما وإجراءاتهما بشكل مفصل.

(١) تقرير لجنة العدل والأوقاف: مرجع سابق، ص ٣٠٤.

المبحث الثاني مقومات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

ويشتمل على ثلاثة مطالب، على النحو التالي:

المطلب الأول

القوة التنفيذية للحكم القضائي الإداري

أولاً: فكرة القوة التنفيذية في مجال الأحكام الإدارية:

تختلف حجية الأمر المقضي به عن قوة الأمر المقضي به عن القوة التنفيذية، ف(حجية الأمر المقضي به) تثبت لكل حكم قطعي فاصل في الموضوع، والحكم القطعي هو ذلك الحكم الذي يحسم النزاع المعروض أمام القضاء^(١)، أما (قوة الأمر المقضي به) فهي مرتبة يصل إليها الحكم إذا أصبح نهائياً غير قابل للطعن فيه بالطرق العادية، وإن ظل قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية وهما الطعن بالنقض وإعادة الالتماس^(٢)، أما (القوة التنفيذية للحكم) فالقاعدة المقررة في قانون المرافعات أن القوة التنفيذية للحكم تعني قابليته للتنفيذ الجبري، حيث تثبت للحكم النهائي الحائز لقوة الأمر المقضي به^(٣).

أما في القانون الإداري فقد اختلف حول مدى إمكانية اكتساب الحكم الإداري للقوة التنفيذية، فيرى البعض أن الأحكام الإدارية تكتسب القوة الإلزامية - وليس القوة التنفيذية - وأن هذه القوة الإلزامية ليست سوى نتيجة للحجية، في حين يرى البعض أن القوة التنفيذية لا تثبت إلا للأحكام الإدارية الصادرة ضد الأفراد (أي لصالح الإدارة)، أما الأحكام الصادرة ضد الإدارة فلا تتمتع بالقوة التنفيذية، وذلك لاستحالة وسائل الإكراه من بيده هذه الوسائل وهي الإدارة، وقد انتقد هذا الرأي باعتبار أنه ينكر كل قيمة للحكم في ذاته، واتجه جانب من الفقه إلى إمكانية اكتساب الأحكام الإدارية للقوة التنفيذية حتى لو كانت ضد الإدارة^(٤).

(١) قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته، المادة (٢٣٣).

(٢) د/ عبدالناصر موسى أبو البصل: نظرية الحكم في الشريعة والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ص ٤٩.

(٣) د/ سعيد خالد الشرعبي: الموجز في أصول قانون القضاء المدني، مركز الصادق، صنعاء - اليمن، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣-٢٠٠٤م، ص ٥٦٠. د/ أحمد أبو الوفا: مرجع سابق، ص ٤٣. د/ عبدالكريم الطير ود/ عادل النجار: مرجع سابق، ص ١٣١.

(٤) للمزيد، انظر: د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٢٣-٢٥. د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٤٠-٤٢.

وفي اليمن لا يوجد مثل ذلك الخلاف، فالأحكام الإدارية تحوز القوة التنفيذية كغيرها من الأحكام، وذلك لأن المقنن اليمني قد أحال فيما يخص شروط تنفيذ الأحكام الإدارية إلى تطبيق القواعد العامة - كما ذكرنا سابقاً - وبالتالي فالأحكام الإدارية تنطبق عليها القاعدة العامة في قانون المرافعات التي قضت بأن الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي به «نهائي» ينشئ الحق في تنفيذه بالقوة الجبرية^(١)، والحكم النهائي هو الحكم الذي لا يقبل الطعن بالطرق العادية «الاستئناف»^(٢)، ويكون الحكم القضائي نهائياً إذا صدر من محاكم الاستئناف ولو لم ينقض ميعاد الطعن بالنقض، وإذا كان صادراً من المحاكم الابتدائية إذا انقضى ميعاد الطعن بالاستئناف، وإذا قبل المحكوم عليه الحكم أو قام بتنفيذه طوعاً أو تنازلاً عن الاستئناف، وإذا سقطت خصومة الاستئناف أو اعتبر الاستئناف كأن لم يكن، وإذا كان الحكم صادراً في حدود النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية^(٣).

وبالتالي فالحكم القضائي «الإداري» يكون نهائياً إذا ما انطبق عليه أي من تلك القواعد، غير أن الإشكالية تبدو في تطبيق القاعدة الأخيرة المتعلقة بـ(النصاب النهائي للمحكمة الابتدائية)، حيث حدد القانون النصاب في الأحكام المدنية والتجارية، ولم يذكر شيئاً عن الأحكام الإدارية^(٤)، مما يجعل تطبيق هذه القاعدة متعذراً كون القانون لم ينص على النصاب النهائي للأحكام الإدارية، كما أنه لا يمكن قياس الأحكام الإدارية على الأحكام المدنية، كون القواعد المتعلقة بقيمة الدعوى تتعلق بالنظام العام^(٥)، وكان الأحرى بالمقنن تحديد النصاب النهائي للأحكام الإدارية في الفصل الخاص بتنفيذ الأحكام ضد الإدارة.

على أن هناك استثناءات على (نهائية) الحكم الإداري وردت في نصوص متفرقة وأوجبت أن يكون الحكم الإداري (باتاً) ليكون قابلاً للتنفيذ، ومن هذه الاستثناءات: الحكم الصادر باستحقاق الودائع والأمانات وإلزام الدولة بردها في الحالات المبيّنة في قانون البنوك التي اشترطت أن يكون هذا الحكم باتاً، وهذا الحكم بطبيعة الحال هو حكم

(١) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٢٣٥). التي تنص على أن: «الحكم الحائز لقوة الأمر المقضي به نهائي ينشئ الحق في تنفيذه بالقوة الجبرية».

(٢) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٢).

(٣) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ عبدالكريم الطيرود / عادل النجار: مرجع سابق، ص ١٣٨-١٤٦.

(٤) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٨٦).

(٥) حكم المحكمة العليا اليمنية في الطعن رقم (٣٠١١٩ ك) لسنة ٢٠٠٧م، جلسة ٢٥ جمادى الثاني ١٤٢٩هـ الموافق ٢٩ / ٦ / ٢٠٠٨م، القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية، منشورات المحكمة العليا، العدد الثالث عشر، ص ٢١٢.

إداري صادر بالتعويض^(١)، وكذلك الحكم الصادر بتأييد قرار بفصل موظف عام حيث لا يجوز تنفيذ هذا الحكم إلا بعد صيرورته باتاً تطبيقاً للمادة (٦٩) من لائحة الجزاءات والمخالفات الإدارية^(٢).

ومما سبق يمكن القول بأن الحكم الإداري يحوز القوة التنفيذية إذا كان نهائياً باستثناء الحالتين المذكورتين في الفقرة السابقة، غير أن هناك خلافاً فقهيّاً حول تأثير (مبدأ الأثر الواقف للطعن في الحكم الإداري) الوارد في قانون المرافعات على القوة التنفيذية للحكم الإداري، وهو ما سنتناوله في الفقرة التالية تبعاً.

ثانياً: مبدأ الأثر الواقف للطعن في الحكم الإداري وأثره على القوة التنفيذية:

نظم قانون المرافعات والتنفيذ المدني مبدأ الأثر الواقف للطعن في الحكم الإداري في نص المادة (٢٩٤/أ) التي قضت بأنه يترتب على الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في المنازعات «الإدارية» وقف تنفيذها وآثارها^(٣)، وبالتالي يتوقف تنفيذ الحكم الإداري كأثر مباشر للطعن فيه بالنقض بقوة القانون، فلا يلزم أن يطلب الطاعن وقف التنفيذ، ولا حاجة لأن تصدر المحكمة حكماً بذلك، فيتوجب على قاضي التنفيذ وقف إجراءات التنفيذ إن كانت قد بدأت، وعدم الشروع فيها إذا لم تبدأ بعد، بمجرد أن يبرز المنفذ ضده ما يثبت تقديمه الطعن في الحكم الذي يجري تنفيذه، ويستمر وقف التنفيذ حتى تفصل المحكمة العليا في الطعن.

والمقنن اليمني بتقريره لمبدأ الأثر الواقف للطعن في الأحكام الإدارية يخالف المبدأ الذي استقر عليه القضاء الإداري بأن الطعن في الحكم الإداري لا يوقف تنفيذه^(٤)، وقد برر المقنن ذلك بأن الأثر المترتب على نقض الأحكام من قبل المحكمة العليا هو إعادة الحال إلى ما كان عليه - إذا كان التنفيذ قد تم - إلا أنه عند نقض الحكم الصادر في المنازعات الإدارية، فإن إعادة الحال إلى ما كان عليه قد يصبح متعزراً أو مستحيلًا^(٥).

(١) القانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٩٨م بشأن البنوك، المادة (٧٩).

(٢) لائحة الجزاءات والمخالفات الإدارية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م، المادة (٦٩).

(٣) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٤٩٢).

(٤) د/ سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٧٦٦. د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٧٤.

(٥) تقرير لجنة العدل والأوقاف: مرجع سابق، ص ١٨٥.

ويرى الباحث أنه إذا كان ذلك المبرر قد يكون مقبولاً بالنسبة لأحكام الإلغاء التي تتطلب تنفيذها قيام الإدارة باتخاذ عدد من القرارات لإعادة الحال كما كان عليه قبل صدور القرار الملغى وهو أمر بالغ التعقيد - كما سنرى، إلا أنه يبدو مبرراً غير مقبول بالنسبة لأحكام التعويض التي لا يثير إعادة الحال إلى ما كان عليه أية مشكلات، فإذا عوضت الإدارة أحد الأفراد تنفيذاً لحكم تعويض، ثم نُقض هذا الحكم من المحكمة العليا، فلا صعوبة في استرداد المبلغ من المحكوم له نظراً للامتيازات الممنوحة للإدارة في هذا المجال، بل إن المقنن قد أفرد نصاً خاصاً في قانون المرافعات مُنحت الإدارة بموجبها حق استرداد المبالغ المحكوم بها إذا ثبت أنها كانت نتيجة تواطؤ دون حاجة لاستحصال حكم جديد^(١)، وبالتالي يرى الباحث أنه كان الأحرى بالمقنن اليمني أن يقصر مبدأ الأثر الواقف للطعن بالنقض على أحكام الإلغاء فقط دون أحكام التعويض، على أن يكون الوقف جوازياً وليس وجوبياً، بحيث يكون للقاضي سلطة تقديرية في تقرير وقف التنفيذ من عدمه تبعاً لنوع القرار الإداري الملغى وآثاره ومدى الحاجة لوقف التنفيذ؛ وذلك لأن الإدارة قد تسعى دوماً إلى الطعن بالنقض في الأحكام الإدارية لا لشيء وإنما لتعطيل تنفيذها، وهو ما يفقد كل قيمة عملية وقانونية لهذه الأحكام.

ومن جانب آخر، فقد أدى مسلك المقنن اليمني في تقرير مبدأ الأثر الواقف للطعن في الأحكام الإدارية إلى اختلاف فقهاء القانون حول (الدرجة المطلوبة) في الحكم الإداري ليحوز القوة التنفيذية.

فيرى البعض أن حالات وقف التنفيذ الوجوبي المبينة في المادة (١٩٤/أ) المذكورة آنفاً، لا تؤثر في الدرجة المطلوبة في الحكم الإداري، ولا يعني أن تنفيذ هذه الأحكام غير جائز إلا إذا أصبحت باتة، باعتبار أن القانون لم يشترط ذلك، وبالتالي تخضع الأحكام الإدارية للقاعدة العامة فتكون حائزة للقوة التنفيذية وقابلة للتنفيذ طالما أصبحت نهائية، ولو لم ينقض ميعاد الطعن فيها بالنقض^(٢).

ويرى البعض الآخر أن الأحكام الإدارية لا تحوز القوة التنفيذية إلا إذا كانت باتة على عكس الأحكام الأخرى التي تحوز هذه القوة إذا كانت نهائية، ويستند هذا الرأي إلى حكم المادة (٢٩٤/أ) المذكورة آنفاً التي قضت بأن الطعن بالنقض في الحكم الإداري يوقف تنفيذه، وذلك على أساس أن رفع الطعن بالنقض هو الذي يؤدي إلى منع التنفيذ في الأحكام الإدارية، وبالتالي فلا يجوز تنفيذ هذه الأحكام إلا بعد أن تصبح غير قابلة للطعن

(١) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٤٩٠).

(٢) د/ عبدالكريم الطيرود/ عادل النجار: مرجع سابق، ص ١٥٤.

بالنقض، ومن ثم يشترط لتنفيذها أن تكون باتة^(١).

ويرى الباحث أن الرأي الأول هو الأولى بالقبول، وأن الرأي الثاني قد جانب الصواب، ذلك أن الاستناد إلى حكم المادة (٢٩٤/أ) المذكورة يبدو استناداً في غير محله، فهذه المادة تفترض أنه قد تم الشروع في تنفيذ الحكم ولكن الطعن بالنقض أوقف التنفيذ، وهذا يعني أن تنفيذ الحكم جائز قبل الطعن فيه، وما يؤيد ذلك هو تعريف الفقهاء لـ «وقف تنفيذ الأحكام» بأنه ليس إلا تعطيلاً مؤقتاً للقوة التنفيذية بأن يتوقف سريان القوة لحين الفصل في الطعن، فهو مجرد تعطيل مؤقت للتنفيذ ولا يمس الحق الموضوعي للدائن أو بحقه في التنفيذ^(٢).

ثالثاً: نطاق القوة التنفيذية للأحكام الإدارية:

تختلف أحكام التعويض عن أحكام الإلغاء من حيث نطاق حجيتها، فأحكام التعويض حجيتها نسبية تقتصر على أطراف النزاع؛ وبالتالي فهذه الأحكام لا تكون ملزمة إلا للجهة التي صدرت في مواجهتها باعتبارها طرفاً فيها، ويترتب على ذلك أن وسائل الإجبار لا تتخذ ضد جهة إدارية لم تكن طرفاً ولا متدخلة في الدعوى^(٣).

أما «أحكام الإلغاء» فقد استقر الفقه والقضاء على أنها تتمتع بحجية مطلقة التي تعني أن الحكم الصادر بالإلغاء يكون حجة على الكافة سواءً من مُثل في الدعوى أم من لم يُمثل، والحجية المطلقة تعد نتيجة منطقية لطبيعة دعوى الإلغاء العينية تستهدف مخاصمة للقرار الإداري ذاته، فالإلغاء هو هدم وإعدام للقرار الإداري ومن غير المعقول أن يكون قائماً بالنسبة للبعض ومعدوماً بالنسبة للبعض الآخر^(٤)، ولقد نص قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أن الأحكام الصادرة في دعاوى إلغاء القرار الإداري تحوز حجية مطلقة^(٥). ولكن هل تسري هذه الحجية المطلقة على الأحكام سواءً صدرت بالإلغاء

(١) د/ نجيب أحمد عبدالله: الإجراءات الخاصة للتنفيذ الجبري ضد الإدارة «دراسة لقانون التنفيذ الجبري اليمني»، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠٦م، ص ٣١. كذلك مؤلفه: قانون التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٢) للمزيد، انظر: د/ سيد أحمد محمود: مرجع سابق، ص ٣٧٤. د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٩٢.

(٣) د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٤) انظر: د/ أحمد عبدالملك بن قاسم: القضاء الإداري «دراسة مقارنة»، دار الجامعات اليمنية للطباعة والنشر، صنعاء - اليمن، ص ١٨٧-١٨٨. د/ سليمان الطماوي: القضاء الإداري «قضاء الإلغاء»، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، ١٩٨٦م، ص ١٠٥٧.

(٥) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٤٣٢).

أم برفض الإلغاء؟ بهذا الشأن قضت المحكمة العليا بأن الحكم الصادر بالإلغاء فقط هو الذي يحوز الحجية المطلقة^(١)، وبالتالي يمكن القول أن القضاء خصص العموم الوارد في نص المادة باعتبار القضاء مصدراً تفسيريّاً للقانون.

وبالتالي فإذا كانت أحكام الإلغاء تتمتع بحجية مطلقة، فهل يستتبع ذلك تمتعها بـ(قوة تنفيذية مطلقة)؟

يرى البعض أن حكم الإلغاء لا يلزم الجهة التي كانت طرفاً في الدعوى التي صدر بشأنها فحسب، وإنما يلزم أيضاً غيرها من الجهات الإدارية الأخرى باعتبارها تدخلاً في مفهوم الكافة لا مفهوم الطرف، استناداً إلى أن صدور حكم الإلغاء يزيل القرار الإداري الملقى من الوجود، فلا يصح حينئذٍ أن تتعامل جهة إدارية على وجوده وأخرى على انتفائه، وبالتالي فكما تتخذ وسائل الإيجار ضد الجهة الإدارية الصادر ضدها حكم الإلغاء، فإنه يمكن وبذات الكيفية اللجوء إليها ضد غيرها من الجهات الإدارية ولو لم تكن طرفاً في الدعوى^(٢).

وليس هناك ما يمنع من تطبيق هذا الرأي في اليمن، ويمكن الاستناد في ذلك إلى القاعدة المقررة في مجال التنفيذ التي تفرض على قاضي التنفيذ احترام حجية الأمر المقضي به كون الحجية متعلقة بالنظام العام^(٣)، وهو ما يفرض على قاضي التنفيذ احترام الحجية أيّاً كان مداها، فإذا كانت أحكام الإلغاء تتمتع بحجية مطلقة بنص المادة (٢٣٤) السالف الإشارة إليها، فيجب على القاضي احترام هذه الحجية المطلقة التي تسري تجاه الكافة.

وتبدو أهمية اكتساب حكم الإلغاء لقوة تنفيذية مطلقة بالنسبة لبعض الحالات التي يتطلب فيها التنفيذ اشتراك أكثر من جهة، فإذا أصدرت جهة إدارية معينة قراراً بنقل موظف إلى جهة أخرى وقامت باستكمال إجراءات نقله، ثم بعد ذلك قضي بإلغاء قرار النقل، فهنا يلزم لتنفيذ حكم الإلغاء اتخاذ إجراءات من قبل كل جهة على انفراد لإعادة

(١) حكم المحكمة العليا الدائرة الإدارية في الطعن رقم (٣٢٩٢١ ك)، جلسة ٢٣ ربيع الأول ١٤٢٩هـ الموافق ٣١ / ٣ / ٢٠٠٨م. كذلك حكمها الصادر في الطعن رقم (٣٢٩٢١ ك)، جلسة ٢٢ ربيع الأول ١٤٢٩هـ الموافق ٣٠ / ٣ / ٢٠٠٨م. الأرشيف الإلكتروني للمحكمة العليا ٢٠٠٨م. وهذا مسلك القضاء الإداري أيضاً: د/ سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص ١٠٥٧ وما بعدها.

(٢) د/ محمد باهي أبو يونس: الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠١م. مرجع سابق، ص ١٣٠ وما بعدها.

(٣) حكم المحكمة العليا في الطعن رقم (٢٠٤٩٨) لسنة ١٤٢٦هـ، جلسة ١٧ محرم ١٤٢٦هـ الموافق ٢٦ / ٢ / ٢٠٠٥م، القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية، منشورات المحكمة العليا، العدد السادس، ص ١١٢.

الموظف، فإذا امتنعت إحدى الجهتين عن اتخاذ الإجراءات اللازمة للإعادة، فيجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري ضدها ولو لم تكن من أطراف التنفيذ.

المطلب الثاني

شروط الحكم الإداري باعتباره سندا تنفيذياً

أولاً: الشروط الموضوعية:

إن الأحكام القضائية قد تكون أحكاماً تقريرية وقد تكون أحكاماً صادرة بالزام، والمسلم به لدى الفقه^(١) أن الأحكام القابلة للتنفيذ هي الأحكام الصادرة بالزام، لأنها فقط هي التي يقبل مضمونها التنفيذ طوعاً أو كرهاً، باعتبارها أحكاماً تفرض على المحكوم عليه القيام بأداء معين أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أما الأحكام التقريرية والأحكام المنشئة فلا تحتاج لإجراءات للتنفيذ، لأنها تحقق الحماية القانونية بمجرد صدورها.

والأحكام الإدارية الصادرة في دعاوى الإلغاء، قد تصدر برفض الإلغاء، أو بإلغاء القرار المطعون فيه؛ فأما الأحكام الصادرة برفض الإلغاء، فهي دائماً أحكام مقررة لا تتضمن إلزاماً، وبالتالي لا تتطلب اتخاذ أي إجراء من إجراءات التنفيذ، فكل ما يترتب عليها هو تأكيد شرعية القرار الإداري المطعون فيه^(٢). أما الأحكام الصادرة بإلغاء القرار المطعون فيه فغالبيتها تنتمي إلى أحكام الإلزام، لأنها تنشئ عدداً من الالتزامات التي يجب على الإدارة اتخاذها في سبيل إعادة الحال كما كان عليه، وما تتطلبه من اتخاذ بعض القرارات التي تكفل التطابق مع الشيء المقضي به، وما يترتب عليها من إنشاء أو تعديل مراكز قانونية؛ وأحياناً قد تكون من أحكام التقرير لا يلحقها تنفيذ بأن يكون حكم الإلغاء كافياً بنفسه وبمجرد صدوره دون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر، كالحكم بإلغاء لائحة ضبط إذ يترتب عليه تطبيق اللائحة السابقة تلقائياً دون أن تلتزم الإدارة بشيء^(٣).

(١) في فقه قانون المرافعات: د/ أحمد أبو الوفا: مرجع سابق، ص ٤١. د/ نجيب أحمد عبدالله: مرجع سابق، ص ٣٢. د/ عبدالكريم الطيرود/ عادل النجار: مرجع سابق، ص ١٣٢. د/ سعيد خالد الشرعبي: مرجع سابق، ص ٥٤٨. د/ أحمد هندي: مرجع سابق، ص ٢٢. وفي فقه القانون الإداري: د/ محمد أبو يونس: مرجع سابق، ص ٦٧. د/ حسني عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٣١.

(٢) د/ حمدي ياسين عكاشة: الأحكام الإدارية في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م، ص ٣٠٥. د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٣٤. د/ عصمت عبدالله الشيخ: مرجع سابق، ص ١٢.

(٣) انظر: د/ عصمت عبدالله الشيخ: الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ٢٠٠٥م، ص ١٢. د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٤٧ وما بعدها. د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٣٠٦.

أما الأحكام الإدارية الصادرة في دعاوى التعويض، فهي تعد من أحكام الإلزام، لأنها دائماً تتضمن قضاء بإلزام الإدارة بأداء معين، وتكون من أحكام الإلزام حتى إذا لم يحدد منطوق الحكم قيمة التعويض وأحال إلى الإدارة لتحديده، أو بالإمكان احتسابه على أساس منطوقه أو من النصوص القانونية المطبقة ما يتخذ أساساً لتحديده^(١)، ومن تطبيقات هذه الحالة: الحكم الصادر ضد وزارة المالية باستحقاق الموظف المستأنف للمرتب الأصلي مع البدلات حسب قانون السلطة القضائية^(٢).

وبالإضافة إلى ذلك، يجب توافر الشروط الموضوعية في الحكم الإداري الذي يتضمن إلزاماً حتى يكون صالحاً لاعتباره سنداً تنفيذياً، والتي تختلف إذا كان إلزاماً بأداء معين، أو إلزاماً بالقيام بعمل أو الامتناع عنه.

فإذا كان الإلزام متضمناً أداء معيناً، الذي يكون محله عبارة عن إنشاء أو نقل حق عيني على شيء، سواءً أكان هذا الحق عقاراً أو كان منقولاً معيناً بذاته أو بنوعه^(٣)، فإنه يشترط في هذا الأداء أن يكون محقق الوجود، وحال الأداء، ومعين المقدار^(٤).

وإذا كان الإلزام متضمناً أداء عمل أو الامتناع عنه، فإنه لا يشترط أن يكون الحق مقدراً أو مقوماً بالنقود، وإنما يشترط أن يكون القيام بذلك العمل أو الامتناع (مشروعاً) بالأ يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة؛ على أنه يجب ألا تتخذ الإدارة من الحفاظ على النظام العام ذريعة لتتحرر من أداء الالتزام الثابت في الحكم، وهو ما سار عليه القضاء الإداري بأن أكد على أن الخوف من اضطراب خفيف لا يكفي لإعفاء الإدارة من التزامها في تنفيذ الأحكام، بل يجب أن ينطوي التنفيذ على تعريض النظام العام للاضطراب بصورة حقيقة نتيجة ظروف استثنائية طارئة^(٥). كما يجب أن يكون العمل أو الامتناع (ممكناً) فإذا كان مستحيلاً أو مرهقاً للمدين بحيث يلحق به ضرراً جسيماً إذا أُجبر على تنفيذه، فلا يجوز إجباره على التنفيذ العيني وإنما يتحول التنفيذ إلى تنفيذ بطريق التعويض^(٦)، ويميز الفقه بين نوعين من الاستحالة، الأولى «قانونية» التي يكون مرجعها نصاً قانونياً

(١) د/ حسني سعد الواحد: مرجع سابق، ص ٣٦. د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٤٨.

(٢) حكم محكمة استئناف محافظة صنعاء، الصادر بالجلسة المنعقدة في ١٦/ جمادى الأول / ١٣١٥هـ الموافق ٢٠/ ١٠/ ١٩٩٤م، وذلك بشأن القضية رقم (٦١) لسنة ١٤١٣هـ.

(٣) د/ محمد حسين الشامي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، الجزء الثاني «أحكام الالتزام»، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء- اليمن، الطبعة التاسعة، ١٤٣٢هـ/ ٢٠١١م، ص ٢٧ وما بعدها.

(٤) انظر: د/ محمد أحمد مرغم: مرجع سابق، ص ٥٩. كذلك المادة (٣٢٦) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته.

(٥) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٢٩٧.

(٦) د/ أحمد أبو الوفا: مرجع سابق، ص ٢٥٢. د/ محمد أحمد مرغم: مرجع سابق، ص ٦١.

أو مبدأ من المبادئ القانونية، كالتصحيح التشريعي بأن يقوم المقنن بإصدار تشريع يقضي بتصحيح آثار ترتبت على حكم الإلغاء، والثانية «واقعية» التي ترجع إلى واقعة خارجة عن نطاق الحكم، كبلوغ الموظف المحكوم بإلغاء فصله سن المعاش، فتنفيذ الحكم وإعادة الموظف لعمله يعد مستحيلًا^(١)، ويترتب على استحالة أداء الالتزام استحالة التنفيذ العيني، وحينئذٍ يتحول التنفيذ إلى تنفيذ بطريق التعويض بأن يلتزم المحكوم عليه بدفع تعويض تحدده المحكمة^(٢).

ثانياً: الشروط الشكلية:

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية المذكورة، اشترط القانون شرطاً شكلياً لجميع السندات التنفيذية وهو ضرورة أن يُذيل الحكم بالصيغة التنفيذية، على أن الصيغة التنفيذية للأحكام الإدارية في القانون اليمني هي ذات الصيغة المقررة لسائر الأحكام القضائية، فلم يرد في التنظيم الاستثنائي الخاص بالتنفيذ ضد الإدارة أي نص يميز الأحكام الإدارية بصيغة تنفيذية معينة، ولقد كان الأحرى بالمقنن أن يميز الصيغة التنفيذية للأحكام الإدارية بما يتناسب مع الطبيعة الخاصة لوسائل إجبار الإدارة على التنفيذ، فكما سنرى أن بعض وسائل التنفيذ الجبري- لاسيما القوة- لا تتناسب مع طبيعة الإدارة كمنفذ ضدها. أما الصورة التنفيذية فهي عبارة عن نسخة طبق الأصل من السند التنفيذي الإداري يوضع عليها ختم المحكمة بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من قبل الكاتب المختص بالمحكمة التي أصدرت الحكم^(٣).

وبالتالي فالقانون لا يجيز تنفيذ أي سند تنفيذي إداري إلا بموجب صورة تنفيذية مذيلة بالصيغة التنفيذية، ومن المسلم به لدى الفقه أن خلو صورة الحكم من الصيغة التنفيذية يؤدي إلى بطلان التنفيذ^(٤)؛ على أنه يستثنى من ذلك الأحكام الإدارية المشمولة بالنفاذ المعجل، حيث تنفذ بموجب مسودتها وبدون مقدمات التنفيذ^(٥).

(١) د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٣١٣. د/ حسني سعد الواحد: مرجع سابق، ص ٤١٣.

(٢) المادة (٣٣٧) من القانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م. وللمزيد، انظر: د/ محمد حسين الشامي: مرجع سابق، ص ٢٤.

(٣) د/ محمد أحمد مرغم: مرجع سابق، ص ٦٥.

(٤) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٣٢٦). د/ محمد أحمد مرغم: مرجع سابق، ص ٦٥. د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٣١١. د/ نجيب أحمد عبدالله: قانون التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص ١٧١.

(٥) د/ نجيب أحمد عبدالله: إجراءات التنفيذ ضد الإدارة، مرجع سابق، ص ٤٣.

المطلب الثالث

المقدمات الخاصة بالتنفيذ ضد الإدارة

أولاً: تقديم طلب التنفيذ:

اشترط القانون تقديم طلب بالتنفيذ بعريضة يقدمها طالب التنفيذ إلى المحكمة المختصة، على أن المقنن اليمني لم يضع ميعاداً لسقوط الحق في تقديم طلب التنفيذ، حيث جاء في أحد أحكام المحكمة العليا: «إن تراخي المحكوم له عن طلب التنفيذ لا يسقط الحق في تنفيذ الحكم، فلا يوجد في القانون التقادم المسقط للتنفيذ»^(١).

ويشترط في طالب التنفيذ أن يكون ذا صفة، وتثبت صفة طالب التنفيذ إذا كان السند الذي سيجري التنفيذ بمقتضاه دالاً على أنه صاحب الحق الموضوعي الثابت فيه^(٢)، وفي القضايا الإدارية يكون طالب التنفيذ ذا صفة إذا كان طرفاً في الدعوى الإدارية التي صدر فيها الحكم بـ«التعويض»، غير أن الوضع يختلف بشأن الحكم الصادر في دعوى الإلغاء، فبالإضافة إلى اشتراط أن يكون لطالب التنفيذ صفة الطرف في حكم الإلغاء يجب أن يكون معنياً مباشرة بالقرار الإداري الصادر به الحكم؛ أي أن يؤثر القرار تأثيراً مباشراً على مركزه القانوني تعديلاً أو إلغاءً^(٣)؛ ذلك أن الاكتفاء باشتراط صفة الطرف سيؤدي إلى تعدد طلبات التنفيذ بشكل يصعب حصره، لما تتمتع به هذه الأحكام من حجية مطلقة تجاه الكافة تؤدي لتعدد أصحاب المصلحة في تنفيذها^(٤).

ويشترط في طلب التنفيذ أن يكون كتابة كون القانون يشترط تقديم الطلب عن طريق عريضة، مما يعني ضرورة أن يكون الطلب مكتوباً، باعتبار أن العرائض لا تقدم للمحاكم إلا كتابة^(٥)، كما يجب أن يرفق بالطلب الصورة التنفيذية المذيلة بالصيغة التنفيذية، وأن يشتمل الطلب على البيانات التي يتطلبها القانون، وهي رقم القضية

(١) حكم المحكمة العليا الصادر عن الدائرة المدنية في الطعن رقم (٢٤٢٠٦) لسنة ١٤٢٦هـ، جلسة ١٤ / ٣ / ١٤٢٧هـ الموافق ١٤ / ٢ / ٢٠٠٦م، القواعد القانونية والقضائية المدنية، منشورات المحكمة العليا، العدد الثامن، ص ١١١.

(٢) انظر: د / عبد الكريم الطيرود / عادل النجار: مرجع سابق، ص ٧١ وما بعدها. د / محمد أحمد مرغم: مرجع سابق، ص ٥٠.

(٣) انظر: د / نجيب أحمد عبدالله: مرجع سابق، ص ١٥. د / محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

(٤) د / محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ١٨٩ وما بعدها.

(٥) وفقاً للمادة (١٠٣) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، ويرى البعض بطلان طلب التنفيذ إذا تم تقديمه شفاهة. د / نجيب أحمد عبدالله: قانون التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص ١٩٢.

وأسماء الأطراف ونوع السند التنفيذي وتاريخه.. الخ^(١).

وتتجلى أهمية هذه البيانات في أنها تعمل على تحديد نوع السند ومدى قابليته للتنفيذ الجبري، وقدر الدين أو الالتزام، وما يراد استيفاؤه وكيفية الاستيفاء^(٢)، وتبدو أهميتها على وجه الخصوص في مجال أحكام الإلغاء التي يترتب على تنفيذها إلزام الإدارة باتخاذ مجموعة من الإجراءات، والقرارات التي تكفل إعادة الحال كما كان عليه تختلف من حالة لأخرى وفقاً لنوع القرار الملغى، ومن ثم فإن وجود تلك البيانات في طلب التنفيذ يساعد القاضي على تحديد وحصر الالتزامات التي تقع على عاتق الإدارة تجاه تنفيذ حكم الإلغاء، ومعرفة ما هو مطلوب من الجهة الإدارية القيام به على وجه التحديد، وما تم تنفيذه وما لم ينفذ بعد، ويتمكن في ضوء ذلك من تقرير اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري.

ثانياً: الإعلان والتكليف بالوفاء؛

إعلان السند التنفيذي إلى المنفذ ضده وتكليفه بالوفاء يعتبر مقدمة ضرورية للتنفيذ بجميع أنواعه، غير أنه فيما يخص التنفيذ ضد الإدارة اشترط القانون - فضلاً عن الإعلان والتكليف بالوفاء - إبلاغ رئيس مجلس الوزراء بامتناع الإدارة عن التنفيذ^(٣)، وبالتالي فإعلان السند التنفيذي إلى الإدارة ينفذ على مرحلتين، كالآتي:

المرحلة الأولى: إعلان الجهة الإدارية بالتنفيذ: وذلك بإعلان السند التنفيذي إلى الجهة الإدارية المحكوم عليها للقيام بالتنفيذ خلال مدة ثلاثين يوماً، وذلك بغرض تمكينها من مراقبة مدى استيفاء السند التنفيذي لشروطه والتنفيذ بموجبه فتستطيع الاعتراض إن كان لذلك وجه، وإتاحة الفرصة لها لتقوم بالتنفيذ الاختياري لتتفادى إجراءات التنفيذ الجبري^(٤)، ويجب أن يشتمل الإعلان على البيانات التي استلزمها القانون في الأوراق القضائية، بالإضافة إلى صورة من السند التنفيذي المذيل بالصيغة التنفيذية^(٥). كما يشترط أن يشتمل الإعلان على التكليف بالوفاء، بهدف تنبيه الجهة الإدارية المحكوم عليها بأداء الالتزام، وبيان المطلوب منها، وإنذارها بأن عدم قيامها بالتنفيذ اختياراً سيجعلها عرضة للتنفيذ جبراً^(٦). ويتم تسليم الإعلان إلى الجهة الإدارية

(١) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادتان (٣٥٣ و ٣٥٤).

(٢) د/ محمد أحمد مرغم: مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٣) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٤٨٧).

(٤) د/ عبدالكريم الطيرود/ عادل النجار: مرجع سابق، ص ٣٣٤.

(٥) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ نجيب أحمد عبدالله: قانون التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٦) د/ نجيب أحمد عبدالله: إجراءات التنفيذ ضد الإدارة، مرجع سابق، ص ٥٤.

المحكوم عليها وفقاً لما هو مقرر لإعلان الأوراق القضائية للأشخاص الاعتبارية العامة فيسلم الإعلان إلى ممثل الجهة الإدارية: فكل وزير أو رئيس مصلحة يعد ممثلاً قانونياً لوزارته ومصلحته في استلام الإعلان، ويسلم الإعلان إلى الممثل أو نائبه أو إلى الموظف المكلف باستلام صورة الإعلانات، ويسلم الإعلان في مقر الشخص الاعتباري المعلن إليه، إلا الدولة فإن الإعلان يسلم في مقر مجلس الوزراء^(١).

المرحلة الثانية: إبلاغ رئيس مجلس الوزراء: إذا تم إعلان الجهة الإدارية المحكوم عليها كما سبق، ومضت مدة الثلاثين يوماً دون أن تقوم بتنفيذ السند التنفيذي، أوجب القانون على قاضي التنفيذ إبلاغ رئيس مجلس الوزراء بامتناعها عن التنفيذ لكي يقوم رئيس مجلس الوزراء بإصدار أمر للجهة الإدارية لتنفيذ الحكم الصادر ضدها خلال خمسة وأربعين يوماً، وقد برر المقنن هذا الإجراء بأن رئيس مجلس الوزراء يعتبر رئيساً للجهة الإدارية من الناحية القانونية، وممثلاً للدولة في جميع الدعاوى التي ترفع عليها، ولإطلاعها على النتائج ومسؤولية الإدارة جراء امتناعها عن التنفيذ^(٢). وإذا كانت الجهة الإدارية المحكوم عليها هي (مجلس الوزراء)؛ يرى الباحث أنه يكتفى بالإعلان والتكليف بالوفاء، ذلك أن ممثل مجلس الوزراء هو رئيس مجلس الوزراء، وهو الشخص الذي يتم الإعلان إليه، ومن غير المتصور أن يتم إبلاغ رئيس مجلس الوزراء عن امتناع الجهة التي يمثلها عن التنفيذ، وبالتالي يتم إعلان رئيس مجلس الوزراء مع ضم فترتي التنفيذ الاختياري فيكون التكليف بالوفاء خلال خمسة وسبعين يوماً.

ثالثاً: انقضاء مدة الإمهال:

للتنفيذ العادل موجبات أهمها منح الإدارة فترة لكي تنهياً وتتخذ ما يلزم للتنفيذ الاختياري، ومنحها فرصة لمعارضة إجراءات التنفيذ إن كان لذلك وجه^(٣)، وهذا ما قرره المقنن حيث منح الإدارة امتيازاً من خلال النص على أن لا تبدأ إجراءات التنفيذ الجبري ضدها إلا بعد انقضاء مدة الإمهال المحددة بـ «خمس وسبعين» يوماً، والتي تكون على مرحلتين - على النحو المبين في الفقرة السابقة - وهي:

المرحلة الأولى: ثلاثون يوماً يبدأ سريانها من تاريخ إعلان الجهة الإدارية بالسند التنفيذي.

(١) انظر: د/ سعيد خالد الشرعبي: مرجع سابق، ص ٢٨٨. كذلك المادة (٤٤) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته.

(٢) تقرير لجنة العدل والأوقاف: مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٣) د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ٢٣. د/ محمد أحمد مرغم: مرجع سابق، ص ١٤٧.

المرحلة الثانية: خمسة وأربعون يوماً إذا لم تقم الإدارة بالتنفيذ خلال المدة السابقة بعد إبلاغ رئيس مجلس الوزراء، وعن احتساب بداية هذه المدة، يرى البعض أن هذه المدة يبدأ سريانها بانتهاء مدة الإمهال الأولى الثلاثين يوماً^(١)، في حين يرى البعض أن سريانها يبدأ من تاريخ وصول الإبلاغ إلى رئيس مجلس الوزراء بامتناع جهة الإدارة عن التنفيذ الاختياري^(٢)، ويبدو أن الرأي الأخير هو الأقرب للصواب، لكي لا يفسح المجال للإدارة لإطالة المدة بذريعة عدم العلم بأمر رئيس مجلس الوزراء لها، ومن غير المعقول أن تكون الإجراءات القضائية مرهونة بمدى سرعة وفاعلية إجراءات المكاتبات والمراسلات الإدارية فيما بين الجهات الحكومية.

ويلاحظ أن المدد الممنوحة للإدارة تعتبر طويلة مقارنة بمدد التنفيذ المقررة للأفراد، ويرجع ذلك لخصوصية نشاط الإدارة تحقيقاً للمصلحة العامة، ولأن قيام الإدارة بالتنفيذ الاختياري يحتاج لوقت أطول من الأفراد، فأحكام الإلغاء تلقي على عاتق الإدارة مجموعة من الالتزامات لإعادة الحال كما كان عليه، وهو ما يتطلب إعادة النظر في كثير من القرارات والآثار القانونية والمادية التي رتبها القرار الملغى وما يتطلبه من اتخاذ عدد من القرارات والإجراءات لمعالجة الآثار القانونية والمادية التي رتبها القرار الملغى، وكذلك أحكام التعويض التي تتطلب المرور بإجراءات الصرف الحكومية التي تأخذ وقتاً طويلاً، لاسيما إذا اصطدم التنفيذ بعدم كفاية الاعتمادات وما قد يلزم لذلك من إجراءات لطلب اعتماد جديد أو المناقلة بين الاعتمادات.

(١) غالب عبدالله غالب القيعطي: تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الدولة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة عدن، ١٤٣٢هـ / ٢٠١١م، ص ٥٦.
(٢) د/ نجيب أحمد عبدالله: إجراءات التنفيذ ضد الإدارة، مرجع سابق، ص ٥٧.

المبحث الثالث التزامات الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

ويشتمل على مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

التزامات الإدارة في تنفيذ أحكام الإلغاء

أولاً: مضمون التزام الإدارة بتنفيذ أحكام الإلغاء:

إن الأحكام التي تفصل دعوى الإلغاء قد تصدر برفض الإلغاء وقد تصدر بإلغاء القرار المطعون فيه؛ فأما تلك الصادرة برفض الإلغاء فلا تحتاج إلى تنفيذ، لأنها أحكام مقررة لا تتضمن إلزاماً، وكل ما يترتب عليها هو تأكيد شرعية القرار المطعون فيه، أما الأحكام الصادرة بالإلغاء فهي من أحكام الإلزام التي تستوجب قيام الإدارة باتخاذ إجراءات تنفيذها، فأحكام الإلغاء تعني إعادة الحال كما كان عليه واعتبار القرار الملغى كأن لم يكن؛ فيعتبر أن القرار قد ألغي بأثر رجعي من يوم صدوره، ذلك أن إلغاء القرار الإداري يؤدي إلى إعدام القرار لا بالنسبة للمستقبل فحسب، بل بالنسبة للماضي أيضاً، بحيث يصبح القرار وكأنه لم يوجد إطلاقاً^(١)، وتحرص المحاكم اليمنية على تأكيد هذا المبدأ باستمرار إذ تتضمن معظم أحكامها الصادرة بالإلغاء عبارة: (واعتبار القرار كأن لم يكن)^(٢).

وبالتالي تلتزم الإدارة بأن تنفذ حكم الإلغاء بأثر رجعي، بأن تعيد الحال كما لو لم يصدر هذا القرار إطلاقاً، وليس لها أن تمتنع عن تنفيذ حكم الإلغاء بحجة صعوبات مادية^(٣)، ولا يعني ذلك أن التزام الإدارة في تنفيذ حكم الإلغاء يقتصر على مجرد الجانب السلبي باعتبار القرار الملغى معدوماً، بل يتعين عليها أن تتخذ كافة الإجراءات التي يستلزمها الإلغاء^(٤)؛ بما في ذلك محو الأعمال التنفيذية والمادية المترتبة على القرار، وإعادة بناء

(١) د/ سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ١٠٦٤ وما بعدها.

(٢) مجموعة من الأحكام الصادرة من المحاكم اليمنية، مشار إليها لدى: الباحث / عبدالله هاشم الخزان: عيوب القرار الإداري وفقاً لأحكام القضاء اليمني، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء، ٢٠٠٩م.

(٣) د/ سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ١٠٦٤ وما بعدها. د/ أحمد عبدالملك بن قاسم: مرجع سابق، ص ١٨٨.

(٤) د/ مطيع علي حمود جبير: القضاء الإداري «دراسة مقارنة»، مركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء - اليمن، الطبعة الثالثة، ٢٠١٥م، ص ٣٠٣ وما بعدها. د/ سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص ١٠٧٣.

مركز المحكوم له بافتراض أن القرار الملغى لم يصدر، وعدم اتخاذ أي إجراء لإحداث أثر للقرار الملغى^(١).

على أن منطوق حكم الإلغاء في الغالب لا يعين على كيفية تنفيذه ويقف عند حد إلغاء القرار دون بيان النتائج الضرورية لهذا الإلغاء^(٢)، استناداً إلى المبدأ المُستقر عليه بأن سلطة قاضي الإلغاء تقتصر عند الحكم بإلغاء القرار المعيب فحسب، دون أن يعدل القرار المعيب أو أن يستبدل به غيره، ولا يمكنه أن يحل محل الإدارة في استخلاص آثار حكم الإلغاء وتنفيذ ما يتطلبه الشيء المقضي به^(٣)، ولقد تضمن أحد أحكام المحكمة العليا بأن: «.. سلطة قاضي الإلغاء مقصورة على توافر المشروعية في القرار المطعون فيه أمامه، فإذا وجد القاضي أن القرار المطعون فيه غير مطابق للقانون أو لللائحة أو لم يصدر على مقتضى القانون أو اللائحة يحكم بإلغائه فقط دون أن يلزم الإدارة مصدرة القرار بعمل شيء»^(٤) على تنفيذ حكم الإلغاء وإن كان يبدو سهلاً من الناحية النظرية، إلا أنه أكثر صعوبة وتعقيداً من الناحية العملية، ولذلك نبين التزامات الإدارة في تنفيذ أحكام الإلغاء تجاه القرار الملغى، وتجاه آثاره، وكذلك التزاماتها في تنفيذ أحكام إلغاء القرارات المتعلقة بالموظفين من خلال الفقرات التالية تباعاً.

ثانياً: التزامات الإدارة تجاه القرار الإداري المحكوم بإلغائه:

تختلف التزامات الإدارة تجاه القرار الإداري المحكوم بإلغائه من حيث كون القرار الملغى قراراً (إيجابياً أم سلبياً) ومن حيث كونه قراراً (فردياً أم لائحياً).

فإذا كان القرار الملغى إيجابياً فإن أول التزام يقع على عاتق الإدارة هو سحب هذا القرار واعتباره كأن لم يكن، وأن تتوقف الإدارة عن تنفيذ القرار الملغى بمجرد صدور الحكم إذا كانت مستمرة في التنفيذ، كما يجب عليها ألا تبدأ بالتنفيذ إذا لم تكن قد بدأت فيه^(٥)،

(١) للمزيد، انظر: د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٣٣٣. د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٢٢٤.

(٢) د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٣٣١. د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ١١٤.

(٣) د/ علي علي المصري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في اليمن «دراسة مقارنة وتطبيقية»، مكتبة ومركز الصادق، مكتبة خالد بن الوليد، دار الكتاب الجامعي، صنعاء - اليمن، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ/ ٢٠١٢م، ص ١٧٢.

(٤) حكم المحكمة العليا الصادر عن الدائرة الإدارية في الطعن رقم (١) لسنة ١٤٢٢هـ، جلسة ١٠/ جماد الأول / ١٤٢٠هـ الموافق ٣١ / ٨ / ١٩٩٩م، القواعد القضائية المستخلصة من أحكام المحكمة العليا، منشورات المحكمة العليا، العدد الأول، ص ٥٨.

(٥) د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٣٣٦. د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ١١٨.

كما تلتزم الإدارة بعدم إعادة إصدار القرار الملغى بنفس منطوقه القديم أو بصفة مقنعة كأن يكون مشتملاً على مضمون القرار الملغى تحايلاً منها على حكم الإلغاء لإعادة ترتيب آثاره، لأن ذلك يؤدي إلى سلسلة من الأحكام بالإلغاء. على أن هذا الالتزام يتوقف على أوجه عدم المشروعية في القرار الملغى: فإذا كان عدم المشروعية راجعاً إلى عيب داخلي كمخالفة القانون أو انعدام السبب أو الانحراف بالسلطة، فإن الإدارة لا تملك إعادة إصدار القرار الملغى من جديد بأي صورة. أما إذا كان عدم المشروعية راجعاً إلى عيب خارجي كمخالفة قواعد الاختصاص أو الشكل، فإنه يمكن للإدارة إعادة إصدار القرار الملغى من جديد بعد تلافي ما شابه من عيب في الاختصاص أو الشكل، على أن يسري القرار الجديد من تاريخ إصداره لا من تاريخ القرار الملغى^(١). وإذا نتج عن إلغاء القرار الإيجابي وجود فراغ قانوني، فإنه يتعين على الإدارة ملء هذا الفراغ عن طريق فحص المراكز القانونية التي مسها هذا الإلغاء ثم تعيد ترتيبها، بإعادة بناء المركز القانوني للمحكوم له^(٢).

وإذا كان القرار الملغى سلبياً بمعنى أن حكم الإلغاء المطلوب تنفيذه ألغى رفض الإدارة إصدار قرار إداري يلزمها القانون بإصداره، فالقاعدة التي تسيطر هنا أن إلغاء الرفض لا يساوي الترخيص أو التصريح، باعتبار أن الحكم بإلغاء قرار سلبى لا يتضمن بذاته تحقيق الأثر القانوني الذي امتنعت الإدارة عن إحداثه، وإنما يتعين لتحقيق هذا الأثر أن تصدر الإدارة قراراً بذلك^(٣). ولكن هل يتوجب على الإدارة إصدار الترخيص أو التصريح؟ أم يقتصر التزامها على إعادة فحص الطلب من جديد؟ الأصل أن التزام الإدارة يقتصر على إعادة فحص طلب الترخيص من جديد، باعتبار أن منح الترخيص يعد من صميم اختصاص الإدارة، ولا يمكن للقضاء أن يحل محل الإدارة في ذلك^(٤)، على أن هذا القول قد يؤدي إلى دخول المحكوم له في حلقة مفرغة؛ لأنه سيحال على الإدارة مرة أخرى لتقرر ما تراه بشأن الترخيص، وقد ترفض ذلك مرة أخرى، فيعود إلى القضاء مجدداً طاعناً في رفضها الثاني وهكذا؛ ولذلك فقد اتجهت بعض أحكام القضاء - كاستثناء من ذلك الأصل - إلى إلزام الإدارة بإصدار قرار الترخيص بشرط عدم حدوث تغيير في مركز

(١) د/ سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ١٠٧٤ وما بعدها. د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ١١٩ وما بعدها.

(٢) للمزيد، انظر: د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٢٢٤. د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٣٣٦.

(٣) د/ جورج فودال: القانون الإداري «الجزء الثاني»، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ص ٢٧١. د/ محمد أبو يونس: مرجع سابق، ص ١١١.

(٤) انظر: د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ١١٢. د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٣٤٤.

الطاعن يفضي إلى منع حصوله عليه^(١). واتجه جانب من الفقه إلى أنه يجب على الإدارة منح الترخيص أو التصريح ولو تغيرت شروط منح الترخيص، حيث لا يضر الطالب بذلك، بل يصدر الترخيص وكأنه قد صدر يوم أن طلبه في ظل الوضع القديم، فتصدر قرار الترخيص بأثر رجعي من تاريخ الطلب الأصلي مع ترتيب ما يتولد عن ذلك من آثار^(٢). ويرى الباحث أن الأمر يرتبط بمنطوق الحكم وأسبابه؛ فإذا كان إصدار الترخيص أو التصريح مما يقتضيه الحكم وأسبابه، فإن الإدارة تلتزم بذلك باعتباره جزءاً من التنفيذ، أما إذا كان المنطوق والأسباب لا تقتضي إصدار الترخيص أو التصريح، فهذا يعني أن الإلغاء يقتصر على إعادة الحال كما كان عليه، وهي الحالة التي لم يكن فيها لا رفض ولا ترخيص، وهنا يقتصر التزام الإدارة على إعادة فحص الطلب من جديد.

وإذا كان القرار الإداري المحكوم بإلغائه لائحياً، فيتم التمييز بين حالتين، الأولى: أن تكون اللائحة الملغاة من اللوائح التي لا يلزم القانون الإدارة بإصدارها، ففي هذه الحالة لا تلتزم الإدارة باتخاذ أي إجراء تنفيذي، فتكون لها حرية إصدار لائحة جديدة بدلاً عن الملغاة أو عدم إصدارها، وتحل اللائحة القديمة محل تلك التي ألغيت. والحالة الثانية: أن تكون اللائحة الملغاة من اللوائح التي يوجب القانون على الإدارة إصدارها، فهنا تلتزم الإدارة بإصدار لائحة جديدة بدلاً عن الملغاة مع تفاذي العيوب التي أدت إلى إلغاء اللائحة السابقة^(٣). على أن القرار المحكوم بإلغائه لائحياً سلبي بمعنى أنه ألغى رفض الإدارة إصدار لائحة، فيجب على الإدارة إصدارها^(٤).

ثالثاً: التزامات الإدارة تجاه الآثار المترتبة على القرار المحكوم بإلغائه:

إن الآثار المترتبة على القرار الإداري قد تكون قانونية أو مادية أو كليهما، وتختلف التزامات الإدارة في كلا الحالتين، ففيما يخص الآثار (القانونية) يكون مقتضى التزام الإدارة بإعادة الحال كما كان عليه بأن تقوم الإدارة بإلغاء كافة الآثار القانونية المترتبة على القرار الملغى، وسحب جميع الأعمال القانونية الناتجة عن القرار الملغى التي تتعارض مع حجية الأمر المقضي، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بأنه إذا ألغى قرار إداري

(١) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ١١٤ والأحكام التي أشار إليها.
 (٢) د/ سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية «دراسة مقارنة»، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، الطبعة السابعة، ١٤٢٧هـ/ ٢٠٠٦م، ص ٥٨١ وما بعدها. د/ حسني سعد الواحد: مرجع سابق، ص ٢٤٨.
 (٣) انظر: د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ١٠٠.
 (٤) انظر: د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٢٤١. د/ حسني سعد الواحد: مرجع سابق، ص ٢٣٩.

فإنها تنقضي كل آثاره^(١)، وهو ما استقر القضاء الإداري بأن إلغاء القرار يترتب على تنفيذه إلغاؤه وإلغاء جميع القرارات التي بنيت عليه ولو لم يطعن فيها بالإلغاء، على أنه يجب وجود علاقة تربط هذه القرارات مع القرار الملغى بدرجة لا تسمح ببقائها مستقلة^(٢)، وإذا كان القرار الملغى لاثمياً فالمبدأ النظري يقضي بأن إلغاء اللائحة يجعل كل القرارات المتخذة بناءً عليها غير مشروعة، ومع ذلك فقد اتجه الفقه والقضاء إلى بقاءها مشروعة باعتبار أنها قد أصبحت نهائية ورتبت لذوي الشأن حقوقاً مكتسبة في الاحتفاظ بالمراكز القانونية^(٣).

وفيما يخص الآثار (المادية) كنزع الملكية أو الاستيلاء على عين أو هدم عين؛ فالإدارة هنا تلتزم بإزالة جميع هذه الآثار عن طريق قيامها بجميع الإجراءات اللازمة لإزالة مظاهر التنفيذ المادي الناتجة عن القرار الملغى، إعمالاً لمبدأ الأثر الرجعي لحكم الإلغاء؛ بيد أنه قد يستحيل على الإدارة أحياناً إزالة الآثار المادية للقرار، وذلك كإلغاء قرار إداري صادر بمنع تجمع في مناسبة معينة، ثم ألغي هذا القرار بعد ذلك بموجب حكم قضائي، فالتنفيذ هنا يصبح غير ذي موضوع، لأنه من غير الممكن حصول التجمع، وذلك لفوات المناسبة المرتبطة به، وحينئذٍ يتحول إلغاء القرار الإداري إلى مجرد فرض نظري بحت.

على أنه إذا استحال تنفيذ الحكم جراء انعدام محل تنفيذ حكم الإلغاء، فإن الإدارة تظل مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بالمحكوم له جراء عدم التنفيذ^(٤)، فإذا صدر حكم بإلغاء قرار إداري بهدم منزل بعد أن قامت الإدارة بهدمه، فالتنفيذ العيني يبدو متعذراً لانعدام محله، وبالتالي لا يكون أمام المحكوم له إلا طلب التعويض، ويرى البعض بأن هذا التعويض لا يعد من إجراءات التنفيذ ولا تلتزم الإدارة بدفعه كأحد التزاماتها تجاه تنفيذ الحكم باعتبار أن مسألة التعويض تعتبر نزاعاً جديداً، ويرى البعض أن هذا التعويض يشكل إجراء من إجراءات التنفيذ، باعتباره تعويضاً مقابلاً لاستحالة التنفيذ الطبيعي^(٥)؛ وفي القانون اليمني فهذا التعويض يعتبر تعويضاً عن استحالة التنفيذ العيني، فيتحول

(١) حكم المحكمة العليا الصادر عن الدائرة الإدارية في الطعن رقم (٣٢٩٢١ ك)، جلسة ٢٣ ربيع الأول ١٤٢٩ هـ الموافق ٣١ / ٣ / ٢٠٠٨ م.

(٢) انظر: د/ سليمان الطماوي: القرارات الإدارية، مرجع سابق ص ٥٧٩. د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٢٤٦.

(٣) للمزيد، انظر: د/ جورج فودال: مرجع سابق، ص ٢٦٨. د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٢٤٠ وما بعدها.

(٤) د/ سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ١٠٧٦.

(٥) عرض هذا الخلاف: د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٥٨٦ وما بعدها.

التنفيذ إلى تنفيذ بطريق التعويض وتلتزم الإدارة بدفع تعويض للمحكوم له^(١).

رابعاً: التزامات الإدارة تجاه إلغاء قرارات تعيين أو ترقية موظف:

من المقرر أنه في حالة إلغاء قرار التعيين أو الترقية أن الموظف يتوقف فوراً عن أن يكون حائزاً لدرجته ويعود إلى المركز والدرجة التي كان يشغلها قبل صدور قرار التعيين أو الترقية «الملغى»، وبالتالي فإن مقتضى التنفيذ الصحيح يتمثل في اعتبارها كأن لم تكن، وإبعاد الموظف عن الوظيفة التي عين فيها أو رقى إليها^(٢).

غير أن ذلك لا يعني حتماً ضرورة أن تفصل الإدارة الموظف من وظيفته، بل يمكنها استبداله بإصدار قرار صحيح أو تعيين المحكوم له مع إبقائها على المطعون في تعيينه، وبالنسبة للترقية أجاز القضاء استثناء الإبقاء على الترقية المطعون عليها وترقية المحكوم له لأية درجة تكون خالية، لعدم زعزعة مراكز قانونية استقرت لذويها، فترخص الإدارة في الاحتفاظ بترقيته مادامت لديها درجة مالية بالقيود التي يقتضيها الحكم^(٣).

وفيما يخص الالتزامات المتعلقة بالحقوق والمزايا المالية، فإن الأعمال الكاملة لمبدأ الأثر الرجعي لحكم إلغاء قرار التعيين أو الترقية يعني التزام الموظف برد كل ما تسلمه من مرتبات أو علاوات أو أية مزايا أخرى بمناسبة هذا التعيين أو الترقية، طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب، غير أنه استثناء من ذلك قامت اعتبارات عملية أدت لعدم التزام الموظف برد ما تسلمه من مرتب أو علاوات كتعويض عما قام به من جهد خدمة للإدارة^(٤).

وفيما يخص التصرفات التي قام بها الموظف فالمبدأ النظري يقضي باعتبارها باطلة، غير أنه سعياً لحماية المراكز القانونية أوجد القضاء نظرية الموظف الواقعي التي تقوم على أساس اعتبار تصرفات الموظف صحيحة رغم بطلان قرار تعيينه استناداً لمبدأ سير المرافق العامة، وبالتالي تعتبر تصرفاته نافذة ويكون للغير حق التمسك بصحتها، فمن غير المتصور أن يطلب الغير مع من يظهر كموظف إبراز سند توليته عند كل تعامل^(٥).

(١) المادة (٣٣٧) من القانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م. وللزيد، انظر: د/ محمد حسين الشامي: مرجع سابق، ص ٢٤.

(٢) انظر: د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٣٦٠. د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٣) د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٢٧١. د/ سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ١٠٦١.

(٤) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٢٧٩ وما بعدها.

(٥) د/ أحمد شرف الدين: القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٦٠. د/ علي علي المصري: القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠.

خامساً: التزامات الإدارة تجاه إلغاء قرارات إنهاء خدمة موظف:

تلتزم الإدارة- تنفيذاً لحكم إلغاء قرار الفصل- بإعادة الموظف إلى الوظيفة التي كان يشغلها بمرتبتها ودرجتها، وليس في مرتبة أدنى أو درجة أقل، وإلا لكان مؤدى ذلك أن الحكم لم ينفذ في حقه تنفيذاً كاملاً، بل نفذ تنفيذاً مبتوراً منقوصاً، ولكان هذا بمثابة تنزيل في مرتبة الوظيفة ودرجتها وهو جزاء تأديبي مفتح^(١).

وتلتزم من حيث الأصل بإعادة الموظف المحكوم له إلى ذات الوظيفة التي كان يشغلها إذا كانت لاتزال شاغرة، أما إذا كانت قد عينت خلفاً للمحكوم له، فيجوز على سبيل الاستثناء الإبقاء على تعيين الخلف وتديير وظيفة أخرى مماثلة للمحكوم له بنفس الدرجة والمرتبة، أما إذا لم تتمكن من تديير وظيفة أخرى للمحكوم له، فإن ذلك يلزمها إبطال تعيين الخلف وإحلال المحكوم له محله باعتباره صاحب الحق في شغل هذه الوظيفة^(٢).

ولا يقتصر أثر حكم إلغاء قرار إنهاء الخدمة على مجرد إعادة الموظف لوظيفته أو أخرى مماثلة بما يعرف بالرجعية الهادمة للإلغاء، بل يمتد أثر حكم الإلغاء إلى إعادة ترتيب الوضع الوظيفي للمحكوم له للوصول به إلى ما كان سيصبح عليه لو لم يتدخل القرار المنهي لخدمته ويعرقل سيره الطبيعي، وهو ما يعرف بالرجعية البناءة، وبالتالي يتوجب على الإدارة احتساب مدة خدمة الموظف الواقعة بين تاريخ صدور قرار إنهاء الخدمة وتاريخ تسلمه عمله تنفيذاً للحكم ضمن مدة الخدمة الكلية وما يترتب على ذلك من آثار والترقيات^(٣).

وفيما يخص التزامات الإدارة تجاه الحقوق المالية للموظف المحكوم له، نصت المادة (٤٨٨) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: «إذا تعلق التنفيذ بحكم إداري صادر بإعادة موظف إلى عمله أو بصرف مرتبه فيعتبر الموظف معاداً إلى العمل بدرجته وكافة حقوقه من تاريخ اعتبار الحكم سناً تنفيذياً. وفيما يتعلق بصرف المرتب أو المعاش أو أي تعويض له عن حقوق سابقة للحكم قضى باستحقاقها؛ أصدر قاضي التنفيذ أمراً بصرفها من الحسابات الخاصة في البنك المركزي لتلك الجهة المنفذ

(١) د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٣٧٢.

(٢) د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٥٦٧.

(٣) د/ سليمان الطماوي: القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٨١. د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ١٦٠.

ضدها»^(١)، وستتناول نص هذه المادة بالشرح والتحليل في المبحث الرابع عند الحديث عن وسيلة الأمر المباشر بالصرف.

ومن خلال كل ما سبق، يلاحظ أن دور المقنن اليمني يبدو ضئيلاً في تنظيم القواعد التي تحكم التزامات الإدارة في تنفيذ أحكام الإلغاء، على أن ذلك لا يمثل قصوراً تشريعياً كون القواعد المنظمة لالتزامات الإدارة في التنفيذ هي قواعد موضوعية في الغالب الأعم يستوي أن يكون مصدرها التشريع أو العرف أو القضاء، على أن أهم هذه المصادر هي مبادئ أحكام القضاء، غير أن دور القضاء اليمني يبدو محدوداً مقارنة بمبادئ القضاء الإداري في مصر وفرنسا، ولذلك يوصي الباحث القضاء اليمني الاستفادة من المبادئ التي أقرها القضاء الإداري، كما يوصي وزارة العدل وحقوق الإنسان بزيادة الاهتمام بالمبادئ المستخلصة من أحكام القضاء بدرجاته المختلفة، وجمعها في مجموعات أو دوريات مصنفة ليسهل الرجوع إليها.

المطلب الثاني

التزامات الإدارة في تنفيذ أحكام التعويض

أولاً: التزامات الإدارة في أداء التعويض العيني؛

يكون الالتزام الثابت بالوفاء عيناً حين يتضمن الحكم إلزام الإدارة بإعطاء معين، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهنا يتوجب عليها أداء الالتزام عيناً وفق قواعد القانون المدني^(٢)، فالالتزام بإعطاء معين يكون محله إنشاء أو نقل حق عيني، فالعقاريتم بالتخلية والتمكين، والمنقول المعين بذاته فلا ينقضي الالتزام إلا بتسليمه بذاته، أما إذا كان المنقول محدداً بنوعه أي من المثليات فإن تنفيذ الالتزام يكون بالتسليم أو بالإفراز^(٣)، فإذا قُضى بإلزام الإدارة بتسليم وثائق معينة، فيجب عليها تسليم أصول الوثائق، لا صور لها، غير أن الإدارة إذا فعلت ذلك بخطأ في تأويل الحكم، فلا يعد إخلاقاً بالتنفيذ إذ يمكن تبديد الغموض عن طريق دعوى التفسير^(٤).

أما الالتزام بعمل الذي يكون محله إما بذل عناية أو تحقيق نتيجة، فإنه يتطلب تدخلاً

(١) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٤٨٨).

(٢) تطبيق قواعد القانون المدني على الأشخاص العامة والخاصة على السواء، وفقاً للمادتين (٣٦) و(٨٧) من القانون المدني.

(٣) د/ محمد أحمد الشامي: أحكام الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٤) انظر: د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ١٦٢.

إيجابياً من الإدارة، على أن شخصية الإدارة إذا كانت محل اعتبار للقيام بالعمل فيجب عليها أدائه بنفسها، وإذا لم يتطلب تدخلها شخصياً فيمكنها التنفيذ بنفسها أو من تعهد إليه ذلك^(١). وأما الالتزام بالامتناع عن عمل، فإنه لا يتطلب تدخلاً إيجابياً من الإدارة، بل بموقف سلبي فتعتبر الإدارة منفذة لالتزامها مادامت ممتنعة عن أداء ذلك العمل^(٢).

ثانياً: التزامات الإدارة في أداء التعويض النقدي:

إذا كان التعويض المحكوم به مبلغاً من النقود فإن حكم التعويض قد لا يحدد قيمة التعويض مكتفياً بالإحالة للإدارة تحديده وفق أسس يتضمنها منطوقه، وقد يتضمن تحديداً لمبلغ التعويض الذي يجب على الإدارة أدائه.

ففي الحالة الأولى يكون التزام الإدارة مكوناً من شقين، أولهما: الالتزام بحساب قيمة التعويض وفقاً للأسس التي تضمنها الحكم دون اتخاذ أي أسس أخرى، وثانيهما: الالتزام بدفع المبلغ الذي قامت بتحديده للمحكوم له، فإذا أخلت بأحدهما أو كليهما فقد أخلت بالتنفيذ، على أن خطأها في حساب قيمة التعويض لا يعد إخلالاً بالتنفيذ إذا كان الخطأ سيراً بحيث يمكن تصحيحه دون أن تترتب على ذلك آثار تحول دون تنفيذ الحكم^(٣).

وفي الحالة الثانية - عندما يكون مبلغ التعويض محدداً في منطوق الحكم - فإن التزام الإدارة يتمثل في دفع المبلغ المحدد إلى المحكوم له، سواءً بتسليمه نقداً أو عن طريق شيك، على أن تسليم الشيك للمحكوم له لا يكفي وحده لانقضاء التزام الإدارة بالتنفيذ، بل يجب أن يتسلم المبلغ الوارد في الشيك.

وفي جميع الأحوال، فإنه يتعين على الإدارة دفع المبلغ المحكوم به كاملاً غير منقوص، تطبيقاً لقاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء بالالتزام^(٤)، غير أنه على سبيل الاستثناء أجاز المقنن للقاضي سلطة تقسيط المبالغ المحكوم بها إذا كانت كبيرة مع إلزام الإدارة بالتعهد رسمياً بتخصيص الأقساط ضمن موازنتها^(٥)، وعليه فالإدارة بتسليمها للقسط الأول من مبلغ التعويض وتحرير التعهد المطلوب وإيداعه لدى المحكمة تكون في مأمن

(١) د/ محمد أحمد الشامي: مرجع سابق، ص ٣٠. كذلك: المادة (٣٤٢) من القانون المدني.

(٢) د/ محمد أحمد مرغم: مرجع سابق، ص ٦١.

(٣) د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ٧٣.

(٤) المادة (٤١٢) من القانون المدني اليمني. وللمزيد: د/ محمد حسين الشامي: مرجع سابق، ص ٢١٣.

(٥) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، الفقرة (د) من المادة (٤٨٧). والجدير بالذكر أن هذه المادة لم تكن موجودة في القانون القديم وقد استحدثها تعديل القانون لعام ٢٠٠٢م، وقد استمدت هذه المادة من الواقع لما كان يجري عليه العمل في المحاكم، لذلك فقد تم تقنينها. تقرير لجنة العدل والأوقاف: مرجع سابق، ص ٣٠٤.

من الخضوع للتنفيذ الجبري ولو انقضت مدة الإمهال القانونية، غير أن الإدارة إذا امتنعت عن صرف القسط التالي أو الذي يليه، فإنه يكون للمحكوم له طلب التنفيذ الجبري؛ لأن ذلك يعد منها إخلالاً بالتنفيذ.

على أن المقنن لم يضع معياراً محدداً لمعرفة متى تعتبر المبالغ كبيرة، وبالتالي فالأمر يخضع لتقدير القاضي تبعاً لظروف الجهة الإدارية ومدى الأعباء المالية الملقاة على عاتقها. على أن عدم كفاية الاعتمادات لا يعفي الجهة الإدارية من واجب التنفيذ، وهو ما سار عليه القضاء الإداري^(١)، وبالتالي فإذا كانت اعتمادات الجهة الإدارية غير كافية لأداء التعويض، فيجب عليها اتخاذ ما يلزم لتأمين الاعتماد لصرف التعويض وفقاً للوسائل القانونية المتاحة، كالمناقلة بين الاعتمادات أو طلب اعتمادات إضافية^(٢)، ولما كانت هذه الوسائل قد تتطلب الرجوع للبرلمان مما يستغرق وقتاً طويلاً، فإنه يمكنها أن تطلب من القاضي تقسيط المبلغ المحكوم به.

وبالتالي يتوجب على الإدارة أداء مبلغ التعويض المحكوم به سواءً بشكل كامل أو بالأقساط بحسب الأحوال، وتتبع في ذلك الأساليب المقررة وفقاً لقواعد المالية والمحاسبة العامة «قواعد الإنفاق العام» التي تفرض على الإدارة نهجاً معيناً لأداء ديونها من خلال المرور بأربع مراحل وهي «مرحلة الارتباط بالنفقة، مرحلة تحديد النفقة، مرحلة الأمر بالصرف، مرحلة الصرف»^(٣)، فإذا مرت فترة الإمهال القانونية للتنفيذ الاختياري دون أن تستكمل هذه الإجراءات، فإن الإدارة تكون عرضة لإجراءات التنفيذ الجبري.

على أنه يمكن للإدارة اللجوء لأسلوب (المقاصة أو المساقطة) وهي أحد أسباب انقضاء الالتزام في القانون المدني، ويقصد بها إسقاط المدين حقاً له في مقابل دين عليه عند مطالبته بالدين، أو هي مساقطة بين دينين متقابلين بقدر الأقل منهما^(٤). والمقاصة بوصفها أداة ينقضي بها الالتزام وتبرأ بها الذمة لا تتعارض مع القانون العام، وقد سار القضاء الإداري على تطبيقها إذ يمكن لدائن الدولة أن يحصل على حقه إذا كان مديناً للدولة، ذلك أن غالبية دائني الدولة إما مقاولون أو موردون أو أصحاب حقوق في إيجار أو غيرهم^(٥).

(١) انظر: د/ حسني سعد عبد الواحد: مرجع سابق، ص ٣٣٧ والأحكام التي أشار إليها.

(٢) اللائحة التنفيذية للقانون المالي رقم (٧٠) لسنة ١٩٩١م المواد (٣٤، ٣٥، ٣٦).

(٣) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ حمزة محمد شاهر: المالية العامة، «النفقات العامة - الجزء الأول»، دراسة نظرية وتطبيقية على النظام المالي اليمني مقارنة ببعض الدول، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء - اليمن، ص ١٦٣-١٦٥.

(٤) القانون المدني المادة (٤٢٩). د/ محمد حسين الشامي: مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٥) د/ حسني سعد عبد الواحد: مرجع سابق، ص ٣٣٩. د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ١٦٢.

ولما كان المقنن اليمني قد نظم المقاصة كإحدى وسائل انقضاء الحق بما يعادل الوفاء، حيث يتم إجراؤها في الديون أياً كان مصدرها^(١)، فليس هناك ما يمنع الإدارة من اللجوء إليها كوسيلة لتنفيذ حكم التعويض الصادر ضدها، حيث يمكنها إذا كان المحكوم لصالحه مديناً لها أن تقوم بإجراء المقاصة بين المبلغ المحكوم به وبين المبلغ المدين به، على ألا يتعارض تطبيق المقاصة مع القواعد المالية المقررة لأداء الديون العامة وتحصيلها.

تناولنا في هذا المبحث التزامات الإدارة في تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها سواءً بالإلغاء أو بالتعويض، فإذا فعلت ذلك فقد نفذت الحكم الإداري، أما إذا امتنعت ومررت فترة الإمهال المقررة للتنفيذ الاختياري، فقد أهدرت حجية الأمر المقضي به، ويتطلب تطبيق وسائل تجبرها على التنفيذ، وهو ما نتناوله في المبحث التالي تباعاً.

(١) وذلك في المواد (٤٢٩-٤٣٦) من القانون المدني.

المبحث الرابع ضمانات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية

ويشتمل على ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

صور وأساليب امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية

أولاً: صور امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية:

(١) رفض التنفيذ:

يتجسد امتناع الإدارة الصريح عن التنفيذ في صدور قرار برفض تنفيذ الحكم الصادر ضدها، ونادراً ما تلجأ الإدارة إلى هذا السبيل لتعبر عن إرادتها في رفض التنفيذ، والصورة الأكثر شيوعاً هي الامتناع الضمني عن الذي يستخلص من خلال الموقف السلبي للإدارة إزاء التنفيذ، إما بتجاهلها للحكم أو بالاستمرار في تنفيذ القرار الملغى قضائياً واتخاذ إجراءات استناداً إليه، أو بإصدار قرار مضاد للحكم الصادر ضدها، أو بإعادة إصدار القرار الملغى بصورة مقنعة^(١). وفي القانون اليمني تعتبر الإدارة ممتنعة عن التنفيذ إذا انقضت فترة الإمهال المقررة للتنفيذ الاختياري دون قيامها بتنفيذ الحكم، ولذلك فإن رفضها التنفيذ صراحة أو ضمناً أثناء المدة لا يمثل امتناعاً عن التنفيذ من الناحية الإجرائية، لأن القانون لا يجيز التنفيذ الجبري إلا بعد مرور فترة الإمهال^(٢).

(٢) التباطؤ أو التأخر في التنفيذ:

ليس المقصود هنا أن الإدارة تباطأت أو تأخرت عن تنفيذ الحكم خلال فترة الإمهال القانونية، فهذا يندرج ضمن الصورة السابقة، وإنما المقصود هنا أن الإدارة بدأت باتخاذ بعض الخطوات تنفيذاً للحكم غير أنها تباطأت أو تأخرت عمداً في استكمال التنفيذ، وهذا التأخر يعتبر بمثابة عدم تنفيذ جزئي، لأن التنفيذ الكامل هو الذي يتم في موعده^(٣)، ومثال

(١) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ١٥٠-١٥٣.

(٢) المادة (٤٨٧) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته. انظر: تقرير لجنة العدل والأوقاف: مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٣) د/ فتحي والي: التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات الجديدة، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٥م، ص ١٤١.

ذلك: أن تبدأ الإدارة بتنفيذ حكم إلغاء فصل موظف فتقوم بإعادته إلى وظيفته وتمكنه من العودة لمكتبه وممارسة عمله، غير أنها تتأخر في منحه حقوقه وتسوية وضعه الوظيفي، ويشترط في التأخير أو التباطؤ كإحدى صور الامتناع عن التنفيذ؛ أن لا يكون التأخير مستنداً إلى أسباب سائغة ومقبولة، وأن لا يتجاوز مدة معقولة وفقاً لتلك الأسباب^(١)، ففي بعض الحالات قد يكون للتأخير ما يبرره إذا ما تطلب تنفيذ الحكم - خاصة الإلغاء - اتخاذ إجراءات إدارية أو تنظيمية وما قد يترتب عليها من مساس بأوضاع إدارية قد تؤثر في إدارة المرفق، أو قد يكون سبب التأخير ظرفاً طارئاً خارجة عن إرادة الجهة الإدارية^(٢).

(٣) التنفيذ الجزئي أو الناقص:

يكون التنفيذ ناقصاً عندما تقوم الإدارة بتنفيذ جزء من الحكم دون الجزء الآخر، فإذا كان التنفيذ الكامل لحكم إلغاء قرار فصل من الخدمة يقتضي إعادة الموظف إلى ذات وظيفته، أو أخرى متماثلة معها، وتسوية حالته الوظيفية بأثر رجعي منذ صدور قرار الفصل، فإن الإدارة إذا أعادت الموظف تنفيذاً لحكم إلغاء فصله دون تسوية حالته، فإنها تكون قد نفذت الحكم تنفيذاً ناقصاً، يستوجب إجبارها لحملها على استكمالها^(٣).

(٤) التنفيذ المعيب:

تختلف هذه الصورة عن الصور السابقة في أن الإدارة تبادر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ، غير أنها تفعل ذلك على وجه لا يتفق وما يجب أن يكون عليه التنفيذ، وعلى وجه مغاير لمقتضى الحكم، مبررة أو معتقدة أن هذا هو المقتضى حسب فهمها أو استنتاجها من الحكم. فالحكم مثلاً بإلغاء رفض تسليم الوثائق الإدارية، قد تعتقد الإدارة أن تنفيذه يقتضي إعطاء المحكوم لصالحه صور تلك الوثائق لا أصولها، فتفعل ذلك وتستقر في خطأ التنفيذ على تأويل غير صحيح للحكم^(٤). ويعكس التنفيذ المغاير لمقتضى الحكم مشكلة غموض منطوق الحكم وأسبابه، ومشكلة أخرى مترتبة عليها وهي الخطأ في تفسير الإدارة له مما يؤدي إلى تنفيذ الحكم تنفيذاً معيباً، وفي هذه الحالة يجب اللجوء للقاضي لتبديد غموض حكمه، وبيان كيفية تنفيذه، وفي ضوءه تقوم بالتنفيذ على الوجه الصحيح، أما إذا أخطأت مجدداً فقد يدل على سوء نيتها وحينئذٍ يجوز إجبارها على تنفيذ ما يقتضيه الحكم^(٥).

(١) انظر: د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ١٦٥ وما بعدها.

(٢) د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ١٩١ وما بعدها.

(٣) د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ١٥٩ وما بعدها.

(٤) د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٢٠٨.

(٥) د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ١٦٢ وما بعدها.

ثانياً: أساليب امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية:

(١) تعطيل تنفيذ الحكم بقرار إداري:

قد تلجأ الإدارة في الامتناع عن تنفيذ الحكم إلى إصدار قرار إيجابي، فتقوم بإصدار قرار إداري بنفس مضمون القرار الملغى أو قرار مشابه له متجاهلة الحكم الذي قضى بإلغائه، أو أن تصدر قراراً مضاداً للقرار الملغى، ومن الأمثلة على ذلك: أن يصدر حكم بإلغاء فصل موظف فتعيده الإدارة إلى عمله، ثم لا تلبث أن تصدر قراراً يفصله مرة أخرى استناداً إلى سلطتها التقديرية، أو أن تسحب قرار إعادة تأسيساً على سبب آخر، أو أن تصدر قراراً بإلغاء هذه الوظيفة بدلاً من إعادته^(١). وقد تعطل الإدارة تنفيذ الحكم بقرار لائحي، كما لو ألغى قرار فردي لمخالفته لقرار لائحي، فتقوم الإدارة بتعديل أو استبدال هذا القرار اللائحي ثم تعيد إصدار القرار الفردي الملغى من جديد. وفي جميع الأحوال السابقة يكون لصاحب الشأن اللجوء مجدداً إلى القضاء طلباً لإلغاء القرار الإداري - الفردي أو اللائحي - الذي عطل تنفيذ الحكم باعتباره قراراً مشوباً بتجاوز السلطة، شريطة ثبوت شبهة التحايل لتعطيل تنفيذ الحكم^(٢).

(٢) تعطيل تنفيذ الحكم بإجراء تشريعي:

قد تلجأ الإدارة إلى البرلمان لحثه على إصدار قانون أو تعديل قانون يكون من شأنه تصحيح قرارها غير المشروع الذي تم إلغاؤه بحكم قضائي^(٣)، وهو ما يسمى بالتصحيح التشريعي الذي يأخذ صورة (تصحيح سبب المخالفة) بأن تصدر الإدارة قراراً غير مختصة بإصداره أو دون اتباع إجراءات معينة ثم يصدر حكم بإلغاء هذا القرار، فيسارع المقنن إلى منح الإدارة وبأثر رجعي سلطة إصدار القرار الذي اتخذته أو يستبعد الإجراءات الواجب اتباعها، فحينئذٍ يصبح القرار الإداري المحكوم بإلغائه صحيحاً^(٤)، وقد يأخذ التصحيح التشريعي صورة (إصدار قانون بنفس مضمون القرار الملغى)، كما لو أصدرت الإدارة لائحة ثم يصدر حكم بإلغائها فيصدر المقنن قانوناً يحل محل اللائحة الملغاة بأثر رجعي، فتضفي بذلك قيمة تشريعية على النصوص الملغاة تحسنها من الطعن بالإلغاء، وهنا لا يكون القرار الملغى متطابقاً مع القانون فحسب وإنما يصبح هو القانون نفسه

(١) د/ حسني سعد الواحد: مرجع سابق، ص ٤٠٨.

(٢) انظر: د/ حسني سعد الواحد: مرجع سابق، ص ٤١٠.

(٣) د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ٥.

(٤) د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٢٦٧.

وبأثر رجعي^(١). وتحرر الإدارة بالتصحيح التشريعي من التزامها بتنفيذ الحكم لاستحالة التنفيذ، وتنعدم سلطة القاضي في إجبار الإدارة على التنفيذ، غير أنه يمكن للمحكوم له من طلب التعويض عن الضرر الخاص.

(٣) تعطيل تنفيذ الحكم استناداً إلى المصلحة العامة:

قد تمتنع الإدارة عن تنفيذ الحكم الصادر ضدها استناداً إلى المصلحة العامة، وبهذا الشأن اتجه الفقه إلى أنه لا يجوز للإدارة التحريم من التزامها بتنفيذ الأحكام الصادرة ضدها بزعم المصلحة العامة، على اعتبار أنه يجب على الجميع الخضوع للمصلحة العامة ولا يوجد مصلحة أخرى يمكن تغليبها على هذه المصلحة، فالرقابة القضائية على أعمال الإدارة إنما تقررت لتصويب التصرفات الإدارية تحقيقاً للمصالح العام^(٢)، وهو ما سار عليه القضاء بأن استبعد حجج عدم التنفيذ استناداً لفكرة سير المرفق العام^(٣). وبالتالي فإن سلطة القضاء لا تتأثر بهذا المبرر فيكون له إجبار الإدارة على التنفيذ ولو تذرعت بالمصلحة العامة، حتى لا يتاح للإدارة الامتناع عن التنفيذ استناداً إلى المصلحة العامة في كل مرة استناداً لهذه الذريعة التي قد يتوسع في تفسيرها.

(٤) تعطيل تنفيذ الحكم استناداً إلى الأمن والنظام العام:

قد تتخذ الإدارة من الحفاظ على الأمن والنظام العام ذريعة لتمتنع عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، ولقد استبعد القضاء الذرائع التي تستند إلى النظام العام أو المصلحة العليا للدفاع الوطني، وأكد على أن الخوف من اضطراب خفيف لا يكفي لإعفاء الإدارة من واجبها في تنفيذ الأحكام، وذلك على أساس أن احترام الشيء المقضي به هو أيضاً مبدأ أساسي وأصل من الأصول القانونية تمليه ضرورات حفظ الأمن والسكينة العامة^(٤). إلا أنه قد تطرأ على حياة الدولة من الظروف ما يوجب إعلاء سلامتها على كل الاعتبارات الأخرى، ومن ثم تكون الإجراءات التي تهدف إلى تحقيق تلك السلامة مشروعة في حالة الحرب والاضطرابات والأزمات والقلقل، ولذلك فإذا كان تنفيذ الحكم من شأنه أن يعرض النظام العام للاضطراب بصورة حقيقة، فإنه يجوز للإدارة في هذه الحالة الامتناع عن تنفيذ الحكم، ويكون للقاضي تأخير تنفيذه، ولكن إذا طال هذا التأخير فيكون

(١) د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٤٣٠.

(٢) د/ نجيب أحمد عبدالله: إجراءات التنفيذ ضد الإدارة، مرجع سابق، ص ٨٨.

(٣) انظر: د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٤٢٩ وما بعدها. د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٤) د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٢٩٧.

للقاضي تقرير التعويض للمحكوم له عن الضرر الخاص بناءً على قاعدة مساواة الجميع أمام الأعباء العامة^(١)، وهذا التعويض لا يعتبر تعويضاً عن استحالة التنفيذ العيني، لأن الاستحالة ليست بسبب الإدارة، كما أنه لا يعتبر تعويضاً وفقاً لقواعد المسؤولية الخطئية، إذ لا خطأ من جانب الإدارة، وإنما هو تعويض على أساس المخاطر استناداً إلى «نظرية المسؤولية بدون خطأ» التي استقر عليها القضاء الإداري^(٢).

المطلب الثاني

حدود سلطة القاضي في تنفيذ الأحكام الإدارية

أولاً: موقف القضاء الإداري:

استقر القضاء الإداري على مبدأ عام وهو مبدأ حظر توجيه القاضي أوامر للإدارة وحظر التنفيذ الجبري ضدها، واعتبره من المبادئ المتعلقة بالنظام العام فيحكم القاضي به من تلقاء نفسه دون حاجة إلى طلبه^(٣)، ومما يقتضيه هذا المبدأ أن يحظر على قاضي الإلغاء أن يحل محل الإدارة فيصدر أوامرها بعمل شيء أو بالامتناع عن عمل شيء، فليس له أن يعدل القرار المعيب، أو أن يستبدل به قراراً جديداً، إذ لا يمكنه أن يحل محل الإدارة في استخلاص آثار حكم الإلغاء وتنفيذ ما يتطلبه الشيء المقضي به^(٤).

غير أن هذا المبدأ تعرض لانتقادات عديدة وحاول القضاء التخفيف من حدة الحظر المفروض على القاضي في تنفيذ أحكامه^(٥)، واجتهد في البحث عن وسائل لحمل الإدارة على التنفيذ بما لا يتعارض مع مبدأ الحظر، وتم استخلاص عدد من الوسائل من القانون المدني والقانون الإداري والقانون الجنائي، أهمها:

(١) الالتزام التخييري: استقى القضاء الإداري هذه الوسيلة من القانون المدني، ويتم

(١) د/ حسني سعد الواحد: مرجع سابق، ص ٤٣١.

(٢) د/ سليمان الطماوي: القضاء الإداري «قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام»، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، ١٩٧٧م، ص ١٥٩. د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٤٠٤ وما بعدها. د/ عصمت عبدالله الشيخ: مرجع سابق، ص ١٢١.

(٣) د/ سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٧٤٥. د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٤٥٩. د/ أحمد عبدالملك بن قاسم: مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٤) د/ سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص ١٠١٠. د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٣٢٧. د/ جورج فودال: مرجع سابق، ص ٢٦٦. د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ٤١. د/ حسني سعد الواحد: مرجع سابق، ص ٣١١.

(٥) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ محمد سعيد الليثي: مرجع سابق، ص ٤٧٧.

للجوء إليها عندما يكون الحكم الإداري متضمناً إلزام الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، حيث يتم تخيير الإدارة بين أمرين؛ إما أن تقوم بالتنفيذ العيني لالتزاماتها التي يربتها الحكم الصادر ضدها، أو أن تدفع مبلغاً من النقود يحدده القضاء للمحكوم لصالحه كتعويض عن الضرر الفعلي الناجم عن عدم التنفيذ العيني^(١).

(٢) الفوائد التأخيرية: وهي وسيلة مستقاة من القانون المدني باعتبارها لا تتعارض مع القانون العام، ويتم اللجوء إليها عندما يكون الالتزام الثابت في الحكم الإداري مبلغاً من النقود، فتستخدم الفوائد التأخيرية لحث الإدارة على تنفيذ الحكم الصادر ضدها، حيث تتضاعف المسؤولية المالية للإدارة كلما تأخرت عن التنفيذ^(٢).

(٣) الغرامة التهديدية: استقر القضاء في مصر على حظر تطبيق الغرامة التهديدية ضد الإدارة باعتبارها تتعارض مع مبدأ حظر إصدار أوامر للإدارة، أما القضاء الفرنسي فقد استمر على ذات النهج إلى أن تدخل المقنن وأصدر قانوناً يمنح القاضي تطبيق الغرامة التهديدية في مواجهة الجهة الإدارية الممتنعة عن التنفيذ^(٣).

(٤) دعوى الإلغاء: عن طريق الطعن بإلغاء قرار الإدارة الصريح أو الضمني بالامتناع عن التنفيذ، حيث يعتبر هذا القرار مشوباً بتجاوز السلطة مستوجباً للإلغاء، وكذلك دعوى المسؤولية المدنية والجنائية: حيث يعتبر امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها خطأً يستوجب مسؤوليتها والتعويض عنه وفعلاً مجرماً^(٤).

ثانياً: موقف القانون اليمني:

اتخذ المقنن اليمني مسلكاً مغايراً لموقف القضاء الإداري بأن قرر التنفيذ الجبري للأحكام الإدارية، ومنح القاضي سلطات واسعة بإصدار أوامر للإدارة بالتنفيذ، وبكيفية التنفيذ، واتخاذ وسائل الإجبار، وبيانها كالتالي:

(١) سلطة إصدار أوامر للإدارة بالتنفيذ:

تتمثل أولى مظاهر منح القاضي سلطة إصدار أوامر تنفيذية للإدارة في إعلان السند التنفيذي الذي يوجهه القضاء إلى الإدارة لتكليفها بالوفاء خلال خمسة وسبعين

(١) د/ سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٧٤٧. د/ عصمت عبدالله الشيخ: مرجع سابق، ص ٣٨.

(٢) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٤٨٣-٤٩٠.

(٣) انظر: د/ سليمان الطماوي: مرجع سابق، ص ٧٤٦. د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ٤١.

(٤) د/ حسني سعد عبدالواحد: مرجع سابق، ص ٥٤٢.

يوماً من تاريخ الإعلان، إذ يتضمن التكليف بالوفاء تنبيه الجهة الإدارية المحكوم عليها بأداء الدين أو الالتزام، وإنذارها بأنها إذا لم تقم بالتنفيذ اختياراً فستتخذ ضدها إجراءات التنفيذ الجبري^(١)، كما تتجلى تلك السلطة في تقرير نظام قاضي التنفيذ في مجال الأحكام الإدارية، بما يتضمنه من سلطات إصدار الأوامر واتخاذ الإجراءات والتدابير للإجبار على التنفيذ^(٢).

(٢) سلطة إصدار أوامر للإدارة بكيفية التنفيذ:

على غرار مسلك القضاء الإداري أرست المحكمة العليا في اليمن مبدأ يحظر على قاضي الإلغاء إلزام الإدارة بكيفية تنفيذ الحكم، إذ جاء في أحد أحكامها أن: «سلطة قاضي الإلغاء مقصورة على توافر المشروعية في القرار المطعون فيه أمامه، فإذا وجد القاضي أن القرار المطعون فيه غير مطابق للقانون أو لللائحة أو لم يصدر على مقتضى القانون أو اللائحة يحكم بإلغائه فقط دون أن يلزم الإدارة مصدره القرار بعمل شيء»^(٣)، وهنا نتساءل هل يسري هذا الحظر على قاضي التنفيذ؟

لاشك أن الإجابة هي النفي، فكما هو واضح من حكم المحكمة العليا أن مبدأ الحظر يقتصر على قاضي الإلغاء- قاضي الموضوع- الذي بمقتضاه يلتزم بأن يقتصر الحكم على الإلغاء دون بيان التزامات الإدارة تجاه الإلغاء، فإن خالف ذلك بات حكمه عرضة للطعن بالاستئناف أو بالنقض^(٤)، أما إذا تحصن من طرق الطعن وأصبح سندا تنفيذياً، فيتم تنفيذه كما هو سواء تضمن كيفية الإلغاء أم اقتصر على إلغاء القرار فقط، وبالتالي فهذا الحظر لا يسري على قاضي التنفيذ لأن سلطته تنحصر في تنفيذ الحكم وفقاً لما قضى به الحكم.

فعندما يكون حكم الإلغاء- المطلوب تنفيذه- متضمناً أوامراً للإدارة بكيفية تنفيذه: فإنه يجب على قاضي التنفيذ التقيد بتلك الكيفية، وأن يصدر الأوامر التنفيذية إلى

(١) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٤٨٧).

(٢) انظر: د/ عبدالكريم الطيرود/ عادل النجار: مرجع سابق، ص ٢٣-٤٠. د/ سعيد خالد الشرعبي: مرجع سابق، ص ٧٣-٧٥.

(٣) حكم المحكمة العليا الصادر عن الدائرة الإدارية في الطعن رقم (١) لسنة ١٤٢٢هـ، جلسة ١٠/ جماد الأول / ١٤٢٠هـ الموافق ٣١ / ٨ / ١٩٩٩م، القواعد القضائية المستخلصة من أحكام المحكمة العليا، منشورات المحكمة العليا، العدد الأول، ص ٥٨.

(٤) وتطبيقاً لذلك قضى أحد أحكام المحكمة العليا بنقض حكم محكمة استئناف حضرموت برقم (٢٨) لسنة ١٤٢٢هـ، لكونه تضمن أوامراً قضائية صادرة إلى جهة إدارية. للمزيد، انظر: د/ علي علي المصري: الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص ٢١٧.

الإدارة وفقاً لها، ولا تكون له سلطة تقديرية في بحث ما يتطلبه الإلغاء أو إصدار أمر للإدارة بتنفيذ التزام لم يتضمنه الحكم، فالقاعدة التي تسري بهذا الشأن هي أنه يجب على قاضي التنفيذ الالتزام بالسند التنفيذي وعدم التعرض لأمر لم يتناولها الحكم^(١)، وتطبيقاً لذلك فقد قضي بأنه لا يجوز لقاضي التنفيذ الخروج عن مقتضى الحكم سند التنفيذ^(٢).

أما عندما يقتصر الحكم على الإلغاء فقط: فلا يعني ذلك أن سلطة قاضي التنفيذ منعدمة تحت مبرر أن منطوق حكم الإلغاء لم يتضمن الإجراءات التي يجب على الإدارة اتخاذها تجاه الإلغاء، فالإلغاء نفسه - كما سبق - يفرض على الإدارة اتخاذ كافة الإجراءات الإيجابية التي تعيد بها بناء المركز القانوني للمحكوم له، والإجراءات التي تزيل بها الآثار القانونية والمادية للقرار الملغى، وذلك طبقاً لما قضى به حكم الإلغاء في أسبابه التي تثبت لها القوة التنفيذية شأنها شأن المنطوق، وبالتالي فإذا اقتصر الحكم على الإلغاء فقط فإن سلطة قاضي التنفيذ تتسع لتشمل تحديد الالتزامات التي يتطلبها الإلغاء، وإصدار أوامر للإدارة بتنفيذها، استناداً إلى اختصاصه العام بكل ما يتعلق بالتنفيذ^(٣)، وكذلك استناداً إلى الاختصاص الممنوح له بأن يحدد الإجراءات أو الكيفية التي يتم بها التنفيذ المباشر^(٤)، غير إن سلطته مقيدة بمقتضى حكم الإلغاء، فيستخلص تلك الالتزامات من مقتضى الحكم وفقاً لأسبابه في حدود موضوع القرار الملغى.

(٣) سلطة تطبيق وسائل التنفيذ الجبري ضد الإدارة:

علاوة على ما سبق، منح المقتن اليمني للقاضي سلطة اتخاذ وسائل التنفيذ الجبري ضد الإدارة في حالة امتناعها عن التنفيذ بمرور فترة الإمهال، حيث نصت الفقرة (ج) من المادة (٥٨٧) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: (إذا مضت المدة المذكورة ولم يتم التنفيذ أصدر القاضي أمره بالتنفيذ طبقاً لهذا القانون، فإذا كان التنفيذ يستلزم الحجز فيتم الحجز على حسابات الجهة المعنية المنفذ ضدها لدى البنك المركزي أو أي بنك آخر أو الحساب الخاص بخزينة الدولة في البنك المركزي).

ويتبين من النص أنه يوجب على القاضي إصدار أمره بالتنفيذ وفقاً للقانون؛ بما فيها

(١) انظر: د/ عبدالكريم الطيرود / عادل النجار: مرجع سابق، ص ١٣٣.

(٢) حكم المحكمة العليا اليمنية في الطعن رقم (٢٦٨٧٧) لسنة ١٤٢٧هـ، جلسة ٢٩ / ١ / ١٤٢٨هـ الموافق ٢٨ / ٢ / ٢٠٠٧م، القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية، منشورات المحكمة العليا، العدد العاشر، ص ٩٩.

(٣) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادتان (٣١٦) و(٣١٨).

(٤) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٣٧٦).

وسائل التنفيذ الجبري المقررة للأفراد، وهنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق هذه الوسائل ضد الإدارة؟ أم أن الطبيعة الخاصة للإدارة كمنفذ ضدها والحماية الممنوحة لأموالها حالت دون تطبيق هذه بعض أو كل هذه الوسائل؟ هذا ما سنجيب عليه في المطلب التالي تباعاً.

المطلب الثالث

حصر وسائل التنفيذ الجبري ضد الإدارة في القانون اليمني

أولاً: وسائل التنفيذ المباشر:

وهي الوسائل التي يتم اللجوء إليها عندما يكون الالتزام الثابت في الحكم الإداري عبارة عن إلزام الإدارة بتسليم شيء - غير النقود - أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل^(١)، وتنحصر هذه الوسائل في (الحبس التنفيذي، واستعمال القوة، والغرامة التهديدية)^(٢) وردت على سبيل التنويع لاستخدامها عند الاقتضاء بحسب الحاجة، حيث يكون للقاضي سلطة تقديرية في اختيار الوسيلة المناسبة^(٣)، ولما كان المقنن اليمني قد منح القاضي سلطة اتخاذ هذه الوسائل ضد الإدارة، فإي منها يمكن تطبيقها في مواجهة الإدارة؟

(١) مدى إمكانية تطبيق «وسيلة الحبس»:

الحبس التنفيذي هي وسيلة تهدف إلى الضغط على شخص المدين بحرمانه من حريته لمدة مؤقتة لحمله على تنفيذ التزامه، والحبس بهذا المفهوم وإن كان يتضمن سلباً للحرية فهو لا يمثل عقوبة^(٤)، ووفقاً لمفهوم هذه الوسيلة فإنه لا يتصور تطبيقها في مواجهة الإدارة لاتصافها بالصفة الشخصية، فالحبس يحمل في طياته طابع الإكراه لذا فهو يطبق على المسؤول أصلاً عن الالتزام، ولا يطبق على من هو مسئول عنه بصورة تبعية لسبب قانوني أو تعاقدية^(٥)، كما أن دعوى الإلغاء دعوى عينية تستهدف مخاصمة القرار الإداري لا مصدره.

(٢) مدى إمكانية تطبيق «وسيلة القوة»:

يرى البعض أن استعمال القوة لإجبار الإدارة على التنفيذ المباشر أمر ممكن تحت

(١) د/ نجيب أحمد عبدالله: إجراءات التنفيذ ضد الإدارة، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٢) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٣٥٧).

(٣) د/ نجيب أحمد عبدالله: قانون التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص ١٩٩.

(٤) د/ محمد أحمد مرغم: مرجع سابق، ص ١٧٥.

(٥) د/ نجيب أحمد عبدالله: إجراءات التنفيذ ضد الإدارة، مرجع سابق، ص ٥٩.

إشراف قاضي التنفيذ، استناداً إلى أن النص الذي أحال إلى تطبيق وسائل التنفيذ المباشر قد جاء عاماً ولا يخصص إلا بنص، وأن في ذلك احتراماً للقضاء وتحقيقاً للتنفيذ العادل والسريع^(١)، وبهذا الشأن يقترح البعض إنشاء قوة عسكرية مسلحة مستقلة تتبع مجلس القضاء الأعلى مهمتها استعمال القوة لتنفيذ الأحكام ضد الإدارة الممتنعة عن التنفيذ^(٢).

ونحن نرى أن استعمال وسيلة القوة لإجبار الإدارة على التنفيذ وإن كان ممكناً نظرياً، فإن تطبيقه في الواقع العملي أمر غير ممكن ومتعذر، وذلك قياساً على وسيلة الحبس فكما استبعد الحبس ضد الإدارة - مع أنه متاح نظرياً - استناداً لاعتبارات واقعية تتمثل في اتصاف الحبس بالطابع الشخصي، فوسيلة القوة أيضاً يتعذر تطبيقها لاعتبارات واقعية تتمثل في أن الإدارة هي من تحتكر استعمال القوة ولا يتصور أن تستعين بقوتها ضد نفسها.

كما أن المقنن لا يجيز اللجوء إلى وسيلة القوة ضد الأفراد إلا بصورة استثنائية فلا يتم اللجوء إليها إلا عندما يتعذر التنفيذ بوسائل التنفيذ الأخرى بحيث تكون القوة هي الوسيلة الوحيدة للتنفيذ، كما يجب تقدير ملاءمة استعمال القوة إذا كان من شأنها إثارة قلق وفتن في المجتمع، وأن يكون استعمال القوة ممكناً وملائماً^(٣)؛ وبالتالي فإذا كانت وسيلة القوة تعد وسيلة استثنائية في مواجهة الأفراد، فاستعمالها في مواجهة الإدارة هو استثناء من الأصل أساساً، وبالتالي يفترض ألا يتوسع في تفسيره.

كما أن وسائل التنفيذ المباشر الثلاث وردت على سبيل التنويع فيكون للقاضي تقدير استعمال الوسيلة المناسبة وفقاً لكل حالة، بحسب صورة التنفيذ والشخص المنفذ ضده^(٤)؛ فوسيلة القوة لا تستخدم إلا في الصورة التي يتحقق فيها شرطاً أن يكون التنفيذ ممكناً ولا يتطلب تدخل المدين شخصياً، أما إذا لم يتوفر أحد الشرطين أو كلاهما فلا يتم استعمال القوة وإنما وسيلة الغرامة التهديدية، كما أن ذلك التنويع يتيح اختيار الوسيلة المناسبة لشخص المنفذ ضده، ولاشك أن الإدارة باعتبارها من أشخاص القانون العام لا تتناسب معها وسيلة القوة.

(٣) مدى إمكانية تطبيق «وسيلة الغرامة التهديدية»:

الغرامة التهديدية هي وسيلة تهديد مالي لإجبار المنفذ ضده على تنفيذ التزامه عيناً،

(١) د/ نجيب أحمد عبدالله: إجراءات التنفيذ ضد الإدارة، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢) الباحث / غالب عبدالله غالب القعيطي: مرجع سابق، ص ٧٩.

(٣) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المواد (٣٦٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩).

(٤) تقرير لجنة العدل والأوقاف: مرجع سابق، ص ٢٣٥.

وذلك بتغريمه مبلغاً مالياً عن كل فترة زمنية يتأخر فيها عن التنفيذ^(١)، وهي وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري التي تستخدم لإجبار المدين على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل مما يستلزم تدخله شخصياً، فهي وسيلة للضغط على المدين والتغلب على عناده حتى يُحمل على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً^(٢).

ولقد نظم المقتن اليمني هذه الوسيلة باعتبارها إحدى وسائل التنفيذ المباشر، مبرراً ذلك بالتخفيف من الأضرار التي تنتج عن استخدام وسيلتي الحبس والقوة^(٣)، حيث نظمها قانون المرافعات والتنفيذ المدني وذلك بأنه: «إذا لم يتم المنفذ ضده بالتنفيذ خلال فترة الإمهال المحددة في هذا القانون جاز لقاضي التنفيذ أن يصدر قراراً بغرامة مالية لا تقل عن عشرة آلاف ريال ولا تزيد على ستين ألف ريال وإمهاله مدة أخرى لا تزيد على ثلاثة أيام وللقاضي سلطة إلغاء الغرامة أو الإبقاء عليها»^(٤).

وبالنظر إلى وسيلة الغرامة التهديدية يلاحظ أنها تتناسب مع طبيعة الإدارة كمنفذ ضدها - على عكس وسيلتي الحبس والقوة - وبالتالي يمكن القول أن الغرامة التهديدية هي الوسيلة التي يمكن تطبيقها في مواجهة الإدارة عندما يكون الالتزام الثابت في الحكم الإداري عبارة عن إلزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، إذ لا تطبق وسيلة الغرامة التهديدية إذا كان الالتزام مبلغاً من النقود، إذ لا فائدة من الحكم بالغرامة ويمكن تنفيذه بطريق الحجز^(٥)، على أن معظم الالتزامات تتطلب تدخلاً من الإدارة فلا يكون التنفيذ العيني ممكناً أو ملائماً إلا إذا قامت به بنفسها، كالتزام المرافق العامة التي تقوم بتقديم الخدمات للجمهور كمرفق المياه والكهرباء^(٦). على أن الإشكالية تبدو في أن مبلغ الغرامة التهديدية في نص المادة المذكورة آنفاً لا يتناسب مع طبيعة الإدارة كمنفذ ضده، ذلك أن هذا المبلغ في الواقع لا يشكل ضغطاً حقيقياً على الجهة الإدارية بالنظر إلى ميزانيات الجهات الحكومية، وكان الأحرى بالمقتن أن يحدد مبالغ كبيرة إذا كانت الغرامة التهديدية ضد جهة إدارية.

(١) انظر: د/ أحمد هندي: مرجع سابق، ص ٦٠ / د/ أحمد خليل: مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) د/ نجيب أحمد عبدالله: مرجع سابق، ص ٦٠.

(٣) تقرير لجنة العدل والأوقاف: مرجع سابق، ص ٢٣٦.

(٤) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٣٥٨).

(٥) د/ عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ص ٢١٦.

(٦) د/ محمد حسين الشامي: مرجع سابق، ص ٣٦.

ثانياً؛ وسائل التنفيذ غير المباشر؛

وهي تلك الوسائل التي يتم اللجوء إليها عندما يكون الالتزام الثابت في الحكم إلزام الإدارة بأداء مبلغ من النقود^(١)، وقد راعى المقتن خطورة تطبيق هذه الوسائل التي يترتب عليها نزع ملكية الإدارة من أموالها، فلم يكتف بالإحالة إلى تطبيق وسائل التنفيذ غير المباشر التي تطبق ضد الأفراد- كما فعل بالنسبة لوسائل التنفيذ المباشر- بل نص عليها صراحة في الباب الخاص بتنفيذ الأحكام ضد الدولة من قانون المرافعات والتنفيذ المدني، وحصرتها في وسيلة الحجز على حسابات الجهة، ووسيلة الأمر المباشر بالصرف، وبيانهما كالآتي:

(١) وسيلة الحجز على حسابات الإدارة؛

يتم تطبيق وسيلة الحجز إذا كان الحكم يتضمن إلزاماً بدفع مبلغ نقدي، ولقد اكتفى المقتن بالنص على أن التنفيذ إذا كان يستلزم الحجز فيتم الحجز على حسابات الجهة المعنية المنفذ ضدها لدى البنك المركزي أو أي بنك آخر أو الحساب الخاص بخزينة الدولة في البنك المركزي^(٢) دون بيان قواعد الحجز وشروطه وإجراءاته، وكان الأحرى بالمقتن بيان قواعد وأحكام الحجز على حسابات الإدارة بشكل مفصل، وعدم الاكتفاء بالإحالة إلى تطبيق القواعد العامة، حسماً لأي خلاف قد ينشأ عند تطبيق وسيلة الحجز على حسابات الإدارة، وللحيلولة دون أن تكون محلاً للاجتهاد.

ورغم ذلك فإنه يمكن استنباط طبيعة هذا الحجز وشروطه وإجراءاته باللجوء إلى القواعد العامة للحجز، وهو ما يتطلب ابتداءً الإجابة على تساؤل مفاده: إلى أي نوع من أنواع الحجز ينتمي الحجز على الحسابات البنكية الخاصة بالإدارة؟ فهناك (الحجز العقاري) الذي يقع على عقار مملوك للمدين، وهناك (حجز المنقول) الذي يقع على منقول أو على مبلغ من النقود موجود في حوزة المدين، وهناك (الحجز لدى الغير) الذي يقع على مبلغ من النقود أو منقول موجودة في حيازة الغير^(٣).

وبالنظر إلى هذه الثلاثة الأنواع يبدو أن (حجز ما للمدين لدى الغير) هو النوع الذي ينطبق على حجز حسابات الإدارة، ذلك أن الحسابات البنكية محل الحجز ليست بحوزة الإدارة وإنما بحوزة الغير الذي يتمثل في «البنوك»، كما أن قانون المرافعات والتنفيذ

(١) د/ نجيب أحمد عبدالله: إجراءات التنفيذ ضد الإدارة، مرجع سابق، ص ٦٤.

(٢) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٤٨٧) الفقرة (ج).

(٣) د/ نجيب أحمد عبدالله: قانون التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص ٢٤٣. د/ أحمد هندي: مرجع سابق، ص ٢٤٩.

المدني قد اعتبر «البنوك» من قبيل الغير^(١). ورغم أن القاعدة المقررة أن (الحجز لدى الغير) يبدأ تحفظياً وينتهي تنفيذياً^(٢) إلا أن الحجز على حسابات الإدارة يبدأ حجزاً «تنفيذياً» من البداية، كونه يجري بموجب سند تنفيذي وبعد اتخاذ مقدمات التنفيذ، والمسلم به أن الحجز الذي يتم بموجب سند تنفيذي هو الحجز التنفيذي وليس التحفظي^(٣).

وفيما يخص (محل الحجز) فقد حدده المقنن - كما ذكرنا آنفاً - بأنه حسابات الجهة المعنية المنفذ ضدها لدى البنك المركزي أو أي بنك آخر أو الحساب الخاص بخزينة الدولة في البنك المركزي، وبيانها كالآتي:

أ - حسابات الجهة لدى البنك المركزي: وتخضع هذه الحسابات لتنظيم خاص، فهي لاتعد حساب وديعة ولا تعتبر حسابات جارية، وتسمى بـ(حسابات الموازنة)، حيث تتكون من مجموعة من البنود وفقاً للتبويب الوظيفي للموازنة العامة للدولة^(٤)، وهذه الحسابات ليست محلاً للحجز عليها بشكل كامل، بل يستثنى منها البنود المخصصة للأجور والمرتبات، وكذلك البنود اللازمة لسير المرفق العام^(٥).

ب - حسابات الجهة لدى البنوك الأخرى: سواءً أكانت من البنوك الخاصة أو من البنوك التي تسهم الدولة في رأس مالها وتشرف على إدارتها، ولقد أحسن المقنن عندما وسع نطاق الحجز ليشمل هذه الحسابات، فعلى الرغم من أن القانون المالي يحظر على الجهات الحكومية إيداع حساباتها في بنوك أخرى غير البنك المركزي^(٦)، إلا أن هذا المسلك لا يخلو من فائدة، إذ يتيح للقضاء تتبع حسابات الإدارة أينما وجدت، ويسد الطريق أمام الإدارة إذا تعمدت تهريب حساباتها إلى بنك آخر لتتخلص من التنفيذ.

ج - الحساب الخاص بخزينة الدولة لدى البنك المركزي: ويتمثل في الحساب العام للدولة الذي تضاف إليه جميع الإيرادات التي يتم تحصيلها وتخضع منه

(١) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٤١٢).

(٢) كما صرح بذلك المادة (٤٠٦) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته.

(٣) د/ محمد أحمد مرغم: مرجع سابق، ص ٢٠٠. د/ سيد أحمد محمود: مرجع سابق، ص ٤٢. ٥.

(٤) اللائحة التنفيذية للقانون المالي، المادة (٤٤).

(٥) د/ علي علي المصري: القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٠٦. د/ أحمد شرف الدين: مرجع سابق، ص ١٦٢-٢٩٤.

(٦) المادة (٣٩) من القانون المالي رقم (٨) لسنة ١٩٩٩م وتعديلاته بالقانون رقم (٥٠) لسنة ١٩٩٩م.

جميع النفقات^(١)، ولقد برر المقنن ذلك بأنه في حالة عدم وجود حسابات للجهة المعنية في أي بنك، فيتم الحجز على أي حساب من حسابات الدولة في البنك المركزي^(٢)، ويبدو أن المقنن لم يكن موفقاً في ذلك لأن هذا الحساب ليس مخصصاً لجهة معينة، بل تنبثق منه حسابات كل جهة على حدة، والحجز عليه قد يؤدي إلى الحجز على حسابات جهات أخرى ليست لها علاقة بالتنفيذ، على الرغم من أن الخطأ من جانب الجهة المنفذ ضدها، ومن غير المنطقي أن تتحمل جهة إدارية أخرى تبعات هذا الخطأ.

(٢) وسيلة الأمر المباشر بالصرف:

نص قانون المرافعات والتنفيذ المدني على أنه: «إذا تعلق التنفيذ بحكم إداري صادر بإعادة موظف إلى عمله أو بصرف مرتبه فيعتبر الموظف معاداً إلى العمل بدرجةه وكافة حقوقه من تاريخ اعتبار الحكم سنداً تنفيذياً، وفيما يتعلق بصرف المرتب أو المعاش أو أي تعويض له عن حقوق سابقة للحكم قضى باستحقاقها أصدر قاضي التنفيذ أمراً بصرفها من الحسابات الخاصة في البنك المركزي للجهة المنفذ ضدها»^(٣)، وبالتالي فإنه يشترط أن يكون السند التنفيذي حكماً إدارياً، على أن النص ميز بين نوعين من الأحكام الإدارية، وهما:

الأول: الحكم الإداري الصادر بإلزام الإدارة بصرف مرتب الموظف مطلقاً، أيأ كان سبب امتناع الإدارة عن أداء مرتبه، سواء كان ناتجاً عن فصله من وظيفته أم لأي سبب آخر.

الثاني: الحكم الإداري الصادر بإعادة موظف إلى عمله، ويستوي أن يقضي بإعادة الموظف إلى عمله صراحة، أو أن يقضي بإلغاء قرار الفصل من الوظيفة، لأن الحكم بالإلغاء يستوجب الإعادة إلى العمل أيضاً، على أن وسيلة الأمر بالصرف في هذه الحالة مقررة لإجبار الإدارة على أداء الالتزام المالي المترتب على الإعادة، وليس للالتزامات الأخرى التي تقتضيها الإعادة كإلزامها بإعادته إلى ذات الوظيفة وترتيب وضعه الوظيفي، لأن هذه الأخيرة تعتبر من قبيل الالتزام بعمل التي تنفذ بالغرامة التهديدية، أما الأمر المباشر بالصرف فهو عبارة عن أمر تنفيذي يصدره القاضي للبنك لصرف مبلغ مالي وليس فيه ما يفيد الضغط أو التهديد.

(١) اللائحة التنفيذية للقانون المالي، المادتان (٤٣ و٤٤).

(٢) تقرير لجنة العدل والأوقاف: مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٣) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٤٨٨).

وقد برر المقنن إقرار هذه الوسيلة بأن الدولة هي أكبر مؤسسة للتوظيف العام، وكثيراً ما يحصل ظلم أو تجاوز في حق الموظفين، وما يترتب على ذلك من ظلم عند امتناعها أو تأخيرها في التنفيذ، ولذلك منح القاضي سلطة تنفيذ الأحكام الصادرة باستحقاق موظف لمرتب أو معاش أو تعويض بموجب أمر صرف يصدره قاضي التنفيذ، لوضع مبدأ الشرعية والقانون موضع التنفيذ، ورفعاً للظلم ومنعاً للاجتهاد الشخصي من قبل القضاة^(١).

على أنه في الواقع العملي يجري الخلط بين هذه الوسيلة وبين وسيلة الحجز- التي تناولناها في المطلب السابق- وقد لوحظ ذلك من خلال الاطلاع على مجموعة من الأوامر القضائية، ومن أمثلتها: الأمر القضائي الصادر إلى البنك المركزي الذي تضمن حجز حسابات وأرصدة المؤسسة العامة للإذاعة والتلفزيون عدا بند الأجور والمرتبات حتى تنصاع المنفذ ضدها للتنفيذ^(٢)، وجاء الرد من البنك المركزي على الأمر القضائي بأن البنك يتولى تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الدولة بالخصم من حسابات الجهات الحكومية وليس بوقف وتجميد حساباتها^(٣)، ففي هذا المثال فُسرت وسيلة الحجز على حسابات الإدارة بأكثر من فهم، فالمحكمة مصدرة أمر الحجز اعتبرتها وسيلة ضغط لحمل الإدارة على التنفيذ مع أن الحجز وسيلة تنفيذية وليس وسيلة تهديدية، ثم جاء رد البنك المركزي معتبراً وسيلة الحجز أمراً بالصرف، مع أن وسيلة الأمر المباشر بالصرف مخصصة للأحكام الإدارية المتعلقة بمرتب أو معاش أو تعويض لحقوق سابقة للموظف العام- المذكورة آنفاً.

والواقع أنه على الرغم من التشابه بين وسيلة الحجز ووسيلة الأمر بالصرف، إلا أن كلا منهما تختلف عن الأخرى من جوانب متعددة، فبالإضافة إلى أن كل وسيلة ينظمها نص قانوني مستقل هنا فروق أخرى، وهي:

- محل الحجز قد يقع على حسابات الإدارة لدى البنك المركزي أو لدى البنوك العامة والخاصة الأخرى، أما محل الأمر بالصرف فيقتصر على حسابات الإدارة لدى البنك المركزي فقط.
- صفة البنك المركزي في الحجز هي «محجوز لديه» شأنه في ذلك شأن البنوك الأخرى التي تحتفظ بحسابات الإدارة، ولا يتعدى واجبه ما هو مقرر لأي بنك

(١) تقرير لجنة العدل والأوقاف: مرجع سابق، ص ٣٠٣ وما بعدها.

(٢) الأمر القضائي الصادر من المحكمة التجارية بالأمانة برقم (٣٠٢٤) وتاريخ ١٩ / ٧ / ٢٠٠٩ م.

(٣) خطاب محافظ البنك المركزي رقم (٤٣٥٤٦) وتاريخ ٢٠ / ٧ / ٢٠٠٩ م.

- محجوز لديه. أما صفة البنك المركزي في الأمر المباشر بالصرف فهي الصفة العامة باعتباره بنك الحكومة ووكيلها، وبالتالي فهو يقوم بصرف المبلغ المحكوم به استناداً إلى السلطة القانونية الممنوحة له بالدفع نيابة عن الجهات الإدارية.
- يتم التنفيذ بوسيلة الحجز على مراحل متعددة ابتداءً بإعلان المحجوز لديه (البنك) ثم إعلان المحجوز عليه (الإدارة) ثم التقرير بالذمة وأخيراً استيفاء المبلغ المحكوم به من المال المحجوز، أما التنفيذ بوسيلة الأمر المباشر بالصرف فيتم بصورة مباشرة بأن يصدر القاضي أمراً إلى البنك المركزي للصرف.
 - تطبق وسيلة الحجز لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام التي تتضمن إلزاماً مالياً بوجه عام، أما وسيلة الأمر بالصرف فهي مقررّة للأحكام التي يكون الالتزام الثابت فيها عبارة عن مرتب أو معاش أو تعويض عن حقوق سابقة لموظف عام.
- وبالتالي فإنه يشترط لتطبيق وسيلة الأمر المباشر بالصرف أن يكون الحق الثابت بالحكم الإداري المراد التنفيذ من أجله عبارة عن مرتب أو معاش أو تعويض يستحقها الموظف عن فترات سابقة، ولا يعتد بالحقوق الأخرى اللاحقة لإصدار هذا الأمر^(١)؛ على أنه يجب التمييز بين نوعين من هذه الحقوق، وهما:
- النوع الأول: الحقوق السابقة بموجب حكم إداري بصرف المرتب: وذلك عندما يكون الحكم الإداري متضمناً إلزام الإدارة بصرف مرتب موظف عام «مطلقاً» لأي سبب كان، ففي هذه الحالة يشترط أن تتوافر في الحق الثابت صفة المرتب، الذي يعرف بأنه: ما يتقاضاه الموظف بصورة دورية مقابل الخدمات التي يقدمها للإدارة^(٢)، وبالتالي فلا يعتد بالحقوق المالية الأخرى للموظف، كالفوارق والترقيات وبدلات السفر وغيرها، كما يجب أن يكون المرتب ناتجاً عن علاقة وظيفية، وهو ما يستلزم ضرورة أن تتوافر صفة الموظف العام في صاحب الحق.
- النوع الثاني: الحقوق السابقة بموجب حكم إداري بإعادة موظف إلى عمله: عندما الحق الثابت عبارة عن مرتب أو معاش أو تعويض عن حقوق سابقة للموظف الذي صدر لصالحه حكم بإعادته لعمله أو بإلغاء قرار فصله؛ وباستقراء نص المادة (٤٨٨) نجد أنها تميز بين نوعين من الحقوق المرتبطة بالإعادة إلى العمل:
- أ- الحقوق المالية للموظف المعاد إلى عمله من تاريخ صيرورة الحكم سناً تنفيذياً

(١) د/ نجيب أحمد عبدالله: إجراءات التنفيذ ضد الإدارة، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٢) د/ أحمد شرف الدين: مرجع سابق، ص ٣٢٠.

حتى صدور أمر القاضي بالصرف، وهنا يستحق الموظف مرتباته وحقوقه ومزاياه المالية الكاملة بقوة القانون ولو لم يقض الحكم باستحقاقها، كون النص صرح بأن الموظف يعتبر معاداً إلى عمله من تاريخ اعتبار الحكم سندا تنفيذياً^(١).

ب- الحقوق المالية للموظف المعاد إلى عمله عن الفترة السابقة لصيرورة الحكم سندا تنفيذياً، وهي الفترة الواقعة ما بين تاريخ فصله من العمل وبين تاريخ اعتبار الحكم سندا تنفيذياً، وتتمثل في المرتب أو المعاش أو التعويض عن حقوق سابقة؛ وفي هذه الحالة يفهم من عبارة: (قضى باستحقاقها) الواردة في النص ضرورة أن يقضي الحكم باستحقاقها، ويجب ألا يفهم من ذلك أنه يشترط أن ينص عليها منطوق الحكم، بل يكفي أن تكون مما يقتضيه الحكم من أسبابه، لأن الأسباب تتمتع بذات القوة التنفيذية التي يتمتع بها المنطوق - كما سبق.

ويلاحظ أن المقنن في الحالة الأولى جعل صرف المرتب والحقوق المالية بقوة القانون، أما في الحالة الثانية فقد اشترط أن يقضي الحكم باستحقاقها، وهو بذلك راعى القاعدة المقررة بأن الموظف يستحق المرتب مقابل الخدمات التي يقدمها للإدارة^(٢)، فالموظف بعد صيرورة الحكم سندا تنفيذياً يعتبر معاداً إلى عمله بقوة القانون، وأي مهام يباشرها خلال هذه الفترة تعتبر مشروعة ولذلك يستحق كافة حقوقه، أما في الفترة السابقة لصيرورة الحكم سندا تنفيذياً فالموظف لازال يعتبر مبعداً من عمله، ولا يمكنه ممارسة مهام الوظيفة، فجعل الأمر خاضعاً لتقدير القاضي ليقرر استحقاق الموظف للمرتب أو لتعويض تبعاً لمدى توفيقه في الحصول على عمل.

ويجب أن يتضمن الأمر بالصرف تحديد مقدار المبلغ المستحق للموظف «طالب التنفيذ»، فلا يكفي بتحديد ماورد في السند التنفيذي، بل يجب تحديد مقدار المبلغ المستحق، فليس من وظيفة البنك تحديد المبلغ المحكوم، وإنما هو من اختصاص قاضي التنفيذ بكل ما يتعلق بالتنفيذ الجبري^(٣)، وبالتالي فإذا تضمن منطوق الحكم سند التنفيذ تحديداً للمبلغ المستحق بالأرقام، فكل ما يجب على القاضي فعله هو أن يصدر أمره بذلك المبلغ. أما إذا لم يتضمن الحكم تحديداً للمبلغ فعادة ما يحيل إلى

(١) ويتحدد تاريخ اعتبار الحكم سندا تنفيذياً باللحظة التي توضع الصيغة التنفيذية على الحكم، أي قبل اتخاذ مقدمات التنفيذ.

(٢) انظر: د/ أحمد شرف الدين: مرجع سابق، ص ٣٢٠. د/ علي علي المصري: مرجع سابق، ص ١٣٣. وتعريف المرتب في المادة (٢) من قانون الخدمة الذي جعل أحد عناصره أن الموظف يستحق المرتب مقابل قيامه بمهام الوظيفة العامة.

(٣) وفقاً للمادتين (٣١٦) و(٣١٨) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته.

أسس لتحديده، كالحكم الصادر من محكمة استئناف محافظة صنعاء ضد وزارة المالية باستحقاق الموظف المستأنف للمرتب الأصلي مع البدلات حسب قانون السلطة القضائية^(١)، وفي هذه الحالة يجب على قاضي التنفيذ تحديد المبلغ المستحق ليتمكن البنك من الصرف، وإذا واجه القاضي صعوبة في تحديد المبلغ المستحق لما تتطلبه من إجراءات مالية وفنية يقوم بها متخصصون وتختلف من مرفق حكومي إلى آخر؛ ففي هذه الحالة ليس هناك ما يمنح القاضي من الاستعانة بمن يراه أو التخاطب مع الجهات المعنية لمساعدته في ذلك.

ويجب أن يوجه الأمر بالصرف إلى البنك المركزي أو أحد فروع أو من ينوب عنه^(٢)، ولا يجوز توجيه الأمر إلى أي بنك آخر سواءً كان من البنوك الخاصة أو من البنوك التي تسهم الدولة في رأس مالها، إلا إذا كان نائباً عن البنك المركزي. ويقوم البنك المركزي بعد تلقي الأمر القضائي بدفع المبلغ للموظف المحكوم له، وذلك بصفته الوكيل المالي للحكومة ومستشارها المالي، حيث منحه القانون سلطة الدفع نيابة عن الحكومة أو أي جهة عامة^(٣)، وبالتالي يقوم البنك المركزي بصرف المبلغ الوارد في الأمر القضائي وخصمه من حسابات الجهة الإدارية المنفذ ضدها، لأن الأمر بالصرف يعد عملاً قضائياً يلزم جهة الإدارة والبنك المركزي، ويعتبر في مقام الشيك الصادر من جهة الإدارة بالدفع، ولو كان مخالفاً لقواعد الصرف المقررة في القانون المالي^(٤).

وبهذا الصدد أصدر محافظ البنك المركزي قراراً إلى مدراء عموم فروع البنك في المحافظات، وجاء في فقرته الأولى أنه: حال صدور الأمر القضائي من المحكمة المختصة بالخصم من حساب الجهة يتم إبلاغ الجهة المنفذ ضدها المحجوز عليها وإرفاق صورة من الأمر القضائي ومنحها مهلة (١٥) يوماً من تاريخ استلامها الإخطار، فيما أن تنفيذ الإدارة بما يوقف التنفيذ، أو أن تصدر شيكاً بخصم المبلغ المحكوم به، أو تحديد رقم الحساب المراد الخصم منه، إخلاءً لمسئولية البنك في حال التنفيذ^(٥). ويبدو أن ما دفع محافظ البنك لإصدار هذا القرار هو الحرص على عدم مخالفة القواعد المالية، وما قد يحدث

(١) حكم محكمة استئناف محافظة صنعاء، مشار إليه سابقاً.

(٢) إذ منح القانون البنك المركزي إنابة غيره من البنوك، وفقاً للفقرة (ب) من المادة (٣١) من - قانون البنك المركزي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٣م وتعديلاته بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٠م.

(٣) حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (٣١) من قانون البنك المركزي على أنه: «يحق للبنك بصفته البنك والوكيل المالي للحكومة وأية مؤسسة عامة.. أن يقوم بعمليات الدفع نيابة عن الحكومة أو المؤسسة العامة».

(٤) د/ نجيب أحمد عبدالله: إجراءات التنفيذ ضد الإدارة، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٥) قرار محافظ البنك المركزي الصادر بتاريخ ١٨ / ٦ / ٢٠٠٨م.

من إرباك في العمليات المالية إذا ما تم خصم المبلغ من حساب الموازنة للجهة الإدارية المنفذ ضدها دون وجود شيك منها. وعلى الرغم من أن هذا القرار يعد مخالفاً للقانون لأنه أضاف مهلة إضافية للتنفيذ الاختياري المحددة أساساً بنص القانون، إلا أنه لا يخلو من فائدة لإخطار جهة الإدارة بأنه سيتم خصم المبلغ من حسابها لدى البنك حتى لا تتفاجأ بذلك، ومنحها فرصة لإصدار شيك بدلاً من الخصم المباشر.

ثالثاً: وسائل التنفيذ الأخرى:

بالإضافة إلى الوسائل المذكورة في الفقرتين السابقتين، فإن هناك وسائل أخرى لإجبار الإدارة على تنفيذ الحكم الصادر ضدها، غير أن هذه الوسائل ليست «وسائل تنفيذ جبري» بالمفهوم الإجرائي المتعارف عليه في قانون المرافعات والتنفيذ المدني، بل هي وسائل أخرى يمكن اللجوء إليها في سبيل الضغط على الجهة الإدارية المحكوم عليها لتنفيذ الحكم، ويمكن تطبيق هذه الوسائل في نفس الوقت مع الوسائل الإجرائية التي تناولناها في الفقرتين السابقتين، وتناول هذه الوسائل الأخرى من خلال الفقرات التالية:

(١) وسيلة دعوى إلغاء القرار الإداري:

تستخدم دعوى الإلغاء كوسيلة لحث الإدارة على تنفيذ الأحكام، على أساس أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم يمثل تجاوزاً للسلطة، ويمنح المحكوم له حقاً في رفع دعوى جديدة بإلغاء قرار الإدارة في هذا الشأن، سواء عبرت الإدارة عن امتناعها بقرار إيجابي صريح أم بقرار سلبي ضمني، فيكون للقاضي في هذه الحالة بعد أن يتحقق من صحة الدعوى أن يصدر حكماً بإلغاء القرار الذي صدر مخالفاً للشيء المقضي به^(١).

وفي اليمن ليس هناك ما يمنع المحكوم له من اللجوء لدعوى الإلغاء كوسيلة لحث الإدارة على التنفيذ، باعتبار أن دعوى الإلغاء بوجه عام تعتبر من الدعاوى القضائية التي يسمح للأفراد عن طريقها مخاصمة القرارات الإدارية غير المشروعة^(٢)، غير إنه قد لا يعن للمحكوم له اللجوء لدعوى الإلغاء نظراً لوجود الوسائل الإجرائية للتنفيذ الجبري- التي تناولناها في الفقرتين السابقتين - التي تعتبر أكثر فاعلية من هذه الوسيلة.

ومع ذلك فإن دعوى إلغاء القرار المخالف للشيء المقضي به أهميتها كوسيلة مساعدة إلى جانب وسائل التنفيذ الجبري في بعض الحالات، ومنها عدم انصياع الإدارة

(١) د/ حمدي ياسين عكاشة: مرجع سابق، ص ٤٠٠، د/ عصمت عبدالله الشيخ: مرجع سابق، ص ١١١.

(٢) لمزيد من التفاصيل، انظر: د/ أحمد شرف الدين: إشكاليات الطعن بإلغاء القرار الإداري، مرجع سابق، ص ٧٨ وما بعدها.

لتنفيذ الحكم الصادر ضدها على الرغم من سريان الغرامة التهديدية وانقضاء مدتها، وكذلك لمواجهة بعض أساليب امتناع الإدارة عن التنفيذ، كالاتناع بأسلوب القرار الإداري الذي يهدف إلى تعطيل تنفيذ الحكم.

(٢) وسيلة دعوى المسؤولية المدنية:

استقر القضاء الإداري على أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها يعد مخالفة لقاعدة حجية الشيء المقضي به، ويعتبر خطأ جسيماً يستوجب قيام مسؤوليتها المدنية، باعتبار أن احترام حجية الأحكام هو أمر يعلو على احترام القانون نفسه، لأن حجية الشيء المقضي به تفرض نفسها كعنوان للحقيقة القانونية، وبالتالي استخدم القضاء الإداري دعوى المسؤولية المدنية لحث الإدارة على التنفيذ^(١).

وليس هناك ما يمنع من تطبيق هذه الوسيلة في اليمن وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية، على أنه يجب مراعاة التمييز بين الخطأ الشخصي الذي ينسب إلى الموظف بصفة شخصية، والخطأ المرفقي الذي ينسب إلى المرفق ولو كان الذي قام به مادياً أحد الموظفين، والتي تثير عدداً من المسائل منها: فكرة إطاعة أوامر الرؤساء التي تنفي القصد السيئ من الموظف وتمثل عائقاً أمام مسؤوليته الشخصية، ويبدو الأمر أكثر صعوبة عندما يكون الموظف الممتنع يشغل وظيفة «محاسب عمومي» الذي يجب عليه الالتزام بالقواعد المالية، فيكون في موقف محرج إذ يقع تحت المساءلة الشخصية أمام القاضي الإداري، والمساءلة المالية أمام محاكم الأموال العامة.

ولذلك يرى البعض أن دعوى المسؤولية كوسيلة لحمل الإدارة على التنفيذ وسيلة غير فاعلة وليست مجدية، لأنه حتى لو قضي بالتعويض فإن المحكوم له في هذه الحالة لن يحصل إلا على تعويض مالي - من دعواه الجديدة - مع أن الهدف من دعواه هو تنفيذ الحكم الصادر لصالحه، كما أنه يتحمل أعباء دعوى ثانية هو في غنى عنها لو كانت خصومته قائمه مع الخواص، فضلاً عن الوقت الطويل الذي تستغرقه الدعوى الثانية^(٢).

(٣) وسيلة دعوى المسؤولية الجنائية:

استخدم القضاء الإداري دعوى المسؤولية الجنائية كأحدى وسائل حث الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية^(٣). ولقد أقر القانون اليمني المسؤولية الجنائية عن الامتناع تنفيذ

(١) د/ سليمان الطماوي: قضاء التعويض، مرجع سابق، ص ١٥٩.

(٢) د/ مسعود شهيوب: مرجع سابق، ص ٣٤٥.

(٣) د/ عصمت عبدالله الشيخ: مرجع سابق، ص ١٤٠. د/ محمد باهي أبو يونس: مرجع سابق، ص ٣٤.

الأحكام، وجرم فعل الامتناع عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضد الإدارة في قانون الجرائم والعقوبات، وفي قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

ففي قانون الجرائم والعقوبات نصت الفقرة الأولى من المادة (١٦٥) منه على أن: «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة كل موظف عام استعمل سلطة وظيفته في تعطيل القوانين أو اللوائح أو الأنظمة أو في رفض تنفيذ الأوامر والأحكام الصادرة من محكمة أو أي جهة مختصة أو امتنع عمداً عن تنفيذ شيء مما ذكر يدخل تنفيذه في اختصاصه»^(١). كما ورد نص مماثل في قانون الجرائم والعقوبات العسكرية مع الاختلاف فقط في فترة الحبس بأنها لا تزيد على خمس سنوات^(٢).

وفي قانون المرافعات والتنفيذ المدني نصت المادة (٤٨٩) منه على أن: «يعاقب كل من اعترض أو عرقل تنفيذ أي حكم صدر ضد الدولة بالحبس مدة لا تزيد على سنتين»^(٣)؛ وقد تميز المشرع اليمني بتقريره لهذه العقوبة على خلاف الكثير من التشريعات العربية التي اكتفت بالتجريم العام في قوانينها العقابية، مبرراً ذلك بأن هذه العقوبة ستؤدي إلى ردع كل ذي سلطة لتنفيذ الأحكام، لأنه إذا لم يوجد جزاء فلا يمكن احترام قواعد القانون^(٤). كما أن هذه العقوبة تشكل إحدى ضمانات تنفيذ الأحكام الإدارية، لأنها تفرض هيبة القضاء وحجية أحكامه وصيانتها من أي إخلال بحجيتها أو النيل منها وانتقاصها.

(١) قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م وتعديلاته، المادة (١٦٥).

(٢) قانون الجرائم والعقوبات العسكرية رقم (٢١) لسنة ١٩٩٨م، المادة (٥٤).

(٣) قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته، المادة (٤٨٩).

(٤) تقرير لجنة العدل والأوقاف: مرجع سابق، ص ٣٠٥.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

- (١) أن مفهوم التنفيذ في مجال القانون الإداري يتسع ليشمل المعنيين الموضوعي والإجرائي للتنفيذ، أما مفهوم التنفيذ في مجال قانون المرافعات فيقتصر على المفهوم الإجرائي المتمثل في التنفيذ الجبري.
- (٢) أن قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية تتسم بخصوصية تميزها عن قواعد تنفيذ الأحكام الأخرى، سواءً في ظل النظام الموحد أم المزدوج، وسواءً وردت في قانون المرافعات أم في أي قانون آخر.
- (٣) أن وجود تنظيم قانوني خاص لتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الدولة يجعل المقنن اليمني متقدماً على كثير من القوانين العربية، إلا أنه يعاب عليه الاختصار الشديد والإحالة في أغلب أحكامه إلى تطبيق القواعد العامة المقررة للتنفيذ ضد الأفراد التي لا يتناسب تطبيقها ضد الإدارة في كثير من الحالات.
- (٤) أن الأحكام الإدارية تكتسب القوة التنفيذية عندما تصبح نهائية حائزة لقوة الأمر المقضي به، شأنها شأن الأحكام القضائية الأخرى ما لم توجد نصوص خاصة تشترط أن تكون باتة، غير أنه يتعذر تطبيق قاعدة النصاب النهائي للأحكام الابتدائية كون القانون لم يحدد مبلغ النصاب النهائي للأحكام الإدارية الابتدائية.
- (٥) لم يكن المقنن موفقاً بتقرير وقف التنفيذ الوجوبي للطعن في الأحكام الإدارية الصادرة بالإلغاء أو التعويض على السواء، وكان الأحرى أن يقصر الأثر الواقف للطعن على أحكام الإلغاء فقط دون أحكام التعويض.
- (٦) أحسن المقنن صنفاً عندما نص صراحة على أن أحكام الإلغاء تتمتع بحجية مطلقة تجاه الكافة، ولكنه لم يذكر النتيجة المترتبة على ذلك في مجال التنفيذ، وهي أن تتمتع بقوة تنفيذية مطلقة تبعاً لحجيتها المطلقة.
- (٧) أن الصيغة التنفيذية الحالية المقررة لسائر الأحكام القضائية لا تتناسب مع خصوصية تنفيذ الأحكام الإدارية، كما أنها لا تتناسب مع طبيعة الوسائل المقررة لإجبار الإدارة على التنفيذ.
- (٨) أن صفة طالب التنفيذ في أحكام الإلغاء تتميز بأنها أضيق نطاقاً، نظراً لما تتمتع به

من حجية مطلقة، وكان الأخرى إضافة شرط أن يكون طالب التنفيذ معنياً مباشرة بالقرار المحكوم بإلغائه.

(٩) أن الجهة الإدارية المحكوم عليها إذا كانت هي (مجلس الوزراء) فإنه يكتفى بالإعلان والتكليف بالوفاء، مع ضم فترتي التنفيذ الاختياري فيكون التكليف بالوفاء خلال خمسة وسبعين يوماً.

(١٠) أن الأحكام الصادرة برفض إلغاء قرار إداري هي من الأحكام المقررة التي لا تحتاج إلى تنفيذ، أما الأحكام الصادرة بإلغاء قرار إداري من أحكام الإلزام التي تستوجب قيام الإدارة باتخاذ إجراءات لتنفيذ الحكم وذلك بأثر رجعي بأن تعيد الحال كما لو لم يصدر القرار الملغى إطلاقاً.

(١١) تضائل دور القضاء اليمني في إرساء المبادئ والقواعد القضائية التي تتعلق بالتزامات الإدارة في حالات الإلغاء المختلفة وحالات إعفائها لأسباب واقعية أو قانونية، في ظل تعدد حالات الإلغاء وتنوعها بشكل يصعب حصره، وتنوع القرارات التي قد تكون لائحية أو فردية، وقد تكون قرارات إيجابية أو قرارات سلبية.

(١٢) أن الإدارة تلتزم بأداء كافة الالتزامات التي تتطلبها إعادة الحال كما كان عليه تنفيذاً لحكم الإلغاء، سواءً نص منطوق الحكم على تلك الالتزامات أم اقتصر على الإلغاء فقط، ويتم استخلاص الالتزامات من أسباب الحكم التي تتمتع بذات القوة التنفيذية للمنطوق.

(١٣) يكون للإدارة تطبيق نظام المقاصة «المساقطة» كوسيلة لأداء مبالغ حكم التعويض الصادر ضدها، شريطة ألا يتعارض تطبيقها مع القواعد المالية المقررة لأداء الديون العامة أو تحصيلها.

(١٤) تقدم المقنن اليمني على كثير من القوانين الأخرى بأن قرر وسائل التنفيذ الجبري للأحكام الإدارية، ومنح القضاء سلطات واسعة في ذلك، غير أنه لم يحدد تلك الوسائل على سبيل الحصر بحيث تحدد كل وسيلة لكل نوع من أنواع الأحكام الإدارية.

(١٥) رغم أن المقنن أحال إلى تطبيق القواعد العامة فيما يخص (وسائل التنفيذ المباشر)، إلا أن وسيلتي الحبس والقوة لا تتناسبان مع طبيعة ونشاط الإدارة ويتعذر تطبيقهما في مواجهة الإدارة، وبالتالي فوسيلة «الغرامة التهديدية» هي وحدها التي تتناسب مع الإدارة فيما يخص التنفيذ المباشر.

(١٦) رغم أن المقنن حدد (وسائل التنفيذ غير المباشر) لتنفيذ الأحكام الإدارية التي تتضمن إلزاماً بأداء مبلغ من النقود، وهما وسيلة الحجز على حسابات الإدارة، ووسيلة الأمر المباشر بالصرف فيما يخص المرتبات والمعاشات المحكوم بها، إلا أنه لم يوضح شروطهما وإجراءات تطبيقهما بشكل كاف، مما أدى إلى اختلاف المحاكم اليمنية عند التطبيق العملي وتعددت الأفهام والتفسيرات، ورغم أن الدراسة توصلت إلى أن هذا الحجز يعتبر من قبيل الحجز لدى الغير واستخلصت شروطه وإجراءاته من القواعد العامة، إلا أن الأمر يتطلب تدخل المقنن إذ يفترض ألا تكون القواعد الإجرائية للتنفيذ محلاً للاجتهاد.

(١٧) أن قصور المقنن في بيان إجراءات التنفيذ بالوسيلتين - المذكورتين في الفقرة السابقة - يثير العديد من المسائل المتعلقة بقواعد المالية العامة والمحاسبة الحكومية، ودور ومسئوليات الجهات المرتبطة بإجراءات التنفيذ لاسيما جهة البنك المركزي، وهو ما يتطلب إجراء بعض التعديلات في بعض نصوص القوانين التي تنظم قواعد المالية العامة والجهات المرتبطة بها، حتى تتسق مع إجراءات التنفيذ بهاتين الوسيلتين.

(١٨) إمكانية تطبيق وسائل التنفيذ الأخرى وهي «دعوى الإلغاء، ودعوى المسؤولية المدنية، ودعوى المسؤولية الجنائية» كوسائل ضغط على الإدارة لتنفيذ الحكم الصادر ضدها، ويمكن تطبيق هذه الوسائل مع الوسائل الإجرائية للتنفيذ الجبري في ذات الوقت، لعدم وجود تعارض بين كل منهما.

(١٩) اكتفت معظم التشريعات بالتجريم العام لفعل الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية في قوانينها العقابية، أما المقنن اليمني فقد تميز بالنص على تجريم اعتراض أو عرقلة تنفيذ الأحكام الإدارية في قانون المرافعات والتنفيذ المدني، إلى جانب التجريم العام الوارد في قانون الجرائم والعقوبات، غير أنه يعاب على المقنن عدم تحديد جهة القضاء التي تختص بإيقاع عقوبة معرقل أو معترض التنفيذ، كما أنه لم يورد عبارة تكفل عدم تداخل الجريمتين.

ثانياً: التوصيات:

- (١) توصية المؤسسات الأكاديمية والتعليمية- خصوصاً المعهد العالي للقضاء- بالنظر في مدى إمكانية توسيع نطاق تدريس موضوع تنفيذ الأحكام الإدارية في إطار مقررات القضاء الإداري، وذلك لحاجة القضاة والخريجين إلى معرفة قواعد وشروط وإجراءات ووسائل تنفيذ الأحكام الإدارية.
- (٢) توصية المقنن بإجراء تعديل شامل على التنظيم الخاص بتنفيذ الأحكام الإدارية، سواءً بالحذف والإضافة في نصوص التنظيم الحالي المتمثل في الفصل الأول من الباب الثالث من قانون المرافعات والتنفيذ المدني، أو بإعادة تنظيمه في إطار قانون جديد يتضمن الإجراءات القضائية للمنازعات الإدارية بما في ذلك قواعد تنفيذ الأحكام الإدارية، على أن تتم مراعاة أوجه القصور التي كشفتها هذه الدراسة.
- (٣) توصية وزارة العدل وحقوق الإنسان بزيادة الاهتمام بالمبادئ المستخلصة من أحكام القضاء بدرجاته المختلفة، وجمعها في مجموعات أو دوريات «مصنفة» ليسهل الرجوع إليها والاستفادة منها.
- (٤) توصية المقنن بوضع نص قانوني يلزم الإدارة تنفيذاً لحكم الإلغاء باتخاذ الإجراءات والقرارات التي تتطلبها إعادة الحال كما كان عليه قبل صدور القرار الملغى وفق ما قضى به الحكم من منطوقه وأسبابه، مع مراعاة إعفاء الإدارة من بعض تلك الإجراءات والقرارات إذا وجدت أسباباً جدية قانونية أو واقعية حالت دون ذلك».
- (٥) توصية المقنن اليمني بإزالة الغموض الحاصل في وسائل التنفيذ الجبري ضد الإدارة، وذلك بوضع نص يحدد الوسائل على سبيل الحصر بدلاً من الاعتماد على الإحالة إلى القواعد العامة للتنفيذ، فتحدد (وسيلة الغرامة التهديدية) لتنفيذ الأحكام الإدارية المتضمنة التزامات عينية، وتحدد (وسيلة الحجز على حسابات الإدارة) لتنفيذ الأحكام المتضمنة إلزاماً نقدي بوجه عام، وتحدد (وسيلة الأمر المباشر بالصرف) لتنفيذ الأحكام المتضمنة إلزام الإدارة بأداء مرتب أو معاش لموظف عام، مع بيان شروطها وإجراءاتها.
- (٦) توصية الباحثين والمهتمين في مجال القانون المالي إجراء بحوث ودراسات حول موضوع «النظام القانوني لحسابات الجهات الإدارية لدى البنوك»، لبيان نطاقها وأثر التنفيذ عليها، وأثر التنفيذ على الموازنة العامة للدولة، وعلى الموازنة الخاصة بالجهة الإدارية، وأثرها على قواعد المالية العامة والمحاسبة الحكومية، ودور البنك المركزي في التنفيذ، وبما يكفل التأسيس لإجراء التعديلات القانونية الموصى بها.

(٧) تعديل نص المادة (٤٨٩) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني بأن يتم إسناد الاختصاص بعقوبة عرقلة تنفيذ الأحكام الإدارية لقاضي التنفيذ، وإضافة عبارة: (مع عدم الإخلال بما تنص عليه القوانين الأخرى) لتمييز هذه العقوبة عن العقوبة العامة المقررة لرفض تنفيذ الأحكام الواردة في قانون الجرائم والعقوبات.

(٨) توصية مجلس القضاء الأعلى ووزارة العدل وحقوق الإنسان باتخاذ خطوات عاجلة لمساعدة المحاكم في معرفة التفسير الصحيح للنصوص القانونية التي تنظم تنفيذ الأحكام الإدارية، مع إمكانية الاستفادة مما ورد في هذا البحث من توضيحات، إما عن طريق لوحات في المحاكم، أو عن طريق إعداد دليل إجرائي لقاضي التنفيذ، أو من خلال تعاميم ومنشورات قضائية، أو بأية وسيلة أخرى.

قائمة المراجع

- ١- الفيروز آبادي: القاموس المحيط، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ/١٩٩١م.
- ٢- د/أحمد أبو الوفا: إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر.
- ٣- د/ أحمد خليل: التنفيذ الجبري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٦م.
- ٤- د/ أحمد شرف الدين: الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء - اليمن، ٢٠١٣م.
- ٥- د/ أحمد شرف الدين: إشكاليات الطعن بإلغاء القرار الإداري، مقال منشور في المجلة القضائية، مجلة فصلية تصدر عن وزارة العدل، العدد الأول، صنعاء - اليمن، إبريل ٢٠٠٥م.
- ٦- د/أحمد عبدالملك بن قاسم: القضاء الإداري دراسة مقارنة، دار الجامعات اليمنية للطباعة والنشر، صنعاء - اليمن.
- ٧- د/ أحمد هندي: أصول التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠٧م.
- ٨- د/ جورج فودال: القانون الإداري «الجزء الثاني»، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- ٩- د/حسني سعد عبدالواحد: تنفيذ أحكام القضاء الإداري، تنفيذ أحكام القضاء الإداري، دراسة نظرية وعملية بالمقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، مطابع مجلس الدفاع الوطني، الطبعة الأولى.
- ١٠- د/حمدي ياسين عكاشة: الأحكام الإدارية في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
- ١١- د/ حمزة محمد شاهر: المالية العامة، «النفقات العامة - الجزء الأول»، دراسة نظرية وتطبيقية على النظام المالي اليمني مقارنة ببعض الدول، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء - اليمن.

- ١٢- د/ سعيد خالد الشرعبي: الموجز في أصول قانون القضاء المدني، مركز الصادق، صنعاء - اليمن، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣-٢٠٠٤م.
- ١٣- د/ سليمان الطماوي: القضاء الإداري «قضاء الإلغاء»، الكتاب الأول، دارالفكر العربي، ١٩٨٦م.
- ١٤- د/ سليمان الطماوي: القضاء الإداري «قضاء التعويض وطرق الطعن»، الكتاب الثاني، دارالفكر العربي، ١٩٧٧م.
- ١٥- د/ سليمان الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية «دراسة مقارنة»، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، الطبعة السابعة، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م.
- ١٦- د/ سليمان الطماوي: الوجيز في القضاء الإداري، دارالفكر العربي، ١٩٧٤م.
- ١٧- د/ سيد أحمد محمود: أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، بدون مكان ودارالنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.
- ١٨- د/ عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام «الإثبات - آثار الالتزام»، الجزء الثاني، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- ١٩- د/ عبدالكريم الطير ود/ عادل النجار: قواعد وإجراءات التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني وتعديلاته، مركز ومكتبة الصادق، صنعاء - اليمن، ٢٠١٣م.
- ٢٠- د/ عبدالله طلبه: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب «كلية الحقوق»، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية.
- ٢١- د/ عبدالناصر موسى أبو البصل: نظرية الحكم في الشريعة والقانون، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن.
- ٢٢- د/ عصمت عبدالله الشيخ: الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ٢٠٠٥م.
- ٢٣- د/ علي علي المصري: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في اليمن «دراسة مقارنة وتطبيقية»، مكتبة ومركز الصادق، مكتبة خالد بن الوليد، دارالكتاب الجامعي، صنعاء - اليمن، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م.

- ٢٤- د/ علي علي المصري: الوجيز في القانون الإداري اليمني «الجزء الأول تنظيم الإدارة»، دار الفكر المعاصر ومكتبة خالد بن الوليد، صنعاء - اليمن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦-٢٠٠٧م.
- ٢٥- د/ فتحي والي: التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات الجديدة، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٧٥م.
- ٢٦- د/ محمد الصغير بعلي: الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر، ٢٠٠٩م.
- ٢٧- د/ محمد أحمد مرغم: أحكام وإجراءات التنفيذ الجبري في القانون اليمني وفقه الشريعة الإسلامية، دار الحكمة اليمنية للطباعة والنشر والتوزيع.
- ٢٨- د/ محمد حسين الشامي: النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، الجزء الثاني «أحكام الالتزام»، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء- اليمن، الطبعة التاسعة، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.
- ٢٩- د/ محمد رفعت عبدالوهاب ود/ أحمد شرف الدين: القضاء الإداري، طبعة ١٤١١هـ/١٩٩٠م.
- ٣٠- د/ محمد سعيد الليثي: امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة ضدها «دراسة مقارنة»، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.
- ٣١- د/ مسعود شيهوب: المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٥م.
- ٣٢- د/ مطيع علي حمود جبير: القضاء الإداري «دراسة مقارنة»، مركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء - اليمن، الطبعة الثالثة، ٢٠١٥م.
- ٣٣- د/ نبيل إسماعيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠٦م.
- ٣٤- د/ نجيب أحمد عبدالله: الإجراءات الخاصة للتنفيذ الجبري ضد الإدارة «دراسة لقانون التنفيذ الجبري اليمني»، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية - مصر، ٢٠٠٦م.
- ٣٥- د/ نجيب أحمد عبدالله: قانون التنفيذ الجبري في المسائل المدنية والتجارية، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء - اليمن، الطبعة السادسة، ٢٠١٠م.

- ٣٦- عبدالله هاشم الخزان: عيوب القرار الإداري وفقاً لأحكام القضاء اليمني، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العام، كلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء، ٢٠٠٩م.
- ٣٧- غالب عبدالله غالب القعيطي: تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الدولة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة عدن، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م.
- ٣٨- قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م والقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م.
- ٣٩- قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م وتعديلاته.
- ٤٠- قانون الجرائم والعقوبات العسكرية رقم (٢١) لسنة ١٩٩٨م.
- ٤١- القانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م.
- ٤٢- القانون التجاري رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م وتعديلاته بالقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨م والقانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤م.
- ٤٣- القانون المالي رقم (٨) لسنة ١٩٩٩م وتعديلاته بالقانون رقم (٥٠) لسنة ١٩٩٩م.
- ٤٤- قانون البنوك رقم (٣٨) لسنة ١٩٩٨م.
- ٤٥- قانون البنك المركزي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٣م وتعديلاته بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٠م.
- ٤٦- قانون الخدمة المدنية رقم (١٩) لسنة ١٩٩١م.
- ٤٧- اللائحة التنفيذية للقانون المالي رقم (٧٠) لسنة ١٩٩١م.
- ٤٨- لائحة الجزاءات والمخالفات الإدارية الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م.
- ٤٩- قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٥م.
- ٥٠- قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م وتعديلاته.
- ٥١- قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم (٩) لسنة ١٩٨٠م.
- ٥٢- قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم (٠٨-٠٩) الصادر بتاريخ ٢٥/ فبراير/ ٢٠٠٨م.
- ٥٣- قانون التنفيذ الأردني رقم (٢٥) لعام ٢٠٠٧م.

- ٥٤- تقرير لجنة العدل والأوقاف حول مشروع تعديل قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م، مطبوعات مجلس النواب، الفصل التشريعي ١٩٩٧-٢٠٠٠م.
- ٥٥- القواعد القضائية المستخلصة من أحكام المحكمة العليا، منشورات المحكمة العليا، العدد الأول.
- ٥٦- القواعد القانونية والقضائية المدنية، منشورات المحكمة العليا، العدد الثامن.
- ٥٧- القواعد القانونية والمبادئ القضائية المدنية، منشورات المحكمة العليا، العدد العاشر.
- ٥٨- الأرشيف الإلكتروني للمحكمة العليا لعام ٢٠٠٨م.

الأدلة الجنائية الرقمية (الإطار القانوني والتحديات العملية في الجمهورية اليمنية)^(*)

الباحث / أحمد ناصر ناصر النصيري

(*) قُدم هذا البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدبلوم الجنائي -
قسم التأهيل المستمر لدى المعهد العالي للقضاء.

مجلة
البحوث والأبحاث
القضائية
الكلية القانونية
جامعة أسيوط

المخلص

هدفت الدراسة إلى التعرف على الدليل الجنائي الرقمي في ظل التنظيم القانوني اليمني والتحديات العملية التي تواجه السلطات القضائية في الجمهورية اليمنية، وقد تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي لمعرفة مفهوم الأدلة الرقمية وأهميتها وخصائصها وطرق الحصول عليها وكذلك الإطار القانوني والعوائق العملية في القانون اليمني، وأظهرت الدراسة عدة نتائج أهمها: وجود تحديات وصعوبات تواجه سلطات التحقيق في بلادنا عند الاستناد إلى الدليل الرقمي، وهو نقص في المعرفة التقنية الحديثة والمتعددة لدى القائمين بالبحث والتحقيق، مما يجعل منهم غير قادرين على أداء واجبهم على الوجه المطلوب، كما توصلت الدراسة إلى عدة توصيات أهمها تدريب سلطات التحقيق على فهم طبيعة الأدلة المستخرجة من الوسائل الرقمية، والعمل على فهمها والإلمام بها وكيفية عملها.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله الطيبين الطاهرين
أما بعد:

الجريمة ظاهرة طبيعية في الحياة الاجتماعية، فالصراعات والاختلافات بين مصالح الأفراد في المجتمع بشكل عام يمكن أن تؤدي إلى ارتكاب جريمة متعددة الأشكال، وقد تطورت الجريمة مع تطور نمط حياة الأفراد، وتغيرت أشكالها في مراحل مختلفة من تطور المجتمع في السنوات الأخيرة، حيث قدم العالم مساهمة كبيرة في الابتكارات الجديدة في مجال المعلوماتية، مثل الانترنت والتقنيات الرقمية الأخرى، ونظراً للتطور الكبير وغير المسبوق المعروف في مجال المعلومات والاتصالات، أصبح الاعتماد عليها قوياً من قبل الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين في جميع جوانب الحياة، وأثر هذا التطور التكنولوجي بشكل إيجابي على العالم برمته من حيث توفير الوقت والمال وتقليص المسافات والحدود وجعل العالم قرية صغيرة، إلا أن لهذا التطور الأثر السلبي المفرط بسبب الاستخدام السيئ، وأظهر العديد من التجاوزات والجرائم والتي تُعرف بالجرائم الالكترونية او المعلوماتية.

ومما لاشك فيه إن ظهور هذا النوع من الجرائم أدى إلى ظهور وسائل مرتبطة بها، تستخدم لغرض اكتشاف حالة أو مسألة أو شخص أو أي شيء يفيد في إظهار عناصر الإثبات المختلفة ونقلها إلى المجال الواقعي الملموس، ومن هذه الوسائل أو الأدلة المستخدمة في بيان الواقعة المعروضة هي الوسائل أو الأدلة الرقمية أو ما تعرف بالأدلة الالكترونية، حيث نجد أن التحقيق الجنائي يتطلب الاستعانة بالوسائل والأدلة الحديثة، لاسيما الأدلة الالكترونية في إثبات الجريمة وفك الخيوط المتشابكة للواقعة الإجرامية التي يصعب أحياناً كشف مرتكبيها فيما لو اعتمدنا فقط على الوسائل والأدلة التقليدية التي هي أقل فاعلية مقارنة بوسائل ارتكاب الجريمة.

وبناءً على ذلك نسلط الضوء في بحثنا هذا على ماهية الدليل الرقمي والخصائص التي يتمتع بها، ومعرفة التحديات والصعوبات العملية التي تواجه السلطات المختصة نتيجة الحصول على الدليل الرقمي واستخدامه في الإثبات الجنائي، وموقف القانون اليمني تجاه مشروعية الدليل الرقمي وحجيته في الإثبات.

مشكلة وتساؤلات الدراسة:

مع تطور وسائل التكنولوجيا الحديثة، أصبحت الأدلة الجنائية الرقمية تحتل مكانة بارزة في مجال الإثبات الجنائي، نظراً لقدرتها على كشف الجرائم الإلكترونية أو المساعدة في التحقيق في الجرائم التقليدية التي تُستخدم فيها الوسائط التقنية، إلا أن هذا النوع من الأدلة يثير إشكالات متعددة من حيث مشروعية الحصول عليه، وطبيعة حجيته القانونية، ومدى قبول المحاكم له كوسيلة إثبات، خاصة في ظل قصور بعض التشريعات الوطنية، ومنها التشريع اليمني، في تنظيم هذه المسائل بشكل صريح، وتزداد الإشكالية تعقيداً في ظل التحديات الفنية المرتبطة بجمع الأدلة الرقمية والحفاظ على سلامتها وعدم التلاعب بها.

من هنا تنبع مشكلة البحث في التساؤل عن مدى مشروعية وقانونية الدليل الجنائي الرقمي، وشروط قبوله كدليل إثبات أمام القضاء، والكيفية التي نظم بها القانون اليمني هذا النوع من الأدلة في ضوء التحديات القانونية والعملية التي يفرضها الواقع، وتدور إشكالية البحث حول التساؤل الرئيسي الآتي:

«ما مدى مشروعية وحجية الدليل الجنائي الرقمي في الإثبات الجنائي، وكيف نظمه القانون اليمني في ظل التحديات التقنية والعملية المعاصرة؟»

ويتفرع من هذا التساؤل الرئيس عدة تساؤلات فرعية، منها:

١. ما المقصود بالدليل الجنائي الرقمي؟
٢. ما هي الصعوبات القانونية والفنية التي تواجه جمع وتحليل الدليل الجنائي الرقمي؟
٣. كيف تعامل القانون اليمني مع الدليل الجنائي الرقمي؟

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحقيق الهدف الرئيسي لها وهو التعرف على الدليل الرقمي الجنائي وأنواعه وخصائصه وأهميته ووسائل الحصول عليه ومدى مشروعية في ظل التنظيم القانوني اليمني والتحديات التي تواجه السلطات المختصة، ويشتمل من هذا الهدف الأهداف الآتية:

١. دراسة الدليل الرقمي الجنائي وخصائصه وأنواعه ووسائل الحصول عليه أثناء التحقيق الجنائي.

٢. التعرف على أهم المعوقات والتحديات العملية التي تواجه التحقيق الجنائي في الاعتماد على الدليل الرقمي.

٣. معرفة الإطار القانوني اليمني للعمل والاستناد على الأدلة الرقمية الجنائية وحدود العمل فيها.

أهمية الدراسة:

توجد أهمية علمية وعملية للبحث، نوجزها على النحو الآتي:

الأهمية العلمية:

تبرز الأهمية العلمية لهذا البحث في كونه يتناول موضوعًا معاصرًا يتصل بتطور وسائل الإثبات الجنائي، وهو الدليل الجنائي الرقمي، الذي بات يحتل موقعًا متقدمًا في الإجراءات الجنائية الحديثة، ويهدف البحث إلى توضيح المفاهيم الأساسية المتعلقة بطبيعة هذا الدليل، وأنواعه، وخصائصه القانونية، إضافة إلى تحليل الوسائل المستخدمة في جمعه، والتحديات المرتبطة به، مع تسليط الضوء على التنظيم القانوني له وموقف المشرع اليمني، ما يجعله إضافة مهمة للمكتبة القانونية.

الأهمية العملية:

أما الأهمية العملية فتتجلى في أن البحث يعالج قضايا تطبيقية تواجه المحققين والقضاة أثناء التعامل مع الأدلة الرقمية، كمدى مشروعيتها وحجيتها القانونية، وكذلك الصعوبات التقنية والقانونية التي تعيق استخدامها بفعالية، ويسعى البحث إلى تقديم رؤية واضحة تساعد العاملين في أجهزة العدالة الجنائية على التعامل مع هذا النوع من الأدلة بما يضمن سلامة الإجراءات واحترام حقوق الأطراف.

حدود البحث:

- الحدود الموضوعية: تقتصر الدراسة على الدليل الرقمي في التحقيق الجنائي والإطار القانوني والتحديات العملية التي تواجه المختصين في الجمهورية اليمنية.
- الحدود المكانية: الجمهورية اليمنية.
- الحدود الزمنية: ١٤٤٦هـ - ٢٠٢٥م.

أسباب اختيار موضوع البحث:

- ثمت أسباب لاختيار موضوع البحث، وهي كالآتي:
- ١- أن التحول الرقمي وانتشار الجرائم الإلكترونية أصبحا يفرضان تحديات جديدة أمام أجهزة العدالة، لذا وجب دراستها وتحليلها.
 - ٢- قلة الدراسات المحلية المتخصصة في هذا المجال، وغياب تنظيم تفصيلي واضح في القانون اليمني بشأن الأدلة الرقمية.
 - ٣- أن موضوع البحث يثير العديد من إشكاليات قانونية وعملية هامة تتعلق بالمشروعية، والحجية، والتقنيات المستخدمة في جمع الأدلة، لذا وجب الوقوف عليها.
 - ٤- الرغبة الشخصية في التعمق في الجوانب القانونية للتطور التكنولوجي وتأثيره على الإجراءات الجنائية.

منهجية البحث:

- منهج الدراسة: تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي لمعرفة مفهوم الأدلة الرقمية وأهميتها وخصائصها وطرق الحصول عليها وكذلك الإطار القانوني والعوائق العملية في القانون اليمني.
- مصادر المعلومات: تم الاعتماد في معالجة الإطار النظري على مصادر البيانات الثانوية والتي تتمثل في الكتب والمراجع العربية والأجنبية ذات العلاقة، والدوريات والمقالات والتقارير المحلية والدولية، والأبحاث والأطر النظرية والدراسات السابقة التي تناولت موضوع الدراسة، والبحث والمطالعة في مواقع الإنترنت المختلفة.

تقسيم البحث:

- المبحث الأول: ماهية الدليل الجنائي الرقمي.
- المطلب الأول: مفهوم الدليل الجنائي الرقمي.
 - المطلب الثاني: طبيعة وخصائص الدليل الجنائي الرقمي.
 - المطلب الثالث: أنواع الأدلة الجنائية التقليدية والرقمية.

المبحث الثاني: وسائل الحصول على الدليل الجنائي الرقمي، والتحديات المرتبطة به، وآليات التعامل معه.

- المطلب الأول: وسائل الحصول على الدليل الجنائي الرقمي.
- المطلب الثاني: التحديات العملية والفنية المرتبطة بالدليل الجنائي الرقمي.
- المطلب الثالث: منهجية وآليات التعامل مع الدليل الجنائي الرقمي.
- المبحث الثالث: التنظيم القانوني للدليل الجنائي الرقمي.
- المطلب الأول: مشروعية الدليل الجنائي الرقمي.
- المطلب الثاني: حجية الدليل الجنائي الرقمي في الإثبات الجنائي.
- المطلب الثالث: موقف المشرع اليمني من الإثبات بالدليل الجنائي الرقمي.
- الخاتمة وتشتمل على:
- النتائج.
- التوصيات.
- المراجع.

المبحث الأول

ماهية الدليل الجنائي الرقمي

تمهيد:

هناك العديد من المحاولات والاجتهادات التي قام بها الخبراء والفقهاء القانونيون للتوصل إلى وضع تعريف محدد للدليل الرقمي يحتوي على توصيف دقيق تحدد به أبعاده ومقاصده ووضعه في التصنيف المناسب بين أدلة الإثبات المختلفة (١)، ولكن قبل الانتقال لمعرفة المقصود بالدليل الجنائي الرقمي وماهي الاجتهادات التي بذلت من أجل ذلك كان من المتعين علينا إلقاء الضوء على مفهوم الدليل بصفة عامة، ومن ثم تناول تعريفات الدليل الجنائي الرقمي، ثم نتطرق لمعرفة طبيعة وخصائص الأدلة الرقمية في مطلب ثان وأخيراً نتطرق لأنواع الدليل الجنائي الرقمي.

لذا فقد قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، سوف نتناول في المطلب الأول مفهوم الدليل الجنائي الرقمي، وفي المطلب الثاني طبيعة وخصائص الدليل الجنائي الرقمي، وفي المطلب الثالث سنتناول أنواع الأدلة الجنائية الرقمية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

مفهوم الدليل الجنائي الرقمي

تمهيد:

تهدف قواعد الإثبات بصفة عامة إلى إقامة الدليل على ثبوت الواقعة وصحتها ونسبتها إلى مرتكبها سواء أكان هو ذاته المتهم أو نفيها عن المتهم وثبوتها على شخص آخر غيره، وتعد هي الوسيلة التي يتوصل بها صاحب الحق إلى إثباته وتقديمه إلى القضاء ليتمكن منه، ونظراً لأهمية أدلة الإثبات في تحقيق العدالة وإيصال الحقوق لأصحابها، سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول المقصود بالدليل بصفة عامة، وفي الفرع الثاني المقصود بالدليل الجنائي الرقمي وذلك على النحو التالي بيانه:

الفرع الأول

المقصود بالدليل بصفة عامة

الدليل لغة: هو المرشد، وهو ما يستدل به، فالإثبات هو تأكيد حقيقة الشيء بأي دليل^(١).

الدليل اصطلاحاً^(٢): هو ما يلزم من العلم به علم شيء آخر وغايته إحداث حالة من التثبت قوامها اليقين الوجداني بصحة وثبوت الواقعة محل البحث، مما يمكن معه التوصل الى معرفة الحقيقة المنشودة^(٣)، وعُرف أيضاً بأنه الوسيلة التي يتوسل بها صاحب الحق ويقدمها للقضاء ليتمكن منه^(٤).

ويعرف الدليل قانوناً بأنه «الواقعة التي يستمد منها القاضي البرهان على ثبوت اقتناعه بالنتيجة أو الحكم الذي يتوصل إليه»^(٥)، أو «هو الواقعة المعروضة على عين العقل للاقتناع بأن واقعة أخرى قد حصلت أو لم تحصل لعلاقتها الوثيقة بها، والتي تدل على هذا الحصول من عدمه»^(٦)، أو «هو الوسيلة المبحوث عنها في التحقيقات بغرض

(١) ليقال إنه دل على الشيء يدلّه دلالة فاندل، سدهه إليه، ودلته، فاندل، والدليلي علمه بالدلال الذي يجمع بين البيعين، والاسم الدلالة والدلالة ما جعلته للدليل، يراجع في ذلك ابن منظور، لسان العرب، باب الدال، د/ جميل صليبا- المعجم الفلسفي- دار الكتاب اللبناني، الطبعة الأولى بيروت ١٩٧١، ص ٢٤ وما بعدها.

(٢) أسهب فقهاء الاصطلاح في وضع تعريف للدليل، فمنهم الفقيه الإيطالي جوليانو الذي عرفه بأنه «المجادلة والنقاش الذي كانت البلاغة والسفسطة تلعب دوراً كبيراً لبيان صحة أو عدم صحة، أو ما فيه منازعة أو خصومة»، ومنهم أيضاً الفقيه أندريه هيل والذي عرفه بأنه «الحقائق أو العناصر التي تشكل بداية البحث عن الحقيقة في أي بحث جنائي، وتؤدي إلى الاقتناع الفعلي إلى جانب قنوات أخرى من الملاحظة والتجربة»، كما عرفه الفقيه ميرل وفيتو بأنه «كل وسيلة مرخص بها، أو جائزة قانوناً لإثبات وجود أو عدم وجود الواقعة المرتكبة أو صحة أو كذب الأمر المعروض». يراجع في ذلك: د/ أحمد ضياء الدين خليل- مشروعية الدليل في المواد الجنائية-، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ٢٠١٠م ص ٣٦٣ وما بعدها. د/ عمر عبد المجيد عبد الحميد مصبح- الدليل المادي وأثره في الإثبات الجنائي- رسالة دكتوراه- كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٩، ص ٨٠ وما بعدها، وعرفه الفقيه Swanson أيضاً بأنه «أي شيء يفيد في إثبات أو نفي مسألة معينة في القضية، أو كل ما يتصل اتصالاً مباشراً بإدانة المتهم أو تبرئته استناداً إلى المنطق».

(٣) د/ أحمد ضياء الدين خليل، مشروعية الدليل في المواد الجنائية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٣٦٣.

(٤) د/ أحمد نشأت- رسالة الإثبات، الجزء الأول، مطابع المدني، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٧٣، ص ١٣.

(٥) د/ حسين عبد السلام جابر- التقرير الطبي بإصابة المجني عليه وأثره في الإثبات في الدعويين الجنائية والمدنية - دار الكتب القانونية، القاهرة ١٩٩٧، ص ١٠٩.

(٦) د/ محمد محي الدين عوض - الإثبات بين الأزواج والوحدة، جامعه القاهرة بالخرطوم، دار الاتحاد العربي للطباعة، الخرطوم، لم يذكر سنة النشر، ص ٦٥٧.

إثبات صحة واقعة تهم الجريمة أو ظرف من ظروفها المادية والشخصية»^(١)، وعُرف الدليل أيضاً بأنه «كل إجراء معترف به قانوناً لأقناع القاضي بحقيقة الواقعة»^(٢)، كما عرف بأنه «ذلك الأثر أو مجموعة الآثار المادية أو النفسية التي تقطع بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم»^(٣).

كما عرف أيضاً بأنه «مجموعة الوقائع المادية أو المعنوية التي تتصل بالجريمة، وتؤدي باكتشافها إلى تحديد كل أو بعض أبعاد الجريمة، مثل وقتها ومكانها ودوافعها وأسلوب ارتكابها، والظروف المحيطة بها، ويؤدي تجميع وربط ما تسفر عنه من حقائق إلى تحديد مرتكب الجريمة بصورة قاطعة لا لبس بها»^(٤) ونخلص مما سبق أن الدليل هو مجموعة الوقائع أو الأشياء أو الأشخاص التي يقبلها العقل البشري والمنطق، وتقدم للتدليل على كيفية حدوث الواقعة وثبوت نسبتها إلى فاعلها، وينتج عنها تكوين قناعة القاضي الوجدانية بحقيقتها وصحة ثبوتها، بهدف تطبيق القواعد القانونية والإجرائية على تلك الوقائع من أجل تحقيق العدالة وإيصال الحقوق لأصحابها بالطرق المشروعة.

الفرع الثاني

المقصود بالدليل الجنائي الرقمي

اختلف الفقه في وضع تعريف للدليل الرقمي، فالبعض ينظر إليه بالنظر إلى البيئة التي ينشأ فيها، فالدليل الرقمي هو ذلك الدليل الكامن في العالم الافتراضي cyberspace بكافة مظهره وأشكاله»^(٥).

أو هو «معلومات يقبلها العقل والمنطق، ويعتمدها العلم، ويتم الحصول عليها بإجراءات قانونية وعلمية، تقوم على تحليل البيانات المخزنة بأجهزة الحاسب الآلي وملحقاته، أو المنقولة عبر شبكات الاتصال التي يمكن أن تكشف عن وقوع الجريمة، أو تثبت وجود علاقة بينها وبين أي من الجاني أو المجني عليه أو المتضرر منها»^(٦).

- (١) د/ حمدي الجاسم - أصول المحاكمات الجزائية - مطبعة العالي، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٧٠ وما بعدها.
- (٢) د/ عدلي أمير خالد - الجامع في الإرشادات العلمية لإجراءات الدعوى الجنائية، منشأة المعارف الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٢١٥ وما بعدها.
- (٣) د/ محمد زكي أبو عامر - القيود القضائية على حرية القاضي الجنائي في الاقتناع - مجلة القانون والاقتصاد السنة ٥١ مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص ١٤.
- (٤) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، ص ٥١٤.
- (٥) د. عمر محمد بن يونس، الدليل الرقمي (Digital Evidence)، بحث منشور ضمن أبحاث ندوة الدليل الرقمي، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية القاهرة، الفترة من ٥ - ٨ مارس ٢٠٠٦، ص ٢.
- (٦) د. أمينة لميز، الدليل الرقمي كألية لإثبات الجرائم المعلوماتية، مجلة بحوث في القانون والتنمية، كلية

وقد انتقد البعض^(١) هذا التعريف؛ لأنه تعريف غير جامع، فالأدلة الرقمية لا تقتصر على تلك المأخوذة من الحاسب الآلي أو ملحقاته، أو من شبكات الاتصالات فقط، بل يدخل في نطاقها كذلك تلك المأخوذة من الهاتف المحمول وكاميرات المراقبة والساعات الذكية، وكل ما تسفر عنه التطورات التقنية فيما بعد.

كما يرى البعض (٣) أن الدليل الرقمي لا يقتصر فقط على الأعمال غير المشروعة (الجرائم)، بل يمتد أثره لإثبات الأعمال المشروعة كذلك، كالعقود الالكترونية والمعاملات البنكية الالكترونية، والتي قد تستخدم لإثبات جرائم تقليدية أو الكترونية.

وعرفه البعض^(٢) بأنه هو كل معلومات أو بيانات رقمية مخزنة في جهاز حاسب آلي وملحقاته كالهارد ديسك أو الميموري وما شابه، أو المخزنة على أي شبكة معلوماتية أو شبكة الانترنت نتيجة التعامل معها، أو المخزنة، في أي وسيلة تقنية حديثة، أو وسيلة اتصال حديثة مما تحافظ بمعلومات أياً كان شكلها، ويمكن تحويلها إلى صيغة نصية مفهومة، تدل على علاقة بين الجريمة والجاني.

وبذلك فإن الدليل الالكتروني أو الرقمي هو كل ما تنتجه التكنولوجيا الالكترونية بكافة صورها سواء اعتمدت على شبكة الانترنت أم لا، وسواء كانت بجهاز الحاسب الآلي، أم بغيره من الأجهزة الحديثة، بشرط أن يكون هذا الدليل له صلة بالجريمة المرتكبة، ويساعد في كشف الجرائم، وبهذا المعنى فالدليل الالكتروني ليس له صورة واحدة، وإنما تعدد هذه الصور وتختلف باختلاف نوع الدليل نفسه، ولكن في النهاية يظل الدليل المستمد؛ في صورة رقمية يتم معالجتها بأجهزة لتبين محتواها.

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس: الجزائر، المجلد ٢، العدد ٣، جوان (يونيو) ٢٠٢٣ ص ١١، ١٢، د. أسامة حسين محيي الدين عبد العال، حجبية الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي لجرائم المعلوماتية «دراسة تحليلية مقارنة»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، المجلد ١١، العدد ٧٦ يونيو ٢٠٢١، ص ٦٤٢.

(١) آمال بهنوس، الدليل الرقمي في الإجراءات الجنائية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية: الجزائر، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠١٧، ص ١٧٣.

(٢) بهار المري، جرائم السوشيال ميديا وجرائم المحمول وحجبية الدليل الالكتروني في إثبات، المجلد السادس، دار الأهرام للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٢م، ص (٧٣٨).

المطلب الثاني

خصائص الدليل الرقمي وطبيعته القانونية

تمهيد:

كما أسلفنا بأن الدليل الرقمي هو أي نوع من البيانات أو المعلومات التي تُخزن أو تُنقل أو تُستخرج باستخدام الوسائل الرقمية، مثل أجهزة الحاسوب، الهواتف الذكية، أو الشبكات المعلوماتية، ويُستخدم هذا النوع من الأدلة في مجالات متعددة، بما في ذلك القانون، التحقيقات الجنائية، والأعمال التجارية، نظراً لخصائصه الفريدة التي تميزه عن الأدلة التقليدية، فهو يتمتع بعدد من الخصائص التي تميزه عن الدليل التقليدي، وفي هذا المطلب سنتعرف على أهم هذه الخصائص والطبيعة القانونية التي يتميز بها الدليل الجنائي الرقمي من خلال فرعي المطلب الآتيين:

الفرع الأول

خصائص الدليل الجنائي الرقمي

يتميز الدليل الجنائي بصفة عامة بعدة خصائص من أهمها اتسامه بالوضوح والعقلانية والإقناعية والمشروعية والاجتماعية بجانب موضوعيته وقضائيته، كما يتميز أيضاً بخاصية تساعد الأدلة القطعية، وهي بالضرورة تدخل في خصائص الدليل الرقمي، ويبقى للدليل المستخرج من الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت أو ما يعرف بالدليل الرقمي خصائصه التي تميزه، ويرجع ذلك إلى كونه جزءاً من البيئة الرقمية بجميع مكوناتها من برمجيات وقطع صلبه وغيرها. والتي تحكمها قواعد علمية تحكم التعامل خلالها والولوج عبر أرجائها، وعلى ذلك فإن الدليل الرقمي له طبيعة تقنية ويصنف ضمن الأدلة العلمية، إضافة إلى أنه سريع التطور والتنوع ويصعب التخلص منه^(١).

وهناك العديد من الخصائص المميزة للدليل الرقمي عن غيره من الأدلة المادية التقليدية الأخرى، وسوف نتناول هذه الخصائص على النحو التالي بيانه:

أولاً: الدليل الرقمي دليل علمي:

إن الطبيعة الخاصة للدليل الإلكتروني والوسط الذي يتواجد به وهي بيئة افتراضية غير ملموسة، تجعل من الدليل دليلاً غير مادي كذلك، فهو دليل غير ملموس يتكون من

(١) حاتم أحمد محمد بطيخ، دور الإنترنت في الإثبات أمام القاضي الجنائي والإداري ٢٠١٧م، ص (٣٩٦).

بيانات ومعلومات على هيئة إلكترونية، حيث إن العالم الافتراضي التقني هو عالم أعدّه متخصصون في التقنية، وبالتالي لا يمكن الحصول على البيانات والمعلومات في العالم التقني إلا بأساليب علمية وتقنية كذلك، وهو ما يميز الدليل الإلكتروني بهذه الخاصية بأنه دليل علمي^(١)، فاستخراج الدليل الإلكتروني يحتاج إلى بيئة مشابهة للبيئة التي نتج عنها، لذا يتطلب الاستعانة بأجهزة وأدوات التقنية واستخدام برامج حاسوبية ملائمة للاطلاع عليه أو استخراجها في هيئة ملموسة أو مادية، وهي تعد أساليب علمية^(٢).

ثانياً- الدليل الرقمي دليل تقني:

يقصد بالتقنية: العلم التطبيقي لوسائل وأدوات تم اختراعها من أجل تسهيل حياة الفرد والمجتمع^(٣)، وهي تقوم على أساس علمي، مثلها مثل الدليل الإلكتروني الذي هو كذلك دليل علمي، لذا يمكن استنتاج أن الدليل الإلكتروني يتميز بأنه دليل تقني، استناداً للمصدر الذي جاء منه وهو البيئة الرقمية أو التقنية، مثلما هو دليل علمي استناداً للبيئة التي يتواجد بها والتي تم انشاؤها من قبل مختصين فنيين على أساس علمي، إن الدليل الإلكتروني التقني ليس كأدلة الجنائية التقليدية الأخرى، فالتقنية لا تنتج أدلة مادية ملموسة كالسلاح أو البصمات أو الاعتراف المكتوب التي تدل على مرتكب الجريمة، إنما ما تنتجه التقنية نبضات رقمية ذات طبيعة ديناميكية فائقة السرعة تنتقل بين أجزاء ووسائل التقنية وشبكات الاتصال متعددة حدود المكان والزمان الواحد^(٤).

وتفيد هذه الخاصية للدليل الإلكتروني أنه لا بد لمأموري الضبط القضائي وسلطات التحقيق أن يبنوا عملهم على أساس الخبرة في التقنية، فلدى بعض الدول المتقدمة يكون لسلطات التحقيق المقومات التقنية الكاملة التي تحتاجها، ويكون هناك فصل بين الخبرة وسلطة التحقيق في الجرائم التي يكون الاعتماد فيها على الدليل الإلكتروني، حيث تضم سلطة التحقيق عناصر ذات كفاءة عالية تمتلك الخبرة في التقنية، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية^(٥)، أما سلطات التحقيق التي لا تمتلك ذلك فإنها تعتمد

(١) عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٦١-٦٢.

(٢) د. أشرف عبد القادر قنديل، الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص ١٢٦.

(٣) د. حازم محمد حنفي، الدليل الإلكتروني ودوره في المجال القانوني، لم يذكر سنة النشر، ص (١٧).

(٤) عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص ٦٢.

(٥) د. فتحي محمد أنور عزت، الخبرة في الإثبات الجنائي دراسة قانونية وتطبيقات قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢١م، ص ٦٤٨.

على الخبرة في تحقيق مثل هذه الجرائم الإلكترونية التي تستند على الدليل الإلكتروني لإثباتها، وبالتالي لا يتحقق الفصل بين سلطة التحقيق والخبرة، حيث إن الخبرة تقوم بدور المساعدة لسلطة التحقيق من أجل إثبات الجريمة.

ثالثاً- الدليل الرقمي يصعب التخلص منه:

إن طريقه نسخ الدليل الرقمي من أجهزة الحاسب الآلي تقلل من مخاطر إتلاف الدليل الأصلي، حيث تتطابق طريقة النسخ مع طريقة الإنشاء، كما يتميز الدليل الرقمي بصعوبة التخلص منه بالمقارنة بالأدلة التقليدية، فالمعلومات التي يتم تخزينها في وسائط التخزين الثابتة والمتحركة من الصعوبة التخلص منها نهائياً حتى وإن تم محوها أو مسحها من خلال أنظمة التشغيل، فبرامج التشغيل تحتفظ بالمعلومات التي تم حذفها في نظام التشغيل ويمكن استرجاعها بواسطة استخدام بعض البرامج الفنية^(١)، ومن الأمثلة على ذلك ما حدث في قضية إيران - كوترا التي كانت من أولى القضايا التي أبرزت هذه الخاصية في الدليل الرقمي، حيث أدرك أحد المسؤولين في الحكومة الأمريكية وهو (مستشار الأمن القومي) عدم وجود اتزان في مقارنة الدليل الورقي بالدليل الرقمي، فالدليل الورقي يمكن التخلص منه بتمزيق الورقة التي تحمله في حين أن الدليل الرقمي يمكن استرجاعه حتى ولو تعرض للإزالة^(٢)، ففي هذه القضية تمكنت الإدارة من استعادة البيانات من خلال استرجاع نظام الحفظ BACKUP للبريد الإلكتروني، فتبين تورط بعض المسؤولين بمكتب الرئيس الأمريكي^(٣).

رابعاً- الدليل الرقمي دليل متنوع ومتطور:

إن مصطلح الدليل الإلكتروني أو الرقمي يشمل كافة أنواع وأشكال البيانات الرقمية والتي من الممكن تداولها تقنياً بين وسائل تقنية المعلومات، بحيث تكون بين تلك البيانات وبين الجريمة المرتكبة رابطة معينة وتتصل من الجانب الآخر بالمجني عليه، كما يكون للجاني صلة بها، ومن ذلك تتضح خاصية أن الدليل الإلكتروني هو دليل متنوع، ولو كان الدليل متحد التكوين بلغة التقنية، وتعني هذه الخاصية من حيث التنوع أن الدليل الإلكتروني يمكن أن يظهر على هيئات مختلفة، فقد يكون غير مقروء

(١) د/ ممدوح عبد الحميد عبد المطلب - البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر الانترنت، ص ٨٩.

(٢) د/ عمر محمد أبو بكر بن يونس - الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، ص ٩٧٩.

(٣) عمر/ محمد أبو بكر بن يونس - المرجع السابق، ص ٩٨٢، ٩٨٣.

للأشخاص مثلما هو الحال في المراقبة عبر الشبكات أو الخوادم التقنية للشبكات، وقد يكون مقروءاً ومفهوماً للأشخاص مثلما يكون عليه الدليل في صورة وثيقة أو صورة مخزنة بجهاز حاسب آلي أو في البريد الإلكتروني، أما خاصية الدليل الإلكتروني كدليل متطور فهي تفيد أنها تستخدم في جرائم مستحدثة، فجريمة النصب مثلاً يمكن ارتكابها بالطرق التقليدية التي تنتج أدلة مادية، وكذلك أصبح مع التقدم التكنولوجي من الممكن ارتكابها باستخدام التقنية سواء أكانت باستخدام جهاز حاسب آلي، أم أن يكون الحاسب الآلي محلاً لارتكاب جريمة النصب^(١) وهذا التطور في مجال الدليل الإلكتروني وتطور الجرائم معه، ومع التقدم المستمر في مجال التكنولوجيا، فإن ذلك قد يشكل عائقاً في الوصول للأدلة الإلكترونية والتي تفيد في اكتشاف الجريمة ومرتكبيها. لذا فإنه يكون من الواجب مواكبة التطور التقني، سواء من حيث الأجهزة المستحدثة أو البرامج التشغيلية والمستخدمه داخل هذه الأجهزة وبرامج الحصول على الأدلة الإلكترونية، إلى جانب الاطلاع على تلك التطورات والتحديثات المستمرة للأجهزة والبرامج، وهو ما يساعد على الكشف عن الأدلة الإلكترونية وإثبات الجريمة بطريقة أسهل وأسرع^(٢).

خامساً- الدليل الرقمي قابل للنسخ:

الأصل أنه عند إعداد نسخة من محتوى دليل معين فإن قوته لن تكون مثل قوة الأصل في حجية إثباته، سواء أكان في المجال الجنائي أم المدني، كما أن الأدلة التقليدية الأخرى على خلاف الدليل الإلكتروني، إذ لا يمكن الحصول على نسخ من تلك الأدلة لتقديمها كدليل بديلاً عن الأصل، فالمحرر المزور لا بد من مضاهاته مع الأصل عن طريق المستند المزور وليس نسخة له، إلا أن ذلك يختلف في مجال الدليل الإلكتروني فهو دليل يمكن استخراج نسخ منه مطابقة للأصل ويكون لتلك النسخة ذات القيمة العلمية للأصل^(٣)، فتعتبر هذه الخاصية ضماناً للحفاظ على الدليل من الفقد أو الحذف أو التغيير أو التلف، وذلك من خلال نسخ الدليل، النسخ تكون طبق الأصل ولها ذات الحجية الثبوتية، فالوثيقة المحفوظة على هيئة مستند في جهاز الحاسب الآلي يمكن نسخها بسهولة من الأصل وتقديم الملف المنسوخ كدليل إثبات دون الحاجة لتقديم الأصل، ويكون لتلك النسخة ذات القيمة العلمية والحجية التي يمتلكها الأصل.

(١) د. حازم محمد حنفي، المرجع السابق، ص ١٩-٢٠

(٢) مسعود بن حميد المعمري، الدليل الإلكتروني لإثبات الجريمة الإلكترونية - مجلة كلية القانون الكويتي

العالمية - أبحاث المؤتمر السنوي الدولي الخامس، ٩-١٠ مايو ٢٠١٨م، ص (٩١).

(٣) عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص ٦٤.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للدليل الرقمي

الطبيعة هي العملية التي تهدف أساساً إلى تحديد التكييف الخاص بمسألة ما أو موضوع ما، وذلك بهدف إدراجه ضمن الأشكال القانونية المعروفة أو النظريات المقبولة^(١) ولما كان الدليل الرقمي يتميز بطبيعة خاصة تميزه عن الأدلة الجنائية الأخرى، والبيئة التي يتواجد فيها كذلك وهي بيئة افتراضية غير مادية تختلف عن بيئة الأدلة المادية، إضافة إلى تعدد صور وأشكال الدليل الإلكتروني، أدت إلى الاختلاف والتساؤل حول موقع الدليل الرقمي من بين تقسيمات الأدلة الجنائية^(٢) وقد اختلفت آراء الفقه في هذا الشأن حول طبيعة الدليل الرقمي، ويمكن إجمال هذا الاختلاف في ثلاثة اتجاهات ونذكرها تفصيلاً فيما يلي:

الاتجاه الأول:

يرى أنصار هذا الاتجاه^(٣) أن الدليل الرقمي هو دليل مادي، حيث إنه يُشكل مرحلة متقدمة من الأدلة المادية الملموسة التي تدرك بالحواس، ويرى هذا الاتجاه أن الأدلة الرقمية بأنواعها ومختلف أشكالها سواء أكانت في شكل مخرجات ورقية أم غير ورقية هي أدلة مادية، حيث إنه يمكن استخراج المخرجات غير الورقية في شكل دعائم كالأشرطة الممغنطة أو الأقراص المغناطيسية أو أوراق، وبالتالي تصبح ذات طبيعة مادية، فإذا تم التحفظ على الحاسب الآلي أو القطع الصلبة التي تكونه، فإنها لا تعتبر أدلة إلكترونية وإنما أدلة مادية عادية، أما إذا كان التحفظ على قرص ممغنط ويحتوي على أرقام سرية لبطاقات ائتمان أو بريد إلكتروني، فهذه تعتبر أدلة إلكترونية حتى وإن كان التحفظ على القرص إلا أنه يعتبر البيئة التي يتواجد بها الدليل الإلكتروني، وذلك بسبب الطبيعة التي عليها الدليل الإلكتروني، مما يجعل من البيئة التي يتواجد فيها ذات أهمية، فبدون تلك البيئة لا يمكن التعويل على الدليل الإلكتروني في الإثبات، فلا يمكن الحكم استناداً إلى تقرير يؤكد وجود قرص متحفظ عليه يحتوي على ملفات محل الجريمة. بل لا بد من فتح القرص أمام القضاء والاطلاع عليه، ومن ثم تقدير ذلك الدليل وتحديد قيمته^(٤).

(١) حاتم أحمد محمد بطيخ، دور الإنترنت في الإثبات أمام القاضي الجنائي والإداري، ٢٠١٧، ص (٣٩٤).

(٢) د. مسعود بن حميد المعمري، المرجع السابق، ص (١٩٤).

(٣) د. حازم محمد حنفي، الدليل الإلكتروني ودوره في المجال الجنائي، مرجع سابق، ص ١٥.

(٤) د. حازم محمد حنفي، المرجع السابق، ص ١٥.

ويرى أنصار هذا الرأي كذلك أنه ليس لزاماً لمس الدليل باليد وإنما يكفي إدراكه بالنظر أو السمع عن طريق شاشة الجهاز كملفات الكتابة (word) أو الأفلام والمقاطع المرئية (video)، لاعتبار الدليل الإلكتروني من الأدلة المادية. وقد تم الرد على هذا الاتجاه بأن هناك حالات من الأدلة لا تعد دليلاً مادياً مثل الأدلة المستمدة من الوسائل التي تمس سلامة جسم الإنسان كجهاز كشف الكذب والتنويم المغناطيسي، وكذلك الوسائل السمعية والبصرية التي يترتب على استخدامها تعد على الحياة الخاصة للإنسان مثل كاميرات المراقبة وأجهزة التنصت^(١).

الاتجاه الثاني؛

يرى أنصار هذا الرأي أن الأدلة الإلكترونية هي أدلة معنوية، فهي أدلة غير ملموسة، لذا فالدليل الإلكتروني وفق هذا الاتجاه عبارة عن مجالات مغناطيسية أو كهربائية. الأمر الذي يترتب عليه أن إخراج الدليل الإلكتروني في شكل مادي ملموس لا يدل على أن المخرجات في الدليل، وإنما هي عملية نقل تلك المجالات من طبيعتها التقنية والرقمية إلى هيئة يمكن الاستدلال بها على معلومة معينة^(٢).

ويرى أنصار هذا الرأي كذلك أن فهم مضمون الدليل الإلكتروني يعتمد على استخدام أجهزة تقنية خاصة لتحليل محتوى الدليل، وأن ما لا يمكن تحليله وفهم محتواه لا يعتبر ضمن الأدلة الإلكترونية وذلك لعدم إمكانية الاستدلال به على معلومة معينة، مما يلغي قيمته في إثبات الجريمة ومعرفة مرتكبها.

الاتجاه الثالث؛

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن الدليل الإلكتروني هو نوع متميز ومختلف من وسائل الإثبات، ويتضمن مواصفات وخصائص تميزه عن الأدلة الجنائية الأخرى، مما يؤهل الأدلة الإلكترونية لتكون إضافة للأدلة الجنائية الأخرى المادية والمعنوية والقولية والفنية لما تتمتع به من خصائص تميزها أن تكون تحت مظلة أحد أنواع الأدلة الجنائية السابقة^(٣).

(١) د. أحمد أبو القاسم - الدليل الجنائي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص، بحث منشور بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب الرياض ١٩٩١م، ص ١٧.

(٢) د. أحمد يوسف الطحطاوي الأدلة الإلكترونية ودورها في الإثبات الجنائي: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠١٥، ص ١٤.

(٣) د. محمد الأمين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، الطبعة الأولى جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤، ص ٢٣٤.

ونحن نؤيد الاتجاه الثالث القائل بأن الدليل الرقمي يشكل نوعاً مستقلاً من وسائل الإثبات الجنائي، لامتلاكه مواصفات تميزه عن الأدلة الجنائية الأخرى، كون ما ذهب إليه الاتجاه لأول القائل بأن الأدلة الرقمية تعد أدلة مادية فمردود عليه بأن تحويل البيانات إلى صورة مادية (طباعة - إيميل) لا يغير طبيعتها الأصلية - كما أن قيمته الإثباتية تكمن في المحتوى الرقمي لا في الورق - وما ذهب إليه أنصار الاتجاه الثاني تحت مسمى أن الدليل الرقمي دليل معنوي فمردود عليه بأن الأدلة الرقمية تقوم على الإرادة البشرية (كالاعتراف) بينما الدليل الرقمي ينتج بمعزل عن الإرادة (كسجلات الخوادم الآليه) مثل: بيانات الموقع الجغرافي (GPS) المسجلة تلقائياً في الهاتف لا تعبر عن إرادة صاحبها.

المطلب الثالث

أنواع الأدلة الجنائية التقليدية والرقمية

تمهيد:

إن الأدلة الجنائية هي الوسائل التي تُستخدم في التحقيقات الجنائية لإثبات وقوع الجريمة وتحديد هوية الجاني، وتتنوع هذه الأدلة لتشمل مجموعة واسعة من العناصر المادية والمعنوية، وتلعب دوراً حاسماً في تحقيق العدالة، وهنا سنتعرف على أنواع الأدلة الجنائية التقليدية والرقمية من خلال فرعي المطلب كالتالي:

الفرع الأول

أنواع الأدلة الجنائية التقليدية

إن تقديم الأدلة التي تدعم أو تنفي وجود جريمة معينة، وتساعد في توضيح الحقائق أمام السلطات القضائية، أجمع أغلب الفقه على تصنيفها إلى فئات أربع^(١):

١- الأدلة القانونية:

وهي تلك الأدلة التي حددها المشرع، وبين حالات استخدامها، وكذلك قيمة كل منها، ومدى حجيتها في الإثبات الجنائي.

(١) راجع في ذلك: د. محمد الأمين البشري، مرجع سابق، ص ١١٠، د. مسعود بن حميد المعمري، مرجع سابق، ص ١٩٤ وما بعدها؛ د. ميسون خلف الحمداني، علي محمد كاظم الموسوي، الدليل الرقمي وعلاقته بالمسار بالحق في الخصوصية المعلوماتية أثناء إثبات الجريمة، بحث مقدم إلى كلية الحقوق، جامعة النهريين: العراق، ٢٠١٦، ص ٢٣.

٢- الأدلة الفنية:

هي الأدلة التي تُستخلص من رأي خبير متخصص في مسألة فنية ما، يقوم على تقديره أو تقييمه لدليل مادي أو قولي معروض عليه، وذلك وفق معايير وأساليب ووسائل علمية معتمدة.

٣- الأدلة القولية:

هي الأدلة التي تُستخلص من أشخاص أدركوا بإحدى حواسهم معلومات لها قيمة في إثبات الواقعة ونسبتها إلى المتهم، مثل الاعتراف وشهادة الشهود.

٤- الأدلة المادية:

هي تلك الأدلة الناتجة عن عناصر مادية دالة على ذاتها، تؤثر في اقتناع الأجهزة القضائية بطريقة مباشرة، فهي أشياء مادية تُدرك بالحواس البشرية، دون أن يضاف إليها دليل آخر لإثبات الواقعة التي يثور الخلاف في تحديد وإدراك معناها.

الفرع الثاني

أنواع الأدلة الجنائية الرقمية

في الآونة الأخيرة ظهر نوع جديد من الأدلة الجنائية، تتمثل في الأدلة الرقمية وهذا النوع من الأدلة قد ظهر نتيجة التطور في استخدام تقنية المعلومات الرقمية في الحياة العامة، وسهولة الوصول إلى الانترنت، والتوسع في استخدام الحاسب الآلي، وتطور تقنيات الاتصالات والثورة المعلوماتية التي يشهدها العالم، حيث صارت أجهزة الحاسب الآلي وشبكات الاتصالات الرقمية مستودعاً ورافداً هاماً للمعلومات والبيانات، والتي ساهمت في دعم جهود التوصل إلى كشف الحقائق وسبر أغوار الجرائم، وتحقيق العدالة، جنباً إلى جنب مع ما أدت إليه من ظهور أنواع جديدة من الجرائم المعلوماتية والالكترونية، والتي تعتمد على ذات التقنيات سواء في ارتكاب الجرائم، أو اختراع الأساليب المتعلقة بالهروب من المسؤولية عنها، وتتعدد أنواع الأدلة الجنائية الرقمية كالتالي:

أولاً: أنواع الأدلة الرقمية حسب النشأة^(١):

١- أدلة معدة لتكون وسيلة للإثبات:

وهذه الأدلة تكون عبارة عن مخرجات للحاسب الآلي أو ملحقاته، أو لشبكات المعلومات أو ما في حكمها، وهي تنشأ نتيجة تعامل الإنسان معها، وعادة ما يكون له دور في إنشائها، وتكون بهدف إثبات واقعة معينة، أو إثبات ارتباطها بشخص ما، وبالتالي فإن هذا النوع من الأدلة الرقمية يمكن إجمالها فيما يلي^(٢):

- السجلات التي تم إنشاؤها بواسطة الآلة تلقائياً، وتعتبر هذه السجلات من مخرجات الأدلة التي لم يسهم الإنسان في إنشائها مثل سجلات الهاتف وفواتير أجهزة الحاسب الآلي^(٣).

- السجلات التي جزء منها تم حفظه بالإدخال وجزء يتم إنشاؤه بواسطة الآلة ومن أمثلة ذلك البيانات التي يتم إدخالها إلى الآلة وتتم معالجتها من خلال برامج خاصة كإجراء العمليات الحسابية على تلك البيانات.

٢- أدلة غير معدة لتكون وسيلة للإثبات^(٤):

وهذه الأدلة تكون عبارة عن بيانات ينشئها النظام بشكل تلقائي عند كل تعامل يجري معه، حيث تسجل فيه أطراف الرسالة، وتاريخها، وجهة إصدارها وحجمها، وكذلك نوع الخدمة التي تدور حولها وبالطبع بيانات مقدمها فهي بيانات تنشأ بطريقة آلية نتيجة تعامل الإنسان معها، ويكون مصدر إنشائها الحاسب الآلي أو الجهاز الرقمي دون تدخل من الإنسان، وهي ما يطلق عليها الأثار الرقمية أو البصمة الرقمية، وقد أطلق عليه المشرع المصري في المادة الأولى من قانون مكافحة جرائم المعلومات مصطلح "حركة الاتصال" أو "بيانات المرور"، وهي عبارة عن معلومات تتعلق بمصدر الاتصال، وجهته، والوجهة المرسل منها، والمرسل إليه، والطريق الذي سلكه وساعته، وتاريخه وحجمه ومدته، ونوع

(١) راجع: د. علي محمود إبراهيم أحمد، الأدلة الرقمية وحجبتها في إثبات الجريمة الإلكترونية، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسبوط، العدد ٣٢، مصر، ٢٠٢٠م، ص ١٠٨٨ وما بعدها.

(٢) د. يسري بهاء الدين الجاسم، حجية الأدلة الرقمية، لم يذكر دار النشر- وسنة النشر. ص ١٧٦ و١٧٧

(٣) د. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، زبيدة محمد قاسم، عبد الله عبد العزيز، نموذج مقترح لقواعد الدليل الرقمي للإثبات في الجرائم الكمبيوتر، منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية، نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة التجارة والصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢/٥/٢٠٠٣م، ص (٢٢٣٨).

(٤) د. مسعود حميد المعمرى، مرجع سابق ص ٢٠٣ وما بعدها.

الخدمة. ويسمى هذا النوع من الأدلة بالبصمة الرقمية^(١).

ثانياً: أنواع الأدلة الرقمية حسب المصدر^(٢)؛

١- الأدلة الرقمية الخاصة بأجهزة الحاسب الآلي وشبكاتها:

وهذه الأدلة تكون مخزنة على الأجزاء الصلبة للحاسب الآلي عادة، أو على وسائط التخزين المتعلقة بالشبكات المعلوماتية.

٢- الأدلة الرقمية الخاصة بالشبكة الدولية للمعلومات وهي شبكة عالمية (WWW):

تتكون من مجموع أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها، وكذلك مجموعة الشبكات المحلية، سواء أكانت محدودة أو موسعة، وذلك من أجل التشارك وتبادل المعلومات بين مستخدميها.

٣- الأدلة الرقمية الخاصة ببروتوكولات تبادل المعلومات بين الشبكة الدولية للمعلومات أو ما يطلق عليها بروتوكول التحكم في نقل البيانات وبروتوكول الإنترنت.

ثالثاً: أنواع الأدلة الرقمية حسب الشكل^(٣)؛

١- الصور الرقمية Digital image:

وهي ملفات تأتي بأحجام وتنسيقات مختلفة، ويمكن فتحها على شاشات الأجهزة الرقمية، ويمكن أن تكون هذه الصور بلون واحد أو أكثر، وتمثل الصورة الرقمية لتظهر ثنائية البعد على أجهزة العرض، وذلك عن طريق برامج خاصة تكون قادرة على عرض الصور على الشاشات، هذه البرامج تعرف باسم «مستعرضات الصور»، وهذه المستعرضات تكون قادرة على فتح واستعراض الصور الرقمية بصيغها المختلفة، وهناك مستعرضات صور خاصة بتنسيقات معينة فقط. وتعتبر الصور الرقمية غير ملموسة، لكن معظم

(١) حيث تم الاعتماد في ضبط هذا النوع من الأدلة على ما يعرف بروتوكول IP والذي يمكن من ضبط تحركات مستخدم الشبكة تحديد الجهاز الذي يستعمله من خلال بيانات الجهاز عند مزود الخدمة. راجع في ذلك: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الرقمي والتزوير، في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دراسة معمقة في جرائم الحاسوب الآلي والإنترنت، بهجات للطباعة، والتجليد، مصر، ٢٠٠٩م، ص (١٠٨ - ١٠٩).

(٢) د. ميسون خلف الحمداني، مرجع سابق، ص (١٢).

(٣) د. علي محمود إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ١٠٩٠ وما بعدها.

تنسيقاتها يمكن أن تُطبع بواسطة أنواع مختلفة من الطابعات، ويمكن تبادل الصور الرقمية ونقلها بين معظم الأجهزة الالكترونية وهي عبارة عن تجسيد للحقائق المرئية^(١).

٢- الفيديوهات الرقمية (Digital video)؛

هي تمثيل لحركة الصور المرئية في شكل بيانات رقمية مشفرة، وهي عكس الفيديو العادي الذي يمثل حركة الصور المرئية بإشارات تناظرية وهي فيديوهات يتم تسجيلها بواسطة الأجهزة الرقمية، حيث تُعد الفيديوهات الرقمية الأساس في معظم التطبيقات الحديثة، مثل البث التلفزيوني، والأفلام، والألعاب، والتعليم الإلكتروني، والتواصل عبر الإنترنت.

٣- التسجيلات الصوتية؛

وهي التسجيلات الصوتية التي يتم تسجيلها بواسطة الأجهزة الرقمية، والفائدة الأساسية للصوت الرقمي هي تخزين واسترجاع وبث الإشارات من دون أي تدنٍ في مستوى جودة الصوت، كذلك فإن توزيع المواد الصوتية كملفات بيانات رقمية وليس كأشياء مادية (شرائط، أقراص، إلخ)، قد ساهمت بشكل ملحوظ في تخفيض تكاليف التوزيع.

٤- النصوص المكتوبة؛

هي النصوص التي تتم بواسطة الأجهزة الرقمية، أو بمعنى آخر، هي كل نص ينشر إلكترونياً، سواء كان على شبكة الإنترنت أو على أقراص مدمجة أو في شكل كتاب إلكتروني، ويقصد بعملية ترقيم النص تحويل النص المكتوب المطبوع أو المخطوط من صيغته الورقية إلى صيغته الرقمية، ليصبح قابلاً للمعينة على شاشة الحاسب الآلي.

رابعاً: أنواع الأدلة الرقمية حسب التركيب (البساطة / التعقيد)^(٢)؛

١- التسجيل الرقمي البسيط؛

وهو التسجيل الذي يظهر أمراً قد حدث في الواقع المادي، أي أن له شكلاً مادياً ملموساً، كالصور الرقمية أو الفيديوهات أو التسجيلات الصوتية، بحيث يتم تحويل هذا التسجيل الرقمي إلى شكله المادي مرة أخرى بواسطة مخرجات الحاسب الآلي،

(١) آمال بهنوس، مرجع سابق، ص، ١٧٨ و ١٧٩.

(٢) د. يسري بهاء الدين الجاسم، مرجع سابق، ص ١٧٨.

كالطباعة الورقية للنصوص الرقمية، أو استخدام معالجات النصوص لمشاهدتها على شاشة الحاسب، أو إظهار الصورة الرقمية أو الفيديو الرقمي على شاشة الحاسب الآلي، أو الاستماع للتسجيلات الرقمية بواسطة البرامج المخصصة لذلك.

٢- التسجيل الرقمي المركب:

أو ما يطلق عليه سلسلة التسجيلات الرقمية، وهنا يكون الدليل سلسلة من التسجيلات الرقمية المرتبطة ببعضها البعض، كالتوقيع الرقمي الذي يتم التثبت من مصداقيته من خلال علاقات رياضية معينة، ويكون مرتبطاً بالمصدر لهذا التوقيع، وعلى العكس من التسجيل الرقمي البسيط، الذي يكون قابلاً للتلاعب به ومحوه، فإن التسجيل الرقمي المركب يتمتع بدرجة مصداقية أكبر، حيث يمكن التأكد من صحته بشكل أيسر من التسجيل الرقمي البسيط.

المبحث الثاني وسائل الحصول على الدليل الجنائي الرقمي

والتحديات المرتبطة به، وآليات التعامل معه

تمهيد:

أدى التوسع التقني المتسارع إلى بروز الدليل الجنائي كوسيلة محورية في كشف الجرائم المعاصرة، لا سيما تلك التي ترتكب عبر الوسائط الإلكترونية. ونظراً لطبيعته الرقمية، فإن الحصول على هذا الدليل يقتضي اتباع وسائل فنية وقانونية دقيقة تختلف عن تلك المطبقة على الأدلة التقليدية. كما أنه يواجه عدداً من التحديات العملية والفنية مثل صعوبة الوصول إليه، واحتمالية تلفه أو التلاعب به، ما يستدعي وجود منهجية واضحة في التعامل معه، منذ لحظة جمعه وحتى تقديمه أمام الجهات القضائية. وبناءً عليه: يتناول هذا المبحث ثلاثة مطالب رئيسية على النحو الآتي:

المطلب الأول

وسائل الحصول على الدليل الجنائي الرقمي

يتطلب الحصول على الدليل الجنائي الرقمي اتباع اجراءات معينة تنقسم إلى إجراءات تقليدية وأخرى حديثة، وهو ما سنتناوله في الفروع التالية:

الفرع الأول

الوسائل التقليدية

تنصب هذه الوسائل لجمع الدليل الإلكتروني في المعاينة، التفتيش والضبط، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً - المعاينة:

١- يقصد بالمعاينة: فحص مكان الشيء أو شخص له علاقة بالجريمة^(١).
وكما عرفها جانب من الفقه بأنها عبارة عن رؤية بالعين لمكان أو شخص أو شيء لإثبات حالته، وضبط كل ما يلزم لكشف الحقيقة^(٢) والمعاينة في علم التحقيق الجنائي عبارة عن مشاهدة المكان الذي ارتكبت فيه الجريمة وعمل وصف شامل له، سواء بالكتابة أو بالرسم التخطيطي أو بالتصوير لإثبات حالته بالکیفیه التي تركها الجاني^(٣)، ومن خلال التعريف نجد أن المعاينة تعتبر أهم إجراء من إجراءات التحقيق عن كيفية ارتكاب الجرائم، وكما تقدم للمتحقق صورة حقيقة عن مكان وقوع الجريمة.

٢- إجراءات المعاينة في البيئة الرقمية:

تتم المعاينة التقنية في البيئة الرقمية من خلال انتقال مأمور الضبط القضائي المختص إلى محل الدليل الرقمي والذي يوجد مكانه في جهاز الحاسوب، أو الهاتف النقال، أو أية آلة رقمية أخرى، وتحديدًا إلى محل تلك البيانات الرقمية المخزنة في ذاكرة الآلة الإلكترونية مهما كان نوعها^(٤).

لنجاح المعاينة في مسرح الجريمة ولكي تكون لها فائدة في الكشف عن ملامسات الجريمة، يتعين مراعاة العديد من الإجراءات وهي:

- العمل على تصوير جهاز الحاسوب الآلي، وكل ما يتصل به من أجهزة طرفية ومحتويات الذي بواسطته ارتكبت الجريمة.
- الاستعانة عند الضرورة بأهل الخبرة.
- الحفاظ على محتويات سلة المهملات، والعمل على فحص الأوراق والشرائط والأقراص الممغنطة المتواجدة فيها^(٥).

(١) علي عدنان الفيل، إجراءات التحري وجمع الأدلة والتحقيق الابتدائي في الجريمة المعلوماتية، دار الكتب والوثائق القومية، العراق، ٢٠١٢م، ص (٣٢).

(٢) أبو عناد فاطمة زهرة، مكافحة الجريمة الإلكترونية في التشريع الجزائري، مجلة الندوة الدراسية للقانون، العدد الأول، جامعة الجلالي اليابس، سيدي بالعباسي، ٢٠١٣م، ص (٦٧).

(٣) طاهري عبد المطلب، الإثبات الجنائي للأدلة الرقمية، مذكرة لنيل شهادة المستر في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه مسيله، ٢٠١٥م، ص (٣٥).

(٤) عائشة بن قارة مصطفى، مرجع سابق، ص (٨٦).

(٥) عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق ص (٨٧).

ثانياً: التفتيش في البيئة الرقمية^(١)؛

يقصد بالتفتيش بأنه: أحد إجراءات التحقيق التي تهدف إلى ضبط أدلة الجريمة موضوع التحقيق وجمع ما يفيد الكشف على الحقيقة^(٢).

وهنا نستنتج أن التفتيش يعد من أهم وأخطر إجراءات التحقيق كونها تمس الحرية الشخصية للفرد، فهو يهدف إلى تنقيب ذات الشخص، أو تفتيش أمتعته، أو رسائله، أو مسكنة وجميع هذه الأمور تعد بطبيعتها من قبيل الأسرار الخاصة بالفرد^(٣).

ولقد وضع نظام الإجراءات الجزائية اليمني ذلك فنص في المادة (١٣١) على (للأشخاص والمسكن والمراسلات البريدية والمحادثة السلكية واللاسلكية والمحادثات الشخصية حرمة. وحرمة المسكن تشمل كل مكان مسور أو محاط بأي حاجز متى كان مستعملاً أو معداً للمأوى أو لحفظ الأشياء وحرمة المراسلات تمنع من الاطلاع عليها أثناء نقلها أو انتقالها من شخص إلى آخر بريدياً كانت أم هاتفية).

واستناداً لما سبق فإن التفتيش يعد أحد الإجراءات البدائية التي يقوم بها المحقق من أجل ضبط كل ما هو متعلق بالجريمة من الأشياء المادية، للكشف عن حقيقتها.

أما ما يخص التفتيش عن الأدلة الجنائية الرقمية فيمكن تعريفه بأنه «إجراء يسمح باستخدام الوسائل الإلكترونية لجمع الأدلة المخزنة، أو المسجلة بشكل إلكتروني في الحاسوب، أو الهاتف النقال، أو المزود الآلي للخدمة والملحقات التقنية، أو أية آلة رقمية أخرى»^(٤).

وعرفه البعض بأنه... (أحد إجراءات التحقيق التي تقوم بها السلطات ذات الاختصاص بهدف الدخول إلى أنظمة المعالجة الآلية للبيانات بكل ما تشمله من تخزين ومدخلات ومخرجات، وذلك من أجل البحث بداخلها عن أفعال مرتكبه غير مشروع، سواء كانت مخالقات أم جنائيات، من أجل الوصول إلى دليل مفيد في إثبات الجريمة)^(٥).

(١) علي عدنان الفيل، إجراءات التحري وجمع الأدلة، المرجع السابق، ص ٣٩.

(٢) سماح محمود، مشكلات التفتيش الجنائي عن المعلومات، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثامن، الجزائر، ٢٠١٧م، ص (٣٢٨).

(٣) منصور عبد السلام العجيل، الضوابط القانونية للإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية، المجلة القانونية، العدد العاشر، السودان، ص (٣٣٨٩).

(٤) أشرف قنديل عبد القادر، الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ١٢٩.

(٥) علي محمود إبراهيم أحمد، المرجع السابق، ص (١٠٩٣).

ومن هذا المنطلق فإن التفتيش عن الأدلة الجنائية الرقمية يستهدف التنقيب عن كل ما يصلح أن يكون دليلاً داخل أجهزة الحاسوب - مثل: ذاكرة الجهاز الرئيسية التي تقوم بتخزين النتائج والبيانات مؤقتاً، بالإضافة إلى وسائط التخزين مثل: الأقراص الصلبة والأقراص المرنة وأقراص الليزر والبطاقات المستعملة في أجهزة الحاسوب الآلي والمودم المسؤول عن اتصال الأجهزة بعضها البعض^(١).

ثالثاً: إجراءات الضبط:

يقع الضبط في البيئة الرقمية على أشياء ذات طبيعة معنوية كالبيانات، المراسلات والاتصالات الإلكترونية، وقد أثارَت مسألة ضبط هذه الأشياء جدلاً فقهيّاً واختلافاً تشريعياً واسعاً لا يزال متواصلاً لحد الساعة^(٢).

وهناك نوعان من إجراءات الضبط - تسمى الأولى: بإجراءات مبدئية تحفظية الهدف منها هو الحفاظ على البيانات المخزنة التي تكون لها أهميتها في التحقيق ببقائها في مكانها في النظام المعلوماتي للكمبيوتر أو في دعامة التخزين ومنع الوصول إليها أو إغائها أو التصرف فيها، وذلك للكشف عن مرتكبي الجريمة وسهولة إثباتها، الثانية: هي عبارة عن إجراءات لاحقة بالضبط ويقصد بها جميع البيانات سواء بأخذ دعامة تخزين المعلومات أو أخذ نسخة من البيانات المخزنة بها أو بالنظام المعلوماتي للكمبيوتر في ورق أو أقراص.

الفرع الثاني

الإجراءات الحديثة

مواكبة للتطورات التقنية والتكنولوجية المضطردة، سنت التشريعات الحالية إجراءات مستحدثة في سبيل الحصول على الدليل الرقمي، والتي سنبينها في الأجزاء الموالية.

١- التحفظ المعجل على البيانات المخزنة:

يعرفه الخبراء بأنه إجراء توجبه السلطة المختصة لمزودي الخدمات، ويتضمن الأمر بالتحفظ على البيانات المعلوماتية المخزنة في حوزته، أو تحت سيطرته في انتظار اتخاذ

(١) نادية سحتوت، التنظيم القانوني للجريمة المعلوماتية - أدلة إثبات الجريمة المعلوماتية -، مجلة دراسات وأبحاث، العدد الأول، الجزائر، ٢٠٠٩م، ص (٤٢، ٤٣).

(٢) عائشة بن قارة مصطفى، مرجع سابق، ص (١١٤).

إجراءات قانونية أخرى كالتفتيش، أو الأمر بتقديم بيانات معلوماتية^(١).

إذاً، طبقاً للتعريف السابق فإن هذا التحفظ يطبق على البيانات المخزنة التي سبق استخراجها وتجميعها والاحتفاظ بها عن طريق حائزي البيانات كمقدمي الخدمات، وبالتالي يعتبر هذا الإجراء المستحدث بمثابة أداة جديدة للتنقيب عن الدليل الرقمي وهذا بسبب قابلية البيانات المعلوماتية للتلاشي والتلاعب بها بسهولة بتغييرها، أو حذفها أو تحريفها، وهو ما قد يفقد الدليل الرقمي قيمته في الإثبات الجنائي، وبالتالي فإن هذا النوع من التحفظ يعد وسيلة للمحافظة على البيانات الإلكترونية التي يتضمنها الدليل الرقمي في حد ذاته^(٢).

٢- اعتراض الاتصالات الإلكترونية:

تعرف التشريعات الاتصالات الإلكترونية بأنها أي تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات، أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية.

من خلال هذا التعريف يمكن القول بأن الاتصالات الإلكترونية المخزنة تعد من قبيل البيانات الساكنة والتي تشمل ما يتم تداوله عبر البريد الإلكتروني من رسائل ومراسلات والرسائل الصوتية غير المفتوحة لدى مزود الخدمة، وتتعلق البيانات المعلوماتية محل الاعتراض بالبيانات المتعلقة بالمرور؛ أي تلك البيانات التي تعالج الاتصالات التي تمر عن طريق النظام المعلوماتي أي التي تعتبر عنصراً أساسياً في سلسلة الاتصالات الإلكترونية^(٣)، كما تكاد تتفق معظم التشريعات على حالات معينة يجوز فيها اللجوء إلى مراقبة الاتصالات الإلكترونية دون أن يكون في ذلك أي تعد على حق الخصوصية المعلوماتية المكفول دولياً ودستورياً، وهي كالتالي:

- للوقاية من الأفعال الموصوفة بأنها جرائم إرهاب، أو تخريب، أو الجرائم الماسة بأمن الدولة وجرائم المخدرات، والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية كجرائم تبييض الأموال، والمتاجرة بالبشر، والأعضاء البشرية، والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف،

(١) أشرف قنديل عبد القادر، المرجع السابق، ص (١٨٠).

(٢) وردة شرف الدين، الأحكام الإجرائية لمكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص المرتكبة بواسطة تقنية المعلومات، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بيسكرة، العدد السادس عشر، مارس ٢٠١٠م، ص ١٨٠.

(٣) أشرف قنديل عبد القادر، مرجع سابق، ص ١٨٤.

وجرائم الفساد^(١).

- في حالة توفر معلومات عن احتمال الاعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام، أو الدفاع الوطني، أو مؤسسات الدولة، أو الاقتصاد الوطني.
 - لمقتضيات التحريات والتحقيقات القضائية عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الخارجية دون اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية.
 - في إطار تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة^(٢).
- أما عن مشروعية اعتراض المراسلات الإلكترونية، فبالرغم من أنه يعتبر ماساً بحقوق الإنسان في سرية المحادثة الذي يعد انتهاكاً لحق دستوري، إلا أنه استثناء ولدواعي التحقيق والمصلحة العامة، فقد أجازت معظم التشريعات إجراءه على أن يتم وفق ضوابط محددة قانوناً والتي نوجزها فيما يلي:
- ضرورة الحصول على إذن من السلطة المختصة لاعتراض المراسلة الإلكترونية على أن يشمل الإذن المكتوب على العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب اعتراضها، والأماكن المقصودة، والجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذا التدبير.
 - تحديد المدة الزمنية لهذا التدبير والتي لا يجب أن تتجاوز مدة معينة، وقد تكون هذه الأخيرة قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري والتحقيق طبقاً للشروط الشكلية والموضوعية التي تنظم الإذن بإجراء الاعتراض.
 - أن يقوم أعوان الشرطة القضائية المتخصصة في مجال المواصلات السلوكية واللاسلكية بالتكفل بالجوانب التقنية لعمليات الاعتراض، وتحرير محضر يتعلق بالترتيبات التقنية المستعملة في عملية الاعتراض، مع تحديد تاريخ وساعة بداية هذه العملية وانتهائها، وفي حالة ما إذا كانت المحادثات بلغة أجنبية، فيمكن لهم الاستعانة بمترجم.
 - أن يقوم بإرفاق المحضر بنسخ من تلك المراسلات والمحادثات المسجلة والمقيدة في إظهار الحقيقة، ويودع كلاهما في ملف خاص يقدم للمصالح المختصة.

(١) عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٢٩٠-٢٩١.

(٢) ناني الحسن، التحقيق في الجرائم المتصلة بتكنولوجيا المعلومات بين النصوص التشريعية والنصوص التقنية، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، ٢٠١٨، ص ٨١.

المطلب الثاني

التحديات العملية والفنية المرتبطة بالدليل الجنائي الرقمي

تمهيد:

عل الرغم من الأهمية البالغة لهذه الأدلة في إثبات الجرائم وكشف الحقيقة فإن التعامل معها من سلطات التحقيق يواجه مجموعة من الصعوبات والتحديات، وبالتالي فإن فهم وتصنيف هذه الصعوبات ضرورة لتحقيق أفضل ممارسات في مجال استخدام الأدلة الرقمية، وتجاوز المعوقات التي تواجه سلطات التحقيق في سبيل تحقيق العدالة. سيتم مناقشة هذه الصعوبات والتحديات من خلال فرعين للمطلب كآتي:

الفرع الأول

الصعوبات والتحديات الفنية

هناك العديد من الصعوبات والتحديات الفنية، نوجز أهمها على النحو الآتي:

- ١- نقص الخبرة والمهارات الفنية لدى جهات التحقيق: حيث نجد أن نقص الخبرة لدى المحققين بالمستجدات الفنية يشكل عائقاً أمام جمعها وتحليلها، ولتجاوز هذه الصعوبات وجب تكوين وحدات خاصة لديها للإلمام الكافي بتقنيات الحاسب الآلي^(١)، غير أن البعض يرى أن هذا الحل غير كاف لتطوير وتكوين خبراء متخصصين في جمع الأدلة الرقمية بسبب الوقت الكبير الذي تستغرقه العملية^(٢)، وشح الإمكانيات التقنية على وجه الخصوص.
 - ٢- ضخامة البيانات المتعين فحصها: من بين الصعوبات التي تواجه الفنيين ورجال التحقيق في استخلاص الدليل الجنائي الرقمي - الكم الهائل من المعلومات والبيانات المراد فحصها وتحليلها^(٣) مما يوجب الاستعانة بالخبراء والفنيين^(٤).
- حيث أن تنوع الدليل الرقمي يشمل كافة أشكال وأنواع البيانات، ويمكن أن يظهر

(١) هشام محمد فريد، أصول التحقيق الجنائي الفني، بحوث القانون والكمبيوتر والانترنت، ط٣، المجلد ٢، جامعه الامارات، ٢٠٠٤، ص (١٠٩).

(٢) عبد الفتاح بيومي حجاز، مبادئ الإجراءات الجنائية في جرائم الكمبيوتر والانترنت، ط١، دار الفكر الجامعي مصر، ٢٠٠٦، ص (١٢٥).

(٣) ثنيان ناصر آل الثنيان، إثبات الجريمة الالكترونية، دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، (السعودية)، ٢٠١٢، ص (١٣١).

(٤) هشام محمد فريد، المرجع السابق، ص (٤٣١).

عليها كأن تكون البيانات غير مقروءة، وقد تكون بيانات غير مفهومة، كما يمكن أن تكون صورة ثابتة أو متحركة، أو يكون مخزناً في البريد الإلكتروني، ويعد هذا المفهوم تعبيراً عن اتساع قاعدة الدليل الرقمي، إذ يمكن لهذه البيانات الرقمية سواء كانت منفردة أو مجتمعة أن تكون دليل براءة أو إدانة هذا المتهم^(١)، وهنا تكمن صعوبة البحث والتحري عن الجرائم لاستخلاص الدليل الرقمي الذي يحتاج لأفراد متخصصين في مجال تقنية المعلومات، فضلاً عن صعوبة اقتناع القاضي الجزائي به.

٣- إعاقة الوصول إلى الدليل: يضع الجناة في بعض الحالات عقبات فنية لمنع كشف الجريمة وضبط أدلتها باستخدام تقنيات التشفير^(٢) أو كلمة السر، وذلك بقصد حجب المعلومات ومنع الغير بما فيهم أجهزة الرقابة من الوصول غير المشروع إلى البيانات والمعلومات المخزنة، وقد أثبتت التحقيقات في بعض الجرائم بألمانيا وجود صعوبات تواجه البعض من هذه التحقيقات نتيجة استخدام مرتكبي هذه الجرائم لتقنيات خاصة كالتشفير والترميز لإعاقة الوصول إلى الأدلة التي تدينهم^(٣). وما يزيد الأمر تأزماً هو عدم معرفة المحقق الجنائي لكلمة السر أو شفرات المرور أو شفرات ترميز البيانات وما يقابله من حق المشتبه به في الصمت وعدم الكشف عن هذه الشفرات تطبيقاً لمبدأ عدم اتهام الشخص لنفسه^(٤).

٤- صعوبة فهم الدليل المتحصل من الوسائل الإلكترونية: تثير الطبيعة غير المادية للبيانات المخزنة بالحاسب الآلي العديد من المشاكل في الإثبات الجنائي، وبما أن طبيعة هذه البيانات لا تخلف وراءها آثاراً ملموسة، حيث أن الدليل الرقمي دليل غير مرئي: فهو عبارة عن نبضات إلكترونية، لا تفصح عن شخصية معينة

(١) نعيم سعيداني، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج الأخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠١٣م، ص ١٢٤.

(٢) التشفير يعني: مناهج لحفظ البيانات من خلال لوغاريتمات أو خوارزميات بحث لا يمكن لشخص ثالث قراءتها.

(٣) حسن ظاهر دواد، جرائم نظم المعلومات، أكاديمية نائف العربية للعلوم الأمنية، ط ١، الرياض، ٢٠٠٠م، ص (٢٣٣ - ٢٣٤).

(٤) نص المشرع اليمني في المادة (١٧٨) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه لا يجوز تحليف المتهم اليمين الشرعية ولا إجباره على الإجابة ولا يعتبر امتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة ضده، كما لا يجوز التحايل أو استخدام العنف أو الضغط بأي وسيلة من وسائل الإكراه لحمله على الاعتراف.

وهذه المشكلة تظهر بصفة جلية على شبكة الانترنت حيث تسمح لمستخدميها الاتصال بدون الكشف عن أسمائهم الحقيقية، فضلاً عن ذلك يمكن التلاعب بالدليل الرقمي مما يقطع بين المجرم وجريمته ويحول دون كشف شخصيته وبالتالي يشكل هذا الدليل عائقاً أمام رجال التحري والتحقيق، وهذا يزيد من صعوبة عمل المحققين، لذا فالأمر يحتاج إلى خبرة فنية ومقدرة على معالجة المعلومات والبيانات.

وقد تنبّهت العديد من الدول العربية لهذه التحديات ومنها الجزائر التي قامت بإنشاء المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام تحت وصاية القيادة العامة للدرك الوطني، بموجب المرسوم الرئاسي رقم (١٨٣ - ٠٤) المؤرخ في ٢٦/٠٦/٢٠٠٤م وقد نصت المادة (٤) على العديد من المهام الموكلة إلى هذا المعهد أهمها إجراء الخبرات والفحوص العلمية بناء على طلب من القضاة والمحققين أو السلطات المؤهلة بالإضافة إلى المساعدات التقنية أو الفنية الرامية إلى تحقيق وتحليل الأشياء والآثار والوثائق المأخوذة من مسرح الجريمة، ويحتوي هذا المعهد على قسم الإعلام الآلي الذي يختص بالتحقيق من خلال جمع الأدلة الجنائية الرقمية وتحليلها.

الفرع الثاني

الصعوبات والتحديات المادية

تواجه سلطات التحقيق وخبراء الأدلة الرقمية العديد من الصعوبات والتحديات المادية، ويمكن تلخيص أهمها على النحو الآتي:

- ١- ارتفاع تكاليف جمع الأدلة: يحتاج جمع الأدلة الرقمية إلى تدريب مستمر لسلطات التحقيق والخبراء على استخدام الأدوات الحديثة وفهم التقنيات الجديدة، وإجراءات العمل المتخصصة، بالإضافة إلى توظيف الكفاءات الماهرة، وهو ما يضيف أعباء مالية كبيرة على الجهات المعنية، بالإضافة إلى أن عملية التفتيش والفحص على الأدلة تتطلب التعامل مع آلاف الصفحات أو الملفات خصوصاً عندما لا تثبت تلك الصفحات شيئاً^(١)، مما يزيد من الوقت والجهد والتكاليف اللازمة لضمان جمع الأدلة بشكل صحيح وموثوق، إن ارتفاع

(١) يوسف جفال، التحقيق في الجريمة الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ٢٠١٦/٢٠١٧م ص ٤١-٤٢.

تكاليف الأدوات والتقنيات المتخصصة، كون تحليل الأدلة الرقمية يتطلب استخدام برامج وأجهزة متخصصة مثل أدوات استعادة البيانات^(١)، وبرامج فك الشفرات^(٢)، وأنظمة تحليل القرص الصلب، هذه الأدوات تكون مكلفة وتتطلب تحديثات مستمرة لمواكبة التطورات التكنولوجية.

الجديد بالذكر: أن الدليل الرقمي يمكن تعديله وإضافة عليه أو حتى التلاعب به، مما يجعلنا أمام نوع من الأدلة محتاجة للفحص والتيقن من أصله ثم من محتواه ثم من دلالاته^(٣). وهو ما يتطلب استخدام برامج وأجهزة عالية الأداء، وبتكاليف باهظة.

٢- تحديات تخزين الأدلة الرقمية وحمايتها: يتسم الدليل الرقمي بأنه دليل قابل لتعدد نسخه - فيمكن تكراره ونسخه بشكل عدة صور متطابقة مما يصعب إزالته بالكلية أو حذفه، مما يعطي ميزة الديمومة بخلاف الأدلة الحسية الأخرى^(٤) وبالتالي فإننا بحاجة إلى مساحة تخزين ضخمة، وأنظمة حماية متطورة لضمان حفظ الأدلة بشكل آمن وفعال، وهذه الأدوات مكلفة.

المطلب الثالث

منهجية وآليات التعامل مع الدليل الجنائي الرقمي

لقد تم تطوير العديد من المنهجيات للتعامل مع الأدلة الرقمية التي كانت تحرص على خدمة عملية التحقيق وإرشادها، ولم تكن شرطاً إجبارياً عليها، ومن المعروف أن عمليات التحقيق تختلف باختلاف الواقعة قيد البحث، لذلك كان لا بد لهذه المنهجيات، أن تكون عامة وقابلة للتطبيق على مختلف القضايا الإلكترونية.

لقد تم دراسة هذه المنهجيات ومقارنتها بشكل مفصل بدراسات سابقة^(٥) وقد اقترح

(١) يمتاز الدليل الرقمي عن باقي الأدلة التقليدية بإمكانية استعادته واسترجاعه بعد محوها وإصلاحها بعد إتلافها، من خلال البرامج الحاسوبية التي تكون وظيفتها استعادة البيانات التي تم حذفها أو إلغاؤها - فإذا تم حذف الدليل الموجود على القرص الصلب عن طريق الأمر delete فيمكن استرجاع المعلومات التي حذفت باستخدام الأمر format.

(٢) حيث أن استخدام البرامج والأداة المناسبة يساعدنا في الحصول على الدليل الرقمي.

(٣) يسري بهاء الدين الحاسم، المرجع السابق، ص ١٧٩.

(٤) يوسف جفال، المرجع السابق، ص ٤٢.

(٥) Eoghan Casey- Susan W. Brenner (2011). Digital evidence and computer crime page 189 figure 6-1-

كاسي في ختام دراسته النموذجية كما في الشكل رقم (١)، وعليه سنكتفي هنا بذكر الخطوات المشتركة بين هذه المنهجيات، وسيتم لاحقاً عرض منهجية (تأمين، تحليل، عرض)^(١) التي تلخص أهم الخطوات الضرورية للتعامل مع الدليل الرقمي.

أولاً: تشترك هذه المنهجيات المختلفة في المراحل التالية:

- ١- التحضير
- ٢- المسح والتحديد
- ٣- الحفظ
- ٤- الفحص والتحليل
- ٥- العرض



شكل رقم (١) نموذج كاسي المقترح للتحقيق الالكتروني^(٢):

(١) Alexander Geschonneck-2011. Page 68

(٢) Eoghan Casey- Susan W. Brenner (2011). Digital evidence and computer crime – page 193

ثانياً: منهجية (تأمين، تحليل، عرض)^(١) :

تتميز هذه المنهجية من بين المنهجيات السابقة بالبساطة والعموم، ما يجعل تطبيقها من الناحية العلمية أمراً يسيراً، وتكمن هذه المنهجية بسبب قيمها على ثلاث خطوات واضحة أثناء عملية التحقيق. حيث تقوم منهجية (S - A - P) على ثلاث مراحل في التعامل مع الدليل: وهي:

١- توثيق الدليل الرقمي وتأمينه.

٢- تحليل الدليل الرقمي.

٣- عرض الدليل الرقمي.

أولاً: توثيق الدليل الرقمي وتأمينه:

يعتبر التوثيق من المراحل الدقيقة والمهمة في كل خطوة من خطوات جمع الدليل وتحليله، وهناك طرق عدة للقيام بالتوثيق، لعل من أهمها وأنجعها الطريقة التقليدية باستخدام الورق والقلم، حيث أنه يصعب تزويرها كما هو الحال في الملفات الإلكترونية، وهناك بعض البرمجيات الخاصة التي تساعد في عملية التوثيق، لكن من الضرورة توثيق استخدامها أيضاً، كما يتم استخدام التصوير وتسجيلات الفيديو في عملية التوثيق.

يمكن الجمع بين الوسائل السابقة، ولكن لا بد من التوقيع على كل صفحة وملف، وإعطاء أرقام تسلسلية لها أثناء عملية التوثيق من أجل ضمان المصادقية، ويشترط العرض وجود شهود أثناء عملية التوثيق هذه، وضرورة توقيع الشهود عليها جميعاً.

وتكمن أهمية التوثيق لكل مرحلة من ضرورة فهم الآخرين لما تم أثناء عملية جمع الأدلة ومعالجتها، إضافة إلى بيان وعرض كيف يمكن إنتاج هذه المستخلصات مرة أخرى، وبالعادة يتم وضع بروتكول يمكن الخبراء الذي سيعاينون النتائج لاحقاً من متابعة الخطوات المدونة به والنتائج المتوقعة لكل خطوة.

تبدأ هنا مرحلة التحضير لعملية الجمع، حيث توضع الأهداف لما يراد جمعه ودراسته، ويتم وصف علميه الجمع بشكل دقيق، بحيث لا يتم إهمال أوضاع عنصر من عناصر الدليل، كذلك يتم التركيز على موضوع الخصوصية للبيانات التي يتم جمعها، حيث لا بد من مراعاة القوانين والإجراءات المتعلقة بخصوصية الأفراد.

إن عدم اتباع هذه المعايير في هذه المرحلة يجعل الدليل بأكمله في موضع شك،

(١) Secure- Analyze- Present.

ويتم بعد ذلك حفظ الدليل من خلال سلسلة من الخطوات المعيارية، يتم التأكد من خلالها أن الدليل لا يمكن تغييره بعد الآن. وكذلك يتم حفظ وحماية البيئة التي تحتضن الدليل لمنع التدخل إليه أو الاتصال به من خلال حماية فيزيائية، باستخدام القاصة مثلاً، كذلك استخدام أدوات حماية الشبكات التي تمنع الوصول لهذه الإجراءات والأدلة، وتتم هنا تعبئة نماذج خاصة بكل دليل ومكان وجوده، كما يتم كذلك التفريق بين الدليل الذي يتم حفظه في حالة أن الأجهزة كانت في حالة عمل أو كانت معلقة.

ثانياً: تحليل الدليل الرقمي:

من الضرورة في هذه المرحلة بدء العمل على نسخة طبق الأصل من الدليل، وليس النسخة الأصلية التي تبقى للمراجعة فيما بعد، حيث تبدأ هذه المرحلة بفصل البيانات غير الضرورية لعلمية التفتيش، وذلك لوجود أعداد ضخمة من الموارد في الأجهزة المتحفظ عليها، التي تحتاج دراستها واحدة تلو الأخرى إلى عشرات السنين إن فحصت جميعها، ويتم في البداية فصل ما هو ضروري عما هو غير ضروري للقضية موضوع البحث، كذلك يتم الفصل حسب أماكن تواجد الأدلة تبعاً لطبيعية القضية قيد البحث، فمثلاً إن كان البحث يقتضي إيجاد صور تحتوي على مواد ممنوعة يتم التركيز فقط على الملفات من نوع صورة، ويتم استثناء غيرها.

يبين الجدول التالي موضوع البحث التقليدي وأنواع الملفات والأدلة التي يتم تحريها لجريمة غسيل وتزوير أموال تم استخدام الحواسيب من قبل المتهمين بها.

جدول رقم (١) نطاق التفتيش للأدلة في جريمة غسيل وتزوير أموال:

٨	انتحال الشخصية	١	دفاتر العناوين
٩	سجلات الأول المالية	٢	التقويم
١٠	صور التوقيعات	٣	صور العملات
١١	سجلات نشاطات الانترنت	٤	صور الشيكات والأموال
١٢	برمجيات البنوك على الإنترنت	٥	معلومات العملاء
١٣	صور العملة المزيفة	٦	قواعد البيانات
١٤	سجلات البنوك	٧	رسائل البريد الالكترونية
١٥	أرقام بطاقات الانتماء		

تتم بعد ذلك عملية البحث عن الملفات التي تم حذفها من الأجهزة أو أجزاء منها وإعادة تركيبها، وتتم محاولة بناء فرضيات حول ما حصل من خلال هذه الملفات، حيث أن تاريخ الملف ومحتواه يساعدان في معرفة تسلسل الأحداث.

يتم بعد ذلك إجراء بعض التجارب على هذه الأدلة، ومعروف ما إذا تم إنتاجها من قبل نظام يعمل بشكل صحيح ومستقر أم أنه تم وضعها على النظام من خلال عملية الاختراق أو بفعل فايروس معين مثلاً، وهل تم استغلال ثغرة أمنية موجودة بالنظام أم تم إنتاج الدليل بطريقة معتمدة، وتتم مقارنة ما تم التنبؤ به بما تم إيجاده والوصول إلى التحليل الصحيح، ويتضح هنا أنه تم استخدام الطريقة العملية في البحث من مشاهدة، وتنبؤ واستنتاج من أجل الوصول إلى الفهم الصحيح حول حقيقة ما حصل.

ثالثاً: عرض الدليل الرقمي:

مرحلة العرض هي المرحلة النهائية في الإثبات أو النفي في الأدلة الرقمية التي تمت معالجتها في مرحلة التحقيق. ويتوقف نجاح هذه المرحلة بالدرجة الأولى على مصداقية الخبير الذي قام بهذه العملية في كيفية عرض الأدلة وثقته بما يعرض وعدم وجود تناقض أو غموض في شهادته، كذلك يلعب ملف التوثيق الذي قام بإعداده دوراً كبيراً، حيث يتم فحص مدى التزامه بالمهنة والدقة والقيام بالإجراءات المعروفة والمتفق عليها في هذا المجال. ولا بد من التركيز حين عرض الأدلة على الدقة ومخاطبة الآخرين حسب درجة معرفتهم التقنية، فمثلاً يتم تحضير وعرض دليل مفصل للخبراء التقنيين ومن يهتم بذلك، أما أمام القضاء والادعاء، فالابد من عرض النتائج والملخصات وسلسلة الإجراءات التي تمت في تحليل دون التعمق في التفاصيل الجزئية.

وعليه: يتضح أن الصعوبات التي تواجه الشاهد الخبير هو عدم وجود الخبرة التقنية للجمهور في المحكمة، على عكس ما تم توثيقه من أدلة تقنية تفصيلية، وكذلك إمكانية فحص عمله من قبل خبراء تقنيين آخرين يمكن أن يطعنوا في بعض الإجراءات التي قام بها أو أهمل بعضها.

المبحث الثالث

التنظيم القانوني للدليل الجنائي الرقمي

مع تطور التكنولوجيا وانتشار الجرائم الإلكترونية، أصبحت الأدلة الرقمية إحدى الوسائل الأساسية في إثبات الجرائم وتقديم مرتكبيها للعدالة، وأن قبول هذه الأدلة أمام القضاء الجنائي يثير تساؤلات عديدة تتعلق بشروطها القانونية ومشروعيتها، لا سيما في ظل طبيعتها الخاصة التي تجعلها عرضة للتلاعب والتزييف.

لذا فإن بيان القيمة القانونية للدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي يتطلب بيان مشروعية الدليل الإلكتروني في المسائل الجنائية، ومن ثم بيان حجية الدليل الإلكتروني في إثبات أو نفي الوقائع الجنائية، وبعد ذلك سنقوم ببيان موقف المشرع اليمني من الإثبات بالدليل الرقمي الجنائي، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب رئيسية، على النحو الآتي:

المطلب الأول

مشروعية الدليل الجنائي الرقمي

يقصد بالمشروعية التقييد بأحكام القانون والعمل في إطاره، بهدف تقرير ضمانات أساسية للأفراد لحماية حرياتهم وحقوقهم الشخصية ضد تعسف السلطة بالتعدي عليها في غير الحالات المسموح فيها بذلك. واعتباراً لذلك فالدليل الجنائي لا يكون سليماً ويقىنياً يعول عليه القضاء في أحكامه إلا إذا تحلى وتغلف بالمشروعية^(١).

ومع أن مسألة قبول الدليل الجنائي بشكل عام تعد الخطوة الأولى التي يتخذها القاضي تجاهه، وذلك بعد البحث عنه وقبل إخضاعه لتقديره، إلا أن سلطته في ذلك تتسع وتضيق حسب المبادئ التي تقوم عليها أنظمة الإثبات السائدة، فيما إذا كانت تنجح إلى تقييده، أم كانت تطلق حريته.

ومما لا شك فيه أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يستقيم عليه بنيان القانون الجنائي الموضوعي ينعكس على قواعد الإثبات الجنائي ويفرض خضوعها هي الأخرى لمبدأ الشرعية، والتي تستلزم عدم قبول أي دليل إلا إذا كان مشروعاً سواء في وجوده،

(١) هلالى عبد الإله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ١٠٤.

وهو ما سنتحدث عنه في الفرع الأول من هذا المطلب، أو في إجراءات ووسائل البحث والحصول عليه، وهو ما سنتحدث عنه في الفرع الثاني، وفقاً للبيان التالي:

الفرع الأول

مشروعية وجود الدليل الجنائي الرقمي

تقتضي مشروعية وجود الدليل الإلكتروني أن يعترف المشرع الجزائي بهذا الدليل بنصوص قانونية واضحة وبدرجة ضمن قائمة وسائل الإثبات التي يجوز للقاضي الاستناد إليها لتكوين عقيدته^(١)، إذ لا يجوز للقاضي بناء حكمه على دليل لم ينص عليه القانون صراحة، كما ليس له أن يتوسع في تفسير النصوص الجنائية أو تأويلها أو تحميلها بأكثر مما تتحمل لما قد ينجم عن ذلك من خلق أدلة إثبات أخرى لم يعرف لها وجود في القانون حتى ولو بلغت الأفعال المرتكبة درجة عالية من الخطورة.

لذلك فإن الاعتراف بالدليل الإلكتروني وقبوله كدليل إثبات يختلف من دولة إلى أخرى بحسب طبيعة نظام الإثبات السائد فيها، ولا يمكن أن يخرج عن إحدى الفئات الثلاث التالية:

أولاً: نظام الإثبات المقيد (القانوني)^(٢):

في ظل هذا النظام لا يكون الدليل الرقمي مقبولاً أمام القاضي الجنائي ما لم يتم النص عليه من قبل المشرع، حيث يتوجب عليه تحديد هذا النوع من الأدلة سلفاً وبدقة، والقاضي الجنائي يتوجب عليه الأخذ بهذه الأدلة متى توافرت فيها شروط الدليل الصحيح، لذلك ففي حالة توافر شروط الدليل الصحيح يلزم القاضي الجنائي أن يؤسس حكمه على أساس هذا الدليل حتى وإن لم يكن مقتنعاً به، كما أنه إذا لم تتوافر الشروط المطلوبة قانوناً يكون القاضي ملزماً ببناء اقتناعه وتأسيس حكمه على أساس عدم قيام الدليل على الادعاء، حتى لو كان القاضي مقتنعاً بثبوت الادعاء.

ومن هنا يتضح جلياً بأن نظام الإثبات المقيد يقوم على مبدئين أساسيين، الأول يتمثل في الدور الإيجابي للمشرع في عملية الإثبات لكونه الذي ينظم قبول الأدلة سواء عن طريق التعيين المسبق للأدلة المقبولة للحكم بالإدانة، أو باستبعاد أدلة أخرى، أو

(١) رمزي رياض عوض، مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ٨٥.

(٢) محمد زلايجي، حجية دليل الحاسوب الآلي في النطاق الجنائي، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، العدد ٧، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ٢٠١٠م، ص ٦٦-٧٠.

بإخضاع كل دليل لشروط معينة، ولكونه الذي يحدد القيمة الإقناعية لكل دليل بأن يضيف الحجية الدامغة على بعض الأدلة، والحجية النسبية على بعضها الآخر^(١).

أما المبدأ الثاني، فيتمثل في الدور السلبي للقاضي الجزائي في الإثبات، إذ يلتزم التزاماً صارماً بما يرسمه له المشرع سلفاً من أدلة إثبات على نحو يفقده سلطته في الحكم بما يتفق مع الواقع، فيحكم في كثير من الأحيان بما يخالف قناعته التي تكونت لديه من أدلة لا يعترف بها ذلك النظام، فيصبح القاضي كآلة في إطاعته لنصوص القانون^(٢).

ومما يؤخذ على هذا النظام، قيامه بتقنين اليقين بنصوص قانونية سلفاً رغم أن اليقين مسألة يطرحها الواقع ترتبط بالظروف الخاصة والمتغيرة لكل قضية وتترك لتقدير قاضي الموضوع^(٣).

ثانياً؛ نظام الإثبات الحر^(٤)؛

ووفقاً لهذا النظام يتمتع القاضي الجنائي بحرية مطلقة في شأن إثبات الوقائع المعروضة عليه، فلا يلزمه القانون بأدلة للاستناد إليها في تكوين قناعته، فله أن يبني هذه القناعة على أي دليل وإن لم يكن منصوصاً عليه، وكل الأدلة تتساوى قيمتها في الإثبات في نظر المشرع، والقاضي هو الذي يختار من بين ما يطرح عليه ما يراه صالحاً للوصول إلى الحقيقة، وهو في ذلك يتمتع بمطلق الحرية لقبول الدليل أو رفضه إذا لم يقتنع به.

ويجد هذا النظام مبرراته في كون الإثبات في المسائل الجزائية لا ينصب إلا على وقائع مادية أو نفسية خاصة بالجريمة ولا ينصب على تصرفات قانونية يتفق معها قيام المشرع سلفاً بتحديد وسائل إثباتها ومدى الحجية التي تتمتع بها كل منها، كما أن الإثبات ينصرف إلى وقائع إجرامية غالباً ما يعمد الجناة بقدر المستطاع إلى إزالة ومحو آثارها، الأمر الذي يحتم تحويل القضاء كافة الوسائل المتاحة والممكنة لكشف الجريمة وتقصي الحقيقة^(٥).

(١) هلالي عبد الإله أحمد، مرجع سابق، ص ٩١.

(٢) سامي جلال فقي حسين، الأدلة المتحصلة من الحاسوب وحجيتها في الإثبات، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١م، ص ٨٢.

(٣) هلالي عبد الإله أحمد، النظرية العامة للإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ٩١.

(٤) أخذت بهذا النظام التشريعات ذات الصياغة اللاتينية مثل التشريع الفرنسي، البلجيكي، الإيطالي، ومعظم التشريعات الأوروبية.

(٥) هلالي عبد الإله أحمد، النظرية العامة للإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص ٩٥-٩٦.

وعلى عكس نظام الإثبات المقيد فإن فلسفة هذا النظام تركز على مبدئين مختلفين هما: الأول يتمثل في الدور السلبي للمشرع في عملية الإثبات، ومن خلاله يتمتع المشرع عن تحديد الأدلة التي تصلح للإثبات مسبقاً^(١).

أما المبدأ الثاني، فهو الدور الإيجابي للقاضي الجزائي في الإثبات، ويبدو ذلك من ناحيتين: الأولى من خلال الحرية المطلقة التي يتمتع بها القاضي الجزائي في إثبات حقيقة الجريمة بكافة طرق الإثبات^(٢)، وسلطته الواسعة في اتخاذ جميع التدابير والإجراءات التي يعتقد أنها مفيدة لإظهار هذه الحقيقة كسماع الشهود^(٣)، كما له أن يأمر باستكمال التحقيق إذا ما كانت عناصر الإثبات التي بين يديه غير كافية أو غير مقنعة.

ومن ناحية أخرى فنظام الإثبات الحر يمنح القاضي الجزائي سلطة تقديرية كبيرة في قبول الأدلة، وموازنتها وتقدير قيمتها التدليلية محتكماً إلى ضميره ومعتمداً على ثقافته وخبرته القانونية، فله أن يأخذ بأدلة ويستبعد أخرى، كما له أن ينسق بين الأدلة المطروحة أمامه وإزالة التعارض بينها، واستكمال نقصها، ومن ثم تكوين حكمه على أساس القناعة التي توصل إليها من مناقشة هذه الأدلة^(٤).

ثالثاً: نظام الإثبات المختلط^(٥)؛

وهو نظام وسط بين نظام الإثبات المقيد ونظام الإثبات الحر، وفيه تم التصدي للانتقادات الموجهة لنظام الإثبات الحر حول خشية تعسف القاضي الجزائي وخروجه عن جادة الصواب، وذلك بأن حدد له وسائل الإثبات التي يلجأ إليها لتأسيس حكمه، كما تم تلافي ما وجه من انتقادات لنظام الإثبات المقيد، لما جعل دور القاضي سلبياً في عملية الإثبات، من خلال إعطاء القاضي الجزائي الحرية في تقدير ووزن ما يعرض عليه

(١) أحمد يوسف الطحطاوي، الأدلة الإلكترونية ودورها في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م، ص ١٩٥.

(٢) أقر المشرع الجزائري بحرية الإثبات الجزائي في نص المادة (٢١٢) من قانون الإجراءات الجزائية، حيث جاء فيه ما نصه: «يجوز إثبات الجرائم بأية طريقة من طرق الإثبات... وللقاضي أن يصدر حكماً تبعاً لاقتناعه الشخصي».

(٣) خول المشرع الفرنسي القاضي الجزائي في المادة (٣١٠) من قانون الإجراءات الجزائية سلطة تفويضية بمقتضاها يمكن له أن يتخذ كافة الإجراءات والتدابير الضرورية لاستجلاء حقيقة الجريمة ولا قيد عليه سوى شرفه وضميره، كسماع أقوال بعض الأشخاص دون حلف اليمين، أو يأمر بتلاوة تقرير الخبير، أو تلاوة شهادة غائب وغيرها من الإجراءات.

(٤) هلالي عبد الإله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٣.

(٥) من التشريعات التي أخذت بالنظام المختلط، القانون العراقي، القانون الياباني.

من أدلة ثبوتية وفقاً لاقتناعه الشخصي^(١).

حيث تقوم فكرة هذا النظام أنه يأخذ بملامح كل من نظام أدلة الإثبات الحرونظام الأدلة القانونية الذي حاول التوفيق بينهما، فلكي يتسنى للقاضي إصدار حكمه ينبغي عليه أن يكون مقتنعاً اقتناعاً شخصياً، وفي نفس الوقت يجوز القناعة القانونية كما أقرها القانون، ويقوم هذا النظام بالجمع بين النظامين، وذلك عن طريق تحديد القانون لأدلة معينة للإثبات في بعض الجرائم دون البعض الآخر أو يشترط في الدليل شروطاً في بعض الأحوال أو يعطي القاضي الحرية في تقدير القيمة الإثباتية للأدلة القانونية.

من هنا يتبين أن منطق هذا النظام يركز من جهة على تحديد قائمة أدلة الإثبات والقيمة الإثباتية لكل منها سلفاً من قبل المشرع، ومن جهة أخرى منح القاضي الجزائي سلطة تقديرية واسعة في موازنة وقبول الأدلة المطروحة أمامه وفقاً لاقتناعه الذاتي^(٢).

وعليه وبناء على ما سبق، يتبين أن مسألة مشروعية الدليل الإلكتروني في الوجود تثور بالدرجة الأولى في الأنظمة القانونية التي تتبنى نظام الإثبات المقيد، إذ لا يمكن في ظلها الاعتراف للدليل الإلكتروني بأية قيمة إثباتية ما لم ينص عليه القانون صراحة ضمن قائمة أدلة الإثبات المقبولة، ومن ثم لا يجوز للقاضي الجزائي أن يستند إليه لتكوين قناعته مهما توافرت فيه شروط اليقين، ومهما اقتنع القاضي الجزائي بصحته.

أما بالنسبة للأنظمة القانونية التي تعتمد نظام الإثبات الحر كما هو الحال في بعض القوانين العربية منها القانون الجزائري^(٣)، فمسألة مشروعية وجود الدليل الإلكتروني لا تثار إطلاقاً، على اعتبار المشرع لا تعهد إليه سياسة النص على قائمة أدلة الإثبات، فالأساس هو حرية الأدلة، لذلك فمسألة قبول الدليل الإلكتروني لا ينال منها سوى مدى اقتناع القاضي به إذا كان هذا النوع من الأدلة يمكن إخضاعه لتقدير القاضي.

الفرع الثاني

مشروعية الدليل الرقمي في التحصيل

يقصد بـمشروعية التحصيل، أن تتم عملية البحث عن دليل الإدانة وتقديمه للقضاء من طرف القائمين بالتحقيق وفقاً للقواعد والإجراءات التي رسمها القانون

(١) سامي جلال فقي حسين، مرجع سابق، ص ٩٣.

(٢) عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، دراسة

مقارنة، منشورات الحلبي، دمشق، سوريا، ٢٠٠٧م، ص ٣٧٣.

(٣) من التشريعات التي أخذت بالنظام المختلط، القانون العراقي، القانون الياباني.

لذلك، فمشروعية الدليل إذاً تتطلب صدقه في مضمونه، وأن يكون هذا المضمون قد تم الحصول عليه بطرق مشروعة تدل على الأمانة والنزاهة^(١).

فمتى كان الأمر كذلك، كانت المشروعية حداً فاصلاً بين حق الدولة في توقيع العقاب لضمان أمن واستقرار المجتمع وبين حق الأفراد في ضمان حقوقهم وحررياتهم الأساسية^(٢).

وعلى هذا الأساس، فعملية جمع الأدلة الإلكترونية إذا خالفت الأحكام والمبادئ الإجرائية التي تنظم طريقة الحصول عليها تكون باطلة، وبالتالي بطلان الدليل المستمد منها عملاً بقاعدة «ما بني على باطل فهو باطل»^(٣).

وترتيباً على ذلك، فلا يجوز للقاضي القبول بدليل إلكتروني تم الحصول عليه من إجراء التسرب وجرى القيام به دون مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية للإذن بمباشرة هذا الإجراء، أو كان الدليل متحصلاً عن طريق إكراه المتهم المعلوماتي على فك شفرة أو الإفصاح عن كلمة السر اللازمة للولوج إلى الملفات المخزنة داخل النظم المعلوماتية، أو القيام بإجراء التنصت أو المراقبة الإلكترونية عن بعد دون مسوغ قانوني، أو باستخدام طرق التدليس والغش والخداع، لأن الدليل المتحصل وفق الطرق السابقة يكون باطلاً وفاقداً للمشروعية^(٤).

وينبغي الإشارة هنا إلى أن شرط مشروعية الدليل مطلوب في حالة الإدانة فقط، إذ لا يجوز أن تبني الإدانة الصحيحة على دليل باطل، أما في حالة البراءة فالمشروعية ليست شرطاً واجب التوفر في الدليل، إذ في هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تستند إلى أي دليل فقد شروط صحته كشهادة قاصر غير مميز أو كان ثمرة إجراء باطل لإقرار براءة المتهم^(٥).

والحقيقة من وجهة نظري أن معيار قبول الدليل في مجال الإثبات الجنائي لإظهار

(١) فهد عبد الله العبيد العازمي، الإجراءات الجنائية المعلوماتية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ٢٠٢١م، ص ٣٩٤.

(٢) رمزي رياض عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ١٥٤.

(٣) علي حسن محمد الطوالة، مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، بحث منشور عبر موقع كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ٢٠٠٩م، ص (٤).

(٤) عمرو حسين عباس، أدلة الإثبات الجنائي والجرائم الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الإقليمي الثاني حول تحديات تطبيق الملكية الفكرية في الوطن العربي، المنعقد بمقر جامعة الدول العربية، القاهرة، خلال الفترة من تاريخ ٢٦-٢٧ أبريل ٢٠٠٨م، ص ٨.

(٥) أحمد يوسف الطحطاوي، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

الحقيقة يعتمد على عدم إهدار الحريات والكرامة العامة للإنسان، وهو الأمر الذي يجب على القاضي الحرص عليه وعدم إهداره، ليوافق بين ما هو مشروع فيقبله، وبين ما هو غير مشروع فيتصدى له ويستبعده.

المطلب الثاني

حجية الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي

يقصد بحجية الدليل الرقمي ما يتمتع به من القوة الاستدلالية في كشف الحقيقة وصدق نسبة الفعل الإجرامي إلى شخص معين أو كذبه^(١). لذلك فمجرد الحصول على الدليل وتقديمه إلى القضاء لا يكفي لاعتماده كدليل إدانة، إنما ينبغي تقديره وفحص قيمته، في إثبات الواقعة الإجرامية، ومسألة تقديم الدليل هي مسألة موضوعية محضة تدخل في صميم سلطة القاضي التقديرية بحثاً عن الحقيقة.

ومع تطور التكنولوجيا وانتشار الجرائم الإلكترونية، أصبحت الأدلة الرقمية إحدى الوسائل الأساسية في إثبات الجرائم وتقديم مرتكبيها للعدالة، وأن قبول هذه الأدلة أمام القضاء الجنائي يثير تساؤلات عديدة تتعلق بشروطها القانونية ومشروعيتها، لا سيما في ظل طبيعتها الخاصة التي تجعلها عرضة للتلاعب والتزييف. فالسائد في الفقه أن سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل يحكمها مبدأ حرية القاضي في تكوين قناعته، مما يستتبع ذلك حتماً نتيجة مهمة ألا وهي «حرية القاضي في تقدير الأدلة»^(٢)، وعملاً بهذا المبدأ فالقاضي الجزائي يصح له أن يؤسس اقتناعه على أي دليل كما يصح له أن يهدره.

لذا فإن بيان القيمة القانونية للدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي يتطلب بيان الشروط الواجب توافرها في الدليل الرقمي حتى يكون له حجية معتبرة (الفرع الأول)، ومن ثم بيان دور ذلك في تكوين الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي (الفرع الثاني)، على النحو التالي:

(١) ياسر محمد الكومي محمود أبو حطب، الحماية الجنائية والأمنية للتوقيع الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص ٣٠٣.

(٢) قانون الإجراءات الجزائية اليمني مادة رقم ٣٦٧ والتي نصت على أنه «يحكم القاضي في الدعوى بمقتضى العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته من خلال المحاكمة».

الفرع الأول

شروط اكتساب الدليل الرقمي حجية في الإثبات

الدليل الإلكتروني ما هو إلا تطبيق من تطبيقات الدليل العلمي الذي يعبر عن حقيقة علمية ثابتة، فهو يتمتع بحجة قوية في الإثبات، وذلك بما يميزه من موضوعية وحياد، ولكونه محكوماً بقواعد علمية حسابية قاطعة لا تقبل التأويل مما يقوي يقينته، ويساعد القاضي في التقليل من الأخطاء القضائية، والاقتراب أكثر إلى تحقيق العدالة، والتوصل بدرجة أكبر من الحقيقة، لأن التقنية العلمية قد توفر طرقاً دقيقة لجمع الأدلة ذات قوة علمية يصعب إثبات عكسها^(١).

ومع هذا فرغم أن الدليل الإلكتروني بحكم طبيعته العلمية وموضوعيته وحياده يمثل إخباراً صادقاً عن الواقع، إلا أن ذلك لا يستبعد أن يكون موضع شك في سلامته من العبث عن طريق التحريف أو التغيير من ناحية، وفي صحة الإجراءات المتبعة للحصول عليه من ناحية أخرى.

وإذا كان الشك في مصداقية الدليل الإلكتروني مرتبطاً أساساً بعوامل خارجية مستقلة عنه لا بمضمونه، فاكتسابه حجية داخضة في الإثبات وكذا قبوله كدليل تبني عليه الحقيقة في الدعوى الجزائية يتطلب توافر الشروط التالية:

أولاً: يقينية الدليل الإلكتروني.

يشترط في الأدلة الإلكترونية أن تكون غير قابلة للظن أو الترجيح حتى يشيد عليها الحكم بالإدانة، لأنه لا مجال لدحض قرينة البراءة أو افتراض عكسها إلا عند بلوغ اقتناع القاضي حد الجزم واليقين^(٢).

ويتم الوصول إلى ذلك عن طريق ما تستنتجه وسائل الإدراك المختلفة للقاضي من خلال التمعن والتدقيق فيما يعرض عليه من وقائع الدعوى وأدلة الكترونية على اختلاف أشكالها، وما ينطبع في ذهنه من تصورات واحتمالات ذات درجة عالية من التأكيد بالنسبة لها، وهكذا يستطيع القاضي أن يحدد قوتها الاستدلالية على صدق نسبة جريمة

(١) بوكريشيدة، جرائم الاعتداء على أنظمة المعالجة الآلية في التشريع الجزائري والمقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢م، ص ٤٩٧.

(٢) علي حسن الطويلة، التفتيش الجنائي على نظم الحاسب والانترنت، عالم الكتب الحديثة، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص (١٣).

من الجرائم الإلكترونية إلى شخص معين من عدمه^(١).

ويعتمد القاضي الجزائي عادة لبلوغ اليقين والجزم في اقتناعه بالأدلة على نوعين من المعرفة، الأولى هي المعرفة الحسية التي تستنبط من الحواس بعد معاينته لهذه المخرجات وفحصها، أما الثانية فهي المعرفة العقلية التي يدركها القاضي عن طريق التحليلات، والاستقرئات والاستنتاجات التي يجريها على المخرجات الإلكترونية وربطها بالملابس التي أحاطت بها^(٢). فإن لم ينته القاضي إلى الجزم بنسبة الجريمة الإلكترونية إلى المتهم تعين عليه القضاء بالبراءة، لأن الشك يفسر لصالح المتهم^(٣).

ثانياً: وجوب مناقشة الدليل الإلكتروني.

إن تحقق شرط سلامة الدليل الإلكتروني من العبث وسلامته من الخطأ في إجراءات التحصيل وحده لا يكفي لاكتسابه حجية دامغة في الإثبات، بل لابد أيضاً من مناقشة هذا الدليل بصفة علنية في جلسة المحاكمة وفقاً لمبدأ أساسي في الإجراءات الجزائية هو مبدأ الشفوية والمواجهة^(٤). فلا يجوز للقاضي الجزائي أن يأخذ بدليل قدمه أحد أطراف الدعوى أو يبني حكمه على أساسه إلا إذا عرضه شفويًا في جلسة المحاكمة ليعلم به سائر أطراف الدعوى، فتنفتح لهم مناقشته والرد عليه وإبداء آرائهم في قيمته القانونية.

ويترتب على ذلك عدم جواز اقتناع القاضي من معلومات شخصية حصل عليها خارج الجلسة أو في غير نطاق المرافعات والمناقشات التي جرت فيها، وإلا يكون بذلك قد جمع في شخصه صفتين متعارضتين هما صفة الشاهد وصفة القاضي، مما يبعث الحرج في نفسية الخصوم، ويعيقهم عن مناقشة شهادته والرد عليها بحرية، لأن اعتماده على علمه الشخصي يجعله عرضة للتهمة والشبهات، وهو الأمر الذي يجب أن يتنزه القاضي عنه عموماً^(٥).

كما لا يجوز للقاضي أن يبني اقتناعه على رأي الغير، إلا إذا كان من الخبراء والفنيين الذين استشارهم وفقاً للقانون وارتاح ضميره لرأيهم فقرر الاستناد إليه ضمن باقي الأدلة

(١) إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص ١٣١.

(٢) علاء عبد الباسط خلاف، الحماية الجنائية لوسائل الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٤٦٣.

(٣) سليمان أحمد فضل، المواجهة التشريعية والأمنية للجرائم الناشئة عن استخدام شبكة المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص ٣٧٣.

(٤) سليمان أحمد فضل، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

(٥) نبيل إسماعيل عمر، قاعدة: «عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي»، المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد الأول، العدد الأول، الرياض، ١٩٨٩، ص ١٢٠.

القائمة في أوراق الدعوى المعروضة عليه^(١).

وعليه فإنه إذا كان القاضي لا يمكنه أن يحكم في الجرائم الإلكترونية استناداً إلى علمه الشخصي، أو استناداً إلى رأي الغير كما أسلفنا، فذلك يحتم عليه أن يعيد تحقيق ومناقشة كافة الأدلة المتولدة من الحاسبات الإلكترونية القائمة في ملف الدعوى لكي يتمكن من تكوين اقتناع يقربه نحو الحقيقة الواقعية التي يصبو إليها كل قاض عادل، فمثلاً لشهود الجرائم المعلوماتية الذين تم سماعهم من قبل في التحقيق الابتدائي فإنه يجب عادة سماعهم مرة أخرى أمام المحكمة، كذلك بالنسبة لخبراء المعلوماتية على اختلاف تخصصاتهم ينبغي أن يمثلوا أمام المحكمة لمناقشة تقاريرهم التي خلصوا إليها^(٢).

لأن القاضي بهذا التصرف يكون قد حقق رقابة فعالة على جدية الأدلة التي تكون قد حصلت في مرحلة التحقيق فتعرض عليه مجدداً، وهو ما يتيح له مراقبة التقدير الذي كانت سلطة التحقيق قد خلصت إليه بخصوص وقائع الجريمة الإلكترونية.

الفرع الثاني

دور القيمة العلمية للدليل الرقمي في تكوين اقتناع القاضي الجزائي

أدى ارتفاع نسبة الجرائم الإلكترونية وتعاضم أساليب وتقنيات ارتكابها إلى انضمام الدليل الإلكتروني الرقمي إلى حقل الأدلة العلمية الجنائية الموثوقة واحتلاله مرتبة أفضل دليل لإثبات هذا النوع من الجرائم، وهو ما فرض على القاضي الجزائي التعامل معه رغم نقص ثقافته المعلوماتية من جهة والقيمة العلمية التي يتمتع بها الدليل من جهة أخرى.

وأمام هاتين المعادلتين يثار التساؤل الآتي: هل يبني القاضي الجزائي اقتناعه بالدليل الإلكتروني على أساس أن أمره محسوم علمياً؟، أم أن ذلك يدخل في محض تقديره الشخصي مثله مثل باقي الأدلة؟

لقد انقسم الفقهاء في هذه المسألة إلى من يرى بأن الدليل الإلكتروني بحكم أصالته

(١) علي محمود علي حمودة، الأدلة المتحصلة من الأدلة الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، بحث مقدم في المؤتمر الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، تاريخ انعقاد ٢٦/٨/٢٠٠٣م، ص (١٢٠).

(٢) علي حسن الطوالة، مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، مرجع سابق، ص ١٣.

العلمية ودقته الفنية التي يبلغ معها إلى درجة اليقين له قوته الثبوتية الملزمة للقاضي^(١). وحجتهم في ذلك أن الدليل العلمي هو النتيجة التي تسفر عنها التجارب العلمية لإثبات أو نفي الواقعة التي يثار الشك حولها، والتي غالباً ما يتطلب فهمها معرفة ودراسة خاصة قد لا يملكها القاضي بحكم تكونه القانوني المحض، وما دام الدليل الإلكتروني تطبيقاً من تطبيقات الدليل العلمي فالقاضي لا يمكنه أن ينازع في قيمة ما يتمتع بها من قوة استدلالية قد تأكدت له من الناحية العلمية^(٢).

وبناء على هذا الرأي، يمكن القول إن أصحاب هذا الاتجاه قد جعلوا الطبيعة العلمية للدليل الإلكتروني قيداً حقيقياً لحرية القاضي الجزائي في تقدير الدليل، يجبره على الاقتناع به والحكم بمقتضاه ولو لم يكن مقتنعاً بصحة الواقعة المطروحة أمامه، إذ لم يعد القاضي وفقاً لهذا الاتجاه حراً في مناقشة ووزن وتقدير الدليل العلمي الذي أصبح يؤدي دور الصدارة في الإثبات الجنائي سيما بعد ظهور الأدلة الإلكترونية الرقمية وإنشاء معامل ومخابر جنائية لفحص هذه الأدلة وتقييمها.

وخلافاً لما ذهب إليه الاتجاه الفقهي الأول، هناك من يرى بأن مبدأ حرية القاضي في الاقتناع يجب أن يبسط سلطانه على كل الأدلة دون استثناء بما فيها الدليل الإلكتروني^(٣)، معبرين بأن إعطاء الدليل الإلكتروني قوة ثبوتية مطلقة لا يستطيع القاضي مناقشتها أو تقديرها يعد بمثابة رجوع إلى الوراء إلى نظام الإثبات المقيد^(٤). بالإضافة إلى ما سبق، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الوسائل العلمية في أغلب حالاتها ليست دليلاً في ذاتها إنما هي قرائن تتم دراستها وتحليلها لاستخلاص دلالتها، ومؤدى ذلك أنها لا تصلح في ذاتها كدليل وحيد في الإثبات الجنائي، وإذا كان لابد على القاضي الاستعانة بأهل الخبرة في المسائل الفنية البحتة واستطلاع رأيهم فيما يتعلق بهذه المسائل^(٥).

وحسب هذا الاتجاه، فإنه مهما علا شأن الأدلة العلمية الإلكترونية في مسألة الإثبات الجنائي، فإنه يجب الإبقاء على سلطة القاضي في تقدير هذه الأدلة وتكوين قناعته منها بكل حرية، وذلك من أجل ضمان تنقية هذه الأدلة من شوائب الحقيقة

(١) هلالي عبد الإله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، المرجع السابق، ص ٩٥.

(٢) بوكروشيدة، مرجع سابق، ص ٥٠٧.

(٣) علي حسن الطوالة، مرجع سابق، ص ١٣-١٤.

(٤) محمد عبد الشافي إسماعيل، مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع، دراسة مقارنة، دار المنار، القاهرة، ١٩٩٢م، ص ١٦٥.

(٥) بلاغة بن عقيلة، حجية أدلة الإثبات الجنائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الجنائي، جامعة الجزائر، ٢٠١١م، ص ٥٩-٦٠.

العلمية، ويظل القاضي هو المسيطر على هذه الحقيقة لأنه من خلال سلطته التقديرية يستطيع أن يفسر الشك لصالح المتهم، ويستبعد الأدلة التي يتم الحصول عليها بطرق غير مشروعة، ويجعل من الحقيقة العلمية حقيقة قضائية^(١).

ويرى الباحث أن ما ذهب إليه الاتجاه الثاني هو الأصوب، إذ يجب على القاضي الجزائي ألا يتقيد بالدليل العلمي ومنه الدليل الإلكتروني المطروح أمامه في تكوين اقتناعه والحكم وجوباً بما يتطابق مع النتائج التي أسفرت عنها هذه الأدلة، بل لا بد أن يستمد هذا مما به من سلطة تقدير الأدلة مهما بلغت درجتها اليقينية والعلمية وموازنتها وفقاً لما يمليه عليه ضميره ووجدانه، وحتى لا ينتفي مبدأ الاقتناع القضائي للقاضي الجزائي بالمخالفة لأحكام القانون.

المطلب الثالث

موقف المشرع اليمني من الإثبات بالدليل الجنائي الرقمي

ودور القضاء في تقدير الدليل

سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين مستقلين كالتالي:

الفرع الأول

موقف المشرع اليمني من الإثبات بالدليل الجنائي الرقمي

يمكن للقاضي الجنائي - بخلاف القاضي المدني - أن يلعب دوراً إيجابياً في استثمار مبدأ الإثبات الحر، ولاسيما إذا اتخذ المبادرة في البحث عن الوسائل الناجحة التي تؤدي به إلى إظهار الحقيقة، ففي ظل القانون اليمني لا وجود لأدلة يحظر المشرع مقدماً على القاضي الجنائي قبولها، وكل دليل يمكن أن يتولد معه اقتناعه، يكون من حيث المبدأ مقبولاً أمامه، فحرية الإثبات في الميدان الجنائي تبقى ضرورية ومنطقية في آن واحد، إذ أن الأصل العام هو أن الجرائم على اختلاف أنواعها يجوز إثباتها بكافة الطرق القانونية، ما عدا ما استثني منها بنص خاص في القانون^(٢).

وبرجعنا للتشريع اليمني نجد أن المادة ٣٢١ من قانون الإجراءات الجزائية النافذ نصت على أن -1- ٢٠٠٠- تقدير الأدلة يكون وفقاً لاقتناع المحكمة في ضوء مبدأ تكامل

(١) علي محمود علي حمودة، مرجع سابق، ص ١٥.

(٢) القاضي عزالدين أمين الأموي، القيمة القانونية والقضائية للأدلة الرقمية طبقاً للقانون اليمني، منشور في المجلة القضائية بتاريخ: ٢٠ أبريل ٢٠٢٤م.

الأدلة فلا يتمتع دليل بقوة مسبقة في الإثبات»^(١)، ونصت المادة ٣٢٢ على أنه «لا يجوز إثبات أي واقعة ترتب مسؤولية جزائية على أي شخص إلا عن طريق الأدلة الجائزة قانوناً وبالإجراءات المقررة قانوناً»^(٢)، وبالنظر إلى المادة ٣٢٣ من نفس القانون، نجد أنه جاء في صدر المادة «تعد من أدلة الإثبات...» وجاء في نهايتها عبارة «أو وقائع الجريمة والقرائن والأدلة الأخرى»^(٣) مما يتبين لنا أن المشرع اليمني لم يحصر أدلة الإثبات الجنائي، بل ذكرها على سبيل المثال، وتنص المادة ٣٦٧ من نفس القانون على أنه «يحكم القاضي في الدعوى بمقتضى العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته من خلال المحاكمة»^(٤).

ومن خلال استقراء نصوص المواد القانونية السابقة يتبين بوضوح أن المشرع اليمني قد اعتنق مبدأ الاقتناع القضائي كأحد الأسس الجوهرية في نظام الإثبات الجنائي. ويترتب على تبني هذا المبدأ أن القاضي الجنائي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تكوين قناعته، إذ له أن يستمد اقتناعه من أي دليل يطمئن إليه وجدانه، دون أن يكون مقيداً بأدلة معينة أو محصورة بنوع محدد من وسائل الإثبات^(٥) كما أن المشرع اليمني لم يحصر طرق الإثبات في المواد الجنائية بوسائل محددة، ذلك أن الإثبات في هذا المجال يردُّ على وقائع يمكن إثباتها بكافة الأدلة المتاحة^(٦) غير أن هذه الحرية في تكوين القناعة القضائية لا تُعد مطلقة، إذ وضع المشرع اليمني بعض القيود عليها في حالات معينة، أبرزها القضايا التي تستوجب الحكم بالحد أو القصاص، ففي مثل هذه الجرائم، اشترط المشرع توافراً أدلة معينة محددة سلفاً، لا يمكن الحكم بالإدانة دونها، كالإقرار أو الشهادة، مما يعني الأخذ بنظام الأدلة القانونية كاستثناء من قاعدة حرية القاضي في الإثبات وفقاً للاقتناع الشخصي^(٧).

لقد جعل المشرع للقاضي دوراً في تقدير الأدلة وفي التحرك الذاتي والاقتناع الموصل إلى الحكم العادل والحسم السريع، مما يمكن معه القول أن القانون اليمني تبني نظام الإثبات المختلط، كما أن في عمومية نصوص الإثبات الجنائي الواردة أعلاه تستوعب الإثبات بالأدلة الرقمية، شريطة أن يتم استخلاصها بطرق مشروعة، والتي

(١) قانون الإجراءات الجزائية اليمني مادة رقم ٣٢١.

(٢) قانون الإجراءات الجزائية اليمني مادة رقم ٣٢٢.

(٣) قانون الإجراءات الجزائية اليمني مادة رقم ٣٢٣.

(٤) قانون الإجراءات الجزائية اليمني مادة رقم ٣٦٧.

(٥) د. أمين عبده محمد دهمش، المحاكمة والطعن في الأحكام في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، ٢٠١٤، ص

١١٨.

(٦) المرجع نفسه، ص (١١٧).

(٧) المرجع نفسه، ص (١٢٣، ١٢٤).

تنتهي بقناعة القاضي بها^(١)، وما يعزز توجه المشرع اليمني للأخذ بالأدلة الرقمية ما أخذ به قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦م، حيث تنص المادة ٤١ على أنه «يعاقب كل من يرتكب فعلاً يشكل جريمة بموجب أحكام القوانين النافذة بواسطة استخدام الوسائل الإلكترونية^(٢)... الخ».

وهكذا فإن الإثبات الجنائي في اليمن يسيطر عليه مبدأ حرية الإثبات في المواد الجنائية - مع الإشارة إلى تحديده لبعض طرق الإثبات في جرائم معينة - ولا فرق بين دليل نجم عن إجراء علمي أم غيره، والقاضي يستطيع أن يستمد قناعته من أي دليل يرتاح له وجدانه، وهذه الحرية مقررة بالنظر إلى ظروف وملابسات القضية^(٣).

وبتحليل موقف المشرع اليمني من خلال النصوص المذكورة أعلاه نجدها تركز قاعدتين تكمل إحداها الأخرى، قاعدة الاقتناع الحر للقاضي الجنائي من جهة، وقاعدة حرية اختيار وسائل الإثبات الجنائي من جهة أخرى.

ونشير إلى أنه تظهر أهمية الإثبات الجنائي في الدور الإيجابي الممنوح للقاضي في البحث عن الحقيقة، فالقاضي الجنائي لا يكتفي بمجرد موازنة الأدلة التي يقدمها الخصوم والترجيح بينهما، إنما له دور إيجابي يفرض عليه التحري والبحث عن الحقيقة والكشف عنها، كما أنه تكمن أهميته أنه يتطلب في الحصول على الدليل اتباع القواعد التي تحدد كيفية الحصول عليه، والشروط التي يتعين عليه تطبيقها فيه والتي توفر الثقة في الدليل الذي يقدمه، ومخالفة هذه القواعد والشروط قد يهدر الدليل ويشوب الحكم بالبطلان، إذ يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة، فإذا ما طرحت عليه مجموعة من الأدلة يوازي بينها مفضلاً بعضها على البعض الآخر ويأخذ من بينها ما تطمئن إليه، ويطرح ما سواه مما لم يطمئن إليه، وما يمكن أن نخلص إليه في الأخير أن الأدلة الرقمية بمختلف نظم الإثبات لها الحجية والقيمة القانونية، حيث قبلت الأنظمة الثلاثة الأدلة الرقمية كأدلة إثبات، إلا أنها في نظام الأدلة القانونية يتطلب شروطاً عديدة لقبولها^(٤).

(١) القاضي عز الدين الأموي، القيمة القانونية والقضائية للأدلة الرقمية طبقاً للقانون اليمني، منشور في المجلة القضائية بتاريخ: ٢٠ أبريل ٢٠٢٤م.

(٢) قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية المادة (٤١).

(٣) القاضي عز الدين الأموي، المرجع نفسه.

(٤) القاضي عز الدين الأموي، القيمة القانونية والقضائية للأدلة الرقمية طبقاً للقانون اليمني، منشور في المجلة القضائية بتاريخ: ٢٠ أبريل ٢٠٢٤م.

الفرع الثاني

تقدير القضاء اليمني للدليل الرقمي^(١)

تعد مرحلة المحاكمة من أهم إجراءات الدعوى باعتبارها مرحلة حاسمة، إذ تعتبر عملية تقدير الأدلة جوهر الحكم، وليس باستطاعة القاضي إدراكه والوصول إليه إلا بعد ممارسته لسلطته التقديرية للأدلة محل الوقائع، فيتوقف سلامة الحكم على سلامة تقدير الأدلة، ويعتبر الدليل الرقمي كباقي الأدلة يتم تقديره من طرف القاضي الجنائي، وبالتالي إقناعه، وفي هذا الخصوص ينبغي أن نميز بين أمرين، الأول: القيمة العلمية القاطعة للدليل، والثاني: الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل، فتقدير القاضي لا يتناول الأمر الأول، وذلك لأن قيمة الدليل تقوم على أسس علمية دقيقة، وبالتالي لا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة، أما الأمر الثاني والمتعلق بالظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل، فإنها تتدخل في نطاق تقديره الذاتي، فهذا من طبيعة وصميم وظيفته القضائية، بحيث يكون في مقدوره أن يطرح مثل هذا الدليل - رغم قطعته من الناحية العملية - إذا تبين بأنه لا يتفق مع ظروف الواقعة وملابساتها، حيث تولد الشبهة لدى القاضي، ومن ثم يقضي في إطار تفسير الشك لصالح المتهم.

ذلك أن مجرد توافر الدليل الرقمي لا يعني أن القاضي ملزم بالحكم بموجبه مباشرة سواء بالإدانة أم بالبراءة، دون بحث ظروف وملابسات بنائه، فالدليل الرقمي ليس آلية معدة لتقرير اقتناع القاضي بخصوص مسألة غير مؤكدة، بل هو دليل إثبات قائم على أساس من العلم والمعرفة، وللقاضي النظر إليه في ضوء الظروف والملابسات المحيطة، فالعبرة في الميدان الجنائي هي باقتناع القاضي بأدلة الإثبات المعروضة عليه، كما أن استخلاص ثبوت الجريمة أو عدم ثبوتها من وقائع القضية والظروف المحيطة بها أمر موكل للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فالقضاء باختصار يملك السلطة التقديرية بالنسبة للظروف والملابسات التي أحاطت بالدليل الرقمي من الناحية العملية لا العلمية.

(١) القاضي عز الدين الأموي، المرجع نفسه.

الخاتمة

بعد أن تم استعراض مفهوم الدليل الجنائي الرقمي وأهم الخصائص التي يتمتع بها، وطبيعته ووسائل الحصول عليه، بالإضافة إلى التحديات والصعوبات التي تواجه الأجهزة المختصة في استخدام الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي، وموقف المشرع اليمني من الإثبات بواسطة الدليل الرقمي، خلصنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

١. أن طبيعة الجريمة الالكترونية بحاجة إلى دليل غير تقليدي في التحقيق الجنائي، فالدليل الرقمي يمثل إحدى طرق الإثبات في التحقيق، نظراً لتكيفية الجريمة المعلوماتية وخصوصيتها.
٢. تزايد الاعتماد على الأدلة الرقمية في الآونة الأخيرة، حيث يمثل أساساً لانبعاث الثقة فيه، فالدليل الرقمي بوصفه دليلاً علمياً فإن دلالاته يجب أن تكون قاطعة بشأن الواقعة المستشهد به عنها.
٣. وجود تحديات وصعوبات تواجه سلطات التحقيق في بلادنا في الاستناد إلى الدليل الرقمي، وهو النقص في المعرفة التقنية الحديثة والمتعددة لدى القائمين بالبحث والتحقيق، مما يجعل منهم غير قادرين على أداء واجبهم على الوجه المطلوب.
٤. قصور في التشريعات والنصوص القانونية اليمنية فيما يخص الإثبات بواسطة الأدلة الرقمية في التحقيقات الجنائية.

ثانياً: التوصيات

١. تدريب سلطات التحقيق على فهم طبيعة الأدلة المستخرجة من الوسائل الرقمية، والعمل على فهمها والإلمام بها وكيفية عملها.
٢. تعديل مناهج التدريب والدراسة في المعهد العالي للقضاء وأكاديمية الشرطة عن طريق إدخال مواد جديدة لدراسة تقنيات الحاسب الآلي ونظم المعلومات والجرائم الالكترونية الناتجة عنها.
٣. تكثيف البعثات إلى الخارج قصد الاحتكاك وتبادل الخبرات بالبلدان التي تملك

الخبرة الكافية بهذا المجال، وإنشاء وحدات متخصصة للأدلة الجنائية الرقمية تابعة للنيابة العامة.

٤. نوصي المشرع اليمني بإصدار قانون خاص بجرائم تقنية المعلومات والاتصالات، يتضمن الإثبات بالأدلة الرقمية والوسائل العلمية الحديثة.

قائمة المراجع

القرآن الكريم.

أولاً: المراجع باللغة العربية:

القوانين:

- ١- قانون الإجراءات الجزائي اليمني لسنة ١٩٩٤م.
- ٢- قانون الإجراءات الجنائية الجزائري.
- ٣- قانون الإجراءات الجنائي الفرنسي.
- ٤- قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية.

القواميس والمعاجم:

- ١- القاموس المحيط، محمد بن يعقوب الفيروزي آبادي، مؤسسة الرسالة، دار الريان للتراث، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ.
- ٢- كتاب العين، أبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، تحقيق: مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامري، دار ومكتبة الهلال.
- ٣- لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى.
- ٤- معجم مقاييس اللغة، أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكي، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، الطبعة: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

الكتب والمؤلفات :-

- ١- أحمد يوسف الطحطاوي، الأدلة الإلكترونية ودورها في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥م.
- ٢- أشرف عبد القادر قنديل، الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م.
- ٣- إيمان محمد علي الجابري، يقين القاضي الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- ٤- بوكر رشيدة، جرائم الاعتداء على أنظمة المعالجة الآلية في التشريع الجزائري والمقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢م.
- ٥- بهار المري، جرائم السوشيال ميديا وجرائم المحمول وحجية الدليل الإلكتروني في الإثبات، المجلد السادس، دار الأهرام للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٢٢م.
- ٦- حسن طاهر دواد، جرائم نظم المعلومات، أكاديمية نائف العربية للعلوم الأمنية، ط ١، الرياض، ٢٠٠٠م.
- ٧- د. أمين عبده محمد دهمش، المحاكمة والطعن في الأحكام في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، ٢٠١٤.
- ٨- د. حاتم أحمد محمد بطيخ دور الإنترنت في الإثبات أمام القاضي الجنائي والإداري، لم يذكر دار النشر، ٢٠١٧.
- ٩- د. حازم محمد حنفي، في مؤلفه الدليل الإلكتروني ودوره في المجال الجنائي، لم يذكر سنة النشر.
- ١٠- د. رمزي رياض عوض، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- ١١- د. عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠١٠م.
- ١٢- د. محمد الأمين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، الطبعة الأولى جامعة نايف للعلوم الأمنية الرياض، ٢٠٠٤.
- ١٣- د. هلال عبد الإله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.

- ١٤- د/ أحمد ضياء الدين خليل - مشروعية الدليل في المواد الجنائية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ٢٠١٠م.
- ١٥- د/ حسين عبد السلام جابر- التقرير الطبي بإصابة المجني عليه وأثره في الإثبات في الدعويين الجنائية والمدنية - دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٧م.
- ١٦- د/ حمدي الجاسم- أصول المحاكمات الجزائية- مطبعة العالي، القاهرة، ١٩٩٨.
- ١٧- د/ عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني، لم يذكر تاريخ وسنة النشر.
- ١٨- د/ عدلي أمير خالد- الجامع في الإرشادات العلمية لإجراءات الدعوى الجنائية، منشأة المعارف الاسكندرية، بدون سنة نشر.
- ١٩- د/ فتحي محمد أنور عزت، الخبرة في الإثبات الجنائي دراسة قانونية وتطبيقات قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٢١م.
- ٢٠- د/ محمد محي الدين عوض - الإثبات بين الازدواج والوحدة، جامعة القاهرة بالخرطوم، دارالاتحاد العربي للطباعة، الخرطوم، لم يذكر سنة النشر.
- ٢١- د/ ممدوح عبد الحميد عبد المطلب- البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر الانترنت، د عمر محمد أبو بكر بن يونس - الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، لم يذكر سنة النشر.
- ٢٢- د/ خالد عيادي الحلبي، إجراءات التحريات والتحقيق في جرائم الحاسوب والإنترنت، ط١، دارالفكر الجامعي، مصر، لم يذكر سنة النشر.
- ٢٣- سامي جلال فقي حسين، الأدلة المتحصلة من الحاسوب وحجيتها في الإثبات، دارالكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١١م.
- ٢٤- سليمان أحمد فضل، المواجهة التشريعية والأمنية للجرائم الناشئة عن استخدام شبكة المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م.
- ٢٥- عبد الفتاح بيومي حجازي، مبادئ الإجراءات الجنائية في جرائم الكمبيوتر والانترنت، ط١، دارالفكر الجامعي مصر، ٢٠٠٦.
- ٢٦- عبد الله أوهايبية، شرح قانون الاجراءات الجزائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، الجزائر، ٢٠١٣م.

- ٢٧- عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، دمشق، سوريا، ٢٠٠٧م.
- ٢٨- علاء عبد الباسط خلاف، الحماية الجنائية لوسائل الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.
- ٢٩- علي حسن الطوالبة، التفتيش الجنائي على نظم الحاسب والانترنت، عالم الكتب الحديثة، القاهرة، ٢٠٠٤م.
- ٣٠- علي عدنان الفيصل، إجراءات التحري وجمع الأدلة والتحقيق الابتدائي في الجريمة المعلوماتية، دار الكتب والوثائق القومية، العراق، م٢٠١٢م.
- ٣١- عمر محمد أبو بكر بن يونس - الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، لم يذكر سنة النشر.
- ٣٢- محمد عبد الشافي إسماعيل، مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع، دراسة مقارنة، دار المنار، القاهرة، ١٩٩٢م.
- ٣٣- ناني الحسن، التحقيق في الجرائم المتصلة بتكنولوجيا المعلومات بين النصوص التشريعية والنصوص التقنية، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، ٢٠١٨م.
- ٣٤- هشام محمد فريد، أصول التحقيق الجنائي الفني، بحوث القانون والكمبيوتر والانترنت، ط٣، المجلد ٢، جامعه الامارات، ٢٠٠٤.
- ٣٥- هلاي عبد الإله أحمد، النظرية العامة للإثبات الجنائي، المجلد الأول، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ٣٦- ياسر محمد الكومي محمود أبو حطب، الحماية الجنائية والأمنية للتوقيع الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٤م.

الرسائل والأطروحات:

- ١- ثنيان ناصر آل الثنيان، إثبات الجريمة الالكترونية، دراسة تأصيلية تطبيقية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، (السعودية)، ٢٠١٢م.
- ٢- د/ أحمد نشأت - رسالة الإثبات الجزء الأول، مطابع المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣م.

- ٣- د / عمر عبد المجيد عبد الحميد مصبح، الدليل المادي وأثره في الإثبات الجنائي - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٩م.
- ٤- رمزي رياض عوض، مشروعية الدليل الجنائي في مرحلة المحاكمة وما قبلها، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
- ٥- طاهري عبد المطلب، الإثبات الجنائي للأدلة الرقمية، مذكرة لنيل شهادة المستر في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه مسيله، ٢٠١٥م.
- ٦- بلاغة بن عقيلة، حجية أدلة الإثبات الجنائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الجنائي، جامعة الجزائر، ٢٠١١م.
- ٧- علي محمد كاظم الموسوي، الدليل الرقمي وعلاقته بالمساس بالحق في الخصوصية المعلوماتية أثناء إثبات الجريمة، بحث مقدم إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين: العراق، ٢٠١٦.
- ٨- فهد عبد الله العبيد العازمي، الإجراءات الجنائية المعلوماتية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ٢٠٢١م.
- ٩- د. ميسون خلف الحمداني، علي محمد كاظم الموسوي، الدليل الرقمي وعلاقته بالمساس بالحق في الخصوصية المعلوماتية أثناء إثبات الجريمة، بحث مقدم إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين: العراق، ٢٠١٦.
- ١٠- نعيم سعيداني، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ٢٠١٣م.
- ١١- يوسف جفال، التحقيق في الجريمة الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية جامعة محمد بو ضياف، المسيلة، ٢٠١٧/٢٠١٦م.

المجلات القانونية:

- ١- أبو عناد فاطمة زهرة، مكافحة الجريمة الإلكترونية في التشريع الجزائري، مجلة الندوة الدراسية للقانون، العدد الأول، جامعة الجلالي اليابس، سيدي بالعباسي، ٢٠١٣م.
- ٢- آمال بهنوس، الدليل الرقمي في الإجراءات الجنائية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية:

- الجزائر، المجلد ١٦، العدد ٢، ٢٠١٧م.
- ٣- د. أحمد أبو القاسم- الدليل الجنائي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص، بحث منشور بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب الرياض ١٩٩١م.
- ٤- د. أسامة حسين محيي الدين عبد العال، حجية الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي لجرائم المعلوماتية «دراسة تحليلية مقارنة»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، المجلد ١١، العدد ٧٦ يونيو ٢٠٢١م.
- ٥- د. أمينة لميز، الدليل الرقمي كألية لإثبات الجرائم المعلوماتية، مجلة بحوث في القانون والتنمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس: الجزائر، المجلد ٢، العدد ٣، جوان (يونيو) ٢٠٢٣م.
- ٦- د. عمر محمد بن يونس، الدليل الرقمي (Digital Evidence)، بحث منشور ضمن أبحاث ندوة الدليل الرقمي، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية القاهرة، الفترة من ٥: ٨ مارس ٢٠٠٦م.
- ٧- د. مسعود بن حميد المعمري، الدليل الإلكتروني لإثبات الجريمة الإلكترونية- مجلة كلية القانون الكويتية العالمية- أبحاث المؤتمر السنوي الدولي الخامس ٩- ١٠ مايو ٢٠١٨م.
- ٨- د. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، زبيدة محمد قاسم، عبد الله عبد العزيز، نموذج مقترح لقواعد الدليل الرقمي للإثبات في الجرائم الكمبيوتر، منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية، نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة وغرفة التجارة والصناعة دبي في الفترة من ١٠-١٢/٥/٢٠٠٣م.
- ٩- د/ محمد زكي أبو عامر- القيود القضائية على حرية القاضي الجنائي في الاقتناع- مجلة القانون والاقتصاد السنة ٥١ مطبوعة جامعة القاهرة، ١٩٨٣م.
- ١٠- سماح محمود، مشكلات التفتيش الجنائي عن المعلومات، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثامن، الجزائر، ٢٠١٧م.
- ١١- علي حسن محمد الطوالبه، مشروعية الدليل الإلكتروني المستمد من التفتيش الجنائي، بحث منشور عبر موقع كلية الحقوق، جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، ٢٠٠٩م.

- ١٢- علي محمود إبراهيم أحمد، الأدلة الرقمية وحجيتها في إثبات الجريمة الإلكترونية، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، العدد ٣٢، مصر ٢٠٢٠م.
- ١٣- علي محمود علي حمودة، الأدلة المتحصلة من الأدلة الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، بحث مقدم في المؤتمر الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، تاريخ الانعقاد ٢٦/٨/٢٠٠٣م.
- ١٤- عمرو حسين عباس، أدلة الإثبات الجنائي والجرائم الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الإقليمي الثاني حول تحديات تطبيق الملكية الفكرية في الوطن العربي، المنعقد بمقر جامعة الدول العربية، القاهرة، خلال الفترة من تاريخ ٢٦-٢٧ أبريل ٢٠٠٨م.
- ١٥- عزالدين أمين الأموي، القيمة القانونية والقضائية للأدلة الرقمية طبقاً للقانون اليمني، منشور في المجلة القضائية، بتاريخ: ٢٠ أبريل ٢٠٢٤م.
- ١٦- محمد زلايجي، حجية دليل الحاسوب الآلي في النطاق الجنائي، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، العدد ٧، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ٢٠١٠م.
- ١٧- منصور عبد السلام العجيل، الضوابط القانونية للإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية، المجلة القانونية، العدد العاشر، السودان.
- ١٨- نادية سحتوت، التنظيم القانوني للجريمة المعلوماتية أدلة إثبات الجريمة المعلوماتية، مجلة دراسات وأبحاث، العدد الأول، الجزائر، ٢٠٠٩م.
- ١٩- نبيل إسماعيل عمر، قاعدة: «عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي»، المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد الأول، العدد الأول، الرياض، ١٩٨٩.
- ٢٠- وردة شرف الدين، الأحكام الإجرائية لمكافحة جريمة الاتجار بالأشخاص المرتكبة بواسطة تقنية المعلومات، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ببسكرة، العدد السادس عشر، مارس ٢٠١٠م.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية :-

Eoghan Casey – Susan W. Brenner (2011). Digital evidence and computer crime – page 189 figur

استعمال القوة كوسيلة من وسائل التنفيذ الجبري في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني^(*)

الباحث / ياسين سعيد قاسم السناني

(*) قُدم هذا البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدبلوم الجنائي -
قسم التأهيل المستمر لدى المعهد العالي للقضاء.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا الكريم محمد بن عبدالله الصادق الأمين، وعلى من تبعه إلى يوم الدين بإحسان، أما بعد:

إن استعمال القوة المسلحة يعد أمراً واجباً على الدولة، ولا يجوز لها التهاون أو الامتناع في استخدامها متى ما اقتضى الأمر ذلك، وقد ورد استعمال القوة المسلحة في القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾^(١)، وهذه الآية تدل على وجوب استعمال القوة لإجبار كل من تسول له نفسه انتهاك حرمة القانون والتعدي على حقوق الآخرين، لأن الإنسان بحسب طبيعته الفطرية تجعله يميل وينحرف عن سلوكه المعتاد اتجاهاً لتحقيق رغباته الشخصية فلا يخضع لأوامر الشرع ونواهيه، ولذا فلا بد من إجباره عن طريق تدخل السلطات العامة للدولة، باعتبارها الجهة الحارسة، والأمنية لرعاية مصالح الأمة، والحفاظ على حقوقهم، وأموالهم من أي مساس بها. ومن ثم فلا بد من استخدام القوة المسلحة من قبل الدولة، ولها أن تقوم في سبيل ذلك بكل ما لديها من قوة، حيث جاء في الفقه الإسلامي أن تعلن الحرب في مواجهة المعتدين والغاصبين لحقوق الناس، والعمل على تنفيذ كل ما يصدر من القضاء من أحكام، وقرارات، أو أوامر، ويعد من أوجب الواجبات بل يعده الفقه الإسلامي من الفروض، لأن عدم تنفيذ الأحكام يفقدها قيمتها، بل تعدى والعدم سواء... حيث يقول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (لا ينفع التكلم بحق لا نفاذ له).

ولذلك نظم المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م أنواع التنفيذ الجبري وحدد طرقه، ووسائله ومنها وسيلة استعمال القوة المسلحة.

فاستعمال القوة المسلحة ليست عقوبة وإنما تعد وسيلة ضغط وإجبار المنفذ ضده على التنفيذ وتعد الوسيلة الأخيرة، والأكثر لزوماً من وسائل التنفيذ المباشر وغير المباشر، وغايتها تحقيق النتيجة وتمكين طالب التنفيذ بالحصول على حقه، فاستعمال القوة على الرغم من أهميته، إلا أنه إجراء لا يخلو من مخاطرة ولذا عمد المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني إلى وضع ضوابط وشروط يجب توافرها عند استخدامها، حتى لا تخرج عن مسارها الصحيح، وما ينتج عنها من عواقب وخيمة لا يقتصر أثرها على طرفي الخصومة التنفيذية، بل يتعدى ذلك إلى المجتمع بأسره وتهديد النظام العام والسكينة العامة، والأمن والاستقرار في المجتمع.

(١) سورة الأنفال آية رقم ٦٠.

ولذا يجب استخدامها وفق ضوابط وحدود دقيقة، من قبل الجهات المنوط بها مهام التنفيذ حتى لا تتجاوز تلك الجهات الحكومية المتمثلة بمراكز في الشرطة عن الأمن لتلك الحدود والضوابط ودون تبرير وأسباب معقولة وتحمل مسؤولية عن ذلك الانحراف والتجاوز.

ولا يجوز لها الامتناع عن استعمالها متى ما كانت واجبة الاستخدام، إلا إذا كانت هناك أسباب تبرر ذلك الامتناع، فلها الامتناع عن استخدامها، ولكن الدولة تكون مسؤولة بتعويض طالب التنفيذ عن ذلك.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في الآتي:

- ١- أن استعمال وسيلة القوة المسلحة عند التنفيذ أياً كانت مباشرة أو غير مباشرة في إتمام التنفيذ، وإنهاء الخلافات، وحسم النزاعات، وإرجاع الحقوق لأصحابها، وتحقيق العدل والمساواة بين كافة أفراد المجتمع وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري.
- ٢- أن التنفيذ عن طريق وسيلة القوة لها أهمية قانونية كبيرة وتعمل على تطبيق النصوص القانونية على أرض الواقع، وبالتالي تحقيق الحماية القانونية الكاملة للحقوق والحريات العامة والمراكز القانونية الخاصة.
- ٣- أن استخدام القوة الجبرية في التنفيذ له أهمية اجتماعية تكمن في تحقيق العدالة والمساواة وإنهاء المنازعات، ومن ثم ينعم المجتمع بالأمن والاستقرار، ويحقق الطمأنينة لدى المواطنين بعدالة الأحكام القضائية، حيث يقلل من كثرة ورود القضايا أمام المحاكم وكذلك في تحقيق التنمية الاقتصادية في البلاد وجلب الاستثمار والمستثمرين الأجانب لأن التنمية الاقتصادية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بعدالة القضاء واستقرار وسيادة القانون.

أهداف البحث

- تهدف دراسة موضوع البحث إلى عدة أهداف تتمثل في الآتي:
- ١- أن القوة الجبرية غايتها الأساسية وهدفها النهائي، هو تحقيق النتيجة والمصلحة التي يسعى لها طالب التنفيذ بكل جهوده التي بذلها للوصول إلى ذلك الهدف وهو الحق المطالب به، وهي ثمرة تلك الجهود التي تكبدها.

- ٢- تهدف الدراسة إلى معالجة مشكلة كبرى واقعة في الحياة العملية يعاني منها القضاء اليمني تتمثل في عدم تنفيذ الأحكام والتهاون والتأخير في تنفيذها دون أن تكون هناك أي أسباب تستند إليها لتبرير ذلك التأخير والتهاون.
- ٣- من ضمن الأهداف في هذه الدراسة وضع الحلول العلمية والعملية عند تعذر التنفيذ عن طريق القوة المسلحة، وما هي البدائل التي يجب العمل بها وتعويض طالب التنفيذ عن حقه المطالب به إن كان قابلاً للتعويض، أو التنفيذ البديلي المساوي لحقه.

الأسباب

من الأسباب التي دفعتني لاختيار هذه الدراسة محل البحث تكمن في الآتي:

- ١- رغبةً في دراسة ومعرفة أنواع التنفيذ الجبري، وطرقه ووسائله.
- ٢- أنها لم تلق حظها في الدراسة لدى الكثير حيث أنها لم تكن محل عناية لدى الشراح ومؤلفي الكتب القانونية المتخصصة في مجال التنفيذ إلا القليل من تناولها في كتبهم ومؤلفاتهم لكنهم تناولوها بشكل مختصر ولهذا الأسباب اخترت موضوع هذا البحث.

صعوبات ومعوقات البحث؛

واجهت عند التعرض لدراسة موضوع البحث عدداً من المشاكل ومعوقات وهي كالتالي:

أولاً: الظروف الحاصلة في واقع الحال الذي مازلنا نعانيه وهذا يعد أكبر مشكلة يعاني منه الجميع، حيث كان لها أثر على ما اعترى البحث من عيوب أو نقص.

ثانياً: ضيق الوقت، والانشغال بالدراسة النظرية والمراجعة.

ثالثاً: قلة المراجع وندرته في موضوع البحث وعدم إتاحة الفرصة الكافية من استعارة المراجع من مكتبة المعهد بسبب ازدحام وكثرة الطلاب مع الدفعة الجديدة.

رابعاً: كثافة المنهج الدراسي المقرر، والمحاضرات، وقطع المستحقات، وأخيراً الرواتب ولهذا العقبات والمشاكل كان لها تأثير كبير، وعلى الرغم من ذلك حاولنا التغلب على تلك العقبات بقدر المستطاع وما بذلناه من جهود بالحد المعقول فرحم الله امرأاً عرف قدر نفسه.

أهم مشكلات البحث:

تتمثل في الآتي:

- ١- معالجة حالة الإفراط والتعسف في استعمال القوة الجبرية عند التنفيذ.
- ٢- حالة الامتناع عن استعمال القوة الجبرية في التنفيذ الجبري دون أسباب مشروعه، ومبرره بذلك الامتناع.
- ٣- كما يهتم بإبراز أهم الآثار التي يربتها استعمال القوة المسلحة عند التنفيذ ووضع الحلول العادلة لها.

منهج البحث: اتبعت في هذه الدراسة أسلوب المنهج العلمي الاستنباطي، ومن خلال الأخذ من مؤلفات شراح القانون الخاصة بالتنفيذ التي تناولها بشكل مختصر وكذلك أسلوب المنهج التحليلي في عرض النصوص القانونية ومحاولة شرحها والتعليق عليها مع مقارنتها ببعض المواد من القانون المصري.

خطة البحث

- لقد قمت بتقسيم هذه الدراسة موضوع البحث إلى مبحثين مسبقين بمطلب تمهيدي على النحو الآتي:
- المطلب التمهيدي: تعريف التنفيذ الجبري المباشر ووسائله وإجراءاته.
- المبحث الأول: استعمال القوة كوسيلة للإجبار على التنفيذ الجبري المباشر وضوابطها.
- المطلب الأول: ماهية استعمال القوة المسلحة كوسيلة من وسائل التنفيذ الجبري.
- المطلب الثاني: الضوابط القانونية لاستخدام القوة الجبرية عند التنفيذ الجبري.
- المبحث الثاني: التنفيذ عن طريق وسيلة القوة المسلحة والامتناع عن استعمالها.
- المطلب الأول: التنفيذ باستخدام القوة الجبرية المسلحة وما يترتب عليها من آثار.
- المطلب الثاني: الامتناع عن استعمال القوة المسلحة وما هي أسبابه، أي مجالاته والآثار المترتبة عليها، والعقبات المعرقة لإجراء التنفيذ.

المطلب التمهيدي

تعريف التنفيذ الجبري المباشر، وماهيته ووسائله ومقدماته وإجراءاته

الفرع الأول

تعريف التنفيذ الجبري المباشر ووسائله

يعرف التنفيذ المباشر بأنه: هو الطريق الذي يتم منه الجبري للالتزام الذي ليس محله مبلغاً من النقود، وسمي مباشراً لأن اقتضاء الدائن لحقه، يتم مباشرة، فهو لا يفعل سوى اقتضاء محل حقه دون الاعتداء على حقوق أخرى في ذمة المدين^(١).

ومنهم من يعرف التنفيذ المباشر بأنه: هو الذي يحصل فيه صاحب الحق على ذات حقه أياً كان نوع ما يلتزم به خصمه، كالتزام بتسليم شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام بعمل كالتزام بتسليم عين، أو ببناء حائط، أو بإقامة البناء على نفقة المدين، والالتزام بهدم البناء في أرض، أو يهدم ما تم البناء فيها^(٢).

والأصل في تنفيذ الالتزام: هو الوفاء الاختياري: وهو ما يعتمد القانون أساساً في تنفيذه على السلوك الإرادي للمخاطبين بأحكامه. حيث: يحقق مزايا عديدة للدائن في سهولة الحصول على حقه، دون عناء، أو جهد، ويجنبه مهانة التنفيذ الجبري القهري وبيع أمواله رغماً عنه^(٣). أما إذا لم يف بالتزامه بالتنفيذ الاختياري، فيجب إخضاعه للتنفيذ الجبري، وذلك عن طريق تدخل السلطات العامة التي تجري التنفيذ تحت إشراف القضاء ورقابته. وعلى السلطات العامة أن تعينه بما لديها من قوة.

وإذا امتنعت الحكومة عن التنفيذ فإنها تكون مسؤولة بتعويض طالب التنفيذ عن الضرر الذي يصيبه - ولم ينص المشرع اليمني على ذلك.

ويعرف التنفيذ الجبري المباشر بأنه: هو الشيء، أو المال الذي تقع عليه إجراءات التنفيذ، والمقصود بهذا التعريف هو محل الحق الموضوعي الذي يجري التنفيذ لاستيفائه^(٤).

(١) د/ فتحي والي، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ص ١١، ط السابعة ١٩٧٨م، منشأة المعارف، الاسكندرية.

(٢) د/ عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات الحالية، ص ١٦، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، الكتاب الأول ط ٣ - ٢٠٠٤، دار النهضة العربية القاهرة.

(٣) د/ نبيل عمر، د/ أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص ٦، ط ٢٠٠٣م، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية.

(٤) د/ نجيب أحمد عبدالله - التنفيذ الجبري في المسائل المدنية والتجارية، ص ١٩٧ ط السادسة.

ولذلك عرف المشرع اليمني التنفيذ الجبري في قانون المرافعات والتنفيذ المدنية والتجارية رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م في المادة (٣١٤): (هو ما تقوم به محكمة التنفيذ من إجراءات لإجبار المدين أو المحكوم عليه بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي، يؤكد حق طالب التنفيذ منه، وفقاً للشرع والقانون) ومن هذا النص نتبين أن محكمة التنفيذ هي التي تكون مختصة بإجراء التنفيذ وتحت رقابتها وإشرافها.

وعلى السلطات العامة والجهات ذات العلاقة القيام بمساعدتها، وتقديم كل ما لديها من قوة لإتمام التنفيذ.

ويشترط للقيام بإجراء التنفيذ المباشر^(١) وفقاً لنص المادة (٣٣٧) من القانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م:

- عدم قيام مانع مادي من إجرائه، والمانع المادي، هو هلاك العين محل التنفيذ ليكون التنفيذ غير ممكن.
- عدم قيام مانع أدبي من إجرائه. والمانع الأدبي يرجع إلى حرية المدين الشخصية، الذي تؤدي إجراءات التنفيذ إلى المساس بحريته الشخصية.

وسائل التنفيذ الجبري المباشر:

نظم القانون اليمني وسائل الإجبار للتنفيذ الجبري بثلاث وسائل حسب المادة (٣٥٧) حيث تنص على أنه: (تحدد وسائل الإجبار على التنفيذ المباشر في الغرامة التهديدية، والحبس، واستعمال القوة).

فالوسيلة الأولى: الغرامة التهديدية:

هي عبارة عن مبلغ مالي محدد يفرض جبراً كتهديد بهدف الضغط على المدين لتنفيذ التزامه عيناً. خلال مدة معينة.

فإذا تأخر عن التنفيذ بعد انتهاء المدة المحددة، كان ملزماً بدفع غرامة مالية^(٢). بحسب ما تقضي به نصوص المادتين (٣٥٨) - (٣٥٩) مرافعات عن طريق إصدار قرار يصدره قاضي التنفيذ وتورد إلى خزانة الدولة (٣٥٨، ٣٥٩) في قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني.

وقد حدد القانون مقدار هذه الغرامة، بحيث: لا تزيد على ستين ألف ريال يمني، ولا

(١) د/ سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، ص ٣٥، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م.

(٢) د/ نجيب أحمد عبد الله، ص ١٨٤ - ١٨٥.

تقل عن عشرة آلاف ريال، وللقاضي السلطة التقديرية بين الحدين الأدنى والأقصى، ولا يجوز للقاضي أن يمنح المدين فرصة أخرى للوفاء، وهي ثلاثة أيام^(١)، ويشترط للحكم فيها شروطاً معينة بحسب المادة (٣٦٥) مرافعات.

الوسيلة الثانية: الحبس التنفيذي

ويعرف الحبس التنفيذي بأنه: إحدى وسائل التنفيذ المباشر، وذلك بهدف الضغط على شخص المدين، وحرمانه من الحرية مدة زمنية مؤقتة، لحمله على تنفيذ التزامه^(٢)، فالحبس بهذا المعنى لا يعد عقوبة للمدين أو غيره، وإنما هو وسيلة لضمان التنفيذ، والضغط على الشخص المتمرد عن الوفاء بالتزامه، فقد نظم القانون اليمني الحبس كوسيلة للتنفيذ في المواد (٣٦٠ - ٣٦٥) م.

ووضع له شروطاً، فلا يحكم القاضي بالحبس لإجبار والضغط على المحكوم عليه إلا بتوافر الشروط وهي نفس شروط الحكم بالغرامة التهديدية بحسب نص المواد سابقة الذكر وهي:

- ١- استيفاء مقدمات التنفيذ.
- ٢- السند المذيل بالصيغة التنفيذية.
- ٣- امتناع المدين عن الوفاء.
- ٤- صدور أمر القاضي بالغرامة أو الحبس أو استعمال القوة التي هي موضوع الدراسة.

فالحبس (لا يستخدم كوسيلة لإجبار المنفذ ضده على التنفيذ المباشر إلا في حالات معينة بحسب نص المادة (٣٦٠) وهذه الحالات هي:

- ١- إذا كان محل التنفيذ قياماً بعمل من قبل المنفذ ضده وتعذر تنفيذه على حساب المدين أو كان المدين شخصية محل اعتبار.
- ٢- إذا كان محل التنفيذ امتناعاً عن عمل وتعذر إزالة العمل المخالف على حساب المنفذ ضده أو أصر على ارتكاب ذلك العمل.

(١) د/ مطهر عبده محمد الشميري، إجراءات التنفيذ الجبري، ص٨٢، نائب عميد كلية الحقوق جامعة تعز سابقاً، الطبعة الثالثة ٢٠٠٧-٢٠٠٨م، الناشر اوان للخدمات الإعلامية.

(٢) د/ عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ، ص٢١ دراسة مقارنة الشريعة الإسلامية، الكتاب الأول ط، الثالثة ٢٠٠٤م دار النهضة العربية القاهرة.

٣- إذا كان محل التنفيذ إلزاماً بتسليم شيء معين بذاته أو بمقداره وكان تسليمه ممكناً وامتنع المنفذ ضده عن التسليم.

٤- إذا كان محل التنفيذ إلزاماً بأداء دين في ذمة المنفذ ضده ولم تكن له أموال ظاهرة... الخ).

الوسيلة الثالثة: هي استعمال القوة المسلحة التي محل الدراسة، سوف نتحدث عنها بشكل موسع في المبحثين الآتيين.

الفرع الثاني

إجراءات ومقدمات التنفيذ

أولاً: الإجراءات

إن إجراءات التنفيذ المباشر: هي تلك الإجراءات التي أوجب القانون القيام بها، واتخاذها قبل الشروع في التنفيذ الجبري بحيث: أن عدم القيام بإجراءاتها، يترتب عليه بطلان التنفيذ^(١).

فإجراءات التنفيذ الجبري تمثل المرحلة الأخيرة، والنهائية، في الحصول على الحماية القانونية والقضائية، فالقضاء: هو الذي يقوم بإجراءات التنفيذ. وتحت إشرافه ورقابته - أي قاضي التنفيذ^(٢).

ولذلك نجد القانون المصري خصص للقيام بإجراءات التنفيذ الجبري نظاماً قضائياً خاصاً يسمى قاضي التنفيذ، فهو المختص دون غيره وبالفصل في جميع المنازعات التنفيذية الموضوعية والوقائية.

وكذلك يختص بإصدار القرارات والأوامر المتعلقة بالتنفيذ بحسب نص (٢٧٥) من قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٩٦م وكذلك نص المادة (٢٧٤): أن التنفيذ يجري تحت إشراف قاضي التنفيذ ويندب في مقرر كل محكمة جزائية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك^(٣).

أما المشرع اليمني في قانون المرافعات، فلم ينظم كل حالات التنفيذ المباشر وإنما

(١) د/ أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ الجبري، ص١٢١ ط، ٢٠٠٧م دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية.

(٢) د/ عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ ص٦٦.

(٣) د/ أحمد أبو الوفاء، التنفيذ الجبري، ص٤٠ - ٤١.

نظم بعض مسائل التنفيذ غير المباشرة، ولعل السبب في ذلك، أن التنفيذ المباشر له حالات كثيرة، لا تقع تحت الحصر، وكذلك لتعدد صورته، بحيث يكون من المستحيل تنظيمها بشكل كامل وشامل؟ ومع ذلك فهي تخضع في تنظيمها لقواعد وأحكام قانون التنفيذ بصفة عامة^(١).

وبالتالي فإن إجراءات التنفيذ الجبري تكون محكومة بالقواعد العامة في قانون التنفيذ، وهذه الإجراءات تتمثل في السند التنفيذي، وقاضي التنفيذ ومعاونيه ومقدمات التنفيذ، ومنازعات التنفيذ.

وإجراءات التنفيذ الجبري، ليست على نمط واحد، وإنما تختلف بحسب ما إذا كان محل التنفيذ تسليم منقول، أو عقار، أو هدماً، أو إزالة أي بناء، أو الإخلاء لعين، وكذلك تسليم الصغير.

فإذا كان محل التنفيذ تسليم صغير فعلى المعاون، اتباع الإجراءات لمباشرته، وانتقاله، بعد التأكد من صدور أمر القاضي، إلى مكان وجود الصغير، وللقاضي استعمال وسائل الإجبار لإجبار المنفذ ضده على التسليم - الغرامة التهديدية، والحبس، واستعمال القوة^(٢).

مع مراعاة الحالة النفسية والصحية للصغير. ولا يجوز استعمال القوة، إلا إذا كانت ممكنة (مناسبة) وأنها هي الوسيلة اللازمة والأكثر لزوماً وهذا سيأتي شرحه مفصلاً.

ثانياً: مقدمات التنفيذ المباشر

إن مقدمات التنفيذ المباشر تخضع في نظمها لأحكام القواعد العامة، وكذلك الأحكام الواردة في قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني.

ومقدمات التنفيذ المباشر أو غير المباشر: لابد منها، ويجب اتخاذها قبل أي تنفيذ جبري، وهي لازمة لإتمام التنفيذ الذي يعد المرحلة الأخيرة من الخصومة التنفيذية وتتمثل هذه المقدمات بالآتي:-

١- تقديم طلب التنفيذ من ذوي الشأن، أي المنفذ له، صاحب الحق بحسب نص المادة (٣٤٣) التي حددت أطراف التنفيذ بأنهما المنفذ له طالب التنفيذ، والمنفذ ضده الملزم بالسند التنفيذي الذي توجه إليه إجراءات التنفيذ، وفقاً

(١) د/ نجيب أحمد عبد الله، التنفيذ الجبري، ص٢١١.

(٢) نجيب أحمد عبد الله، التنفيذ الجبري، ص٢٢٠.

للمشروع القانون ويرفق طلب التنفيذ مع العريضة التي يقدمها صاحب الحق إلى المحكمة المختصة بالتنفيذ وفقاً للمادة (٣٥٣) مرافعات ومشملة على بياناتها، ويجب أن ترفق مع طلب التنفيذ الصورة التنفيذية للسند التنفيذي.

٢- إعلان السند التنفيذي والسندات التنفيذية حددها المشروع على سبيل الحصر، بحسب نص المادة (٣٢٨) م يماني، ولا يجوز التنفيذ قبل أن يسبق إعلان السند التنفيذي، للمنفذ ضده. والا كان التنفيذ باطلاً بحسب نص المادة (٣٣٠) مرافعات ويجب أن يشمل الإعلان بيان المطلوب منه وتكليفه بالوفاء.

ويجب على القاضي الأمر باتباع مقدمات التنفيذ وليس له سلطة تقديرية بذلك، ويترتب على مخالفة عدم اتباع مقدمات التنفيذ، انعدام الإجراء وفقاً لنص المادة (٣٥٥) مرافعات، حيث تنص على: (يجب على قاضي التنفيذ الأمر باتباع مقدمات التنفيذ) وهذا يعد شرطاً لازماً لقيام معاوني القاضي بإجراءات التنفيذ.

٣- منح المنفذ ضده مدة معينة للتنفيذ الاختياري، وهي: أسبوع للتنفيذ العادي، وثلاثة أيام للتنفيذ المعجل. وفقاً لنص المادة (٣٣١) ومن خلال هذه المادة يتبين أنه لا يجوز التنفيذ خلال هذه المدة. والحكمة من هذه المدة هي: منح فرصة أخيرة للمنفذ ضده لتمكينه من القيام بالتنفيذ الاختياري، بهدف تجنب وتلافي اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري، وتوابعه أو يبادر بالاعتراض، بالوسائل المقررة في القانون^(١). إلا أن هذه المهمة لها دور في إثبات واقعة الامتناع عن التنفيذ الاختياري^(٢).

ولكن في التنفيذ المباشر ليس الأمر كذلك، فهذه المدة في كثير من الحالات تكون قصيرة جداً حيث: لا يستطيع المنفذ ضده، خلال مدة الإمهال القيام بالتنفيذ الاختياري خاصة إذا كان موضوع التنفيذ المباشر أو البناء، والغرس، أو إخلاء المسكن بعد إعلان السند التنفيذي، وبالتالي: فإن سكان العقار لن يستطيعوا الإخلاء خلال أسبوع أو ثلاثة أيام ويكون المنفذ ضده في موقف صعب^(٣).

٤- مراعاة المواعيد المحضورية فيها التنفيذ، وفقاً لنص المادة (٣٢٢) مرافعات حيث

(١) د/ أحمد أبو الوفاء إجراءات التنفيذ الجبري، ص ٢٠٦.

(٢) د/ سيد أحمد محمود الصاوي، ص ٢٩٣.

(٣) د/ أحمد أبو الوفاء، التنفيذ الجبري، ص ٢٠٣.

تنص على: (لا يجوز القيام بأي إجراء تنفيذي قبل الساعة السادسة صباحاً وبعد الساعة السادسة مساءً ولا في أيام العطلات الرسمية، إلا في حالة الضرورة، وبإذن من قاضي التنفيذ)). ويبين هذا النص أن المشرع حرم التنفيذ في هذه الأوقات لاعتبارات إنسانية ومراعاة الحياة الخاصة وهذه قاعدة عامة لا يجوز القيام بإجراءات التنفيذ خلال هذه الأوقات، ما لم فيكون الإجراء باطلاً وبطلان ما يترتب عليه من إجراءات وهو بطلان قانوني متعلق بالنظام العام^(١) إلا أنه استثنى من ذلك بأنه: يجوز القيام بالتنفيذ في حالة الضرورة القصوى التي لا تتحمل التأخير، والتي يترتب عليها حدوث خطر محقق وشيك الوقوع في محل التنفيذ، لذا يجوز لرجال الشرطة استعمال القوة والنزول إلى محل التنفيذ، في أي وقت - وكذلك الدخول على المنزل أو المسكن محل التنفيذ.

(١) د/ نجيب أحمد عبد الله التنفيذ الجبري، ص ٢١٥.

المبحث الأول استعمال القوة كوسيلة للإجبار على التنفيذ الجبري المباشر

تمهيد وتقسيم:

كان التنفيذ في المجتمعات البدائية يقوم به الدائن الذي يبحث عن حقه بنفسه باستخدام القوة، بالقدر الذي يمكنه أن يحصل على حقه، ولكن حاولت بعض القوانين القديمة الحد من سلطات الدائن التي كان يتمتع بها، ومع تطور المجتمع أصبحت تلك الأنظمة تزول^(١). ومع ظهور ديننا الإسلامي الحنيف الذي أرسى قواعد العدالة. بقانون واجب الاتباع وأحكام ثابتة تلزم المحكوم عليه بأداء الحق الثابت. وتوجب على المحكوم له قبول الحكم^(٢). فلا يكفي مجرد صدور الحكم دون تنفيذه كما قال سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: (لا ينفع التكلم بحق لانفاذ له) وعليه أخذت القوانين الحديثة بمبدأ اللجوء إلى القضاء، لإجبار المدين على التنفيذ جبراً، وحدد له طريقين، التنفيذ المباشر- والتنفيذ غير المباشر. وعليه فإن استعمال القوة المسلحة ليس مقصوراً على التنفيذ المباشر، بل تصلح لأي تنفيذ جبري سواء كان مباشراً أو غير مباشر.

وبالتالي فإن وسيلة استخدام القوة في التنفيذ الجبري: هي الوسيلة الأخيرة التي يجب إعمالها متى ما تعذر إجراء التنفيذ بالوسائل الأخرى وفقاً لما يقضي به نص المادة (٣٥٧)^(٣)، من قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

حيث تنص على: (تحدد وسائل الإجبار على التنفيذ المباشر في الغرامة التهديدية، والحبس واستعمال القوة) وقد سبق بيان تلك الوسائل في المطلب التمهيدي- ما عدا وسيلة استعمال القوة التي هي موضوع دراستنا، وعليه فإن التنفيذ باستعمال القوة المسلحة يعد أمراً خطيراً، ولذلك حرص المشرع على وضع ضوابط محددة، ومحكمة، وشروطاً عند القيام بالتنفيذ باستعمال القوة وعليه سوف نتناول في هذا المبحث استعمال القوة كوسيلة في التنفيذ الجبري وذلك على مطلبين:

(١) د/ الأنصاري حسن النيبالي، التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية، ص ٧، ط ٢٠٠٩م الناشر دار الجامعة الجديدة الاسكندرية.

(٢) د/ السعيد محمد الأزمازي عبد الله، السند التنفيذي في قانون المرافعات دراسة تأصيلية، مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، ص ٤٥- وما بعدها ط ٢٠٠٨، جامعة طنطا.

(٣) نفس المرجع السابق، ص ٤٧.

المطلب الأول

ماهية استعمال القوة كوسيلة طبيعتها ودورها في التنفيذ الجبري

الفرع الأول

ماهية استعمال القوة كوسيلة

نرى أن استخدام القوة باعتبارها من وسائل التنفيذ الجبري المباشر. والمقصود بها هي القوة الجبرية المزودة باستخدام القوة العسكرية المسلحة التي يتم الاستعانة بها من قبل الجهات الحكومية ذات العلاقة في حالة عدم خضوع المحكوم عليه أو عليهم أي المنفذ ضده. في تنفيذ السند التنفيذي، فهي كوسيلة ضغط لحمله على التنفيذ وليست عقوبة.

ولذا فإن الأساس في استعمالها ما جاء في قوله تعالى: (وأعدوا لهم ما استطعتم)^(١)، ونستدل من هذه الآية على أنها جاءت بصيغة الأمر^(٢) (وأعدوا)، أي يجب إعداد القوة المناسبة لكسر شوكة أعداء الله ورسوله ومحاربتهم وكذلك يعد كل متمرد غاصباً لحقوق الناس ومعتدياً يجب إجباره على تسليم حقوق الغير.

فالقاضي: هو الذي يقوم بمهام التنفيذ وبواسطة أعوانه، وتحت إشرافه، وذلك بعد أن يصدر قاضي التنفيذ الأمر باستعمال القوة المسلحة، وذلك في حالة قيام مقاومة مادية، أو معنوية من قبل المنفذ ضدهم، عند قيام معاوني القاضي بإجراء التنفيذ. فيتم الاستعانة بالجهات الحكومية ذات العلاقة وطلب المساعدة للقيام بإجراء التنفيذ والمقصود بأعوان القاضي، هم الذين يتخذهم القاضي في مجلسه لإحضار الخصوم وتبليغ الشهود وإحضارهم لإعلان المتمرد عن الوفاء وزجر من يتطلب زجره أي حبسه. وتنفيذ الأحكام^(٣).

فالتنفيذ الجبري: يمثل المرحلة الأخيرة من مراحل الحصول على الحماية القضائية. وهذا يؤكد حق القاضي بالإشراف على كل إجراءاته، ولذلك نظم المشرع إنشاء ملف خاص يقيد فيه كل طلب تنفيذ ولو لم تكن هناك منازعة، ويقوم القاضي بمتابعة كل إجراء ليأمر ما يراه من أوامر وتوجيهات، لعمال التنفيذ. فالقاعدة أن القاضي أي قاضي

(١) سورة الأنفال آية (٦٠).

(٢) د/ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج١، ص ٢١٣ وما بعدها الطبعة السابعة عشر- ت ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م دار الفكر- دمشق.

(٣) د/ السعيد محمد الازمازي، السند التنفيذي، ص ٤٧.

التنفيذ لا يختص بمباشرة إجراءات التنفيذ بل يكون له الإشراف فقط^(١).

فالمشرع المصري أخذ بنظام التنفيذ فهو الذي يختص بمنازعات التنفيذ فتخضع لرقابته وإشرافه^(٢)، ذلك لكثرة الأعباء على القضاة وأخذ المشرع اليمني بنظام قاضي التنفيذ حيث تختص بالتنفيذ كل محكمة ابتدائية بحسب نص المادة (٣١٧) حيث تنص على أن: (تختص بالتنفيذ المحكمة الابتدائية على خلاف المشرع المصري التي يقع في دائرتها محل إقامة من عليه الحق أو التي توجد بدائرتها أمواله التي يجري التنفيذ عليها... الخ).

وكذلك بحسب نص المادة (٣١٨) م يمني، تختص المحكمة بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة به. أي المقصود به منازعات التنفيذ وما يتعلق فيه من إشكالات.

وعليه فإنه لا يجوز استخدام القوة لإجراء التنفيذ إلا بناء على طلب يقدم من صاحب الحق إلى قاضي التنفيذ وفقاً لنص المادة (٣٥٢) حيث تنص على أنه (يكون التنفيذ بناء على عريضة يقدمها طالب التنفيذ الي المحكمة المختصة بالتنفيذ:

مشمتملة على البيانات الآتية:

- ١- رقم القضية وأسماء الأطراف ونوع السند التنفيذي وتاريخه.
- ٢- بيان ما إذا كان قد حصل وفاء ومقداره وأي تسوية أخرى وما أهميتها.
- ٣- بيان كاف بما يراد تنفيذه استيفاء له.
- ٤- اسم الشخص المراد تنفيذ السند التنفيذي في مواجهته.
- ٥- بيان موطن مختار لطالب التنفيذ في دائرة اختصاص محكمة التنفيذ.
- ٦- بيان محل التنفيذ وطريقته).

وكذلك نص المادة (٣٥٤) التي تنص على أنه (يجب أن ترفق في الطلب التنفيذي الصورة التنفيذية للسند التنفيذي)، ولا يجوز التنفيذ بأي من وسائل التنفيذ إلا بسند تنفيذي.

والمقصود بالسند التنفيذي ما ذهب إليه بعض الفقه القانوني من أن السند التنفيذي: هو السبب المنشئ للحق في التنفيذ. ويستندون على أن التنفيذ الجبري لا يجوز إلا بسند تنفيذي وأن المحضرين ملزمون بإجراء التنفيذ متى سلمهم ذوو الشأن

(١) د/ عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ، ص ٦٦.

(٢) أحمد أبو الوفاء، ص ٣٢.

السند التنفيذي^(١)، ويعرف السند التنفيذي أيضاً بأنه: هو السبب في التنفيذ الذي يملك طالب التنفيذ بموجبه الحق بطلب التنفيذ. وهو ما يسميه الفقه السلطة أو مكنة إجرائية تخول صاحبها تحريك الجهاز القضائي للقيام بالتنفيذ^(٢).

وهو حق مستقل عن حق الدعوى القضائية من جانب الحق الموضوعي، إلا أنه يؤكد وجود الحق الموضوعي، بحسب نص المادة (٢/٣٢٦) م حيث تنص على أنه: (لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بموجب صورة تنفيذية تتمثل بالسند التنفيذي مزيل بالصيغة التنفيذية ما لم ينص القانون على غير ذلك).

ووفقاً لنص المادة (٣٢٧) م يمضي، تكون الصيغة التنفيذية على النحو التالي: (بقوة الشرع والقانون فإن السلطة القضائية تقرر فرض تنفيذ هذا السند التنفيذي جبراً وعلى السلطة العامة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة المسلحة متى طلب قاضي التنفيذ منها ذلك)، فالسند التنفيذي: هو مقدمة التنفيذ إذا كان هو السبب المنشئ للحق في التنفيذ ولا بد أن يكون وجوده سابقاً على التنفيذ فهو الوسيلة الوحيدة التي يعتبرها القانون مؤكدة للحق الموضوعي الذي يمكن صاحبه بالمطالبة بإجراء التنفيذ. وعليه لا يجوز التنفيذ بدون سند تنفيذي ويترتب على عدم وجوده البطلان^(٣).

وعليه فقد حدد المشرع اليمني السندات التنفيذية بحسب ما جاء في نص المادة (٣٢٨): (تحدد السندات التنفيذية فيما يأتي:

- ١- الأحكام الصادرة من المحاكم اليمنية.
- ٢- أوامر الأداء والأوامر على عرائض الصادرة من القاضي المختص وفقاً للقانون.
- ٣- أحكام المحكمين القابلة للتنفيذ.
- ٤- اتفاقات الصلح المصدق عليها من المحاكم.
- ٥- القرارات النهائية للجان الإدارية المنوط بها فض المنازعات في الأحوال المنصوص عليها في القانون.
- ٦- مسودات أراضي وعقارات الأوقاف القديمة التي هي خط كاتب مشهور).

فليس كل سند تنفيذي قابلاً للتنفيذ الجبري، بل لا بد له من توافر شروطه - وفقاً

(١) د/ فتحي والي، التنفيذ الجبري، ص ٢٨.

(٢) د/ نجيب أحمد عبد الله، التنفيذ الجبري، ص ٥٩.

(٣) د/ نجيب أحمد عبد الله، ص ٥٩.

لنص المادة السالفة الذكر (٢٢٦)^(١)، (لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاء لحق محقق الوجود ومعين المقدار. وحال الأداء) وهي شروط موضوعية للسند التنفيذي لذا يجب أن نشرح كل واحد منها بشكل مختصر.

١- أن يكون الحق محقق الوجود: أي: أن يكون موجوداً غير مجهول أي مؤكد وغير متنازع فيه أي غير متنازع في وجوده

٢- أن يكون ثابتاً بالسند التنفيذي وأن يتحقق وجوده عند القيام بإجراء التنفيذ وإلا كان إجراء التنفيذ متعزراً إذا لم يكن موجوداً، أو كان محتمل الوجود، ولا يجوز التنفيذ الجبري اقتضاء لحق احتمالي^(٢).

٣- أن يكون ذلك الحق معين المقدار أي أن يكون محدداً، وذلك بحسب طبيعة الحق المطالب بتنفيذه فإن كان من النقود يجب تحديده بمبلغ محدد أو كان محل الحق مثلياً يتم تحديده بالحجم - والقياس، والنوع^(٣).

٤- أن يكون ذلك الحق حال الأداء وأن يكون غير مؤجل، وغير معلق نفاذه على أمر في المستقبل^(٤)؛ لأن الالتزامات المقترنة بأجل والحق لا تكون نافذة إلا في الوقت الذي يقتضي فيه الأجل. فإذا قدم طلب التنفيذ بحق لم يحل أجله فلا يجوز تنفيذه، إلا بانقضاء الأجل المحدد وفقاً لما تضمنته المادة (٣٢٥) مدني يمني.

ولذلك يعد تنفيذ الأحكام من أوجب الواجبات التي تقوم بها الدولة، بوصفها الجهة الأمنية في حماية الحقوق والحريات العامة، والراعية لحقوق وكرامة الإنسان، والمحافظة على الأمن والاستقرار. وعليه فالدولة حين تقوم بالتنفيذ الجبري المباشر، وهي من مهامها الأساسية، والرئيسية فهي لا تمارس ضغطاً على المدين المنفذ ضده لكي يقوم بالوفاء فقط، وإنما امتثالاً واحتراماً لما جاء في الأحكام الصادرة عن القضاء، والقيام بالتنفيذ وإجبار المتمرّد عن التنفيذ دون الاعتداد بإرادته^(٥). ولذلك أوجب المشرع اليمني على القاضي الأمر باستعمال القوة عند استحالة التنفيذ بالوسائل الأخرى وتعد القوة المسلحة هي الوسيلة الأخيرة لإتمام إجراء التنفيذ والأكثر لزوماً، وبما يتلاءم مع ظروف

(١) د/ أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ، ص ٣٨.

(٢) د/ نجيب أحمد عبد الله، التنفيذ الجبري، ١٤٧.

(٣) د/ محمد بن حسين الشامي، نظرية الالتزام، أحكام الالتزام، ص ٢٨، ط ٢٠١١م، مكتبة الجيل الجديد.

(٤) د/ سيد أحمد محمود أحمد الصاوي، أصول التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، ص ٣١١ طبعة أولى، ٢٠٠٥م.

(٥) د/ الأنصاري حسن النيبالي، التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية، ص ١٧.

المجتمع وفقاً لنصوص المواد (٣٦٦-٢٧٠) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني، وعليه لا يجوز استخدام القوة في التنفيذ الجبري في حالة ما إذا كان سيتم التنفيذ بالوسائل الأخرى كالغرامة التهديدية، أو الحبس.

إلا أن المشرع أجاز للقاضي الأمر بالحبس مباشرة حتى وإن كان التنفيذ سيتم بمجرد الحكم بالغرامة التهديدية. وفقاً لنص المادة (٣٥٩) ويكون بذلك أعطاه السلطة التقديرية في تقدير الأمر في حبسه وذلك بحسب ظروف الشخص المنفذ ضده وسوابقه، وتمرده في عدم قيامه بالوفاء كأن يكون ممن يجيد النصب، والاحتتيال والتمرد. أو يقوم بإعمال الممانعة والتمرد ومقاومة المحضرين عند قيامهم بإجراء التنفيذ. بغض النظر عما إذا كانت تلك المقاومة مادية أو معنوية^(١)، فالمحضر من أهم موظفي السلطة العامة الجبرية الذين يختصون بالتنفيذ الجبري. ويتضح الدور الذي يقوم به المحضر في عملية التنفيذ في القانون المصري في نص المادة (٢٤٧): (ويجري التنفيذ تحت إشراف قاضي التنفيذ ويعاونه عدد كاف من المحضرين). وكذلك نص المادة (١/٢٧٩): (يجري التنفيذ بواسطة المحضرين، وهم ملزمون بإجراءاته بناء على طلب ذوي الشأن، متى سلمهم السند التنفيذي) وبهذا أخذ المشرع اليمني، ويتضح مما سبق أن المحضرين هم الذين يقومون بإجراء التنفيذ الجبري بحسب نص المادة (٣١٩) م يمني حيث تنص على أنه: (على معاون التنفيذ تحت إشراف قاضي التنفيذ إعداد سجل خاص يقيد فيه طلبات التنفيذ، ويخصص ملفاً خاصاً لكل طلب تنفيذ، يودع فيه أصل سند التنفيذ، وجميع الأوراق المتعلقة به وتدون فيه جميع الإجراءات والأوامر الصادرة من قاضي التنفيذ.....) ومن خلال النص أن التنفيذ الجبري يدخل ضمن الاختصاص النوعي لقاضي التنفيذ، ويتحدد الاختصاص النوعي بحسب ما يحدده القانون، وفقاً لنص المادة (٣١٨) م يمني (تختص محكمة التنفيذ بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة به أيًا كانت قيمتها، سواء كانت موضوعية، أو وقتية وسواء كانت مقدمة من الأطراف أو من غيرهم).

وله من أجل ذلك إصدار الأوامر والقرارات المتعلقة به بحسب ما جاء في نص المادة (٣١٩) م يمني، ويجب أن تدون فيه جميع الإجراءات والأوامر الصادرة من قاضي التنفيذ ويعرض الملف عقب كل إجراء، وعلى قاضي التنفيذ القيام بالتوقيع عليه مع معاون.

ويتضح من ذلك أن قاضي التنفيذ هو: الذي يقوم بالإشراف على كل إجراءات التنفيذ، وكل خطوة من خطواته، والإشراف على القائمين بالتنفيذ، وكل ما يتخذونه

(١) د/اسامه أحمد شوقي المليجي، إجراءات التنفيذ الجبري في قانون المرافعات المصري، ص٢١٢، ط٢٠٠١م، الناشر دار النهضة العربية القاهرة.

من تصرفات، ومن الأعمال التي يقوم بها معاونو التنفيذ بقبض المبالغ التي تدفع وفاء للديون، وكذلك بيع الأموال المحجوزة وإيداعها في خزنة المحكمة - وذلك بحسب نص المادة (٣٢٠) م يماني، ويكون ذلك بناء على أمر يصدره قاضي التنفيذ. وإلا كانت تلك الأعمال والإجراءات باطلة. وكذلك من الأعمال التي يباشرها معاون التنفيذ القيام بتحريز الأموال أي إثباتها بالمحضر، وتحديد نوعها، وصفتها، وكذلك وضع الأختام عليها (ويكون لهم عند الاقتضاء الاستعانة بالسلطة العامة عن طريق قاضي التنفيذ). أي عندما لا يتمكنون من إتمام إجراء التنفيذ والقيام بتنفيذ الأعمال التي سبق ذكرها. فيجوز لهم الاستعانة بالسلطة العامة، أي الجهات المختصة ذات العلاقة، المنوط بها التنفيذ باستعمال القوة الجبرية المسلحة. إلا أنه لا يكون الاستعانة بتلك الجهات الحكومية مباشرة من قبل المعاون، وإنما لا بد من إصدار أمر بذلك من قاضي التنفيذ. ومن ثم يثور السؤال بشأن الطبيعة القانونية بذلك الأمر، أي أمر استعمال القوة الموجهة إلى الجهات والمؤسسات الحكومية ذات العلاقة بالتنفيذ الجبري، فطبيعة هذا الأمر محل خلاف بين فقهاء القانون^(١)، وسنبين ذلك في الفرع الآتي:

ويبدولنا مما سبق ذكره أن الأساس في استعمال القوة واستخدامها هو إتمام التنفيذ الجبري الذي يعد المرحلة الأخيرة من الخصومة القضائية، والنتيجة المرغوبة لطالب التنفيذ، والثمرة التي يسعى إلى تحقيقها. وهذا هو الهدف من استعمال القوة الجبرية المسلحة، إلا أن الأساس في استعمالها واستخدامها لإتمام التنفيذ مرهون أساساً بمدى تجاوب الجهات الحكومية ذات العلاقة المنوط بها التنفيذ، ومبدأ احترامها لأحكام القانون الذي يطبقه القضاء، وكذلك القوة والوسائل التي تملكها - والإمكانات المادية والبشرية المؤهلة تأهيلاً صحيحاً لذلك الغرض.

ثانياً: الطبيعة القانونية للأمر الصادر بالتنفيذ والأمر الصادر باستخدام القوة.

سبق القول بأن التنفيذ الجبري يقوم به معاون قاضي التنفيذ، بناءً على أمر يصدره قاضي التنفيذ. وذلك بموجب الطلب بالتنفيذ الذي يقدم من ذوى الشأن، ويرفق ذلك الطلب مع الأمر بالتنفيذ الذي يصدره القاضي ويسلم إلى معاون قاضي التنفيذ للقيام بمباشرة إجراءاته، أو بموجب الصورة التنفيذية. وهي: نسخة طبق الأصل من السند التنفيذي ولا بد أن يكون ذلك الطلب محتوياً على كافة بياناته تفصيلاً بحسب ما جاء في المادة (٣٥٣) م يماني. سألفة الذكر.

(١) د/ أحمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، ص ١٨٩ ط ١٩٩٨ م، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفني - القاهرة.

فالصيغة التنفيذية - ليست هي ذات السند التنفيذي، وإنما هي الشكل والمظهر الخارجي لذلك السند، وبدون ذلك الشكل لا يجوز اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري^(١)، فالصيغة التنفيذية فكرة حديثة نشأت في فرنسا وتطورت خلال مراحل مختلفة^(٢).

لذلك نرى بأن الصيغة التنفيذية هي: عبارة عن صيغة تحمل ألفاظاً معينة، تتضمن أمراً إلى الجهة القائمة بالتنفيذ (السلطات العامة) للقيام بالمبادرة، وتقديم المساعدة على إجراء التنفيذ في حالة عرقلة التنفيذ، ولو باستخدام القوة المسلحة متى ما اقتضى الأمر بذلك.

وبالتالي فإن طبيعة هذا الأمر أي طلب التنفيذ أمر مختلف فيه بين الفقهاء القانونيين. فمنهم من ذهب إلى الأمر وهو النص القانوني مباشرة^(٣).

وذهب البعض الآخر إلى أن الأمر: هو أمر رئيس الدولة، ورد عليه البعض بأنه لا يوجد فارق بين الأمر الصادر من الدولة، والأمر الصادر من القانون^(٤).

وعليه فإن الطبيعة القانونية لطلب التنفيذ، الذي يقدم على شكل عريضة، ولا يخضع هذا الطلب لنظام الأمر على عرائض، من حيث التظلم منه لأنه الأمر بالتنفيذ يصدره القاضي إلى معاونه باعتباره رئيساً ومشرفاً على إجراء التنفيذ^(٥)، فهو يصدر دون انعقاد جلسة، ولا بحضور الخصم الآخر، ويتفق الفقه في مصر وفرنسا على أن عمل القاضي الأمر بالتنفيذ ينطوي تحت ما يسمى بالقضاء الولائي. ويعتبره البعض بأنه يقترب إلى العمل الإداري المكتبي^(٦).

من حيث سلطة القاضي في إصداره فيذهب بعض الفقه إلى وجوب تطبيق القواعد العامة في ممارسة هذه السلطة^(٧).

فالقاضي لا يتعرض لأصل الحق عند الأمر بتنفيذ الأحكام التحكيمية، وإنما يقوم بالاكْتفاء بالفحص الشكلي الظاهري، وهذا لا يكفي لأن أمر التنفيذ يعد عملاً خطيراً من

(١) د/ محمود محمود الطناحي، المقومات الموضوعية الشكلية للسند التنفيذي، ص ٢٢٣ رساله لمنيل درجة الدكتوراه دراسة تاصيلية مقارنة، ط ٢٠٠٥م كلية الحقوق جامعة القاهرة.

(٢) نفس المرجع السابق، ص ٣١٦.

(٣) د/ مشاراليه في نفس المرجع السابق، ٣٢٧ وما بعدها.

(٤) د/ أحمد أبو الوفاء، التنفيذ الجبري وقواعده، ص ٢٥.

(٥) د/ نجيب أحمد عبد الله، التنفيذ الجبري، ص ١٦٤.

(٦) د/ عماد مصطفى قيمانسي، سلطة القاضي إزاء القوة التنفيذية للأحكام، ص ٤١ وما بعدها، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة كلية الحقوق.

(٧) د/ أحمد ماهر زغول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، ص ٩٥.

الحكم الصادر في دعاوى البطلان أو الاستئناف في بعض الأحيان^(١).

وعليه فإن الأمر بطلب التنفيذ المقدم على شكل عريضة، إلى قاضي التنفيذ والأمر الذي يصدر بإجراء التنفيذ بناء على ذلك الطلب ذو طبيعة خاصة.

والذي نرى، أن الأمر الذي يصدره قاضي التنفيذ، هو مجرد رخصة، منحها القانون لإتمام التنفيذ الجبري. لحكم اكتملت جميع أركانه، وشروطه إلا أنه لم ينفذ عليه فأمر التنفيذ هو: مجرد إجراء خارجي، لا يؤثر في وجود الحق، كأحكام المحكمين، على خلاف أحكام القضاء التي تكون نافذة بمجرد صدورها.

وطبيعة الأمر المتعلق باستخدام القوة الجبرية أي المسلحة.

التي تقوم به السلطات العامة يحتاج إلى إجراءات شكلية معينة، وهي إصدار أمر القاضي بالتنفيذ والذي يجب على السلطات العامة، والجهات ذات العلاقة أن تقوم بتنفيذ ذلك الأمر الذي يصدره قاضي التنفيذ وتحقيقه على أرض الواقع. ولها استعمال القوة اللازمة الكافية في سبيل إنجازه وهذه الجهات الحكومية، وغيرها وكذلك أقسام الشرطة تعد الأداة الفعالة لتنفيذ الأحكام القضائية، والأحكام التحكيمية، والقرارات والأمور المتعلقة بالتنفيذ^(٢).

فدور القاضي الأمر بالتنفيذ. ليس أمر السلطة العامة، إذ بموجب مبدأ فصل السلطات كل سلطة ملتزمة بالحدود التي حددها الدستور، والقانون الدستوري، وإنما لكل سلطة أن تخضع للشرعية، ويلزم السلطات العامة باستخدام القوة والعمل على التنفيذ. وبالتالي فإن على السلطة التنفيذية القيام بالتنفيذ ومن أوجب الواجبات التي يجب أن تبادر إليها فهي ما سميت بالسلطة التنفيذية إلا لكونها هي التي تنفذ القوانين، والعمل بما جاء فيها، وعليه فإن طبيعة الأمر الذي يصدره القاضي ذات طبيعة قانونية نص عليها القانون، ولا يجوز مخالفته. ولا يقبل الطعن أو التظلم^(٣).

كما أنه لا يجوز للجهات الحكومية المنوط بها التنفيذ باستخدام القوة المسلحة التأكد من مدى صحته كأحكام التحكيم. إلا أن بعض تشريعات الدول لا تجيز للسلطات العامة القيام بالتنفيذ، إلا بعد التأكد من صحة الحكم قانونياً ويكون أمر القاضي الأمر

(١) د/ عماد مصطفى، سلطة القاضي إزاء القوة التنفيذية، ص ٤٢٨.

(٢) د/ عادل على محمد النجار، معوقات تنفيذ الأحكام القضائية، ص ٣٣٧، ط - ٢٠١١م.

(٣) د/ عماد مصطفى، المرجع السابق، ص ٤٩٢.

بالتنفيذ بمثابة الإشهاد بذلك^(١) ومن ثم نرى أن مضمون القوة المستخدمة هو: الحق في التنفيذ الجبري، وأيضاً يشمل الحق في إجبار المنفذ ضده، على التنفيذ، رغم إرادته، وهو ذو طبيعة عامة، له دور رادع، وزجر كل متمرد، وعاص، ممتنع عن الوفاء.

والحق في التنفيذ الجبري وهو تمكين طالب التنفيذ الحصول على حقوقه، وهو ذو طبيعة ذاتية - متعلقة بطالب التنفيذ. أما بالنسبة للأمر الصادر باستعمال القوة المسلحة بناء على طلب ذوي الشأن في حالة التنفيذ المباشر وذلك بموجب السند التنفيذي، المؤكد للحق الموضوعي. ولذلك فإنها تخضع لنظام الأمر على عرائض وكذلك أمر الأداء. أما بالنسبة لتنفيذ الأحكام القضائية. فالأصل أن تنفذ فوراً متى ما كانت قابلة للتنفيذ. ولذلك نجد أن وسيلة القوة تصلح لأي تنفيذ جبري سواء كان مباشراً أو غير مباشر.

ويثور التساؤل بشأنها هل يحق للمنفذ ضده حق التظلم أو الطعن بالأمر الصادر، باستعمال القوة المسلحة؟ الإجابة: نجد أن القانون اليمني لم ينص على ذلك، في حق المنفذ ضده، بالتظلم، والطعن بالأمر باستعمال القوة وكذلك الوسائل الأخرى كالحبس، والغرامة التهديدية. ولكن وفقاً لقواعد العدالة ونظراً لخطورة ذلك الأمر ولما يترتب عليه من أضرار، ومخاطر بالمنفذ ضده فإنه يخضع للتظلم منه أمام القاضي المختص الذي أصدر الأمر، أو رئيس المحكمة وفقاً لنص المادة (٢٥١)^(٢) سالف الذكر متى ما كانت هناك أسباب مبررة. ويكون للقاضي قبول التظلم إذا كان له أساس فله أن يوقف ذلك الأمر، لأن المنفذ ضده. قد يعلم به قبل إعلانه بذلك الأمر وبالتالي تكون له مصلحة والاحتياط بدفع ضرر يقع عليه. وذلك وفقاً للمادة (٧٥) م يماني التي تقضي بقبول أي طلب أو دفع تكون لصاحبه مصلحة قائمة أو محتملة. أما إذا تم التنفيذ بالقوة المسلحة وكان ذلك التنفيذ باطلاً. أو تجاوز حدوده وحدث أضرار بحق المنفذ ضده، فيحق له المطالبة بالتعويض وسنبين هذا في المبحث الثاني.

(١) المرجع السابق، ص ٤٩١.

(٢) د/ سعيد خالد علي جباري الشرعبي، الوجيز في أصول قانون القضاء المدني، الباب السادس حق التقاضي بأمر القاضي، ص ٦٣٨ وما بعدها، ط ٣، مكتبة الصادق صنعاء، ٢٠٠٥م.

المطلب الثاني

الضوابط القانونية لاستخدام القوة الجبرية المسلحة عند التنفيذ الجبري

إن التنفيذ الجبري عن طريق وسيلة القوة المسلحة: أمر هام ولا بد منه عند عرقلة التنفيذ الجبري لأسباب ترجع إلى أشخاص المنفذ ضدهم، فهي الوسيلة الفعالة لإتمام عملية التنفيذ والتي يتحقق بواسطتها عنصر الإكراه ولإلزام المعرقلين للتنفيذ، وتمكين طالب التنفيذ من الحصول على حقوقه بطريقة سهلة، وسريعة، وحسم المنازعات، وتحقيق العدالة وأنصاف الظالم ونصرة المظلوم.

وهذا هو الهدف من الأمر باستخدام القوة المسلحة، إلا أنه إجراء لا يخلو من مخاطر ولذلك عمدت أغلب التشريعات^(١) العالمية إلى وضع قواعد، وضوابط محدودة، في تنظيم استعمال القوة الجبرية المسلحة لإجراء أي تنفيذ جبري. وكذلك المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني، وضع شروطاً قانونية منظمة لاستخدام القوة المسلحة، عند التنفيذ الجبري، وذلك بما يناسب ويتلاءم مع أحوال وظروف المجتمع اليمني وأعرافه وتقاليده، الذي يمتاز بالطابع القبلي المتملك للقوة والسلاح، وذلك بهدف الحفاظ على الأمن العام، والنظام العام، وتحقيق الأمن والاستقرار. لأنه قد يؤدي استخدام القوة بالتنفيذ إلى عواقب وخيمة تعكر صفو الأمن العام والسكينة العامة ويهددها بالاضطراب^(٢).

ولذلك عمد المشرع اليمني إلى تنظيم الأمر باستعمال القوة المسلحة وجعله من اختصاص القضاء، أي قاضي التنفيذ وتحت إشرافه. ولذلك لا يجوز استعمال القوة إلا بناء على أمر يصدره قاضي التنفيذ. حتى لا تتعسف الجهات الحكومية ذات العلاقة في استخدامها. حيث كان التنفيذ في القانون السابق تقوم به جهات غير القضاء كالمحافظين ومدراء المديرية وتمثل هذه الضوابط والشروط التي يجب توافرها لإجراء أي تنفيذ جبري يتم عن طريق استخدام وسيلة القوة المسلحة وفقاً لنصوص المواد في قانون المرافعات والتنفيذ المدني (٣٦٦، ٣٧٠) وتمثل هذه الشروط بالآتي:

أولاً: التدرج في استعمال وسائل التنفيذ الجبري المباشر

وهذا يعد شرطاً أساسياً يفهم لنا من خلال النص في المادة (٣٥٧) م أي أن استخدام القوة هو الوسيلة الأخيرة من وسائل التنفيذ الجبري ولذا يجب على قاضي التنفيذ أن لا

(١) د/ عماد مصطفى، سلطة القاضي إزاء القوة التنفيذية، ص ١٦ وما بعدها.

(٢) د/ نجيب أحمد عبد الله، التنفيذ الجبري، ص ١٦٤.

يأمر باستخدامها إلا بعد استنفاد الوسائل المتقدمة التي هي الغرامة التهديدية والحبس. وعليه فإن هاتين الوسيلتين يكون للقاضي سلطة تقديرية فيها إن شاء استعمال الحبس دون الغرامة، بحسب نص المادة (٣٥٩) على خلاف استعمال القوة المسلحة. التي لا يجوز له استعمالها بدايةً إلا بعد الوسائل السابقة - وفقاً لنص المادة (٣٦٦) حيث تنص على أنه: (يجب على القاضي استعمال القوة متى ما تعذر عليه إجراء التنفيذ. بأي وسيلة من وسائل التنفيذ الأخرى) فاستعمال القوة واجب على القاضي الأمر بها بهدف إتمام التنفيذ الجبري، الذي يعد الثمرة التي يرغب طالب التنفيذ بتحقيقها. بطريقة سريعة، وحاسمة، وإزالة الضرر الذي لحق به جراء التأخير عن التنفيذ وبدون ذلك فلا تحقق الحماية القضائية ولا فائدة من الأحكام دون تنفيذها.

ثانياً؛ شرط اللزوم - الإمكانية:

يشترط في استعمال القوة أن يكون ممكناً ولازماً وفقاً لنص المادة (٣٦٧) م حيث تنص على أنه: (لا يجوز التنفيذ باستعمال القوة إلا إذا كان ذلك ممكناً، وأنها الوسيلة اللازمة أو الأكثر لزوماً) ومن هذا النص يتضح لنا أن شرط الإمكانية لاستخدام القوة للتنفيذ ممكن، أي مناسبة مع محل التنفيذ لأنه قد يختلف من محل إلى آخر، وكذلك يكون ممكناً ومناسباً مع الأشخاص المنفذ ضدهم حتى يكون استعمالها مناسباً مع موضوع التنفيذ، الذي تقع عليه وبالتالي يؤدي إلى نتيجة هامة وهي إتمام التنفيذ بطريقة سهلة دون أي ضرر وأكثر فعالية لحسم الخلافات وإرساء وتحقيق العدل والأمن والاستقرار^(١).

أما شرط اللزوم والأكثر لزوماً معني ذلك أنها الوسيلة الأخيرة لإتمام عملية التنفيذ ويأمر القاضي باستخدامها - متى ما تعذر إجراء عملية التنفيذ بالوسائل الأخرى كما سبق ذكره في الشرط الأول: أي أن التنفيذ لا يتم إجراؤه إلا بواسطة. وإلا فإن التنفيذ يصبح غير ممكن إجراؤه بدونها.

وعليه فإذا كان التنفيذ سيتم دون استخدام القوة، فلا يجوز استعمالها إذا كانت غير لازمة - ويترتب على استخدامها بطلان الأمر الصادر باستعمالها، ويحق للمنفذ ضده التظلم. فشرط اللزوم هو شرط موضوعي يخضع للظروف الشخصية المتعلقة بالمنفذ ضدهم^(٢). وكذلك المحل الذي يقع عليه التنفيذ ما إذا كان محل التنفيذ هدم أو إزالة أو إخلاء^(٣).

(١) د/ عادل علي محمد النجار، ص٢٦٧.

(٢) د/ عماد مصطفى، ص١٧ - ١٨.

(٣) د/ أحمد خليل، التنفيذ الجبري، ص٤٥١ وما بعدها.

ملازمة القوة الجبرية أمر ضروري حيث: يترتب على عدم الملازمة في استعمال القوة المسلحة أضرار، على المنفذ ضده^(١) ولذلك يكون من حقه المطالبة بالتعويض العادل مقابل الضرر الذي لحق به^(٢). وفقاً للقواعد العامة. وهذا سبب في حينه. وينبغي أن تكون استعمال القوة أن تكون مناسبة بحسب ظروف ووضع البلاد الذي تمر به، كأن تكون في حالة انعقاد مؤتمرات دولية، أو مناسبات وطنية وبذلك يجب على قاضي التنفيذ تأجيل الأمر باستعمال القوة، ويؤخرها إلى أن تنتهي تلك المناسبات، والأعياد الوطنية لأن التنفيذ باستعمال القوة قد يؤدي إلى تعكير الأمن والسكينة العامة بحيث يعكس سمعة سئية عن البلد.

ثالثاً: شرط الملاءمة في استخدام القوة:

المقصود بشرط الملاءمة لاستعمال القوة عند إجراء التنفيذ الجبري، أي: بمعنى الموازنة والمناسبة في التنفيذ، أي الموازنة بين القوة التي يأمر القاضي باستعمالها، لإتمام عملية التنفيذ، وبين محل التنفيذ، سواء كان محل التنفيذ أموالاً، أو أشخاصاً، ومدى قدرتهم، وتمردهم في الرفض والمغالبة في الامتناع عن التنفيذ.

الموازنة تعنى: أن يوازن القاضي بين مدى كفاية القوة التي يتم استخدامها في التنفيذ باعتبارها الوسيلة الأكثر لزوماً، والمناسبة للتنفيذ، وبين ما يترتب عليها من آثار، ونتائج قد تؤدي إلى اضطراب الأمن، والنظام العام، وما ترتبه من أضرار بالمنفذ ضدهم. فشرط الملاءمة هو من مطلقات السلطة التقديرية التي منحها المشرع لقاضي التنفيذ، في تقدير ملاءمة استعمال القوة بحسب ما نص عليه القانون في المادة (٣١٨) التي نصت على أنه: (يجب على قاضي التنفيذ أن يقدر ملاءمة استعمال القوة، إذا كان من شأنها إثارة قلق وفتن في المجتمع (بأجل معقول)).

أي أنه يجب على القاضي إعمال الموازنة، بين الضرر من عدم التنفيذ، وملاءمة القوة التي تستخدم للتنفيذ، أو تأجيلها. ولذا فعليه أن يقدر استعمال القوة بقدرها^(٣) ويرى بعض الفقه أن الملاءمة يتم تقديرها على أساس مجرد، أي أن يأخذ بعين الاعتبار فقط طبيعة الدعوى وبغض النظر عن الظروف الواقعية لكل حالة على حدة وخصوصاً الموقف الخاص لأطراف التنفيذ^(٤).

(١) د/ نجيب أحمد عبد الله، ص ٢٠٦.

(٢) د/ محمد بن حسين الشامي - نظرية المسؤولية المدنية ص ٢٩.

(٣) د/ نجيب أحمد عبد الله ص ٢٠٦.

(٤) مشار إليه في كتاب الدكتور عماد مصطفى - ص ١٨.

والضرر من عدم التنفيذ يمكن جبره أفضل من الضرر الذي ترتب عليه استخدام القوة، لأنه قد يؤدي إلى ضرر أكبر من ضرر عدم التنفيذ.

وفقاً للقاعده الفقهيّة (درء الضرر الأشد بالضرر الأخف)^(١)، وكذلك (درء المفسد أولى من جلب المصالح) وأيضاً (تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند التعارض)^(٢).

فهذه القواعد الفقهيّة الإسلاميّة تمثل الأساس الشرعي في تقدير الملاءمة فأغلب تشريعات الدول وكذلك والمشرع اليمني أخذ بها. وأوجب على القاضي أن يقدر الملاءمة عند الأمر باستعمال القوة المسلحة. مراعيّاً بذلك أعراف وعادات المجتمع اليمني ذات الطابع القبلي وذات القوة والنفوذ، وعليه أن يقدر ذلك بإعمال الملاءمة. حتى لا يتسرع بإصدار أمر يترتب عليه عواقب لا يمكن تلافيها، وبالذات في ظل الأوضاع الراهنة وغياب الدولة، حتى لا يؤدي إلى زيادة حدة المشاكل، وعدم تعرض القاضي نفسه للتهديد والخطر، وكذلك يعد من الملاءمة في استعمال القوة. استعمال وسائل أخرى قبل استعمال القوة مباشرة في التنفيذ بهدف الضغط على المنفذ ضدهم، مثل قطع الماء والكهرباء على العقار محل التنفيذ.

رابعاً: يجب ألا يتعرض أي من الآخرين لأي ضرر جراء استعمال القوة.

أي أن لا يؤدي إجراء استعمال القوة إلى حدوث ضرر بالغير، أو ممتلكاتهم، وأموالهم بسبب إجراء استعمال القوة عند التنفيذ ضد المنفذ ضدهم، لأنه قد يؤدي استعمال القوة إلى إحداث ضرر بالغير، وبالذات عندما تكون الأموال محل التنفيذ في أماكن عامة أو أسواق مزدحمة بالبشر مقارياً ومجاوراً لأموال وممتلكات لأشخاص آخرين. لا شأن لهم بذلك وفقاً لنص المادة (٣٦٩) م حيث تنص على انه: (يجب ألا يتعرض أي من الآخرين، لأي ضرر أو مخاطر جراء استعمال القوة ما لم يكن لهم يد فعالة في عرقلة التنفيذ).

وذلك لأن إجراء استخدام القوة المسلحة بحسب طبيعته إجراء خطير، ولذا يجب التحري والدقة عند القيام بإجراءاته وهذه الخطورة تكون أكثر، وبالذات إذا ما كان محل التنفيذ يقع في أماكن عامة. أو يكون محل التنفيذ بجوار مجموعة من الأفراد والأموال والممتلكات ولذلك يجب على الجهات القائمة بالتنفيذ ان تضع في حساباتها الطرق

(١) ابن مفتح، الشرح المختار في شرح الأزهار، للعلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتح، ج ٣، ص ٣٨٧، ط الأولى ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، مكتبة التراث الإسلامي. صعدة.

(٢) إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الملقب بالشاطبي - المرافعات في أصول الفقه ج ٢ ص ٣٩٦ دار المعرفة بيروت - تحقيق عبد الله دراز.

والسبل الكفيلة في حماية هؤلاء، وبعدم تعرضهم أو، ممتلكاتهم للخطر، والضرر^(١)، الذي يحدث بهم جراء استعمال القوة الجبرية عند التنفيذ.

وجاء في آخر النص عبارة ما لم يكن لهم يد في عرقلة التنفيذ.

فإذا كانت لهم صلة في عرقلة إجراء التنفيذ، لم يكن لهم حماية من مخاطر. وأضرار التنفيذ عند إجراءاته، بل يكونون في حكم المنفذ ضدهم. ولذا يجب علي القاضي الأمر باستعمال القوة المسلحة، وكذلك الجهات والهيئات الحكومية بما فيها أقسام الشرطة المنوط والمكلفة بتنفيذ أمر القاضي المقضي باستعمال القوة الجبرية. وبذل العناية اللازمة والحرص بالمحافظة ما أمكن على الأموال محل التنفيذ (أموال المنفذ ضده) فلا يجوز الإضرار بها بحجة أنه متمرد عن التنفيذ ما لم تكن تلك الأموال تقع تحت دائرة التنفيذ.

فإذا أحدث بها أضرار جراء التنفيذ فيتحمل تبعه ذلك المنفذ ضده^(٢)، إلا أنه وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني - يكون من حق المنفذ ضده المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به جراء التنفيذ - إلا أنه لا يستطيع المطالبة بالتعويض^(٣) - إلا إذا ثبت أن الجهة القائمة بالتنفيذ لم تبذل العناية اللازمة في المحافظة على أمواله عند إجراء التنفيذ الجبري.

إلا أنه وفقاً لقانون المرافعات والتنفيذ المدني. حسب نص المادة السالفة الذكر أنه ليس له حماية عن الأضرار، التي تحدث بهم جراء التنفيذ الجبري وكذلك كل من عرقل التنفيذ. ولذلك يتضح لنا من خلال نص المادة (٣٦٩) وكذلك المادة (٣٦٧) منه تعارض: حيث تنص المادة الأولى على أنه: يجب ألا يتعرض أي من الآخرين.. ما لم يكن له يد في عرقلة التنفيذ - أيضاً المادة الثانية: يجب المحافظة على أموال المنفذ ضده: إلا أنه أزال التعارض بينهما. إذا كان تلفها يرجع لضرورة إجرائية أي أن التنفيذ لا يمكن إجراؤه إلا إذا تم إتلافها بحكم الضرورة، لإجراء التنفيذ. تكون نتيجة الهلاك والتلف على المنفذ ضده - ولا يجوز له المطالبة بالتعويض وهذا سيأتي شرحه في المبحث الثاني. ومن ثم إنه يجب على القاضي ومعاونيه عند التنفيذ بوسيلة القوة مراعاة الضوابط والحدود

(١) د/ عبد العزيز خليل ابراهيم بديوي، الوجيز في قواعد إجراءات التنفيذ الجبري والتحفظ في قانون المرافعات، ص٤٠، دراسة مقارنة الطبعة الأولى الطبعة العالمية ت١٦-١٧ ش - القاهرة - الدكتور/ نجيب أحمد عبد الله - التنفيذ الجبري ٢٠٦ - ٢٠٧.

(٢) نفس المرجع السابق.

(٣) د/ محمد بن حسين الشامي - نظرية المسؤولية المدنية ص١١٥ وما بعدها.

اللازمة للمحافظة على أموال المنفذ ضده بحسب المادة (٣٧٠) وبالذات عندما يكون محل التنفيذ بالإزالة والهدم - والإخلاء أو البناء.

ويبدولنا مما سبق أن تلك الشروط سالفة الذكر، هي شروط خاصة متعلقة بوسيلة استعمال القوة المسلحة عند إجراء التنفيذ. وهي الأساس عند إجراء التنفيذ الجبري بالقوة الجبرية ولذلك وردت بصورة ضيقة من الناحية النظرية أما في الواقع العملي تكون لازمة في كثير من صور التنفيذ الجبري وطرقه^(١).

ولذلك فإن تلك الشروط يجب توافرها عند استخدام القوة، إلا أن هناك شروطاً عامة يجب توافرها لإجراء أي تنفيذ جبري ويأتي من وسائله، الثلاث وهذه الشروط لم يتم الحديث عنها وإنما اقتصرنا الأمر بتناول الشروط الخاصة باستعمال القوة الجبرية التي هي موضوع ومحل الدراسة.

ونلاحظ مما سبق الحديث عنه بشأن ضوابط وشروط الأمر باستعمال القوة المسلحة. وعليه يترتب على عدم توافر تلك الشروط أو أحدها عدم جواز استعمال القوة عند التنفيذ. ومن ثم فإن استخدامها يكون باطلاً ولا يمتد ذلك البطلان إلى بطلان التنفيذ.

(١) د/ نجيب أحمد عبد الله - التنفيذ الجبري ص ٢٠٧.

المبحث الثاني التنفيذ عن طريق وسيلة القوة والامتناع عن استعمالها

تمهيد وتقسيم .

بيننا في المبحث الأول، معنى استعمال القوة الجبرية، وكذلك أساسها وطبيعتها القانونية وأيضاً الشروط الواجب توافرها في القوة المستخدمة لإتمام إجراءات التنفيذ الجبري، ولذا نتناول في هذا المبحث بيان وتوضيح الكيفية التي يتم بها التنفيذ الجبري، باستعمال القوة المسلحة. باعتبارها الوسيلة الأخيرة من وسائل التنفيذ الجبري المباشر وغير المباشر. وكذلك نبين الدور والأهمية التي تحققها القوة الجبرية عند التنفيذ بواسطتها. وهي إتمام حصول التنفيذ الجبري الذي يعد ثمرة الجهود المبذولة من قبل طالب التنفيذ والسعي إلى تحقيق النتيجة، الهدف والغاية وهي الحصول على حقوقه، المشروعة، وكذلك نبين الآثار المترتبة على التنفيذ.

وأيضاً نبين حالات الامتناع عن استعمال القوة الجبرية في التنفيذ. وما يترتب عليها من آثار، وكذلك نبين الأسباب التي تتعرض إجراء التنفيذ.

وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: التنفيذ باستخدام القوة الجبرية، وأهميتها، وما هي الآثار المترتبة لاستخدام القوة لإجراء التنفيذ.

المطلب الثاني: الامتناع عن استعمال القوة في التنفيذ. وما هي أسبابه وما يترتب عليه من آثار، كالعقبات المعرقلة لإجراء التنفيذ مع بيان الحلول والمعالجات للتغلب عليها.

المطلب الأول

التنفيذ باستخدام القوة الجبرية المسلحة والآثار التي ترتبها

الفرع الأول

التنفيذ باستخدام القوة الجبرية المسلحة

بداية يجب الحديث عن الأحكام القضائية التي تكون قابلة للتنفيذ الجبري بأي وسيلة من وسائل التنفيذ المحددة قانوناً ومنها استعمال القوة المسلحة، إذا لم تكن الوسائل السابقة غير كافية أو لا تصلح أساساً لإتمام إجراءات التنفيذ الجبري، وعليه فالحكم القضائي، هو السبب المنشئ للحق في التنفيذ الجبري وفقاً لنص المادة (٢٣٥) م حيث تنص على أن (الحكم الحائز قوة الأمر المقضي به نهائي ينشئ الحق في تنفيذه بالقوة الجبرية وفقاً للشرع والقانون) وهذا ما يؤكد الحكم القضائي في حق ولاية محكمة التنفيذ في مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري - وهو السند التنفيذي^(١).

وبالتالي فإن كل الأحكام القضائية ليست قابلة للتنفيذ الجبري - فالأحكام التي تكون قابلة للتنفيذ الجبري المباشر يجب أن تتوفر فيها شروط معينة وتمثل هذه الشروط بالآتي:

- ١- أن يتضمن الحكم القضائي إلزاماً، وأحكام الإلزام: هي التي تتضمن بالزام المحكوم عليه بأداء معين والقيام بعمل والامتناع من عمل^(٢)، وهذه الأحكام هي التي تكون قابلة للتنفيذ الجبري عن طريق استخدام وسائله، ومنها القوة المسلحة وذلك من خلال الألفاظ الدالة والصريحة التي يتضمنها منطوق الحكم.
- ٢- أن يكون الحكم القضائي نهائياً، ومشمولاً بالنفاذ العجل، والأحكام النهائية هي: الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية في حدود النصاب بحسب المادة (٨٦) م يمني، وكذلك الأحكام التي انقضت عليها مواعيد الطعن بالاستئناف والأحكام المشمولة بالنفاذ العجل، والتي يجوز تنفيذها قبل أن تكون نهائية، وهو الاستثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأنه لا يجوز تنفيذ الحكم إلا بعد أن يصبح نهائياً، والتنفيذ المعجل قد يكون بقوة القانون دون أن تأمر به المحكمة

(١) حكم المحكمة العليا بالطعن رقم (٣١٤٤٩) لسنة ١٤٢٨هـ، جلسة ١٤٢٩/٥/٩ هـ الموافق ٢٠٠٨/٥/٤ م، القواعد القضائية - العدد ١١ - ص ٣٢٤.

(٢) د/ فتحي والي، التنفيذ الجبري ص ٣١، ط ٢، تاريخ ١٩٧٥ م.

أو يطلبه الخصم^(١) إذا قدر ضرورة التنفيذ المعجل للحكم، ويكون هذا التنفيذ ملائماً لطبيعة المسألة المعروضة عليه وهو ما يعتمد على القناعة الشخصية للقاضي دون حاجة إلى تسبب قراره إلا أنها تخضع هذه السلطة لمحاكم الدرجة الثانية^(٢)، وهذه الحالات في الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة بحسب المادة (٣٣٤ - ٣٣٥) م يماني، وهناك حالات جوازية للمحكمة أن تأمر بالتنفيذ وفقاً لنص المادة (٣٣٦).

وتعد هذه الأحكام من الأحكام التي يجوز تنفيذها ولو باستعمال القوة المسلحة إذا اقتضى الأمر بذلك، فيه توفر شروط معينة، وهذه الشروط تتعلق بشكل الحكم أو بالحق الثابت فيه الذي يجري التنفيذ القضائي، وهذه الشروط قد سبق ذكرها وفقاً لنص المادة (٣٢٦) م يماني.

وكذلك لا يجوز التنفيذ إلا بموجب الصورة التنفيذية للحكم، وهي صورة طبق الأصل من الحكم، ومذيلة بالصيغة التنفيذية، وممهورة بختم المحكمة وتوقيع كاتبها^(٣)، وتكون الصيغة التنفيذية وفقاً لنص المادة (٣٢٧) م يماني، حيث تنص (بقوة الشرع والقانون فإن السلطة القضائية تقرر فرض تنفيذ هذا السند التنفيذي جبراً، وعلى السلطة العامة أن تعين على إجرائه، ولو باستعمال القوة المسلحة متى طلب قاضي التنفيذ منها ذلك). وعليه فإن الأمر الذي يصدره قاضي التنفيذ باستخدام القوة يكون موجهاً إلى السلطة العامة السلطة التنفيذية، ممثلة بالحكومة على مختلف هيئاتها وسميت بهذا الاسم من كونها المكلفة بتنفيذ القوانين والأحكام التي تطبقها والصادرة عن المحاكم على اختلاف أنواعها، ودرجاتها وهذه هي المهمة الأساسية الملقى على عاتقها وواجب عليها^(٤).

وبالتالي فإن التنفيذ عن طريق استخدام القوة المسلحة لا يتم للجوء إليه إلا إذا تعذر إجراء التنفيذ، وعدم الخضوع والقناعة بما جاء في الحكم القضائي من قبل المنفذ ضده، وذلك عند قيام معاوني القاضي بإجراء التنفيذ فإن عجزوا عن إتمام إجراءات التنفيذ، فعليهم الاستعانة برجال الشرطة لمساعدتهم ومعاونتهم بكل ما لديهم من قوة لإجراء التنفيذ الجبري، وذلك بعد إذن القاضي أي بعد أن يصدر القاضي أمراً باستعمال القوة

(١) د/ عادل النجار، معوقات التنفيذ، ص١٤.

(٢) د/ إبراهيم أمين النيفاي، القوة التنفيذية للأحكام، ص٢٦٧، وما بعدها دراسة مقارنة الطبعة الثانية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر العربية.

(٣) د/ عادل النجار، معوقات التنفيذ، ص١٧ - ١٨.

(٤) د/ نبيل عمر د/ أحمد هندي، التنفيذ الجبري قواعد إجرائه، ص٢١٦ - ٢١٧ - الطبعة ٢٠٠٣م.

المسلحة إلى الجهات ذات العلاقة بمهمة تنفيذ الأحكام القضائية، وعلى السلطات العامة في الدولة ممثلة بوزارة الداخلية، وكذلك وزارة الدفاع القيام بتنفيذ الحكم القضائي^(١). بموجب أمر قاضي التنفيذ باستخدام قوة السلاح وإجبار المنفذه ضده على التنفيذ جبراً.

وللقاضي السلطة التقديرية في إصدار ذلك الأمر أو عدم إصداره الذي منحه القانون، بذلك لكون استخدام القوة إجراء خطير ليس بالأمر السهل، فإذا أصدر أمراً باستخدام القوة فعليه القيام بالإشراف على إجراءات التنفيذ التي يتخذها معاونوه والمحضرون الذين يقومون بمهام إجراء التنفيذ وهم من موظفي السلطة العامة، ويقومون بواجباتهم المحدودة قانوناً أو بناء على طلب ذوي الشأن^(٢).

والمحضرون كما أشرنا: هم موظفون عموميون الذين يقومون بمباشرة إجراءات التنفيذ، ولا يحق لهم الامتناع أو الرفض عن إجراء التنفيذ، أو الإهمال والتأخير، عن القيام باتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري، ولذا فإنهم يتعرضون للمساءلة التأديبية والجنائية في حالة الامتناع وهذا سيأتي شرحه في المطلب الثاني.

أما إذا كان الامتناع عن إتمام إجراءات التنفيذ يرجع إلى أسباب أخرى، لا يكون لهم شأن بذلك، كأن يكون ذلك العجز بسبب المقاومة، من قبل المنفذ ضدهم فلهم الاستعانة برجال الشرطة في أقرب قسم بوليس، فإن لم يسعفه ذلك طلب مساعدة إضافية من وزارة الداخلية، أو وزارة الدفاع عن طريق قاضي التنفيذ أو وزير العدل^(٣).

إلا أنه إذا كان التنفيذ باستخدام القوة المسلحة سوف يؤدي إلى إحداث إخلال واضطراب بالنظام العام والأمن العام ويهدد باستقرار كيان الدولة، وبالذات عندما تكون الدولة ضعيفة ليس لها أي هبة وكيان موحد ولا تحترم سيادتها وسيادة القانون. لذلك بسبب وجود العصابات القوية أو القبائل الكبيرة التي تملك القوة والنفوذ ولذلك الأمر، فالمشرع أخذ بعين الاعتبار هذه الأوضاع حفاظاً على الأمن العام والاستقرار، وأعطى القاضي السلطة التقديرية في تقدير مدى ملاءمة القوة المستعملة عند التنفيذ فله أن لا يأمر باستخدامها أفضل من هنا.

وبالتالي فإن التنفيذ لا يتم إجراؤه لتلك الأسباب والظروف التي وردت ولكن، في مثل هذه الحالة يجب على الدولة أن تقوم بتعويض طالب التنفيذ تعويضاً كافياً ومساوياً

(١) نفس المرجع السابق، ص ٢١٧.

(٢) د/ علي أبو عطية هيك، التنفيذ الجبري في قانون المرافعات، ص ١١١ - الطبعة ٢٠٠٨م، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية.

(٣) د/ نبيل عمر، د/ أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص ٢١٧.

للحق المطالب به، وكذلك التعويض عن التأخير من عدم التنفيذ، إذا كان له مقتضى، كذلك نفقات إجراءات الخصومة القضائية منذ أن بدأت. وهذا سوف نشرحه في محله من هذا المطلب.

وعليه فإن التنفيذ عن طريق استخدام القوة المسلحة له أهمية كبرى، وهي إتمام إجراء التنفيذ الجبري الذي كان متعذراً، ولأن إتمام التنفيذ بواسطة استخدام القوة له دور في تيسير السبل وتمهيد الطرق لإجراء التنفيذ، بصورة سريعة، وحاسمة وتحقيق العدل وإنصاف المظالم وإرجاع الحقوق لأصحابها، وكذلك لها دور فعال ليس فقط في حسم المنازعات وحل الخلافات، بل تؤدي إلى انعزال الأفراد عن عدم التعرض لحقوق الآخرين، وكذلك انخفاض نسبة عدد القضايا التي ترد حديثاً أمام المحاكم.

وأيضاً أن ضمان التنفيذ وكفالة تنفيذ الأحكام القضائية له دور كبير في تحقيق العدل والأمن والاستقرار بين المواطنين، وكذلك يعزز من مكانة وهيبة القضاء وقديسيته، أمام جميع أفراد المجتمع. وكذلك تحقيق الاطمئنان والثقة بعدالة الأحكام الصادرة عن القضاء. ويجعلهم أكثر قبولاً وسهولة الانصياع والخضوع بما جاء في حكم القضاء، وتنفيذه بطريقة أكثر سهولة وبصورة حاسمة دون حاجة إلى تدخل الجهات الأخرى ذات العلاقة بمهام التنفيذ. وبالتالي يجب على الدولة تحمل إجراءات التنفيذ وتبعاتها.

ولكن كل ذلك مرهون أساساً بمدى تجاوب الجهات والأجهزة الأمنية ذات العلاقة، باحترام تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء، وعدم تدخل ذوي النفوذ من مسؤولي الدولة وذلك وفقاً لنص المادة (٧) من قانون هيئة الشرطة الصادر بالقرار الجمهوري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٠م بشأن هيئة الشرطة حيث تنص (تعمل هيئة الشرطة على حفظ النظام والأمن العام والآداب العامة ولها على وجه الخصوص القيام بما يلي:

- ١- العمل على الوقاية من الجريمة، ومكافحتها والبحث عن مرتكبيها، والقبض عليهم وفقاً للقانون.
- ٢- حماية الأرواح والأعراض والممتلكات.
- ٣- كفالة الأمن والطمأنينة للمواطنين والمقيمين.
- ٤- مكافحة أعمال الشغب.
- ٥- إدارة السجون وحراسة السجناء.
- ٦- حراسة المرافق العامة، ومعاونة السلطات العامة، في تأدية وظائفها، وفقاً لأحكام هذا القانون.

٧- تقديم الخدمات الإجتماعية، والإنسانية للمواطنين.

٨- تنفيذ ما تصدره إليها السلطة القضائية من أوامر، وواجبات والمقصود بالأوامر، هي الأوامر التي من بينها أمر استعمال القوة المسلحة عند التنفيذ الجبري وكذلك لا يجوز لرجل الشرطة تجاوز حدوده وفقاً لنص المادة (١٠) (لا يجوز للشرطة استعمال السلاح أو إطلاق النار، إلا إذا كان استعمال السلاح أو إطلاق النار هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق الغرض وبالقدر اللازم شريطة أن يبذل رجل الشرطة جهده، في أن لا يصيب أحداً إصابه قاتلة، وذلك في الأحوال التالية..... الخ وعند القيام بأداء عمل تفرضه القوانين، أو بناء على تكليف من السلطة القضائية وتعرضه للمقاومة ومنعه من القيام بذلك عن طريق القوة).

ونلاحظ مما سبق من خلال نص المادة السالفة، أن رجال الشرطة والأمن، هم الذين يقومون بتقديم المساعدة، والعون للمحضرين ومعاوني قاضي التنفيذ عند مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، وذلك بناء على طلب مقدم من معاوني القاضي إلى قاضي التنفيذ؛ وقد سبق ذكر ذلك إلا أن الإشكالية تكمن حول مدى جواز المحضرين بالاستعانة بالسلطة العامة. الأصل أن المحضر ليس ملزماً بالاستعانة باصطحاب القوة العامة ورجال الشرطة عند التنفيذ^(١).

فالتنفيذ الذي يباشره ويقوم به المحضرون والاستعانة بالقوة المسلحة فيكون ذلك التنفيذ صحيحاً، ولكن لا يجوز للمحضر استعمال قوته الذاتية، في اتخاذ ومباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، حتى لا تحصل مقاومة من المنفذ ضده، فيضطرب الأمن أو يتم النيل من هيبة السلطة العامة، وعليه فيكون المحضر، هو السبب في ذلك ولذلك يجب عليه في هذه الحالة أن يطلب تلك المساعدة من السلطات العامة، فإذا قام بالتنفيذ دون قيامه بإجراء الطلب وقع باطلاً بالإجراء فضلاً عن مساءلته تأديبياً، وجنائياً، ويساءل مدنياً، اتجاه المنفذ ضده^(٢).

ويذهب الفقه إلى أن السلطة العامة من واجبها مساعدة المحضر في إجراء التنفيذ متى طلب منها قاضي التنفيذ، أو بدون أمر في حالة تنفيذ الحكم القضائي بموجب مسودته التي تغني عن الصيغة التنفيذية^(٣). فالقانون منع صاحب الحق في التنفيذ، أو الإخلاء الجبري من القيام به بنفسه أو يكلف المحضر بإجرائه، وذلك لأنه قد تحصل

(١) د/ محمود الطناحي، المقومات الموضوعية والشكلية للسند التنفيذي، ص ٤٤٧.

(٢) د/ أحمد خليل، التنفيذ الجبري، ص ٥٠٥.

(٣) د/ محمود الطناحي، ص ٤٤٧.

مقاومة مادية أو معنوية، وبالتالي يعرقل التنفيذ، ولذلك من واجب المحضر أن يطلب المعونة من السلطات العامة والممثلة بأجهزة الأمن رجال الشرطة والتي تكون من واجبها القيام باستعمال القوة عند إجراء التنفيذ أياً كان نوعها.

وهذا ما جعله المشرع اليمني في قانون هيئة الشرطة من واجبها وفقاً لنص المادة (١٠) التي سبق ذكرها.

ولا شك أن الحق في الاستعانة بالقوة المسلحة ينطبق، أياً كان نوع التنفيذ، سواء كان بطريق الحجز غير المباشر، أو المباشر أو الإخلاء، وكذلك الهدم والإزالة ولا يعني ذلك أن السلطة العامة قد أصبحت سلطة تنفيذ^(١).

فالتنفيذ الجبري يكون من واجبات المحضرين كأصل عام، دون غيرهم، والقانون نص على دور السلطة العامة على المعاونة على إجراء التنفيذ، بناءً على طلب من المختص به، وهو المحضر وعليه فالتنفيذ بالإخلاء، أو الهدم أو الإزالة، وغيرها الذي تقوم به السلطة العامة يعد باطلاً إذا تم دون طلب أو أمر بذلك، بينما التنفيذ الذي يقوم به المحضر يعد صحيحاً حتى وإن لم يتم اللجوء إلى الاستعانة بالقوة العامة^(٢)، وهذا هو الأصل.

وفقاً لنص المادة (٣٧٤) م يمني، حيث تنص على أنه (إذا كان محل التنفيذ هدماً أو إزالة، انتقل معاون التنفيذ إلى مكان التنفيذ في اليوم التالي لانتهاء المهلة، وقام بالهدم والإزالة على نفقة المنفذ ضده، أي يجب على المعاون الانتقال إلى محل التنفيذ بعد انتهاء المهلة المحدودة، وهي ثلاثة أيام فذلك التنفيذ يكون صحيحاً حتى ولو لم يتم الاستعانة برجال الشرطة.

أما إذا كان محل التنفيذ إخلاء المسكن أو العين، هل يكون التنفيذ بموجب سند الإخلاء صحيحاً، وإذا قام به المحضر بعد كسر الأبواب أو عند غياب المنفذ ضده أو رفضه فتحها، أو المساس بجسد المنفذ ضده عند فتح الأبواب، ومقاومة دخول المحضر^(٣) دون الاستعانة برجال الأمن أو الشرطة.

وفقاً لنص المادة (٤٢٠) م يمني التي تنص على أنه (يجوز إجراء الحجز التنفيذي في غياب طالب الحجز، إذا رأى قاضي التنفيذ ذلك أو عند امتناع المحجوز عليه الحضور، أو عند عدم وجوده في محل الحجز) ومن هذا النص ان المشرع منح القاضي سلطة تقديرية

(١) د/ أحمد خليل المرجع السابق ص ٢٠٠.

(٢) نفس المرجع ص ٥٠٠-٥٠١.

(٣) نفس المرجع السابق.

في الأمر بتنفيذ إجراء الحجز أو عدم الأمر به، وهذا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي بحسب الظروف والأوضاع ولا تخضع لرغبة المحكمة العليا.

وكذلك نص المادة (٤٢١) م اليمني، التي تنص (لا يجوز إجراء الحجز التنفيذي، إلا بحضور شاهدي عدل لاعلاقة، ولاقربة لهما، لأطراف التنفيذ.... الخ) فالهدف من حضور الشاهدين العدلين، هو الشهادة على صحة الإجراء بحيث لا يكون للمنفذ ضده أي سبيل في التذرع بعدم مشروعية الإجراء والرفض.

أما في حالة الإخلاء والرفض من قبل المنفذ ضده، بحسب ما جاء في المادة (٤٢٣) م اليمني حيث تنص (إذا رفض المدين أو أحد أفراد عائلته، أو مستخدميه، السماح بدخول المنزل أو محل، العمل والمخزن (المستودع) أو تؤدي عليه أو على أفراد عائلته أو مستخدميه، ولم يجب أحد أو امتنع عن فتح الأبواب.... جاز لمعاون التنفيذ بعد إذن القاضي التنفيذ باستعمال القوة المناسبة في خلع الأبواب وكسر الأقفال، وله مؤقتاً القيام بختم الأبواب بالشمع الأحمر، وتعتبر محجوزة من تأريخ وضع الختم ويكتب عليها ما يفيد حضر مس الأختام بدون إذن القاضي ومن خالف ذلك وقع تحت طائلة المسائلة الجزائية).

ومن سياق هذا النص يتضح لنا أن المشرع أجاز للمحضر القيام بإجراء التنفيذ لوحده دون الاستعانة برجال الشرطة العامة، وبالتالي فإن المنفذ ضده قد يستغل الفرصة في مثل هذه الحالة في التمرد والرفض والامتناع والقيام بالمقاومة وعدم السماح للمحضر بالدخول للمنزل محل التنفيذ ومن ثم يجوز للمحضر طلب المساعدة والعون من السلطة العامة باستعمال القوة، وذلك بعد إذن يصدره قاضي التنفيذ باستخدام القوة المسلحة والشروع بالتنفيذ واقتحام المنزل وكسر الأقفال وخلع الأبواب، ووضع الشمع الأحمر عليها. بما يفيد أن تلك المحال محجوزة ولا يجوز التعرض لها بالمساس ويعرض من يخالف ذلك للمساءلة الجزائية وفقاً للقانون.

فالمشرع اليمني أخذ بنفس ما أخذ به القانون المصري في المادة (٣٥٦) حيث تنص (لا يجوز للمحضر كسر الأبواب أو فض الأقفال بالقوة عند الحجز إلا بحضور أحد مأموري الضبط القضائي ويجب أن يوقع هذا المأمور على محضر الحجز وإلا كان باطلاً).

ولكن المشرع اليمني في حالة قيام المحضر دون الاستعانة برجال الشرطة لإجراء التنفيذ، فإن إجراء التنفيذ يكون صحيحاً، أما التوقيع من قبل المحضر ومعاوني التنفيذ على محضر الحجز وكذلك توقيع مأموري الضبط القضائي الذين ذكرهم نص المادة

(٤٢١) م يميني التي حددت البيانات التي يشتمل عليها محضر الحجز بالحجز فقط ويعد التوقيع على محضر الحجز من ضمن بيانات الحجز على المنقول وفقاً لنص المادة (٤٢٦) م يميني.

فلم ينص على بطلان المحضر. لأن التوقيع هو محدد بيان قيام المحضر

١- نص المادة (١٧٥) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة من نزع أو أتلف ختماً من الأختام الموضوعة على محل أو أوراق أو أشياء أخرى بناء على أمر من إحدى السلطات القضائية، أو الإدارية. أو فوت الغرض من المقصود من وضع الختم....الخ).

ولذلك تجد أن المشرع اليمني لم يضع نصاً صريحاً ينص بمنع قيام المحضر من الشروع بإجراءات التنفيذ الجبري باستعمال القوة الذاتية حتى لا يؤدي إلى عرقلة التنفيذ بسبب الامتناع والمقاومة من قبل المنفذ ضده ولذلك كان يجب على المشرع أن ينص على ذلك.

لذلك تفادياً لحدوث أي اعتداء عليه من قبل المنفذ ضدهم.

وهو بهذا يتفق مع المشرع المصري بعدم وضع نص خاص^(١)، ويرى شراح القانون: أن طلب تدخل السلطات العامة لا يكون إلا بناءً على طلب المحضر، ويجب عليه طلب المساعدة حتى لا يكون الاعتداء أو الخشية من تكراره حائلاً دون قيامه بالمهمة التي عهد إليه القانون بها على سبيل الانفراد تقريباً، وهذه القاعدة تنطبق على التنفيذ الجبري في مسائل الإخلاء وبالتالي يكون الإجراء الذي يقوم به المحضر باطلاً لسبب عدم الاستعانة بالقوة العامة فضلاً عن بطلان التنفيذ وقيام المسؤولية التأديبية قبل الحضر^(٢).

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على التنفيذ باستخدام القوة المسلحة

هذه الآثار تتمثل في استعادة الحق محل التنفيذ من يد المنفذ ضده عن طريق استخدام القوة الجبرية المسلحة عند إجراء التنفيذ الجبري ويترتب عليه عدة آثار قد تكون إيجابية أو سلبية. وتكمن الآثار الإيجابية لاستخدام القوة المسلحة من قبل رجال الشرطة، وهذا الأثر هو تحقيق الهدف والغاية، وهو حصول التنفيذ بطريقة أكثر فعالية

(١) د/ أحمد خليل، التنفيذ الجبري، ص٥٠٦.

(٢) المرجع السابق، ص٥٠٢.

وسرعة، لذلك يجب على الشرطة القيام بذلك وتقديم كل العون والمساعدة في إتمام التنفيذ الجبري ويعد من مهامها الأساسية^(١)، المنصوص عليها دستورياً وفقاً لنص المادة (٣٩) من الدستور اليمني حيث تنص (الشرطة هيئة مدنية نظامية تؤدي واجبها لخدمة الشعب وتكفل للمواطنين الطمأنينة والأمن وتعمل على حفظ النظام والأمن العام والآداب العامة، وتنفيذ ما تصدره إليها السلطة القضائية من أوامر..الخ).

وعليه فإن استخدام القوة وتقديم العون والمساعدة من أهم الواجبات الأساسية التي تقوم بها الشرطة، وإزالة كافة المعوقات المعرقة للتنفيذ، بغض النظر عن مصدر تلك المعوقات سواء كانت من المنفذ ضده، أو من الغير، والذي يجب عليهم عند القيام باستخدام القوة المسلحة أخذ الحيطة والحذر وعدم التجاوز والتعسف باستعمال القوة الجبرية ما لم فإنهم يتعرضون للمساءلة عن ذلك التجاوز، الا في حالة الضرورة الإجرائية التي تقتضيها ظروف^(٢). الحال المصاحبة ما لم فهم مسئولون عن ذلك التجاوز، فهو أمر متوقع عادة عند قيامهم بإجراء التنفيذ عن طريق استعمال القوة فقد يسيء أحد رجال الشرطة ويتسرع وعدم أخذ الحيطة والحذر، كأن يقوم بإطلاق النار على الشخص المنفذ ضده، يحدث به إصابات جسمانية أو يقتل أو يصاب بالغير، خاصة عندما يكون الشخص المطلوب المنفذ ضده بين مجموعة من الأشخاص، ولذلك يكون مسئولاً جنائياً وفقاً لقانون الجرائم والعقوبات، وفقاً لنص المادة (١٦٧، ١٦٨، ١٦٩) بشأن معاقبة الموظفين العاميين، ومن في حكمهم رجال الشرطة يمثلون الدولة بالتعامل مع سائر المواطنين، وكذلك المقيمين.

الذي يجب أن يكونوا ذوي أخلاق رفيعة مستحبة وبالصفات الحميدة، وكذلك التحمل الصبر، وحسن التعامل مع الغير وعدم التسرع في انفعالاتهم، ولذلك تحرص أغلب دول العالم كل الحرص في إعدادهم إعداداً صحيحاً. والعمل على تأهيلهم علمياً وعملياً، وتدريبهم وكيفية التعامل مع المجتمع والقيام بمهامهم واجباتهم حتى تكون أعمالهم وتصرفاتهم أكثر انضباطاً لهم، ومحكومة وفقاً للقانون فهم يمثلون الأداة الفعالة في يد القضاء وتنفيذ أحكامه وهذا مرهون أساساً بهم ومن واجبهم القيام بذلك.

ومن ثم فإن عدم التأهيل والتدريب الصحيح لهم له آثار سلبية على المجتمع ككل - وهذا سيأتي الحديث عنه في المطلب الثاني.

(١) د/ عادل النجار، معوقات التنفيذ، ص ٣٠٧.

(٢) د/ مطهر علي أنقع، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني الكتاب الثاني ص ٦٥، مكتبة خالد بن الوليد، طبعة ٢٠١٤م.

ومن الآثار المترتبة على التنفيذ باستخدام القوة الجبرية هي على النحو التالي:

أ- نفقات إجراءات التنفيذ:

ومن الآثار التي ترتبت على التنفيذ باستخدام القوة الجبرية نفقات إجراءات التنفيذ الجبري وهذه النفقات جاءت على سبيل الحصر بحسب نص المادة (٤٧٦) م يمني حيث تنص (نفقات التنفيذ القضائية فيما يأتي:

- ١- النفقات القضائية التي انفقت في حفظ أموال المدين المحجوز عليه.
- ٢- النفقات التي صرفت في ترميم الأموال المحجوزة وإصلاحها.
- ٣- النفقات اللازمة للنقل والانتقال وإجراءات البيع.
- ٤- ما أنفقه الحارس القضائي.....(الخ)

ولذلك نجد أن هذه النفقات، لا تشمل على كل ما أنفقه طالب التنفيذ في سبيل اتخاذ الإجراءات اللازمة لاستعادة حقه، ولذلك فإن النفقات التي لم يشملها نص المادة السالفة قد وردت في المادة (٤١٩) م يمني والنفقات التي يقدمها طالب التنفيذ تحسب على المنفذ ضده، ومن هذه النفقات نفقات الهدم، والإزالة والبناء، والإخلاء، وغيرها من النفقات التي بذلها طالب التنفيذ لغرض الحصول على حقه^(١).

ب- إعادة الحال إلى ما كان عليه:

وذلك إذا كان محل التنفيذ الإزالة، والهدم والبناء فإن التنفيذ باستخدام القوة يقتضي الأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه وهذا يعد من أهم الآثار وأكثرها خطراً وعليه فإن نفقات التنفيذ تكون على المنفذ ضده حسب نص المادة (٣٧٤) م يمني حيث تنص (إذا كان محل التنفيذ هدماً أو إزالة؛ انتقل معاون التنفيذ إلى مكان التنفيذ في اليوم التالي لانتهاؤ المهلة وقام بالهدم والإزالة على نفقة المنفذ ضده).

ومن هذا النص يتبين بأنه يجب على معاون قاضي التنفيذ أن يختار الوسيلة التي يتم بها الهدم أو الإزالة وبأقل كلفة، وتكون سلطته بذلك غير مقيدة^(٢)، وهذا ما يؤدي إلى عدم عدالة التنفيذ ومضاعفة نفقاته، وذلك في حالة إساءة معاوني قاضي التنفيذ باستعمال سلطتهم باختيار وسيلة غير ملائمة وأكثر كلفة^(٣)، وعليه فذلك قد يتجاوز معاوني قاضي

(١) د/ عادل النجار/ معوقات التنفيذ ص ٢٠٢ - ٢٠٣.

(٢) نفس المرجع السابق، ص ١٦٠.

(٣) د/ نجيب أحمد عبد الله، التنفيذ الجبري، ص ٢٣٥.

التنفيذ عند استعمال تلك السلطات وتتضاعف بشكل أكبر بالذات.

في ظل عدم وجود معايير قانونية صارمة لضمان كفاءتهم ونزاهتهم فكان من الأولى والأفضل أن يكون تحديد طريقة الهدم والإزالة والبناء وغيرها من الأعمال التي يترتب عليها تكاليف ونفقات كبيرة بموجب قرار يصدر من قاضي التنفيذ، بعد سماع أقوال طرفي النزاع وهذا الأمر موجود بكثرة في الواقع العملي لدى المحاكم ومن ذلك جاء في حكم محكمة شمال الأمانة الابتدائية في القضية التنفيذية رقم (٧) لسنة ١٤٣٠هـ وتتضمن هذه القضية السند التنفيذي، ثلاثة خيارات إلزام المنفذ ضده بتسليم للارض خالية من النزاع وتعويض طالب التنفيذ إرضاء مماثلة أو رد الثمن المدفوع، وجميع الغرامات وتوابعه.

وهذا يدل على أنه إذا تعذر التنفيذ لمحل الحق المتنازع عليه يجوز التعويض عنه بعينٍ أخرى مثله.

فهناك الكثير من الآثار في الواقع العملي تحصل عند إجراء التنفيذ الجبري بأي من وسائله، ومنها وسيلة استعمال القوة المسلحة، على الرغم من أن المشرع القانوني قد وضع ضوابط وحدوداً تبين كيفية استعمال القوة الجبرية متى ما اقتضى الأمر استخدامها لإتمام التنفيذ.

إن تلك الضوابط والحدود المتعلقة باستخدام القوة غير كافية بحد ذاتها، فقد تنحاز الجهة ومراكز الشرطة أو الأشخاص والأفراد، المكلفين باستعمال القوة للتنفيذ إلى أحد طرفي النزاع، وهذا يؤدي إلى الظلم بحق الطرف الآخر الضعيف وخاصة عندما يكون أحد أطراف الخصومة التنفيذية من ذوي النفوذ كمسؤولي الدولة، أو رجال القبائل الكبيرة ذات المال والجاه- وهذا يعد أحد معوقات التنفيذ التي سيأتي بيانها في المطلب الثاني.

ج- المسؤولية عن التنفيذ باستخدام القوة:

إن المسؤولية عن التنفيذ تعد من الآثار المترتبة على استخدام القوة وبأي من وسائله بشكل عام أو عن طريق استعمال القوة يترتب عليه المسؤولية: وهو التعويض وهذا التعويض لا يقتصر على التعويض المادي، بل يشمل أيضاً ما لحق به أي المنفذ ضده من خسارة، وما فاتته من كسب محقق، وكذلك يشمل التعويض المعنوي أي ما لحق به من إساءة للسمعة والشرف وذلك بحسب ما ورد في القواعد العامة المنصوص عليها

في القانون المدني^(١)، والتعويض لا يتقرر إلا بوجود خطأ يرتكب من قبل الجهات القائمة، والمنوط بها التنفيذ أو معاوني قاضي التنفيذ عند القيام بإجراءاته.

ويشترط الخطأ الموجب للمسئولية شروطاً معينة وهذه الشروط هي كالتالي:

١. أن يكون الخطأ ثابتاً فالقاعدة العامة في القانون المدني أن المسئولية المدنية لا تقوم إلا على خطأ واجب الإثبات^(٢)، ويثبت مدعي المسئولية (المنفذ ضده الخطأ ويتحمل هو عبء الإثبات فإن عجز فلا مسئولية على طالب التنفيذ بالتعويض، وهذا لم ينص عليه قانون المرافعات - وإنما يتحمل تبعات التنفيذ المنفذ ضده - وليس طالب التنفيذ.

٢. أن يكون الخطأ على درجة معينة من الجسامه أي لا مسئولية بالتعويض إذا لم يكن كذلك. ويرى البعض أن المسئولية لا تقوم إلا بالنسبة للأخطاء العمدية التي تصدر بقصد الكيد، والأخطاء الجسيمة التي تفيد حسن النية^(٣).

إلا أن البعض يرى الخطأ في التنفيذ الجبري، وبأي من وسائله، يوجب التزاماً بالتعويض سواء كان الخطأ جسيماً أو تعسفياً وتنتج عنه ضرر، ونرى أن هذا الرأي هو الأقرب إلى الصواب وتحقيق العدالة فلا يمكن أن يتحمل ذلك المنفذ ضده فكان من العدل تعويضه عن الضرر الذي لحق به جراء التنفيذ الخاطئ.

٣. الخطأ عمل أو فعل إيجابي يتميز عن مجرد ممارسة التنفيذ، أي أن الخطأ الموجب للمسئولية يتميز عن الخطأ الإجرائي الموجب للجزاء الإجرائي^(٤)، ولا يشترط لقيام المسئولية المدنية أن يكون الخطأ الموجب لها مما يستوجب جزاء إجرائياً.

ومما سبق يمكن القول أن الأخطاء الجسيمة التي تحدث من قبل الأشخاص القائمين بمهام التنفيذ تنشئ بحقهم المسئولية المدنية الجنائية أما الأخطاء اليسرة التي تحدث أثناء التنفيذ وذلك بحسب طبيعة الأشياء محل التنفيذ والتي جرى العرف على التسامح بها فلا مسئولية عليهم.

(١) المواد المنصوص عليها في القانون المدني اليمني، الباب الثالث، تحت عنوان التعويض (٣٤٧-٣٥٧).

(٢) د/ محمد بن حسين الشامي، نظرية المسئولية المدنية، ص٥٢ وما بعدها.

(٣) د/ محمود محمود الطناحي، المقومات الموضوعية والشكلية للسند التنفيذي، ص٢٨٨-٢٨٩.

(٤) نفس المرجع السابق، ص٢٨٨-٢٨٩.

الفرع الثالث

الآثار المترتبة أيضاً على إلغاء التنفيذ

إن الحق بالتعويض عند إلغاء التنفيذ الجبري يكون كافياً في كثير من الحالات، بالالتزام بالرد لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ الملغى، ولكن هناك حالات أخرى يكون الالتزام بالرد غير كاف لإعادة الحال إلى ما كانت عليه وإزالة آثار التنفيذ الملغى^(١)، كان يكون بيد الدائن سند تنفيذ وكان هذا السند مفتقراً أحد مقوماته الموضوعية بطرد مستأجر عن عين دون تحديدها تحديداً نافياً للجهالة وقام الدائن بالمطالبة بالتنفيذ وفعالاً تم التنفيذ وعن طريق وسيلة القوة المسلحة. وتم إخلاء العين المؤجرة وطرد المستأجر.

وبالتالي فيترتب عليه ضرر يعدم انتفاعه بالعين المستأجرة وهذا الضرر لا يمكن جبره باعادة الحل إلى ما كان عليه، أي بإعادة المستأجر إلى العين المؤجرة لديه، وعليه يحدث ضرر خلال تلك الفترة بين التنفيذ والإلغاء.. ولذلك فإن طالب التنفيذ يكون مسؤولاً عن ذلك الضرر، وفقاً للقواعد العامة، للمسئولية المدنية^(٢)، وهذه المسئولية لا تقوم إلا بتوافر عناصرها (الخطأ، أو الضرر، والعلاقة السببية).

ومسئولية طالب التنفيذ عن الأضرار التي تلحق بالمنفذ ضده عن التنفيذ الملغى، لا تقوم إلا على أساس واحد، وهو الخطأ الموضوعي الموجب للمسئولية دون الخطأ الإجرائي^(٣).

أما الخطأ الإجرائي فقد يكون مصدره طالب التنفيذ، أو المنفذ ضده، وكذلك معاونو قاضي التنفيذ، وبالتالي يكون معاونو قاضي التنفيذ مسئولين عن ذلك الخطأ، متى ما توفرت شروطه وهي الشروط السابقة التي سبق ذكرها:

وبناء على ما سبق يتبين لنا أن التنفيذ بالقوة الجبرية (المسلحة) هي الأكثر من بين الوسائل الأخرى فعالية وسرعة في إتمام التنفيذ. وإجبار المنفذ ضده على التنفيذ وهذا يعد من الآثار الإيجابية والهدف من استخدام القوة الجبرية.

ولكنها لا تخلو من المخاطر في حالة الخروج عن تلك الضوابط والحدود المتعلقة بها عند استعمالها للتنفيذ^(٤).

(١) محمود الطناحي، ص ٢٨١.

(٢) د/ محمد بن حسين الشامي ص ٣١٥ - ٣١٦.

(٣) د/ محمود الطناحي ص ٢٨٢ - ٢٨٧.

(٤) د/ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، ص ١٢٩، وما بعدها دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين شمس.

وبالتالي يترتب على استعمالها عدة آثار ومنها المسؤولية عما يترتب على التنفيذ من أضرار تلحق بالمنفذ ضده، وبالتالي يتعذر له الحق بالمطالبة بالتعويض، وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني ولم ينص قانون المرافعات على ذلك وإنما ورد في نص المادة منه (٣٧٠): حيث أوجبت على القائمين بالتنفيذ بذل العناية والحرص في المحافظة على أموال المنفذ ضده عند استعمال القوة، ولكن نجد أنها استثنت من ذلك في حالة التلف أو الهلاك للأموال محل التنفيذ، يرجع إلى ضرورة إجراءات التنفيذ ومقتضياته - فتكون نتيجة الهلاك والتلف على المنفذ ضده. أما إذا كان ذلك يرجع إلى خطأ أو إهمال أو تقصير وعدم بذل العناية والحرص من قبل القائمين بالتنفيذ فإنهم يتحملون المسؤولية عن ذلك الإخلال والإهمال.

أما في حالة إلغاء التنفيذ يأتي بئناً من طرفه، سواء كان الطعن بالإلغاء، أو التعديل وفقاً لنص المادة (٣٣٣) م يمضي حيث تنص على أنه (إذا حكم في الطعن بالإلغاء أو تعديل أو نقض حكم تم تنفيذه تتولى المحكمة التي باشرت التنفيذ إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ دون حاجة إلى حكم جديد).

ويتضح من هذا النص أن إعادة الحال إلى ما كان عليه قد لا يكون كافياً بحق المنفذ ضده وبالتالي لا بد من التعويض العادل؛ عن طريق المطالبة به من المنفذ ضده إلى المحكمة التي باشرت التنفيذ، وعلى المحكمة أن تحكم له بالتعويض، إذا وجد له مقتضى وبعد التأكد من ذلك.

وهذا قد يعد مخالفاً للقواعد العامة التي تقتضي بخروج النزاع من ولاية المحكمة مصدر الحكم ولكن للرد على ذلك بأنه يمكن للمنفذ ضده أن يطلب من المحكمة المصدرة لحكم التنفيذ اللاتماس وإعادة النظر، وهذا ما قال به أستاذنا الدكتور عبد الملك الجنداري. لأنه لا يعد قياساً على الاستثناء من القاعدة العامة^(١).

(١) د/ عبد الملك الجنداري، كفاءة القاضي الفنية والإدارية، ص ١٤٢، الطبعة الثالثة ٢٠١٣م.

المطلب الثاني

الامتناع عن استعمال القوة عند التنفيذ وما يترتب عليه من آثار

الفرع الأول

الامتناع عن استعمال القوة عند التنفيذ

لقد سبق القول بأن المشرع القانوني. منح قاضي التنفيذ سلطات تقديرية وصلاحيات واسعة عند الأمر باستعمال القوة المسلحة بهدف إجراء التنفيذ وإتمامه، وتمكين صاحب الحق من الحصول على حقوقه.

وعليه فإن الامتناع في استعمال القوة. أو استعمالها لإجراء التنفيذ تكون من مطلقات سلطة القاضي التقديرية، إلا أن تلك الصلاحيات والسلطات ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بالضوابط والحدود التي نظمها المشرع في قانون المرافعات، في المواد (٣٦٦-٣٧٠) ومن ثم فإن الضابط الرئيسي في استعمالها، هو مدى تحقق الغاية من التنفيذ بصورة سريعة وحاسمة وعادلة، بحيث يكون إجراؤه أكثر فعالية.

وبالتالي فإن إساءة محكمة التنفيذ لسلطتها التقديرية يعد أكثر خطورة قد يخضع لرقابة المحكمة الأعلى درجة، وقد يصل ذلك الإخلال إلى مساءلة القاضي التأديبية أو المدنية وذلك بحسب المخالفة. فقد تكون المخالفة صريحة ثابتة، وقد تكون خلاف ذلك^(١) حيث يصعب مساءلة إثباتها وبالتالي فلا يسأل عنها. وعليه فإن إخلال المحكمة بواجبها يترتب عليه قانوناً جزاءات إجرائية، ويتقرر الحق للخصوم بالاعتراض عليها^(٢) وإساءة القاضي لاستعمال سلطاته تنقسم إلى درجات، إن عدم استعمالها إهمالاً أو تهاوناً أعلاها، درجة التعمد في استعمالها بشكل يتعارض مع غاية، وهدف التنفيذ وبدافع غير مشروع^(٣).

أما بالنسبة للمحضر أو معاوني قاضي التنفيذ فهم ملزمون بإجراء التنفيذ، وفقاً للأوضاع المقررة في القانون متى طلب منه ذلك، فإذا امتنع فإنه يكون مسؤولاً عن امتناعه ويجوز لطالب التنفيذ أن يرفع أمره إلى قاضي التنفيذ لجره على القيام به، أما

(١) د/ عادل علي النجار، معوقات التنفيذ، ص٢٦٩.

(٢) د/ سعيد خالد الشرعبي، أصول قانون القضاء المدني، ص٢٢٨، وما بعدها، ط ٣ - ٢٠٠٥م، مكتبة الصادق للتوزيع صنعاء.

(٣) د/ عاجل علي النجار ص٢٦٨.

إذا كان امتناعه يستند إلى حجة قانونية عرض الأمر على القضاء ليفصل فيه بحكم^(١).

أما إذا كان الامتناع يرجع لسبب المقاومة من قبل المنفذ ضده، سواء كانت تلك المقاومة مادية - أو معنوية فعلى المحضر في مثل هذه الحالات أن يتخذ جميع الوسائل التحفظية الممكنة، وله أن يطلب من السلطات العامة تقديم كل المساعدات في سبيل إنجاز مهام التنفيذ، ومن ذلك استعمال القوة المسلحة. وتقديم كل ما لديها من الوسائل اللازمة لتحقيق التنفيذ. وإلا كانت الدولة مسؤولة عن عدم استخدام ذلك. وتعويض طالب التنفيذ عن الضرر الذي لحق به جراء عدم إتمام التنفيذ وتمكينه من الحصول على حقه، أو تأخير الحصول عليه، ومن ثم فإن الامتناع عن استعمال القوة المسلحة عند إجراء التنفيذ يكون في حالتين^(٢)، الحالة الأولى: حدوث قوة قاهرة بحيث يصبح التنفيذ متعذراً ومستحيلاً وفي هذه الحالة لا تكون الدولة مسؤولة عن التعويض^(٣) مثال على ذلك: حدوث فيضان أغرق المنطقة التي يتعين فيها إتمام التنفيذ أو حاصرتها جيوش العدو، وهذا يعد قوة قاهرة تمنع المحضر باتخاذ إجراءات التنفيذ.

الحالة الثانية: امتناع الحكومة عن التنفيذ، وذلك مراعاة للنظام العام والمحافظة على الأمن والاستقرار، وبهذه الحالة تكون مسؤولة عن ذلك، وتعويض طالب التنفيذ عن الضرر الذي أصابه من عدم الحصول على حقه أو تأخير الحصول عليه.

ويتولى القاضي تقدير التعويض، في حالة ما إذا كان التنفيذ باستخدام القوة المسلحة سوف يؤدي إلى ضرر أكبر من الضرر الذي يصيب طالب التنفيذ، يمتنع عن استعمال القوة بحسب نص المادة (٣٦٨) م يمني حيث تنص على أنه (يجب على قاضي التنفيذ أن يقدر ملاءمة استعمال القوة إذا كان من شأنها إثارة قلاقل وفتن في المجتمع وبأجل معقول).

فالملاءمة في استعمال القوة قد سبق ذكرها في المبحث الأول.

فإذا كانت القوة غير ملائمة في التنفيذ فيجب على قاضي التنفيذ أن يوازي بين الضرر الذي سيحدث من عدم ملاءمة استعمال القوة أو تأجيلها إذا كان استخدامها سوف يسبب وقوع ضرر أكبر. وعليه أن يقدر وسيلة استعمال القوة بقدرها^(٤) بحيث يكون استخدامها مناسباً وممكناً وفقاً لنص المادة (٣٦٧) م يمني.

(١) د / أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ الجبري، ص ٢٦.

(٢) د / أحمد أبو الوفاء، ص ٢٧.

(٣) نفس المرجع السابق.

(٤) د / نجيب أحمد عبد الله، التنفيذ الجبري، ص ٢٦٠.

فامتناع قاضي التنفيذ عن إصدار أمر باستخدام القوة، يفترض أنه قد قدر بعدم مناسبة تلك القوة للتنفيذ، لأنها غير ملائمة، وذلك بموجب السلطة التقديرية التي أعطاها المشرع. وبالتالي فلا يسأل القاضي عن تلك السلطة، لأنه من الصعب الوقوف على سلطة التقدير وصعوبة إثباتها. فالقاضي عندما يمتنع عن الأمر باستخدام القوة، فإنه سيقوم بإجراء الوسائل الأخرى، التي هي، الغرامة التهديدية، والحبس. وهذا لا إشكال فيه، ولكن الإشكالية تكون في حالة الامتناع عن استعمال القوة الجبرية بحيث تكون هي الطريقة والوسيلة الأكثر لزوماً ولكن لا يتم استخدامها إلا إذا كانت غير صالحة للتنفيذ أي غير كافية الوسائل الأخرى السابقة التي هي الغرامة التهديدية والحبس.

وهنا تكمن الإشكالية ويثور السؤال؟ هل سيقف قاضي التنفيذ عاجزاً عن التنفيذ أم أنه سوف يضع حلولاً أخرى تحل محل التنفيذ.

ولكن في مثل هذه الحالة يمكن القول بأن على قاضي التنفيذ أن يصدر أمره باستعمال القوة وعلى الجهات المختصة القيام بالتنفيذ، وفي حالة عدم قيامها بذلك فعلى طالب التنفيذ التخطب مع الجهات الأعلى، أو لإلزام الجهات الأدنى في تنفيذ مهامها... أو المطالبة بالتعويض أمام المحكمة التي باشرت إجراءات التنفيذ دون حاجة لتقديم دعوى جديدة. بحسب ما جاء في نص المادة (٣٣٣) م يماني، أما إذا كان التنفيذ باستخدام القوة سوف يؤدي نتائج ضارة تعكر صفو الأمن والاستقرار والنظام العام، فعلى الدولة أن تعوض طالب التنفيذ عن عدم حصوله على حقوقه أو التأخير بإجراء التنفيذ، ولم ينص المشرع على مثل هذه الحالة.

وهذا أمر واقع في الحياة العملية ومنتشر بكثرة، خاصة عندما يكون المنفذ ضدهم من ذوي النفوذ، أو رجال القبائل التي اعتادت السطو بالقوة على أموال الناس والاعتداء على ممتلكاتهم. وبالتالي فإن التنفيذ يكون متعذراً بسبب امتناع المنفذ ضده والخضوع لحكم القضاء، وعدم إتمام تنفيذه وهذه مشكلة كبرى في الواقع العملي ولها عواقب وأثار خطيرة، على القضاء وعلى المجتمع بأسره. وبالتالي ماهي الطريقة التي يستخدمها طالب التنفيذ للحصول على حقه المشروع هل سيخضع للأمر الواقع ويشكو أمره إلى المولى جل وعلا، أم يسلك طريقة أخرى للحصول على حقوقه؟ بأي طريقة كانت سواء أخذ حقه بالقوة، أو بالانتقام من ذلك المتمرد الغاصب لحقوقه، أو المطالبة بالتعويض عن حقه بما يماثله ويعادله، ولكن قد لا يستجيب المنفذ ضده لذلك وهذا أمر موجود في الواقع العملي وفقاً لنصوص المواد (٣٤٧، ٣٤٨، ٣٥١، ٣٥٢).

ولم يوجد نص صريح في قانون المرافعات والتنفيذ المدني ينظم ذلك وإلزام المنفذ

ضده بالتعويض البدلي الذي يحل محل التنفيذ الأصلي^(١)، وإنما نص عليه في القواعد العامة في القانون المدني اليمني في حالة استحالة التنفيذ العيني وفقاً لنصوص المواد. ومن ثم فإن التنفيذ في مثل هذه الحالة سيكون متعذراً، ولا يكون لطالب التنفيذ المحكوم له بالحصول على حقه المؤكد بالسند التنفيذي، ولكن بحسب القواعد العامة فإن من حقه المطالبة بالتعويض العادل أمام محكمة التنفيذ التي باشرت إجراءاته، دون حاجة إلى دعوى جديدة، وهذا التعويض قد لا يكون في كثير من الحالات، بديلاً أو كافياً عن الالتزام الأصلي.

وقد لا يلتزم أو يخضع المنفذ ضده بدفع التعويض سواء كان بديلاً أو نقدياً، وهذه نفس الحالة السابقة. ويثور السؤال من هو المسؤول عن ذلك؟ في مثل هذه الحالة - وعليه فالدولة هي التي تتحمل المسؤولية في تعويض طالب التنفيذ^(٢)، أو إجبار المنفذ ضده على ذلك إذا استطاعت، أما إذا عجزت فهي المسؤولة بالتعويض العادل، والكافي لطالب التنفيذ شرعاً وقانوناً واجب عليها القيام بالتنفيذ بكل ما لديها من وسائل واستخدام كامل قوتها.

وإلا فما أهمية وجودها، لأن عدم تنفيذ الأحكام القضائية يؤدي إلى الانتقامات والثأر واضطراب النظام العام، وإحداث أضرار بالمجتمع أكبر من الضرر الذي سيحدث ما إذا تم التنفيذ عن طريق استخدام القوة المسلحة^(٣) وعلى الدولة أن تبذل وتقوم بكامل قدرتها وطاقاتها في سبيل تنفيذ الحكم القضائي، حتى وإن أدى الأمر إلى قيام الحرب، ولذلك فقد حارب أبو بكر رضي الله عنه مانعي الزكاة لإنكارهم ركناً من أركان الإسلام وجحودهم بفضية الزكاة، فبدون تنفيذ الأحكام القضائية فإنها لا تحمل أي قيمة، ولا أهمية لوجودها دون تنفيذ لها، وفقاً لقول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: (لا حكم دون تنفيذ)^(٤) وهذا فضلاً عن أن التزام الخصوم بأحكام القضاء، من الفروض، فإذا امتنعوا عن تنفيذها حوربوا عليه. كما يحاربون على امتناعهم عن أداء الفروض^(٥).

ومن ثم فلا يحق للدولة، وكذلك الجهات ذات العلاقة بالتنفيذ، بما فيها مراكز وأقسام الشرطة الامتناع عن التنفيذ ولو باستعمال القوة المسلحة، وكذلك الامتناع

(١) د/ عادل النجار، معوقات التنفيذ، ص ٢٩٦.

(٢) د/ أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ، ص ٢٧.

(٣) د/ نجيب أحمد عبد الله، التنفيذ الجبري، ص ٢٠٧.

(٤) د/ السعيد محمد الازمزي عبد الله، السند التنفيذي، ص ٤٧ - ٤٨.

(٥) نقل عن المرجع السابق، مشار إليه في الهامش، ص ٤٨.

عن تقديم المساعدات والمعونات المادية، وأيضاً الإيضاحيات والبيانات اللازمة لإتمام عملية إجراءات التنفيذ الجبري، حتى ولو كان ذلك التنفيذ سيتم إجراؤه ضد إدارة الدولة، فعليها القيام بكل ذلك، واحترام ما جاء في القانون والأحكام القضائية المقررة المنطبقة عليها، والعمل على احترامها والخضوع لأوامر القضاء وما يصدره من قرارات وهذا واجب عليها، ومن أهم الواجبات الالتزام بأحكام القانون، والعمل على تطبيقه وعدم مخالفته.

الفرع الثاني

حالات الامتناع قد تكون من الدولة أو من الأشخاص الاعتبارية

١- امتناع ادارة الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة عن التنفيذ:

إن وصول رحلة المطالبة بالحق إلى مرحلة التنفيذ الجبري، هي المرحلة النهائية من الخصومة القضائية، يفرض بداهته عدم أداء المحكوم عليه الحق بشكل اختياري. ومن ذلك فإن إجراءات التنفيذ الجبري ضد المسنّف ضدّه وضعت بهدف الإكراه على أداء الحق، حيث تقوم به السلطات العامة دون الاعتداد بإرادته. وهذا أمر مرهون أو يعتمد على وجود دولة قوية قائمة على احترام وسيادة القانون فوق الجميع حكماً ومحكومين^(١)، فاحترام إدارة الدولة وكل أجهزتها ومؤسساتها للأحكام القضائية، والعمل بما جاء فيها وكفالة تنفيذها، من المقتضيات الضرورية والجوهرية لتحقيق أهم مبدأ، وهو سيادة القانون والمشروعية التي لا تكتمل أركان الدولة القانونية إلا بها^(٢) وهذه ضمانة أساسية وهامة لتحقيق مبدأ استقلال القضاء، لأن امتناع الدولة عن تنفيذ الأحكام القضائية أصبح أمراً واقعاً وكذلك التهاون والتأخير في تنفيذها، ليس في اليمن فحسب، بل أصبح يشكل ظاهرة مألوفة في معظم دول العالم^(٣).

وهذا ما يؤدي إلى خلخلة واضطراب الأنظمة، وظهور الثورات المناهضة لذلك، والمطالبة بالعدالة والمساواة - وبالتالي قد يؤدي إلى اشتعال الفتن والحروب الأهلية - وتصبح الدولة لا وجود لها.

(١) د/ خالد عمر عبد الله باجنيد، القضاء الإداري، الدعوى الإدارية وخصوبيتها، ص- ٧-٨-٩، ط - ٢٠١٤م - إصدارات دار جامعة عدن.

(٢) نفس المرجع السابق، د/ عادل النجار ص٢٩٦ - ٢٩٧.

(٣) د/ عادل النجار ص٢٩٧.

٢- صور امتناع إدارة الدولة عن استعمال القوة الجبرية في التنفيذ الجبري .

قد تتعدد صور امتناع الدولة عن إجراء أو إتمام عملية التنفيذ الجبري وذلك بحسب طبيعة واختلاف محل وموضوع التنفيذ وذلك على النحو الآتي:

١. قد يكون ذلك الامتناع بصورة صريحة بعدم الخضوع والامتثال للحكم التنفيذي. أو للأمر القضائي المقضي باستعمال القوة المسلحة متى ما اقتضى الأمر.
٢. قد يكون الامتناع بشكل جزئي (التنفيذ الناقص).
٣. وكذلك يكون الامتناع عن طريق إصدار قرار يزيل محل التنفيذ وهذا يكون في حالة القرارات الإدارية^(١).
٤. وقد يكون الامتناع ضمناً وذلك بالمماطلة والعرقلة والتأخير في إجراء التنفيذ ومن صور الامتناع الضمني بالتأخير والمماطلة في التنفيذ مثال على ذلك الحكم القضائي الصادر عن محكمة جنوب غرب الأمانة الابتدائية بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣م في قضية باحثي مركز الدراسات العليا والبحوث اليمني، والذي قضى الحكم بإلزام وزارة المالية بتسليم مستحقات الباحثين مركز الدراسات العليا، وبعد امتناع الوزارة عن تنفيذ الحكم القضائي، أصدرت المحكمة الأمر القضائي بتاريخ ١٩٩٨/٨/٥م إلى البنك المركزي، وألزمته بتنفيذ قرار الحجز، إلا أن محافظ البنك رفض أمر المحكمة، وبعد تم تشكيل لجنة للبت في القرارات والأحكام الصادرة ضد هيئة الدولة وبرئاسة وزير العدل وعضوية وزير المالية ومحافظ البنك المركزي^(٢).

وأيضاً ما جاء في حكم المحكمة الادارية بأمانة العاصمة في القضية الإدارية رقم (١٦) لسنة ١٤٣٣هـ الموافق ٢٠١٢/١١/١٤م. في قضية جرحى شباب الثورة السلمية، وامتناع الإدارة عن التنفيذ بالتبرير بمبرر، عدم المقدرة المالية، وهذا يعني أن عدم المقدرة المالية يعد من العوائق التي تتحول دون إمكانية التنفيذ.

وبالتالي فإن الامتناع في مثل هذه الأحوال يتصور وجوده عندما يكون المنفذ ضده إدارة الدولة فيتيح لها الفرصة. فكثيراً ما تتذرع إدارة الدولة بعدم كفاية مواردها المالية

(١) د/ خالد عمر باحيثة - الدعوي الادارية ص١٩٧.

(٢) د/ غالب بن غالب القعيطي - تنفيذ الأحكام القضائية ضد الدولة ص١٥١ رسالة لنيل درجة الماجستير- كلية الحقوق جامعة عدن - بتاريخ ٢٠١١م.

كسبب للامتناع أو التأخير، في تنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر القضائية. (لذلك فإن القضاء المقارن على المستويين الدولي والوطني، لا يعتد بعدم كفاية الموارد المالية، كسبب لامتناع الدولة عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها)^(١).

٣- امتناع إدارات الدولة والجهات ذات العلاقة عن تنفيذ الأمر باستعمال القوة الجبرية المسلحة:

لقد قلنا بأن الأجهزة الحكومية، والجهات ذات العلاقة بما فيها مراكز وأقسام الشرطة هي الأداة الفعالة الرئيسية للقضاء في تنفيذ أحكامه والقرارات والأوامر الصادرة عنه، وبالتالي فإن هذه الجهات الحكومية قد تمتنع عن تنفيذ أمر القاضي المتعلق باستخدام القوة المسلحة وكذلك الإحجام عن تقديم المساعدات اللازمة لإجراء التنفيذ الجبري سواء كان مباشراً أو غير مباشر.

وعليه يثور السؤال: هل يحق للحكومة الإحجام والامتناع عن تنفيذ ذلك الأمر، المقضي باستعمال القوة؟^(٢) الجواب على ذلك يمكن القول أنه يفترض بدايةً عند قيام قاضي التنفيذ عندما يصدر ذلك الأمر بموجب سلطته التقديرية التي منحها المشرع، ويكون قد قدر مدى ملاءمة ومناسبة القوة التي يتم استخدامها لإجراء وإتمام التنفيذ الجبري. ومن ثم فعلى تلك الجهات الحكومية بما فيها أقسام الشرطة والأمن القيام بتنفيذ ذلك الأمر، انطلاقاً من واجبها القانوني المعهود إليها في تنفيذ الأحكام والأوامر والقرارات القضائية، ولا يجوز لها الإحجام والتهاون والتأخير عن القيام بتنفيذها، وذلك بحسب ما جاء في نصوص المادتين (٧-١٠) من قانون هيئة الشرطة العسكرية سالف الذكر.

فإذا امتنعت دون أي أسباب تتذرع بها بحجة الامتناع عن ذلك، فهي مسؤولة عن ذلك، أي تتحمل المسؤولية التأديبية لأنها مخالفة وتصل إلى المساءلة المدنية والجنائية، وفقاً للقوانين النافذة. ولا يجوز لها التذرع والاحتجاج بعدم مناسبة وملاءمة استعمال القوة المسلحة بالتنفيذ، حتى وإن كان يؤدي استعمال القوة إلى اضطراب الأمن العام والسكينة العامة.

ما دام أن ذلك الأمر قد صدر من القاضي المختص بالتنفيذ، وليس من حقها تقدير الملاءمة باستعمال القوة من عدمه، لأن المشرع قد حسم ذلك الأمر، وجعله من مطلقات

(١) د/ عادل علي أحمد النجار- ص ٣٠.

(٢) د/ نجيب أحمد عبد الله مشار إليه ص ٢٨.

سلطة القاضي التقديرية، وهذا بحسب ما اتضح لي من النصوص القانونية (٣٦٦-٣٦٧-٣٦٨) م يمني. التي سبق الحديث عنها في المبحث الأول التي تناولت شروط استعمال القوة المسلحة.

ولكن إذا عجزت الجهات المنوط بها التنفيذ باستخدام القوة لأسباب لا دخل لإرادتها فيها، كأن يكون المنفذ ضدهم ذوي قوة ونفوذ، مع قلة وضعف الآلات والإمكانات لتلك الجهات، أو كان استعمال القوة سيؤدي إلى تفاقم الوضع وعرقلة التنفيذ والإخلال بالأمن العام؛ فإن في مثل هذه الحالة يذهب بعض الفقه القانوني، وهذا ما نؤيده بالقول بأنه واجب على الدولة أن تقوم بحسم الخلاف. بأي طريقة كانت سواء كان بالالتزام بالرد المثلي، أداء التعويض، أي تقوم هي بذلك وتعويض طالب التنفيذ، وفقاً للقواعد العامة. وذلك باعتبارها الجهة الأمنية على مراعاة حقوق ومصالح الأمة والمحافظة عليها، وبدون ذلك فلا أهمية لوجودها.

فهي ما وجدت إلا لحماية الحقوق والحريات العامة، والمحافظة على الأمن والاستقرار وتحقيق التنمية الاقتصادية والازدهار لكافة أفرادها^(١)، ولذلك ذهب أغلب تشريعات الدول، وكذلك المعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، ويؤكد على ذلك الدكتور أحمد أبو الوفاء (أن الدولة تكون مسؤولة عن تعويض صاحب الحق طالب التنفيذ، وتكون مسؤولة عن الامتناع باستعمال القوة في تنفيذ أوامر القضاء ولو كان هذا الامتناع يهدف إلى المحافظة على المصلحة العامة والنظام العام)^(٢).

وهناك الكثير من الأحكام القضائية في الحياة العملية الدالة على ذلك، ومنها الحكم الشهير الصادر من مجلس الدولة الفرنسي، حيث تخلص وقائعه في السيد (كويتباس) الذي حصل على حكمين حائزين لقوة الشيء المحكوم فيه من محكمة تونس، المتضمن طرد القبائل العربية من أرض اشتراها.

ولما طالب بالتنفيذ امتنعت السلطات الفرنسية في تونس آنذاك عن التنفيذ، بدعوى أن التنفيذ لا يتم باستعمال القوة المسلحة لطرد القبائل العربية، المستقرة على الأرض محل النزاع- والتي من شأنها أن تؤدي إلى تهديد للنظام والأمن العام. فطالب المدعي المذكور طالب التنفيذ من الحكومة الفرنسية بالتعويض فرفضت ورفعت الدعوى إلى مجلس الدولة الفرنسي، وقضى له المجلس بالتعويض^(٣).

(١) د/ سليمان الطماوي، نظرية القرارات الإدارية، ص١٢٩ وما بعدها.

(٢) د/ أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ الجبري، مشار إليه، ص٢٧ وما بعدها.

(٣) مشار إليه بهامش، د/ نجيب أحمد عبد الله، التنفيذ الجبري، ص٢٩٠.

وهذا الحكم يؤكد على قيام المسؤولية قبل الدولة عند الامتناع عن التنفيذ، وعليها تعويض المحكوم له بالتعويض العادل، بقدر الضرر الذي أصابه فعلاً، وكذلك المنفعة التي جرى تفويتها عليه بسبب التأخير^(١)، وعليه لم يوجد نص خاص في قانون المرافعات التنفيذ المدني ينظم ذلك فكان الأولى أن ينص على ذلك بحيث يسهل للقاضي الرجوع إليه والعمل على تطبيقه في مثل هذه الحالة، ويمكن لقاضي التنفيذ تقدير التعويض المناسب لصاحب الحق بطريقة سهلة وسريعة، دون البحث عن ذلك في القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني بحسب نص المادة (٣٥١) حيث تنص: على أنه (إذا لم يكن متفقاً على مقدار التعويض في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويكون التقدير على أساس ما لحق صاحب الحق من ضرر محقق بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية بعدم الوفاء بالحق أو للتأخير للوفاء به.. الخ) وأيضاً نص المادة (٣٥٢) مدني والتي تنص على أن (يشمل التعويض الضرر المادي والضرر الأدبي ولكن لا يجوز أن ينتقل الحق في تعويض الضرر الأدبي إلى الغير، إلا إذا اتفق على ذلك أو كان صاحب الحق قد طالب به أمام القضاء).

فالضرر المادي: (هو الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه أو في ماله أو في حق من حقوقه التي تدخل في تقييم ثروته)^(٢)، والضرر الأدبي: (هو الضرر الذي يصيب الإنسان في شرفه أو عاطفته أو حق من حقوقه الأدبية)^(٣).

٤- امتناع الموظف المسؤول عن استعمال القوة في التنفيذ الجبري:

سبق القول بأن المحضر أو معاوني قاضي التنفيذ هم: الذين يقومون بمباشرة واتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري، ويتولون الحصول على حق الدائن، ولو باستعمال القوة الجبرية متى ما اقتضى الأمر بذلك فلهم الاستعانة برجال الشرطة بعد إذن القاضي بذلك، وعليه فالمحضر عندما يكون بهذه الصفة فهو ليس وكيلًا عن طالب التنفيذ، بل هو موظف عام ومسئولته قبل طالب التنفيذ هي مسؤولية الموظف العمومي الذي يباشر أعباء الوظيفة العامة، فلا يسأل الطالب عن أعمال المحضر، إلا فيما أمره هو باتخاذ أو كان عملاً خاطئاً أو غير مشروع^(٤). مثال على ذلك فإن المحضر يكون مسئولاً عن خطيئة قبل أصحاب الشأن، إذا لم يراع ما أوجبه القانون، وتكون الحكومة مسئولة عن خطئه قبلهم

(١) نفس المرجع السابق.

(٢) د/ محمد بن حسين الشامي، نظرية المسؤولية المدنية، ص٣١٨.

(٣) نفس المرجع السابق.

(٤) د/ نبيل عمر، د/ أحمد هندي، التنفيذ الجبري، ص٣٤٤، د/ أحمد أبو الوفاء، ص٢٧.

وكذلك يكون أيضاً طالب التنفيذ مسئولاً قبل خصمه إذا ثبت فيما بعد أنه لم يكن على حق في إجراءات التنفيذ^(١).

ويتضح لنا أن المحضر لا يسأل إلا عن خطئه أثناء قيامه بمهام أعماله، التي يتخذها عند إجراءات التنفيذ. ويسأل مدنياً وجنائياً وتاديباً ويعفى من المسؤولية إذا اثبت أن خطأه كان لسبب قوة قاهرة تؤدي إلى استحالة قيامه بإجراء التنفيذ، كحالة الحرب أو فتنة أو كوارث طبيعية أو لاعتبارات الملاءمة، ولكن هذا لا يعد من اختصاصه وإنما يكون تقدير الملاءمة من اختصاص القاضي.

وتبعاً لذلك فتكون الدولة مسئولة عن أخطاء تابعيها وأساس مسؤولية الدولة عن الامتناع عن التنفيذ باستخدام القوة اللازمة المسلحة لإتمام عملية التنفيذ الجبري، تكون قائمة على أساس فكرة المخاطر^(٢).

لكن يكون من حق الدولة أن تقدر الظروف التي تستخدم فيها القوة الجبرية المسلحة للتنفيذ أي إذا رأت أن التنفيذ بهذه الوسيلة يهدد النظام العام والأمن العام فلها الامتناع عن استخدام القوة وتكون مسئولة بالتعويض، وتقوم هذه المسؤولية على أساس فكرة الخطأ^(٣) في حالة الامتناع دون مبرر فعليها القيام بالتنفيذ الذي يطلبه صاحبه.

وبالتالي فإن الموظف الذي يرفض، أو يمتنع عن القيام بالتنفيذ، أو بتنفيذ أمر القاضي المتعلق باستعمال القوة المسلحة في سبيل إنجاز التنفيذ بصورة سريعة، وحاسمة فإنه يتعرض للمساءلة التأديبية، وكذلك يتحمل المسؤولية المدنية والجنائية.

الامتناع عن تنفيذ الأمر القضائي جريمة جنائية وفقاً لنص المادة (١٨٧) من قانون الجرائم والعقوبات حيث تنص على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل موظف أو ذي وجهة تدخل لدى قاض أو محكمة لصالح أحد الخصوم أو أضربه بطريقة الأمر والطلب أو الرجاء أو التوصية) وتعد هذه الجريمة من جرائم الفساد بحسب نص المادة (٣٠) من قانون مكافحة الفساد (٣٩) لسنة ٢٠٠٦م.

وكذلك توجد نصوص خاصة تجرم التدخل في تنفيذ الأحكام القضائية، أو الصادرة في قضايا معينة، ومنها الأحكام الصادرة ضد الدولة حسب نص المادة (٤٨٩) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني حيث تنص على أنه (يعاقب كل من اعترض أو عرقل تنفيذ أي

(١) نفس المرجع السابق.

(٢) د/ خالد عمر باجنيد، الدعوى الإدارية، ص ٢٧٥.

(٣) نفس المرجع السابق.

حكم صدر ضد الدولة بالحبس مدة لا تزيد على سنتين) وأيضاً الأحكام الصادرة لمصلحة الأوقاف وفقاً لنص المادة (٨٧) من قانون الوقف الشرعي المعدل بالقانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٨م والتي تنص: على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على سبع سنوات).

ونلاحظ مما سبق الحديث عنه، أنه لا يجوز للجهات الحكومية الامتناع عن تنفيذ الأحكام والأوامر والقرارات القضائية، وهذا هو الأصل والقاعدة العامة؛ لأن تلك الجهات هي التي تمثل أداة القضاء وتنفيذ كل ما يصدر عنه من أحكام وقرارات وأوامر، ولكن هناك استثناء من تلك القاعدة العامة، بحيث يجوز للدولة وتلك الأجهزة والجهات المنوط بها مهام التنفيذ الامتناع عن استخدام القوة الجبرية عند التنفيذ، وذلك في أحوال الضرورة التي يؤدي استخدام القوة إلى تهديد كيان الدولة ونظامها بالاضطراب، ولكن الفقه القانوني أوجب على الدولة في مثل هذه الحالة القيام بالتعويض لصاحب الحق طالب التنفيذ، وبالتالي نجد أن المقنن اليمني في قانون المرافعات لم ينص على ذلك. ولذا يجب على قاضي التنفيذ في مثل هذه الحالة الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني اليمني.

أما امتناع الموظف أو معاوني قاضي التنفيذ عن استخدام القوة الجبرية، فإنه يتعرض للمساءلة القانونية وذلك بحسب طبيعة وحجم المخالفة المرتكبة منه.

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على الامتناع عن استعمال القوة اللازمة للتنفيذ

لا شك أن الامتناع عن تنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر القضائية، ومنها الأوامر المتعلقة باستعمال القوة الجبرية المسلحة اللازمة لإتمام إجراءات التنفيذ الجبري، يترتب عليه آثار، ومخاطر كبيرة لا يقف أثرها على ذوي الشأن أصحاب الحق، بل يتعدى ذلك إلى التأثير على المجتمع بأكمله.

وعلى النظام القانوني، والقضائي، والاقتصادي، والاجتماعي، والسياسي، للدولة^(١).

ولذلك فإن ضمان تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية له، أهمية كبيرة ينعكس على تلك الآثار بحيث يؤدي إلى تحقيق تلك الأهداف.

وتتمثل هذه الآثار والمخاطر الناتجة عن الامتناع عن التنفيذ على النحو الآتي:

(١) د/ نجيب أحمد عبد الله، ص ٣٠٧.

١- الآثار المتعلقة بالنظام القانوني:

أ- إن تنفيذ الأحكام القضائية وحجيتها من النظام العام، وبالتالي فإن الإحجام عن تنفيذها أو مخالفتها أمر لا يجوز شرعاً وقانوناً، لأن الامتثال والرضاء بما جاء في الحكم القضائي، واجب ديني بموجب الدستور الإلهي المقدس القائل في محكم كتابه: (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً)^(١).

وهذا هو الأصل في وجوب التنفيذ، وجوب القضاء، وتنفيذ الحكم بين المتنازعين. وجوب القضاء وبيجامع الأمة أن تنفيذ الحكم فرض واجب، بما يحقق مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء ومن مقاصدها إظهار الحقوق وردّها إلى أصحابها، وقمع الباطل، وردع الظالم، ونصرة المظلوم، ورفع المظلمة^(٢).

فعدم التنفيذ يمثل إخلالاً بحق التقاضي، الذي يعد حجر الزاوية لكافة الحقوق، ووسيلة حمايتها^(٣) وبدونه تضيع كافة الحقوق، وتصبح في خطر، ومن هذه الخطورة ما ينتج عنها خطورة عواقبها في عدم تنفيذ الحكم القضائي، كل ما يصدره القضاء من أوامر متعلقة به، منها الأمر باستخدام القوة اللازمة.

ب- إن عدم التنفيذ انتهاك صارخ لمبدأ سيادة القانون.

فالقانون: هو الذي يحكم سلوك الأفراد وينظم العلاقات بين أفراد المجتمع، سواء كانوا أفراداً عاديين، أو حكاماً ومسؤولين في الدولة، فالجميع يكونون سواء أمام القانون، وسيادة القانون يجب أن تعتمد على قبول مشترك من جميع الخاضعين للقانون، وكذلك الأحكام الصادرة عن القضاء لحسم الخلافات، ولا يمكن الحفاظ على سيادة القانون، إلا إذا كان المتفق عليه أن الأحكام القضائية التي تقرر الحلول سوف يتم تطبيقها^(٤).

ولتحقيق سيادة القانون يفترض تطبيقه على قدم المساواة، دون أي تمايز بين الأشخاص، ولذلك فإن تنفيذ الأحكام القضائية وكل ما يصدر بشأنه من قرارات وأوامر، يعد عنصراً أساسياً من عناصر مبدأ سيادة القانون، وبالتالي فإن عدم التنفيذ سواء كان بالامتناع الصريح، أو الضمني أو التأخير في التنفيذ سيؤدي بلا شك إلى انعدام سيادة القانون، وانهيار النظام القانوني للدولة، وغياب العدالة وهذا أمر خطير.

(١) سورة النساء، الآية رقم (٦٥).

(٢) د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ومقاصد الشريعة الإسلامية، ص ٥٤٨، ج ٢.

(٣) د/ سعيد خالد الشرعبي، أصول القضاء المدني، ص ٢١٠.

(٤) د/ عادل علي النجار، ص ١١٠.

٢- الآثار المتعلقة بالنظام القضائي؛

ويتحقق هذا الأثر في حالة عدم قيام القضاء بوظيفته الرئيسية في فض الخلافات، وتسوية المنازعات وحسمها، وبالتالي يؤدي إلى انعدام وفقدان الثقة بالقضاء، وهذا أمر خطير يترتب عليه انعدام الطمأنينة، وثقة الأفراد بالقضاء، وأنهايار أجهزة العدالة وبالتالي يعزف الأفراد عن اللجوء إلى القضاء، ومن ثم يسلكون طرقاً أخرى للحصول على حقوقهم تكون غير مشروعة، وهذا سيولد عنه زيادة الجرائم وانتشار الفوضى في المجتمع.

ولذلك فإن عدم تنفيذ الأوامر، والأحكام القضائية، يعد انتهاكاً لمبدأ استقلال القضاء الذي يعد من المبادئ الأساسية المقررة في الدستور^(١).

أ- الآثار الاقتصادية، الاجتماعية، السياسية؛

إن ضمان وكفالة تنفيذ الأحكام القضائية والقرارات والأوامر المتعلقة به، يعكس أثراً كبيراً في تحقيق وتطور الاقتصاد الوطني وازدهاره، ويعد هذا شرطاً أساسياً وجوهرياً لتحقيق التنمية الاقتصادية، وهناك علاقة ارتباط بين النظام القانوني الفعال وبين النمو الاقتصادي، وبالتالي فإن كفالة وضمان تنفيذ الأحكام القضائية، وكل ما يصدر عنها من أوامر ومنها الأمر باستعمال القوة الجبرية له أهمية في تحقيق الارتباط بينهما، لذا فإن عدم التنفيذ أو الامتناع أو التأخير والمماطلة في التنفيذ سوف يؤدي إلى توقف عجلة التنمية الاقتصادية.

وكذلك يؤدي انقراض الشركات الاستثمارية، الأجنبية الراغبة في إنشاء مشاريعها وممارسة أنشطتها، إلا في ظل وجود حماية قانونية^(٢). ولذلك تسعى الدول النامية في سبيل تحقيق التنمية الاقتصادية وجلب المستثمرين، تضع ضمانات، قيود قانونية لجذب الاستثمار لتحقيق، أهدافها الرئيسية. وبالتالي فإن كفالة وضمانات تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية يعد من أهم وأقوى ضمانات الاستثمار وتحقيق النمو الاقتصادي.

ولذلك فإن عدم التنفيذ. وضعف الجهاز القضائي، عدم وجود جهات تعمل على تنفيذ الأحكام والقيام بتطبيقها على أرض الواقع، سيؤثر دون شك على الاقتصاد الوطني، وجلب المستثمرين وانقراض السياحة، هذه مشكلة كبيرة يعاني القضاء اليمني وهو السبب الرئيسي في انهيار وعدم تحقيق التنمية الاقتصادية في البلد.

(١) د/ سعيد خالد الشرعبي - أصول القضاء المدني ص ١٨٥ ط ٣ - ٢٠١٥ م.

(٢) د/ بدر علي بن علي الجمرة - ضمانات الاستثمار وفقاً للقانونين اليمني والمصري ص ٧ - ٨ دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣ م.

ب- الآثار الاجتماعية.

إن عدم أو الامتناع وعرقلة التنفيذ له أثر كبير على أمن واستقرار المجتمع، بالتالي يؤدي ذلك إلى اضطراب أوضاع المجتمع، وتفكك الأسر وتسود الفوضى، وزيادة حجم الخلافات وانتشار ظاهرة الثار، وهذا أمر أصبح منتشرًا في الواقع العملي في البلاد بسبب عرقلة التنفيذ فكم من قضايا متعثرة في المحاكم لم تنفذ. وكم من جرائم قتل ارتكبت بسبب ذلك، وهذا الأمر يرجع إلى ضعف الدولة وانهيارها^(١).

رابعاً: الأسباب والعقبات التي تعترض إجراء التنفيذ:

لا شك أن هناك الكثير من الأسباب التي تؤدي حتماً إلى عدم إمكان إتمام التنفيذ، بلوغه الهدف والغاية الأساسية منه، تتمثل هذه الأسباب بالعقبات والمعوقات التي تحول دون إمكان التنفيذ وعليه فإن هذه العقبات كثيرة ومتعددة، لكن نحاول ذكرها وبيانها بشكل مختصر لكونها تتصل بموضوع الدراسة حتى تكتمل الفكرة، ونستطيع وضع الحلول التي تعالج مشكلة عدم التنفيذ، لأنه لا توجد مشكلة دون أسباب مبررة لقيامها، هذه العقبات تعد أسباباً في مشكلة عدم التنفيذ وتتمثل هذه الأسباب والعقبات بالآتي:

أولاً: هناك أسباب ترجع إلى القصور والنقص القانوني، ومنها ما سبق ذكره ويمثل هذا الخلل في عدم وضع نصوص قانونية كافية لتنظيم استعمال القوة المسلحة عند إتمام التنفيذ والقيام به عند التجاوز، التعسف في أعماله، وبالتالي يعرقل التنفيذ.

ثانياً: عدم تجاوب الجهات الرسمية المكلفة بالتنفيذ في القيام بالمهام، الإجراءات المتعلقة بالتنفيذ، وكذلك نقص التأهيل والتدريب للأفراد المنتمين لتلك الجهات، من ضباط وأفراد.. فهذه الجهات كما قلنا بأنها أداة القضاء لتنفيذ أحكام القضاء وأوامره.

ثالثاً: عدم وجود عدد كاف من القضاة أي قضاة التنفيذ، بالرغم من القانون قد نص على ذلك وفقاً لنص المادة (٣١٦) م يماني، إلا أنه أعطى رؤساء المحاكم القيام بمهام التنفيذ وما يتعلق به. وعلى خلاف القانون المصري الذي عهد بالتنفيذ إلى قضاء خاص ينظر كل ما يتعلق بالتنفيذ.

رابعاً: عقبات ترجع إلى أشخاص التنفيذ المنفذ ضدهم، وذلك بسبب تدخل ذوي النفوذ في شؤون القضاء، وقد اعتبر الدستور، هذا التدخل جريمة لا تسقط بالتقادم، وفقاً لنص المادة (١٤٩) وحدد لها عقوبة معينة في القانون الخاص قانون الجرائم والعقوبات،

(١) د/ عادل النجار ص ٢٢٣.

ويعرف ذوو النفوذ بأنهم كل شخص له مركز اجتماعي، وظيفي ومن صلاته وزن يجعل تدخله ثقلاً على العاملين على أجهزة الدولة) أبرز من ينطبق عليهم: كبار موظفي السلطات العليا، السلطات التنفيذية، كالوزراء والمحافظين، والقادة العسكريين، أعضاء مجلس النواب، وموظفي السلطة المحلية، وكذلك مشائخ القبائل^(١).

وتدخل ذوي النفوذ في شئون القضاء له عدة صور^(٢)، وكذلك التأثير على سير القضايا وكذلك القضاة، وهذا التدخل قد يكون مادياً مباشرة لمنع إجراء التنفيذ الاستمرارية بالقوة، وقد يكون التدخل غير مباشر، ولكنه نفس التدخل المادي من حيث نتائجه، ويتمثل في التأخير في التنفيذ أو وقف الاستمرارية، ويعد تدخل ذوي النفوذ في شؤون القضاء اليمني، من أبرز المشاكل المعرقلة للتنفيذ، والواقع العملي مليء بالمآسي من ذلك، هناك الكثير من الأحكام القضائية تدل على ذلك.

الحلول المقترحة لحل تلك المشكلة:

تعد مشكلة تنفيذ الأحكام بوجه عام مشكلة تواجه معظم الدول في العالم، ولكن نجد أغلب تلك الدول تسعى بكل جهودها للتغلب على تلك المشكلة في وضع الحلول بجهود مبدولة، منظمة ولكن البعض من الدول قد تقصر، أو تتجاهل ذلك ومنها اليمن، ولكن لا يمكن الجحود بأنها لا تضع الحلول، والسبل الكفيلة للحد من تلك المشكلة، فهناك العديد من المؤتمرات والندوات والمؤلفات والأبحاث العلمية، المنشورات والمقالات، والمشاريع، تناولت هذه المشكلة وقدمت العديد من المعالجات في سبيل الحد منها، ولكن نجدها في الواقع العملي ما زالت موجودة فعلاً فضلاً عن زيادة حجمها^(٣).

ومن تلك المعالجات، والحلول للتغلب على مشكلة عدم التنفيذ الأحكام القضائية، وكل ما يصدره القضاء من قرارات وأحكام، وأوامر.

١- على الحكومة القيام بإصلاح، وتطوير القضاء، ووضع الخطط الاستراتيجية والتأكيد على قيام كافة الأجهزة بتنفيذ الأحكام القضائية النافذة، وعدم إعاقة تنفيذها أو المماطلة^(٤) بشأنها.

٢- على المشرع وضع نصوص قانونية خاصة تعالج الحالات التي لم ينص عليها

(١) د/ عادل النجار، ص٣١٤.

(٢) قرار مجلس الوزراء رقم (١٦١) لسنة ٢٠٠٧م بشأن الإجراءات اللازمة ضد من يتدخل في شئون القضاء.

(٣) د/ عادل النجار، ص٣١٥، ٣١٦ وما بعدها.

(٤) هامش المرجع السابق، ص٣١٦، ٣١٧.

قانون المرافعات، منها حق تعويض طالب التنفيذ في حالة عدم إتمام التنفيذ، وكذلك تعويض المنفذ ضده في حالة الخطأ والتعسف في استخدام القوة عند القيام بالتنفيذ.

٣- إدخال بعض التعديلات التي يجب أن تقوم على أهداف ومبادئ واضحة، وكذلك تنظيم وسائل جديدة أخرى للإجبار وكذلك وضع الإجراءات الأخرى التي تهدف بالضغط على الممتنع عن التنفيذ كي يخضع له، دون الاتجاه لاستعمال القوة، والتقليل من حجم مخاطرها.

٤- مراجعة وتحديث النصوص المتعلقة بالتنفيذ إلى لجنة متخصصة، من ذوي الكفاءة لتلافي النقص، والعيوب، بما يواكب التطورات العملية المستحدثة، وكذلك تحديث الأهداف والمبادئ التي تقوم عليها ومن هذه المبادئ أن تكون طرق ووسائل التنفيذ مناسبة مع الحق المطلوب اقتضاؤه. ومنها:

١. تحقيق الموازنة العادلة بين حقوق ومصالح كل من طالب تنفيذ والمنفذ ضده.

٢. التحديد الواضح للأشخاص القائمين على التنفيذ، وما هو الدور الذي يقومون به وحدود سلطاتهم وكيفية مساءلتهم عند الإساءة أو التعمد.

٣. كفالة حق طالب التنفيذ وكذلك المنفذ ضده بالتظلم والطعن في الأوامر والقرارات الصادرة عن القضاء في ضوابط المحدودة.

٤. تحديد نفقات التنفيذ بحدود معقولة.

٥. تحديد واضح ودقيق للمسئول في حالة التنفيذ للحكم ضد الدولة.

٦. تخصيص نظام قضائي للتنفيذ.

القواعد والنصوص التي يجب تعديلها وتحديثها منها قواعد الخبرة أمام القضاء، فلا يوجد تنظيم قانوني لعمل الخبراء أمام القضاء والضمان في هذا التنظيم لأن له آثاراً سلبية على التنفيذ لذا فلا بد من نص قانوني لينظم عمل الخبراء وتحديد القدرة وكيفية اختيار الخبراء ونزاهتهم وكفاءتهم وحيادهم. وكذلك أيضاً طرق اختيارهم وكيفية مساءلتهم، وتعديل وتحديث القواعد الجزائية لمساءلة الموظف العام، ومحاكمة شاغلي وظائف السلطة العليا، لما لها من أثر في التغلب على مشكلة كبرى وهي عدم التدخل في شؤون القضاء، من قبل ذوي النفوذ.

٧- وضع طرق ووسائل بديلة لتسوية المنازعات منها الوساطة والتحكيم والتوفيق والتقييم المحايد والخبرة المحايدة^(١).

٨- تنظيم العلاقة بين القضاء وبين الأجهزة الأخرى ذات العلاقة ومن تلك الأجهزة.

٩- تحديد الأشخاص المسؤولين في تلك الجهات في القيام بالتعاون والمساعدة بإجراء التنفيذ ووضع جزاءات فعالة عند الإخلال بالواجب.

١٠- إنشاء جهاز الشرطة القضائية وتنظيم مهامها ومسئوليتها.

١١- تفعيل الدور الرقابي على كل القائمين بإجراء التنفيذ فإدراك القائمين المنوط بهم التنفيذ بأنهم مراقبون في كل ما يقومون به يكون من شأنه تحفيزهم على إتمام إجراءات التنفيذ وبالتالي يكونون أكثر حرصاً وبذل الجهود في سبيل إنجاز وإتمام التنفيذ ويمنع وقوعهم في الخلافات وتجنبيهم الوقوع في الأخطاء، هذا بالنسبة للجهات الأخرى ذات العلاقة بالتنفيذ، أما معاونو قاضي التنفيذ فهم يخضعون لرقابة وإشراف قاضي التنفيذ.

ويجب على الجهات القائمة بالتنفيذ عن طريق استخدام القوة السعي ما أمكن لتجنب استخدام القوة المسلحة، وذلك في حالة ما إذا كان التنفيذ سيتم بطرق ووسائل أخرى أقل كلفة وسهولة، مثلاً عند القيام بإخلاء مسكن أو هدم بناء فيجب اتخاذ طرق أخرى كقطع الماء عن المنزل محل التنفيذ وأيضاً قطع الكهرباء وغيرها من الوسائل والطرق التي تؤدي إلى الضغط على المنفذ ضده وإجباره على التنفيذ - حتى وإن كان قد صدر أمر باستعمال القوة. وذلك وفقاً لقاعدة التدرج^(٢) في الفقه الإسلامي. عند قيام المأمور بتنفيذ الأمر وهذا متفق مع أصول الشريعة الإسلامية.

ومن ذلك كان من الأولى أن ينص المقتن اليمني على ذلك، أي استخدام أسهل الطرق والوسائل التي تؤدي إلى تحقيق نفس الهدف والغاية وهو التنفيذ. قبل الشروع في استخدام الوسائل التي حددها المشرع - بحسب نص المادة (٣٥٧) م اليمني.

ولكن مسائل تحديد الطرق والوسائل التي تؤدي إلى إجراء التنفيذ الجبري تعد مسألة موضوعية تخضع لقاضي الموضوع، أي قاضي التنفيذ، وذلك من خلال الظروف والملايسات المحيطة والمتعلقة بمحل التنفيذ.

(١) نقل / د / عادل النجار ص ٣٣٣.

(٢) المنتزح المختار في شرح الأزهار - للعلامة أبي الحسن عبد الله بن مفتاح، ص ٤٣٥، ج ٤.

الخاتمة

بعد إتمام هذه الدراسة في موضوع البحث بحمد الله فلم يبق لنا إلا استعراض أهم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات على النحو الآتي وهي:

أولاً: النتائج:

١. إن استعمال القوة كوسيلة من وسائل التنفيذ الجبري المباشر تعد الوسيلة الأخيرة والأكثر لزوماً لإتمام عملية التنفيذ ولذلك فهي تصلح لأي تنفيذ جبري مباشر أو غير مباشر.
٢. لا يجوز استخدامها إلا بعد استنفاد الوسائل الأخرى السابقة عليها.
٣. نظم المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني استعمال القوة التقديرية في تقدير مناسبة وملاءمة استخدام القوة.
٤. لم ينص القانون على حق المنفذ ضده من التظلم من الأمر الصادر باستخدام القوة، وكذلك حق التعويض عند عدم التنفيذ مراعاة للنظام العام والأمن والاستقرار.
٥. أن التنفيذ تقوم به الجهات المكلفة والمنوط بها التنفيذ ممثلة بمراكز وأقسام الشرطة وغيرها من الأجهزة الأخرى وذلك عن طريق الاستعانة بها من قبل معاوني قاضي التنفيذ بناء على أمر قاضي التنفيذ بذلك.
٦. أن تقدير مدى كفاية القوة المسلحة القيام بعملية التنفيذ تخضع لقاضي الموضوع والجهات المعنية بذلك حسب ظروف وملابسات حال الوقائع المحيطة بالمحل التنفيذ الأشخاص المنفذ ضدهم.
٧. اختلاف الفقه القانوني في الطبيعة القانونية في الأمر المتعلق باستعمال القوة الجبرية الذي يصدره قاضي التنفيذ، منهم من يرى أنه ذو طبيعة إدارية انطلاقاً من كون قاضي التنفيذ هو الذي يقوم بالإشراف على إجراءات التنفيذ التي يباشرها معاونوه، والذي يكون من حق القاضي العدول عنه وتصحيحه ومنهم من يرى أنه يخضع لما يخضع له النظام القانوني لأوامر العرائض وأوامر الأداء، بحيث يجوز التظلم منه أو الاستئناف.

ثانياً: التوصيات:

من خلال النتائج السالفة تتوصل إلى أهم التوصيات.

- ١- نوصي المشرع اليمني بوضع نصوص قانونية، خاصة التي لم ينص عليها قانون المرافعات، منها حق طالب التنفيذ بالتعويض العادل والسريع عند عدم إتمام إجراءات التنفيذ، وأيضاً تعويض المنفذ ضده في حالة الخطأ في التنفيذ أو إلغائه، أو التعسف في استخدام القوة المسلحة عند القيام بالتنفيذ.
- ٢- نوصي المشرع اليمني في إحداث تعديلات تقوم على أهداف ومبادئ واضحة، وكذلك وضع إجراءات وطرق أخرى تهدف بالضغط على الممتنع على التنفيذ كي يخضع له، دون اللجوء إلى استعمال القوة مباشرة، وكذلك التقليل من حجم مخاطرها بحيث تكون تلك الطرق والإجراءات مناسبة مع الحق المطلوب اقتضاؤه.
- ٣- نوصي المشرع- تعديل وتحديث القواعد الجزائية لمسألة الموظف العام- ومنها محاكمة شاغلي وظائف السلطة العليا الذين يعتبرون أحد أسباب عدم التنفيذ.
- ٤- وكذلك نوصي المشرع والحكومة والجهات ذات العلاقة في السعي وإصلاح وتطوير القضاء وتخصيص نظام قضائي متخصص للتنفيذ، كما هو الشأن في القانون المصري، وأيضاً إعداد وتأهيل وتدريب الأفراد القائمين بمهام التنفيذ، من معاوني قاضي التنفيذ وكذلك رجال الأمن والشرطة.

قائمة المراجع

أولاً/ القرآن الكريم:

ثانياً/ كتب الفقه:

- كتب الفقه المالكي:

١- إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الملقب بالسيوطي الموافقة في أصول الفقه، دار المعرفة بيروت، تحقيق عبدالله دراز.

- كتب الفقه الحنبلي:

١- أبو الفرج عبدالرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، جامع العلوم ولحكم- دار المعرفة بيروت ط ١٤٠٨هـ.

- كتب الفقه الزيدية:

١- أبو الحسن عبدالله بن مفتاح، المشرع المختار في شرح الأزهار، ط ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م مكتبة التراث الإسلامي- صعدة- الجمهورية اليمنية.

- مراجع عامة:

١- د/ وهبه الزحيلي- أصول الفقه الإسلامي وأدلته- ج ١ ط ٧ ٢٠٠١م دار الفكر دمشق.

٢- د/ محمد بن حسين الشامي، نظرية الالتزام- الكتاب الثاني أحكام الالتزام ط ٢٠٠١م مكتبة الجيل الجديد- صنعاء.

٣- د/ خالد عمر عبدالله باجنيد، الدعوى الإدارية وخصوصيتها، ط ١٤٠١م.

٤- د/ سليمان الطماوي، نظرية القرارات الإدارية والعقود الإدارية.

٥- د/ محمد بن حسين الشامي، نظرية المسؤولية المدنية دراسة مقارنة بين القانون اليمني والقانون المصري والفقه الإسلامي ط، ١٩٨٨م.

٦- د/ سعيد خالد جباري الشرعبي، الوجيز في أصول القضاء المدني، ط ٣ مكتبة الصادق ٢٠٠٥م.

- ٧- د/ عبد الملك الجنداري: كفاءات القاضي الفنية، ط٢٠١٣م.
- ٨- د/ بدر علي بن علي الجمرة، ضمانات الاستثمار وفقاً للقانون اليمني والقانون المصري- دراسة مقارنة- ط١٤٣٤هـ-٢٠١٢م.
- ٩- د/ مطهر علي أنقع، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، الكتاب الثاني، طبعة ٢٠١٤م، مكتبة خالد بن الوليد.

- المراجع المتخصصة:

- ١- د/ فتحي والي، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط٦ ١٩٧٨م منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٢- د/ عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات المطالبة، دراسة مقارنة، بالشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٤م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٣- د/ نبيل عمر، د/ أحمد هندي التنفيذ الجبري في المسائل المدنية والتجارية، ط٦.
- ٤- نجيب أحمد عبدالله الحلبي، قانون التنفيذ الجبري في المسائل المدنية والتجارية ط٦٧.
- ٥- د/ مطهر عبده محمد الشميري، إجراءات التنفيذ الجبري، ط٣ ٢٠٠٧-٢٠٠٨م الناشر أوان للخدمات الإسلامية، جامعة تعز.
- ٦- د/ أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ الجبري، ط٢٠٠٧م دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية.
- ٧- د/ محمد مقبل سيف، التنفيذ الجبري. كلية الحقوق جامعة عدن، بيروت تاريخ.
- ٨- د/ الأنصاري حسن النيبالي، التنفيذ المباشر للسندات التنفيذية ط٢٠٠٩م دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ٩- د/ السعيد عمر الأزمازي عبدالله، السند التنفيذي في قانون المرافعات دراسة مقارنة تأصيلية بأحكام الفقه الإسلامي ط٢٠٠٨م، جامعة طنطا.
- ١٠- د/ أسامة أحمد شوقي المسجي، إجراءات التنفيذ الجبري في قانون المرافعات الصريح ط٢٠٠٠م الناشر دار النهضة العربية، القاهرة.

- ١١- د/ أحمد خليل، قانون التنفيذ الجبري، ط١٩٨٨م مكتبة ومطبعة الإشعاع الفني- القاهرة.
- ١٢- د/ عماد مصطفى قيناسي، سلطة القاضي إزاء القوة التنفيذية للأحكام، رساله دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٥م.
- ١٣- د/ محمود محمود الطناحي، المقومات الموضوعية والشكلية للسند التنفيذي دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة دكتوراه ط٢٠٠٥م كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- ١٤- د/ أحمد ماهر زغلول، آثار إلغاء الأحكام بعد تنفيذها، بدون تاريخ.
- ١٥- د/ عادل علي محمد النجار، معوقات التنفيذ الأحكام القضائية ط٢٠١١م.
- ١٦- د/ عبدالعزيز خليل إبراهيم بديوي، الوجيز في قواعد إجراءات التنفيذ الجبري والتخطيط في قانون المرافعات، دراسة مقارنة، ط١ المطبعة العالمية، القاهرة.
- ١٧- د/ إبراهيم أمين النفاوي، القوة التنفيذية للأحكام، دراسة مقارنة، ط٢ كلية الحقوق جامعة المنوفية مصر العربية.
- ١٨- د/ علي أبو عطيه هيكل، التنفيذ الجبري، في قانون المرافعات ط٢٠٠٨م، ط٣ دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.
- ١٩- غالب بن غالب القعيطي، تنفيذ الأحكام القضائية ضد الدولة، رساله لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن، تاريخ ٢٠١١م.



البحر الأدبي والقانوني

التنمية الشاملة في قانون الاستثمار اليمني رقم (3) لسنة 2025م

الباحثة / ندى عبدالله عبدالله طامش

مجلة
البحر الأدبي والقانوني

المقدمة

إن التنمية الشاملة تشكل تحدياً لشعوب العالم، لأنها عملية مستمرة لا تنقطع من جيل إلى جيل، حيث تعمل على محاربة التخلف، وتسعى نحو التقدم، وتواجه مشكلات التخلف وما يصاحبها من التضخم، والفقر، والبطالة، وتلوث البيئة، ومكافحة الجريمة بكافة صورها، حيث بات الكثير من الدول يهتم بمواضيع التنمية الاقتصادية والتي في الغالب تكون من الدول النامية لدعم اقتصاداتها ورفع مستويات النمو لديها بحيث لجأ الكثير منها إلى سن تشريعات منظمة تعزز وتدعم الجانب الاقتصادي عن طريق توفير بيئة قانونية داعمة وقوية تراعي مصالح أطراف العملية الاقتصادية^(١)، ونذكر هنا تجربة الجمهورية اليمنية في سن قانون الاستثمار وما شمله من مزايا تشجيعية وتدعيمية للتنمية الاقتصادية وصولاً إلى تحقيق التنمية الشاملة للدولة ككل، وذلك عن طريق التحليل الاقتصادي لنصوصه القانونية ومضامينها التنموية.

إن البيئة الاستثمارية الجاذبة للرساميل تتكون من العديد من المقومات، منها المقومات التشريعية، القضاء الناجز، البنى الارتكازية، الاستقرار الأمني،... الخ، بحيث توفر في مجملها دعائم تحفيزية للمشاريع الاستثمارية بمختلف أنشطتها الإنتاجية.

وكما هو معلوم أن القانون هو علم العلاقات، فالتنظيم القانوني الجيد لعلاقات الأطراف الاستثمارية من منتجين وموردين ومقدمي الخدمات اللوجستية والمساندة بالإضافة إلى المستهلكين يسهم وبشكل كبير في استقرار العمليات الإنتاجية والوسيطه والتسويقية وصولاً إلى بيئة استثمارية مستقرة تشجع على التوسع الإنتاجي والتطوير والتحديث بما يلائم المستجدات في الأسواق المحلية والأجنبية، وتجنباً للأزمات والتي غالباً ما تكون مصاحبة للعمليات الاستثمارية المختلفة.

مشكلة البحث:

تدور مشكلة البحث في التساؤل الرئيسي التالي:

ما هو دور قانون الاستثمار اليمني في دعم التنمية الشاملة في اليمن؟

وتبرز المشاكل الفرعية كالتالي:

١- ما هي مفاهيم التنمية وهل توجد نصوص منظمة لها في قانون الاستثمار اليمني؟

٢- ما هي المزايا التشجيعية التي تدعم التنمية في قانون الاستثمار اليمني؟

(١) العملية الاقتصادية: هي التي تتم بين أفراد يقومون بإنتاج أو تبادل أو استهلاك السلع والخدمات.

٣- هل يوجد دعم وتشجيع للتكاملات الاقتصادية في قانون الاستثمار اليمني؟

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث في تسليط الضوء على دور قانون الاستثمار في تدعيم ركائز التنمية الشاملة وتقديم الكثير من المزايا للمستثمرين، والتي يتوقع أن تحقق الكثير من المنافع والعوائد للاقتصاد الوطني، بما سيتوفر من سلع وخدمات محلية ذات جودة عالية والتي بالطبع سوف تقلل وبشكل كبير بمشيئة الله فاتورة الاستيراد وبالتالي ستقل فاتورة الاستهلاك^(١) وذلك للعمرا الافتراضي الطويل نسبياً للمنتجات المحلية الجيدة والأصلية، بالإضافة إلى تحريك عجلة التنمية في جميع المجالات والأنشطة الاستثمارية.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان المفردات الرئيسية التالية:

- ١- تحديد مفاهيم التنمية الاقتصادية والتي لها صلة بنصوص قانون الاستثمار اليمني.
- ٢- بيان دور قانون الاستثمار في ترسيخ دعائم التنمية الشاملة.
- ٣- دور التكاملات الاقتصادية في دعم النمو الاقتصادي.

فروض البحث:

- ١- التنظيم القانوني المدروس للأنشطة الاستثمارية المختلفة يسهم وبشكل كبير في استقرار المراكز القانونية والمالية في الأجل الطويل.
- ٢- إن نجاح أهداف أي قانون يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالإجراءات التنفيذية من قبل الجهات الحكومية ذات العلاقة بتطبيقه، بالإضافة إلى واقعيته وقابليته للتنفيذ المرن والملائم للحالات المختلفة التي ينظمها هذا القانون.

(١) فاتورة الاستيراد: هي ما تدفعه الدولة قطاع عام وقطاع خاص من تكاليف أسعار السلع، التأمين، النقل،... الخ لاستيراد السلع الأجنبية. أما فاتورة الاستهلاك: هي ما يدفعه المواطنون لاستهلاك سلع أجنبية قد تكون متدنية الجودة أو محلية، بحيث أن السلع الرديئة عموماً تزيد من تكاليف الاستهلاك لشراء سلع بديلة عن الرديئة التي لم تعد تحقق المنافع المرجوة منها.

منهج البحث:

سيتم اتباع المنهج الوصفي التحليلي، وتحليل نصوص قانون الاستثمار التنموية تحليلاً اقتصادياً وصفيًا واستشراقياً لنتائج تطبيق القانون في الواقع العملي.

هيكل البحث:

- المحور الأول: الإطار النظري للمفاهيم المرتبطة بالتنمية الشاملة.
- المحور الثاني: دور قانون الاستثمار اليمني في دعم التنمية الشاملة في اليمن.
- المحور الثالث: دور الإنتاج المحلي في تحقيق التنمية الشاملة في الجمهورية اليمنية.

- المحور الأول: الإطار النظري للمفاهيم المرتبطة بالتنمية الشاملة

من المهم عند الحديث عن التنظيم القانوني والاقتصادي لموضوع معين، أن يتم تحديد المفاهيم المرتبطة بهذا التنظيم، ليتم التحليل الاقتصادي بناء عليها، حيث أصبحت المفاهيم الاقتصادية تشغل حيزاً كبيراً من الاهتمام عند إنشاء المشاريع الاستثمارية، وذلك لما تمثله من مرتكزات للعمليات الإنتاجية، ولما كانت الاعتبارات الاقتصادية التنموية من الأمور الأساسية والتي من المهم أخذها في الحسبان عند سن القوانين والتشريعات المنظمة، كان لزاماً علينا استعراض هذه المفاهيم لبيان مدى التناسق بينها وبين النصوص القانونية المنظمة وذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول: ماهية التنمية الاقتصادية والنمو الاقتصادي.

المبحث الثاني: ماهية التنمية المستدامة.

المبحث الثالث: ماهية التنمية الشاملة.

المبحث الأول: ماهية التنمية الاقتصادية والنمو الاقتصادي

تعد التنمية الاقتصادية فرعاً من فروع علم الاقتصاد والتي تركز على دراسة أسباب التخلف وسبل الخروج منها باتباع استراتيجيات وسياسات معينة، كما تهتم التنمية الاقتصادية بالتخصيص الأمثل لموارد الإنتاج النادرة ونموها عبر الزمن، فضلاً عن دراسة الترابط بين البنية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وكيفية تغيير هذه البنية بما يسمح بحدوث تحسينات مستمرة في مستوى المعيشة والقضاء على الجهل والتخلف، وسيتم استعراض المفاهيم والتعريفات كما يلي:

- النمو الاقتصادي: هو الزيادة في كمية السلع والخدمات التي ينتجها اقتصاد معين، في فترة زمنية معينة^(١).
- التنمية الاقتصادية: عملية تغيير إرادية هادفة وشاملة لكل جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية في مجتمع معين من أجل نقل ذلك المجتمع إلى وضع اقتصادي واجتماعي وسياسي أفضل^(٢).

وتعرف التنمية الاقتصادية عموماً: بأنها عمليات التغيير الجذري والشامل والمستمر المصحوب بالزيادة في متوسط الدخل الحقيقي للمواطنين^(٣) والتحسين في توزيع الدخل لصالح الطبقة الفقيرة وتحسين جودة السلع والخدمات وتغيير الهياكل الإنتاجية....، ويكمن الفرق بين النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية أن النمو يعمل على زيادة الإنتاج في فترة زمنية معينة غالباً ما تكون سنة، أما التنمية فهي تغيير شامل وكامل لكل جوانب الحياة دون تحديد فترة زمنية لقياسها. (القرشي، ٢٠١٧، ١٥-١٦).

- ومن المهم هنا أن نتطرق لتعاريف التنمية الاقتصادية من مختلف الجوانب كما يلي:
- التعريف من حيث الشمولية: تعرف التنمية الاقتصادية بأنها عملية معقدة شاملة تضم جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإيديولوجية.
- التعريف الإجرائي: عملية شاملة ومستمرة وموجهة وواعية تمس جوانب الحياة، وتحديث تغيرات كمية وكيفية وتحولات هيكلية تستهدف الارتقاء بمستوى المعيشة لجمهور المواطنين، وتحسين نوعية الحياة بالاستخدام الأمثل للموارد والإمكانات المتاحة.
- التعريف الاجتماعي للتنمية الاقتصادية: التنمية ظاهرة اجتماعية نشأت مع نشأة البشر المستقر فزاد الإنتاج وتطورت التجارة وظهرت الحضارات المختلفة.
- التعريف الإداري للتنمية الاقتصادية: نشاط مخطط يهدف إلى إحداث تغيرات في الفرد والجماعة والتنظيم من حيث المعلومات والخبرات ومن ناحية الأداء وطرق العمل، ومن ناحية الاتجاهات والسلوك وصولاً إلى الكفاءة وزيادة الإنتاجية (القرشي، ٢٠١٧، ١٧-١٨).

(١) النمو الاقتصادي يتم احتسابه سنوياً كمعدل للنمو الاقتصادي وذلك بمقارنة السنة المنتهية بالسنة التي قبلها.
(٢) التنمية الاقتصادية غالباً ما تكون مصحوبة بتغيير كبير في الهياكل الإنتاجية في الدولة وما يصاحبها من تغيير للقوانين والتشريعات بالإضافة إلى السياسات الحكومية خاصة تلك المتعلقة بالسياسات المالية والنقدية...
(٣) الدخل الحقيقي: هو عدد السلع والخدمات التي يستطيع المواطن شراؤها بدخله النقدي.

- التعريف القانوني للتنمية الاقتصادية: مجموعة من القوانين واللوائح والقرارات والإجراءات القانونية التي تهدف إلى الحفاظ على المراكز القانونية (الحقوق والالتزامات) لعناصر الإنتاج^(١) وصولاً إلى تحقيق مستويات عالية من النمو في مختلف مجالات وقطاعات الاقتصاد الوطني.

والجدير بالذكر أن التنمية الاقتصادية لها العديد من المجالات والمستويات والتي من المهم مراعاتها عند سن التشريعات المنظمة للعمليات التنموية من قوانين ولوائح وقرارات إدارية وتعاميم...، وكذلك عند التقاضي حيث أن السوابق القضائية لدى القضاء التجاري تعتبر مصدراً من مصادر القانون، وبما أن المصطلحات مهمة جداً في تحديد المراكز القانونية لأطراف التنمية الاقتصادية والتي بالطبع ستؤول إلى مراكز مالية مدينة ودائنة، لزم استعراضها كالتالي:

أولاً: مجالات التنمية:

١- التنمية الاقتصادية: وتهتم بزيادة الطاقة الإنتاجية، وكفاءة استخدام الموارد المتاحة وزيادة معدلات النمو الاقتصادي ورفاهية المجتمع.

٢- التنمية الاجتماعية: أسلوب للعمل الاجتماعي، وتهدف إلى تغيير في طريقة التفكير الإنتاجي عبر زيادة الوعي المجتمعي بأهمية المشاركة في برامج التنمية الحكومية والمبادرات الإنتاجية لإحداث التطوير في كافة المجالات لخدمة المجتمع.

٣- التنمية السياسية: مجموعة من الأفكار البناءة للوصول إلى رأي عام للتأثير به لدى متخذي القرار السياسي، أي المشاركة في صنع القرار السياسي من خلال عدة وسائل: الأحزاب، النقابات، الجمعيات التعاونية، وذلك لتطوير علاقة الدولة بالمجتمع لتحقيق الأهداف التنموية المنشودة.

٤- التنمية الإدارية: تطوير القدرات وتحسين الأداء ودراسة الأطر التنظيمية وتحديث القوانين وتحسين بيئة العمل الإداري (للقطاع العام والخاص) بهدف تحقيق الأهداف التنموية.

٥- التنمية البشرية (عنصر العمل): توسيع القدرات التعليمية والخبرات للوصول إلى مستوى مرتفع من الإنتاج والدخل، وبحياة صحية طويلة، فالإنسان هو الثروة

(١) عناصر الإنتاج: (العمل، رأس المال، الأرض، التنظيم أو الإدارة).

الحقيقية وتنميته هي طريق الاستثمار الرئيسي للمجتمع.

وهنا نلاحظ من التعاريف السابقة أن للتنمية الاقتصادية عدة عناصر وهي:

- الشمولية: فالتنمية هي تغير شامل ينطوي ليس فقط على الجانب الاقتصادي، بل على الجوانب الاجتماعية والسياسية والثقافية. وبذلك تشير التنمية إلى التوازن في البنية القطاعية للاقتصاد، والتوازن الاجتماعي بين المناطق الجغرافية والطبقات الاجتماعية (اقتصاديات الموقع)، وتوطن الصناعات، والاعتماد على الذات (المبادرات) وبناء اقتصاد وطني متكامل.

والجدير بالذكر أن التنمية تسعى إلى الإخلال المستمر بحالات التوازن والثبات الموجود، لكي ينتقل الاقتصاد من حالة توازن إلى حالة توازن جديد يختلف عن التوازن السابق، بينما يسعى النمو الاقتصادي إلى التغير البطيء على المدى الطويل، والذي يتم من خلال الزيادة التدريجية والمستمرة في معدل نمو الادخار القومي ومعدل دخل الفرد في الاقتصاد الوطني.

- الزيادة المستمرة في متوسط نصيب الفرد من الدخل الحقيقي لفترة طويلة من الزمن.

- حدوث تحسن في توزيع الدخل لصالح الطبقة الفقيرة.

- التحسن المستمر في نوعية وجودة السلع والخدمات، وذلك لأن الزيادة في الدخل النقدي لا تضمن في حد ذاتها تحسن المستوى الاقتصادي والاجتماعي للأفراد.

- تغيير الهياكل الإنتاجية بما يضمن توسيع الطاقة الإنتاجية^(١) للسماح بالتراكم الرأسمالي^(٢) الذي يمر عبر تنويع الإنتاج في القطاعات المختلفة لا سيما القطاعات الصناعية ذات المرونة الإنتاجية العالية^(٣).

(١) الطاقة الإنتاجية: هي حجم الإنتاج الذي تستطيع المشاريع الاستثمارية انتاجه بما تمتلكه من رؤوس الأموال الحالية.

(٢) التراكم الرأسمالي: هو ما ينتج من أرباح سنوية متراكمة إلى أن تصبح رأس مال لمشروع جديد أو توسعة المشروع الحالي.

(٣) المرونة الإنتاجية: هي التغير النسبي للكمية المنتجة بالنسبة إلى التغير النسبي في مدخلات الإنتاج المواد الخام.

ثانياً: مستويات التنمية:

يؤدي اختلاف الموارد الطبيعية في المحافظات اليمنية إلى اختلاف طبيعة التنمية واختلاف مستوياتها على المستويين المحلي والقومي:

- حيث تعبر التنمية المحلية: عن مجموعة من العمليات التي تتوحد فيها المبادرات المحلية (المجتمعية) مع السلطات الرسمية (السلطة المحلية) بهدف تحسين الأحوال الاجتماعية والاقتصادية والثقافية للمجتمعات المحلية وتمكينها من المساهمة في التقدم لكافة المجالات.
- وتعتبر التنمية القومية: عن التشغيل الكامل لجميع القطاعات وتوظيف الموارد والإمكانات المتاحة، وهي عملية تتطلب توفر التخصص والتنسيق بين الوحدات الإنتاجية (السلع والخدمات) في إطار علاقات إنتاجية تشابكية تشمل كل القطاعات (القرشي، ٢٠١٧، ١٨).

المبحث الثاني ماهية التنمية المستدامة

إن موضوع التنمية المستدامة من الموضوعات التي لها صلة مباشرة بالاقتصاد العالمي، وعلوم البيئة، والتشريعات المختلفة بما فيها التشريع الإسلامي، ومن المعروف أن هذا النمط من أنماط التنمية يعد إحدى الغايات التي تسعى دول العالم قاطبة للوصول إليها واتخاذ كافة التدابير اللازمة لتحقيقها باعتبار أنها الوسيلة المثلى لتحقيق التقدم الحضاري المنشود بشتى صوره (اقتصادياً، واجتماعياً، وبشرياً)، مع المحافظة على الموارد والثروات الطبيعية من الاستنزاف والتلوث لضمان ديمومتها للأجيال القادمة.

وتعتمد على دراسة وتقييم الآثار البيئية للصناعات الملوثة على المنافع البيئية والتكاليف الناتجة عنها، وتعتبر التنمية المستدامة من أهم النماذج الاقتصادية التي تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والبيئية، حيث بات من الضروري الأخذ في الاعتبار عند إنشاء المشاريع التلوث البيئي الذي قد ينجم عنها.

إن مفهوم التنمية المستدامة الذي تهدف إليه السياسة الاقتصادية مرتبط بالرفاهية الاجتماعية و برفع مستوى المعيشة، وذلك من خلال رفع مستوى ونوعية حاجات الإنسان الأساسية والثانوية على المدى البعيد.

وتشكل التنمية المستدامة هدفاً من أهداف السياسات الاقتصادية لكل دول العالم، ولها تأثير واضح على الموارد الطبيعية وعلى مستقبل التنمية البشرية عموماً. ومفهوم التنمية المستدامة واسع التداول ولها وجهات نظر عديدة نذكر منها ما يلي (بدران، ٢٠١٤، ٨٦-٨٧):

- تعريف معهد الموارد العالمية: حيث تم تقسيم تعريفات التنمية المستدامة إلى أربع مجموعات كما يلي:

١- اقتصادياً: تعني التنمية المستدامة للدول المتقدمة التخفيض في استهلاك الطاقة والموارد، أما بالنسبة للدول النامية فهي تعني التوظيف الأمثل للموارد المتاحة من أجل رفع مستوى المعيشة والحد من الفقر.

٢- اجتماعياً: تعني السعي من أجل تحقيق الاستقرار في النمو الديموغرافي، ورفع مستوى الخدمات الصحية والتعليمية، خاصة في المناطق الريفية.

٣- بيئياً: تعني حماية الموارد الطبيعية والاستخدام الأمثل للأراضي الزراعية والموارد المائية.

٤- تكنولوجياً: تعني نقل المجتمع إلى عصر الصناعات النظيفة التي تستخدم تكنولوجياً غير ضارة بالبيئة.

- تعريف الاتحاد العالمي للحفاظ على الطبيعة سنة ١٩٨٠م: التنمية المستدامة هي التي تأخذ في الاعتبار البيئة والاقتصاد والمجتمع.

- تعريف البنك الدولي: فيعتبر نمط الاستدامة هو رأس المال، وعرف التنمية المستدامة بأنها: تلك التي تهتم بتحقيق التكافؤ المتصل الذي يضمن إتاحة نفس الفرص التنموية الحالية للأجيال القادمة وذلك بضمان ثبات رأس المال الشامل أو زيادته المستمرة عبر الزمن.

من العرض السابق نخلص إلى تعريف شامل للتنمية المستدامة: وهي إدارة قاعدة الموارد الطبيعية وصيانتها وتوجيه المتغيرات التكنولوجية والتنظيمية لتلبية الاحتياجات البشرية الحالية والمستقبلية بصورة مستمرة. حيث تسعى التنمية المستدامة إلى تلبية متطلبات واحتياجات أكثر الشرائح فقراً في المجتمع.

المبحث الثالث ماهية التنمية الشاملة

عرفنا التنمية الاقتصادية بأنها زيادة ملحوظة في الدخل القومي وفي نصيب الفرد منه، تتوزع على الأنشطة وفئات الدخل المختلفة، وتستمر لفترة طويلة تمتد إلى جيل أو جيلين وتتخذ خلالها صورة تراكمية، حيث أن الميزة الوحيدة للتنمية الاقتصادية ليست في زيادة السعادة وإنما في توسيع نطاق السلع والخدمات التي يستطيع الفرد الحصول عليها.

وتعتمد التنمية الاقتصادية على عوامل عدة أهمها مدى توافر رأس المال العيني (المعدات والآلات)، والموارد الطبيعية، والمدخرات، والمستوى التكنولوجي، وعدد ومعدل نمو السكان، واتساع السوق، وسياسة الرفاهية، وترتبط هذه العوامل بعضها ببعض بقدر يجعل تحديد أهمية كل عامل منها على حدة من الصعوبة بمكان حتى بالنسبة للدول المتقدمة.

ومن العرض السابق نورد تعريفاً للتنمية الشاملة بأنها: التغيير الجذري الكامل للهياكل التنظيمية (القطاع العام) والإنتاجية (المصانع، المنشآت الخدمية،... الخ)، مع المحافظة على ديمومة الموارد الاقتصادية^(١) للأجيال القادمة - حاضر قريب ومستقبل بعيد- وضمان التوزيع العادل للمنافع (المادية والمعنوية) لكل أفراد المجتمع بكافة شرائحه.

ومن أهم أهداف التنمية الشاملة نذكر بعضاً منها كما يلي:

- ١- زيادة الإنتاجية السلعية والخدمية.
- ٢- رفع مستوى الرفاهية للمجتمع، بتحسين متوسط دخل الفرد، واستقرار معدل التضخم عند مستويات مقبولة^(٢).
- ٣- توفير القدر الملائم من البنى الارتكازية للاقتصاد مثل: الطرق، الكهرباء، المياه، الهاتف،... الخ.
- ٤- خفض العجز في ميزان المدفوعات وتدعيم الموازنة العامة للدولة.

(١) الموارد الاقتصادية: هي ما تمتلكه الدولة من قدرات إنتاجية في الأجل القصير والمتوسط والطويل وتتمثل في ثلاثة أنواع وهي الموارد الطبيعية والموارد المالية (رأس المال) والموارد البشرية.
(٢) يعرف التضخم: بأنه الزيادة المستمرة في أسعار عناصر الإنتاج ومدخلاته.

التنمية الشاملة في الشريعة الإسلامية:

بينما تقوم النظريات الوضعية في معظمها على تقديم نماذج للتنمية الاقتصادية تعمل فيها مجموعة من المتغيرات الاقتصادية (مثل الدخل القومي، التجارة الخارجية، الناتج المحلي، تعداد السكان، معدلات العائد على الاستثمار، الاستهلاك القومي، الخ...) تفترض عند التعامل معها ثبوت معظمها وتغيير واحد منها فقط في لحظة التعامل الزمنية الواحدة، نرى أن المنهج الاقتصادي الإسلامي يقدم نموذجاً للتنمية الاقتصادية الشاملة أكثر حركية وديناميكية لأنه يتعامل مع كل هذه المتغيرات الاقتصادية (علاوة على المتغيرات الاجتماعية والسياسية والثقافية الأخرى) في آن واحد ودونما تفضيل لإحدهما عن الأخرى (الأهدن، ١٩٩٤، ١٧٨).

ولم يرد لفظ التنمية الاقتصادية في الكتاب والسنة. ولكن كثيراً ما تناول القرآن الكريم السلوك الاقتصادي وأحاط به، وفرضية أن يكون هذا السلوك رشيداً في مجال الكسب والإنتاج والاستهلاك. ولم يستخدم القرآن الكريم مصطلح النمو أو التنمية، ولكن هنالك العديد من المصطلحات التي تدل على النمو أو التنمية والتي منها: الإعمار، والابتغاء من فضل الله، والسعي في الأرض، وإصلاح وإحياء الأرض وعدم إفسادها، والحياة الطيبة، والتمكين. ويعتبر مصطلح العمارة، والتعمير من أصدق المصطلحات تعبيراً عن التنمية الاقتصادية في الإسلام.

لقد جاء في الإسلام لفظ «عمارة الأرض» كمفهوم ذي دلالة أوسع من المفهوم الوضعي للتنمية التي تنحصر في الإنتاج المادي وتعفل الحاجات الروحية ويختل فيها التوزيع، ولا يتمتع كل الأفراد بحد الكفاية في الدخل. قال تعالى: ((..هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها..))^(١). فالآية تؤكد على وجوب عمارة الأرض. واستعمركم فيها يعني أمركم بعمارها بما تحتاجون إليه. كما أن ذلك فيه الدلالة على وجوب عمارة الأرض للزراعة والغرس والأبنية. والطلب المطلق من الله تعالى يكون على الوجوب. فاستعمركم فيها أي جعلكم عمارها وسكانها.

والجدير بالذكر أن التشريع الإسلامي أعطى التنمية الاقتصادية اهتماماً كبيراً لكل مجالات الحياة الإنسانية، بالإضافة إلى مراعاة المصالح العامة والخاصة، وتشجيع الإنتاج، وتعظيم مفهوم العمل وأن أي عمل يقابله أجر من الله علاوة على الأجر الدنيوي، وكذلك تدعيم مفاهيم الإتقان في العمل والأمانة في التعامل، وتنظيم عمليات البيوع

(١) سورة هود، الآية ٦١.

(فقه المعاملات المدنية والمالية). لذلك لا بد أن ننوه إلى أن النظام الاقتصادي الإسلامي جزء لا يتجزأ من المنظومة الإسلامية ككل لا يمكن أن ينفصل أحدهما عن الآخر، وبالتالي لا يمكن تطبيق أحدهما بمعزل عن الآخر أو مع تحييد له.

وهنا من المهم أن نذكر أن التنمية الشاملة في الإسلام ليست حديثة، بل على العكس فقد كانت أولى تطبيقاتها في عهد سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، عند تأسيسه للدولة الإسلامية ودعائها في المدينة المنورة، وما أضافه الصحابة الأخيار ومن بعدهم وسار على نهجهم في الدول الإسلامية المتلاحقة، مثل الاهتمام بتوزيع الثروات بين المسلمين كتوزيع حصيلة الزكاة على مصارفها المحددة شرعاً، وتنظيم شؤون الدولة الإدارية، وتعيين القضاة والولاة ومسؤولي الدولة، مستندين في كل ذلك على أسس ومبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء والتي مهدت الطريق لظهور حضارة إسلامية مزدهرة اقتصادياً واجتماعياً وثقافياً وعلمياً وحتى سياسياً.

فطبيق أسس ومبادئ الشريعة الإسلامية كمبدأ العدل والإنصاف، الشورى، والمساواة في الحقوق،... الخ أدى إلى خلق بيئة استثمارية مستقرة ومشجعة على الإبداع والابتكار وهذا ما أثبتته التاريخ الحضاري الإسلامي من تراث علمي عظيم ساهم في تطور الدولة الإسلامية، بل وحتى ساهم بشكل فاعل فيما نحن عليه اليوم من التطور الحياتي والاختراعات الجديدة التي معظمها قائم على الأسس العلمية للعلماء العرب والمسلمين.

ومما سبق نستخلص تعريفاً للتنمية الشاملة في الاقتصاد الإسلامي في أنها التنمية الحقيقية القائمة على أسس ومبادئ إلهية تهتم أولاً بتنمية الإنسان وعمارة الأرض، ثم تحقيق التغيير الهادف إلى تدعيم التكاملات بين مختلف الأنشطة الاقتصادية والمجتمعية والسياسية وغيرها.

ومن هنا نذكر أن التنمية الشاملة في الاقتصاد الوضعي تهدف إلى الوصول إلى مستوى معين من الزيادة في مؤشرات النمو الاقتصادي بناء على فكرة الموارد الاقتصادية النادرة نسبياً، ومن ثم تتوقف التنمية الشاملة عند هذه المستويات.

بينما في الشريعة الإسلامية لا توجد حدود للتنمية الشاملة، ولا تتقيد بمؤشرات معينة ولا تركز على فكرة الموارد الاقتصادية النادرة كما في الاقتصاد الوضعي، بل تركز على أن نعم الله لا تعد ولا تحصى، ولا توجد حدود للموارد الاقتصادية، ولا تتوقف عمليات وإجراءات التنمية الشاملة أبداً، وإنما تظل مستمرة إلى الأبد، والدليل على ذلك قول سيدنا

محمد صلى الله عليه وسلم: (لوقامت القيامة وفي يد أحدكم فسيلة فليغرسها)^(١)، وبناء على ذلك فإن العمل والسعي وطلب الرزق لا يتوقف، ولا يرتبط بأي مؤشر ربح أو خسارة أو أزمة أو أي ظروف قاهرة.

أهداف التنمية الشاملة في الشريعة الإسلامية:

تقوم التنمية الشاملة في الإسلام على تحقيق الكفاءة الاقتصادية^(٢) في الأداء والإنتاج، ونظراً لأهمية تلك الأهداف الاقتصادية في نجاح التنمية الشاملة إلا أن هذا النجاح رهين باعتبارات دينية واجتماعية أخرى، فقد يتعارض تحقيق الأهداف الاجتماعية مع مبدأ الكفاءة الاقتصادية ولكن لضمان سلامة عملية التنمية لابد من تقدير تلك الأهداف والأخذ في الاعتبار لتحقيقها مبدأ العدالة في توزيع عوائد التنمية، حيث يلزم في بعض الأحيان التعاضى بعض الشيء عن تحقيق الكفاءة الاقتصادية كقاعدة تقوم عليها أهداف التنمية في سبيل توزيع العوائد على أكبر عدد من السكان، وذلك مع ضرورة التوازن بين عدالة التوزيع مع المحافظة على تحقيق الكفاءة الاقتصادية في الأداء (النمري، ٢٠٠٤، ٢٠).

(١) صحيح البخاري.

(٢) تعبر الكفاءة الاقتصادية عن الاستغلال الأمثل للموارد الاقتصادية، بينما تعبر الفاعلية عن تحقيق الأهداف المخطط لها بغض النظر عن الكفاءة.

المحور الثاني:

دور قانون الاستثمار اليمني في دعم التنمية الشاملة في اليمن

يلعب الاستثمار دوراً فاعلاً في تحريك عجلة التنمية الشاملة خاصة في البلدان النامية والتي تصنف اليمن من ضمنها، ورافداً مهماً 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 لابد من تسليط الضوء على دور قانون الاستثمار اليمني رقم (3) لسنة ٢٠٢٥-١٤٤٦هـ، حيث تضمن مجموعة من الحوافز والضمانات، وهي في مجملها ذات طبيعة مالية، تهدف إلى جذب المستثمرين والحصول على قيمة مضافة للاقتصاد الوطني، ويمكن القول هنا أن الدولة توفر فرصاً استثمارية للمستثمرين من خلال تخفيض التكاليف الإنتاجية بالنسبة لهم، وبالمقابل فهي تنتظر عائداً من ذلك يتمثل أساساً في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية وصولاً إلى التنمية الشاملة في جميع المجالات، حيث نجد أنه نظم الكثير من المسائل الاستثمارية والتجارية^(١) وراعى الجوانب الاجتماعية والمنافع والأرباح المجتمعية، وسوف نستعرض بمشيئة الله ذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول: الأهداف التنموية لقانون الاستثمار اليمني.

المبحث الثاني: الضمانات التنموية في قانون الاستثمار اليمني.

المبحث الثالث: الحوافز والمزايا التنموية في قانون الاستثمار اليمني.

المبحث الأول: الأهداف التنموية لقانون الاستثمار اليمني

ترى كثير من النظريات الاقتصادية أن التنمية تشمل زيادة العناصر الإنتاجية المستخدمة في النشاط الاقتصادي، عن طريق التشغيل للمتعطل منها لدى المجتمع أو زيادة الكميات المتاحة من العناصر الأكثر ندرة، وتشمل أيضاً زيادة الكفاءة الإنتاجية لتلك العناصر إعادة توزيعها بين قطاعات الاقتصاد المختلفة بهدف الاستخدام الأمثل لها أو التغيير في طرق وأساليب الإنتاج.

(١) الفرق بين الاستثمار والتجارة: ١- الاستثمار هو قيام مشروعات ذات رأس مال غالباً ما يكون كبيراً بإنتاج سلع وخدمات بحصة سوقية كبيرة في السوق المحلي، وتكون أرباحاً عالية ومنافع مجتمعية كبيرة. ٢- أما التجارة: فتعني تحريك راس المال مهما كان حجمه في السوق مثل تجارة التجزئة بغرض الحصول على أرباح قصيرة الأجل.

وبما أن جميع القوانين اليمنية مصدرها الشريعة الإسلامية، فإن الإسلام يعطي للتنمية مفهوماً شاملاً، حيث حرص على تنمية الإنسان وما يمتلك من موارد اقتصادية واجتماعية...، ليعيش حياة كريمة، مليئة بالإنجاز والعمل الصالح الذي يؤتي ثماره في الدنيا والآخرة، بحيث يرتفع المسلم من حد الكفاف إلى حد الكفاية وصولاً إلى الاكتفاء الذاتي (النمري، ٢٠٠٤، ٤).

ومن هنا نذكر أن قانون الاستثمار اليمني رقم (٣) لسنة ٢٠٢٥م، تناول أهداف القانون والتي في مضمونها تتماشى مع أهداف التنمية الشاملة وتحققها على أرض الواقع، حيث حدد القانون في المادة (٣) الوسائل التي تم أخذها في الاعتبار لدعم وتشجيع الاستثمار، منها توفير بيئة استثمارية جاذبة، وتحقيق اقتصاد وطني متنوع، ورعاية ودعم المشاريع الصغيرة والأصغر ومشاريع الاقتصاد المجتمعي، وتحفيز استخدام مدخلات الإنتاج المحلية، وزيادة معدلات الإنتاج لخفض فاتورة الاستيراد وصولاً إلى الاكتفاء الذاتي، وعمل إجراءات حمائية للمنتجات الوطنية ذات الجودة العالية، وتنمية الصادرات وخفض عجز ميزان المدفوعات، وتوطين الصناعات خاصة المرتبطة بالجانب الزراعي والسمكي، وتشجيع شركات المساهمة العامة، وفتح المجال للمنافسة ومنع الاحتكار.

ونلاحظ من خلال استقراء أهداف قانون الاستثمار اليمني أنه راعى عدة أمور جوهرية نذكر منها:

١- التنظيم الإجرائي لإنشاء وتشغيل المشاريع عن طريق النافذة الواحدة بالهيئة العامة للاستثمار، وما ستوفره هذه النافذة من الوقت والجهد والمال وكذلك من التداخل الذي قد يحصل بين الجهات الحكومية ذات العلاقة بالجانب الاستثماري والتجاري أيضاً.

٢- تدعيم التنوع الإنتاجي في قطاعات الاقتصاد الوطني المختلفة (قطاع النقل، الكهرباء والمياه، الصناعات التحويلية... الخ)، والذي يشكل في مضمونه تكاملات إنتاجية تسهم بشكل فاعل في الحد من الأزمات الاقتصادية وحالات الركود التي قد تكون موسمية وتهدد الاستدامة المالية للمشاريع الاستثمارية.

٣- بالنظر إلى هيكل المشاريع في اليمن، نجد أن ما نسبته ٩٧٪ من المشاريع هي مشاريع صغيرة وأصغر^(١) لذلك أبدى قانون الاستثمار رعاية خاصة لها، تساعدها

(١) بحسب المسح الصناعي اليمني لسنة ٢٠١٠م.

في الاستثمار وبالتالي التحول مستقبلاً إلى مشاريع متوسطة وصولاً إلى تكوين مشاريع كبيرة ذات خبرة مهنية عالية.

٤- إن استخدام مدخلات إنتاجية محلية يدعم الإنتاج المحلي خاصة الزراعي والسمكي ويسهم في زيادة الدخل، وبالتالي خفض معدلات الفقر والبطالة، بالإضافة إلى خفض فاتورة الاستيراد ومنع تسرب النقد الأجنبي إلى خارج الدولة، وإعادة تشغيله داخلياً لتحفيز ودفع حركة التنمية بشكل كبير.

٥- وبما أن اليمن انضمت إلى منظمة التجارة العالمية - في العام ٢٠١٤م- والتي تضمن حرية التجارة بين الدول وتمنع الإجراءات الحمائية، إلا أن المنظمة أعطت الدول التي لديها عجز في ميزان المدفوعات صلاحية عمل إجراءات حمائية لمنتجاتها المحلية ضد المنتجات المستوردة من خارج الدولة لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد إن استمرت حالة العجز في ميزان المدفوعات.

٦- بما أن اليمن من البلدان النامية والتي تعاني من النقص في رؤوس الأموال الكبيرة، فقد أعطى قانون الاستثمار مزايا كثيرة للشركات المساهمة، والتي من الممكن أن تكون ناتجة عن الاندماج بين العديد من المشاريع الصغيرة، حيث سيسهم ذلك في توسيع القاعدة الإنتاجية وتلبية الطلب السوقي للمنتجات المحلية وصولاً إلى الاكتفاء الذاتي.

المبحث الثاني: الضمانات والحوافز والمزايا التنموية في قانون الاستثمار اليمني

يواجه تمويل مشروعات التنمية مشاكل كثيرة تساعد في حلها الوسائل التقليدية للتنظيم الحكومي، ومنها السياسات الاقتصادية (السياسات المالية والسياسات النقدية)، وكذلك التشريع الضريبي الخاص بالمشاريع الاستثمارية، ويتحقق ذلك بالقوانين واللوائح اللازمة لتنظيم النشاط الاقتصادي الذي يستهدف تشجيع الإنتاج والاستثمار في نطاق القرارات الخاصة بإنشاء المؤسسات الحكومية المنظمة لمختلف أوجه الأنشطة الاستثمارية.

إن الهدف العام للتنمية الشاملة هو تحقيق أكبر معدل لنمو الإنتاج يتفق ورغبات الشعب في اختيار إنتاج أنواع معينة من السلع والخدمات وتحديد مقدار الاستثمار وما يتطلبه من تضحية بالمدخرات المالية، أملاً في الحصول على عوائد وأرباح مستقبلية.

والجدير بالذكر أن التخطيط الحكومي يتطلب سلسلة من القرارات التي تحدد

الأولويات في توزيع الموارد المتاحة، ولا يراعى في تحديد الأولويات العوامل الاقتصادية البحتة إذ أنه يتعين أيضاً مراعاة العوامل الاجتماعية كمعدلات البطالة والفقير... الخ (هيجنز، ٢٠٢٠، ١٩٤).

ومن معوقات التنمية في كثير من البلدان السياسات النقدية والمالية غير السليمة، بالإضافة إلى انخفاض الإنتاجية، وسوء وسائل التسويق والنقل والتخزين، وضعف تناسق معدلات النمو في القطاعات المختلفة. لهذا فإن تعديل هذه السياسات يعتبر جزءاً هاماً من التخطيط التنموي للدولة، وهنا نذكر الجوانب التنموية التي تم مراعاتها عند إعداد قانون الاستثمار اليمني وما تضمنه من ضمانات إنتاجية وقانونية وإجرائية... الخ، وسيتم استعراض ذلك وفقاً لما يلي:

تضمنت المادة (٥) حرية الاستثمار في أي قطاع اقتصادي، مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية وكذلك موجبات السياسات الاستثمارية للدولة، ومن هنا نلاحظ مرونة النص القانوني للمتغيرات والمستجدات الاقتصادية، حيث أعطى الدولة مساحة تشريعية لتنظيم ما قد يستجد في الشأن الاقتصادي للدولة.

ومن الناحية الدبلوماسية فقد تضمنت المادة (٦) المعاملة المتساوية لغير اليمنيين مع اليمنيين في كافة الحقوق والالتزامات بما في ذلك الانفراد أو المشاركة في ملكية المشروع...، مع العلم أن المادة لم تشترط المعاملة بالمثل بالنسبة لليمنيين المستثمرين في الدول الأجنبية، حيث كان من الأفضل ذكر مبدأ المعاملة بالمثل في القانون^(١)، كما أن انفراد المستثمر الأجنبي بالمشروع فيه مخاطرة على الاقتصاد الوطني من عدة نواح منها الاحتكار وضياع فرص التراكم الرأسمالي للاقتصاد الوطني.

كما بينت المادة (٧) موضوع أنه لا يجوز الحجز على المشاريع الاستثمارية أو أي من أموالها أو مصادرتها أو تجميدها أو فرض الحراسة عليها أو توقيف نشاطها من قبل أي جهة كانت إلا بناء على حكم قضائي بات، باستثناء الأوامر القضائية في القضايا المرفوعة من الجهات الحكومية لأغراض الحجز التحفظي مع مراعاة عدم جواز التصرف في أموالها أو أصولها أو مصادرتها أو وقف نشاطها إلا بناء على حكم قضائي بات، وتعليقاً على هذه المادة نجد أنها ضمنت استقرار واستدامة عمل المشروع الاستثماري من ناحية ما قد ينجم عن الدعاوى القضائية التي يمكن أن تكون كيدية، وما ينتج عنها من خسائر كبيرة ليس فقط بالنسبة للمشروع ولكن أيضاً بالنسبة لجمهور المستهلكين والدولة

(١) لم يتم بعد عمل لائحة تنظيمية للقانون حتى تاريخ كتابة هذا البحث في ٨/٧/٢٠٢٥م.

كذلك، حيث أن توقف المشروع الاستثماري خاصة المشروع الذي يمتلك حصة سوقية كبيرة- لأي سبب- والذي يوفر سلعاً منتجة محلياً، سوف يقلل من عرض هذه السلع في السوق المحلي مما قد يضطر الدولة إلى اللجوء إلى الاستيراد ومع استمرار هذه الحالة لعدة مشاريع يؤدي في النهاية إلى رفع فاتورة الاستيراد وتسرب العملة الأجنبية للخارج... الخ، لذلك نلاحظ أن الاستقرار القانوني من أهم المرتكزات الفاعلة لبيئة استثمارية وتنموية مستدامة.

كما ذكرت المادة (٨) ضمناً إدارياً وهو أنه : «لا يجوز لأي جهة حكومية، أياً كانت، إصدار قرارات تضيف أعباء مالية أو إجرائية تتعلق بإنشاء أو تشغيل أو إدارة مشاريع استثمارية تخضع لأحكام هذا القانون أو فرض رسوم أو مقابل خدمات عليها أو تعديلها إلا بعد أخذ رأي مجلس الإدارة وموافقة مجلس الوزراء بعد استكمال الإجراءات الدستورية والقانونية»، ومن استقراء النص السابق نلاحظ توافقه مع القاعدة الدستورية التي تؤكد أنه لا يجوز فرض أي رسوم إلا بقانون، وكذلك توافق برنامج حكومة التغيير والبناء في عدم فرض أي رسوم أو ضرائب إضافية جديدة، بالإضافة إلى أن هذه الضمانة تسهم في استقرار الوضع المالي للمشروع الاستثماري، حيث أن فرض رسوم أو مبالغ مالية بعد أخذ رأي مجلس إدارة الهيئة العامة للاستثمار، وموافقة مجلس الوزراء، يمكن الدولة من المواءمة بين هذه القرارات والخطط الحكومية فيما يتعلق بالإنتاج والاستثمار والمستوى العام للأسعار وميزان المدفوعات... الخ.

وفيما يتعلق بالأراضي والعقارات والمساحات المخصصة للمشاريع الاستثمارية حددت المادة (٩) ق. الاستثمار اليمني، حيث ذكرت المادة في الفقرة (١) بأنه «المستثمر غير اليمني يحق له شراء أو استئجار الأراضي أو المباني اللازمة لمشروعه الاستثماري، كما يحق له تملك العقارات اللازمة للسكن والمكاتب الإدارية وفقاً لمتطلبات احتياجات المشروع»، نلاحظ أن الفقرة السابقة لم تذكر ما إذا تطلب امتلاك العقارات الخاصة بمشروع المستثمر غير اليمني استصدار ترخيص سابق، أو الالتزام بشروط معينة تضمن عدم إساءة استخدام هذه الضمانة، وكذلك لم تذكر جزاء مخالفة المستثمر الأجنبي لشروط امتلاك العقارات داخل أراضي الجمهورية اليمنية سواء بالشراء أو الاستئجار، وأيضاً لم يتم ذكر مبدأ المعاملة بالمثل، حيث أن الفرص الاستثمارية في اليمن كثيرة ومتنوعة وجاذبة لرؤوس الأموال الأجنبية، ومن ناحية أخرى يمكن أن يكون ذلك أيضاً فرصة لتأمين بيئة استثمارية لليمنيين في الخارج باستخدام مبدأ المعاملة بالمثل مما يشكل التزاماً غير مباشر لبلدان المستثمرين الأجانب في تسهيل الاستثمارات لليمنيين،

وما سيشكله ذلك من زيادة في الدخل القومي للجمهورية اليمنية.

ومن ناحية أخرى ذكرت الفقرة (٣) من نفس المادة أن أي نزاع على ملكية الأراضي المخصصة للمشاريع الاستثمارية لا يوقف تنفيذ المشروع، وتفصل في الدعوى الجهات القضائية بشرط التعويض العادل بسعر الزمان والمكان لمن ثبتت ملكيته لتلك الأرض، إلا أن هذه الفقرة لم تذكر تعويض المشروع- في حالة ثبتت الملكية للغير- عن تكلفة نقل المشروع إلى أرض أخرى وما قد يسببه ذلك من تعطل وغرامات تأخير لتسليم المنتجات- في حالة كون المشروع صناعياً- بالإضافة إلى الشروط الجزائية للعقود الاستثمارية... الخ، والحل لهذه المعضلة هو التأكد من خلو الأراضي المخصصة للمشاريع الاستثمارية من أي نزاعات متعلقة بالملكية قبل تسليمها للمشروع، بحيث يسهل عمل مجمعات صناعية مثلاً بعيداً عن المربعات السكنية- تفادياً للتلوث- ومجهزة بالخدمات الأساسية من طرق وكهرباء ومياه واتصالات حتى تصبح مستقرة مكانياً ومحقة للوفورات الخارجية^(١) لإجمالي المشاريع الصناعية داخل المجمع الصناعي.

وبالنسبة للمادة (١٠) ق. استثمار يمني أعطت للمشاريع الاستثمارية صلاحية استيراد احتياجاتها من مدخلات الإنتاج والمعدات وغيرها، وذلك عن طريق تحديدها في قوائم احتياجات المشروع المعتمدة من الهيئة العامة للاستثمار، بحيث يتم الإفراج عنها بمجرد وصولها وفقاً لتلك القوائم، ومن ملاحظة هذه المادة نجد أنها تدعم وبشكل فاعل المشاريع الصناعية الكبيرة في توفير استيراد ما تحتاجه بنفسها أو عن طريق الغير، لكن لم توضح المادة فيما إذا كانت هذه الاحتياجات لها بديل في السوق المحلي، بالإضافة إلى عدم اشتراط استيراد معدات صناعية غير ملوثة للبيئة مثل معدات صناعة الإسمنت ومشاريع التعدين ومصانع الكيماويات وغيرها، حيث أن هناك تقنيات إنتاجية جديدة تقلل الفاقد عن طريق استخدام فلترات تصفية المداخن ومن ثم إعادة استخدام الشوائب في العمليات الإنتاجية كما في مصانع الإسمنت.

ومن جانب آخر نرى أن المادة السابقة لم تأخذ في الاعتبار التبعية التقنية لاستيراد معدات المشاريع، ونذكر هنا مثلاً: إذا تم استيراد معدات صناعية لها أنظمة تشغيل حاسوبية سيشكل خطراً استراتيجياً على المشروع في الأجل الطويل، حيث أن هذه

(١) الوفورات الخارجية للمشروع: تعني ما يستفيد منه المشروع من انخفاض تكاليف توفير الخدمات الأساسية كالطرق والكهرباء والمياه وغيرها، والتي تكلف المشروع مبالغ كبيرة تقلل من رأس المال العامل للمشروع وتضعف قدرته الإنتاجية.

الأنظمة سوف تحتاج إلى تحديث كل فترة من الشركة المصنعة في الخارج وبالتالي قد توقف هذه الشركة التحديثات لهذه المعدات وسوف يضطر المشروع الاستثماري إلى إحلال معدات جديدة لها أنظمة تشغيل محدثة بدلاً عن المعدات القديمة، مع العلم أن المعدات القديمة قد تكون في حالة جيدة وما زالت تعمل، والحل هنا هو محاولة المشاريع الاستثمارية الوطنية صنع معدات بنفسها أو حتى إذا اضطرت إلى استيراد بعضاً منها أن توجد مشاريع وطنية أخرى تقنية تصمم أنظمة تشغيل لهذه المعدات وصولاً إلى الاكتفاء التقني الذاتي للمشاريع الوطنية وتجنباً لأي خسائر أو تبعية دولية محتملة.

ومن جانب آخر نذكر أن الاستثمار الأجنبي المباشر^(١) هو أحد مصادر تمويل عجز الموازنة العامة الخارجية^(٢)، حيث أن معظم الدول الناشئة اقتصادياً تحدد سقفاً أعلى للمبالغ التي يستطيع المشروع الأجنبي تحويلها إلى خارج الدولة، وذلك لضمان استقرار السوق النقدي المحلي، والحفاظ على الكتلة النقدية من العملة الأجنبية داخل الدولة المضيفة للمشروع الأجنبي لكي يتم تدويره في الاقتصاد المحلي ودعم العملة المحلية وغيرها من الفوائد والمنافع التي تؤول في النهاية إلى تحقيق أرباح اجتماعية كبيرة ملحوظة للمواطن العادي.

لكننا نجد أن المادة (١١) ق. استثماريمني أعطت للمستثمر الأجنبي الحق في تحويل صافي أرباحه الاستثمارية بأي عملة قابلة للتحويل، كما أعطته صلاحية تحويل رأس ماله إلى الخارج عند تصفية المشروع أو التصرف فيه، ونلاحظ هنا أن الكتلة النقدية المتسربة من الاقتصاد الوطني كبيرة جداً، خاصة وأن الاستثمارات الأجنبية عند إنشائها في الدول المضيفة قد تسبب الكثير من التلوث البيئي، وتشغيلها للعمال اليمنيين وإن كان سيقبل من معدل البطالة نسبياً إلا أن هناك عدة محاذير أهمها أن العمال وغيرهم من جمهور المستهلكين المحليين سوف يشترون بعضاً من سلع أو خدمات المشروع الأجنبي من دخولهم التي أعطيت لهم من هذا المشروع ومن غيره، والنتيجة هي ضعف استفادة الاقتصاد الوطني من إقامة مشاريع استثمارية أجنبية مقارنة بحجم أرباح المشروع التي ستؤول حصيلتها إلى خارج الاقتصاد الوطني، وبالإضافة إلى أن المادة لم تبين حالة المعاملة بالمثل وكيف يمكن للمستثمرين اليمنيين في الخارج الاستفادة من المزايا التبادلية بين الجمهورية اليمنية وغيرها من الدول وضعف الاستفادة من الدبلوماسية

(١) الاستثمار الأجنبي المباشر: هو وسيلة من وسائل التنمية التي تنتهجها الدول النامية، بحيث تشجع الاستثمار الأجنبي لجلب رؤوس أموال خارجية وعمل مشاريع وتشغيل الأيدي العاملة الوطنية وحل مشاكل التضخم وعجز الميزان التجاري... الخ.

(٢) مصادر تمويل عجز الموازنة العامة للدولة: ١- الدين العام الخارجي، ٢- الاستثمار الأجنبي المباشر.

والاقتصاد السياسي^(١) وكذلك التنمية السياسية، فيما يتعلق بحرية تحويل أموالهم وحصيلة استثماراتهم إلى بلدهم الأم اليمن.

ومن جانب آخر نرى أن المادة (١٣) قد ضمنت حقوق الملكية الفكرية والمعنوية وبراءات الاختراع وفقاً للقوانين النافذة ذات الصلة، بحيث أن ضمان التسجيل لهذه الحقوق يضمن المنافسة العادلة بين المشاريع خاصة الصناعية منها وحمايتها من أخطار سرقة التصاميم الصناعية والتي بالطبع تعد السمة الرئيسية لأي منتج، كذلك حمايتها من التقليد غير الشرعي^(٢) بالإضافة إلى ضمان الحصول على منتجات أصلية مطابقة للمواصفات والمقاييس، وأيضاً ضماناً لجانب المسؤولية الجنائية عند الاعتداء على هذه الحقوق سواء بشكل مباشر أو عن طريق اختراق أنظمة هذه المصانع لسرقة تصاميمها الإنتاجية (الجريمة الالكترونية) وحفاظاً على استقرار السوق وحمايته من عمليات السطو والتدليس... الخ.

أيضاً نذكر جانباً من جوانب التنمية القانونية الخاصة بالمشاريع حيث بينت المادة (١٥) ق. استثماريمني أنه لا يجوز إلغاء تسجيل أي مشروع إلا بموجب حكم قضائي بات، وما يصاحب ذلك من عدم سحب أي تراخيص ممنوحة للمشروع كذلك إلا بحكم قضائي بات، وهذا يضمن استقرار المعاملات التجارية الخاصة بالمشروع واستقرار المراكز القانونية للمشاريع لضمان ديمومة عملها وتكوينها لمراكز مالية حالية أو مستقبلية دون الخوف من إيقاف نشاطاتها لأي سبب، بحيث أن الحكم البات يمر بثلاث درجات للتقاضي ويكون المشروع بذلك على علم بالدعوى، ونقترح أن يكون من ضمن النافذة الواحدة قائمة (سوداء) بالمشاريع التي عليها أحكام قضائية باتة لضمان عدم التعامل معها والوقوع في الغش والتدليس من قبلها.

(١) الاقتصاد السياسي: هو ما ينتج عن علاقات واتفاقيات الدول الإنتاجية والتبادلية والتوزيعية للسلع والخدمات.

(٢) أي بدون تصريح من الشركة المصنعة الأم.

المبحث الثالث:

الحوافز والمزايا التنموية في قانون الاستثمار اليمني

تضمن قانون الاستثمار اليمني العديد من الحوافز والمزايا للمشاريع الاستثمارية مع تركيزه على التنمية منها وفق مصفوفات تفصيلية للهياكل الإنتاجية بالنسبة للسلع أو الخدمات، بالإضافة مراعاته للقطاعات الرئيسية العاملة والفاعلة في الناتج المحلي الإجمالي، ومن أهمها قطاعات البنى التحتية (البنية التحتية) للاقتصاد الوطني، والتي توفر منتجاتها السلعية والخدمات وفورات خارجية كبيرة جداً للمشاريع بمختلف أنشطتها، كذلك سهولة عمل تكاملات استثمارية وإنتاجية بين المشاريع المختلفة مثل: التكاملات بين شركات التعدين ومصانع الحديد مع مصانع المعدات والآلات الصناعية.

والجدير بالذكر أن التكاملات الاستثمارية من أهم مقومات أي اقتصاد ناشئ لما لها من أثر فاعل في الحد من آثار الدورات الاقتصادية^(١)، بالإضافة إلى تقويتها للاقتصاد الوطني وتنويع الإنتاج، وإمكانية تطبيقها حتى على مستوى الأرياف عن طريق المشاريع المجتمعية والتعاونيات الزراعية والخدمات والصناعية... الخ، والأهم من ذلك كله، أن التكاملات الاستثمارية تناسب الدول التي ليس لديها رؤوس أموال كبيرة، وذلك عن طريق تجزئة مراحل الإنتاج على عدة مشاريع وصولاً إلى المنتج النهائي، وقد اعتمد الكثير من الدول هذا النهج في بداياتها منها اليابان، حيث يتم تصنيع أجزاء الأجهزة الكهربائية في البيوت ثم يتم تجميعها في مصنع واحد وتغليفها في مصنع آخر وبيعها وهكذا إلى أن وصلت الصناعات اليابانية إلى مستوى عال من الجودة والحصة السوقية الكبيرة ليس فقط في السوق المحلي لليابان، بل في الأسواق العالمية أيضاً.

ومن المهم أن نذكر هنا أن التكاملات الاستثمارية يمكن أن تكون بين المشاريع الصغيرة، وبالتالي تخلق فرصة للإبداع والابتكار وتجربة وسائل إنتاجية جديدة وصولاً إلى تطبيقها العملي على مستوى مشاريع استثمارية ضخمة، وسوف نستعرض أهم أنواع التكاملات الاستثمارية كالتالي:

١- التكامل الرأسي: ويعني تجزئة مراحل الإنتاج لسلعة معينة واحدة على عدة مشاريع أو مصانع للحصول في النهاية على منتج تجميعي.

(١) الدورة الاقتصادية: هي حالات متبادلة من الركود والانتعاش خلال العام والتي قد تكون نتيجة لحالات الرواج والموسم أو التغيرات في أذواق المستهلكين أو ظروف خارجية أخرى....

٢- التكامل الأفقي: إنشاء مشاريع تنتج نفس المنتجات سواء للاستهلاك النهائي أو الإنتاجي لتغطية الطلب الكلي للسوق.

٣- التكامل الفني الجانبي: ويعني امتداد العمليات التشغيلية إلى إنتاج منتجات جانبية بجانب المنتج الرئيسي للوحدة الإنتاجية مثل صناعة السمن والصابون بنفس مدخلات الإنتاج.

٤- التكامل الدائري: تقديم منتجات أو خدمات بديلة متعددة تحقق مزيداً من الخيارات وتلبي شتى الرغبات محققة نفس الغرض الوظيفي والفني مثل: إنتاج القمح محلياً وإنتاج الحبوب الأخرى والطحين المركب.

٥- التكامل المنحرف: إنتاج منتجات بعيدة عن مستهدفات الوحدة الإنتاجية كإقامة معمل أو تأمين التخلص من العوادم للحفاظ على البيئة.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الاستثمار ذكر في المادة (١٨) مزايا وحوافز خاصة لمشاريع الاقتصاد المجتمعي، وذلك لأهمية هذا النوع من الاقتصاد لتحريك عجلة التنمية الشاملة في كل المجالات، بالإضافة إلى تقريب مستويات التنمية من كافة أفراد وشرائح المجتمع، حيث يعرف الاقتصاد المجتمعي: بأنه يتضمن مختلف المؤسسات الاجتماعية الطوعية غير الهادفة للربح والعاملة في مجال إنتاج السلع والخدمات (التعاونيات ومؤسسات العمل الاجتماعية) بهدف تفعيل روح التضامن الاقتصادي بين أفراد المجتمع وتمكينهم من المشاركة الإنتاجية الفاعلة في المجتمع (تاج الدين، ٢٠٢٠، (١١).

ويختلف الاقتصاد المجتمعي عن غيره من تطبيقات علم الاقتصاد بأنه يرتبط بالمجتمعات المحلية بعاداتها وتقاليدها، لذا تلعب العلوم الإنسانية الأخرى (الفقه الشرعي، الفقه القانوني، السياسة، التاريخ، الجغرافيا) دوراً فاعلاً في مجالات علم الاقتصاد المجتمعي وهذا ينعكس في ظاهرة تنوع المناهج والأدوات والنماذج الإنتاجية المناسبة لتفعيل رؤوس الأموال الاجتماعية للمجتمع.

ومن أهم تطبيقات الاقتصاد المجتمعي في الجمهورية اليمنية هي وحدة الطرق المجتمعية لدى وزارة الأشغال العامة والنقل، والتي تعمل على تنسيق الجهود لشق وتعميد طرق ريفية بمبادرات وتمويلات مجتمعية، بالإضافة إلى المبادرات الخاصة بالمجال الزراعي من إنشاء السدود والحواسر المائية وغيرها والتي تعمل على التخفيف من معاناة المواطنين وكذلك تخفف العجز في بعض الخدمات الضرورية، وتقلل الحاجة

إلى التمويل الحكومي خاصة في ظل الظروف الراهنة للمالية العامة للدولة .

المحور الثالث: دور الإنتاج المحلي في تحقيق التنمية الشاملة في الجمهورية اليمنية

إن من أهم مرتكزات التنمية الشاملة لأي دولة هو الإنتاج والتصنيع^(١) المحلي، لذا كان لا بد من تسليط الضوء على الدعائم القانونية التي نظمها قانون الاستثمار اليمني لدعم وتشجيع وحماية التصنيع المحلي وما يتداخل معه من الخدمات المساندة واللوجستية، وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: تشجيع وحماية الإنتاج الوطني في قانون الاستثمار اليمني.

المبحث الثاني: تنمية الصادرات المحلية في قانون الاستثمار اليمني.

المبحث الأول: تشجيع وحماية الإنتاج الوطني في قانون الاستثمار اليمني

ذكرنا سابقاً أن بإمكان الدول التي انضمت إلى منظمة التجارة العالمية والتي لديها عجز في ميزان المدفوعات أن تستفيد من ميزة تفعيل الإجراءات الحمائية لمنتجاتها المحلية ضد المنتجات الأجنبية المستوردة من الخارج وذلك لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد في حالة استمرت حالة العجز في ميزان المدفوعات، مع ملاحظة أنه بإمكان الدول الناشئة اقتصادياً أيضاً الاستفادة من مبدأ سيادة الدولة في الانسحاب أو التعليق لأي اتفاقيات دولية تعارض مصالحها سواء بطرق دبلوماسية أو بإلغائها مباشرة.

ومن هنا نذكر ما تضمنه قانون الاستثمار اليمني في المادة (٦٩) والتي أعطت للمنتجات المحلية الصناعية والزراعية والحيوانية والسمكية ضمانات حمائية ضد المنتجات المستوردة المنافسة، حيث تمثلت في الفقرة (١) أنه في حالة توفر منتجات محلية (بشرط أن تكون ذات جودة وسعر مناسبين) ووجود حالة إغراق للسوق المحلي بالمنتجات المستوردة المنافسة لها تتخذ إجراءات حمائية، وذلك بالتطبيق الصارم للمواصفات والمقاييس ومنع دخول أي منتجات مخالفة لها، وهنا لا بد أن نذكر أنه يلزم تطبيق هذا البند حتى وإن لم توجد حالة المنافسة للمنتجات المحلية، وهذا ما هو معمول به في جميع الدول وعلى رأسها الدول الموقعة على اتفاقية الجات التابعة لمنظمة التجارة العالمية، كما أن تقييد استيراد السلع المنافسة للسلع المحلية بفارق العجز في العرض

(١) التصنيع مصطلح يعبر عن التغيرات الهيكلية والتقنية والتحديثات الفنية للصناعات المحلية المختلفة ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتنمية الاقتصادية، أما مصطلح الصناعة فيرتبط بمفاهيم النمو الاقتصادي وذلك باستخدام الهياكل الإنتاجية العادية بدون تغييرات.

السوقي منها يشجع وبشكل كبير على زيادة الإنتاج واستبدال المنتج المحلي بدلاً عن المستورد، وذلك لأن استيراد كميات قليلة من المنتجات الأجنبية يزيد من نصيب الوحدة الواحدة من تكاليف النقل والتأمين والتخزين... الخ مما يزيد من سعرها، حيث أنه من الممكن أن يرتفع سعرها بقدر أكبر من المنتج المحلي، وبالتالي سيقبل الطلب عليها ويزداد سعرها أكثر، مما يؤدي في النهاية إلى عزوف المستهلك عن شرائها وعزوف المستورد عن استيرادها وبالتالي سوف يحفز ذلك المنتجين المحليين على زيادة الإنتاج لمواجهة الطلب السوقي الكلي.

كما بينت الفقرة (٢) من المادة السابقة أنه في حالة الغش التجاري ومخالفة المواصفات بمنتجات وصناعات رديئة مستوردة تضر بالمنتجات المحلية، تتخذ عدة إجراءات منها منع دخول المنتجات المستوردة الرديئة والمخالفة نهائياً، وهنا يبرز السؤال التالي: لماذا يشتري المستهلك سلعةً مستوردة رديئة، مع العلم أن المستهلك قد يكون لديه معرفة أنها رديئة؟ وللإجابة على هذا السؤال سوف نحدد أهم العوامل المؤثرة على طلب السلعة الرديئة^(١) وهي الدخل الحقيقي المتدني للمستهلك والذي يصعب عليه شراء السلع الأصلية غالية الثمن، وكذلك الذوق الاستهلاكي له وتعوده على استهلاك وشراء هذا النوع من السلع مثل: كشافات الإنارة الرديئة، والمواد الغذائية قليلة الجودة... الخ.

كذلك بينت الفقرة السابقة أن تدرج هذه المنتجات المستوردة الرديئة والمغشوشة في قائمة سوداء يصدر بها قرار من وزير الاقتصاد وذلك لمدة لا تقل عن سنتين، بحيث لا يتم استيرادها مجدداً إلا إذا التزمت بالمواصفات والمقاييس اليمنية، لكن السؤال هنا هل هذه القائمة للسلع فقط أم للخدمات السيئة أيضاً؟ وهل تشمل التاجر المستورد كعقوبة أم لا، كما في القائمة السوداء الصادرة عن البنك المركزي والخاصة بالأشخاص المتعثرين عن سداد ديونهم للبنوك اليمنية؟

ومن جانب آخر ذكرت المادة (٣) ق. استثمار يمني إجراءات تشجيعية للمشاريع الوطنية التي تمتلك حصة سوقية كبيرة^(٢) وذات جودة وسعر عادل^(٣)، وذلك من خلال

(١) هناك نظرية اقتصادية مشهورة تناولت هذا الموضوع رائدها الاقتصادي جيفن وسميت باسمه (سلع جيفن) ويمكن الاطلاع عليها من أدبيات الاقتصاد الجزئي الأكاديمية التي تدرس في الجامعات لطلبة المستوى الأول.

(٢) الحصة السوقية: هي نصيب المشروع من المعروض الكلي من السلعة في السوق المحلية.

(٣) السعر العادل: هو محاسيباً ما يتوافق معه البائعون والمشترون، واقتصادياً هو السعر الذي يغطي التكاليف الثابتة والمتغيرة للمنتج مع هامش ربح معقول يحقق أرباحاً للمشروع تساعد على الاستدامة التشغيلية والمالية...

تقييد استيراد السلع المماثلة وفرض زيادة في نسبة الرسوم الجمركية على المستوردات بما لا يزيد على (٢٠٠٪)، وكذلك زيادة معدل الضريبة عليها بما لا يزيد على ضعفي الضريبة المنصوص عليها في القانون النافذ، ومن هنا نلاحظ أن هذا الإجراء سيحول السلع المستوردة من سلع عادية على سبيل المثال إلى سلع كمالية لمعظم المواطنين، وسوف تتدخل هنا مفاهيم الرشد الاقتصادي^(١) لدى جمهور المستهلكين، وصولاً إلى عدم شرائها وكسائها وبالتالي عدم استيرادها من الأساس.

وذكرت المادة (٧٠) ق. استثمار يماني حوافز تشجيعية للمنتجات المحلية ما يعادل (١٠٪) من السعر للسلع المستوردة المنافسة لها في المناقصات والمشتريات الحكومية، أما إذا كانت السلعة المطلوبة تنتج محلياً بكميات كافية وبمواصفات جيدة فلا يجوز السماح بقبول السلع المستوردة، ونلاحظ من استقراء هذه المادة الأثر التوسعي للسياسة المالية للدولة، حيث أنه بهذا الإجراء سوف تصبح الجهات الحكومية أحد أهم المستهلكين للمنتجات المحلية المختلفة وخاصة ما يتعلق بالأثاث والتجهيزات المكتبية المصنوعة من الحديد والخشب وحتى البلاستيك، وبالتالي سوف يزيد الطلب الكلي (بزيادة الإنفاق الحكومي) وتزيد التدفقات النقدية لهذه المشاريع وبحسب سرعة دوران النقود في السوق سوف يتم تحريك مقومات التنمية الشاملة في الاقتصاد الوطني بمختلف أنشطته السلعية والخدمية.

والجدير بالذكر أن قانون الاستثمار في المادة (٧٢) أعطى الكثير من الحوافز والمزايا للمشاريع الاستثمارية لكن بشرط ألا تترتب عليها أي صورة من صور الاحتكار أو السيطرة (احتكار البائعين) بل أيضاً ضمن مصلحة المستهلك عند تطبيق هذه المزايا من حيث الجودة والسعر العادل.

المبحث الثاني: تنمية الصادرات المحلية في قانون الاستثمار اليمني

تهتم النظريات الاقتصادية كثيراً بمواضيع الاقتصاد الدولي وما يتضمنه من مفاهيم التجارة الخارجية والتمويل الدولي والاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر^(٢) مع ما يصاحبها من تغيرات في قيمة العملة المحلية صعوداً وهبوطاً وحرية التجارة والتعرفة الجمركية وميزان المدفوعات والميزان التجاري للدول... الخ، لذلك فقد اهتم قانون

(١) الرشد الاقتصادي: هو اتخاذ القرارات الاقتصادية التي تحقق أكبر قدر من المنافع بأقل تكاليف ممكنة، ويقابله في القانون الأهلية القانونية (أهلية الأداء).

(٢) الاستثمار الأجنبي غير المباشر: هو ما تقرضه الدول أو الشركات الكبيرة لدول أخرى للقيام باستثمارات في الأخيرة، بحيث تحصل الدول المقرضة على فوائد الديون التي أعطتها للدول المقرضة.

الاستثمار محل البحث في المادة (٧٣) بتنمية الصادرات عن طريق إعفائها بشكل كامل من ضرائب الأرباح والضريبة العامة على المبيعات وكافة الرسوم الحكومية المفروضة على الصادرات في المنافذ والموانئ اليمنية بشرط ألا يكون لهذه المنتجات احتياج في السوق المحلية، ومن هنا نلاحظ أنه يتوجب على المصدر استصدار تصريح بالتصدير لمنتجاته، بمعنى أن يتم تصدير الفائض منها فقط، بحيث لا يحدث عجز في إمدادات هذه السلع للأسواق المحلية، والسبب في ذلك أنه عند تصديرها مع وجود عجز واحتياج لها في السوق المحلي سوف تضطر الدولة إلى الاستيراد وبالتالي سيحدث تسرب للأموال الوطنية إلى الخارج تسريباً لا يعوضه عائد التصدير لمنتجاتنا المحلية.

أما المادة (٧٤) ق. استثمار يمني الفقرة (أ) فقد منحت حافز تصدير بواقع (٢٪) من الفاتورة السنوية للمنتجات والبضائع المصدرة على النحو الآتي: ١- (١٪) تخصم من الضريبة العامة على المبيعات المستحقة على المشروع. ٢- (١٪) تخصم من الرسوم الجمركية المستحقة على المشروع، وتعليقاً على هذه المادة نجد أن القانون أعطى ما يشابه التحويلات المالية الحكومية لهذه المشاريع لتشجيعها على الإنتاج وضماناً لاستقرارها المالي لمواجهة الزيادة في الإنتاج الذي يمكن أن يكون ناتجاً عن زيادة الطلب الخارجي للمنتجات المحلية أو زيادة الطلب المحلي لها، لكن هذه المادة لم تشترط الجودة في السلع المصدرة، ونقترح أن يتم فحصها وإعطائها شهادة جودة من قبل الهيئة العامة للمواصفات والمقاييس اليمنية قبل تصديرها، حتى وإن لم يكن ذلك مطلوباً من قبل المستورد الخارجي، ولكي لا يواجه المصدر خطر التقليل من قيمة منتجه وحتى لا يتحمل خسائر إرجاع المنتج أو إتلاف المنتج لا سمح الله.

وذكرت الفقرة (ب) من المادة السابقة اشتراط حصول المشاريع على حوافز التصدير أن يتم تحويل قيمة المنتجات المصدرة عبر أحد البنوك المعتمدة داخل الجمهورية أو تغطية فاتورة استيراد المشروع من مدخلات الإنتاج أو الموجودات الثابتة، ونذكر هنا أن القانون دعم الجانب المصرفي بشكل كبير محاولاً إعادة الكتلة النقدية المتسربة وتحريك السيولة النقدية للبنوك، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو: هل سيتم عمل قوانين مصرفية جديدة (وفق الشريعة الإسلامية) تضمن حقوق المودعين لدى البنوك؟ حيث أنه من الملاحظ أن بعض البنوك تعمد إلى فرض رسوم وغرامات على المودعين (حسابات - جاري - مدين) بدون أي مسوغ قانوني أو عقدي (اتفاقية فتح حساب جاري)، لذلك نقترح تنظيم ذلك من قبل الجهات المعنية قبل البدء بتنفيذ هذه المادة وذلك تجنباً لحدوث خسائر أو عراقيل محتملة للأنشطة الاستثمارية المختلفة.

وأخيراً قد يتبادر إلى الذهن السؤال التالي: هل ستقلل الإعفاءات الضريبية والجمركية الكبيرة للمشاريع الاستثمارية من حصيلة وحصة الدولة منها باعتبار أنها من أهم مصادر تمويل الموازنة العامة للدولة؟ وللإجابة على هذا التساؤل لا بد أن نشير إلى أن معظم الدول الناشئة اقتصادياً تقدم إعانات مالية للمشاريع الإنتاجية لتحفيزها ودعم توسعاتها وحفاظاً على استدامتها المالية وتقليل تكاليفها الإنتاجية والتي بالطبع تؤثر على سعر السلعة بالنسبة للمستهلك، ومن استقراء المواد المنظمة للإعفاءات الواردة في قانون الاستثمار نجد أنها لا تختلف في مضمونها ونتيجتها وأهدافها عن الإعانات الإنتاجية سالفه الذكر، وبالنسبة لحصيلة الدولة منها فنلاحظ أنه قبل تطبيق قانون الاستثمار اليمني توجد مشاريع إنتاجية محدودة تدفع ضرائب وجمارك ورسومًا، وعند تطبيق القانون ستنشأ بمشيئة الله تعالى مشاريع استثمارية جديدة وعديدة في مختلف المجالات والقطاعات الإنتاجية وعند تطبيق هذه الإعفاءات الكلية أو الجزئية، سوف تزيد حصيلة الدولة من هذه المشاريع بالنسبة للقطاع الحكومي والقطاع الخاص وجمهور المواطنين (المستهلكين) وذلك على شكل أرباح استثمارية، وتوفير سلع وخدمات محلية مطابقة للمواصفات والاشتراطات المنظمة، وتوفير فرص عمل، وسهولة وصول المواطنين لمختلف المنتجات عن طريق تدعيم القانون لركائز الاقتصاد المجتمعي، والتخفيف من الفقر، وخفض فاتورة الاستيراد... الخ.

نتائج البحث:

هناك فترات في تاريخ الأمم تكون فيها العوامل الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والفنية معاونة للقيام بمشروعات التنمية الشاملة بما يكفل الانطلاق نحو التنمية الذاتية، ويجب أن تشجذ جهود المؤسسات الحكومية فيما بينها وكذلك جهود المواطنين العاديين لاقتناص هذه الفرص، حيث تعتمد نتائج الخطط التنموية على البيئة السياسية والأيدولوجية، فالشعب هو الذي يعد الخطة، وهو الذي يتولى تنفيذها (التعاونيات والمبادرات). ولن تنجح الجهود ما لم يرغب الشعب في ذلك، ومن استعراضنا في المحاور السابقة لمضامين التنمية الشاملة في قانون الاستثمار اليمني خلصنا إلى عدة نتائج أهمها ما يلي:

- 1- التنظيم القانوني للاستثمار في الجمهورية اليمنية والقائم على أسس علمية (اقتصادية واجتماعية... الخ) سوف يسهم وبشكل فاعل في تحقيق تنمية اقتصادية شاملة تدعم وتحفز التنمية بمختلف مجالاتها الأخرى.

٢- يهدف قانون الاستثمار اليمني إلى توفير بيئة استثمارية جاذبة ومشجعة على العمل، والتعافي من آثار الأزمات الاقتصادية المتتالية وإنعاش الاقتصاد الوطني.

٣- تضمن قانون الاستثمار اليمني العديد من الضمانات والحوافز التي تساعد المشاريع الاستثمارية على البدء والاستمرار في الإنتاج وضمان الاستدامة المالية والتشغيلية لها، مع توفير فرصة الحصول على حصة سوقية كبيرة في السوق المحلي تجنباً لأي حالة من حالات الركود المحتملة والمتعلقة بأوقات الرواج والكساد التي قد تصيب المشاريع الاستثمارية المختلفة.

٤- أعطى قانون الاستثمار اليمني حوافز مالية يمكن اعتبارها تحويلات مالية حكومية تشجيعية لمشاريع الإنتاج الوطني.

٥- إن التطبيق الصارم لاشتراطات المواصفات والمقاييس اليمنية بالنسبة للسلع المستوردة، سوف يضمن الحصول على سلع مستوردة- إن تطلبت الحاجة لاستيرادها- جيدة ومعمرة، وتسهم في جودة السلع المحلية أيضاً خاصة إذا كانت مدخلات إنتاجية لها.

٦- تضمن القانون مساهمة الجانب الحكومي في استهلاك السلع المحلية مما يزيد الطلب الكلي على هذه السلع وتحفيز المشاريع المنتجة لها على زيادة الإنتاج والتوسع في المشروعات الاستثمارية المختلفة.

٧- للتكاملات الاقتصادية أثر كبير في دعم وتحريك عجلة التنمية الشاملة في اليمن، بما تضمنه قانون الاستثمار اليمني من حوافز لتكامل المشاريع وتنويع ودعم تداخلاتها الإنتاجية.

٨- تضمن القانون أبعاداً اقتصادية الموقع عند تشجيعه للاقتصاد المجتمعي، والذي سيسهم في تحقيق التنمية الشاملة لمختلف المناطق حتى النائية منها والبعيدة عن الخدمات الحكومية.

٩- تضمن القانون حوافز ومزايا خاصة للمشاريع الابتكارية وتكنولوجيا المعلومات، والتي من المتوقع أن تتكامل مع المشاريع الأخرى لتصميم أنظمة تشغيل للمعدات والآلات الصناعية تجنباً لأي تبعية تقنية للشركات المصنعة في الخارج.

١٠- أعطى القانون للمشاريع الاستثمارية ضمانات وحوافز مالية وقضائية وإدارية وسوقية وتسويقية وإجرائية... الخ.

توصيات البحث:

- ١- ضرورة التوعية بأهمية العمل وعدم الاعتماد على المصادر التقليدية لكسب الرزق، وترسيخ ثقافة العمل والإنتاج والرشد الاقتصادي خاصة بالنسبة للاستهلاك الكمالي.
- ٢- ضرورة تحديد حجم الطلب الكلي للسلع المصدرة قبل إصدار تراخيص تصديرها للخارج، حتى لا يحدث عجز في المعروض منها في السوق المحلي.
- ٣- ضرورة تضمين الحوافز والمزايا الاستثمارية للمستثمرين الأجانب موضوع المعاملة بالمثل بالنسبة لليمنيين المستثمرين في الخارج.
- ٤- من المهم إعطاء السلع المحلية المصدرة شهادة الجودة اليمنية المعتمدة من قبل الجهات الرسمية كهيئة المواصفات والمقاييس والهيئة العليا للأدوية - في حال تصدير الأدوية المصنعة وطنياً - وغيرها من الجهات ذات العلاقة.
- ٥- ضرورة تنظيم الأعمال المصرفية وذلك بسن قوانين وتشريعات وفق الشريعة الإسلامية بحيث يضمن ذلك حصول المشاريع الاستثمارية على خدمات مالية مساندة لأنشطتهم المختلفة بشكل لا يؤثر على الاستقرار المالي لهذه المشاريع ولا يؤثر على كمية السيولة النقدية اللازمة لعملياتها الإنتاجية.
- ٦- يمكن تشجيع التصنيع المحلي لصالح علامات تجارية أجنبية، وذلك للحصول على الخبرة التصنيعية من الشركات المصنعة الأم- غير الصناعات الغذائية- واكتساب الممارسات الإنتاجية الحديثة.
- ٧- يمكن الاستفادة من منافع وعوائد الإنتاج الكبير للشركات المساهمة بعمل تكاملات إنتاجية رأسية مكونة من عدة مشاريع صغيرة مع التركيز على الاهتمام بالتراكم الرأسمالي لها، والتي يمكن أن تكون نواة لانطلاق شركات صناعية ضخمة في الأجل الطويل.
- ٨- التوعية بأهمية إنشاء مشاريع الاقتصاد المجتمعي وما ستحققه من عوائد في الأجل القصير والمتوسط وصولاً إلى الإنتاج الكبير في الأجل الطويل.

٩- ضرورة التوعية بأهمية الرشد الاقتصادي عند الاستهلاك وشراء المنتجات، والابتعاد عن الاستهلاك الكمالي (المستورد) لصالح الاستهلاك الضروري.

١٠- عمل ميزة البحث عن المشاريع الاستثمارية المسجلة في النافذة الواحدة لهيئة الاستثمار وذلك للتأكد من أنها غير وهمية عند إنشائها للعقود مع الغير، كذلك من المهم عمل قائمة سوداء بالمشاريع التي عليها أحكام قضائية باتة، وذلك تجنباً للوقوع في الغش والتدليس.

١١- تنظيم خروج رؤوس الأموال حتى وإن كان صافي أرباح لمشاريع المستثمرين غير اليمنيين، وذلك بعمل حد أعلى مسموح به لخروج هذه الأموال، لضمان الاستقرار النقدي والحصول على أكبر عوائد اقتصادية واجتماعية ممكنة.

وأخيراً يلزم عدم الاعتماد على المستثمر الخارجي - غير اليمني - لتنمية البلاد كونه لن يكون حريصاً على مصلحتها.

قائمة المراجع:

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- قانون الاستثمار اليمني رقم (٣) لسنة ٢٠٢٥م - ١٤٤٦هـ.
- ٣- المسح الصناعي لليمن ٢٠١٠م.
- ٤- التنمية الاقتصادية الشاملة من منظور إسلامي، د/ فرهاد محمد علي الأهدن، مؤسسة دار التعاون للطبع والنشر، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
- ٥- التنمية في المنظور الإسلامي، د/ خلف بن سليمان، بحث مقدم للمشاركة في ندوة الإسلام في شرق آسيا.. حضارة ومعاصرة، رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة بالتعاون مع جامعة جن جي الوطنية، تايوان، ٢٠٠٤م.
- ٦- التنمية الاقتصادية والتنمية المستدامة، د/ أحمد جابر بدران، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، كلية الاقتصاد والإدارة، جامعة ٦ أكتوبر، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٤م.
- ٧- اقتصاديات التنمية، د/ حاتم علي القريشي، مطبعة النجف الأشرف، حوض الفرات، الطبعة الأولى، ٢٠١٧م.
- ٨- التنمية الاقتصادية، بنيامين هيجنز، وكالة الصحافة العربية، الجيزة، ٢٠٢٠م.
- ٩- مدخل الاقتصاد الاجتماعي والتضامني، د/ سيف الدين إبراهيم تاج الدين، الرياض، طبعة ٢٠٢٠م.

Contents

Editorial of the issue Editor	6
The crime of smuggling international calls in Yemeni law Prof. Dr. Abdul-Momen ShujaAl-Deen	9
Request to initiate a customs criminal case under Yemeni Customs Law Dr. Tahani Ali Yahya Ziad	35
Alternative penalties to imprisonment and other alternatives according to Yemeni laws in light of Sharia policy Judge/ Hafez Mohammed Al-Farah	77
The specificity of implementing administrative judicial rulings issued against the state in Yemeni law Researcher/ Muhammad Ali Hatram	105
Digital Forensics (Legal Framework and Practical Challenges in the Republic of Yemen) Researcher/ Ahmed Nasser Nasser Al-Nusairi	173
The use of force as a method of compulsory execution in the Yemeni Code (Civil Procedure and Enforcement) Researcher/ Yassin Saeed Qasim Al-Sanani	233
Comprehensive development in Yemeni Investment Law No. (3) of 2025 Researcher/ Nada Abdullah Tamesh	331

Editorial Board

Editor - Head of technical office

Judge/ Khaled Abdulaziz Al-Baghdadi

Deputy Chief Editor

Dr. Ebrahim Mohammed Ahmed Zayed

Editorial Secretary

Mr. 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



771791511





Journal of Judicial and Legal Studies and Research

*A quarterly journal for judicial and legal research and studies,
issued by the Technical Office of the Ministry of Justice and Human Rights*

Issue (15) 2025

General supervision

Judge Ibrahim Mohammed Ahmed Al-Shami

Acting 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

- The crime of smuggling international calls in Yemeni law
Prof. Dr. Abdul-Momen ShujaAl-Deen
- Request to initiate a customs criminal case under Yemeni
Customs Law
Dr. Tahani Ali Yahya Ziad
- Alternative penalties to imprisonment and other alternatives
according to Yemeni laws in light of Sharia policy
Judge/ Hafez Mohammed Al-Farah
- The specificity of implementing administrative judicial rulings
issued against the state in Yemeni law
Researcher/ Muhammad Ali Hatram
- Digital Forensics (Legal Framework and Practical Challenges in
the Republic of Yemen)
Researcher/ Ahmed Nasser Nasser Al-Nusairi
- The use of force as a method of compulsory execution in the
Yemeni Code (Civil Procedure and Enforcement)
Researcher/ Yassin Saeed Qasim Al-Sanani
- Comprehensive development in Yemeni Investment Law No. (3)
of 2025
Researcher/ Nada Abdullah Tamesh