



مجلة

البحوث والدراسات القضائية والقانونية

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

- العنوان التجاري والاسم التجاري بين أحكام القانون وواقع التطبيق
الأستاذ. الدكتور/ عبد الخالق صالح عبد الله معزب
- جريمة انتهاك حرمة ملك الغير
القاضي / زيد علي يحيى الحمزي
- التنازل عن الخصومة القضائية المدنية
في قانون المرافعات اليمني (دراسة مقارنة)
الدكتور/ علي محمد صغير القليسي
- الاستشكال في تنفيذ الأحكام الجنائية في القانون اليمني
القاضي / هارون حافظ محمد الفرح
- معوقات تطبيق الذكاء الاصطناعي في مكافحة
الجرائم الإلكترونية في اليمن
الدكتورة / صبرين صالح محمد يحيى
- منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية في التشريع اليمني
الدكتور/ فايز صالح عبده الدوبلي
- التنظيم القانوني لحالة الظروف الاستثنائية في اليمن
الباحث/ محمد علي حطرم
- الطبيعة القانونية للجريمة الإلكترونية
الباحثة / ندى عبدالله عبد الله طامش



المجلة
البحوث والبحوث
القانونية

العنوان التجاري والاسم التجاري بين أحكام القانون وواقع التطبيق

الأستاذ. الدكتور/ عبد الخالق صالح عبد الله معزب

نائب عميد كلية الشريعة والقانون
أستاذ القانون التجاري والبحري والجوي
وتشريعات البنوك والمصارف
جامعة صنعاء

مجلة
البحوث والبحوث
القانونية

ملخص الدراسة:

نظراً للخلط الذي يقع فيه الكثيرون بين مفهومي العنوان التجاري والاسم التجاري، وللتداخلات التي تسببها القوانين المنظمة لكل منهما، والذي أدى إلى إرباك فقهي عند فقهاء القانون التجاري والباحثين في هذا المجال، وإلى الازدواج في الأحكام المنظمة للعناصر التي تشكل التزاماً على التجار بشأن ضرورة التسجيل لدى الإدارة العامة للسجل التجاري والصناعي والأسماء التجارية بوزارة الصناعة والتجارة؛ سعت هذه الدراسة إلى توضيح مفهوم العنوان التجاري في القانون اليمني، من خلال تعريف العنوان التجاري وبيان أحكامه بحسب ما أوردها القانون التجاري اليمني، وتوضيح الاسم التجاري وأحكامه من خلال ما جاء به قانون الأسماء التجارية اليمني، وتوضيح العلاقة بين المفهومين وفقاً لأحكام القانون اليمني، من ناحية ووفقاً لأحكام القضاء اليمني وما دأب عليه العمل في وزارة الصناعة والتجارة بهذا الخصوص.

وبعد أن تم تفصيل أحكام كل من العنوان التجاري والاسم التجاري تم سرد بعض النتائج التي توصلت إليها الدراسة وكذا خلصت الدراسة بعدة توصيات للمشرع اليمني تم ذكرها في نهاية الدراسة والتي نأمل من الجهات المختصة (الحكومة ومجلس النواب) وضعها في الاعتبار وتعديل بعض مواد القانون التجاري على ضوءها، لإزالة اللبس والتعارض بين أحكام التشريعات التجارية اليمنية، والله الموفق.

الباحث

مقدمة:

يعد مفهوم التجارة مفهوماً قديماً، فقد اعتمد عليها الإنسان كوسيلة من وسائل البقاء والعيش، سواء كانت بين الأفراد أو الجماعات أو حتى الدول التي عرفت فيها التجارة قديماً بما كان يسمى بالرحلات، قال الله تعالى: (لِإِيْلَافِ قُرَيْشٍ*إِيْلَافُهُمْ رِحْلَةَ الشِّتَاءِ وَالصَّيْفِ)^(١)، ويُذكر أن التجارة عند العرب كانت تمتد من قريش (المملكة العربية السعودية) إلى الشام (سوريا، لبنان، فلسطين والأردن) صيفاً وإلى (اليمن) شتاءً، وقد وصلت أيضاً إلى الحبشة (أثيوبيا وإرتريا) وبلاد فارس (إيران) دون تدخل من الدولة لتنظيمها وفرض القيود على النشاط التجاري للأفراد^(٢).

والتجارة بصفة عامة هي: عملية تبادل السلع والخدمات^(٣)، فحيثما قام تبادل لسلعة بسلعة أخرى أو خدمة قامت تجارة، وحيثما قام تبادل لخدمة بخدمة أخرى أو سلعة قامت تجارة، وعليه يمكننا القول أن مفهوم التجارة يقوم حول تبادل السلع والخدمات، ولكن نظراً للتقدم الصناعي والتكنولوجي في مجال الاتصالات وغيرها، فقد اشتدت المنافسة بين التجار على الحصول على حصة سوقية أكبر، ولذا دأبت التشريعات التجارية في مختلف البلدان على تمييز التجار عن بعضهم عن طريق العناوين التجارية والأسماء التجارية والعلامات التجارية وغيرها.

وقد نظم المشرع اليمني أحكام التجارة بشقيها الشخصي (التجار) والموضوعي (الأعمال التجارية) وفق القانون التجاري رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م وتعديلاته المختلفة بالإضافة إلى قوانين فرعية أخرى خاصة مثل قانون الشركات التجارية رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م وتعديلاته المختلفة وقانون الأسماء التجارية رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣م وقوانين البنوك... وغيرها. وحيث أن التجارة تقوم على الائتمان، والذي يتطلب معرفة المركز القانوني للتجار ونشاطاتهم التجارية وإعلان وإشهار الصفة القانونية للشخصية التجارية وتحديد الذمة المالية لكي يتسنى للغير الوقوف على تلك المراكز ومعرفة التجار الذين يتعاملون معهم قبل الدخول معهم بأي علاقات تعاقدية - كما وضحنا سابقاً - فإن الطريق القانونية لمعرفة ذلك هي (الإشهار) والذي يكون عن طريق التسجيل في وزارة الصناعة والتجارة في سجل خاص يسمى السجل التجاري، الذي يهدف بدوره إلى تنظيم

(١) سورة قريش، الآيات (٢،١).

(٢) أستاذنا الدكتور/ مصطفى إبراهيم أحمد عربي، قواعد تسوية المنازعات التجارية في إطار منظمة التجارة العالمية (WTO) وانعكاساتها على السودان، رسالة دكتوراة، جامعة النيلين، الخرطوم، ٢٠٠٢م، ص ٧، ٨.

(٣) حسين الفحل، الجاتس وأفاق التجارة العربية في الخدمات، مجلة جامعة دمشق، المجلد ٢٣، العدد ٢، دمشق، ٢٠٠٧م، ص ١٢٢، ١٢٣.

الأثار القانونية الكاملة للعناصر المادية من بيانات ومعلومات تدون في السجل التجاري واعتبار كل ما يدون فيه حجة على الكافة تضمن انحصار الحق في ملكية العناصر المدرجة فيه لمن سجلها أولاً، بل وحمايتها من التعرض لها بعد تسجيلها، ومن أهم تلك العناصر بحسب ما نظّمته القوانين اليمنية هي العنوان التجاري والاسم التجاري.

أهمية الدراسة:

أوجب القانون اليمني بعض الالتزامات على التجار حيث نظمت التشريعات التجارية اليمنية أحكام تلك الالتزامات، ومن ضمن الالتزامات التي أوجبها القانون اليمني «العنوان التجاري» و«الاسم التجاري» موضوع هذه الدراسة، حيث يجب على كل تاجر أن يقيد - بحسب قواعد القانون التجاري - عنواناً تجارياً خاصاً به وكذا اسماً تجارياً - بحسب قانون الأسماء التجارية - في السجل التجاري لدى وزارة الصناعة والتجارة، إلا أنه وكما يقول بعض الفقهاء^(١) بأن التشريع التجاري اليمني لم يفرق تفرقة دقيقة بين العنوان التجاري والاسم التجاري، وعدم التفرقة تلك قد أدت إلى الخلط بين المفهومين، ومن هنا جاءت أهمية هذه الدراسة والتي سنبين من خلالها تنظيم المشرع اليمني لكل من «العنوان التجاري» و«الاسم التجاري» والفرق بينهما، وكذا أحكام القضاء اليمني وتطبيقات الإدارة المتعلقة بهذا الخصوص.

مشكلة الدراسة:

تتلخص مشكلة هذه الدراسة في التداخل التشريعي بين نصوص التشريعات التجارية اليمنية في تنظيم كل من العنوان التجاري والاسم التجاري، وكذلك الخلط الذي يحدث عند التطبيق العملي لأحكام تلك التشريعات، والذي أظهر التطبيق القضائي والإداري تعارضاً بين أحكام القانون التجاري اليمني المتعلقة بتنظيم العنوان التجاري مع نصوص قانونية أخرى، وعلى وجه الخصوص قانون الأسماء التجارية وقانون السجل التجاري، ونسعى من خلال هذه الدراسة إلى إبراز هذه المشكلة وتقديم الحلول القانونية التي تضمن توافق النصوص القانونية مع التطبيق العملي ومتطلبات التسهيلات التجارية للتجار.

(١) د. حمود محمد شمسان، مبادئ القانون التجاري اليمني، الأمين للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ٢٠١٤م، ص ١٨١.

خطة الدراسة:

تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث يتكون كل منها من مطلبين على النحو التالي:

- المبحث الأول: التنظيم القانوني للعنوان التجاري.
 - المطلب الأول: مفهوم ومكونات العنوان التجاري.
 - المطلب الثاني: أحكام العنوان التجاري.
 - المبحث الثاني: التنظيم القانوني للاسم التجاري.
 - المطلب الأول: مفهوم ومكونات الاسم التجاري.
 - المطلب الثاني: أحكام الاسم التجاري.
 - المبحث الثالث: التطبيق القضائي والإداري لاستخدام العنوان التجاري والاسم التجاري.
 - المطلب الأول: التطبيق القضائي لاستخدام العنوان التجاري والاسم التجاري.
 - المطلب الثاني: التطبيق الإداري لاستخدام العنوان التجاري والاسم التجاري.
- وفي خاتمة هذه الدراسة تم سرد النتائج التي توصل إليها الباحث وكذا التوصيات التي خلصت إليها الدراسة.

المبحث الأول

التنظيم القانوني للعنوان التجاري

المطلب الأول

مفهوم ومكونات العنوان التجاري

أولاً: مفهوم العنوان التجاري:

في البدء تجب الإشارة إلى أن القانون اليمني قد درج على التفرقة بين «العنوان التجاري» و«الاسم التجاري» كما هو الحال في الفقه، حيث خلص مجمع الفقه الإسلامي^(١) إلى أن «العنوان التجاري» و«الاسم التجاري» هي حقوق خاصة لأصحابها لكل منهما قيمة مالية، كما يجوز التصرف بأي منهما، وقد فرق القانون اليمني - كما ذكرنا - بين «العنوان التجاري» و«الاسم التجاري» حيث أورد أحكام العنوان التجاري في الفصل الثاني من الباب الثالث من الكتاب الأول من القانون التجاري بينما أفرد للاسم التجاري قانوناً خاصاً هو القانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن الأسماء التجارية.

وعلى الرغم من تلك التفرقة فلم يورد القانون التجاري تعريفاً محدداً للعنوان التجاري إلا أن بعض فقهاء القانون التجاري قد وضعوا تعريفاً للعنوان التجاري على أنه: الاسم الذي يتخذه التاجر، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، عند مزاولته الأعمال التجارية ويوقع به جميع العقود والمعاملات التي يجريها مع الغير، ويقوم بجعله على مدخل محله التجاري لتمييزه عن المحلات التجارية الأخرى، حيث يدل الغير على شخص التاجر فيأتي إليه الزبائن ويمثل طريقةً في تحديد ائتمان التاجر ووضع ثقة الغير به^(٢)، ويعرفه آخرون تحت عنوان: «السمة التجارية» على أنه: التسمية المبتكرة التي يتخذها التاجر لمحله التجاري لتمييزه عن غيره^(٣) مثل عبارة (صالون اللورد)، أو الماوري للأخشاب، كما أورد آخرون تعريف العنوان التجاري على أنه: تسمية أطلقها التاجر على منشأته التجارية

(١) جاء ذلك في قرار المجمع رقم ٤٣ (٥/٥) الذي انعقد في دورة مؤتمره الخامس بدولة الكويت في الفترة من ١٠-١٥ ديسمبر ١٩٩٨م.

(٢) د. منير علي هليل، مبادئ القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠١٢م، ص ١٥٩.

(٣) د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٩، عمان، ٢٠١٣م، ص ٨٤٥.

تعريفاً بها وتمييزاً لها عن غيرها من المنشآت التجارية، وليتعرف المتعاملون معه على اللون المتميز من السلع وأسلوب التعامل^(١).

ثانياً: مكونات العنوان التجاري:

حدد القانون اليمني مكونات العنوان التجاري حيث نص على أنه: (يتألف العنوان التجاري من اسم التاجر ولقبه)^(٢)، ومن ذلك فإننا نستطيع القول بأن العنوان التجاري هو العنوان الذي يتكون من الاسم المدني للتاجر ولقبه، وفي ذلك إشارة واضحة إلى أن العنوان التجاري يرتبط بشخص التاجر ويدل عليه، والاسم المدني للشخص هو: حق لصيق بشخصية الإنسان يتكون من اسم الشخص واسم أبيه واسم جده ولقبه أو من اسم الشخص واسم أبيه ولقبه^(٣)، لكن وعلى الرغم من النص السابق إلا أن القانون لم يجعل مكونات العنوان التجاري محصورة على اسم التاجر ولقبه فقط، بل إنه قد أجاز تضمين العنوان التجاري بيانات خاصة بالأشخاص المذكورين فيه، أي في العنوان التجاري، بشرط أن تكون تلك البيانات متعلقة بنوع التجارة المخصص لها، والغرض من ذلك إزالة الخلط الذي قد يحدث بين عنوانين تجاريين بسبب تشابه الأسماء المدنية لمالكي العنوانين، حيث يصادف أحياناً أن يتشابه اسم تاجر ولقبه مع اسم ولقب تاجر آخر، خاصة في مجتمع قبلي كالمجتمع اليمني الذي تشترك فيه كل قبيلة - تقريباً - بلقب واحد أو عدة ألقاب، وتشترك عدة قبائل من مناطق مختلفة في لقب واحد، وبالتالي فقد أجاز القانون إضافة أي بيان أو اسم إلى جانب اسم التاجر لتمييزه عن غيره من التجار الذين يشبه اسمه أسماءهم، وقد ذهب القانون إلى أبعد من ذلك فأجاز تضمين العنوان التجاري تسمية مبتكرة فنص على أنه: (يجوز أن يتضمن العنوان التجاري بيانات خاصة بالأشخاص المذكورين فيه متعلقة بنوع التجارة المخصص لها، كما يجوز أن يتضمن تسمية مبتكرة)^(٤)، ومن ذلك فإن للتاجر أن يضمّن عنوانه التجاري بياناً مضافاً إلى اسمه ولقبه شريطة أن يكون البيان المضاف متعلقاً بنوع النشاط التجاري الذي يمارسه التاجر ومعبراً عن تجارته مثل: (شركة الرحبي للتجارة العامة) لتمييزها عن (شركة الرحبي لصناعة ودلفنة المنتجات الحديدية المحدودة) و(الحجاجي للأنظمة الكهربائية) لتمييزها عن (الحجاجي لقطع الغيار)، ولأن التاجر في القانون اليمني يتنوع إلى تاجر فرد

(١) د. عدنان صالح محمد العمر، الوضع القانوني للعنوان التجاري في النظام القانوني السعودي، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، مجلد ٧، عدد ٤، يوليو ٢٠١٤م، ص ٧.

(٢) المادة (٥٥) من القانون اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م بشأن القانون التجاري.

(٣) المادة (٢) من القانون اليمني رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن الأسماء التجارية.

(٤) المادة (٥٥) من القانون التجاري اليمني.

وتاجر مؤسسة وتاجر شركة تجارية، فثمة صعوبة في العنوان التجاري المتعلق بالشركات التجارية خاصة شركات الأموال التي لا اعتبار لشخصية الشريك فيها، ولتنظيم ذلك فقد أجاز القانون أن يتضمن العنوان التجاري تسمية مبتكرة مثل: (شركة أوا العالمية للاستيراد والتصدير) و(شركة الموارد والاستشارات الزراعية)، غير أن القانون قد اشترط في ذلك أن يطابق العنوان التجاري الحقيقة بحيث يعبر عن نشاط الشركة وواقعها وألاً يؤدي إلى تضليل الغير من المتعاملين مع الشركة، أو يؤدي إلى المساس بالصالح العام؛ كأن يتضمن العنوان ما يخالف القوانين النافذة أو النظام العام والآداب في الجمهورية اليمنية، ويكون الأمر وجوبياً على التاجر في حالة تشابه العنوان الذي اتخذه ويرغب بتسجيله مع عنوان تاجر آخر سبق قيده وتسجيله، بحيث يجب عليه أن يضيف إلى اسمه بياناً يميزه إذا كان اسم التاجر ولقبه يشبهان العنوان التجاري المقيد مسبقاً في السجل التجاري لمصلحة تاجر آخر^(١)، وبالتالي فالعنوان التجاري يجوز أن يُستعمل من طرف أي شخص آخر ولو من طرف من له اسم مدني مماثل، غير أنه يتعين على هذا الأخير حين إنشاء عنوان تجاري أن يضيف إلى اسمه العائلي بياناً آخر يميزه بوضوح عن العنوان التجاري الموجود سابقاً والخاص بتاجر آخر.

المطلب الثاني

أحكام العنوان التجاري

أفرد القانون التجاري للعنوان التجاري فصلاً كاملاً نظم أحكامه ضمن ذلك الفصل، ونوجز تلك الأحكام فيما يلي:

أ. إن العنوان التجاري على الرغم من أنه يعتبر من مكونات المتجر إلا أنه يعبر في ذات الوقت عن شخص التاجر ويرتبط به، ولذا أوجب القانون اليمني أن يتألف العنوان التجاري من اسم التاجر ولقبه، ويؤكد ذلك القانون اليمني الذي نص على أنه: (لا يجوز لمن تنتقل إليه ملكية متجر أن يستخدم عنوان سلفه التجاري إلا إذا آل إليه هذا العنوان أو أذن له السلف في استعماله)^(٢)، حيث نجد في ذلك دلالة صريحة أن العنوان التجاري يرتبط بشخص التاجر رغم أنه من مكونات المتجر والذي قد لا تختلف مكوناته بعد بيعه عنها قبل البيع، إلا أن القانون لم يجز انتقال العنوان التجاري إلى الخلف أو استعماله على المتجر

(١) المادة (٥٦) من القانون التجاري اليمني.

(٢) المادة (٥٩) من القانون التجاري اليمني.

الذي آل إليه إلا بإذن السلف صراحة، ولكننا هنا نلاحظ على القانون اليمني بعض التعارض إذا ما قمنا بمقارنة هذا النص مع نص المادة (٤٢) من القانون نفسه الذي عرف المتجر فجعل العنوان التجاري من مكوناته في حين أن العنوان التجاري - كما رأينا - يرتبط بشخص التاجر^(١)، خاصة وأن القانون نفسه قد أكد على أهمية العنوان التجاري للتاجر، بل أكثر من ارتباطه بالمتجر حيث قرن التزامات التاجر بالعنوان التجاري وليس بالمتجر عندما نص على أنه: (من انتقل له متجر دون عنوانه التجاري لا يكون مسؤولاً عن التزامات سلفه ما لم يكن هناك اتفاق مخالف مقيد في السجل التجاري)^(٢).

ب. يعتبر العنوان التجاري دليل الغير إلى النشاط التجاري الذي يمارسه التاجر، حيث يتعامل عملاء التاجر معه بناء على العنوان التجاري الذي وضعه على محله التجاري وأجرى به جميع معاملاته التجارية وضمّنه أوراقه المتعلقة بتلك المعاملات، بحيث يعبر العنوان التجاري عن الصفة القانونية للتاجر فيوقع أوراقه المتعلقة بتلك المعاملات بعنوانه التجاري، ويكتب هذا العنوان في مدخل متجره، وفي ذلك ينص القانون التجاري على أنه: (على التاجر أن يجري معاملاته التجارية ويوقع أوراقه المتعلقة بهذه المعاملات بعنوانه التجاري وعليه أن يكتب هذا العنوان في مدخل متجره)^(٣).

ج. يقول بعض فقهاء القانون التجاري^(٤) بأن العنوان التجاري يشتمل على معنى أوسع من الاسم التجاري؛ حيث أن العنوان التجاري يشمل هذا الأخير ويشمل أيضاً علامات أو شعارات أو إشارات أو رموزاً معينة، ولكن - كما ذكرنا - أن القانون قد حصر مكونات العنوان التجاري على الاسم المدني للتاجر أو اسم معبر عن نشاطه أو تسمية مبتكرة فقط، حيث أجاز القانون للتاجر تضمين عنوانه التجاري ما شاء من تلك التسميات، لكن لم يأت نص يجيز تضمين العنوان التجاري غير التسميات السابقة، وعليه لا مجال لتضمين العنوان التجاري لأي علامات أو

(١) حيث تنص المادة (٤٢) من القانون التجاري اليمني على أن: (المتجر هو محل التاجر والحقوق المتصلة بالمحل ويشتمل المتجر على مجموعة من العناصر المادية وغير المادية تختلف بحسب الأحوال وهي بوجه خاص البضائع والأثاث التجاري والآلات الصناعية وعنصر الاتصال بالعملاء والاسم والعنوان التجاري).

(٢) المادة (٦١) من القانون التجاري اليمني.

(٣) المادة (٥٧) من القانون التجاري اليمني.

(٤) أستاذنا الدكتور عبد الرحمن عبد الله شمسان، الموجز في مبادئ القانون التجاري والشركات التجارية، بدون دار نشر، ٢٠٠٥م، ص ٧٠.

شعارات أو إشارات أو رموز أخرى، حيث تظل المكونات محصورة في الأسماء فقط دون غيرها، أما الإشارات والرموز أو العلامات والشعارات فتعد من مكونات العلامة التجارية وليس العنوان التجاري.

د. يضع بعض الفقهاء^(١) مفهوماً ضيقاً للعنوان التجاري؛ فيقول بأن العنوان التجاري يقتصر على التاجر الفرد دون غيره، حيث يعبر عن الاسم الذي يتخذه الشخص (التاجر الفرد) لأجل إجراء معاملاته التجارية واستخدامه في التوقيع به على الأوراق المتعلقة بنشاطه التجاري، ولكن التسليم بهذا القول يخلق مشكلة قانونية تتعلق بالعنوان التجاري للتاجر غير الفرد مثل الشركات التجارية بأنواعها المختلفة والشركات التي تتخذ الشكل التجاري مثل الجمعيات والتعاونيات وغيرها، أما القانون التجاري اليمني بدوره فقد أحال أحكام العنوان التجاري الخاص بالشركات التجارية على قانون آخر، هو قانون الشركات التجارية اليمني، فنص على أنه: (يكون عنوان الشركات التجارية وفق الأحكام القانونية الخاصة بها)^(٢)، حيث أنه وبحسب أحكام العنوان التجاري الواردة في القانون التجاري فإن على كل تاجر أن يمتلك ويسجل عنواناً تجارياً، سواء كان تاجراً فرداً أو تاجر شركة تجارية، فقد نظم القانون التجاري أحكام العنوان التجاري الخاصة بالتاجر الفرد وترك تلك الخاصة بالشركات لينظمها قانون الشركات التجارية وفقاً لنص المادة (٦٢) من القانون التجاري التي تنص على أنه: (يكون عنوان الشركات التجارية وفق الأحكام القانونية الخاصة بها. وللشركة أن تحتفظ بعنوانها الأول دون تعديل إذا انضم إليها شريك جديد أو خرج منها شريك كان عنوان الشركة يشتمل على اسمه مادام هذا الشريك أو ورثته قد قبلوا إبقاء الاسم في العنوان)، لكن وعلى الرغم من ذلك فإن قانون الشركات التجارية اليمني لم يذكر أي تنظيم للعنوان التجاري للشركات التجارية ولم يتطرق للفظ العنوان إلاّ تعبيراً عن محل الشركة أو مركزها الرئيسي.

ه. على الرغم من أن العنوان التجاري يعتبر مالاً معنوياً من مكونات المتجر وأن القانون قد منع التصرف في العنوان التجاري تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المتجر، إلاّ أن تصرف صاحب المتجر في متجره لا يشمل العنوان التجاري، فإذا

(١) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، مطبوعات جامعة بغداد، منشور في دار الحكمة،

بغداد، ١٩٨٧م، ص ١٣٩.

(٢) المادة (٦٢) من القانون التجاري اليمني.

باع صاحب المتجر متجره إلى شخص آخر انتقل المتجر دون العنوان التجاري، حيث يظل هذا الأخير ملكاً للبائع، إلا إذا أثبت من آل إليه المتجر أن نية صاحب المتجر قد انصرفت صراحة أو ضمناً إلى التصرف في المتجر والعنوان التجاري معاً^(١).

و. على الرغم من أن العنوان التجاري يعتبر مالاً - كما أوضحنا سابقاً - إلا أن القانون اليمني على عكس ما ذهب إليه بعض الفقهاء العرب^(٢) يعتبر بأن ملكية العنوان التجاري وأحقية الأسبقية في تملكه والتصرف فيه تثبت بالاستعمال، إذ تثبت الملكية بمجرد وضع العنوان التجاري على لافتة المحل التجاري حتى قبل مباشرة التجارة فعلاً، وأحقية الملكية تلك توفر الحماية القانونية للعنوان التجاري المتمثلة في حق الاحتكار والاستعمال وحرمان الغير من اتخاذ ذات التسمية كعنوان تجاري يميزه نشاطه التجاري، على عكس ذلك فإن القانون اليمني لم يوفر أي حماية قانونية للعنوان التجاري لمجرد استعماله من قبل التاجر، ولا يعتبر العنوان التجاري محمياً قانوناً إلا من تاريخ تسجيله في السجل التجاري لدى وزارة الصناعة والتجارة، حيث نص القانون التجاري على أنه: (يقيد العنوان التجاري في السجل التجاري وفقاً لأحكام القانون ولا يجوز بعد القيد لتاجر آخر استعمال هذا العنوان في نوع التجارة التي يزاؤها)^(٣).

ز. ولأن القانون التجاري قد كفل حماية العنوان التجاري الذي تم قيده وتسجيله في السجل التجاري فإن أي استعمال غير قانوني للعنوان التجاري المقيد والمسجل بالوزارة يعرض من استعمله على ذلك الوجه للمساءلة القانونية، مثل استخدام العنوان التجاري من قبل شخص غير صاحبه، أو من قبل صاحبه نفسه في نشاط تجاري غير الذي سجل العنوان بموجبه، وفي هذه الحالة يجوز لذوي الشأن (وهم وزارة الصناعة والتجارة وأي شخص تضرر من ذلك الاستعمال) أن يطلبوا منع استعماله سواء كان مقيداً في السجل التجاري أو كان عنواناً مشابهاً للعنوان المقيد بالسجل، كما يجوز لهم أيضاً طلب شطبته من السجل التجاري إذا كان مقيداً فيه، وكل ذلك لا يمنع الرجوع بالتعويض إن كان للتعويض محل قانوني^(٤).

(١) المادة (٥٨) من القانون التجاري اليمني.

(٢) د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص ٨٥٠.

(٣) المادة (٥٦) من القانون التجاري اليمني.

(٤) المادة (٦٣) من القانون التجاري اليمني.

المبحث الثاني التنظيم القانوني للاسم التجاري

المطلب الأول

مفهوم ومكونات الاسم التجاري

أولاً: مفهوم الاسم التجاري:

من الالتزامات التي أوجبها القانون اليمني على التاجر (سواء كان تاجراً فرداً أو مؤسسة أو شركة تجارية أو شركة تتخذ الشكل التجاري) أن يتقدم التاجر بطلب قيد وتسجيل اسمه التجاري إلى الإدارة العامة للسجل التجاري والصناعي والأسماء التجارية بديوان عام وزارة الصناعة والتجارة أو مكاتب الوزارة في المحافظات خلال فترة معينة حددها القانون بستين يوم من تاريخ مزاوله التاجر نشاطه التجاري أو افتتاحه محله التجاري^(١).

والاسم التجاري كما عرفه القانون اليمني هو: (الاسم الذي يستخدمه التاجر فرداً كان أو مؤسسة أو شركة لتمييز محله التجاري عن غيره من المحلات التجارية)^(٢). ومن هذا التعريف يتضح أن مهمة الاسم التجاري الأساسية هي تمييز المحلات التجارية عن بعضها البعض، حيث يؤكد بعض فقهاء القانون^(٣) على ذلك بأن الوظيفة الأساسية للاسم التجاري هي تمييز المنشأة التجارية عن غيرها من المنشآت المماثلة حتى يسهل التعرف عليها من عملائها الذين يفضلونها، وعدم الخلط بينها وبين غيرها من المنشآت الأخرى، ولتحقيق تلك الوظيفة فإنه يتوجب على التاجر وضع الاسم التجاري على (لافتة) محله التجاري بكتابة واضحة وظاهرة، كما يتوجب عليه أيضاً فعل ذلك على فروع محله التجاري، ويضع هذا الاسم على فواتير المحل وخطاباته وإعلاناته، ويستخدمه بواسطة صاحب المتجر أو المحل التجاري للتوقيع على المستندات والتعهدات التي تخص المتجر، ولا تخص شؤون التاجر الخاصة أو محل تجاري آخر حتى لو كان مملوكاً لذات التاجر إذا لم يكن فرعاً للمحل التجاري المقصود^(٤)، ومما سبق نستطيع استنتاج ما يلي:

(١) المادة (١٥) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٢) المادة (٢) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٣) د. سميحة القليوبي. الوسيط في قانون التجارة المصري، الجزء الأول، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، بيع ورهن المحل التجاري وتأجير استغلاله وحمايته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م، ص ٣١٦، ٣١٧.

(٤) د. سميحة القليوبي. الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص ٨٠٠.

- أن القانون قد جعل مسألة الاسم التجاري أمراً وجوبياً على كل تاجر، وليست مسألة جوازية يخير فيها التاجر بين تكوين اسمه التجاري وتسجيله من عدمه .
- أن الاسم التجاري يستخدم لتمييز المحل التجاري، وعليه فهو يرتبط بالمحل التجاري ويشكل جزءاً من المكونات المعنوية للمحل التجاري، كما يرتبط أيضاً بشخص التاجر ويؤكد ذلك قانون الأسماء التجارية نفسه بالنص على أنه: (يجوز لمن تنتقل إليه ملكية المحل التجاري أن يستخدم اسم سلفه التجاري بشرط الحصول على موافقة المتنازل أو من آلت إليه حقوقه وعلى أن يضيف إلى هذا الاسم بياناً يدل على انتقال الملكية كأن يضيف اسمه الشخصي إلى اسم سلفه التجاري أو أن يضيف إليه كلمة (خلف أو خلفاء) أو أي بيان آخر يدل على تغيير شخص مالك المحل التجاري)^(١).
- أن الاسم التجاري لا يقتصر على التاجر الفرد فقط، بل يجب على الشركات التجارية أيضاً أن تكون وتمتلك وتسجل اسماً تجارياً يميزها عن غيرها من التجار سواء كانوا تجاراً أفراداً أو مؤسساتٍ أو شركاتٍ تجارية.
- أن الاسم التجاري وإن كانت وظيفته الأساسية - كما أسلفنا - يستخدم لتمييز المحلات التجارية عن بعضها فإنه يتعلق بشخص التاجر أيضاً؛ حيث يستخدم للتمييز بين اسم تاجر وآخر حماية لهما من مخاطر تماثل أو تشابه الأسماء التجارية، ويستخدم أيضاً لحماية الجمهور الذين يتعاملون مع التجار^(٢).

ثانياً: مكونات الاسم التجاري:

- نظم قانون الأسماء التجارية مكونات الاسم التجاري تبعاً لنوع التاجر حيث تختلف مكونات الاسم التجاري للتاجر الفرد عنها للشركة التجارية، فنص في المادة (٤/١) على أنه: (يتكون الاسم التجاري من كل أو بعض العناصر التالية: (١) اسم النوع. (٢) الاسم المدني. (٣) الاسم المبتكر. (٤) نوع النشاط. ونفصل ذلك فيما يلي:
- (١) الاسم التجاري للتاجر الفرد: أشار قانون الأسماء التجارية إلى عدة مكونات للاسم التجاري منها مكون إلزامي، ومكونات اختيارية، ونلخصها فيما يأتي:
 - أ. المكون الإلزامي: نوع النشاط: يجب أن يتضمن الاسم التجاري نوع النشاط الذي

(١) المادة (٢٩) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٢) المادة (٢/٣) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

يمارسه التاجر ولا يعتبر اسماً تجارياً أي بيان لا يتضمن نوع النشاط، م (٤/ج) من قانون الأسماء التجارية، ويقصد بالنشاط: الحرفة التي يزاولها الشخص التاجر، كقولنا: صالون اللورد، أو مطعم الخطيب أو الماوري للأخشاب، حيث أن كلاً من (صالون، مطعم، للأخشاب) تعتبر بيانات دالة على النشاط الذي يمارسه التاجر.

ب. المكونات الاختيارية: إلى جانب نوع النشاط لابد أن يتضمن الاسم التجاري كل أو بعض العناصر التالية:

- الاسم المدني: والاسم المدني حق لصيق بشخصية الإنسان ويتكون من اسم الشخص، واسم أبيه، واسم جده، ولقبه، أو من اسم الشخص، واسم أبيه، ولقبه^(١)، وعلى الرغم من ذلك إلا أنه يجوز أن يتكون الاسم التجاري من كل أو بعض مكونات الاسم المدني حيث نجد على الواقع الكثير من الأسماء التجارية التي تحتوي على اسم الشخص فقط أو اسم أبيه أو جده أو لقبه، حيث أن المشرع قد قصد بالاسم المدني اسم الشخص كاملاً أو بعضاً منه، وبالرجوع إلى نص المادة (٤/أ) من قانون الأسماء التجارية السابق فإن تضمين الاسم المدني في تكوين الاسم التجاري ليس إلزامياً، فقد يكون التاجر اسمه التجاري دون أن يشتمل على اسمه المدني، غير أنه في حالة أن استخدم التاجر لفظ (مؤسسة) فيجب عليه عندئذ تضمين اسمه المدني ضمن اسمه التجاري مثل: «مؤسسة الغراسي للتجارة العالمية والتبريد» و«مؤسسة أبو الرجال التجارية»، و«مؤسسة الضياني للأدوات الصحية» حيث أن كلاً من «الغراسي» و«أبو الرجال» و«الضياني» أسماء مدنية.

- الاسم المبتكر: ويجوز أيضاً إلى جانب نوع النشاط أن يتكون الاسم التجاري من تسمية مبتكرة، مثل: «عالم الفتيان لمواد البناء» حيث تضمن هذا الاسم مكونين هما: عالم الفتيان (اسم مبتكر) ولمواد البناء (نوع النشاط).

- اسم النوع: وقد يتضمن الاسم التجاري إلى جانب نوع النشاط أيضاً اسم النوع، أي نوع النشاط الذي يقوم به التاجر أو الخدمة التي يقدمها، ويبدل اسم النوع على (الجنس) عامة دون تعيين أو قصد لشخص محدد كما قد يدل على حيوان معين أو جماد معين، مثل: كوافير الوسيمة، الأناقة للخياطة الرجالية، الرجل الرومانسي للخياطة الرجالية، خلية النحل لبيع العسل

(١) المادة (٢) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

اليمني، المزيونة للخياطة النسائية الحديثة، المرأة العربية للاستيراد، حيث أن كلاً من (الوسيمة، الأناقة، الرجل الرومانسي، خلية النحل، المزيونة، المرأة) يعتبر اسم نوع لا يقصد به شخص معين أو حيوان أو جماد معين.

٢) الاسم التجاري للشركة التجارية: نظم قانونا الشركات التجارية والأسماء التجارية أحكام الاسم التجاري للشركة التجارية تبعاً لنوع الشركة التجارية على النحو التالي:

أ. شركة التضامن: يتكون الاسم التجاري لشركة التضامن من أسماء جميع الشركاء فيها وألقابهم أو من ألقاب الشركاء فقط، أو من أسماء وألقاب عدد منهم مع إضافة عبارة: (وشركاه) أو شركاؤهم أو ما في معناها، غير أنه يجب على الدوام أن يتوافق الاسم التجاري لشركة التضامن مع واقعها ونشاطها وهيئتها الحالية^(١)، مثل: كمال مسعود للصرافة، أو شركة النعمان للصرافة.

ب. شركة التوصية البسيطة: يتكون الاسم التجاري لشركة التوصية البسيطة من أسماء جميع الشركاء المتضامنين أو بعضهم دون أسماء الشركاء الموصين، فإذا لم يكن هناك إلا شريك متضامن واحد فيكون اسم الشركة متضمناً اسمه مع إضافة عبارة: (وشريكه أو شركاؤه) حسب مقتضى^(٢)، مثل أن يقوم الوصي بتأسيس شركة لرعاية أموال القصار التي يديرها.

ج. شركة المساهمة: يكون الاسم التجاري لشركة المساهمة مشتقاً من غرضها، ولا يجوز أن يشتمل اسم شركة المساهمة على اسم شخص طبيعي إلا إذا كان موضوع الشركة استثمار براءة اختراع مسجلة باسم هذا الشخص، أو إذا تملكت الشركة عند تأسيسها أو بعد ذلك مؤسسة تجارية واتخذت اسمها اسماً لها، وفي جميع الأحوال يجب أن يضاف إلى اسم الشركة عبارة: (شركة مساهمة) مكتوبة بالحروف الكاملة^(٣)، مثل شركة يمن موبايل كشركة مساهمة ذات اكتتاب مفتوح والشركة اليمنية الدولية الرائدة لاستثمارات المشاريع الإستراتيجية كشركة مساهمة يمنية ذات اكتتاب مقفل^(٤).

(١) المادة (١٥) من القانون اليمني رقم (٢٢)، لسنة ١٩٩٧م بشأن الشركات التجارية، والمادة (٨) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٢) المادة (٣/٥٢) من قانون الشركات التجارية اليمني، والمادة (١٠) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٣) المادة (٦٠) من قانون الشركات التجارية اليمني، والمادة (١٣) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٤) يقصد بالاكتتاب طرح الأسهم أو أسناد القرض للمساهمين أو للجمهور للمشاركة في رأسمال أو إقراض

د. شركة التوصية بالأسهم: يتكون الاسم التجاري لشركة التوصية بالأسهم من اسم واحد أو أكثر من الشركاء المتضامنين ويجوز أن يضاف إلى اسم الشركة تسمية مبتكرة أو مشتقة من غرضها^(١).

هـ. الشركة ذات المسؤولية المحدودة: يكون الاسم التجاري للشركة ذات المسؤولية المحدودة مشتقاً من غرضها أو مستمداً من اسم شخص طبيعي أو أكثر من

- الشركة، وقد حدد القانون اليمني نوعين من الاكتتاب:
- النوع الأول: الاكتتاب المفتوح، ويكون بعرض الأسهم أو أسناد القرض على الجمهور العام، مع إعطاء الأولوية للمساهمين، غير أن القانون قد قيد طرح الأسهم للاكتتاب العام بعدة قيود من أهمها:
- (١) أن يصدر بالاكتتاب ترخيص من رئاسة الوزراء.
 - (٢) أن يكون الاكتتاب عن طريق مصرف معتمد.
 - (٣) أن تعد لجنة المؤسسين (وهي لجنة تتكون من ثلاثة - خمسة أشخاص من بين المؤسسين يتم انتخابهم من قبل جميع المؤسسين) نشرة الاكتتاب وتدعو الجمهور للاكتتاب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور قرار رئيس الوزراء بالتأسيس، م(٢١) اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني.
- أما عند طرح الشركة أسناد القرض للاكتتاب العام فيجب عليها التقيد بالأحكام التالية:
- (١) أن يصدر بالاكتتاب ترخيص من وزير الصناعة والتجارة.
 - (٢) يتم ذلك عن طريق مصرف معتمد ويتم دعوة الجمهور للاكتتاب في الأسناد قبل موعد الاكتتاب بخمسة عشر يوماً على الأقل.
 - (٣) أن يوقع نشرة الاكتتاب أعضاء مجلس الإدارة.
 - (٤) أن تتضمن نشرة الاكتتاب اسم الشركة المقترضة، رأس مالها، معلومات عامة عن وضعها المالي، عدد الأسناد وقيمتها الاسمية ونوعها اسمية أم لحاملها، تاريخ اقفال الاكتتاب، مواعيد الوفاء بالقيمة الاسمية للسند و ضمانات الوفاء، الغرض من القرض، تقرير مراقب حسابات الشركة عن ميزانية الشركة للعام السابق على إصدار الأسناد وغير ذلك من الضوابط التي يجب على الشركة التقيد بها عند إصدارها أسناد قرض وطرحها للاكتتاب العام، م(٣٣) اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني.
- النوع الثاني: الاكتتاب المغلق، أو المقفل وهو طرح الأسهم أو أسناد القرض على الشركاء المساهمين فقط للاكتتاب فيها دون الجمهور العام، وعند الاكتتاب بالأسهم يجب مراعاة الضوابط التالية:
- (١) يقدم الطلب إلى وزير الصناعة والتجارة موقفاً عليه من خمسة مؤسسين على الأقل، م(٣٦/أ) اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني.
 - (٢) يرفق بالطلب المقدم بعض البيانات مثل: مشروع العقد والنظام الأساسي للشركة، شهادة من المصرف الذي تم إيداع المبلغ المدفوع من رأس المال من قبل المؤسسين باسم الشركة تحت التأسيس، أسماء أعضاء مجلس الإدارة والمحاسب القانوني وبياناتهم، م(٢٦، ٢٨) اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني.
 - (٣) صدور قرار وزير الصناعة والتجارة بالترخيص للاكتتاب بالأسهم وقيام الشركة، م(٢٩/ج) اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني. د. عبد الخالق صالح عبد الله معزب، المبسط في أحكام التشريعات المالية التجارية والمصرفية اليمنية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، الطبعة الأولى، برلين، ٢٠١٩م، ص ٦٧ - ٦٩.
- (١) المادة (٢٢٥) من قانون الشركات التجارية اليمني، والمادة (١١) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

المؤسسين أو غيرهم^(١)، مثل الشركة اليمنية للمعدات والتجهيزات المحدودة، والشركة اليمنية السعودية للصناعات المعدنية المحدودة.

و. أما شركة المحاصة فلم ينظم المشرع اليمني أي أحكام خاصة باسمها سواء في قانون الشركات التجارية أو قانون الأسماء التجارية؛ ذلك لطبيعة هذه الشركة حيث تعتبر شركة مستترة غير ظاهرة ينحصر كيانها بين الشركاء فيها لصفقة أو صفقات محدودة، ولا يتطلب قيامها كتابة عقدها أو تسجيلها في السجل التجاري.

وعلى الرغم مما سبق فإن القانون قد حظر على الوزارة قبول قيد وتسجيل الأسماء المقدمة بحروف غير عربية، والأسماء المماثلة أو المشابهة للأسماء التجارية المسجلة قبلاً، أو أسماء تؤدي إلى تضليل أو لبس لدى الجمهور، أو أسماء مخلة بالنظام العام والآداب العامة، أو أسماء تؤدي إلى غش الجمهور وتفسح المجال للمنافسة التجارية غير المشروعة أو تدل على غير المصدر الحقيقي للبضائع التي يتاجر بها التاجر، أو أسماء تجارية عربية أو أجنبية لشركات مشهورة عربياً وعالمياً، أو أسماء منظمات أو مؤسسات دولية، ومختصراتها، أو أسماء الرموز والشعارات التي يكون لها أكثر من دلالة، أو مختصرات الأسماء التجارية بحروف منفردة، أو أسماء تشتمل أو توحى بخصوصية مذهبية أو عرقية أو مناطقية في تقديم خدماتها، أو الأسماء التي تتفق مدلولاتها صراحة مع أسماء الله الحسنى أو أسماء المواقع والشعائر الدينية أو تسجيل الأحرف الأولى من الاسم المدني للتاجر إلا إذا كان جمعها سيكوّن تسمية مبتكرة^(٢)، وفي حالة المخالفة يخضع التاجر لعقوبة الغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف ريال ولا تزيد على (٥٠,٠٠٠) خمسين ألف ريال وفي حالة تكرار المخالفة يعاقب المخالف بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر^(٣).

المطلب الثاني

أحكام الاسم التجاري

أورد قانون الأسماء التجارية اليمني أحكاماً خاصة بالاسم التجاري، وسوف نوجز أهم ما ورد في هذا القانون من أحكام كما يلي:

(١) المادة (٢٤١/أ) من قانون الشركات التجارية اليمني، والمادة (١٤) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٢) المادة (١٧) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٣) المادة (٣٠) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(١) وجوب قيد الاسم التجاري: حيث يجب على كل تاجر أن يتقدم بطلب قيد وتسجيل اسمه التجاري أو تعديله إلى إدارة السجل التجاري بوزارة الصناعة والتجارة، وذلك خلال مدة معينة حددها القانون بستين يوماً تبدأ من تاريخ مزاوله النشاط أو افتتاح المحل التجاري أو الفرع أو الوكالة، وتعد وزارة الصناعة والتجارة متمثلة بإدارة السجل التجاري نموذجاً معداً لذلك يقوم التاجر بتعبئة البيانات المطلوبة^(١) على أن يتضمن الطلب البيانات الأساسية المحددة في النماذج المعدة من قبل الإدارة المختصة والصادرة من قبل الوزارة وبعد دفع الرسوم المقررة، وقد حدد قانون السجل التجاري أحكام القيد والتسجيل والشهر فأوجب على كل تاجر أن يقيد اسمه التجاري في السجل التجاري، وأن يذكر اسمه التجاري في كل مكاتباته ومطبوعاته المتعلقة بأعماله التجارية وأن يكتبه على واجهة محله التجاري، كما ألزم وزارة الصناعة والتجارة بإصدار صحيفة خاصة تتعلق بإشهار بيانات المقيدين لديها في عموم مناطق الجمهورية تسمى (جريدة الأسماء التجارية)، وفرض عقوبة الحبس أو الغرامة على كل شخص ذكر على واجهة محله أو على إحدى المراسلات أو المطبوعات أو الأوراق المتعلقة بتجارته اسماً تجارياً أو رقم قيد ليس له أو ذكر ما يفيد القيد مع عدم حصوله^(٢)، وحظر مزاوله التجارة في محل تجاري إلا للشخص الذي يكون اسمه مقيداً في السجل التجاري الذي يقع المحل التجاري في دائرته^(٣).

(٢) وظيفة الاسم التجاري: وظيفة الاسم التجاري الأساسية هي تمييز المحل التجاري لتاجر معين عن بقية المحلات التجارية الأخرى سواء المملوكة للتاجر نفسه أو لتجار آخرين، ولتحقيق هذه الوظيفة فقد ألزم القانون اليمني التاجر أن يكتب اسمه التجاري على واجهة محله التجاري وأن يضمه جميع المراسلات والمطبوعات والأوراق المتعلقة بتجارته، ولكننا نلاحظ هنا وجود تعارض بين نصوص القانون اليمني فيما يتعلق بوظيفة العنوان التجاري ووظيفة الاسم التجاري؛ فبينما تنص المادة (٥٧) من القانون التجاري- بشأن العنوان التجاري- على أنه: (على التاجر أن يجري معاملاته التجارية ويوقع أوراقه المتعلقة بهذه المعاملات بعنوانه التجاري وعليه أن يكتب هذا

(١) المادة (١٥) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٢) المواد (٣، ٧، ١٥، ٢١) من القانون اليمني رقم (٣٣) لسنة ١٩٩١م بشأن السجل التجاري وتعديلاته.

(٣) المادة (١١) من قانون السجل التجاري وتعديلاته.

العنوان في مدخل متجره) فإن قانون الأسماء التجارية يتضمن أيضاً ذات الأحكام لكنها ليست للعنوان التجاري، بل للاسم التجاري حيث تنص المادة (٢٣) من قانون الأسماء التجارية على أنه: (على كل تاجر تم قيد وتسجيل اسمه التجاري وفقاً لأحكام هذا القانون، أن يكتب على واجهة محله التجاري وفي جميع المراسلات والمطبوعات والأوراق المتعلقة بتجارته اسمه التجاري مشفوعاً ببيان مكتب السجل التجاري المقيد به ورقم القيد)، بينما المعمول به في الواقع العملي يعد تطبيقاً لأحكام قانون الأسماء التجارية، والذي يعد من وجهة نظرنا هو الأصح؛ ذلك وفقاً لقاعدة الخاص يقيد العام، والنص الحديث أولى من النص القديم، كما أنه لا يمكن تطبيق النصين كليهما، حيث لا يمكن على الإطلاق إلزام التاجر بتكوين عنوان تجاري وجعله على مدخل متجره وتضمينه مكاتبته وفواتيره ومطبوعاته، وفي ذات الوقت إلزامه بتكوين اسم تجاري يتضمن نفس مكونات العنوان التجاري ويؤدي نفس الغرض والوظيفة، خاصة وأن قانون السجل التجاري لم يتضمن أي أحكام لقيد وتسجيل العنوان التجاري، بخلاف الاسم التجاري الذي نص القانون السابق بشأنه على أنه: (على كل تاجر مشمول بأحكام هذا القانون «قانون السجل التجاري» أن يذكر في مكاتبته ومطبوعاته المتعلقة بأعماله التجارية وعلى واجهة محله التجاري رقم السجل التجاري الخاص به واسمه التجاري وأن تكون هذه البيانات مطابقة للبيانات الواردة في السجل التجاري)^(١). وعليه لا يمكن التوفيق بين نصي القانون التجاري وقانون الأسماء التجارية السابقين وتطبيقهما مجتمعين إلا في حالة واحدة؛ إذا كنا نقصد بالعنوان التجاري نفس المعنى الذي يقصد به الاسم التجاري.

٣) ارتباط النشاط التجاري والمحل التجاري بالاسم التجاري: حيث لا يستطيع التاجر مزاوله تجارته في محل تجاري إلا بعد امتلاكه اسماً تجارياً مقيداً في الإدارة العامة للسجل التجاري والصناعي والأسماء التجارية^(٢) ويجوز لوزارة الصناعة والتجارة القيام بالتحقق من ذلك عن طريق تكليف فريق للقيام بعملية مطابقة الأسماء التجارية المرفوعة على المحلات التجارية مع ما هو مقيد بالسجل

(١) المادة (١/١١) والمادة (٢١/ب) من قانون السجل التجاري اليمني وتعديلاته.

(٢) المادة (٣٢) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

التجاري وإحالة المخالفين إلى الجهات القضائية^(١)، حيث تطبق على من ثبتت مخالفته للأحكام السابقة عقوبة الغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف ريال ولا تزيد على (٥٠,٠٠٠) خمسين ألف ريال وفي حالة تكرار المخالفة يعاقب المخالف بالحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر^(٢).

٤) **التصرف في الاسم التجاري:** وبما أن الاسم التجاري يعتبر من عناصر المتجر ويجوز تملكه فإنه يجوز التصرف به عند التصرف بالمتجر؛ أي يجوز لمن آل إليه المتجر أن يستخدم الاسم التجاري الخاص بالتاجر السلف، ولكن لأن الاسم التجاري قد يتضمن اسم التاجر السلف المدني وحماية للغير الذين يتعاملون مع التاجر عن طريق اسمه التجاري؛ فإن القانون قد اشترط على من انتقل إليه المحل التجاري إن أراد استخدام اسم سلفه التجاري شرطين^(٣): الشرط الأول: الحصول على موافقة التاجر السلف، ولم يحدد القانون شكلاً معيناً للموافقة، وبالتالي قد تكون موافقة صريحة بأن يتضمن صك نقل الملكية تنازل التاجر السلف عن الاسم التجاري صراحة، وقد تكون موافقة ضمنية بحيث لا يطلب التاجر السلف من التاجر الخلف صراحة عدم استخدام اسمه التجاري في المحل التجاري الذي انتقلت إليه ملكيته. الشرط الثاني: أن يضيف التاجر الخلف إلى الاسم التجاري الذي انتقلت إليه ملكيته بياناً يدل على انتقال الملكية إليه؛ كأن يضيف اسمه الشخصي إلى اسم سلفه التجاري أو أن يضيف إليه كلمة (خلف أو خلفاء) أو أي بيان آخر يدل على تغيير شخص مالك المحل التجاري، ذلك لأن القانون قد وضع اعتبارات شخصية للاسم التجاري تتعلق بشخص التاجر السلف وتنبية الزبائن والعملاء إلى أن المتجر قد انتقلت ملكيته لتاجر آخر، غير أنه لا يفهم من ذلك عدم جواز تعدد الأسماء التجارية للتاجر الواحد، أو تعديل الاسم التجاري المقيد؛ فيجوز أن تتعدد طلبات قيد وتسجيل الأسماء التجارية للتاجر بتعدد واختلاف الأنشطة التجارية أو بتعدد واختلاف المحلات التجارية^(٤)، كما يجوز للتاجر التقدم بطلب تعديل اسمه التجاري باتباع الإجراءات القانونية اللازمة لذلك مثل موافقة وزارة الصناعة والتجارة والإعلان في إحدى الصحف الرسمية وغيرها من

(١) المادة (٣١) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٢) المادة (٣٠) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٣) المادة (٢٩) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٤) المادة (٢٠) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

الإجراءات التي تفرضها الوزارة^(١).

٥) الحماية القانونية للاسم التجاري: يتمتع الاسم التجاري بالحماية القانونية التي تكفل لصاحبه وحده الحق الحصري في استعمال ذلك الاسم في نشاطه التجاري ومنع الغير من التعرض له أو استخدام ذلك الاسم أو استعماله في نوع التجارة التي يزاولها صاحب الاسم، أو في غيرها من النشاطات التجارية، غير أن مجرد تكوين التاجر اسماً معيناً واستعماله على محله التجاري أو استخدامه في نشاطه التجاري لا يمنح الاسم الحماية القانونية، فقد اشترط القانون لمنح الاسم التجاري الحماية القانونية أن يتم قيد الاسم التجاري في صحيفة السجل التجاري المعدة لذلك لدى الإدارة المختصة في وزارة الصناعة والتجارة وتسجيله في السجل التجاري وشهر الاسم التجاري للعام، ويكون شهر الاسم التجاري عن طريق نشر الاسم في صحيفة أخرى خاصة بإشهار بيانات المقيدين لدى الوزارة في عموم مناطق الجمهورية تسمى هذه الصحيفة (جريدة الأسماء التجارية)^(٢). فإذا تم قيد وتسجيل وشهر الاسم التجاري على الصورة السابقة، فلا يحق بعد ذلك لأي تاجر آخر استعمال أو استخدام هذا الاسم في نوع التجارة التي يزاولها صاحبها أو غيرها، وإذا رغب تاجر آخر في تسجيل اسم تجاري يشبه الاسم التجاري المقيّد والمسجل والمشهر لمصلحة تاجر معين وجب على التاجر الآخر أن يضيف إلى اسمه بياناً يميزه عن الاسم التجاري السابق قيده وتسجيله وشهره^(٣). وعلى الرغم مما سبق فإن القانون اليمني يعترف بمسألة الاستعمال في حالة واحدة؛ وهي حالة وجود تنازع بين أكثر من تاجر على الاسم التجاري، فعند طلب أكثر من تاجر قيد وتسجيل نفس الاسم التجاري في آن واحد، تقوم الإدارة العامة للسجل التجاري والصناعي والأسماء التجارية بحل النزاع ودياً وفقاً لأسببية استخدام الاسم التجاري ومدة مزاولته واحتراف التاجر للتجارة، فإن فشلت فيتم إحالة النزاع عندئذٍ إلى لجنة التظلمات التي يشكلها وزير الصناعة والتجارة للفصل فيه^(٤)، غير أنه يجدر الإشارة إلى أن الحماية القانونية ليست

(١) المادة (١٩) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٢) المادة (١٥) من القانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٩١م بشأن السجل التجاري وتعديلاته. حيث أوجب هذا القانون أيضاً نشر أي تعديلات أو تجديدات متعلقة بالاسم التجاري أو أي شطب لأي اسم تجاري مقيّد.

(٣) المادة (٢٧) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

(٤) المادة (٢٨) من قانون الأسماء التجارية اليمني.

مطلقة لجميع الأسماء التجارية؛ بل إن القانون قد حدد نطاق الحماية لبعض فئات الأسماء التجارية بحدود جغرافية، فكفل الحماية القانونية لبعض الأسماء التجارية على مستوى الجمهورية بينما جعل الحماية للبعض الآخر قاصرة على نطاق المحافظة التي تم تسجيل الاسم التجاري فيها^(١).

(١) أورد قانون الأسماء التجارية بعض الأسماء التجارية التي تتمتع بالحماية القانونية على مستوى الجمهورية فنص في المادة (٢٥) على أنه: (يجب قيد وتسجيل وشهر الأسماء التجارية الخاصة بالشركات والوكالات والفروع الأجنبية والمستوردين والمصدرين والمصنعين والمقاولين المعماريين والإنشائيين والخدمات الصحية والتربوية وخدمات الأسواق وخدمات النقل والسفريات والسياحة والخدمات الاستشارية والعقارية لدى الإدارة العامة للسجل التجاري بديوان عام الوزارة وترتب لها الحماية القانونية على مستوى الجمهورية وتحدد اللائحة الإجراءات المنفذة لقيد وتسجيل وشهر الأسماء التجارية بين الوزارة ومكاتبها في محافظات الجمهورية) وما عدا ذلك من الأسماء التجارية فتكون الحماية القانونية محددة جغرافياً ضمن نطاق المحافظة التي تم تسجيل الاسم التجاري فيها، حيث نص في المادة (٢٦) من القانون السابق على أنه: (يجب قيد وتسجيل وشهر الأسماء التجارية غير الواردة في المادة (٢٥) من هذا القانون لدى مكتب الوزارة في المحافظة وترتب لها الحماية القانونية على مستوى المحافظة وتحدد اللائحة الإجراءات المنفذة لقيد وتسجيل وشهر الأسماء التجارية في مكاتب الوزارة في المحافظة).

المبحث الثالث

التطبيق القضائي والإداري لاستخدام العنوان التجاري والاسم التجاري

المطلب الأول

التطبيق القضائي لاستخدام العنوان التجاري والاسم التجاري

لم يضع القضاء اليمني معايير واضحة للتفرقة بين العنوان التجاري والاسم التجاري، بل إنه قد اتسم بالمرونة فيما يتعلق بهذا الخصوص لدرجة أن المحكمة العليا اليمنية قد استخدمت العنوان التجاري والاسم التجاري كمصطلحين مترادفين، وفيما يلي نورد ما يؤكد ذلك من خلال بعض ما ذهب إليه أحكام الدائرة التجارية بالمحكمة العليا:

أ- في حكم المحكمة العليا رقم (٣١٣٥٩) بتاريخ ١١ مايو ٢٠٠٨م بين كل من الطاعن «يحيى صالح محمد علوان» والمطعون ضده «شركة أوسان للأدوية والمستلزمات الطبية» والتي تتلخص وقائع هذه القضية في أن المطعون ضدها والطاعن قد اتفقا على أن يكون الأخير مندوب مبيعات للشركة المملوكة للمطعون ضدها بفرع مدينة «إب» وأن يقوم بتوزيع بضائع الشركة مقابل أن يتقاضى عمولة بموجب عقود كان آخرها محرراً في ١/١٠/١٩٩٨م، إلا أنه استغل الثقة الممنوحة له وقام باستخدام (اسم) الشركة وقام بالتعامل (باسمها) وأجرى الصفقات والمراسلات مع الشركات والوكالات الأجنبية التي تمثلها الشركة المطعون ضدها دون أن يكون مفوضاً في ذلك أو مخولاً من الشركة مما يترتب على ذلك التصرف أضرار جسيمة بالشركة، والإساءة إلى موقعها لدى عملائها والوكالات الأجنبية، وحملها مبالغ وتكاليف، وأنه قام باستخراج ترخيص من مكتب الإسكان في محافظة إب وفتح محلاً (باسمه) و(باسم) شركة أوسان ثم قام بتغيير (اسم) أوسان من شركة إلى مؤسسة أوسان، وقام بفتح محلات (باسم) مؤسسة أوسان وتغيير مطبوعات الشركة إلى مؤسسة مما تسبب بعمله غير المشروع أضراراً فادحة للشركة...، فقد جاء في حكم الاستئناف أن محكمة أول درجة (الابتدائية) قد جانبت الصواب عندما ألزمت المستأنف (الطاعن) بتغيير (اسم) مؤسسة أوسان يمن للأدوية والمستلزمات الطبية إلى (اسم) آخر لوجود الاختلاف مع (اسم) المستأنف ضدها (المطعون ضدها) شركة أوسان

للتجارة والتوكيلات، وقد جاء في حيثيات حكم المحكمة العليا ومنطوقه ما يلي: (إن شعبة الاستئناف قد استظهرت بمجموع الأدلة حقيقة ثبوت استغلال الطاعن لـ (اسم) الشركة المدعية (المطعون ضدها) لقيامه بإنشاء مؤسسة خاصة به «مؤسسة أوسان للأدوية والمستلزمات الطبية» وما تلا ذلك من تحويل نشاط الشركة إلى مؤسسة حيث تبين لمحكمتي الموضوع (الابتدائية والاستئناف) أن شركة أوسان للتجارة العامة قد حددت اختصاصها حسب الترخيص الممنوح لها في الأدوية والمستلزمات الطبية، والطاعن مندوب ووكيل عنها، فقيامه بإنشاء مؤسسة أوسان بنفس (الاسم) والنشاط مزاحمة غير مشروعة مخالفة لأحكام المادة (٦٣) من القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م بشأن القانون التجاري وتعديلاته بالقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨م والتي تنص على أنه: (إذا استعمل العنوان التجاري غير صاحبه أو استعمله صاحبه على صورة تخالف القانون جاز لذوي الشأن أن يطلبوا منع استعماله ولهم أن يطلبوا شطبه إذا كان مقيداً في السجل التجاري ويجوز لهم الرجوع بالتعويض إن كان له محل وتسري هذه الأحكام في استعمال العلامات والبيانات التجارية على الوجه المبين في القانون) فيتبين مما سلف أن الشعبة تكون قد طبقت القانون في مواجهة الطاعن المدعى عليه وبنيت حكمها على أدلة تدحض ما جادل به في أسباب طعنه.

ونعلق على ما ورد في هذه القضية بأنه من خلال التمعن فيما تم سرده من وقائع وأحكام في القضية فإنه يتضح عدم تمييز المحاكم اليمينية بمختلف درجاتها بين العنوان التجاري والاسم التجاري، بل إنها قد استخدمت المصطلحين كمترادفين؛ حيث درجت إجراءات التقاضي على استخدام مصطلح (اسم) عوضاً عن (عنوان) على الرغم من أن الأحكام قد استندت للمادة (٦٣) من القانون التجاري سائلة الذكر والتي تتحدث عن استعمال (العنوان التجاري) من غير صاحبه أو استعماله بطريقة مخالفة للقانون وهو ما طبقته المحكمة في القضية السابقة من وقائع.

ب- زد على ذلك فإن المحكمة العليا في حكمها المقدم من الملتمس في القضية السابقة قد استخدمت مصطلح (العنوان التجاري) تارة ومصطلح (الاسم التجاري) تارة أخرى لنفس القصد، فبالإضافة إلى ما سبق ذكره عن استخدام الاسم التجاري للتعبير عن العنوان التجاري، فإن المحكمة قد ذهبت إلى استخدام مصطلح العنوان التجاري، وذلك في حكمها رقم (٣٨٤٥٢) بتاريخ ٩/٩

١١/ ٢٠١٠م بالالتماس المقدم من الملتمس الطاعن في القضية السابقة (يحيى صالح محمد علوان) ضد الملتمس ضدها المطعون ضدها (شركة أوسان لتجارة الأدوية والمستلزمات الطبية) حيث جاء في حكم المحكمة أن موقف محاميه (محامي الملتمس) ظل متمسكاً بأن موكله غير ملزم بتقديم مستندات، إلى ذلك دخوله في منافسة غير مشروعة باستعمال (عنوان) شركة أوسان للأدوية، وتحويل نشاطها إلى مؤسسة أوسان للأدوية التي أنشأها لنفسه بـ (عنوان) مشابه لشركة أوسان للأدوية مخالفة للمادة (٦٣ تجاري) التي تجيز التعويض إذا استعمل العنوان التجاري غير صاحبه.

ج- وفي موقف ثالث للمحكمة العليا في القضية رقم (٤٧٤٤٧) بتاريخ ٣١/٣/ ٢٠١٢م، لم تتعرض كل من المحكمة التجارية أو شعبة الاستئناف أو الدائرة التجارية في المحكمة العليا لذكر مصطلح (العنوان التجاري)، ففي هذه القضية، والتي تتلخص وقائعها بأن مدير عام مكتب الصحة بأمانة العاصمة قد أصدر أمراً لملاك تسع صيدليات تحمل جميعها نفس الاسم التجاري (عالم الصيدلة) تضمن ذلك الأمر لكل منهم بوجوب إزالة (الاسم التجاري) القائم على الصيدلية المرخص له بفتحها وإدارتها، وتغييره بـ (اسم تجاري) آخر لتلك الصيدليات وإزالة اللوحات الضوئية من أعلى مداخل الصيدليات وتغييرها بلوحات أخرى تحمل اسماً آخر، حيث جاء في منطوق حكم المحكمة العليا أن الجهة الإدارية (مكتب الصحة) لا تعترض على النشاط الذي يمارسه هذا المحل التجاري عالم الصيدلة من (١-٩) أو تعتقد بعدم مشروعية مزاولته هذا النشاط، وإنما استهدف الخطاب إزالة اللوحة الضوئية واختيار (اسم) آخر بدلاً من عالم الصيدلة من (١-٩) مع رفع لوحة ضوئية جديدة تحمل (الاسم) الجديد للصيدلية فإنه يكون قد انصب نحو (اسم) المحل التجاري.

ومن ذلك نجد أن المحكمة العليا قد دأبت في هذه القضية على استخدام مصطلح (الاسم التجاري) دون مصطلح العنوان التجاري خاصة فيما يتعلق بإطلاق مسمى (الاسم التجاري) على اللوحة الضوئية التي تحمل اسم عالم الصيدلة على الرغم من نص المادة (٥٧) من القانون التجاري التي تنص على أنه: (على التاجر أن يجري معاملاته التجارية ويوقع أوراقه المتعلقة بهذه المعاملات بعنوانه التجاري وعليه أن يكتب هذا العنوان في مدخل متجره).

المطلب الثاني

التطبيق الإداري لاستخدام العنوان التجاري والاسم التجاري

تمسك الإدارة العامة للسجل التجاري والصناعي والأسماء التجارية في قطاع خدمات الأعمال بوزارة الصناعة والتجارة سجلاً تجارياً للتجار، وتخصص لكل تاجر صحيفة في هذا السجل، تحمل هذه الصحيفة رقماً محدداً خاصاً بالتاجر، وتتضمن هذه الصحيفة بيانات التاجر، حيث تختلف هذه البيانات باختلاف نوع التاجر؛ فالتاجر الفرد يتم تسجيل اسمه الرباعي ولقبه وبياناته الشخصية، الاسم التجاري، نوع النشاط، عنوان المحل (ليس العنوان التجاري، بل مكان وجود المحل التجاري: المحافظة / المديرية / الشارع / العقارات المجاورة) سواء كان ذلك للمحل الرئيسي أو المحلات والمكاتب الفرعية، أما التاجر الاعتباري (الشركة التجارية) فيتم تسجيل اسم المنشأة وشكلها القانوني، غرضها وتاريخ تأسيسها، عنوان المركز الرئيسي ورأس المال، رقم السجل التجاري للمحل الرئيسي وتاريخه وجهة إصداره، اسم الفرع وتاريخ افتتاحه ونوع النشاط وعنوانه، كما تتضمن الصحيفة بيانات الفروع أو المحلات التابعة للتاجر في أي مناطق أخرى، وإجراءات القيد بالسجل التجاري، وأي إضافات أو تعديلات في البيانات الأصلية للتاجر، والبلاغات القضائية أو أي إجراءات أو بلاغات أخرى تتعلق بالتاجر أو محلاته، وبيانات أخرى متعلقة بتجديد القيد أو شطب القيد من السجل التجاري، بينما لا تتضمن صحف السجل التجاري أي متطلبات أو متعلقات بالعنوان التجاري، وتتولى الإدارة العامة للسجل التجاري والصناعي والأسماء التجارية بوزارة الصناعة والتجارة وفق ما حددته المادة (٢٦) من اللائحة التنظيمية لوزارة الصناعة والتجارة الصادرة بموجب القرار الجمهوري رقم (٢٨٤) لسنة ٢٠٠٩م المهام والاختصاصات التالية:

١. استقبال طلبات تسجيل الأسماء التجارية وقيدها في سجل إيداع الطلبات.
٢. إصدار وتجديد السجل التجاري وتعديل بيانات القيد وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة ونشرها.
٣. وضع وتطبيق النظم واللوائح والنماذج المنظمة لعمل كل من السجل التجاري والسجل الصناعي وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة.
٤. تنظيم تملك وقيد وحماية واستخدام الأسماء التجارية وكيفية التصرف بها بغرض الحماية من مخاطر تماثل أو تشابه الأسماء التجارية.
٥. التوعية بأهمية القيد في السجل التجاري والصناعي وتسجيل الأسماء التجارية

- والعمل على تطوير تشريعاتها بهدف الاستفادة منها في تنمية القطاع الصناعي والتجاري والخدمي.
٦. تصنيف النشاط التجاري بما يتفق مع نظام السجل التجاري وأغراضه.
 ٧. التفتيش والرقابة الميدانية للتأكد من تطبيق أحكام قانون السجل التجاري واتخاذ الإجراءات القانونية ضد المخالفين.
 ٨. إعداد بيانات إحصائية عن الأعمال بمختلف أنواعها.
 ٩. القيام بإجراءات التوثيق والتصديق على المستخرجات والشهادات الصادرة من السجل التجاري وعلى الضمانات والوثائق المتعلقة بالأغراض التجارية.
 ١٠. مسك سجل خاص بالمنشآت الصناعية وتسجيلها وتجديدها وتعديل ما يطرأ عليها من تعديلات وفقاً للقانون النافذ.
 ١١. إصدار تراخيص مزاولة النشاط الصناعي.
 ١٢. تجميع وتصنيف البيانات والإحصاءات عن النشاط الصناعي.
 ١٣. تعميم النظم واللوائح المنظمة لعمل كل من السجل التجاري والصناعي على كافة مكاتب الوزارة والإشراف والمتابعة على تنفيذها.
 ١٤. اتخاذ الإجراءات والتدابير التي من شأنها ضمان تسجيل جميع الأنشطة الاقتصادية في السجل التجاري والصناعي.
 ١٥. دراسة الاعتراضات والشكاوى المتعلقة بالأسماء التجارية المسجلة والبت فيها وفقاً للقانون النافذ.
 ١٦. اتخاذ الإجراءات القانونية لحماية الأسماء التجارية.
 ١٧. توثيق وحفظ وثائق السجل التجاري والصناعي والأسماء التجارية.
 ١٨. مسك سجل الأصول المنقولة والتأجير التمويلي الذي تقيد فيه جميع المعلومات المتعلقة بالأصول المؤجرة، وبيانات عقود التأجير، والأشخاص الممارسين لنشاط التأجير وأي تصرفات على الأصل المؤجر.
 ١٩. أية مهام واختصاصات أخرى تناط بها وفق التشريعات النافذة أو بمقتضى قرارات وتعليمات الوزير.
- ومن ذلك فإن السجل التجاري الخاص بتقييد بيانات التجار في الإدارة العامة

للسجل التجاري والصناعي والأسماء التجارية في وزارة الصناعة والتجارية لا يتضمن أي بيانات متعلقة بالعنوان التجاري، ولا تطلب الوزارة من التاجر إنشاء وتكوين وتسجيل عنوان تجاري خاص به، كما أن مهام وزارة الصناعة والتجارة بمختلف إداراتها وبحسب لائحته المنظمة لها لا تتضمن أي إجراءات تتعلق بالعنوان التجاري، أضف إلى ذلك أنه أثناء زيارتنا لديوان عام الوزارة وسؤالنا الموظفين المختصين عن استعمال العنوان التجاري في معاملاتهم مع التجار، أو تضمينه قائمة المتطلبات عند الترخيص أو القيد أو التجديد لم نقف على أي من ذلك، فهل تعد الوزارة مخالفة لأحكام القانون التجاري المتعلقة بهذا الخصوص؟

وللإجابة على هذا التساؤل فإن التشريعات التجارية اليمنية قد وقعت - كغيرها من بعض التشريعات العربية - في خلط بين مفهومي العنوان التجاري والاسم التجاري، حيث أن التفرقة بين المفهومين قد شكلت عائقاً ليس في التشريع اليمني فحسب، بل لدى بعض التشريعات العربية والتي نورد بعض الأمثلة لهذه الإشكالية من خلال التالي:

- في بعض الدول العربية التي ما زالت قوانينها تنظم أحكام العنوان التجاري فإنه يصعب التمييز والتفرقة بين العنوان التجاري والاسم التجاري، حيث يذكر بعض فقهاء القانون التجاري العراقي أن الاسم التجاري يمكن أن يتضمن الاسم الشخصي (المدني) للتاجر أو لقبه، وبهذه الصورة قد يختلط الاسم المذكور والعنوان التجاري بحيث لا يمكن إجراء التفرقة بينهما، وهو أمر من العسير في الواقع قبوله، وعليه فإن اعتبار الاسم المدني أو اللقب من ضمن عناصر الاسم التجاري يعد أمراً يؤدي للارتباك والخلط وكان من الأولى على المشرع العراقي تلافيه^(١).

- وفي القانون الأردني خلقت التفرقة بين العنوان التجاري والاسم التجاري لبساً أدى إلى الخلط بينهما، وقد كانت هذه الإشكالية - بسبب أهميتها - مدار بحث من قبل الديوان الأردني الخاص بتفسير القوانين، وذلك بعد أن تم إحالة المسألة إليه بناءً على طلب رئيس الوزراء بكتابه رقم (ت/٩/٢١٥/١٢) وتاريخ ١٤/٣/١٩٧٠م، حيث تلخصت تلك الإشكالية في سؤالين مهمين، تم طرحهما على الديوان:

(١) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول (النظرية العامة التاجر - العقود التجارية - العمليات المصرفية - القطاع التجاري الاشتراكي)، جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٧م، ص ١٣٧.

السؤال الأول: هل أن العنوان التجاري، المنصوص عليه في قانون التجارة هو نفس الاسم التجاري المنصوص عليه في قانون الأسماء التجارية؟ وإذا كان الأمر كذلك فهل يتوجب إتمام التسجيل بمقتضى الأصول المرسومة في قانون التجارة؟ أم بمقتضى تلك الأصول المبينة في قانون تسجيل الأسماء التجارية؟

السؤال الثاني: إذا كان تسجيل الاسم التجاري قد تم بمقتضى قانون تسجيل الأسماء التجارية، فما هو حكم التسجيل الذي يتم بمقتضى قانون التجارة؟ وهل يكسب هذا التسجيل صاحبه حقاً في ملكية الاسم التجاري؟

وقد جاءت إجابة الديوان على هذا السؤال بقرار مقتضب، وهو القرار التفسيري رقم ١٠ لسنة ١٩٧٠م وذلك على النحو التالي:

«يتبين أن (العنوان التجاري)، الذي يتوجب تسجيله بمقتضى أحكام المادة (٤٠) وما بعدها، من قانون التجارة رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦م، هو العنوان الذي يتألف من الاسم الحقيقي أو اللقب الحقيقي للتاجر، مع أي إضافة لا تحمل الغير على فهم خاطئ فيما يتعلق بهوية التاجر، كما هو واضح من نص المادة (٤١) من القانون السابق. أما (الاسم التجاري) الذي يتوجب تسجيله بمقتضى أحكام قانون الأسماء التجارية رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٣م، فهو الاسم الذي لا يشتمل على الاسم الحقيقي أو اللقب للفرد أو الأسماء الحقيقية لجميع الشركاء المؤلفة منهم الشركة، كما هو واضح من نص المادتين (٢ و٣) من قانون الأسماء التجارية.

ولهذا، فإن العنوان التجاري المقصود في قانون التجارة، هو خلاف الاسم التجاري المقصود بقانون الأسماء التجارية، وينبغي أن يتم تسجيل أي منهما بمقتضى القانون الخاص به. هذا فيما يتعلق بالنقطة الأولى، أما فيما يتعلق بالنقطة الثانية، فإن تسجيل أي اسم تجاري بالمعنى المتقدم ذكره، يتم بمقتضى قانون التجارة، لا يكون له أثر قانوني، ولا يترتب عليه اكتساب صاحبه الحق بهذا الاسم»^(١).

ومما سبق نلاحظ أن الديوان الأردني الخاص بتفسير القوانين لم يصل لمعيار واقعي يستطيع من خلاله التمييز بين العنوان التجاري والاسم التجاري واعتمد على تفرقة المشرع الأردني بينهما دونما وضع معيار عملي منطقي للتفرقة بين العنوان التجاري الذي نظمته قانون التجارة والاسم التجاري الذي نظمته قانون خاص به في حين أن المشرع

(١) تم نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية، العدد رقم (٢٢٣٩) الصادر بتاريخ ١/٥/١٩٧٠م، ص ٧٢١. أورد ذلك د. مصلح الطراونة، الأحكام القانونية للعنوان التجاري والاسم التجاري في القانون الأردني، ورقة علمية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، مجلد (١٧) العدد (٤)، ٢٠٠٢م، ص ٣.

الأردني نفسه قد ساوى بين المصطلحين (الاسم التجاري والعنوان التجاري) فنص على أنه: (على التاجر أن يجري معاملاته ويوقع أوراقه المتعلقة بالتجارة باسم معين يطلق عليه العنوان التجاري)^(١)، ونص أيضاً على أنه: (لشركة التضامن أن تتخذ لها اسماً تجارياً خاصاً على أن يقترن هذا الاسم التجاري بالعنوان الذي سجلت به الشركة وأن يدرج في الوثائق والمستندات التي تصدر عنها أو تتعامل بها وفي مراسلاتها)^(٢).

- يذكر بعض الفقهاء المصريين^(٣) أن العنوان التجاري هو (السمة التجارية) والسمة التجارية هي: التسمية المبتكرة التي يتخذها التاجر لتمييز محله التجاري عن المحال المماثلة مثل تسمية "الصالون الأخضر" أو «الفرسان» أو غير ذلك من الأسماء المبتكرة التي تجذب العملاء، ويتحد كل من العنوان التجاري مع الاسم التجاري في الغرض من استخدامه، حيث يستخدمان لهدف واحد وهو تمييز المحل التجاري عن غيره من المحلات التجارية منعاً للباس أو التضليل، غير أن اتخاذ التاجر عنواناً تجارياً ليس بالأمر الإلزامي؛ أي أن المشرع المصري لم يلزم التاجر لاتخاذ عنوان تجاري لمحله التجاري لجذب العملاء على عكس ما فعل فيما يتعلق بالاسم التجاري، ولا نجد ضرورة للتفصيل الفقهي السابق طالما وأن المشرع المصري قد حسم الجدل وحذف السمة التجارية (العنوان التجاري) من قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، ولم يتعرض لتنظيم أي أحكام تتعلق بالعنوان التجاري على الرغم من وجود هذه الأحكام في القانون الملغى بموجب القانون السابق، حيث يعد ذلك اتجاهاً صريحاً من المشرع المصري إلى حذف العنوان التجاري من أحكام القانون التجاري المصري وإلغاء مصطلح العنوان التجاري، بل واعتبر المشرع المصري أن العنوان التجاري هو نفس الاسم التجاري في قانون الأسماء التجارية حيث نص على أنه: (يكون عنوان شركة التضامن اسماً تجارياً لها، وللشركة أن تحتفظ بعنوانها الأول بغير تعديل إذا ضم شريك جديد لعضويتها. ويكون عنوان شركات التوصية البسيطة والتوصية بالأسهم وعنوان أو اسم الشركات ذات المسؤولية المحدودة اسماً تجارياً لها)^(٤).

(١) المادة (٤٠) من القانون الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦م بشأن التجارة.

(٢) المادة (١٠/ب) من القانون الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م بشأن الشركات التجارية وتعديلاته.

(٣) د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، مرجع سابق، ص ٨٤٥-٨٤٧.

(٤) المادة (٥) من القانون المصري رقم (٦٧) لسنة ١٩٥٤م المتعلق بتعديل القانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٥١م بشأن الأسماء التجارية.

- أما في قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣م فلم يرد أي ذكر للعنوان التجاري، بل على العكس فقد تضمن القانون السابق باباً خاصاً بتنظيم المحل التجاري والاسم التجاري والمنافسة غير المشروعة والعلامات والبيانات التجارية دون أن يتعرض لذكر العنوان التجاري، وفي ذلك دلالة صريحة أن الاسم التجاري هو نفسه العنوان التجاري، وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع السعودي في الأنظمة التجارية السعودية التي جاءت خلواً من أي تنظيم يتعلق بالعنوان التجاري^(١).

(١) بل إن نظام الأسماء التجارية السعودي رقم (م/١٥) لسنة ١٤٢٠هـ قد أورد أحكاماً تتعلق بالاسم التجاري تكاد تتطابق مع ما أورده المشرع اليمني فيما يتعلق بالعنوان التجاري، نورد هنا بعضها على النحو التالي: مادة (٧): على التاجر، فرداً كان أو شركة، أن يكتب اسمه التجاري بشكل واضح على واجهة محله التجاري، وجميع مطبوعاته، على أن يراعى في حالة اختلاف الاسم التجاري للتاجر الفرد عن الاسم المسجل في السجل المدني ذكر اسمه المسجل في السجل المدني كاملاً في جميع مطبوعاته، وأن يتم التوقيع به على جميع معاملاته التجارية.

مادة (٨): لا يجوز التصرف في الاسم التجاري تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المحل التجاري، ولا يشمل التصرف في المحل اسمه التجاري ما لم يتفق على ذلك كتابة، وفي هذه الحالة يجب على من آل إليه هذا الاسم أن يضيف إليه بياناً يدل على انتقال الملكية. وإذا وافق السلف على استعمال الاسم التجاري الأصلي دون إضافة، كان مسئولاً عن التزامات الخلف المعقودة تحت هذا الاسم إذا عجز الخلف عن الوفاء بها. مادة (٩): من آل إليه اسم تجاري تبعاً لمحل تجاري يخلف سلفه في الحقوق والالتزامات التي سبق أن ترتبت تحت هذا الاسم، ومع ذلك يبقى السلف مسئولاً بالتضامن مع الخلف عن تنفيذ هذه الالتزامات. ولا يسري أي اتفاق مخالف في حق الغير إلا إذا قيد في السجل التجاري وأخطره به الغير بخطاب مسجل، ونشر في الجريدة الرسمية وجريدة سعودية أخرى، ولم يعترض عليه أحد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الإخطار، أو النشر في الجريدة أيهما سبق، ولا تسمع دعوى مسئولية الخلف عن التزامات السلف بعد مضي خمس سنوات من تاريخ انتقال ملكية المحل التجاري.

مادة (١٠): في حالة انتقال ملكية المحل التجاري دون اسمه، يكون السلف هو المسئول عن الالتزامات السابقة على انتقال ملكية المحل، وذلك ما لم يكن هناك اتفاق يقرر بالإضافة إلى ذلك مسئولية الخلف التضامنية عن هذه الالتزامات.

مادة (١١): إذا استعمل الاسم التجاري غير صاحبه أو استعمله صاحبه على صورة تخالف النظام جاز لذوي الشأن أن يطلبوا من وزير التجارة منع استعماله أو شطبه إذا كان مقيداً في السجل التجاري، كما يجوز لهم اللجوء إلى ديوان المظالم للمطالبة بالتعويض إن كان له محل.

الخاتمة

توصل الباحث إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج:

- ١) لم يستقر فقهاء القانون التجاري على مفهوم واحد حول مكونات العنوان التجاري.
- ٢) التشريعات التجارية التي لا زالت تنظم أحكام العنوان التجاري لم تضع معياراً دقيقاً للترقية بينه وبين الاسم التجاري.
- ٣) على الرغم من أن القانون اليمني قد نظم أحكام العنوان التجاري ضمن فصل كامل في القانون التجاري، ونظم أحكام الاسم التجاري في قانون مستقل خاص بالأسماء التجارية، فإن أحكام العنوان التجاري من مكوناته، أهدافه ووظيفته تتداخل مع أحكام الاسم التجاري بشكل يجعلنا نقول بمطابقة العنوان التجاري للاسم التجاري وعدم وجود أي اختلاف بينهما.
- ٤) أحال القانون التجاري اليمني تنظيم العنوان التجاري للشركات التجارية إلى قانون الشركات التجارية في حين أن هذا الأخير قد تضمن أحكام الاسم التجاري للشركات التجارية من دون أي أحكام تتعلق بالعنوان التجاري.
- ٥) القضاء اليمني لا يعترف بأي تفرقة بين العنوان التجاري والاسم التجاري ويعتبرهما مصطلحين مرادفين لبعضهما.
- ٦) التطبيق العملي في وزارة الصناعة والتجارة يتضمن فقط تطبيق أحكام الاسم التجاري دون أحكام العنوان التجاري.
- ٧) أحال قانون الأسماء التجارية العديد من أحكام الأسماء التجارية على اللائحة التنفيذية للقانون، ونص على إصدار اللائحة خلال ستة أشهر من إصدار القانون، ولكن لم تصدر اللائحة حتى يومنا هذا رغم مرور قرابة ١٨ عاماً على إصدار القانون.

ثانياً: التوصيات:

- ١) حيث وأن أحكام كل من العنوان التجاري والاسم التجاري شبه متطابقة، وأنه يوجد قانون خاص للأسماء التجارية، نوصي المشرع اليمني بتعديل القانون التجاري وحذف الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول المواد (٥٥، ٥٦،

٥٧، ٥٨، ٥٩، ٦٠، ٦١، ٦٢) من القانون التجاري والتي تتعلق تلك الأحكام بالعنوان التجاري منعاً لتكرار الأحكام التي تنظم نفس الموضوع وإزالة للتعارض بين أحكام القوانين التجارية.

(٢) حذف مصطلح العنوان التجاري من عنوان الباب الثاني، ومن المادة (٤٢) في القانون التجاري.

(٣) استبدال مصطلح العنوان التجاري بمصطلح الاسم التجاري في المواد (٦٣، ٤٨) في القانون التجاري.

(٤) سن وإصدار لائحة قانون الأسماء التجارية لتلافي القصور التشريعي الموجود في قانون الأسماء التجارية والذي يظهر جلياً في بعض الإحالات على اللائحة التي نص عليها القانون.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: المراجع باللغة العربية:

- (١) حسين الفحل، الجاتس وآفاق التجارة العربية في الخدمات، مجلة جامعة دمشق، المجلد ٢٣، العدد ٢، دمشق، ٢٠٠٧م.
- (٢) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول (النظرية العامة للتاجر- العقود التجارية- العمليات المصرفية- القطاع التجاري الاشتراكي)، جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٧م.
- (٣) د. حمود محمد شمسان، مبادئ القانون التجاري اليمني، الأمين للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ٢٠١٤م.
- (٤) د. سميحة القليوبي. الملكية الصناعية، الطبعة التاسعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م.
- (٥) الوسيط في قانون التجارة المصري، الجزء الأول، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، بيع ورهن المحل التجاري وتأجير استغلاله وحمايته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢م.
- (٦) د. عبد الخالق صالح عبد الله معزب، المبسط في أحكام التشريعات المالية التجارية والمصرفية اليمنية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية، الطبعة الأولى، برلين، ٢٠١٩م.
- (٧) د. عبد الرحمن عبد الله شمسان، الموجز في مبادئ القانون التجاري والشركات التجارية، بدون دار نشر، ٢٠٠٥م.
- (٨) د. عدنان صالح محمد العمر، الوضع القانوني للعنوان التجاري في النظام القانوني السعودي، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، مجلد ٧، عدد ٤، يوليو ٢٠١٤م.
- (٩) د. مصطفى إبراهيم أحمد عريبي، قواعد تسوية المنازعات التجارية في إطار منظمة التجارة العالمية (WTO) وانعكاساتها على السودان، رسالة دكتوراة، جامعة النيلين، الخرطوم، ٢٠٠٢م.

١٠. د. مصلح الطراونة، الأحكام القانونية للعنوان التجاري والاسم التجاري في القانون الأردني، ورقة علمية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، مجلد (١٧) العدد (٤)، ٢٠٠٢م
١١. د. منير علي هليل، مبادئ القانون التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠١٢م.

ثالثاً: التشريعات اليمنية:

- ١) القانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن الأسماء التجارية اليمني.
- ٢) القانون رقم (٣٣) لسنة ١٩٩١م بشأن السجل التجاري وتعديلاته.
- ٣) القانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن الشركات التجارية اليمني وتعديلاته.
- ٤) القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م بشأن القانون التجاري اليمني وتعديلاته.
- ٥) القرار الجمهوري رقم (٢٨٤) لسنة ٢٠٠٩م بشأن اللائحة التنظيمية لوزارة الصناعة والتجارة.
- ٦) اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني.

رابعاً: التشريعات والقرارات الأجنبية:

- ٧) القانون الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦م بشأن التجارة.
- ٨) القانون الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م بشأن الشركات التجارية وتعديلاته.
- ٩) القانون الإماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣م بشأن المعاملات التجارية.
- ١٠) القانون المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م بشأن التجارة.
- ١١) القانون المصري رقم (٦٧) لسنة ١٩٥٤م المتعلق بتعديل القانون رقم (٥٥) لسنة ١٩٥١م بشأن الأسماء التجارية.
- ١٢) النظام السعودي رقم (م/١٥) لسنة ١٤٢٠هـ. الأسماء التجارية.
- ١٣) قرار المجمع رقم ٤٣ (٥/٥) الذي انعقد في دورة مؤتمره الخامس بدولة الكويت في الفترة من ١٠-١٥ ديسمبر ١٩٩٨م.



البحوث والأبحاث القضائية والقانونية

مجلة

البحوث والأبحاث
القضائية والقانونية

جريمة انتهاك حرمة ملك الغير

القاضي / زيد علي يحيى الحمزي

مقدمة:

تتناول هذه الدراسة التأصيل القانوني والفقهي لجريمة انتهاك حرمة ملك الغير) اغتصاب الحيازة للعقار) بهدف معالجة الإشكاليات العملية التي تصاحب تطبيق عناصر التجريم لدى القضاء اليمني والتضارب في التطبيقات القضائية ما بين إسباغ الحماية الجزائية للملكية المدنية للعقار وما بين منح الحماية الجزائية للحيازة المشروعة للعقار، وهو ما يتطلب تبيين الفرق بين جرائم الإثراء وجرائم الإضرار من منظور تشريع وفقهي، وتحديد النص الجزائي الأنسب لتجريم حالات الاستيلاء على الحيازة بالعنف أو التهديد أو بالحيلة وغيرها من الإجراءات غير المشروعة. كما تعرض الدراسة أخطاء التكيف العملية في بعض القضايا واقتراحات تشريعية وقضائية لتصويب التطبيق وضمان حماية فعالة للحيازة.

وقد كان الدافع لإعداد هذه الدراسة هو أهمية الموضوع مع زيادة الجرائم المتعلقة باغتصاب العقار حيث أصبحت تُوْرَق الكثير من أصحاب العقارات خاصة في المدن الرئيسية التي تشهد زيادة التوسع والتخطيط العمراني وتلك الاعتداءات لم تؤثر على حركة وقواعد بيع وشراء العقارات فحسب، بل ترتب عليها العديد من جرائم القتل العمد بسبب الاعتداء على الأراضي، والسبب الرئيسي لإعداد الدراسة يتمثل في عدم الوضوح التشريعي وغياب الرؤية أو الفهم السليم عند تطبيق واقعة التعدي الجنائي على العقار لدى القضاء اليمني، مما أدى إلى اضطراب واختلال في تطبيق عناصر جريمة التعدي على الملكية.

وأساس المشكلة في العمل القضائي سواء أمام النيابة أو المحاكم بكافة درجاتها، أنه كان يتم بحث الملكية المستندية وفقاً لأحكام الملكية في القانون المدني مما أدى إلى الإخلال بمبادئ القانون الجنائي حيث صارت الدعوى الجنائية لها طبيعة واختصاص الدعوى المدنية (دعوى الملكية) وفي بعض القضايا الجزائية أصبح الحائز حيازة ملك أي واضح اليد على العقار وفقاً للمادة (١١٠٣) مدني وبشرروطها وفقاً للمادة (١١٠٤) مدني متهماً ومذنباً لمجرد أنه استعمل سلطاته الممنوحة له وفقاً للشرع والقانون على العقار، فنتج عن ذلك إهدار لحقوق وحريات أشخاص غير مذنبين، كما أدى إلى تشجيع الكثير من الأفراد إلى الاستيلاء على العقارات من يد الحائز باستخدام القوة بكافة وسائلها بدعوى الملكية، ولا يخفى على أحد الأضرار الخاصة والعامة التي يؤديها ذلك السلوك في إقلاق السكينة العامة والنظام العام في المجتمع، وتلك الإشكالية القانونية ترجع إلى الأخذ بظاهر التسمية الشائعة لواقعة اغتصاب العقار بتسميتها الاعتداء على ملك الغير تأثراً بعنوان الفصل الوارد في قانون العقوبات «انتهاك حرمة ملك الغير» بينما المادة

(٣٢١) عقوبات التي يتم تطبيقها في الواقع العملي، وبينما نجد أن ذلك النص العقابي أتى تحت مسمى الإضرار بالمال.

وبذلك فإنه يتعين التطرق لبيان الأسس والمبادئ القانونية التي تم البناء عليها في تحديد مفهوم جريمة اغتصاب العقار «انتهاك حرمة ملك الغير» لما لها من أهمية قصوى في فهم باقي جرائم الاعتداء في الملكية كالسرقة والاحتيال وخيانة الأمانة وغيرها، لذلك سوف نتناول أهمية الحيازة والحكمة من حمايتها في التشريعات ثم نتطرق لأهمية ومفهوم تفسير القواعد الجنائية ثم نذكر أقوال الفقه الجنائي في شرح المبدأ الذي يقوم عليه القانون الجنائي وهو مبدأ الذاتية أو الاستقلالية في القانون الجنائي لما لذلك من أهمية خاصة عندما يتم الأخذ بقواعد قانونية لم ترد في القانون الجنائي كمسألة الملكية الواردة في القانون المدني ثم يلي ذلك التطرق لمفهوم جرائم الاعتداء على الملكية التي هي الصورة الغالبة لجرائم الأموال مع بيان معايير تقسيمها وخاصة معيار التقسيم القائم على الإثراء والإضرار، ثم بعد ذلك نتناول رؤية الفقه والقضاء الجنائي للحيازة بشكل عام خاصة في جريمة السرقة وذلك عند بيان عنصر «مملوك للغير» كما نبين موقف الفقه والقضاء الجنائي المصري للمفهوم الخاص للحيازة في جريمة «انتهاك حرمة ملك الغير» ثم نشير لمفهوم وأهمية تعديل الوصف القانوني للتهمة من قبل المحكمة كوسيلة لتصحيح الخطأ الذي جرى عليه العمل في توصيف الجريمة وفي الأخير يتم بيان مفهوم جريمة الإضرار بالمال مادة (٣٢١) عقوبات وعدم إمكانية تجريم اغتصاب العقار وفقاً لذلك النص العقابي، وبيان النص العقابي لجريمة «انتهاك حرمة ملك الغير» طبقاً للمادة (٢٥٣) عقوبات، وذلك من خلال المطالب الآتية.

المطلب التمهيدي مبادئ قانونية

الفرع الأول

التعريف التشريعي والفقهي للحيازة وأهميتها

أ- النصوص القانونية:

نصت المادة (١١٠٣) بأن «الثبوت (الحيازة) هو استيلاء الشخص على الشيء ووضع يده عليه منقولاً كان أو عقاراً وهو نوعان: الأول: حيازة ملك ثبوت يتصرف بها الحائز في الشيء الذي يحوزه بأي نوع من أنواع التصرفات ظاهراً عليه بمظهر المالك وإن لم يبين سبب ملكيته له فتكون يده مهما استمرت حيازة ملك ثبوت على الشيء...». .
وحيث نصت المادة (١١١١) مدني «على أنه من كان حائزاً لشيء أو حق اعتبر مالكاً له ما لم يقيم الدليل على غير ذلك». وكذا نصت المادة (١١١٧) مدني على «ليس لمدعي الملك أن ينزع يد الثابت على الشيء بدون رضاه إلا بحكم قضائي وللمدعي أن يلجأ إلى القضاء...».

وهذه المادة تقابل المادة (١٢٨٤) مدني قديم التي جاء في المذكرة الإيضاحية لها ما يلي: «... تنص على قاعدة عامة هي أنه ليس لمدعي الملك أن ينزع يد الثابت عما هو ثابت عليه بغير رضاه، أي بالإكراه أو بالحيلة دون اللجوء إلى القضاء في ذلك بل يتعين عليه أن يلجأ للقضاء ويطلب منه الحكم به بما يدعيه ويقيم الدليل الشرعي على صحة دعواه» وكذا نصت مادة (١) إثبات على «الدعوى هي طريق المدعي إلى القضاء للحصول على الحق الذي يدعيه قبل المدعى عليه، والإثبات: إقامة الدليل بالطرق القانونية لإثبات الحق المتنازع عليه أو نفيه». وكذا المادة (٣) إثبات نصت على: «المدعي هو من معه أخفى الأمرين، وهو من يدعي خلاف الظاهر والمدعى عليه هو من معه أظهر الأمرين».

ب- أهمية الحيازة في الفقه الإسلامي:

حيث قرر الفقهاء بأن الحيازة تدل في بداية الأمر على ظاهرة تدل على وجود حق من ورائها بحيث إذا نوزع صاحبها حول الشيء المحوز كان ذا موقف قوي لأنه يعتضد بالظاهر المستمد من قرينه الحيازة - المادة (١١١١) مدني، فيجعل المدعى عليه غير مكلف بالإثبات، ولكن هذا الظاهر المستمد منها لا يقف أمام البينة الشرعية حيث تقبل فيحكم بالشيء المحوز المتنازع عليه لصاحب البينة وتجعل الحيازة فيه للمحكوم عليه، غير أن

هذا النوع من الحيازة يكتسب قوة أكبر بمضي المدة إذا توافرت فيه شروط أخرى ذكرها بالتفضيل معظم علماء المالكية وكثير من علماء الحنفية، تصل في كثير من الأحيان إلى حد ترجح فيه على البينة، بل تهدر البينة بجانبها، فيحكم بالملك لصاحبها عند المالكية وترفض الدعوى عند الحنفية^(١).

فإذا لجأ مدعي الحق إلى نزع يد الثابت بالإكراه أو الحيلة بدعوى أنه مالك، فإن ذلك يعني إهدار النصوص القانونية، وتعطيل وظيفة القضاء وفيه تغييب لدور الدولة، ويجعل الخصم قاضياً ومنفذاً في ذات الوقت؛ وبذلك تنتج الفوضى وتشيع الفتن بين الناس، فالصالح العام يقتضي بدون شك احترام الحالات القائمة وعدم التعرض لها بما يكدرها، فاستعمال العنف ووسائل القوة ضد الحائز أمر يهدد النظام والأمن في المجتمع وهو ما لا يسمح به المشرع ولو كانت أعمال العنف صادرة من صاحب الحق نفسه، فإذا كان فعلاً صاحب الحق فليس له أن يقتضي حقه بنفسه، وأن عليه أن يسلك السبيل القانوني لاقتضاء حقه، كما أن الشارع الحكيم دعا المسلمين إلى التحاكم إلى شرعة كل ما حدث نزاع بينهم وأمرهم أن يردوا خصوماتهم إلى حكم الله ورسوله، فقال جل شأنه سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا مَرَّ مِنْكُمْ أَمِنْ﴾ [النساء: ٥٩]، وقال جل شأنه: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يَكْمُوكَ فِيمَا شَجَرِ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيَسْلَمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٧].

كما أن دلالة النصوص القانونية هو أن الحق عندما ينكره الخصم يصبح محل نزاع والظاهر لا يشهد لصاحب الحق لأن الأصل براءة الذمة من الحقوق، وحتى يغير هذا الظاهر ليس له إلا سبيل واحد وهو أن يلجأ إلى القضاء ليعرض بينته أو يقر خصمه، وقبل ذلك يكون مخالفاً للظاهر فإن سمح له بتحصيل حقه بنفسه كان هذا خرقاً لمبدأ شرعي معروف وهو وجوب بناء الأحكام على ظواهر الأمور، وفي غير ذلك مفسدة عامة ينبغي سد الطريق إليها ولو أدى ذلك إلى ضياع حق خاص لأن المصلحة العامة أولى بالاعتبار من المصلحة الخاصة، هذا من ناحية أما من ناحية أخرى فإن مصلحة الأمة تقتضي أن تقفل الأبواب وأن تسد الذرائع التي تؤدي إلى الفتن^(٢)، فالتعدي على حيازة العقار يعد في الفقه

(١) نظرية الدعوى بين الشرعية الإسلامية وقانون المرافعات د/ محمد نعيم ياسين ص ٢٤ ذكر في الهامش (١) ص ٢٤٦ بدائع الضائع ج ٦ ص ٢٥٦ حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥٦٥ تكملة حاشية ابن عابدين ج ٧ ص ٤٨٦ شرح الخرشبي، ج ٧ ص ٢٤٢ حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٢٣٣ وقد بحث هذا الموضوع بحثاً جيداً التسولي في كتاب البهجة في شرح التحفة ج ٢ ص ٢٧٧ - ٢٨٢.

(٢) د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، مرجع سابق، ص ١٨٥.

الإسلامي من ضروب الفساد في الأرض الذي نهى عنه الشارع وعاقب عليه تعزيراً^(١).

ج- أسباب حماية الحيازة في الفقه القانوني:

كما يقرر عميد الفقه المدني د. عبدالرزاق السنهوري بأنه «يحمي القانون الحيازة في ذاتها، ولو كان الحائز غير مالك، ويرجع ذلك إلى سببين:

السبب الأول: أن الحائز هو الذي يسيطر سيطرة فعلية على المال الذي يقع في حيازته، فيجب لاعتبارات تتعلق بالأمن العام أن تبقى له هذه السيطرة فلا يتعدى أحد عليها ولو كان هو المالك للمال. وعلى المالك أن يلجأ إلى الطرق التي رسمها له القانون لاسترداد ماله من الحائز، فالقانون يحمي الحيازة كما يحمي الملكية وقد جعل لحماية كل من الحيازة والملكية طرقها الخاصة ولا يجوز للمالك أن ينتزع ماله من الحائز عنوة وقهراً، فينتصف لنفسه بنفسه ويعكر صفو السلام والأمن العام، بل يجب عليه، إذا لم يرد الحائز إليه ماله طوعاً، أن يسترده عن طريق القضاء وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون وهو ما قرره المادة (١١١٧) مدني يمني.

السبب الثاني: أن الحائز للمال غالباً يكون هو المالك له وأول مزايا الملك أن يحوز المالك المال الذي يملكه وقل أن يوجد مالك لا يحوز بنفسه أو بوساطة غيره، لذلك يفرض القانون مبدئياً أن الحائز هو المالك فيحمي الملكية عن طريق حماية الحيازة، ومن أجل ذلك كانت الحيازة قرينة على الملكية ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس وهو ما قرره المادة (١١١) يمني، ففي الأحوال القليلة التي لا يحوز فيها المالك ماله بنفسه أو بوساطة غيره، وتكون الملكية في يد والحيازة في يد أخرى، وأباح القانون للمالك، بعد أن يقيم الدليل على ملكيته، أن ينتزع ماله من يد الحائز بالطرق المرسومة لذلك، فحماية الحيازة في ذاتها إنما هي حماية للملكية، ولكنها حماية مؤقتة إلى أن يقوم الدليل على أن الحائز لا يملك المال الذي في حيازته، فعندئذ يرد المال إلى مالكة^(٢).

(١) الحماية المدنية والجنائية لواضع اليد على العقار، د. عدلي أمير خالد ط ١٩٩٢م، ص ٢٢٥ وما بعدها حيث تناول بالتفصيل حماية حيازة العقار في الفقه الجنائي الإسلامي يراجع أيضاً الغضب وأثاره في الشريعة الإسلامية والقانون، دراسة مقارنة، د / يحيى محمد الجرافي، ص ٦٩ وما بعدها.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، ص ٧٩٤ وما بعدها.

الفرع الثاني

مفهوم وأهمية تفسير القاعدة الجنائية

يتقيد القاضي الجنائي بتفسير القواعد الجنائية، وهي التي يتضمنها كل من قانون العقوبات والإجراءات الجنائية، لكشف حقيقة محتواها فيما يتعلق بإرادة المشرع في تحقيق فاعلية العدالة الجنائية أو ضمان الحقوق والحريات، ملتزماً في ذلك بمبدأ الشرعية الجنائية^(١)، فتفسير القواعد القانونية تفسيراً سليماً هو الخطوة الأولى نحو تطبيقها على الوقائع التي تحكمها تطبيقاً صحيحاً، فليس تطبيق القاعدة القانونية إلا ثمرة تفسيرها، وغاية التفسير هو الإحاطة بمضمون القاعدة القانونية، وهو ضرورة تلازم النص المكتوب، وذلك يوجد بالنسبة لجميع فروع القانون، لأن المشرع مهما اشد حرصه على انتقاء لفظه ونظم عبارته لإفادة المعنى المقصود فإن التطبيق العملي للنص يكشف دائماً عن الحاجة إلى التفسير^(٢).

فالتفسير يقوم على عملية مزدوجة، الأولى: الإلمام بإرادة واضع القانون التي تضمنتها القاعدة القانونية، والثانية، تكملة أوجه النقص التي تبدو على بعض القواعد^(٣)، كما إن إرادة المشرع التي ضمنها النص ليست مبدأ جامداً محكوماً بالوقائع الاجتماعية المتوفرة وقت وضع النص، بل هي إرادة متطورة بتطور هذه الوقائع الاجتماعية، طالما أنها تراعي المصلحة الاجتماعية المحمية بالنص ذلك أن هذه المصلحة تبلور إرادة المشرع وتحدد تبعاً لها نطاق تطبيق نصوصه ولم يضع القانون من أجل اليوم فقط بل إنه وضع من أجل المستقبل وإرادة القانون بهذا المعنى تترك للتفسير مهمة تحديد معنى النصوص القانونية المجردة في ضوء التحولات والتغيرات الاجتماعية^(٤).

وإذا طبقنا هذا المنهج لوجدنا أنه يقدم لنا الحلول الصحيحة، وبوجه خاص عندما يعبر القانون عن فكرة متحركة متطورة بحسب طبيعتها مثل النظام العام أو الآداب العامة كما هو حال القواعد الجنائية وغني عن البيان، فإن هذا المنهج في تفسيره لا يترتب عليه مطلقاً المعنى الواضح في النص، ذلك أن المنهج السليم للتفسير هو في معرفة إرادة المشرع من خلال الصيغة التي عبر فيها عن هذه الإرادة، هذا مع ملاحظة أن الوضوح المطلوب لا ينصرف فقط إلى عبارة النص، وإنما يتعلق أيضاً بالمعنى والفكرة التي تنبثق

(١) الحماية الدستورية للحقوق الحريات د/ أحمد فتحي السرور الطبعة الثانية ٢٠٠٠م ص ٤٤٨.

(٢) د/ حسني الجندي، كتاب الجرائم والعقوبات ص ١٣٠.

(٣) د/ حسني الجندي، مرجع سابق ص ١٠٤.

(٤) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية الجنائية، ص ٤٤٩.

عن النص، فلا يجوز الاعتماد على مجرد الوضوح اللغوي الذي قد لا يتفق مع الفكر الحقيقي للقانون، كما يبدو من مجموع نصوصه وتاريخه وأعماله التحضيرية، وتطوره الاجتماعي والعلمي والفلسفي، فإطار القانون لا يتحدد بشكل جامد، وذلك باعتبار أنه قد وضع من أجل المستقبل^(١) والتفسير السليم للقواعد القانونية يجب أن يعتبر بحقيقة تكوينها من جوهر وشكل ذلك الجوهر الذي يصل بين القاعدة القانونية وبين حقائق الحياة الاجتماعية المتحركة بدءاً، وبهذا تصبح القاعدة القانونية أدنى إلى تحقيق العدل عند التطبيق، والقول بغير ذلك يجعل القاعدة الجنائية مجرد شكل أصم لا يخدم تفسيرها أهداف المجتمع في العدل وبالتالي لا يحقق أهداف القانون في الأمن والاستقرار^(٢). كما أنه تلزم الإشارة إلى أنه يعتبر من الوسائل التي يمكن للمفسر أن يستعين بها في تحديد العلة أو الغاية من النص الرجوع إلى المصدر التاريخي للنص: أي الرجوع إلى المصدر الذي استمد منه سواء أكان تشريعاً وطنياً سابقاً أو تشريعاً أجنبياً، ومعرفة الطريقة التي كان يطبق بها فقهاً وقضاءً^(٣).

الفرع الثالث

ذاتية واستقلالية القواعد الجنائية

يوضح أستاذ الفقه الجنائي الدكتور/ أحمد فتحي سرور بأنه من الأمور التي تميز القواعد الجنائية عن غيرها. أنها تمس القاعدة الجنائية بما تقرره من تجريم وعقاب حقوق المخاطبين بها بالقدر الضروري والمتناسب للتدخل الجنائي من أجل حماية الحقوق والحريات والمصلحة العامة، وهذه المصلحة المحمية قد ترتبط بمراكز قانونية تقررها القاعدة غير الجنائية وذلك باعتبار أن هذه الحماية يكفلها أصلاً التشريع غير الجنائي الذي أنشأ هذه المراكز وحددها، إلا إن التدخل الجنائي لا يكون إلا لتقرير حماية جنائية أوجبتها الضرورة الاجتماعية، فلا يوجد أدنى تطابق بين الحماية غير الجنائية التي قامت عليها المراكز القانونية وبين الحماية الجنائية التي يكفلها قانون العقوبات لهذه المراكز القانونية لضرورة اجتماعية تتفق مع وظيفة قانون العقوبات^(٤).

فالقاعدة غير الجنائية تكفل بعض المصالح المحمية من خلال المراكز القانونية التي تحددها وتنشأ لصاحبها بمقتضاها حقوق معينة وتفرض عليها التزامات معينة، أما القاعدة الجنائية فإنها لا تتدخل لحماية هذه المصالح إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة

(١) د/ أحمد فتحي سرور، المرجع السابق ص ٤٥٠.

(٢) تعدد القواعد وتعدد الجرائم د/ شكري الدقاق ص ٦٢.

(٣) أصول قانون العقوبات القسم العام د/ سمير عاليه ط ١/ ١٩٩١م.

(٤) د. أحمد فتحي سرور مرجع سابق، ص ٤٣٦.

اجتماعية وبقدر من التناسب بين الجزاء الجنائي والفعل محل التجريم - مثال ذلك عقد الأمانة فإنه إذا كان القانون المدني يحدد حقوق طرفي العقد، فإن قانون العقوبات لا يتدخل لحماية هذه الحقوق إلا بالقدر الضروري عندما تقع خيانة للأمانة على النحو الذي حددته المادة (٣١٨) عقوبات لا بمجرد الإخلال بالتزامات أحد المتعاقدين^(١)

كما أنه من مميزات القاعدة غير الجنائية أنها تحدد الشروط الواجب توافرها ابتداءً قبل وقوع الجريمة بينما تستأثر القاعدة الجنائية بتحديد أركان هذه الجريمة وعقوبتها ولا تتدخل القاعدة غير الجنائية لتحديد مجال التجريم والعقاب، لأن المراكز القانونية الناشئة أو المحمية بالقاعدة غير الجنائية ليست محمية بالقاعدة الجنائية إلا بحكم الضرورة والتناسب كمعيار للتجريم والعقاب وتتجلى الضرورة والتناسب في أفعال محددة ويحددها الركن المادي للجريمة ورابطة نفسية معينة يحددها ركنها المعنوي وهو ما لا تتطلبه حماية المراكز القانونية وفقاً للقاعدة غير الجنائية^(٢). كما أن اتجاه في الفقه الجنائي يوضح مفهوم ذاتية القانون الجنائي بأن القانون الجنائي يتمتع بمبادئ عامة محددة مستمدة من طبيعة قواعده وخصوصية أهدافه، فالمبادئ العامة لقانون ما تكمن في جوهر البناء القانوني وهي جزء من أساسه وهنا يجب ألا نخلط بين المبادئ القانونية والقواعد القانونية فالأولى تنبع من فلسفة ومضمون القانون ذاته وهي تعبر عن التصوير العام المجرد للفكرة أما القاعدة فهي التطبيق التفصيلي لهذا التصوير المجرد، وقد تستوعب قاعدة واحدة مبدأً قانونياً وقد يفرغ هذا المبدأ في عدة قواعد^(٣) (١٥). ولقد تمتع القانون الجنائي بدوره بمبادئ استقرت منذ زمن طويل وأصبحت جزءاً من شخصيته التي يتميز بها عن غيره من النظم القانونية الأخرى، كمبدأ شرعية كجرائم العقوبات، ومبدأ شخصية العقوبة ومبدأ حرية القاضي الجنائي في الإثبات. فنجد أن القواعد القانونية - وليس المبادئ القانونية - تخضع لفكرة الاستقبال والإحالة أي أنه من الممكن أن يحيل قانون ما بعض قواعده لقانون آخر وأن يستقبل قانون آخر ما دامت هذه القواعد قادرة على تحقيق أهداف القانون المحال إليه، أو مع مبدأ من مبادئه العامة فهنا يختلف الأمر إذ يتعين استبعاد تطبيق هذه القاعدة وإلا عد ذلك إهداراً واعتداءً على القانون المحال إليه، ذلك أن الأمر هنا يتعلق بالمس بالأهداف والمبادئ العامة لذلك القانون^(٤). فينصرف مفهوم الذاتية إلى مبادئ القانون الجنائي وليس إلى قواعده التفصيلية لأن

(١) د / فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٤٣٧.

(٢) د / فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٤٣٨.

(٣) د / شكري الدفاق، مرجع سابق ص ٦٩.

(٤) د / شكري الدفاق، مرجع سابق، ص ٨٠.

القواعد الجنائية التفصيلية هي مجرد وسائل لتحقيق أهداف القانون الجنائي في إطار الموجهات الأساسية وهي المبادئ العامة، لذلك فإن هذه القواعد تخضع - كأي قاعدة قانونية أخرى من فروع القانون المختلفة - لفكرة الاستقبال والإحالة وقد يلجأ المشرع الجنائي إذا أوزته الحاجة إلى إنشاء قواعد جنائية جديدة توسع من مفهوم القواعد غير الجنائية حتى تتلاءم مع تحقيق أهداف القانون الجنائي أن التنازع يقع فقط بين القواعد القانونية، باعتبارها وسائل تطبيق - وليس بين المبادئ العامة^(١)، متعارضة مع مبادئ العامة، أما إذا تعارضت هذه القواعد مع أحد مبادئ القانون المحال.

فيتعين على القاضي الجنائي عند الفصل في الدعوى أن يراعي موافقة القاعدة للمبدأ العام فإن تعارضت استبعدت القاعدة من التطبيق احتراماً للمبدأ.

المطلب الأول

الحياسة وجرائم الاعتداء على الأموال

الفرع الأول

من جرائم الاعتداء على الأموال (جرائم الإعتداء على الملكية)

تناولت التشريعات اللاتينية جرائم الأموال على اعتبار أنها اعتداء على الحقوق المالية سواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية، وتحظى الحقوق العينية وبوجه خاص حق الملكية في الجانب الأكبر من حماية المشرع الجنائي، فكان السائد في التشريعات ذات المصدر التاريخي للقانون اليميني هو استخدام عنوان (جرائم الإعتداء على الملكية) وقد جاء في المذكرة التفسيرية لتقنين قانون العقوبات الإيطالي (أن كلمة «الملكية» يجب أن تفهم على أساس معناها الواسع بحيث تتضمن كلاً من حق الملكية وكذلك حياسة كل حق عيني أو شخصي)، ثم اتجهت التشريعات إلى استخدام اصطلاح (جرائم الاعتداء على الذمة المالية)^(٢).

وتشترك جرائم الاعتداء على الأموال في أمرين الأول: أن يكون محل الاعتداء عليه ثابتاً لغير المدعى عليه والثاني: عدم رضا صاحب الحق^(٣).

لذلك فإن تسمية جريمة اغتصاب العقار باصطلاح جريمة الاعتداء على الملكية في الواقع العملي اليميني يعد خلافاً لما هو سائد في الفقه الجنائي، فجرائم الاعتداء على

(١) د/ شكري الدفاق، مرجع سابق، ص ٩٦.

(٢) قانون العقوبات المقارن - القسم الخاص، د/ محمد إبراهيم زيد، ص ٢١٠-٢١١.

(٣) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٩.

الملكية تدخل ضمنها عدة جرائم منها السرقة والاحتيايل وخيانة الأمانة واغتصاب العقار والإضرار بالمال وغيرها.

كما إن اصطلاح الأشياء المملوكة للغير والتي تستخدم كثيراً في التشريعات تعطي فكرة سلبية قوامها الشك في أنه يجب على صاحب الشيء أن يقدم الدليل على أنه صاحبه أو مالكة، بينما ترمي هذه التشريعات عادة إلى التعبير عن أن الجاني لم يكن مالكاً لمحل الجريمة، لذلك نجد بعض الفقهاء يستخدم صياغة (الشيء الذي لم يملكه الجاني).^(١) ويلاحظ أن المشرع اليمني قد استخدم هذه الصياغة في عدد من الجرائم منها السرقة، وخيانة الأمانة، وانتهاك حرمة ملك الغير، والإضرار بالمال.

كما أن تقسيم جرائم الأموال يختلف بحسب المعيار المتبع، فتقسم جرائم الأموال إلى جرائم استيلاء وجرائم إتلاف، ذلك أن هذه الجرائم تختلف باختلاف الغاية التي حركت حوافز العدوان لدى الجاني فهي إما أن تقع بدافع الطمع والانتقام، وتضم جرائم الاستيلاء، السرقة، النصب وخيانة الأمانة وغيرها، أما جرائم الإتلاف فهي الحريق وتسميم المواشي والتخريب والتعييب.

كما تقسم جرائم الأموال إلى جرائم لا تقع إلا على منقول كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة وجرائم لا تقع إلا على عقار مثل جرائم منع الحيازة بالقوة وإزالة الحدود أو نقلها، وجرائم قد تقع على عقار أو على منقول مثل: الحريق والتخريب والتعييب والإتلاف.^(٢)

وهناك تقسيم آخر شائع لجرائم الاعتداء على الأموال باعتبارها اعتداء على الملكية فيرى أستاذ القانون الجنائي د. محمود نجيب حسني بأن التأسيس العلمي لجرائم الاعتداء على الملكية هو ما يستند إلى التمييز بين جرائم الإثراء وجرائم الإضرار، وضابط هذا التقسيم ذو شقين، شق مادي متعلق بتأثير الفعل الجرمي على ذمّتي المجرم والمجني عليه وما إذا كان ينطوي على إثراء المجرم أم يقتصر فحسب على الإضرار بالمجني عليه، والشق المعنوي لهذا الضابط متعلق بنية المجرم وقت اقترافه جريمته وما إذا كانت قد اتجهت إلى إثرائه أي اتجهت إلى (تملك) مال يملكه غيره أم اتجهت فحسب إلى الأضرار بالمجني عليه بحرمانه من ماله أو إنقاص قيمته دون أن يقابل ذلك ازدياد في الأموال التي يحوزها المجرم،^(٣) فالفعل الجرمي يختلف فيها إذ يحرص المجرم في جرائم الإثراء على

(١) د/ محمد إبراهيم زيد، مرجع سابق، ص ٢٧٢.

(٢) د/ محمد إبراهيم زيد، مرجع سابق، ص ٢١٠-٢١١.

(٣) د/ محمود نجيب حسني، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني. دار النهضة ط١، (١٤٠٤هـ-١٩٨٤م) ص ١٨٤.

المحافظة على كيان الشيء وقيمته كي يتحقق له بذلك الإثراء الذي يريده ومن ثم يتميز الفعل بخصائص معينة تكفل له أن يكون غير مضر بالشيء، وخصائص أخرى تكفل له أن يكون من شأنه ضم ذلك الشيء إلى حيازة المجرم فيدخل فيها جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة وغيرها...، وعلى الخلاف من ذلك فإن الفعل الجرمي في جرائم الإضرار هو بطبيعته إتلاف أو تشويه للشيء أو إنقاص من قيمته فيدخل فيها جرائم الهدم والتخريب والتعدي على المزروعات. كما أنه يشترط في جرائم الإثراء (نية التملك) من بين عناصرها المعنوية في حين أنه لا يشترط في جرائم الإضرار.^(١)

فجرائم اغتصاب العقار هي جرائم إثراء وفعل المدعى عليه (المتهم) لا يتضمنهدماً ولا تخريباً ولا تحركه إلى فعله نية الإضرار بالمجني عليه إنما يسعى إلى أن يحوز العقار المملوك لغيره ليباشر عليه سلطات المالك وهي من هذه الوجهة تقترب من جريمة السرقة فركنها المادي هو انتزاع الحيازة وركنها المعنوي جوهره نية تملك العقار، لكن تفتقر عنها في أن موضوعها عقار بينما موضوع السرقة منقول.^(٢)

لذلك نجد أن الفقه الجنائي عند شرحه لمفهوم أركان جريمة السرقة واشترط أن يكون موضوعها مالاً منقولاً يقرر أن السرقة - حسب كيانها القانوني - هي اعتداء على ملكية المنقولات دون العقارات ويفسر ذلك ما قدره الشارع من أن حائزاً منقولاً هو الذي تتعرض حيازته وملكيته للمخاطر العديدة وتفضيان الحماية المغلطة، وبالإضافة إلى ذلك فإن فعل «الأخذ» - وهو قوام الركن المادي للسرقة - يعني في صورته الغالبة تغيير موضع الشيء باعتبار تلك الوسيلة إلى إخراجه من حيازة المجني عليه وتحقق الاعتداء على الحيازة التي تفترضها السرقة، ولا يتصور ذلك إلا بالنسبة للمنقول فمن طرد حائز أرض أو مبنى وحل محله فيه، فهو ليس بسارق ولكنه مرتكب جريمة اغتصاب العقار.^(٣)

الفرع الثاني

مفهوم الحيازة في الفقه والقضاء الجنائي

الحيازة التامة (بمعنى الكلمة): ويطلق عليها أحياناً الحيازة الحقيقية والنهائية أو الكاملة أو القانونية وهي حيازة المالك أو من يعتقد أنه المالك دون غيره لأنها تفترض لدى صاحبها انصراف نيته إلى أنه يحوز الشيء باعتباره مالكاً والتي أسماها القانون

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٢) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٥٣٩.

(٣) د/ محمود نجيب حسني، ص ٥٧.

المدني اليمني حيازة ملك - المادة (١١٠٣) مدني، والفقهاء الجنائي يأخذ عن الفقه المدني صفات الحيازة وشروطها وعيوبها في جرائم الأموال، فيجب أن تتوافر فيها شروط ثلاثة حتى تنتج آثارها القانونية، وهي أن تكون حيازة هادئة، وظاهرة، وغير غامضة، وبالمقابل يجب أن تبرأ من عيوب ثلاثة، وهي الإكراه، والخفاء، والغموض، ولا تكون الحيازة هادئة إذا ابتدأها الحائز بالقوة أو التهديد ضد الحائز السابق، فهي التي اغتصبت بالإكراه أو التهديد وعبب الخفاء ويعني مباشرة أعمال الحيازة بشكل غير ظاهر والخفاء لا يعني جعل الحائز الأصلي بتلك الأعمال، فإذا استعمل تلك الأعمال بشكل ظاهر للناس، فإن الحيازة لا تكون خفية، حتى لو لم يعلم الحائز لغيابه، أما عيب اللبس والغموض فيقتصر به غموض الأعمال التي يقوم بها الحائز مثلاً لا يعرف ما إذا كان قصده في الحيازة أنه يحوز بنية التملك، أي لحساب نفسه أم أنه يحوز لحساب الغير.

وهو عيب في العنصر المعنوي للحيازة على خلاف عيب الإكراه وعبب الخفاء فكلامها يصيب العنصر المادي في الحيازة.^(١)

كما يقرر الفقه بأنه ليست الحيازة حقاً وإنما هي مركز واقعي، وعلى الرغم من أن هذا المركز قد يكون أحياناً غير مشروع فإن الشارع يستخلص منه بعض الآثار مما يعني أن يعتد به ويجعل منه نظاماً قانونياً ليحدد قواعده، وقد يكفل له الحماية، كما يذكر د. محمود نجيب حسني بأنه «تعلل حماية الشارع للحيازة بصرف النظر عما إذا كان للحائز سند قانوني يبرر حيازته بالحرص على كفالة السلام الاجتماعي وتفادي الفوضى التي تحدثت حتماً لو كانت للأفراد سلطة إنهاء الحيازة غير المشروعة، وبناء على ذلك في من يأخذ المال المسروق من سارق أو يخفيه يعد بدوره سارقاً، ويعني ذلك أنه يسأل عن اعتدائه على الحيازة غير المشروعة للسارق أو المخفي».^(٢)

كما تقوم فكرة الاختلاس على أن نشاط الجنائي في جريمة السرقة يتمثل في نقل المال من حيازة مالكة الكاملة دون رضائه ثم يضيف الشيء إلى حيازته، والضابط في إخراج الشيء من حيازة المجني عليه هو انتهاء سيطرته المادية على الشيء والضابط في دخوله الحيازة الجديدة هو استطاعة الحائز الجديد مباشرة السلطات التي تنطوي عليها الحيازة فيتصرف في الشيء على النحو الذي يحدده دون غيره في الغرض الذي خصصه المالك.^(٣)

(١) د/ محمد السعيد وادي، الحماية الجنائية، مرجع سابق، ص٦٤ راجع د/ يحيى محمد الجرافي، مرجع سابق، ص ٩٨ وما بعدها.

(٢) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص٦٠.

(٣) د/ محمد السعيد وادي، مرجع سابق، ص٦٥.

كما يقرر الفقه بأن علة اشتراط أن يكون موضوع السرقة في حيازة شخص غير المدعى عليه (المتهم) أن السرقة اعتداء على الحيازة إلى جانب ما تنطوي عليه من اعتداء على الملكية، ولا يتصور اعتداء شخص على حيازة غيره إلا إذا كان ذلك الغير يحوز المال الذي انصب عليه فعل الاعتداء، أما إذا كان المال في حيازة المدعى عليه فقد انتفى عن فعله وصف الاعتداء ويكون صورة لاستعمال سلطان حيازته، وكذلك فإن الفعل المنصب على مال لا يحوزه أحد يتجرد بالضرورة من معنى الاعتداء على الحيازة، وبالإضافة إلى ذلك فإن الفعل الذي يقوم به الركن المادي للسرقة وهو «الأخذ دون الرضا» لا يتصور إلا عند شيء في حيازة الغير إذ أن جوهر ذلك الفعل هو إخراج الشيء من حيازة الغير، وهو ما يفترض بالضرورة أن تكون الحيازة لذلك الغير.^(١)

الفرع الثالث

الحيازة في (جريمة انتهاك حرمة ملك الغير)

لدى الفقه والقضاء الجنائي المصري

يقرر الفقه أنه تختلف الحيازة التي يحميها المشرع الجنائي (في نصوص الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث بقانون العقوبات، المواد من ٣٦٩ إلى ٣٧٣) عن تلك الحيازة التي أشرنا إليها في الفقرة السابقة، هذا من جهة ومن جهة ثانية فإنها تختلف عن الحيازة التي يحميها المشرع الجنائي في جرائم الأموال، مثل السرقة، والنصب، وخيانة الأمانة ذلك لأن فكرة الحيازة في جرائم الأموال والتي تقوم على نظرية في تحديد ماهية الاختلاس لا تختلف في جوهرها عن الحيازة في القانون المدني، وقد اجتمع على ذلك الفقه الحديث في فرنسا ومصر وعليه استقر القضاء الجنائي في البلدين.^(٢)

ويكاد يجمع الفقه والقضاء الجنائي المصري على أن المشرع إنما أراد حماية نوع آخر من الحيازة العقارية في جرائم العدوان على الحيازة وهي حيازة مختلفة عن الحيازة في فقه القانون المدني كما هي حيازة مختلفة أيضاً في فقه القانون الجنائي حين يعرض لها كعنصر في الاختلاس كعنصر في جرائم الأموال التي تقع عدواناً على ملكية المنقول كما في جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة والشيك.^(٣)

فالمشرع في جرائم العدوان على الحيازة العقارية، يحمي الحيازة الفعلية، وهي نوع

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢) د/ محمد السعيد وادي، مرجع سابق، ص ٦٥.

(٣) د/ محمد السعيد وادي، مرجع سابق، ص ٦٦.

مختلف عن الحيابة القانونية، فلا يشترط أن يتوافر فيها العنصر المعنوي في الحيابة وهو نية التملك ولا يشترط أن تكون حيابة عرضية مستندة إلى سند فهو يحمي الحائز الفعلي ولو كان حائزاً عرضياً فقد الصفة القانونية لحيابته العرضية، كما لو كان مستأجراً قضى بفسخ عقد الإيجار الذي يستند عليه في وضع يده، ولا يشترط المشرع أن تستمر حيابته مدة السنة المنصوص عليها في القانون المدني المصري حتى يكتسب صفته كحائز جدير بالحماية المدنية، إذ يكفي أن تتحقق له السيطرة على العقار مدة من الزمن طالت أو قصرت فلا سبيل إلى رفع يده عن العقار بغير حكم قضائي وإن حيابته على ذلك النحو معتبرة قانوناً وواجب احترامها وإنه إذا دخل الحائز القانوني (المالك) في العقار بغير رضاء الحائز الفعلي، فإنه يعاقب على جريمة انتهاك حرمة الحيابة.^(١)

من قضاء النقض المصري في جريمة انتهاك حرمة ملك الغير.^(٢)

١- قانون العقوبات يحمي الحائز الفعلي ولو كان لا يستند بشأنها إلى حق:

”إن قانون العقوبات إذ نص في المادة (٣٦٩) على معاقبة كل من دخل عقاراً في حيابة آخر بقصد منع حيابته بالقوة، إنما قصد أن يحمي حائز العقار من اعتداء الغير على هذه الحيابة ولو كانت لا تستند إلى حق ما دامت معتبرة قانوناً، ولفظ الحيابة إذا كان يدل على وجوب كون وضع اليد فعلياً، فإن محضر التسليم واجب احترامه بوصف كونه عملاً رسمياً خاصاً بتنفيذ الأحكام، والتسليم الذي يحصل بمقتضاه لا يصح وصفه بأنه لم ينقل الحيابة بالفعل، إذ القول بذلك يتعارض مع مقتضى التسليم وما يدل عليه من معنى التسليم والتسلم من نقل الحيابة في المال الذي حصل تسلمه نقلاً فعلياً ولو حصل التسليم بناءً على حكم صدر في غير مواجهة مدعي الحيابة. ومن ثم لا يكون الحكم المطعون فيه - وقد أثبت أن المطعون ضدهم قد تسلموا العين بموجب محضر تسليم على يد محضر تنفيذاً لحكم قضائي قائم - قد خالف القانون في شيء إذا انتهى إلى انتفاء جرمي اغتصاب الحيابة والسرقفة في حق المطعون ضدهم» (٤/١١/١٩٦٨م أحكام النقض س ١٩ ق ١٨٠ ص ٩٠٨).

٢- يحمي قانون العقوبات الحائز الفعلي ولو كان الآخر هو الأحق بالحيابة:

”يعاقب القانون في المادة (٣٦٩) عقوبات، على التعدي على الحيابة الفعلية بغض النظر عن أحقية المتهم في أن يكون هو الحائز، وذلك على أساس أن الحائز الفعلي له الحق

(١) د/ محمد السعيد وادي، مرجع سابق، ص ٦٧.

(٢) د/ عبدالحكم فوده، جرائم الإلتلاف واغتصاب الحيابة ط ١٩٩٢م، ص ٣٧ ما بعدها.

في أن تحمي حيازته حتى تنزع منه بالطريق القانوني، ولا يشترط في صدد هذه الجريمة استعمال القوة بالفعل، بل يكفي أن يكون المتهم قد بدا منه ما يفيد أن نيته استعمالها إذا اقتضت الحال ذلك” (١٩٤٥/٢/٢٦م مجموعة القواعد القانونية ج٦ ق ٥١١ ص٦٥٢).

٣- الحيازة مهما كانت مدتها لا تنتزع بالقوة بل بحكم قضائي:

”إذا دخل شخص عقاراً وبقي فيه مدة من الزمن طالته أو قصرت بحيث يصح في القانون عده أنه حائز العقار فإن حيازته تكون واجباً احترامها، ولا سبيل إلى رفع يده بغير حكم قضائي، وامتناع مثل هذا الحائز عن الخروج من العقار ولا يصح في القانون اعتباره تعدياً على حيازة الغير، بل هو منه عدم تفريط في الحيازة التي اكتسبها” (١٩٤٤/١٢/٢٥م مجموعة القواعد القانونية ج٦ ق ٤٣٣ ص ٤٦٧).

”إن الشارع إنما أراد بالمادة (٣٦٩) عقوبات، العقاب على التعرض للحيازة الفعلية بغض النظر عن الحق في وضع اليد، فما دامت هذه الحيازة ثابتة لزيد فإن بكرة يكون عليه احترامها مهما كان حقه في وضع اليد. أما أن يدخل الأرض مع علمه بأنها بالفعل في حيازة زيد قاصداً منع هذه الحيازة بالقوة، فهذا يقع تحت طائلة العقاب” (١٩٤٤/١١/٢٠م مجموعة القواعد القانونية ج٦ ق ٣٠٤ ص ٥٣٧).

”إنه وإن كان صحيحاً أنه لا محل لحماية الحيازة الفعلية إذا كانت قائمة على الغضب أو القوة، وإن من يتسلم عقاراً على يد محضر تنفيذاً لحكم قضائي تكون له حيازة فعلية في حق خصمه المحكوم عليه، إلا أن هذا محله أن لا يكون متسلم العقار قد تخلى عن حيازته وتركها لخصمه” (١٩٤٤/٣/٢٠م مجموعة القواعد القانونية ج٦ ق ٣١٩ ص ٤٣١).

٤- الجريمة جريمة حيازة وليست جريمة ملكية:

”إن الغرض من نص المادة (٣٢٣) عقوبات، هو حماية الحيازة الفعلية لعقار لا حماية حق الملكية، وعلى ذلك فالاعتداء على ملك كان في حيازة شخص آخر غير المتهم وقت ارتكاب الجريمة ركن من الأركان الأساسية لها، وهذه الواقعة يجب ذكرها في الحكم الصادر بالإدانة، ورجوع هذا الحكم إلى حكم محكمة آخر قضى بحق الحيازة للمجني عليه أو الرجوع إلى محضر التسليم الخاص بهذا الحكم لا يكفي، بل يجب أن ينص صراحة في حكم الإدانة أن العقار المعتدى عليه كان فعلاً في حيازة المجني عليه” (١٩١٤/٩/٢٦م المجموعة الرسمية س ١٦ ق ١ ص ١).

5- يجب على الحكم أن يوضح ركني جريمة الاغتصاب:

”في جريمة انتهاك حرمة ملك الغير يجب أن يثبت في الحكم ركني الجريمة وهما حيازة المجني عليه للعقار حيازة فعلية، ودخول المتهم العقار بقصد منع الحيازة بالقوة“ (٢٧/١٢/١٩٢١م المحاماة، س٢، ص٤٤٦). ”يكفي لتكوين جريمة انتهاك حرمة ملك الغير المنصوص عليها في المادة (٣٢٤) عقوبات، أن يكون المجني عليه حائزاً للعقار حيازة فعلية بصرف النظر عن حق الملكية أو وضع اليد القانوني“ (٤٦/٤/١٩٢١م، المجموعة الرسمية، س٢٢ ص٢).

6- ليس للمالك انتهاك حرمة حيازة غيره:

”يجوز الحكم على متهم لارتكابه جريمة انتهاك حرمة ملك الغير ولو دخل عقاراً مملوكاً له ولكنه في حيازة شخص آخر، لأن هذه الجريمة تتم بمجرد التعرض للحيازة“ (٢٦/٧/١٩١٣م، المجموعة الرسمية س١٥ ق٢ ص٥).

المطلب الثاني

التكليف القانوني لجريمة انتهاك حرمة ملك الغير في القانون والقضاء اليمني

الفرع الأول

تعديل الوصف القانوني للتهمة

قرر المشرع للمحكمة الجزائية في حدود الدعوى التي دخلت حوزتها سلطات متعددة حتى تتمكن من الفصل فيها بعد استجلاء حقيقتها على الوضع الصحيح من الناحيتين الواقعية والقانونية، حيث منحها تغيير وصفها القانوني ومنحها كذلك تعديل التهمة، والحق في إصلاح كل خطأ مادي في صحيفة الاتهام وفقاً للمادة (٣٦٦) ج، كما أن المقصود بتعديل التهمة إجراء مقتضاه أن تعطي المحكمة التهمة وضعها القانوني الصحيح الذي ترى أنه أكثر انطباقاً على الوقائع الثابتة بما يقتضيه ذلك حتماً من إضافة ظرف جديد لم يرد في الوصف الأصلي الوارد في أمر الإحالة أو في ورقة التكليف بالحضور، بل يثبت توافره لدى المحكمة من التحقيقات الأولية أو النهائية أو المرافعة في الجلسة، وتعديل التهمة ليس خروجاً على قاعدة تقيد المحكمة بالحدود العينية للدعوى، لأنه لا يستند إلى أساس آخر غير الذي أقيمت به، بل يتضمن فحسب إضافة ظرف جديد متصل

بنفس الوقائع التي أقيمت بها الدعوى، ويكون معها كلاً لا يتجزأ ككشفتة التحقيقات المختلفة أو المرافعة.^(١)

فالقاضي الجنائي عليه أن ينزل حكم الواقع المستمد من جوهر القاعدة الجنائية ذاتها والذي يلتمس الحقائق الواقعية التي تحكم المجتمع، ولذلك فقد استقر قضاء النقض على أن الأصل في اقتناع القاضي بناءً على الأدلة المطروحة عليه - وهو غير مقيد بالوصف الذي تسيقه النيابة العامة على الواقعة المطروحة - وعليه في سبيل الوصول إلى الحقيقة أن يمحس الواقعة المطروحة عليه بجميع كيوفها وأوصافها وأن يطبق عليها نصوص القانون تطبيقاً صحيحاً، كل ما يلزم به ألا يعاقب المتهم عن واقعة أخرى غير التي وردت بأمر الإحالة.^(٢)

ويبرر الفقه الإجرائي^(٣) هذه السلطة للمحكمة أن استقلال القضاء عن الاتهام ومباشرته نشاطاً إيجابياً مما يقتضي أن لا يكون مقيداً في عمله بغير القواعد التي يقرها القانون ويقدر أنها تسري على الوقائع المطروحة عليه، وأن القضاء حين ينظر في الدعوى يكون الخبير القانوني الأعلى فيها ويقتضي ذلك أن تعلق كلمته على كل رأي يذهب إليه الخصوم في ادعاءاتهم، ثم أن الوصف القانوني الذي ينسبه الاتهام إلى الفعل لا يعدو - في حقيقته - أن يكون طلباً تقدم به أحد الخصوم إلى القضاء، والقاعدة أن القضاء الجزائي غير مقيد بطلبات الخصوم، ومن ثم كان له أن يطرحه ويقول بالوصف الصحيح في تقديره، كما أنه ليس في هذه القاعدة إضراراً بالعدالة فإذا كانت سلطة الاتهام محصورة في حدود واقعة معينة، فعلى المتهم أن يتوقع حكم القانون فيها، إذ قد طرحت على القضاء ليطبق عليها حكم القانون في قواعده المتعددة ويخلص بذلك إلى الحكم الذي تمليه هذه القواعد في مجموعها، وقد أجملت المحكمة العليا ذلك بقولها: «إن تغيير الوصف القانوني يخضع لسلطان محكمة الموضوع في تقدير الوقائع وتقدير العقوبة المناسبة وفقاً للقانون، فسلطان المحكمة في تغيير الوصف القانوني للفعل مستمد من حقها في تقدير الأدلة بكامل حريتها لاستيفاء ما تطمئن إلى صحته من الوقائع، دون أن تتقيد في ذلك برأي جهة الاتهام».^(٤)

(١) د / مطهر أنقع، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، ص ٢٠٣.

(٢) د / شكري الدقاق، مرجع سابق ص ١٦٩.

(٣) د / مطهر أنقع، مرجع سابق.

(٤) راجع الطعن رقم ٢٨ لسنة ١٤١٨هـ جلسة ١٩٩٩/٩/١م القواعد القضائية العدد الأول، الجزء الأول، قاعدة رقم ١٨ ص ٨٨. وأيضاً: الطعن رقم (٢٠٣٨٩) لسنة ١٤٢٤هـ، جلسة ٢١/١٢/٢٠٠٤م، القواعد القانونية والقضائية للفترة ٥/٦/٢٠٠٣م - ١٠/٣/٢٠٠٥م قاعدة رقم ٨٨، ص ٣٠٢.

الفرع الثاني

تكليف جريمة الاعتداء على العقار وفقاً للمادة (٣٢١) عقوبات

حيث إنه في الواقع العملي يتم تجريم الاعتداء على العقار وفقاً لنص المادة (٣٢١) عقوبات، تأثراً بتسمية وعنوان الفصل وهو الاعتداء على حرمة ملك الغير، بينما القانون يسمي الجريمة المنصوص عليها في المادة (٣٢١) بجريمة الإضرار بالمال. والتي نصت على أن: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة من هدم أو خرب أو أعدم أو أتلف عقاراً أو منقولاً أو نباتاً غير مملوك له أو جعله غير صالح للاستعمال أو أضربه أو عطله بأية كيفية...). وحيث إن هذا النص مصدره المادة (٣٦١) من قانون العقوبات المصري تحت عنوان: التخريب والتعيب والإتلاف في المواد من (٣٥٤ إلى ٣٦٨) بأكثر تفصيل ونص المادة (٣٦١) عقوبات مصري، هو (كل من خرب أو أتلف عمداً أموالاً ثابتة أو منقولة لا يملكها أو جعلها غير صالحة للاستعمال أو عطلها بأية طريقة يعاقب بالحبس...). أما بشأن تأويل البعض لتطبيق نص الإضرار في القانون اليمني هو أن اغتصاب العقار يعد تعطيل المنفعة على المالك، فإن ذلك القول بعيد كل البعد عن ظاهر ومراد المشرع من نص المادة (٣٢١) عقوبات، لأن القول بذلك يعني أن جميع جرائم الاعتداء على الملكية بقسميها الإثراء أو الإضرار تدخل ضمن هذا النص لأنها تشترك في أنها تؤدي إلى حرمان المجني عليه من الاستعمال والانتفاع بالمال ولو مؤقتاً هذا القول لا يمكن قبوله وذلك أن المادة (٣٢١) عقوبات، هي من جرائم الإضرار بينما جريمة اغتصاب العقار هي من جرائم الإثراء كما سبق وأن تم التمييز بين النوعين وأهمية ذلك فيرجع إليه.

وحيث إن جريمة الإضرار بالمال المؤتممة قانوناً بنص المادة (٣٢١) من قانون العقوبات إنما هي جريمة عمدية تتحقق بارتكاب الجاني لإحدى الصور التي تلحق الضرر بالمال من خلال أفعال التخريب والاتلاف، مؤدى ذلك أن تكون هذه الأفعال منصبية على المال ذاته ومؤدية إلى تعطيله بأي كيفية كانت، فلا يعد إتلافاً أو تعيباً استعمال شيء دون رضی مالكة ولكن على الوجه المعد له^(١) ذلك أن مناهج التجريم إنما هو حماية المال ومادته من كل اعتداء يحق به ويعطله من أداء مهامه^(٢) ومن ثم فإن التعطيل الوارد بالنص لا يتحقق إلا من خلال الأفعال الضارة التي سلطت على المال ذاته وجعلته غير قادر على ممارسة وظيفته، أما قيام المال بأداء وظيفته بواسطة من استولى عليه عنوة فليس تعطيلاً له بل تفويت لمنفعته على حائزه، ذلك أن التعطيل ما هو إلا توقف الشيء

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٤٩٨.

(٢) انظر جرائم الاتلاف واغتصاب الحياة، د/ عبدالحكم فوده، ص ٧٨.

عن القيام بوظيفته فترة مؤقتة فيقال عُطلت الغلات والمزارع إذا لم تعمر ولم تحرث (لسان العرب ج: ١١ ص ٤٥)، ومن هنا فلا يمكن أن ينصرف التعطيل إلى فعل الاستيلاء للمال والانتفاع به وإنمائه ولا يستساغ اعتبار عبارة: (بأية كيفية - جعله غير صالح للاستعمال) الواردة بالنص أساساً لإقحام هذا السلوك وتجريمه وذلك أن المشرع رمى من هذه العبارة تدارك ما عساه أن يفلت من صور وأفعال ضارة بالمال لم ترد في النص، وتتفق في الصفة والعلة المتحققة في الصور المنصوص عليها - القطع، القلع، التبوير، الإغراق، الكسر ونحوها - دون أن تحمل في طياتها حماية مصلحة أخرى غير منع الإضرار بالمال.

وبهذه الصورة وغيرها تتحقق النتيجة الإجرامية ألا وهي الإضرار بالمال أي تعيب الشيء على نحو يفقده قيمته الكلية أو الجزئية وبمعنى آخر إفناء لمادة الشيء أو على الأقل إحداث تغييرات عليها بحيث يكون غير صالح للاستعمال في الغرض المخصص له ومن ثمّ تضيع قيمته على المالك كنتيجة لاحقة.^(١)

لذا تعد الأفعال التي لا تحقق هذه النتيجة غير مجرمة في النص السابق، ولو انصبت على المال لعدم اعتدائها على المصلحة المرعية بمقتضى النص من حماية المال وصيانتها وعدم الإضرار به، سواءً كان منقولاً أو عقاراً ومن ثمّ لا يمكن بحال من الأحوال تجريم أفعال لا تمت لتلك المصلحة بصلة حتى وإن كان من تجريمها تحقيق مصلحة اجتماعية أخرى، وبالبناء على ما تقدم فالاستيلاء الذي يقصد به اغتصاب حيازة الشيء والتمكن منه بدون قهر، وكذلك الحلول فيه أي احتلاله بنزع الحيازة قهراً لا يعد بذاته منشئاً للجريمة الواردة في النص!؟ فالمشرع لا يقصد من نص المادة (٣٢١) عقوبات، إضفاء الحماية الجنائية للحيازة على العقار وتجريم الاعتداء عليها. ونتيجة لذلك قضى في واقعة اغتصاب حيازة العقار (انتهاك حرمة ملك الغير) بالبراءة لانتفاء الركن الشرعي.^(٢)

الفرع الثالث

تكليف جريمة الاعتداء على العقار وفقاً للمادة (٢٥٣) عقوبات

حيث إن الاعتداء على العقار لا بد من كفالة الحماية الجزائية له صيانة للسلام الاجتماعي الذي يكدره غصب شخص عقاراً يملكه غيره ويحوزه خاصة وأن ذلك يهدد بأعمال من العنف على الأشخاص أو الأشياء قد تقوض دعائم النظام الاجتماعي إذا

(١) د/ محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٤٩٣.

(٢) الحكم لتاريخ ٣٠/٦/٢٠٠٨م الصادر من محكمة شرق دمار الابتدائية القاضي / أحمد عبدالله الذبحاني.

لم تردع بحزم، لذلك نرى أن واقعة انتهاك حرمة ملك الغير تدخل ضمن المادة (٢٥٣) عقوبات، وللتدليل على ذلك ما ورد في قانون الإجراءات الجزائية عندما نص على جرائم الشكوى- المادة (٤/٢٧) «جرائم التخريب والتعيب وإتلاف الأموال الخاصة وقتل الحيوانات بدون مقتضى أو الحريق غير العمدي وانتهاك حرمة ملك الغير» فإنه يظهر أن التسمية الواردة في نص المادة (٤/٢٧) إ.ج، تتفق مع التسمية الواردة في قانون العقوبات المصري والذي يعد لا ريب من المصادر التاريخية التي استلهم منها المشرع اليمني كثيراً من أحكامه، ولعل عرض موقف قانون العقوبات المصري خير دليل لإزالة اللبس الحاصل لدى الكثير وإيضاح النص الواجب التطبيق على الواقعة في القانون اليمني.

فقد جاء الباب الثالث عشر من قانون العقوبات المصري المسمى بجرائم (التخريب والتعيب والإتلاف) وتضمن المواد (٣٦١ - ٣٦٨) والمتضمنة جرائم الإضرار بالمال والتي سبق بيانها في الفقرة السابقة بينما جاء الباب الرابع عشر من ذات القانون والمسمى بانتهاك حرمة ملك الغير في المواد (٣٦٩ - ٣٧٣) والمتضمنة جرائم اغتصاب العقار ونظراً لتعرض تلك النصوص لنقد من قبل الفقه نتيجة الإسهاب والتكرار فإن مشروع قانون العقوبات المصري جاء بتعديل تلك النصوص في المادة (١/٢٢٠) والتي تقابل نص المادة (٤٨٥) من مشروع تفنين العقوبات السوداني فنصت على: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالغرامة التي لا تتجاوز خمسين جنيهاً من دخل مكاناً مسكوناً أو معداً للسكن أو أحد ملحقاته أو معداً لحفظ المال أو عقاراً خلافاً لإرادة صاحب الشأن وفي غير الأحوال المبينة في القانون وكذلك من بقي فيه خلافاً لإرادة من له الحق في إخراجه أو وجد مختفياً عن أعين من له هذا الحق. وتكون العقوبة بالحبس مدة لا تزيد على سنتين إذا وقعت الجريمة ليلاً أو بواسطة العنف على الأشخاص أو الأشياء أو باستعمال السلاح أو من شخصين فأكثر أو بانتحال صفة عامة أو ادعاء القيام والتكليف بخدمة عامة أو الاتصاف بصفة كاذبة وإذا كان القصد من الدخول أو البقاء منع الحيازة بالقوة أو ارتكاب جريمة عد ذلك ظرفاً مشدداً).^(١)

ولما كان قانون العقوبات اليمني أخذ بذلك النص في المادة (٢٥٣) عقوبات، والتي نصت على: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة من دخل مكاناً مسكوناً أو معداً للسكن أو أحد ملحقاته أو أي محل معد لحفظ المال أو عقاراً خلافاً لإرادة صاحب الشأن وفي غير الأحوال المبينة في القانون وكذلك من بقي فيه خلافاً لإرادة من له الحق في إخراجه. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس سنوات أو الغرامة إذا

(١) د/ محمد إبراهيم زيد، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

وقعت الجريمة ليلاً بواسطة العنف على الأشخاص أو الأشياء أو باستعمال سلاح أو من شخصين فأكثر أو من موظف عام أو ممن ينتحل صفته).

ومن خلال المقارنة بين النصين نجد أن النص اليمني لم يشر إلى عنصر التشديد إذا كان بقصد اغتصاب الحياة، إلا أن ذلك لا يمنع من دخولها في النص ويكون التشديد في الحد الأدنى والأعلى بحسب القصد.

وكذلك نجد أن النص كان تحت عنوان انتهاك حرمة مسكن، وهذه التسمية قاصرة لأنها ذكرت الخاص وتركت العام وهو العقار المذكور في صلب النص كما أن وضع النص في المادة (٢٥٣) في الفصل المتعلق بجرائم الاعتداء على الحرية الشخصية سبب العزوف عن تطبيق النص على جرائم انتهاك حرمة ملك الغير، ولعل تفسير وضع النص في ذلك الباب يرجع إلى الأخذ بمسلك بعض التشريعات المقارنة في جرائم حرمة مسكن والتي غلبت قصد الاعتداء على الحرية الشخصية خاصة إذا كان ذلك من موظف عام إلا إن ذلك لا يمنع من تطبيق واقعة انتهاك حرمة ملك الغير وفقاً للمادة (٢٥٣) عقوبات، لأن عناصر الجريمة تؤخذ من النص أما العناوين ليست سوى مرشدة. إضافة إلى أن هناك صلة بين جرائم الأموال وجرائم الاعتداء على الأشخاص، فجرائم الاعتداء على المال تمس الشخص باعتبار أن الذمة المالية له وأن ثمة ارتباطاً بين الذمة والشخصية إذ لكل شخص ذمة. والذمة في الغالب لا تكون إلا للشخص. لذلك قيل إن جرائم الاعتداء على الأموال هي في حقيقتها جرائم اعتداء على الأشخاص في النهاية، ومن جهة أخرى فإن بعض الجرائم تمس حقين أو أكثر، بعضها لصيق بالشخصية وبعضها منتم إلى الذمة المالية، وأبرز مثال لذلك جريمة السرقة بعنف التي تمس الحق في سلامة البدن والحق في الملكية معاً، وهذه الجرائم يلحقها الشارع بأحد النوعين تبعاً لما سيستظهره من غلبة معنى الاعتداء على أحد الحقين^(١).

لذلك فإن المادة (٢٥٣) عقوبات تحمي الحياة بدليل ما تم بيانه من المصدر التاريخي لهذا النص وكذلك ما ورد في التعليمات العامة في المادة (٢٢٧) "وكذلك إذا قام نزاع حول حياة عقار، فيجب بحث ذلك لمعرفة مدى توفر أركان الجريمة المنصوص عليها في المادة (٢٥٣) من قانون الجرائم والعقوبات"، كما أنها تقتضي المصلحة حماية الحياة وهو ما أدى إلى تدخل المشرع لإسباغ الحماية المدنية أو الجزائية على كافة منازعات الحياة بهدف استقرار أوضاع المتنازعين وذلك لحماية الأمن العام، بالإضافة إلى تحديد دور النيابة العامة في حماية الحياة فالصالح العام يقتضي احترام الحالات

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

المستقرة وعدم التعرض لها بما يكدرها؛ لأن استعمال العنف ووسائل القوة ضد الحائز أمر يهدد السلام الاجتماعي والأمن العام ولذلك وجب تدخل المشرع لوقف أي عدوان حال على الحيازة حتى ولو كانت أعمال العنف صادرة من صاحب الحق نفسه .

فحماية الحيازة العقارية هي في الوقت ذاته حماية للسلام الاجتماعي إذ إن الاستهانة بها تنشئ أسباباً خطيرة للمنازعات والفوضى في المجتمع .

وحيازة العقار من الأركان الأساسية في الاقتصاد القومي للمجتمع وباستقرار المعاملات في العقارات يستقر الأمن في المجتمع وتتحقق المصلحة الاجتماعية والاقتصادية المنشودة، ويتم المحافظة على استقرار المراكز القانونية في المجتمع وهذا غاية ما يهدف إليه أي نظام في أي مجتمع .

خاتمة

يتبين من خلال الدراسة أن الفقه الجنائي مستقر على اعتبار جريمة اغتصاب العقار من جرائم الإثراء وليست من جرائم الإضرار، وحيث إن التسمية الواردة لواقعة اغتصاب العقار في القانون المصري هي «انتهاك حرمة ملك الغير» وهي ذات التسمية التي نص عليها قانون الإجراءات الجزائية اليمني عند بيان جرائم الشكوى - المادة (٤/٢٧) «جرائم التخريب والتعيب وإتلاف الأموال الخاصة وقتل الحيوانات بدون مقتضى أو الحريق غير العمدي وانتهاك حرمة ملك الغير» ومن هذا النص يتضح أن هناك تفرقة بين جرائم التخريب والإتلاف وبين جرائم انتهاك حرمة ملك الغير بينما في الواقع العملي يتم دمج تلك الجرائم في نص واحد وهو: المادة (٣٢١) عقوبات، كما أن اصطلاح «مملوكاً للغير» ورد في كافة التشريعات الجنائية المقارنة ومنها قانون العقوبات المصري، ومع ذلك لم يذهب أي من الفقه والقضاء الجنائي إلى أن محل الحماية الجنائية هو الملكية، بل إن الإجماع هو على حماية الحياة بشروطها القانونية، وما ذهب إليه البعض بأن نصوص قانون العقوبات اليمني تختلف عن النصوص الواردة في القانون المصري، فذلك القول على خلاف الواقع حيث نجد أن المادة (٣٢١) عقوبات يمني، بكافة أركانها وعناصرها وظروفها المشددة قد تضمنها قانون العقوبات المصري وكذلك مشروع التعديلات مع اختلاف يسير في الصياغة والإخراج غير مؤثر في أركان الجريمة وذلك في نصوص المواد (٣٦١-٣٦٨) عقوبات مصري، تحت عنوان: جرائم التخريب والإتلاف، والفصل التالي جاء تحت عنوان: جرائم انتهاك حرمة ملك الغير، كما نجد أن قانون العقوبات اليمني قد أخذ من النص الوارد في مشروع قانون العقوبات المصري.

لذلك انتهينا إلى ضرورة تكييف واقعة انتهاك حرمة ملك الغير وفقاً للمادة (٢٥٣) عقوبات، مع التأكيد على ضرورة وضع نص عقابي خاص بواقعة اغتصاب الحياة العقارية، يكون أكثر وضوحاً لعناصر وأركان الجريمة وهو ما نوصي به المشرع خاصة وأنه يتم مناقشة مشروع لتعديل قانون العقوبات الحالي.

المراجع

- (١) أصول قانون العقوبات القسم العام، د/ سمير عاليه، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، ط / الأولى، ١٩٩١م.
- (٢) بدائع الصنائع، في ترتيب الشرائع، تأليف: أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت: ٥٨٧هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط / الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- (٣) البهجة في شرح التحفة، (شرح تحفة الحكام)، تأليف: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي (ت: ١٢٥٨هـ)، تحقيق: ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط / الأولى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- (٤) تعدد القواعد وتعدد الجرائم، د/ شكري الدقاق، دار الجامعات المصرية، القاهرة - مصر، ١٩٩٠م.
- (٥) تكملة حاشية ابن عابدين، على الدر المختار، المسماة: قرّة عيون الأخيار، تأليف: محمد علاء نجل ابن عابدين، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة - مصر، (د. ط، ت).
- (٦) جرائم الإتلاف واغتصاب الحيازة، د/ عبدالحكم فوده، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، ط ١٩٩٢م.
- (٧) جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني، د/ محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، ط / الأولى، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- (٨) الجرائم والعقوبات، د/ حسني الجندي، دار التراث العربي للطباعة والنشر، القاهرة - مصر، ١٩٨٨م.
- (٩) حاشية ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، تأليف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٢٥٢هـ)، دار الفكر - بيروت - لبنان، ط / الثانية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.
- (١٠) حاشية الدسوقي، تأليف: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: ١٢٣٠هـ)، تحقيق: الدكتور عبد الحميد الهنداوي، المكتبة العصرية، صيدا - لبنان، ط / الأولى، ١٤٢٨هـ.
- (١١) الحماية الجنائية، د/ محمد السعيد وادي، جامعة المنصورة - كلية الحقوق، مصر، ١٩٩٩م.

- ١٢) الحماية الدستورية للحقوق والحريات، د/ أحمد فتحي السرور، دار الشروق، القاهرة- مصر، ط/ الثانية ٢٠٠٠م.
- ١٣) الحماية المدنية والجنائية لواضع اليد على العقار، د. عدلي أمير خالد، منشأة المعارف، القاهرة- مصر، ط/ ١٩٩٢م.
- ١٤) شرح الخرشي على مختصر خليل، مطبعة بولاق، القاهرة- مصر، ط/ الثانية، ١٣١٧هـ.
- ١٥) شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، د/ مطهر أنقع، المطبعة القضائية، صنعاء- اليمن، ط/ الخامسة، ٢٠٠٥م.
- ١٦) الغصب وآثاره في الشريعة الإسلامية والقانون (داسة مقارنة)، د/ يحيى محمد الجرافي، المطبعة القضائية، صنعاء- اليمن، ٢٠٠٦م.
- ١٧) قانون العقوبات المقارن- القسم الخاص، د/ محمد إبراهيم زيد، منشأة المعارف، الاسكندرية- مصر، ١٩٧٤م.
- ١٨) القواعد القانونية والقضائية للفترة ٢٠٠٣/٦/٥ - ٢٠٠٥/٣/١٠م، المحكمة العليا اليمنية.
- ١٩) القواعد القضائية العدد الأول، الجزء الأول، المحكمة العليا اليمنية.
- ٢٠) نظرية الدعوى بين الشرعية الإسلامية وقانون المرافعات، د/ محمد نعيم ياسين، دار عالم الكتب، الرياض- السعودية، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م.
- ٢١) الوسيط في شرح القانون المدني، د/ عبدالرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، ١٩٦٧م.



البحوث والأبحاث القضائية والقانونية

التنازل عن الخصومة القضائية المدنية في قانون المرافعات اليمني (دراسة مقارنة)

الدكتور/ علي محمد صغير القليسي

أستاذ قانون المرافعات المساعد

كلية العلوم الإدارية والإنسانية بجامعة المحويت

مجلة
البحوث والأبحاث
القضائية والقانونية

المخلص:

المدعي هو الذي أقام الخصومة وتحمل نفقاتها، فهو صاحب المصلحة الأولى في بقائها والحكم في موضوعها، ولكن قد يطرأ للمدعي بعد رفع الدعوى ما يجعل له مصلحة في النزول عنها، والتضحية بما تم اتخاذه من إجراءات دون انتظار حكم في موضوعها، ولذلك فإنه من المقرر أن يتم التنازل عن الخصومة وينتج آثاره المحددة في القانون إذا توافر مقتضياته، فللمدعي أو المستأنف أن يعبر عن إرادته بالتنازل عنها، بإحدى الطرق المحددة قانوناً في أي وقت، وفي أية حالة كانت عليها الإجراءات إلى ما قبل صدور الحكم المنهي للنزاع متى توافرت له مصلحة في التنازل، فإذا ما تأكدت المحكمة من توافر الشروط اللازمة في كل من التنازل وقبوله تصدر قرارها بانتهاء الخصومة بالتنازل، فيتربط على ذلك أن تزول الخصومة بكل إجراءاتها وآثارها بما فيها عريضة الدعوى دون أن يؤثر على الحق المرفوع به الدعوى، بذلك تنقضي الخصومة القضائية انقضاء إجرائياً من غير حكم في موضوعها، ولا يمنع من رفع الدعوى من جديد ما لم يكن الحق قد انقضى بالتقادم.

الكلمات المفتاحية: التنازل، الخصومة القضائية، المدعي، المدعى عليه.

المقدمة:

تعد الخصومة القضائية ظاهرة قانونية تشمل مجموع الأعمال الإجرائية التي رسمها القانون فهي وحدة فنية تتميز بالحركة نحو الغاية المطلوبة لتحقيق الحماية المبتغاة للحق محل النزاع فهي عمل قانوني تتابعي يتكون من عدة إجراءات، يعد كل إجراء من إجراءاتها عملاً قائماً بذاته تبدأ بالمطالبة وتنتهي بالحكم في موضوعها، فالحكم في الموضوع هو الغاية النهائية والنتيجة الطبيعية لإجراءات الخصومة، لكن قد يطرأ للمدعي بعد رفع الدعوى ما يجعل له مصلحة في النزول عنها، والتضحية بما تم اتخاذه من إجراءات دون انتظار حكم في موضوعها، فالمدعي لا يلتزم بالمضي في الدعوى التي رفعها، ولا تملك المحكمة - مهما كانت مصلحة العدالة - إلزامه بذلك وهذا أثر من آثار الصفة الخاصة للدعوى المدنية، أو مظهر لسلطان إرادة الخصوم في مجال الخصومة، فالخصومة تبدأ بناء على إرادة المدعي، ولذا يجيز له القانون أن ينهيها بإرادته. فالمبدأ في القوانين محل المقارنة أن الخصومة المدنية ملك الخصوم، فلهم الحق في التنازل عنها وتركها أو الاستمرار فيها، لذا نظمت القوانين قواعد خاصة لانقضاء الخصومة المدنية بإرادة الخصوم في قوانين المرافعات، وإذا كان المدعي له دور أساسي في تسيير الخصومة فيمكن له طلب انقضائها بالتنازل (الترك).

أهمية موضوع الدراسة:

يحتل التنازل عن الخصومة جانباً مهماً من الناحية العملية؛ بما يتضمنه من شروط معينة لصحته، وله عديد من الآثار من الناحية العملية، لذلك فقد نظمت القوانين محل المقارنة في نصوصها، لأنها تهتم ببيان كيف تنشأ الحقوق وكيف ينتفع بها وكيف تنقضي، ومن أهم أسباب انقضاء الحقوق الموضوعية أو الإجرائية التنازل عنها.

ثانياً: أهداف الدراسة:

تتمثل أهم أهداف الدراسة في الآتي:

1. بيان مفهوم وطبيعة التنازل عن الخصومة القضائية المدنية كسبب من أسباب الانقضاء الإجرائي للخصومة المدنية وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له.
2. تحديد شروط وإجراءات التنازل عن الخصومة القضائية المدنية.
3. بيان الآثار المترتبة على التنازل عن الخصومة المدنية.

٤. معرفة موقف المقنن اليمني من التنازل عن الخصومة القضائية.

ثالثاً: منهجية البحث:

اتبع الباحث المنهج الوصفي مستعيناً بالمنهج الاستقرائي في تحليل نصوص قانون المرافعات اليمني الخاصة بالتنازل عن الخصومة القضائية المدنية قبل الحكم في موضوعها ومقارنتها ببعض قوانين الدول العربية كالقانون المصري واللبناني والكويتي كل ما دعت الحاجة إلى ذلك.

رابعاً: خطة الدراسة:

لدراسة موضوع: (التنازل عن الخصومة القضائية المدنية في قانون المرافعات اليمني - دراسة مقارنة) ارتأينا الخطة التالية:

المبحث الأول: مفهوم التنازل عن الخصومة.

المطلب الأول: تعريف التنازل عن الخصومة وطبيعته.

المطلب الثاني: تمييز التنازل عن الخصومة عن غيره.

المبحث الثاني: شروط التنازل عن الخصومة وآثاره.

المطلب الأول: شروط التنازل عن الخصومة.

المطلب الثاني: آثار التنازل عن الخصومة.

المبحث الأول مفهوم التنازل عن الخصومة

تقسيم:

للقوف على مفهوم التنازل عن الخصومة يتعين تعريفه وبيان الحكمة منه وتحديد المجال الذي يمكن أن ينطبق فيه وبيان طبيعته القانونية وتمييزه عن غيره وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف التنازل عن الخصومة والحكمة منه والمجال الذي ينطبق فيه وطبيعته

١- تعريف التنازل عن الخصومة:

هو تنازل المدعي عن الخصومة التي أنشأها، وإعلان إرادته في إنهاء إجراءاتها، دون صدور حكم في موضوعها، وذلك بالشكل والشروط التي يتطلبها القانون^(١). فالتنازل عن المحاكمة أو الخصومة، يعد من طوارئ المحاكمة، فهو من المسائل التي تعرض في أثناء المحاكمة وتؤثر في سيرها فتحدد بها عن وضعها الطبيعي^(٢).

٢- الحكمة من تقرير التنازل عن الخصومة:

المدعي هو الذي أقام الخصومة وتحمل نفقاتها، فهو صاحب المصلحة الأولى في بقائها والحكم في موضوعها، ولكن قد يطرأ للمدعي بعد رفع الدعوى ما يجعل له مصلحة في النزول عنها^(٣)، ويحدث ذلك إذا اكتشف المدعي - بعد رفع الدعوى - أنه رفعها بإجراءات معيبة، كما لو رفعها بعريضة مشوبة بالبطلان، لنقص في بياناتها الجوهرية،

(١) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ٢٠٠١م، ص٦٧٦، وسعد، إبراهيم نجيب، (١٩٨٠م): القانون القضائي الخاص، ج٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص١٧٤، والشرعبي، سعيد خالد، الموجز في (٢٠٠٥م): أصول قانون القضاء المدني، مركز ومكتبة الصادق، صنعاء، ص٥٠٦، والشرفي، إبراهيم، الوجيز في شرح (٢٠٢١م): قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، ص٣١٥، وهاشم، محمود، قانون القضاء المدني، ج٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣م، ص٣٣٩، ووالي، فتحي، (٢٠٠٨م): الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، ص٥٣٨، ومحمود، سيد أحمد، (٢٠٠٨م) التقاضي بقضية وبدون قضية، دار الفكر والقانون، المنصورة، ص٣٨٧.

(٢) انظر: النمر، أمينة مصطفى، (١٩٨٨م): أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، مصر، ص٢٧٥.

(٣) سيف، رمزي، (١٩٧٤م): قانون المرافعات الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، الكويت، ص٣٠٦.

وفي هذه الحالة تبدو مصلحة المدعي في التنازل عن الخصومة وإعادة رفعها بإجراءات صحيحة خوفاً من الحكم ببطلانها أو بطلان الحكم الصادر بناء عليها، خاصة إذا لم يحضر خصمه أمام محكمة الدرجة الأولى وتمسك بالبطلان في عريضة الطعن أمام محكمة الدرجة الثانية، فقد تقضي المحكمة بالبطلان بعد أن يكون المدعي قد انفق الوقت والجهد والمصروفات أمام محكمة الدرجة الأولى^(١). كذلك قد يكون حق المدعي معلقاً على شرط أو مؤجلاً ويقوم المدعي برفع دعوى المطالبة به قبل حلول الأجل أو قبل تحقق الشرط، أي في وقت كان حقه فيه غير صالح للمطالبة به أمام القضاء ففي هذه الحالة يفضل المدعي التنازل عن الخصومة لحين تحقق الشرط أو حلول الأجل بدلاً من أن تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى، توفيراً للوقت والمصروفات. كما قد يتسرع المدعي ويرفع دعواه دون أن يجهز أدلته فيتركها ليحدد المطالبة بها بعد أن يستكمل أدلته، فهذا خير له من السير فيها والحكم في موضوعها برفضها فيمتنع عليه تجديد المطالبة بحقه^(٢).

٣- مجال التنازل عن الخصومة:

القاعدة التقليدية المقررة في هذا الصدد هي جواز ترك كافة الدعاوى المقدمة أمام القضاء المدني، أياً كان موضوعها، ولم يرد في نصوص قانون المرافعات المتعلقة بالترك أي قيد في هذا الصدد، ولأن النص الذي قرر الترك جاء بصيغة عامة غير مقيدة، لذا يجوز التنازل عن الخصومات المدنية قبل الحكم فيها طالما لم يتعلق بالدعوى حق للغير، بل يجوز ترك الخصومات ولو تعلقت الدعوى بأمر من النظام العام^(٣)، سواء كان موضوعها مدنياً أو تجارياً أو عمالياً أو إحدى مسائل الأحوال الشخصية، نظراً لأن إقامة هذه الدعوى أمام المحاكم بإرادة المدعي لا تسلبه الحق في النزول عنها إذا رأى ذلك^(٤). مع ملاحظة أنه

- (١) أبو الوفا، أحمد، (١٩٨٠م): نظرية الدفوع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٦، ص ٦٧٢، والحجار، حلمي محمد، (٢٠٠٦م): الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي، بيروت، ج ٢، ط ٥، ص ١٦١.
- (٢) هندي، أحمد، قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٤٣١، والحجار، حلمي محمد، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ١٦١، والنمر، أمينة مصطفى، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٢٧٦.
- (٣) النمر، أمينة مصطفى، (١٩٩٠م): الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ٤٦٧، وهندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٣٢، والجبلي، نجيب، (٢٠٠٨م): قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، ط ١، ص ٥٥٩.
- (٤) عكس ذلك، عبد العزيز، محمد كمال، يرى أنه لا يرد التنازل على الدعاوى التي يتعلق موضوعها بالنظام العام، وكذلك لا يجوز قبول التنازل إلا بناء على تنازل العامل عن حقوقه المقررة في القانون لأنه تنازل باطل، (١٩٧٨م): تقنين المرافعات، مكتبة وهبة، القاهرة، ط ٢، ص ٣٠٧، وعدم جواز التنازل إذا كانت الدعوى تمس حالة قانونية واقتضت المصلحة العامة تجلية الامر في شأنها كدعوى إشهار الإفلاس، انظر: أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص ٧٠٠.

ليس للنيابة العامة أن تتنازل عن الدعاوى التي ترفعها إذا تعلق بالنيابة العامة^(١)، لأنها لا تطالب بحماية قانونية لها حتى تتنازل عن طلبها وإنما هي تطالب بالحماية القانونية للمجتمع باعتبارها ممثلة له وحريصة على مصالحه، وهذا الاعتبار لا يجعل لها التنازل عن الخصومة^(٢). كذلك أتاح القانون التنازل عن الخصومة في أية حالة تكون عليها وأمام جميع المحاكم، والتنازل عن الاستئناف يجعل الحكم الابتدائي نهائياً (المادة/٢١٣) مرافعات يمني، كما يجوز التنازل أمام المحكمة العليا، غير أنه مرتبط بميعاد الطعن فلا يستطيع أن يجدها مرة أخرى^(٣). وهو ما نص عليه المقنن اللبناني صراحة في (المادة/٥١٨) أصول محاكمات مدنية أنه: «يجوز للمدعي أن يتنازل عن المحاكمة في أية حالة كانت عليها». فالقانون اللبناني يعطي للمدعي مكنة التنازل عن الخصومة في أي وقت وفي أية حالة كانت عليها الخصومة^(٤). ولا يوجد نص مماثل يعالج تلك الحالة في كل من قانون المرافعات اليمني والمصري والكويتي.

٤- الطبيعة القانونية للتنازل عن الخصومة:

اختلفت آراء الفقه حول تحديد التكييف القانوني للتنازل عن الخصومة، على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: يرى أن التنازل عن الخصومة (الترك) بمثابة اتفاق إجرائي بين طرفي الخصومة، يؤدي إلى إنهاء الخصومة ويتم ذلك بإيجاب من جانب المدعي بالتنازل عن الخصومة، وقبول لهذا الإيجاب من جانب المدعى عليه، ومتى اقترن الإيجاب مع القبول وتطابقت إرادتا الطرفين على الترك حكم به القاضي^(٥).

(١) يجوز للنيابة العامة باعتبارها ممثلة للمصالح العام أن تقيم بعض الدعاوى، كدعوى شهر إفلاس التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه وفقاً للمادة (٥٧٢) من القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م وتعديلاته، والمادة (٥٥٢) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، و(المادة/٥٥٧) من قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م، التي تنص على أنه: «يشهر إفلاس التاجر بناء على طلبه أو طلب الدائنين أو النيابة. ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر الإفلاس من تلقاء ذاتها».

(٢) هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٣٢، والنمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٦٧.

(٣) الشرعي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٥٠٦، والشرفي، إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣١٧، والجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٥٩، والعري، صادق، الوجيز في أصول قانون المرافعات اليمني، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط ٣، ص ٣٤٣، والقعيطي، علي، (٢٠٢٢م): الوجيز في شرح قانون المرافعات اليمني، الجيل الجديد، صنعاء، ٢٠٢٢م، ص ١٨٨.

(٤) هندي، أحمد، (١٩٨٩): أصول المحاكمات المدنية، لبنان، ص ٣٠٤، والنمر، أمينة، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٢٧٨.

(٥) والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٤١، وأبو الوفا، أحمد، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص ٦٨٤.

الاتجاه الثاني: يرى أن التنازل عن الخصومة (الترك) تصرف قانوني إجرائي بإرادة منفردة، وهي إرادة المدعي، أما قبول المدعى عليه، فإنه تصرف قانوني آخريختلف في مضمونه عن تصرف المدعي. فالغرض منه ليس قبول تنازل المدعي عن مركزه في الخصومة، وإنما مضمونه هو تنازل المدعى عليه عن مركزه الذاتي في الخصومة، وعن حقه في التمسك بالسير فيها. ولكن القانون يجعله شرطاً للترك أحياناً، ولذا لا يتم التصرف الأول وهو الترك، ويصبح ملزماً ومنتجاً لآثاره إلا بالقبول، أما قبل ذلك فيجوز للمدعي الرجوع فيه^(١).

الاتجاه الثالث: ويتخذ هذا الاتجاه موقفاً وسطاً بين الرأيين السابقين، إذ يرى أن طبيعة الترك تختلف باختلاف مركز المدعى عليه في الخصومة، ومدى حقه في الاعتراض فحيث يتوافر هذا الحق، اعتبر التنازل عن الخصومة بمثابة عقد، أما إذا لم تنعقد الخصومة بمعنى الكلمة، بأن لم يتخذ المدعي أي نشاط إجرائي بقصد السير فيها، فإن إرادة المدعي تكفي بمفردها لترتيب آثار الترك^(٢).

الاتجاه الرابع: يرى هذا الاتجاه - وهو ما نرجحه - أن التنازل عن الخصومة هو تصرف إجرائي من جانب واحد هو المدعي يقدمه لتحقيق مصلحة معينة خاصة به، فإذا لم يقابله مصلحة للمدعى عليه فإنه يحق له التنازل بدون موافقته، أما إذا صادف قبولاً لدى المدعى عليه فإن معنى ذلك ليس توافق إرادات بقدر ما هو توافق مصالح، فإذا حدث تعارض بين الطرفين فإن القضاء يفصل بينهما على أساس المصلحة الأولى بالرعاية، باعتبار أن المصلحة هي المبدأ الحاكم للخصومة، وهذه هي إحدى السمات الخاصة بالقوانين الإجرائية^(٣).

المطلب الثاني

تمييز التنازل عن الخصومة عن غيره في الأنظمة القانونية المشابهة

توجد بعض الأفكار التي تختلط بالتنازل عن الخصومة، ولذا يلزم لتمييز التنازل عن الخصومة التفرقة بينه وبين غيره من صور التنازل التي يمكن أن تحدث أمام القضاء، ومن ذلك التنازل عن الحق في الدعوى، والتنازل عن إجراء من إجراءات الخصومة، والتنازل عن الحكم، وستتناول ذلك على النحو الآتي:

- (١) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٧٧، وهاشم، محمود، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٣٤٠، والنيدي، الأنصاري حسن، (١٩٩٦م): مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه قدمت لكلية الحقوق بجامعة المنوفية، ص ٢٨٦.
- (٢) انظر: سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٧٦، والمراجع المشار إليها.
- (٣) بركات، علي، (٢٠٠٩م): التنظيم القانوني لترك الخصومة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٩.

أولاً: التمييز بين التنازل عن الخصومة وبين التنازل عن إجراء من إجراءاتها^(١)؛

تنص (المادة/٢١١) مرافعات يمني على أنه: «إذا تنازل الخصم عن أية ورقة من أوراق المرافعات أو إجراء من إجراءات الخصومة اعتبرت الورقة أو الإجراء كأن لم يكن». وتقابلها (المادة/١٤٤) مرافعات مصري^(٢)، و(المادة/١٠٠) مرافعات كويتي^(٣)، و(المادة/٥٢٥) أصول محاكمات مدنية لبناني^(٤).

توجد أوجه شبه وأوجه اختلاف بين التنازل عن الخصومة (الترك) والتنازل عن إجراء من إجراءات الخصومة وهو ما نتناوله فيما يلي:

أ- أوجه الشبه بين التنازل عن الخصومة وبين التنازل عن أحد إجراءاتها ومن أبرزها:

١. يتفق كل من التنازل عن الخصومة والتنازل عن أحد إجراءاتها بأن كل من ذلك التنازل يؤدي إلى زوالهما مما قد يؤدي إلى زوال الإجراءات التي تعتمد عليهما.
٢. يتفق كل منهما بأن المتنازل (الترك) في كلتا الحالتين يلتزم بالنفقات والمصاريف القضائية باعتبار أنه تسبب في هذه النفقات فضلاً عما يشتمل نزوله من اعتراف ضمني بالخطأ في اتخاذ هذا الإجراء^(٥).

٣. يقع كل منهما ويرتب أثره بمجرد التصريح به، وليس من الضروري أن يصدر القاضي قراراً يثبت فيه التنازل عن الخصومة أو التنازل عن أحد إجراءاتها^(٦).

ب- أوجه الاختلاف بين التنازل عن الخصومة والتنازل عن إجراء من إجراءاتها أبرزها:

١. لا يكون التنازل عن الخصومة إلا بإحدى الطرق التي عدتها (المادة/٢١٠)

(١) والي، فتحي، مبادئ قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٧٥م، ص٥٢٩، ومليجي، أحمد، التعليق على قانون المرافعات، ج٣، ط٣، ٢٠٠٢م، ص٤٦٩، وسعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج٢، مرجع سابق، ١٨٤، ورفاعي، محمد السيد، (٢٠١٠م): التنازل عن الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة الزقازيق، ص٤٠١.

(٢) والتي تنص على أنه: «إذا نزل الخصم مع قيام الخصومة عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعات صراحة أو ضمناً اعتبر الإجراء أو الورقة كأن لم تكن».

(٣) والتي تنص على أنه: «إذا نزل الخصم، مع قيام الخصومة- عن إجراء أو ورقة من أوراق المرافعات صراحة أو ضمناً اعتبر الإجراء أو الورقة كأن لم تكن».

(٤) والتي تنص على أنه: «إذا اقتصر التنازل على إجراء معين أو ورقة من أوراق المحاكمة فلا تشترط لاكتماله موافقة الخصم الآخر ما لم تتوافر له مصلحة مشروعة في هذا الإجراء أو هذه الورقة».

(٥) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص١٨٥.

(٦) بركات، علي، النظام القانوني لترك الخصومة، مرجع سابق، ص٤١.

مرافعات يمني^(١)، وتقابلها (المادة/١٤١) مرافعات مصري^(٢)، و(المادة/٩٩) مرافعات كويتي^(٣)، في حين لم يستلزم القانون أن يتم التنازل عن إجراء من إجراءاتها بهذه الطرق، ومن ثم يكون هذا التنازل صريحاً أو ضمناً كما لو اتخذ الخصم إجراء يتعارض مع الإجراء الأول^(٤).

٢. التنازل عن الخصومة لا يكون إلا من المدعي أو من في حكمه أما التنازل عن أحد إجراءاتها فيمكن أن يكون من المدعي أو من المدعى عليه^(٥).

٣. التنازل عن الخصومة (الترك) لا يكون إلا بتوكيل خاص من الخصم وفقاً (للمادة/١٢٠) مرافعات يمني^(٦) وتقابلها وتطابقها (المادة/٧٦) مرافعات مصري، و(المادة/٥٧) مرافعات كويتي، (المادة/٣٨١) أصول محاكمات مدنية لبناني، في حين أنه يمكن أن يتم التنازل عن إجراء من إجراءاتها دون توكيل خاص^(٧).

٤. لا يتم التنازل عن الخصومة (الترك) - كقاعدة - إلا بقبول المدعى عليه في حين أن النزول عن الإجراء لا يحتاج - كقاعدة - قبول الخصم الآخر لتمامه ما لم يتعلق الإجراء أو الورقة المتنازل عنها بمصلحة مشروعة للخصم الآخر^(٨).

(١) والتي تنص على أنه: «يجوز للمدعي التنازل عن الخصومة في أية حالة تكون عليها الخصومة بإحدى الطرق الآتية: ١- أن يعلن خصمه بالتنازل قبل الجلسة المحددة طبقاً لما هو مبين في باب الإعلان ٢- أن يقرر ذلك في الجلسة في مواجهة خصمه ويثبت ذلك في محضرها ٣- أن يبدئه في بيان صريح في مذكرة موقعة منه أو من وكيله المأذون له بذلك ويطلع خصمه عليه».

(٢) والتي تنص على أنه: «يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع إطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفويّاً في الجلسة وإثباته في المحضر».

(٣) والتي تنص على أنه: «يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع إطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفويّاً في الجلسة وإثباته في المحضر».

(٤) أبو الوفا، أحمد، المرافعات، دار المعارف، مصر، ط١٠، ١٩٧٠م، ص ٦٥٢، ورمزي سيف، قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص ٣١٠.

(٥) هاشم، محمود، قانون القضاء المدني، ج٢، مرجع سابق، ص ٣٤٤، وهندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣٠٨، والحجار، حلمي محمد، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(٦) والتي تنص على أنه: «لا يصح لغير الوكيل المفوض بتفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به أو التنازل عنه أو الصلح أو التحكيم فيه أو قبول اليمين أو توجيهها أو ردها أو التنازل عن الخصومة أو عن الحكم أو عن الطعن فيه...».

(٧) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج٢، مرجع سابق، ص ١٨٤، وراغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، ص ٦٨١.

(٨) النمر، أمينة مصطفى، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٩٥، وصاوي، أحمد السيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٧٥٦، والشرعبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٥٠٨.

٥. يترتب على التنازل عن الخصومة زوال الخصومة وإلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك إجراء رفع الدعوى وفقاً (للمادة/٢١١) مرافعات يماني^(١) وتقابلها (المادة/١٤٣) مرافعات مصري، و(المادة/١٠١) مرافعات كويتي، و(المادة/٥٢٢) أصول محاكمات مدنية لبناني، في حين أن النزول عن الإجراء يؤدي فقط إلى اعتبار هذا الإجراء كأن لم يكن دون أن يمس الخصومة ذاتها^(٢).

ثانياً: التمييز بين التنازل عن الحق في الدعوى والتنازل عن الخصومة (الترك):

سبقت الإشارة بأن التنازل عن الخصومة (الترك) هو تنازل المدعي عن الخصومة التي أنشأها، وإعلان إرادته في إنهاء كافة إجراءاتها، دون صدور حكم في موضوعها، وذلك بالشكل والشروط التي يتطلبها القانون، في حين أن التنازل عن الحق في الدعوى هو تنازل المدعي عن حقه في الدعوى التي تحمي الحق محل النزاع بحيث لا يجوز رفع هذه الدعوى من جديد^(٣). لذلك توجد بعض أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين التنازل عن الحق في الدعوى والتنازل عن الخصومة وتتناول كلاً منهما على النحو التالي:

- أ- يوجد بين التنازل عن الحق في الدعوى والتنازل عن الخصومة أوجه شبه عديدة ومنها:
١. كل منهما يؤدي إلى انقضاء الخصومة وإن كان انقضاء الخصومة هو أثر مباشر للتنازل (ترك) الخصومة، وهو أثر غير مباشر للتنازل عن الحق في الدعوى^(٤).
 ٢. ليس من الضروري أن يصدر القاضي قراراً يثبت فيه تنازل المدعي عن دعواه أو تنازله عن الخصومة، فالتنازل عن الدعوى أو الخصومة ينتج أثره من تاريخ صدور التعبير عنه من المدعي أو القبول من المدعى عليه في الحالات التي يحتاج الأمر إلى قبول المدعى عليه للتنازل عن حق الدعوى أو التنازل عن الخصومة (الترك) لكي ينتج أثره^(٥).

(١) والتي تنص على أنه: «يترتب على التنازل إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك إجراء رفع الدعوى ويستثنى من ذلك أثر مرور الزمن على سماعها ويحكم على المتنازل بالنفقات والتعويضات اللازمة للمدعي عليه إذا طلبها وإذا تنازل الخصم عن أية ورقة من أوراق المرافعات أو إجراء من إجراءات الخصومة اعتبرت الورقة أو الإجراء كأن لم يكن».

(٢) مليجي، أحمد، التعليق، ج ٣، مرجع سابق، ص ٤٧٠، والجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٦٢، والحجار، حلمي محمد، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(٣) رفاعي، محمد السيد، الرسالة السابقة، ص ٣٩٩.

(٤) النيداني، الأنصاري حسن، (٢٠٠٩م): التنازل عن الحق في الدعوى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٢٢.

(٥) رفاعي، محمد السيد، الرسالة السابقة، ص ٣٩٩.

٣. أن المحكمة لا تستنفد ولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى إذا قضت بإثبات تنازل المدعي عن الخصومة أو بإثبات تنازله عن حقه في الدعوى، فإذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء هذا الحكم فإنه يتعين عليها في هذه الحالة أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها اعتباراً بأن مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية للنظام القضائي ويكون حكم محكمة الاستئناف باطلاً إن هي تصدت للموضوع وترتب على تصديها الإخلال بالمبدأ ولا يزيل هذا البطلان عدم التمسك أمامها بإعادة القضية إلى محكمة أول درجة^(١).

ب - أوجه الاختلاف بين التنازل عن الحق في الدعوى والتنازل عن الخصومة (الترك) ومنها^(٢):

١. أن أثر التنازل عن الحق في الدعوى لا يقتصر على إنهاء إجراءات الخصومة، بل يؤدي إلى انقضاء الحق في الدعوى^(٣) أيضاً بخلاف التنازل عن الخصومة الذي يقتصر أثره على إنهاء الإجراءات ولا يؤثر في الحق الموضوعي أو الحق في الدعوى^(٤)، ولذلك فإن التنازل عن الخصومة لا يحول دون إعادة رفع الدعوى من جديد للمطالبة بذات الحق، أما التنازل عن الحق في الدعوى فإنه يحول دون رفع دعوى جديدة للمطالبة بذات الحق ما لم يكن لهذا الحق دعوى أخرى تحميه^(٥).

٢. يكفي بالنسبة للنزول عن الخصومة الأهلية الإجرائية^(٦)، أما النزول عن حق

- (١) النيداني، الأنصاري حسن، التنازل عن الحق في الدعوى، مرجع سابق، ص ٢٣.
- (٢) والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٤٤، ومليجي، أحمد، التعليق، ج ٣، مرجع سابق، ص ٤٦٩، وعبد العزيز، محمد كمال، تقنين المرافعات، مرجع سابق، ٣٠٨، ورفاعي، محمد السيد، الرسالة السابقة، ص ٣٩٩.
- (٣) لمزيد من التفصيل في آثار التنازل عن الحق في الدعوى، راجع: النيداني، الأنصاري حسن، التنازل عن الحق في الدعوى، مرجع سابق، ص ٢٠٠ وما بعدها.
- (٤) لمزيد من التفصيل في آثار التنازل عن الخصومة راجع بركات، علي، النظام القانوني لترك الخصومة، مرجع سابق، ص ١٩٦ وما بعدها.
- (٥) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٤٤، و والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٤٤، وأبو يونس، محمد باهي، انقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ٧٦.
- (٦) يقصد بالأهلية الإجرائية: صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال الإجرائية، وتعتبر هذه الأهلية مفترضة لصحة العمل الإجرائي بحيث يكون باطلاً إذا اتخذ ممن لا تتوافر فيه هذه الأهلية، وهي تعبير عن أهلية الأداء في المجال الإجرائي، راجع: هاشم، محمود، قانون القضاء المدني، ج ٢، مرجع سابق، ص ٢٢٦، ويطلق بعض الفقه على الأهلية الإجرائية تعبير «أهلية التقاضي» للمزيد من التفصيل راجع: راغب، وجدي، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، بحث قدم لمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، العدد (١) لسنة ١٨، ١٩٧٦م، ص ١٣٧ وما بعدها، وسعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ١، مرجع سابق، ص ٥٥٤، و والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٣٠٢. يعبر عنها في القانونين

الدعوى فتشترط فيه أهلية التصرف^(١).

٣. لا يتم النزول عن الخصومة (الترك) - كقاعدة - إلا بقبول المدعى عليه، أما النزول عن حق الدعوى، فلا حاجة فيه لقبول المدعى عليه، ذلك أنه يتم لمحض محصلة هذا الأخير^(٢).

٤. التنازل عن الحق في الدعوى^(٣) يعتبر تصرفاً قانونياً يخضع للقانون المدني ويمكن أن يتم قبل نشأة الخصومة أو بعد قيامها أمام القضاء أو داخل مجلس القضاء أو خارجه، ولذلك يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للتصرفات القانونية، أما التنازل عن الخصومة فيعد عملاً إجرائياً لأنه لا يتم إلا داخل خصومة، ولذلك يخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال الإجرائية^(٤).

٥. التنازل عن الخصومة (الترك) يكون منصباً على الخصومة برمتها ولذا فإنه لا يتم بمجرد التصريح به طالما أنه لا يتضمن إسقاطاً لأصل الحق المرفوع به الدعوى أو مساساً به، فيجوز للمتنازل عن الخصومة أن يرجع عن طلب التنازل صراحة أو ضمناً ما دام خصمه لم يقبله^(٥). أما التنازل عن حق الدعوى فإنه يتم بمجرد التصريح به من جانب المتنازل، ولا يجوز له الرجوع عن التنازل ولو لم يصدر قبول من الطرف الآخر^(٦).

(١) (اليمني والليباني) في بعض النصوص بـ (أهلية التقاضي) في (المادتين/٢٠٧، ٢٠٩) مرافعات يميني، و(المادتين/٥٠٥، ٥٠٨) أصول محاكمات مدنية لبناني، أما في القانونين (المصري والكويتي) فيعبر عنها بـ (أهلية الخصومة) و(المواد/١٣٠، ١٣١، ١٣٣) مرافعات مصري، و(المواد/٩١، ٩٣، ٩٤) مرافعات كويتي. (٢) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٨٢، والشريبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٤٩٦، ومليجي، أحمد، التعليق، ج ٣، مرجع سابق، ص ٤٧٠.

(٣) أبو يونس، محمد باهي، مرجع سابق، ص ٧٦، وعبد العزيز، محمد كمال، مرجع سابق، ص ٣٠٩.

(٤) مليجي، أحمد، التعليق، ج ٣، مرجع سابق، ص ٤٧١.

(٥) والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٤٤، والنيداني، الأنصاري حسن، التنازل عن الحق في الدعوى، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٦) رفاعي، محمد السيد، الرسالة السابقة، ص ٤٠٠، ٤٠١، والنيداني، الأنصاري حسن، التنازل عن الحق في الدعوى، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٦) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية على أنه: «إذا كان الطاعن قد قرر في عقد الصلح نزوله عن الطعن بعد أن كان ميعاد الطعن بالنقض في الحكم المطعون فيه قد انقضى وقت إقراره بهذا النزول، ولما كان الطاعن قد أقام دعوى بطلب فسخ عقد الصلح فإن النزول عن الطعن - أو ترك الخصومة فيه حسب قانون المرافعات - متى حصل بعد انقضاء ميعاد الطعن فإنه يتضمن بالضرورة نزولاً من الطاعن عن حقه في الطعن، وإذا كان النزول عن الحق في الطعن يتم وتحقق آثاره بمجرد حصوله بغير حاجة إلى قبول الخصم الآخر، ولا يملك المتنازل أن يعود فيما أسقط حقه فيه، فإن ترك الخصومة بعد فوات ميعاد الطعن لا يجوز الرجوع فيه، اعتباراً على أنه يتضمن تنازلاً عن الحق في الطعن ملزماً لصاحبه بغير حاجة إلى قبول يصدر

ثالثاً: التمييز بين التنازل عن الخصومة (الترك) والتنازل عن الحكم:

تنص (المادة/٢١٣) مرافعات يمّني على أنه: «التنازل عن الحكم يعتبر تنازلاً عن الحق الثابت به». وتقابلها وتطابقها (المادة/١٤٥) مرافعات مصري، و(المادة/١٠٠) مرافعات كويتي، و(المادة/٥٢٦) أصول محاكمات مدنية لبناني^(١).

يتضح من هذه النصوص أن التنازل عن الحكم القضائي يستتبع التنازل عن الحق الثابت فيه، وهذا التنازل يعد في حقيقته تنازلاً عن الحق الموضوعي^(٢)، لذا يوجد أوجه اختلاف بينه والتنازل عن الخصومة (الترك) نبينها على النحو الآتي:

١. يلزم في المتنازل عن الحكم القضائي أن يتمتع بأهلية التصرف في الحق الثابت في الحكم^(٣)، في حين يكفي للتنازل عن الخصومة أهلية التقاضي^(٤).
٢. لما كان التنازل عن الحكم القضائي يلزم صاحبه ويتمخض عن منفعة خالصة للمحكوم عليه فإنه لا يلزم - كقاعدة - قبول المحكوم عليه لهذا التنازل، في حين يلزم لصحة التنازل عن الخصومة - كقاعدة - قبول المدعى عليه^(٥).
٣. يترتب على التنازل عن الحكم القضائي سقوط حق المحكوم له في المطالبة بالحق الثابت في هذا الحكم من جديد، في حين يترتب على التنازل عن الخصومة زوال إجراءاتها مع بقاء الحق الذي رفعت من أجله قائماً، لذا يجوز لصاحب هذا الحق المطالبة به مجدداً فيما بعد، ما لم يكن الحق نفسه قد سقط لسبب آخر^(٦).

من المتنازل إليه، لما كان ذلك، وكان ترك الطاعن الخصومة في الطعن قد تم وأنتج أثره فلا يغير منه إقامة التارك بعد ذلك الدعوى بطلب فسخ عقد الصلح، ومن ثم فإنه يتعين الحكم بقبول هذا التنازل» نقض مدني الطعن رقم ١٠٥٢ لسنة ٤٥ ق، جلسة ٥/٥/١٩٧٩، مشار إليه لدى بركات، على، التنظيم القانوني لترك الخصومة مرجع سابق، ص ٢٥، هامش رقم ٤٨.

(١) والتي تنص على أنه: «التنازل عن الحكم يستتبع التنازل عن الحق الثابت فيه».

(٢) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٨٢.

(٣) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٨٦.

(٤) أبو الوفا، أحمد، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٦، ١٩٨٩ م، ص ٧٧٨، وهندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣١٠، الشرعبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٥٠٩.

(٥) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٦) بركات، علي، النظام لقانوني لترك الخصومة، مرجع سابق، ص ٥٠.

المبحث الثاني شروط التنازل عن الخصومة وآثاره

نبين في هذا المبحث الشروط الواجب توافرها لصحة التنازل عن الخصومة ثم نبين الآثار المترتبة عليه وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

الشروط الواجب توافرها لصحة التنازل عن الخصومة

تنص (المادة/٢١٠) مرافعات يماني على أنه: «يجوز للمدعي التنازل عن الخصومة في أية حالة تكون عليها الخصومة بإحدى الطرق الآتية: ١- أن يعلن خصمه بالتنازل قبل الجلسة المحددة طبقاً لما هو مبين في باب الإعلان. ٢- أن يقرر ذلك في الجلسة في مواجهة خصمه ويثبت ذلك في محضرها. ٣- أن يبديه في بيان صريح في مذكرة موقعة منه أو من وكيله المأذون له بذلك ويطلع خصمه عليه. ولا يجوز التنازل عن الخصومة إذا تعلق بها حق للمدعي عليه إلا بموافقته ولا يلتفت إلى اعتراضه إذا كان قد قدم دعواً بعدم الاختصاص أو بالإحالة أو ببطلان صحيفة الدعوى أو أي طلب يكون القصد منه منع المحكمة من سماع الدعوى أو السير في الخصومة». وتقابلها (المادتان/١٤١، ١٤٢) مرافعات مصري^(١)، و(المادة/٩٩) مرافعات كويتي^(٢)، و(المواد/٥١٨، ٥١٩، ٥٢١) أصول محاكمات مدنية لبناني^(٣).

(١) تنص (المادة/١٤١) مرافعات على أنه: «يكون ترك الخصومة بإعلان من التارك لخصمه على يد محضر أو ببيان صريح في مذكرة موقعة من التارك أو من وكيله مع إطلاع خصمه عليها أو بإبدائه شفويّاً في الجلسة وإثباته في المحضر»، و(المادة/١٤٢) على أنه: «لا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه طلباته إلا بقبوله، ومع ذلك لا يلتفت لاعتراضه على الترك إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة، أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى، أو ببطلان صحيفة الدعوى أو طلب غير ذلك مما يكون القصد منه منع المحكمة من المضي في سماع الدعوى».

(٢) والتي تنص على أنه: «يجوز للمدعي ترك الخصومة بإعلان خصمه أو ببيان صريح في مذكرة موقع عليها منه أو من وكيله مع إطلاع خصمه عليها أو بإبداء الطلب شفويّاً في الجلسة وإثباته في المحضر. ولا يتم الترك بعد إبداء المدعى عليه لدفاعه إلا بقبوله، ومع ذلك لا يشترط هذا القبول إذا كان قد دفع بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة القضية إلى محكمة أخرى أو ببطلان صحيفة الدعوى أو بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها، أو بغير ذلك من الدفوع التي يكون الغرض منها منع المحكمة من المضي في نظر الدعوى، ويترتب على الترك الحكم على التارك بالمصروفات».

(٣) تنص (المادة/٥١٨) على أنه: «يجوز للمدعي أن يتنازل عن المحاكمة في أية حالة كانت عليها»، و(المادة/٥١٩) التي تنص على أنه: «لا يكتمل التنازل إلا بموافقة المدعى عليه. ولكن هذه الموافقة لا تبقى لازمة إذا لم يكن المدعى عليه حين التنازل قد قدم جواباً يشتمل على دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول أو طلب مقابل»، و(المادة/٥٢١) التي تنص على أنه: «يكون التنازل صريحاً أو ضمنياً، وكذلك موافقة المدعى عليه».

الملاحظ من هذه النصوص أن كلاً من المقنن اليمني واللبناني استعملوا اصطلاح «التنازل» بينما كل من المقنن المصري والكويتي قد استعملوا اصطلاح «الترك». والباحث يتفق مع الفقه الذي يرى أن اصطلاح «التنازل» أصدق في التعبير عن اصطلاح «الترك»، لأن التنازل عن الخصومة هو إجراء إيجابي بالفعل بينما «الترك» هو أمر سلبي بحث لا يتماشى مع حقيقة إجراءات ذلك التنازل^(١).

يتضح من هذه النصوص أنه لكي يكون التنازل عن الخصومة صحيحاً، ومرتباً لآثاره، يجب توافر الشروط الآتية:

١- أن يصدر التنازل من المدعي أو من في حكمه:

طلب التنازل عن الخصومة لا يكون مقبولاً إلا من المدعي أو من في حكمه كالمستأنف، فهو الذي بدأ الخصومة، وهو وحده الذي يملك التنازل عنها^(٢). ونظراً لأن التنازل عن الخصومة تصرف قانوني إجرائي، فإنه يشترط لصحته أن تتوفر لدى المتنازل الأهلية الإجرائية اللازمة لبدء الخصومة^(٣)، وعلى ذلك لا يجوز لناقص الأهلية التنازل عن الخصومة التي جرت باسمه، إلا إذا كان مأذوناً له من المحكمة المختصة بإدارة أمواله، كذلك لا يكون جائزاً بالنسبة للمحجور عليه إلا من خلال من له القوامة عليه^(٤) وأن تكون إرادة المتنازل خالية من العيوب التي تفسدها من غلط أو إكراه أو تدليس^(٥)، وأن يكون سبب التنازل عن الخصومة مشروعاً، وألا يقترن بتحفظ أو أن يكون معلقاً على شرط، فإن شابها عيب من هذه العيوب يبطل التنازل^(٦). والتنازل عن الخصومة من المسائل القانونية التي أوجب القانون

(١) هندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

(٢) والي، فتحي، قانون القضاء المدني الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٥٥، وهندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٣٣، والقعيطي، علي، مرجع سابق، ص ١٨٧، والجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٥٩.

(٣) الشرفي، إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣١٦، والحجار، حلمي محمد، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ١٦٢، وهاشم، محمود، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٤٠٣.

(٤) أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص ٦٧٧.

(٥) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٧٨.

(٦) العري، صادق، مرجع سابق، ص ٣٤٢، ومحمود، سيد أحمد، التقاضي بقضية وبدون قضية، مرجع سابق، ص ٣٨٩. وقد قضت محكمة النقض المصرية على أنه: «لا يجوز أن يكون ترك الخصومة مقروناً بأي تحفظ، بل يجب أن يكون خالياً من أية شروط تهدف إلى تمسك التارك بصحة الخصومة أو بأي أثر من الآثار المترتبة على قيامها (نقض ٢٤ / ١١ / ١٩٧٦ في الطعن ٣٢ لسنة ٤٥ قضائية) مشار إليه لدى الدناصوري، عزالدين، وعكاز، حامد، التعليق، ج، مرجع سابق، ص ٨٠١».

فيها تفويضاً خاصاً^(١)، ومن ثم فلا يكفي التوكيل العام^(٢). وبناء عليه لا يتصور التنازل عن الخصومة من المدعى عليه أو من المطعون، ضده إنما يلتزم هذا أو ذاك بالدفاع عن نفسه في الخصومة أو الطعن المرفوع ضده. وإذا قدم المدعى عليه طلباً مقابلاً فإنه ينقلب مدعياً بخصوص هذا الطلب ويحق له - تبعاً لذلك - التنازل عن الخصومة بشأنه. إلا أنه من المتصور أن ترفع الدعوى من أكثر من مدع، مثال ذلك قيام عدة ملاك على الشيوخ برفع دعوى للمطالبة بحق ارتفاع لصالح العقار الذي يملكونه أو بنفي حق الارتفاق المقرر للغير على عقارهم. ففي مثل هذه الحالة يثور التساؤل عن حق له التنازل عن الخصومة، هل يلزم أن يتم التنازل من جميع المدعين؟ وما الحل إذا أراد البعض التنازل عن الخصومة دون البعض الآخر؟ للإجابة على هذا التساؤل ذهب الفقه^(٣) للتفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان موضوع الخصومة يقبل التجزئة: الفقه في مجموعه متفق^(٤) على أن الخصومة فيما يتعلق بالترك قابلة للتجزئة، متى كان موضوعها قابلاً للتجزئة بطبيعته، سواء أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام محكمة الاستئناف، بحيث يجوز لبعض المدعين أو المستأنفين أن يترك الخصومة دون أن يؤثر ذلك على بقائها لصالح بقية المدعين أم المستأنفين، وفي هذه الحالة يقتصر أثر الحكم بقبول التنازل عن الخصومة على التاركين وحدهم دون الباقيين الذين أصروا على السير في الخصومة.

الفرض الثاني: إذا كان موضوع الخصومة لا يقبل التجزئة: انقسم الفقه بالنسبة لترك الخصومة عندما يكون موضوعها غير قابل للتجزئة إلى رأيين، الرأي الأول: يذهب هذا الرأي إلى أن الخصومة فيما يتعلق بالترك قابلة للتجزئة حتى ولو كان موضوعها غير قابل للتجزئة فعند تعدد المدعين يجوز لأحدهم التنازل عن الخصومة واستمرارها بالنسبة للباقيين^(٥).

- (١) راجع (المادة/١٢٠) من قانون المرافعات اليمني، و(المادة/٧٦) مرافعات مصري، و(المادة/٥٧) مرافعات كويتي، و(المادة/٣٨١) أصول محاكمات مدنية لبناني، سبق الإشارة إليهم.
- (٢) العري، صادق، مرجع سابق، ص ٣٤١، وبركات، علي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٨٥٢، والشريبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٥٠٧.
- (٣) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج٢، مرجع سابق، ص ١٨٣، والنمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٦٨، وأبو الوفا، أحمد، المرافعات، مرجع سابق، ص ٦٥١، والعري، صادق، مرجع سابق، ص ٣٤٣، ومرعي، عبدالله، شرح قانون المرافعات اليمني، مركز الصادق، صنعاء، ط ٣، ٢٠٢٠م، ص ١٥٩.
- (٤) صاوي، أحمد السيد، الوسيط، مرجع سابق، ص ٧٥٢، وأبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص ٦٩٨، وهندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣٠٥، ومليجي، أحمد، التعليق على قانون المرافعات، ج ٣، ص ٤٧١، وبركات، علي، النظام القانوني لترك الخصومة، مرجع سابق، ص ٩٦، والنيدي، الأنصاري حسن، الرسالة السابقة، ص ٢٨٧.
- (٥) العشماوي، محمد وعبد الوهاب، قواعد المرافعات في القانون المصري، ج ٢، مكتبة الآداب، ١٩٥٨م، ص ٤٥٠، مشار إليه لدى النيدي، الأنصاري حسن، الرسالة السابقة، ص ٢٨٨. هامش رقم ١.

الرأي الثاني: يرى الفقه الغالب^(١) - وهو ما نرجحه - أن التنازل عن الخصومة في ذات الموضوع غير القابل للتجزئة لن يكون له أي أثر، سواء فيما يتعلق بالتارك نفسه أو فيما يتعلق ببقية المدعين؛ لأن الموضوع غير القابل للتجزئة لا يحتمل إلا حلاً واحداً بعينه، وهذا الاعتبار يقتضي جمع مثل هذا الموضوع في خصومة واحدة، من بدايتها إلى نهايتها، ما لم يتم التنازل من جميع المدعين. والاعتبارات العملية والمنطقية تبرر هذا الحل فلا يكون أمامنا إلا أحد أمرين، إما أن نرجح حق التارك على حق غيره من الخصوم بحيث ينتج هذا الترك أثره بالنسبة لجميع المدعين أو المستأنفين، وهذه نتيجة لا يمكن قبولها لأن فيها إهداراً لحق باقي المدعين أو المستأنفين في استمرار الخصومة وصدور حكم فيها، ويؤدي إلى حرمان الفرد من حقه في التقاضي أو حقه في الطعن لمجرد اشتراكه في نفس الموضوع مع شخص آخر. وإما أن نرجح حق الأطراف الآخرين فلا ينتج هذا الترك أي أثر على بقية المدعين فتستمر الخصومة بالنسبة للجميع دون النظر إلى مثل هذا الترك، وهذا يعني أن الترك لا يمكن أن يتم عندما يكون الموضوع غير قابل للتجزئة إلا باتفاق جميع المدعين. وهذا الاعتبار هو الأجدر بالاتباع بما يحقق مصالح بقية الخصوم دون أن يضر بالتارك^(٢).

٢- أن يتم التنازل عن الخصومة بالشكل القانوني؛

حرصت القوانين محل المقارنة عدا اللبناني على بيان الشكل الذي يتم فيه التنازل عن الخصومة، وتحديد الطرق التي يمكن بها التنازل عن الخصومة على سبيل الحصر، حتى لا يكون حصول التنازل أو عدم حصوله مثاراً لنزاع يتفرع عن النزاع الذي رفعت به الدعوى^(٣)، ولذا يتطلب القانون أن يعلن المدعي عن إرادته بالتنازل عن الخصومة صراحة، ولا يجوز أن يكون التنازل ضمناً، أما المقنن اللبناني فإنه لم يحدد طريقة معينة أو شكلاً محدداً للتنازل عن الخصومة، فيمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً، وقد نظمت القوانين محل المقارنة عدا اللبناني ثلاثة أشكال للتنازل عن الخصومة يجوز للمدعي أن يختار أحدها:

- إعلان من المتنازل لخصمه قبل الجلسة إما بنفسه وإما بواسطة محضر، وفقاً لقواعد إعلان الأوراق، فيكون في موطن المعلن إليه، ويتضمن البيانات اللازمة، فضلاً عن البيان الصريح الواضح بتنازل المدعي عن الخصومة.

(١) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج٢، مرجع سابق، ص ١٨٣، والنمر أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٦٨، وبركات على، النظام القانوني لترك الخصومة، مرجع سابق، ص ٩٩، والنيدياني، الأنصاري حسن، الرسالة السابقة، ص ٢٩٣.

(٢) النيدياني، الأنصاري حسن، الرسالة السابقة، ص ٢٩٣.

(٣) سيف، رمزي، قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٠٧، والشرفي، إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣١٦.

- إبداء إرادة التنازل عن الخصومة في الجلسة شفويًا وإثباته في محضرها، ولم يستلزم المقنن، بالنسبة لهذه الطريقة أن يطلع المدعى عليه على محضر الجلسة كما فعل بالنسبة لتقديم التنازل بمذكرة.
- إبداء التنازل في بيان صريح في مذكرة موقعة منه أو من وكيله المأذون، بشرط أن يطلع خصمه عليها.

وقد رتب الفقه^(١) على هذا المسلك نتيجتين، الأولى: أن هذه الوسائل أو الطرق وردت في القانون على سبيل الحصر، فلا يصح التنازل عن الخصومة بأي وسيلة أخرى، فإذا لم يتم التنازل بالطريق القانوني فإنه لا يرتب أثره وتستمر الخصومة، والثانية: عدم جواز استنباط مثل هذا التنازل من أي تصرف من جانب المدعي أو المستأنف، وهو مما يعني عدم جواز التنازل الضمني. على أن البطلان الناشئ عن عدم التزام أي من الطرق المحددة قانوناً لإبداء التنازل لا يتعلق بالنظام العام، بل يقتصر التمسك به على الخصم صاحب المصلحة^(٢). أما المقنن اللبناني فإنه لم يحدد طريقة معينة أو شكلاً محدداً للتنازل عن الخصومة، فيمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً- (المادة/٥٢١) أصول محاكمات مدنية^(٣)، ويقع غالباً بتصريح من المدعي أمام المحكمة التي تنظر الدعوى، فيمكن أن يتم التنازل بتصريح شفهي في محضر الجلسة أثناء انعقاد الجلسة، وباعتبار التنازل تصرفاً رضائياً من المدعي يوافق عليه المدعى عليه، يجوز أن يقع خارج مجلس القضاء بموجب عقد أو رسالة، وإذا تم التنازل خارج مجلس القضاء فيمكن أن يثبت بسند رسمي، عند الكاتب العدل مثلاً، أو بسند عادي^(٤)، وعندها يبرز السند في الملف لإثبات التنازل، أما التنازل الضمني عن الخصومة فلا يفترض افتراضاً، وبالتالي لا يمكن استنتاجه إلا من خلال تصرفات وأعمال تتم عن النية بعدم متابعة المحاكمة فيمكن إثباته بجميع طرق الإثبات، فهو يستنتج من كل عمل أو موقف يأتيه المدعي، متعارضاً مع فكرة متابعة الدعوى، أو يفيد تنازله عن الخصومة^(٥).

والملاحظ أن المقنن في كل من اليمن ومصر والكويت، قد أحسن بنصه على الوسائل

(١) سيف، رمزي، قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٠٧، وبركات، على، التنظيم القانوني لتترك الخصومة، مرجع سابق، ص ١٢١، وهندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٣٤، والشرفي، إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣١٦.

(٢) سيف، رمزي، قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

(٣) والتي تنص على أنه: «يكون التنازل صريحاً أو ضمناً، وكذلك موافقة المدعى عليه».

(٤) الحجار، حلمي محمد، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٥) هندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣٠٢، والحجار، حلمي محمد، مرجع سابق، ص ١٦٥.

أو الطرق التي يتم بها التنازل عن الخصومة على سبيل الحصر- وقد خلا القانون اللبناني من نص مماثل- وذلك كي لا يكون حصول التنازل أو عدم حصوله مثاراً لنزاع يتفرع من النزاع التي رفعت به الدعوى، نظراً لأن إطلاق وسائل التنازل عن الخصومة دون تحديد يعد مجلبة لمشاكل يثيرها إثبات حصول التنازل، وكما أن الدعوى لا ترفع إلا بإجراء محدد فإن إلغاءها لا بد أن يكون هو أيضاً بإجراء محدد. مع مراعاة أن القانونين اللبناني واليمني اتفقا في التعبير عن اصطلاح «التنازل» وهذا الاصطلاح أصدق في التعبير عن اصطلاح «الترك» الذي استعمله كل من المقنن المصري، والكويتي، لأن التنازل عن الخصومة هو إجراء إيجابي بالفعل بينما الترك هو أمر سلبي بحث لا يتماشى مع حقيقة إجراءات ذلك التنازل^(١).

٣- قبول المدعى عليه التنازل:

إذا كان من حق المدعي أن يتنازل عن دعواه في أية مرحلة كانت عليها إذا رأى من مصلحته ذلك، فإن هذا الحق ليس مطلقاً، وإنما هو مقيد بالأضرار هذا التنازل بالطرف الآخر في الخصومة^(٢)، وهو المدعى عليه الذي قد تتعلق مصلحته هو الآخر بالخصومة ويرى وجوب الاستمرار فيها لحين الفصل في موضوعها^(٣). ولذا وفي مثل هذا الفرض فإن قبول المدعى عليه شرطاً لترتيب التنازل لأثاره. وتعود الحكمة من اشتراط القوانين محل المقارنة قبول المدعى عليه حرصاً منها على تجسيد مبدأ المساواة أمام القضاء، وعلى ضمان حقوق ومصالح المدعى عليه في الخصومة^(٤). وقبول المدعى عليه للتنازل تصرف قانوني يعلن فيه المدعى عليه عن إرادته المنفردة التنازل عن مركزه في الخصومة وعن حقه في التمسك بالسير فيها، ولذا فإنه يخضع لنظام التصرف القانوني من حيث الأهلية، وضرورة توافر الإرادة الصحيحة المبرأة من العيوب وتوافر السبب المشروع^(٥).

ولا يشترط القانون شكلاً معيناً للقبول إنما لا يجوز أن يصدر من وكيل الخصومة دون توكيل خاص بالقبول^(٦). وليس معنى ما تقدم أن إرادة القبول تفترض، إذ القبول

(١) هندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

(٢) مسلم، أحمد، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨م.

(٣) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٧٩، وأبو الوفا، أحمد، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص ٦٨٢.

(٤) القعيطي، على صالح، مرجع سابق، ص ١٨٦.

(٥) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٧٩.

(٦) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٨٢، عكس ذلك، هاشم، محمود، يرى أنه قد يتم القبول من وكيل الخصومة ولو لم يكن مفوضاً في ذلك تفويضاً خاصاً، قانون القضاء المدني، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٤٢، ونفس الرأي، النمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٨٣.

لا يفترض، فلا تستنتج من مجرد سكوت من عرض عليه التنازل، لأن السكوت لا يعتبر قبولاً للتنازل^(١). كما أن الحكمة من اشتراط قبول المدعى عليه للترك حتى يمكن إنتاج آثاره، ترجع إلى أن تقديم المطالبة القضائية ينشئ للمدعى عليه الحق في صدور حكم من المحكمة برفض الدعوى، ولو كان المدعى على استعداد للتنازل عن الخصومة^(٢). وعلى ضوء هذا يمكن القول أنه لا يشترط قبول المدعى عليه للتنازل عن الخصومة في كل حالة تنعدم فيه مصلحته في رفض هذا التنازل، ومن ثم للمدعي التنازل عن الخصومة بإرادته المنفردة دون اشتراط قبول المدعى عليه في الحالات الآتية:

- إذا أبدى المدعي رغبته في التنازل قبل انعقاد الخصومة، أي قبل إعلان عريضة الدعوى، لأن المدعى عليه لا يباشر مركزه في الخصومة إلا بعد إعلانه بها، فلا يصح قبل ذلك الافتراض بوجود مصلحة في استمرار الخصومة بالنسبة له^(٣).
- إذا لم يكن المدعى عليه قد أبدى طلبات أو دفعات أو موضوعية أو دفاعاً، أو دفع بعدم القبول أو طلب مقابلاً - (المادة/٥١٩) أصول محاكمات مدنية لبناني^(٤)، فيكون الترك الصادر من المدعي منتجاً لآثاره بغض النظر عن قبول المدعى عليه أو اعتراضه له، ويحصل ذلك ولو تغيب المدعى عليه أو حضر وطلب التأجيل للاطلاع أو الاستعداد^(٥).
- إذا كان المدعى عليه قد أبدى دفعاً شكلياً: إذا أبدى المدعى عليه دفعاً يكون الغرض منها منع المحكمة من المضي في نظر الدعوى، كالدفع بعدم الاختصاص أو الإحالة أو الدفع ببطلان عريضة الدعوى، أو الدفع بانقضاء الخصومة أو سقوطها أو باعتبارها كأن لم تكن - (المادة/٥٢٣) أصول محاكمات مدنية لبناني، فهو والأمر كذلك لا تكون له مصلحة في رفض قبول الترك، وإن فعل ذلك عد متعسفاً في استعمال حقه^(٦).

(١) صاوي، أحمد السيد، الوسيط، مرجع سابق، ص ٧٥٢.

(٢) والي، فتحي، قانون القضاء المدني الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٥٥.

(٣) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٧٩، وسعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع السابق، ص ١٨٠.

(٤) والتي تنص على أنه: «لا يكتمل التنازل إلا بموافقة المدعى عليه. ولكن هذه الموافقة لا تبقى لازمة إذا لم يكن المدعى عليه حين التنازل قد قدم جواباً يشتمل على دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول أو طلب مقابلاً».

(٥) والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٣٩، والشرعبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٥٠٨.

(٦) مسلم، أحمد، أصول المرافعات، ص ٥٥٢، والشرعبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٥٠٨، والشرقي، إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣١٦.

- إذا ترتب على الترك عدم جواز تجديد الخصومة لأي سبب كان، كانقضاء الحق الموضوعي بالتقادم أو سقوط الحق في الدعوى. فالترك حينئذ يشتمل على تنازل عن الحق ذاته وهو تصرف قانوني يصدر بإرادة المدعي المنفردة ولا يقتضي قبول المدعى عليه له^(١).

وإذا تعدد المدعى عليهم، وكانوا قد اشتركوا في خصومة، وحيث يلزم القبول، وتركت الخصومة في مواجهتهم، وجب قبولهم جميعاً، فإذا لم يوافق أحدهم استمرت الخصومة بالنسبة له وزالت الخصومة بالنسبة للباقيين، معنى ذلك أن التنازل عن الخصومة يخضع للقواعد العامة، ويقبل التجزئة ما لم يكن موضوع الخصومة غير قابل للتجزئة بطبعه إذ في تلك الحالة إذا تم التنازل عن الخصومة بالنسبة لبعض المدعى عليهم - أو المحكوم لهم - فإن ذلك يعتبر تركاً لها بالنسبة للباقيين في المركز القانوني موضوع النزاع الذي لا يحتمل الفصل فيه غير حل واحد^(٢). وإذا حدث ترك أو تنازل من المدعي الأصلي وقبله المدعى عليه الأصلي ولم يقبله المتدخل فيها تدخلاً اختصاصياً - فإن الخصومة - وإن انقضت بالنسبة للخصم الأصلي، فإنها تستمر في مواجهة المتدخل الاختصاصي^(٣). أما المتدخل انضمامياً فإن الخصومة إذا توافرت شروط تركها تنقضي بالنسبة إليه ولا حاجة لقبوله. وبقبول الترك تنقضي الخصومة، وإذا لم يقبل المدعى عليه الترك حيث يجب هذا القبول، فإن الترك لا ينتج آثاره، وتستمر الخصومة في سيرها دون أن يحدث فيها أي تغيير^(٤). كذلك لا يشترط قبول المستأنف ضده التنازل عن الخصومة ولو كان قد أبدى طلباته أو أقام استئنافاً فرعياً^(٥) إذا كان ترك المستأنف استئنافه بعد مضي مواعيد

(١) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج٢، مرجع سابق، ص١٨١.

(٢) مليجي، أحمد، التعليق، ج٣، مرجع سابق، ص٥١٨، والدناصوري، عز الدين، وعكاز، حامد، التعليق، ج١، مؤسسة الاهرام للنشر والتوزيع، القاهرة، ط٨، ١٩٩٤م، ص٨٠٧. وقضت محكمة النقض المصرية بأن ترك الطاعنة للخصومة أمام الاستئناف لبعض المحكوم لهم في موضوع غير قابل للتجزئة يعتبر تركاً لهم بالنسبة للباقيين في المركز القانوني موضوع النزاع الذي لا يحتمل الفصل فيه غير حل واحد وواجب المحكمة أن تعمل من تلقاء نفسها أثر هذا التنازل لأنها المهيمنة على صحة قواعد وإجراءات التقاضي المعتمدة من النظام العام (نقض مدني مصري ٢٨ / ١١ / ١٩٨٣ طعن رقم ٧٦١ لسنة ٤٨ ق)، مشار إليه لدى الدناصوري، عز الدين، وعكاز، حامد، التعليق، ج١، مرجع سابق، ص٨٠٩.

(٣) المتدخل الاختصاصي هو خصم كامل، وبالتالي تبقى خصومته قائمة باعتبارها خصومة أصلية في مواجهة أطراف الدعوى الأصلية، لمزيد من التفصيل راجع: عمر، نبيل إسماعيل، قانون أصول المحاكمات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م، ص٣٠١.

(٤) والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص٥٤١، والنمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص٤٧٣، وهاشم، محمود، قانون القضاء المدني، ج٢، مرجع سابق، ص٣٤٣.

(٥) الاستئناف الفرعي: هو الاستئناف الذي يقدم من الخصم الذي قبل الحكم أو فوت ميعاد الطعن فيه بحسن نية ظناً منه أن خصمه لم يطعن فيه، ثم فوجئ في نهاية الميعاد بأن خصمه قد طعن في الحكم في وقت هو

الاستئناف أو نزل المستأنف عن حقه^(١) وهو ما قرره (المادة/ ٢٣٨) مرافعات مصري^(٢)، فترك الخصومة في الطعن بعد فوات ميعاد الطعن يتضمن بالضرورة نزولاً عن الحق في الطعن إذ لا يستطيع التارك ممارسة حقه في الطعن بعد الميعاد، ولما كان النزول عن حق الطعن لا يتطلب قبول الطرف الآخر فإن التنازل عن الخصومة في الطعن بعد الميعاد لا يحتاج إلى قبول^(٣). أما إذا تنازل المستأنف عن الخصومة في الاستئناف وكان ميعاد الطعن لا يزال ممتداً، فإنه يجب في هذه الحالة موافقة المستأنف ضده، إذ أن للمستأنف في هذه الحالة أن يرفع استئنافاً آخر عن ذات الحكم ليستدرك ما فاتته في الطعن الأول طالما أن ميعاد الطعن ما زال ممتداً، ولم يكن قد سبق الفصل في الاستئناف الأول^(٤).

غير قادر على أن يرفع استئنافاً مقابل، فمن العدالة أن يمكن هذا الخصم من رفع استئناف عن الجزء من الحكم الذي أضربه، ويكون تابعاً للاستئناف الأصلي وجوداً وعدماً. لمزيد من التفصيل راجع: العري، صادق، مرجع سابق، ص ٤٤٣، والشرفي، إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٩٠.

(١) هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٣٨، وبركات، على، الوسيط، مرجع سابق، ص ١٥١.

(٢) والتي تنص على أنه: «تحكم المحكمة في جميع الأحوال بقبول ترك الخصومة في الاستئناف إذا نزل المستأنف عن حقه أو كان ميعاد الاستئناف قد انقضى وقت الترك».

(٣) النم، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٧٥.

(٤) نقض مدني مصري ٢٣/١٢/١٩٩٠، طعن رقم ١٦٩١ لسنة ٥٤ ق، في مجلة القضاة السنة ٢٦، ١٩٩٣، ص ٤٦٤.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على التنازل عن الخصومة

بعد أن تتأكد المحكمة من توافر الشروط اللازمة للتنازل عن الخصومة، تصدر حكماً بانقضاء الخصومة بالترك، وقرارها هذا ليس منشئاً، وإنما له صفة تقريرية، ونتيجة لهذه الصفة فإن التنازل عن الخصومة يرتب آثاره منذ توافر شروطه، بإعلان من المتنازل أو قبوله من المدعى عليه أن لزم هذا القبول وليس منذ الحكم به^(١)، ولهذا إذا حدث وتدخل شخص من الغير في الفترة بين تمام التنازل وبين صدور قرار القاضي، فإن التدخل لا يقبل^(٢). والحكم الصادر بالتنازل عن الخصومة هو حكم إجرائي ينهي الخصومة بدون حكم في موضوعها يجوز الطعن فيه على استقلال، والمحكمة التي تصدره لا تستنفذ به ولايتها بخصوص الموضوع، فإذا طعن فيه أمام الاستئناف وقررت محكمة الاستئناف إلغاءه فإنها لا تتصدى لنظر موضوع النزاع وإنما تعيده إلى محكمة أول درجة احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين^(٣). وترتيباً على ذلك فإن التنازل عن الخصومة يحدث آثاره في كل الأحوال، سواء كان أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة الطعن، إلا أن الآثار التي تترتب على التنازل عن الخصومة أمام محكمة أول درجة لا تتطابق مع الآثار التي تترتب على التنازل إذا تم أمام محكمة الطعن، لاختلاف ظروف الخصومة أمام المحكمتين، فالمقنن - في كل من اليمن ومصر والكويت ولبنان - حرص على إبراز خصوصية هذه الآثار عندما يتم التنازل أمام محكمة الاستئناف، ولهذا تتعرض لآثار هذا التنازل على نحو مستقل، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: آثار التنازل عن الخصومة أمام محكمة أول درجة:

تنص (المادة/٢١١) مرافعات يماني على أنه: «يترتب على التنازل إلغاء جميع إجراءات

(١) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٨٠، وهندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٣٩، ووالي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٤١، وسعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٧٦، والشريبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٥٠٩، عكس ذلك: عبد العزيز، محمد كمال، تقنين المرافعات، ص ٣٣١، إذ يرى أن العبرة في تحديد آثار التنازل هي من وقت الحكم به من المحكمة.

(٢) ووالي، فتحي، قانون القضاء المدني الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٥٦.

(٣) هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٣٩، أما إذا صدر الحكم برفض التنازل فلا يجوز الطعن المباشر فيه، بل يجب الانتظار لحين الحكم في الموضوع فيطعن في الاثنتين معاً، نصر الدين، محمد كمال، عوارض الخصومة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠م، ص ٣٩، مشار إليه لدى هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٣٩، هامش رقم (٥).

الخصومة بما في ذلك إجراء رفع الدعوى ويستثنى من ذلك أثر مرور الزمن على سماعها ويحكم على المتنازل بالنفقات وبالتعويضات اللازمة للمدعي عليه إذا طلبها وإذا تنازل الخصم عن أية ورقة من أوراق المرافعات أو إجراء من إجراءات الخصومة اعتبرت الورقة أو الإجراء كأن لم يكن». وتقابلها (المادة/١٤٣) مرافعات مصري^(١)، و(المادة/١٠١) مرافعات كويتي^(٢)، و(المادة/٥٢٢) أصول محاكمات مدنية لبناني^(٣). يتضح من هذه النصوص أنه يترتب على التنازل عن الخصومة مجموعة من الآثار القانونية نوجزها على النحو الآتي:

أ - زوال الخصومة بكل ما اتخذ فيها من إجراءات، وما ترتب عليها من مراكز قانونية وما ترتب على هذه الإجراءات أو تلك المراكز من آثار، ويعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى، وتزول جميع الطلبات والدفع المقدمة منهم، وجميع الآثار التي ترتبت عليها^(٤).

بالرغم أن التنازل - كقاعدة عامة - يزيل الخصومة بكل ما قدم إليها من طلبات وما اتخذ فيها من إجراءات سواء اتخذت من جانب الخصوم أو من جانب المحكمة، بحيث يعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفعها. ومع ذلك فقد رأى المقنن - في كل من مصر والكويت ولبنان - لاعتبارات مختلفة أن يستثنى من هذه القاعدة، بعض الأعمال التي تظل سارية المفعول رغم التنازل عن الخصومة التي اتخذت فيها. وذلك لما لها من كيان ذاتي يجعلها بمثابة إجراءات مستقلة بذاتها ما لم

(١) والتي تنص على أنه: «يترتب على الترك إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى والحكم على التارك بالمصاريف، ولكن لا يمس ذلك الحق المرفوعة به الدعوى».

(٢) والتي تنص على أنه: «يترتب على الحكم بسقوط الخصومة أو انقضائها بمضي المدة أو تركها زوال الأحكام الصادرة فيها بإجراء الإثبات وإلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك رفع الدعوى ولكنه لا يمس الحق المرفوعة به الدعوى، ولا الأحكام القطعية الصادرة فيها ولا الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها. على أن هذا لا يمنع الخصوم من التمسك بإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت، ما لم تكن باطلة في ذاتها».

(٣) والتي تنص على أنه: «يترتب على التنازل عن المحاكمة إلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك الاستحضار والحكم على المتنازل بالنفقات، إنما لا يؤدي إلى إلغاء الأثر المترتب على انقطاع مرور الزمن، كما لا يمس الحق المرفوعة به الدعوى».

(٤) مليجي، أحمد، التعليق على قانون المرافعات، ج ٣، مرجع سابق، ص ٥١٣، ووالي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٤٢، وأبو الوفاء، أحمد، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص ٧٢٠، وهاشم، محمود، قانون القضاء المدني، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٤٤، والعري، صادق، مرجع سابق، ص ٣٤٣، والحجار، حلمي محمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ١٦٥، والشرفي، إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣١٧، والجبلي، نجيب، قانون المرافعات اليمني، مرجع سابق، ص ٥٦١.

تكن باطلّة في ذاتها، فيمكن الاستفادة بها في خصومة جديدة تجنباً لتكرار القيام بها احتراماً لمبدأ الاقتصاد في الخصومة. وهذه الاستثناءات نبيها على النحو الآتي:

- الأحكام القطعية الصادرة في الخصومة: يقصد بالأحكام القطعية الصادرة أثناء نظر الخصومة المتروكة، تلك الأحكام التي تحسم بها المحكمة طلباً من طلبات الخصوم أو نقطة من نقاط النزاع فتستنفذ ولايتها بشأنها^(١)، سواء كانت صادرة في مسألة موضوعية، كالحكم بمسئولية المدعى عليه بالنسبة لبعض ما يدعيه خصمه، أو كان صادراً قبل الفصل في الموضوع كالحكم بعدم قبول بعض الطلبات^(٢). وقد قصد المقنن الإبقاء على قوة هذه الأحكام بالرغم من التنازل عن الخصومة وذلك للاستفادة بها في أي خصومة أخرى بالرغم أن القاعدة العامة تقضي بأن الأحكام التي تستنفذ المحكمة ولايتها بشأنها لا يكون لها أي قوة خارج الخصومة التي صدرت فيها، كما تبقى الإجراءات السابقة على تلك الأحكام والتي تعتبر مفترضاً ضرورياً لها^(٣). وإذا صدر في الدعوى المتروكة حكم يتضمن شقاً قطعياً وشقاً غير قطعي فالأصل أن يبقى الشق القطعي دون الشق الآخر، ومع ذلك فإن الحكم يبقى بشقيه إذا وجد بينهما رابط لا يقبل التجزئة^(٤). على أنه يشترط للإبقاء على قوة هذه الأحكام خارج الخصومة المتروكة ألا يكون الخصم الذي صدرت لصالحه قد تنازل عن الخصومة واما صدر فيها من أحكام، حيث تسقط هذه الأحكام وتسقط الحقوق الثابتة بها^(٥) (المادة/٢١٣) مرافعات يمني^(٦)، وتقابلها (المادة/١٤٥) مرافعات مصري.

- إجراءات الإثبات المتخذة في الخصومة المتروكة: الملاحظ أن المقنن اليمني عندما تعرض للحديث عن آثار التنازل عن الخصومة لم يقرر نصاً بالإبقاء لمثل هذا الاستثناء، وكذلك نظيره المقنن المصري، إلا أن المقنن المصري تعرض لذلك الاستثناء وهو بصدد الحديث عن آثار سقوط الخصومة، وذلك بنصه على الإبقاء على مثل هذه الأدلة على الرغم من سقوط الخصومة الفقرة الأولى والثانية من

(١) هاشم، محمود، قانون القضاء المدني، ج٢، مرجع سابق، ص ٣٥٦.

(٢) رمضان، أيمن، الجزء الإجرائي، الرسالة السابقة، ص ٥٢١.

(٣) بركات، على، النظام القانوني لترك الخصومة، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٤) أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص ٧٢١.

(٥) النمرا، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٨٩.

(٦) والتي تنص على أنه: «... التنازل عن الحكم يعتبر تنازلاً عن الحق الثابت به».

(المادة/١٣٧) مرافعات مصري. ولا يوجد نص مشابه في قانون المرافعات اليمني يعالج هذه المسألة. ومع ذلك ذهب جمهور الفقهاء^(١) وأكده القضاء^(٢) المصري إلى أن آثار سقوط الخصومة تتشابه مع آثار التنازل عن الخصومة، وأن (المادة/١٣٧) مرافعات مصري المتعلقة بسقوط الخصومة تنطبق أيضاً على التنازل عن الخصومة. وبناء على ذلك يحق لأطراف الخصومة التي تم التنازل عنها إذا تم تجديد الخصومة فيما بينهما أن يتمسكوا بما تم فيها من إقرارات وأيمان، وأعمال الخبرة.

• الإقرارات الصادرة من الخصوم والأيمان التي حلفوها: والحكمة من هذه القرارات والأيمان إنما هي في الحقيقة تصرفات صادرة من الخصوم أثناء نظر القضية لها أثر حاسم بصدد الحقوق المتنازع عليها ويتعدى أثرها نطاق الخصومة، مما يجعل من المفيد الاحتفاظ بقوتها في الإثبات في أي خصومة أخرى^(٣). ومع ذلك تظل الإقرارات والأيمان الصادرة من الخصوم قائمة بالرغم من التنازل عن الخصومة ويجوز للمحكمة أن تعتمد عليها في خصومة جديدة على الرغم من أنها صدرت في نطاق خصومة تم التنازل عنها^(٤).

• إجراءات التحقيق وأعمال الخبرة: يجوز للخصوم التمسك بها في خصومة جديدة ما لم تكن باطلة في ذاتها^(٥)، أي يجوز التمسك في خصومة جديدة بشهادة الشهود وتقارير الخبراء التي تمت أمام المحكمة في الخصومة الساقطة. طالما كانت هذه الإجراءات صحيحة في ذاتها^(٦). بالإضافة إلى أن هذه الإجراءات تكون

(١) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج٢، مرجع سابق، ص ١٨٢، وراغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٨٠، وأبو الوفا، أحمد، نظرية الدفع، ص ٧٢١، وهندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٤٠، وعبد العزيز، محمد كمال، مرجع سابق، ص ٣١١، والدناصوري، عز الدين، وعكاز، حامد، التعليق، ج٣، مرجع سابق، ص ٨٠٨، وعمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في الطعن بالاستئناف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٦٤٩.

(٢) نقض مدني مصري ٧/ ٤ / ١٩٦٦ مجموعة النقض ١٧ ص ٨٣٤ - ونفس المعنى نقض مدني مصري ٢١ / ١٠ / ١٩٦٩ مجموعة النقض ٢٠ ص ١٣٣٨.

(٣) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٧٣، وسعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج٢، مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٤) هاشم، محمود، قانون القضاء المدني، ج٢، مرجع سابق، ص ٣٥٧، وسعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج٢، ص ١٦٥، وهندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣١٩.

(٥) النمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٥٢٥، وجميبي، عبد الباسط، إبراهيم، محمد محمود، مبادئ المرافعات، مرجع سابق، ص ٥٣٢.

(٦) راغب وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٧٣، وهندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣١٩.

قد نفذت فعلاً، وأنتجت المقصود منها، ومن ثم فقد صارت وقائع في الدعوى، والوقائع لا تسقط وإن كان للمحكمة تقدير قيمتها^(١). والحكمة من ذلك؛ أنها تعد إجراءات مستقلة بذاتها، فيمكن الاستفادة بها في خصومة جديدة تجنباً لتكرار القيام بها احتراماً لمبدأ الاقتصاد في الخصومة، فضلاً عن أنه قد يستحيل عملاً ذلك لاحتمال وفاة الشهود الذين سمعوا في التحقيق أو زوال المعالم التي أثبتتها الخبر^(٢). وعلى الرغم من بقاء هذه الإجراءات وإجازة الاحتجاج بها في خصومة جديدة، فإن أمر تقديرها يظل متروكاً للمحكمة التي يجري التمسك أمامها بهذه الإجراءات^(٣).

ب - عدم المساس بأصل الحق: لا يؤثر التنازل عن الخصومة على الحق في الدعوى، أو الحق الموضوعي المدعى به، فيجوز رفع الدعوى من جديد للمطالبة به بإجراءات جديدة، ما لم يكن الحق قد انقضى بالتقادم^(٤)، وذلك لأن التنازل عن الخصومة يؤدي إلى زوال الأثر القاطع للتقادم الناشئ عن عريضة الدعوى، فيعتبر التقادم كأنه لم ينقطع مما يعرض الدعوى للانقضاء بالتقادم قبل رفعها من جديد^(٥).

ج - أثر التنازل عن الخصومة بالنسبة للنفقات والمصروفات القضائية^(٦): تنص (المادة/٢١١) مرافعات يمضي على أنه: «... ويحكم على المتنازل بالنفقات والتعويضات اللازمة

(١) مسلم، أحمد، مرجع سابق، ص ٥٤٨.

(٢) صاوي، أحمد السيد، الوسيط، مرجع سابق، ص ٧٤٦، وسيف، رمزي، قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٠١، والجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٥٢.

(٣) الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٥٢، وهاشم، محمود، قانون القضاء المدني، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٥٧، وهندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣١٩.

(٤) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٦٦، وهاشم، محمود، قانون القضاء المدني، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٥٥، والشريبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٥٠٣، وراغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٧٢، ومرعي، عبد الله، شرح قانون المرافعات اليمني، مرجع سابق، ص ١٥٩، وقضت محكمة النقض المصرية على أن: ترك الخصومة، ماهيتها التنازل عن الخصومة دون حكم في موضوعها، أثرها إلغاء إجراءات الخصومة مع بقاء الحق الموضوعي على حاله. (نقض مدني ١٦ / ٥ / ١٩٩٦ رقم ١٨٧١ لسنة ٦٥ ق).

(٥) والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٣٤، ورمضان، أيمن، الرسالة السابقة، ص ٥١٩.

(٦) المقصود بالمصاريف والنفقات القضائية وفقاً (للمادة/٢٥٧) مرافعات يمضي: هي كل ما يثبت بوجه شرعي وقانوني أن الخصوم انفقوه في متابعة إجراءات الخصومة، ويدخل في ذلك، الرسوم القضائية وأجور الخبراء ونفقات الشهود ونفقات اتخاذ الإجراءات التحفظية وأجرة من تنصبه المحكمة عن الخصم الغائب وأجرة المحامي بما تقرره المحكمة، ولكن لا يدخل في حساب النفقات التعويضات، ولا ما قضت به المحكمة على الخصوم من غرامات بسبب تعطيل الفصل في الدعوى، وعدم الامتثال لقرارات المحكمة وأوامرها باعتبار تلك الغرامات نوعاً من العقوبات.

للمدعي عليه إذا طلبها.....». وتقابلها (المادة/ ١٤٣ مرافعات مصري، و(المادة/ ٩٩) مرافعات كويتي، و(المادة/ ٥٢٢) أصول محاكمات مدنية لبناني.

يتضح من هذه النصوص أنه يجب على المحكمة عقب إثبات التنازل عن الخصومة أو إقراره أن تحكم بإلزام المتنازل بمصاريف الخصومة، وأساس هذا الالتزام ليس لأنه خسر القضية التي رفعها، إذ الفرض هنا أن الدعوة لم يفصل فيها، وإنما أساسه الخطأ المفترض في جانب المتنازل بشغله المحاكم والمدعي عليه بخصومة تعجل في رفعها أو لم يقدر مدى احتمال كسبها مما أدى به إلى التخلي عنها قبل نهايتها، كما أنه لا يوجد ما يدعو إلى تحميل المدعي عليه بأي من هذه المصروفات التي تسبب فيها المدعي بتسريعه أو بعدم تبصره^(١). والملاحظ أن المقنن المصري فيما يخص الرسوم القضائية قد يعفي المتنازل عن الخصومة من بعض الرسوم القضائية إذا كان قد أبدى رغبته في التنازل في بداية الخصومة وقبل شغل القضاء والمدعي عليه بها. فقد نصت (المادة/ ٧١) من قانون المرافعات المصري على أنه: «إذا ترك المدعي الخصومة أو تصالح مع خصمه في الجلسة الأولى لنظر الدعوى وقبل بدء المرافعة فلا يستحق على الدعوى إلا ربع الرسم المحدد». ولا يوجد مثل هذا النص في القانون اليمني، حيث لم ينص القانون اليمني على التخفيف من قيمة الرسوم القضائية إذا أبدى المتنازل رغبته في التنازل عن الخصومة في بداية الخصومة أو الجلسات التالية بالرغم من أهميته لما يحقق آثار اجتماعية واقتصادية وقانونية.

ثانياً: آثار التنازل عن الخصومة أمام محكمة الاستئناف:

تنص (المادة/ ٢٨٩) مرافعات يمني على أنه: «... وفيما لم يقض به القانون بنص خاص يتبع في شأن خصومة الاستئناف القواعد المتعلقة بما هو مقرر أمام محكمة الدرجة الأولى». وتقابلها (المادة/ ٢٤٠) مرافعات مصري^(٢).

يتضح من هذه النصوص بأنه يترتب على التنازل عن الخصومة أمام محكمة الاستئناف نفس الآثار التي تترتب على التنازل عن الخصومة أمام محكمة أول درجة السابق الإشارة إليها، ما لم يرد نص خاص يقضي بغير ذلك، مثال ذلك ما تنص عليه (المادة/ ٢١٣) مرافعات يمني من أن «التنازل عن الاستئناف يجعل الحكم الابتدائي نهائياً...».

(١) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج٢، مرجع سابق، ص ١٨٣، ووالي، فتحي، قانون القضاء الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٥٦، وهندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣٠٦.
(٢) والتي تنص على أنه: «تسرى على الاستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو بالأحكام ما لم يقض القانون بغير ذلك».

كما يتضح من هذه النصوص أن آثار التنازل عن الخصومة أمام محكمة الاستئناف تتشابه مع آثار التنازل عن الخصومة أمام محكمة أول درجة فيما عدا بعض الخصوصيات التي تتميز بها خصومة الاستئناف والتي اقضت نصاً خاصاً بها. على أن أهم ما يترتب على التنازل عن الخصومة في الاستئناف هو إعادة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع هذا الاستئناف، وهذه الحالة تتجسد في الحكم الابتدائي الصادر بين الخصوم من محكمة أول درجة، وهنا يثور التساؤل عن مصير هذا الحكم وعن مدى جواز الطعن فيه بعد ترك الاستئناف المرفوع ضده، هل يمكن إعادة الطعن فيه أم أن التنازل عن خصومة الاستئناف يضفي عليه حصانة تحول دون الطعن؟ والإجابة على هذا التساؤل تختلف في القانونين اليمن واللبناني عنها في القانونين المصري والكويتي، ففي مصر والكويت يترتب على التنازل عن الخصومة في الاستئناف عودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الاستئناف، فيجوز لهم تجديد الطعن بالاستئناف، إذا كان ميعاد الاستئناف لا يزال ممتداً، ما لم يكن المستأنف قد تنازل عن حقه في الاستئناف عندما تنازل عن الخصومة. ففي هذه الحالة فقط يصبح حكم محكمة أول درجة نهائياً^(١).

أما الوضع في القانونين اليمني واللبناني، فإن التنازل عن الاستئناف يجعل الحكم الابتدائي نهائياً (المادة/٢١٣) مرافعات يماني، و(المادة/٥٢٣) أصول محاكمات مدنية لبناني^(٢).

المقنن اللبنياني يجيز للمستأنف أن يتنازل عن استئنافه دون موافقة المستأنف عليه أصلاً، نظراً لأن تنازل المستأنف عن استئنافه يترتب عليه دائماً رضوخه للحكم - حتى لو كانت مهلة الاستئناف لا زالت ممتدة أو لم تكن قد بدأت بعد - فبتنازله عن الاستئناف يعتبر المستأنف قد رضي بالحكم ويمتنع عليه بعد ذلك استئنافه في جميع الأحوال^(٣). على أن التنازل عن الاستئناف - في القانون اللبنياني - يعتبر كأن لم يكن إذا قدم المستأنف ضده استئنافاً مقابلاً، فإذا قدم المستأنف ضده هذا الاستئناف فلا يعتد بتنازل الاستئناف الأصلي وتستمر الخصومة لحين الفصل في الاستئنافين معاً^(٤). كما

(١) النمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٨٩، وهندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٤٠، وعمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص ٦٥١، وبركات، على، النظام القانوني لترك الخصومة، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

(٢) التي تنص على أنه: «التنازل عن الاستئناف لا يحتاج إلى موافقة المستأنف عليه إلا إذا اقترن بتحفظات أو كان هذا الأخير قد تقدم قبل ذلك بطلب طارئ أو استئناف تبعي. يفيد هذا التنازل حتماً رضوخ المستأنف للحكم. ولكنه يعتبر كأن لم يكن إذا قدم خصم آخر في وقت لاحق استئنافاً وفق الأصول المرعية».

(٣) الحجار، حلمي محمد، الوسيط في أصول المحاكمات، مرجع سابق، ص ١٦٦، وكركبي، مروان، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٤) هندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

نجد أن التنازل أمام محكمة الاستئناف في حالة تعدد الأطراف وكان الموضوع قابلاً للتجزئة في القانون اليمني والمصري والكويتي يختلف عنه في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، ففي القانون اليمني ونظيره المصري والكويتي لا يكاد يوجد فارق في التنازل عن الخصومة في الاستئناف عنه في التنازل عن الخصومة في محكمة أول درجة. فإذا تعدد المستأنفون وكان موضوع الخصومة قابلاً للتجزئة جازاً لأحد المستأنفين التنازل عن الخصومة مع استمرارها بالنسبة للباقيين. كما يجوز في حالة تعدد المستأنفين ضدهم أن يترك المستأنف الخصومة بالنسبة لأحدهم ويستمر فيها بالنسبة للباقيين. وإذا ترك المستأنف خصومة الاستئناف بالنسبة لجميع المستأنف عليهم وقبل بعضهم الترك ورفضه البعض الآخر، فمن حق المستأنف أن يرفض هذا القبول باعتباره لم يحقق مقصده من الترك^(١). أما في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، فإنه إذا رفع المستأنف استئنافاً ضد عدة مستأنف عليهم ثم ترك الاستئناف بالنسبة لأحدهم واستمر في الخصومة بالنسبة للباقيين، فإن من حق باقي المستأنف عليهم رفع استئناف فرعي ضد هذا المستأنف عليه الذي أخرج من خصومة الاستئناف بترك الخصومة بالنسبة له، وهذا الاستئناف المرفوع الفرعي قد يكون موضوعه هو بقاؤه في خصومة الاستئناف حتى يتحمل المسؤولية معه أو يتحمل المسؤولية عنه إذا أدين صاحب الاستئناف الفرعي، وهذا الاستئناف المرفوع ضد من تركت الخصومة في مواجهته يؤدي إلى اعتباره من جديد طرفاً في خصومة الاستئناف ويترتب على ذلك أن يصبح ترك الاستئناف كأن لم يكن بالنسبة له^(٢). بخلاف الوضع في القانون اليمني والمصري والكويتي، من المقرر أن الاستئناف المقابل وإن كان قد قدم رداً على الاستئناف الأصلي إلا أنه يعتبر مستقلاً عنه، فلا يتأثر بما يشوب الاستئناف الأصلي من عيوب، كالحكم ببطلان صحيفته أو تنازل المستأنف الأصلي عنه، ولا يزول بزواله، بل يبقى قائماً حتى بعد زوال الاستئناف الأصلي، ويتحول إلى استئناف أصلي وتلتزم محكمة الاستئناف بنظره والفصل فيه^(٣). أما بالنسبة للاستئناف الفرعي فإنه يترتب على الحكم بقبول التنازل عن الخصومة في الاستئناف الأصلي زوال الاستئناف الفرعي (المادة/٢٣٩) مرافعات مصري^(٤)، ولا يوجد نص مماثل في القانون اليمني يعالج هذه المسألة مما يعد

(١) النيداني، الأنصاري حسن، الرسالة السابقة، ص ٢٩١، والجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٥٩.

(٢) الحجار، حلمي محمد، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية. مرجع سابق، ص ١٦٤.

(٣) عمر، نبيل إسماعيل، الوسيط في الطعن بالاستئناف، مرجع سابق، ص ٦٥٣، والشرعبي، سعيد خالد،

الموجز، مرجع سابق، ص ٥٩٦، والجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٦٣٤.

(٤) والتي تنص على أنه: «الحكم بقبول ترك الخصومة في الاستئناف الأصلي يستتبع الحكم ببطلان الاستئناف الفرعي وتلزم المحكمة بمصاريفه من ترى إلزامه بها من الخصوم بناء على ما تبيّنه من ظروف

قصوراً تشريعياً يجب تلاشيهِ .

ومع ذلك فقد قضت المحكمة العليا اليمنية^(١) على أن: «الاستئناف الفرعي تابع للاستئناف الأصلي وجوداً وهدماً والتنازل عن الاستئناف الأصلي يسقط الاستئناف الفرعي بقوة القانون» .

وترتيباً على ذلك فإن الاستئناف الفرعي يرتبط بالاستئناف الأصلي وجوداً وهدماً، فالاستئناف الفرعي تابع للاستئناف الأصلي يبقى ببقائه ويزول بزواله، فإذا تم التنازل عن الاستئناف الأصلي فإن ذلك يسقط الاستئناف الفرعي بقوة القانون. أما الاستئناف المقابل له كيانه المستقل عن الاستئناف الأصلي، فإنه لا يزول بزواله، فتنازل المستأنف الأصلي عنه لا يؤثر على وجود الاستئناف المقابل الذي يمكن أن يتحول إلى استئناف أصلي^(٢).

ثالثاً: أثر التنازل عن الخصومة أمام محكمة الالتماس أو المحكمة العليا (النقض أو التمييز):

اقتصرت القوانين محل المقارنة في تنظيمها لموضوع التنازل عن الخصومة على تحديد قواعد هذا التنازل أمام محاكم أول درجة وأمام محاكم الاستئناف دون أن يمتد هذا التنظيم إلى التنازل عن الخصومة أمام غيرها من المحاكم، سواء في إجراءاته أو في آثاره، مما استنبط منه الفقه والقضاء ضرورة إخضاع هذا التنازل للقواعد العامة الواردة في قانون المرافعات، كما أن أثر تعدد الأطراف في حالة التنازل عن الخصومة. ومع ذلك ذهب الفقه إلى أنه يترتب على قبول التنازل عن الخصومة أمام المحكمة العليا (النقض أو التمييز) زوال الخصومة بكل إجراءاتها، دون المساس بالحكم المطعون فيه، وعودة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الطعن، مع إلزام التارك بالمصاريف، ويتم

الدعوى وأحوالها» .

(١) طعن تجاري رقم (٢٢٥١٩) لسنة ١٤٢٦هـ، جلسة ١٨ / ٤ / ٢٠٠٥م، القواعد القانونية والقضائية الصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، العدد (٦)، ط٢، ٢٠١٤م، ص ١٠٠، (الذي ورد ضمن أسبابه: «فقد تبين أن نعي الطاعن في محله، فالاستئناف المرفوع من المطعون ضده يعد استئنافاً فرعياً، لأن المطعون ضده رفعه بعد انتهاء المدة القانونية للطعن بالاستئناف الأصلي، وخلال مدة (١٥) يوماً من تاريخ علمه بالاستئناف الأصلي، ولذلك فإن هذا الاستئناف يدور وجوداً وهدماً مع الاستئناف الأصلي، وبما أن الطاعن قد تنازل عن الاستئناف الأصلي وفقاً لما ورد في الحكم المطعون فيه، لذلك فإنه يترتب على ذلك زوال الاستئناف الفرعي تبعاً لزوال الاستئناف الأصلي، وذلك تطبيقاً للمادة (٢٨٦) مرافعات، ومن ثم لا مجال أمام الشعبة الاستئنافية لمناقشة ما جاء في أسباب الاستئناف الفرعي»).

(٢) صادق العري، مرجع سابق، ص ٤٤٤.

تحديد حالة الخصوم عقب إثبات الترك بالنظر إلى نوع المحكمة الصادر منها الحكم المطعون فيه بالنقض^(١).

بخصوص آثار التنازل (ترك) الخصومة أمام محكمة الالتماس ينبغي التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: إذا ترك الطاعن الخصومة قبل أن تقضي المحكمة بقبول الالتماس، وفي هذا الفرض تسقط إجراءات الالتماس ويظل الحكم المطعون فيه قائماً.

الفرض الثاني: إذا ترك الطاعن الخصومة بعد قبول الطعن بالالتماس، وفي هذا الفرض ونظراً لما يترتب على الحكم بقبول الطعن بالالتماس من زوال الحكم الملتمس فيه فإنه ينبغي التفرقة بين حالتين:

الأولى: إذا كان الالتماس مرفوعاً أمام محكمة أول درجة، وفي هذه الحالة يزول الحكم الصادر من هذه المحكمة ويعود الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى.

الثانية: إذا كان الالتماس مرفوعاً أمام محاكم ثاني درجة فإنه يترتب على قبول الالتماس زوال خصومة الالتماس وبقاء حكم محكمة أول درجة الذي كان مطعوناً فيه بالاستئناف قائماً، ولا يجوز استئنافه لأنه بطبيعته لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف مرة أخرى، ومع ذلك يجوز الطعن فيه بالالتماس إذا كان الميعاد قائماً^(٢).

(١) أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع، ص ٧٢٦، رفاعي، محمد السيد، الرسالة السابقة، ص ٥٠٧، بركات، علي، النظام القانون لترك الخصومة، مرجع سابق، ص ٢٣١، الشرعبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٥٠٦.

(٢) أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص ٧٢٦.

الخاتمة

أولاً: النتائج؛

- تبين من خلال البحث أن التنازل عن الخصومة ليس عقداً أو اتفاقاً بين أطراف الخصومة، وإنما هو تصرف إجرائي من تلك التصرفات التي تتم أمام القضاء بقصد إحداث أثر قانوني معين، لذا عرفناه بأنه هو تنازل المدعي عن الخصومة التي أنشأها، وإعلان إرادته في إنهاء إجراءاتها، دون صدور حكم في موضوعها، وذلك بالشكل والشروط التي يتطلبها القانون.
- تبين من خلال البحث أن القوانين محل المقارنة عدا القانون اللبناني حرصت على بيان الشكل الذي يتم فيه التنازل عن الخصومة، وتحديد الطرق التي يمكن بها التنازل عن الخصومة على سبيل الحصر، حتى لا يكون حصول التنازل أو عدم حصوله مثاراً لنزاع يتفرع عن النزاع الذي رفعت به الدعوى.
- أكد البحث أن التنازل عن الخصومة وإن اشتبه مع غيره من صور التنازل التي تتم أمام القضاء، كالتنازل عن الحق في الدعوى والتنازل عن أحد إجراءات الخصومة، والتنازل عن الحكم القضائي بعد صدوره إلا أنه يختلف عنها في كونه تنازلاً عن مجموعة الإجراءات التي تمت في الدعوى بما يزيل الخصومة التي انعقدت بشأنها دون أن يمس هذا التنازل الحق موضوع الدعوى، وهذا التنازل وإن كان جائزاً بحسب الأصل في جميع الدعوى المدنية المرفوعة أمام جميع جهات المحاكم إلا أنه غير جائز كما هو الشأن عند التنازل عن الخصومة أمام محكمة الاستئناف بعد فوات ميعاد الطعن.
- تبين من خلال البحث أن القانونين اللبناني واليمني اتفقا في التعبير على اصطلاح «التنازل» وهذا الاصطلاح أصدق في التعبير عن اصطلاح «الترك» الذي استعمله كل من المقنن المصري، والكويتي، لأن التنازل عن الخصومة هو إجراء إيجابي بالفعل بينما الترك هو أمر سلبي بحث لا يتماشى مع حقيقة إجراءات ذلك التنازل.
- توصل البحث إلى أنه يلزم لصحة التنازل عن الخصومة باعتباره تصرفاً قانونياً إجرائياً أن يصدر من المدعي أو من في حكمه، كالمستأنف والمتدخل اختصاصياً، وأن يكون هذا الطلب حقيقياً واضحاً لا لبس فيه، وأن يصدر عن إرادة حرة واعية غير

مشوبة بعيب من عيوب الرضاء، وأن يتم هذا التنازل أثناء سير الخصومة وحتى قفل باب المرافعة، وألا يكون متوقفاً على شرط أو مقترناً بتحفظات تتعارض مع الغرض من التنازل، وألا يكون المتنازل قد ارتكب غشاً أو قصد من طلبه مجرد الكيد بأحد الخصوم المدعى عليهم، وأن يتم التنازل بإحدى الطرق التي نص عليها القانون.

- توصل البحث إلى أن حق المدعي في التنازل عن الخصومة حق كغيره من الحقوق ليس مطلقاً، وإنما هو مقيد بألا يضر بالطرف الآخر في الخصومة وهو المدعى عليه، فقد تتعلق مصلحته هو الآخر بالخصومة، ويرغب في مواصلة السير فيها لحين الفصل في موضوعها، فقد حرصت القوانين محل المقارنة على تجسيد مبدأ المساواة أمام القضاء وعلى ضمان حقوق ومصالح المدعى عليه في الخصومة، وبالمقابل أيضاً فإن حق المدعى عليه في رفض التنازل ليس مطلقاً، وإنما مقيد بألا يتعسف في استعمال هذا الحق ويخرج به عن الهدف المحدد له وهو حماية مصالحه المشروعة في الإبقاء على الخصومة.

- توصل البحث إلى أن القوانين الإجرائية محل المقارنة لم تحدد لقبول المدعى عليه شكلاً معيناً كما عملت في طلب التنازل من المدعي، لذا أجاز الفقه والقضاء القبول الضمني الذي يتم بطريقة مؤكدة عن موافقة المدعى عليه على التنازل عن الخصومة الذي أبداه المدعي.

- أكد البحث أن التنازل عن الخصومة وإن كان من العوامل أو الأسباب الإرادية لانقضاء الخصومة بغير حكم في موضوعها، إلا أن ذلك لا يعني انعدام سلطة المحكمة في هذا الصدد، وإنما يظل دورها إيجابياً حتى ولو كان التنازل تم نتيجة لعرض من المدعي وقبول من المدعى عليه، لأنه يقع على عاتق المحكمة التأكد من توافر شروط فعل التنازل وتوافر شروط القبول.

- توصل البحث إلى أن الحكم بإثبات التنازل، هو حكم قضائي بالمعنى الصحيح ولو صدر بإقرار موقف الخصوم أو إثبات توافقهم بشأن التنازل، فهو حكم تقريري يجوز فيه الطعن فور صدوره بوصفه حكماً إجرائياً منهياً للخصومة، أما الطعن في حالة الحكم برفض إقرار التنازل لا يجوز الطعن فيه فور صدوره بوصفه حكماً صادراً قبل الفصل في الموضوع. وآثار التنازل عن الخصومة تحقق بمجرد توافر شروطه وليس من تاريخ الحكم به باعتبار أن هذا الحكم يقرر حالة موجودة سلفاً ولا ينشئ حالة جديدة.

- أكد البحث أن التنازل عن الخصومة أمام محكمة أول درجة يزيل الخصومة ويزيل ما اتخذ فيها من إجراءات وما قدم فيها من طلبات منذ رفعها وحتى لحظة تحقق شروط التنازل، ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة وإنما ذات أثر نسبي، سواء من الناحية الشخصية أو من الناحية الموضوعية، فلا يؤثر التنازل إلا على الخصومة أو الطلب الذي تم التنازل عنه، ولا يؤثر إلا على المدعي الذي تنازل والمدعى عليه الذي قبل ولكن ذلك لا يؤثر على الحق الذي رفعت من أجله الدعوى، فيحق لمن تنازل عن الخصومة أن يعاود المطالبة بذات الحق في مواجهة ذات الخصم، كما يحق له الاستناد إلى ما تم اتخاذه في الخصومة المتنازل عنها من إجراءات الإثبات طالما كانت صحيحة في ذاتها. كما تنطبق نفس الآثار إذا تم التنازل عن الخصومة أمام الاستئناف، مع ملاحظة أن حصول التنازل عن الخصومة في الاستئناف لا يؤثر على الاستئناف المقابل نظراً لاستقلاله وإنما يؤثر على الاستئناف الفرعي نظراً لتبعيته للاستئناف الأصلي فيزول بزواله.
- توصل البحث إلى أن القوانين محل المقارنة عدا اليمني حرصت على حث وتشجيع المتقاضين بالمبادرة بإنهاء خصومتهم في أقصر وقت، فنصت على إعفاء المتنازل عن الخصومة من بعض الرسوم القضائية إذا كان قد أبدى رغبته في التنازل في بداية الخصومة وقبل شغل القضاء والمدعى عليه بها. بخلاف القانون اليمني فلم ينص على التخفيف من قيمة الرسوم القضائية إذا أبدى المتنازل رغبته في التنازل عن الخصومة في بداية الخصومة أو الجلسات التالية. على الرغم من أهميته.
- أكد البحث أن القوانين محل المقارنة اتفقت على أن التنازل عن الخصومة - كقاعدة عامة - يزيل الخصومة بكل ما قدم إليها من طلبات وما اتخذ فيها من إجراءات، سواء اتخذت من جانب الخصوم أو من جانب المحكمة، بحيث يعود الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل رفعها. ومع ذلك استثنت القوانين محل المقارنة عدا القانون اليمني - لاعتبارات مختلفة - من هذه القاعدة، بعض الأعمال التي تظل سارية المفعول على الرغم من التنازل عن الخصومة التي اتخذت فيها، كالحق المرفوعة به الدعوى، الأحكام القطعية الصادرة، الإقرارات الصادرة من الخصوم، أو الأيمان التي حلفوها، إجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت، ما لم تكن باطلة في ذاتها، فيمكن الاستفادة بها في خصومة جديدة تجنباً لتكرار القيام بها احتراماً لمبدأ الاقتصاد في الخصومة. ولا يوجد نص في القانون اليمني مماثل ينظم تلك الاستثناءات.

ثانياً: الاقتراحات:

- رتبت بعض القوانين محل المقارنة كالقانون المصري على الحكم بقبول التنازل عن الخصومة في الاستئناف الأصلي زوال الاستئناف الفرعي، فالحكم بقبول ترك الخصومة في الاستئناف الأصلي يستتبع الحكم ببطلان الاستئناف الفرعي، وتلزم المحكمة بمصاريفه من ترى إلزامه بها من الخصوم بناء على ما تبينه من ظروف الدعوى وأحوالها. ولا يوجد نص مماثل في القانون اليمني يعالج هذه المسألة مما يعد قصوراً تشريعياً يجب تلاشيه. لذلك يقترح الباحث على المقنن اليمني بتقرير نص مماثل كما عمل المقنن المصري، وعلى أن يكون النص المقترح «الحكم بقبول التنازل عن الخصومة في الاستئناف الأصلي يستتبع الحكم بسقوط الاستئناف الفرعي وتلزم المحكمة بمصاريفه من ترى إلزامه بها من الخصوم بناء على ما تبينه من ظروف الدعوى وأحوالها».
- يقترح الباحث على المقنن اليمني أن يستحدث نصاً يعفي المتنازل عن الخصومة أو عن الحق الدعوى - سواء أكان في الجلسة الأولى أو في جلسات تالية - بنسبة ٥٠٪ من الرسوم القضائية المستحقة، وذلك من لمة من أهمية في تشجيع الخصوم على إنهاء النزاع بينهم بالتنازل أو الترك أو الصلح، لما يحققه ذلك من آثار اجتماعية واقتصادية وقانونية.
- يقترح الباحث على المقنن اليمني أن يستحدث نصاً صريحاً ينظم الاستثناءات المترتبة عن التنازل عن الخصومة وأن يكون النص المقترح: «يترتب على التنازل إلغاء جميع إجراءات الخصومة بما في ذلك إجراء رفع الدعوى ويستثنى من ذلك أثر مرور الزمن على سماعها ولكنه لا يمس الحق المرفوعة به الدعوى، ولا الأحكام القطعية الصادرة فيها ولا الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها على أن هذا لا يمنع الخصوم من التمسك بإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت، ما لم تكن باطلة في ذاتها».

المراجع

أولاً: المراجع القانونية العامة:

- ١- أبو الوفا، أحمد، (١٩٨٩م): نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٦.
- ٢- أبو الوفا، أحمد، (١٩٧٠م): المرافعات، دارالمعارف، مصر، ط١٠.
- ٣- أبو الوفا، أحمد، (١٩٨٠م): نظرية الدفع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط٦.
- ٤- الجبلي، نجيب، (٢٠٠٨م): قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، ط١.
- ٥- جميعي، عبد الباسط، وإبراهيم، محمد محمود، (١٩٧٨م): مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة.
- ٦- الحجار، حلمي محمد، (٢٠٠٢م): الوسيط في أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي، بيروت، ج٢، ط٥.
- ٧ [راغب، وجدي، (٢٠٠١م): مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣.
- ٨- سعد، إبراهيم نجيب، (١٩٨٠م): القانون القضائي الخاص، ج٢، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٩- سيف، رمزي، (١٩٧٤م): قانون المرافعات الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، الكويت.
- ١٠- الشرعبي، سعيد خالد، (٢٠٠٥م): الموجز في أصول قانون القضاء المدني، مركز ومكتبة الصادق، صنعاء.
- ١١- الشرفي، إبراهيم محمد، (٢٠٢١م): الوجيز في شرح قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء.
- ١٢- صاوي، أحمد السيد، (٢٠١٠م): الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ١٣- عبد العزيز، محمد كمال، (١٩٧٨م): تقنين المرافعات، مكتبة وهبة، القاهرة، ط٢.
- ١٤- العري، صادق، (٢٠٢٢م): الوجيز في أصول قانون المرافعات اليمني، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط٣.
- ١٥- العشماوي، محمد وعبد الوهاب، قواعد المرافعات في القانون المصري، ج٢، مكتبة الآداب، ١٩٥٨م.

- ١٦- عمر، نبيل إسماعيل، (٢٠٠٠م): الوسيط في الطعن بالاستئناف، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ١٧- عمر، نبيل إسماعيل، (٢٠٠٩م): قانون أصول المحاكمات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- ١٨- القعيطي، علي صالح، (٢٠٠٢م): الوجيز في شرح قانون المرافعات اليمني، الجيل الجديد، صنعاء.
- ١٩- محمود، سيد أحمد، (٢٠٠٨م): التقاضي بقضية وبدون قضية، دار الفكر والقانون، المنصورة.
- ٢٠- مرعي، عبدالله، (٢٠٢٠م): شرح قانون المرافعات اليمني، مركز الصادق، صنعاء، ط٣.
- ٢١- مسلم، أحمد، (١٩٧٨م): أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة.
- ٢٢- مليجي، أحمد، (٢٠٠٢م): التعليق على قانون المرافعات، ج٣، ط٣.
- ٣٣- نصر الدين، محمد كمال، (١٩٩٠م): عوارض الخصومة، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٢٤- النمر، أمينة مصطفى، (١٩٩١م): الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٢٥- النمر، أمينة، (١٩٨٨م): أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، مصر.
- ٢٦- هاشم، محمود، (١٩٩٠م): قانون القضاء المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج٢، دار الفكر العربي، القاهرة.
- ٢٧- هندي، أحمد، (١٩٨٩م): أصول المحاكمات المدنية، لبنان.
- ٢٨- هندي، أحمد، (٢٠٠٦م): قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ٢٩- والي، فتحي، (٢٠٠٨م): الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة.
- ٣٠- والي، فتحي، (١٩٧٥م): مبادئ قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢.

ثانياً: المراجع القانونية المتخصصة:

- ١- أبو يونس، محمد باهي، (٢٠٠٧م): انقضاء الخصومة الإدارية بالإرادة المنفردة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ٢- بركات، علي رمضان، (٢٠٠٩م): التنظيم القانوني لتترك الخصومة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٣- راغب، وجدي، (١٩٧٦م): دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، بحث

- منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، العدد (١) لسنة ١٨.
- ٤- رفاعي، محمد السيد، (٢٠١٠م): التنازل عن الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة الزقازيق، مصر.
- ٥- النيداني، الأنصاري حسن، (٢٠٠٩م): التنازل عن الحق في الدعوى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ٦- النيداني، الأنصاري حسن، (١٩٩٦م): مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه قدمت لكلية الحقوق، بجامعة المنوفية، مصر.

ثالثاً: القوانين:

- ١- قانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني منشور في الجريدة الرسمية العدد (١٧) لسنة ٢٠٠٢م، وتعديلاته بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢) لسنة ٢٠١٠م، والقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢) لسنة ٢٠٢١م.
- ٢- القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م بشأن قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري وتعديلاته.
- ٣- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣م وتعديلاته.
- ٤- مرسوم بالقانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠م، بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي. وتعديلاته.
- ٥- القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م وتعديلاته.
- ٦- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م.
- ٧- قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م.

رابعاً: القواعد القضائية:

- ١- مجموعة القواعد القانونية والقضائية الصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية العدد (٦)، ط٢، ٢٠١٤م.
- ٢- مجموعة القواعد القضائية الصادرة عن المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية.



البحر والدرر
القضاء والقانون

الاستشكال في تنفيذ الأحكام الجنائية في القانون اليمني

القاضي / هارون حافظ محمد الفرح

مجلة
البحر والدرر
القضاء والقانون

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، أما بعد: فإن من المعلوم أن التنفيذ الجنائي من الواجبات الشرعية والقانونية الملقاة على عاتق النيابة العامة، ذلك أن التنفيذ هو ثمرة صدور الأحكام والهدف والغاية من صدورهما وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وتنفيذ الأحكام الجنائية تتحقق تلك الثمرة وتتحقق المقاصد الشرعية من صدور الأحكام في ردع المجرمين وإصلاحهم وتأهيلهم وردع غيرهم ممن قد تسول له نفسه ارتكاب مثل هذه الجرائم التي تخل بالأمن والاستقرار للمجتمع، وكذلك إعادة الحقوق إلى أهلها، وجبرهم بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهم.

أولاً: موضوع البحث:

هو الاستشكال في تنفيذ الأحكام الجنائية في القانون اليمني.

ولا شك في أن النيابة العامة عند قيامها بأعمال التنفيذ يجب عليها أن تكون حريصة على تطبيق القانون، وذلك من خلال الضمانات التي كفلها القانون للمحكوم عليه، إذ أنها إحدى أهم تلك الضمانات كونها هيئة من هيئات القضاء، ويعتبر اختصاصها بالتنفيذ ضماناً أساسية للمحكوم عليه أثناء التنفيذ لما للعاملين في النيابة من خبرة ودراية في فهم القانون وتطبيقه التطبيق الصحيح ورعاية حقوق وحرريات المواطنين.

وإن من أهم الضمانات للمحكوم عليهم أثناء التنفيذ الحق في الاعتراض والمنازعة على إجراءات التنفيذ إذا كانت مخالفة للقانون وذلك بتقديم المنفذ ضده دعوى الاستشكال بالتنفيذ الذي يعتبر من أهم موضوعات التنفيذ الجنائي، والذي أفرد له المقنن اليمني أحكاماً خاصة في المواد القانونية (٥٢٩-٥٣١) من قانون الإجراءات الجزائية.

ثانياً: الهدف من هذا البحث:

إن الهدف والأهمية من هذا البحث: هي الإلمام بالأحكام القانونية ومعالجة القصور التشريعي الموجود في أحكام الاستشكال في القانون اليمني، إذ هناك ثمة إشكالات تتعلق بهذا من الناحية النظرية والعملية.

ثالثاً: مشكلة البحث:

وتكمن مشكلة موضوع هذا البحث في وجود إشكالات نظرية وأخرى عملية، فأما النظرية فتتمثل بوجود قصور تشريعي حيث اقتصر المقنن على تنظيم أحكام الاستشكال في ثلاث مواد قانونية مما أوجد فراغاً تشريعياً بهذا الخصوص ومن أهم تلك الإشكالات: أن القانون لم ينص على تعريف الاستشكال تعريفاً قانونياً وإنما ترك ذلك للفقهاء والقضاء، ولم يحدد الأسباب التي يبني عليها الاستشكال، كما أسند المقنن نظر الاستشكال إلى المحكمة التي أصدرت الحكم في نص المادة (٥٢٩) إجراءات ولم يحدد متى تختص المحكمة الابتدائية ومتى تختص المحكمة الاستئنافية بذلك، وهل تختص المحكمة العليا بذلك أم لا، كما أن النصوص القانونية لم تتضمن طرق الطعن في الحكم الصادر في الاستشكال وهل يطعن به أمام محكمة الاستئناف والمحكمة العليا أم يعتبر الحكم الاستئنافي غير قابل للطعن، كما هو الحال في المنازعات المدنية الوقتية في قانون المرافعات والتنفيذ المدني النافذ، بالإضافة إلى أن القانون قد حدد بأن دعوى الاستشكال ترفع عن طريق النيابة العامة واستثنى من ذلك الأحكام المالية إذا رفعت من الغير، فإنه يتم رفع الاستشكال إلى المحكمة مباشرة ولم تشر النصوص القانونية إلى الكيفية التي يتم فيها رفع الاستشكال المتعلق بالجانب المدني في الحكم الجنائي، وغير ذلك من الإشكالات النظرية التي سوف نوضحها في ثنايا هذا البحث.

أما الإشكالات العملية المتعلقة بإشكالات التنفيذ فإن النيابة العامة قد تحتاج إلى رفع إشكال إلى المحكمة من تلقاء نفسها لضرورة تقتضي ذلك ومنها: عدم وجود نص قانوني يتعلق بالمسألة الشرعية أو القانونية المتعلقة بموضوع التنفيذ أو يكون النص القانوني محل التطبيق محل الخلاف ولم تستطع النيابة حسم ذلك على نحو ما سوف نوضحه في محله من موضوعات البحث.

ولمعالجة تلك الإشكالات وتحقيق الهدف من هذا البحث فقد بذلت الجهد المستطاع في جمع أحكام هذا الموضوع من خلال المراجع الفقهية العامة والخاصة وأوليت النصوص القانونية بالشرح والإيضاح لأحكامها، وما تطرقت إليه التعليمات العامة بشأن ذلك بالإضافة إلى الرجوع إلى بعض أحكام محكمة النقض المصرية لتوافق النصوص القانونية اليمنية بشأن أحكام الإشكال مع النصوص القانونية المصرية مع وجود فروق بسيطة وغير جوهرية، كما أن من مشكلة البحث ندرة المراجع المتعلقة بهذا الموضوع.

رابعاً: منهجية البحث:

اتبعت في هذا البحث: أسلوب الاستقراء للأحكام الفقيه والقانونية والقضائية والتحليل لتلك الأحكام، بالإضافة إلى الانتقاد للقصور التشريعي الموجود في النصوص القانونية اليمنية والإرشاد إلى تدارك ذلك القصور.

خامساً: تقسيم البحث:

ولتحقيق الغاية والهدف المرجو من هذا البحث فقد تم تقسيمه إلى مبحثين تتعلق بأحكام الاستشكال في القانون اليمني والفقهاء القانوني والتعليمات العامة، وكذلك خاتمة البحث المتمثلة بالنتائج والتوصيات وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم الاستشكال وأنواعه وشروطه وأسبابه.

المطلب الأول: مفهوم الاستشكال وأنواعه.

المطلب الثاني: شروط قبول الاستشكال في التنفيذ الجنائي.

المطلب الثالث: الأسباب التي يبني عليها الاستشكال في التنفيذ الجنائي.

المبحث الثاني: طرق رفع الاستشكال والمحكمة المختصة بنظره وطرق الطعن فيه.

المطلب الأول: طريقة رفع الاستشكال في التنفيذ الجنائي.

المطلب الثاني: المحكمة المختصة بنظر الاستشكال.

المطلب الثالث: طرق الطعن في الحكم الصادر في الاستشكال.

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول مفهوم الاستشكال وأنواعه وشروطه وأسبابه

تمهيد وتقسيم:

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى بيان مفهوم الاستشكال في التنفيذ الجنائي عند فقهاء القانون والقضاء، وما تطرقت إليه التعليمات العامة ثم ذكر أنواع الاستشكال وبيان شروط قبوله من قبل المحكمة المختصة، بالإضافة إلى بيان الأسباب التي يبني عليها الاستشكال التي تطرق إليها فقهاء القانون والقضاء وموقف قانون الإجراءات الجزائية حول كل ما تم ذكره وذلك في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول

مفهوم الاستشكال وأنواعه

سوف نبين في هذا المطلب مفهوم الاستشكال من خلال بيان تعريفه من الناحية الفقهية والقضائية مع التنويه لما تطرقت له التعليمات العامة للنيابة العامة، وذكر أنواعه المتمثلة بالإشكال المؤقت والنهائي وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

مفهوم الاستشكال في التنفيذ الجنائي

لم يضع المقنن في قانون الإجراءات الجزائية تعريفاً للاستشكال يحدد فيه مضمون الاستشكال بما يتحقق معه التمييز بين الاستشكال وغيره وبما يحسم النزاع الفقهي في التعريفات المتعددة له، بل إنه ترك ذلك للفقه والقضاء، ولم يكن المقنن في ذلك قد انفرد عن بقية التشريعات، بل إن القوانين الإجرائية لمعظم الدول لم تضع تعريفاً قانونياً للاستشكال، وهذا ما تم استخلاصه من خلال رجوعنا لبعض المؤلفات العامة والخاصة، وبذلك فإن فقهاء القانون الذين ألفوا كتباً مستقلة أو الذين تحدثوا عن أحكام الاستشكال ضمن مؤلفاتهم المتعلقة بشرح القوانين الإجرائية لم يذكروا أن قانوناً إجرائياً في أي دولة قد وضع تعريفاً للاستشكال وإنما أوردوا جميعاً تعريف الاستشكال من الناحية الفقهية ومن الناحية القضائية، كما إن التعليمات العامة للنيابة العامة قد تعرضت لتعريف الاستشكال ولأحكامه مستمدة ذلك مما انتهى إليه القضاء المصري لا سيما ما يتعلق

بما لم يتطرق له قانون الإجراءات اليمني سواءً من حيث التعريف أو من حيث الأحكام، وسوف نبين في هذا الفرع تعريف الاستشكال من الناحية اللغوية والقضائية وفقاً لما يلي:

أولاً: تعريف الاستشكال لغةً:

معنى الاستشكال في اللغة أَشْكَلَ: (فعل) أَشْكَلَ يُشْكَلُ، إِشْكَالًا، فَهُوَ مُشْكَلٌ، والمفعول مُشْكَلٌ للمتعدّي ويقال أَشْكَلَ فلانٌ: اجتمع بأشكاله وأمثاله وأشْكَلَ الأمرُ: ائْتَبَسَ، غَمُضَ، وَأَشْكَلَ النَّصَّ: ضَبَطَهُ بِالْحَرَكَاتِ أَشْكَلَ النَّصَّ شَكْلًا تَامًا». وبذلك فإن الإشكال مصدر وهو مفرد الإشكالات ومعناه في اللغة: الأمر الغامض أو الملتبس فيه، قال صاحب معجم اللغة العربية المعاصرة والإشكال في التنفيذ: منازعة تتعلق بإجراءات تنفيذ الحكم^(١).

ثانياً: تعريف الاستشكال لدى فقهاء القانون:

لقد تعددت تعريفات فقهاء القانون للاستشكال وتعرضت تلك التعريفات للانتقادات العديدة من بعضهم البعض وذكر بعضهم أن الفقه لم ينته إلى تعريف جامع مانع يستوعب أسباب الاستشكال ويميزه عن غيره مما قد يشتبه به أو لعدم الدقة في التعريفات أو لعدم الوضوح، وذكر الدكتور مصطفى يوسف في كتابه أنه يمكن تقسيم هذه التعريفات إلى اتجاهين وهما:

الاتجاه الأول^(٢): وقد عبر أصحاب هذا الاتجاه عن تعريف الإشكال بعدت تعريفات أهمها: بأنه منازعات في التنفيذ بحيث لو صحت لأثرت فيه بأن جعلته جائزاً أو باطلاً سواء من حيث كلفيته أو كمه.

أو إنها منازعات تتعلق بهذا التنفيذ من حيث توافر شروطه أو عدم توافرها ومن حيث الشخص الذي ينفذ عليه الحكم أو ينفذ الحكم في ماله.

أو إنها عوارض قانونية تعترض التنفيذ سواءً تعلقت هذه العوارض بوجود الحكم ذاته، أو بقوته التنفيذية أو بنطاقه، أو بكيفية إجراءات التنفيذ.

الاتجاه الثاني^(٣): وقد عبر أصحاب هذا الاتجاه عن تعريف الإشكال بعدة تعريفات

(١) د. أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصر، عالم الكتب بمصر، ٢٠٠٨م، ص ١٢٢٧.

(٢) د. مصطفى يوسف، مرجع سابق، ص ١١٧.

(٣) د. مصطفى يوسف، مرجع سابق ص ١٢٥-١٢٦.

أهمها: أنه نزاع حول تنفيذ حكم يرفعه المحكوم عليه أو غيره زاعماً أن الحكم غير واجب التنفيذ أو أن التنفيذ وقع على غير من صدر عليه أو بغير الطريقة التي نص عليها القانون. أو أنه: منازعة في سند التنفيذ يتضمن ادعاء لو صح لامتنع أصلاً أو لجري بغير الكيفية التي أريد إجراؤه بها في الأصل، أو أنه: نزاع قضائي حول شرعية الحكم، أو أنه منازعة تتعلق بالقوة التنفيذية للحكم^(١).

والحقيقة أن التعريفات المتعددة للاتجاهين قد أسهما في تحديد مفهوم الإشكال وأن بعض تلك التعريفات صالح بأن يكون تعريفاً جامعاً لمفهوم الإشكال ومنها تعريف الاتجاه الأول أن الاستشكال عوارض قانونية تعترض التنفيذ سواء تعلق هذه العوارض بوجود الحكم ذاته أو بقوته التنفيذية أو بنطاقه أو بكيفية إجراءات التنفيذ، وكذلك تعريف الاتجاه الثاني الذي عرف الاستشكال بأنه: نزاع قضائي حول شرعية الحكم، مع إضافة كلمة تنفيذ الحكم ليكون التعريف الجامع للاستشكال هو: نزاع قضائي حول شرعية تنفيذ الحكم، ذلك أن هذا التعريف قد تضمن كل نزاع قضائي متعلق بمشروعية التنفيذ فخرج بذلك كل نزاع إداري يتعلق بالتنفيذ ودخل في مشروعية التنفيذ جميع الأسباب التي يبني عليها الاستشكال المتعلقة بوجود الحكم أو قوته التنفيذية أو نطاقه أو إجراءاته وخرج بذلك أي سبب يتعلق بالحكم ذاته، ذلك لأن أي سبب يتعلق بذات الحكم من حيث بطلانه أو انعدامه لا يتعلق بالتنفيذ أو إجراءاته^(٢).

ثالثاً: تعريف الاستشكال لدى القضاء:

لقد استقرت أحكام القضاء المصري على أن الإشكال في التنفيذ ليس نعيماً على الحكم، بل نعي على التنفيذ ذاته، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الإشكال «تظلم من إجراء التنفيذ وليس طريقاً من طرق الطعن في الحكم فطرق الطعن في الأحكام مبينة في القانون بيان حصر وليس الإشكال من بينها»^(٣).

وأن الإشكال هو «تظلم من إجراء تنفيذ الأحكام بشأن وقائع لاحقة على صدور الحكم تتصل بإجراء الحكم». والإشكال لا يرد إلا على تنفيذ حكم بطلب وقفه مؤقتاً حتى يفصل في النزاع نهائياً، وليس لمحكمة الإشكال التي يتحدد نطاق سلطانها بطبيعة الإشكال نفسه أن تبحث في الحكم الصادر في الموضوع من جهة صحته أو بطلانه أو بحث أوجه

(١) المرجع السابق، ص ١٢٨-١٢٩.

(٢) المرجع السابق، ص ١٣٠.

(٣) طعن رقم ١٠٥ سنة ٣٢ جلسة ١٠/٢/١٩٩٢ والمشار إليه في كتاب د. محمود سامي قزني: إشكالات التنفيذ في الأحكام الجنائية - في ضوء الفقه والقضاء، دار القومية العربية للثقافة والنشر القاهرة لعام ١٩٩٤م، ص ١٣.

تتصل بمخالفة القانون، أو الخطأ في تأويله وليس لها كذلك أن تتعرض لما في الحكم من عيوب وقعت فيه أو في إجراءات الدعوى وأدلة الثبوت فيها لما في ذلك من مساس بحجية الأحكام. «وأن الإشكال ينحصر في الحالات التي يكون فيها الحكم المستشكل في تنفيذه مطعوناً فيه ويكمن الهدف من الإشكال في وقف التنفيذ مؤقتاً لهذا الحكم حتى يفصل في النزاع نهائياً، بحيث لو صار الحكم المستشكل فيه باتاً لم يجز الإشكال»^(١).

والملاحظ أن التعليمات العامة قد عرفت الإشكال بأنه: عبارة عن دعوى تكميلية أو تظلم من إجراءات التنفيذ فقد نصت التعليمات على أنه: «الإشكال في التنفيذ دعوى تكميلية لا تهدف إلى تغيير مضمون الحكم وليس وسيلة للطعن فيه بل هو تظلم من إجراء تنفيذه، ومن ثم لا يجوز أن يبنى على تعيب الحكم بعدم الصحة أو البطلان أو مخالفة القانون». (٧٢٩م تعليمات).

وهذا التعريف مأخوذ من تعريف محكمة النقض المصرية للإشكال في التنفيذ كما سبق الإشارة إلى ذلك، وبالتالي يتضح بأن الإشكال في التنفيذ اعتراض على إجراءات تنفيذ الحكم وليس على الحكم ذاته، وأن الهدف من الاستشكال هو توقيف تلك الإجراءات مؤقتاً أو نهائياً.

الفرع الثاني

أنواع الاستشكال في التنفيذ الجنائي

من المعلوم أن الغاية من دعوى الاستشكال هي إيقاف التنفيذ لوجود سبب من الأسباب الذي يبرر ذلك، وعند توفر الشروط فيمن يتقدم بهذه الدعوى والتي سوف نبينها فيما بعد، وما يهم في هذا المقام أن الطلب المتعلق بالدعوى قد يتعلق بالمطالبة بوقف إجراءات التنفيذ مؤقتاً أو نهائياً بناءً على السبب المبرر لذلك الطلب، ولذلك فقد قسم فقهاء القانون الاستشكال إلى نوعين هما الاستشكال المؤقت والاستشكال النهائي وسوف نبين كل منهما وذلك على النحو التالي:

أولاً: الاستشكال المؤقت:

ويقصد به: الاستشكال الذي يكون الغرض منه إيقاف تنفيذ الحكم مؤقتاً حتى يتم الفصل في موضوع الدعوى أو يزول المانع القانوني من التوقيف، وهذا النوع من التوقيف غايته تأجيل التنفيذ وليس إنهاء إجراءاته، فإذا كان باب الطعن بالحكم ما زال

(١) د. مصطفى يوسف: مرجع سابق، ص ١٣٢.

مفتوحاً في الحكم محل التنفيذ وتم رفع دعوى الاستشكال عند تنفيذ الحكم المطعون فيه سواء بطرق الطعن العادية أو غير العادية وذلك لوقف تنفيذه إلى حين الفصل في الطعن المرفوع فإنه يجوز لمحكمة الإشكال أن تقضي بوقف تنفيذ الحكم مؤقتاً، أما إذا فصل في الطعن المرفوع عن الحكم قبل الفصل في الإشكال فإن الإشكال يصبح عديم الجدوى متعين الرفض، وقد قضي بأنه لما كان الطعن بالنقض من المحكوم عليه في الحكم المستشكل في تنفيذه قد قضي بعدم قبوله شكلاً وانقضت بذلك أثر وقف التنفيذ الذي قضي به الحكم الصادر في الإشكال فإن طعن النيابة العامة في هذا الحكم الأخير يكون قد أضحى عديم الجدوى متعين الرفض^(١).

كما قضي بأنه: (لما كان الطعن بالنقض في الحكم المستشكل في تنفيذه قد انتهى بالقضاء برفضه فإنه لا يكون ثمة وجه لنظر الطعن في الحكم الصادر في الإشكال لعدم الجدوى منه بصيرورة الحكم المستشكل في تنفيذه نهائياً)^(٢).

وبذلك يتضح أن الاستشكال المؤقت المتعلق بالطعن بالأحكام لا يكون مقبولاً إلا إذا لم يتم الفصل بالطعن، أما إذا تم الفصل بالطعن فلا يقبل طلب وقف التنفيذ ويستوجب رفضه.

ومن الأمثلة على الاستشكال المؤقت في القانون: أن تباشر النيابة العامة الإجراءات في حكم قد تم الطعن فيه أو أن تباشر النيابة في حكم يستوجب تقديم طلب بالتنفيذ فيه كعدم تقديم طلب تنفيذ عقوبة القصاص، أو عقوبة الدية والأرض أو كان يوجد سبب من أسباب سقوط عقوبة القصاص أو الحد، ويقتضى الأمر التوقيف واستبدال عقوبة القصاص أو الحد بالعقوبة التعزيرية، ففي هذه الحالات وغيرها يجوز رفع الاستشكال إلى المحكمة لتوقيف التنفيذ مؤقتاً، ومن باب أولى فإن على النيابة توقيف التنفيذ من تلقاء نفسها وفقاً للقانون ولا تحتاج إلى رفع الاستشكال إلى المحكمة إلا إذا أصر المحكوم عليه على ذلك^(٣).

ثانياً: الإشكال النهائي:

يقصد به الإشكال الذي يطلب فيه من المحكمة وقف تنفيذ الحكم نهائياً أو منع تنفيذه حتى بعد أن يحوز الحكم قوة الأمر المقضي به.

(١) (نقض ٣٠ ديسمبر ١٩٧٤ - مجموعة أحكام النقض - ٢٥ - ص ٨٩٩) والمشار إليه في كتاب د محمود سامي قرني: مرجع سابق، ص ١٤.

(٢) (نقض ٢٧ فبراير ١٩٧٢ - مجموعة أحكام النقض - س ٢٣ - ص ٢١٩) والمشار إليه في المرجع السابق.

(٣) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ٢٤٥.

ومن أمثلة الإشكال النهائي: طلب وقف التنفيذ نهائياً بسبب انقضاء حق الدولة في تنفيذ الحكم لحصول التقادم أو حصول العفو العام أو الخاص أو لمباشرة النيابة الإجراءات على غير المحكوم عليه أو في مال غير المحكوم عليه^(١).

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن الإشكال لا يكون إلا مؤقتاً، وقضت بأنه لا يفرق القانون في دعوى الإشكال بين طلب الإيقاف نهائي وطلب إيقاف مؤقت، إذ أن الطلب في جميع الحالات لا يكون إلا بالإيقاف المؤقت للتنفيذ^(٢).

وقد انتقد الفقه هذا القضاء بأن ما ذهبت إليه محكمة النقض هي عبارة غير مدروسة وفي غير محلها، لأن القانون يفرق بدهاءً بين الطلبين من زاوية حالة كل منهما والآثار الناجمة عن الحكم بهما^(٣).

ومن خلال التفريق بين نوعي الإشكال يتضح أن سلطة المحكمة في حالة الإشكال المؤقت تنحصر في وقف تنفيذ الحكم مؤقتاً حتى يفصل في النزاع نهائياً من محكمة الموضوع، أما في حالة الإشكال النهائي فإن سلطة المحكمة تمتد لتشمل وقف تنفيذ الحكم نهائياً.

كما أن الحكم بمنع التنفيذ أو تصحيحه يخضع لرقابة محكمة النقض من ناحية الرقابة على مخالفة القانون وصحة تطبيقه وتأويله وأيضا من ناحية الرقابة على مدى صحة الإجراءات أو بطلانها.

المطلب الثاني

شروط قبول الاستشكال في التنفيذ الجنائي

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن أي دعوى لا تقبل إلا إذا توفرت شروطها، ولما كان الاستشكال هو دعوى تكميلية أثناء التنفيذ فإنه يشترط في قبوله نفس الشروط الموضوعية للدعوى والتي تتمثل في الصفة والمصلحة، فضلاً عن شرط قابلية الحكم محل الاستشكال للطعن وسوف نبين ذلك وفقاً للفروع الآتية:

(١) المرجع السابق، ص ٢٤٥.

(٢) (نقض ٢٠ فبراير ١٩٦٢ - مجموعة أحكام النقض - س ١٣ - ص ١٧٤) والمشار إليه في كتاب د. محمود سامي

قرني: مرجع سابق، ص ١٥.

(٣) المرجع السابق، ص ١٦.

الفرع الأول

الصفة

يقصد بالصفة في الدعوى: السلطة أو الولاية في مباشرة الدعوى، ويستمدّها المدعي من كونه صاحب الحق في الدعوى التي رفعت للمطالبة بالحق، أو كونه نائباً عن صاحب الحق في حالة الصفة غير العادية، فإذا كان المدعي صاحب الحق فتكون له صفة في المطالبة به أو من يقوم مقامه كالوصي أو الولي أو من ينوب عنه كالوكيل، وقد نص قانون المرافعات على أنه: «لا ينتصب أحد خصماً عن غيره بصفته ممثلاً له في الدعاوى التي تقام إلا بوكالة أو ولاية أو وصاية». (م ٧٤ ق. مرافعات)، وإذا كان الأصل العام أن صاحب الحق هو صاحب الدعوى غير أن القانون قد يعترف بالصفة لشخص آخر غير صاحب الحق، ويطلق الفقه القانوني على الصفة إذا كانت متعلقة بالخصم بالصفة العادية، وإذا كانت الدعوى لا تتعلق بالخصم مباشرة يطلق عليها الصفة غير العادية، ومن أمثلة الصفة غير العادية: صفة النيابة العامة في رفع العديد من الدعاوى المدنية ومنها: دعوى إشهار افلاس تاجر، ودعاوى الحسبة، ودعاوى النقابات والجمعيات^(١).

كما ينبغي التمييز بين الصفة في التقاضي، وبين وكيل الخصومة (المحامي) فالمحامي لا يعد طرفاً في الخصومة إنما هو مساعد فني لأحد الخصوم ولذلك فإن زوال وكالته يترتب عليها تحديد أجل لتوكيل محام آخر أو يقرر الشخص الدفاع عن نفسه بنفسه ولا يترتب عليها وقف الخصومة أو انقطاعها، ويترتب على تخلف الصفة في الدعوى عدم قبولها، بينما يترتب على تخلف الصفة في التقاضي بطلان الإجراءات، ووسيلة التمسك لعدم توفر الصفة في الدعوى هي الدفع بعدم قبولها، أما وسيلة التمسك بعدم توفر الصفة بالتقاضي فهي الدفع ببطلان الإجراءات وهو دفع إجرائي، وإذا زالت الصفة في الدعوى أثناء سير الخصومة فتصير الدعوى غير مقبولة، لأن شروط الدعوى يجب أن تتوفر عند الحكم في موضوعها، أما زوال صفة التقاضي عن الممثل الإجرائي فيؤدي إلى انقضائها وفقاً للمادة (٢٠٧) مرافعات^(٢).

ويتضح من خلال ما سبق أن الصفة شرط أساسي وجوهري في قبول أي دعوى، سواءً كان دفعاً أو طعناً، وكذلك تعد شرطاً أساسياً وجوهرياً في مقدم دعوى الإشكال أثناء التنفيذ ويقصد بذلك: أن يكون لمقدم دعوى الإشكال حق في تقديم هذه الدعوى

(١) د. سعيد خالد علي جباري الشرعبي: الموجز في أصول القضاء المدني شرح قانون المرافعات المدني، مكتبة

الصادق، ط٤، لعام ٢٠٢٢م، ص ١٥٠.

(٢) المرجع السابق، ص ١٥٥.

ولا يكون لأي شخص ذلك الحق إلا إذا كان منفذاً ضده، أي إذا كانت إجراءات التنفيذ تتم أو قد تمت قبله فيشمل ذلك المحكوم عليه أو غيره وقد نص على ذلك قانون الإجراءات الجزائية النافذ فيما جاء فيه بأن: «كل إشكال في التنفيذ من المحكوم عليه أو من الغير ممن له مصلحة يرفع بواسطة النيابة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم» (م ٥٢٩ ق.إ.ج).

وبالتالي فإن المقنن قد حسم الأمر في النص على الشرطين الموضوعين في مقدم الإشكال، وأضاف شرطاً شكلياً وهو أن يُرفع الإشكال بواسطة النيابة العامة، كما أجاز المقنن اليمني رفع الإشكال بواسطة الغير إذا كان التنفيذ في الأحكام المالية على أموال المحكوم عليه إذا قام نزاع من غيره بشأنها فيرفع الأمر من الغير إلى المحكمة المدنية طبقاً لما هو مقرر في قانون المرافعات المادة (٥٣١) إجراءات.

كما أن الغير قد يكون منفذاً ضده إذا حصل خطأ في شخصية المحكوم عليه، أو تم التنفيذ في ماله، أو كان كفيلاً مالياً أو شخصياً وعجز عن إحضار المحكوم عليه.

والسؤال الذي يطرح نفسه لماذا اشترط المقنن أن يرفع الاستشكال من قبل النيابة العامة، والظاهر أن ذلك من أجل مصلحة المحكوم عليه فقد ترى النيابة أن الاستشكال وجيهاً وموافقاً للقانون فتأمر بوقف التنفيذ بدون حاجة إلى رفع الاستشكال إلى المحكمة إلا إذا أصر المحكوم عليه على رفعه لاستخراج حكم بذلك.

ومن خلال ما ذكر أعلاه يتضح أن الصفة شرط أساسي في تقديم ورفع الاستشكال وأن على المحكمة الحكم بعدم قبول الاستشكال إذا لم يكن لمقدم الاستشكال صفة في ذلك بأن يكون منفذاً ضده أو قائماً مقامه أو وكيلاً له فقد نص على ذلك قانون المرافعات على أن: «تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع إذا تبينت ولو من تلقاء نفسها أن لا صفة أو مصلحة فيها، في أي مرحلة من مراحل الدعوى» (م ٧٦ ق. مرافعات).

كما نص قانون المرافعات على أنه: «يقبل وكيلاً عن الخصم المحامون والأزواج والأقارب والأصهار إلى الدرجة الرابعة وتثبت الوكالة بصك رسمي معتمد أو بإقرار الموكل أمام المحكمة إذا كان حاضراً ويثبت ذلك في محضر الجلسة» (م ١١٧ ق. مرافعات).

الفرع الثاني

المصلحة

تعرف المصلحة في اللغة: بأنها ما فيه صلاح وهي ضد المفسدة. أما في الاصطلاح: فقد اختلف الفقه القانوني في ذلك فيعرف غالبية الفقه المصلحة: بأنها الفائدة أو

المنفعة التي تعود على المدعي من الحكم له قضائياً بطلباته. ويعرفها البعض الآخر: بأنها المنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقيق حماية القانون لحقه الذي حصل الاعتداء عليه أو المهدد بالاعتداء^(١).

وإذا كانت المصلحة تتضمن وجود منفعة أو فائدة لحماية الحق المعتدى عليه أو المهدد بالاعتداء فإن القانون قد اشترط في تلك المصلحة شروطاً معينة فقد نص قانون المرافعات النافذ بأنه: « لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون النافذ ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه » (م ٧٥ ق. مرافعات).

ويتضح من خلال النص السابق أن المصلحة كشرط لقبول الدعوى يجب أن يتوفر فيها شرطان هما:

الشرط الأول: أن تكون المصلحة قانونية: أي أن يكون موضوع الدعوى التمسك بحق أو مركز يحميه القانون، فيجب أن تستند الدعوى في الظاهر إلى حق أو مركز قانوني يحميه القانون، فإذا وجد القاضي توفر هذا الشرط فإن الدعوى تكون مقبولة، وإلا فإنه يحكم بعدم قبولها وذلك لأن وظيفة القضاء هي حماية النظام القانوني المتعلق بالحقوق والمراكز القانونية، وأن قبول الدعوى التي لا تستند إلى حق قانوني يعتبر تجاوز لوظيفة القضاء ومن ذلك: عدم قبول دعاوى غير المشروعة إما لمخالفتها للنظام العام كالمطالبة بدين قمار أو المطالبة بالفوائد الربوية أو كانت المصلحة في الدعوى ناتجة عن مفسدة كالمطالبة بدفع ثمن شيء محرم أو كان موضوعها تافهاً أو حقيراً، وكذلك عدم قبول الدعوى الملوثة أي الناتجة عن علاقة منافية للأداب العامة وأحكام الشرع الإسلامي، كطلب الراشي استرداد الرشوة أو طلب الخليل استرداد ما دفعة لخليلته مقابل استمرار العلاقة غير المشروعة بينهما^(٢).

الشرط الثاني: أن تكون المصلحة قائمة وحالة: ويقصد بالمصلحة القائمة والحالة: أن يكون قد وقع اعتداء على الحق أو المركز القانوني أي أن يكون الضرر قد وقع أو أنه محتمل الوقوع، فالضرر الحال: هو الذي تحقق نتيجة الاعتداء الفعلي على الحق أو المركز القانوني المدعى به، وهنا تكون للمدعي مصلحة قائمة وحالة إزالة هذا الاعتداء وإصلاح

(١) د. سعيد خالد علي جباري الشرعبي: مرجع سابق، ص ١٣٢-١٣٣.

(٢) المرجع السابق، ص ١٣٤-١٣٥، د. إبراهيم محمد الشرفي: شرح قانون المرافعات، دار الكتب الوطنية بصنعاء، ٢٠٢٢م، ص ١٦٤.

الضرر الذي تم، فإذا لم يكن هناك اعتداء على الحق فلا تكون هناك مصلحة في رفع الدعوى، ويقصد بالضرر المحتمل: الضرر الذي لم يتحقق ولكنه على وشك الوقوع أو أنه محقق الوقوع في المستقبل، ومن أمثله ذلك أي الضرر المحتمل: الدعاوى المستعجلة ودعاوى الأدلة كدعوى سماع شاهد^(١).

ومن خلال ما تم بيانه يتضح أن المصلحة شرط أساسي في أي دعوى أو دفع أو طلب سواء كانت المصلحة قائمة أو محتملة الوقوع، أي أنه قد حصل ضرر على صاحب الدعوى أو أن ذلك الضرر متوقع حدوثه أو محقق الوقوع في المستقبل، مع لزوم أن تكون المصلحة مشروعة يحميها الشرع والقانون المستمد منها.

ومما لا شك فيه أن الإشكال هو دعوى أو تظلم من إجراءات التنفيذ فيجب أن يكون لمقدم الإشكال مصلحة في توقيف التنفيذ حقيقية أو محتملة أما بتحقيق منفعة أو درء مفسدة أو ضرر محتمل، فإذا لم يكن له مصلحة فإن دعواه بوقف التنفيذ غير مقبولة، ولذلك أكد المقنن في نص المادة (٥٢٩) إجراءات جزائية بأن يكون للغير مصلحة في تقديم الإشكال تأكيداً لذلك ولا شك أن من المصلحة المعتبرة أن يكون للمستشكل حكم من القضاء بوقف التنفيذ وهذا ما أكدت عليه التعليمات العامة في نص المادة (٧٣٠) تعليمات.

كما أن المصلحة في الإشكال تنتفي إذا كانت العقوبة الجنائية قد نفذت ولم يكن هناك مجال لإعادة الحال إلى ما كان عليه كالعقوبة السالبة للحرية التي نفذت أو مبنى تم إزالته بخلاف إذا كانت العقوبة اغلاق محل فيمكن إعادة فتح المحل إذا تم توقيف التنفيذ.

وبذلك يتضح بأنه إذا لم يكن لمقدم الاستشكال مصلحة أو أن تلك المصلحة قد انتفت فإن على المحكمة الحكم بعدم قبول الاستشكال، ومن باب أولى فإن للنيابة العامة الحق في الاستمرار في التنفيذ ولو مع رفع الاستشكال إلى المحكمة لعدم وجود مصلحة في وقف التنفيذ ذلك أن الاستشكال يُعد في ذاته من باب التعسف في استعمال الحق وأن الغرض منه تأجيل التنفيذ بدون مبرر قانوني^(٢).

(١) د. سعيد خالد علي جباري الشرعبي: مرجع سابق، ص ١٣٨-١٣٩.

(٢) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ٢٤٦.

الفرع الثالث

قابلية الحكم المستشكل للطعن

لقد تضمنت التعليمات العامة للنيابة العامة في اليمن التقرير بعدم جواز الإشكال في الحكم الصادر من المحكمة العليا إذا كانت المحكمة العليا قد الغت الحكم النهائي أو عدلت فيه لأنه يكون صادراً منها وقد أصبح حكماً باتاً، وشرط الإشكال أن يكون الحكم المستشكل فيه قابلاً للطعن المادة (٧٣٢) تعليمات عامة.

كما فرقت التعليمات العامة بين الإشكال المرفوع من المحكوم عليه والإشكال المرفوع من الغير بشأن هذا الشرط، فقد نصت التعليمات العامة على أنه: «إذا كان الإشكال مرفوعاً من المحكوم عليه فيشترط في الحكم المستشكل في تنفيذه أن يكون مطعوناً فيه أو أن يكون باب الطعن فيه لايزال مفتوحاً أما إذا كان الإشكال من غير المحكوم عليه فإنه يستوي أن يكون الحكم محلاً للطعن أو أصبح باتاً لاقتصار أثر حجية الأحكام على أطرافها كما أن له أن يبني إشكاله على أسباب سابقة على الحكم ويترك الفصل في ذلك للمحكمة المختصة بنظره» (م ٧٣٦ تعليمات)^(١).

ولقد توافقت التعليمات مع الفقه القانوني والقضاء المصري في تقرير هذا الشرط من حيث أصل هذا الشرط وأن من الواجب النص عليه ضمن أحكام الإشكال في قانون الإجراءات الجزائية حتى يكون هذا الشرط له قوة تنفيذية في الواقع إذ أن التعليمات العامة لم تنص على الشرط إلا لصوابيته وأهميته في الواقع.

وإذا كان المقرر فقهاً وقضاً وجوب أن يكون الحكم المستشكل فيه قابلاً للطعن فإن ذلك بالنسبة للإشكال المؤقت في أغلب أحواله، أما بالنسبة للإشكال النهائي فإنه يجوز تقديمه حتى وإن أصبح الحكم غير قابل للطعن وبعد اكتسابه قوة الأمر المقضي به، على أنه بالنسبة للقانون قد يصح الإشكال المؤقت في التنفيذ حتى بعد صدور الحكم البات، وذلك كالإشكال في التنفيذ لظهور سبب من أسباب امتناع الحدود الشرعية، أو امتناع القصاص أثناء التنفيذ^(٢).

ومما يلاحظ أن القاضي إذا رفع له استشكال من هذا النوع فلا يجب أن يعلل لعدم قبوله عدم النص عليه في القانون إذ يمكن اعتبار هذا الشرط ضمن شرط المصلحة فإن

(١) المقصود بالتعليمات العامة هو عبارة عن قرار يصدر من النائب العام لأعضاء النيابة ومأموري الضبط القضائي بالتعليمات اللازمة لتنظيم أعمالهم كونهم تابعين للنائب العام.

(٢) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ٢٤٧.

الحكم إذا أصبح باتاً وغير قابل للطعن، فإنه لم تعد هناك مصلحة في إيقاف التنفيذ إلا على سبيل الاستثناء نحو توقيف التنفيذ لظهور سبب من أسباب امتناع تنفيذ الحد الشرعي أو القصاص، وقد تطرق قانون الجرائم والعقوبات إلى العديد من الأسباب التي يمتنع في حال توفرها تنفيذ الحد الشرعي، وذلك كتراجع الشهود عن شهادتهم في حد القذف أو حد السرقة أو عدم بلوغ المال المسروق للنصاب، وغيرها من الأسباب المبينة في أحكام الحدود الشرعية في القانون السالف الذكر وكذلك في أحكام القصاص على ما دون النفس^(١).

كما يرى بعض فقهاء الشريعة امتناع القصاص إذا طرأ الجنون على المحكوم عليه بعد صدور الحكم الواجب التنفيذ في حين يجيز بعض فقهاء الشريعة إجراء القصاص الشرعي ولو مع طروء الجنون^(٢).

ومن خلال ما ذكر حول هذا الشرط والشرطين السابقين يتضح أن شروط قبول دعوى الاستشكال تتمثل في الصفة والمصلحة وقابلية الحكم المستشكل للطعن بالإضافة إلى شرط رفع دعوى الإشكال عن طريق النيابة العامة، وأن عدم توفر أي شرط من هذه الشروط يترتب عليه الحكم بعدم قبول دعوى الإشكال، وسوف نتحدث عن شرط رفع دعوى الإشكال عند الحديث عن طرق رفع دعوى الإشكال إلى المحكمة.

المطلب الثالث

الأسباب التي يبني عليها الاستشكال الجنائي

لم يتطرق قانون الإجراءات الجزائية ضمن أحكام الاستشكال إلى بيان الأسباب التي يبني عليها، وإنما تم أخذ تلك الأسباب مما ترجح لدى فقهاء القانون وما اجتهد فيه القضاء، وسوف نبين أهم تلك الأسباب في هذا المطلب وفقاً للفروع الآتية:

الفرع الأول

عدم وجود الحكم الجنائي

لقد تطرق المقتن في قانون الإجراءات والمرافعات إلى كيفية تنفيذ الحكم ومتى يعتبر الحكم القضائي غير موجود من الناحية المادية والقانونية وسوف نشير إلى ذلك

(١) المرجع السابق.

(٢) عبدالقادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة بيروت، ط الرابعة عشرة الجزء الأول، ص ٥٩٧.

تفصيلاً بعد التطرق إلى موقف الفقه القانوني والقضاء من ذلك .

وإن مما لا شك فيه أن عدم وجود الحكم الجنائي يقتضي عدم وجوده إما من الناحية القانونية أو الناحية المادية، وقد يثور النزاع حول وجوده من الناحية القانونية: أي أنه قد استوفى خصائصه الأساسية أم لم يستوف ذلك، فإذا كان الحكم لم يستوف خصائصه الأساسية فإن للمنفيذ ضده أن يستشكل في هذا التنفيذ على أساس أنه يتم بدون وجود السند التنفيذي^(١).

وعلى ذلك فإن من البديهي أن يكون ضمن مجال الإشكال في التنفيذ الادعاء بعدم وجود حكم وأبرز صور عدم وجود الحكم الادعاء بأن الحكم الذي يراد تنفيذه هو حكم منعدم لم يستجمع صفاته الأساسية، وأن النزاع الذي يثور في هذه الحالة لا يعد نعيماً على الحكم لأنه ليس هناك حكم أصلاً، ويكون الحكم منعديماً: إذا صدر ممن فقد ولاية القضاء، كما لو كان القاضي أصدره وقد سبق عزله أو كان الحكم مزوراً، أو كان صادراً ضد متوف أو لأي سبب آخر يفقده مقومات وجوده الأساسية، كما يكون الحكم غير موجود أيضاً: إذا زال من الوجود القانوني في فترة لاحقة على صدوره فإن شرع في التنفيذ فيلزم الإشكال فيه، لأنه يكون تنفيذاً بغير سند، والأمثلة على زوال الحكم بعد صدوره عديدة منها: حالة صدور عفو شامل تضمن الجريمة التي صدر فيها الحكم أو حالة إلغاء نص التجريم الذي صدر الحكم بناء عليه أو أن يكون التنفيذ لحكم صادر بالحبس أو الغرامة مع وقف التنفيذ، فالحكم في هذه الحالات السابقة يعتبر كأن لم يكن^(٢).

كما أن الحكم يزول إذا صدر غيابياً ولم يعلن خلال المدة المقررة في تقادم العقوبة الجنائية، وكذلك إذا طعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن وألغته محكمة الطعن، فإن وجوده القانوني يزول من لحظة إلغائه فإذا شرعت النيابة في تنفيذه أو استمرت في التنفيذ فإن ذلك يكون تنفيذاً بغير سند ويجب الاستشكال فيه^(٣).

ولا شك أن الحالات السابقة المذكورة يكون فيها الحكم الجنائي غير موجود من الناحية القانونية سواء كان منعديماً أو زال بعد وجوده ولا خلاف في الفقه القانوني أن تلك الحالات تعد من أبرز الحالات التي تدخل ضمن مجال الإشكال في التنفيذ.

وإذا كان عدم وجود الحكم من الناحية القانونية يمثل وجهاً من وجوه الاستشكال فهل يعد من حالات الإشكال الادعاء بعدم وجود الحكم من الناحية المادية وبمعنى آخر

(١) د. محمود كبيش: الإشكالات في تنفيذ الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٩٢.

(٢) د. محمود كبيش: مرجع سابق، ص ٩٣.

(٣) المرجع السابق، ص ٩٤.

هل يجب أن تكون نسخة الحكم موجودة وجوداً مادياً حتى يتم التنفيذ بناء عليها.

والجواب على هذا التساؤل: ذكر الدكتور محمود كبيش في كتابه أن هناك خلافاً في الفقه والقضاء حول وصف الحكم غير المكتوب هل هو موجود أو غير موجود: فذهب بعض الفقهاء إلى أن العمل الاجرائي إذا لم يكن مكتوباً فليس له وجود، وذهب البعض الآخر إلى أن الحكم غير المكتوب يكون موجوداً، ولكن يستحيل تنفيذه لاستحالة إثباته، أو الاحتجاج به بغير الكتابة^(١).

إلا أن الآراء جميعها تفيد أن الوجود المادي للحكم شرط ضروري لتنفيذه فليس للنيابة العامة أن تنفذ الحكم متى تبين لها فقدان سند التنفيذ وهو نسخة الحكم الأصلية أو أية صورة رسمية مكانه، وقد نصت القوانين الإجرائية صراحةً حالة فقد نسخة الحكم الأصلية بأن ذلك لا يحول دون التنفيذ، وتقوم أية صورة رسمية مقامها، غير أن بعض تلك التشريعات لم تواجه صراحة حالة عدم وجود صورة رسمية للحكم، وكل ما نصت عليه في هذا الشأن هو التفرقة بين حالة استنفاذ طرق الطعن، وحالة إذا ما كانت القضية منظورة أمام محكمة النقض فأوجب عدم إعادة المحاكمة في حالة استنفاذ طرق الطعن وعلى إعادة المحاكمة إذا كانت القضية منظورة أمام محكمة النقض^(٢).

ويفهم من كل ذلك أن المعالجات في هذا الشأن تتضمن أن التنفيذ لا يكون مشروعاً إلا إذا وجدت على الأقل صورة رسمية من نسخة الحكم الأصلية وإن لم توجد وشرعت النيابة في التنفيذ كان ذلك سبباً للإشكال فيه^(٣).

ويتضح من خلال ما سبق ذكره في الفقه القانوني أن عدم وجود الحكم القضائي الواجب التنفيذ من الناحية المادية يستوجب الاستشكال في الحكم إذا شرعت النيابة في تنفيذه وأنه يقصد بعدم وجود الحكم الجنائي من الناحية المادية أنه لم يحرر ولم يوقع عليه أو أنه تم تحريره وفقد قبل تنفيذه، فإذا لم يكن ثمة حكم مكتوب أو أنه فقد قبل التنفيذ ولم يعثر على نسخة رسمية منه فإن ذلك يعد سبباً للإشكال في التنفيذ.

أما عدم وجوده قانونياً: فيعني أنه حكم منعدم لتوفر سبب من أسباب انعدام الحكم، أو أن يزول الحكم بعد صدوره كصدور عفو عام أو خاص بشأنه أو انقضاء العقوبة بالتقادم أو إلغاء الحكم من المحكمة الأعلى درجة، وغير ذلك من الحالات التي يصبح فيها الحكم كأن لم يكن من الناحية القانونية.

(١) د. محمود سامي قرني: مرجع سابق، ص ٨٣-٨٤.

(٢) نقض ٣ يونيو ١٩٤٦، مجموعة القواعد، ج ٧، رقم ١٦، ١٧١، ١٨٤) والمشار إليه في المرجع السابق ص ٩٥.

(٣) محمود سامي قرني: مرجع سابق، ص ٨٣-٩٦.

أما بشأن فقدان الحكم لمقومات وجوده الأساسية أي أن الحكم منعدم، فإن ذلك لا يعد من الحالات التي يجوز فيها تقديم دعوى الإشكال لأن المقنن قد حدد طريقاً أخرى غير طريق دعوى الإشكال وهو طريق الدفع بالانعدام أمام قاضي التنفيذ أو دعوى بالانعدام أمام المحكمة التي أصدرته، ويجب رفع الدعوى أو الدفع مع الحكم والرد إلى المحكمة العليا للفصل فيه خلال ثلاثين يوماً بحكم غير قابل للطعن مع وقف التنفيذ حتى صدور حكم من المحكمة العليا^(١).

ويعتبر الحكم القضائي منعدماً وفقاً للقانون ولا تترتب عليه أي آثار قانونية أو شرعية إذا فقد أحد أركانه المنصوص عليها في المادة (٢١٧) مرافعات والتي نصت على أن: «الحكم قرار مكتوب صادر في خصومة معينة من ذي ولاية قضائية شرعية وقانونية».

وبالتالي فإن أركان الحكم القضائي تتمثل في تحرير نسخته الأصلية والتوقيع عليها وأن يكون صادراً من ذي ولاية وبموجب خصومة معينة، فإذا لم تحرر النسخة الأصلية ولم يوقع عليها أو صدر ممن لا ولاية له في إصداره كقاضٍ تم نقله قبل حجز القضية للحكم، أو لم تنعقد الخصومة فيه لا لعدم وصول العلم بتلك الخصومة إلى المحكوم عليه بعدم إعلانه فإنه لا وجود لذلك الحكم من الناحية القانونية ولا يترتب عليه أية آثار شرعية أو قانونية وفقاً لأحكام المادة (٥٦) مرافعات والتي نصت على أنه: «إذا تعلق الانعدام بحكم قضائي أياً كانت المحكمة أو الهيئة التي أصدرته فلا يكون لهذا الحكم أي أثر شرعي وقانوني ويعتبر منعدماً إذا فقد أحد أركانه المنصوص عليها في المادة (٢١٧)»^(٢).

أما إذا زال وجود الحكم في فترة لاحقة لصدوره وباشرت النيابة العامة بتنفيذه فإن للمنفذ ضده تقديم دعوى الإشكال وطلب توقيف تنفيذه إذا لم توقف النيابة التنفيذ من تلقاء نفسها وذلك في الحالات التي سبق ذكرها كالعفو العام أو الخاص أو صدور حكم من المحكمة الدستورية بإلغاء النص القانوني الذي بني عليه التجريم والعقاب لذلك الحكم أو صدور قانون لاحق لصدوره يلغي ذلك النص الذي بني عليه الحكم في هذه الحالات وغيرها فإنه يعتبر الحكم الجنائي لا وجود له وللمنفذ ضده أن يتقدم بإشكال في التنفيذ إذا باشرت النيابة بتنفيذه^(٣).

والسؤال الذي يوضع نفسه بعد أن بينا أحكام الانعدام في القانون وكذا الحالات التي يجوز فيها الاستشكال بزوال الحكم بعد صدوره.

(١) المادة (٥٧) من قانون المرافعات النافذ وتعديلاته الأخيرة.

(٢) أ. د. سعيد خالد علي جباري الشرعبي: مرجع سابق، ص ٣٠٢-٣١٢.

(٣) د. محمود سامي قرني: مرجع سابق، ص ٨٨-٨٩.

هل اشترط المقتن في الحكم الجنائي لتنفيذه وجوده مادياً أي كتابته والتوقيع عليه وإرسال نسخه منه للنيابة للتنفيذ أم أنه لم يشترط ذلك، والجواب على ذلك أن القانون اليمني أوجب على النيابة العامة تنفيذ الأحكام الجنائية فور صدورها، ولم يشترط وجود نسخة الحكم الأصلية لتنفيذه ثم استثنى بعض العقوبات بأنها لا تنفذ فور صدورها وهي: حالات القصاص والإعدام والحدود والديات والأروش وفقاً لما نصت عليه (م ٤٧٠ ق.أ.ج).

وبالتالي فإنه لا يشترط في تنفيذ عقوبة الحبس والغرامة المحكوم بها للدولة وجود نسخة من الحكم، ويجوز تنفيذها بناء على محضر النطق بالجلسة، أما بقية العقوبات فيلزم وجود نسخة الحكم الأصلية للتنفيذ.

وبالتالي لا يصح الاستشكال بالنسبة للقانون لعدم كتابة الحكم فيما يتعلق بتنفيذ عقوبة الحبس والغرامة كون القانون قد أوجب التنفيذ فور صدور الحكم ولم يوجب التنفيذ بناء على نسخة الحكم الأصلية فقد تنفذ النيابة عقوبة الحبس بناء على محضر النطق بالجلسة أو من خلال سجل جلسات المحكمة.

أما إذا وجد الحكم مادياً ثم فقد، فإن القانون قد عالج هذا الأمر سواء كان الحكم متعلقاً بعقوبة الحبس أو الغرامة أو العقوبات الأخرى كعقوبة القصاص والإعدام وذلك بأن حدد الإجراءات التي تتبع في حالة فقد الأوراق والأحكام في الباب الثاني عشر من الكتاب الخامس في المواد (٥٥٣-٥٥٨) من قانون الإجراءات النافذ وذلك بأن جعل الأصل أن تنفيذ الأحكام بناء على المسودة الأصلية للحكم، وأن تتبع الإجراءات المحددة في القانون فقد نص قانون الإجراءات على أنه: «إذا فقدت النسخة الأصلية للحكم الصادر في المواد الجزائية قبل تنفيذه أو أوراق التحقيق كلها أو بعضها قبل صدور قرار فيه، أو إذا أتلّف أي منها فتتبع الإجراءات المقررة في المواد الآتية» (م ٥٥٣ ق.أ.ج). وتلك الإجراءات التي أشار إليها النص المذكور تتمثل بالإجراءات الآتية:

١. إذا وجدت نسخة رسمية من الحكم قامت مقام المسودة الأصلية وإذا كانت النسخة تحت يد شخص أو جهة ما تعين عليها أن تودعها دائرة كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم بناء على أمر من القاضي، فإن امتنع الحائز عن تسليمها طوعاً جاز للنيابة العامة أن تتخذ قبله تدابير الضبط والتفتيش المقررة في هذا القانون، ولمن أخذت منه النسخة الرسمية أن يطلب تسليمه صورة مطابقة لها بغير مصاريف (م ٥٥٤ ق.أ.ج).

٢. لا يترتب على فقد نسخة الحكم الأصلية إعادة المحاكمة متى كانت طرق الطعن في الحكم قد استنفذت، ويجري التنفيذ بمقتضى منطوق الحكم الثابت في محضر الجلسة أو في مسودة القضاء أو في دفتر رسمي أو ورقة رسمية أخرى (م ٥٥٥ ق.أ.ج).

٣. إذا كانت القضية منظورة أمام المحكمة ولم يتيسر الحصول على صورة من الحكم تقضي المحكمة بإعادة المحاكمة متى كانت جميع الإجراءات المقررة للطعن قد استوفيت (م ٥٥٦ ق.أ.ج).

٤. إذا فقدت أوراق التحقيق كلها أو بعضها قبل صدور قرار فيه، يعاد التحقيق فيما فقدت أوراقه، وإذا كانت القضية مرفوعة أمام المحكمة تتولى هي إجراء ما ترى من التحقيق (م ٥٥٧ ق.أ.ج).

٥. إذا فقدت أوراق التحقيق كلها أو بعضها وكان الحكم موجوداً والقضية منظوره أمام المحكمة العليا فلا تعاد الإجراءات، إلا إذا رأت المحكمة محلاً لذلك (م ٥٥٨ ق.أ.ج).

وبالتالي فإنه لا محل للإشكال في القانون إذا فقدت نسخة الحكم الأصلية وتم التنفيذ بموجب منطوقه الثابت في محضر الجلسة أو الثابت في مسودة القضاء أو في دفتر رسمي أو ورقة رسمية إذا كانت طرق الطعن في الحكم قد استنفذت، أي لم يعد الحكم الواجب التنفيذ محل طعن فيه بأي وجه قانوني أو كان الحكم الواجب التنفيذ لا يزال محل طعن ووجدت نسخة رسمية منه تم التنفيذ بموجبها فلا محل للإشكال أيضاً لأن النسخة الرسمية تقوم مقام النسخة الأصلية ومقام المسودة وبناء على ما سبق فإنه لا محل للإشكال فيما يتعلق بفقد النسخة الأصلية، إلا إذا كان الحكم الواجب التنفيذ الذي فقدت نسخته الأصلية لا يزال محل طعن، ولم يتم العثور على نسخة رسمية منه وباشرت النيابة التنفيذ بموجب منطوق الحكم أو مسودته أو أي دفتر أو أي ورقة رسمية أخرى^(١).

(١) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ٢٥١.

الفرع الثاني

عدم حيازة الحكم للقوة التنفيذية

يقصد بعدم حيازة الحكم للقوة التنفيذية: أن يكون غير واجب التنفيذ^(١).

فإذا كان الحكم غير واجب التنفيذ فإن ذلك يُعد سبباً جوهرياً للاستشكال فيه وتوقيف إجراءات التنفيذ.

ومن المعلوم أن طبقات المحاكم في اليمن هي: المحاكم الابتدائية، والمحاكم الاستئنافية، والمحكمة العليا، وقد يكون الحكم في الواقعة الجنائية صادراً من المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية أو المحكمة العليا، فما هو الحكم القضائي الواجب التنفيذ الذي يجب على النيابة مباشرة إجراءات تنفيذه بمجرد صدوره؟ هل هو الحكم الابتدائي أم الحكم الاستئنافي أم الحكم الصادر من المحكمة العليا؟ لا بد من الإشارة أولاً قبل الإجابة على السؤال إلى أن الأحكام القضائية تتعدد أوصافها وأقسامها فتقسم من حيث موضوع النزاع إلى أحكام فاصلة في النزاع وأحكام تمهيدية غير فاصلة فيه، ومن حيث صدورها في مواجهة المحكوم عليه إلى أحكام حضورية وأحكام غيابية ومن حيث قابليتها للطعن وصلاحياتها كسند للتنفيذ إلى ابتدائية ونهائية وباتة^(٢).

ووفقاً لأحكام الإجراءات في القانون فإن الأحكام الواجبة التنفيذ هي الأحكام النهائية أو الباتة وقد بين ذلك قانون الإجراءات الجزائية النافذ بما نصه: «لا يجوز تنفيذ العقوبات والتدابير المقررة بالقانون لأية جريمة إلا بمقتضى حكم قضائي نهائي واجب التنفيذ صادر من محكمة مختصة» (م٤٦ق.إ.ج).

وبذلك فإن الحكم النهائي: هو الحكم الواجب التنفيذ قانوناً من حيث الأصل، وقد عرف المقنن في المادة الثانية من قانون الإجراءات الحكم النهائي بأنه: «الحكم الذي استنفذ طريق الطعن بالاستئناف أو مضت مواعيده دون الطعن فيه بهذا الطريق». كما عرف الحكم البات بأنه: «الحكم الذي استنفذ طريق الطعن بالنقض أو مضت مواعيده دون الطعن فيه بهذا الطريق».

فالحكم النهائي الواجب التنفيذ: هو الحكم الجنائي الصادر من المحكمة

(١) محمود سامي قرني: مرجع سابق، ص ٩٠.

(٢) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ١٧٣، حسن علي مجلي: المحاكمة مع أهم المبادئ القانونية والقضائية، مرجع سابق، ص ٣٦، د. أمين عبده دهمش: المحاكمة والطعن في الأحكام في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، دار الفكر المعاصر، عام ٢٠١٤م، ص ١٦٨.

الاستثنائية أو الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية ولم يتم الطعن فيه بالاستئناف، وقد استثنى المقتن بعض الوقائع والحالات فأوجب تنفيذ الحكم الابتدائي فيها فوراً ولو مع استئنافه، وقد بين أحوال ذلك الاستثناء قانون الإجراءات فيما نصه: «تكون الأحكام الصادرة بالعقوبات السالبة للحرية واجبة التنفيذ فوراً ولو مع حصول استئنافها في الأحوال الآتية:

- إذا كان الحكم صادراً في جريمة وقعت على أموال الدولة أو إحدى الهيئات العامة أو التي تساهم فيها الدولة أو أي شخص.
- إذا كان الحكم صادراً في جريمة سرقة لم تتوفر فيها شروط الحد.
- إذا كان المحكوم عليه ليس له محل إقامة معروف في البلاد.
- إذا كان الحكم صادراً على متهم فار متى سلم أو قبض عليه مع سماع ماله من طعن وارد على الحكم.
- إذا كان الحكم صادراً على متهم محبوس احتياطياً على ذمة القضية ما لم ينص الحكم على إخلاء سبيله بكفالة شخصية أو مالية.
- إذا أمرت المحكمة بالنفاذ لأي سبب يبرر ذلك» (م ٤٧٥ ق.إ.ج).

كما استثنى المقتن بعض العقوبات فلم يجز تنفيذ الأحكام الصادرة فيها إلا بعد نظرها من المحكمة العليا وبعد المصادقة عليها من رئيس الجمهورية، وهي عقوبات الإعدام، والقصاص، والحدود، وكذا الديات، والأروش، وقد بين ذلك الاستثناء قانون الإجراءات بما نصه: «فيما عدا حالات القصاص والدية والأرش يكون تنفيذ الأحكام الجزائية فور صدورهما بواسطة النيابة العامة ما لم يوقف تنفيذها من المحكمة الأعلى درجة ويستثنى من ذلك أحكام الإعدام والحدود فلا تنفذ إلا وفق القواعد المنصوص عليها في الباب الخاص بها من هذا القانون، ويجب على النيابة العامة أن تبادر إلى تنفيذ الأحكام الصادرة بالقصاص والدية والأرش متى طلب المجني عليه وورثته ذلك بعد العرض على رئيس الجمهورية ليصدر الأمر بالتنفيذ، ولها في جميع الأحوال الاستعانة بالسلطات العامة والقوات المسلحة ويكون تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعوى المدنية وفقاً لما هو مقرر في قانون المرافعات» (م ٤٧٠ ق.إ.ج).

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح بأن الأحكام الواجبة التنفيذ وفقاً لأحكام قانون الإجراءات اليمني هي الأحكام الآتية:

- الأحكام الجنائية الابتدائية: تكون واجبة التنفيذ في حالتين هما: الحالة الأولى: إذا

أصبح الحكم الابتدائي نهائياً لحصول الموافقة عليه والتشريف له صراحة من قبل المحكوم عليه أو ضمناً من خلال عدم الطعن فيه بالاستئناف فطالما تم تشريف الحكم الجنائي، أو لم يتم الطعن فيه بالاستئناف فقد أصبح نهائياً واجب التنفيذ فور صدوره، أو فور انقضاء فترة الطعن بالاستئناف^(١).

الحالة الثانية: إذا توفرت في الحكم الابتدائي حالة من الحالات الموجبة للنفاذ المعجل قانوناً أو قضاءً وهي عبارة عن ست حالات يجب عند توفر حالة منها تنفيذ الحكم الابتدائي ولو مع حصول استئنافه وقد نصت على ذلك المادة (٤٧٥) إجراءات والمذكورة سابقاً والمادة (٥٨١) من التعليمات العامة للنيابة إلى أنه: بالنسبة لجرائم الأموال التي تقع على المواطنين المشار إليها بالفقرة الأولى من النص سالف الذكر بانه إذا كانت الواقعة من جرائم الشكوى، أي إذا كانت بين الأصول والفروع أو الزوجين أو الإخوة والأخوات وفقاً لما نصت عليه (م ٢٧ ق.أ.ج). فإنه يجوز لمن قدم الشكوى التنازل عنها في أي وقت، بما في ذلك بعد صدور الحكم ووقت تنفيذه، كما نص المقنن في قانون الجرائم والعقوبات النافذ على جرائم الأموال، ومن أهم تلك الجرائم جرائم النصب والاحتيال وخيانة الأمانة والإضرار بمال الغير والغش والشيكات والسرقة غير الحديدية وغيرها من الجرائم التي تقع على الأموال والمبينة في قانون الجرائم والعقوبات النافذ في الباب الثاني عشر، والتي لا يستثنى منها إلا الجرائم الحديدية كالسرقة الحديدية والحراية لوجوب صدور حكم من المحكمة العليا فيها والمصادقة عليه كما سبق الإشارة إلى ذلك، كما يلحق بهذه الحالة الجرائم التي نصت عليها المادتان (٣٠٠، ٢٩٦ ق.أ.ج) بشأن تنفيذ الأحكام الابتدائية في عقوبة الحبس أو الغرامة في قضايا الاختلاس والرشوة والنشر وقضايا التعدي على أعضاء السلطة القضائية والموظفين العموميين أثناء تأديتهم لأعمال وظائفهم أو بسببها وغيرها^(٢).

• **الأحكام الجنائية الاستئنافية:** أي الصادرة من محكمة الاستئناف وتكون واجبة التنفيذ بمجرد صدورها دون موجب لإعلانها ما لم يتم توقيفها من المحكمة العليا، إذ بها تنقضي الدعوى الجزائية بالنسبة للمتهم المرفوعة عليه والوقائع المسندة فيها إليه وفقاً لنص (م ٣٩٠ ق.أ.ج) ولأنها أحكام نهائية حائزة على قوة الأمر المقضي به، وواجبة التنفيذ وفقاً لما نصت عليه (م ٤٦٩ ق.أ.ج) كما نص قانون الإجراءات على أنه: «لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إلا إذا كان

(١) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ١٧٧.

(٢) المرجع السابق، ص ١٧٨.

صادراً بالقصاص أو بالحد الذي يؤدي إلى ذهاب النفس أو عضو بالجسم. كما يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم إذا رأت مبرراً لذلك» (م ٤٥٠ ق.إ.ج^(١)).

- الأحكام الجنائية الصادرة من المحكمة العليا: سواء بطريق النقض أو التماس إعادة النظر فإنها أحكام باتة واجبة التنفيذ فيما قضت به سواء بالإلغاء أو التعديل أو التأييد للأحكام، وسواء كان حكمها يتعلق بوجود مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في حالة تعرضها للموضوع من كل جوانبه، فقد نص قانون الإجراءات على أنه: «إذا قدم الطعن أو أسبابه بعد الميعاد تحكّم المحكمة بعدم قبوله وإذا قبل الطعن وكان مؤسساً على أن الحكم المطعون فيه بني على مخالفة للقانون أو على خطأ في تطبيقه تصحح المحكمة الخطأ وتحكم بمقتضى القانون وإذا كان الطعن مؤسساً على بطلان وقع في الحكم المطعون فيه تنقض المحكمة الحكم وتعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرته بذات التشكيل أو بتشكيل جديد حسبما تراه المحكمة العليا للفصل فيها» (م ٤٤٣ ق.إ.ج).

كما بين المقنن الحالات التي يجوز للمحكمة العليا التعرض فيها للموضوع على سبيل الاستثناء ذلك أن المحكمة العليا محكمة قانون تراقب مدى تطبيق المحاكم للقانون ولا تمتد مراقبتها إلى حقيقة الوقائع التي اقتنعت بثبوتها المحكمة التي أصدرت الحكم ولا إلى قيمة الأدلة التي عولت عليها في الإثبات إلا في الحالات التي ينص عليها القانون (م ٤٣١ ق.أ.ج).

ومن الحالات التي يجوز فيها للمحكمة العليا التعرض للموضوع حالة العرض الوجوبي عليها للقضايا التي حكم فيها بالإعدام أو القصاص أو الحد، فقد أوجب المقنن على النيابة عرضها وجوبياً مع مذكرة بالرأي ولو لم يطعن أحد الخصوم فيها وفقاً لما نصت عليه المادة (٤٣٤) إجراءات، وفي حالة الطعن في الحكم الاستئنافي للمرة الثانية فيكون للمحكمة العليا التعرض للموضوع وفقاً لما نصت عليه (م ٤٤٥ ق.أ.ج). وكذلك في حالة التماس إعادة النظر فقد تحكّم المحكمة العليا بإلغاء الحكم وتفصل في الدعوى أو تعيدها إلى المحكمة التي فصلت في الموضوع وفقاً لما نصت عليه (م ٤٦٢ ق.أ.ج^(٢)). ومن أهم الحالات التي يكون فيها التنفيذ قبل أوانه أي قبل أن يكون الحكم واجب التنفيذ الحالات الآتية:

(١) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٢) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ١٧٩-١٨٠.

- الحالة الأولى: التنفيذ بناء على حكم ابتدائي غير مشمول بالإنفاذ (م ٤٧٥ ق.إ.ج).
- الحالة الثانية: تنفيذ الحكم الابتدائي مع كونه قد تم الطعن فيه بالاستئناف.
- الحالة الثالثة: التنفيذ بحكم محكوم فيه بإيقاف التنفيذ قبل الغاء أمر الإيقاف من المحكمة (م ١١٨ ق.ع.ق).
- الحالة الرابعة: تنفيذ حكم القصاص أو الإعدام قبل صدور الحكم البات ومصادقة رئيس الجمهورية بالإعدام أو القصاص أو الحد» (م ٤٧٩ ق.إ.ج).
- الحالة الخامسة: التنفيذ في أحكام القصاص قبل تقديم الطلب من أولياء الدم (م ٤٧٠ ق.إ.ج).
- الحالة السادسة: تنفيذ عقوبة الإعدام أو القصاص على امرأة مع كونها حبلى والمرضع حتى تتم الرضاعة لولدها في عامين مع وجود من يكفله (م ٤٨٤ ق.إ.ج).
- الحالة السابعة: تنفيذ عقوبة الإعدام أو القصاص في أيام الأعياد الرسمية أو الأعياد الخاصة بديانات المحكوم عليه (م ٤٨٤ ق.إ.ج).

الفرع الثالث

مخالفة إجراءات التنفيذ للقانون

- من المعلوم أن وجود حكم واجب التنفيذ يعد أهم الشروط اللازمة لصحة التنفيذ ولكنه ليس شرطاً كافياً، بل يجب أن يكون التنفيذ متفقاً مع قواعد القانون، ومع ما تضمنه منطوق الحكم وأن أي تجاوز لنطاق التنفيذ أو قواعد القانون، فإن ذلك يعد مخالفاً للإجراءات الصحيحة الواجب اتباعها أثناء التنفيذ، ومن المخالفة لقواعد التنفيذ وأحكامه: التنفيذ بغير ما قضى به الحكم أو التنفيذ على غير المحكوم عليه^(١).
- أ- فالتنفيذ بغير ما قضى به الحكم: يعد تجاوزاً ومخالفة للقانون، والأمثلة على ذلك عديدة منها: التنفيذ في الحبس في حين أن الحكم قضى بالغرامة فقط، أو التنفيذ بغرامة تتجاوز المبلغ المحدد في الحكم، أو التنفيذ بعقوبة سالبة للحرية أكثر من المدة المحكوم بها، أو تنفيذ عقوبة لم ينطق بها القاضي.
- ب- التنفيذ على غير المحكوم عليه: فمثاله إذا ثار نزاع حول شخصية المحكوم عليه بأنه الشخص المراد التنفيذ عليه لحصول تشابه في الاسماء أو غير ذلك

(١) محمود كبيش: مرجع سابق، ص ٩٨-٩٩.

أو التنفيذ على مال المحكوم عليه الظاهر وفي الحقيقة أنه ليس ماله بل إنه مال شخص آخر.

والملاحظ أن النزاع في شخصية المحكوم عليه الذي يصلح إشكالاً في التنفيذ يفترض أنه قد حدث خطأ عند التنفيذ بين من صدر الحكم في مواجهته وبين المنفذ ضده، نظراً لتشابه الأسماء مثلاً ولكن لا يعد إشكالاً في التنفيذ الادعاء بأنه حدث خطأ في المرتكب الحقيقي للجرم وبين شخص آخر بحيث قدم للمحاكمة شخص آخر غير مرتكب الجريمة، فإذا صدر حكم ضد هذا الشخص فلا يجوز له الادعاء عند التنفيذ بعدم جواز التنفيذ عليه^(١).

ويخرج كذلك من حالات الإشكال في التنفيذ: الحالة التي يدعي المنفذ ضده أنه لم يكن متهماً في الدعوى رغم تسليمه بأنه المعني في الحكم، ذلك بأن الادعاء في الحالتين السابقتين نعيّاً على الحكم وليس نعيّاً على التنفيذ، وكل منهما يدعي معارضة الحكم للقانون ولا يدعي معارضة التنفيذ للحكم والوسيلة في ذلك ليس الاستشكال إنما الطعن في الحكم إذا كان ذلك متاحاً^(٢).

ولا شك أنه إذا تم التنفيذ بغير ما قضى به الحكم فإن للمنفذ ضده الحق في الاستشكال في الحكم وتوقيفه، وكذلك إذا تم التنفيذ على غير المحكوم عليه فإن للغير أن يقدم الاستشكال ويطلب وقف التنفيذ.

وقد يكون تنفيذ الحكم وفقاً لمضمون المنطوق أي وفقاً لما قضى به الحكم وعلى الشخص المحكوم عليه بذلك ولكن التنفيذ يخالف القواعد والإجراءات المتعلقة بتنفيذ العقوبات أي مخالفة الإجراءات المحددة في القانون وعدم مطابقتها للقانون.

وتطبيقات الإشكال لمخالفة التنفيذ لضوابطه التي حددها القانون عديده نذكر منها: النزاع حول مقدار العقوبة وحول كيفية ومكان وزمان التنفيذ، فالنزع المتعلق بمقدار العقوبة يعتبر سبباً جوهرياً للاستشكال، ذلك أن قواعد القانون قد نظمت الكيفية التي يتم حساب مقدار العقوبة فإذا تم حساب العقوبة بالمخالفة لهذه القواعد وثار النزاع بهذا الخصوص بين المحكوم عليه وسلطة التنفيذ فإن هذا النزاع يعد موضوعاً للإشكال في التنفيذ، ومن أمثلة المخالفات التي تحدث بهذا الخصوص: مخالفة القواعد المتعلقة ببداية ونهاية العقوبة أو بخصم مدة الحبس أو بالحالات التي لم تخصم منها مدة العقوبة

(١) المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٢) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية القاهرة، ط ٣، ١٩٨٨، ص ٩٤٩-٩٥٠.

السالبة للحرية التي قضاها المحكوم عليه المصاب بعاهة عقلية في أحد المحال المعدة للأمراض العقلية، ويدخل ضمن ذلك مخالفة القواعد التي تنظم تحول العقوبة المالية إلى عقوبة سالبة للحرية كما لو تم التنفيذ بالإكراه البدني المدة المحددة في القانون ولم يتم الخصم مقابل المدة التي قضاها المحكوم عليه في الحبس من المبالغ المحكوم بها للدولة، فتعد تلك الحالات سبباً للاستشكال لعدم مطابقتها لتنفيذ العقوبة لما نص عليه القانون وأما النزاع حول كيفية وزمان ومكان التنفيذ فقد وضعت القوانين القواعد والضوابط المتعلقة بالكيفية التي يتم بها تنفيذ العقوبات وحقوق وواجبات المحكوم عليه أثناء التنفيذ والأماكن التي تنفذ فيها العقوبات السالبة للحرية وحالة ارجاء التنفيذ^(١).

ولا شك أن هذه القواعد بمجموعها توجب على السلطة التي تتولى التنفيذ مراعاتها وأن مخالفتها تعطي الحق للمنفذ ضده في أن يستشكل في هذا التنفيذ المعيب والمخالف للقانون. ومن أهم تطبيقات ذلك على سبيل التمثيل: أن يتم تنفيذ العقوبة السالبة للحرية في غير الأماكن المحددة في القانون، أو أن يراد التنفيذ بالإكراه البدني على من لم يبلغ خمس عشرة سنة وقت ارتكاب الجريمة بالمخالفة للقانون أو أن ترفض النيابة العامة تأجيل تنفيذ عقوبة الإعدام على المرأة الحامل أو المرضعة خلافاً للقانون أو تنفيذ تلك العقوبة في أيام الأعياد الرسمية أو الأعياد الخاصة بديانات المحكوم عليه أو إذا لم تراعى المعاملة الخاصة بالمسجون أثناء تنفيذ عقوبة الحبس، وغير ذلك من الأحوال التي يكون فيها مخالفة لكيفية التنفيذ أو زمان ومكان التنفيذ^(٢).

وفي الحقيقة فإن المخالفة للقانون سواء من حيث التنفيذ أو إجراءاته، تعد سبباً جامعاً لكل الأسباب المتعلقة بالإشكال شريطة أن تتعلق بالتنفيذ لا بالحكم ما لم يكن الحكم لا وجود له فإن التعرض له يعد من إشكالات التنفيذ لأن النعي لا سبيل له على الحكم وقت التنفيذ إذا كان له وجود حقيقي أو قانوني^(٣).

ويلزم إتماماً للفائدة في هذا الموضوع أن نشير إلى بعض الأسباب غير الصحيحة التي قد تبني عليها إشكالات التنفيذ، ومن أهم تلك الأسباب في القانون ما سبق ذكره مما لا يصلح سبباً للإشكال في أحوال ادعاء عدم وجود الحكم مادياً أو قانونياً كالادعاء بأن الحكم منعدم وكذا في حالات التأجيل الجوازي للتنفيذ فالادعاء بانعدام الحكم طريقه الدفع أو الدعوى ابتداءً، والفصل في ذلك من المحكمة العليا، كما أن رفض طلب سلطة

(١) د. محمود كبيش: مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٢) د. محمود كبيش: مرجع سابق، ص ١٠١ - ١٠٤.

(٣) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ٢٥٥.

التنفيذ التوقيف الجوازي طريقة الطعن بقرار الرفض أمام محكمة الاستئناف (٧٣٧) تعليمات^(١).

ومن أعظم الأسباب غير الصحيحة النعي على الحكم بالبطلان أو مخالفة القانون فمجاله وطريقة الطعن في الأحكام وليس الإشكال في التنفيذ والفرق بينهما أن أسباب الطعن هي نعي على الحكم ذاته من حيث بطلان إجراءاته أو بطلان ذات الحكم أو مخالفته للقانون أو الخطأ في تطبيقه، بينما مجال الإشكال وأسبابه النعي على التنفيذ ذاته من حيث وجوده أو قوته التنفيذية أو عدم مطابقة إجراءاته للقانون وقد أكد على ذلك المقنن في نص المادة (٥٢٩) إجراءات الذي بين بأن أي إشكال في التنفيذ من المحكوم عليه أو من غيره يرفع بواسطة النيابة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المستشكل في تنفيذه وذلك تأكيد بأن الإشكال يتعلق بالتنفيذ لا بالحكم كما أكدت على ذلك التعليمات العامة من خلال تعريفها للإشكال في نص المادة (٧٢٩) تعليمات^(٢).

وقد استقرت محاكم الجنايات المصرية على أن إشكالات التنفيذ لا تعتبر نعيًا على الحكم، بل نعيًا على التنفيذ ذاته، وينبغي على ذلك أن يكون سببه حاصلاً بعد صدور الحكم بوقائع تتعلق بالحكم وليس لعيب فيه، ذلك أن النعي على الحكم ذاته يمس حجية الحكم المستشكل^(٣).

كما أن قانون المرافعات والتنفيذ المدني النافذ قد أكد على ذلك ضمن أحكام منازعات التنفيذ بأن جميع المنازعات المتعلقة بأصل الحق المحكوم فيه أو بصحة السند التنفيذي لا تعتبر من منازعات التنفيذ التي يختص بالفصل فيها قاضي التنفيذ المادة (٤٩٨) مرافعات.

وبالتالي فإن النعي على ذات الحكم سواء من حيث بطلانه، أو بطلان إجراءاته أو مخالفته للقانون أو الخطأ في تأويله يعد مساساً بحجية الأحكام ولا يُعد من منازعات التنفيذ ولا من إشكالاته، إذ المعلوم فقهاً وقضاءً وقانوناً أن تلك المناهي والأسباب تتعلق بالطعن في الأحكام لا بالاعتراض على تنفيذها.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الواجب على النيابة في حالة أن يكون الإشكال قد بني على غير أساس صحيح، أن تستمر في تنفيذ الحكم الجنائي وترفع الإشكال إلى المحكمة وتطلب منها عدم قبوله، أما إذا بني الإشكال على أساس صحيح، فلها أن توقف التنفيذ

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) د. محمود سامي قرني: مرجع سابق، ص ١٣.

إذا رأت وجاهة تلك الأسباب، وترفع الإشكال للفصل فيه إذا أصر المستشكل في تنفيذ الحكم على رفعه، إلا إذا تعلق الإشكال بانعدام الأهلية أو بموانع القصاص والحدود، فيلزم رفع الطلب إلى المحكمة للتقرير بما يلزم بشأن توقيف التنفيذ أو استبدال عقوبة القصاص والحدود بالعقوبة التعزيرية وفقاً للقانون^(١).

(١) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ٢٥٦.

المبحث الثاني طرق رفع الاستشكال والمحكمة المختصة بنظره وطرق الطعن فيه

تمهيد وتقسيم:

من خلال هذا المبحث سوف نتحدث عن طرق رفع الاستشكال، وهل يقتصر رفع الإشكال عن طريق النيابة أم أن للمحكوم عليه المستشكل، يحق له رفع الاستشكال مباشرة إلى المحكمة وهل للنيابة رفع الاستشكال من تلقاء نفسها في بعض الحالات أم أنه لا يحق لها ذلك إلا بناء على طلب من المستشكل نفسه، وما هي المحكمة المختصة بنظر الاستشكال هل هي المحكمة الابتدائية أم الاستئنافية أم كل منها وما مدى صلاحية المحكمة العليا في ذلك وما هي طرق الطعن في الحكم الصادر في الاستشكال وهل يقتصر ذلك على الطعن أمام المحكمة الاستئنافية أم أنه يجوز كذلك الطعن أمام المحكمة العليا؟ وهذا ما سوف نبينه من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول

طرق رفع الاستشكال في التنفيذ الجنائي

تقسيم:

سيتم الحديث في هذا المطلب عن طرق رفع الاستشكال في التنفيذ الجنائي إلى المحكمة المختصة بنظره وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

رفع الاستشكال بواسطة النيابة العامة

بالرجوع إلى أحكام الاستشكال في القانون نجد أن المقنن نص أن الإشكال يرفع بواسطة النيابة العامة إلى المحكمة، فقد نص قانون الإجراءات على أنه: كل إشكال من المحكوم عليه في التنفيذ أو من الغير ممن له مصلحة يرفع بواسطة النيابة العامة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المستشكل فيه (م ٥٢٩ ق.إ.ج).

ومن خلال النص المذكور يتضح أن على المحكوم عليه إذا رأى الاستشكال في التنفيذ فإن عليه أن يقدم طلب إلى النيابة المختصة بالتنفيذ وعلى النيابة أن تقدم هذا

الاستشكال إلى المحكمة، إلا أن للنيابة أن تستجيب إلى الطلب متى رأت وجاهته وأن توقف التنفيذ من تلقاء نفسها متى تنازل المستشكل عن استشكاله ما لم فلها أن توقف التنفيذ وأن ترفع الاستشكال إلى المحكمة. وقد ذكر الدكتور محمود كبيش في كتابه بأن الفقه القانوني قد اختلف بشأن رفع الاستشكال إلى المحكمة إلى ثلاثة آراء وهي الآراء الآتية^(١):

الرأي الأول: أن يقدم الطلب أولاً إلى النيابة، وهذا الرأي يتضمن: أن يقوم صاحب الشأن بتقديم الطلب إلى النيابة فإن أجابته إلى طلبه فلا يكون هناك محل للإشكال وإن رفضت النيابة هذا الطلب فيمكنه أن يرفع الأمر إلى القضاء.

الرأي الثاني: أن يرفع الاستشكال من النيابة العامة أو من ذوي الشأن على قدم المساواة، وهذا الرأي لا يشترط تقديم طلب إلى النيابة العامة وانتظار ردها على هذا الطلب، كما لم يشترط أن يرفع الإشكال بواسطة النيابة إنما جعل الحق للنيابة ولذوي الشأن في رفع الإشكال إلى المحكمة على قدم المساواة أي أن للنيابة من تلقاء نفسها إذا وجدت أن ثمة إشكالاً في تنفيذ الحكم واشتبه الأمر عليها في توقيف التنفيذ من عدمه أن ترفع اشكالاً إلى المحكمة وتفصل فيه المحكمة بحكم إما بتوقيف الحكم أو السير في إجراءات التنفيذ، كما أن للمنفذ ضده أن يرفع أي استشكال دون الرجوع إلى النيابة.

الرأي الثالث: أن يقدم الاستشكال إلى المحكمة بواسطة النيابة العامة، فقد اشترط هذا الرأي صراحة أن يقدم الإشكال إلى المحكمة بواسطة النيابة العامة، وبالتالي يجب أن يقدم المنفذ ضده إلى النيابة التي تتولى تقديمه إلى المحكمة وأن المحكمة لا تقبل هذا الإشكال إذا قدمه المنفذ ضده مباشرة إليها وهذا لا يعني إعطاء النيابة صفة في رفع هذا الدعوى إذ إنها لا تملك حق تقديم الإشكال إلا إذا طلب منها ذلك ممن له صفة فالأمر لا يعدو أن يكون طريقاً رسمه القانون لرفع دعوى الإشكال.

ومن الملاحظ أن القوانين الإجرائية والفقه القانوني لم تحدد شكلاً معيناً يقدم به الإشكال إلى النيابة العامة بواسطة المستشكل، ولم تحدد الطريقة التي تقدم بها النزاع إلى المحكمة، وكلما نصت عليه القوانين أن يقدم النزاع إلى المحكمة بواسطة النيابة، ويعلن ذوي الشأن بالجلسة التي تحدد لنظره كنص المادتين (٥٢٩-٥٣٠ ق.إ.ج)^(٢).

والسؤال الذي يوضع نفسه متى يعد الإشكال مرفوعاً هل من تاريخ تقديمه إلى النيابة

(١) محمود كبيش: مرجع سابق، ١٧٢-١٧٥.

(٢) محمود كبيش: مرجع سابق، ص ١٧٦.

أم من تاريخ تقديمه إلى المحكمة والجواب على ذلك: أن الفقه القانوني قد اختلف في هذه المسألة: جاء في كتاب الدكتور أحمد فتحي سرور أن البعض يرى أن الدعوى تعتبر مرفوعة من تاريخ تقديم الإشكال إلى النيابة، بينما يرى البعض الآخر ومنهم الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور بأن الدعوى لا تعتبر مرفوعة إلا من تاريخ تقديم الإشكال إلى المحكمة بواسطة النيابة العامة^(١).

والظاهر أن الرأي الثاني هو الأقرب للصواب لأن الدعوى كقاعدة عامة لا يمكن اعتبارها مرفوعة إلا من لحظة اتصال المحكمة بها.

وقد أحسن المقنن فيما ذهب إليه من اشتراط تقديم الاستشكال بواسطة النيابة العامة لما له من مصلحة للأطراف وحفاظاً على عدم إطالة النزاع في التنفيذ، كما أحسن المقنن بأن جعل للنيابة العامة عند الاقتضاء وقبل تقديم النزاع إلى المحكمة أن توقف تنفيذ الحكم مؤقتاً وفقاً لما نص عليه قانون الاجراءات (م ٥٣٠ ق.إ.ج).

إلا أنه يجب أن ينص القانون على أمرين اثنين وهما: من الأهمية بمكان في الحفاظ على وقت القضاء والأطراف بالإضافة إلى حل أي إشكال شرعي أو قانوني تواجهه النيابة أثناء التنفيذ ولا تستطيع حسمه من تلقاء نفسها وهما الأمران الآتيان:

الأمر الأول: يتمثل في إعطاء النيابة الحق في الفصل في الاستشكال متى رأت الحق في قبول الاستشكال عند وجهته وموافقة للقانون، وذلك بأن تأمر بوقف التنفيذ مع عدم الحاجة إلى رفع الاستشكال إلى المحكمة، إذا وافق المستشكال على ذلك وتنازل عن الاستشكال، لما لذلك من مصلحة للأطراف جميعاً في عدم ضياع الوقت حتى استخراج حكم من المحكمة قابل للطعن فيه.

الأمر الثاني: أن يمنح المقنن النيابة العامة الحق في رفع الاستشكال إلى المحكمة من تلقاء نفسها متى رأت ضرورة ذلك، لما في ذلك من مصلحة من صدور حكم في المسائل المختلف فيها من الناحية الشرعية أو الفقهية ولم ينص القانون عليها ومن تلك المسائل التي تواجه أعضاء النيابة في التنفيذ مسألة تقادم عقوبات الحدود، فلم ينص المقنن اليمني في قانون الإجراءات على أن عقوبات الحدود تتقدم أم لا بينما هي مسألة مختلف فيها بين فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذلك أي إشكال قانوني تختلف فيه أفهام القضاة ورجال القانون لاحتمال الرأي فيه لأكثر من وجه ومن ذلك: الاختلاف الواقع في الحياة العملية بين النيابة وبعض المحاكم من أن التنفيذ في القضايا المدنية التبعية للدعوى الجنائية هل هي

(١) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، ط الرابعة، ١٩٨١م.

من اختصاص النيابة أم من اختصاص المحكمة أي التنفيذ في الجانب المدني في الحكم الجنائي، إذ يرى البعض أنه من اختصاص النيابة ويرى البعض الآخر أنه من اختصاص قاضي التنفيذ، وفقاً لاختلاف الأفهام حول نص المادة (٤٧٠) إجراءات التي نصت على أن ينفذ الحكم المدني المتعلق بالدعوى المدنية بالتبعية وفقاً لقانون المرافعات ولم يبين النص صراحة الجهة المختصة بالتنفيذ هل هي النيابة أم المحكمة ومثل هذا الإشكال يجب أن يحسم عن طريق دعوى الإشكال بحكم قضائي أو بقاعدة قضائية من المحكمة العليا.

الفرع الثاني

رفع الاستشكال بواسطة المنفذ ضده

لقد سبق الإيضاح بأن الأصل هو رفع الإشكال بواسطة النيابة العامة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم محل الاستشكال وليس إلى المحكمة المدنية كقاعدة عامة وهو ما يعني أن رفع الإشكال إلى المحكمة المدنية، أي قاضي التنفيذ هو الاستثناء فقد نص قانون الإجراءات الجزائية النافذ على أنه: «في حالة تنفيذ الأحكام المالية على أموال المحكوم عليه إذا قام نزاع من غيره بشأن تلك الأموال يرفع الأمر إلى المحكمة المدنية طبقاً لما هو مقرر في قانون المرافعات» (م ٥٣١)^(١).

ويتضح من خلال النص القانوني الأخير أن للغير أن يرفع دعوى الإشكال إلى المحكمة مباشرة، وليس عن طريق النيابة وأن صاحبة الاختصاص بنظر إشكالات هذا التنفيذ هي المحكمة المدنية، أي قاضي التنفيذ وليس المحكمة الجنائية التي أصدرت الحكم وذلك إذا توفرت الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون الإشكال مرفوع من غير المحكوم عليه، ويتضح هذا الشرط من خلال نص المادة (٥٣١) إجراءات التي اشترطت لاختصاص المحكمة المدنية، أن تكون المنازعة مرفوعة من غير المحكوم عليه بشأن الأموال المطلوب التنفيذ عليها، كما يفهم من خلال ذات النص أن الإشكال لا يرفع من المحكوم عليه فيما يتعلق بالأحكام المالية إلى المحكمة المدنية، إنما يرفع بحسب الأصل إلى المحكمة الجنائية التي أصدرت الحكم سواءً تعلق الأمر بالعقوبات المالية أو غيرها، إذ اقتصر الاستثناء على الغير فيما يتعلق بالعقوبات المالية^(٢).

(١) وقد اتفق القانون اليمني مع القانون المصري في هذا الاستثناء فقد نصت المادة (٥٢٧) من قانون الإجراءات المصري على أنه: «في حالة تنفيذ الأحكام المالية على أموال المحكوم عليه، إذا قام نزاع من غير المتهم بشأن الأموال المطلوب التنفيذ عليها، يرفع الأمر إلى المحكمة المدنية طبقاً لما هو مقرر في قانون المرافعات».

(٢) د. محمود كبيش:، مرجع سابق، ص ٤١.

الشرط الثاني: أن يرفع الإشكال إلى المحكمة المدنية، ويتضح من هذا الشرط أن المحكمة المختصة بنظر الإشكال المرفوع من الغير هي المحكمة المدنية وليست المحكمة الجنائية، أي أن المختص في القانون اليمني بنظر هذا الدعوى هو قاضي التنفيذ بالمحكمة.

وقد قضي في المحاكم المصرية بأن المحكمة المدنية لا تختص بنظر الإشكال المرفوع من المحكوم عليه، سواء كان التنفيذ خاصاً بعقوبات مقيدة للحرية، أو ما هو في معناها، كما انتهى هذا القضاء إلى الحكم بعدم اختصاص المحكمة المدنية بنظر الإشكال المقدم من المحكوم عليه في تنفيذ غرامة قضي بها من محكمة جنح، وجاء في مدونة هذا الحكم أن مثل هذا الإشكال من اختصاص المحكمة الجنائية، كما قضت محكمة القاهرة في الأمور المستعجلة بعدم اختصاصها نوعياً بنظر الإشكال المقام من المحكوم عليه وأسست المحكمة قضاها على أن المنازعة مقامة من المتهم وليس من الغير، وتعلقت المنازعة بالحكم الذي يجري التنفيذ بمقتضاه وليس على الأموال المطلوب التنفيذ عليها ومن ثم تكون المحكمة التي أصدرت الحكم الجنائي هي المختصة وحدها دون قاضي التنفيذ طبقاً لنص المادة (٥٢٤) إجراءات جنائية^(١).

الشرط الثالث: أن يكون الحكم المستشكل فيه حكماً مالياً، فقد تصدر المحكمة الجنائية أحكاماً مالية بالإضافة إلى الأحكام المتعلقة بالعقوبات الجنائية، وهذه الأحكام المالية قد تكون ذات طابع مالي أو ذات طابع مشترك بين المالي والجنائي، وهي على أنواع عديده فمنها: الأحكام بالتعويضات المدينة والرد والمصاريف ومنها الأحكام بالغرامة والمصادرة، والملاحظ أن نص المادة (٥٣١) إجراءات جزائية لم تتضمن أي تحديد لمفهوم الأحكام المالية حيث أن هذا التعبير واسع يمكن أن يشمل بالإضافة إلى الحكم بالتعويض المدني والرد والمصاريف أحكاماً أخرى لم يحدد النص ماهيتها ولا نطاقها في رأى فقهاء القانون.

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية في مفهوم المادة (٥٢٧) إجراءات جنائية، أن الأحكام المالية هي الأحكام الصادرة بالغرامة وما يجب رده والتعويضات والمصاريف مما يراد تحصيله عن طريق التنفيذ على أموال المحكوم عليه بالطرق المدنية التي تنتهي

(١) د. محمود كبيش: مرجع سابق، ص ٤٣ (أحكام ابتدائية والمشار إليها في هذا المرجع) والمناسبة للاستشهاد بالأحكام القضائية السابقة هو التوافق بين النص القانوني المصري والنص القانوني اليمني، فيما عدا أن النص المصري وصف المحكوم عليه بالمتهم وهو وصف غير دقيق والمقصود به المحكوم عليه أو المنفذ ضده كما نص عليه القانون اليمني.

إلى بيع الأموال المنفذ عليها للحصول منها على قيمة الأموال المحكوم بها^(١).

وإذا كان المقنن اليمني لم يبين المقصود بالأحكام المالية فإن التعليمات العامة للنيابة العامة قد بينت بأن الأحكام المالية هي الأحكام: الصادرة بالغرامة أو ما يجب رده أو التعويضات أو المصاريف، ولا يعتبر من تلك الأحكام الحكم بالإزالة أو الهدم أو الغلق وفقاً لما نصت عليه المادة (٧٤٠) تعليمات.

والظاهر أن مقصد المقنن في نص المادة (٥٣١) إجراءات بالأحكام المالية هي: العقوبات المالية كالغرامة المحكوم بها للدولة والرد والتعويضات والمصادرة المتعلقة بتلك الأحكام، وكالتعويضات التي يحكم بها بمقتضى قانون الجمارك وفقاً لما نصت عليه المادة (٧٠٧) تعليمات كما نصت تعليمات: «أن من المقرر أن تنفيذ العقوبات المالية كالغرامات والتعويضات، وما يجب رده والمصاريف في تركة المحكوم عليه إذا توفي بعد الحكم عليه نهائياً إذ أنها تصبح ديناً في ذمته بمجرد الحكم النهائي والديون لا تنقضي بالوفاة عملاً بالقاعدة الشرعية المعروفة، لا تركة إلا بعد سداد الديون على أن يجري التنفيذ في هذه الحالة بالطريق الإداري المقرر لتحصيل الأموال العامة أو بطريق قانون المرافعات لأن التنفيذ بالإكراه المدني (الحبس) لا يمتد أثره إلى الورثة (م ٥٣٨ أ. ج)»، وأنه لا يقصد بتلك التعويضات التعويضات المدنية، أو الرد والمصاريف المتعلقة بالمحكوم عليه في الحق المدني، كما نصت المادة (٥٧٩) تعليمات على أن الأحكام الصادرة بغير الحبس والغرامة والمصاريف كالإزالة والهدم والغلق والمصادرة لا يجوز تنفيذها إلا بعد صيرورتها نهائية.

المطلب الثاني

المحكمة المختصة بنظر الاستشكال

في هذا المطلب سوف نتطرق إلى اختصاص المحاكم بمختلف درجاتها في نظر دعوى الاستشكال، وقد تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع:

(١) المرجع السابق، ص ٤٥-٤٦، (نقض مدني جلسة ١٤/٦/٥٦ طعن رقم ٩٨ لسنة ٢٠٢٢م مشار إليه في نفس هذا المرجع).

الفرع الأول

اختصاص المحكمة الابتدائية بنظر الاستشكال

إن مما يلزم الإشارة إليه ابتداءً أن ثمة اختلافاً بين فقهاء القانون حول المحكمة المختصة بنظر الإشكالات في تنفيذ الأحكام الجنائية وذلك إلى عدة أقوال:

وقد ذهب القول الأول: إلى أن النيابة العامة هي القائمة على تنفيذ الحكم الجنائي، ويمكن القول تبعاً لذلك أن عليها حل كل المنازعات التي تثور بشأن ذلك التنفيذ فمن يملك العمل الاجرائي يملك العدول عنه وتصحيح ما يقع فيه من أخطاء^(١).

وذهب القول الثاني: إلى أن الاختصاص بالإشكالات الجنائية ينعقد للمحكمة التنفيذية التي يجري التنفيذ في دائرتها، سواء تعلق التنفيذ بالأشخاص أو الأموال، وسند هذا القول أن المحكمة المدنية ذات الاختصاص العام، وأن من الأحكام الجنائية ما يفقد صفته الجنائية بمجرد صدوره كأحكام الغرامة والمصادرة ومن ثم فإنه يسرى على الإشكال في تنفيذها ما يسري على الإشكال في تنفيذ الأحكام المدنية^(٢).

وذهب القول الثالث: وهو القول السائد في الفقه والقضاء إلى أن الاختصاص بإشكالات التنفيذ الجنائية يجب أن ينعقد للمحكمة التي أصدرت الحكم، وذلك لأن الحكم صدر منها وهي على علم بوقائعه وأسبابه ومنطوقه، وهي أقدر من غيرها على حل أي إشكال يتعلق به، كما أنه من الغالب أن تكون إشكالات التنفيذ بمناسبة خلاف حول تفسير الحكم ومن المعلوم أن المحكمة التي أصدرت الحكم هي المختصة بتفسيره، ومن ثم يجب أن يكون الحال كذلك في إشكالات التنفيذ^(٣).

ونميل إلى القول بأن الرأي الثالث هو الراجح وذلك بإسناد الاختصاص بالفصل في الإشكالات إلى المحكمة التي أصدرت الحكم كقاعدة عامة وهو ما أخذ به المقنن في قانون الإجراءات النافذ فيما نص عليه بأن: كل إشكال من المحكوم عليه في التنفيذ أو من الغير ممن له مصلحة يرفع بواسطة النيابة العامة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المستشكل به (م ٥٢٩ ق.إ.ج).

وبالتالي فإن المقنن قد حسم الاختصاص للمحكمة المختصة بنظر الإشكال كقاعدة عامة وهي المحكمة الجنائية التي أصدرت الحكم سواء كانت المحكمة الابتدائية أو

(١) د. محمود سامي قرني: مرجع سابق، ص ٣١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق، ص ٣٤.

الاستئنافية أو المحكمة العليا حسب ظاهر النص القانوني.

وما يهمنا في هذا البحث هو أن المحكمة الابتدائية تكون مختصة في نظر الإشكال ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن متى تكون المحكمة الابتدائية مختصة بنظر الإشكال، لا سيما إذا تعددت الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية والاستئنافية والمحكمة العليا والجواب على ذلك: إن التعليمات العامة للنيابة العامة قد أرشدت القائمين على التنفيذ بشأن ذلك في نص المادة (٧٣٢) تعليمات: على أن المحكمة الابتدائية تكون مختصة بنظر الاستشكال إذا كان الحكم المستشكل في تنفيذه صادراً من المحكمة الابتدائية، ولم يصدر حكم في ذات القضية من محكمة الاستئناف أو المحكمة العليا، كما تختص المحكمة الابتدائية بنظر الاستشكال إذا كان الحكم الاستئنافية مؤيداً للحكم الابتدائي أو كان الحكم الاستئنافية وحكم المحكمة العليا مؤيدين للحكم الابتدائي، ومن خلال ما ذكر سابقاً فإن المحاكم الابتدائية تكون مختصة بنظر الإشكالات على النحو الآتي:

أولاً: اختصاص المحاكم الابتدائية الجنائية بنظر الإشكالات المتعلقة بالأحكام الجنائية الصادرة منها، أو التي تم تأييدها من محكمة الاستئناف والمحكمة العليا سواء كان رفع الاستشكال من المحكوم عليه أو من الغير.

ثانياً: تختص المحاكم المدنية، أي قاضي التنفيذ بالمحكمة بالفصل في الإشكالات المرفوعة من الغير إذا تعلقت تلك الإشكالات بالأحكام المالية أي المتعلقة بالتعويضات والرد والمصاريف والمصادرة والغرامة وفقاً لما نص عليه قانون الإجراءات الجزائية (م ٥٣١.ق.إ.ج).

ثالثاً: أن المحكمة المدنية تختص كذلك بالحكم المتعلق بالجانب المدني بتنفيذ الحكم الجنائي أي التعويضات المدنية ومخاسير الدعوى، ويؤيد هذا الرأي الفقه القانوني لعدة أسباب وهي الأسباب الآتية:

السبب الأول: أن ضم الدعوى المدنية للدعوى العمومية في قضاء واحد يوجب أن تخضع الدعوى المدنية لجميع القواعد والإجراءات التي تحكم سير دعوى المحكمة الجنائية، وصدور الحكم فيها وطرق الطعن ومواعيده، إلا أن هذه الوحدة تنتهي عند هذا الحد، فإذا صدر الحكم في الدعوى المدنية من المحكمة الجنائية فإنه يقرر حقاً مدنياً يخضع لأحكام القانون المدني من حيث سقوطه أو بقاءه، ومن حيث تنفيذه على مال المدعى عليه، وبالتالي فإن صدور الحكم في الدعوى المدنية من المحكمة الجنائية لا

يعني أن تختص بالفصل في كل ما يعترض تنفيذه من صعوبات^(١).

السبب الثاني: أن إشكالات التنفيذ في الأحكام الصادرة في الدعوى المدنية من المحكمة الجنائية لا يمكن أن تثير منازعات ذات طبيعة غير مدنية كتلك التي تثيرها الإشكالات الجنائي، وبالتالي فإن المحكمة المدنية هي الأقدر بالفصل في تلك المنازعات ذات الطبيعة المدنية^(٢).

السبب الثالث: إن تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى المدنية التبعية يكون بناء على طلب المدعي بالحق المدني، وفقاً لما هو مقرر في قانون المرافعات، وطالما كان قانون المرافعات هو الذي يحكم إجراءات التنفيذ في هذه الحالة، فإن الواجب يقتضي رفع الإشكال إلى المحكمة المدنية^(٣).

ومن خلال الأسباب المذكورة يتضح أن المقنن لم ينص صراحة على اختصاص المحكمة المدنية بالفصل في الإشكال المتعلق بالحكم المدني الصادر من المحكمة الجنائية، إنما يفهم ذلك من خلال أنه أوجب تنفيذ الحكم المدني الصادر من المحكمة الجنائية، وفقاً لما هو مقرر في قانون المرافعات وقد نص على ذلك في المادة (٤٧٠) إجراءات، وبالتالي يجب أن يرفع الإشكال فيما يتعلق بالجانب المدني إلى المحكمة الابتدائية، إذا كان الحكم المستشكل فيه صادراً منها أو مؤيداً للمحاكم الأعلى درجه وسواءً كان الاستشكال مقدماً من المحكوم عليه أو من الغير، ولما كان الأصل أن يكون تنفيذ الحكم المدني الصادر من المحكمة الجنائية من اختصاص المحكمة المدنية فإن الاستشكال يجب أن يرفع إليها مباشرة من المنفذ ضده سواء كان من المحكوم عليه أو غيره.

أما ما جاء في نص المادة (٥٣١) إجراءات بشأن الأحكام المالية، فإنه يحمل على العقوبات المالية المحكوم بها للدولة كالغرامة والمصادرة والتعويضات وما يجب رده للدولة، وأما التعويضات المدنية فلا تدخل في مفهوم الحكم المالي، لأن العقوبات الجنائية تنقسم إلى عقوبات بدنية وعقوبات مالية، ولا يدخل في مفهومها التعويضات المدنية ولا الرد ولا المصاريف.

ونميل إلى أن الواجب على المقنن أن يفرد نصاً قانونياً خاصاً بالجهة التي يلزم عليها تنفيذ الحقوق المدنية والجهة المختصة بالفصل في الإشكالات المتعلقة بالجانب

(١) د. محمود سامي قرني: مرجع سابق، ص ٦٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق، ص ٦١.

المدني، وهو ما نرى معه ضرورة وجود هذا النص حتى يتم التمييز بين المقصود من الأحكام المالية والرد والتعويضات المدنية.

الفرع الثاني

اختصاص المحكمة الاستئنافية بنظر الاستشكال

من المعلوم في النظام القانوني أن محكمة الاستئناف هي محكمة ثاني درجة وذلك للفصل في الطعون المتعلقة بالأحكام الابتدائية الجنائية منها والمدنية والشخصية والإدارية كقاعدة عامة، كما أن هناك محاكم استئنافية متخصصة كالشعبة التجارية والشعبة الجزائية المتخصصة، وأن المحاكم الاستئنافية العادية تفصل في الطعون فيما يتعلق بالأحكام الجنائية الابتدائية من قبل الشعب الجنائية في محاكم الاستئناف والتي قد تتعدد لأكثر من شعبة.

إن العلة في وجود هذه المحاكم يُعد ضماناً للمتقاضين ضد أي خطأ أو إخلال في الأحكام الابتدائية، ذلك إن المحاكم الاستئنافية تنظر القضايا المطعون فيها من حيث الموضوع، أي أنه يعاد طرح النزاع مرة أخرى على إحدى الشعب الجنائية والتي تتكون من ثلاثة قضاة، رئيس وعضوين، مما يجعل حكم محكمة الاستئناف أكثر حجية وأكثر اطمئناناً للخصوم في عدالة الحكم الذي يتم نظره وتداوله من قبل ثلاثة قضاة وليس من قاضٍ واحد كما في المحكمة الابتدائية، لذلك فإن المقنن اعتبر أن الأحكام الجنائية الاستئنافية الصادرة من محاكم الاستئناف هي أحكام نهائية وواجبة التنفيذ فور صدورها، ولا يتم توقيف تنفيذها إلا على سبيل الاستثناء من الناحية القانونية في العقوبات التي لا يصح تنفيذها إلا إذا كانت باثة ومصادقاً عليها من رئيس الدولة أو من الناحية القضائية إذا أصدرت المحكمة العليا أمراً بتوقيف التنفيذ^(١).

كما أن لمحاكم الاستئناف توقيف تنفيذ الأحكام الابتدائية المشمولة بالنفاذ، أي التي يجب تنفيذها على سبيل الاستثناء كذلك، كما إن القانون قد أوجب وقف تنفيذ الحكم الاستئنافي فيما يتعلق بالجانب المدني في الحكم الجنائي، إذا تم الطعن أمام محكمة النقض ويكون ذلك التوقيف بموجب القانون وفقاً لما نص عليه قانون المرافعات الفقرة الرابعة المتضمنة بأنه: «يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الأحكام وآثارها إذا كانت صادرة في المنازعات الآتية: ومنها المنازعات المتعلقة بالحق المدني في القضايا

(١) د. أمين عبده دهمش: مرجع سابق، ص ٢٠٨.

الجنائية» (م ٢٩٤ مرافعات)^(١).

وإذا كان الأصل أن الطعن بالأحكام الابتدائية الجنائية يوقف التنفيذ، بالإضافة أن لمحكمة الاستئناف الحق في توقيف تنفيذ الأحكام الابتدائية الواجبة التنفيذ كما ذكرنا سلفاً، كما أن القاعدة العامة أن أحكام محكمة الاستئناف هي أحكام نهائية واجبة التنفيذ ما لم توقف من المحكمة العليا، فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن متى تختص محكمة الاستئناف بالفصل في الإشكال المتعلق بتنفيذ الحكم الجنائي، ومتى لا تختص بذلك والجواب على ذلك: إن محكمة الاستئناف تختص بنظر الإشكال في حالتين^(٢):

الحالة الأولى: إذا كان الحكم المستشكل في تنفيذه صادراً من محكمة الاستئناف بالإلغاء أو التعديل للحكم الابتدائي. (م ٧٣٢/أ تعليمات عامة).

الحالة الثانية: إذا كان الحكم المستشكل في تنفيذه صادراً من المحكمة العليا بتأييد الحكم الاستئنافي دون أي تعديل (م ٧٣٢/ب تعليمات عامة).

أما ما يتعلق بالأحكام التي لا تختص محكمة الاستئناف بنظر الإشكال في التنفيذ فهي: الأحكام المالية وفقاً لما نصت عليه المادة (٥٣١) إجراءات إذ تختص بذلك المحكمة الابتدائية المدنية، سواءً كان الحكم صادراً من المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية، كما أن محكمة الاستئناف لا تختص كذلك إذا كان الاستشكال متعلقاً بتنفيذ الجانب المدني في الحكم الجنائي، وفقاً لما تم الإشارة إليه في الفرع الأول من هذا المطلب من أن الاختصاص في ذلك ينعقد للمحكمة الابتدائية، أي قاضي التنفيذ بالمحكمة سواء كان الحكم بالحق المدني صادراً من المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية.

ومن خلال ما ذكر سلفاً يتضح بأن محكمة الاستئناف لا تختص إلا بالفصل في الإشكال بالتنفيذ المتعلق بالجانب الجنائي، إذا كان الحكم الصادر من قبلها بإلغاء الحكم الابتدائي أو بتعديله أو كان الحكم صادراً من المحكمة العليا بالتأييد لحكم محكمة الاستئناف، أما إذا كان صادراً من قبلها بتأييد الحكم الابتدائي فإن المحكمة المختصة بالفصل في الإشكال هي المحكمة الجنائية الابتدائية كما بينا ذلك في الفرع الأول من هذا المطلب المتعلق باختصاص المحكمة الابتدائية بنظر الإشكال.

(١) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ٢٢٨.

(٢) المرجع السابق، ص ٢٥٧.

الفرع الثالث

مدى اختصاص المحكمة العليا بنظر الاستشكال

تعد المحكمة العليا هي أعلى المحاكم في السلطة القضائية، ولها الحق بالرقابة على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف باعتبارها محكمة قانون وليست محكمة موضوع، فلا تمتد رقابتها إلى الوقائع ولا إلى تقدير الأدلة إنما تقتصر رقابتها على مدى تطبيق القانون، وإنزالها الإنزال الصحيح على تلك الوقائع والتأكد من عدم وجود خطأ أو تأويل في تطبيق القانون، وكذلك التثبت من عدم وجود أي بطلان في إجراءات نظر الدعوى، أو الحكم القضائي وأنها لا تتعرض للموضوع وتحكم فيه إلا على سبيل الاستثناء وفي حالات محددة قانوناً ومنها: حالة العرض الوجوبي من قبل النيابة في أحكام القصاص والإعدام والحدود وفي حالة الطعن أمام المحكمة العليا للمرة الثانية وفي حالة التماس إعادة النظر، وتعتبر الأحكام الصادرة من المحكمة العليا أحكاماً باتة تكتسب قوة الأمر المقضي به وتكون واجبة التنفيذ إذا تضمنت الحكم بالموضوع، أو أيدت الحكم الاستئنافي^(١).

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن ما مدى اختصاص المحكمة العليا بنظر الإشكال في التنفيذ إذا تضمن حكمها الفصل في الموضوع؟ والجواب على ذلك أن الفقه القانوني مختلف بشأن ذلك، فقد ذهب رأي من الفقه: إلى أن المحكمة المختصة بنظر الإشكال هي محكمة الاستئناف، لأنها صاحبة الاختصاص العام في نظر الاستشكال^(٢)، وذهب رأي آخر: إلى أن محكمة النقض حين تتصدى للفصل في الموضوع تتساوى في الدرجة مع محكمة الموضوع المختصة أصلاً بالفصل فيه ولا تفترق عنها إلا في أن حكمها لا يقبل الطعن بأي طريقة، وعلى ذلك يمكن القول بأن محكمة النقض تعتبر محكمة جنائيات عندما تفصل في موضوع جريمة من اختصاص محكمة الجنائيات، ولذا فإن الإشكال في التنفيذ بالحكم الصادر منها تختص به محكمة الجنائيات أو محكمة الجناح المستأنفة، أي المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية، وبذلك فإن محكمة النقض لا تنظر أي إشكال متعلق بالتنفيذ سواء كان الحكم الصادر منها متعلقاً بالقانون أو الموضوع^(٣).

ومن المعلوم أنه سبق القول أن من شروط الاستشكال أن يكون الحكم قابلاً للطعن، فإذا كان الحكم قد صدر من المحكمة العليا فإنه لا وجه للاستشكال فيه، أي بالنسبة

(١) د. أمين عبده دهمش: مرجع سابق، ص ٢٣٨.

(٢) د. محمود سامي قرني: مرجع سابق، ص ٣٩.

(٣) د. المرجع السابق، ص ٤٠.

للاستشكال المؤقت، أما الاستشكال النهائي فإنه يصح الاستشكال بحكم المحكمة العليا الصادر في الموضوع وذلك بأنها إجراءات التنفيذ، غير أن التعليمات العامة قد تضمنت القول: بعدم جواز الإشكال في الحكم الصادر من المحكمة العليا إذا ألغت الحكم الاستئنافي أو عدلت فيه، لأنه يكون صادراً منها وقد أصبح حكماً باتاً لا يجوز الإشكال فيه وشرط الإشكال أن يكون الحكم المستشكل فيه قابلاً للطعن المادة (٧٣٢) تعليمات.

وفرقت التعليمات بين الإشكال المرفوع من المحكوم عليه والإشكال المرفوع من الغير بشأن شرط الإشكال، فقد نصت التعليمات العامة على أنه: «إذا كان الإشكال مرفوعاً من المحكوم عليه فيشترط في الحكم المستشكل في تنفيذه أن يكون مطعوناً فيه، أو أن يكون باب الطعن فيه ما يزال مفتوحاً، أما إذا كان الإشكال من غير المحكوم عليه فإنه يستوي أن يكون الحكم محلاً للطعن أو أصبح باتاً لاقتصار أثر حجية الأحكام على أطرافها كما أن له أن يبني إشكاله على أسباب سابقة على الحكم ويترك الفصل في ذلك للمحكمة المختصة بنظره» (م ٧٣٦ تعليمات عامة).

والظاهر أن ما ذهب إليه التعليمات العامة إنما يتعلق بالإشكال المؤقت، أما الإشكال النهائي فإنه يجوز تقديمه أمام المحكمة العليا، عملاً بنص المادة (٥٢٩) إجراءات، والتي بينت أن كل إشكال يرفع بواسطة النيابة العامة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المستشكل فيه. ومعلوماً أن الحكم قد يكون صادراً من المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية أو المحكمة العليا فإذا صدر من المحكمة العليا في الموضوع فإنها تكون المختصة بنظر الإشكال حسب ظاهر النص.

وإذا كنا قد بينا في هذا الفرع والفروع السابقة من هذا المطلب مدى اختصاص كل من المحكمة الابتدائية والاستئنافية والمحكمة العليا بنظر الاستشكال في التنفيذ وبيننا الحالات المتعلقة بكل محكمة، فإنه ينبغي الإشارة في هذا المقام إلى الإجراءات التي يجب أن تتخذها المحكمة أثناء نظر الاستشكال وإلى طبيعة الحكم التي يجب أن يصدر منها في الأحوال المختلفة.

أما بالنسبة للإجراءات المتخذة بشأن نظر الاستشكال فقد حددها قانون الإجراءات الجزائية والذي نص على أنه: «تعلن النيابة العامة ذوي الشأن بالجلسة التي تحددها لنظر الإشكال وتفصل المحكمة فيه على وجه السرعة في غرفة المداولة بعد سماع أقوال النيابة العامة وذوي الشأن وإجراء ما تراه لازماً من تحقيقات، ولها في كل الأحوال أن تأمر بوقف التنفيذ حتى يفصل في النزاع، وللنيابة العامة عند الاقتضاء وقبل تقديم النزاع إلى المحكمة أن توقف تنفيذ الحكم مؤقتاً ولا يخل ذلك بحق المحكمة في الأمر باستمرار

تنفيذه» (م ٥٣٠ ق.إ.ج)، ومن خلال النص القانوني سالف الذكر يتبين أن إجراءات نظر الاستشكال تتمثل بالإجراءات الآتية:

١. إعلان المستشكل أو من يقوم مقامه قانوناً لحضور جلسة نظر الاستشكال، وذلك بأن تقوم النيابة العامة بإعلان المستشكل بالحضور إلى الجلسة المحددة لنظر الاستشكال أو من يقوم مقامه، ذلك أنه يجوز للمستشكل أن يوكل محامياً للدفاع عنه أثناء نظر الاستشكال لأن المحامي يكون أقدر منه على بيان أوجه الاستشكال ومثلما جاز له أن ينيب محامياً أثناء المحاكمة فله ذلك في دعوى الإشكال من باب أولى لا سيما وأن الإشكال ذو طبيعة قانونية ومبني على أسباب قانونية بحتة، وما يؤكد صحة ذلك أن النص القانوني قد أشار إلى أن الإعلان يكون إلى ذوي الشأن فيشمل المستشكل أو من يقوم مقامه كالولي أو الوصي أو الوكيل من المحامين أو أحد الأقارب أو الأصدقاء حتى الدرجة الرابعة، إلا إذا رأت المحكمة ضرورة حضور المستشكل بنفسه لاستيضاحه عن أي شيء يخص الاستشكال فيلزم حضوره.

٢. أن تنظر المحكمة الاستشكال على وجه السرعة وفي غرفة المداولة، فقد أوجب القانون نظر دعاوى الإشكال بصورة مستعجلة، أي أن يكون نظرها والبت فيها خلال فترة قصيرة قد لا تتعدى الجلسة أو الجلستين، إذ يكون الاستشكال مبنياً على سبب قانوني واضح، والمحكمة إنما تتأكد من مدى توفر هذا السبب من عدمه، ولذلك فقد حدد النص القانوني أن نظر دعوى الاستشكال يكون في غرفة المداولة، أي أنه يكون نظره في جلسة سرية غير علنية ذلك أن الاستشكال لا يلزم فيه حضور العامة والعلنية في نظره، لأنه يتعلق بتوقيف التنفيذ أو باستمراره ولا يتعلق بالمحاكمة التي يلزم فيها المحاكمة العلنية.

٣. حضور النيابة العامة وسماع المحكمة للأطراف، ذلك أن النيابة العامة هي التي يرفع عن طريقها الاستشكال وتمثيلها أثناء نظر دعوى الإشكال واجباً، وهي جزء من التشكيل القضائي للمحكمة، ومتى بدأت المحكمة بنظر دعوى الإشكال فإنها تسمع النيابة أولاً ثم أصحاب الشأن، ويكون المستشكل دائماً هو آخر من يتكلم أخذاً بالقاعدة العامة في نظر الدعاوى الجنائية، كما أن النيابة تعتبر المدعية في خصومة التنفيذ وما الإشكال المقدم من المستشكل إلا دفاعاً لغرض وقف التنفيذ، وقد أكد النص القانوني محل الإيضاح أن المحكمة تفصل في الإشكال

على وجه السرعة في غرفة المداولة بعد سماع أقوال النيابة وذوي الشأن، فلا بد للمحكمة أن تسمع طلبات النيابة وردّها كما تسمع أقوال المستشكل، أو من يقوم مقامه بشأن أسباب الاستشكال وطلبات المستشكل.

٤. إجراء المحكمة أي تحقيقات تكون لازمة بشأن الاستشكال، فقد يستدعي الفصل في الاستشكال أن تجري المحكمة تحقيقاً حتى يتبين لها وجه الحق في النزاع، وقد خول لها المقنن ذلك من خلال ما تضمنه النص القانوني محل الشرح والإيضاح فقد ترى المحكمة ضرورة الاستعانة بأعمال الخبرة، كأن تندب خبيراً لمضاهاة إبهام المستشكل إذا كان الإشكال مبنياً على النزاع في شخصية المحكوم عليه، ولقاضي الإشكال أن يستدعي شهوداً لديهم معلومات حول النزاع مع مراعاة عدم التوسع في استدعاء الشهود وأن يكون مقصوراً على الحالات الضرورية واللازمة حتى لا تستطيل الإجراءات، كما أنه لا يجوز لها مناقشة الشهود في وقائع تمس أدلة الثبوت، لأنه لا يجوز لها تعديل المسؤولية الجنائية التي ثبتت من خلال المحاكمة والحكم القضائي^(١)، وأما بالنسبة لطبيعة أحكام الاستشكال الصادرة من محكمة الاستشكال فإنها على نوعين، وهما^(٢):

النوع الأول: الحكم بقبول الاستشكال وتوقيف التنفيذ مؤقتاً أو نهائياً، وذلك إذا توفرت شروط الاستشكال وتوفر السبب القانوني عليه المبني عليه الاستشكال.

النوع الثاني: الحكم بعدم قبول الاستشكال والأمر بالاستمرار في التنفيذ: إذا كان الاستشكال غير جائز لعدم توفر شروطه أو كان مبنياً على سبب قانوني غير صحيح.

المطلب الثالث

طرق الطعن في الحكم الصادر في الاستشكال

من خلال هذا المطلب سوف نتحدث عن طرق الطعن في الاستشكال ويتمثل ذلك بالطعن بالاستئناف والطعن بالنقض وفقاً للفرعين الآتيين:

(١) د. محمود سامي قرني: مرجع سابق، ص ١٢٧-١٣٢.

(٢) القاضي / حافظ محمد الفرح: مرجع سابق، ص ٢٥٩.

الفرع الأول

الطعن في الاستشكال أمام المحكمة الاستئنافية

من المعلوم أن المقنن لم ينص في الأحكام المتعلقة بالاستشكال على جواز الطعن في الحكم الصادر في الاستشكال، ولا على طرق الطعن الذي يتم الطعن بها، إلا أن القاعدة العامة هي: جواز الطعن في الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم بالطرق المقررة في القانون ما لم ينص على غير ذلك وفقاً لما نص عليه قانون الإجراءات الجزائية على أنه: «تكون الأعمال والقرارات والأحكام الصادرة من مأموري الضبط والنيابة العامة أو المحكمة في مواجهة ذوي الشأن من المواطنين والهيئات قابلة للطعن بالطرق المقررة في القانون ما لم ينص على غير ذلك» (م ٢٠ ق.إ.ج). وهذا النص القانوني ضمن أحكام المبادئ والمهام الأساسية في قانون الإجراءات الجزائية فهو نص عام، وإذا كانت الطرق المقررة للطعن في القانون هي طرق الطعن العادية وغير العادية المتمثلة بالطعن بالاستئناف والطعن بالنقض والتماس إعادة النظر، إلا أن المعمول به قضاءً كما هو في القضاء المصري الطعن في حكم الاستشكال أمام محكمة الجناح الاستئنافية وأمام محكمة النقض فقط^(١).

كما أن المقنن بالنسبة لمنازعات التنفيذ المدنية الوقتية قد نص ألا يكون الطعن فيها إلا أمام محكمة الاستئناف، ويكون حكم محكمة الاستئناف غير قابل للطعن فيه بالنقض، فقد نصت المادة (٥٠١) من قانون المرافعات المدني النافذ على أنه: «للخصوم الطعن في الأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية أمام الاستئناف خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم في المنازعة وعلي محكمة الاستئناف الفصل في الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ رفعه إليها ويعتبر حكمها في المنازعات الوقتية غير قابل للطعن بالنقض، ويجوز للخصوم الطعن في الأحكام الموضوعية الصادرة من محاكم الاستئناف أمام المحكمة العليا وفقاً للقواعد العامة»^(٢)، وقد أحسن المقنن في قصر الطعن على المنازعات الوقتية دون المنازعات الموضوعية على الطعن فيه أمام محكمة الاستئناف فقط، ذلك أن طبيعة التنفيذ تقتضي ذلك، وهو ما يمكن القول معه بأن الطعن في الإشكالات الجنائية تكون بطريق الطعن بالاستئناف، وكذلك بالنقض أمام المحكمة العليا.

(١) د. محمود كبيش: الإشكالات في تنفيذ الأحكام الجنائية، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٢) د. عادل علي محمد النجار: التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات اليمني، مكتبة الصادق ط ٤، لعام ٢٠٢١م، ص ٥٢٢.

ومن خلال ما تم بيانه آنفاً يتضح جواز الطعن في الحكم الجنائي الصادر في دعوى الإشكال أمام المحكمة الاستئنافية من قبل من تتوفر فيهم شروط الاستئناف المعروفة في القواعد العامة في الاستئناف وهي الصفة والمصلحة وخلال المدة المحددة قانوناً، وهي خمسة عشر يوماً من تاريخ النطق بالحكم، وخلال أربعين يوماً للنائب العام من تاريخ صدور الحكم، وفقاً لما نصت عليه المادة (٤٢١) من قانون الإجراءات الجزائية، ولذلك فإن الطعن في حكم الاستشكال يخضع لنفس القواعد الإجرائية التي يخض لها الطعن بالاستئناف لأي حكم قضائي صادر من المحكمة الابتدائية وهي المنصوص عليها في المواد (٤١٧-٤٣٠) من قانون الإجراءات النافذ، وأما الذين لهم صفة في الطعن بالحكم في دعوى الإشكال هم: النيابة العامة والمنفذ ضده أو من يقوم مقامه قانوناً وذلك متى ما توفرت المصلحة للنيابة العامة أو المنفذ ضده في ذلك^(١).

فقد يصدر الحكم الابتدائي بعدم قبول دعوى الإشكال والاستمرار في التنفيذ فيرى المنفذ ضده أن الحكم لم يكن عادلاً فيقرر الطعن فيه بالاستئناف، وعليه في هذه الحالة أن يبين في عريضة طعنه وجه المصلحة في هذا الطعن والأسباب التي يبني عليها، كما يلزمه تقييد الاستئناف أولاً ودفْع الرسوم المستحقة للطعن بموجب القانون، وفي هذه الحالة يلزم النيابة الرد على الطعن المقدم من المنفذ ضده كتابة رداً موافقاً للقانون ورفع الطعن مع ملف القضية إلى محكمة الاستئناف للبت فيه على وجه السرعة بذات الإجراءات المحددة لنظر الاستشكال في نص المادة (٥٣٠) من قانون الإجراءات الجزائية، والتي سبق شرحها وإيضاحها في الفرع الثالث من المطلب الثاني.

وأما إذا صدر الحكم الابتدائي في دعوى الإشكال بقبول دعوى الإشكال وتوقيف التنفيذ فقد ترى النيابة صوابية الحكم وموافقته للشرع والقانون، فتشرف الحكم وتعمل على تطبيقه، وذلك بوقف التنفيذ حسب منطوق الحكم مؤقتاً أو نهائياً، وإذا كان نهائياً فتقرر انقضاء التنفيذ وحفظ ملف القضية لانتهاء إجراءات التنفيذ.

وقد ترى النيابة العامة أن الحكم في دعوى الاستشكال قد جانب الصواب إما من حيث عدم توفر شروطه أو عدم صحة الأسباب التي يبني عليه فتقرر الطعن فيه بالاستئناف، وعليها في هذه الحالة تقييد استئنافها إما في محضر جلسة النطق بالحكم أو بتقرير في دائرة كتاب المحكمة وتحرر عريضة الطعن وتسلم صورة منه للمنفذ ضده للرد عليها وترفع ملف القضية إلى محكمة الاستئناف لنظر الطعن والفصل فيه وفقاً للقانون.

(١) د. حسن مجلي: مرجع سابق، ص ٤٦.

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح جواز الطعن في الاستئناف في الحكم الابتدائي الصادر في دعوى الإشكال، وأن الطعن يخضع لنفس الإجراءات التي يرفع بها الطعن في أي حكم جنائي صادر من المحكمة الابتدائية، وأما إجراءات نظر الطعن والفصل فيه، فإنه يتم بإجراءات مستعجلة وفي غرفة المداولة، وتصدر المحكمة حكمها بعد سماع المستأنف والمستأنف ضده وتجري التحقيقات اللازمة وتفصل بالطعن وذلك وفقاً لنص المادة (٥٣٠) من قانون الإجراءات النافذ.

الفرع الثاني

الطعن في الاستشكال أمام المحكمة العليا

لقد سبق الإشارة في الفرع الأول من هذا المطلب إلى عدم وجود نص قانوني خاص بشأن طرق الطعن في الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية في دعوى الإشكال وأنه وفقاً للقواعد العامة يجوز الطعن في حكم الاستشكال أمام المحكمة الاستئنافية وأمام محكمة النقض، وقد أكدت على ذلك التعليمات العامة للنيابة العامة حيث نص في التعليمات على أنه:

أ - يخضع الحكم الصادر في الإشكال لجميع طرق الطعن في الأحكام الجنائية وهي الاستئناف والنقض.

ب- ويجوز للنيابة العامة أن تستأنف أو تطعن بالنقض في الحكم الصادر في الإشكال على حسب الأحوال ووفقاً لنوع المحكمة التي أصدرت الحكم، فإذا كان صادراً من المحكمة الابتدائية جاز استئنافه أو الطعن فيه بالنقض، وإذا كان صادراً من محكمة استئناف المحافظة اقتصر الأمر على الطعن بالنقض فيه» (م ٧٤٢ تعليمات).

وبالتالي فإن الطعن بالنقض يجوز وفقاً لما ذهبت إليه التعليمات العامة في الحكم الابتدائي أو الحكم الاستئنافي، وإذا قلنا بجواز ذلك فإن الطعن بالنقض سيخضع لنفس الإجراءات والقواعد العامة التي يخضع لها أي حكم قضائي يتم الطعن فيه أمام النقض من حيث وجوب التقرير بالطعن خلال مدة أربعين يوماً من تاريخ صدور الحكم على أن يتم إيداع عريضة الطعن مع التقرير بالطعن خلال تلك المدة وفي وقت واحد بخلاف الاستئناف الذي يلزم فيه التقرير بالطعن بالاستئناف خلال خمسة عشر يوماً ثم يتم إيداع العريضة وفي وقت لاحق^(١).

(١) د. حسن مجلي، مرجع سابق، ص ٤٦-٤٨، ص ٦٧.

كما يلزم توفر الصفة والمصلحة في رافع الطعن وأن يبين الأسباب التي يبنى عليها طعنه في عريضة الطعن بالإضافة إلى دفع رسوم الكفالة المقررة قانوناً وإرفاق السند بذلك مع عريضة الطعن كما يلزم رفع عريضة الطعن والرد عليها وأوراق القضية بما في ذلك الحكم المطعون فيه إلى المحكمة العليا للفصل في الطعن وفقاً للقانون^(١).

ونميل إلى أنه يجوز الطعن أمام المحكمة العليا في الحكم الصادر في الاستشكال فإن ذلك مقصور على الحكم الجنائي الصادر من المحكمة الابتدائية الجنائية أو من الشعبة الاستئنافية الجنائية، أما بالنسبة للحكم الصادر في منازعات التنفيذ المدنية المتعلقة بالأحكام المالية أو بالتعويضات المدنية فإن الطعن في حكم الاستشكال الصادر فيها لا يكون إلا أمام محكمة الاستئناف كون تلك المنازعات تخضع لأحكام قانون المرافعات والتنفيذ المدني، وقد تقرر قانوناً أنه لا يكون الطعن في المنازعات الوتية المدنية إلا أمام محكمة الاستئناف وفقاً لما نصت عليه المادة (٥٠١) من قانون المرافعات، والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن طالما أن المقنن لم يضع نصاً خاصاً يبين فيه جواز الطعن في أحكام الاستشكال ويحدد فيه الطريق المقررة للطعن فيه فهل من الأولى للمقنن أن يحدد طرق الطعن في حكم الاستشكال أمام المحكمة الاستئنافية ومحكمة النقض، أم يقتصر على الطعن أمام محكمة الاستئناف كما فعل بشأن المنازعات التنفيذية المدنية.

والحقيقة أن طبيعة التنفيذ تقتضي الاختصار في طرق الطعن والاكتفاء بالطعن في حكم الاستشكال أمام محكمة الاستئناف ذلك أن دعوى الإشكال هي دعوى تكميلية خاصة بتوقيف التنفيذ من عدمه ولا يستلزم الأمر أن ينظر الإشكال في المحاكم الثلاث.

(١) المرجع السابق، ص ٢١٧.

الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات:

أولاً: نتائج البحث:

١. لقد تطرق البحث في المطلب التمهيدي إلى بيان مفهوم التنفيذ الجنائي بذكر تعريفه لغة واصطلاحاً وذكر إجراءاته إجمالاً وذكر الأحكام الواجبة التنفيذ وحالات توقيفه وجوباً وجوازاً ثم بيان طبيعة التنفيذ القضائية والإدارية، وبيان الضمانات القانونية المتعلقة به واتضح من خلال ذلك بأن الإشكال في التنفيذ موضوع هذا البحث يعد من أهم الضمانات القانونية للمنفذ ضده ولغيره أثناء التنفيذ.
٢. أن البين من خلال المبحث الأول لهذا البحث هو تحديد مفهوم الإشكال من الناحية الفقهية والقضائية، وقد تم اقتراح التعريف الجامع لمفهوم الإشكال والمتمثل في أن الإشكال: عبارة عن نزاع قضائي حول شرعية تنفيذ الحكم الجنائي، كما تم تحديد وإيضاح نوعي الإشكال النهائي والموقت والفرق بينهما وتبين من خلال ذلك: ضرورة وجود تعريف قانوني للإشكال وعدم ترك ذلك للفقه والقضاء حتى يحسم الخلاف بشأن ذلك.
٣. كما تطرق البحث في المبحث الأول كذلك إلى بيان شروط دعوى الإشكال وأسبابه من الناحية الفقهية والقضائية وشروط الإشكال من الناحية القانونية، وتبين من خلال ذلك: ضرورة إضافة الشرط الثالث إلى الشروط القانونية والمتمثل بقابلية الحكم المستشكل فيه للطعن فيما يتعلق بالإشكال المؤقت وضرورة النص على أسباب الاستشكال ضمن الأحكام القانونية وحصراً في ثلاثة أسباب تتمثل في عدم وجود الحكم الجنائي من الناحية القانونية أو المادية، والقوة التنفيذية للحكم، ومخالفة نطاقه أو إجراءاته للقانون، حتى لا يتوسع في تلك الأسباب ولا يترك الأمر للاجتهاد في ذلك.
٤. ولقد بين البحث في المبحث الثاني طرق رفع الاستشكال من قبل النيابة بناءً على الطلب المقدم من المنفذ ضده كقاعدة عامة في رفع الإشكالات الجنائية والاستثناء في ذلك، وهو جواز رفع الاستشكال من الغير إذا تعلق الأمر بتنفيذ

الأحكام المالية وكان التنفيذ على مال الغير، كما تطرق هذا المبحث إلى المحكمة المختصة بنظر الإشكال وهي المحكمة الجنائية كقاعدة عامة سواء كانت المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية، بالإضافة إلى بيان طرق الطعن بالحكم الابتدائي في دعوى الإشكال الصادر من المحكمة الابتدائية وتبين من خلال موضوعات هذا المبحث ضرورة إضافة بعض الأحكام إلى نصوص القانون أو أفراد نص خاص بها، وتتمثل في بيان المحكمة المختصة لنظر الاستشكال المتعلق بالجانب المدني في الحكم الجنائي، وأن يمنح المقنن النيابة حق رفع الاستشكال من تلقاء نفسها متى وجدت ضرورة لذلك، وكذلك منح النيابة الحق في توقيف التنفيذ متى ما تبين لها وجهة الإشكال المقدم إليها إذا تنازل المنفذ ضده عن استشكله، بالإضافة إلى أفراد نص قانوني يحدد فيه طرق الطعن في الحكم الصادر في الاستشكال من المحكمة الابتدائية، وأن يقتصر ذلك على الطعن أمام المحكمة الاستئنافية أسوة بأحكام الطعن في المنازعات المدنية الوقتية والتي أقرها قانون المرافعات والتنفيذ المدني في المادة (٥٠١) مرافعات، وغير ذلك من نواحي القصور التشريعي على النحو الذي سوف نبينه في التوصيات.

ثانياً: التوصيات:

١. يوصي الباحث المقنن بإفراد نص قانوني يتضمن تعريف الإشكال تعريفاً جامعاً مانعاً من الناحية القانونية كما يتضمن النص القانوني الأسباب التي تبني عليها دعوى الإشكال على سبيل الحصر وحصرها في الثلاثة الأسباب التي ذكرناها سلفاً في نتائج البحث.
٢. يوصي الباحث المقنن بإيراد نص قانوني خاص يحدد فيه جواز الطعن في حكم الاستشكال الصادر من المحكمة الابتدائية أمام محكمة الاستئناف خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم المطعون فيه على أن يكون الحكم الاستئنافي غير قابل للطعن فيه بالنقض لما بيناه من أهمية ذلك في نتائج البحث.
٣. يوصي الباحث بتعديل نص المادة (٥٢٩) من قانون الإجراءات الجزائية بإضافة «أن للنيابة العامة الحق بالاستشكال من تلقاء نفسها إذا رأت ضرورة لذلك وأنه

لا يجوز الاستشكال المؤقت في الحكم طالما أصبح الحكم المستشكل فيه غير قابل للطعن».

٤. يوصي الباحث المقنن بتعديل نص المادة (٥٣٠) إجراءات بإضافة «أن للنيابة العامة الحق كذلك في توقيف تنفيذ الحكم، وعدم الحاجة لرفعه إلى المحكمة إذا تنازل المنفذ ضده عن استشكله».

٥. يوصي الباحث المقنن بتعديل نص المادة (٥٣١) إجراءات وذلك بإضافة «أن يرفع الاستشكال المتعلق بالجانب المدني في الحكم الجنائي بواسطة المنفذ ضده أو الغير إلى المحكمة المدنية، كونها المختصة بتنفيذ الجانب المدني والمنازعات المتعلقة به».

قائمة مراجع البحث ومصادره

أولاً: المراجع اللغوية:

١. د. أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصر، عالم الكتب بمصر، ٢٠٠٨م.
٢. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مكتبة الإيمان المنصورة، الطبعة الأولى ١٤٣٠هـ.
٣. الإمام محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث القاهرة، لعام ١٤٢٤هـ.

ثانياً: المراجع العامة:

١. د. إبراهيم محمد الشرفي: الوجيز في شرح قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، عام ٢٠١٨م.
٢. د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة ١٩٨١م.
٣. د. أمين عبده دهمش، المحاكمة والطعن في الأحكام في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، دار الفكر المعاصر، طبعه منقحه عام ٢٠١٤م.
٤. د. حسن علي مجلي: الطعن في الأحكام مع أهم المبادئ القانونية والقضائية، دار الكتب اليمنية، الطبعة الرابعة عام ٢٠١٢م.
٥. د. سعيد خالد الشرعبي: الموجز في أصول القضاء المدني شرح قانون المرافعات اليمني وتعديلاته، مركز الصادق، الطبعة الرابعة لعام ٢٠٢٢م.
٦. د. عادل علي النجار: التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات اليمني، مكتبة الصادق، الطبعة الرابعة، عام ٢٠٢١م.
٧. د. عبدالقادر عوده: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة عشرة، لعام ١٤٢١هـ.
٨. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، عام ١٩٨٨م.

ثالثاً: المراجع المتخصصة:

١. ق. حافظ محمد الفرح: أساسيات التحقيق والتصريف والتنفيذ بالقضايا الجنائية، مكتبة خالد بن الوليد الطبعة الأولى، عام ١٤٤٦هـ.
٢. د. عبد العظيم مرسي وزير: دور القضاء في تنفيذ الجزاءات الجنائية، دار النهضة العربية ١٩٧٨م.
٣. د. محمود سامي قرني: إشكالات التنفيذ في الأحكام الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، دار القومية العربية، عام ١٩٩٤م.
٤. د. محمود كبيش: الإشكالات في تنفيذ الأحكام الجنائية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٧م.
٥. د. مصطفى يوسف: التنفيذ الجنائي طرقه وإشكالاته دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية بمصر، عام ٢٠١٠م.

رابعاً: التشريعات الوضعية:

١. الدستور اليمني.
٢. قانون الإجراءات الجزائية.
٣. قانون الجرائم والعقوبات.
٤. قانون المرافعات والتنفيذ المدني وتعديلاته.
٥. قانون رعاية الأحداث وتعديلاته.
٦. قانون تنظيم السجون.
٧. التعليمات العامة.



البحر في الفقه والقانون

مجلة

معوقات تطبيق الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية في اليمن

الدكتورة / صبرين صالح محمد يحيى

الأستاذ المساعد في المعهد العالي للقضاء اليمني

البحر في الفقه والقانون

قال تعالى:

﴿سَيُصِيبُ الَّذِينَ أَجْرَمُوا صَغَارٌ عِنْدَ اللَّهِ وَعَذَابٌ شَدِيدٌ بِمَا كَانُوا يَمْكُرُونَ﴾.

[الأنعام: ١٢٤]

الملخص:

هدفت الدراسة إلى التعرف على معوقات تطبيق الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجرائم الإلكترونية في اليمن، من خلال معرفة مفهوم الذكاء الاصطناعي وتطبيقاته ومجالات استخدامه في مكافحة الجريمة الإلكترونية، كما تم التعرف على مفهوم الجريمة الإلكترونية وخصائصها والصور التي تتخذها، وأظهرت الدراسة عدة نتائج أهمها: وجود معوقات تواجه تطبيق الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية في اليمن تتمثل في:

- ضعف البنية التحتية.
- نقص الكوادر المتخصصة.
- قصور النصوص التشريعية.
- شحة الموارد المالية.
- تحديات الخصوصية.
- التحديات الأخلاقية.
- الهجمات السيبرانية.

وتوصلت الدراسة إلى عدة توصيات أهمها: ضرورة إقرار مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، حتى لا يترك الحكم في الجرائم الإلكترونية لتقدير سلطة القاضي، مما يسهل الطعن فيه، وإضافة جزئية خاصة تتعلق بالذكاء الاصطناعي وتطبيقاته، وإنشاء بنية تحتية قوية قائمة على بيانات ضخمة، وتخصيص ميزانية لمواكبة تقنية الذكاء الاصطناعي، مع مراعاة المبادئ الأخلاقية والخصوصية، وتدريب كوادر بشرية لتصميمه واستخدامه قادرة على صد أي هجمات سيبرانية.

مقدمة:

إن التطور الهائل في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في وقتنا الحاضر؛ جعل من العالم قرية صغيرة ربطت الشعوب ببعضها البعض، وزودتها بالعديد من الخدمات والتسهيلات التي تنفذ بأسرع وقت وأقل جهد، وبرزت الكثير من إيجابيات التكنولوجيا في شتى مجالات الحياة، حيث حلت الخدمات الرقمية مكان السجلات والأوراق، وأصبح نشر المعلومات والأخبار عبر الوسائل التقنية لا يأخذ سوى ثوان معدودة، وبالمقابل ظهر العديد من سلبيات التكنولوجيا متمثلة بالجرائم التي تُرتكب في الفضاء الإلكتروني وتعرف بالجرائم الإلكترونية أو المعلوماتية، والتي تتخذ صوراً متعددة منها جريمة الاحتيال والابتزاز والسرقة والتجسس وغيرها من الجرائم التقليدية إلا أن مرتكبيها يستخدمون أساليب وأدوات تقنية حديثة تصعب معها عملية التحقيق والإثبات.

ومع تتالي الثورات الصناعية التي أحدثت طفرة في العالم ابتداءً من المحرك البخاري والفعالية الإنتاجية القصوى ١٧٦٥م، تلتها ثورة الكهرباء والنفط ومحرك الاحتراق الداخلي ١٨٧٠م، ومن ثم ثورة الرقمية وتكنولوجيا المعلومات والإنترنت ١٩٨٩م، وآخرها ثورة الذكاء الاصطناعي وتكنولوجيا النانو ٢٠١٦م، والتي أضحت مؤخراً محط أنظار العالم لما أحدثته هذه الثورة من إعجازات في التكنولوجيا، فصُمم الذكاء الاصطناعي لإنجاز المهام التي يقوم بها البشر، ويؤدي سلوكاً بخصائص تتسم بالطبيعة البشرية التي خص بها الله بني آدم، كالأنماط الذهنية، والتفكير وحل المشكلات، واتخاذ القرارات، وتحليل البيانات؛ للحصول على معلومات دقيقة، والاستنتاج ودراسة الفعل ورد الفعل.

وبناءً على الخصائص التي يتمتع بها الذكاء الاصطناعي، سنسلط الضوء في بحثنا هذا على دوره في مواجهة الجريمة الإلكترونية، والتي انتشرت مؤخراً بشكل كبير في المجتمع اليمني، والتطرق إلى المجالات التي يستخدم فيها الذكاء الاصطناعي لمكافحة هذا النوع من الجرائم، والمتطلبات والاحتياجات اللازمة لتطبيقه، وكذا معرفة التحديات التي تحول دون تطبيقه في بلادنا.

مشكلة البحث:

إن الثورة الشاملة التي أحدثها الذكاء الاصطناعي جعلته يطبق في مختلف التخصصات الاقتصادية والاجتماعية والترفيهية وغيرها، ذلك أن تطبيقاته تتخذ صوراً متعددة يصعب حصرها تدخل في جميع المجالات الإنسانية، بالإضافة إلى المجال الأمني والقضائي وعمليات التجسس على الدول، وقد أدى التطور السريع في أدوات وأساليب

تقنيات الذكاء الاصطناعي في الآونة الأخيرة إلى رفع النمو الاقتصادي والاجتماعي والعسكري في الدول المتقدمة، حيث يقدم حلاً مبنية على تحليل بيانات ضخمة تساعد في صنع القرارات السليمة، وأصبح العديد من الدول الأجنبية وبعض الدول العربية كالإمارات العربية المتحدة تخصص جزءاً من موازنتها لاستثمارها في تقنيات الذكاء الاصطناعي، وحسب مؤسسة ICD الأبحاث تقنية المعلومات، فقد شهد الاستثمار الإماراتي في تقنية الذكاء الاصطناعي نمواً بنحو (٧٠٪) خلال السنوات الماضية^(١)، ومن هذا المنطلق سنحاول في بحثنا هذا معرفة إمكانية الاستفادة القصوى من تقنيات الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية التي أرهقت الجهات الأمنية والقضائية في اليمن نتيجة التقدم الحاصل في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ونحدد مشكلة بحثنا التي تكمن في السؤال الرئيس هو:

ما هي التحديات والمعوقات التي تواجه تطبيق الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية في اليمن؟

ويشتق من السؤال الرئيس الأسئلة الفرعية الآتية:

١. ماهي ماهية الذكاء الاصطناعي، والخصائص التي يتمتع بها، وأنواعه؟
٢. ما هو مفهوم الجرائم الإلكترونية، وخصائصها، وصورها؟
٣. ما هي التحديات والمعوقات التي تواجه استخدام الذكاء الاصطناعي ومواجهة الجريمة الإلكترونية والوقاية منها في اليمن؟

أهداف البحث:

يسعى البحث إلى تحقيق الهدف الرئيس له وهو التعرف على معوقات تطبيق الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية المعاصرة في بلادنا، ويتفرع من هذا الهدف الأهداف الفرعية الآتية:

١. تحديد مفهوم الذكاء الاصطناعي والخصائص التي يتمتع بها، ومتطلباته.
٢. بيان الجرائم الإلكترونية، وخصائصها والصور التي تتخذها.
٣. تسليط الضوء على التحديات والمعوقات التي تواجه تطبيق الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية في اليمن.

(١) الشاعر، سعود عبدالقادر. (٢٠٢٠). دور الذكاء الاصطناعي في تفعيل إجراءات التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية: دراسة مقارنة. رسالة منشورة كلية القانون، جامعة عجمان، الإمارات العربية المتحدة. ص ٨.

أهمية البحث:

تبرز أهمية البحث من خلال أهمية الموضوع والمتغيرات التي تركز على دراستها وتحديدتها في إطار الأهمية العلمية والأهمية العملية:

الأهمية العلمية:

١. سيسهم البحث في سد فجوة الدراسات المتعلقة بالذكاء الاصطناعي، نظراً لشحة مثل هذه الدراسات في بلادنا.
٢. بناءً على النتائج، سيقدم البحث توصيات متعلقة بدور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية، تتضمن تطوير السياسات الأمنية والقضائية لحماية الأفراد والمؤسسات من هذه الجريمة.
٣. وتكمن أهمية البحث في تحديد التحديات والمعوقات التي تواجه استخدام الذكاء الاصطناعي في الكشف عن الجريمة الإلكترونية في بلادنا.

الأهمية العملية:

١. يعتبر الذكاء الاصطناعي من الموضوعات الحديثة التي لها آثارها الإيجابية والسلبية على الأفراد والشركات الخاصة والمؤسسات الحكومية، وبالتالي فإنها تستدعي دراستها بعمق.
٢. كما تكمن أهمية البحث في إبراز أهم التحديات والمعوقات التي تواجه تطبيق الذكاء الاصطناعي في الحد من الجرائم الإلكترونية في بلادنا، في ظل تزايد مرتكبيها والآثار التي تخلفها هذه الجرائم على المجتمع اليمني.
٣. ستشكل هذه الدراسة مرجعاً للمشرع اليمني، وذلك في تحديد أهم المعوقات التي تواجه تطبيقات الذكاء الاصطناعي في الحد من الجرائم الإلكترونية في بلادنا.

حدود البحث:

- الحدود الموضوعية: في الموضوع الذي تناوله وهو التحديات والمعوقات التي تواجه تطبيق الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجرائم الإلكترونية المعاصرة في اليمن.
- الحدود المكانية: الجمهورية اليمنية.
- الحدود الزمانية: ١٤٤٧هـ - ٢٠٢٥م.

منهج البحث:

تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي لمعرفة ماهية الذكاء الاصطناعي وتطبيقاته، ومفهوم الجريمة الإلكترونية، والتحديات المختلفة التي تواجه الأجهزة الأمنية والقضائية في تطبيق الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية في اليمن.

مصادر المعلومات:

تم الاعتماد على مصادر البيانات الثانوية ممثلة بالكتب والمراجع العربية والأجنبية ذات العلاقة، والدوريات والمقالات، والأبحاث والأطر النظرية والدراسات السابقة التي تناولت موضوع البحث، والمطالعة في مواقع الانترنت المختلفة.

أسباب اختيار موضوع البحث:

إن حداثة الموضوع وأهميته وقلة الدراسات المتعلقة بالمعوقات التي تواجه تطبيق الذكاء الاصطناعي في اليمن ودوره في مكافحة الجريمة الإلكترونية، كانت من أهم الأسباب لاختيار موضوع البحث.

تقسيم البحث:

الإطار العام للبحث والدراسات السابقة:

- المطلب الأول: ماهية الذكاء الاصطناعي وأنواعه.
- المطلب الثاني: مفهوم الجرائم الإلكترونية وصورها.
- المطلب الثالث: مجالات وتطبيقات تقنيات الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجريمة الإلكترونية.
- المطلب الرابع: تحديات مواجهة الجريمة الإلكترونية بواسطة الذكاء الاصطناعي.
- الخاتمة:
- النتائج.
- التوصيات.

الدراسات السابقة:

تناولت العديد من الرسائل العلمية موضوع البحث، نظراً لحداثة الموضوع وأهميته، وفيما يلي بعض منها:

١. دراسة عبدالمحسن وآخرين. (٢٠٢٥). دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة باستخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة^(١).

هدفت الدراسة إلى التعرف على علاقة الذكاء الاصطناعي بالجريمة، وذلك مع زيادة حدوث الجريمة وتهديدها لأمن المجتمع بالذات الجريمة الإلكترونية، وأظهرت الدراسة عدة نتائج أهمها: أنه يمكن لأساليب التحول الرقمي الحديثة أن تمنع الجريمة مستقبلاً، وتوصلت الدراسة إلى عدة توصيات أهمها: وضع أطر تنظيمية تضمن الاستخدام الأمثل للذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة مع حماية الحقوق والحريات.

٢. دراسة الشهري. (٢٠٢٤). استخدامات تقنيات الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة^(٢).

هدفت الدراسة إلى التعرف على التقنيات الحديثة المستخدمة في التعرف على بيانات الوجه، التسجيل الصوتي، التعرف على الجناة، وتطبيق التنبؤ الذكي للجريمة قبل وقوعها، وتوصلت الدراسة إلى أن المملكة العربية السعودية تسعى بخطى واثقة نحو استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي بصورة منهجية نظامية، وقد حققت تقدماً في استخدام الذكاء الاصطناعي في المجال الأمني والقضائي، ومن أهم توصيات الدراسة هي: استحداث فروع وأقسام جديدة تضمن تقنيات الذكاء الاصطناعي للسيطرة على كافة أشكال الجرائم المعلوماتية.

٣. دراسة قاسم. (٢٠٢٤). دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية، دراسة مقارنة^(٣).

(١) عبدالمحسن، محمد، آل سعد، سعود الشافي والبيدي، بندر عبدالله. (٢٠٢٥). دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة باستخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة. المجلة العلمية، كلية الشريعة والقانون، أسيوط، جامعة الأزهر، مصر، ع (٣٧)، (٥١٩-٥٥٩).

(٢) الشهري، البراء جمعان محمد. (٢٠٢٤). استخدامات تقنيات الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة. المجلة العربية للنشر العلمي، ع (٦٨)، (٧٣-٩٢).

(٣) قاسم، مراد محمد غالب. (٢٠٢٤). دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية، دراسة مقارنة. المجلة العصرية للدراسات القانونية، ٢(٢)، (٩٠-١١٤).

هدفت الدراسة إلى التعرف على دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية، وموقف الأنظمة العربية منها، وكيف ساهمت السلطات الرقمية وتقنيات التنبؤ بالجرائم في منع وتقليل الجرائم الإلكترونية، وتوصلت الدراسة إلى أن النظامين السعودي والإماراتي عملا على مواكبة التقدم في استخدام الذكاء الاصطناعي بشقيه الصناعي والقانوني، بينما لا يزال النظام اليمني يعتمد على القوانين القديمة في مواجهة الجرائم الإلكترونية، وأوصت الدراسة بضرورة استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي لمواجهة الجرائم الإلكترونية.

٤. دراسة حسن وآخرين. (٢٠٢٤). الطبيعة القانونية للذكاء الاصطناعي، دراسة تحليلية في القانون المدني الليبي^(١).

هدفت الدراسة إلى بيان الإطار القانوني والتكييف القانوني لأعمال وتصرفات الذكاء الاصطناعي، ومعرفة الفوارق بين الذكاء البشري وذكاء الآلة وذلك للوصول إلى معرفة أحكام المسؤولية التي تحكم الأخطاء الناتجة عنه، وتوصلت الدراسة إلى توافر أهلية خاصة بالذكاء الاصطناعي، ولا يمكن إخضاعه للأحكام العامة للأهلية للشخص الطبيعي أو المعنوي، وتوصلت الدراسة إلى عدة توصيات أهمها: ضرورة إيجاد تشريع خاص بتنظيم المسؤولية عن أخطاء الذكاء الاصطناعي الناشئة عن الحوادث.

٥. دراسة الشاعر. (٢٠٢٢). دور الذكاء الاصطناعي في تفعيل إجراءات التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، دراسة مقارنة^(٢).

هدفت الدراسة إلى التعرف على دور الذكاء الاصطناعي في تفعيل إجراءات التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، والاستفادة القصوى من تقنيات الذكاء الاصطناعي في كشف الجرائم الإلكترونية، وتوصلت إلى عدة نتائج أهمها: أن هناك مجالات مختلفة للذكاء الاصطناعي في العمل الشرطي والأمني، وهذا غالباً ما يندرج تحت مسمى استراتيجية المدن الذكية، وتوصلت الدراسة إلى عدة توصيات أهمها: ضرورة استخدام

(١) حسن، عفاف عبدالله الحاج وقشوط، أحمد رمضان. (٢٠٢٤). الطبيعة القانونية للذكاء الاصطناعي، دراسة تحليلية في القانون المدني الليبي. المؤتمر العلمي الثاني، طلاب المرحلة الجامعية والدراسات العليا، الجامعة الأسمرية الإسلامية، ص(١٢٧-١٤٣).

(٢) الشاعر، سعود عبدالقادر. (٢٠٢٠). دور الذكاء الاصطناعي في تفعيل إجراءات التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية القانون، جامعة عجمان، الإمارات العربية المتحدة، ص(١-٣٦).

تقنيات الذكاء الاصطناعي التي يتم بواسطتها الحصول على الأدلة المادية في المجال الجنائي للكشف عن الجرائم بشكل عام والجرائم الإلكترونية بشكل خاص.

وتعليقاً على ما سبق من دراسات، فإن الدراسة الحالية تتشابه مع كثير من الدراسات السابقة في المتغيرات والمضمون، وهو كيفية استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي في الكشف عن الجرائم بشكل عام والجرائم الإلكترونية بشكل خاص، وتختلف الدراسة الحالية عن الدراسات السابقة في أنها تبحث عن التحديات التي تحول دون استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي في مواجهة ومكافحة الجرائم الإلكترونية، بالإضافة إلى اختلافها بالحدود المكانية فيما عدا دراسة قاسم (٢٠٢٤) والتي طُبقت في اليمن.

المطلب الأول

ماهية الذكاء الاصطناعي

تمهيد:

إن التطور المتسارع في تقنية المعلومات والاتصالات ودخولها جميع مجالات الحياة، ولأنها أصبحت لغة العصر في زمننا هذا والتي أضحت بمقدورها تقليل الجهد والوقت لتنفيذ جميع الأعمال والمعاملات في شتى المجالات والقطاعات ومنها مجال الجريمة، حيث أظهرت العديد من التطبيقات أبرزها «الذكاء الاصطناعي» الذي حل محل الإنسان في بعض الأعمال، وفي هذا المطلب سنتناول مفهوم الذكاء الاصطناعي والخصائص التي يتمتع بها وأنواعه.

الفرع الأول

مفهوم الذكاء الاصطناعي وخصائصه

يعد مصطلح الذكاء الاصطناعي من المصطلحات الحديثة التي تجذب اهتمام العديد من القراء والباحثين منذ ظهوره، وقد زاد الاهتمام به مؤخراً نتيجة دخوله مجموعة متنوعة من الميادين العلمية والعملية، في كثير من التخصصات الهندسية والطبية والأمنية وغيرها من الميادين، وفي هذا الفرع سنتعرف على مفهوم مصطلح الذكاء الاصطناعي وخصائصه وأهميته.

الذكاء الاصطناعي لغةً:

ذكاء: مصدر ذكي، ذكاء الإنسان، قدرته على الفهم والاستنتاج والتحليل والتمييز بقوة فطرته وذكاء خاطره، وذكاء الولد: كان ذكي الفهم، متوقد البصيرة، وذكي عقله: اشتدت فطنته، والذكاء قدرة على التحليل والتركيب والتمييز والاختيار، والتكيف إزاء المواقف المختلفة^(١).

ذكاء اصطناعي: قدرة آلة أو جهاز ما على أداء بعض الأنشطة التي تحتاج إلى ذكاء مثل

(١) قاموس المعاني الجامع.

الاستدلال الفعلي والإصلاح الذاتي^(١).

الذكاء الاصطناعي اصطلاحاً:

إن فكرة الذكاء الاصطناعي هي محاكاة العقل البشري في القيام بإنجاز الأعمال الذهنية من خلال تطوير شرائح الكترونية، قادرة على التعلم وتطوير نفسها^(٢).

ويعرف الذكاء الاصطناعي بأنه: فرع من فروع الحاسب الآلي يقوم بأداء عدة مهام تحاكي ما يقوم به الإنسان كالسمع والتكلم والحركة والتفكير وغيرها من المهام بأسلوب متقن ومنظم^(٣).

كما يعرف بأنه: «الآلات المخترعة بطريقة يدوية تحاكي ذكاء الإنسان»^(٤).

وعرف أيضاً الذكاء الاصطناعي بأنه: علم يبحث عن تعريف للذكاء البشري ومحاكاته باستخدام الآلة، فهو يصلح لجميع التوجيهات، فقط يتم تطويره بأساليب برمجة مناسبة لأداء مهام معينة^(٥).

وعرفه مارتن ويك أنه «العلم القادر على بناء آلات تؤدي مهام تحتاج للذكاء البشري عند أدائها مثل الاستنتاج المنطقي والتعلم والقدرة على التعديل، كما يمكن أن يعرف على أنه محاكاة بعض جوانب الذكاء البشري من خلل برنامج أو تطبيق محدد»^(٦).

ومن خلال التعاريف السابقة يمكننا القول بأن الذكاء الاصطناعي عبارة عن مجموعة من الآلات والشبكات العصبية المبرمجة بطريقة معينة لأداء مهام ذهنية تحاكي المهام التي يؤديها الإنسان.

كما عرفت المفوضية الأوروبية الذكاء الاصطناعي بأنه «جملة من الأنظمة تظهر

(١) قاموس المعاني الجامع. مرجع سابق.

(٢) الشهري، البراء جمعان محمد. (٢٠٢٤). استخدامات تقنيات الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة. المجلة العربية للنشر العلمي، ع(٦٨)، ص٧٦. (٧٣-٩٢).

(٣) الشاعر، سعود عبدالقادر. (٢٠٢٠). دور الذكاء الاصطناعي في تفعيل إجراءات التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص١٠.

(٤) الأخنس، أمينة والعيداني، محمد. (٢٠٢٣). الذكاء الاصطناعي كآلية لمجابهة الجريمة الإلكترونية. مجلة القانون والعلوم البيئية، ع(٢)، ص٥٢٩.

(٥) محمود، ثائر والعطيات، صادق. (٢٠٠٦). مقدمة في الذكاء الاصطناعي. مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص١٣.

(٦) سلطاني، خديجة الكبرى. (٢٠٢٥). الذكاء الاصطناعي مداخله ومفاهيمه وأهم خصائصه وتطبيقاته في المعالجة الآلية للغة العربية. مجلة جسور المعرفة، ١١(١)، ص٣١٩.

سلوكاً ذكياً من خلال تحليل بيئتها واتخاذ الإجراءات إما عن طريق برامج أو من خلال أنظمة التعرف على الكلام والوجه وغيرها من النظم»^(١).

الذكاء الاصطناعي إجرائياً:

يمكننا تعريف مصطلح الذكاء الاصطناعي المتعلق بموضوع البحث بأنه مجموعة من السلوكيات التي تتمتع بها الأجهزة والآلات المستخدمة في التنبؤ عن الجريمة أو الكشف عنها، والتي تعتمد على بيانات ضخمة وتراكم معرفي من الأساليب المستخدمة في الجرائم الإلكترونية لمواجهتها والوقاية منها.

ويتميز الذكاء الاصطناعي بعدة خصائص، وهي:

١. القدرة على التنبؤ:

يحتوي الذكاء الاصطناعي على بيانات ومعلومات وخوارزميات وخبرات تراكمية تمكنه من استرجاعها في الموقف المشابه للفعل، وبالتالي تجعله قادراً على التنبؤ، ومن أمثلته بحث جوجل، الذي يمكنه التنبؤ عما تبحث عنه^(٢).

٢. القدرة على الإدراك والحركة:

من حيث الإدراك، فإن للذكاء الاصطناعي القدرة على استيعاب أساليب متعددة من البيانات كالصوت والصورة ومقاطع الفيديو ومعالجة اللغة الطبيعية، كما يمكن له أن يتعرف على الأنماط والنماذج واستخلاص المعرفة والبيانات بشكل أسرع^(٣).

أما بالنسبة للحركة، فقد استطاعت الروبوتات الذكية أن ترتقي في الحركة بشكل مماثل لما يقوم به الإنسان من حركة، بالإضافة إلى تفاعلها مع البيئة المحيطة بها، فتقوم بمجموعة مختلفة من المهام الحركية وبدقة عالية كالمشي والتفاعل مع البشر^(٤).

٣. القدرة على التعلم الآلي:

من أهم المزايا والخصائص التي يتمتع بها الذكاء الاصطناعي هو التعزيز الذاتي، والذي يعمل بشكل مستمر، مما يكسبه خبرة وبيانات تراكمية قادرة على تطوير نفسه، ويجعله أكثر كفاءة وفاعلية، بالإضافة إلى خاصية التعليم المستمر الذي يعمل على

(١) عبد المحسن وآخرون، مرجع سابق، ص ٥٢٧.

(٢) خليفة، محمد محمد طه. (٢٠١٨). الذكاء الاصطناعي في ميزان التشريع. مجلة دبي القانونية، ص ٣.

(٣) الشهري، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٤) ساعي، علاء. (٢٠٢٤). الذكاء الاصطناعي. داررسلان للنشر، الرياض، ص ٣٠.

تطوير الخوارزميات والنماذج والأنماط باستمرار، وخاصة التعليم العميق نتيجة استخدام شبكات عصبونية لتحليل البيانات بشكل متقدم، مما يمكنه من اكتساب درجة عالية من الفهم والذكاء^(١).

الفرع الثاني

أنواع الذكاء الاصطناعي

يوجد عدة أنواع من تقنية الذكاء الاصطناعي، والتي تتفاوت فيما بينها بقدرتها على التمييز وفهم الأوامر وغيرها من السلوكيات، ويمكن تقسيم الذكاء الاصطناعي إلى ثلاثة أنواع، وهي:

النوع الأول: الذكاء الاصطناعي الضعيف:

وهو أبسط أنواع الذكاء الاصطناعي، حيث يمكنه القيام بوظيفة معينة ويُعطى له ردود أفعال معينة، ولا يمكنه العمل إلا بالظروف البيئية الخاصة به، ومن أمثلة هذا النوع هو الروبوت «ديب بلو» الذي هزم بطل الشطرنج العالمي جاري كاسبروف^(٢).

النوع الثاني: الذكاء الاصطناعي القوي:

ويتميز هذا النوع بقدرة كبيرة على جمع وتحليل واكتساب المعارف والبيانات وردود الأفعال، حيث يمتلك خبرة تراكمية لعدد كبير من السلوكيات والأفعال ولديه القدرة على اتخاذ القرارات بذكاء، ومن أمثلة هذا النوع هو برامج المساعدة الذاتية الشخصية، سيارات القيادة، وروبوتات الدردشة الفورية^(٣).

النوع الثالث: الذكاء الاصطناعي الفائق:

ويسمى بالذكاء الاصطناعي الخارق وهو لا زال قيد التجارب، وهو أذكى بكثير من أذكى العقول البشرية في كل مجال، ويدخل في الإبداع العلمي والمهارات الاجتماعية والحكمة العامة^(٤)، وفي هذا النوع من الذكاء الاصطناعي يمكنه التمييز بين نمطين، النمط الأول:

(١) الشهري، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٢) خليفة، إيهاب. (٢٠١٧). تأثيرات تزايد دور التقنيات الذكية في الحياة اليومية للبشر. مقالة منشورة في الرابط https://futureuae.com/media/20_371c98d6-6b55-4f40-8200-6ffcca032c25.pdf تاريخ الدخول ٢٠٢٥/١١/١٠م.

(٣) الشهري، البراء محمد جمعان، مرجع سابق، ص ٧٩.

(٤) قاسم، مرجع سابق، ص ٩٦.

يحاول فهم الأفكار البشرية وانفعالاتهم ويملك قدرة محدودة على التفاعل الاجتماعي، أما الثاني: فهي نماذج لنظرية العقل والتعبير لحالتها الداخلية، والتنبؤ بمشاعر الآخرين والتفاعل معها، وتمثل هذه النماذج الجيل الجديد من الآلات فائقة الذكاء^(١).

المطلب الثاني

الجرائم الإلكترونية وصورها

تمهيد:

إن التحولات الرقمية السريعة التي شهدتها العالم مؤخراً نتيجة التقدم في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والإيجابيات التي قدمتها، جعلت الفضاء السيبراني بيئة حديثة لإنجاز المعاملات وتقديم الخدمات إلكترونياً، وصاحب هذا التقدم ظهور سلبيات وجرائم تُرتكب عبر هذا الفضاء الافتراضي وذلك باستخدام أساليب وطرق حديثة ومتنوعة، مما يجعلها بيئة خصبة لارتكاب الجرائم الأكثر تعقيداً وخطورةً، ويُعرف هذا النوع من الجرائم بالجرائم المعلوماتية أو السيبرانية أو الإلكترونية، وتتخذ عدة صور كالنصب والاحتيال والابتزاز والسرقة والتشهير ويمكن تصل إلى التجسس على الدول، أو الهجوم على البنى التحتية الرقمية لدول أخرى، لذا سارعت العديد من الدول سن التشريعات وحددت الركائز الأساسية لضمان أمن الفضاء الرقمي من هذه الجرائم، وفي هذا المطلب سنتعرف على هذه الجرائم وصورها.

الفرع الأول

مفهوم الجرائم الإلكترونية وخصائصها

تمهيد:

مع انتشار استخدام الحاسب الآلي والإنترنت، ظهرت جرائم مرتبطة بها تعرف بالجرائم الإلكترونية، وهي جرائم تشكل أكبر تحد أمام رجال القانون والتشريع، لأنها تتطلب قدرات وذكاء في وضع القوانين تقابل الذكاء الذي يتمتع به مرتكبو هذه الجرائم لمعاقتهم، فالجرائم الإلكترونية تمثل سلوكاً إجرامياً تتم بمساعدة الحاسب الآلي، وفيما يلي سنتعرف على مفهوم هذه الجرائم والخصائص التي تتمتع بها.

(١) شادي، عبد الوهاب، الغيطاني، إبراهيم ويحيى سارة. (٢٠١٨). فرص وتهديدات الذكاء الاصطناعي في العشر سنوات القادمة، تقرير المستقبل، ملحق يصدر مع «اتجاهات الأحداث»، ع(٢٧)، ص ٢.

تعريف الجريمة لغةً:

الجريمة عند أهل اللغة تأتي بمعنى الجنابة وبمعنى الذنب، وقال في لسان العرب لابن منظور: «وجرم إليهم وعليهم جريمة وأجرم: جنى جناية»، والجرم: التعدي، والجرم: الذنب، والجمع أجرام وجروم، وهو الجريمة، وقد جرم يجرم جرماً واجترم وأجرم، فهو مجرم وجريم، الجرم: الذنب والجرم: مصدر الجارم الذي يجرم نفسه وقومه شراً. وفلان له جريمة إلى أي جرم والجارم: الجاني والمجرم: المذنب^(١).

تعريف المعلوماتية لغةً:

«المعلوماتية» مصطلح مستحدث مشتق من كلمة «معلومات»، والتي تعود للأصل الثلاثي «عَلِمَ»، وهو مجموع التَفَنِيَّاتِ المُتَعَلِّقَةِ بِالْمَعْلُومَاتِ وَتَقْلِيهَا وَخَاصَّةً مُعَالَجَتِهَا الْآلِيَّةَ وَالْعَقْلِيَّةَ بِحَسَبِ الْعِلْمِ الْإِلِكْتْرُونِي^(٢).

تعريف الجريمة الإلكترونية لغةً:

يمكن تعريف الجريمة الإلكترونية على أنها «أي مخالفة ترتكب ضد أفراد أو جماعات بدافع جرمي ونية الإساءة لسمعة الضحية أو لجسدها أو عقليتها، سواءً كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وأن يتم ذلك باستخدام وسائل الاتصالات الحديثة مثل الإنترنت، غرف الدردشة، والبريد الإلكتروني^(٣)».

تعريف الجريمة الإلكترونية اصطلاحاً:

لا يوجد اجماع على تعريف موحد للجريمة الإلكترونية وإنما تعددت تعريفاتها، فعرفها ليوكفيلدت وفنسترا وستول «كمصطلح عام لجميع أشكال الجريمة التي تلعب فيها تكنولوجيا المعلومات والاتصالات دوراً أساسياً وهنا تقع الكثير من الجرائم ضمن هذا التعريف^(٤)».

وتعرف بأنها: الجريمة التي تلعب فيها البيانات الحاسوبية والبرامج الحاسوبية دوراً

(١) لسان العرب - ابن منظور - ج ١٢ - الصفحة ٩١، متوفر في الرابط: <https://shamela.ws/book/10226/2> تاريخ الدخول: ٢٠٢٥/١١/١٣ م.

(٢) معجم المعاني الجامع، متوفر بالرابط: <https://www.almaany.com/> تاريخ الدخول: ٢٠٢٥/١١/١٣ م.

(٣) ويكيبيديا، متوفر على الرابط: <https://ar.wikipedia.org/wiki/9> تاريخ الدخول: ٢٠٢٥/١١/١٣ م.

(٤) مرعي، إسراء جبريل رشاد. (٢٠١٦). الجرائم الإلكترونية: الأهداف - الأسباب - طرق الجريمة ومعالجتها. المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، متوفر على الرابط: <https://democraticac.de/?p=35426> تاريخ الدخول: ٢٠٢٥/١١/١٣ م.

رئيسياً في وقع الجريمة المعلوماتية^(١).

كما عرفت بأنها: «نشاط إجرامي تستخدم فيه تقنية الحاسب الآلي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كوسيلة أو هدف لتنفيذ الفعل الإجرامي المقصود»^(٢).

وقد عرفت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بأنها: «كل سلوك غير مشروع أو غير أخلاقي أو غير مصرح به يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات و/أو نقلها»^(٣).

الجريمة الإلكترونية إجرائياً:

من التعاريف السابقة، يمكننا القول بأن الجرائم الإلكترونية هي سلوك أو جنائية يستخدم فيها المجني أدوات تقنية المعلومات والاتصالات لإلحاق الضرر بالمجني عليه، سواء ضرر مادي أو نفسي أو أخلاقي.

وتتميز الجرائم الإلكترونية بخصائص فريدة تجعلها تختلف عن الجرائم التقليدية، ومن أهم السمات التي تتميز بها هذه الجرائم هي:

١. جرائم عابرة للحدود:

تتخطى الجرائم الإلكترونية كل الحدود الجغرافية، فنقل البيانات والمعلومات يتم عن طريق جهاز الكمبيوتر وشبكة الإنترنت من دولة إلى أخرى أو عدة دول في نفس الوقت، أي يكون بين الجاني والمجني عليه مئات أو آلاف الكيلومترات^(٤).

٢. جرائم سريعة التنفيذ:

لا تتطلب الجرائم الإلكترونية سوى ضغطة زر لتنفيذها، حيث يمكن أن تنقل مئات الملايين من الدولارات من مكان إلى آخر بسرعة متناهية، لكن هذا لا يعني أنها لا تحتاج إلى تجهيز وإعداد قبل تنفيذها^(٥).

(١) الكعبي، محمد عبيد. (٢٠٠٩). الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع لشبكة الانترنت. دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٣.

(٢) القرعان، محمود أحمد. (٢٠١٧). الجرائم الإلكترونية. دار وائل للنشر والتوزيع، ص ١٩.

(٣) المائل، عبدالسلام، الشريجي، عادل وقابوسة، علي. (٢٠١٩). الجريمة الإلكترونية في الفضاء الإلكتروني. مجلة آفاق للدراسات السياسية والدولية، المركز الجامعي ايليزي ٢٦٠٢-٦٥٤٦، ISSN، ص ٢٤٦-٢٤٤ (٢٥٥).

(٤) بوحفص، راوية وبوستة، إيمان. (٢٠١٨). الجريمة الإلكترونية في التشريع الجزائري. رسالة ماجستير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ص ١١ (٧٠-١).

(٥) المائل وآخرون، مرجع سابق، ص ٢٥١.

٣. جرائم تنفذ عن بعد:

لا تتطلب الجرائم المعلوماتية وجود المجرم في مسرح الجريمة، فيمكن أن يكون الفاعل في دولة أخرى بعيدة كل البعد عن الدولة الموجود فيها الضحية، فيرتكب جريمته من خلال الولوج إلى الشبكة المعلوماتية^(١).

٤. جرائم ناعمة ومغرية:

تتميز الجرائم المعلوماتية بأنها جرائم ناعمة لا تحتاج لأدنى مجهود عضلي، فقط تحتاج إلى مهارة وذكاء من المجرم المعلوماتي ودراية كافية بالأدوات التقنية التي تستخدم لارتكابها^(٢).

٥. جرائم يصعب اكتشافها وإثباتها:

لا تحتاج الجرائم الإلكترونية إلى أي عنف أو اقتحام أو سفك دماء، وإنما هي بيانات يمكن نقلها أو تعديلها أو محوها، لذا من الصعب اكتشافها ومن ثم معاينة مرتكبيها، كما أنها تتميز بصعوبة إثباتها لأنها لا تترك أي أثر خارجي ومرئي لها، لأن هذه الجرائم تستخدم نبضات إلكترونية في نقل المعلومات لذا من الصعب إثباتها^(٣).

٦. جرائم فادحة الأضرار:

أكدت الشركة العالمية المتخصصة في أمن المعلومات «انتل سكيورتي» بأن الخسائر التي تكبدتها الشركات والمؤسسات الحكومية ضخمة نتيجة الجرائم الإلكترونية، بالأخص المجال الاقتصادي والمؤسسات المالية والبنوك^(٤).

٦. قلة الإبلاغ عن وقوع الجرائم الإلكترونية:

لا يتم الإبلاغ عن وقوع هذه الجرائم إما لعدم معرفة الضحية بالجريمة التي ارتكبت

(١) مركز هاردولدمع التعبير الرقمي. (٢٠١٤). الجريمة الإلكترونية وحجية الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي. القاهرة، ص ١٦. (٤٠-١).

(٢) الصحفي، روان بنت عطية الله. (٢٠٢٠). الجرائم السيبرانية. المجلة الإلكترونية الشاملة متعددة التخصصات ع(٢٤)، ص ١٣. (٥٣-١).

(٣) عبداللطيف، عبدالرؤوف وخديري، عفاف. (٢٠٢٢). مكافحة الجريمة الإلكترونية في التشريع الجزائري. رسالة ماجستير منشورة من كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشيخ العربي التبسي، الجزائر، ص ١٣. (١٠١-١).

(٤) عاقل، فضيلة. (٢٠١٧). الجريمة الإلكترونية وإجراءات مواجهتها في التشريع الجزائري. المؤتمر الدولي الرابع عشر حول الجريمة الإلكترونية، طرابلس، ص ٨.

بحقها، أو خوفاً من التشهير، لذا فإن معظم هذه الجرائم اكتشفت بالصدفة بعد وقت طويل من وقوعها^(١).

الفرع الثاني

صور الجرائم الإلكترونية ودوافع ارتكابها

توجد أربع صور رئيسية للجرائم الإلكترونية، وكل صورة أو نوع يندرج تحته قائمة من الجرائم، وهي:

١. الجرائم الإلكترونية الواقعة على الأشخاص^(٢)؛

إن جميع الأديان والتشريعات حمت الحياة الخاصة للأفراد، فلكل شخص منا حياته وأسراره الشخصية التي لا يجوز لأي أحد انتهاكها والاطلاع عليها بغير إذن، والجريمة الإلكترونية تكمن في انتهاك حرمة الأشخاص عبر الدخول إلى أجهزتها والاطلاع على بياناتها الشخصية وصورها وكل المعلومات التي تتعلق بتلك الأشخاص، وهي جريمة قائمة بحد ذاتها يعاقب عليها القانون، ويكون الاعتداء على الأشخاص من خلال:

- الاختراق وإتلاف المعلومات الموجودة في أجهزة تلك الأشخاص.
- السب والقذف الإلكتروني.
- التشهير الإلكتروني ونشر معلومات تشوه سمعة ومكانة تلك الأشخاص.
- الابتزاز الإلكتروني.
- التهديد الإلكتروني.
- النصب والاحتيال الإلكتروني.
- الاستغلال الجنسي للأطفال إلكترونياً، وهم أكثر فئة معرضة للاستغلال الجنسي عبر نشر صورهم وفيديوهات مخلة بهم.
- التنصت والتجسس الإلكتروني.

٢. الجرائم الإلكترونية على الأموال^(٣)؛

(١) عبد اللطيف وآخرون، مرجع سابق، ص ١٨.
 (٢) الحلبي، خالد عيادي. (٢٠١١). إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والإنترنت. دار الثقافة، عمان، ص ٦١.
 (٣) راوية وآخرون، مرجع سابق، ص ١٥.

إن تزايد المعاملات الإلكترونية من بيع وشراء على مواقع الإنترنت، أظهر جريمة السرقة الإلكترونية، وهي السطو على النقود بطريقة غير مشروعة عن طريق التحويل الإلكتروني والقرصنة على حسابات البنوك واختلاس بيانات العملاء وتحويل الأموال من حسابات العملاء إلى حسابات المجرمين باستخدام الحاسب الآلي والإنترنت، كما توجد عدة صور من الجرائم الإلكترونية الواقعة على الأموال، كالتالي:

- تجارة المخدرات عبر الإنترنت.
- الاتجار بالبشر.
- قرصنة البرمجيات.
- جريمة القمار عبر الإنترنت.
- جريمة غسل الأموال.

٣. الجرائم الإلكترونية على الملكية الفكرية:

وتتضمن هذه الجرائم الاعتداء على العلامات التجارية وبراءة الاختراع، وأيضاً نسخ البرامج وإعادة تصنيعها كل هذا يمثل جريمة على الحقوق المالية والأدبية^(١).

٤. الجرائم الإلكترونية على أمن الدولة:

تتضمن هذه الجرائم إنشاء مواقع لمنظمات إرهابية، والترويج لأفكارها والتواصل مع أعضائها، وتمويلها لاختراق أجهزة الدولة والحصول على بيانات تمس الأمن الوطني للبلد^(٢). وهناك عدة دوافع لارتكاب الجرائم الإلكترونية، وهي:

١. تحقيق الربح المادي:

إن من أهم الدوافع لارتكاب الجرائم الإلكترونية هو الطمع والاستيلاء على المال، وقد أثبتت الدراسات أن القطاعات المالية والمصرفية من أكثر القطاعات عرضة للجرائم الإلكترونية، حيث تبلغ نسبة ٤٣٪ من إجمالي الجرائم الإلكترونية دافعها الربح المادي^(٣).

٢. إثبات التفوق العلمي:

(١) الشمري، غانم مرتضى. (٢٠١٦). الجرائم الإلكترونية. الدار العلمية الدولية، عمان، ص ٥٣.

(٢) الصحفي، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٣) وزارة العدل الكويتية. (٢٠١٨). الجرائم الإلكترونية. معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، ص ١٧.

يوجد لبعض مجرمي الجرائم الإلكترونية رغبة في قهر الحاسب الآلي وإثبات قدرتهم على اختراقه ودخوله غير المشروع لأنظمتهم، لذا نجد أن معظم مجرمي هذه الجرائم صبية وصغار السن تريد أن تدخل المنافسة في عالم المعلوماتية^(١).

٣. الرغبة في الانتقام:

يعتبر دافع الانتقام من دوافع ارتكاب الجريمة الإلكترونية، فغالباً تصدر هذه الجرائم من شخص يملك معلومات كبيرة عن شخص أو مؤسسة معينة أو شركة يحس تجاهها بالرغبة بالانتقام نتيجة فصله تعسفياً أو حرمانه من حوافز ومكافآت، فيقدم على هذه الجريمة إشفاءً لما بداخله من قهر تجاه هذه الشخص أو المؤسسة^(٢).

٤. الشعور بالنقص:

يدفع الشعور بالنقص وهو خلل في الناحية النفسية مرتكبي الجريمة الإلكترونية إلى تعويض النقص والعجز الذي يشعرون به، فيقدمون على تنفيذ هذه الجرائم إرضاءً لشعورهم بالنقص^(٣).

٥. حرية التعبير وتداول المعلومات:

قد تدفع حرية التعبير في كثير من الدول إلى نشر المعلومات السرية للأفراد والشركات الكبرى، والتي تعتبر معلوماتها سرية، مما يدفع الكثير من مرتكبي هذه الجرائم إلى اختراق بيانات ومعلومات بغرض نشرها وإشاعتها لا بغرض الريح المادي^(٤).

(١) الشناوي، محمد. (٢٠٠٧). جرائم الإنترنت وطاقات الائتمان والجريمة المنظمة. دار الكتب الحديث، ص ٤٦.

(٢) وزارة العدل الكويتية، مرجع سابق، ص ١٨.

(٣) وزارة العدل الكويتية، مرجع سابق، ص ١٩.

(٤) وزارة العدل الكويتية، مرجع سابق، ص ٢٠.

المطلب الثالث

مجالات وتطبيقات الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية

تمهيد:

يعد الذكاء الاصطناعي من الأدوات التقنية الحديثة التي شاع استخدامها مؤخراً في أغلب العلوم والتخصصات بما في ذلك علم مكافحة الجرائم، والذي يقوم بتحليل البيانات التراكمية وإعطاء نتائج استباقية للحد من الجريمة بما فيها الجريمة الإلكترونية موضوع بحثنا، وفي هذا المطلب سنتعرف على أهم مجالات وتطبيقات الذكاء الاصطناعي لمواجهة الجرائم الإلكترونية.

الفرع الأول

مجالات استخدام الذكاء الاصطناعي

في مكافحة الجريمة الإلكترونية

يمثل الذكاء الاصطناعي سلاحاً فتاكاً في مكافحة الجريمة ويدخل في العديد من المجالات الخاصة بها، وفيما يلي سنتعرف على أهم المجالات التي يستخدم فيها الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجرائم الإلكترونية:

١. الإرهاب السيبراني:

تعد جرائم الإرهاب السيبراني من أكثر الجرائم التي ظهرت في الآونة الأخيرة نتيجة انتشار البرامج الخبيثة لأجهزة الحاسوب والموبايل، حيث يستطيع مجرموها ويعرفون بـ «الإرهابيين» تنفيذ أخطر أنواع الجرائم السيبرانية أو الإلكترونية كربط عدة قنابل إلكترونية مؤقتة في عدة دول بشبكة موحدة وتفجيرها عن بعد في دولة معينة، تغيير تركيبات الأدوية من خلال اختراق مصانع الأدوية وبالتالي قتل العديد من الأبرياء، كما يمكن لمجرميها أن يقوموا بتعطيل الشركات التجارية العالمية مثل شركات الطيران والبورصات وتغيير مستويات احتياطي البنوك، كما يمكن للإرهابيين أن يغيروا مستويات الغاز الطبيعي ويتسببوا في تدمير صمام الأمان، أو اختراق الشبكة الكهربائية وتعطيل عدادات الكهرباء^(١).

(١) إبراهيم، علي أحمد. (-). تطبيقات الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجرائم الإلكترونية. المجلة القانونية، ص ٢٨٢٠. (٢٥٣٧-٧٥٨).

ويظهر دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الإرهاب السيبراني عبر شبكات التتبع بالتصوير بالأقمار الصناعية، وتحديد الموقع الجغرافي للمجرمين من خلال البيانات المستمدة من هواتفهم المحمولة، واستخدام كاميرات شبكية لضبط مراقبة البث المباشر للأنشطة غير القانونية، حيث تستطيع هذه الكاميرات التعرف على الوجه ومقارنتها بأوجه المجرمين المدرجين في القائمة السوداء المخزنة لدى الأجهزة الأمنية، كما يستخدم الذكاء الاصطناعي في حماية رجال الأمن وذلك بعدم الاتصال المباشر مع مجرمي الإرهاب السيبراني^(١).

٢. السوق السوداء للمعلومات^(٢):

إن انتشار أسواق المعلومات فتحت المجال إلى استهدافها من قبل مجرمي الإنترنت، فالإعلانات الموجودة في الإنترنت تحتوي على قاعدة بيانات لأفراد وشركات ومؤسسات، وهذه المعلومات هامة للغاية ويمكن أن تتعرض للسرقة، وتسمى هذه العملية «السوق السوداء للمعلومات»، والتي تمثل السجلات الطبية، البريد الإلكتروني، ومن أمثلة ذلك:

- الحصول على الرقم السري: قامت مجموعة من المجرمين بوضع كاميرا ذكية لتلتقط الأرقام السرية التي يتم إدخالها وتسجلها وتبحث عنها في إيصالات البنوك.
- سرقة رقم بطاقة الائتمان: من السهل سرقة رقم بطائق الائتمان والتي تستخدم في البيع والشراء عبر الإنترنت، أو الدخول إلى المتاجر والمواقع التي يتم الشراء منها وسرقة هذه الأرقام.
- أجهزة الصراف الآلي الخادعة: قامت مجموعة من المجرمين بوضع صراف آلي مزيف أو خادع في أحد المراكز بالولايات المتحدة، ويعمل كالجهاز الحقيقي، يدخل المستخدم بياناته وكلمة السر ويتم تسجيلها ومن ثم يخبره بأن الصراف الآلي تعطل، ومن ثم يقومون باستخدام البيانات وإدخالها في صرافات حقيقية وسحب مبالغ نقدية منها.
- قواعد بيانات المعلومات: عند الشراء عبر الإنترنت، فإن مواقع المتاجر تقوم باحتفاظ بيانات بطاقات الائتمان للمتعاملين حتى يسهل الشراء مرة أخرى،

(١) قاسم، مرجع سابق، ص ١٠٤.

(٢) إبراهيم، علي أحمد، مرجع سابق، ص ٢٨٢٢.

بحيث لا يدخل العميل البيانات في كل عملية شراء، وبالتالي يصبح من السهل على مجرمي المعلومات سحب البيانات واستخدامها في سرقة أموال العملاء.

٣. الابتزاز السيبراني:

إن التطور الحاصل في التقنيات الحيوية (البارومتري) والتي تقتصر على عدد قليل من أجهزة المستخدمين، وبمجرد أن تصبح وسيلة مصادقة لدخول الحسابات على الإنترنت، فإنها تصبح معرضة للسرقة، مما يسهل على الجناة ابتزاز المستخدمين وطلب فدية مقابل عدم تدمير حساباتهم، وقد بدأت هذه الهجمات الإلكترونية وعملية ابتزاز المستخدمين ولكن على نطاق ضيق، ومن المحتمل في المستقبل أن ترتفع نسبة الهجمات وتطال المنازل والسيارات وهجمات الاضطهاد ودفع الفدية لجعلها تتوقف^(١).

الفرع الثاني

تطبيقات الذكاء الاصطناعي المستخدمة في مكافحة الجريمة الإلكترونية

يساعد ويساهم الذكاء الاصطناعي في كثير من الأعمال الخاصة بالمجال الأمني، ومواجهة الجريمة ومن ضمنها الجريمة الإلكترونية، من خلال عدد من تطبيقاته التي تقوم على تصنيف المجرمين والتنبؤ بأعمالهم، ووضع استراتيجيات تساهم في تحقيق العدالة، وفيما يلي سنتعرف على تطبيقات الذكاء الاصطناعي المستخدمة في مكافحة الجريمة الإلكترونية في المجال الأمني والقانوني:

١. تطبيقات الذكاء الاصطناعي في النظام القانوني والقضائي:

تساهم تطبيقات الذكاء الاصطناعي في المجال القانوني والقضائي في العديد من المهام الذي يقوم بها، كتوفير قاعدة بيانات عن القضايا والمشاكل القانونية المتشابهة، كما يقوم بمراجعة المستندات القانونية ويضع عليها علامة باعتبارها ذات صلة بقضية معينة، ويقلل الوقت اللازم لمراجعتها والرجوع إليها وقت الحاجة، وبالتالي يُمكن القضاة والقانونيين من استخراج الأدلة والبيانات بوقت قياسي مما يجعلهم يتفرغون للمواضيع الأكثر تعقيداً لتطبيق القانون، وكذا يقوم بمراجعة صياغة العقود باستخدام برامج ومنصات إلكترونية ومطابقتها بالضوابط والمعايير لعقود الشركات الكبرى وإيضاح الخلل أو الانحراف فيها، ويساهم في توقعات المستقبل من خلال التعرف على

(١) إبراهيم، علي أحمد، مرجع سابق، ص ٢٨٢٣.

المستجدات القانونية المستقبلية عبر آلية الترميز التنبؤي^(١).

ومن تطبيقات الذكاء الاصطناعي في المجال القانوني هو استخدام الروبوتات القانونية، حيث يلعب الروبوت دور القاضي، حيث يجد المتقاضون أنفسهم أمام قاض يقرأ أوراق الدعوى ويحقق فيها ويصدر حكمه في القضية، أيضاً تتجلى مظاهر الذكاء الاصطناعي في زيادة كفاءة المحامين أمام القضاء، من خلال استخدام الأساليب الإلكترونية الحديثة في المجال القانوني^(٢).

٢. الشرطة التنبؤية:

تستخدم أجهزة الأمن تقنيات وتطبيقات الذكاء الاصطناعي للتنبؤ عن الجريمة، فتستخدم معدات وأجهزة تحليلية متطورة، حيث تستخدم هذه التقنية الذكية في تحليل البيانات الضخمة المتعلقة بالمجرمين والمشتبه بهم، والتنبؤ بأماكن والتوقيت الزمني لارتكاب الجريمة، بحيث يتم تكثيف الحماية والدوريات في تلك المواقع، محاولة منها إيقاف الجريمة قبل وقوعها، وبالتالي يعزز قدرة الأجهزة الأمنية على أداء مهامها بكل كفاءة وفاعلية ويحمي المجتمعات من الجرائم المتوقعة^(٣)، وتعرف الشرطة التنبؤية بأنها «الشرطة التي تقودها المعلومات المستخلصة من الاستخبارات»، فهي تحول مفهوم الشرطة التقليدي إلى مفهوم جديد مرتبط بالتكنولوجيا يرصد الجريمة والتنبؤ بها قبل وقوعها، مما يعزز فاعليتها في مواجهة الجرائم^(٤).

٣. التحقيق الرقمي:

تساهم تقنية الذكاء الاصطناعي في زيادة خبرة ومهارات رجال التحقيق الجنائي، حيث يستخدم الذكاء الاصطناعي في تحليل الأنشطة الجنائية السابقة وتوقع الأنشطة الجنائية المحتملة، ومن هذه التطبيقات:

أ. تطبيقات الذكاء الاصطناعي في تحليل البيانات:

إن من أهم تطبيقات الذكاء الاصطناعي هو تحليل البيانات والتي تلعب دوراً مهماً في

(١) إبراهيم، خالد ممدوح. (٢٠٢٢). التنظيم القانوني للذكاء الاصطناعي. دار الفكر القانوني، الإسكندرية، مصر، ص ٤٠.

(٢) عبدالنور، عبدالحق وحماس، عمر. (٢٠٢٤). الذكاء الاصطناعي بين ارتكاب الجرائم المالية والوقاية منها. مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، ٩(٣)، ص ٤٩٦-٤٨٨ (٥٠٨).

(٣) غازي، مهند سعد. (٢٠٢٤). دور الذكاء الاصطناعي في تطوير عمل المنظومة الأمنية. جامعة المنصورة،

كلية الحقوق، قسم القانون الجنائي، مصر، ص ٦.

(٤) غازي، مرجع سابق، ص ٨.

التخطيط والتنفيذ والقضاء على الجريمة والكشف عنها قبل وقوعها، فيستخدم تطبيق الذكاء الاصطناعي في تحليل البيانات الضخمة بكافة أنواعها، واشتقاق واستنباط الأدلة منها^(١).

ب. تطبيقات الذكاء الاصطناعي في تحليل الصور والفيديوهات:

تستخدم هذه التطبيقات من الذكاء الاصطناعي كاميرات مراقبة ذكية، لديها القدرة على تحليل الصور والفيديوهات لتحديد أماكن تواجد المشتبهين بالجريمة^(٢).

ج. تطبيقات الذكاء الاصطناعي في المراقبة:

والمقصود بالمراقبة هو الملاحظة السرية للأشخاص المشتبه بهم، والأماكن المتوقع وجودهم فيها، وذلك عن طريق أجهزة الذكاء الاصطناعي للتصوير الضوئي والتلفزيوني، والمعاينة الفورية لمسرح الجريمة دون علم مرتكبيها، فتعطي صورة مباشرة وحية للجريمة، لذا تستخدم الرادارات والعدسات الضوئية في الأماكن العامة والأسواق وكذا البنوك والمطارات والأماكن الهامة^(٣).

د. تطبيقات الذكاء الاصطناعي في تحليل بيانات شبكات التواصل الاجتماعي:

تستخدم شبكات التواصل الاجتماعي العديد من تطبيقات الذكاء الاصطناعي، لمواجهة السلبيات التي تظهر في هذه المواقع، كالمحتوى المتطرف، أو الانتحار، أو الدعارة والفجور وغيرها^(٤).

٤. أدلة الإثبات الجنائية:

الإثبات الجنائي يقصد به إقامة الدليل الذي يستند إليه القضاء في حكمه، ومع تطور العلم والتكنولوجيا ظهرت أدلة مختلفة بطبيعتها عن الأدلة التقليدية التي تتسم بالعنف والتعذيب، أدلة قائمة على أساس علمي متطور تعرف بالأدلة الإلكترونية أو الرقمية، ويهدف علم الذكاء الاصطناعي إلى فهم طبيعة الذكاء الإنساني، حيث يدعم تطبيق القانون عن طريق الآلات والأجهزة التي تقوم بفحص الأدلة الإلكترونية ومراجعتها ودورها في إثبات الوقائع والجرائم لتطبيق الأحكام القانونية^(٥).

(١) الشهري، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٢) الشاعر، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٣) الشهري، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٤) البشري، محمد الأمين. (٢٠١١). الأساليب الحديثة للتعامل مع الجرائم المستحدثة من طرف أجهزة العدالة الجنائية. جامعة نائف العربية للعلوم الأمنية. الرياض، ص ٦.

(٥) العباسي، ميسون بشير والجرجري، فارس علي. (٢٠٢٥). الذكاء الاصطناعي وحيثيته في الإثبات المدني: دراسة مقارنة. مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ١٤(٥٣)، ص ٦٦١. (٦٠٨-٦٣٤).

المطلب الرابع

تحديات مواجهة الجرائم الإلكترونية بواسطة الذكاء الاصطناعي

تمهيد:

في ظل التطور الرقمي وانتشار الإنترنت، برز نوع خاص من الجرائم التي تهدد المجتمع اليمني، وهي الجرائم الإلكترونية، وصاحب هذا التطور مؤخراً توظيف الذكاء الاصطناعي الذي يعتبر ثورة تكنولوجية قادرة على إحداث تغيير إيجابي في شتى مجالات الحياة، وعلى وجه الخصوص مجال مكافحة الجريمة الإلكترونية موضوع بحثنا، إلا أن هذه الثورة تنصدم بعدد من المعوقات والتحديات التي تحول دون توظيفها في بلادنا نتيجة لكثير من الاعتبارات الأخلاقية والموثوقية والأمنية والمالية والبشرية والقانونية والبنى التحتية التي تدعم عمل تطبيقات الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية في اليمن، وفي هذا المطلب سنعرض أهم هذه التحديات.

١. ضعف البنية التحتية:

إن من أهم متطلبات توظيف الذكاء الاصطناعي هي البنية التحتية القوية، والمعروفة أيضاً باسم مجموعة الذكاء الاصطناعي، وهي مصطلح يشير إلى الأجهزة والبرامج اللازمة لإنشاء ونشر التطبيقات والحلول المدعومة بالذكاء الاصطناعي، والسبب الرئيس إلى أن تطبيقات الذكاء الاصطناعي تحتاج بنية تحتية قوية هو الكمية الهائلة من الطاقة اللازمة لتشغيل أعباء الذكاء الاصطناعي، حيث تعتمد البنية التحتية على زمن انتقال قصير في البيانات السحابية، ومعالجة للرسومات أقوى من المعالج الذي تحتاجه البيئة التقليدية^(١).

إن تطوير حلول الذكاء الاصطناعي يتطلب موارد حوسبية ضخمة وبنية للبيانات متينة وقوية، إذ يعتمد نجاح تطبيق الذكاء الاصطناعي على توفر واستخدام بيانات ضخمة وعالية الجودة، تكون قادرة على التكامل مع مصادر بيانات متدفقة من أدوات مختلفة، وهذا بحد ذاته يشكل تحدياً لبعض الأنظمة، نظراً لضعف بنيتها الأساسية أو لمحدودية توافر بياناتها، كما هو الحال في الأنظمة العربية^(٢).

(١) الموقع الرسمي لشركة IBM عبر الرابط: <https://www.ibm.com/sa-ar/think/topics/ai-infrastructure> تاريخ الدخول: ٢٢/١١/٢٠٢٥م.

(٢) الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي. (٢٠٢٥). الذكاء الاصطناعي التوكلي، تقنياته وتطبيقاته الوطنية. ص ٥٩

وبالنظر إلى هذه البنية التحتية ومقارنتها بما تحتاجه اليمن من بنية تحتية قادرة على تطبيق أنظمة الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية، نجد أنه وفي الوقت الراهن وما تمر به اليمن من حروب وأزمات، خلقت صعوبة مطلقة ونتيجة هشاشة البنية التحتية والتي تحتاج طاقة كبيرة لتشغيلها، ناهيك عن الميزانية الكبيرة اللازمة لشراء معدات وأجهزة وبرامج قادرة على تشغيل تطبيقات الذكاء الاصطناعي.

٢. نقص الكفاءات البشرية المتخصصة:

تعد القدرات البشرية أحد أهم أبعاد الذكاء الاصطناعي، إذ يعتمد نجاحه على الكفاءات التي تعمل على تصميم النماذج وتطوير الخوارزميات، وتواجه المؤسسات نقصاً حاداً في الكوادر المتخصصة في مجال الذكاء الاصطناعي، إذ يتطلب تشغيله وتطويره وإدارته مهارات متقدمة، وقد أكدت شركة ديلويت بأن نقص الكوادر المتخصصة بالذكاء الاصطناعي تعد من أكبر المعوقات^(١)، لأنها تتطلب للتعامل مع تعقيدات الذكاء الاصطناعي ونشره وجود فريق متخصص يقوم بمجموعة من الأدوار المطلوبة، كعالم بيانات يركز على أنماط البيانات والخوارزميات والنماذج المطلوبة، مهندس للتعلم الآلي، مطور برمجيات، ناهيك عن الكفاءات البشرية لتأدية أدوار الرقابة عالية القيمة، وقد أشارت إحدى دراسات منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) إلى أن تطوير المهارات التقنية المرتبطة بالذكاء الاصطناعي كعلم البيانات والأمن السيبراني وتعلم الآلة والمهارات التحليلية والإبداعية والفكرية، يعد شرطاً أساسياً لتطبيق أنظمة الذكاء الاصطناعي، كما أشارت منظمة اليونسكو (UNESCO) إلى أن دمج المهارات الأخلاقية ومهارات متعددة التخصصات ضمن إعداد الكفاءات البشرية في مجال الذكاء الاصطناعي^(٢)، وبالنسبة لتوفر الكفاءات البشرية المتخصصة بتقنيات الذكاء الاصطناعي لمكافحة الجريمة في اليمن، يكمن من خلال استخدام تطبيقات الكاميرات الذكية التي لديها القدرة على تحليل الصور لاكتشاف أماكن المشبوهين أو المطلوبين، وكذا استخدام طائرات المراقبة الجوية الذكية (الدرون) لتتبع المجرمين والمشبوهين بارتكاب الجرائم سواء التقليدية أو الإلكترونية.

٣. قصور النصوص التشريعية:

إن العلاقة بين القانون والذكاء الاصطناعي تكمن في وجود إطار أو مسوغ

(١) Deloitte. Insights. Development Under: agents AI generative A: Deloitte. Insights (٢٠٢٤).

(٢) الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي. (٢٠٢٥). الذكاء الاصطناعي التوكلي، تقنياته وتطبيقاته الوطنية. ص ٣٠.

قانوني ينظم استخدام وتطبيق تقنيات الذكاء الاصطناعي؛ ليحمي حقوق الأفراد من خلال توفير آليات للمساءلة والتعاون في هذا المجال، وفيما يخص التشريع اليمني فإنه لا يزال قاصراً عن دخول التقنيات الحديثة في مكافحة أو مساءلة مرتكبي الجرائم الإلكترونية، والتي انتشرت بشكل كبير مؤخراً في المجتمع اليمني، واكتفى بالطرق التقليدية في إجراءات التحري والتحقيق والمحاكمة في الجرائم الإلكترونية^(١).

إن خطورة الجرائم الإلكترونية قد تخطت في أساليبها وتقنياتها الجرائم التقليدية، فتناولت على المعلومات والأموال والاحتيايل والتجسس وتدمير البنى التحتية لدولة معينة من خارج حدودها، وتهديد الأمن القومي للبلد، وخصوصية اليمن في الآونة الأخيرة يجعلها هدفاً للإرهاب والتجسس الخارجي، نظراً للحروب والصراعات التي تعاني منها بلادنا منذ أكثر من عقد، وبالتالي القصور الموجود في النصوص القانونية وعدم إقرار مشروع قانون جرائم تقنية المعلومات يمثل عقبة كبرى أمام تنفيذ العقوبات المستحقة لمرتكبي الجرائم الإلكترونية.

٤. شحة الموارد المالية؛

ويقصد بالموارد المالية قدرة المنشأة المالية وميزانيتها المحددة على الإنفاق على دعم الابتكارات وتنفيذ أنظمة الذكاء الاصطناعي، حيث يتطلب البحث والتطوير والبنية التحتية الخاصة بالذكاء الاصطناعي وتصميمه واختباره مبالغ مالية هائلة^(٢)، لذا فإن تبني تقنية الذكاء الاصطناعي ليس بالشيء السهل، وبالذات على بلد كاليمن محدود الموازنة العامة للدولة منذ أكثر من عقد نتيجة الحصار وعدم تصدير النفط والغاز والذي يمثل حوالي ٨٠٪ من الإيراد العام، بالإضافة إلى الانقسات والوضع اليمني الذي تمر به بلادنا، وعدم صرف رواتب موظفي الدولة بانتظام، وبالتالي من الصعب تبني هذه التقنية سواء في مكافحة الجرائم أو في المجالات الأخرى.

٥. تحديات الخصوصية؛

تعتمد تقنيات الذكاء الاصطناعي على قواعد البيانات التي تمثل المحرك الأساسي لتشغيل الذكاء الاصطناعي، ومن بين البيانات المعتمدة عليها هي البيانات الشخصية،

(١) قاسم، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٢) الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي. (٢٠٢٤). تبني أنظمة الذكاء الاصطناعي. الطبعة الثانية، ص ٨.

إذ تُعد مورداً أساسياً في عصرنا الرقمي، حيث تعتبر خصوصية البيانات حقاً لكل شخص طبيعي كفله الدستور والقانون، لذا تحرص المجتمعات على كفالة هذا الحق وتعتبره حقاً مستقلاً بذاته، وقد أكدت الشريعة الإسلامية على حماية هذا الحق، كما جاء في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ازْجَعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾^(١)، لذا حظي هذا الحق باهتمام كبير من قبل المنظمات الدولية والساتير والنظم القضائية^(٢).

كما أنه في ظل التطور المتسارع في الأجهزة التقنية والذكية ومواقع التواصل الاجتماعي في عصرنا الحالي، برز مصطلح الخصوصية على نطاق واسع، حيث اعتبرت الخصوصية بمثابة البيانات الشخصية، أي حق يجب أن يحترم وفق القانون، ومؤخراً ظهور تطبيقات الذكاء الاصطناعي الذي يحاكي الذكاء البشري، والتي تعتمد على جمع بيانات شخصية هائلة تستخدم لأغراض معينة مثل تخصيص الخدمات والإعلان والبحث وغيرها، وبالتالي فإن خصوصية الأفراد والمؤسسات تتعرض إلى تحديات فيما يتعلق بحمايتها وأمن بياناتها^(٣).

وفيما يخص حماية البيانات الشخصية للمواطن اليمني، فقد كفلته كافة القوانين وأهمها قانون رقم (١٣) لسنة ٢٠١٢ بشأن حق الحصول على المعلومات، والذي نصت فيه المادة (٢٥) الفقرة (أ-ب): على الموظف المختص رفض أي طلب حصول على المعلومات إذا كانت هذه المعلومات تحتوي على^(٤):

أ - المعلومات التي من المتوقع في حال الإفصاح عنها، تعريض حياة فرد ما أو سلامته الجسدية للخطر.

ب- البيانات الشخصية، التي من شأن الإفصاح عنها أن يشكل انتهاكاً غير منطقي لخصوصيات الفرد، ما لم تكن البيانات الشخصية متصلة بواجب أو وظيفة أو منصب عام يشغله هذا الفرد.

وبالنظر إلى تقنية الذكاء الاصطناعي الذي يعتمد بشكل أساسي على البيانات مع

(١) سورة النوراية ٢٦-٢٧.

(٢) الإدريسي، عبدالسلام. (٢٠٢٤). حماية الخصوصية أمام تحديات الذكاء الاصطناعي. مجلة الذكاء الاصطناعي والتنمية الإقليمية المستدامة، المغرب، ص ٢. (١-٢١).

(٣) ضيف الله، زينب. (٢٠٢٣). الذكاء الاصطناعي والقانون. مجلة القانون والعلوم البيئية، مج (٢)، ع (٣).

(٤) قانون (١٣) لسنة ٢٠١٢ بشأن حق الحصول على المعلومات.

عدم وجود قانون في اليمن يحمي البيانات الشخصية على مواقع التواصل الاجتماعي أو التطبيقات الذكية، مما يجعلها متاحة للانتهاك، وبالتالي عرضة للجرائم الإلكترونية كالنصب والسرقة.

٦. التحديات الأخلاقية:

تمثل الأبعاد الأخلاقية المرتبطة بالذكاء الاصطناعي تحدياً خصوصاً فيما يتعلق بالعدالة والمساءلة والشفافية والأمن المجتمعي، حيث تعكس أنظمة الذكاء الاصطناعي ما تدرت عليه، مما يؤدي أحياناً إلى اتخاذ قرارات غير صائبة، وفيما يلي تبيان المخاطر والتحديات المتعلقة بالبعد الأخلاقي للذكاء الاصطناعي^(١):

- التمييز والتمييز في القرارات الذكية:

أظهرت بعض أنظمة الذكاء الاصطناعي تمييزاً في القروض والتوظيف، حيث تنحاز وتفضل فئات عن فئات أخرى، أيضاً تصميم تقنيات التعرف على الوجه قد تكون أقل دقة لبعض الفئات العرقية.

- المساءلة والشفافية:

التحدي الأخلاقي الأكبر هو تحديد المسؤولية عن وقوع أخطاء في قرارات الذكاء الاصطناعي المؤثرة في حياة البشر.

- استخدام الذكاء الاصطناعي في الأماكن الحساسة:

يستخدم الذكاء الاصطناعي في مجالات حساسة كالطب والقانون ويحمل وعوداً باهرة، إلا أنه محفوف بالمخاطر، إذ يؤدي خطأ طبي أو قانوني دون إشراف بشري إلى كارثة.

- انتشار المعلومات المضللة:

قد يؤدي استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي في توليد النصوص والصور والفيديوهات المزيفة إلى أزمة ثقة بالمعلومات الرقمية وتهدد الأمن المجتمعي.

من الملاحظ أن التحديات الأخلاقية مرتبطة بالإطار التنظيمي والتشريعي لاستخدام تقنية الذكاء الاصطناعي، وكما هو معلوم مسبقاً، أن اليمن لم تضع استخدامات الذكاء

(١) حميدي، علاء الدين. (٢٠٢٥). الذكاء الاصطناعي وأخلاقياته: تحديات المستقبل القريب. متوفر بالرباط الاتي: <https://www.aljazeera.net> تاريخ الدخول ٢٤/١١/٢٠٢٥م.

الاصطناعي في مسوغ قانوني حتى يسهل معه تحديد الأبعاد الأخلاقية كالمساءلة والشفافية والخصوصية، كما أنها لم تضع ضوابط تنظيمية للامتثال الفعلي لها، ما يؤثر سلباً على المؤسسات والمنظمات، بما فيها المنظومة القضائية في مكافحة الجرائم التقليدية والإلكترونية، والتي أتاحت تقدير سلطة القاضي في حالة الجرائم الإلكترونية، مما يتبرث غرات قانونية قد تُستغل بطريقة سلبية.

٧. تحديات الهجمات السيبرانية:

يمثل الهجوم السيبراني على تقنية الذكاء الاصطناعي خطراً وتحدياً لتطبيق الذكاء الاصطناعي الذي يعتمد على البيانات وسريتها، ويؤدي التفاعل الواسع مع هذه التقنية إلى إمكانية الهجوم عليها، ومخاطر الوصول غير المصرح به^(١)، وبينما يعزز الذكاء الاصطناعي القدرات الدفاعية في مواجهة الجرائم الإلكترونية، إلا أنه يوفر أيضاً أدوات قوية للمهاجمين السيبرانيين، مما يجعلهم يشنون هجمات أكثر تطوراً وتعقيداً، ومنها^(٢):

- هجمات التصيد الاحتيالي المتطورة:

يمكن لهذه الهجمات من تحليل الملفات الشخصية للضحايا على وسائل التواصل الاجتماعي، والبريد الإلكتروني، بحيث تنشأ رسائل تبدو وكأنها موثوقة تتضمن تفاصيل شخصية يمكن تستخدم للنقر على روابط ضارة.

- البرمجيات الخبيثة ذاتية التطور:

يمكن للذكاء الاصطناعي أن يُمكن البرمجيات الخبيثة من التكيف والتطور، بحيث تستطيع تغيير سلوكها وأنماطها للتحايل على أنظمة الدفاع، كأن يتم تطوير فيروسات أو برامج فدية.

- الاستغلال التلقائي للثغرات:

يمكن لهذه الهجمات أتمتة عملية البحث عن الثغرات الأمنية واستغلالها.

(١) الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي. (٢٠٢٥)، مرجع سابق. ص ٦٠.

(٢) السعودي، عبدالعزيز عبدالله. (٢٠٢٥). الذكاء الاصطناعي والأمن السيبراني: سلاح ذو حدين. متوفر بالرباط الآتي: <https://wasl.news>: تاريخ الدخول: ٢٥/١١/٢٠٢٥م.

- الذكاء الاصطناعي العدائي:

تهدف هذه الهجمات على خداع تقنية الذكاء الاصطناعي، مما يجعلها تفشل في الكشف عن التهديدات أو تصدر إنذارات خاطئة.

- التزييف العميق:

هذا النوع لا يمثل هجمات سيبرانية بشكلها التقليدي، إلا أن التزييف العميق المدعوم بالذكاء الاصطناعي يشكل تهديداً أمنياً خطيراً، يمكن استخدامه في التلاعب بالرأي العام وتشويه الحقائق.

الخاتمة

بعد أن استعرضنا ماهية الذكاء الاصطناعي وتطبيقاته، ومعرفة الجرائم الإلكترونية المعاصرة والصور التي تتخذها، وبيان المعوقات التي تواجه الاستفادة من تطبيق الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية، خلصنا إلى الخروج بالنتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج:

١. لا يوجد تعريف محدد للذكاء الاصطناعي، حيث لم يستطع الباحثون والعلماء حصر الذكاء الاصطناعي بتعريف موحد، وإنما كل منهم عرفه وفق وظيفته، أو بنائه، أو تكوينه، أو الغرض الذي صُمم من أجله.
٢. بروز جرائم نوعية مصاحبة للتقدم التكنولوجي تعرف بالجرائم الإلكترونية أو السيبرانية، تُرتكب في الفضاء الإلكتروني.
٣. يوفر الذكاء الاصطناعي أساليب حديثة وكفاءة عالية في مواجهة الجرائم الإلكترونية، لذا تسارع الدول إلى الاستفادة القصوى من تقنيات الذكاء الاصطناعي في المجال الأمني والقضائي.
٤. تواجه الأجهزة الأمنية والمنظومة القضائية اليمنية الجرائم الإلكترونية بالأساليب التقليدية، والتي لا تتناسب مع طبيعة هذه الجرائم.
٥. وجود معوقات تواجه تطبيق الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة الإلكترونية في اليمن تتمثل في:

- ضعف البنية التحتية.
- نقص الكوادر المتخصصة.
- قصور النصوص التشريعية.
- شحة الموارد المالية.
- تحديات الخصوصية.
- التحديات الأخلاقية.
- الهجمات السيبرانية.

ثانياً: التوصيات:

١. ضرورة مواكبة التقدم التكنولوجي والتقنيات المتميزة والاستفادة من الخدمات التي تقدمها، كتقنية الذكاء الاصطناعي في شتى المجالات.
٢. نوصي بدمج الذكاء الاصطناعي في الأساليب المستخدمة لمواجهة الجرائم الإلكترونية في المجال الأمني والقضائي في اليمن.
٣. نوصي بإقرار مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، حتى لا يترك الحكم في الجرائم الإلكترونية لتقدير سلطة القاضي، مما يسهل الطعن فيه، وإضافة جزئية خاصة تتعلق بالذكاء الاصطناعي وتطبيقاته.
٤. نوصي بإنشاء بنية تحتية قوية قائمة على بيانات ضخمة، وتخصيص ميزانية لمواكبة تقنية الذكاء الاصطناعي، مع مراعاة المبادئ الأخلاقية والخصوصية، وتدريب كوادر بشرية لتصميمه واستخدامه قادرة على صد أي هجمات سيبرانية.
٥. نوصي بإدراج مادة الجرائم الإلكترونية والتقنيات الجديدة في منهج المعهد العالي للقضاء اليمني، كخطوة أولى نحو إدراك القضاة ومعاوني النيابة وفهم قضايا الجرائم الإلكترونية المنظورة في المحاكم والنيابات.

المراجع

المراجع العربية

أولاً: المصادر العامة:

١. القرآن الكريم.
٢. القانون اليمني رقم (١٣) لسنة ٢٠١٢م بشأن حق الحصول على المعلومات.

ثانياً: الكتب:

١. إبراهيم، خالد ممدوح. (٢٠٢٢). التنظيم القانوني للذكاء الاصطناعي. دار الفكر القانوني، الإسكندرية، مصر.
٢. الحلبي، خالد عيادي. (٢٠١١). إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والإنترنت. دار الثقافة، عمان.
٣. الشمري، غانم مرتضى. (٢٠١٦). الجرائم الإلكترونية. الدار العلمية الدولية، عمان، ص ٥٣.
٤. الشناوي، محمد. (٢٠٠٧). جرائم الإنترنت وبطاقات الائتمان والجريمة المنظمة. دار الكتب الحديثة.
٥. القرعان، محمود أحمد. (٢٠١٧). الجرائم الإلكترونية. دار وائل للنشر والتوزيع، ص ١٩.
٦. الكعبي، محمد عبيد. (٢٠٠٩). الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع لشبكة الإنترنت. دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٣.
٧. محمود، ثائر والعطيات، صادق. (٢٠٠٦). مقدمة في الذكاء الاصطناعي. مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

ثالثاً: الرسائل العلمية:

١. إبراهيم، علي أحمد. تطبيقات الذكاء الاصطناعي في مواجهة الجرائم الإلكترونية. المجلة القانونية، (٧٥٨-٢٥٣٧).
٢. الأخنس، أمينة والعيدي، محمد. (٢٠٢٣). الذكاء الاصطناعي كآلية لمجابهة الجريمة الإلكترونية. مجلة القانون والعلوم البيئية، ع(٢).

٣. الإدريسي، عبدالسلام. (٢٠٢٤). حماية الخصوصية أمام تحديات الذكاء الاصطناعي. مجلة الذكاء الاصطناعي والتنمية الإقليمية المستدامة، المغرب، (١-٢١).
٤. البشري، محمد الأمين. (٢٠١١). الأساليب الحديثة للتعامل مع الجرائم المستحدثة من طرف أجهزة العدالة الجنائية. جامعة نائف العربية للعلوم الأمنية. الرياض.
٥. بوحفص، راوية وبوستة، ايمان. (٢٠١٨). الجريمة الإلكترونية في التشريع الجزائري. رسالة ماجستير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، (١-٧٠).
٦. خليفة، محمد محمد طه. (٢٠١٨). الذكاء الاصطناعي في ميزان التشريع. مجلة دبي القانونية، (١-٣٠).
٧. سلطاني، خديجة الكبرى. (٢٠٢٥). الذكاء الاصطناعي مداخله ومفاهيمه وأهم خصائصه وتطبيقاته في المعالجة الآلية للغة العربية. مجلة جسور المعرفة، (١)١١.
٨. الشاعر، سعود عبدالقادر. (٢٠٢٠). دور الذكاء الاصطناعي في تفعيل إجراءات التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية: دراسة مقارنة. رسالة منشورة كلية القانون، جامعة عجمان، الإمارات العربية المتحدة. (١-٣٦).
٩. الشهري، البراء جمعان محمد. (٢٠٢٤). استخدامات تقنيات الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة. المجلة العربية للنشر العلمي، ع(٦٨)، (٧٣-٩٢).
١٠. الصحفي، روان بنت عطية الله. (٢٠٢٠). الجرائم السيبرانية. المجلة الإلكترونية الشاملة متعددة التخصصات ع(٢٤)، (١-٥٣).
١١. ضيف الله، زينب. (٢٠٢٣). الذكاء الاصطناعي والقانون. مجلة القانون والعلوم البيئية، مج(٢)، ع(٣).
١٢. العباسي، ميسون بشير والجرجري، فارس علي. (٢٠٢٥). الذكاء الاصطناعي وحجيته في الإثبات المدني: دراسة مقارنة. مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، ١٤(٥٣)، (٦٠٨-٦٣٤).
١٣. عبداللطيف، عبدالرؤوف وخديري، عفاف. (٢٠٢٢). مكافحة الجريمة الإلكترونية

- في التشريع الجزائري. رسالة ماجستير منشورة من كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشيخ العربي التبسي، الجزائر، (١-١٠١).
١٤. عبدالمحسن، محمد، آل سعد، سعود الشافي والبويدي، بندر عبدالله. (٢٠٢٥). دور الذكاء الاصطناعي في مكافحة الجريمة باستخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة. المجلة العلمية، كلية الشريعة والقانون، أسيوط، جامعة الأزهر، مصر، ع(٣٧)، (٥١٩-٥٥٩).
١٥. عبدالنور، عبدالحق وحماس، عمر. (٢٠٢٤). الذكاء الاصطناعي بين ارتكاب الجرائم المالية والوقاية منها. مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، ٩(٣)، (٤٨٨-٥٠٨).
١٦. غازي، مهند سعد. (٢٠٢٤). دور الذكاء الاصطناعي في تطوير عمل المنظومة الأمنية. جامعة المنصورة، كلية الحقوق، قسم القانون الجنائي، مصر، ص ٦.
١٧. المائل، عبدالسلام، الشريجي، عادل وقابوسة، علي. (٢٠١٩). الجريمة الإلكترونية في الفضاء الإلكتروني. مجلة آفاق للدراسات السياسية والدولية، المركز الجامعي إيليزي ٤٦ ٦٥-٢٦٠٢، ISSN، (٢٤٢-٢٥٥).

رابعاً: التقارير والمؤتمرات والدوريات:

١. حسن، عفاف عبدالله الحاج وقشوط، أحمد رمضان. (٢٠٢٤). الطبيعة القانونية للذكاء الاصطناعي: دراسة تحليلية في القانون المدني الليبي. المؤتمر العلمي الثاني، لطلاب المرحلة الجامعية والدراسات العليا، الجامعة الأسمرية الإسلامية، (١٢٧-١٤٣).
٢. شادي، عبدالوهاب، الغيظاني، إبراهيم ويحيى سارة. (٢٠١٨). فرص وتهديدات الذكاء الاصطناعي في العشر سنوات القادمة، تقرير المستقبل، ملحق يصدر مع «اتجاهات الأحداث»، ع(٢٧).
٣. عاقل، فضيلة. (٢٠١٧). الجريمة الإلكترونية وإجراءات مواجهتها في التشريع الجزائري. المؤتمر الدولي الرابع عشر حول الجريمة الإلكترونية، طرابلس.
٤. مرعي، إسراء جبريل رشاد. (٢٠١٦). الجرائم الإلكترونية: الأهداف - الأسباب - طرق الجريمة ومعالجتها. المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية، متوفر على الرابط <https://democraticac>.

de/?p=35426 تاريخ الدخول: ٢٠٢٥/١١/١٣ م.

٥. مركز هاردو لدعم التعبير الرقمي. (٢٠١٤). الجريمة الإلكترونية وحجية الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي. القاهرة، (١-٤٠).
٦. الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي. (٢٠٢٤). تبني أنظمة الذكاء الاصطناعي. الطبعة الثانية.
٧. الهيئة السعودية للبيانات والذكاء الاصطناعي. (٢٠٢٥). الذكاء الاصطناعي التوكلي، تقنياته وتطبيقاته الوطنية. (١-٨٢).
٨. وزارة العدل الكويتية. (٢٠١٨). الجرائم الإلكترونية. معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت.

خامساً: المواقع الإلكترونية:

١. حميدي، علاء الدين. (٢٠٢٥). الذكاء الاصطناعي وأخلاقياته: تحديات المستقبل القريب. متوفر بالرابط الآتي: <https://www.aljazeera.net> تاريخ الدخول ٢٠٢٥/١١/٢٤ م.
٢. خليفة، إيهاب. (٢٠١٧). تأثيرات تزايد دور التقنيات الذكية في الحياة اليومية للبشر. مقالة منشورة في الرابط: <https://futureuae.com/media> تاريخ الدخول ٢٠٢٥/١١/١٠ م.
٣. السعودي، عبدالعزيز عبدالله. (٢٠٢٥). الذكاء الاصطناعي والأمن السيبراني: سلاح ذو حدين. متوفر بالرابط الآتي: <https://wasl.news> تاريخ الدخول ٢٠٢٥/١١/٢٤ م.
٤. الموقع الرسمي لشركة IBM عبر الرابط: <https://www.ibm.com/sa-ar> think/topics/ai-infrastructure تاريخ الدخول: ٢٠٢٥/١١/٢٢ م.

المراجع الأجنبية

1. Deloitte. Insights. Development Under: agents AI generative A.:1 (Deloitte. Insights.(2024).



البحر والدرر
مجلة

منازعات التنفيذ الموضوعية والوقتية في التشريع اليمني

الدكتور/ فايز صالح عبده الدوبلي

أستاذ القانون الخاص بكلية الشريعة والقانون - جامعة ذمار

مجلة
البحر والدرر
مجلة

ملخص البحث:

يهدف هذا البحث الموسوم بـ (منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية في التشريع اليمني) إلى معرفة أنواع منازعات التنفيذ في التشريع اليمني، ومن هي المحكمة المختصة بالنظر في تلك المنازعات والفصل فيها، وبماذا تتميز منازعات التنفيذ عن غيرها من المعوقات المادية التي تعترض إجراءات التنفيذ أثناء السير فيها، ومدى تأثير منازعات التنفيذ والطعن في الأحكام الصادرة فيها على سير إجراءات التنفيذ من عدمه، وقد خلص الباحث إلى جملة من النتائج من أهمها: أن منازعات التنفيذ تنقسم إلى منازعات موضوعية ومنازعات وقتية، تتعلق المنازعات الموضوعية بإجراءات التنفيذ وصحته وبطلانه وجوازه أو عدم جوازه أو إهداره بصفة دائمة، ومنازعات وقتية تؤثر على وقف التنفيذ أو السير في إجراءاته، دون أن تمس تلك المنازعات بأصل الحق أو صحة السند التنفيذي، وأوصت الدراسة بالعمل على إيجاد قضاة متخصصين بالتنفيذ في دائرة كل محكمة لسرعة الفصل في منازعات التنفيذ وفق إجراءات قانونية سليمة، لا سيما في المحاكم ذات الكثافة السكانية والأكثر ازدحاماً بقضايا التنفيذ؛ كون تلك المنازعات من أهم أسباب إطالة أمد النزاع.

كلمات مفتاحية: منازعات التنفيذ، التشريع اليمني، المنازعات الموضوعية، المنازعات الوقائية، السلطة القضائية المختصة

المقدمة:

خَصَّ المشرِّع اليمني محكمة التنفيذ بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ، سواءً كانت موضوعية أو وقتية، وسواءً كانت مقدمة من أطراف التنفيذ أو من الغير، وتعدُّ منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية بأنها عبارة عن ادعاءات قانونية أمام القضاء التنفيذي ومن العوارض التي تعترض سير إجراءات التنفيذ وتؤثر فيها سلباً أو إيجاباً، فإذا كانت المنازعة الموضوعية تتعلق مثلاً بشروط مقدمات التنفيذ وإجراءاته وأركانها ومحله لأنها لا تمس أصل الحق المحكوم به أو صحة السند التنفيذي، كونها ليست بمثابة طعن في الحكم، وإنما اعتراضٌ على إجراءات التنفيذ والسير فيه فقط، وذلك لعدة أسباب منها ما هو وقتي ومنها ما هو موضوعي، ويمكن تقديم المنازعات التنفيذية من أطراف التنفيذ أو من الغير.

وذلك لأن منازعات التنفيذ لا تتعلق بصحة أو عدم صحة الحكم محل التنفيذ، ولا بأصل الحق المحكوم به (منطوق الحكم)؛ لأن هذا الأمر مكانه الطعن في الحكم أمام المحاكم الأعلى درجة، وإنما تتعلق بنزاع حول تنفيذ الحكم أو كيفية تنفيذه، وبالتالي فإن المدين إما أن ينازع نزاعاً موضوعياً كالادعاء بأنه قام بتنفيذ ما ألزم به في السند التنفيذي، أو أن التنفيذ وقع على أموال غير قابلة للتنفيذ عليها، أو أن محكمة التنفيذ قامت بالسير في إجراءات التنفيذ بالمخالفة لأحكام القانون وعدم إعلام المنفذ ضده بالسند التنفيذي أو قبل تكليفه بالتنفيذ الاختياري، أو أن تكون المنازعة وقتية تقدم على شكل دعاوى مثل دعوى قصر الحجز وقد تقدم على هيئة طلبات وقتية بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه دون أن تمس أصل الحق المحكوم فيه أو صحة السند التنفيذي.

وتختلف المنازعات التنفيذية عن المعوقات المادية للتنفيذ لأن الأخيرة يكون الغرض منها الحيلولة دون تنفيذ الحكم، سواء كان ذلك من جانب المدين أو من الغير مع عدم وجود مبرر قانوني لتلك الاعتراضات المادية، ويمكن التغلب على المعوقات المادية باستعمال القوة المسلحة من قبل السلطة، كما تمنع المنفذ ضده عن فتح المخزن.

كما تتميز المنازعة الموضوعية عن الطعن في الحكم، إذ لا تعتبر المنازعة نوعاً من التظلم في الحكم الذي يجري تنفيذه، ولا تعتبر المنازعة استمراراً للمواجهة بين الطرفين ضمن الخصومة الأصلية، وبالتالي فإن المنازعة التنفيذية لا تعتبر نوعاً من الاعتراض على صحة الحكم شكلاً وموضوعاً.

وإذا كانت المنازعة الموضوعية تتشابه مع المنازعات الوقائية في كونها اعتراضات

قانونية على التنفيذ وتقدم أمام نفس قاضي التنفيذ، إلا أن المنازعات الوقائية تختلف عن المنازعات الموضوعية في أنها عبارة عن طلبات وقائية تنظر بإجراءات القضاء المستعجل وتتمتع الأحكام الصادرة فيها بحجية مؤقتة، خلافاً للأحكام الصادرة في المنازعات الموضوعية التي تتمتع بحجيتها الدائمة، كما تقدم منازعات التنفيذ بإجراءات رفع الدعوى العادية والمنازعات الوقائية بنفس إجراءات رفع الدعوى المستعجلة.

والأحكام الصادرة في المنازعات الموضوعية قابلة للطعن بالاستئناف وأمام المحكمة العليا وفقاً للقواعد العامة في حين لا تكون الأحكام الصادرة في المنازعات الوقائية قابلة للطعن أمام المحكمة العليا. وكلتا المنازعتين وكقاعدة عامة لا يترتب على الطعن فيهما توقف السير في إجراءات التنفيذ إلا إذا رأى قاضي التنفيذ صحة الطلب أو حكمت المحكمة الأعلى درجة بذلك.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث في إبراز أهمية منازعات التنفيذ، لاسيما وأن تقديم تلك المنازعات يؤدي إلى تأخير استيفاء الدائن لحقه وهذا يعد نوعاً من أنواع الظلم.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى معرفه أنواع منازعات التنفيذ وخصائصها، وشروط قبول كل منها، والإجراءات التي يجب أن تتبع حتى يتم الفصل فيها، ومدى تأثير تلك المنازعات على السير في إجراءات التنفيذ.

كما يهدف إلى إيجاد حلول قانونية تقلل من تلك المعوقات، وتسهل عملية استيفاء الدائن لحقه بما لا يخل بحقوق المنفذ ضده القانونية في تقديم تلك المنازعات.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في أن منازعات التنفيذ تعتبر عائقاً كبيراً لاستيفاء الدائنين لحقوقهم بعد أن حصل طالب التنفيذ على سند تنفيذي قابل للتنفيذ الجبري يتمتع بقوة الأمر المقضي به، وعندما يأتي لاستيفاء حقه في التنفيذ تعترضه هذه العقبات والمعوقات القانونية، بالإضافة إلى قلة المراجع في موضوع بحثنا هذا.

ومن خلال هذا البحث، سيحاول الباحث الإجابة على الأسئلة الآتية:

- ماهي منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية؟

- وماهي المحكمة المختصة بالتنفيذ؟
- لماذا تتميز منازعات التنفيذ عن الاعتراضات المادية؟
- هل تختلف شروط قبول كلٍ من المنازعات التنفيذية الموضوعية والوقائية؟
- ماهي الآثار التي تترتب على رفع المنازعات التنفيذية؟
- هل تنظر منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية بنفس الإجراءات؟
- ماهي حجية الأحكام الصادرة في كلٍ منها؟
- هل تختلف طرق الطعن في الأحكام الصادرة في المنازعات الموضوعية عن الوقائية؟

منهج البحث:

استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن من خلال تجميع الأفكار من المؤلفات القانونية وأمّهات الكتب الفقهية والقضائية، ودراسة وتحليل النصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع الدراسة، لاستخلاص النتائج وطرح الآراء التي تعمل على حل هذه الظاهرة بهدف تمكين المحكوم له من الوصول إلى حقه بسرعة وسهولة ويسر.

خطة البحث:

وفي ضوء ما تقدم رأى الباحث تقسيم دراسة موضوع البحث وفقاً لخطة تتألف من مطلب تمهيدي ومبحثين تناول الباحث في المطلب التمهيدي مفهوم منازعات التنفيذ وخصائصه.

أما في المبحث الأول فقد تناول فيه القواعد المنظمة لمنازعات التنفيذ الموضوعية وتطبيقها.

وقد قسم إلى مطلبين، تناول في المطلب الأول المحكمة المختصة بنظر منازعات التنفيذ، وشروط قبولها وإجراءات رفعها والفصل فيها، حيث قسم ذلك المطلب إلى فرعين، تناول في الفرع الأول المحكمة المختصة بنظر منازعات التنفيذ وشروط قبولها، وتناول في الفرع الثاني إجراءات رفع المنازعات الموضوعية والفصل فيها، كما تناول في المطلب الثاني تطبيقاً عملياً على منازعات التنفيذ الموضوعية (استرداد المنقولات).

وتناول المبحث الثاني القواعد المنظمة لمنازعات التنفيذ الوقائية، وقد قسم إلى

مطلبين، المطلب الأول: القواعد المنظمة لمنازعات التنفيذ الوقائية وقد جاء في فرعين، الفرع الأول: المحكمة المختصة بنظر منازعات التنفيذ وشروط قبولها، وتناول في الفرع الثاني النظام الإجرائي للمنازعات الوقائية، في حين تناول في المطلب الثاني تطبيقات عملية لمنازعات التنفيذ الوقائية، وانتهى البحث بخاتمة اشتملت على العديد من النتائج والتوصيات.

المطلب التمهيدي

ماهية منازعات التنفيذ

من المعلوم أن منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية تعد اعتراضات قانونية على سير إجراءات التنفيذ، لذا فقد تم تعريفها من قبل فقهاء القانون ورجال القضاء بشكل واضح، كما أن منازعات التنفيذ تتميز بعدد من الخصائص التي تميزها عن غيرها من المعوقات التي تعترض إجراءات التنفيذ كالتظلم والطعون، ولتوضيح ذلك قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول

تعريف منازعة التنفيذ

التعريف الفقهي:

تعرف منازعات التنفيذ بأنها «منازعات تتعلق بالتنفيذ ويترتب على الحكم فيه أن يصبح التنفيذ جائزاً أو غير جائز، صحيحاً أو باطلاً، وقف السير فيه أو استمراره، ويبيدها أحد أطراف التنفيذ في مواجهة الآخر، أو يبيدها الغير في مواجهتهما»^(١).

كما عرفت بأنها: تلك الاعتراضات والاستشكالات التي يتقدم بها أطراف التنفيذ أو الغير الذي يعد طرفاً في إجراءات التنفيذ (وفي حجز ما للمدين لدى الغير)^(٢).

التعريف القضائي:

عرفت المحكمة العليا في حكم قضائي لها منازعات التنفيذ بأنها: «المنازعات

(١) د، مفلح عواد القضاة، أصول التنفيذ وفقاً لقانون الإجراء، دراسة مقارنة، ط٣، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن ١٩٩٧م، ص٣٤.

(٢) د. عبد الكريم محمد الطير، قانون التنفيذ الجبري، مقرر دراسي لطلبة كلية الشريعة والقانون بجامعة العلوم والتكنولوجيا المستوى الرابع، طبعة ٢٠١٤.

المتصلة أو المرتبطة بإجراءات التنفيذ، والتي يكون سببها لاحقاً لصدور السند التنفيذي، سواء تعلق بمدى صحة أو عدالة إجراءات التنفيذ الجبري أو السير في إجراءاته أو وقفها^(١).

ويرى الباحث أن منازعات التنفيذ: «عبارة عن اعتراضات قانونية على إجراءات التنفيذ تقدم أثناء السير في التنفيذ من أطراف التنفيذ أو من الغير، أمام قاضي التنفيذ بهدف الحكم بوقف التنفيذ أو السير فيه أو بطلانه أو صحته».

ولكي نكون أمام منازعة تنفيذية فلا بد أن يتوفر فيها شرطان:

الشرط الأول: أن يكون هناك تنفيذ جبري على المحكوم عليه من قبل السلطة العامة لتنفيذ سند تنفيذي صادر بالإلزام سواء كان التنفيذ مباشراً أو غير مباشر^(٢).

الشرط الثاني: أن تتعلق المنازعة بسير هذا التنفيذ أو إجراءاته: فلا بد أن تكون المنازعة متعلقة ببطلان التنفيذ أو صحته أو يكون المطلوب فيها توقف التنفيذ أو السير فيه^(٣).

الفرع الثاني

خصائص منازعات التنفيذ

تتميز منازعات التنفيذ بشكل عام سواء كانت موضوعية أو وقتية بعدد من الخصائص منها:

أولاً: تعدد منازعات التنفيذ عقبات قانونية تعترض التنفيذ:

إذا كانت إجراءات التنفيذ تهدف إلى السير في إجراءات التنفيذ الجبري للسند التنفيذي استيفاء لحق الدائن، فإن منازعات التنفيذ تهدف إلى الحصول على حكم بوقف التنفيذ أو الحكم ببطلان إجراءات التنفيذ، تحت أي مبرر قانوني كالادعاء ببطلان إجراءات التنفيذ لبطلان إعلان السند التنفيذي أو لأن محل التنفيذ مما لا يجوز الحجز عليه، أو الادعاء بأن الحق المطلوب اقتضاؤه غير معين المقدار أو غير محقق الوجود أو غير حال

(١) المحكمة العليا الطعن رقم ٢٩٤٨٨.ك لسنة ٢٠٠٦، جلسة ٣ جمادى الثاني ١٤٢٩هـ الموافق ٢٠٠٨/٦/٧م، القواعد القضائية، العدد ١٣، ص ١٣١.

(٢) د. أحمد خليل، أصول التنفيذ الجبري، ط بدون، الدار الجامعية، مكان النشر وتاريخ النشر، بدون، ص ٢٨٢.

(٣) القاضي إبراهيم علي عبدالله علي الشيبية، الإشكال الوقي والمنازعة الموضوعية في التنفيذ الجبري في التشريع اليمني والمصري، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية والقضائية، بالمعهد العالي للقضاء - صنعاء الطبعة الأولى، ٢٠١٠.

الأداء. أو لعدم صفة طالب التنفيذ، وهنا يجب التفريق بين المنازعات التنفيذية القانونية والاعتراضات والمعوقات المادية، فإذا كانت المنازعات التنفيذية القانونية تهدف إلى إبطال إجراءات التنفيذ أو توقيفها أو الحكم بانعدامها فإننا أمام منازعة تنفيذية^(١).

وإن كانت الاعتراضات أو العقبات المادية تهدف إلى منع التنفيذ، لأنها لا تتضمن أي ادعاء قانوني يقتضي الأمر عرضها على القضاء وصدور حكم قضائي فيه، فإننا لا نكون حينها أمام منازعة تنفيذية وإنما أمام اعتراضات مادية يجب مواجهتها بالقوة، ومن تلك الاعتراضات قيام المنفذ ضده بإغلاق أبواب محل التنفيذ لمنع معاوني قاضي التنفيذ من الدخول إلى محل التنفيذ لتحرير محضر الحجز، فلا يتطلب صدور حكم لإنهاء تلك الاعتراضات وإنما تدل تلك العقبات بالاستعانة بقوة السلطة العامة^(٢).

ثانياً: منازعات التنفيذ تتعلق بالتنفيذ الجبري:

يجب أن تكون منازعات التنفيذ متعلقة بالتنفيذ الجبري؛ لذا فإنها لا تتعلق بالقرارات أو بالأوامر المتفرعة من الأحكام التي لا يتطلب في تنفيذها اتباع التنفيذ الجبري كالأحكام الصادرة بندب خبير أو كالأحكام المقررة أو المنشئة والأحكام الصادرة برفض طلب الرد^(٣).

ثالثاً: منازعات التنفيذ تؤثر في سير خصومة التنفيذ:

إن المنازعات التي لا تتعلق بالتنفيذ أو بأي إجراء من إجراءاته لا تعد منازعة تنفيذية كونها لا تؤثر على سير التنفيذ، لذا فإن قاضي التنفيذ لا يختص بها مثل طلب طرد مستأجر لتأخره عن الوفاء بالأجرة في عقار محجوز عليه قضائياً^(٤).

أي أن المنازعة لا بد أن تتعلق بما أوجبه القانون من شروط يتوجب توافرها في إجراءات التنفيذ والإجراءات التي يجب على طالب التنفيذ أن يقوم بها كادعاء المدين بعدم إعلانه بالسند التنفيذي أو أن الحجز وقع على أموال لا يجوز الحجز عليها، فإذا لم تكن المنازعة متعلقة بإجراءات التنفيذ أو من شأنها التأثير في سريانه فلا تعتبر من

(١) د. أحمد هندي، د. أحمد خليل، التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ٤٦٦.

(٢) د. عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات الحالية دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، الكتاب الثاني، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣٥٠.

(٣) د. أحمد أبو الوفاء، إجراءات المليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ، الجزء الثالث، طبعة مطابع النسر الذهبي، المكتب الفني، للإصدارات القانونية، مكان النشر وتاريخه بدون، ج، ٣، بند ٧، ص ١٤.

(٤) د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ، الجزء الثالث، طبعة مطابع النسر الذهبي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، بدون مكان النشر، ص ١٤.

منازعات التنفيذ وبالتالي لا ينعقد الاختصاص لقاضي التنفيذ^(١).

رابعاً: منازعات التنفيذ لا تمس بحجية السند التنفيذي محل التنفيذ:

إذا كان المشرع اليمني قد أعطى محكمة التنفيذ الحق في الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ سواء كانت موضوعية أو وقتية وسواء كانت مقدمة من أطراف التنفيذ أو من الغير عملاً بنص المادة (٣١٨) مرافعات^(٢)، إلا أنه أوجب على قاضي التنفيذ الحكم بعدم اختصاصه إذا كانت منازعات التنفيذ متعلقة بأصل الحق المحكوم فيه أو بصحة السند التنفيذي المادة (٤٩٨) التي نصت بقولها: «جميع المنازعات المتعلقة بأصل الحق المحكوم فيه أو بصحة السند التنفيذي لا تعتبر من منازعات التنفيذ التي يختص بالفصل فيها قاضي التنفيذ».

وبعد ذلك احتراماً لحجية الأحكام، فليس من المعقول أن نقدم استشكالياً يتعلق بأصل الحق أو بصحة السند التنفيذي بعد أن أصبح متمتعاً بقوة الأمر المقضي به أمام قاضي التنفيذ بالرغم من صدوره من محكمة استئنافية أو عليا، ومع ذلك فإن المشرع أجاز لطالبي التنفيذ تقديم استشكال يتعلق بأصل الحق المحكوم به وصحة السند التنفيذي أمام قاضي التنفيذ للفصل في المنازعات التنفيذية وإن كانت تتعلق بأصل الحق المحكوم فيه أو بصحة السند التنفيذي، في حالة قيام المنفذ ضده بتقديم منازعة تنفيذية بوقف التنفيذ لانقضاء السند التنفيذي بالوفاء بعد صدور الحكم محل التنفيذ (السند التنفيذي).

كما يجوز للمنفذ ضده تقديم دفع أمام قاضي التنفيذ بانعدام السند التنفيذي محل التنفيذ، وبعد ذلك منازعة تنفيذية كونه يؤدي إلى وقف التنفيذ، ولا يحق للقاضي الفصل فيه وإنما يتوجب عليه القيام برفع الدفع والرد عليه والحكم محل الدفع بالانعدام خلال عشرة أيام من تقديم الدفع إلى المحكمة العليا للفصل فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وصوله إليها، المادة (٥٧/أ/٣) مرافعات، فإذا حكمت برفضه يزول وقف التنفيذ أما إذا حكم بقبوله فإن ذلك يؤدي إلى زوال الحكم ويحكم على الدافع بغرامة لا تقل عن مليون ولا تزيد على خمسة ملايين^(٣).

(١) القاضي إبراهيم الشيبية، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاتها، (٣١٨) والتي نصت بقولها: «تختص محكمة التنفيذ بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة به أي كانت قيمتها سواء كانت موضوعية أو وقتية وسواء كانت مقدمة من الأطراف أو من الغير».

(٣) د. عادل النجار، التنفيذ الجبري، الطبعة الخامسة، مركز الصادق، صنعاء، ص ١١٦.

كما أجاز المشرع لأطراف التنفيذ تقديم منازعة تنفيذية على أصل الحق المحكوم به وعلى صحة السند التنفيذي إذا كان السند التنفيذي محل التنفيذ ليس بحكم قضائي ولا أمراً ما عداها من سندات تنفيذية فإنه يحق المنازعة في أصل الحق وفي صحة السند التنفيذي كأن يكون السند التنفيذي عبارة عن اتفاق صلح مصادق عليه من المحكمة المختصة^(١).

خامساً: منازعات التنفيذ تقدم من أطراف التنفيذ أو الغير وقد تقام قبل البدء في التنفيذ أو أثناءه أو بعد تمامه:

فمنازعات التنفيذ ليست اعتراضات على التنفيذ فحسب، بل هي منازعات تتعلق به، لذا فقد تثار قبل البدء في التنفيذ كما لو تقدم طالب التنفيذ بالسير في إجراءات التنفيذ فتقاعس معاونو التنفيذ عن السير في إجراءات التنفيذ بناء على توجيه قاضي التنفيذ، فلطالب التنفيذ رفع منازعة تنفيذية يطالب فيها إلزام معاوني قاضي التنفيذ بالسير في إجراءات التنفيذ. وقد تقدم أثناء التنفيذ كأن يقوم طالب التنفيذ بتقديم منازعة تنفيذية بعدم صحة التنفيذ لعدم صفة طالب التنفيذ^(٢).

كما قد تكون بعد انتهاء التنفيذ كقيام الغير بتقديم منازعة تنفيذية بعد بيع العقار (دعوى استحقاق فرعية) يطالب فيها الحكم له بالعقار وإبطال إجراءات التنفيذ السابقة^(٣).

ومع ذلك فإنه لا يجوز التقدم بمنازعة تنفيذية وقتية بعد تمام التنفيذ عملاً بنص المادة (٤٩٩) مرافعات التي نصت بقولها: «لا يجوز قبول منازعات التنفيذ الوقائية بعد تمام التنفيذ».

سادساً: قد يكون السند التنفيذي هو الحكم الصادر بإلغاء السند التنفيذي محل التنفيذ:

إذا ألغت المحكمة الأعلى درجة الحكم الذي جرى تنفيذه فإن حكم إلغاء السند التنفيذي يعتبر سنداً تنفيذياً إلا أن الحكم الصادر من قاضي التنفيذ لا يقيد الحكم

(١) عادل النجار، مرجع سابق، ص ٤٨٦.

(٢) د، فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية، طبعة مطبوعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٧، ص ٦٠٤.

(٣) نجيب أحمد عبدالله، قانون التنفيذ الجبري في المسائل المدنية والتجارية، ط ٢، مكتبة مركز الصادق، صنعاء ٢٠٠٥م، ص ٥١٧.

الصادر من محكمة النقض^(١).

وهنا يجب التمييز بين طلب وقف التنفيذ المقدم كمنازعة تنفيذية أمام قاضي التنفيذ، وطلب وقف التنفيذ المقدم أمام محاكم الطعن العادية وغير العادية؛ لأنّ منازعات التنفيذ بوقف التنفيذ هي اعتراضات وادعاءات قانونية تقدم أمام قاضي التنفيذ ليفصل إما بقبول وقف التنفيذ أو يرفضه، إلا أن هذه الأحكام تعد وقتية فلقاضي التنفيذ العدول عن الحكم بوقف التنفيذ، كأن يقوم طالب التنفيذ بتقديم استشكال معاكس بطلب السير في إجراءات التنفيذ بعد توقف السير في إجراءات البيع، ورأى قاضي التنفيذ صحة ذلك الاستشكال وقرر السير في إجراءات التنفيذ.

في حين أن الحكم الصادر من محكمة الطعن بوقف التنفيذ يبقى قائماً حتى صدور حكم في موضوع الطعن ويجب على محكمة التنفيذ التقيد بما قضت به^(٢)، كصدور حكم مشمول بالتنفيذ المعجل فسارت محكمة التنفيذ في إجراءات تنفيذه إلا أن المحكوم عليه قام بالطعن أمام محكمة الاستئناف وطلب في عريضة الطعن الحكم بوقف التنفيذ، فقضت محكمة التنفيذ بوقف التنفيذ، عندها يتوجب على قاضي التنفيذ التوقف عن السير في إجراءات التنفيذ حتى يتم الفصل في الطعن.

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري الوقتية والموضوعية، دراسة علمية طبقاً لأحكام الفقه والقضاء، طبعة بدون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠ ص ١٠٢.
(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥، ص ٤٤٨.

المبحث الأول منازعات التنفيذ الموضوعية

المنازعات الموضوعية: هي عبارة عن الاعتراضات المقدمة من صاحب المصلحة بهدف الحصول على حكم قضائي موضوعي يكون مؤثراً في التنفيذ من حيث جوازه أو عدم جوازه، صحته أو بطلانه، سواءً كانت مرفوعة من أحد أطراف التنفيذ أو من الغير، قبل تمام التنفيذ أو أثناءه أو حتى بعد تمامه^(١).

كما أن المنازعات الموضوعية لا تتطرق لأصل الحق المحكوم به ولا لصحة السند التنفيذي.

ويجوز الطعن في الحكم الصادر من قاضي التنفيذ في المنازعة الموضوعية أمام محكمة الاستئناف والمحكمة العليا.

وللتوضيح فسنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب سنتناول في المطلب الأول: المحكمة المختصة بنظر المنازعات التنفيذية الموضوعية وشروط قبولها.

وفي المطلب الثاني: إجراءات رفع المنازعة التنفيذية الموضوعية والفصل فيها، كما سنتناول في المطلب الثالث: تطبيقات عملية لمنازعات التنفيذ الموضوعية.

المطلب الأول

المحكمة المختصة بنظر منازعات التنفيذ الموضوعية وشروط قبولها

جعل المشرع الاختصاص النوعي في نظر المنازعات التنفيذية لقاضي التنفيذ، لكن المحكمة المختصة مكانياً تختلف باختلاف محل إقامة مَنْ عليه الحق أو باختلاف محل التنفيذ ونوعه، لذا فإننا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول

المحكمة المختصة بنظر المنازعات التنفيذية الموضوعية

حدد المشرع اليمني في المادة (٣١٧) مرافعات المحكمة المختصة بالتنفيذ مكانياً (محلياً) بالنظر في منازعات التنفيذ الموضوعية على أساس جغرافي ومكاني، وجعلت محكمة التنفيذ المختصة بالتنفيذ هي إما التي يقع في دائرتها محل إقامة أو موطن

(١) د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٨١٤.

المنفذ ضده، فإذا كان محل التنفيذ منقولاً كانت محكمة التنفيذ هي التي يقع المنقول في دائرتها، وإن كان محل التنفيذ عقاراً كانت محكمة التنفيذ المختصة هي المحكمة التي يقع العقار في نطاق اختصاصها وتم التنفيذ عليه ابتداءً، أما في حالة حجز مال المدين لدى الغير فإن محكمة التنفيذ المختصة هي التي يقع في دائرتها موطن المحجوز عليه^(١). كما أن المشرع اليمني أعطى الحق للمحكمة التي يرفع إليها طلب التنفيذ أولاً إذا تعددت المنقولات والعقارات التي يتم الحجز عليها، ولها إنابة محكمة تنفيذ أخرى إذا كانت الأموال محل التنفيذ تقع في نطاق اختصاص المحكمة المناوبة، ولها الحق في الفصل في المنازعات التنفيذية الموضوعية المتعلقة بدعاوى الاسترداد والاستحقاق والدعاوى العينية المرفوعة من الغير^(٢)، المادة (٢٢٥) مرافعات.

الفرع الثاني

شروط قبول المنازعات الموضوعية

اشترط المشرع اليمني أن تتوفر في رافع المنازعة الموضوعية الشروط العامة التي يجب أن تتوفر في رافع الدعاوى ومن هذه الشروط ما يأتي:

أولاً: الصفة:

اشترط المشرع عدم قبول أي دعوى أو طلب أو دفع ما لم تكن لرافعه صفة في رفعها المادة (٧٦): «تحكم المحكمة بعدم قبول الدعوى أو الطلب أو الدفع إذا تبينت (ولو من تلقاء نفسها) أن لا صفة أو مصلحة فيها في أي مرحلة من مراحل الدعوى».

وكون منازعات التنفيذ الموضوعية دعاوى عادية كما بيناه فإنه يتطلب في رافع المنازعة التنفيذية أيًا كان مقدمها (منفذ ضده، طالب التنفيذ، الغير)، توفر الصفة، وإلا فإن لقاضي التنفيذ الحكم بعدم قبولها من تلقاء نفسه، فلطالب التنفيذ مثلاً أن يطلب الحكم بجواز التنفيذ أو المضي في البيع الجبري إذا كف المحضر عن البيع، وللمنفذ ضده كذلك الحق في طلب الحكم ببطالان إجراءات التنفيذ لعدم صحة أو لعدم اتباع مقدمات التنفيذ، وتثبت الصفة للغير عند مطالبته الحكم ببطالان إجراءات التنفيذ، كون التنفيذ يمس حقوقه كما لو وقع الحجز على مال مملوك له^(٣).

(١) د. عادل النجار، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٢) د. سعيد الشرعبي، الموجز في أصول قانون القضاء المدني، منشورات مركز الصادق، الطبعة الثالثة، ٢٠١٨م، ص ٨٩.

(٣) د. نبيل إسماعيل عمر، د. أحمد هندي، د. أحمد خليل، التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م ص ٤٨٢.

ثانياً: المصلحة:

اشترط المشرع ضرورة توفر شرط المصلحة في رافع الدعوى (المنازعة التنفيذية) سواءً كانت تلك المصلحة شخصية أو قائمة أو مباشرة عملاً بنص المادة (٧٥) مرافعات بقولها: «لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه».

فإذا ما تقدم حاجز عادي بمنازعة تنفيذية موضوعية في مواجهة حاجز مرتين أو ممتاز بالنسبة لقائمة توزيع حصيلة التنفيذ، فإن على قاضي التنفيذ عدم قبول تلك المنازعة كون الأولوية للحاجز الممتاز أو المرتين، وقد تكون المصلحة محتملة إذا قدمت لدفع ضرر محقق، كذلك المنازعة التنفيذية التي ترفع من الغير قبل البدء في التنفيذ كون محل التنفيذ ملكاً له^(١)، وخلاصة القول: فلا تقبل منازعة تنفيذية لا تحقق لرافعها مصلحة عملية^(٢).

ثالثاً: عدم توفر الشروط السلبية في منازعات التنفيذ (انتفاء الموانع):

لكي يتم قبول المنازعة الموضوعية يجب أن لا يكون قد سبق الفصل في موضوعها بين ذات الخصوم ولنفس المحل والسبب بحكم قضائي، فلو سبق الحكم ببطلان إجراءات التنفيذ فلا يقبل بعد ذلك طلب الحكم بصحته، وذلك احتراماً لحجية الأحكام التي تتعلق بالنظام العام، وإذا ما قدم ذلك الطلب مع سبق الفصل فيه فإن للطرف الآخر الدفع بعدم جواز نظر الاستشكال لسبق الفصل فيها في أي حالة كانت عليها الدعوى، بل إن على المحكمة الحكم بعدم قبوله من تلقاء نفسها، إلا أنه يجوز مواجهة الحكم الصادر من قاضي التنفيذ في هذه الحالة بالطعن فيه أمام المحكمة الأعلى درجة^(٣).

رابعاً: احترام المواعيد:

اشترط المشرع لقبول بعض المنازعات الموضوعية أن يتم تقديمها خلال فترة محددة ما لم فإنها تسقط كحق المنفذ ضده بالاعتراض على قائمة شروط البيع قبل إيقاع البيع بثلاثة أيام كما في المادة (٤٦٨) مرافعات «يجب لكل ذي مصلحة الاعتراض

(١) القاضي إبراهيم علي عبدالله الشيبية، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٢) د. سعيد الشرعبي، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٣) د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ط بدون نشر، منشأة المعارف الاسكندرية ١٩٧٤، ص ٣١٥.

على قائمة شروط البيع قبل ثلاثة أيام من إيقاع البيع وإلا سقط الحق فيه، ويفصل قاضي التنفيذ في هذا الاعتراض بحكم غير قابل للطعن».

وكذلك اعتراض المنفذ ضده على الكفالة في التنفيذ المعجل خلال مدة ثلاثة أيام من تاريخ إعلانه بالكفالة المادة (٤١٣) مرافعات: «لذي الشأن خلال ثلاثة أيام من إبلاغه بالخيار المذكور في المادة السابقة أن ينازع في اقتدار الكفيل أو كفاية المال المودع أو أمانة الحارس ويكون الحكم الصادر في المنازعة غير قابل للطعن».

كما أعطى المشرع الحق للغير رفع دعوى استرداد المنقولات قبل تمام البيع عملاً بنص المادة (٤٣٢) مرافعات التي نصت على أنه: «يجوز للغير أن يرفع دعوى استرداد المنقولات المحجوزة أمام قاضي التنفيذ إلى ما قبل إتمام البيع ولا يترتب على رفعها وقف التنفيذ إلا إذا حكم قاضي التنفيذ بذلك».

ويترتب على عدم رفع المنازعة التنفيذية في مواعيدها سقوط الحق في رفعها أو عدم قبولها إن رفعت بعد انقضاء الميعاد المحدد لها^(١).

خامساً: اختصاص من أوجب القانون اختصاصهم:

أوجب المشرع على الغير أن يختصم جميع الأطراف الملتزمين في السند التنفيذي ومن وجهت إليهم إجراءات التنفيذ، ويترتب على مخالفة الغير لذلك الشرط الحكم بعدم قبول المنازعة الموضوعية شكلاً. كما نصت عليه المادة (٥٠٠) مرافعات: «إذا رفعت منازعات التنفيذ من الغير فيجب اختصاص جميع الأطراف الملتزمين في السند التنفيذي ومن وجهت إليهم إجراءات التنفيذ وإلا حكمت محكمة التنفيذ برفضها».

سادساً: أن لا تتعلق المنازعة الموضوعية بأصل الحق المحكوم فيه ولا بصحة السند التنفيذي:

اشترط المشرع اليمني لكي يتم قبول المنازعة التنفيذية أيًا كانت بأن لا تتعلق بأصل الحق المحكوم فيه أو بصحة السند التنفيذي، ما لم فإن على قاضي التنفيذ الحكم بعدم قبولها كونها ليست من اختصاصه، المادة (٤٩٨) مرافعات: «جميع المنازعات المتعلقة بأصل الحق المحكوم فيه أو بصحة السند التنفيذي لا تعتبر من منازعات التنفيذ التي يختص بالفصل فيها قاضي التنفيذ».

(١) د. عادل النجار، مرجع سابق، ص ٥١١.

المطلب الثاني

إجراءات رفع المنازعة التنفيذية الموضوعية والفصل فيها

تعتبر منازعات التنفيذ من الادعاءات، لهذا فإن على رافعها التقيد بالشروط العامة للدعوى، ولتوضيح ذلك فإننا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول

إجراءات رفع منازعات التنفيذ الموضوعية

ترفع منازعات التنفيذ الموضوعية أمام قاضي التنفيذ المختص بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، المادة (٤٩٩) مرافعات: «... أما منازعات التنفيذ الموضوعية وهي المتعلقة بالوفاء بالحق بعد صدور السند التنفيذي الذي قرره فترفع أمام قاضي التنفيذ بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى».

وبناءً على ذلك فإن المنازعات التنفيذية الموضوعية ترفع في عريضة مكتوبة متضمنة اسم المدعي ولقبه ومهنته وموطنه، وكذا اسم المدعى عليه ولقبه ومهنته وموطنه، مع ذكر اسم المحكمة التي ترفع أمامها وبيان موطن مختار للمدعي في البلدة التي بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها، وبياناً وافياً ومختصراً عن موضوع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي محددة نوعها وصفتها وتاريخ تقديم عريضة المنازعة التنفيذ وتوقيع المدعي أو وكيله مع ذكر تاريخ الوكالة والجهة التي صادقت عليها، مع وجوب إرفاق المستندات التي تثبت صحة وقائع وأسباب المنازعة والتوقيع على تلك المستندات من رافع المنازعة، وأن ترفق تلك المستندات في حافظة مستندية مرفقة بعريضة المنازعة التنفيذية وسند الرسوم المقررة^(١).

وبعد ذلك يقوم قلم الكتاب بتقييد عريضة المنازعة في ساعته بالسجل الخاص بذلك، ويثبت تاريخ الجلسة المحددة من قبل رئيس المحكمة لنظر الدعوى على أصل العريضة ويوقع عليها المدعي أو وكيله بما يفيد علمه بموعد الجلسة، ثم تبلغ عريضة الدعوى مع مرفقاتها إلى الخصوم وفقاً لأحكام القانون الخاص بإعلان الأوراق.

ويجوز للخصم إن كان من الغير تحديد رقم هاتفه أو إيميله أو أي وسيلة إلكترونية يختارها لإعلانه عبرها بالمواعيد والأوراق بما في ذلك الإعلان بنسخة الحكم عملاً بنص

(١) د. سعيد الشرعبي، مرجع سابق، ص ٦٠٣.

المواد (١٠٣، ١٠٤، ١٠٥) مرافعات معدلة بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م^(١).

كما أنه لا يترتب على رفع منازعة التنفيذ الموضوعية وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه كقاعدة عامة وفقاً لنص المادة (٥٠٢) مرافعات: «لا يترتب على رفع منازعات التنفيذ ولا على الطعن في الحكم الصادر فيها برفضها وقف التنفيذ إلا إذا قررت محكمة الاستئناف ذلك بشرط أن يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه أو أن يطلب الأمر بوقف التنفيذ في عريضة الطعن... الخ».

الفرع الثاني

الفصل في المنازعة التنفيذية الموضوعية

بما أن المنازعات الموضوعية هي عبارة عن منازعات عادية كما أوضحنا سلفاً، لذا فإن قاضي التنفيذ ينظر فيها وفقاً لإجراءات الخصومة العادية وبنفس صلاحية قاضي الموضوع، ويطبق على المنازعات التنفيذية الموضوعية القواعد العامة والإجراءات العامة التي تسري على الخصومة العامة، من حيث حضور الخصوم وغيابهم وشطب الدعوى أو تأجيلها أو عوارض الخصومة من وقف وانقطاع، كما يكون عبء الإثبات على مقدم المنازعة التنفيذية كونه بمثابة المدعي، ويكون الحكم حاسماً للنزاع ولا يجوز تنفيذه إلا إذا كان حائزاً لقوة الأمر المقضي أو كان مشمولاً بالتنفيذ المعجل^(٢).

وكون الحكم في منازعات التنفيذ الموضوعية حكماً موضوعياً يحسم النزاع بصفة نهائية، فإن ذلك لا يخول مقدم المنازعة الموضوعية أن يطلب وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه لحين الفصل في المنازعة الموضوعية، بشرط أن يكون هناك مبرر للحصول على حماية عاجلة وسريعة^(٣).

ولا يجوز لقاضي التنفيذ النظر في منازعة تنفيذية تتعلق بأصل الحق المحكوم فيه أو بصحة السند التنفيذي؛ احتراماً لحجية الأحكام القضائية وإلا كان قضاؤه باطلاً^(٤).

طبيعة الحكم الصادر في المنازعة الموضوعية:

يجب أن يكون الحكم الصادر في المنازعة الموضوعية مسبباً وأن تتوفر فيه البيانات

(١) د. عادل النجار، مرجع سابق، ص ٥١١.

(٢) د. وجدي راغب، مرجع سابق، ص ٣٦٦.

(٣) د. أمينة النمر، أحكام التنفيذ، القاهرة، منشأة المعارف، ١٩٧١، ص ٣١٧.

(٤) د. عادل النجار، مرجع سابق، ص ٥١٣.

التي يجب توافرها في الأحكام القضائية عملاً بنص المواد (٢٢٨، ٢٢٩) مرافعات، والحكم الصادر في المنازعات الموضوعية حكم موضوعي يحوز علي حجية الأمر المقضي فيه، فلا يجوز تعديله أو إلغاؤه إلا باتباع الطرق المقررة في الأحكام.

ويقبل الطعن في الأحكام الصادرة في المنازعات الموضوعية بالاستئناف خلال خمسة عشر يوماً ولمحكمة الاستئناف إلغاء الحكم الصادر في المنازعة، إلا أن عليها أن تفصل في المنازعة بحكم جديد باعتبارها محكمة موضوع خلال عشرة أيام وليس لها أن تعيد القضية إلى محكمة التنفيذ، المادة (٥٠١) مرافعات: «للخصوم الطعن في الأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية أمام الاستئناف خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم في المنازعة وعلى محكمة الاستئناف الفصل في الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ رفعه إليها ويعتبر حكمها في المنازعات الوقائية غير قابل للطعن بالنقض، ويجوز للخصوم الطعن في الأحكام الموضوعية الصادرة من محاكم الاستئناف أمام المحكمة العليا وفقاً للقواعد العامة».

ولا يترتب على استئناف الحكم الصادر في منازعات التنفيذ الموضوعية وقف التنفيذ إلا إذا رأت محكمة الاستئناف أن تأمر بوقف التنفيذ إذا خشي من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، وأن يطلب الأمر بوقف التنفيذ في عريضة الاستئناف ولمحكمة الاستئناف أن تأمر بتقديم كفالة أو بما يضمن صيانة لحق طالب التنفيذ^(١) المادة (٥٠٢) مرافعات: «لا يترتب على رفع منازعات التنفيذ ولا على الطعن في الحكم الصادر برفضها وقف التنفيذ إلا إذا قررت محكمة الاستئناف ذلك بشرط أن يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه وأن يطلب الأمر بوقف التنفيذ في عريضة الطعن وللمحكمة أن تأمر بتقديم كفالة أو بما يضمن صيانة حق طالب التنفيذ».

ويقبل الطعن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف في المنازعات الموضوعية بالنقض خلال ستين يوماً، فإذا ألغت المحكمة الاستئنافية حكم قاضي التنفيذ الصادر في المنازعة التنفيذية، ورأت المحكمة العليا نقض الحكم الاستئنافية، فلها أن تؤيد حكم المحكمة الابتدائية (قاضي التنفيذ) أو أن تعيد القضية إلى محكمة الاستئناف للفصل فيها من جديد عملاً بنص المادة (٢٢٦) مرافعات التي نصت بقولها: «إذا ألغت المحكمة الاستئنافية حكماً ابتدائياً في الموضوع وجب عليها الفصل في القضية، وإذا طعن في الحكم الاستئنافية أمام المحكمة العليا ورأت نقض الحكم المطعون فيه فلها أن تقرر الحكم الابتدائي أو تحكم بنقض الحكم المطعون فيه وإعادته إلى المحكمة التي أصدرته».

(١) د. سعيد الشرعي، مرجع سابق، ص ٧١.

إلا أن هناك منازعات موضوعية غير قابلة للطعن بالاستئناف كالحكم الصادر من قاضي التنفيذ في كفالة التنفيذ المعجل وكذا الأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ الموضوعية المتعلقة بالاعتراض على قائمة شروط البيع عملاً بنص المادة (٤٦٨) التي نصت بقولها: «يجوز لكل ذي مصلحة الاعتراض على قائمة شروط البيع قبل ثلاثة أيام من إيقاع البيع وإلا سقط الحق فيه ويفصل قاضي التنفيذ في الاعتراض بحكم غير قابل للطعن».

المطلب الثاني

تطبيق عملي على منازعات التنفيذ الموضوعية

تعتبر دعوى استرداد المنقولات المحجوزة من منازعات التنفيذ الموضوعية، لذا فإننا سنوضح في هذا المطلب ماهيتها وشروط قبولها والمحكمة المختصة بنظرها وكيفية الفصل فيها وطرق الطعن فيها من خلال الآتي:

أولاً: ماهية دعوى استرداد المنقولات المحجوزة وشروط قبولها:

١- تعتبر دعوى استرداد المنقولات المحجوزة: من المنازعات الموضوعية التي يرفعها شخص من الغير يدعي ملكيته المنقولات المادية المحجوزة أو أي حق يتعلق بها ويطلب فيها تقرير حقه على هذه المنقولات ووقف بيعها لتعارضه مع حقه عليها^(١).

٢- شروط قبول دعوى الاسترداد:

١. ترفع من الغير ولا ترفع من أطراف التنفيذ.
٢. أن يطلب رافعها الحكم له بملكية المنقولات المحجوزة، وإلغاء الحجز الموقع عليها وبطلان إجراءاته.
٣. يجب فيها مخاصمة الحاجز والمحجوز عليه والحاجزين من المتدخلين.
٤. ترفع بعد إيقاع الحجز وقبل البيع ما لم فإنها تعتبر دعوى ملكية عادية.
٥. لا يترتب على رفع الدعوى وقف التنفيذ إلا إذا رأى قاضي التنفيذ ذلك.
٦. أن يرفق بالدعوى جميع المستندات التي تؤكد ملكية رافعها^(٢).

(١) د/ فتحي والي، مرجع سابق، ص ٦٤٨.

(٢) المادة (٤٣٢) مرافعات: «يجوز للغير أن يرفع دعوى استرداد المنقولات المحجوزة أمام قاضي التنفيذ إلى ما قبل إتمام البيع ولا يترتب على رفعها وقف التنفيذ إلا إذا حكم قاضي التنفيذ بذلك».

ثانياً: المحكمة المختصة بنظر دعوى استرداد المنقولات:

ينعقد الاختصاص النوعي والمكاني لمحكمة التنفيذ التي يقيم فيها المحجوز عليه أو التي تقع بدائرتها تلك الأموال كما بالفقرة (أ) من المادة (٣١٧) مرافعات التي نصت بقولها: «أ. تختص بالتنفيذ المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها محل إقامة من عليه الحق أو التي توجد بدائرتها أمواله التي يجري التنفيذ عليها... إلخ».

وقد أُلزم المشرّع اليمني الغير في دعوى استرداد المنقولات باختصاص الدائن الحاجز والحاجزين المتدخلين لاعتبارهم المدعى عليهم فيما يتعلق بالنزاع حول صحة إجراءات التنفيذ أو طلب إلغاء الحجز، وأما سبب اختصاص المحجوز عليه فكونه المدعى عليه في الادعاء بالملكية أو الحق المدعى به على الشيء المحجوز^(١).

ثالثاً: إجراءات رفع دعوى استرداد المنقولات المحجوزة:

ترفع دعوى استرداد المنقولات ممن تتوفر فيه الشروط العامة في رفع الدعوى (الصفة والمصلحة) وبالإجراءات العادية لرفع الدعوى أمام محكمة التنفيذ المختصة وذلك بإيداع صحيفة الدعوى لدى قلم كتاب قلم التنفيذ مع إرفاق سند الرسوم وأدلة ملكيته والمستندات المؤيدة لها التي تثبت ملكية رافعها لتلك المنقولات المحجوزة لغرض التأكد من صحة المنازعة التنفيذية ولمواجهة المدعى عليهم بها ليتمكنوا من الرد عليه.

ويجب على رافعها اختصاص المحجوز عليه والحاجز والحاجزين المتدخلين ما لم فإنه يتوجب على قاضي التنفيذ الحكم بعدم قبولها المادة (٤٣٣) مرافعات: «يجب أن يختصم في دعوى الاسترداد الدائن الحاجز والمحجوز عليه والحاجزون المتدخلون وأن تشمل صحيفتها على بيان وافٍ بأدلة الملكية وأن يرفق بها جميع المستندات وإلا حكم القاضي بعدم قبولها».

رابعاً: إثبات دعوى الاسترداد:

ويقع عبء إثبات دعوى استرداد المنقولات على المدعي (الغير) وله أن يثبت خلاف القاعدة العامة التي تقول أن الحيازة سند الملكية، وذلك من خلال إثباته أن الأموال المنقولة محل الحجز ملكٌ له وليست في ملك المحجوز عليه.

أما إذا كانت المنقولات يدل ظاهر الحال على أنها ليست ملكاً للمحجوز عليه فإن

(١) القاضي إبراهيم علي الشيبية، مرجع سابق، ص ١٧٩.

للمدعي (الغير) إثبات ذلك بأي طريقة من طرق الإثبات أو بأي قرينة تؤكد ملكيته .
وإذا كانت تلك الأموال المنقولة قد تم حجزها عن طريق المؤجر بدلاً عن الإيجارات التي بذمة للمستأجر، فلا يكفي في هذه الحالة أن يثبت المدعي (الغير) أن المنقولات المحجوزة ملكٌ له ، بل عليه أن يثبت أن المؤجر كان يعلم أن تلك الأموال المنقولة لا تعود للمستأجر .

أما إذا كانت الأموال المنقولة المحجوزة مشتركة بين المدين (المحجوز عليه) والغير (الزوج وزوجته) فإن عبء الإثبات يقع على الغير ما لم يدل الواقع على خلاف ذلك ، كأن تكون الأموال المنقولة المحجوزة من مقتنيات النساء مثلاً، فإن عبء الإثبات يقع على الحاجزين .

ولا يعتد بإقرار المحجوز عليه بأن الأموال ملك مدعي الاسترداد للأموال المحجوزة كونها كسائر التصرفات القانونية التي تصدر من المدين بعد الحجز، أما إذا كان ذلك الإقرار ثابتاً بدليل كتابي وتاريخ قبل الحجز فإنه يعتد به وللمدعي باسترداد الأموال المنقولة^(١) .

خامساً: الأثر المترتب على رفع دعوى استرداد المنقولات:

لا يترتب على رفع الدعوى وقف التنفيذ بمجرد رفع الدعوى إلا إذا طلب رافع الدعوى وقف التنفيذ ورأى قاضي التنفيذ جدية الادعاء، وأن السير في إجراءات التنفيذ سيترتب عليها ضرر يتعذر تداركه، عندها لقاضي التنفيذ أن يحكم بوقف التنفيذ وله الحق في إلزام المدعي بتقديم كفالة أو لا، ويعتبر الحكم بوقف التنفيذ حكماً مؤقتاً يجوز إلغاؤه أو تعديله بحسب ظروف الأحوال^(٢) .

سادساً: الحكم الصادر في دعوى الاسترداد:

يعتبر الحكم الصادر في دعوى استرداد المنقولات حكماً موضوعياً في منازعة تنفيذية موضوعية، لذا يجب على القاضي أن يحكم بقبول دعوى الاسترداد ببطلان الحجز لوروده على أموال غير مملوكة للمدين المحجوز عليه، أما إذا حكم بعدم قبولها فإنه يقضي برفض طلب الملكية دون حاجة إلى أن يبحث في مدى صحة الحجز ويعتبر الحكم برفضها سبباً كافياً لاستمرار التنفيذ بالقوة، كما يجب أن يكون الحكم مسبباً

(١) د. نجيب أحمد عبدالله، مرجع سابق، ص ٥٣٦.

(٢) د. نجيب أحمد عبدالله، المرجع السابق، ص ٥٣٤.

تسبباً قانونياً، وأن يشتمل على جميع البيانات المطلوبة التي يجب توافرها في الأحكام القضائية^(١).

والأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ الموضوعية ومنها دعوى الاسترداد تخضع لقواعد الطعن التي أجاز المشرع الطعن فيها أمام محكمة الاستئناف خلال خمسة عشر يوماً تحسب من تاريخ صدور الحكم، وعلى محكمة الاستئناف أن تفصل في الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ تقديم عريضة الطعن، كما يجوز الطعن في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف في المنازعات الموضوعية أمام المحكمة العليا وفقاً للقواعد العامة إذا توفرت شروط الطعن بالنقض باعتباره طريقاً غير عادي للطعن (أي أن مدة الطعن ستون يوماً من تاريخ استلام الحكم أو إعلان المحكوم عليه به) عملاً بنص المادة (٥٠١) مرافعات.

(١) القاضي إبراهيم الشيبية، مرجع سابق، ص ١٨٣.

المبحث الثاني القواعد المنظمة لمنازعات التنفيذ الوقائية

المطلب الأول

القواعد المنظمة لمنازعات التنفيذ الوقائية

سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول

المحكمة المختصة بنظر المنازعات الوقائية في التنفيذ

المنازعات التنفيذية الوقائية هي: «التي يكون الطلب فيها وقتياً وتتضمن طلب وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه دون المساس بأصل الحق أو الفصل في الموضوع»^(١).

فالمنازعة الوقائية تتمثل في الاعتراض على التنفيذ الجبري وتتجلى غاية هذا الاعتراض في وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه إلى أن يفصل في المنازعة الموضوعية.

فلكل منازعة في التنفيذ وجهان، وجه موضوعي: يتمثل في الطلب الذي يرمي إلى الحكم في أصل حقوق الخصوم وهو ما يسمى بمنازعة أو استشكال التنفيذ الموضوعي، ووجه وقفي: وهو ما يسمى بالمنازعة الوقائية أو الإشكال الوقفي في التنفيذ^(٢).

وقد خصَّ المشرع اليمني محكمة التنفيذ بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالتنفيذ أياً كانت قيمتها سواءً كانت موضوعية أو وقتية، وسواءً كانت مقدمة من الأطراف أو من الغير المادة (٣١٨) مرافعات، أي أن قاضي التنفيذ (رئيس المحكمة الابتدائية المختصة بالتنفيذ) هو المختص بالفصل في المنازعات الوقائية التي تقدم من أطراف التنفيذ أو من الغير، عندما يقوم بتنفيذ السندات التنفيذية التي يختص بتنفيذها، سواءً كانت مدنية أو تجارية أو إدارية أو عمالية، وكذا الأحكام الجنائية الصادرة من المحاكم الجنائية إذا ما كان الحكم المستشكل فيه مالاً وأنصبَّ الاستشكال على الأموال المطلوب التنفيذ عليها إذا ما رفعت ذلك الاستشكال من الغير^(٣).

(١) د. نجيب أحمد عبدالله، مرجع سابق، ص ٥٤٥.

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، د. أحمد هندي، د. أحمد خليل، مرجع سابق، ص ٤٨٣.

(٣) د. عبدالعزيز منصور البيلي، النظرية العامة لإشكال التنفيذ في الأحكام الجنائية في القانون اليمني والقانون السوداني، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، ط ٢، مطابع وزارة التربية والتعليم لطباعة الكتاب المدرسي. دار النشر يدون، ١٤٢٢-٢٠٠١م، ص ٢٤٦.

وينعقد الاختصاص بالفصل في المنازعات التنفيذية للوقائية للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها إما محل إقامة من عليه الحق، أو التي يوجد به الأموال التي يجري التنفيذ عليها كلها أو بعضها أو للمحكمة الابتدائية التي يقع فيها العقار محل التنفيذ، وإذا لم يكن للمحكوم عليه محل إقامة أو أموال ظاهرة، فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التي نظرت النزاع ابتداءً، أما إذا كان المنفذ عليه هو الغير (المحجوز لديه) فإن الاختصاص ينعقد لمحكمة التنفيذ التي يقع فيها موطنه، وإذا تناول التنفيذ عقارات تقع في دوائر محاكم متعددة، كان الاختصاص لإحداها ويجب عليها أن تنيب المحاكم الأخرى التي يقع في نطاق اختصاصها بقية تلك الأموال، ويجب على المحكمة المناوبة الفصل في جميع المنازعات الوقائية سواء قدمت من الغير أو من الخصوم^(١)، المادة (٣٢٥) مرافعات يمني: «تختص المحكمة المناوبة بالفصل في دعاوى الاسترداد ودعاوى الاستحقاق والدعاوى العينية المرفوعة من الغير والمتعلقة بالمال محل التنفيذ الكائن في دائرة اختصاصها كما تختص بالنظر في إشكالات التنفيذ الوقائية المتعلقة بما أُنبيت فيه».

ثانياً: شروط قبول المنازعات الوقائية:

تعتبر المنازعات الوقائية دعاوى مستعجلة، ولكي يتم قبول المنازعات الوقائية فلا بد من توفر الشروط العامة لقبول الدعوى.

كما يجب أن تتوفر في المنازعة التنفيذية الوقائية توفر الشروط الخاصة والتي قد تختلف عن الشروط الخاصة بالمنازعة الموضوعية وهذا ما جعلنا نفرّد كل منازعة على حدة.

أولاً: الشروط العامة لقبول منازعات التنفيذ:

إن الشروط العامة لقبول الاستشكال أو المنازعة الوقائية هي نفس شروط قبول المنازعات الموضوعية:

١. يلزم توافر المصلحة لقبول (منازعات التنفيذ الوقائية) فإذا لم يكن لرافع الاستشكال المؤقت مصلحة فإنها لا تكون مقبولة وعلى قاضي التنفيذ الحكم بعدم قبولها ولو من تلقاء نفسه كون ذلك يتعلق بالنظام العام وذلك كأن يقوم الغير برفع استشكال مؤقت بطلب وقف التنفيذ قبل البدء في التنفيذ على أمواله التي يدعي ملكيتها.

٢. كما يجب لقبول المنازعة الوقائية توافر الصفة في رافعها، أي أن يكون رافعها هو

(١) د/ سعيد الشرعي، الوجيز في أصول قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص ٨٠.

صاحب الحق في مطالبته القانونية المطلوبة أو الممثل القانوني له .

٣. كما يلزم لقبول المنازعة الوقائية ألا يوجد مانع قانوني يمنع من رفع المنازعة الوقائية مثل وجود حكم سابق قائم مع أنه يجوز رفع استشكال مؤقت بطلب وقف التنفيذ إذا وجدت مبررات وأسباب أخرى، كون الحكم الصادر في المنازعة الوقائية يعتبر مؤقتاً له حجية مؤقتة لا تحول دون تعديل الحكم الصادر فيها^(١).

ثانياً: الشروط الخاصة لقبول المنازعات التنفيذية الوقائية:

١- وجوب رفع المنازعة الوقائية قبل تمام التنفيذ:

بما أن منازعات التنفيذ الوقائية تهدف أساساً لوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه، فإنه لا معنى لطلب وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه، بعد تمام التنفيذ لانتفاء المصلحة من رفعها عندما ندرك أنها لن تحقق أي فائدة عملية لرفعها، وإذا ما قدمت منازعة وقائية يطلب فيها رافعها وقف إجراءات التنفيذ، بعد تمام التنفيذ، فإنه يتوجب على قاضي التنفيذ الحكم بعدم قبولها لاستحالة تنفيذه ولانعدام المصلحة ولا يحق لقاضي التنفيذ الحكم بعدم اختصاصه^(٢).

أما إذا كان التنفيذ قد تم جزئياً، فإن طلب الوقف يقبل بالنسبة لما لم يتم من إجراءات، فإذا تم الحجز ولم يتم البيع فإن طلب وقف التنفيذ يتوجه إلى وقف إجراءات البيع وإذا ما قدمت المنازعة الوقائية قبل البدء في التنفيذ فإن المنازعة التنفيذية الوقائية تتعلق بالسند التنفيذي لا بإجراءات التنفيذ^(٣).

٢- أن لا يكون قد فصل في المنازعات الموضوعية:

إذا ما كانت المنازعة الوقائية تهدف أساساً للحكم بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه، فإن كان قاضي التنفيذ قد فصل في منازعات التنفيذ الموضوعية بحكم حاسم، فإنه قد جعل من الحكم في المنازعة الوقائية لا معنى له^(٤). كأن يتقدم المنفذ ضده بمنازعة موضوعية وقائية كطلب وقف التنفيذ لعدم صفة طالب التنفيذ فحكمت محكمة التنفيذ بصفة طالب التنفيذ حينها لا يجوز للمنفذ ضده أن يتمسك بالفصل في المنازعة الوقائية^(٥).

(١) د. نجيب أحمد عبدالله مرجع سابق، ص ٥٤٦.

(٢) د. أحمد أبو الوفاء، إجراء التنفيذ، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

(٣) د. نبيل إسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، مرجع سابق، ص ٤٥٨.

(٤) د. نجيب أحمد عبدالله، المرجع السابق، ص ٥٤٨.

(٥) القاضي. إبراهيم الشيبية، مرجع سابق، ص ٤٧.

٣. اختصاص الملتزم بالسند التنفيذي:

أوجب المشرع اليمني في المادة (٥٠٠) مرافعات أن على رافع المنازعة التنفيذية المؤقتة اختصاص جميع الملتزمين بالسند التنفيذي ومن وجهت إليهم إجراءات التنفيذ^(١).

٤. رجحان وجود الحق وعدم المساس بالموضوع:

تتوفر الحماية التنفيذية المؤقتة إذا رأى قاضي التنفيذ من ظاهر المستندات أحقية الطالب فيما يطلبه فللقاضي التنفيذي حينها التقرير بوقف التنفيذ، مستنداً إلى رجحان الحق الذي هو الأساس القانوني للحماية الوقائية^(٢).

ولأن قاضي التنفيذ يفصل في المنازعات الوقائية بصفة مستعجلة، فإن على قاضي التنفيذ التقيد بإجراءات القضاء المستعجل فلا يتعرض لأصل الحق أو يتعمق في بحث الموضوع أو أن يتعرض لأصل الحق المتنازع فيه أو الفصل فيه، وإنما لقاضي التنفيذ أن يقدر وجه جدية نزاع المستشكل تقديراً وقتياً ليحكم بوقف التنفيذ^(٣).

٤. توفر شرط الاستعجالية:

لم يشترط المشرع اليمني بنص صريح توافر شرط الاستعجالية لقبول المنازعة الوقائية، إلا أن المشرع أوجب على قاضي التنفيذ نظر المنازعات الوقائية بإجراءات القضاء المستعجل الأمر الذي يؤكد ضرورة توفر الاستعجال المتمثل بالخطر المحدق على الحق المطلوب رفعه بإجراء وقتي، ويتوفر كذلك كلما وجدت حالة يترتب على فوات الوقت حصول ضرر منها يتعذر تداركه أو إصلاحه، الأمر الذي يبرر الحماية الوقائية كون الحماية العادية غير كافية بسبب بطئها لذا أصبح شرط الاستعجالية مفترضاً بقوة القانون^(٤).

الفرع الثاني**النظام الإجرائي للمنازعات الوقائية****أولاً: إجراءات رفع المنازعات الوقائية:**

يتم إيداع صحيفة عريضة الاستشكالات الوقائية إلى قلم التنفيذ بمحكمة التنفيذ ويتم قيدها وفقاً للإجراءات القانونية المتبعة في الدعاوى العادية، إلا أن هذه

(١) القاضي إبراهيم علي الشيبية، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٢) د. وجدي راغب، مرجع سابق، ص ٣٦٩.

(٣) دنيل إسماعيل عمر، د. أحمد هندي، د. أحمد خليل، مرجع سابق، ص ٤٩١.

(٤) د. سعيد الشرعبي، مرجع سابق، ص ٩٢.

الاستشكالات تنظر بإجراءات القضاء المستعجل المادة (٤٩٩) مرافعات، لذا يجب إعلان عريضة الاستشكال الوقائية إلى المستشكل ضده خلال أربع وعشرين ساعة ويكون ميعاد الحضور خلال أربع وعشرين ساعة، ولقاضي التنفيذ الحق في إنقاصها إلى ساعة شريطة أن يعلن المستشكل ضده بشخصه.

وإذا كان رافع الاستشكال الوقتي من الغير فعليه أن يختصم الطرف الملتزم في السند التنفيذي ما لم فإن لقاضي التنفيذ تكليفه بإعلانه خلال مدة معينة، فإن لم يقم بذلك فإن له أن يحكم بعدم قبول الاستشكال الوقتي^(١).

ثانياً: أثر رفع منازعات التنفيذ الوقائية:

لا يترتب على رفع الاستشكال الوقتي وقف التنفيذ بقوة القانون خلافاً لبعض التشريعات التي أجازت وقف التنفيذ بمجرد رفع الاستشكال الوقتي المرفوع لأول مرة.

ومع أن القاعدة العامة في التشريع اليمني تقضي بعدم وقف التنفيذ لرفع الاستشكال المؤقت، وعلى الرغم من ذلك أجاز المشرع لقاضي التنفيذ أن يقرر وقف التنفيذ إذا اقتضت الضرورة ذلك بشرط الكفالة المادة (٤٢٢) مرافعات: «للمحجوز عليه أن يعترض على التنبية والتكليف بالوفاء خلال مدة الإمهال باستحضار طالب التنفيذ أمام قاضي التنفيذ ولقاضي التنفيذ إن اقتضت الضرورة أن يوقف إجراءات التنفيذ بشرط الكفالة»^(٢).

ثالثاً: كيفية الفصل في المنازعات الوقائية:

بعد رفع الاستشكال الوقتي إلى قلم التنفيذ فإن قاضي التنفيذ يكون المختص بالفصل فيها بإجراءات القضاء المستعجل بصفته قاضياً للأمر المستعجل، لذا فإن الحكم الصادر في تلك المنازعة يكون وقتياً ولا يتمتع إلا بحجة وقتية، فالأحكام الوقائية لا تقيد قاضي الموضوع عند نظره المنازعة الموضوعية لأن الحكم المستعجل في الإشكال الوقتي لا حجية له أمام قاضي الموضوع، وإذا ما رأى قاضي التنفيذ أن المنازعة موضوعية وليست وقتية فيقوم بتحويل الطلب ويفصل فيها بالإجراءات العادية ولا يحكم بعدم اختصاصه^(٣).

ويجب على قاضي التنفيذ رفض الاستشكال الوقتي إذا رأى أن لا محل للإجراء

(١) د. نجيب أحمد عبدالله، مرجع سابق، ص ٥٥٥.

(٢) القاضي إبراهيم الشبيبة، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٣) د. سعيد الشرعي، مرجع سابق، ص ٨٨.

الوقتي، أما إذا رأى قاضي التنفيذ تغلب مصلحة المستشكل على مصلحة المستشكل ضده فإنه يستجيب لطلب المستشكل ويحكم بوقف التنفيذ^(١).

وكون الحكم الوقتي لا يحوز حجية الأمر المقضي به فلا يعني ذلك تقييد قاضي التنفيذ عن نظر المنازعة الموضوعية فله أن يحكم ببطالان التنفيذ أو أن يقضي بصحة التنفيذ والاستمرار فيه.

ومع أن الأحكام الوقائية ذات حجية مؤقتة إلا أنها تتمتع بحجية بين الخصوم أنفسهم، ولا يمنع ذلك من قيام قاضي التنفيذ بتعديل الحكم الصادر في الإشكال الوقتي إذا تغير المركز القانوني للخصوم أو الظروف الخاصة التي صدر الحكم الوقتي بناء عليها^(٢).

وإذا لم يحضر المستشكل أو المستشكل ضده فإن لقاضي التنفيذ أن يفصل في الاستشكال الوقتي إن كان صالحاً للفصل فيه وإذا لم يكن صالحاً قام بشطبه^(٣).

رابعاً: الطعن في الأحكام الصادرة في المنازعات الوقائية:

تكون الأحكام الصادرة في المنازعات الوقائية قابلة للطعن أمام محكمة الاستئناف أياً كانت قيمتها، كما أن ميعاد الاستئناف خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ صدوره المنازعة كما في المادة (٥٠١) مرافعات: «للخصوم الطعن في الأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية أمام الاستئناف خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم في المنازعة وعلى محكمة الاستئناف الفصل في الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ رفعه إليها ويعتبر حكمها في المنازعات الوقائية غير قابل للطعن بالنقض ويجوز للخصوم الطعن في الأحكام الموضوعية الصادرة من محاكم الاستئناف أمام المحكمة العليا وفقاً لقواعد القانون».

ولا يترتب على رفع منازعات التنفيذ ولا على الطعن في الحكم الصادر برفضها وقف التنفيذ، إلا إذا قررت محكمة الاستئناف ذلك إذا ما خشي من التنفيذ وقوع ضرر جسيم إذا ما طلب الطاعن بوقف التنفيذ في عريضة الطعن، وللمحكمة أن تأمر بتقديم كفالة أو بما يضمن حق طالب التنفيذ، المادة (٥٠٢) مرافعات.

(١) د. فتحي الآلي، مرجع سابق، ص ٧٠٠.

(٢) وجدي راغب، مرجع سابق، ص ٣٨٤.

(٣) القاضي إبراهيم الشيبية، مرجع سابق، ص ٨٧.

المطلب الثاني

تطبيق عملي على الدعاوى التنفيذية المستعجلة لمنازعات التنفيذ الوقتية

سنتناول في هذا المطلب دعوى قصر الحجز كتطبيق عملي على منازعات التنفيذ الوقتية وإن قدمت على شكل دعوى، مبينين تعريفها وكيفية رفعها والفصل فيها وأثر الحكم الصادر فيها وطبيعة حجته وفقاً للآتي:

دعوى قصر الحجز:

أولاً: تعرف دعوى قصر الحجز بأنها: عبارة عن منازعة وقتية في التنفيذ ترفع من المحجوز عليه إلى قاضي التنفيذ بوصفه قاضياً للأمر المستعجلة يطلب فيها قصر الحجز على بعض الأموال المحجوزة لعدم التناسب بين قيمة الحق المحجوز من أجله وقيمة الأموال المحجوز عليها^(١).

ولا يشترط التناسب بين قيمة المال المحجوز من أجله وبين الأموال المحجوزة شريطة أن تكون تلك الأموال مملوكة للمدين ومما يجوز الحجز عليه والتصرف فيه، ومع أن المشرع أعطى الدائن الحق في حجز ما يريد إلا أنه وازن بين مصلحة طلب التنفيذ والمنفذ ضده، ففي حين أعطى طالب التنفيذ حق إيقاع الحجز على جميع أموال المنفذ ضده أياً كانت عقارات أو منقولات أعطى المنفذ ضده الحق في تقديم دعوى مستعجلة بقصر الحجز على بعض الأموال التي ستكون كافية لتسديد ما ألزم به في السند التنفيذي، إذا لم يكن يملك المحجوز عليه نقوداً لإيداعها خزينة المحكمة وذلك بهدف الإضرار بالمدين لقيام بعض معاوني التنفيذ بالإسراف في بيع ممتلكات المنفذ ضده بأكثر مما حكم به وبنفقات التنفيذ^(٢).

ثانياً: إجراءات رفع الدعوى:

ترفع عريضة دعوى قصر الحجز من قبل المحجوز عليه وحده دون غيره، ويرى بعض فقهاء القانون أن للحائز والكفيل العيني رفع دعوى قصر الحجز إلى قلم التنفيذ ل يتم إعلان الحاجزين (الدائنين) بها خلال أربع وعشرين ساعة من تقديمها، ويعتبر قاضي التنفيذ هو المختص نوعياً بالفصل فيها بصفته قاضياً للأمر المستعجلة في المنازعات التنفيذية.

(١) د. عاشور مبروك، مرجع سابق، ص ٤٤٨.

(٢) د. عادل النجار، مرجع سابق، ص ٣١٥.

وتقدم هذه الدعوى سواءً كان الحجز تنفيذياً أو تحفظياً وسواءً كان المال المحجوز عقاراً أو منقولاً بيد الدائن أو الغير بشرط أن تقدم هذه الدعوى قبل إيقاع البيع^(١).

ثالثاً: طبيعة الحكم الصادر في دعوى قصر الحجز:

يعتبر الحكم الصادر في دعوى قصر الحجز حكماً مستعجلاً كون قاضي التنفيذ يتقيد بما يتقيد به القضاء المستعجل، وله سلطة تقديرية في قبول طلب قصر الحجز أو رفضه، لكن على قاضي التنفيذ أن يحرص على ما يضمن حق الحاجزين (الدائنين) إذا أراد أن يستجيب لطلب المحجوز عليه، مثل مراعاة الظروف الاقتصادية وتقلب أسعار الأموال المحجوزة، منعاً لتضرر الحاجزين (الدائنين)، وإذا رأى بأن الأموال المحجوزة تتساوى مع مبلغ المديونية ونفقات التنفيذ أو كانت نسبة الزيادة لا تستاهل الحكم بقصر الحجز فإنه يحكم برفض الطلب^(٢).

وما يتميز به الحكم الصادر في قصر الحجز هو عدم قابليته للطعن بأي طريقة من طرق الطعن المادة (٣٥٢) مرافعات: «إذا كانت قيمة الأموال والحقوق المحجوزة لا تتناسب مع قيمة الحق المحجوز من أجله جاز للمنفذ ضده أن يطلب من قاضي التنفيذ قصر الحجز على بعضها وذلك في صورة دعوى مستعجلة يختصم فيها الدائنون الحاجزون، ويكون الحكم الصادر فيها غير قابل للطعن بأي طريق ويكون للحاجزين قبل قصر الحجز أولوية في استيفاء حقوقهم من الأموال التي يقصر عليها الحجز».

رابعاً: آثار الحكم الصادر بقصر الحجز:

١. زوال الحجز عن الأموال التي لم يقتصر عليها: فبمجرد صدور الحكم يرتفع الحجز على الأموال التي استبعدها قاضي التنفيذ من الحجز عليها بأثر رجعي كما يكون للمحجوز عليه حق استعمالها واستغلالها.
٢. استمرار الحجز على الأموال التي صدر الحكم بقصر الحجز عليها.
٣. تكون الأولوية الإجرائية للحاجز قبل صدور الحكم بقصر الحجز: كون قصر الحجز لا يمنع الدائنين حق التدخل في حجز الأموال المحجوزة، لهذا أعطى المشرع للحاجزين قبل قصر الحجز أولوية إجرائية في استيفاء حقوقهم وكون الحكم الصادر فيها حكماً وقتياً يحوز على حجية مؤقتة، أي أن لقاضي التنفيذ الحق في

(١) د. سعيد الشرعي، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٢) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص ٤٤٦.

العدول عن ذلك الحكم بتعديله أو إلغائه كأن يتبين للقاضي أن الأموال التي قصر
الحجز عليها غير كافية أو أن قيام دائنين آخرين في مرحلة الحجز^(١).

(١) د. عادل النجار، مرجع سابق، ص ٣٣٩.

خاتمة

وفي نهاية بحثنا (منازعات التنفيذ الموضوعية والوقائية في التشريع اليمني) وبعد أن أتمناها بعون الله تعالى وتوفيقه، تأكد لنا مدى أهمية هذه الدراسة في الواقع العملي، كون تلك المنازعات تعتبر معوقات قانونية تعمل على تأخير استيفاء الدائن لحقه بعد أن تحصن حقه بسند تنفيذي قابل للتنفيذ الجبري، إلا أننا وبحكم ممارستنا لمهنة المحاماة فإننا نرى أن هناك بعض الاختلالات التي يتم ملاحظتها ونعتبرها سبباً في تأخير استيفاء الدائن لحقه.

ومنها عدم وجود قضاة متخصصين بنظر تلك المنازعات، كون من يقوم بالفصل في منازعات التنفيذ في الواقع العملي هم رؤساء المحاكم الابتدائية، علماً أن أغلب هؤلاء القضاة لم يسبق لهم أن قاموا بممارسة القضاء التنفيذي من قبل، مما يجعل أداءهم ضعيفاً، بل وفريسة لمعاوني قاضي التنفيذ الذين لا يتمتعون بالكفاءة المطلوبة كون اختيارهم لم يبين على أسس علمية سليمة فأغلبهم لا يحملون شهادات علمية في الحقوق أو الشريعة والقانون وإنما تم اختيارهم عن طريق المحاباة والمحسوبية.

الأمر الذي يصعب معه السير في إجراءات التنفيذ بالطرق القانونية السليمة والسريعة التي تسهل وصول المحكوم له لحقه.

وما إن يتمكن قاضي التنفيذ من الفصل في منازعات التنفيذ بكفاءة، حتى يتم تغييره واستبداله بقاض آخر من قضاة محكمة أول درجة، وبهذا تستمر الحكاية، ومن أهم النتائج والتوصيات التي استخلصها الباحث من هذه الدراسة هي:

أولاً: النتائج؛

١. ترفع منازعات التنفيذ من أطراف التنفيذ أو الغير.
٢. منازعات التنفيذ تنقسم إلى منازعات موضوعية ووقائية.
٣. يختص قاضي التنفيذ نوعياً بالنظر والفصل في منازعات التنفيذ الموضوعية والمؤقتة، وفقاً لقواعد الاختصاص المكاني لمحكمة التنفيذ.
٤. تعتبر منازعات التنفيذ معوقات قانونية تختلف عن الاعتراضات المادية، كون تلك الاعتراضات لا تتعلق بإجراءات التنفيذ ويتم مواجهتها من قبل قاضي التنفيذ باستخدام القوة عبر السلطة العامة دون أن يصدر حكماً قضائياً فيها.

٥. تنظر المنازعات التنفيذية الوقائية بإجراءات القضاء المستعجل ويتمتع الحكم الصادر فيها بحجية مؤقتة خلافاً للحكم الصادر في المنازعات الموضوعية التي تتمتع بحجية الأمر المقضي به.
٦. يشترط لقبول المنازعات التنفيذية أن تتوفر في رافعها القواعد العامة في رفع الدعوى (المصلحة والصفة، واحترام حجية الأحكام القضائية) بالإضافة إلى توفر شروط الاستعجالية ورجحان توفر الحق في المنازعات الوقائية.
٧. توجه منازعات التنفيذ ضد أطراف التنفيذ المشمولين في السند التنفيذي وكل من وجهت ضده إجراءات التنفيذ (الكفيل العيني، الكفيل الشخصي، الحائز، الغير).
٨. ترفع إجراءات منازعات التنفيذ الموضوعية بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى العادية، وكذا المنازعة الوقائية إلا أنها تنظر بإجراءات القضاء المستعجل.
٩. لا يترتب على رفع المنازعة التنفيذية أو الطعن في الحكم الصادر فيها وقف التنفيذ إلا إذا رأى قاضي التنفيذ ذلك أو أن يصدر حكماً بوقف التنفيذ من محكمة الطعن الأعلى درجة.
١٠. لا يجوز تقديم منازعات التنفيذ الوقائية بعد إقفال باب المرافعة، فيما يجوز تقديم بعض منازعات التنفيذ الموضوعية بعد انتهاء التنفيذ (كدعوى الاستحقاق الفرعية) المقدمة من الغير في عقار.
١١. يجوز الطعن في الأحكام الصادرة في المنازعات الموضوعية أمام محكمة الاستئناف والعليا، بينما يجوز الطعن في بعض الأحكام الصادرة في المنازعات الوقائية أمام محكمة الاستئناف فقط.

ثانياً؛ التوصيات:

١. العمل على إيجاد قضاة متخصصين بالتنفيذ في دائرة كل محكمة لسرعة الفصل في منازعات التنفيذ وفق إجراءات قانونية سليمة، لا سيما في المحاكم ذات الكثافة السكانية والأكثر ازدحاماً بقضايا التنفيذ.
٢. يجب أن يكون جميع معاوني قضاة التنفيذ من الحاصلين على شهادة الشريعة والقانون أو الحقوق، مع إخضاعهم لعدد من الدورات التدريبية والتأهيلية والتطبيقات العملية التي تجعل منهم موظفين أكفاء، تلافياً للأخطاء القانونية

التي ترتكب من قبلهم، وتؤدي إلى تأخير استيفاء الدائنين لحقوقهم وتكبيد المحكوم له خسائر كبيرة.

٣. العمل على إيجاد نصوص قانونية تحد من منازعات التنفيذ حرصاً على استيفاء الدائن لحقه في أسرع وقت لاسيما للأحكام والأوامر التي تتمتع بقوة الأمر المقضي (النهائية والباتة) بما لا يخل بحقوق المنفذ ضده القانونية.

٤. نوصي المشرع اليمني بوضع غرامات مالية على كل منازعة تنفيذية يتبين سلفاً لقاضي التنفيذ كيديتها أو أن الهدف من رفعها هو عرقلة المحكوم له من استيفاء حقه بسهولة ويسر، وذلك للحد من هذه الظاهرة التي يستخدمها الغالب للإضرار بالمحكوم له.

٥. نوصي المشرع اليمني بالنص صراحة على جواز إعادة التنفيذ بذات السند التنفيذي الذي سبق تنفيذه في حالة تجدد الاعتداء من المحكوم عليه أو خلفه الخاص أو العام، حماية لحجية الأحكام ومنعاً من تجدد النزاع وتناقض الأحكام.

المصادر والمراجع

١. القاضي. إبراهيم علي عبدالله علي الشيبية، الإشكال الوقي والمنازعة الموضوعية في التنفيذ الجبري في التشريع اليمني والمصري، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في العلوم القانونية والقضائية، بالمعهد العالي للقضاء - صنعاء الطبعة الأولى، ٢٠١٠.
٢. د. أحمد أبو الوفاء، إجراءات. المليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ، الجزء الثالث، طبعة مطابع النسر الذهبي، المكتب الفني، للإصدارات القانونية، مكان النشر وتاريخه بدون.
٣. د. أحمد خليل، أصول التنفيذ الجبري، ط بدون، الدار الجامعية، مكان النشر وتاريخ النشر، بدون.
٤. د. أحمد مليجي، الموسوعة الشاملة في التنفيذ، الجزء الثالث، طبعة مطابع النسر الذهبي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، بدون مكان النشر.
٥. د. أحمد هندي. د. أحمد خليل، التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م.
٦. د. أمينة النمر، أحكام التنفيذ، القاهرة، منشأة المعارف ١٩٧١م.
٧. د. سعيد الشرعي، الموجز في أصول قانون القضاء المدني، منشورات مركز الصادق، الطبعة الثالثة.
٨. د. سيد أحمد محمود، أصول التنفيذ الجبري، الطبعة الأولى، أبو المجد للطباعة ٢٠٠٥م.
٩. د. عادل النجار، التنفيذ الجبري، الطبعة الخامسة، مركز الصادق، صنعاء.
١٠. د. عاشور مبروك، الوسيط في التنفيذ وفقاً لمجموعة المرافعات الحالية دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، الكتاب الثاني، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
١١. د. عبد العزيز منصور البيلي، النظرية العامة لإشكال التنفيذ في الأحكام الجنائية في القانون اليمني والقانون السوداني، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، ط٢، مطابع وزارة التربية والتعليم لطباعة الكتاب المدرسي. دار النشر بدون، ١٤٢٢ - ٢٠٠١م.
١٢. د. عبدالكريم محمد الطير، قانون التنفيذ الجبري، مقرر دراسي لطلبة كلية الشريعة والقانون بجامعة العلوم والتكنولوجيا المستوى الرابع، طبعة ٢٠١٤.

١٣. د. فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية، طبعة مطبوعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٧م.
١٤. د. مفلح عواد القضاة، أصول التنفيذ وفقاً لقانون الإجراء، دراسة مقارنة، ط ٣، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن ١٩٩٧م.
١٥. د. نبيل إسماعيل عمر. د. أحمد هندي. د. أحمد خليل. التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٤م.
١٦. د. نبيل إسماعيل عمر، إشكالات التنفيذ الجبري الوقتية والموضوعية، دراسة علمية طبقة لأحكام الفقه والقضاء، طبعة بدون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
١٧. د. نبيل إسماعيل عمر، التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥م.
١٨. د. نجيب أحمد عبدالله، قانون التنفيذ الجبري في المسائل المدنية والتجارية، ط ٢، مكتبة مركز الصادق، صنعاء ٢٠٠٥م.
١٩. د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، ط بدون نشر، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٤م.



البحر والدرر
الدرر والدرر
الدرر والدرر

التنظيم القانوني لحالة الظروف الاستثنائية في اليمن

الباحث / محمد علي حطرم

مجلة
البحر والدرر
الدرر والدرر
الدرر والدرر

أولاً: مقدمة:

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

فإن الدولة الحديثة هي دولة القانون التي تخضع فيها جميع سلطات الدولة وهيئاتها العامة لحكم القانون وذلك بأن تستند في جميع أعمالها وتصرفاتها لحكم القانون، وهذا هو مقتضى مبدأ المشروعية الذي يعد من أهم الضمانات لحماية الحقوق والحريات العامة في مواجهة الإدارة، الذي يشكل قيده على أعمال الإدارة التي قد تعمد إلى المساس بهذه الحقوق والحريات في سبيل الموازنة بينها وبين مقتضيات حماية النظام العام بمدلولاته الثلاثة «الأمن العام، الصحة العامة، السكينة العامة».

وعلى هذا النحو فالإدارة ملزمة - في ظل الظروف العادية - بخضوع تصرفاتها لأحكام القانون تطبيقاً لمبدأ المشروعية، إلا أن تلك الظروف قد تتغير وتطرأ معها مخاطر جسيمة ومحدقة تهدد سلامة المجتمع والمصالح الحيوية العليا للدولة، كما هو الحال في الحروب والاضطرابات الداخلية والكوارث الطبيعية والفيضانات وما إلى ذلك، فإذا ما واجهت الإدارة هذه الظروف بقواعد المشروعية العادية، فإنها قد لا تكون قادرة على درء المخاطر الناتجة عن تلك الظروف الاستثنائية، وتفوت الغرض من وجودها وممارسة وظائفها الأساسية.

ومن هنا فقد ظهرت الحاجة إلى التحرر نوعاً ما من الخضوع لقواعد المشروعية الصارمة، حتى تتمكن الإدارة من مواجهة تلك الظروف الاستثنائية التي تقتضي ضرورة اتخاذ تدابير استثنائية وعاجلة، وهذا التحرر لا يكون إلا عن طريق الاعتراف للإدارة ببعض الامتيازات التي تهدف إلى موازنة مبدأ المشروعية، ومن هذه الامتيازات «حالة الظروف الاستثنائية» التي قد تجد أساسها في تشريعات تحدد إجراءات ومعالم مواجهة الظرف الاستثنائي، مثل قانون الطوارئ أو قانون التعبئة العامة، أو قد تكون تطبيقاً لنظرية الظروف الاستثنائية التي عكف الفقه والقضاء على توضيح حدودها وبيان ملامحها.

ثانياً: تحديد موضوع البحث ونطاقه:

يتناول هذا البحث «التنظيم القانوني لحالة الظروف الاستثنائية في اليمن» من خلال شطرين، شطر أول: يتناول هذه الحالة من الناحية النظرية بما تحمله من مفاهيم وعناصر وشروط وآراء مختلفة، وشطرتان: يتطرق لموقف المقتن اليمنيين من هذه الحالة الاستثنائية.

والجدير بالذكر أن جانباً كبيراً من الفقه تناول هذا الموضوع تحت مسمى «نظرية الظروف الاستثنائية»، إلا أنني قد عمدت إلى تسمية البحث بـ«حالة الظروف الاستثنائية» حتى لا تنحصر الدراسة على «النظرية القضائية للظروف الاستثنائية» التي صاغها القضاء الفرنسي، بل يشمل ما توصل إليه فقهاء القانون الذين ساهموا بشكل كبير في إثراء مواضيع هذه النظرية ووضع بعض الأحكام التفصيلية التي لم تتناولها النظرية.

ثالثاً: مشكلة البحث:

تكمن المشكلة التي يدرسها البحث في الإجابة على عدة تساؤلات شكلت الفكرة المهيمنة على موضوعه والباعث الرئيسي على اختياره، وهي:

هل وفق الفقه والقضاء في وضع تعريف دقيق لحالة الظروف الاستثنائية يميزها عما يشتهه بها من أعمال الإدارة التي تعمل على موازنة مبدأ المشروعية؟ وما هو الأساس الذي يبرر للإدارة استخدام سلطات استثنائية؟ وما هي الحدود التي يجب التزامها لاستخدام تلك السلطات؟

ولما كان الدستور الحالي للجمهورية اليمنية لسنة ٢٠٠١م قد اعترف بحالة الظروف الاستثنائية عن طريق إقرار نظام الطوارئ مما يعني وجود الأساس الدستوري، فإن المشكلة الرئيسية تتمثل في التنظيم القانوني لحالة الطوارئ من خلال قانون الطوارئ لعام ١٩٦٣م، ولما كان هذا القانون من القوانين الشطرية، فهل يمكن الاعتداد به والعمل بالأحكام الواردة فيه؟ وإذا كانت الإجابة بالنفي فما تأثير ذلك على صحة قرار إعلان حالة الطوارئ؟ وإذا فرضنا أن عدم الاعتداد بقانون الطوارئ لا يؤثر على صحة إعلان الطوارئ، وأن قرار الإعلان يصدر صحيحاً، فما هي الفائدة العملية من ذلك طالما أن السلطة التنفيذية لن تستفيد من الأحكام والإجراءات الواردة في قانون الطوارئ؟ وما يترتب على ذلك؟ وما مدى إمكانية بسط رقابة القضاء على حالة الطوارئ؟

رابعاً: أهمية البحث:

في ضوء مشكلة البحث المذكورة في الفقرة السابقة تبدو أهمية البحث من جانبين، هما:

الجانب النظري: ويتمثل في محاولة جمع مادة علمية في هذا الموضوع تسهل للباحثين الاطلاع على الجهود الفقهية والتشريعية والقضائية التي بذلت في سبيل

استظهار وبيان حالة الظروف الاستثنائية والتنظيم التشريعي لهذه الحالة في اليمن، ولا يخفى ما لهذا البيان والتحديد من أهمية، لاسيما أنه يترتب على تطبيق حالة الظروف الاستثنائية توسيع سلطات الإدارة مما قد ينعكس سلباً على الحقوق والحريات العامة.

والجانب العملي: فمن ناحية تتجلى أهمية البحث في معرفة الحلول القانونية والفقهية والقضائية للمسائل التي تثيرها حالة الظروف الاستثنائية، فيستفيد منها القاضي المختص بنظر المنازعات الإدارية التي ترتبط بهذه الحالة، بأن يحيط بالحدود التي يجب على السلطات الإدارية التزامها، وعلى إثر ذلك يبني حكمه عليها سواءً بالإلغاء أو التعويض، ومن ناحية أخرى محاولة تحديد موقف المقنن اليمني من حالة الظروف الاستثنائية، حتى يستفيد مجلس النواب منها عند مناقشة هذا الموضوع في جلساته.

كما يعد هذا البحث محاولة لاستظهار كل ما يرتبط بهذه الحالة الاستثنائية من أحكام تشريعية وأخرى قضائية للحد من تعسف الإدارة في استعمالها، لاسيما وأن سوابق تطبيق هذا النظام الاستثنائي في الدول العربية يُظهر بوضوح مدى إساءة استخدامه من قبل الهيئات الحاكمة لتحقيق أغراض تتنافى مع الأغراض التي من أجلها نشأت وشرعت الأنظمة الاستثنائية.

خامساً: منهج البحث:

لما كان البحث يدور حول التنظيم القانوني لحالة الطوارئ في القانون اليمني، فقد تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي مع اتباع المنهج المقارن بالقانون المصري 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.

سادساً: خطة البحث:

- المبحث الأول: حالة الظروف الاستثنائية في الفقه والقضاء:
- ويتناول الجانب الفقهي والقضائي لحالة الظروف الاستثنائية من خلال أربعة مطالب:
- المطلب الأول: أصل نشأة النظرية ومفهومها وعلاقتها بحالة الضرورة.
- المطلب الثاني: تمييزها عما يشتهب بها من أعمال الإدارة.

- المطلب الثالث: أساس حالة الظروف الاستثنائية.
- المطلب الرابع: حدود تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية.
- المبحث الثاني: حالة الظروف الاستثنائية في القانون اليمني:
ويتناول الجانب القانوني للحالة الظروف الاستثنائية من خلال عرض موقف القانون اليمني منها، وبالتالي تم تخصيص هذا المبحث لتناول حالة الطوارئ في اليمن باعتبارها التطبيق العملي لموضوع البحث، وذلك من خلال أربعة مطالب:
 - المطلب الأول: مسلك المقتن اليمني في تنظيم حالة الظروف الاستثنائية.
 - المطلب الثاني: مبررات إعلان حالة الطوارئ في القانون اليمني.
 - المطلب الثالث: إجراءات إعلان حالة الطوارئ وانتهائها.
 - المطلب الرابع: آثار حالة الطوارئ والرقابة القضائية عليها.

المبحث الأول حالة الظروف الاستثنائية في الفقه والقضاء

المطلب الأول مفهوم حالة الظروف الاستثنائية

أولاً: أصل نظرية الظروف الاستثنائية:

يجمع فقهاء القانون الإداري على أن نظرية الظروف الاستثنائية من خلق مجلس الدولة الفرنسي، التي أنشأها لسد العجز في القوانين حتى تتمكن الإدارة من مواجهة الظروف المحدقة بأمن وسلامة الدولة، فقد لاحظ أن تطبيق النصوص القانونية التي وضعها المقنن مرهون باتباع شروط وإجراءات معينة قد تستغرق فترة زمنية في بعض الحالات، مما قد يؤدي إلى الحيلولة دون منح الإدارة القدر الكافي من الحرية لاتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة تلك الظروف الصعبة، كما أن هذه التشريعات مهما كانت دقيقة، فإنها لا تستطيع الإلمام بكل الظروف الصعبة التي تمر بها الدولة، لذلك اعتبر القاضي الإداري أن الإجراءات الاستثنائية التي قامت بها الإدارة تعد مشروعة ولو كانت مخالفة للقواعد القانونية المقررة، ومن هنا نشأت نظرية الظروف الاستثنائية^(١).

وقد وضع مجلس الدولة أسس هذه النظرية بمناسبة الحرب العالمية الأولى، ومن هنا جاءت تسميتها باسم «سلطات الحرب» ولكن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف بالنظرية عند حالة الحرب، بل سحب نظرية الظروف الاستثنائية إلى فترة الشدة التي أعقبت الحربين العالميتين باعتبارها من آثار الحرب، كما أنه طبقها أيضاً في الأوقات العصيبة التي يتعرض لها المجتمع في وقت السلم، وإذا هددت الدولة بإضراب عام^(٢)، ولعل أول حكم لمجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن هو حكمه المشهور المعروف باسم (Heyries) الصادر في ١٩١٨م^(٣).

(١) د/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، الطبعة الثالثة ١٩٧٦م، ص ٢١.

(٢) د/ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية «دراسة مقارنة»، دار الفكر العربي، القاهرة- مصر، الطبعة السابعة، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ١٢٢. أيضاً: د/ عبدالغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٣) مارسولون وآخرون، ترجمة د/ أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، الطبعة العاشرة ١٩٩٥م، ص ٢٤٧.

على أن نظرية الظروف الاستثنائية لم تعد على حالها كما وضعها القضاء الفرنسي، بل تطورت تطوراً كبيراً، فقد عكف الفقه والقضاء في كثير من الدول على تطويرها وتنقيحها وبيان ما قد يعتمرها من قصور، كما أن أغلب الدول قد تبنت هذه النظرية في تشريعاتها من خلال تفنينها في دساتيرها وقوانينها^(١).

ثانياً؛ تعريف حالة الظروف الاستثنائية؛

رغم أن أصل نظرية الظروف الاستثنائية يعود إلى القضاء الفرنسي، إلا أنه لم يضع تعريفاً محدداً لها، ويبدو أن ذلك يرجع إلى مرونة الفكرة إذ يمكنها أن تستوعب صوراً عديدة من الأزمات التي تمر بها الدولة، وقد يكون هذا المسلك القضائي متعمداً حتى يظل القضاء وحده هو صاحب الكلمة العليا في تقدير وجود الظروف الاستثنائية حتى لا يشكل قيداً على القضاء في تطوير فكرة الظروف الاستثنائية^(٢).

والواقع أنه من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع مانع لحالة الظروف الاستثنائية؛ نظراً للمرونة التي تتسم بها هذه الفكرة وتعدد صور الظروف الاستثنائية، إلا أن هناك عدة محاولات لتعريفها.

حيث يعرفها البعض^(٣) بأنها: ظروف خطيرة غير عادية وغير متوقعة وتهدد سلامة الدولة كلها أو أحد أقاليمها، مثل حالة حدوث حرب أو التهديد الجدي بوقوعها، أو حدوث فتنة مسلحة، أو كوارث طبيعية أو انتشار وباء فتاك.

ويعرفها البعض الآخر^(٤) بأنها: الحالة التي تؤدي إلى التغاضي عن القواعد القانونية الموضوعية للظروف العادية وتتخطاها منشئة قواعد جديدة تتلاءم مع الأوضاع الجديدة التي أوجدتها الظروف الاستثنائية، أو دعت إليها الضرورة أو استلزماتها حالة الاستعجال، وبالتالي فإن بعض القرارات الإدارية غير المشروعة في الظروف العادية يعتبرها القضاء مشروعة إذا ما ثبت أنها ضرورية لحماية النظام العام بسبب حدوث ظروف استثنائية، وهكذا تتحلل الإدارة مؤقتاً من قيود المشروعية العادية لتتمتع باختصاص واسع لم يرد به نص تشريعي.

(١) د/ محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣م، ص ١٨٩-١٩٠. د/ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ١٤٠.

(٢) د/ مراد بدران، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٣) د/ محمد رفعت عبدالوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة بدون، ٢٠٠٥م، ص ٤٥٧. د/ يحيى الجمل، مرجع سابق، ص ١٠٠-١٠١.

(٤) د/ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٦م، ص ٥٩٢. د/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة «الرقابة القضائية»، دار النهضة، بيروت، ١٩٧٠م، ص ٧٨.

ويعرفها البعض الآخر^(١) بأنها: تلك الظروف المفاجئة التي تشكل خطراً يهدد سلامة الدولة أو أراضيها أو النظام والأمن العام فيها، والتي تتطلب من الإدارة التدخل لمواجهتها بإجراءات استثنائية مناسبة ومؤقتة، لعجز القوانين العادية عن مجابقتها، شريطة خضوع إجراءات وتصرفات الإدارة في ذلك لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً.

ومن خلال تلك التعريفات يمكن القول بأن مفهوم حالة الظروف الاستثنائية يشتمل على ثلاثة عناصر، الأول: وجود ظروف استثنائية محددة بالدولة تعجز القوانين العادية عن مواجهتها، والثاني: أن الإدارة تمنح سلطات استثنائية وواسعة تمكنها من مواجهة تلك الظروف، والثالث: وجود أساس قانوني لهذه السلطات الاستثنائية الممنوحة للإدارة إما في شكل نصوص دستورية وقانونية أو تطبيقاً للنظرية القضائية.

ثالثاً: علاقة نظرية الظروف الاستثنائية بنظرية الضرورة:

احتدم الجدل بين الفقهاء حول علاقة حالة الضرورة بحالة الظروف الاستثنائية، ويرجع ذلك إلى تعدد وتنوع التسميات التي استخدمها مجلس الدولة الفرنسي منذ نشأة فكرة الظروف الاستثنائية، فأحياناً يسميها «نظرية سلطات الحرب»، وأحياناً «الضرورات الناشئة عن حالة الحرب»، وأحياناً يسميها: «نظرية سلطات فترة الأزمة»، وأحياناً يسميها: «نظرية الضرورة»^(٢). وقد تمخض عن هذا الجدل نشوء اتجاهين مختلفين:

(١) الاتجاه الأول: اختلاف نظرية الظروف الاستثنائية عن نظرية الضرورة: ويؤسس هذا الاتجاه على أن نظرية الظروف الاستثنائية تعد أوسع وأشمل من نظرية الضرورة، فنطاق نظرية الضرورة يقتصر على توسيع سلطات الإدارة في مجال البوليس الإداري، أما نطاق الظروف الاستثنائية فإنه مرتبط بفكرة أعم من فكرة الضرورة والبوليس الإداري، ألا وهي فكرة المشروعية في حد ذاتها، فالإدارة في ظل الظروف الاستثنائية يكون لها الخروج على قواعد المشروعية، ليس فقط من أجل الحفاظ على النظام العام، بل بالإضافة إلى ذلك من أجل العمل على استمرارية خدمات المرفق العام^(٣)، ووفقاً لهذا الاتجاه فإن نظرية الضرورة إحدى تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية،

(١) د/ ثروت عبدالهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في مصر والرقابة عليها «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، ص ٥٢.

(٢) انظر: د/ يحيى الجمل، مرجع سابق، ص ٧٢. أيضاً: د/ مراد بدران، مرجع سابق، ص ٤٦.

(٣) د/ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٢٠-١٢١.

ولكنها ليست التطبيق الوحيد لها، فالضرورة تعني وجود حالة ملحة تأزم الوضع داخل الدولة لا يمكن لسلطات الدولة دفعها بالإجراءات العادية، أما الظروف الاستثنائية فهي تعني الأشياء غير المتوقعة^(١).

(٢) الاتجاه الثاني: عدم اختلاف نظرية الظروف الاستثنائية عن نظرية الضرورة: يرى جانب من الفقه أن نظرية الظروف الاستثنائية هي نفسها نظرية الضرورة، حيث يؤكد أصحاب هذا الاتجاه أن مجلس الدولة الفرنسي وعلى الرغم من أنه قد أشار إلى عدة مصطلحات - سبقت الإشارة إليها - إلا أنه في الأخير عدل عن تلك المصطلحات واستقر على تسمية نظرية الظروف الاستثنائية، وفي هذا دليل على أن التسمية في حد ذاتها لا تعني اختلاف هذه النظرية في مفهومها أو مجالها عن نظرية الضرورة، ولما كان معنى نظرية الظروف الاستثنائية تمكين الإدارة من التخلص مؤقتاً من التقيد بقواعد المشروعية بالقدر الذي يمكنها من تدارك مخاطر الظروف غير العادية، فإن نظرية الضرورة تعني هي الأخرى هذا المعنى^(٢).

ويرى الباحث أن هناك اختلافاً واضحاً بين النظريتين، فحالة الضرورة ترتبط بسلطة الإدارة في التشريع؛ أي حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن القوانين عن طريق لوائح الضرورة ولوائح التفويض، أما حالة الظروف الاستثنائية فترتبط بخروج الإدارة من الشرعية العادية إلى شرعية استثنائية، ومنحها سلطات استثنائية لمواجهة الأخطار الناتجة عن الظروف الاستثنائية، ومن ثم فلا يوجد مبرر للخلط بين هاتين الحالتين.

المطلب الثاني

تمييز حالة الظروف الاستثنائية عما يشبه بها

أولاً: تمييز حالة الظروف الاستثنائية عن السلطة التقديرية:

إن السلطة الممنوحة للإدارة قد تكون سلطة مقيدة وقد تكون تقديرية، فتكون مقيدة عندما يفرض القانون على الإدارة اتخاذ قرار معين إذا ما توافرت شروط اتخاذه، وتكون تقديرية حينما يترك لها حرية تقدير الظروف الواقعية التي تواجهها، فيكون لها

(١) د/ عاصم رمضان مرسي يونس، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، عام ١٤٣١هـ - ٢٠٠٩م، ص ١١. د/ محمد كامل ليلة، مرجع سابق، ص ٨٣.

(٢) د/ مراد بدران، مرجع سابق، ص ٥٤. د/ ثروت عبدالهادي الجوهري، مرجع سابق، ص ٥٨ - ٦١.

الحق في أن تتدخل بإصدار القرار أو لا تتدخل ولا تصدر أي قرار، كما يكون لها حرية القرار الذي تراه ملائماً لهذه الظروف الواقعية، وهذا هو مقتضى السلطة التقديرية^(١). وبذلك يتضح أن السلطة التقديرية توسع سلطات الإدارة كما هو حال الظروف الاستثنائية، وقد يبدو لأول وهلة تطابق النظريتين، إلا أن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف بينهما من نواح عدة، نبينها على النحو التالي:

(١) من حيث التأثير على مبدأ المشروعية:

تُمنح الإدارة «السلطة التقديرية» في حدود ما تقضي به القوانين، فهي تعمل في ظل المشروعية الكاملة، وبالتالي فإن حريتها المستمدة من السلطة التقديرية الممنوحة لها لا تنال من قواعد المشروعية لا من قريب ولا بعيد، فكل ما في الأمر أنه يترك لها حرية الاختيار من بين عدة حلول كلها مشروعة، وذلك يعني أن الإدارة تمارس الاختصاصات الممنوحة لها بمقتضى السلطة التقديرية في حدود المشروعية العادية، حتى ولو كان لها حرية التصرف في نطاق تلك المشروعية، فإنه لا يكون لها أن تتجاوز قواعد المشروعية العادية^(٢).

أما بالنسبة لحالة الظروف الاستثنائية، فإنه يكون للإدارة في سبيل مجابهة الظروف المحدقة أن تتجاوز في قراراتها مبدأ المشروعية بغية المحافظة على المصلحة العامة المعرضة للخطر نتيجة هذه الظروف غير العادية، على أن ذلك لا يعني خروج الإدارة على قواعد المشروعية، فمبدأ المشروعية لا يزال قائماً^(٣)، وكل ما يحدث أن قواعد المشروعية العادية تتسع بالقدر الذي يمكن الإدارة من مواجهة الظروف الاستثنائية القائمة، وبالتالي فهي تلتزم بمبدأ المشروعية ولكن بمفهومه الجديد (مبدأ المشروعية الاستثنائية)^(٤).

وبهذا الصدد يرى الباحث أن لا جدوى من التمييز بين المشروعية العادية

(١) د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء - اليمن، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، ص ١٠٠. أيضاً: د/ علي علي المصري، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٢) د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ١٠٨ - ١٠٩. أيضاً: د/ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ٨٢. د/ مراد بدران، مرجع سابق، ص ٧٤.

(٣) د/ عبدالله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب «كلية الحقوق»، الطبعة الثانية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ص ٢٠٥ - ٢٠٦. د/ ثروت عبدالهادي الجوهري، مرجع سابق، ص ١٤٢. أيضاً: د/ سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٤) تطرق الكثير من الفقهاء لفكرة «المشروعية الاستثنائية»، ومنهم: د/ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ١٩٥. د/ محمد الوكيل، مرجع سابق، ص ١٥٧. د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص ١١٤.

وبين المشروعية الاستثنائية- من الناحية العملية- بمعنى أن وصف المشروعية بد(الاستثنائية) لا يحقق أي نتائج عملية، ذلك أن القاضي إما أن يحكم بمشروعية العمل الإداري أو أن يحكم بعدم مشروعيته. ويترتب على ذلك بأن وجود تنظيم تشريعي للحالة الاستثنائية في الدولة لا يعني التوسع في تطبيق مبدأ المشروعية، مادام أن الظروف الاستثنائية أصبحت مسألة منصوصاً عليها قانوناً، إذ أن الإدارة تلتزم بأحكام التشريع سواءً أكان عادياً أم استثنائياً، ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا التشريع دستوراً أم قانوناً أم لائحة، أما عند تطبيق النظرية القضائية للظروف الاستثنائية، فإنه يمكن القول بأن هناك مشروعية استثنائية تختلف عن المشروعية العادية.

(٢) من حيث الأساس:

يرجع أساس منح الإدارة السلطة التقديرية إلى أن الإدارة ليست بالآلة الصماء، بل تتكون من أفراد مبصرين يواجهون ظروفًا متغيرة تقتضي في كثير من الحالات تنوعاً في المعاملة، ومصالحة الجماعة في تمكين الإدارة من مواجهة كل حالة وفقاً لظروفها الخاصة، وأن المقنن لا يستطيع أن يحيط سلفاً بكل الحالات المتوقعة حدوثها في المستقبل، لذلك فهو يكتفي بوضع الضوابط العامة، ويترك للإدارة التصرف بقدر من الحرية والتقدير^(١).

أما أساس نظرية الظروف الاستثنائية فيرجع كما يرى البعض إلى فكرة واجبات السلطة الإدارية، وهناك من يؤسسها على فكرة الضرورة، والبعض يرى في بقاء الدولة واستمرارها أساساً لها، والبعض الآخر يؤسسها على فكرة الخطر، وأخيراً يؤسسها البعض على فكرة الشعور المشترك بشرعية الإجراءات الاستثنائية، وسنتناول تفصيل الآراء التي قيلت بشأن أساس النظرية في المطلب الثالث من هذا المبحث.

(٣) من حيث المجال الزمني:

تتميز حالة الظروف الاستثنائية بأنها لا تطبق إلا عند توافر شروطها المنصوص عليها في التشريع الاستثنائي السائد في الدولة أو تلك التي استقر القضاء الإداري عليها، فهي حالة مؤقتة تلتزم الإدارة بالإطار الزمني المنصوص عليه في قرار إعلان الحالة الاستثنائية، وبذلك تنتهي سلطات الإدارة الاستثنائية بانتهاء الفترة الزمنية المحددة أو بزوال الظرف الاستثنائي. أما السلطة التقديرية فمن أبرز سماتها الديمومة، فهي لا تتحدد بمجال زمني معين تدور معه وجوداً وهدماً، ومن ناحية لا يقترن إقرارها بقيام ظرف

(١) د/ سليمان الطماوي، القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٠. د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

معين؛ أي أن السلطة التقديرية تتقرر للإدارة سواءً تغيرت الظروف التي تمر بها الدولة أم لم تتغير، عادية كانت أم استثنائية. وبناءً على ذلك فإن الاختصاصات الممنوحة للإدارة في ظل الظروف الاستثنائية تظل مرهونة ببقاء واستمرار هذه الظروف، أما الاختصاصات التي تتمتع بها الإدارة بناءً على السلطة التقديرية لا تتوقف على فترة زمنية معينة ولا ترتبط بظروف خاصة^(١).

٤) من حيث الرقابة القضائية:

تخضع الإدارة في ممارستها لسلطات الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء، باعتبار أن هذه الظروف توسع قواعد المشروعية العادية بالقدر الذي يمكن الإدارة من أداء واجباتها في المحافظة على النظام العام، وسير المرافق العامة، بحيث تظل المشروعية قائمة^(٢)، حيث تظل قرارات الإدارة خاضعة لرقابة القضاء الذي يتحقق من توافر ضوابط وشروط الظروف الاستثنائية التي دعت الإدارة إلى تجاوز مبدأ المشروعية بشكل مؤقت في سبيل الصالح العام^(٣). وكذلك الحال بالنسبة للسلطة التقديرية الممنوحة للإدارة حيث تظل خاضعة لرقابة القضاء، إلا أن دور القضاء هنا يكون محدوداً بالمقارنة مع رقابته على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية، حيث أن الإدارة في ممارستها للسلطة التقديرية تكون بمنجاة من كل رقابة قضائية، إلا إذا دفع بأن الإدارة قد استعملت سلطاتها التقديرية لتحقيق غرض غير مشروع أو لم يجعله المقنن من اختصاصها، فتكون الإدارة قد خرجت عن نطاق التقدير المتروك لها^(٤).

ثانياً؛ تمييز حالة الظروف الاستثنائية عن أعمال السيادة:

رأينا أن السلطة التقديرية لا تنال من مبدأ المشروعية، بل تعمل في إطار المشروعية الكاملة، وأن حالة الظروف الاستثنائية تقتضي التوسع في تطبيق قواعد المشروعية العادية وحسب، إلا أن هناك طائفة من أعمال الإدارة تعد خروجاً على مبدأ المشروعية بشكل مطلق وهي ما يسمى بـ «أعمال السيادة» التي ظهرت لأول مرة في ظل ملكية يوليو الفرنسية عام ١٨٢٢م، ولكنها استقرت كنظرية وتعددت تطبيقاتها في ظل الإمبراطورية الثانية، ولعل الأسباب التي أدت إلى ظهورها ترجع إلى الظروف التي أحاطت بمجلس الدولة، والتطور الذي طرأ على مركزه القانوني، استوجب من المجلس

(١) د/ مراد بدران، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٢) د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢٦.

(٣) د/ عبدالغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ١٩٩٦م، ص ٥٣.

(٤) د/ سليمان الطماوي، النظرية مرجع سابق، ص ٧٦.

أن يلتزم سياسة قضائية تتلاءم مع الظروف وتجنب المجلس بقدر الإمكان الاصطدام بالحكام الإداريين^(١).

وعلى الرغم من أن نظرية أعمال السيادة هي الأخرى من خلق الفقه في فرنسا، إلا أنه لم يتم وضع تعريف محدد لها، ولم يرد تعريفها في نصوص القوانين، ولم تجر على عبارة أعمال السيادة^(٢)، ولذلك اجتهد الفقه في تعريفها ومن تلك المحاولات تعريفها بأنها: «عمل يصدر من السلطة التنفيذية، وتحيط به اعتبارات خاصة، كسلامة الدولة في الخارج أو الداخل، ويخرج عن رقابة المحاكم، متى قرره القضاء هذه الصفة»^(٣)، كما عرفت بأنها: تلك الطائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء، والتي لا القاضي الإداري ولا القاضي العادي يعتبر نفسه مختصاً بنظرها^(٤). والواقع أنه من الصعوبة - إن لم يكن مستحيلًا - وضع تعريف دقيق لأعمال السيادة يبين بدقة معناها، ويرجع ذلك لافتقار هذه النظرية إلى أساس واضح ومحدد، ولما تحمله من اعتداء صارخ على مبدأ المشروعية، لذا فقد اتجهت محاولات الفقه والقضاء نحو استخلاص معايير يمكن الاسترشاد بها لتمييز أعمال السيادة عن سائر أعمال الإدارة، فقبل بمعيار الباعث السياسي، وقيل بمعيار أعمال الوظيفة الحكومية، ومعيار الأعمال المختلطة، ومعيار القائمة القضائية^(٥)، ولذلك فقد اتجه الفقه والقضاء نحو إلغاء فكرة أعمال السيادة^(٦)، بل إن البعض قد ناقش تفصيلاً الأحكام القضائية الصادرة بهذا الشأن وخلص إلى أن أعمال السيادة غير موجودة بالفعل^(٧)، غير أن الفقهاء رغم تأكيدهم على إلغاء فكرة أعمال السيادة إلا أنهم يتناولون أعمال السيادة ويتطرقون إليها كأحد عناصر موازنة مبدأ المشروعية وهو أمر مستغرب!

- (١) د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ١٣٢. د/ عبدالله طلبة، مرجع سابق، ص ٢٠٧. أيضاً: د/ عبدالغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص ٥٥-٥٦.
- (٢) د/ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ٩١.
- (٣) د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ١٣٨.
- (٤) د/ مراد بدران، مرجع سابق، ص ٧٧.
- (٥) لتفاصيل أكثر حول هذه المعايير، انظر: د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ١٣١-١٧٢. أيضاً: د/ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ٩١-١١٤. أيضاً: د/ عبدالله طلبة، مرجع سابق، ص ٢٠٧-٢١١.
- (٦) انظر: د/ أحمد عبدالملك قاسم حميد الدين، القضاء الإداري «دراسة مقارنة»، دار الجامعات اليمنية للطباعة والنشر، اليمن - صنعاء، ص ١٧٩. د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٣٨. د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص ٢٤. د/ ثروت عبدالهادي الجوهري، مرجع سابق، ص ١٣٩.
- (٧) الأستاذ/ جورج فودال، ترجمة/ منصور القاضي، القانون الإداري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م - ١٤٢٠هـ، ص ٤٢٥-٤٣٠.

وأياً يكن الأمر، فإننا نعرض أوجه التوافق والاختلاف بين «حالة الظروف الاستثنائية» و«أعمال السيادة»، فهما تتفقان من حيث كون مصدرهما واحداً، والجهة القائمة عليهما واحدة وهي السلطة التنفيذية، وموضوعهما واحد وهو اختصاصات السلطة التنفيذية، إلا أنهما تختلفان إلى حد كبير من عدة جوانب، وأبرزها:

(١) من حيث التأثير على مبدأ المشروعية:

رأينا فيما سبق أن المشروعية تظل قائمة في حالة الظروف الاستثنائية، فكل ما يحدث أن قواعد المشروعية العادية تتسع بالقدر الذي يمكن الإدارة من أداء واجباتها في المحافظة على النظام العام، وسير المرافق العامة. فحالة الظروف الاستثنائية لا تزال بناءً قانونياً لا يعارض مبدأ المشروعية ولا يهدمه، فهي تؤدي إلى توسيع مبدأ المشروعية بحيث تلخ صفة الشرعية على أعمال كان يجب أن تعتبر مخالفة للقانون لو أنها تمت في الظروف العادية^(١). أما أعمال السيادة فإنها تتحلل من الخضوع لقواعد المشروعية بشكل مطلق، إذ أن عمل السيادة ينجو من كل رقابة قضائية، فيمثل بالتالي نقطة سوداء في جبين المشروعية^(٢). وبهذا يظهر الاختلاف فيما بين «أعمال السيادة» التي يؤدي تطبيقها إلى الخروج الصريح على مبدأ المشروعية، وبين «السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية» اللتين تحدثان توازناً للمبدأ وتخفيفاً من حدة تطبيقه^(٣).

(٢) من حيث الأساس:

جاءت نظرية أعمال السيادة وليدة الحاجة ومقتضيات العمل، إذ رأى مجلس الدولة الفرنسي أن بعض الأعمال الإدارية لها في نظر الحكومة أهمية خاصة، وأن من المصلحة أن لا تعرض على القضاء، مما يستلزمه من علنية وتحقيقات، وأن الحكومة قد يكون لديها من الأسباب ما تقتضي مصلحة الدولة العليا ألا تعرض على الجمهور^(٤). كما أن نظرية أعمال السيادة ترجع في الغالب إلى أسباب سياسية، ذلك أن الأعمال التي تدخل في هذه الطائفة يغلب عليها الطابع السياسي، أما تقرير نظرية الظروف الاستثنائية

(١) د/ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ١٦٠. د/ يحيى الجمل، مرجع سابق، ص ٥٥. د/ محمد الوكيل، مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٢) د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ١٢٦. أيضاً: د/ ثروت عبدالهادي الجوهري، مرجع سابق، ص ١٤٢.

(٣) د/ عبدالله طلبه، مرجع سابق، ص ٣١. د/ عبدالغني بسيوني، مرجع سابق، ص ٦٠. د/ محمد كامل ليلة، مرجع سابق، ص ٩١.

(٤) د/ أحمد عبدالملك قاسم حميد الدين، مرجع سابق، ص ١٧٨. د/ سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ١٣٤-١٣٥.

فيرجع إلى أسباب يمكن التأكيد من وجودها أو عدم وجودها، والتي تتمثل في استحالة أو تعذر مواجهة الأزمة باتباع القواعد القانونية العادية^(١).

(٣) من حيث المجال الزمني؛

إن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية مرهون باستمرار الحالة غير العادية التي تهدد سلامة وأمن الدولة؛ أي أن تطبيق هذه النظرية يدور وجوداً وهدماً بتوافر شروط معينة، سواءً تلك التي تضمنها التشريع الاستثنائي ذاته أو تلك التي قررها القضاء الإداري، ومن ناحية أخرى فإن الظروف الاستثنائية تلتزم بإطار زمني محدد. أما نظرية أعمال السيادة فإن تطبيقها جانز في أي وقت، إذ لا يتوقف أعمالها على ظرف معين^(٢)، وعلى ذلك فنظرية أعمال السيادة نظرية دائمة لا يرتبط إقرارها بقيام ظروف معينة ولا بمجال زمني تدور في مداره.

(٤) من حيث الرقابة القضائية؛

تخضع الإدارة في ممارستها لسلطات الظروف الاستثنائية للقضاء، باعتبار أن هذه الظروف - كما رأينا - توسع قواعد المشروعية العادية بالقدر الذي يمكن الإدارة من أداء واجباتها في المحافظة على النظام العام، وسير المرافق العامة، بحيث تظل المشروعية قائمة؛ لأن اتساع مجال المشروعية في الظروف الاستثنائية لا يعني خروج أعمال الإدارة أثناء هذه الظروف من رقابة القضاء. وعلى ذلك فإنه إذا ما توافرت الشروط الشكلية في الدعوى التي يرفعها الشخص تطبيقاً للظروف الاستثنائية، فإن القاضي يبحث في الموضوع ليقرر الإلغاء أو عدم الإلغاء، الأمر الذي يؤدي إلى تمتع الأفراد بضمانات جديّة في مواجهة الإدارة، وتتمثل هذه الضمانات في أنه يجوز لهم طلب إلغاء قرارات أو تصرفات الإدارة فضلاً عن طلب التعويض عنها^(٣).

أما بالنسبة لأعمال السيادة فقد اطرده القانون الوضعي في مصر وفرنسا على إخراجها من رقابة المحاكم، ولو كانت مخالفة للقانون وعلى الرغم من توافر شروط الطعن فيها قضاءً، باعتبارها قرارات نهائية أصابت مراكز قانونية مقررة، وأن هذه الأعمال تخرج لطبيعتها الخاصة من ولاية القضاء^(٤). وعلى ذلك فإن الدعوى المرفوعة على أساس

(١) د/ مراد بدران، مرجع سابق، ص ٨٣. أيضاً: د/ عبدالله طلبة، مرجع سابق، ص ٢١١.

(٢) د/ ثروت عبدالهادي الجوهري، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٣) د/ مراد بدران، مرجع سابق، ص ٨٢-٨٤. انظر في هذا المعنى أيضاً: د/ ثروت عبدالهادي الجوهري، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٤) انظر: د/ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ٩١. أيضاً: د/ عبدالغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص ٥٦.

نظرية أعمال السيادة لا يبحث القاضي موضوعها إذا ما اعتبر العمل المطعون فيه ينتمي لطائفة أعمال السيادة، الأمر الذي يؤثر سلباً على الضمانات التي يجب أن يتمتع بها الأفراد في مواجهة الإدارة، حيث تبقى الضمانة الوحيدة في أن القاضي يبحث مسألة تكييف عمل الإدارة بأنه من قبيل أعمال السيادة أم لا^(١)، فإذا ما تقررت صفة «عمل السيادة» لقرار ما، فليس أمام القاضي إلا أن يحكم بـ «عدم الاختصاص» أيًا كانت طلبات المدعي في دعواه وسواءً تعلقت بالإلغاء أو بالتعويض^(٢).

المطلب الثالث

أساس نظرية الظروف الاستثنائية

أولاً: الاتجاه الأول «واجبات السلطة الإدارية»:

وهذا هو الأساس الذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي حيث أسس نظرية الظروف الاستثنائية على فكرة أن مبدأ استمرار المرافق العامة يتضمن متطلبات استثنائية في زمن الحرب تبرر توسعة استثنائية لسلطات الحكومة والإدارة^(٣). وفي نفس الاتجاه يؤكد الدكتور/ سليمان الطماوي - رحمه الله - أنه قد يبدو لأول وهلة أن نظرية الظروف الاستثنائية إن هي إلا تطبيق عادي لفكرة الضرورة، ولكن الحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي لا يرجع هذه النظرية إلى هذا الأساس، وإنما إلى أساس آخر، أيسر في شروطه ومداه من الأساس السابق، وهو «واجبات السلطة الإدارية»، فالإدارة ملزمة بأن تعمل على حفظ النظام العام، وسير المرافق العامة سيراً منتظماً، فإذا ما تبين لها أن تطبيق قواعد المشروعية العادية من شأنه أن يحول دون أدائها لهذا الواجب، فلها أن تتحرر مؤقتاً من تلك القيود بالقدر الذي يمكنها من أداء واجباتها^(٤).

(١) د/ مراد بدران، مرجع سابق، ص ٨٢-٨٤. في هذا المعنى أيضاً: د/ ثروت عبدالهادي الجوهري، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٢) د/ أحمد عبدالملك قاسم حميد الدين، مرجع سابق، ص ١٧٩. د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٣) مارسو لون وآخرون، ترجمة د/ أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

(٤) د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢٣. وفي نفس الاتجاه يذهب: د/ عبدالغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص ٤٦-٤٧. أيضاً: د/ يحيى الجمل، مرجع سابق، ص ٥٥.

ثانياً: الاتجاه الثاني «سمو بقاء واستمرار الدولة على قواعد المشروعية العادية»:

يرى أصحاب هذا الاتجاه^(١) أن فكرة تأمين البلاد من الأخطار والكوارث هي القانون الأعلى والأسمى الذي يجب اتباعه والاسترشاد به ولو تعارض مع القوانين السائدة، ومرد تلك السلطة الواسعة للإدارة وأساسها النص اللاتيني «*Salus populus suprema*»، وهذا يعني أن سلامة الشعب هي القانون الأعلى الذي يسمو حتى على الدستور، وبالتالي فإن نظرية الظروف الاستثنائية تقوم على أساسين: الأول: أن القواعد القانونية المؤلفة لمبدأ الشرعية وضعت لمعالجة ظروف عادية، وليس لمجابهة أوضاع وظروف طارئة، وبما أن القانون ليس غاية في ذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية سامية وهي تحقيق الصالح العام، فإن مبدأ المشروعية يتغير ويتسع بقدر ما يقتضيه تحقيق هذه الغاية. والثاني: أن احترام القاعدة القانونية يعبر عن وجود الدولة القانونية، فإذا كانت مراعاة مبدأ المشروعية بصفة مطلقة تشكل خطراً على وجود الدولة وكيانها، فإنه في هذه الحالة يكون بقاء الدولة وسلامتها في المحل الأول، لأنه لا يجوز التضحية بالكل في سبيل الإبقاء على البعض.

ثالثاً: الاتجاه الثالث «فكرة الضرورة هي أساس الظروف الاستثنائية»:

يرد بعض الفقهاء^(٢) أساس نظرية الظروف الاستثنائية إلى فكرة الضرورة التي تخول الدولة في حالة الحرب وحالات الضرورة الأخرى، اللجوء إلى حق الدفاع الشرعي عن نفسها وسلامتها فسلامة الدولة فوق كل اعتبار، فإذا كان يجب بحسب الأصل أن تلتزم الإدارة حكم القانون، فإن ذلك - وفق رأيه - رهين بالظروف العادية حيث يسود الأمن والسلام والهدوء، أما حين تتغير الظروف وتطرأ الحوادث المفاجئة التي تهدد نظام الدولة وأمنها بالأخطار الداهمة، كأن تقوم حرب أو تندلع نيران الفتن، فإن للدولة الحق في أن تدافع عن نفسها وأن تواجه الأزمات بإجراءات استثنائية من نفس طبيعة الظروف التي تعيش فيها. وهي حين تضطر في مثل هذه الظروف إلى الخروج على القانون، فإن ذلك منها يكون أمراً مبرراً ومشروعاً^(٣). وفي نفس الاتجاه يذهب الدكتور/ أحمد فتحي سرور

(١) د/ عبدالله طلبية، مرجع سابق، ص ٣٤-٣٥. ويطبق هذا الرأي: د/ محمد كامل ليلة، مرجع سابق، ص ٧٨-٨٤.

(٢) العميد «هوريو» في تعليقاته على بعض أحكام مجلس الدولة. مشار إليه لدى: د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٣) د/ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ١٤٤.

إلى أن الظروف الاستثنائية ترتكز على أساس فلسفي وهو الضرورة، حيث يرى أن الظروف الاستثنائية تتطلب شرعية تتلاءم معها ترتكز على نظرية الضرورة، بوصفها نظرية عامة في القانون، وتجزئ التصرف بطريقة تنافي القواعد الواجب اتباعها في الظروف العادية بقدر ما تتطلبه هذه الضرورة^(١).

رابعاً: الاتجاه الرابع «وجود الخطر هو أساس الظروف الاستثنائية»:

يرى بعض الفقهاء^(٢) أن أساس نظرية الظروف الاستثنائية يكمن في وجود خطر معين، فهذا الخطر أو الحالة الشاذة أو الظرف الاستثنائي الطارئ بأوصافه التي يتطلبها القضاء هو الذي يبرر قيام حالة الضرورة، وهو الأساس الذي تنبثق منه أو تستند إليه، فلولا ذلك الخطر لما كانت هناك ضرورة، ولولاها لما تعذر إعمال القواعد العادية، وبالتالي لما جاز الخروج عليها لحماية المصلحة العامة المهددة بشتى صورها، وعلى العكس فإن انعدام وجود الخطر يجعل الإدارة تفقد الذريعة التي تستند إليها للقول بوجود ظرف استثنائي. ومن ناحية أخرى ينتقد الاتجاهات الثلاثة السابقة، وذلك بأن واجبات السلطة الإدارية بالحفاظ على انتظام سير المرافق العامة كذلك بقاء الدولة واستمرارها لا يعتبر أساساً للظروف الاستثنائية، وإنما يعد الغرض أو الغاية التي تهدف إليه هذه النظرية، ويرد أيضاً على القول بأن القواعد القانونية وضعت للظروف العادية وأن الظروف الاستثنائية تبرر مخالفتها، بأن ذلك يمثل الوسيلة التي يمكن اللجوء إليها سواء في الحالة العادية أو الحالة الاستثنائية.

وإذا كنا نتفق مع هذا الاتجاه فيما ذهب إليه من نقد للاتجاهات الثلاثة السابقة، إلا أننا نرى أن هذا الاتجاه قد جانب الصواب ويدخل في مجال النقد ذاته، إذ أن فكرة وجود الخطر هي الأخرى لا تعد أساساً لحالة الظروف الاستثنائية، وإنما تمثل أحد الشروط الأساسية لتطبيق النظام الاستثنائي، إذ قد يوجد الخطر ولكنه لا يبلغ درجة من الجسامه بحيث تستطيع الإدارة تلافيه بالقواعد القانونية العادية دون أن تلجأ إلى الاختصاصات الاستثنائية.

(١) د/ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة مصر، الطبعة ٢، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، ص ٥٥٣-٥٥٥.

(٢) د/ ثروت عبدالهادي خالد الجوهري، مرجع سابق، ص ٧٠-٧٤.

خامساً: الاتجاه الخامس «الشعور المشترك بشرعية الإجراءات الاستثنائية»:

ينتقد أصحاب هذا الاتجاه^(١) مسلك الفقهاء في التمسك الشديد بمبدأ المشروعية عند محاولتهم لتبرير قضاء الظروف الاستثنائية، ويرون أنه على الرغم من وجود القاعدة القانونية «المشروعية»، فإنه يجب أن تأخذ بعين الاعتبار الشعور المشترك لكل من الحكام والمحكومين، ويرى بأنه إذا كان (مبدأ المشروعية) يعني الخضوع للقواعد القانونية القائمة، فإن هذه المشروعية في حقيقة الأمر مشروعية وضعية، وهي تختلف عن (الشرعية) التي تعد في الحقيقة فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدل وما يجب أن يكون عليه القانون وما يعتقد أنه أصلح للمجتمع، ومفهوم هذه الفكرة المثالية أوسع من مجرد احترام القواعد القانونية الوضعية، حيث تتضمن هذه الفكرة قواعد أخرى يستطيع عقل الإنسان أن يكشفها، ووفق هذا الرأي فإن الأعمال المتخذة خلال الظروف الاستثنائية المخالفة لمبدأ المشروعية، لا يمكن القول بأنها مشروعية لكونها مخالفة لمبدأ المشروعية، ولكن يمكن القول بأنها شرعية، والقاضي عندما اعتبر تلك الأعمال شرعية، فإنه لجأ إلى الضمير الجماعي والشعور المشترك، لأنه رأى بأن القواعد التي وضعت للظروف العادية، أصبحت لا تتلاءم مع الظروف الاستثنائية.

وإن كان هذا الاتجاه قد قدم تفسيراً مقنعاً لتبرير الظروف الاستثنائية، إلا أن هذا التفسير يظل فلسفياً أكثر منه قانونياً، إذ أن الاعتماد على فكرة مثالية كأساس قانوني لحالة الظروف الاستثنائية يعد أمراً غير مقبول، فالواقع أن الإدارة باعتبارها القائمة بالإجراءات الاستثنائية قد ترى أن إجراءاتها شرعية ومنتاسبة مع الظروف المحدقة، في حين قد يرى فيها الأفراد تجاوزاً لما تقتضيه تلك الظروف؛ بمعنى أنه لا يمكن - من الناحية الواقعية - توفر شعور مشترك لدى الحكام والمحكومين بشرعية ما تتخذه الإدارة من إجراءات.

وبعد استعراض تلك الآراء يرى الباحث أن أساس حالة الظروف الاستثنائية يتمثل في: أساس فلسفي: ويتمثل في التفسير المنطقي لمنح الإدارة سلطات موسعة واستثنائية بقصد مواجهة الظروف المحدقة التي لا يجدي معها العمل بالسلطات المقررة في الظروف العادية، وأساس قانوني: يتمثل في القواعد القانونية التي تتضمن تقرير النظام الاستثنائي والأحكام والحدود التي يجب على الإدارة التزامها للجوء إلى هذا

(١) د/ مراد بدران، مرجع سابق، ص ١٠٩-١١١.

النظام وأثناء تطبيقها له، فإذا كان النظام الاستثنائي منظماً تشريعياً؛ فإن الأساس يتمثل في الدستور الذي ينص في صلبه على تقرير هذه الحالة، وفي التشريع الاستثنائي- قانون الطوارئ مثلاً- الذي ينظم الأحكام والإجراءات الخاصة بهذه الحالة الاستثنائية، وإذا لم يكن النظام الاستثنائي منظماً تشريعياً فإن الأساس يكون النظرية القضائية التي صاغها القضاء الإداري وعكف على تبيانها وتوضيح ملامحها الفقه والقضاء.

المطلب الرابع

حدود تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية

إن اللجوء إلى النظام الاستثنائي بما يمنحه من سلطات موسعة تمكن الإدارة من مواجهة الظرف الاستثنائي يجب أن يتم بعناية كبيرة وحرص شديد، ذلك أن تطبيق هذا النظام يؤدي إلى المساس بمبدأ المشروعية الذي يعد من أقوى الضمانات لحماية حقوق وحريات الأفراد في مواجهة الإدارة، وبالتالي فإذا أرادت الإدارة اللجوء إلى النظام الاستثنائي فيجب عليها الالتزام بما يتضمنه التشريع الاستثنائي- قانون الطوارئ- من شروط وضوابط، كما يجب عليها الالتزام بالحدود والضوابط التي وضعها القضاء، وتتناولها على النحو التالي:

أولاً: قيام الظرف الاستثنائي:

اشترط مجلس الدولة الفرنسي إدراكاً منه لخطر تعميم الظروف الاستثنائية أن تطرأ حوادث جسيمة وغير متوقعة بصفة فجائية^(١)، وتدخل حالة الحرب ضمن هذه الحالات، ولكنها ليست التطبيق الوحيد لها، فقد اتسع العمل بنظرية الظروف الاستثنائية إلى حد تجاوز به مخاطر الحرب ليستوعب كل أنواع الأزمات والمشاكل المالية والاقتصادية وأحوال الاضطرابات العامة كالثورات والفتن والتهديد بالإضراب العام وغير ذلك من الحوادث القهرية المفاجئة^(٢). على أنه لا يشترط أن يكون الظرف الاستثنائي عاماً يشمل الدولة كلها، فقد يكون محلياً ووقتياً كذلك، المهم فيه أن يكون من شأنه تعذر العمل بقواعد المشروعية العادية إذا أريد صيانة الأمن وضمان سير المرافق العامة^(٣)، وعلى

(١) مارسولون وآخرون، ترجمة د/ أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٢) د/ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٣) د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢٣. د/ طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ١٦٣. أيضاً: د/ مراد بدران، مرجع سابق، ص ٣٨.

ذلك فإن الإدارة إذا كان بمقدورها أن تؤجل تدخلها أثناء قيام الطرف الاستثنائي دون أن يتعرض الأمن العام للخطر أو تتعطل المرافق الجوهرية عن السير بانتظام، فإنه لا يسمح لها بأن تلجأ إلى الحالة الاستثنائية التي تجيز الخروج على قواعد المشروعية العادية^(١).

على أن بعض الفقهاء^(٢) يرى أنه لا يلزم لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية أن يتمثل الطرف الاستثنائي في كارثة عامة كحرب أو وباء عام، بل يكفي أن يتحقق تهديد جدي لإحدى المصالح والمرافق العامة في الدولة من شأنه أن يؤدي إلى انقطاع سير المرافق العامة أو اضطراب شديد بالأمن؛ ويستدل على ذلك بأن مجلس الدولة الفرنسي قد سحب تطبيق النظرية من الحرب إلى حالة السلم أيضاً. ويرى الباحث أنه حتى مع التسليم بأن مجلس الدولة الفرنسي قد سحب تطبيق النظرية من الحرب إلى السلم، فإن ذلك لا يعني أن مجرد التهديد يمنح الإدارة حق اللجوء إلى التدابير الاستثنائية، فمن الصعوبة بمكان وضع معيار دقيق لمدى جدية التهديد.

ثانياً: استحالة مواجهة الطرف الاستثنائي بالقواعد العادية؛

لا يتوقف الأمر عند تحقق الطرف الاستثنائي وحسب، بل يجب أن تكون الإدارة عاجزة عن مواجهة هذا الطرف الاستثنائي بالوسائل القانونية العادية، وأنها مضطرة إلى استخدام الوسائل غير العادية باعتبارها الوسائل الوحيدة التي يمكن بواسطتها مواجهة الطرف الاستثنائي. وقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا الشرط بأنه يستحيل على الجهة الإدارية التصرف على وجه مشروع^(٣).

وبالتالي فإذا كانت السلطات المقررة للإدارة بموجب القواعد القانونية العادية كافية لمواجهة الطرف الاستثنائي فليس لها أن تخرج عن نطاقها، أما إذا لم تكن تلك القواعد قادرة على مواجهة الطرف الاستثنائي ففي هذه الحالة يجوز اللجوء إلى النظام الاستثنائي، ذلك أن تطبيق القانون العادي أثناء قيام الحالة الاستثنائية لا يستقيم مع قصد المقنن بحكم ما ينطوي عليه ذلك من تهديد للأمن وتعطيل لسير المرافق العامة الجوهرية^(٤).

وقد أعلن القضاء الفرنسي منذ فترة طويلة من الزمن بأنه لكي تكون هناك ظروف

(١) د/ محمد الوكيل، مرجع سابق، ص ١٨٣.

(٢) د/ محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢١١.

(٣) مارسو لون وآخرون، ترجمة د/ أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٤) د/ محمد الوكيل، مرجع سابق، ص ١٨٣.

استثنائية يجب أن نكون أمام حالة يستحيل فيها على الإدارة أن تتصرف طبقاً للقانون العادي، وليس فعل الحرب في ذاته أو الكوارث ذاتها هي التي تعفي الإدارة من اتباع أحكام القوانين، وإنما الاستحالة الناشئة عن هذه الأفعال هي التي تؤدي إلى إعفاء الإدارة من التزام مبدأ الشرعية وتبرر تصرفاتها الخارجة عليه^(١).

ويذهب بعض الفقهاء^(٢) إلى أن الاستحالة المقصودة ليست الاستحالة المطلقة: التي تعني أن لا تكون مخالفة القواعد التي وضعت للظروف العادية هي الخيار الوحيد لمواجهة الظروف الاستثنائية، بل إن الاستحالة المقصودة هي الاستحالة النسبية: التي تعني أنه يتعذر على الإدارة اتباع القواعد التي وضعت للظروف العادية.

ثالثاً: ابتغاء المصلحة العامة:

يقتضي هذا الشرط أن يستهدف الإجراء الاستثنائي الذي تتخذه الإدارة المصلحة العامة، فما من مبرر للسلطات الاستثنائية الممنوحة للإدارة سوى أنها تهدف إلى مواجهة الأخطار القائمة، وبالتالي فإذا ابتغت الإدارة غير المصلحة العامة كان تصرفها معيباً بالانحراف بالسلطة^(٣).

وعلى ذلك فإنه لا يكفي ادعاء الإدارة بوجود المصلحة العامة في أعمالها وتصرفاتها، بل لا بد أن يتأكد القاضي من مدى توفره على ضوء الظروف المحيطة بالواقعة المعروضة عليه، فإذا ثبت للقاضي توفر هذا الشرط - بالإضافة إلى الشروط الأخرى - فإنه سيحكم بمشروعية تصرف الإدارة، وعلى العكس إذا اختل أحد الشروط، فإنه يقضي بإلغاء تصرف الإدارة^(٤). ويؤكد القضاء الفرنسي على هذا الشرط حيث أكد على وجود صفة المصلحة العامة في العمل المتخذ الذي لا يكون جائزاً إلا لمواجهة ضرورات الوقت^(٥)، بمعنى أنه يجب أن يكون الإجراء الاستثنائي الذي اتخذته الإدارة مستهدفاً غاية تحقيق المصلحة العامة.

والجدير بالذكر أن شرط ابتغاء المصلحة العامة هو قيد عام فهو ينطبق على حالة

(١) «حكم مجلس الدولة الفرنسي قضية «Heyries» الصادر في ٢٨ / ٦ / ١٩١٨م» مارسولون وآخرون، ترجمة د / أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مرجع سابق، ص ٢٤٥. وكذا حكم مجلس الدولة في قضية «Dehien» الصادر في ٧ / ٦ / ١٩٥٠م. مشار إليه لدى: د / عبدالله طلبة، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٢) د / مراد بدران، مرجع سابق، ص ٤٠-٤١.

(٣) د / محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٤) د / مراد بدران، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٥) مارسولون وآخرون، ترجمة د / أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

الظروف الاستثنائية، كما ينطبق على السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة حيث أن الإدارة تلتزم بأن تكون قراراتها أو أعمالها المستندة إلى سلطتها التقديرية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وإلا كانت عرضة للإلغاء فضلاً عن التعويض.

رابعاً: انتهاء الحالة الاستثنائية بانتهاء الظرف الاستثنائي:

يرتبط السماح للإدارة باستخدام السلطات الواسعة ببداية ونهاية الظرف الاستثنائي، حيث تتحدد فترة هذه الممارسة بفترة قيام الظرف الاستثنائي، فإذا انتهى الظرف الاستثنائي فإنه يتعين على الإدارة العودة لاستخدام السلطات المقررة لها في الظروف العادية^(١). وقد عبر عن ذلك مجلس الدولة الفرنسي بأنه يجب للالتجاء إلى نظرية الظروف الاستثنائية استمرار وجود الظروف الاستثنائية في تاريخ القرار المتنازع فيه، فلا يمكن الاستمرار في تنفيذ قرار تبرره ظروف استثنائية بعد انقضاء هذه الظروف^(٢).

خامساً: تناسب الإجراءات الاستثنائية مع الظرف الاستثنائي:

حيث يتعين على الإدارة أن تستخدم من الوسائل والإجراءات ما يتناسب مع القدر اللازم لمواجهة الظرف الاستثنائي. فإذا اشتطت الإدارة في استخدام سلطتها بما يزيد على ذلك القدر، فإن أعمالها ستكون غير مشروعة^(٣). ومن هنا فإنه يجب أن تكون السلطات الاستثنائية الممنوحة للإدارة مقصورة على هذه الظروف وحدها، وبالقدر الضروري لمواجهة الظرف الاستثنائي، فلا يحق لها أن تتخذ إجراءات تتجاوز هذا الحد، ويستتبع أعمال هذا الشرط أنه يجب على الإدارة ألا تضحى بمصالح الأفراد في سبيل المصلحة العامة، بل يجب على الإدارة أن تراعي الحرص والحذر في اختيار أنسب الوسائل والإجراءات وأقلها ضرراً بالأفراد.

إلى هنا نكون قد انتهينا من دراسة المبحث الأول الذي خصص لحالة الظروف الاستثنائية من الناحية النظرية، ونتناول تباعاً في المبحث الثاني موقف القانون اليمني من حالة الظروف الاستثنائية بوصف وتحليل التنظيم الدستوري والقانوني لحالة الطوارئ باعتبارها النموذج التطبيقي الأهم لحالة الظروف الاستثنائية.

(١) د/ عبد الغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٢) مارسو لون وآخرون، ترجمة د/ أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

(٣) د/ عبد الغني بسيوني عبدالله، مرجع سابق، ص ٥٢.

المبحث الثاني حالة الظروف الاستثنائية في القانون اليمني

المطلب الأول

تنظيم حالة الظروف الاستثنائية في القانون اليمني (حالة الطوارئ)

أولاً: مسلك المقتن اليمني في تنظيم حالة الظروف الاستثنائية:

تناولنا سابقاً حالة الظروف الاستثنائية من الناحية الفقهية والقضائية وتعرفنا على مفهومها والآراء التي قيلت في تحديد أساسها وحدود تطبيقها، فإذا كانت نظرية الظروف الاستثنائية من صنع القضاء وأن الدول قد تبنتها في تشريعاتها - كما رأينا - فإنه عادة ما يتخذ لتنظيم حالة الظروف الاستثنائية أحد أسلوبيين^(١):

الأول: ويتمثل في أن تصدر قوانين تنظم سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية بعد وقوعها، فيصدر المقتن قانوناً يخول اختصاصات استثنائية لسلطة معينة لمواجهة الظروف القائمة. ويتسم هذا الأسلوب بأنه يعطي ضمانات أكثر لحقوق الأفراد وحررياتهم؛ لأنه لا يعطي السلطة التنفيذية سلطة تقديرية في اللجوء إلى نظام استثنائي تم تشريعه مسبقاً. ويعيبه أن هناك من الظروف ما يقع بشكل مفاجئ مما قد يجعل الإدارة عاجزة عن مواجهتها؛ لأنها ستكون مقيدة حتى تصدر ذلك التشريع الذي يستغرق وقتاً لإصداره.

الثاني: يتمثل في إعداد تشريعات معدة سلفاً لمواجهة الظروف الاستثنائية تنص على شروط وأوضاع تطبيق النظام الاستثنائي. ويتسم هذا الأسلوب بالسرعة والحسم في مواجهة المخاطر المحدقة. إلا أن من عيوبه احتمال أن تستخدم الإدارة سلطاتها في إعلان الحالة الاستثنائية في توسيع سلطانها وتقوية مكانتها، مما قد يعود سلباً على حريات وحقوق الأفراد.

وتأخذ معظم الدول بالأسلوب الثاني، وعادة ما تسمى بـ «حالة الطوارئ» حيث تعترف هذه الدول بهذه الحالة عن طريق النص في صلب دساتيرها على إقراره وتنظيم كيفية اللجوء إليه، وإحالة باقي الأحكام والتفاصيل وطرق وإجراءات تطبيقه إلى قانون مستقل خاص به، فمن جهة: ينظم دستورياً بإقراره والاعتراف به وتحدد الملامح

(١) د/ محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، القاهرة ٢٠٠٩م، ص ٤١ د/ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، مصر - الإسكندرية، ١٩٨٢م، ص ٣٨.

الرئيسية لإعماله في صلب الدستور، ومن جهة أخرى: يتم تنظيم هذا النظام قانونياً عن طريق سن قانون يتكفل بتحديد الأحكام والإجراءات المرتبطة بتطبيقه.

وهذا هو حال المقنن اليمني حيث تعد بلادنا من بين الدول التي اعترفت بأنظمة استثنائية معدة سلفاً تسمح بمواجهة الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد، وتتمثل هذه الأنظمة في (حالة الطوارئ- التعبئة العامة- الدفاع المدني)، وتعد حالة الطوارئ وما يرتبط بها من أحكام وإجراءات من أهم تطبيقات حالة الظروف الاستثنائية في اليمن، لذا اكتفى الباحث بتناول التنظيم الدستوري والقانوني لحالة الطوارئ في اليمن، حيث أن حالة الطوارئ تعد أقوى مظهر للتشريعات الاستثنائية.

وقد اعترف الدستور الحالي للجمهورية اليمنية بنظام حالة الطوارئ في المادة (١٢١) منه^(١) التي تمثل (التنظيم الدستوري) لحالة الطوارئ، ولا تثار مشكلة بالنسبة للنص الدستوري، ولكن المشكلة تدور حول (التنظيم القانوني) لحالة الطوارئ والذي يتمثل في قانون الطوارئ الصادر عام ١٩٦٣م^(٢) باعتباره من القوانين الشطرية الصادرة قبل الوحدة، مما يثير مسألة مدى إمكانية الاعتداد به، وهو ما سنناقشه في الفقرة التالية تباعاً.

ثانياً: تنظيم حالة الطوارئ في الدستور والقانون اليمني:

أقر الدستور الحالي نظام حالة الطوارئ في المادة (١٢١) منه، حيث تنص على: [يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ بقرار جمهوري على الوجه المبين في القانون ويجب دعوة مجلس النواب لعرض هذا الإعلان عليه خلال السبعة الأيام التالية للإعلان فإذا كان مجلس النواب منحللاً ينعقد المجلس القديم بحكم الدستور فإذا لم يدع المجلس للانعقاد أو لم تعرض عليه في حالة انعقاده على النحو السابق، زالت حالة الطوارئ بحكم الدستور، وفي جميع الأحوال لا تعلن حالة الطوارئ إلا بسبب قيام الحرب أو الفتنة الداخلية أو الكوارث الطبيعية ولا يكون إعلان حالة الطوارئ إلا لمدة محدودة ولا يجوز مدتها إلا بموافقة مجلس النواب]^(٣). ويتبين من النص أن المقنن اليمني قد أحسن صنعاً بأن نظم الغالبية العظمى من الأحكام الخاصة بإعلان حالة الطوارئ في صلبه، فقد تضمن الجهة المختصة بالإعلان والعرض على مجلس النواب، وأوجب أن

(١) المادة (١٢١) من دستور الجمهورية اليمنية الحالي، ووزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد السابع، الجزء الثاني، الصادر بتاريخ ١٥ / أبريل / ٢٠٠١م، ص ٢٨.

(٢) وهو القرار الجمهوري بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٦٣م بشأن حالة الطوارئ، والمعدل بالقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٣م.

(٣) الدستور الحالي للجمهورية اليمنية، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٢٨.

تكون حالة الطوارئ محددة، وحدد حصراً مبررات لإعلان حالة الطوارئ. كما يتبين من النص الدستوري المذكور [يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ بقرار جمهوري على الوجه المبين في القانون] أنه يفترض وجود (قانون) ينظم هذه الحالة، وعند البحث في القوانين فإننا لا نجد سوى قانون واحد بخصوص حالة الطوارئ، وهو القرار الجمهوري بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٦٣م بشأن حالة الطوارئ والمعدل بالقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٣م.

ولما كان هذا القانون من القوانين الشطرية الصادرة قبل الوحدة، فهل يمكن الاعتداد به؟ وما مدى إمكانية العمل بالأحكام الواردة فيه؟ الواقع أن الآراء قد تباينت بهذا الخصوص ونوجزها على النحو التالي:

(١) الرأي الأول: إمكانية الاعتداد بقانون الطوارئ لعام ١٩٦٣م:

يرى أستاذنا الدكتور/ أبو بكر مرشد الزهيري أن القانون الذي أشارت إليه المادة (١٢١) من الدستور هو قانون الطوارئ الصادر عام ١٩٦٣م، على اعتبار أن جميع الدساتير والإعلانات الدستورية المتعاقبة قد أكدت على سريان القوانين والقرارات السابقة على صدورها، وأنه لم يوجد في دستور دولة الوحدة عام ١٩٩١م ولا في اتفاقية الوحدة ما يفيد إلغاء هذا القانون، ومن ناحية أخرى يؤكد سيادته على إمكانية الاعتداد بهذا القانون بأن قرار إعلان رئيس الجمهورية لحالة الطوارئ خلال حرب الانفصال عام ١٩٩٤م قد خلا من تحديد رقم القانون وتاريخه، وبالتالي يكون المقصود هو قانون ١٩٦٣م كونه القانون الوحيد الصادر بهذا الخصوص^(١).

ومع التقدير لسيادة الدكتور صاحب الرأي، إلا أن الباحث يرى بجانبه للصواب وذلك من ناحيتين:

الأولى: إن القول بأن «جميع الدساتير والإعلانات الدستورية المتعاقبة قد أكدت على سريان القوانين والقرارات السابقة على صدورها»، هو أمر لا يمكن التسليم به، حيث يمكن القبول بذلك على افتراض بقاء نص المادة (١٣٠) من دستور الوحدة لعام ١٩٩١م والتي تنص على أن: [كلما قرره القوانين والقرارات المعمول بها في كل من شطري اليمن تبقى سارية المفعول في الشطر الذي كانت سارية فيه عند صدورها إلى أن تعدل وفقاً

(١) د/ أبو بكر مرشد الزهيري، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة «دراسة تطبيقية على التشريعات اليمنية والسودانية»، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، ٢٠٠٦م، ص ٧٥-٧٨.

للقواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذا الدستور^(١)، أما بعد التعديلات الدستورية لعامي (١٩٩٤-٢٠٠١م) والتي لم تذكر مثل هذا النص، فلا يمكن الاعتداد بقانون الطوارئ لعام ١٩٦٣م، لأنه تم إلغاء نص هذه المادة وإلغاء حكمها تبعاً لذلك، والجدير بالذكر أن نص هذه المادة قد جاء في دستور الوحدة بشكل مؤقت حتى تتاح الفرصة لتوحيد تشريعات الشطرين، ومن ثم ألغي هذا النص.

الثانية: بالنسبة للقول بأن «إعلان رئيس الجمهورية لحالة الطوارئ في عام ١٩٩٤م قد خلا من تحديد رقم القانون وتاريخه وأن المقصود هو قانون الطوارئ»، فإنه صحيح أن المقصود هو قانون الطوارئ؛ لأنه لا يوجد غيره في المنظومة التشريعية، إلا أن ذلك لا يعني إمكانية العمل بهذا القانون، ومن ناحية أخرى قد يكون عدم تحديد رقم القانون وتاريخه هو الخشية من الالتفات لهذا القانون وفتح باب لمناقشة مشروعية قرار الإعلان.

٢) الرأي الثاني: عدم الاعتداد بقانون الطوارئ لعام ١٩٦٣م؛

يرى أستاذنا الدكتور / مطهر محمد العزي أنه لا يمكن العمل بقانون الطوارئ الصادر عام ١٩٦٣م، ويبدو ذلك جلياً في قوله: [إن القارئ لهذا القانون يجده أولاً وقبل كل شيء قانوناً شطرياً لا يصح أن يتعامل به مطلقاً لما فيه من عيوب وقصور وانتهاك صارخ للحقوق والحريات ناهيك وأن اليمن الآن أصبحت من أبرز الدول العربية ديمقراطية... فكيف إذاً نحتكم لقانون يتعارض مع الشريعة الدولية لحقوق الإنسان وعلى حد أدنى يعد متعارضاً لنصوص دستور الجمهورية اليمنية النافذ... ومخالفاً للقواعد الدستورية المقررة بشكل صارخ، وفي تطبيقه مساس وانتهاك للحقوق والحريات الأساسية، بل ومخالف للشريعة الدولية لحقوق الإنسان]^(٢).

ويؤكد أستاذنا الدكتور / أحمد عبدالرحمن شرف الدين على انعدام هذا القانون وعدم إمكانية العمل به إطلاقاً، وذلك بقوله: [فالواقع أنه لم يصدر وحتى الآن قانون للطوارئ في اليمن فكلما يوجد من قوانين في اليمن تحكم الظروف الاستثنائية هو قانون مجلس الدفاع الوطني رقم (١٢) لسنة ١٩٩١م وقانون الدفاع المدني رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٧م]^(٣).

ويبدو أن الرأي الثاني هو الأولي بالقبول حيث أنه لا يمكن الاعتداد بقانون الطوارئ

(١) دستور دولة الوحدة، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد الأول، الصادر بتاريخ ٣١ / مايو / ١٩٩٠م، ص ٢٠.

(٢) د / مطهر محمد إسماعيل العزي، السلطات الثلاث في الفكر السياسي الوضعي والفكر السياسي الإسلامي، مكتبة الصادق، صنعاء - اليمن، ص ٢٠٩.

(٣) د / أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص ١١٥.

لعام ١٩٦٣م، وبهذا الصدد يضيف الباحث نقطة هامة، وهي أن قانون الطوارئ لعام ١٩٦٣م لم يصدر عن البرلمان ذاته، بل إنه [قرار جمهوري بقانون^(١)]؛ أي أنه من قبيل لوائح الضرورة^(٢) التي تصدرها السلطة التنفيذية في غيبة البرلمان أو في فترة حله، وهذا أمر غير مقبول، حيث أنه لا يمكن أن تتولى السلطة التنفيذية - عن طريق سلطتها الاستثنائية في التشريع - تحديد اختصاصاتها الاستثنائية التي تستوجبها حالة الطوارئ.

المطلب الثاني

مبررات إعلان حالة الطوارئ في القانون اليمني

حدد الدستور اليمني المبررات الداعية إلى إعلان حالة الطوارئ في المادة (١٢١) منه ما لفظه: [.. وفي جميع الأحوال لا تعلن حالة الطوارئ إلا بسبب قيام الحرب أو الفتنة الداخلية أو الكوارث الطبيعية]^(٣)، ولقد أحسن المقنن الدستوري اليمني حينما نص صراحة على المبررات الداعية لإعلان حالة الطوارئ في صلبه، على خلاف نظيره المصري^(٤) الذي أحال تحديد تلك المبررات إلى القانون الخاص بالطوارئ، ولا يخفى ما لتنظيم تلك المبررات في القانون بدلاً من تنظيمها في الدستور من عيوب؛ لأن إجراءات تعديل القوانين أسهل وأيسر من إجراءات تعديل الدستور. فمن غير المستحب ترك تحديدها للقانون، لما للسلطة التنفيذية من تأثير متزايد على السلطة التشريعية خصوصاً إذا كان أغلبية أعضاء البرلمان ينتمون للحزب الحاكم^(٥). وبالتالي فإن مبررات إعلان حالة الطوارئ تتمثل فيما يلي:

- (١) وهو القرار الجمهوري بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٦٣م بشأن حالة الطوارئ.
- (٢) لوائح الضرورة: هي تلك القرارات التي تصدر من السلطة التنفيذية أثناء عطلة البرلمان أو في فترة حله، وتكون لها قوة القانون على الرغم من صدورها من السلطة التنفيذية.
- (٣) الدستور الحالي للجمهورية اليمنية، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٢٨.
- (٤) حيث تنص المادة (١٤٨) من الدستور المصري لعام ١٩٧١م: (يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يراه بشأنه، وإذا كان مجلس الشعب منحلّاً يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له، وفي جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محددة ولا يجوز مدّها إلا بموافقة مجلس الشعب).
- (٥) د/ مطهر محمد العزي، مرجع سابق، ص ٢٠٦. انظر في هذا المعنى أيضاً: د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

أولاً: المبرر الأول «قيام الحرب»:

إن أحد أهم المبررات الداعية إلى إعلان حالة الطوارئ هي قيام حالة الحرب، لما يترتب عليها من مخاطر محدقة ومهددة للمصالح العليا للدولة، ومن جهة على مصالح وحقوق الأفراد. ويبدو أن حالة الحرب التي قصدها المقتن الدستوري باعتبارها إحدى الحالات التي تجيز استخدام سلطة الطوارئ هي التي تكون اليمن طرفاً فيها، أو التي تقع في أراضي الدول المجاورة ويكون لها تأثير كبير ومباشر على البلاد، أو التي تقع بين بلدان تربط اليمن بإحداها معاهدة دفاع مشترك أو حلف عسكري^(١).

على أن القانون المصري قد جعل (حالة التهديد بوقوع الحرب) أحد مبررات إعلان حالة الطوارئ، وقد تعرض هذا المسلك للانتقاد باعتبار أن تحديد حالة التهديد بالحرب هو أمر لا سبيل إلى تحديده، فلا يشترط لقيام هذه الحالة أن تتحقق بالجمهورية أو تكون بسببها أو متعلقة بها أو أن تكون الجمهورية طرفاً في الحرب التي تهدد بالوقوع، كما لا يشترط أن تكون الحرب المهدد بوقوعها داهمة أي حالة وعاجلة ولا أن تكون الحالة المهددة بوقوع الحرب مفاجئة^(٢). ويبدو أن هذا النقد في محله ذلك أن السلطة التنفيذية قد تتوسع في تقدير إعلان حالة الطوارئ بناءً على التهديد بالحرب، حيث يكون لها أن تعلن حالة الطوارئ ولو لم تكن هناك أي حرب.

ولما كان هذا هو موقف المقتن المصري، فهل يمكن اعتبار التهديد بوقوع الحرب أحد مبررات إعلان حالة الطوارئ بالنسبة للجمهورية اليمنية؟ الواقع أن الدستور اليمني لم يذكر شيئاً عن التهديد بوقوع الحرب، بل جعل قيام الحرب وحدها هي المبرر لإعلان حالة الطوارئ، وبالتالي فإن التهديد بوقوعها لا يمكن اعتباره أحد مبررات إعلان حالة الطوارئ في اليمن. ولا يقدح في صحة هذا القول أن المادة الأولى من قانون الطوارئ لعام ١٩٦٣م قد أقرت «التهديد بوقوع الحرب» كأحد مبررات إعلان حالة الطوارئ^(٣)، إذ أنه لا يمكن العمل بهذه المادة - ولا بالقانون برمته - لمخالفته نصاً دستورياً صريحاً حدد مبررات إعلان الطوارئ حصراً دون غيرها.

(١) د/ أبو بكر مرشد الزهيري، مرجع سابق، ص ١٣٧.

(٢) د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٢٥. د/ محمد الوكيل، مرجع سابق، ص ٣٥٦.

(٣) حيث جاء في المادة الأولى من هذا القانون: [... سواءً أكان ذلك بسبب وقوع الحرب أو قيام حالة التهديد بوقوعها...]، القرار الجمهوري بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٦٣م بشأن حالة الطوارئ، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، السنة الأولى، العدد الخامس، الصادر بتاريخ ١/ يونيو/ ١٩٦٣م، ص ٤٠.

ثانياً: المبرر الثاني «الفتنة الداخلية»:

لم يرد تعريف للفتنة الداخلية في أي من نصوص القوانين النافذة، ويبدو أن ذلك يرجع إلى صعوبة ضبط هذا المصطلح بتعريف دقيق يشمل كل معانيه وعناصره، على أن البعض يعرف الفتنة الداخلية بأنها: تلك التي يمتزج فيها الصراع السياسي أو الاجتماعي أو الطائفي بأعمال العنف والشغب، أو الأحداث التي تقع قبل أو أثناء أو بعد الانقلابات، أو الثورات الهادفة إلى تغيير نظام الحكم بالقوة^(١).

وأياً كان وصف (الفتنة الداخلية) فإن هذا المبرر يعد فضفاضاً فهو يفسح المجال لتطبيقه على وقائع قد لاتصل إلى الخطورة التي تبرر إعلان حالة الطوارئ، فقد تعمد الإدارة إلى إعلان حالة الطوارئ استناداً إلى وجود فتنة داخلية ولو لم تبلغ هذه الفتنة درجة كبيرة من الخطر. وخير مثال على ذلك: أعلنت حالة الطوارئ خلال حرب الانفصال باعتبارها فتنة داخلية حيث جاء في ديباجة قرار إعلان حالة الطوارئ لعام ١٩٩٤م: [.. ونظراً لقيام فتنة داخلية في البلاد بسبب تمرد عناصر انفصالية...]^(٢). كما أعلنت حالة الطوارئ بناءً على ذات المبرر حيث جاء في ديباجة لقرار إعلان الطوارئ لعام ٢٠١١م: [.. ونظراً لقيام حالة شغب في بعض المدن اليمنية واعتداءات على الممتلكات العامة والخاصة مما يشكل فتنة داخلية تهدد الوحدة الوطنية والنسيج الاجتماعي والسلام والاستقرار..]^(٣). ويتضح من النصين السابقين أن حالة الطوارئ أعلنت مرتين استناداً إلى ذات المبرر وهو (الفتنة الداخلية) ولكن لحدوث واقعتين مختلفتين، ويلاحظ أن حرب الانفصال أكثر خطورة بكثير من الحالة الثانية التي قد تكفي السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة لمواجهتها، وحالاً لهذا الإشكال المتمثل في غموض مصطلح الفتنة الداخلية يمكن وضع قاعدة عامة مفادها: أن الفتنة الداخلية لا تكون مبرراً لإعلان حالة الطوارئ إلا إذا لم تتمكن الإدارة من مواجهة أخطار هذه الفتنة بالقواعد القانونية المقررة في الظروف العادية^(٤).

وقد عبر المقنن المصري عن هذا المبرر بـ(حدوث اضطرابات في الداخل)، على أنه

(١) د/ أبو بكر مرشد الزهيري، مرجع سابق، ص ١٤٠.

(٢) القرار الجمهوري رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٤م، الجريدة الرسمية، العدد العاشر، الصادر بتاريخ ٣١/ مايو/ ١٩٩٤م، ص ٣.

(٣) القرار الجمهوري رقم (٦٥) لسنة ٢٠١١م، الجريدة الرسمية، العدد السادس، الصادر بتاريخ ٣١/ مارس/ ٢٠١١م، ص ٤٣.

(٤) تم اقتباس هذه الفكرة من أحد الشروط التي أوردها الفقهاء لتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية التي تم تناولها خلال المبحث الأول.

يشترط فيها أن تكون مسلحة، بحيث تشكل خطورة بالغة على نظام الدولة ومؤسساتها بشكل يصعب مواجهتها بأي طريقة أخرى^(١). وقد انتقد هذا المبرر على اعتبار أن تحديد هذه الاضطرابات ونوعيتها أمر صعب التحديد فهو يعني العصيان أو التمرد أو التظاهرات المسلحة أو المخربة، وذلك إذا اتخذت شكلاً جماعياً واتسمت بالعنف وتفاقم خطرهما، بحيث لم تعد السلطة التنفيذية قادرة على مواجهتها بوسائلها العادية. ومن ناحية أخرى فإن غموض مصطلح «الاضطرابات الداخلية» قد يتيح للسلطة التنفيذية إعلان حالة الطوارئ بسبب اضطرابات عادية قد لا تصل إلى درجة الخطر الذي يبرر إعلان حالة الطوارئ^(٢).

ثالثاً: المبرر الثالث «الكوارث الطبيعية»:

نجد تعريف الكوارث الطبيعية في قانون الدفاع المدني في المادة (١) الفقرة (ب) ... الكوارث الطبيعية: كل كارثة ليس للإنسان دخل فيها مثل: الهزات الأرضية والبراكين، والفيضانات، والأعاصير وغيرها^(٣). على أنه لا يلزم أن تقع هذه الكوارث في إقليم الدولة - كما يفهم من ظاهر النص - إذ ليس هناك ما يمنع من إعلان حالة الطوارئ إذا وقعت كارثة طبيعية في دولة مجاورة مادام تأثيرها قد وصل إلى إقليم الدولة بحيث أصبح من غير الممكن مواجهتها بالوسائل القانونية العادية^(٤).

وقد عبر المقتن المصري عن هذا المبرر بـ (كوارث عامة) على أنه يجب أن تصل هذه الكوارث إلى درجة من الأهمية بحيث تخرج من حيز التخصص والفردية إلى مستوى العمومية التي تنتشر فيها النتائج إلى كامل إقليم الدولة أو جزء يعتد به منها^(٥).

(١) انظر: د/ عزة مصطفى حسنى عبدالمجيد، مسئولية رئيس الدولة «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م، ص ١٠٦.

(٢) د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

(٣) القانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٧م بشأن الدفاع المدني، الجريدة الرسمية، العدد السابع، الجزء الثاني، الصادر بتاريخ ١٥/ أبريل / ١٩٩٧م، ص ٥.

(٤) د/ أبو بكر مرشد الزهيري، مرجع سابق، ص ١٤٢.

(٥) د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٢٥.

المطلب الثالث

إجراءات إعلان حالة الطوارئ وانتهائها

إذا توافر أحد المبررات المشار إليها في المطلب السابق، ففي هذه الحالة يمكن تطبيق نظام حالة الطوارئ وما يترتب عليه من تمتع السلطة التنفيذية بسلطات استثنائية، إلا أن تطبيق هذا النظام لا يتم تلقائياً بمجرد توافر أحد مبرراته، إذ لا بد أن يسبق ذلك إجراء هام وخطير وهو «إعلان حالة الطوارئ»، ونبين الجهة المختصة بإصدار قرار الإعلان وشروطه وبياناته وإجراءاته وانتهاء حالة الطوارئ وذلك من خلال الفقرات التالية:

أولاً: قرار إعلان حالة الطوارئ وشروطه:

الأصل أن إعلان حالة الطوارئ من اختصاص السلطة التشريعية باعتبارها المختصة دستورياً بتنظيم معظم السلطات الاستثنائية الممنوحة للسلطة التنفيذية في ظل نظام الطوارئ^(١)، إلا أنه واستثناء من هذا الأصل تذهب أغلب الدساتير المعاصرة إلى تقرير اختصاص السلطة التنفيذية حق إعلان العمل بنظام حالة الطوارئ؛ لأنها السلطة التي تملك اتخاذ الإجراءات السريعة إذا ما استوجبت الظروف العمل بهذا النظام، ونظراً لأنها موجودة باستمرار على نحو دائم على خلاف البرلمان الذي قد يكون في عطلة أو ما بين أدوار انعقاده^(٢).

أسند الدستور اليمني لرئيس الجمهورية إعلان حالة الطوارئ، وهذا هو حال القانون اليمني حيث جاء في المادة (١٢١) من الدستور: [يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ بقرار جمهوري على الوجه المبين في القانون ..]^(٣)، ويفيد النص أن الجهة المختصة بإعلان حالة الطوارئ تتمثل في رئيس الجمهورية^(٤) وأن أداة الإعلان هي القرار الجمهوري، على أن النص من ناحية أخرى قد تضمن أن تعلن حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون، فهل معنى ذلك أنه يلزم لصحة قرار الإعلان وجود قانون طوارئ؟ بمعنى آخر هل يؤثر- القول بعدم الاعتداد بقانون الطوارئ لعام ١٩٦٣م- على صحة قرار إعلان حالة الطوارئ؟ وما مدى صحة الإعلانات الصادرة في اليمن؟

(١) د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٢٧. أيضاً: د/ عاصم رمضان مرسي يونس، مرجع سابق، ص ٣١٩.

(٢) د/ عاصم رمضان مرسي يونس، مرجع سابق، ص ٣١٩.

(٣) الدستور الحالي للجمهورية اليمنية، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٤) وهناك نص آخر يقرر حق إعلان حالة الطوارئ لرئيس الجمهورية، وهو نص المادة (١١٩) من الدستور التي تضمنت اختصاصات رئيس الجمهورية ومنها: [١٧- إعلان حالة الطوارئ والتعبئة العامة وفقاً للقانون]، مرجع سابق، ص ٢٦.

توصلنا من خلال ما سبق إلى عدم إمكانية العمل بقانون ١٩٦٣م الخاص بتنظيم حالة الطوارئ، إلا أن الباحث يرى أن لا تأثير لذلك على صحة قرار الإعلان ذاته، ونؤسس الرأي على أن ورود عبارة (على الوجه المبين في القانون) لا يعني ضرورة وجود قانون كشرط لإصدار قرار إعلان الطوارئ، إذ أن الاعتراف بأي نظام استثنائي يكون عن طريق النص عليه في الدستور للإقرار بوجوده، ومن ثم سن قانون يتكفل بتحديد الأحكام والإجراءات المرتبطة بتطبيق هذا النظام. وبالتالي فإن النص الدستوري كافٍ للاعتراف بوجود نظام الطوارئ في اليمن، لاسيما أنه قد نظم كل الشروط اللازمة لإعلان حالة الطوارئ باستثناء شرط وحيد للبيانات التي يتضمنها قرار الإعلان، وهذا لا يؤثر في صحة قرار الإعلان- كما سنرى.

ومن جانب آخر، فإن قرار إعلان حالة الطوارئ يعد قراراً إدارياً^(١)، وبالتالي فهو يخضع لرقابة القضاء شأنه شأن سائر القرارات الإدارية، لذا فإن القول بعدم صحته تعني اختلال أحد أركانه، ولكننا نرى أن قرار إعلان حالة الطوارئ يكون مكتمل الأركان حتى مع عدم وجود قانون الطوارئ، وبيان ذلك: فمن حيث الاختصاص: فإن القرار صادر من جهة مختصة وهو رئيس الجمهورية، ومن حيث المحل: فإن محل القرار صحيح إذ أن تحقيق الأثر المترتب على قرار إعلان حالة الطوارئ ممكن ومشروع ويتمثل هذا الأثر في توسيع سلطات الإدارة بناءً على النصوص القانونية النافذة^(٢)، ومن حيث الشكل: فإن القرار أيضاً يكون صحيحاً، حيث أنه صادر بقرار جمهوري وهذا ما قرره الدستور من وجوب أن تعلن حالة الطوارئ بقرار جمهوري، ومن حيث الغاية: فإن صدور قرار إعلان حالة الطوارئ يستهدف حماية المصلحة العامة من الأخطار المحدقة.

وقد يقول قائل بأن التأكيد على صحة قرار الإعلان مع عدم الاعتداد بالقانون لن يحقق أي فائدة عملية، إذ أن الإدارة لن تستفيد من الصلاحيات الاستثنائية الواردة في قانون الطوارئ. ويرد على ذلك، بأن الإدارة تستطيع الاستفادة من القواعد القانونية الواردة في القوانين الأخرى التي أوردت أحكاماً بخصوص حالة الطوارئ- كما سنرى. وبالتالي نتوصل إلى أن قرار إعلان الطوارئ يصدر صحيحاً حتى مع عدم الاعتداد بقانون ١٩٦٣م، وبالتالي فلا يمكن القول بأن قرارات إعلان حالة الطوارئ التي صدرت في اليمن

(١) وهناك رأي آخر بأن قرار إعلان حالة الطوارئ يعد من أعمال السيادة، وستتناول طبيعة قرار إعلان حالة الطوارئ تفصيلاً في هذا البحث.

(٢) وإن لم تتسع سلطات الإدارة بموجب قانون الطوارئ، فإنها تتسع بناءً على الأحكام المقررة في التشريعات الأخرى ومن هذه التشريعات: (قانون الاحتياط العام، قانون الدفاع المدني، قانون الجرائم والعقوبات العسكرية).. وغيرها- كما سنرى.

باطلة بحجة عدم وجود قانون للطوارئ، فتكون حالة الطوارئ معلنة من تاريخ صدور قرار إعلان حالة الطوارئ، ولكن بصفة مؤقتة حتى يتم عرض قرار الإعلان على مجلس النواب ليبت في قرار إعلان الطوارئ بشكل نهائي.

ثانياً: العرض على مجلس النواب:

لما كان تقرير اختصاص السلطة التنفيذية بإعلان حالة الطوارئ يعد استثناء من الأصل، فإن ذلك لا يعني أن تستقل السلطة التنفيذية بذلك تماماً، لذا فإن معظم الدساتير أوجبت إما ضرورة الحصول على موافقة مسبقة أو الالتزام بعرض هذا الإعلان في أقرب وقت ممكن على السلطة التشريعية لتبت فيه على ضوء الظروف التي بررت^(١). وقد أخذ المقنن اليمني بالأسلوب الثاني حيث جاء في المادة (١٢١) من الدستور الحالي: [.. ويجب دعوة مجلس النواب لعرض هذا الإعلان عليه خلال السبعة الأيام التالية للإعلان فإذا كان مجلس النواب منحللاً ينعقد المجلس القديم بحكم الدستور..]^(٢). وبناءً على ذلك، فإنه عقب صدور قرار إعلان حالة الطوارئ على النحو المبين آنفاً فإن حالة الطوارئ تعد معلنة ولكن بشكل مؤقت حتى يتم عرض قرار الإعلان على مجلس النواب ليبت فيه بشكل نهائي، وهنا سنكون أمام أحد الفرضين التاليين:

الفرض الأول: موافقة مجلس النواب على إعلان حالة الطوارئ، فهنا تعد هذه الموافقة بمثابة مصادقة على قرار إعلان حالة الطوارئ، وإقرار بصحة الإجراءات التي اتخذتها أو ستخذها السلطة القائمة على الطوارئ بناءً على ذلك الإعلان.

الفرض الثاني: عدم موافقة مجلس النواب على إعلان حالة الطوارئ، فإن الأصل هنا أن أثر عدم الموافقة يقتصر على المستقبل دون أن ينسحب إلى الماضي، ودون أن يؤثر في سلامة إعلان الطوارئ خلال الفترة السابقة لموافقة البرلمان عليه، باعتبار أن الإعلان قد صدر صحيحاً بصفة مؤقتة حتى يبت فيه البرلمان بشكل نهائي. ومع ذلك فإنه يجوز للبرلمان أن يقرر بنص صريح سريان هذا الإلغاء بأثر رجعي، وفي هذه الحالة يعتبر ذلك الإعلان باطلاً وكذا كل الإجراءات المستندة إليه، وتكون السلطة التنفيذية مسؤولة عن ذلك^(٣).

ويضيف بعض الفقهاء فرضاً ثالثاً، وهو حالة صمت مجلس النواب عن الموافقة أو

(١) د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٤٩. د/ محمد الوكيل، مرجع سابق، ص ٣٦٠.

(٢) الدستور الحالي للجمهورية اليمنية، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٣) د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٥٢. د/ محمد الوكيل، مرجع سابق، ص ٣٦٢-٣٦٣.

عدم الموافقة، حيث يجب اعتبار هذا الصمت رفضاً لإعلان حالة الطوارئ، ذلك أن هذا الصمت قد يترتب على عدم طرح قرار الإعلان للمناقشة أمام المجلس، كما قد يترتب على عدم موافقة المجلس على قرار الإعلان وتحرجه من إبداء رأيه صراحة لأسباب سياسية^(١). ويرى الباحث أنه لا محل للقول بذلك لأن الدستور أوجب دعوة مجلس النواب للانعقاد، ومن غير المتصور أن يعقد اجتماع لأعضاء المجلس لغرض مناقشة موضوع معين دون التصويت عليه، ولا يمكن قبول تحرج البرلمان من إبداء رأيه لأي سبب كان؛ لأن صمته يتنافى مع مدلول العرض على البرلمان الذي ينصرف إلى طرح قرار الإعلان للمناقشة أمام المجلس، ثم استصدار موافقة البرلمان عليه^(٢).

ثالثاً: تحديد مدة الإعلان:

جاء في آخر المادة (١٢١) من الدستور الحالي: [.. ولا يكون إعلان حالة الطوارئ إلا لمدة محدودة ولا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس النواب]^(٣)، وباستقراء هذا النص نجد أنه يثير المسألتين التاليتين:

١) وجوب أن تكون فترة الطوارئ لمدة محدودة:

وتبعاً لذلك فإنه يجب أن يتضمن قرار إعلان حالة الطوارئ بدء سريان وانتهاء حالة الطوارئ، إلا أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن النص لم يضع حداً أقصى لهذه المدة، وهذا يعد قصوراً تشريعياً قد يفسح المجال للإدارة أن تعلن حالة الطوارئ لمدة طويلة ولو لم يستوجب الظرف الاستثنائي ذلك، بل قد يزول الظرف الاستثنائي وحالة الطوارئ لإزالة معلنة. والواقع أنه على الرغم من أن إعلان الطوارئ لمدة طويلة لا يتعارض مع النص الدستوري الذي تضمن فقط أن يكون الإعلان «لمدة محدودة»، إلا أنه لاشك يتعارض مع روح النصوص الدستورية والتشريعية، لذا ينبغي أن يكون تطبيق الطوارئ لأقصر مدة ممكنة؛ لأن سلطات الطوارئ هي سلطات مؤقتة بطبيعتها والضروقات تقدر بقدرها، ولا داعي لاستمرار العمل بنظام استثنائي دون موجب لذلك^(٤)، ومع ذلك فإنه يجب على المقتن اليمني تلافي هذا القصور، ويمكنه ذلك عن طريق النص على أن تنتهي حالة فترة الطوارئ بمجرد زوال أو انتهاء الظرف الاستثنائي الذي أعلنت بسببه حالة الطوارئ.

(١) د/ حازم صادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م، ص ٧٩٥. أيضاً: د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٥٢-٣٥٣.

(٢) د/ محمد الوكيل، مرجع سابق، ص ٣٦٢.

(٣) الدستور الحالي للجمهورية اليمنية، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٤) د/ محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص ٤٥٧.

٢) وجوب أن يكون مد فترة الطوارئ بموافقة مجلس النواب:

فإذا دعت الحاجة إلى مد حالة الطوارئ فإنه يجب على السلطة التنفيذية قبل انتهاء المدة المحددة في قرار الإعلان أن تقدم طلباً إلى مجلس النواب للموافقة على ذلك. ولكن ما هو الحال إذا اقتضت الحاجة مد حالة الطوارئ وكان مجلس النواب في غير أوضاع انعقاده أو كان منحللاً؟ الواقع أن النص الدستوري لم يتطرق لهذا الأمر فلم يتضمن إلا عبارة: [ولا يجوز مدّها إلا بموافقة مجلس النواب]، إلا أنه يمكن قياس الحكم الوارد بشأن عرض قرار الإعلان على مسألة مد حالة الطوارئ، فإذا كان يجب على رئيس الجمهورية عقب إصدار قرار إعلان الطوارئ أن يدعو مجلس النواب للانعقاد لعرض قرار الإعلان عليه، فإنه يمكن تطبيق هذا الحكم على مد حالة الطوارئ حيث يجب على رئيس الجمهورية دعوة المجلس للانعقاد ولو كان في فترة عطلته للنظر في مد فترة الطوارئ، وبالنسبة للحالة الثانية وهي أن يكون مجلس النواب منحللاً، فقد جاء في النص الدستوري أنه يجب انعقاد المجلس القديم بحكم الدستور لعرض قرار إعلان الطوارئ عليه. وهذا ما يمكن تطبيقه أيضاً عند طلب مد حالة الطوارئ، فيكون واجباً أن ينعقد المجلس القديم للنظر في طلب مد حالة الطوارئ.

وعلى هذا النحو يمكن القول بأن يجب على رئيس الجمهورية عند طلب مد حالة الطوارئ الالتزام بذات الإجراءات المقررة لعرض قرار إعلان الطوارئ على مجلس النواب.

رابعاً: انتهاء حالة الطوارئ:

لما كانت أداة إعلان حالة الطوارئ هي القرار جمهوري، فإن إنهاء حالة الطوارئ يكون بنفس الأداة، حيث جاء في المادة (٢) من القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠م بشأن الاحتياط العام عند تعريفها لحالة الطوارئ: [... وتعلن وتنتهي بقرار من رئيس مجلس الرئاسة^(١)]. وهكذا تنتهي حالة الطوارئ بقرار من رئيس الجمهورية كما هو الحال عند إعلانها، والواقع أن هذا الحكم عديم الفائدة، لأن حالة الطوارئ تنتهي بمجرد انتهاء المدة المحددة في قرار الإعلان دون أن يتعلق هذا الإنهاء بإرادة السلطة التنفيذية التي لا تملك الاستمرار في نظام الطوارئ إلا بموافقة البرلمان، ويمكن تبرير منح رئيس الجمهورية هذه السلطة لتمكينه من إنهاء حالة الطوارئ قبل حلول أجلها إذا ما رأى أن الظروف تلائم ذلك^(٢)، ومن ناحية أخرى يمكن عملياً للسلطة التنفيذية أن تجمد العمل بنظام الطوارئ وهو ما

(١) قانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٧م، بشأن الاحتياط العام، الجريدة الرسمية، العدد (١٢)، الصادر بتاريخ ١٥/

نوفمبر/ ١٩٩٠م، ص ١٠.

(٢) د/ محمد الوكيل، مرجع سابق، ص ٣٨١. انظر أيضاً: د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

يتساوى عملاً مع إنهاء العمل به، ذلك أن مجرد إعلان حالة الطوارئ لا يوجب على سلطة الطوارئ ممارسة الاختصاصات الاستثنائية ووضعها حتماً موضع التنفيذ؛ لأن مباشرة هذه الاختصاصات قوامها سلطة تقديرية بحيث يكون لسلطة الطوارئ أن تمارسها أو لا تمارسها وذلك حسب الظروف التي تتعرض لها^(١).

ولكن هل تنتهي حالة الطوارئ بزوال أو انتهاء ظرف الاستثنائي وذلك قبل حلول الأجل المحدد في قرار الإعلان؟ الحقيقة أن استمرار حالة الطوارئ على الرغم من انقضاء السبب الاستثنائي يعد مخالفة لروح القانون، إلا أنه يصعب الحكم بعدم مشروعيته حيث تقضي القواعد العامة بزوال حالة الطوارئ طالما زالت مبررات إعلانها^(٢)، وعلى ذلك فإن كل ما يمكن ترتيبه من أثر في مثل هذه الحالة هو الطعن ضد القرار السلبي لرئيس الجمهورية بعدم إصدار قرار الإنهاء^(٣).

على أن المادة (١٢١) من الدستور قد بينت أحوال انتهاء حالة الطوارئ حيث جاء فيها: [.. ويجب دعوة مجلس النواب لعرض هذا الإعلان عليه خلال السبعة الأيام التالية للإعلان فإذا كان مجلس النواب منحلًا ينعقد المجلس القديم بحكم الدستور فإذا لم يدع المجلس للانعقاد أو لم تعرض عليه في حالة انعقاده على النحو السابق، زالت حالة الطوارئ بحكم الدستور...]^(٤). وباستقراء نص هذه المادة يتبين أنها قد أوردت الأسباب التي تؤدي إلى زوال حالة الطوارئ بحكم الدستور، وهي:

- ١) عدم دعوة مجلس النواب السابق للانعقاد إذا كان المجلس قائماً، ذلك أن النص الدستوري قد ذكر هذا الحكم بصيغة الوجوب بقوله: (ويجب دعوة ..).
- ٢) عدم عرض قرار الإعلان على مجلس النواب سواءً أكان في حال انعقاده بناءً على دعوة رئيس الجمهورية، أو في فترة حله وانعقاد المجلس القديم.
- ٣) مضي المدة المحددة في النص الدستوري وهي سبعة أيام من دون العرض على مجلس النواب، ففي هذه الحالة تعتبر حالة الطوارئ منتهية. وهذا الانتهاء يقع بقوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك من مجلس النواب أو حتى من رئيس الجمهورية؛ إذ أن مرد ذلك الجزاء حكم القانون^(٥).

(١) د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٤٤٤.

(٢) د/ محمد الوكيل، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

(٣) د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

(٤) الدستور الحالي للجمهورية اليمنية، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٥) د/ عاصم رمضان مرسي يونس، مرجع سابق، ص ٣٥٦.

وبالإضافة إلى هذه الأسباب يمكن استنباط أحوال أخرى لانتهاج حالة الطوارئ، وهي:

(١) عدم موافقة مجلس النواب على إعلان حالة الطوارئ، فتعد منتهية من تاريخ عدم موافقة المجلس عليها ورفضه لها. وهذا الانتهاج يقع أيضاً بقوة القانون على النحو المبين سابقاً.

(٢) في حالة انتهاء المدة المحددة لحالة الطوارئ، وذلك تطبيقاً لحكم النص الدستوري والذي اشترط أن تكون حالة الطوارئ لمدة محددة.

(٣) في حالة عدم موافقة مجلس النواب على طلب مد حالة الطوارئ، وذلك تطبيقاً لحكم النص الدستوري الذي اشترط عدم جواز التمديد إلا بموافقة مجلس النواب.

(٤) في حالة انتهاء فترة التمديد لحالة الطوارئ على افتراض طلب مدها وموافقة مجلس النواب على ذلك.

ويترتب على إنهاء حالة الطوارئ عودة الأوضاع القانونية إلى ما كانت عليه، فتلتزم السلطة التنفيذية حدود اختصاصاتها العادية التي تقضي بها المنظومة التشريعية السائدة، وتستعيد السلطة التشريعية كامل اختصاصاتها، وتسترجع السلطة القضائية اختصاصاتها كاملة بحيث لا ينأى شيء عن سلطانها ورقابتها وتعود للحقوق والحريات العامة حصانتها الكاملة التي يكفلها الدستور وفقاً لمبدأ المشروعية^(١).

ونستخلص من خلال هذا المطلب أنه لكي تعلن حالة الطوارئ في اليمن يجب أولاً أن يصدر قرار بإعلان حالة الطوارئ بقرار جمهوري يتضمن فترة الطوارئ، ثم عرض هذا القرار على مجلس النواب خلال سبعة أيام من تاريخ صدوره. ومن ناحية أخرى توصلنا إلى أن قرار إعلان حالة الطوارئ يكون صحيحاً حتى مع فرض عدم وجود قانون للطوارئ في اليمن، إلا أنه وعلى افتراض صحة ما توصل إليه الباحث فهل يترتب على صحة قرار إعلان الطوارئ صحة الإجراءات التي قد تصدر استناداً إلى هذا القانون؟ وما مدى الرقابة على القضائية على حالة الطوارئ؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال المطلب التالي:

(١) د/ محمد الوكيل، مرجع سابق، ص ٣٨٣. د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

المطلب الرابع

آثار حالة الطوارئ والرقابة القضائية عليها

أولاً: الآثار المترتبة على إعلان حالة الطوارئ؛

يترتب على العمل بنظام الطوارئ اتساع سلطات الإدارة لمواجهة الظروف الاستثنائية ومنحها سلطات استثنائية لا تدخل في اختصاصاتها في الظروف العادية، ويجد هذا التوسع أساسه في التشريع الاستثنائي- وهو قانون الطوارئ في هذا السياق- الذي يمنح الإدارة سلطات موسعة وينظم الإجراءات والتدابير التي يكون لها أن تتخذها خلال فترة الطوارئ في سبيل مواجهة الظروف المحدقة القائمة. وقد توصلنا إلى عدم إمكان العمل بقانون الطوارئ لعام ١٩٦٣م وفقاً للمبررات الواردة فيما سبق، وتوصلنا أيضاً إلى أن القول بذلك لا يؤثر على صحة قرار إعلان الطوارئ، وعلى ذلك فإن ما صدر وما سيصدر من قرارات بإعلان حالة الطوارئ في اليمن تكون صحيحة ونافذة، ولكن السلطة القائمة على الطوارئ لن تتمكن من اللجوء إلى النصوص القانونية الواردة في قانون الطوارئ لعام ١٩٦٣م، ولا يكون لها أن تتخذ أي إجراء من الإجراءات أو التدابير الاستثنائية الواردة فيه.

وقد يقول قائل: ما الفائدة العملية من إعلان حالة الطوارئ طالما أن السلطة القائمة على الطوارئ لن تتمكن من الالتجاء إلى أحكام القانون الخاص بالطوارئ؟

نجيب على ذلك بأنه وإن كانت السلطة التنفيذية لا تستطيع العمل بالأحكام الواردة في قانون الطوارئ، إلا أنها على الأقل تستطيع الاستفادة من القواعد القانونية الواردة في التشريعات الأخرى والتي نظمت بعض أحكام حالة الطوارئ، وبالتالي فالسلطة التنفيذية في بلادنا تستطيع - خلال فترة الطوارئ- الاستفادة من القوانين التي تضمنت نصوصاً قانونية خاصة بحالة الطوارئ، ومن هذه القوانين: (قانون مجلس الدفاع الوطني رقم ٦٢ لسنة ١٩٩١م- قانون الدفاع المدني رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٧م- قانون الاحتياط العام رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٠م- قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية رقم ٣٨ لسنة ١٩٩١م)^(١).

وبالتالي فإذا عمدت الإدارة في اليمن- بعد أن تعلن حالة الطوارئ- إلى اتخاذ أي تدبير من التدابير الاستثنائية الواردة في قانون الطوارئ ١٩٦٣م فإن تصرفاتها تكون

(١) ويؤكد على صحة ذلك أستاذنا الدكتور/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين: [فالواقع أنه لم يصدر وحتى الآن قانون للطوارئ في اليمن فكلما يوجد من قوانين في اليمن تحكم الظروف الاستثنائية هو قانون مجلس الدفاع الوطني رقم (١٢) لسنة ١٩٩١م وقانون الدفاع المدني رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٧م] مؤلفه الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص ١١٥.

عرضة للإلغاء، كونه لا يعتد بهذا القانون كما أنه لم يبين التدابير الاستثنائية الممنوحة للإدارة بطريقة واضحة ومحددة لتجنب أي تعسف في تطبيقها، فما ورد في هذا القانون من أحكام وسعت سلطات الإدارة بشكل مفرط وبصورة تتنافى مع الغاية التي من أجلها شرعت الأنظمة الاستثنائية، وتضمن في طياته جملة من الاعتداءات الصارخة على السلطتين التشريعية والقضائية، وجملة من السلطات الواسعة في تقييد حقوق الأفراد وحررياتهم. وبالتالي وفي سبيل التأكيد على انعدام هذا القانون وعدم شرعيته - ومن ثم عدم إمكانية العمل به - نعرض لأهم مظاهر تلك الاعتداءات على النحو التالي:

(١) بعض مظاهر الاعتداء على السلطة التشريعية:

خولت المادة (٥) من قانون الطوارئ السلطة القائمة على الطوارئ تحديد عقوبات تفرض على مخالفة الأوامر الصادرة منها^(١)، وهذا يعد انتهاكاً صارخاً لاختصاص السلطة التشريعية في سن نصوص التجريم والعقاب طبقاً للمادة (٦٢) من الدستور التي جاء فيها: [مجلس النواب هو السلطة التشريعية للدولة وهو الذي يقرر القوانين...]^(٢)، وبالتالي فإن تحديد نوع العقوبة ومقدارها مصدره التشريع وحده، تطبيقاً لمبدأ أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص شرعي أو قانوني، وهو المبدأ الدستوري المسلم به والذي لا مندوحة عنه. ومن ذلك أيضاً ما تضمنته المادتان (٧، ١٠) من قانون الطوارئ التي خولت السلطة القائمة على الطوارئ حق تشكيل محاكم أمن دولة^(٣) جزئية وتشكيل دوائر قضائية^(٤)، وهذا لا يعد اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية في ترتيب الجهات القضائية وتحديد اختصاصاتها وحسب، بل يعد انتهاكاً لحكم صريح ورد في الدستور حيث تضمنت المادة (١٥٠) منه: [.. ولا يجوز إنشاء محاكم استثنائية بأي حال من الأحوال]^(٥).

(٢) بعض مظاهر الاعتداء على السلطة القضائية:

إن إنشاء محاكم استثنائية على النحو المبين في الفقرة السابقة يمثل أيضاً انتهاكاً لاختصاص السلطة القضائية في نظر جميع المنازعات حيث تنص المادة (١٤٩) من

(١) قانون الطوارئ الصادر عام ١٩٦٣م، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤١.

(٢) الدستور الحالي للجمهورية اليمنية، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ١٢.

(٣) ويقصد بمحاكم أمن الدولة في هذا الشأن: هي ذلك النوع من المحاكم المؤقتة التي تنشأ بسبب حالة الطوارئ، لا محاكم أمن الدولة الدائمة التي تنص عليها الدساتير. د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

(٤) قانون الطوارئ الصادر عام ١٩٦٣م، مرجع سابق، ص ٤١.

(٥) الدستور الحالي للجمهورية اليمنية، مرجع سابق، ص ٣٦.

الدستور على أن: [القضاء سلطة مستقلة قضائياً ومالياً وإدارياً والنيابة العامة هيئة من هيئاته، وتتولى المحاكم الفصل في جميع المنازعات والجرائم...]^(١)، كما يعد انتهاكاً لاختصاص السلطة القضائية ما جاء في المادة (١٠) من قانون الطوارئ من تحويل لسلطة الطوارئ بالإحالة لمحاكم أمن الدولة الجرائم التي يعاقب عليها القانون العام^(٢).

(٣) بعض مظاهر الاعتداء على الحقوق والحريات العامة:

لما كانت الظروف الاستثنائية التي تتعرض لها الدولة تقتضي السماح بوضع قيود على الحقوق والحريات العامة فإن ذلك لا يعني العصف بها، لذلك يجب أن يتضمن التشريع الاستثنائي بوضوح مدى تلك القيود، وكما قلنا بأن هذا لم نجده في قانون الطوارئ لعام ١٩٦٣م. ونذكر على سبيل المثال: أن المادة (٣) من هذا القانون أجازت فرض بعض القيود، منها: قيود على حرية الأشخاص، والقبض على المشتبه بهم أو الخطرين على النظام، ومراقبة الرسائل والصحف والمنشورات، وتحديد مواعيد فتح المحلات وإغلاقها، والاستيلاء على أي منقول أو عقار والأمر بفرض الحراسة على الشركات والمؤسسات، وسحب تراخيص الأسلحة وأشباهها، وإخلاء بعض المناطق وعزلها وتنظيم وسائل النقل وحصار المواصلات وتحديد مناطق مختلفة^(٣).

ولا تثار مشكلة بصدد تلك القيود كونها تمس طائفة من الحقوق والحريات التي يجوز المساس بها في الظروف الاستثنائية، وإنما المشكلة في العبارة التي وردت في آخر هذه المادة ونصها كالآتي: [... ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية توسيع دائرة الاختصاصات المبينة فيما سبق على أن يعرض هذا القرار على مجلس الرئاسة في أول اجتماع له]^(٤)، حيث تفيد هذه العبارة أن تلك القيود وردت على سبيل المثال لا الحصر، مما ينطوي على خطورة كبيرة على حقوق وحريات الأفراد، حيث يكون للإدارة بناءً على هذه العبارة سلطات واسعة ومطلقة تستطيع بمناسبة تقييد الحقوق والحريات كيف تشاء أو حتى العصف بها إذا عَنَّ لها ذلك. والجدير بالذكر أن مظاهر الاعتداء على السلطتين التشريعية والقضائية المذكورة في الفقرتين السابقتين تمثل اعتداءً على حقوق وحريات الأفراد لاسيما حق التقاضي، فضلاً عن تحصين الأحكام الصادرة من محاكم أمن الدولة من أي وجه من وجوه الطعن ومنح رئيس الجمهورية سلطة التصديق عليها لتكون نهائية^(٥).

(١) الدستور الحالي للجمهورية اليمنية، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٢) قانون الطوارئ الصادر عام ١٩٦٣م، مرجع سابق، ص ٤١.

(٣) قانون الطوارئ الصادر عام ١٩٦٣م، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٤) قانون الطوارئ الصادر عام ١٩٦٣م، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤١.

(٥) المادة (١١) من قانون الطوارئ الصادر عام ١٩٦٣م، الجريدة الرسمية، مرجع سابق، ص ٤١.

ثانياً: الرقابة القضائية على حالة الطوارئ؛

يترتب على إعلان حالة الطوارئ اتساع سلطات الإدارة لمواجهة الظروف الاستثنائية ومنحها سلطات استثنائية لا تدخل في اختصاصاتها في الظروف العادية على حساب السلطات الأخرى مما يؤثر سلباً على مبدأ الفصل بين السلطات، وقد تعمد الإدارة إلى المساس ببعض الحقوق والحريات العامة في سبيل تلافي الأخطار المحدقة الناجمة عن الظروف الاستثنائية. لذا فإنه لا بد من وجود رقابة قضائية على إعلان حالة الطوارئ من جهة، ومن جهة أخرى على الإجراءات المستندة إليه، وتتناول ذلك من خلال ما يلي:

(١) الرقابة القضائية على قرار إعلان حالة الطوارئ؛

إن بحث مدى إمكانية بسط رقابة القضاء على قرار إعلان حالة الطوارئ يقتضي تحديد الطبيعة القانونية لهذا القرار، فقد أثار هذا الموضوع جدلاً كبيراً لدى الفقه والقضاء حول ما إذا كان قرار إعلان الطوارئ يعد قراراً إدارياً يخضع لرقابة القضاء، أم أنه يعد من أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء.

حيث يتجه جانب من الفقه إلى اعتبار قرار إعلان حالة الطوارئ من قبيل أعمال السيادة، باعتبار أن هذا الإعلان هو الإجراء الوحيد من بين أعمال الحكومة المتعلقة بالأمن والنظام العام الذي لا يزال معتبراً من أعمال السيادة^(١)، وأن السلطة السياسية هي التي تستطيع أن تقدر مدى تعرض أمن الدولة والنظام للخطر، لأنها المسئولة عن استقرار الدولة وتأمين سلامتها في الداخل والخارج ومواجهة الكوارث، وبالتالي يعتبر قرار إعلان حالة الطوارئ قراراً سياسياً يدخل ضمن أعمال السيادة^(٢). وفي نفس الاتجاه استقر القضاء الإداري في مصر على اعتبار قرار إعلان حالة الطوارئ من أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء، استناداً إلى كونه من الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم، وفي نطاق وظيفتها السياسية؛ أي تباشره بما لها من سلطة عليا لتحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها وتأمين سلامتها وأمنها في الداخل والخارج^(٣).

لكن الرأي الغالب في الفقه يرفض بحق اعتبار قرار إعلان الطوارئ من أعمال السيادة ويرى أنه مجرد عمل إداري مثل سائر أعمال الإدارة، على اعتبار أن حالة الطوارئ هي نظام استثنائي أقره الدستور ووضع له حدوده وضوابطه، ويجب أن تتقيد السلطة التنفيذية

(١) انظر: د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

(٢) د/ عزة مصطفى حسنى عبدالمجيد، مرجع سابق، ص ١٠٤.

(٣) انظر: د/ محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص ٤٥٥. أيضاً: د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة، مرجع سابق، ص ١٦١. أيضاً: د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٥٧٣.

بمراعاة هذه الحدود والضوابط، وللقضاء أن يراقب ذلك للتأكد من عدم الخروج عليها مثلما يفعل بالنسبة لبقية أعمال الإدارة^(١)، فطالما إن اللجوء إلى هذا النظام الاستثنائي يجد أساسه في الدستور فهو يعتبر من الأعمال الدستورية، وبالتالي فإنه لا يجوز مصادرة حق السلطة القضائية في رقابة أعمال الإدارة^(٢).

وعلى الرغم من ذلك إلا أن عرض قرار إعلان الطوارئ على البرلمان يثير نوعاً من الشك حول صحة القول بأن هذا القرار من الأعمال الإدارية العادية وليس من أعمال السيادة. وفي هذا الشأن يرى بعض الفقهاء^(٣) أن القرارات بعد صدورها من رئيس الدولة وقبل إقرارها من البرلمان يمكن الطعن فيها أمام القضاء الإداري، أما بعد إقرار البرلمان لها فإنها تتحصن من هذه الرقابة شأنها في ذلك شأن القوانين الصادرة من البرلمان.

ويلاحظ أن هذا الرأي يجعل قرار إعلان الطوارئ شبيهاً بـ «القوانين» مع الفروق الواضحة والجلية بينهما، لذا فإننا نرى أن موافقة البرلمان لا تضيف شيئاً جديداً إلى قرار إعلان الطوارئ، ولا ترتفع به إلى مصاف القوانين، ولا تخرجه من كونه قراراً إدارياً شأنه شأن سائر القرارات الإدارية؛ لأن القوانين لا تصدر إلا ممن يملك ذلك وهو البرلمان كقاعدة عامة، واستثناءً للسلطة التنفيذية بالطرق المقررة سواءً في صورة لوائح ضرورة أو لوائح تفويض، ولا نجد في قرار إعلان الطوارئ ما يمكن وصفه بالقانون.

كما أن عرض قرار إعلان حالة الطوارئ على البرلمان ليس لإقراره كقانون، بل للموافقة عليه وحسب، ويبدو أن اشتراط عرض قرار الإعلان على البرلمان يرجع إلى الأهمية الخطيرة التي يترتب عليها إصدار هذا القرار، ذلك أن الموافقة عليه تعني منح السلطة التنفيذية سلطات أوسع بممارستها قد تختل بعض المبادئ الأساسية، لاسيما مبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ عدم المساس بحقوق وحريات الأفراد، ومن جانب آخر قد يكون اشتراط عرض قرار إعلان الطوارئ على البرلمان، لكون السلطة التشريعية هي المختصة أصلاً بإعلان الطوارئ، وإنما تقرر ذلك للسلطة التنفيذية استثناءً من الأصل، ومن ثم فإنه من المنطقي أن لا تستقل السلطة التنفيذية بهذا الاختصاص مطلقاً، بل لابد من أخذ موافقة السلطة التشريعية.

ومن جانب آخر فإن خضوع قرار إعلان حالة الطوارئ لرقابة البرلمان لا يستبعد

(١) انظر: د/ مطهر محمد العزي، السلطات الثلاث في الفكر السياسي الوضعي والفكر السياسي الإسلامي،

مرجع سابق، ص ٢٠٤. أيضاً: د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

(٢) د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

(٣) د/ أبو بكر مرشد الزهيري، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

خضوعه لرقابة القضاء، وذلك لاختلاف مجال وأثر كل من هاتين الرقابتين، فالرقابة البرلمانية هي رقابة ملاءمة ويترتب عليها بقاء أو زوال الإجراء من وقت عدم الموافقة عليه، أما الرقابة القضائية فهي رقابة مشروعية تستهدف التأكد من توافر الشروط القانونية في الإجراء أو التصرف محل الرقابة ويترتب عليها إما الحكم بصحته أو الحكم بإلغائه بأثر رجعي^(١).

أما في القانون اليمني فإنه لا مجال للحديث عن أعمال السيادة أساساً، حتى يمكن القول بأن قرار إعلان الطوارئ يعد من قبيل أعمال السيادة؛ حيث أنه لم يرد في التشريع اليمني أي نص يحظر على السلطة القضائية النظر في مثل هذه الأعمال، فقد بات مألوفاً أن تتضمن قوانين السلطة القضائية أو القضاء الإداري نصاً يحظر على السلطة القضائية المختصة النظر في القرارات التي تعتبر من أعمال السيادة، وقد خلا قانون السلطة القضائية في اليمن من نص كهذا، ومن ناحية أخرى فإن هذه الأعمال تتعارض مع مبدأ الشرعية الإسلامية التي يأخذ بها النظام الدستوري والقانوني في اليمن^(٢).

ولما كان قانون الطوارئ ذاته يخضع أساساً للرقابة الدستورية شأنه شأن القوانين الأخرى، فلا يمكن القول بأنه يفلت مجرد القرار الإداري بإعلان الطوارئ - الصادر استناداً إلى ذلك القانون - من الخضوع لرقابة القضاء. ومن جانب آخر فإن أعمال السيادة لا تعمل على موازنة مبدأ المشروعية، بل تعدمه تماماً، فكما هو معلوم أن أحد أهم أسس تطبيق مبدأ المشروعية هو وجود رقابة قضائية فعالة، وهذا لا يصدق على أعمال السيادة التي تكون بمنجاة من أية رقابة. ومع ذلك فإن الباحث يؤكد على ضرورة أن يحذو المقنن الدستوري اليمني حذو نظيره المصري^(٣) الذي نص في صلبه على عدم جواز تحصين أي قرار من رقابة القضائية.

٢) الرقابة القضائية على الإجراءات المستندة إلى إعلان حالة الطوارئ:

نظراً لما تبرره الظروف الاستثنائية من مخالفة القواعد القانونية المقررة لاسيما أن ذلك يفرض خطراً على الحريات العامة، فقد يخشى من ذلك خاصة إذا أساء رئيس الدولة استعمال نظام الطوارئ في الدول حديثة العهد بالنظم الديمقراطية أن يؤدي ذلك إلى

(١) د/ مطهر محمد العزي، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

(٢) د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص ٢٤. وفي هذا المعنى أيضاً: د/ أحمد عبدالملك قاسم حميد الدين، مرجع سابق، ص ١٧٩.

(٣) حيث جاء في المادة (٦٧) من الدستور المصري لعام ١٩٧١م: [...] ويحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء].

قيام نوع من الدكتاتورية تحت ستار النصوص الدستورية^(١).

لذا فإنه من الضروري وجود ضمانات تحمي تلك الحقوق والحريات إذا ما تعسفت الإدارة في استخدام تلك السلطات. ولا خلاف في أن الرقابة القضائية هي أهم تلك الضمانات جدية وفعالية، فهي ضرورية في الأوقات العادية، وهي حتمية في الأوقات الاستثنائية. لضمان احترام الإدارة لكافة قواعد المشروعية بوجهيها العادي والاستثنائي. فالقضاء هو الذي يمسك بيده الميزان بين مقتضيات الضرورة ومقتضيات المشروعية، أو بين مقتضيات ما تدعي السلطة أنه مصلحة عامة ومقتضيات ما يدعيه الأفراد من مشروعية^(٢).

وقد رأينا خلال الفقرة السابقة اختلاف الفقهاء حول مدى خضوع قرار إعلان الطوارئ للقضاء من عدمه، إلا أنه لا محل لذلك الخلاف بالنسبة للإجراءات الصادرة استناداً إلى ذلك الإعلان، فقد اتفق الفقه والقضاء في مصر وفرنسا على اعتبار كافة الإجراءات والأوامر الصادرة من السلطة القائمة على الطوارئ خلال فترة الطوارئ خاضعة للرقابة القضائية باعتبارها من قبيل الأعمال الإدارية وليس لها صفة أعمال السيادة^(٣).

ومن ذلك ما أكد عليه مجلس الدولة المصري من أن نظام الطوارئ ليس نظاماً مطلقاً، بل هو نظام خاضع لقانون أرسى الدستور أساسه وأبان القانون أصوله وأحكامه ورسم حدوده وضوابطه، فيجب إجراؤه على مقتضى هذه الأصول والأحكام وفي نطاق الحدود والضوابط وإلا كان ما يتخذ من تدابير وإجراءات مجاوزاً لهذه الحدود، مخالفاً للقانون، تنبسط عليه الرقابة القضائية إلغاءً وتعويضاً^(٤).

وبناءً على ما سبق، فإن ما يصدر من الإدارة في إطار حالة الطوارئ من إجراءات وتدابير أو قرارات لا تكون بمنأى عن رقابة القضاء، ويراقب القضاء بصفة خاصة عنصر السبب في تلك القرارات والإجراءات الصادرة خلال فترة الطوارئ، فلا يكون الإجراء أو القرار مشروعاً إلا عند قيام أسباب جديّة تبرره، وأن يكون الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر^(٥)، وبيان ما إذا كان هدفه تحقيق الصالح العام المتمثل في حماية الأمن والنظام العام من عدمه^(٦). وبالتالي يكون من حق كل متضرر من الإجراءات التي تتخذها السلطة القائمة

(١) د/ حازم صادق، مرجع سابق، ص ٧٤٠.

(٢) د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٩.

(٣) انظر: د/ سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣٧٠-٣٧١.

(٤) انظر: د/ أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٥٧٢-٥٧٣.

(٥) د/ محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص ٤٥٨.

(٦) د/ عاصم رمضان مرسي يونس، مرجع سابق، ص ٢٩٨-٢٩٩.

على الطوارئ اللجوء إلى القضاء الذي يقوم بدوره بالتحقق من مدى التزام تلك السلطة بالقواعد القانونية النافذة المقررة لمواجهة الظروف الاستثنائية.

وبناءً عليه فإن القضاء في اليمن يبسط رقابته على أعمال سلطة الطوارئ، على أنه يثور تساؤل مفاده ما الجهة القضائية المختصة بالرقابة على إجراءات الطوارئ في اليمن؟ للإجابة على هذا التساؤل نقول: أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة تتنوع - سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية - إلى ثلاثة أنواع^(١):

نظام القضاء المزدوج: وهو الذي ينشأ فيه قضاء مستقل يختص بنظر المنازعات الإدارية؛ أي أنه يعني تخصيص جهة قضائية مستقلة عن جهة القضاء العادي للبت في المنازعات الإدارية.

نظام القضاء الموحد: وهو الذي يوحد بين المنازعات الإدارية، والمنازعات العادية فيتولى القضاء العادي الرقابة على الإدارة والنظر في المنازعات الإدارية.

نظام القضاء المختلط: وهو الذي يخصص محاكم إدارية للمنازعات الإدارية بالاشتراك مع القضاء العادي.

وتأخذ بلادنا بنظام القضاء المختلط حيث توجد في بلادنا محاكم إدارية^(٢) تختص بالنظر في المنازعات الإدارية إلى جانب المحاكم العادية ذات الولاية العامة، ويبدو أن إنشاء هذه المحاكم يعد اللبنة الأولى في سبيل إنشاء قضاء إداري متخصص في اليمن.

وبالتالي فإن الجهة المختصة بالرقابة على قرارات وتصرفات الإدارة المستندة إلى حالة الطوارئ هي المحاكم الإدارية في المحافظات التي أنشئت فيها والمحاكم العادية ذات الولاية العامة في بقية المحافظات.

تم بحمد الله ،،

(١) د/ أحمد عبد الملك قاسم حميد الدين، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٢) حيث أنشئت محكمتان إداريتان بموجب قرار مجلس القضاء الأعلى رقم (١٧٧) لسنة ٢٠١٠م.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

- ١) أن «نظرية الظروف الاستثنائية» لم تعد على الصياغة التي وضعها مجلس الدولة الفرنسي، بل تطورت تطوراً كبيراً وذلك بواسطة الفقه والقضاء الذي عكف في كثير من الدول على تطويرها وتنقيحها.
- ٢) أن حالة الظروف الاستثنائية تختلف عن حالة الضرورة، فالأخيرة ترتبط بسلطة الإدارة في التشريع؛ أي حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في سن القوانين عن طريق لوائح الضرورة واللوائح التفويضية ولوائح الأزمات، أما حالة الظروف الاستثنائية فترتبط بخروج الإدارة من الشرعية العادية إلى شرعية استثنائية، ومنحها سلطات استثنائية لمواجهة الأخطار الناتجة عن الظروف غير العادية.
- ٣) أن حالة الظروف الاستثنائية لا تعني الخروج على مبدأ المشروعية مطلقاً، وإنما تعمل على تطويعه بما يتلاءم مع الظروف المحدقة التي تمر بها الدولة، وذلك بعكس أعمال السيادة التي تنتهك مبدأ المشروعية بشكل صارخ وتعد خروجاً عليه.
- ٤) أن معظم الدول تبنت نظرية الظروف الاستثنائية في تشريعاتها بأحد أسلوبين: الأول: عن طريق استصدار قوانين تنظم سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية بعد وقوعها، فيصدر المقتن قانوناً يخول اختصاصات استثنائية لسلطة معينة لمواجهة الظروف القائمة، والثاني: يتمثل في وضع نظام استثنائي خاص بالظروف الاستثنائية، يتم الاعتراف به بنص دستوري لبيان الملامح الرئيسية له وكيفية الالتجاء إليه، ومن جانب آخر سن قانون لتنظيم شروط وأوضاع تطبيقه.
- ٥) أن الجمهورية اليمنية تأخذ بالأسلوب الثاني مع قصور في تنظيمه، فلما كان التنظيم التشريعي للظروف الاستثنائية يقتضي وجود نص دستوري يعترف به، ووجود قانون ينظم العمل به، فإن المقتن اليمني قد اقتصر على الاعتراف بنظام الطوارئ في الدستور دون وجود قانون خاص بهذا النظام.
- ٦) عدم إمكان الاعتماد بقانون الطوارئ الصادر عام ١٩٦٣م لانعدامه وعدم شرعية العمل به تماماً وللمبررات المذكورة في البحث، وهذا ما يعد - وبحق - ثغرة تشريعية يجب تداركها.

(٧) إن عدم وجود قانون للطوارئ لا يعني إنكار وجود نظام الطوارئ في اليمن، ذلك أن الدستور اليمني قد اعترف بهذا النظام في المادة (١٢١) منه التي أوردت معظم الأحكام والشروط اللازمة لإعماله، وعدم تأثير ذلك على قرار إعلان حالة الطوارئ حيث يصدر صحيحاً حتى مع عدم وجود قانون الطوارئ، ويتربط على ذلك أن كل ما صدر وما سيصدر من قرارات بإعلان حالة الطوارئ تعتبر صحيحة، ولكن ذلك لا يعني أن يكون للإدارة تطبيق أحكام قانون الطوارئ لعام ١٩٦٣م، وإنما أنه يمكنها تطبيق الأحكام الواردة في القوانين الأخرى التي تطرقت لحالة الطوارئ، كقانون مجلس الدفاع المدني، وقانون الاحتياط العام، وغيرها.

(٨) أن مبررات إعلان حالة الطوارئ محددة على سبيل الحصر في الدستور اليمني وهي (قيام الحرب، الفتنة الداخلية، الكوارث الطبيعية)، وأن التهديد بوقوع الحرب لا يعد أحد مبررات إعلان حالة الطوارئ في اليمن.

(٩) أن النص الدستوري الخاص بحالة الطوارئ أوجب أن تكون حالة الطوارئ لمدة محدودة، ولكنه لم يضع حداً أقصى لهذه المدة، كما أنه لم يتطرق لكيفية عرض طلب مد حالة الطوارئ، لاسيما إذا كان مجلس النواب في غير أدوار الانعقاد أو كان منحللاً، غير أنه يمكن بالقياس على الإجراءات اللازمة لعرض قرار إعلان الطوارئ يكون على رئيس الجمهورية تطبيقها عند طلب مد حالة الطوارئ.

(١٠) أنه لا محل للحديث عن فكرة أعمال السيادة في اليمن كما أن قرار إعلان حالة الطوارئ في اليمن لا يعد من قبيل أعمال السيادة، بل يعد قراراً إدارياً عادياً شأنه شأن أي قرار إداري حيث يخضع لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً.

(١١) أن القضاء يبسط رقابته على قرارات وتصرفات الإدارة المستندة إلى حالة الطوارئ في اليمن، وأن الجهة المختصة بالرقابة القضائية هي المحاكم الإدارية في المحافظات التي أنشئت فيها والمحاكم العادية ذات الولاية العامة في بقية المحافظات.

ثانياً: التوصيات:

(١) سرعة سن قانون لتنظيم حالة الطوارئ بما يتلاءم مع أحكام الدستور والتطور الكبير في نظرية الظروف الاستثنائية، وفي ضوء التطبيقات العملية السابقة والتجارب الواقعية لإعلان حالة الطوارئ، وكذا الاستفادة من آراء وانتقادات فقهاء القانون الموجهة لقانون الطوارئ السابق.

- (٢) يوصي الباحث - عند سن قانون للطوارئ - حصر وتحديد الحقوق والحريات التي لا يجوز المساس بها حتى في ظل فترة الطوارئ.
- (٣) تضمين الدستور نصاً يحظر تعطيل أحكامه خلال فترة الطوارئ، أو تعليق العمل به جزئياً أو كلياً، وأن يحظر على السلطة التنفيذية ممارسة وظيفة التشريع بمناسبة إعلان حالة الطوارئ.
- (٤) تنظيم مسألة رفض مجلس النواب لقرار إعلان الطوارئ بالنسبة للإجراءات التي اتخذت في الفترة السابقة لعرض قرار الإعلان، وتلافي القصور المتمثل في عدم تحديد مدة معينة لفترة الطوارئ عن طريق تضمين فكرة انتهاء حالة الطوارئ بزوال أو انتهاء الظروف الاستثنائية التي أعلنت بسببه.
- (٥) أن يسعى الفقهاء والباحثون إلى عدم التطرق لأعمال السيادة كأحد عناصر موازنة مبدأ المشروعية - إلى جانب الظروف الاستثنائية والسلطة التقديرية - كون أعمال السيادة لا تعمل على موازنة مبدأ المشروعية، بل تعدمه تماماً، مما يجعلها في منأى من أية رقابة قضائية، وبالإمكان إضافة نص دستوري يحظر تحصين أي قرار من الرقابة القضائية، سعياً لإلغاء فكرة أعمال السيادة التي قيل عنها بحق بأنها نقطة سوداء في جبين المشروعية.
- (٦) مواصلة الجهود الرامية إلى إنشاء قضاء إداري متخصص في اليمن التي كانت الخطوة الأولى منها إنشاء محكمتين إداريتين، وذلك عن طريق الاستفادة من تجارب الدول الأخرى وتنفيذ دراسة مسبقة لمتطلبات إنشاء قضاء إداري مستقل.

قائمة المراجع

- ١- د/ أبو بكر مرشد الزهيري، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة «دراسة تطبيقية على التشريعات اليمنية والسودانية»، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، ٢٠٠٦م.
- ٢- د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر والتوزيع، اليمن - صنعاء، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- ٣- د/ أحمد عبدالملك قاسم حميد الدين، القضاء الإداري «دراسة مقارنة»، دار الجامعات اليمنية للطباعة والنشر، اليمن - صنعاء.
- ٤- د/ أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، مصر - القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- ٥- د/ ثروت عبدالهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في مصر والرقابة عليها «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- ٦- د/ حازم صادق، سلطة رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.
- ٧- د/ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، مصر - الإسكندرية، ١٩٨٢م.
- ٨- د/ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية «دراسة مقارنة»، دار الفكر العربي، مصر - القاهرة، الطبعة السابعة، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
- ٩- د/ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، ١٩٧٦م.
- ١٠- د/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، الطبعة الثالثة ١٩٧٦م.
- ١١- د/ عاصم رمضان مرسي يونس، الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، ١٤٣١هـ - ٢٠٠٩م.
- ١٢- د/ عبدالغني بسيوني عبدالله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، ١٩٩٦م.

- ١٣- د/ عبدالله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة حلب «كلية الحقوق»، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية.
- ١٤- د/ عزة مصطفى حسنى عبدالمجيد، مسئولية رئيس الدولة «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م.
- ١٥- د/ محمد الوكيل، حالة الطوارئ وسلطات الضبط الإداري «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣م.
- ١٦- د/ محمد رفعت عبدالوهاب ود/ حسين عثمان محمد عثمان، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجديدة، مصر - الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
- ١٧- د/ محمد رفعت عبدالوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٧م.
- ١٨- د/ محمد رفعت عبدالوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥م.
- ١٩- د/ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة «الرقابة القضائية»، دار النهضة، لبنان - بيروت، ١٩٧٠م.
- ٢٠- د/ محمود عاطف البنا، الوسيط في القضاء الإداري، الطبعة الثالثة، مصر - القاهرة ٢٠٠٩م.
- ٢١- د/ مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية «دراسة مقارنة»، دار المطبوعات الجامعية، مصر - الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- ٢٢- د/ مطهر محمد إسماعيل العزي، السلطات الثلاث في الفكر السياسي الوضعي والفكر السياسي الإسلامي، مكتبة الصادق، اليمن - صنعاء.
- ٢٣- د/ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصر «دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة.
- ٢٤- الأستاذ/ جورج فودال، ترجمة/ منصور القاضي، القانون الإداري، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان - بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م - ١٤٢٠هـ.
- ٢٥- مارسو لون وآخرون، ترجمة د/ أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، دار الفكر الجامعي، مصر - الإسكندرية، الطبعة العاشرة، ١٩٩٥م.

- ٢٦- دستور دولة الوحدة لعام ١٩٩١م، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد الأول، الصادر بتاريخ ٣١ / مايو / ١٩٩٠م.
- ٢٧- دستور الجمهورية اليمنية الحالي، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد السابع، الجزء الثاني، الصادر بتاريخ ١٥ / ابريل / ٢٠٠١م.
- ٢٨- القانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٧م بشأن الاحتياط العام، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد الثاني عشر، الصادر بتاريخ ١٥ / نوفمبر / ١٩٩٠م.
- ٢٩- القانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٧م بشأن الدفاع المدني، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد السابع، الجزء الثاني، الصادر بتاريخ ١٥ / ابريل / ١٩٩٧م.
- ٣٠- القرار الجمهوري بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٦٣م بشأن حالة الطوارئ، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد الخامس، الصادر بتاريخ ١ / يونيو / ١٩٦٣م.
- ٣١- القانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٦٣م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٦٣م بشأن حالة الطوارئ، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد الرابع عشر، الصادر بتاريخ ٧ / أغسطس / ١٩٦٣م.
- ٣٢- القرار الجمهوري رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٤م بإعلان حالة الطوارئ، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد العاشر، الصادر بتاريخ ٣١ / مايو / ١٩٩٤م.
- ٣٣- القرار الجمهوري رقم (٦٥) لسنة ٢٠١١م بإعلان حالة الطوارئ، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد السادس، الصادر بتاريخ ٣١ / مارس / ٢٠١١م.



البحوث والأبحاث
القانونية
مجلة

مجلة

البحوث والأبحاث
القانونية
مجلة

الطبيعة القانونية للجريمة الإلكترونية

الباحثة / ندى عبدالله عبدالله طامش

تمهيد:

تعد الجريمة الإلكترونية من الجرائم الحديثة نسبياً والتي شهدت تطوراً في الآونة الأخير، خاصة فيما يتعلق بالأساليب والطرق الفنية والتقنية...، حيث ظهر مفهوم الجريمة الإلكترونية في التسعينات من القرن الماضي، فيما يخص الجرائم الإلكترونية الخاصة بالجانب المالي مثل الجرائم المالية المتعلقة بالأسواق المالية، واختراقات أنظمة البنوك وغيرها.

ونظراً لتسارع إيقاع التقدم التكنولوجي والتقني الهائل والذي أدى إلى استغلالها لتباين الذهنيات والمستويات العلمية لمستخدميها ولعدم وجود قانون متكامل - حتى الآن - يجرم جميع صور الاستخدام غير المشروع للإنترنت، الأمر الذي أدى إلى ظهور طائفة جديدة من الجرائم مختلفة عن باقي الجرائم المرتكبة عبر الإعلام الإلكتروني المنظم وفقاً لقوانين الصحافة والنشر، والتي لا تنطبق على هذه الوسائل على الرغم من أنها أحد وسائل النشر ويتوافر بها ركن العلانية، فهذه الجرائم المبتكرة والمستحدثة تمثل ضرباً من ضروب الذكاء الإجرامي، الأمر الذي أثار إشكاليات التكييف القانوني لها (الفعل - السلوك الإجرامي).

والجدير بالذكر أن الجرائم الإلكترونية من الجرائم العابرة للحدود، والتي لا تقتصر على دولة بعينها، إنما ترتكب في مختلف دول العالم بغض النظر عن المستوى التقني والعلمي الذي تتمتع به تلك الدولة، وقد بدأت هذه الجرائم بالانتشار بشكل كبير في الوقت الحاضر، وتلك الجرائم تتخذ صوراً وأشكالاً متعددة، ويمكن ارتكابها بشكل سهل ويسير، دون أن يتم اكتشاف مرتكبها، وذلك لطبيعة تلك الجرائم، والتي سيتم بيانها بمشيئة الله تعالى في هذا البحث.

لذلك كان لا بد للدول على مستوى تشريعاتها الوطنية أن تسعى جاهدة لمكافحة تلك الجرائم، وذلك من خلال وضع النصوص القانونية التي تهدف إلى تحقيق تلك الغاية، وهذا الأمر يتطلب كذلك منح الإدارة (الجهات الحكومية ذات العلاقة) عن طريق أجهزة الضبط الإداري بصفة عامة، والإلكتروني منها بصفة خاصة الوسائل والأدوات التي تجعلها تنهض بتلك المهمة على أكمل وجه.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى بيان المفردات التالية:

- ١- تعريف الجريمة الإلكترونية ومجالاتها وأنواعها وأساليبها.
- ٢- الخصائص التي تنفرد بها الجريمة الإلكترونية عن غيرها.
- ٣- أدوات وأساليب ارتكاب الجريمة الإلكترونية.
- ٤- القوانين المنظمة والقوانين ذات العلاقة بالجريمة الإلكترونية.
- ٥- الأدوات والوسائل المعينة على مكافحة الجريمة الإلكترونية.

أهمية البحث:

في ظل واقع يتسم بالتغيرات المتلاحقة في جميع جوانب الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية، برز على الساحة الاقتصادية متغير جديد ارتبط بثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وهو الأمن الإلكتروني والذي يعد نتاجاً لتطبيقات التقنيات الحديثة وما رافقها من خطر التجسس على المعلومات والجرائم الإلكترونية التي باتت موازية من ناحية الخطورة للجرائم التي يتم ارتكابها بالطرق التقليدية، إذ باتت تهدد الاقتصاديات العالمية والنامية على حد سواء وأصبحت ترصد لها المبالغ الهائلة والجهود والخبرات من أجل تلافي خسائرها الفادحة، وهذا ما أترفي مسيرة عجلة التنمية الاقتصادية في معظم المؤسسات الإنتاجية وأدى إلى التأخير في العمل أو سرقة المشاريع والأفكار الجديدة نتيجة استخدام برامج ووسائل التجسس على الحواسيب أو تحويل الأموال عن طريق حسابات شخصية في البنوك بصورة غير مشروعة من شخص إلى آخر... الخ.

وتبرز أهمية البحث في تسليط الضوء على موضوع حيوي وهو الطبيعة القانونية للجريمة الإلكترونية وعلاقتها بالجرائم الأخرى، وكذلك القوانين المنظمة والقوانين ذات العلاقة بالأنشطة المعرضة لأخطار ارتكاب الجرائم الإلكترونية، وبيان ما إذا كانت الجريمة الإلكترونية جريمة قائمة بذاتها أو أنها مجرد أداة لتنفيذ جريمة أخرى.

مشكلة البحث:

تتلخص مشكلة البحث في السؤال الرئيسي التالي:

ما هي الطبيعة القانونية للجريمة الإلكترونية؟

وتتفرع منه عدة أسئلة وهي:

- ١- ما هي مجالات وأنواع الجريمة الإلكترونية؟
- ٢- هل يوجد خصائص للجريمة الإلكترونية تميزها عن غيرها أم لا؟
- ٣- هل هناك قانون يمني ينظم مواضيع الجريمة الإلكترونية؟
- ٤- الجريمة الإلكترونية أداة أم جريمة؟

فروض البحث:

- ١- هناك فروقات بين الجريمة الإلكترونية والجرائم المالية.
- ٢- الجريمة الإلكترونية أداة حديثة لتنفيذ الجرائم الأخرى وليست جريمة مستقلة بذاتها.
- ٣- التشريعات اليمنية مرنة بالنسبة للجريمة الإلكترونية ولا تحتاج إلى تعديل.

منهجية البحث:

سيتم اتباع المنهج الوصفي التحليلي بالاستقراء والتحليل للواقع.

هيكل البحث:

سيتم تقسيم البحث إلى محورين على النحو الآتي:

- المحور الأول: الإطار النظري لمفاهيم الجريمة الإلكترونية، ويشتمل على ثلاثة مباحث:
 - المبحث الأول: المفاهيم النظرية للجريمة الإلكترونية.
 - المبحث الثاني: مجالات وأنواع الجريمة الإلكترونية.
 - المبحث الثالث: خصائص الجريمة الإلكترونية.
- المحور الثاني: التوصيف القانوني للجرائم الإلكترونية، ويشتمل على ثلاثة مباحث:
 - المبحث الأول: أركان الجريمة الإلكترونية.
 - المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية للجرائم الإلكترونية.
 - المبحث الثالث: قراءة في مشروع مكافحة الجرائم الإلكترونية.

المحور الأول الإطار النظري لمفاهيم الجريمة الإلكترونية

إن الحديث عن مفاهيم الجرائم الإلكترونية يقتضي استيعاب التحول الجذري في طبيعة الفعل الإجرامي ذاته، فلم تعد ترتكب بأدوات مادية في مكان معلوم ضد ضحية واضحة، بل بات يكفي نقرة زر أو سطر برمجي يؤدي إلى الإضرار بمصلحة قانونية^(١)، سواء كانت أكانت مالا أو سمعة أو خصوصية أو حتى كياناً معنوياً بأكمله.

الشبكات المعلوماتية كما هو معلوم لا مركز لها، مما يجعل التحكم بها ومراقبتها صعباً، إن عالم الشبكات المعلوماتية عالم يمكن فيه نقل للبيانات والمعلومات دون أية قيود، سواء كانت بيوعاً أم تجارة أم أخباراً أم كلاماً أم برامج إذاعية أو إخبارية، وليس بهذه الشبكات نمط موحد في نقل المعلومات، بل تتغير من وقت إلى آخر حسب إمكانيات حركة المعلومات بين نقاط الشبكة وبحسب الزحام عليها (كرتزن، ١٢٣، ٢٠١٢).

ومن المعلوم أن القانون يتضمن مجموعة من القواعد القانونية العامة والمجردة والمقترنة بالجزاء في حالة مخالفة هذه القواعد، والجدير بالذكر أن هناك أنواعاً عديدة من الجرائم والمخالفات والتي تم تقسيمها وفقاً للقانون اليمني - جرائم القصاص وجرائم الحدود وجرائم التعازير والمخالفات (المرورية مثلاً)، وبالنظر إلى العرض السابق سوف نحاول تصنيف الجريمة الإلكترونية وفقاً للقوانين اليمنية، وسوف يتم تقسيم هذا المحور إلى المباحث التالية:

(١) المصلحة القانونية: هي المصالح المباحة والتي لا يوجد قانون أو تشريع إسلامي يمنع أو يقيد الاستفادة الشخص منها.

المبحث الأول

المفاهيم النظرية للجريمة الإلكترونية

مفهوم الجريمة من المفاهيم القديمة قدم البشرية، والتي تتطور بتطور حياة الإنسان الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، ولقد تعددت ألفاظ ومفردات وصيغ ومصطلحات ومفاهيم الجرائم الإلكترونية، فقد أطلق عليها البعض بجرائم الكمبيوتر والانترنت وجرائم التقنية العالية (high-tech crimes) أو الجرائم السيبرانية (cyber crimes) أو جرائم الحاسب الآلي (computer crimes) أو الجرائم الرقمية (digital crimes) أو الجرائم الناعمة (soft crimes) أو جريمة أصحاب الياقات البيضاء^(١) (white collar crimes) أو الجرائم النظيفة (clean crimes)، وبغض النظر عن التسمية المستخدمة سنحاول بيان تعريفها وأنواعها وأهم خصائصها وكذلك وبالرجوع إلى أدبيات القانون نجد النظرية العامة للجريمة والتي تبين أركان الجريمة المادية والمعنوية^(٢)، وسيتم عرض مفاهيم الجريمة الإلكترونية كالتالي:

توجد عدة تسميات للجرائم الإلكترونية منها جرائم الانترنت، وهناك من يسميها (جرائم الكمبيوتر) وآخرون يسمونها (جرائم المعالجة الآلية للبيانات والمعطيات) كما تعددت المقاربات التي حاولت الوصول إلى جوهر الجريمة الإلكترونية، حيث ذهب فريق ذو اهتمامات تقنية بتحديد الجريمة الإلكترونية من زاوية الأداة المستخدمة، ويرى أنها كل نشاط إجرامي يرتكب باستخدام الحاسوب أو شبكة الانترنت، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، طالما أن الوسيط الرقمي يشكل جزءاً من البنية التحتية للفعل الإجرامي، ويستوجب هذا التعريف فهم المصطلحات التقنية المرتبطة به مثل: الحاسب الآلي، البرامج، البيانات، الممتلكات الرقمية، الدخول غير المشروع، الخصوصية وحماية البيانات.

وذهب فريق ذو اهتمامات قانونية فقهية بوصف الجريمة الإلكترونية على أنها ظاهرة مستحدثة تنتمي إلى صنف خاص من الجرائم ذات الطبيعة اللاعنافية، والتي تتصف بالخفاء والدقة وسرعة التنفيذ وتكاد تنفلت من قبضة الإثبات التقليدي، إذ تخلو في الغالب من الأثر المادي المحسوس وتمكن مرتكبها من تخريب الأدلة الرقمية بلمح البصر، فهي جريمة ذات طابع متجاوز للحدود السيادية، مما يجعل من مواجهتها

(١) أصحاب الياقات البيضاء مفهوم يقصد به العاملون في البنوك وشركات الصرافة والمؤسسات المالية.

(٢) أركان الجريمة المادية: الفاعل، الأداة، السبب، النتيجة، وأركان الجريمة المعنوية: الإرادة والقصد الجنائي.

أمراً عسيراً في ظل قصور التشريعات وضعف الوعي التقني لدى السلطات الضبطية والقضائية، فضلاً عن التعقيد الإثباتي الذي تفرضه بنيتها التكنولوجية.

أما بعض التعريفات فقد سعت لتجريد الجريمة الإلكترونية من البواعث الشخصية والغايات الربحية، مركزة على الفعل ذاته، بوصفه انحرافاً قانونياً يستند إلى المعالجة المعلوماتية ويستدعي تدخل المشرع والعقاب، ما جعلها جرائم مستقلة بذاتها، لا بمجرد الوسيلة المستخدمة، بل بطبيعة البنية القانونية والرقمية التي تنطوي عليها.

وذهبت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية لتعريف الجريمة الإلكترونية في اجتماع باريس عام ١٩٨٣م والذي يعد من أقدم التعاريف وعلى النحو الآتي: «كل سلوك غير مشروع أو غير أخلاقي أو غير مصرح به يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات أو نقلها» (العبدلي، ٥، ٢٠٢٥).

وفيما يلي محاولة لتعريف الجريمة الإلكترونية بحسب علاقتها بالعلوم الأخرى كما يلي:

- التعريف القانوني للجريمة الإلكترونية: فعل أو امتناع عن فعل ينتج عنه ضرر مادي أو معنوي ويوجد له نص في القانون بمعاينة مرتكب هذه الجريمة.
- التعريف الاجتماعي للجريمة الإلكترونية: فعل أو امتناع عن فعل يحدث ضرراً بالمجتمع ويزعزع أمنه واستقرار معاملاته.
- التعريف الاقتصادي للجريمة الإلكترونية: فعل أو امتناع عن فعل اقتصادي يحدث خسائر اقتصادية في الأجل القصير والأجل الطويل.
- التعريف التقني للجريمة الإلكترونية: أساليب وطرق تقنية وحاسوبية لإحداث ضرر، بحيث يعاقب القانون مسبب هذا الضرر.
- التعريف الشامل للجريمة الإلكترونية: هي كل سلوك إيجابي أو سلبي يقترب بوسيلة معلوماتية لاعتداء على حق أو مصلحة يحميها القانون، إما بغية إحداث الضرر على مكونات الوسيلة المعلوماتية أو مضمونها (البقلي، ١٣، ٢٠١٠).

والملاحظ أن فقهاء القانون اختلفوا في المسميات الخاصة بالجرائم الإلكترونية، فهناك من يقول أن الجريمة السيبرانية تختلف عن الجريمة الإلكترونية في أن الأولى تهدف إلى اختراق الأنظمة الخاصة بالمنشآت التجارية والصناعية أو الجهات الحكومية، وتدميرها أو سرقة بياناتها باستخدام الانترنت، أما الجريمة الإلكترونية فتهدف إلى

استخدام التواصل الإلكتروني لإحداث ضرر شخصي على الأفراد، بينما الجريمة المعلوماتية تهدف إلى الإضرار بأنظمة التشغيل ومعلومات المنشآت.

وهنا لا بد أن ننوه إلى أهمية التوصيف الفني (التقني) للجرائم الإلكترونية، وذلك قبل توصيفها قانونياً كأفعال محظورة ومجرمة، ولحسم اللبس حول ماهية الجرائم الإلكترونية وتسمياتها إن صح التعبير، وبعد البحث والتدقيق وجدنا أن الخلاف بين فقهاء القانون حول ما إذا كانت الجرائم الإلكترونية نوعاً واحداً أم أنها تختلف عن الجرائم السيبرانية والرقمية والمعلوماتية... إلى غير ذلك من التسميات، ما هو إلا خلاف لغوي ناتج عن اختلافات في الترجمة من دولة إلى أخرى، حيث نذكر هنا أن اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بمكافحة الجرائم الإلكترونية لعام ٢٠٢١م لم تفرق بين التسميات المختلفة للجرائم الإلكترونية، ومن جانب آخر نجد أن الجرائم الإلكترونية بمختلف مسمياتها تركز على استخدام الإنترنت، سواء لإحداث ضرر شخصي على المجني عليه أم أضرار بمنشآت أو حتى دول بأكملها، حيث أن اختراق البيانات الشخصية والأنظمة التشغيلية وسرقات التخزين لا يتم إلا عبر شبكة الإنترنت، حتى رسائل التهديد باستخدام رسائل sms تتم عبر الإنترنت الخاص بشركات الاتصالات، وليس الإنترنت الخاص بالمرسل أو المستقبل لهذه الرسائل^(١)، أي أنه مهما اختلفت مسميات الجريمة الإلكترونية فلا يمكن أن ترتكب بدون إنترنت سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، وبدون أنظمة تشغيل وأجهزة تخزين للبيانات والمعلومات.

ومن المهم هنا أن نذكر أن الجرائم الإلكترونية تستخدم لغة الآلة أو لغة الكمبيوتر (machine language) بحيث أن كل ما يتم إدخاله في الحواسيب أو الأجهزة الإلكترونية الأخرى مثل الهواتف الذكية أو السيرفرات وغيرها تحوله هذه الأجهزة إلى لغتها الرقمية والمعبر عنها بأرقام مثل (٠١٠١١)، حتى لو كانت المدخلات كلمات، بالإضافة إلى أن الجرائم الإلكترونية لا تتم إلا عبر أجهزة إلكترونية لها نظام تشغيل مثل الويندوز في الحواسيب أو الماكنتوش في حواسيب شركة آبل أو الأندرويد في الهواتف الذكية أو نظام الجافا في أجهزة الهاتف المحمولة (التي تستخدم الأزرار)، بحيث لا يتصور حدوث جريمة إلكترونية باستخدام جهاز إلكتروني لا يوجد به نظام تشغيل وتخزين مثل الغلاية الكهربائية والتلفزيونات غير الذكية والثلاجات... إلخ.

(١) يجب الانتباه إلى أن البيانات تختلف عن المعلومات، فالبيانات تعني مجموعة من الأرقام والكلمات المعبرة عن موضوع معين والمخزنة في جهاز إلكتروني، أما المعلومات فغالباً تنتج من استخراج المؤشرات وعمل الدراسات والتقارير المبنية على بيانات مدخلة حاسوبياً أو في أي جهاز تخزين آخر كالهواتف المحمولة والسيرفرات... إلخ، لذلك فتسمية (جريمة معلوماتية) غير دقيقة.

وخلاصة القول، فإن الجريمة الإلكترونية ليست مجرد امتداد رقمي للجرائم التقليدية، بل هي نمط جديد من الاعتداءات القانونية، يتميز بسمات خاصة تنبع من الفضاء السيبراني من حيث الوسيلة والمجال والأثر، ومن ثم فهي تستلزم مقاربة قانونية جديدة تراعي تعقيداتها وتداخلها مع النظام المعلوماتي العالمي، كما تستوجب ملاءمة التشريعات الوطنية مع القواعد الدولية، لتوفير إطار منظم يحقق التوازن بين حماية الأمن السيبراني واحترام الحقوق الرقمية وتحقيق العدالة في عالم تتلاشى فيه الحدود الجغرافية أمام التحولات الرقمية المتسارعة.

وتتعدد صور ارتكاب الجريمة الإلكترونية باختلاف النتيجة الإجرامية، فمثلاً يرتكب الفاعل جريمة خيانة الأمانة والسرقة باستخدام وسائل الكترونية وبالتالي تصبح هنا جريمة الكترونية، فالمعيار هنا هو وسيلة ارتكاب الجريمة (الأداة)، وفيما يلي عرض استقصائي لمعايير اعتبار الجرائم من ضمن الجرائم الإلكترونية كالتالي:

المعيار الأول (الرئيسي): معيار الأداة المستخدمة لارتكاب الجريمة الإلكترونية:

ويعتبر هذا المعيار من أهم معايير تمييز الجريمة الإلكترونية عن غيرها من الجرائم، حيث يتم استخدام وسائل تقنية وبرامج حاسوبية لارتكابها مثل أجهزة الحاسوب والهواتف التي يتم تزويدها ببرامج القرصنة واختراق البيانات (غالباً البيانات المالية) والمزودة بالإنترنت، وذلك إما لنسخها فقط أو نسخها ثم تدميرها من خلال برامج تدمير وفيروسات ضرب النظام أو تغيير برمجة النظام الإلكتروني لتعطيل العمل الذي ينظمه هذا النظام.

المعيار الثاني: النتيجة الإجرامية:

حيث تحدث النتيجة الإجرامية مثلاً من خلال قرصنة الحواسيب المستهدفة للمجني عليه (أفراد، مؤسسات، حكومات) لسحب بياناتها أو تدمير أنظمة التشغيل الخاصة بها.

المعيار الثالث: الفاعل (المجرم):

حيث لا بد في الجريمة الإلكترونية أن يكون الفاعل ملماً وعارفاً بمهارات التعامل مع الحاسوب، بالإضافة إلى أنه في بعض الحالات لا تتم الجريمة الإلكترونية إلا عن طريق شخص مبرمج أو مهندس حاسوب متمكن.

المبحث الثاني

مجالات وأنواع الجريمة الإلكترونية

تنطوي الجرائم الإلكترونية على صور متعددة ومتنوعة، تعزى إلى طبيعة الوسائط التقنية المستخدمة ومجالات الأضرار الناتجة عنها، ويمكن تصنيف هذه الجرائم على النحو التالي:

أولاً: مجالات الجرائم الإلكترونية:

١- الجريمة الإلكترونية في مجال الصناعة:

وتكون النتيجة الإجرامية لها متمثلة في قرصنة وتهكير أجهزة الحاسوب والسرفرات الخاصة بالمصانع وذلك لسرقة تصاميمها ورسوماتها الصناعية أو تعطيل أنظمة التشغيل الخاصة بالآلات والمعدات الصناعية، وقد تصل إلى معارك ضارية تجسد تنافساً تجارياً بين الشركات في محاولة للإيقاع بالمنافس أو القضاء عليه.

٢- الجريمة الإلكترونية في مجال الأنشطة المصرفية:

وتكون نتيجتها الإجرامية متمثلة في سحب (سرقة) الأموال من الحسابات المصرفية عن طريق تدمير أنظمة الحماية للبنوك والمحافظ الإلكترونية واختراق كلمات المرور...
٣- الجريمة الإلكترونية في المجال المالي:

وتهدف إلى سرقة أموال المتعاملين في السوق المالية، ويكمن الفرق بينها وبين الجريمة الإلكترونية المصرفية في أنها ترتكب على المتعاملين في السوق المالية^(١) وأصحاب بطائق (البتكوين) مثلاً.

٤- الجريمة الإلكترونية في مجال الاقتصاد:

وتكون نتيجتها الإجرامية منصبة على الإضرار بالاقتصاد الوطني مثلاً من خلال منصات توظيف الأموال الإلكترونية والوهمية والبيع والشراء عبر الإنترنت لبضائع قد تكون مخالفة للمواصفات والمقاييس اليمينية، بالإضافة إلى أنها قد تكون مهربة وممنوعة وغير صالحة للاستخدام الآدمي ومضرة بالبيئة... إلخ

(١) الأسواق المالية أربعة أنواع: سوق السلع، سوق العملات، سوق المعادن، أسواق السندات والأسهم.

٥- الجريمة الإلكترونية الإرهابية:

وتتم من خلال عمليات غسل الأموال وتمويل الإرهاب الدولي.

٦- جرائم التهديد والابتزاز الإلكترونية:

وهي الجرائم التي ترتكب من خلال تهديد المجني عليه / عليهم ببيانات ومعلومات خاصة بهم سواء كانت معلومات شخصية أو بيانات مالية أو تصاميم صناعية (مسجلة) أو غير ذلك بهدف إجبار المجني عليه وحمله على تنفيذ ما يطلبه الجاني والذي في الغالب ما يكون ارتكاب جريمة أخرى مثل السرقة والاختلاس وخيانة الأمانة وتسريب معلومات... الخ.

٧- جرائم سياسية وأمنية:

وتهدف إلى الحصول على الأسرار العسكرية والأمنية، مما يعكس انتهاج بعض الحكومات نهج التجسس على الأفراد والجماعات المعادية لها، لإحباط محاولاتها الهجومية ومعرفة خططها الآنية والمستقبلية، ومن طريف القصص ما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية عندما تم القبض على مجموعة من الهاكرز المحترفين، وبعد عدة جولات من التحقيقات تم تجنيدهم لصالح وكالة الاستخبارات الأمريكية (CIA) لاستغلالهم بمهام أمنية (الوالملي، ٤، بدون سنة).

٨- الجرائم الإلكترونية باستخدام الذكاء الاصطناعي:

ويشمل هذا النوع استخدام الذكاء الاصطناعي التوليدي لمحاكاة الإعلانات والرسائل الترويجية الحقيقية، وتتميز هذه الرسائل والإعلانات المزيفة بدقة عالية، وهذا النوع من الجرائم لديه القدرة على الهروب من حلول وتدابير الأمن السيبراني التقليدية التي تعجز عن اكتشافه، ونظراً لأنها ترتكب بواسطة الذكاء الاصطناعي، فيمكنها التعلم والتكيف مع أنظمة أمن السيبراني الإضافية واكتشاف طرق جديدة لتجاوزها (الجرموزي، ١٧، ٢٠٢٥).

ثانياً: أنواع الجرائم الإلكترونية (العبدلي، ٦، ٢٠٢٥):

- ١- الجرائم الماسة بالمعطيات الإلكترونية للحاسوب: يقسم هذا النوع من الجرائم إلى نوعين رئيسيين وفقاً للمعطيات الإلكترونية للحاسوب:
٢. الجرائم الواقعة على المعطيات ذاتها: وهي الجرائم التي تستهدف البيانات والمعلومات المخزنة في الأنظمة الإلكترونية، عبر تشويهاها أو تعديلها أو إتلافها،

ويرتكب هذا النوع عبر وسائل تقنية ضارة مثل: الفيروسات والبرمجيات الخبيثة.

٣. الجرائم الواقعة على مدلول المعطيات الإلكترونية: وهي التي تستهدف ما تمثله تلك المعطيات من قيمة مالية أو تجارية، كأن يتم الاستيلاء على الأموال المرتبطة بالحسابات البنكية أو بطاقات الائتمان من خلال الحاسوب (الجريمة الإلكترونية المصرفية)، أو يتم الاتجار غير المشروع بالمعلومات المستخلصة الناتجة عن ارتكاب هذا النوع من الجرائم.

٤- الجرائم الماسة بالمعطيات ذات الطابع الشخصي: وتتجسد في الاعتداء على المعلومات أو البيانات المخزنة إلكترونياً، والتي تتصل بحياة الأفراد الخاصة، كالمراسلات، والصور، والمعلومات الصحية أو المالية (جريمة الابتزاز الإلكتروني)، ما يشكل مساساً خطيراً بالحق في الخصوصية المكفول قانوناً.

٥- الجرائم الماسة بحقوق الملكية الفكرية: وهي الأفعال التي تمس الحقوق الأدبية والمالية لأصحاب الابتكارات والمصنفات الفكرية، ومن أبرزها نسخ أو استخدام البرامج الإلكترونية دون ترخيص مسبق، إعادة تدوير البرمجيات أو التلاعب بمحتواها أو نسبتها زوراً، انتهاك العلامات التجارية^(١) وبراءات الاختراع باستخدام الوسائط الإلكترونية، تحميل الكتب والمصنفات الإلكترونية المحمية بحقوق المؤلف (أو في بعض الأحيان محمية بحقوق الناشر) دون سداد المقابل المالي أو دون الحصول على إذن مشروع.

٦- جرائم أخرى متعددة: وتشمل الجرائم الإلكترونية من حيث الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه:

أ- جرائم التشهير: وهي تلك الأفعال التي يقصد بها تشويه سمعة الأفراد والنيل من مكانتهم الاجتماعية أو الوظيفية، عبر نشر معلومات أو صور أو أقوال مسيئة تمس شرفهم أو اعتبارهم، باستخدام المنصات الرقمية ومواقع التواصل الاجتماعي.

ب- المطاردة الإلكترونية: وتتمثل في تتبع الأفراد ومراقبة تحركاتهم وأنشطتهم عبر الوسائل الإلكترونية المختلفة (مثل: اختراق الهواتف، كاميرات المراقبة،

(١) تذكر أدبيات المحاسبة المالية أن الملكية الفكرية (براءة الاختراع) للابتكارات الصناعية (التصاميم والرسومات الصناعية مثلاً) تظل سارية حتى أربعين سنة ثم تصبح متاحة للجميع، ولا يعاقب من استخدم هذه الابتكارات بعد هذه المدة، ولا يطلب منه دفع رسوم أو مقابل مادي لاستخدامها.

...إلخ)، سواء بغرض الإحراج العلني، أو لتحقيق مكاسب غير مشروعة، كارتكاب جرائم السرقة المالية، أو ابتزاز الضحايا وتهديدهم بنشر معلومات شخصية تم جمعها دون رضاهم، أو حتى لارتكاب جرائم القتل والاعتقالات... إلخ.

ج- جرائم القذف والسب والشتم: وتتضمن توجيه عبارات أو ألفاظ تنطوي على إهانة صريحة أو اتهام بغير حق، تمس شرف الشخص وكرامته أو تنال من اعتباره في محيطه المجتمعي.

د- جرائم إيقاف الخدمات: وتتم من خلال إغراق الخدمات في المؤسسات (لاسيما تلك المرتبطة بالإنترنت) بعدد هائل من طلبات التشبيك مما يؤدي إلى إيقاف عملها وتحقيق خسائر كبيرة.

ه- حضانة طروادة: وهو البرنامج الذي يقوم على توفير مدخل للمخترقين إلى أجهزة تحتوي معلومات غير مصرح لها بالدخول إليها ولا يتطلب استخدامها خبرات تقنية، ويكثر ارتكاب هذا النوع على مواقع الإنترنت، حيث يقوم المخترق بتعديل أو تغيير المعلومات الموجودة في الموقع (الوائلي، ٥، بدون سنة).

وتتسم هذه الجرائم بخطورة بالغة، إذ لا تقتصر آثارها على النواحي النفسية والمعنوية للمجني عليه / عليهم، بل تمتد إلى تهديد أمنه الشخصي واستقراره الاجتماعي، مما يحتم ضرورة مواجهتها بتشريعات رادعة ووسائل تقنية مضادة تكفل الحماية القانونية الفاعلة.

المبحث الثالث

خصائص الجريمة الإلكترونية

أمام تصاعد وتيرة هذه الجرائم وتعدد أساليب ارتكابها، سعت الكثير من الدول إلى مواجهتها والحد من أثارها، سواء من خلال إعداد دراسات متخصصة أو بحوث أمنية معمقة تعنى بكشف طرائق ارتكاب هذه الجرائم وتحليل الخصائص السلوكية لمرتكبيها، فضلاً عن الوقوف على الدوافع النفسية والاجتماعية المحركة لهم، ومن أجل التصدي المنهجي للجرائم الإلكترونية، فإن الوقوف على خصائصها الجوهرية يعد مدخلاً أساسياً لفهم طبيعتها، وتتخلص أبرز هذه الخصائص في الآتي (العبدلي، ٨، ٢٠٢٥):

أولاً: جرائم يصعب إثباتها والكشف عنها: حيث تتسم بقدر عالٍ من التعقيد والغموض، يجعل من عملية إثباتها والكشف عنها أمراً بالغ الصعوبة، وذلك بسبب طبيعتها الرقمية المجردة، إذ لا تخلف أثراً مادياً ملموسة كما في الجرائم التقليدية، بل تتم عبر رموز ومعطيات الكترونية متغيرة باستمرار، يصعب تعقبها أو الاحتفاظ بها كدليل مادي مباشر.

وغالباً ما يتم اكتشافها عن طريق المصادفة، وبعد مرور فترة زمنية طويلة على ارتكابها، دون أن تترك خلفها بصمات إلكترونية كافية تيسر مهمة المحقق الجنائي، ويضاف إلى ذلك أن مرتكبي هذا النوع من الجرائم غالباً ما يتحلون بالتمكن التقني، مما يمنحهم القدرة على إخفاء آثارهم والتلاعب بالأدلة، وهو ما يجعل الوسائل التقليدية للتحقيق التي يعتمدها المحقق الكلاسيكي غير كافية أو فاعلة.

ثانياً: جرائم عابرة للحدود: أي أنه يمكن أن ترتكب في عدة دول ولا يمنعها أو يقيدتها حدود جغرافية.

ثالثاً: جرائم ماسة بالقيم الأخلاقية والآداب العامة: تشكل بعض الجرائم الإلكترونية تهديداً مباشراً للمنظومة الأخلاقية للمجتمع، لاسيما من خلال نشر وتداول المحتويات المخلة بالحياء، مما يؤدي إلى تقويض القيم والضوابط الاجتماعية والهوية الإيمانية الراسخة.

رابعاً: الفئة العمرية لمرتكبي الجرائم الإلكترونية: تشير المؤشرات الإحصائية المتوفرة إلى أن الفئة العمرية الغالبة على مرتكبي الجرائم الإلكترونية تتراوح بين (١٨-٤٦) عاماً، مع متوسط عمري يقدر بـ (٢٥) عاماً، وتدلل هذه المعطيات على أن أغلب مرتكبي هذا النوع من الجرائم هم من فئة الشباب، وهو ما يعزى إلى إلمامهم الواسع

باستخدام تقنيات الحاسوب والأنظمة الرقمية، وتعد هذه السمة مؤشراً دالاً على الطبيعة المعاصرة والمرتبطة بالتطور التكنولوجي في تكوين الجريمة المعلوماتية.

خامساً: محل الجريمة: توجه الجريمة الإلكترونية أساساً إلى النيل من المعطيات الإلكترونية بصورها المختلفة، باعتبارها تمس المعنويات لا الماديات.

ومن ناحية أخرى نجد أن الجرائم الإلكترونية لها آثار باهظة خاصة بعد القيمة الاقتصادية المتزايدة للبيانات المخزنة، وبعد أن تحولت إلى سلعة تباع وتشتري، حيث انعكست آثارها الخطرة على والمدمرة على المؤسسات المالية العالمية وأمن الدول وحقوق الأفراد الخاصة (الحمداني، ٣٢، ٢٠١١).

المحور الثاني التوصيف القانوني للجرائم الإلكترونية

تتيح التكنولوجيا الحديثة القيام بالكثير من الأعمال التي كان يستحيل إنجازها في وقت قصير، فلقد وفرت تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات الإلكترونية تحقق التواصل السريع وإنجاز المعاملات في سهولة ويسر، وتعد شبكات المعلومات ونظم التبادل الإلكتروني للبيانات تطبيقاً لاستخدام التكنولوجيا الحديثة في مجال الاتصالات ونقل المعلومات وهي تختلف بذلك كثيراً عن غيرها من الوسائل التقليدية للاتصال والإعلام، وهذا الاختلاف يؤدي إلى أمرين، الأول: هو تعدد أوجه استعمالات هذه الوسائل واتساعها، والثاني: هو الحاجة إلى تنظيم قانوني يضع الإطار لهذه الاستعمالات، غير أن هذه التكنولوجيا قد يساء استخدامها وذلك بتهديد السلامة العامة والمصلحة الوطنية، فإذا كانت وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة تتيح إنجاز المعاملات المالية على سبيل المثال بشكل سريع وموثوق به أياً كان مكان المتعاملين، فإن استخدام هذه الوسائل لا يخلو من المخاطر، فقد يستغل بعض المجرمين هذه الوسائل في ارتكاب جرائمهم عن طريق الاحتيال أو المساس بخصوصية هؤلاء المتعاملين وسرية معاملاتهم، وإذا كان التقدم التقني قد حاول مكافحة الجرائم في مجال الاتصالات الإلكترونية، وذلك بأن استحدث الكثير من إجراءات سلامة وأمن هذه الاتصالات ولجأ إلى تشفيرها بما يحفظ سريتها، فإن هذه الإجراءات - مع ذلك - قد أدت إلى استغلال الجناة لهذه الإجراءات في ارتكاب جرائمهم باستخدام وسائل اتصال يصعب اختراقها أو الوقوف على محتواها، وهو ما يعني أن التقدم التقني قد زود المجرمين بوسائل بالغة القوة والفاعلية لارتكاب جرائمهم (شمس الدين، ٥، ٢٠٠٣).

وقبل الحديث عن الجريمة الإلكترونية في طيات مشروع قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية، لزم الإشارة إلى أركان الجريمة الإلكترونية والتي لا تختلف في مضمونها عن الجرائم المذكورة في قانون العقوبات اليمني، وسوف نستعرض هذا المحور من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول

أركان الجريمة الإلكترونية

بالاستناد إلى أدبيات القانون الجنائي نستعرض أركان الجرائم الإلكترونية المادية والمعنوية لأهم أنواع الجرائم الإلكترونية والأكثر انتشاراً كما يلي:

أولاً: الجرائم الإلكترونية في مجال الأنشطة المصرفية:

1- أركان الجريمة المادية:

١. الفاعل: ومن أهم الجناة في هذا النوع من الجرائم هم موظفو البنوك والمؤسسات المالية^(١).
٢. الأداة: مثل: برامج التجسس واختراق وتدمير الأنظمة البنكية وأنظمة الدفع الإلكترونية وشبكات التحويلات المالية.
٣. الرابطة السببية: بين الفعل أو الامتناع عن الفعل المحظور قانوناً والذي ينتج عنه ضرر يرقى إلى مرتبة الجريمة الإلكترونية.
٤. النتيجة: الضرر المتمثل في على سبيل المثال: سرقة الأموال من خلال اختراق الأنظمة البنكية.

٢- أركان الجريمة المعنوية:

- أ- الإرادة (القصد الجنائي الخاص): اتجاه إرادة الجاني لإحداث النتيجة الإجرامية، سواء بشكل مباشرة بارتكاب الجريمة أو عن طريق الإهمال.
- ب- القصد الجنائي العام: وينقسم إلى القصد العمدي وغير العمدي، فالقصد العمدي يعني ارتكاب الفعل بقصد حصول النتيجة الإجرامية مثل: الاختراق المتعمد لأنظمة المؤسسة المالية للاستيلاء على أموال أو تحويلها أو تدمير بياناتها...، والقصد غير العمدي يعني حدوث النتيجة الإجرامية بغير قصد سواء بارتكاب فعل أحدث النتيجة الإجرامية ولم يكن في نية الفاعل حدوثها، أو الإهمال المؤدي إلى النتيجة الإجرامية وهنا نلاحظ أن الإهمال

(١) المؤسسات المالية مثل البنوك، شركات الصرافة، شبكات التحويل، مشغلو أنظمة السداد الإلكتروني، شركات الاستثمار المالي، الصناديق السيادية للدولة (كمؤسسات التأمينات الاجتماعية، صندوق تشجيع الإنتاج الزراعي والسمكي... إلخ).

قد يتحقق عندما لا يلتزم الفاعل بالإجراءات وخطوات العناية الواجبة للشخص العادي.

ثانياً: الجرائم الإلكترونية في مجال التجارة والصناعة:

١- أركان الجريمة المادية:

أ- الفاعل: ومن أهم الجناة في هذا النوع من الجرائم هم القرصنة من الشركات المقلدة للمنتجات أو في بعض الأحيان قد يكونون من الشركات المنافسة (منافسة غير شريفة)، بالإضافة إلى موظفي الشركات أو المصانع وذلك لمصلحة الغير أو لمصلحتهم الشخصية (استغلال نفوذ)، وذلك لسرقة التصاميم والرسوم الصناعية أو تدمير أنظمة التشغيل الخاصة بالمصانع.

ب- الأداة: الاختراق الإلكتروني للأنظمة المشغلة للمصانع أو الشركات.

ج- الرابطة السببية: وذلك بين الفعل أو الامتناع عن الفعل والذي أدى إلى إحداث النتيجة الإجرامية المتمثلة في الضرر (السرقة أو تدمير الأنظمة أو تشويه سمعة منتج معين... إلخ).

د- النتيجة الإجرامية: وهي الضرر الناجم عن الجريمة والمتمثلة في على سبيل المثال: تقليد المنتجات الأصلية أو إتلاف وتدمير الأنظمة المعلوماتية... إلخ.

٢- أركان الجريمة المعنوية:

١- الإرادة (القصد الجنائي الخاص): وتتمثل في اتجاه إرادة الفاعل لإحداث الضرر والنتيجة الإجرامية.

٢- القصد الجنائي العام: ويكون عمداً عندما يتم استخدام برامج وأدوات تقنية بهدف الوصول إلى البيانات أو سرقتها أو إتلافها، ويكون القصد غير عمدي، وذلك بإهمال إجراءات العناية الواجبة لتجنب حدوث أي ضرر وذلك بعمل برامج حماية تقنية وسرفرات في مكان آمن، وتعيين موظفين تقنيين ذوي أمانة ونزاهة، وهذا الإهمال يجب أن تظهر تحقيقات الأجهزة الأمنية المعنية أنها هي سبب النتيجة الإجرامية.

ثالثاً: الجرائم الواقعة على العرض: وترتكز على ثلاثة أركان كالآتي (البقلي،
٢١، ٢٠١٠م):

- ١- الركن المفترض: وهو وجود جهاز إلكتروني كركن مفترض يشكل الوسيلة المستخدمة لارتكاب السلوك الإجرامي في الركن المادي لجرائم الإنترنت في ظل وجود البيئة الرقمية المتصلة به.
- ٢- الركن المادي: وهو السلوك المادي الإيجابي بإتيان أفعال تشكل الركن المادي للجرائم الواقعة على العرض وقد تتضمن تعدداً معنوياً لأكثر من جريمة بذات السلوك في بعضها أو تقتصر على السلوك المادي لجريمة العرض بالوسيلة الإلكترونية وتحقق النتيجة بناء على هذا السلوك.
- ٣- الركن المعنوي: وهو القصد الجنائي العام، المستخلص من الأفعال المادية بتوافر عنصرية من العلم بتجريم السلوك واتجاه إرادة الجاني على إتيان ذلك السلوك وتحقق نتيجته.

المبحث الثاني

المسؤولية الجنائية للجرائم الإلكترونية

ذكرت اتفاقية بودابست صعوبة البلوغ إلى مرتكب الجريمة عبر الإنترنت في المادة (٢١) الخاصة بمكافحة جرائم الفضاء المعلوماتي، حيث تبنت الدول المنظمة إلى المعاهدة تدابير تشريعية لضمان قيام مسؤولية الأشخاص الطبيعيين عن جرائم الإنترنت وكذا الأشخاص المعنوية، حتى وإن قام الأشخاص الطبيعيين بارتكابها لصالح الأشخاص المعنويين، وقد ضمنت غالبية الدول في تشريعاتها مسؤولية مرتكب الجريمة عبر الإنترنت عن جريمته، وقد ثار الخلاف حول مقدم الخدمة أو المستضيف للمواقع الإلكترونية ومدى مسؤوليته عن الجرائم الإلكترونية بمختلف أنواعها، والمستخلص من أحكام القضاء والفقه في بعض الدول قيام مسؤولية مؤجر أو صاحب السيرفر عن هذه الجرائم إذا علم بها ولم يتخذ الإجراءات الكفيلة بمنع وقوعها.

والجدير بالذكر أن المساهمة الجنائية لها أيضاً وجود في الجرائم الإلكترونية بمختلف أنواعها، حيث يسأل المساهم عن جريمة الفاعل الأصلي ويعاقب بذات العقوبة المقررة الفاعل الأصلي سواء كان مباشراً أو متسبباً، وإن كانت المحاكم جرت على تخفيف عقوبة المساهم في نطاق الحد الأقصى والأدنى للعقوبة، وفيما يلي بيان الأحوال الخاصة بالمساهمة الجنائية في الجرائم الإلكترونية (البقلي، ٢٧، ٢٠١٠):

- ١- إذا كانت ظروفًا عينية تتعلق بالأمن المادي للجريمة كحمل السلاح، فإن المساهم تسري عليه ذات العقوبة المقررة للفاعل.
- ٢- إذا كانت ظروفًا شخصية كصفة المتهم (موظف عام)، وتغير وصف الجريمة من غير جسيمة إلى جسيمة، فلا تسري إلا على صاحبها، إلا إذا كان المساهم عالماً بها.
- ٣- إذا توافر عذر يعفي من العقاب (الجنون مثلاً) - وهذا مستبعد بالنسبة للجرائم الإلكترونية - أو مخفف كصغر السن (الأهلية الناقصة)، فلا تسري إلا على الفاعل الأصلي فقط.
- ٤- إذا توافر عذر خاص بالجريمة كالدفاع الشرعي فتنتفي المسؤولية الجنائية عن المساهم والفاعل الأصلي.
- ٥- إذا توافر سبب إباحة كحق التأديب أو صفة الطبيب في الأعمال الطبية يستفيد منها المساهم، فهي ذات طبيعة موضوعية تتعلق بالجريمة نفسها بشرط أن تتوافر

- صفة معينة في المستفيد منها، فلا ينصرف أثر الإباحة إلى الفاعل مع المساهم إذا لم تتوافر فيه تلك الصفة.
- ٦- إذا توافر مانع من المسؤولية لدى الفاعل الأصلي كغير المميز أو المجنون، فلا يستفيد المساهم من ذلك المانع، ويسأل بقدر تمييزه.
- ٧- إذا توافر القصد الجنائي للفاعل الأصلي والمساهم فيسأل عن الجريمة كلاهما، أما إذا لم يتوافر في المساهم فيسأل عن جريمة خطأ غير عمدية، وقد لا يسأل إذا كان لا يتصور بها الخطأ كجريمة التزوير الإلكتروني في محررات لم يعلم المساهم ولم تتجه إرادته إلى سلوك تغيير الحقيقة.
- ٨- يسأل المساهم عن الجريمة المحتملة للفاعل الأصلي ولو كانت غير التي قصد ارتكابها متى كانت الجريمة التي وقعت نتيجة محتملة للمساهمة الجنائية التي حصلت.

المسؤولية التقصيرية للمجني عليه في الجرائم الإلكترونية:

نذكر هنا أنه من الواجب على المتعاملين في الجانب الإلكتروني القيام بعدد من الإجراءات والتدابير للعناية الواجبة للوقاية وللمنع حدوث الجرائم الإلكترونية، وبالتالي فإن أي إهمال أو تقصير من جانب المجني عليه يعرضه للمساءلة القانونية، خاصة إذا أهمل إجراءات العناية الواجبة الملزمة بحسب القوانين المنظمة للنشاط الواقع عليه الجريمة الإلكترونية، وقد تتفاقم المسؤولية إلى أن تصل إلى مستوى المساهمة الجنائية إذا كان الإهمال والتقصير عمدياً بحسب ما تم عرضه أعلاه.

المبحث الثالث

أمن المعلومات الإلكترونية

في ظل واقع يتسم بالتغيرات المتلاحقة في جميع جوانب الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية، برز على الساحة الاقتصادية متغير جديد ارتبط بثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وهو الأمن الإلكتروني والذي يعد نتاجاً لتطبيقات التقنيات الحديثة وما رافقها من خطر التجسس على المعلومات والجرائم الإلكترونية التي باتت موازية من ناحية الخطورة للجرائم التي يتم ارتكابها بالطرق التقليدية، إذ باتت تهدد الاقتصاديات العالمية والنامية على حد سواء وأصبحت ترصد لها المبالغ الهائلة والجهود والخبرات من أجل تلافي خسائرها الفادحة، وهذا ما أثر في مسيرة عجلة التنمية الاقتصادية في معظم المؤسسات الإنتاجية مثل: التأخير في العمل أو سرقة المشاريع والأفكار الجديدة نتيجة استخدام برامج ووسائل التجسس على الحواسيب أو تحويل الأموال عن طريق حسابات شخصية في البنوك بصورة غير مشروعة من شخص إلى آخر... إلخ.

من ناحية أخرى نجد أن الجرائم الإلكترونية تثير الكثير من المشكلات القانونية، بدءاً من مرحلة التحريات والتحقيقات وجمع الأدلة إلى صدور الحكم القضائي، خاصة فيما يتعلق بإثباتها وحجية أدلتها الرقمية (شيخ، ٩، ٢٠٢٠).

ويمكن أن تتعرض النظم لأنواع كثيرة مختلفة للتهديد والهجوم على الأنظمة الإلكترونية يمكن تصنيفه كأنواع متعددة (حسين، ٨، ٢٠٠١):

- التنصت (استراق السمع): تداخل وقراءة رسائل مخصصة لمستخدمين آخرين.
- التنكر: إرسال واستقبال رسائل باستعمال هوية مدير آخر.
- العبث بالرسائل: تداخل وتغيير رسائل مخصصة لمستخدمين آخرين.
- التلاعب: استعمال رسائل سبق إرسالها لاكتساب حقوق مستخدم آخر.
- التسريب: إساءة استعمال سلطة مدير حتى ينفذ برامج خبيثة أو عدائية.
- تحليل حركة: ملاحظة (مراقبة) الحركة من أوالى مدير النظام.
- رفض الخدمة: من قبل مدير النظام.

الجدير بالذكر أن التهديدات الإلكترونية لا بد لها من نظام لإدارة المخاطر للمنشآت المستخدمة لتقنية المعلومات بهدف دعم أنظمتها بنظام أمني يبدأ عمله بتحليل شامل

لمعظم التهديدات المحتملة، يسمى تحليل المخاطر وهنا لا بد أن ننوه إلى أن من يقوم بهذا التحليل هم تقنيون تابعون للمنشأة في إدارة متخصصة لأمن المعلومات (أحياناً تسمى إدارة الامتثال المعلوماتي) ويكون التحليل تبعاً لنشاطها وأنواع المعاملات الإلكترونية الخاصة بها بحيث يقيم الخطر وعدد مرات حدوثه وتكاليف تنفيذ آلية حماية مناسبة، التي تقاس بتكاليف الإصلاح والتلف الناتج من أي هجوم متوقع.

تحليل المخاطرة يجب عمله في طور التخطيط قبل تنفيذ نظام الحماية الإلكترونية بناء على التكلفة والعائد (اقتصاد المعلوماتية)، وهذه العملية في بعض الدول تتم بإشراف جهات رقابية حكومية مثل سلطة ضبط الاتصالات الإلكترونية الموجودة في بعض الدول.

ومن المهم هنا أن نؤكد على ضرورة وجود جهة رقابية حكومية للأعمال والأنشطة الإلكترونية، حيث يمكن تعريف الرقابة الإلكترونية بأنها عملية مراقبة شبكة الاتصالات باستخدام التقنيات الإلكترونية، بحيث تجمع بواسطتها بيانات ومعلومات حول المشتبه به لتحقيق غرض أمني يقوم به مراقب حكومي ذو كفاءة تتماشى مع نوع الجريمة التي يحقق فيها. وهو إجراء وقائي يمكن أن تلجأ إليه أجهزة السلطة القضائية حتى قبل وقوع الجريمة، في حالة الاشتباه بارتكاب أفعال تمس النظام العام والأمن القومي للدولة (عمر، ١٤، ٢٠١٩).

وعلى أساس سياسة نتائج تحليل المخاطرة، يمكن تعريفها بأنها: التي تحدد بوضوح ما هو المطلوب تأمينه وكيفية التنفيذ، وسياسة الأمن لا يمكنها عادة أن تغطي كل المخاطر المحتملة للنظام، ولكن تعتبر تناوباً معقولاً بين المخاطر والموارد المعقولة.

ومن الوظائف التي تقوي سياسة الأمن: خدمات الأمن، وتنفيذ الخدمات بآليات ووسائل أمنية والتي يتم التحقق منها بالمقابل بخطوات حل مشفرة وبروتوكولات آمنة.

ومن اللازم هنا أن ننوه إلى وجود معايير دولية للأمن الإلكتروني صادرة من الهيئة الدولية للمعايير (الأيزو) حيث ذكرت خدمات الأمن الأساسية التالية:

١. التوثيق: يؤكد أن كينونة مدير النظام أو أساس بيانات حقيقية وغير زائفة.
٢. التحكم بالوصول والثقة في الحصول على البيانات: يؤكد أن المدراء المخول لهم، هم فقط الذين يمكنهم الوصول إلى البيانات المحمية وإعطاء صلاحيات لموظفيهم بحسب الأعمال الموكلة إليهم.
٣. تكامل البيانات: أي أنه لا يتم تعديل البيانات إلا بواسطة المدراء المخول لهم فقط.

٤. عدم فرض السلطة: أي عدم منع مدراء الأنظمة الإلكترونية من أداء أعمالهم والمتعلقة بالبيانات.

ومن المفيد هنا أن نذكر استراتيجيات الوقاية من الجرائم الإلكترونية التي قدمها البنك المركزي اليمني بمنشوره الدوري رقم (١) لسنة ١٤٤٥ والخاصة بالمؤسسات المالية، والتي يمكن اعتمادها أيضاً بالنسبة للمتعاملين إلكترونياً من الجهات العامة أو القطاع الخاص، وهي تحقيق ثلاثية الأمن المعلوماتي (CIA) كالتالي (الجرموزي، ٢١، ٢٠٢٥):

- السرية: ضمان حماية للبيانات من الوصول غير المصرح به، والحفاظ على خصوصية المعلومات المهمة سواء كانت تخص المؤسسة أو عملاءها.
- السلامة: ضمان دقة وموثوقية البيانات، والتأكد من عدم تعرضها للتعديل أو التلاعب، مما يحافظ على مصداقية للبيانات.
- التوافر: ضمان توفر البيانات والأنظمة للمستخدمين المصرح لهم في الوقت المناسب، مما يضمن استمرارية العمليات والخدمات دون انقطاع.

المبحث الرابع

قراءة في مشروع قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية

تعد السويد أول دولة تسن تشريعات لاسيما الخاصة بجرائم الحاسب الآلي والانترنت، إذ صدر قانون البيانات السويدي عام (١٩٧٣م) الذي عالج قضايا الاحتيال عن طريق الحاسب الآلي فضلاً عن شموله فقرات عامة تشمل جرائم الدخول غير المشروع على البيانات الحاسوبية أو تزويرها أو تحويلها أو الحصول غير المشروع عليها. وتبعتها الولايات المتحدة الأمريكية إذ شرعت قانوناً خاصة بحماية أنظمة الحاسب الآلي (١٩٧٦-١٩٨٥م)، وفي عام (١٩٨٥م) حدد معهد العدالة القومي خمسة أنواع رئيسية للجرائم المعلوماتية وهي: جرائم الحاسب الآلي الداخلية، جرائم الاستخدام غير المشروع عن بعد، جرائم التلاعب بالحاسب الآلي، دعم التعاملات الإجرامية، وسرقة البرامج الجاهزة والمكونات المادية للحاسب.

وتأتي بريطانيا كالثالث دولة تسن قوانين خاصة بالجرائم الإلكترونية، إذ أقرت قانون مكافحة التزوير والتزييف عام (١٩٨١م) الذي شمل تعاريف أداة التزوير بوسائل التخزين الحاسوبية المختلفة أو أي أداة أخرى يتم التخزين عليها سواء بالطرق التقليدية أو الإلكترونية أو بأي طريقة أخرى.

هناك عدة دول عدلت قوانينها بتضمينها أحكاماً خاصة بالجرائم الإلكترونية، مثل: كندا وفرنسا وهولندا وفنلندا وألمانيا إذ عدلت قوانينها الجنائية بأن شملت نصوصاً خاصة بهذه الجرائم والعقوبات المحددة لكل نوع منها (الوالتلي، ١٠، بدون سنة).

وفي ظل التحولات والتغيرات المحلية والعالمية التي شهدتها بلادنا كان لابد من مواكبة هذه التغيرات والتطورات خاصة فيما يتعلق باستخدام التكنولوجيا الحديثة في كافة المجالات ابتداءً بالصناعة والتجارة وصولاً إلى الخدمات التقنية سواء في القطاع الحكومي أو الخاص، ولما كانت التقنيات الحديثة من أهم مقومات أي اقتصاد قوي، نرى أن الدولة أولت اهتماماً بالغاً بتشجيعها في كافة المجالات وهذا ما يظهر جلياً في طيات قانون الاستثمار الذي أعطى مميزات استثمارية كبيرة لشركات التكنولوجيا والخدمات اللوجستية المساندة للقطاعات الاقتصادية المختلفة.

والجدير بالذكر أن أي نشاط تقني لابد له من وجود الحماية القانونية التي تضمن عدم التعدي على حقوق وحرريات المواطنين، ونلاحظ أن القانون الجنائي التقليدي غير مؤهل لدرجة كافية للاضطلاع بدوره في مكافحة الجرائم الإلكترونية، ذلك أن صلاية

المبادئ القانونية التي تحكم الإكراه الجنائي المقرر للجرائم التقليدية، هي صلافة ضرورية لا تنسجم بصورة جيدة مع حركية الأنشطة والمعاملات الإلكترونية والصبغة الاصطناعية لأغلب تطبيقاته (موسى، ٢٧، ٢٠٢٢)، وفيما يلي عرض لأهم المواضيع التي تطرق لها مشروع قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية:

١- انتهج المشرع اليمني نهج الدول التي أقرت قانوناً مستقلاً لتنظيم الأحكام المتعلقة بالجرائم تقنية المعلومات، وذلك استناداً إلى القوانين الأساسية الأخرى ومن أهمها: قوانين الجرائم والعقوبات والإجراءات الجزائية وحماية المستهلك وغسل الأموال وتمويل الإرهاب بالإضافة إلى قانون حق الحصول على المعلومات.

٢- نظم مشروع القانون الأنشطة الرقمية بمختلف أنواعها من خلال إنشاء جهاز حكومي تنظيمي ورقابي لهذه الأنشطة وهو المركز الوطني لأمن تقنية المعلومات، والذي من الواضح أنه يتبع وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات.

٣- من أهم أهدافه حفظ الحقوق وتعزيز الثقة في التعاملات الإلكترونية، وكذا تحديد الإجراءات الخاصة بجمع الأدلة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات الجنائي، بالإضافة إلى تحديد الأحكام الموضوعية للجرائم الإلكترونية وبيان التدابير والإجراءات وجوانب التعاون الدولي الكفيلة بمكافحتها.

٤- تضمن القانون أسس ومبادئ العمل في القانون الدولي العام والخاص وأحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وكذا ضيق من تطبيق مبدأ إقليمية القوانين، وذلك لطبيعة الجريمة الإلكترونية العابرة للحدود.

٥- تطرق في الباب الثالث منه على أنواع الجرائم الإلكترونية والعقوبات المقررة لها، وقسمها إلى مجموعات كالتالي:

- أ- جرائم التعدي على أنظمة وبرامج وشبكات المعلومات والمواقع الإلكترونية.
- ب- جرائم الاحتيال الإلكتروني.
- ج- جرائم التزوير الإلكتروني.
- د- جرائم التعدي على الملكية الفكرية.
- هـ- الجرائم المرتكبة من مدير الموقع.
- و- الاعتداء على المبادئ أو القيم الاجتماعية أو انتهاك حرمة الحياة الخاصة وجرائم المحتوى المعلوماتي غير المشروع.

- ز- جرائم المعلوماتية ضد الدولة والسلامة العامة.
- ٦- وتضمن مشروع القانون في الباب الرابع منه أحكاماً عامة في عدة فصول كالتالي:
- المسؤولية الجزائية للشخص الاعتباري.
 - العقوبات التكميلية.
 - الظروف المشددة للعقوبة.
 - المساهمة والشروع في ارتكاب الجريمة والإعفاء منها.
- ٧- وتطرق في الباب الخامس للقواعد الإجرائية الملزمة لمستخدمي الحاسوب والبرامج الإلكترونية وذلك من خلال الفصول التالية:
- التزامات مزود الخدمة.
 - التزامات الجهات.
 - الإجراءات والقرارات الصادرة بشأن طلبات حجب المواقع.
 - الإجراءات القضائية والتدابير.
 - الأدلة الإلكترونية.
- ٨- وفي الباب السادس تطرق مشروع القانون إلى مظاهر التعاون الدولي لمكافحة الجرائم الإلكترونية، إلا أنه لم ينظم مسألة التوازن الدولي في ضبط المجرمين والقبض عليهم (الانتربول الدولي)، وكيفية تسليم المطلوبين أمنياً - خاصة حاملي الجنسية اليمنية - أو المجرمين الذين ارتكبوا الجريمة في أراضي الجمهورية اليمنية وفروا إلى الدول الأخرى، حيث لم يرحل مشروع قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية هذه المواضيع إلى القوانين اليمنية الأخرى ذات العلاقة، لتتلافى التداخل أو الفراغ التشريعي.
- من العرض السابق نجد أن المشرع اليمني قد واكب التطورات والمستجدات المحلية والإقليمية والدولية وإن كان متأخراً قليلاً في بعض تشريعاته، إلا أنه تلزم الإشارة هنا أن وجود فجوة تشريعية (قانونية) لا تعني إفلات الجاني من العقاب أو ارتكاب فعل ضار بحجة أنه لا يوجد نص قانوني يجرمه، فلدينا أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والتي هي مصدر جميع القوانين اليمنية وما تحويه من توصيفات فقهية ومقاصديه تدعم وبشكل كبير منع وتجرىم أي سلوك يهدف إلى الإضرار

بالكليات الخمس (المال، النفس، النسل، العقل، الدين).

وكذلك لاننسى أسس ومبادئ النظام العام في الجمهورية اليمنية والقواعد القانونية الآمرة والتي لا يجوز مخالفتها، بالإضافة إلى الإجراءات الاحترازية والتدابير الوقائية المنظمة لعمل الأنشطة التي تستخدم الأعمال الإلكترونية كالأنشطة المالية والمصرفية والحكومة الإلكترونية أو حتى إجراءات الأمن والسلامة الشخصية عند استخدام الهواتف الذكية وأجهزة الحاسوب الشخصية.

ونلاحظ أن مشروع القانون لم يتطرق إلى الجهة المحددة والمنظمة لإجراءات العناية الواجبة لتجنب الجرائم الإلكترونية، هل ستكون مركز الأمن المعلوماتي فقط أم أن هناك جهات أخرى ستشاركه الجانب الرقابي أو التنظيمي، ونقترح أنه من الضروري أن يكون هناك ضابط ارتباط^(١) بين مركز الأمن المعلوماتي والمنشأة المستخدمة للعمليات الإلكترونية سواء كانت منشأة مصرفية أو خدمية، حكومية أو خاصة، وذلك بنفس فكرة مسؤول الامتثال ومكافحة الاحتيال المالي (ضابط ارتباط البنك المركزي اليمني) الموجود في البنوك وشركات الصرافة العاملة داخل أراضي الجمهورية اليمنية.

ومن جانب آخر نجد أن القانون سالف الذكر لم يتطرق أيضاً إلى المحكمة المختصة بنظر قضايا الجرائم الإلكترونية، لكن الأمر ليس صعباً ولا معقداً، حيث أنه وببساطة يمكن للمحاكم العادية أو المتخصصة النظر في هذه القضايا بناء على أركان الجريمة الموضحة في طيات هذا البحث بحسب الاختصاص المكاني والنوعي لهذه المحاكم، وبالنسبة إلى الجرائم الإلكترونية التي تمس الاقتصاد فنقترح أن يتم نظرها عبر المحكمة الاقتصادية والتي أكد قانون الاستثمار اليمني الجديد على أهميتها.

ولعلاج مشكلة عدم توفر كادر إداري وقضائي في المحاكم والنيابات قادر على التعامل مع الأدلة الإلكترونية ومعرفة حقيقتها من زيفها، يمكن عمل دورات تدريبية تخصصية للموظفين العاملين، بحيث يكونون على استعداد تام للتعامل مع قضايا الجرائم الإلكترونية حال ورودها للمحكمة، وذلك لما سيسببه تأخير نظر هذه القضايا من خسائر فادحة للفرد والدولة، مع ملاحظة أن هذا التأخير قد يساعد المجرمين في إكمال الجريمة أو الهروب من قبضة العدالة.

(١) ضابط الارتباط: هو موظف لدى المنشأة يكون عمله استلام التعاميم والقرارات المنظمة ومتابعة تنفيذ منشأته لتعليمات الجهة المنظمة، حيث يمكن اعتباره حلقة الوصل بين المنشأة والجهة الرقابية، مثل ما تم العمل به حديثاً بين جهاز الأمن وشركات الحراسة الخاصة.

وفي الأخير نجد أنه وبشكل عام إذا لم يوجد نص تجريمي في القوانين اليمنية لأي فعل ضار، فلا يعني إفلات الجاني من العقوبة وضياع حق المجني عليه، لأنه ولحسن الحظ أن جميع التشريعات الوطنية مصدرها ومرجعها الأساسي هو الشريعة الإسلامية وهو ما يعني مرونة تطبيق القانون على جميع الأنشطة الفردية أو المؤسسية، باستخدام مقاصد الشريعة الإسلامية ونصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

الخاتمة

وتحتوي على النتائج والتوصيات، على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

- ١- ترتبط الجريمة الإلكترونية بالتطورات الناتجة عن ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الحديثة، لذلك يتطلب مكافحتها الاعتماد على وسائل تقنية لا تقل حداثة عن الوسائل المستخدمة في ارتكابها.
- ٢- لا ترتبط الجريمة الإلكترونية بفضة معينة من الأفراد، وإنما تعتمد على القابلية للتعامل مع التقنيات الحديثة.
- ٣- نوعية هذه الجرائم تكون على معلومات ذات قيمة مادية وفكرية عالية.
- ٤- أغلب الجرائم الإلكترونية تحدث نتيجة عدم توشي الحذروالاستخدام غيرالمسئول لشبكة المعلومات (الإنترنت) من قبل الأفراد.
- ٥- تظهر خطورة الجرائم الإلكترونية في كونها عابرة للحدود وصعبة الاكتشاف والإثبات ويصعب فيها تحديد الاختصاص القضائي، لكون شبكة الإنترنت هي المجال الحيوي لارتكابها.
- ٦- ترتكب الجرائم الإلكترونية في عالم افتراضي غير ملموس، لكنه موجود حقيقة وغير مقيد بحدود زمنية أو مكانية، وهذا ما يتطلب إعادة النظر في بعض القواعد والمسلمات الثانوية مثل: قواعد الاختصاص القضائي وتنازع القوانين وغيرها من القواعد.
- ٧- جرائم التجارة الإلكترونية زادت من تكاليف المنشآت، فبالإضافة لخسائر هذه الجرائم، تتحمل الشركات تكاليف الحماية الإلكترونية.
- ٨- المساهمة الجنائية في مشروع قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية لها حيز كبير، يؤكد تجليات موضوع المسؤولية العمدية والتقصيرية عند التعامل مع التقنيات والمعاملات الإلكترونية.
- ٩- إن التدريب الفاعل والمدروس للجهات ذات العلاقة ومنها أجهزة السلطة القضائية حتى بالنسبة للمحكمة العليا، سوف يقلل وبشكل كبير من تأخير الفصل في قضايا الجرائم الإلكترونية، وبالتالي التقليل من الخسائر الناتجة عنها.

ثانياً: التوصيات:

- ١- ضرورة تنظيم العمليات الإلكترونية المصرفية وغير المصرفية، وذلك من خلال القرارات والتعاميم المنظمة من الجهات الحكومية ذات العلاقة، ونصح بسن قانون خاص منظم للعمليات المالية والتجارة الإلكترونية، لما لها من تداخلات كبيرة في العديد من القطاعات الإنتاجية والخدمية الحيوية.
- ٢- من المفيد تعيين ضابط ارتباط بين المنشأة (مثل: مدير مركز المعلومات، مدير النظام المالي... إلخ) وبين الجهة المنظمة سواء كانت مركز الأمن المعلوماتي حال إنشائه، أو وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات.
- ٣- ضرورة عمل أدلة إجراءات خاصة بوسائل وتدابير العناية الواجبة، والهادفة إلى تجنب حدوث أي مشكلات تقنية أو جرائم الكترونية.
- ٤- من أهم طرق ووسائل تجنب الوقوع في فخ الجرائم الإلكترونية، هو اختيار وتعيين موظفين تقنيين (أو مستخدمي الأنظمة الإلكترونية مثل الأنظمة المالية، والأنظمة الخدمية الأخرى) من ذوي الكفاءة المهنية والتدريب المتخصص، والنزاهة والأمانة الوظيفية، ونقترح أن يتم عمل تعميم من وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات بالاشتراك مع وزارة الخدمة المدنية والتطوير الإداري لجميع الجهات الحكومية والخاصة بشروط وضوابط توظيف المشتغلين بالجانب التقني (ضباط الارتباط والعاملين التقنيين).
- ٥- ضماناً لاستقرار العمليات والأنشطة الإلكترونية، يلزم منع أي شخص ليس موظفاً أو لا تنطبق عليه شروط وضوابط العمل التقني من مباشرة المهام والأعمال التقنية، ما لم فتتحمل الجهة المسؤولية العمدية أو التصديرية إذا حدثت أي جريمة الكترونية أو جريمة عادية، سواء كانت جسيمة أو غير جسيمة.
- ٦- ضرورة وجود سيرفرات وخوادم (داخل الجمهورية اليمنية) تجنباً لأي مخاطر اختراق محتملة، وكذلك لسهولة الصيانة الدورية والتحديث... إلخ.
- ٧- نوصي بتفعيل دور المحكمة الاقتصادية - عند إنشائها بمشيئة الله - بالنظر في القضايا المتعلقة بالجرائم الإلكترونية في المجالات والأنشطة الاقتصادية.
- ٨- من المهم تطعيم مركز الأمن المعلوماتي - عند إنشائه - بالكوادر النوعية والمتخصصة في القانون والاقتصاد، إضافة إلى مهندسي الحاسوب والبرمجيات،

وذلك لضمان سلامة وقانونية العمليات الإلكترونية، وتحقيقها للمنافع المرجوة منها للفرد والمنشأة والوطن بأكمله، وذلك لأن معظم الأنشطة الإلكترونية ذات طابع اقتصادي.

المراجع

- ١- مشروع قانون مكافحة الجرائم الإلكترونية في الجمهورية اليمنية، اللجنة الدستورية والقانونية والقضائية، مجلس الشورى اليمني، ٢٠٢٥م.
- ٢- العبدلي، محمد جبار جدوع وآخرون، المسؤولية عن الجرائم الإلكترونية العابرة للحدود وفقاً لقواعد القانون الدولي، مجلة آداب الكوفة، العدد ٦٥، ٢٠٢٥م.
- ٣- الجرهموزي، أكرم أحمد، أهمية الأمن السيبراني واستراتيجيات الوقاية لدى القطاع المصرفي، ورشة بعنوان: دور القضاء في مواجهة الجرائم الإلكترونية وفض المنازعات المصرفية، وزارة العدل وحقوق الإنسان، المعهد العالي للقضاء، ٢٠٢٥م.
- ٤- موسى، روسم عطية، أثر التنظيم الجنائي للعلاقات التعاقدية الاقتصادية على النظرية العامة العقد، مجلة أكاديمية الدراسات العليا للبحوث والدراسات العلمية، العدد السادس، يونيو، ٢٠٢٢م.
- ٥- شيخ، عبد الصديق، الوقاية من الجرائم الإلكترونية في ظل قانون ٠٤-٠٩، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد ٤، العدد ١، لسنة ٢٠٢٠م، الجزائر.
- ٦- بن عمر، ياسين، المعالجة القانونية للجرائم الإلكترونية في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة (التشريع المغربي والإماراتي أنموذجاً)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٠، العدد ٣، ٢٠١٩م.
- ٧- جويل، كرتزمن، ترجمة محمد العصيمي، دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٢م.
- ٨- الحمداني، محمد حسين، جريمة سرقة المعلومات المعالجة آلياً، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٢، العدد ٤٧، ٢٠١١م.
- ٩- البقلي، هيثم عبدالرحمن، الجرائم الإلكترونية الواقعة على العرض، دار العلوم، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
- ١٠- شمس الدين، أشرف توفيق، الحماية الجنائية المستند الإلكتروني، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣م.

- ١١- الوائلي، نادية صالح مهدي، الآثار الاقتصادية للجرائم الإلكترونية، مجلة الإدارة والاقتصاد، المجلد الثالث، العدد التاسع، كربلاء، بدون سنة.
- ١٢- حسين، فاروق سيد، التجارة الإلكترونية وتأمينها، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م، الجيزة.

Contents

Editorial of the issue Editor	6
Business address and trade name Between the provisions of the law and the reality of its application Prof. Dr. Abdul Khaliq Saleh Abdullah Muazab	7
The crime of trespassing on another's property. judge/ Zaid Ali Yahya Al-Hamzi	43
Waiver of civil litigation In Yemeni procedural law (Comparative study) Dr.Ali Mohammed Saghir Al-Qalisi	69
Objections to the execution of criminal judgments Judge/ Haroun Hafez Mohamed Al-Farah	109
Obstacles to implementing artificial intelligence in combating cybercrime in Yemen Dr. Sabreen Saleh Mohammed Yahya	163
Substantive and provisional enforcement disputes in Yemeni legislation Dr. Fayez Saleh Abdo Al-Doubli	201
Legal framework for exceptional circumstances in Yemen Researcher/ Mohammed Ali Hatram	237
The legal nature of cybercrime Researcher/ Nada Abdullah Tamish	289

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

The professor. 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 (16) 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

- Business address and trade name Between the provisions of the law and the reality of its application
Prof. Dr. Abdul Khaliq Saleh Abdullah Muazab
- The crime of trespassing on another's property
judge/ Zaid Ali Yahya Al-Hamzi
- Waiver of civil litigation In Yemeni procedural law (Comparative study)
Dr. Ali Mohammed Saghir Al-Qalisi
- Objections to the execution of criminal judgments
Judge/ Haroun Hafez Mohamed Al-Farah
- Obstacles to implementing artificial intelligence in combating cybercrime in Yemen
Dr. Sabreen Saleh Mohammed Yahya
- Substantive and provisional enforcement disputes in Yemeni legislation
Dr. Fayez Saleh Abdo Al-Doubli
- Legal framework for exceptional circumstances in Yemen
Researcher/ Mohammed Ali Hatram
- The legal nature of cybercrime
Researcher/ Nada Abdullah Tamish