



# مجلة

## البحوث والدراسات القضائية والقانونية يصدرها المكتب الفني بوزارة العدل وحقوق الإنسان

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

- الوقف التعليقي للخصومة في القانون اليمني  
القاضي. الأستاذ. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
- جريمة إفشاء السر المصرفي في القانون اليمني «دراسة مقارنة بفقهاء القانون الوضعي»  
القاضي / إبراهيم محمد أحمد الشامي
- ضوابط استنباط الحكم الشرعي كمصدر للقاعدة القانونية  
الأستاذ. الدكتور/ محمد عبد الملك محسن الحبشي
- الجرائم المالية الإلكترونية ودور أنظمة الذكاء الاصطناعي في تعزيز أدلة الإثبات  
الدكتور/ إبراهيم محمد الزنداني
- اعتبار الخصومة كأن لم تكن  
الدكتور/ علي محمد صغير القليسي
- الطلبات القضائية في قانون المرافعات اليمني  
الدكتور/ فايز صالح عبده الدوبلي
- فجوة المسؤولية في العصر الرقمي بين الذكاء الاصطناعي وتقليدية النص  
الباحثة / وضحة أحمد حسن المراني



مجلة

# البحوث والدراسات القضائية والقانونية

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

العدد (17) رجب - رمضان 1447هـ

الإشراف العام

القاضي / إبراهيم محمد أحمد الشامي  
القائم بأعمال وزير العدل وحقوق الإنسان

لا تعبر البحوث المنشورة عن رأي المجلة وإنما عن رأي كاتبها

رقم الإيداع: 2022 / 1444 / 460

## المهئة الاستشارية

الأستاذ. الدكتور/ عبدالمؤمن شجاع الدين

القاضي. الدكتور/ عصام عبدالوهاب السماوي

القاضي/ سعد أحمد هادي

القاضي/ عبدالعزيز ضياء الدين البغدادي

الأستاذ. الدكتور/ محمد حسين الشامي

الأستاذ/ عبدالله محمد راجح

الأستاذ. الدكتور/ محمد سعد نجاد

الأستاذ. الدكتور/ محمد عبدالملك المحبشي

## هيئة التحرير

رئيس التحرير - رئيس المكتب الفني

القاضي / خالد عبدالعزيز البغدادي

نائب رئيس التحرير

الدكتور / إبراهيم محمد أحمد زايد

سكرتير التحرير

الأستاذ / معتصم شرف عبدالرحمن شرف الدين

المدير الفني (إخراج)

عابد عبدالله سالم عزان

## قواعد النشر في المجلة

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### إرشادات متعلقة بالطباعة

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

البريد الإلكتروني: [jjlrs-moj.gov.ye](mailto:jjlrs-moj.gov.ye)

موقع المجلة الإلكتروني:

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

## محتويات العدد

٦	افتتاحية العدد رئيس التحرير
٩	الوقف التعليقي للخصومة في القانون اليمني القاضي. الأستاذ. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
٣٥	جريمة إفشاء السر المصرفي في القانون اليمني «دراسة مقارنة بفقهاء القانون الوضعي» القاضي / إبراهيم محمد أحمد الشامي
١٠٥	ضوابط استنباط الحكم الشرعي كمصدر للقاعدة القانونية الأستاذ. الدكتور/ محمد عبد الملك محسن المحبشي
١٤٥	الجرائم المالية الإلكترونية ودور أنظمة الذكاء الاصطناعي في تعزيز أدلة الإثبات الدكتور/ إبراهيم محمد الزداني
١٦٧	اعتبار الخصومة كأن لم تكن الدكتور/ علي محمد صغير القليسي
٢٠٩	الطلبات القضائية في قانون المرافعات اليمني الدكتور/ فايز صالح عبده الدويلي
٢٤٥	فجوة المسؤولية في العصر الرقمي بين الذكاء الاصطناعي وتقليدية النص الباحثة / وضحة أحمد حسن المراني

## افتتاحية العدد

### رئيس التحرير

في هذا العدد السابع عشر من مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية، نطل على قراننا الكرام بروح علمية متجددة، تستأنف مسيرتها بعد إجازة عيد الفطر المبارك، في سياقٍ تتعاضم فيه الحاجة إلى ترسيخ المعرفة القضائية الرصينة، وتعزيز الوعي القانوني المؤصل، بما يخدم رسالة العدالة ويُسهم في تطوير الأداء القانوني والقضائي على أسس علمية متينة.

وقد جاء هذا العدد حافلاً ببحوث نوعية عالجت قضايا إجرائية وموضوعية دقيقة، جمعت بين التأسيس النظري والتحليل التطبيقي، وبين استحضار التراث الفقهي واستيعاب تحديات الواقع المعاصر.

فاستُهل العدد ببحثٍ علمي رصين لفضيلة القاضي الأستاذ الدكتور عبد المؤمن شجاع الدين حول "الوقف التعليقي للخصومة في القانون اليمني"، حيث تناول فيه هذا النظام الإجرائي بوصفه أداةً لتحقيق التوازن بين وحدة الخصومة وتعدد المسائل الأولية، فبيّن ماهيته وشروطه وطبيعته القانونية، واستعرض تطبيقاته في التشريعات العربية، مع تحليل دقيق لحدود سلطة المحكمة في إقراره وأثاره على سير الدعوى، بما يُسهم في ترسيخ مبدأ الاقتصاد في الإجراءات ومنع تضارب الأحكام.

ويأتي بعده بحث فضيلة القاضي إبراهيم محمد أحمد الشامي الموسوم بـ "جريمة إفشاء السر المصرفي في القانون اليمني - دراسة مقارنة بفقهاء القانون الوضعي"، والذي عالج فيه موضوعاً يتقاطع فيه القانون الجنائي مع القانون التجاري والمصرفي، مسلطاً الضوء على البعد الدستوري لحماية الذمة المالية للأفراد، ومحللاً أركان الجريمة وحالات الإباحة، ومبيناً أوجه القصور التشريعي والحاجة إلى تنظيم أدق يواكب تطور المعاملات المصرفية والتقنيات الحديثة.

أما الأستاذ الدكتور محمد عبد الملك المحبشي فقد تناول في بحثه "ضوابط استنباط الحكم الشرعي كمصدر للقاعدة القانونية" قضية ذات بعد دستوري وفلسفي عميق، مؤصلاً لمبدأ الشريعة الإسلامية بوصفها مصدراً للتشريع، ومميزاً بين النص والاجتهاد، ومبرزاً دور المقاصد والمصلحة في عملية الاستنباط، في مواجهة قراءات

جامدة أو دعوات إقصائية، مؤكداً أن الاجتهاد المنضبط هو الجسر الذي يصل بين ثوابت الشريعة ومتغيرات الواقع.

وفي سياق التحديات المعاصرة، قدّم الدكتور إبراهيم محمد الزنداني دراسة متقدمة بعنوان: "الجرائم المالية الإلكترونية ودور أنظمة الذكاء الاصطناعي في تعزيز أدلة الإثبات"، عالج فيها ظاهرة الجرائم السيبرانية التي تستهدف القطاع المالي، محللاً صورها وأدواتها، ومستعرضاً في المقابل الإمكانيات التي تتيحها تقنيات الذكاء الاصطناعي في كشفها وتعزيز مصداقية الأدلة الرقمية، في طرح يجمع بين العمق الجنائي والاستشراف التقني.

كما أفرد الدكتور علي محمد القليسي بحثاً متميزاً حول "اعتبار الخصومة كأن لم تكن"، تناول فيه هذا الجزء الإجرائي من حيث مفهومه وحالاته وآثاره، مميّزاً بينه وبين غيره من الجزاءات كالبطالان والانعدام، ومبرزاً فلسفته القائمة على محاربة التراخي وتحقيق الجدية في التقاضي، مع طرح توصيات تسهم في سد الثغرات التشريعية وتفعيل غاية المشرع في سرعة الفصل في الخصومات.

وتناول الدكتور فايز صالح الدوبلي في دراسته "الطلبات القضائية في قانون المرافعات اليمني" الإطار المنظم للطلبات الأصلية والعارضة وطلبات الغير، مبيّناً أثرها في تحديد نطاق الخصومة وسلطة القاضي، مؤكداً أن حسن تكييف الطلب القضائي وضبط آثاره يمثل حجر الزاوية في تحقيق العدالة الإجرائية ومنع تناقض الأحكام.

واختتمت البحوث بدراسة للباحثة وضحة أحمد المراني بعنوان: "فجوة المسؤولية في العصر الرقمي بين الذكاء الاصطناعي وتقليدية النص"، طرحت فيها إشكالية مسؤولية الأفعال الناشئة عن أنظمة ذكية تتجاوز في تعقيدها التصورات التقليدية للمسؤولية القانونية، داعية إلى تطوير الأطر التشريعية بما يستوعب التحولات الرقمية ويحافظ في الوقت ذاته على ثوابت العدالة.

وإذ نقدّم هذا العدد إلى الأسرة القضائية والمهتمين بالشأن القانوني، فإننا نأمل أن يكون إضافة نوعية إلى رصيد البحث القانوني، وأن يسهم في تعميق النقاش العلمي الرصين، وتوسيع آفاق التفكير الاجتهادي المسؤول، في مرحلة تتطلب وعياً قانونياً يقطّأ يوازن بين الأصالة والتجديد، وبين النص وروحه، وبين ثبات المبادئ وحركية الواقع.

والله ولي التوفيق،،،





المجلة  
البحوث والبحوث  
القانونية

# الوقف التعليقي للخطومة في القانون اليمني

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

مجلة  
البحوث والبحوث  
القانونية

## مقدمة

نصت المادة (٢٠٥) من قانون المرافعات اليمني على أنه: (في غير الأحوال التي ينص عليها القانون على وقف الخصومة وجوباً أو جوازاً يجب على المحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها عن الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم في الخصومة)، فقد ورد هذا النص بصيغة الوجوب، إذ يجب على المحكمة أن تأمر بوقف الخصومة التي تنظرها إذا ظهر لها أن هناك مسألة أخرى أولية يجب الفصل فيها بداية قبل الفصل في المسألة المنظورة أمامها، وكانت هناك محكمة أخرى تختص بالفصل في المسألة الأولية.

وبما أن هذا الوقف مقرر على سبيل الوجوب فإنه يجب على المحكمة من تلقاء ذاتها أن تقر وقف الخصومة، إذا ثبت لها وجود مسألة أولية تختص بنظرها محكمة أخرى، كما أنه إذا طلب الخصوم وقف الخصومة لهذا السبب فإنه يجب في هذه الحالة على المحكمة أن تقرر ذلك، وسنعرض هذا على المباحث الآتية:

- المبحث الأول: ماهية الوقف التعليقي للخصومة.
- المبحث الثاني: الوقف التعليقي في قوانين الدول العربية.
- المبحث الثالث: شروط الوقف التعليقي للخصومة.
- المبحث الرابع: الوقف التعليقي للخصومة الوجوبي والجوازي.
- المبحث الخامس: الوقف التعليقي للخصومة وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية.
- المبحث السادس: متى يكون الوقف التعليقي للخصومة جوازياً.
- المبحث السابع: طبيعة القرار بالوقف التعليقي للخصومة.
- المبحث الثامن: مدى سلطة محكمة الموضوع المختصة بالفصل في الدعوى الأصلية بإصدار القرار بوقف السير فيها إلى حين حسم النزاع في المسألة الأولية.
- المبحث التاسع: مدى جواز الطعن بقرار بوقف الخصومة إلى حين الفصل في مسألة أولية.
- المبحث العاشر: مدة الوقف التعليقي للخصومة.
- المبحث الحادي عشر: لا تسري أحكام الوقف التعليقي على الدعاوى المستعجلة.
- المبحث الثاني عشر: مدة تقديم الدعوى بالمسألة الأولية.
- المبحث الثالث عشر: الوقف التعليقي أثناء مرحلة التنفيذ.
- المبحث الرابع عشر: المحكمة المختصة بنظر المسألة الأولية.

## المبحث الأول ماهية الوقف التعليقي للخصومة

الوقف التعليقي للخصومة هو: وقف سير إجراءات الخصومة المنظورة أمام المحكمة المختصة إلى حين قيام المحكمة الأخرى بالفصل في مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في الخصومة الأصلية، ولذلك يسمى الوقف التعليقي بهذا الاسم، لأن سبب الوقف هو تعلق الفصل في الخصومة الأصلية بالفصل في مسألة أولية أخرى.

فإذا عرضت في أثناء نظر الدعوى مسألة فرعية ليست من اختصاص المحكمة المعروض عليها النزاع اختصاصاً نوعياً أو وظيفياً يتوقف عليها الحكم في الدعوى، عندئذ تجد المحكمة نفسها مضطرة إلى وقف السير في الدعوى الأصلية إلى أن يتم الفصل في تلك المسألة، ولذلك يسمى هذا الوقف بالوقف التعليقي، لأن الفصل في الدعوى معلق على الفصل في المسألة الأولية.

الوقف التعليقي للخصومة يتقرر عندما تكون الدعوى محلاً للنظر في موضوعها من قبل القضاء والفصل فيها لكن يعترض هذا السير مسألة فرعية أو أولية بحيث يتوقف الحكم في الدعوى الأصلية على الفصل فيها، أي بمعنى أن الحكم في النزاع الأصلي يكون متوقفاً على الحكم في المسألة الأولية.

وهذا النوع من الوقف يقع بقرار من القاضي، ولذلك فإن هذا الوقف من أنواع الوقف القضائي، فهذا النوع من الوقف يتم بناء على قرار من المحكمة التي تنظر الخصومة الأصلية، فلا يقع الوقف هنا إلا بناء على قرار صادر من المحكمة.

ولذا فإن القرارات السابقة على قرار وقف الخصومة (سير المحاكمة) تعتبر صحيحة بعد توفر سبب الخصومة وقبل صدور القرار بالوقف.

ويبدأ من تاريخ صدور الحكم ولأسباب معينة حددها القانون وللمحكمة في كلا النوعين سلطة تقديرية في الحكم بالوقف أو عدم الحكم به. (عوارض الخصومة، أ. د. عثمان التكروري، ص ٦٤).

## المبحث الثاني الوقف التعليقي في قوانين الدول العربية

ورد الوقف التعليقي للخصومة في كل قوانين الدول العربية، فقد نصت المادة (٢٠٥) من قانون المرافعات اليمني على أنه: (في غير الأحوال التي ينص عليها القانون على وقف الخصومة وجوباً أو جوازاً يجب على المحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها عن الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم في الخصومة)، فقد ورد هذا النص بصيغة الوجوب، إذ يجب على المحكمة أن تأمر بوقف الخصومة التي تنظرها إذا ظهر لها أن هناك مسألة أخرى أولية يجب الفصل فيها بداية قبل الفصل في الخصومة الأصلية المنظورة أمامها، فالوقف في هذه الحالة واجب بحسب صيغة الوجوب الواردة في النص السابق، وذلك ظاهر من جملة: (يجب على المحكمة أن تأمر) الواردة في النص، وفي السياق ذاته نصت المادة (٢٠٦) مرافعات يمني على أنه (يستأنف السير في الخصومة من النقطة التي وقفت عندها بمجرد زوال سبب الوقف)، فبعد زوال سبب وقف الخصومة تعاود المحكمة إجراءات نظر الخصومة الأصلية من آخر إجراء قبل وقف القضية، وقد ورد هذا النص تطبيقاً لمبدأ عدم العدل الإجرائي والاقتصاد في إجراءات التقاضي.

كما ورد الوقف التعليقي في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، وذلك في المادة (١٢٦) التي نصت على أنه: (للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم وقف السير في الدعوى إذا رأت أن الحكم في موضوعها يتوقف على الفصل في مسألة أولية، ويحق لأي من الخصوم طلب تعجيل السير في الدعوى بمجرد زوال سبب الوقف).

وكذا ورد الوقف التعليقي في قانون المرافعات المدنية العراقي، فقد نصت المادة (٨٣) منه على أنه (إذا رأت المحكمة أن الحكم يتوقف على الفصل في موضوع آخر قررت إيقاف المرافعة واعتبار الدعوى مستأخرة حتى يتم الفصل في ذلك الموضوع، وعندئذ تستأنف المحكمة السير في الدعوى من النقطة التي وقفت عندها، ويجوز الطعن بهذا القرار بطريق التمييز. ٢- إذا استمر وقف الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه مدة ستة أشهر تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون).

في حين نصت المادة (١٢٩) مرافعات مصري على أنه (للمحكمة أن تأمر بوقف الخصومة كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم، على أن تستأنف الدعوى سيرها فور حسم النزاع في هذه المسألة).

كما نصت المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات الليبي على أنه (في غير الأحوال التي نص عليها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم، وبمجرد زوال سبب الوقف تستأنف الدعوى بقوة القانون سيرها من النقطة التي وقفت عندها، ويقوم قلم الكتاب بتعجيلها إذا اقتضى الحال)، وهذا النص مقارب للنص اليمني. وفي هذا الشأن نصت المادة (١٤٣) من القانون الكويتي على أنه (للمحكمة أن تأمر بوقف الدعوى كلما رأت تعليق الحكم في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم في الدعوى).

وكذا أخذ القانون اللبناني بالوقف التعليقي في أحكامه وذلك إذا حدث أثناء نظر الدعوى أن يبدي أحد الخصوم دعواً لا تختص به المحكمة المعروض عليها النزاع اختصاصاً متعلقاً بالوظيفة أو اختصاصاً نوعياً، ويكون الفصل في ذلك الدفع أمراً لازماً حتى تتمكن المحكمة من الحكم في الدعوى).

أما القانون الجزائري فلم يرد فيه نص يتضمن الحكم بالوقف التعليقي كقاعدة عامة ويرجع ذلك إلى وحدة النظام القضائي الجزائري الذي يعتبر جهة واحدة، فالنظام الجزائري لا يعترف بتعدد الاختصاص الولائي لجهات قضائية مختلفة، لذا فإن أية وحدة قضائية تختص بالفصل في أية مسألة فرعية تعرض في النزاع الذي تنظره، من ثم لا يقوم داع لوقف الخصومة الأصلية انتظاراً للفصل في المسألة الأولية (الفرعية) من جهة قضائية أخرى، فالأمر بوقف الإجراءات هو سلطة للقاضي يستعملها كلما كان من الملائم وقف إجراءات خصومة معينة في انتظار انجلاء موقف معين أو الفصل في خصومة أخرى، بيد أن الوقف التعليقي له صورة في التشريع الجزائري تطبيقاً لقاعدة «الجنائي يوقف المدني»، فقد ورد ضمن أحكام المادة (١٦٥) إجراءات مدنية التي تنص على أنه إذا رفعت الدعوى العارضة بالتزوير بصورة مستقلة وأصلية أمام القضاء الجنائي (عن مستند مقدم في دعوى مدنية) فإنه يوقف الفصل في الدعوى المدنية إلى حين صدور حكم في دعوى التزوير.

ونص القانون السوري في المادة (١٦٤) منه على أنه (في غير الأحوال التي نص عليها القانون على وقف الدعوى وجوباً أو جوازاً يكون للمحكمة أن تقرر وقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها على الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم). (عوارض الخصومة القضائية، د. منال فايق حمودي، ص ٢٥).

## المبحث الثالث شروط الوقف التعليقي للخصومة

سبق القول أن الوقف التعليقي للخصومة يتقرر عندما تكون الدعوى محلاً للنظر في موضوعها من قبل القضاء والفصل فيها لكن يعترض هذا السير مسألة فرعية أو أولية بحيث يتوقف الحكم في الدعوى الأصلية على الفصل فيها، بمعنى أن الحكم في النزاع الأصلي أو الخصومة الأصلية يكون متوقفاً على الحكم في المسألة الأولية، ويشترط في هذا الوقف عدة شروط منها:

### الشرط الأول: أن تثار مسألة أولية عند نظر الخصومة الأصلية:

فينبغي أن تثار مسألة أولية التي يتوقف على حلها الفصل في الخصومة أو الدعوى الأصلية، كمسألة الملكية في دعوى القسمة. فيجب على الأقل أن يكون هناك ارتباط بين المسألة الأولية والخصومة أو الدعوى الأصلية على نحو يجعل الفصل في الأولى أمراً ضرورياً للفصل في الثانية، فبغير هذا الارتباط لا نكون بصدد مسألة أولية بالمعنى الصحيح.

### الشرط الثاني: أن يكون الفصل في المسألة الأولية خارجاً عن الاختصاص الوظيفي أو النوعي للمحكمة المختصة بالفصل في الدعوى الأصلية:

لأن المحكمة التي تنظر الخصومة الأصلية حينما تكون مختصة بنظر المسألة الأولية فإن ذلك يستوجب منها الفصل في المسألة الأولية أولاً تمهيداً للحكم في الدعوى الأصلية والحكم فيهما بحكم واحد.

فإذا كانت المسألة الأولية تختص بنظرها المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية، ففي هذه الحالة لا تقرر المحكمة وقف الدعوى الأصلية إلى حين البت في المسألة الأولية، وإنما تقضي فيها مع قضائها في الدعوى الأصلية مثال ذلك أن ترفع دعوى بصحة ونفاذ عقد فيتدخل خصم فيها طالباً برفضها استناداً إلى ملكيته للعقار محل الدعوى، فحينئذ يكون طلب المتدخل مسألة أولية يجب على المحكمة الفصل فيها أولاً وعلى هدى هذا

القضاء يكون قضاؤها في الدعوى، فإن خلصت إلى أن المتدخل هو المالك قضت برفض الدعوى أما إن خلصت إلى أنه غير مالك قضت بصحة ونفاذ العقد، إذ تلتزم المحكمة بالفصل في كل نزاع يطرح في الدعوى، فإن كان مما تختص به فصلت فيه.

وعندما تكون المسألة الأولية من اختصاص المحكمة التي تنظر في النزاع الأصلي وجب عليها أن تبت في المسألة الأولية أولاً باعتبارها من وسائل الدفاع التي يعتبر تحقيقها والفصل فيها من إجراءات الخصومة ذاتها، ففي هذه لا يتحقق الوقف التعليقي. أما إذا لم يكن الأمر كذلك فإن المحكمة تقرر وقف الدعوى حتى يتم الفصل في المسألة الأولية أولاً من قبل المحكمة المختصة بنظرها.

ومع ذلك فإن القضاء العراقي يقضي بجعل الدعوى الأصلية مستأخرة وذلك إلى حين الفصل في المسألة الأولية التي أثبتت من قبل أحد أطرافها حتى لو كان الفصل في المسألة الأولية من اختصاص المحكمة ذاتها، فتقرر عندئذ وقف الدعوى الأصلية إلى حين البت في موضوع تلك المسألة ومثال ذلك إذا ما أقامت زوجة المتوفى دعوى تصحيح القسام الشرعي والمسألة الإرثية لدى محكمة الأحوال الشخصية كونها أحد ورثة المتوفى ولم تدرج ضمن وراثته في القسام الشرعي وطعن أحد الورثة الآخرين أو جميعهم بعدم بقائها على ذمة مورثهم حين الوفاة بسبب انفصام عرى الزوجية بواقعة طلاقها من مورثهم حال حياته - وأقاموا دعوى إثبات الطلاق أمام ذات المحكمة، فليس لقاضي دعوى تصحيح القسام الشرعي (الدعوى الأصلية) البت والفصل فيها، وعليه أن يصدر قراره بوقف سير المرافعة في تلك الدعوى إلى حين الفصل في دعوى إثبات واقعة الطلاق حيث تعتبر مسألة أولية يتوقف الفصل في دعوى تصحيح القسام الشرعي على الفصل في موضوعها.

فالمسألة الأولية إذا لم تكن خارجة عن اختصاص محكمة النزاع الأصلي فليس للمحكمة أن تقرر وقف الدعوى إلى حين البت في موضوعها، وإنما يجب عليها أن تفصل فيها باعتبار أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع وأنه متى كان مختصاً بدعوى معينة فإنه يكون مختصاً بكل ما يتفرع عنها، ولا يحتاج في ذلك إلى وقف السير في الدعوى المرفوعة إليه أصلاً، وغاية ما هناك أنه يتوقف عن الفصل فيها إلى أن يتم حسم تلك المسألة الفرعية أولاً من قبل القاضي نفسه الذي ينظر الخصومة الأصلية ويقضي فيهما بحكم واحد.

وقد استقر القضاء في العراق على أنه في الأحوال التي يدعي فيها أحد الخصوم

بتزوير ورقة مقدمة إلى المحكمة أو إنكار الإمضاء عليها أو بصمة الإبهام يكون لقاضي الموضوع الخيار بين اتخاذ الإجراءات القانونية بالتحقيق في صحة الورقة والإمضاء أو البصمة من قبله مباشرة، والبت في صحة الادعاء والتوصل إلى حكم في هذه المسألة الفرعية. وإما أن يكون لقاضي الموضوع الخيار في إحالة الورقة موضوع الإنكار وشبهة التزوير إلى المحاكم الجزائية المختصة وانتظار صدور قرار نهائي بشأن صحتها ومن ثم يفصل في دعوى النزاع الأصلي، وفق قرار الحكم الصادر من المحكمة الجزائية المختصة.

وفي الحالة الأولى لا يؤدي قرار القاضي المختص إلى وقف السير في الدعوى، ويكون هناك مجرد تعطيل للبت في الدعوى الأصلية دون توقف لها، وفي الحالة الثانية يترتب على إجراء القاضي المختص توقف المرافعة وبطلان أية إجراءات يتخذها خلال مدة الوقف.

فقاضي محكمة النزاع الأصلي عندما يتخذ القرار بالتحقيق في صحة الادعاء بتزوير الورقة المبرزة في الدعوى أو الإمضاء أو بصمة الإبهام لا يحتاج إلى قرار بوقف الدعوى وجعلها مستأخرة (على حد تعبير القانون العراقي) لأن البت في هذه المسألة يعتبر من عناصر حسم الدعوى الأصلية والفصل في موضوعها، ولا يجوز لمحكمة الموضوع أن تأمر بوقف الدعوى باستثناء حالة إحالة الطرفين إلى القضاء الجنائي للفصل في التزوير إذا كان من الممكن أن يؤخذ الحكم في المسألة الأولية من عناصر الدعوى ذاتها، لأن عليها أن تقوم بالفصل في كل نزاع يقوم على أي عنصر من عناصر الدعوى يتوقف الحكم فيها على الفصل فيه.

وقضت محكمة التمييز العراقية بأنه «لا يصح جعل الدعوى مستأخرة لحين إبراز مستنداتها وإنما يتعين على المحكمة أن تكلف المدعي بإبرازها وتمهله مدة مناسبة لذلك وإلا قضت بإبطال عريضة الدعوى وفقاً للمادة (٥٠) من قانون المرافعات المدنية» رقم (٨٩٤) والمؤرخ في ١٩/٤/١٩٨٦م.

وقد اشترطت القوانين لتحقيق للوقف التعليقي أن يكون موضوع المسألة الأولية خارجاً عن الاختصاص الوظيفي أو النوعي لمحكمة موضوع النزاع الأصلي، لأن البت في المسألة الأولية إذا كان من اختصاص محكمة النزاع الأصلي نوعياً أو وظيفياً فيجب على المحكمة الفصل فيها باعتبار أن هذه المسألة الأولية هي من دفوع الخصومة الأصلية نفسها فلا يتحقق الوقف التعليقي في هذه الحالة.

فالمحكمة تجمع بين الخصومتين وتبت فيهما في آنٍ واحد كما لو كان ذلك نوعاً من

أنواع توحيد الخصومة للارتباط، ولكن خروج هذه الخصومة (أي المسألة الأولية) عن الاختصاص النوعي أو الوظيفي لمحكمة الدعوى الأصلية يوجب عندئذ على المحكمة أن تقر ووقف سير هذه الخصومة.

فالمسألة الأولية قد تعرض في صورة دعوى تقريرية يجب أن تُنظر في خصومة أخرى غير الخصومة الأصلية، ويحدث هذا إذا كانت دعوى المسألة الأولية تخرج من ولاية القضاء المدني لتدخل في ولاية القضاء الجزائي أو الإداري أو قضاء الأحوال الشخصية، فعندئذ يجب على المحكمة أن تأمر بوقف الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في المسألة الأولية من قبل المحكمة المختصة.

ولا تسري على الطلبات العارضة أحكام الوقف التعليقي، فتكون المحكمة التي تنظر الطلب الأصلي مختصة أيضاً بنظر الطلبات العارضة حيث يكون لهذه المحكمة أن تفصل في الطلبات العارضة سواء تم تقديمها من قبل المدعي وتعتبر دعوى إضافية أو أقيمت من قبل المدعى عليه وتعتبر دعوى مقابلة.

فاستناداً لأحكام المادة (١٩٧) من قانون المرافعات اليمني فإن المحكمة التي تختص بنظر الدعوى الأصلية هي مختصة أيضاً في الفصل في الطلبات العارضة، إلا إذا كانت تخرج عن اختصاصها، وإذا تعذر على المحكمة الحكم في الدعويين معاً وكان الحكم في الدعوى الأصلية متوقفاً على الحكم والفصل في الطلب العارض فلا تقرر المحكمة وقف الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في الطلب العارض فنص هذه المادة يتضمن حكماً صريحاً بالفصل في الطلب العارض أولاً ومن ثم الفصل في الدعوى الأصلية إلا إذا كان الطلب العارض قد تم تقديمه في الوقت الذي كانت فيه الدعوى صالحة للحكم فيها.

### **الشرط الثالث: أن يكون الفصل في المسألة الأولية لازماً وضرورياً للفصل في الدعوى الأصلية:**

فالوقف التعليقي للخصومة مشروط بشرط أساسي وهو أن يكون الفصل في المسألة الأولية لازماً وضرورياً للفصل في الدعوى الأصلية ولا غنى عنه وأن يكون حتمياً، وأن يكون الفصل في الدعوى الأصلية متوقفاً على الفصل في المسألة الأولية.

وعلى ذلك إذا لم يكن الفصل في المسألة الأولية ضرورياً ولازماً للبت في موضوع النزاع الأصلي فيمكن للمحكمة التي تنظر الخصومة الأصلية أن تفصل فيها دون حاجة إلى وقف تعليقي لأن الحكم فيها لا يكون متوقفاً على الحكم في المسألة الأولية،

فالمحكمة عندئذ تستمر في نظر الدعوى والبت في موضوعها دون أن تقرر الوقف، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن «مناط الحكم بوقف السير في الدعوى طبقاً للمادتين (١٦) من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م، والمادة (١٢٩) من قانون المرافعات عند إثارة أحد الخصوم دفعاً لازماً للفصل في الدعوى أن تكون هذه المسألة التي يثيرها الدفع خارجة عن اختصاص المحكمة المتعلق بالوظيفة أو بالاختصاص النوعي وإلا تعين عليها الفصل فيها» (عوارض الخصومة، د. منال فايق حمودي، ٤٢).

## المبحث الرابع الوقف التعليقي للخصومة الوجوبي والجوازي

الوقف التعليقي قد يكون وجوبياً وقد يكون جوازياً، وإذا كان الوقف وجوبياً أي نص عليه القانون فلا يكون للمحكمة أي دور أو سلطة تقديرية للحكم به أو عدم الحكم، إذاً يكون لزاماً عليها في حالات الوقف الوجوبي أن تقضي به.

وقد وردت عبارة (وجوباً أو جوازاً) في المادة (٢٠٥) من قانون المرافعات اليمني التي نصت على أنه: (في غير الأحوال التي ينص عليها القانون على وقف الخصومة وجوباً أو جوازاً يجب على المحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها في موضوعها عن الفصل في مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم في الخصومة)، والظاهر من صيغة الجواب الواردة في النص القانوني السابق أن الوقف التعليقي واجب المحكمة التي تنظر الخصومة كلما كانت المسألة الأولية لازمة للفصل في الخصومة وخارجة عن اختصاص المحكمة التي تنظر الخصومة الأصلية.

ولم ترد في القانون العراقي عبارة (وجوباً أو جوازاً)، حسبما هو ظاهر في المادة (٨٣) مرافعات عراقي، لم ترد هذه العبارة كما وردت في نصوص القانونين اليمني والليبي، ولكن هذا لا يمنع من القول بأن هناك وقفاً وجوبياً نص عليه قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي وذلك تطبيقاً لقاعدة «الجنائي يوقف المدني».

## المبحث الخامس

### الوقف التعليقي للخصومة وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية

يقرر قانون الإجراءات الجزائية اليمني الوقف التعليقي للخصومة في عدة نصوص منها المادة (٢٥٥) إجراءات يمّني التي نصت على أن: (تختص المحكمة عند نظر الدعوى الجزائية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم فيها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وإذا عرضت للمحكمة مسألة غير جزائية يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية وجب عليها وقف الفصل في الدعوى الجزائية حتى يتم الفصل في المسألة غير الجزائية ويجب على المحكمة عند العودة للفصل في الدعوى الجزائية أن تأخذ بما حكم به في الدعوى غير الجزائية).

وكذا نصت المادة (٢٥٦) إجراءات يمّني على أنه (إذا كان الحكم في دعوى جزائية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى جزائية أخرى، وجب على المحكمة وقف الفصل في الدعوى الأولى حتى يتم الفصل في الدعوى الأخرى ويتعين على المحكمة الأخذ بالنتيجة التي انتهت إليها الدعوى الأخرى).

والوقف التعليقي لا يحول دون اتخاذ الإجراءات المستعجلة وفقاً للمادة (٢٥٧) إجراءات يمّني التي نصت على أنه (لا يمنع وقف الدعوى من اتخاذ الإجراءات والتحقيقات الضرورية والمستعجلة).

أما المادة (٣٩٢) إجراءات يمّني فقد بينت حجية الحكم الجزائي في المواد المدنية، إذ نصت هذه المادة على أنه (لا يكون للحكم الجزائي البات الصادر في المواد الجزائية في موضوع الدعوى بالبراءة أو بالإدانة قوة الشيء المحكوم به في المواد المدنية بالدعاوى التي لم يكن قد فصل فيها نهائياً إلا في الوقائع التي فصل فيها ذلك الحكم وكان فصله فيها ضرورياً ولا يكون لذلك الحكم الصادر فيها بالبراءة هذه القوة إذا كان مبنياً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون).

في حين بينت المادة (٣٩٣) إجراءات يمّني حجية الحكم المدني بالنسبة للمواد الجزائية، فقد نصت هذه المادة على أن (لا يكون للحكم الصادر في المواد المدنية قوة الشيء المحكوم به في المواد الجزائية فيما يتعلق بوقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها).

وكذا بينت المادة (٣٩٤) إجراءات جزائية يمّني حجية الحكم الصادر في المواد الشخصية، حيث نصت هذه المادة على أن (يكون للحكم الصادر في مواد الأحوال

الشخصية من المحكمة في حدود اختصاصها قوة الشيء المحكوم به في المواد الجزائية في المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية).

أما المادة (٣٩٥) إجراءات يمّني فقد بينت بانقضاء الدعوى الجزائية، إذ نصت هذه المادة على أن (الدفع بانقضاء الدعوى الجزائية لصدور حكم نهائي فيها والدفع بقوة الحكم الصادر في مواد الأحوال الشخصية في المواد الجزائية من النظام العام، ويجوز التمسك بهما في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها).

أما قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١م العراقي فقد نصت المادة (٦) منه على أنه (على المحكمة المدنية وقف الفصل في الدعوى حتى يكتسب القرار الصادر في الدعوى الجزائية المقامة بشأن الفعل الذي أسست عليه الدعوى المدنية درجة البتات، وللمحكمة المدنية أن تقر ما تراه من الإجراءات الاحتياطية المستعجلة)، وكذا نصت المادة (٢٧) من القانون العراقي على أنه إذا أوقف الفصل في الدعوى المدنية وفقاً للمادة (٢٦) ثم انقضت الدعوى الجزائية وجب على المحكمة المدنية السير في الدعوى والفصل فيها». كما ورد الحكم بالوقف التعليقي في هذه الحالة في نص المادة (١٧٠) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م التي نصت على أنه (لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجزائي الا في الوقائع التي فصل فيها الحكم وكان فصله فيها ضرورياً).

وفي هذا السياق نصت المادة (٤٥٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه (يكون للحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة قوة الشيء المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية)، ونصت المادة (٢٦٥) من القانون المصري على أنه (إذا رفعت الدعوى المدنية يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً في الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو أثناء السير فيها).

ونصت المادة (٣/٤٥٠) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن «نسبية القضية تحتمل الاستثناءات التالية، ٣- فيما يختص بالقرارات الصادرة عن محكمة جزائية بالفقرة الحكيمة الجزائية لا يجوز أن يناقضا حكم مدني أو تجاري». فقد تسبب الجريمة ضرراً للغير فينشأ عنها دعويان، دعوى جنائية لتوقيع العقاب ودعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر، فإذا ثبتت مسؤولية فاعل الجريمة جنائياً بموجب الحكم الصادر من محكمة الجزاء وطالب المتضرر بتعويض الضرر أمام المحكمة المدنية فليس للقاضي المدني أن يناقش موضوع مسؤولية الفاعل لأن هذه الواقعة ثبت فيها

محكمة الجراء ولأن المسؤولية المدنية تكون تابعة للمسؤولية الجزائية التي فصلت فيها محكمة الجراء ضمن اختصاصها وكان فصلها فيها ضرورياً.

ولم يرد في القانون الفرنسي نص صريح يقضي بقاعدة «الجنائي يوقف المدني» فرأى البعض إسنادها إلى أحكام المادة (٣) من قانون التحقيق الجنائي الفرنسي التي تفرض على القاضي المدني أن يتوقف عن السير في الدعوى المرفوعة إليه إلى أن يفصل القاضي الجزائي في الدعوى العامة، ولكن الاجتهاد وغالبية الفقهاء رأوا أن الاتصال بين هذا النص وبين القاعدة ضعيف، فأسندوا القاعدة عندئذ إلى فكرة اعتلاء القضاء الجزائي على القضاء المدني آخذين باعتبارات تتعلق بالنظام العام وأن القضاء الجزائي يصدر أحكامه في سبيل مصلحة عامة اجتماعية متوخياً إقرار الامن والسلام عن كل فعل أو حركة تخل به، فلا بد للقضاء المدني أن يتقيد بهذه الأحكام سيما أنه يقتصر على الفصل في منازعات فردية، وأن القاضي المدني لا يكون ملزماً بوقف السير في الدعوى المدنية إلا إذا كانت هناك وقائع مشتركة بين الدعويين المدنية والجنائية. وأن الدعوى المدنية التي تتقيد بالحكم الجنائي، وبالتالي يجب وقف السير فيها إلى حين الحكم نهائياً في الدعوى الجنائية، ويجب أن يفهم المعنى الواسع، فتشمل كافة الدعاوى غير الجنائية ويستوي في ذلك أن يكون موضوعها مسألة من مسائل القانون المدني أو التجاري أو قانون الأحوال الشخصية أو القانون الإداري، فالدعوى المرفوعة أمام القضاء الإداري يجب وقف السير فيها حتى يتم الفصل نهائياً في الدعوى الجنائية، لأن الحكم الجنائي يحوز حجية الأمر المقضي فيه أمام القضاء الإداري، وبالتالي فمن الطبيعي وقف الدعوى الإدارية إلى حين الحكم نهائياً في الدعوى الجنائية وبالتالي يكون لزاماً على القاضي المدني أن ينتظر حتى يتم الفصل نهائياً في الدعوى الجنائية.

وإذا قضى ببراءة المتهم لعدم ثبوت الواقعة ورفض الدعوى المدنية (أمام المحكمة الجنائية) قبله فليس محتمماً عليها ذكر أسباب الرفض، بل التبرئة تغني عن ذكر أسباب خاصة نقض مصري، وقضت محكمة النقض المصرية بأن «وقف السير في الدعوى المدنية لحين صدور حكم نهائي في الدعوى الجنائية المقامة قبل أو أثناء السير في الدعوى المدنية متى كانت الدعويان ناشئتين عن فعل واحد، وتعلق هذه القاعدة بالنظام العام» طعن رقم ٤٧٤٦ في ٦/٧/١٩٩٢م.

أيضاً قضت محكمة النقض المصرية بأن «الحكم المطعون فيه إن التفتت عن طلب الطاعن ووقف الدعوى حتى يفصل في الجنحة المقامة من قبله ضد المشكو منه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أو في فهم الواقع في الدعوى» وجاء في حيثيات

القرار المذكور فإن نص المادة ٢٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية، يدل على مبدأ تقيد القاضي المدني بالحكم الجنائي في الموضوع المشترك بين الدعويين وهو وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها وفق المادة (٤٥٦) من القانون المذكور والمادة (١٠٢) من قانون الإثبات، وذلك يستلزم أن يكون الفعل المكون للجريمة سابقاً في وقوعه على رفع الدعوى المدنية، إذ لا يتأتى أن يكون أساساً مشتركاً بين الدعويين إذا كان لاحقاً على رفع هذه الدعوى وكان الثابت في الدعوى أنها أقيمت من المطعون ضده، في ٢١/٤/١٩٨٢م بطلب إثبات العلاقة الإجارية بينه وبين الطاعن عن محل النزاع، وكانت الجنحة قد أقيمت على المطعون ضده بتاريخ لاحق على التأريخ المذكور، لأن المطعون ضده دخل في يوم ٥/٦/١٩٨٢م عملاً لحفظ المال - محل النزاع - ولم يخرج منه بناء على تكليفه بذلك ممن لهم الحق في ذلك، وكان هذا الفعل الجنائي المنسوب إليه لاحقاً في وقوعه على رفع الدعوى المطعون في حكمها، ومن ثم لا يعتبر أساساً مشتركاً بين الدعوى الجنائية المقامة ضده وبين الدعوى المدنية التي رفعت من قبله حتى يتوجب وقف هذه الدعوى الأخيرة، وكان الفصل في طلب إثبات العلاقة الإجارية في الدعوى المطروحة على المحكمة المدنية هو مما تختص بالفصل فيه».

أيضاً يعتبر وقفاً وجوبياً وفق أحكام القانون المدني المصري ما نصت عليه المادة (٨٣٨) من أن المحكمة الجزئية تفصل في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها عند نظرها دعوى القسمة، فإذا قامت دعوى لا تدخل في اختصاصها كان عليها أن تحيل الخصوم إلى المحكمة الابتدائية وأن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها وتوقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائياً في تلك المنازعات.

أما القرارات التأديبية الصادرة عن الهيئات المختصة لا تتمتع بأية حجية لدى القضاء المدني، لأن الموضوع الذي تتناوله يتعلق بالمهنة دون الحقوق والواجبات التي يركز عليها التعامل العادي بين الناس، وقد تأخذ المحكمة بالقرارات التأديبية على سبيل الاستئناس، كما لو صدر قرار تأديبي بحق الكاتب العدل لمخالفته واجباته المهنية بتنظيمه عقداً له مصلحة فيه مثلاً فلا تكون لهذا القرار حجية على الدعوى المدنية الرامية إلى إبطال العقد المحرر من قبله.

- أيضاً تنص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا رقم ٨ لسنة ١٩٦٩م المصري على أن «تختص المحكمة العليا بالفصل دون غيرها في دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام المحاكم وتحدد المحكمة التي أثير أمامها الدفع ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا، ويوقف الفصل في الدعوى الأصلية حتى تفصل

المحكمة العليا في الدفع، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن» وفي هذه الحالة يكون الوقف إذا ما أقيمت الدعوى أمام المحكمة العليا بعدم دستورية قانون معين عند النظر في النزاع أمام المحاكم المختصة بالفصل في الدعوى الأصلية وفقاً تعليقياً وجوبياً، ولكن لا يتحقق هذا الوقف إلا إذا أقيمت الدعوى حقيقة أمام المحكمة العليا خلال الميعاد الذي حددته محكمة النزاع الأصلي وإلا اعتبر الدفع كأن لم يكن.

أيضاً تقرر المحكمة وقف السير في الدعوى إذا طرأت عليها حوادث أو أوضاع يقتضي فيها ذلك حتى ينتهي الحادث أو الوضع الطارئ بالفصل فيه، كما لو رفعت دعوى تنصل عن عمل متعلق بخصومة قائمة، في هذه الحالة يجوز للمحكمة وقف الدعوى الأصلية إذا رأت تعليق حكمها في الدعوى على الفصل في طلب التنصل.

## المبحث السادس متى يكون الوقف التعليقي للخصومة جوازياً؟

الوقف التعليقي للخصومة يكون جوازياً وللمحكمة سلطة تقديرية في الحكم به أو الاستمرار في نظر الدعوى الأصلية إذا تبين لها أن الحكم في الدعوى الأصلية لا يتوقف على البت في المسألة الأولية، وأيضاً يكون لها التثبت من مدى جدية النزاع بشأن المسألة الأولية وإذا ما كان الغرض من الادعاء به هو مجرد النكايه والكيد بقصد إطالة أمد النزاع أمام القضاء ودون أن يكون مبنياً على حقائق قانونية تقتضي الفصل فيها قضائياً، ولها أن تقرر عدم وقف السير في الدعوى الأصلية حفظاً على حقوق الخصم الآخر في الدعوى الأصلية ومنعاً لعرقلة حسن سير العدالة متى ظهر لها عدم جدية هذا النزاع، ويصد هذا الموضوع قضت محكمة النقض المصرية بأن «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن وقف الدعوى طبقاً للمادة (١٢٩) من قانون المرافعات هو أمر جوازي للمحكمة حسبما تستبينه من جدية النزاع في المسألة الأولية الخارجة عن اختصاصها، وأن سلطة المحكمة التقديرية تقف عند حد لزوم الفصل في المسألة الأولية قبل الفصل في الدعوى، فهي لا تأمر بالوقف إلا إذا قررت وجود ارتباط بين هذه المسألة والدعوى التي تنظرها، ويعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض وكان على المحكمة أن تعرض لتصفية كل نزاع يدخل في اختصاصها يقوم على عنصر من عناصر الدعوى ويتوقف الحكم فيها على الفصل فيه، وليس لها أن توقف الفصل بالدعوى حتى يفصل في ذلك في دعوى أخرى، سواء كانت تلك الدعوى رفعت بالفعل أم لم ترفع بعد.

## المبحث السابع

### طبيعة القرار بالوقف التعليقي للخصومة

نصت المادة (٢٧٤) مرافعات يمّني على أنه (لا يجوز الطعن في ما أصدرته المحكمة من أحكام غير منهيّة للخصومة أثناء سيرها إلا بعد صدور الحكم المنهي لها كلها عدا ما يلي :

أ- ما أصدرته المحكمة من أحكام بوقف الخصومة أو بعدم الاختصاص (...):

فالحكم الذي يقضي بالوقف التعليقي للخصومة هو حكم قطعي في هذه المسألة وليس في الخصومة ذاتها، وهذا ما جاء في الأسباب الموجبة للقانون العراقي النافذ حيث ورد فيها «إن القرار الذي يعلق فيه أمر البت في الدعوى على إجراء آخر ترى المحكمة ضرورة اتخاذه أو استيفائه ووقف الفصل فيها لهذا السبب حتى يتخذ هذا الإجراء أو يتم بجعل حكم الوقف الصادر في هذا الشأن حكماً قطعياً فيما تضمنه من عدم جواز الفصل في موضوع الدعوى قبل تنفيذ مقتضاه، وقضت محكمة النقض المصرية بأنه «إذا حكمت المحكمة بإيقاف قضية لتقديم حكم مثبت للوراثة ثم حكمت بإعادة القضية للإيقاف بعد أن قدم لها حكم باعتبار أنه مثبت للوراثة وقضت بأنه لا يكفي لذلك، كانت هذه المحكمة ممنوعة من اعتبار الحكم الأول كافياً لإثبات الوراثة ما دام أن حكمها الذي قضت فيه بإعادة القضية للإيقاف وبعدم كفاية ذلك الحكم في إثبات الوراثة لم يطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في الأحكام، وإن فعلت ذلك تكون قد خالفت القواعد الخاصة لحجية الشيء المحكوم به».

فضمن هذا الحكم يبدو أن محكمة النقض اعتبرت الحكم الصادر بالإيقاف حكماً قطعياً يمكن أن يكتسب حجية الشيء المحكوم فيه، وقضت محكمة استئناف القاهرة بأن الحكم الصادر بالإيقاف هو حكم قطعي يؤخر نظر الدعوى، وأن هذا التأخير يضر بالمدعي ويجعل له مصلحة في استئناف الحكم.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن «تعليق الفصل في الدعوى حتى يفصل في مسألة أخرى ترى المحكمة ضرورة الفصل فيها والحكم بوقف الدعوى لهذا السبب يجعل حكم الوقف قطعياً لما تضمنه من عدم جواز الفصل في موضوع الدعوى قبل

تنفيذ مقتضاه ويعصم الخصومة من السقوط المقرر بنص المادة (١٣٤) من قانون المرافعات المصري رقم الطعن ٣٢ في ٦/٣/١٩٨٦م.

كما قضت محكمة النقض المصرية أيضاً بأن «الحكم بوقف الدعوى إلى حين الفصل في مسألة أخرى ترى المحكمة ضرورة الفصل فيها هو حكم قطعي اعتباره مانعاً من مباشرة خصومة الدعوى، مؤداه وقف سريان تقادم الخصومة بمضي المدة حتى يتم تنفيذ ما قضى به، وما ورد في أحكام المادة (١٤٠) من قانون المرافعات المصري هو تقادم مسقط ترد عليه أسباب الوقف والانقطاع والمادة (١٤٠) لا تعني ترتيب استثناء من أحكام وقف التقادم، كما قضت محكمة النقض بأن الحكم بوقف الدعوى إلى حين الفصل في مسألة أخرى ترى المحكمة ضرورة الفصل فيها حكم قطعي أثره امتناع العودة لنظر الموضوع قبل أن يقدم لها الدليل على تنفيذ ما قضى به الحكم».

وقرار وقف الدعوى لحين الفصل في المسألة الأولية هو شهادة على عدم صلاحية الدعوى للفصل فيها قبل الفصل في المسألة الأولية، لذلك فإنه يتضمن قراراً قطعياً بعدم جواز الفصل في الدعوى قبل الفصل في المسألة الأولية وبأن الفصل في هذه المسألة لا يدخل في اختصاصها، بل في اختصاص محكمة أخرى، لذلك ليس للمحكمة أن تعدل عن قرارها بالوقف وتفصل في المسألة الأولية أو تنظر موضوع الدعوى قبل أن يقدم لها ما يدل على الفصل في المسألة الأولية من المحكمة المختصة، لأن هذا العدول يعد إهداراً لحجية قرار الوقف، فإذا أوقفت المحكمة الدعوى لتقديم حكم يثبت صحة حجة الوراثة يمتنع عليها بعد ذلك أن تقبل تعجيل الدعوى قبل أن يقدم لها حكم الوراثة الذي أوجبت تقديمه.

وإذا كانت الدعوى بالمسألة الأولية مرفوعة أمام المحكمة المختصة بها قبل الحكم بالوقف، وجب وقف الدعوى الأصلية حتى يتم الفصل في تلك المسألة. وإذا زال سبب الوقف وصدر حكم نهائي في المسألة الأولية تعاود الخصومة سيرها، ويكون لأي من الخصوم - المدعي أو المدعى عليه - تعجيلها وذلك بتحديد جلسة جديدة وتبليغ الخصم الآخر بها.

أما إذا لم تكن المسألة قد رفعت بعد إلى المحكمة المختصة، يجب على المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية أن تحدد أجلاً للخصم لرفع الدعوى بالمسألة الأولية أمام تلك المحكمة، وتبقى الدعوى الأصلية موقوفة إلى أن تفصل المحكمة في المسألة الأولية.

وإذا لم ينفذ الخصم قرار المحكمة بأن لم يرفع الدعوى إلى المحكمة المختصة

خلال الأجل المحدد له، أو تراخى في رفعها ثم سلك فيها مسلكاً من شأنه أن يؤدي إلى إطالة أمد التقاضي بإبداء دفع أو طلبات أو أوجه دفاع غير جدية، أو امتنع دون مبرر عن تنفيذ قرارات المحكمة، كان لخصمه تعجيل الدعوى من الوقف طالباً الفصل فيها بحالتها، على أن يقدم الدليل على هذا التقصير. فإذا تحققت المحكمة من ذلك لها أن تقرر التعجيل ونظر الدعوى بحالتها، أي أن تفصل في موضوع الدعوى دون نظر إلى الدفع الذي أثار المسألة الأولية أمامها، دون معقب عليها طالما استندت لأسباب مبررة.

## المبحث الثامن

### مدى سلطة محكمة الموضوع المختصة بالفصل في الدعوى الأصلية بإصدار القرار بوقف السير فيها إلى حين حسم النزاع في المسألة الأولية

لمحكمة الموضوع التي تختص بنظر الدعوى الأصلية سلطة تقديرية واسعة في الحكم بالوقف أو عدم الحكم به، ولكن قرار المحكمة بالوقف أو عدمه إنما يخضع لرقابة محكمة النقض أو التمييز، فليس للمحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية أن تقرر الوقف إلا إذا وجدت أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين الدعوى الأخرى والدعوى التي تنظرها على نحو يجعل الفصل في الدعوى الأولى مفترضاً ضرورياً للفصل في الثانية، وبغير هذا الارتباط لا تكون بصدده مسألة أولية بالمعنى الصحيح، ولهذا تعتبر مسألة قانونية تخضع لرقابة النقض وجوب عدم الوقف تطبيقاً لنص المادة (٢٠٥) مرافعات يماني والمادة (١٢٩) مرافعات مصري بغير تحقق هذا الارتباط.

فمحكمة الموضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا في اليمن أو محكمة النقض في مصر ولا رقابة محكمة التمييز في العراق عندما تقرر الوقف إلى حين الفصل في مسألة أولية إذا كان الحكم مبنياً على أسباب قانونية، ولكن بشرط تحقق ارتباط بين الدعويين الدعوى الأصلية ودعوى المسألة الأولية، وبخلافه تعتبر المسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، وأن محكمة الموضوع لا تخضع لرقابة محكمة التمييز بما تقضي في هذه الحالات وذلك استناداً إلى الدفوع والوقائع والمستندات التي تعرض عليها، ولها أن تقدر فيما إذا كانت كافية للحكم بالوقف أو عدم الحكم به، لأن ذلك يعد من قبيل الوقائع التي يكون لمحكمة الموضوع أن تستقل بتقديرها، وأن رقابة محكمة النقض التمييز تقتصر على تطبيق القانون وليس لها أي رقابة على الوقائع فهي من اختصاص محكمة الموضوع فقط.

وقضت محكمة النقض المصرية بهذا الصدد بالطعن رقم ٧٥٤ في ١١/٥/١٩٩٢م بأن «قرار الوقف التعليقي جوازي للمحكمة ومتروك لمطلق تقديرها والطعن في حكمها لعدم استعمالها هذه الرخصة لأسباب سائغة غير جائز» (التعليق على أحكام المحكمة العليا في مسائل الدعاوى والطلبات، أ. د عبد المؤمن شجاع الدين، مكتبة الصادق جولة جامعة صنعاء الجديدة ٢٠٢٤م، ص ٣١٧).

## المبحث التاسع

### مدى جواز الطعن بقرار بوقف الخصومة إلى حين الفصل في مسألة أولية

أجاز القانون اليمني الطعن في هذه الحالة، فقد نصت المادة (٢٧٤) مرافعات يمني على أنه (لا يجوز الطعن في ما أصدرته المحكمة من أحكام غير منهيبة للخصومة أثناء سيرها إلا بعد صدور الحكم المنهي لها كلها عدا ما يلي :-أ- ما أصدرته المحكمة من أحكام بوقف الخصومة أو بعدم الاختصاص...)، بيد أن هذا النص لا يجيز الطعن في قرار المحكمة رفض طلب الوقف التعليقي.

كذلك الحال القانون العراقي لم ينص على جواز الطعن بقرار المحكمة المختصة بنظر الدعوى الأصلية المتضمن رفض جعل الدعوى مستأخرة إلى حين الفصل في دعوى المسألة الأولية على وجه الاستقلال، ويكون الطعن به عند الطعن في الحكم الصادر في موضوع الدعوى في حين قضى صراحة بجواز الطعن بقرار المحكمة المتضمن جعل الدعوى مستأخرة إلى حين الفصل في دعوى المسألة الأولية. ويذهب قضاء محكمة النقض الفرنسية إلى هذا الاتجاه ويقرر أن للقاضي مطلق الحرية، في تقدير ظروف الدعوى وفي الحكم بالوقف أو عدم الحكم به ويقرر أن الحكم بالوقف لا يعدو أن يكون في الواقع حكماً إنما هو عمل من أعمال الإدارة القضائية، ولذا لا يلزم تسببه، كما لا يخضع لرقابة محكمة النقض على اعتبار أن فهم الواقع هو عمل منطقي من اختصاص محكمة الموضوع لا تراقبه محكمة النقض.

ونص القانون على جواز الطعن في القرار القاضي بجعل الدعوى الأصلية مستأخرة إلى حين الفصل في المسألة الأولية مع أنها من القرارات التي لا تنتهي بها الخصومة والتي حظر المشرع الطعن بها فور صدورها وتصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى فقد نصت المادة (١٧٠) مرافعات عراقي على أن «القرارات التي تصدر أثناء سير المرافعة ولا تنتهي

بها الدعوى لا يجوز الطعن بها إلا بعد صدور الحكم الحاسم للدعوى كلها عدا القرارات التي أتيح تمييزها استقلالاً». والمادة (٢٠٦) فقرة (٦) من القانون المذكور نصت على أن «لا يجوز الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة بوقف السير في الدعوى واعتبارها مستأخرة حتى يفصل في موضوع آخر..» وأشارت الفقرة الثانية من ذات المادة على أن الطعن يكون أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية إذا كانت قد صدرت من محكمة البداية ويكون الطعن لدى محكمة التمييز إذا كانت قد صدرت عن محكمة الاستئناف بصفتها الاستئنافية أو محاكم الأحوال الشخصية أو محاكم المواد الشخصية، ويكون القرار الصادر نتيجة الطعن واجب الاتباع» .

وإذا قررت المحكمة عدم اختصاصها ببحث المسألة الأولية المثارة ووقف الدعوى، فعليها وفق نظام الإحالة الذي أخذ به المشرع في القانون الجديد، أن تحيل هذه المسألة من تلقاء نفسها إلى المحكمة المختصة.

وعلة جواز الطعن بقرار الوقف التعليقي هو أنه لا سبيل لإلزام المتضرر من الحكم بأن ينتظر حتى يزول السبب المعلق عليه الإيقاف، خاصة إذا كان الفصل في النزاع المتعلق بالمسألة الأولية غير مؤثر من الناحية القانونية في حسم النزاع الأصلي، والمشرع العراقي أخضع الطعن في هذه القرارات التي تصدر قبل الفصل في موضوع الدعوى إلى نظام سريع وعلة ذلك أن مثل هذه الأحكام لا تمس موضوع الخصومة الأصلية، ولا تؤدي إلى الفصل في موضوع النزاع وبالنظر لما تقتضيه طبيعة هذه الأحكام من سرعة الفصل فيها بغية عدم تأخير النظر في موضوع الدعوى الأصلية، بقصد التيسير على المتقاضين في الإجراءات .

وجاء في الأسباب الموجبة لقانون المرافعات العراقي أن يكون الطعن في هذا القرار بطريق التمييز «أي جعل الدعوى مستأخرة لأن صدور هذا القرار يعالج مسألة قانونية لا موضوعية فضلاً عما في ذلك من توفير في الوقت وتبسيط الإجراءات» .

أما إذا قررت المحكمة وقف السير في الدعوى، فإن الدعوى تظل موقوفة إلى أن يتم الفصل في المسألة الأولية مهما بلغت المدة التي تستغرقها، ومتى تم الفصل في المسألة الأولية فإن لأي من الخصوم طلب تعجيل السير في الدعوى، حيث يتم تحديد جلسة لها وتبليغ الخصوم بها. (هلال يوسف إبراهيم - صيغ الأوراق القضائية في الدعوى المستعجلة - دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٩م - ص ٨٩).

## المبحث العاشر مدة الوقف التعليقي للخصومة

لم يحدد القانون اليمني والقوانين المقارنة أجلاً محدداً لانتهاء الوقف التعليقي، سيما أن الفصل في النزاع في المسألة الأولية مرهون بالمحكمة التي تفصل في موضوعها، والإجراءات التي تقررها في البحث لدراسة للتوصل إلى الحكم الذي يحسم موضوع النزاع فيها.

والظاهر من أحكام سقوط الخصومة المقررة في المادتين (٢١٥ و ٢١٦) مرافعات يمني أن الخصومة الموقوفة تعليقاً لا تسقط مهما طالت مدة نظر المسألة الأولية، بيد أن القانون العراقي نص في المادة (٢/٨٣) «بإبطال عريضة الدعوى بحكم القانون إذا استمر الوقف لمدة ستة أشهر بفعل المدعي أو امتناعه» وهذا النص يتحدث عن جزاء البطلان إذا استمر الوقف بفعل المدعي وامتناعه....، ولعل المشرع العراقي هدف من هذا الحكم إلى أن يكون الخصم صاحب الدفع المتعلق بالمسألة الأولية جاداً في عرض النزاع على القضاء وبذل ما في وسعه للفصل في الحكم النهائي فيه دون أن يكون قاصداً من إثارته مجرد الكيد للخصم الآخر وعرقلة حسم النزاع الأصلي، ولذا فإن المراجعة الدورية من الخصم صاحب المصلحة وهو في الغالب المدعي قبل انقضاء هذا الميعاد يحمي الدعوى من الحكم بإبطالها وإسقاطها ومستنداً في ذلك إلى أن النزاع في المسألة الأولية لا يزال معروضاً على القضاء ولم يحكم بعد في موضوعه ولا يمنع هذا من مراجعة المدعي عليه وطلبه تجديد الميعاد ولكن المدعي هو الأكثر حرصاً على هذه المراجعة الدورية لمنع الدعوى الأصلية من التعرض للسقوط مما يترتب على ذلك من خسارة في الوقت والجهد والمصاريف إذا لم يراع التجديد والمراجعة في ميعاده.

أما القانون المصري فقد نصت المادة (١٦) الفقرة (٢) من قانون السلطة القضائية نصت على أنه «إذا قصر الخصم في استصدار حكم نهائي في الدفع في المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل في الدعوى بحالتها» والفقرة (١) من هذه المادة نصت على أنه «إذا لم تكن الدعوى بالمسألة الأولية مرفوعة أمام المحكمة المختصة قبل الحكم بالوقف وجب على المحكمة التي تنظر الدعوى الأصلية إذا حكمت بالوقف أن تحدد للخصم أجلاً لرفع الدعوى بالمسألة الأولية» وهذا النص يتضمن استثناءً من قاعدة قطعية الحكم بالوقف أي عدم جواز الفصل في الدعوى الأصلية قبل حسم النزاع هي المسألة الأولية وهو استثناء يجب عدم التوسع فيه فيقتصر على حالة تقصير الخصم في استصدار حكم

نهائي في المسألة الأولية (مبادئ القضاء المدني- د. وجدي راغب- ط١- دار الفكر العربي- ١٩٨٦م- ص ٥٤٧).

## المبحث الحادي عشر لا تسري أحكام الوقف التعليقي على الدعاوى المستعجلة

لا تسري أحكام الوقف التعليقي على الدعاوى المستعجلة، فلا يتصور الوقف التعليقي بطبيعة الحال في هذه الدعاوى، لأن طبيعة هذه الدعاوى تتنافى مع الحكم بالوقف لما تتطلبه من سرعة الحسم في موضوعها.

فالقضاء المدني المستعجل لا يتأثر بقاعدة «الجنائي يوقف المدني» فهذه القاعدة موجهة إلى المحكمة المدنية الموضوعية ولا تقيد بها في اختصاصها، بل تنظم إجراءات سير الدعوى أمامها، ومن ثم إذا ثبت أن القضاء المستعجل مختص بنظر المنازعة المتصلة بمسألة جنائية فإن هذا الاختصاص يستمر ولو تحركت الدعوى الجزائية أمام المحكمة المختصة والمحكمة الجنائية، وقد نصت على ذلك صراحة المادة (٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي: «للمحكمة أن تقرر ما تراه من الإجراءات الاحتياطية والمستعجلة» وذلك في حالة وقف الدعوى المدنية إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية بشأن الفعل الذي أسست عليه الدعوى المدنية تلك».

فالوقف التعليقي يتنافى مع تحقق صفة الاستعجال وذلك خشية ضياع معالم الواقعة المراد تثبيتها أو تلف الأموال المراد وضع الحجز عليها إذا كانت سريعة التلف أو خشية وفاة الشهود أو سفرهم خارج البلاد بالنظر للصبغة الخاصة لهذه الدعاوى وما تقتضيه من سرعة الحسم في موضوعاتها، إلا أن ذلك لا يمنع من الوقف التعليقي في بعض الحالات الضرورية والتي لا يستطيع معها قاضي الأمور المستعجلة- الفصل في الإجراء الوقتي المعروض أمامه قبل حسم مسألة أولية أخرى من الجهة صاحبة الاختصاص، وتأسيساً على ذلك قضي بوقف السير مؤقتاً في الاستئناف المستعجل إلى حين الفصل في الدعوى بشأن تنازع الاختصاص والمقامة أمام المحكمة الدستورية العليا في مصر، وتحديد أي من الحكمين المتناقضين هو الأولي بالتنفيذ منعاً لتضارب الأحكام وحسن سير العدالة، ويتعين وقف السير في الاستئناف مؤقتاً إلى حين الفصل في تلك الدعوى المقامة أمام المحكمة الدستورية العليا (الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية- د. رمزي سيف - دار النهضة العربية- القاهرة- ١٩٦٧م- ص ٥٠٠).

## المبحث الثاني عشر مدة تقديم الدعوى بالمسألة الأولية

لم يتضمن القانون اليمني نصاً صريحاً يقضي بمنح الخصم صاحب الدفع بالمسألة الأولية أجلاً محدداً لإقامة الدعوى به أمام المحكمة المختصة، ولكن هذا لا يمنع من منح الخصم مثل هذه المهلة لإقامة الدعوى بالدفع المتعلق بالمسألة الأولية أمام القضاء، وذلك تحقيقاً لمبدأ حسن سير العدالة ولتفادي صدور أحكام متناقضة لا توافق بينها في موضوع واحد أو في دعويين كل منهما ذات ارتباط وثيق وصلة بالأخرى، وقضت محكمة التمييز العراقية بأنه «كان على المحكمة فسخ المجال للمدعي ومنحه مدة مناسبة لإقامة الدعوى بما يدعيه (وهو طلاق والده المدعى عليه) (المميز عليه) لوالدته المتوفاة (ن.أ) طلاقاً رجعيّاً وعدم إعادتها إلى عصمته خلال فترة العدة وبذلك لا يكون وارثاً لها وطلب إخراجها من القسام الشرعي وتصحيح المسألة الإرثية واستئثار هذه الدعوى المتضمنة طلب تصحيح القسام الشرعي إلى حين صدور حكم بات في دعوى تصديق الطلاق واستناداً لأحكام المادة (٨٣) مرافعات». (عوارض الخصومة القضائية، د. منال فايق حمودي، ص ١٧٦).

## المبحث الثالث عشر الوقف التعليقي أثناء مرحلة التنفيذ

توقف الخصومة وقفاً تعليقياً في مرحلة التنفيذ، فيتم وقف الإجراءات في التنفيذ وذلك عند إقامة دعوى الاستحقاق وفقاً للمادتين (٤٣٩ و ٤٤٠) مرافعات يمني للمطالبة من قبل الغير أمام المحكمة المختصة بالعقار الجاري التنفيذ عليه.

وقد نصت المادة (٢/٢٤٥) مرافعات مدنية عراقية على أن «لمن يدعي عائلية الأموال التي صدر حكم بتصديق الحجز الاحتياطي عليها أو من يدعي بأي حق فيها إقامة دعوى الاستحقاق لدى المحكمة المختصة أو الطعن بطريق اعتراض الغير على الفقرة الحكمية..» وأن يكون للمدعي في هذه الحالة من المستندات والبيانات ما يكون كافياً من الناحية القانونية لإثبات الملكية والعائدية وإثبات الحقوق ويكون لمحكمة الموضوع التي وقع النزاع أمامها بحث أهمية هذه المستندات والبيانات في إثبات الحق المدعى به. ويعد ذلك من قبيل المسألة الأولية التي يترتب على الحكم في موضوعها تعديل

أو إلغاء الحكم الذي تم تنفيذه ويكون لمحكمة الموضوع إصدار قرارها بوقف التنفيذ إلى حين حسم النزاع في هذه الدعوى والوقف لا يكون إلا بقرار حكم قضائي يصدر عن هذه المحكمة. وكذا نص القانون المصري في المادة (٤٥٤) مرافعات على أن «يجوز طلب بطلان إجراءات التنفيذ مع طلب استحقاق العقار كله أو بعضه وذلك بدعوى ترفع بالأوضاع العادية ويختصم فيها مباشرة الإجراءات والمدين أو الحائز وأول الدائنين المقيدين». ووفقاً للمادة (٦٧) من قانون التنفيذ العراقي إذا كانت المستندات التي يستند إليها من أقام دعوى الاستحقاق ثابتة التأريخ ووجد المنفذ العدل ما يؤيد ملكية المعترض للأموال التي تم حجزها فيصدر القرار بإلغاء الحجز، أما إذا كانت هذه السندات غير ثابتة التاريخ فلا يجوز للمنفذ العدل أن يفصل في عائدة تلك الأموال ويكون الفصل في هذا الموضوع من قبل محاكم البداية المختصة، وإذا تبين أن الممانع في التنفيذ واضح اليد حقيقة على العقار بصفة مالك لا بصفة مستأجر أو مزارع فيتعين في هذه الحالة الحكم بوقف التنفيذ، ويكون هذا القرار بالوقف قضائياً يستلزم صدور حكم به من قبل قاضي التنفيذ في مصر وقاضي محكمة البداية في العراق، وصرح المشرع المصري بوقف التنفيذ لمجرد رفع دعوى استرداد المنقولات وفقاً للمادة (٣٩٣) مرافعات مصري، فإذا رفعت دعوى استرداد المنقولات المحجوزة تقف إجراءات التنفيذ ولا يتم البيع إلا بعد الحكم في الدعوى، والوقف هنا قانوني يتم دون صدور حكم به.

وفي القانون العراقي يكون الوقف الصادر في دعوى استحقاق المنقولات المحجوزة وقفاً قضائياً لا يتم إلا بناء على صدور حكم قضائي عن قاضي محكمة البداية المختص بنظرها. وإذا قرر قاضي التنفيذ وفقاً لأحكام القانون المصري الاستمرار في التنفيذ عند إقامة دعوى استرداد المنقولات يكون ذلك بشرط إيداع الثمن أو بدونه، المادة (٣٩٤) - (٣٩٧) مرافعات مصري.

ويكون للقاضي المختص بنظر دعوى الاستحقاق المضي في إجراءات البيع والتنفيذ إذا لم يكن لمدعي الاستحقاق سند ظاهر يؤيد ملكيته للعقار المستحق وأن يكون ثابت التأريخ ويكون هذا التأريخ قبل توقيع الحجز الاحتياطي أو التنفيذ على العقار لضمان جدية الدعوى وتمكين الخصوم من الرد عليها ولما يترتب عليها من أثر في التنفيذ.

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه يجب أن تقام دعوى الاستحقاق الفرعية من غير أطراف التنفيذ... وأن وارث المحجوز عليه المختصم في إجراءات التنفيذ بهذه الصفة، له إقامة دعوى استحقاق فرعية متى استند من ملكيته إلى حق ذاتي غير مستمد من مورثه» طعن رقم ٤٧٣ في ٢٠/٦/١٩٧٩م. (عوارض الخصومة القضائية، د. منال فايق حمودي، ٤٤).

## المبحث الرابع عشر المحكمة المختصة بنظر المسألة الأولية

المسألة الأولية قد تكون من اختصاص المحكمة الدستورية، كما لو طعن الخصم في عدم دستورية نص في قانون أو نظام من المحتمل تطبيقه على النزاع المعروض على المحكمة، وقد تكون من اختصاص القضاء الإداري، كما لو أثار أحد الخصوم نزاعاً حول جنسية خصم آخر بأن يدعي شخص أنه فلسطيني ويزعم خصمه بأنه أجنبي أو العكس، ورأت المحكمة أن النزاع حول جنسية هذا الخصم مسألة أولية يتوقف عليها الفصل في الدعوى، وقد تكون من اختصاص قضاء الأحوال الشخصية، كما لو دفع الخصم بعدم صحة حجة حصر إرث قدمها خصمه، كما قد تدخل المسألة الأولية في اختصاص القضاء الجنائي، كما لو رفع المدعي دعوى تعويض نتيجة اعتداء عليه بجنحة الضرب، فتوقف الدعوى لحين ثبوت التهمة الجزائية على المعتدي

كما قد تكون المسألة الأولية من اختصاص محكمة أخرى تختص بها نوعياً، ومثال ذلك أن يرفع المدعي دعوى إيجار لدى المحكمة الابتدائية، فينازع المدعى عليه في أن العين مملوكة للدولة، وأن هناك قضية منظورة أمام محكمة الأموال العامة، لذلك توقف المحكمة دعوى الإيجار إلى أن يفصل في النزاع القائم حول الملكية، وذلك لأن القسمة لا يجوز أن تشمل أموالاً غير مملوكة للمتقاسمين. أو كأن ترفع دعوى بصحة ونفاذ عقد، فيتدخل خصم فيها يطالب بردها استناداً إلى ملكيته هو للعقار محل الدعوى، فيكون طلب المتدخل مسألة أولية يجب على المحكمة الفصل فيها أولاً، فإن ثبت لديها أن المتدخل هو المالك قضت برد الدعوى، أما إن لم يثبت المتدخل ملكيته قضت بصحة ونفاذ العقد. (عوارض الخصومة، أ. د. عثمان التكروري، ص ٦٦).

## الخاتمة

نخلص مما سبق إلى أن أهمية الوقف التعليقي للخصومة، تتمثل في ضرورة تجنب تعارض الأحكام وإطالة إجراءات التقاضي، حيث يمنع الوقف التعليقي صدور أحكام متعارضة في قضايا ذات علاقة، فالوقف التعليقي يضمن أن تكون الأحكام متوافقة مع بعضها البعض، وهو أيضاً يوفر الوقت والجهد ويجنب المحكمة إعادة النظر في القضايا المعقدة، ويساعد الوقف التعليقي على تنظيم سير الدعوى وفي تنظيم القضايا المعقدة.

### التوصيات:

- ومن خلال ما تقدم فإننا نوصي بالآتي:
- ١- الالتزام الصارم بأحكام الوقف التعليقي للخصومة، على النحو الوارد في القانون.
  - ٢- التحقق من طلبات الوقف التعليقي، ومن الأدلة المؤيدة لها.
  - ٣- تطبيق أحكام الوقف التعليقي، والالتزام بها حتى لا يساء تطبيق أحكام الوقف التعليقي وتفاقم من تراكم القضايا.
  - ٤- التوعية المستدامة بأحكام الوقف التعليقي للخصومة.
  - ٥- اعتماد الوقف التعليقي ضمن مفردات التدريب والتأهيل المستمر للقضاة.



البحر والدرر  
القانون والعدل

# جريمة إفشاء السر المصرفي في القانون اليمني

## دراسة مقارنة بفقهاء القانون الوضعي

القاضي / إبراهيم محمد أحمد الشامي

القائم بأعمال وزير العدل وحقوق الإنسان

مجلة  
البحر والدرر  
القانون والعدل

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه، وصلاةً وسلاماً على خاتم الأنبياء والمرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن والاه إلى يوم الدين وبعد:

### التعريف بموضوع البحث وأهميته:

إن موضوع بحثي المتواضع هذا هو جريمة إفشاء السر المصرفي، وهذا الموضوع يعد من المواضيع القانونية الهامة والمتصلة بالنظم الاقتصادية الحديثة، وذلك لارتباطه بنشاط المصارف لما تضطلع به من دور فعال في الحياة الاجتماعية والاقتصادية نظراً للدور الكبير الذي تلعبه في دفع عجلة التنمية الوطنية، وتوجيه الاقتصاد باعتبارها محورياً أساسياً يرتكز عليه الائتمان، وتمويل المشروعات التجارية والخدمية المختلفة التي تعود على المجتمع ككل، فالبنوك كما قيل وبحق تملك حق الحياة أو الموت بالنسبة للمشروعات الاقتصادية، إذ لا تكاد تخلو عملية تجارية في الوقت الحاضر من تدخل المصارف، ولا غنى عن هذا التدخل لإتمامها سواء بفتح الحسابات أو فتح الاعتمادات أو تلقي الحوالات وغيرها من العمليات المصرفية.

وعمل المصارف يقوم على الثقة، فالثقة هي العمود الفقري للنشاط المصرفي، وهي الرابطة بين الزبائن (عملاء المصارف) والمصارف، ولولاها لفضل الزبون حفظ أمواله في منزله، ومن هنا نجد أن للمصارف دور هام في كسب ثقة الزبائن واستقبالها لأموالهم، منذ ضمنت لهم عدم إفشاء أسرارهم، وعدم الكشف عن تلك الأموال، فتوطدت وأصرر الثقة بالنظام المصرفي. وهذه الثقة تعتبر عنصراً أساسياً من عناصر المناخ الاستثماري العام الذي يجب توفره لقيام وضع اقتصادي ومالي ومصرفي سليم، في ظل دولة تؤمن الاستقرار والعدل والأمن السياسي والاجتماعي والقانوني، وهدفها أصلاً اجتذاب رؤوس الأموال وحماية الإيداعات ذات المصادر المشروعة، وتوفير الحماية للمودعين أصحاب المتحصلات القانونية والمشروعة، بحيث تجعل من المصرف الذي يفشي بالمعلومات عرضة للملاحقة، بالإضافة إلى ملاحقة كل من يطلع على هذه المعلومات بحكم مهنته أو وظيفته باعتباره من الأمناء الضروريين على هذه المعلومات (الأسرار) ومع ذلك يقوم بإفشائها دون مسوغ قانوني لذلك.

والسر المصرفي كان مجرد واجب أدبي تدعو إليه مكارم الأخلاق، ثم أملت به بعد ذلك الأعراف والتقاليد المصرفية المستقرة في التعامل، ثم تطور ليصبح واجباً دينياً مقدساً،

وتنتيجة لزيادة حدة الأزمة الأخلاقية والدينية أمام كل تحضر مادي جديد وانحسار سلطان الأخلاق والدين، صار حتماً أن تنقلب هذه القواعد الأخلاقية والدينية السامية إلى التزامات قانونية تتميز بالجبر والإكراه المادي المتمثل في العقاب الصادر من الدولة على كل من يخل بهذه الالتزامات. والالتزام بالسر المصرفي لم يعد قاصراً على ما يعهد به إلى الأمين تحت طابع السر، ولكنه اشتمل علاوة على ذلك كل واقعة لها طبيعة سرية يفضى بها إليه بموجب التعامل القائم به.

والحماية القانونية الجنائية للسر المصرفي جاءت لاعتبارات عدة منها ما يتعلق بمصلحة العميل (زبون المصرف) وحرية الشخصية، ومنها ما يحقق المصلحة العامة في الالتزام بالسر المصرفي. حيث تبرز أهمية هذا الموضوع لارتباطه كما قلنا بإحدى أسامي الحريات التي كلفتها الدساتير وهي الحرية الشخصية، فالسر المصرفي يتعلق بالذمة المالية للشخص (العميل)، والذمة المالية جزء من حياة الفرد الخاصة، والحياة الخاصة تعتبر جزءاً من حرية الفرد الشخصية، وحمى دستورنا اليمني<sup>(١)</sup> هذه الحرية بالنص على ذلك في المادة (٤٨/أ) منه بقولها « تكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية »، كما يرتبط تجريم إفشاء الأسرار المصرفية بضمانة دستورية أساسية كفلها الدستور في المادة (٤٧) منه والتي نصت على أن «المسؤولية الجنائية شخصية» أي تتعلق بشخص من ارتكبها ولا تتعداه إلى غيره.

كما أن أهمية هذا الموضوع تبرز عندما نجد أنه يتعلق بالقانون الجنائي الذي يهدف إلى حماية القيم والمصالح الاجتماعية والفردية معاً، حيث يجسد المبادئ الدستورية ويحميها في نصوص عقابية تقرر العقوبة المناسبة لمن خالف هذه المبادئ والحريات، واكتملت بفعله المحظور أركان جريمة إفشاء السر المصرفي، كما أن هذا القانون يهدف كذلك إلى إرضاء الشعور العام بالعدالة وإصدار إنذار قوي لكل من تسول له نفسه القيام بأي سلوك أو تصرف يشكل جريمة من هذا النوع، مما يؤدي إلى تحقيق الأمن والطمأنينة والاستقرار القانوني عند أفراد المجتمع حتى يضمن لهم العيش بسلام واستقرار في المجتمع.

وأخيراً تكتسب دراسة السر المصرفي أهمية خاصة في الوقت الحاضر، وترجع هذه الأهمية إلى توسع البنوك في استخدام الأجهزة الالكترونية، والأساليب العلمية الحديثة في مجال معالجة المعلومات الخاصة بالعملاء، مما يثير العديد من المشاكل القانونية نظراً لسهولة الكشف عن هذه المعلومات والأسرار المسجلة على أجهزة الكمبيوتر داخل

(١) دستور الجمهورية اليمنية - سلسلة القوانين اليمنية - صنعاء، اليمن - مكتبة خالد بن الوليد - ٢٠٠١م.

البنك، وهذا التطور التكنولوجي مثل خطراً على مصالح العملاء، الأمر الذي تطلب معه ضرورة إيجاد وسائل تكفل حماية هذه الأسرار ومنها التشدد في حمايتها بتجريم إفشاء هذه الأسرار في غير الأحوال التي يبيح القانون مثل هذا الفعل.

### أسباب اختيار هذا الموضوع:

تم تكليفي من قبل إدارة البحوث بالمعهد العالي للقضاء بإعداد بحث استكمالاً لمتطلبات دبلوم القانون الخاص في هذه السنة الدراسية، ونظراً لأن موضوع جريمة إفشاء السر المصرفي يعد أحد الموضوعات القانونية الأساسية الذي يرتبط فيه القانون الخاص بالقانون العام، ويجسد حقيقة أن فروع القانون المختلفة لا تنفصل عن بعضها البعض فهي نسيج واحد، ومنظومة متكاملة، فهذا الموضوع له اتصال وثيق بالقانون التجاري الذي يعد من فروع القانون الخاص، والذي يعتبر معاملات البنوك (المصارف) أعمالاً تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها هذا من جهة، ومن جهة أخرى لهذا الموضوع ارتباط وثيق وأساسي بالقانون الجنائي، وعلى وجه الخصوص بقانون الجرائم والعقوبات الذي ينص على تجريم إفشاء أسرار المهنة ومنها السر المصرفي.

كما أن من أسباب اختيار هذا الموضوع هو محاولتي اختيار موضوع من المواضيع الحديثة التي تهتم المجتمع الدولي والمجتمع الوطني على حد سواء، فوجدت أن موضوع الأزمة المالية والاقتصادية التي تمر بها معظم دول العالم في هذه الأيام يمكن اعتباره حديث الساعة، وذلك بسبب نتائجه الخطيرة التي عصفت بالكثير من الأسواق المالية، وأدت إلى انهيار الكثير من البنوك والشركات التجارية العملاقة، ولدى بحثي عن أسباب هذه الأزمة وجدت أن أحد هذه الأسباب وقوع بعض البنوك في أخطاء فاحشة باندفاعها الأعمى في تغذية المضاربات في سوق العقارات والأسهم وعدم مراعاتها للاحتياطات الواجب اتباعها، وعدم اتباع القواعد المصرفية، وعدم كفاية الرقابة والإشراف عليها، بالإضافة إلى القصور التشريعي، كل ذلك دفعني إلى دراسة أحد هذه الأخطاء التي تؤدي إلى انهيار البنوك، ووجدت من هذه الأخطاء عدم الالتزام بواجب السرية المصرفية مما يزعزع الثقة بهذه البنوك، ويؤدي إلى هروب رؤوس الأموال من هذه البنوك.

ومن خلال اطلاعي على ما كتب في المجال المصرفي في مراجع قانونية عدة، لمست أهمية هذا الموضوع، وقررت أن أخوض غمار الكتابة فيه، وأنا مدرك صعوبة ما أنا مقدم عليه باعتباره بحثاً جديداً من حيث مناقشته موضوع السر المصرفي بالذات،

ومن الناحية الجزائية، حيث لم يتم تناوله بصورة مستقلة، وإنما تناوله بعض الفقه (وخصوصاً الفقه اليمني) في ثنايا موضوعات متفرقة بعضها تجاري وبعضها جنائي، محاولاً جمع شتات هذا الموضوع، لأضيف شيئاً متواضعاً في هذا المجال.

وفي الوقت نفسه أحاول أن أقدم إسهاماً متواضعاً في توضيح آراء الفقه القانوني بشأن هذا الموضوع، في سبيل تلافٍ ما يمكن أن يطلق عليه قصور تشريعي في قانوننا اليمني، والمتعلق بممارسة النشاط المصرفي، وحماية هذا النشاط لخلق مناخ ملائم لتنمية الاستثمارات التي نحن في أمس الحاجة إليها في بلدنا الحبيب اليمن، وتوفير الضمانات المختلفة للأموال المستثمرة ومنها ضمان حماية الأسرار المصرفية وعدم كشفها إلا في حالات نادرة واردة في القانون على سبيل الحصر، كما أرجو أن يعود هذا البحث بالنفع على كل باحث في القانون، سواء أكان مشغولاً بالقضاء أو المحاماة أو غير ذلك من مجالات القانون، كون هذا الموضوع لم يحظ بقسط كافٍ من الدراسات الفقهية والقانونية.

## نطاق البحث وأسلوب كتابته:

نظراً لضيق الوقت، قمت في بحثي هذا بدراسة جريمة إفشاء السر المصرفي في القانون اليمني، متناولاً ما تعلق به من نصوص، وذلك في كل من قانون الجرائم والعقوبات، والقانون المدني، وقانون الإجراءات الجزائية، والقانون التجاري، وقانون الشركات، وقانون البنك المركزي، وقانون البنوك، وقانون الخدمة المدنية، وقانون العمل، وقانون ضرائب الدخل، وقانون مكافحة غسل الأموال، ولإثراء الموضوع لم أقتصر على القانون اليمني وإنما تطرقت في حدود ما تيسر لي لأراء فقهاء القانون الوضعي الحديث في سبيل الاستفادة منها.

وقد حاولت أن أتبع المنهج المقارن حسب قدرتي البسيطة، من خلال معرفة الأحكام العامة والخاصة المتعلقة بموضوع جريمة إفشاء السر المصرفي في القانون اليمني، حيث لا يوجد قانون خاص للسرية المصرفية لدينا على خلاف ما هو موجود في بعض البلدان العربية مثل جمهورية مصر العربية والجمهورية اللبنانية، وقارنت ما هو معمول به عندنا في القانون اليمني مع ما يراه فقه القانون الوضعي.

وقد اتخذت هذه الدراسة منهج التحليل التأهيلي للنصوص والمنهج الوصفي للذات ينسجمان مع المنهج المقارن، لإبراز موقف القانون اليمني من خلال إيراد النصوص

القانونية المتعلقة بكل جزئية تناولها البحث، وقد حرصت على الاستدلال في هذه الدراسة ببعض الأمثلة التي تخدم البحث في هذا الموضوع.

## الصعوبات:

لدى تناولي هذا الموضوع في بحثي المتواضع هذا، واجهتني العديد من الصعوبات والتي تتمثل في ضيق الوقت، وتزامن كتابة هذا البحث مع فترة التحصيل العلمي والدراسي لهذا العام، إضافة إلى شحة المراجع التي تناولت موضوع جريمة إفشاء السر المصرفي بصورة مستقلة، والتي تكاد تكون منعدمة في الفقه القانوني اليمني، نظراً للمسلك الذي سلكه مشرعنا اليمني في معالجة السر المصرفي، حيث اعتبر الالتزام به تطبيقاً من تطبيقات الالتزام بحفظ أسرار المهنة دون أن يفرد له نصواً خاصة وتنظيماً مستقلاً يضمن توفير حماية أكبر لهذا السر مع أهميته، مما دفعني إلى جمع شتات هذا الموضوع آخذاً بعين الاعتبار القواعد العامة مع التركيز على النص العام، وهو نص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني وتحليله والبحث عن مدى انطباقه على جريمة إفشاء السر المصرفي.

إضافة إلى أنني كنت أرغب في توسيع هذا البحث وإثرائه بالأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم اليمنية إلا أنني لم أحصل على أحكام في هذا الجانب مع اجتهادي وسعيي الحثيث والمتواصل في البحث عنها. ومع ذلك كله حاولت أن أحرص على الأمانة العلمية في كتابة هذا البحث بقدر المستطاع.

وفي الأخير أرجو من القارئ الكريم غض الطرف عن بعض الهنات التي أكون قد وقعت فيها، ملتمساً العذر فيما قد يعتري بحثي المتواضع هذا من عيوب وثغرات، فالكمال لله وحده وهو حسبنا ونعم الوكيل.

## خطة البحث:

وللوقوف على موضوع جريمة إفشاء السر المصرفي في القانون اليمني، ومقارنة ذلك مع فقه القانون الوضعي، قسمت هذا البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة.

- ففي المقدمة تناولت التعريف بموضوع البحث وأهميته، وأسباب اختيار الموضوع، ونطاق البحث وأسلوب كتابته، والصعوبات التي واجهتني عند

كتابته، وخطة البحث.

- أما في المبحث الأول: فقد تناولت ماهية السر المصرفي من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، أفردت المطلب الأول: لتعريف السر المصرفي، والمطلب الثاني: لنطاق السر المصرفي، والمطلب الثالث: للحماية الجنائية للسر المصرفي.
- وفي المبحث الثاني: تطرقت لأركان جريمة إفشاء السر المصرفي، وذلك بتقسيمه إلى مطلبين، تناولت في المطلب الأول: أركان جريمة إفشاء السر المصرفي، وفي المطلب الثاني: عقوبة جريمة إفشاء السر المصرفي.
- ثم في المبحث الثالث: عرضت للحالات التي يباح فيها إفشاء السر المصرفي في مطلبين، خصصت المطلب الأول: لرضا صاحب الشأن في إفشاء السر المصرفي، والمطلب الثاني: للأحوال المصرح بها قانوناً في إفشاء السر المصرفي.
- وأخيراً في الخاتمة: لخصت فيها النتائج والتوصيات، أفردت لكل منها قسمًا مستقلاً.

## المبحث الأول ماهية السر المصرفي

### تمهيد وتقسيم:

لما كان موضوع هذا البحث هو «جريمة إفشاء السر المصرفي» فينبغي ابتداءً بيان ماهية السر المصرفي، للوصول إلى فكرة واضحة له وإزالة أي غموض أو لبس يكتنف تحديد هذه الماهية، فالسر المصرفي في إطار هذه الدراسة يكتسب أهميته في كونه المحل الذي تتعلق به الحماية القانونية الجنائية وذلك بتجريم فعل الإفشاء الذي ينصب عليه، الأمر الذي يوجب أن يكون لماهية السر المصرفي حق الصدارة في هذا البحث.

ويتم تحديد هذه الماهية عن طريق إيراد التعريفات الفقهية والتشريعية لهذا المصطلح إن وجدت، ثم تحديد النطاق الشخصي والموضوعي لهذا السر، بمعرفة من يجب عليهم الالتزام بالمحافظة عليه ولمصلحة من، وما هي المعلومات التي تعد سرًا مصرفياً يستلزم الحماية، وبعد ذلك وقبل الخوض في جريمة إفشاء السر المصرفي يجب وضع الإطار العام للحماية الجنائية للسر المصرفي، ومدى هذه الحماية، سواء كان انتهاك هذه الحماية شخصاً معنوياً أو طبيعياً.

وبناء عليه سيتم التعرض لماهية السر المصرفي بشيء من التفصيل في هذا المبحث، وذلك بتقسيمه إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول: تعريف السر المصرفي، وفي المطلب الثاني: نطاق هذا السر، وفي المطلب الثالث: الحماية الجنائية للسر المصرفي.

### المطلب الأول

#### تعريف السر المصرفي

### تقسيم:

إن معظم التشريعات التي حمت السر المصرفي بتجريم إفشائه من قبل الأمين عليه في غير الأحوال المباح قانوناً له القيام بذلك قد خلت من ذكر تعريف لهذا السر، الأمر الذي ألقى على عاتق الفقه القانوني القيام بهذه المهمة، لذا سنقوم في هذا المطلب

بإيراد التعريفات التي اجتهد الفقه القانوني في التوصل إليها مبتدئين ذلك بتعريف السر بوجه عام ثم تعريف السر المصرفي باعتباره نوعاً من أنواع السر المهني الذي يتعلق بمهنة هامة هي مهنة المصارف.

وفي سبيل ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين مستقلين، نخصص الفرع الأول: لتعريف السر عامة، والفرع الثاني: لتعريف السر المصرفي.

## الفرع الأول

### تعريف السر عامة

**السري في اللغة:** من الأسرار التي تكتم، والسر ما أخفيت، والجمع أسرار، ورجل سري: يصنع الأشياء سراً من قوم سريين، والسريرة: كالسر، والجمع السرائر، قال الليث: السر ما أسررت به، والسريرة: عمل السر من خير أو شر<sup>(١)</sup>. وأسر الشيء: كتمه وأعلنه، وفسر بهما قوله تعالى: ﴿وَأَسْرُوا النَّدَامَةَ﴾ [يونس: ٥٤، سبأ: ٣٣]، وأسر إليه حديثاً أي أفضى إليه به<sup>(٢)</sup>.

أما في الاصطلاح الشرعي فلم يرد للسر تعريف محدد في اصطلاح الفقهاء، وذلك لوضوح معناه، أو لعدم تباين معناه اللغوي عن معناه الاصطلاحي<sup>(٣)</sup>. وقد حاول بعض فقهاء الشريعة المعاصرين تعريفه بأنه: ما يقوم في الذهن مقيداً بوجود الكتمان<sup>(٤)</sup>.

وفي الاصطلاح القانوني توجد بعض الصعوبة في تحديد معنى السر، فرأى بعض شراح القانون أنه: كل ما يضر إفشاؤه بالسمعة أو بالكرامة، في حين رأى بعضهم الآخر أن النبا يصح أن يعد سراً ولو كان غير مشيناً بمن يريد كتمانته، وإنما يلزم على أية حال أن يكون من شأن البوح به أن يلحق ضرراً بشخص ما بالنظر إلى طبيعة النبا، أو إلى ظروف الحال، ويستوي أن يكون الضرر أدبياً أم مادياً<sup>(٥)</sup>.

(١) جمال الدين محمد بن مكرم الملقب ابن منظور- لسان العرب- الجزء السادس- الطبعة الثالثة - بيروت، لبنان- مؤسسة التاريخ العربي- ١٩٩٣م- ص ٢٣٥- مادة (سر).

(٢) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي- مختار الصحاح- الطبعة الأولى - بيروت، لبنان- دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - ٢٠٠٦م- ص ٢٥٤- مادة (سر).

(٣) د. علي محمد علي أحمد - إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي- الطبعة الأولى- الإسكندرية، مصر- دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٧م - ص ١٢.

(٤) شريف بن أدول بن إدريس - كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي- الطبعة الأولى- عمان، الأردن- دار النفائس - ١٩٩٧م- ص ١٧.

(٥) د. رؤوف عبيد- جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال- الطبعة السابعة- القاهرة، مصر- دار الفكر العربي- ١٩٧٨م - ص ٢٩٢.

وقد عرف أحد شراح القانون السر بأنه: واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص، إذا كانت ثمة مصلحة - يعترف بها القانون - لشخص أو أكثر في أن يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق<sup>(١)</sup>. كما عرفه آخر بأنه: الأمر الذي لا يجوز إفشاؤه إلا بإذن صاحبه أو في الأحوال المقررة قانوناً<sup>(٢)</sup>. في حين عرفه آخر بأنه: صفة تهدف إلى تقرير مصلحة معينة ببقاء شيء أو واقعة في طي الكتمان لغير من له الحق في العلم به أو بها لما يترتب على الإفشاء من إضرار بتلك المصلحة<sup>(٣)</sup>.

أما بالنسبة لتعريف السر في التشريع القانوني فإننا لم نجد في نصوص التشريعات اليمنية ومعظم التشريعات العربية تعريفاً للسر، وذلك جرياً على العرف التشريعي في عدم وضع تعريفات وترك ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء. ويرى بعض شراح القانون - وبحق - أن القانون لم يبين معنى السر، ولا هو بمستطيع ذلك إن أراد، لأن التحديد غير مستطاع، ويجب أن يرجع ذلك إلى العرف وإلى ظروف كل حادثة على إنفرادها<sup>(٤)</sup>.

ويرى بعض فقهاء الشريعة المعاصرين أن القانون متفق مع الشريعة الإسلامية في أن السر لا يشترط فيه طلب كتمان صراحة، بل يكفي بالقرائن بأن السر قد وصل إلى الأمين بحكم ممارسة مهنته أو صناعته، ولو لم يطلب صاحبه صراحة كتمان، أو حتى لو كان هو نفسه لا يدري به<sup>(٥)</sup>.

ونستخلص مما سبق وجود صعوبة في وضع تعريف محدد للسر، ومع ذلك يمكن رسم معالم ما يمكن اعتباره سراً من الأسرار، ويتمثل ذلك في أنه يجب لاعتبار واقعة ما سراً أن تكون مما لا يعتبر أمراً معروفاً أو ظاهراً شائعاً للكافة، وأن يكون من شأن اطلاع الغير عليها إعطاء المطلع اطمئناناً أو تأكيداً لم يكن لديه من قبل بصحة هذه الواقعة، بالإضافة إلى ضرورة وجود مصلحة مشروعة لمن تعلق به هذا السر في أن يظل مكتوماً عن الغير، ولا يسوغ لمن خول له بأن يطلع عليه أن يقوم بالكشف عنه إلا في الحدود المسموح بها. ولا يشترط في الواقعة المعتبرة سراً أن تكون مما يترتب على إفشائها ضرر،

(١) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ١٩٧٨م - ص ٧٢٥.

(٢) د. حسن علي مجلي - جرائم الموظفين في القانون والقضاء اليمني - الطبعة الأولى - صنعاء، اليمن - مركز عبادي للدراسات والنشر - ٢٠٠٧م - ص ١٢٠.

(٣) د. عبد الناصر محمد الزداني - شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص - الطبعة السادسة - صنعاء، اليمن - مركز الصادق - ٢٠٠٨م - ص ٤٠.

(٤) أحمد أمين بك - شرح قانون العقوبات الأهلي - الطبعة الثالثة - القاهرة، مصر - الدار العربية للموسوعات - ١٩٨٢م - ص ٨٣٦، ٨٣٧.

(٥) شريف بن أدول بن إدريس - مرجع سابق - ص ١٨.

ولا أن يكون السر قد أفضي به إلى من انتمن عليه كما لو يكون قد وصل إلى الأمين من طريق المباغته، أو من طريق الحدس والتنبؤ، أو من طريق الخبرة الفنية.

كما لا يشترط أن يكون السر قد ألقى إلى المؤتمن عليه على أنه سر وطلب منه كتماناً، بل يعد في حكم السر الواجب كتماناً كل أمر يكون بطبيعته سراً، ولو لم يشترط كتماناً صراحةً.

وبعد رسم الخطوط العريضة لما يمكن اعتباره سراً وفقاً للمفهوم العام للأسرار نظراً للصعوبة التي تكتنف التحديد الدقيق للسر، يجب التأكيد على أنه يلزم الرجوع في ذلك إلى العرف الجاري وظروف كل واقعة على انفراد، وترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء.

## الفرع الثاني

### تعريف السر المصرفي

يعتبر السر المصرفي من الأسرار المهنية، حيث يتعلق بالمهنة المصرفية التي تقوم بها المصارف بأجهزتها وموظفيها ومن لهم علاقة معها.

وقد ظهر سر المهنة في البداية بهدف إلزام من يزاول مهناً معينة بواجب التكتّم عما يعلمه عن عملائه من خلال العلاقات التي يقيمها معهم، ومن هذه المهن الطب والمحاماة والخدمة الكنسية وغيرها من المهن.

ومع تطور التعامل وظهور المصارف أدى ذلك إلى نشوء السر المصرفي كحالة من حالات السر المهني، فالمصرف ملتزم بالمحافظة على أسرار عملائه وعدم الإفشاء بها للغير باعتباره مؤتمناً عليها خاصة بحكم مهنته<sup>(١)</sup>.

وكما سبق وأسلفنا بأن السرية المصرفية هي جزء من السرية المهنية، وعلى ذلك فإن مفهوم السر بشكل عام يطبق على السر المصرفي إلى حد بعيد، فالشخص المهني يطالع بحكم مهنته على أمور الناس الخاصة مما يفرض عليه الالتزام بكتمان ما يصل لمعرفة من معلومات وأخبار تتعلق بمهنته.

وقد عرف أحد شراح القانون السر المصرفي بأنه: كل أمر أو واقعة تصل إلى علم البنك سواء بمناسبة نشاطه أو بسبب هذا النشاط، وسواء أفضى العميل نفسه إلى

(١) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي، دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - عمان، الأردن - دار الثقافة - ١٩٩٩م - ص ١١.

البنك بهذا الأمر أو أفضى به أحد من الغير، ويكون للعميل مصلحة في كتمانها، بمعنى أن تكون المعلومات المعطاة من البنك عن عميله مما يطمئن المستعلم عن مركز العميل المالي، أو من شأن هذه المعلومات التخوف من التعامل معه أو الثقة به<sup>(١)</sup>.

بينما عرفه آخر بأنه: موجب الالتزام بالسرية الواقع على عاتق المصرف في ممارسة نشاطه، والذي يستفيد منه الأشخاص الذين لهم علاقة أعمال مع هذا المصرف<sup>(٢)</sup>. وقد أورد أحد شراح القانون تعريفاً للسر المصرفي بأنه: الموجب الملقى على المصرفي بأن يحفظ السر الأكد لجميع ما يتناهى إلى علمه عن شخص حقيقي أو معنوي تعامل أو يتعامل معه، وذلك أثناء قيامه بعمله المهني<sup>(٣)</sup>.

ومع أهمية هذه التعريفات نجد أن معظم التشريعات - ومنها التشريع اليمني - لم يورد تعريفاً للسر المصرفي، وحسناً صنعت، بل وأن معظم شراح القانون والمناطق بهم مهمة وضع التعريفات الفقهية للمصطلحات القانونية لم يضعوا تعريفاً محدداً للسر المصرفي لإيمانهم - وبحق - أنه لا يوجد تعريف محدد جامع مانع له، كما هو الحال في سر المهنة بشكل عام، لأن السر المصرفي من الأمور التي لا يستطيع تحديد مفهومها لأنه يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص وطبيعة الوقائع والأحداث، فقد يكون أمر ما سراً في زمان ولا يكون سراً في زمان آخر، وقد يكون سراً في مكان ولا يكون سراً في مكان آخر، وقد يكون سراً بالنسبة لأشخاص ولا يكون سراً بالنسبة لأشخاص آخرين.

ولكن الصعوبة في وضع تعريف محدد وشامل لسر المهنة المصرفي لا تحوّل دون محاولة الوصول إلى فكرة واضحة للسر المصرفي دون خوض في مسألة التعريف، وذلك عن طريق وضع مفهوم لفكرة السر المصرفي والمتمثل بدراسة نطاق السر المصرفي، وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

(١) د. سميحة القليوبي - الوسيط في شرح قانون التجارة المصري - الجزء الثاني - الطبعة الرابعة - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ٢٠٠٥م - ص ٩٥٤.

(٢) هيام الجرد - المد والجزر بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، دراسة مقارنة - الطبعة الأولى - بيروت، لبنان - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٤م - ص ٣٥.

(٣) د. هشام البساط - المحافظة على أسرار العملاء وعدم التدخل في شؤونهم - المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين - المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية - الجزء الثالث - الطبعة الثانية - المسؤولية المهنية الإعلامية والمصرفية والمحاسبية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان - ٢٠٠٤م - ص ١١٥.

## المطلب الثاني نطاق السر المصرفي

### تقسيم:

بيننا فيما سبق أن التشريعات المختلفة - ومنها القانون اليمني - لم تعرف السر المصرفي، وإنما يمكن إدراك مفهوم السر المصرفي من خلال دراسة نطاقه، ويشتمل نطاق السر المصرفي على عنصرين هما: نطاقه من حيث الأشخاص، ونطاقه من حيث الوقائع (المعلومات)، وستتم دراسة كل عنصر من هذين العنصرين في فرع مستقل كما سيأتي:

### الفرع الأول

#### أشخاص السر المصرفي

يمكن إدراك مفهوم السر المصرفي من خلال تحديد أطراف الالتزام بالكتمان المصرفي المفروض على المصرف (البنك) فيما يخص أعمال العملاء، حيث يفرض هذا الالتزام على البنك المحافظة على سرية بعض الوقائع التي تصل إلى علمه في أثناء معاملاته مع العملاء، والذين يفترض أن إرادتهم قد اتجهت إلى إخفاء هذه الأعمال والمعاملات، وعلى ذلك يمكن تحديد أطراف الالتزام بالسر المصرفي في: البنك باعتباره المدين، حيث يلتزم بالمحافظة على السر، وفي: العميل باعتباره صاحب الحق في كتمان السر المصرفي.

#### أولاً: الطرف الملتزم بالمحافظة على السر المصرفي (المصرف):

وردت تعريفات عدة «للبنك» أو «المصرف» في التشريع اليمني، ولكنها جميعها متطابقة، حيث عرفه كل من قانون البنك المركزي اليمني<sup>(١)</sup>، وقانون البنوك اليمني<sup>(٢)</sup> في المادة (٢) منهما بأنه: «أي شخص معنوي يمارس بصفة أساسية الأعمال المصرفية، ويشمل البنوك التجارية (بما في ذلك البنوك الإسلامية)، والبنوك المتخصصة أو أي فرع لأي مؤسسة أجنبية تعمل في المجال المصرفي». كما ويشمل تعريف البنك - في إطار الالتزام بالسر المصرفي - على البنك المركزي أيضاً.

(١) القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٠م بشأن البنك المركزي اليمني - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - أغسطس ٢٠٠٦م.

(٢) القانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٩٨م بشأن البنوك - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - أغسطس ٢٠٠٦م.

ويقوم الالتزام على البنك ذاته بوصفه المتعاقد مع العميل، كما يقوم كذلك على موظفيه الذين يحيطون علماً بمراكز العملاء وظروفهم، فيسأل البنك أياً كان الموظف الذي أفشى السر مادام البنك مسئولاً عنه بحكم القواعد العامة. وهكذا فالمقصود بالبنك: هو الشخص المعنوي الذي يمثله رئيس مجلس الإدارة، وكذلك - في هذا الخصوص - مديرو الفروع وكبار الموظفين الذين لهم سلطة اتخاذ القرارات، ويقصد بالموظفين - على الرأي الراجح - جميع المستخدمين والعمال الذين يسأل عنهم البنك مسؤولية المتبوع، والذين يفشون معلومات وصلت إليهم بمناسبة أعمالهم في البنك، ولو لم يكن من اختصاصهم الاطلاع على هذه المعلومات مادامت وصلتهم بمناسبة مباشرة أعمالهم كموظفين أو تابعين أياً كان مستواهم<sup>(١)</sup>.

إضافة إلى المصرف نفسه ومستخدميه، هناك أشخاص ليسوا طرفاً مباشراً في العلاقة بين المصرف والعميل، ولكن يتاح لهم بموجب وظائفهم الاطلاع على أسرار عملاء المصارف، فكل هؤلاء يلتزمون بالسرية المصرفية أو بالمحافظة على سرية أية معلومات يطلعون عليها بحكم وظائفهم والتي تعد أسراراً مصرفية مثل: موظفي البنك المركزي<sup>(٢)</sup>، وموظفي ضريبة الدخل<sup>(٣)</sup>، ومراقبي الشركات<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: صاحب الحق في حفظ السر المصرفي (العميل):

أما بالنسبة للعميل أو الزبون وهو الطرف الثاني للالتزام بالسر المصرفي، بل هو المستفيد المباشر من الكتمان المقرر أصلاً لمصلحته، فإنه لا يوجد تعريف تشريعي له في معظم التشريعات المصرفية ومنها التشريعات المصرفية اليمنية.

ويرى بعض شراح القانون أن المستفيد من التزام البنك بكتمان السر صاحب السر نفسه، أي الشخص الذي أودعه لدى البنك بأن أطلعه عليه، وأطمأن إلى أنه سيكتمه، أو الشخص الذي تتعلق به الواقعة التي اتصلت بعلم البنك بحكم علاقته به<sup>(٥)</sup>، وعلى ذلك

(١) د. علي جمال الدين عوض - عمليات البنوك من الوجهة القانونية - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ١٩٨١م - ص ٩٣١.

(٢) المادة (٤٥/٢، ٣) من قانون البنك المركزي اليمني، والمادة (٨٤) من قانون البنوك اليمني.

(٣) المادة (٩٢) من القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٩١م بشأن ضرائب الدخل - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - ديسمبر ٢٠٠٦م.

(٤) المادة (١٠/٢٨٨) من القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م بشأن الشركات التجارية وآخر تعديلاته بالقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٤م - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - أغسطس ٢٠٠٥م.

(٥) د. علي جمال الدين عوض - المرجع السابق - ص ٩٣١.

لا يقصد بلفظ «العميل» الشخص الذي يمتلك حساباً بالبنك فقط، بل إن ذلك اللفظ، يمتد ليشمل كل من دخل في مفاوضات مع البنك، حتى ولو لم تنته هذه المفاوضات بفتح حساب لديه، وذلك لأن موظف البنك قد يتوصل من خلال هذه المفاوضات إلى الوقوف على أسرار معينة تخص هذا الشخص<sup>(١)</sup>.

بينما يرى البعض الآخر من شراح القانون أن الزبون أو العميل: هو الشخص سواء كان طبيعياً أم اعتبارياً الذي يتصل بالمصرف ويقوم بعمليات مصرفية معه ويلجأ إلى خدماته، وحتى يكتسب صفة الزبون يجب أن يكون المصرف موافقاً على العملية المصرفية<sup>(٢)</sup>. وهذا الاتجاه الأخير هو الاتجاه الذي نميل إليه فمتى قام الشخص بفتح حساب لدى مصرف فإنه ومنذ هذه اللحظة يمكن أن يوصف هذا الشخص بأنه عميل أو زبون لهذا المصرف لأن إرادته اتجهت للتعامل مع هذا المصرف، ويصبح عميلاً بالرغم من عدم وجود تعاملات سابقة ومستمرة له مع البنك.

على أنه يلاحظ أن الشخص الذي يقوم بصرف قيمة شيك لمرة واحدة أو لمرات بشكل عارض من البنك، لا يمكن اعتباره عميلاً ومن ثم يمكن للبنك أن يكشف عن واقعة هذا السحب، دون أن يتعارض ذلك مع سر المهنة أو الوظيفة<sup>(٣)</sup>. ولا يعتبر موظفو المصرف زبائن له لأنهم لا يتعاملون معه كزبائن بل كمستخدمين وعمال، كما لا يسمح لكفيل الزبون أمام المصرف بالاطلاع على تفاصيل العمليات التي أجراها مكفولة، ولا يعتبر زبوناً المساهم في المصرف بالأسهم، ولا يعتبر زبوناً للمصرف سارق الشيك، أو زبون سابق للمصرف سحب شيكاً عليه بعد أن أقفل حسابه، ولا السائح الذي يقبض تحويلاً له من الخارج<sup>(٤)</sup>.

وكما أن حفظ السر مقرر لصالح العميل فإنه يمكن أن ينتقل هذا الحق إلى الورثة أو الموصى لهم (بالمال المتعلق به السر المصرفي) وذلك بعد وفاة العميل، أو النائب عن العميل حال حياته وفقاً للقواعد العامة مثل وكيله الخاص والمفوض، أو النائب القانوني الذي يمثله قانوناً مثل الوصي والقيم ووكيل التفليسة<sup>(٥)</sup>.

(١) د. عادل جبري محمد حبيب - مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي -

الطبعة الأولى الإسكندرية، مصر - دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٣م - ص ١٣١.

(٢) هيام الجرد - مرجع سابق - ص ٣٨.

(٣) د. عادل جبري محمد حبيب - مرجع سابق - ص ١٣١.

(٤) هيام الجرد - مرجع سابق - ص ٣٩.

(٥) المادة (٦٤٤) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م بشأن القانون التجاري - وزارة الشؤون

القانونية - الطبعة الثالثة - مطابع التوجيه المعنوي - مايو ٢٠٠٧م.

## الفرع الثاني

### الوقائع الداخلة في نطاق السر المصرفي

من المؤكد أن البنوك تتعرف من خلال النشاط المصرفي على العديد من الوقائع والمعلومات التي تخص العملاء، ومادامت البنوك ملزمة بحفظ أسرار العملاء، بالإضافة إلى الأطراف الآخرين الملتزمين بالسر المصرفي فإن هذا الأمر يثير التساؤل بشأن الوقائع والمعلومات التي يلتزم كل هؤلاء بالمحافظة على سريتها، وهل التزامهم هذا يمتد إلى كل الوقائع والمعلومات التي تخص العميل أم أن هناك وقائع معينة هي التي تكون محلاً للالتزام بالكتمان.

وبسبب عدم تحديد نصوص القوانين لهذه الوقائع فقد حاول بعض الفقهاء تحديدها على سبيل الحصر، ومع أن هذا الأسلوب يتسم بالتحديد والوضوح إلا أنه لا يمكن حصر جميع الوقائع التي يمكن أن تعتبر سراً والتي قد تحدث في المستقبل أو تستجد، ولذا فإن هذه الطريقة لم تكن مجدية، لذا فقد قيل بوضع ضوابط أو معايير لتحديد الواقعة التي تعتبر سراً لا يجوز إفشاؤه من تلك التي لا تعتبر كذلك، وقد تم تحديد ضابطين لهذه المسألة وهما: الضابط المادي: ويتعلق هذا الضابط بالوقائع والمعلومات ذاتها، إذ يجب أن تنبع من نطاق روابط الأعمال بين البنك والعميل، وأن ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمباشرة البنك لنشاطه، ... والضابط الشخصي: ويعتمد هذا الضابط على الجانب الشخصي، فيجب أن يكون السر منسوباً لشخص معين مما يستلزم أن تنسب الوقائع لعميل بعينه، ويتعين لتحديد الوقائع التي تعتبر سراً البحث عن إرادة العميل فهي التي تتجه إلى كتمان بعض الوقائع والمعلومات الناشئة عن علاقته بالبنك<sup>(١)</sup>.

ونظراً لهذا الاختلاف الفقهي ولعدم ورود نص في معظم التشريعات - ومنها القانون اليمني - يحدد المعلومات التي يمكن اعتبارها سراً مصرفياً، يمكن الجمع بين هذين الضابطين، وبالتالي فالخلاصة: أن المعلومات التي تشملها السرية المصرفية هي: التي تتصل بعلم البنك بسبب ممارسته للعمل المصرفي<sup>(٢)</sup>، وأثناء التعامل مع عميله، والتي تنصرف إرادة العميل الصريحة أو الضمنية باعتبارها سراً مصرفياً، أو تقتضي طبيعة هذه المعلومات أن تكون سرية يجب كتمانها.

(١) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ٢٧، ٢٨.

(٢) يراجع التعريف الموحد للعمل المصرفي الواردة في المادة (٢/ح) من قانون البنك المركزي اليمني، وكذلك المادة (٢/ح) من قانون البنوك اليمني.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الالتزام بكتمان السر المصرفي يقوم على أساس أن طبيعة عمليات البنوك، والعلاقة بين البنك وعميله، تقوم على ثقة من العميل في أن يكتم البنك ما يفضي به العميل إليه من تصرفاته وأحواله المالية، وهي مسائل يعتبرها العميل من شؤونه الخاصة التي يجب ألا يعرفها الغير، سواء كان هذا العميل تاجراً أو غير تاجر، لأن من الطبيعي أن يحرص كل شخص على إخفاء مركزه المالي عن غيره، سواء كان هذا الغير منافساً له، أو حتى فرداً من أفراد عائلته<sup>(١)</sup>.

### المطلب الثالث

### الحماية الجنائية لسر المصرفي

#### تمهيد وتقسيم:

لقد كان الالتزام بالسر المصرفي في بداية ظهوره واجباً أخلاقياً، تدعو إليه مكارم الأخلاق والتزاماً طبيعياً، ثم أملت بعد ذلك الأعراف والتقاليد المصرفية المستقرة بالتعامل، وتطور بعد ذلك ليصبح واجباً دينياً مقدساً وتعلق السر بالآلهة ثم استقر بعد ذلك التزاماً قانونياً. والحماية القانونية لسر المصرفي جاءت لاعتبارات عدة منها ما يتعلق بمصلحة الفرد وحرية الشخصية، ومنها ما يحقق مصلحة المصرف في كتمان أعماله، ومنها ما يحقق المصلحة العامة في الالتزام بالسر المصرفي<sup>(٢)</sup>.

إن القوة الإلزامية للسرية المصرفية تتوقف على الحماية القانونية التي قررها المشرع، إذ بدون هذه الحماية يصبح الالتزام بها شعاراً زائفاً لا قيمة له، وخالياً من المضمون. وهذه الحماية التي قررها المشرع ضد الانتهاكات التي تقع على السر المصرفي تتمثل في الآثار القانونية التي تترتب على إفشاء هذا السر سواء أكانت أثراً مدنية أم أثراً جزائية، أو بمعنى آخر بأنها تتمثل في المسؤولية القانونية المترتبة على ذلك. والمسؤولية القانونية هي: محاسبة الشخص على الضرر الذي يحدث بغيره، ويحدث الضرر عندما يسلك الشخص مسلكاً مخالفاً للقانون، ويترتب على هذا المسلك حدوث ضرر للمجتمع أو أحد أفراده، أو يكون من شأنه التهديد بوقوع مثل هذا الضرر<sup>(٣)</sup>. وهذا النوع

(١) د. علي جمال الدين عوض - مرجع سابق - ص ٩٢٩.

(٢) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ٣٩.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي - الوجيز في نظرية الالتزام - الجزء الأول - القاهرة، مصر - مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - ١٩٦٨م - ص ٢١١.

من المسؤوليات هو وحده الذي يترتب عليه جزاء قانوني يتمثل في العقوبة أو التعويض. وتنقسم المسؤولية القانونية إلى: جزائية، ومدنية<sup>(١)</sup>، وتأديبية<sup>(٢)</sup>.

ولما كان موضوع البحث يندرج تحت الآثار الجزائية المتمثلة في المسؤولية الجزائية عن ارتكاب جريمة إفشاء السر المصرفي التي يتحملها الموظف، كما يمكن أن يتحملها المصرف بصفته شخصية معنوية، فإنني سأتناول في المطلب التالي المسؤولية الجزائية للموظف أو المستخدم، والمسؤولية الجزائية للمصرف في فرعين مستقلين كالآتي:-

## الفرع الأول

### المسؤولية الجزائية للموظف أو المستخدم

تعني المسؤولية الجزائية: صلاحية الشخص لتحمل الجزاء الجنائي المقرر للجريمة التي ارتكبها<sup>(٣)</sup>. ويتمثل أساسها في مخالفة واجب قانوني تكفله القوانين العقابية بنصوص خاصة ومحددة لا يجوز القياس عليها ولا التوسع في تفسيرها.

والمسؤولية الجزائية للموظف أو المستخدم المعني بالمحافظة على السر المصرفي هي مسؤولية قانونية مقيدة بالنص الجنائي، وبالتالي فهي تتعلق بالنظام العام، والقضاء هو المرجع الذي يحدد قيامها من عدمه، ويحمل نتائجها من تقع عليه. كما أن هذه المسؤولية تتميز بأنها شخصية ذات طابع فردي لا تجاوز الشخص الذي قامت عليه إلى سواه، ولا يسأل عن الجرم إلا فاعله، ولا يؤخذ امرؤ بجريرة غيره مهما كانت درجة القرابة أو الصداقة أو علاقة العمل بينهما. وهذه من القواعد الأولية في الشريعة الإسلامية، كما تأخذ اليوم القوانين الوضعية الحديثة بمبدأ «شخصية المسؤولية الجزائية»، فلا يؤخذ

(١) المسؤولية المدنية: هي المسؤولية الناشئة عن التزام المسؤول بتعويض الأضرار الحادثة للغير، وقد يسأل البنك بالإضافة إلى الشخص الطبيعي مرتكب جريمة إفشاء السر المصرفي، وذلك وفقاً لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة متى توافرت شروطها.

(٢) المسؤولية التأديبية: هي المسؤولية الناشئة عن إخلال الموظف بواجبات وظيفته مما يوجب معاقبته بعقوبة تأديبية من العقوبات المنصوص عليها في المادة (١١١) من القانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩١م بشأن الخدمة المدنية - مجموعة القوانين الشخصية والعمالية - الكتاب الخامس - الطبعة الأولى - وزارة العدل - ٢٠٠٣م - ص ١٨٧.

(٣) د. محمد علي سويلم - نظرية دفع المسؤولية الجنائية - الإسكندرية، مصر - منشأة المعارف - ٢٠٠٧م - ص ٧٦.

بالجرائم غير جناتها، ولا تنفذ العقوبة إلا على من أجرم دون غيره<sup>(١)</sup>.

وكما أسلفنا فإن المصارف شخصيات اعتبارية تمارس أعمالها عن طريق مستخدميها الذين يباشرون في الواقع أعمال المصرف، ويعبرون عن إرادته، فإذا وقع منهم أي إخلال بواجب الكتمان المصرفي وقاموا بإفشاء الأسرار المصرفية عرضوا أنفسهم للعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات<sup>(٢)</sup>.

ولكي تترتب المسؤولية الجزائية على من ارتكب جريمة إفشاء السرا المصرفي، يجب أن تتوافر فيه الأهلية الجنائية المتمثلة في شرطي: الإدراك أو التمييز، وحرية الاختيار<sup>(٣)</sup>. كما يجب أن تكتمل أركان الجريمة مجتمعة بحسب النص القانوني المجرم لها، وألا تكون هنالك أسباب تخرج فعل الإفشاء المجرم من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة.

وسواء أكان من أفشى السر من مستخدمي المصارف، أو من الموظفين العمامين المخولين بالاطلاع على هذا السر مثل موظفي البنك المركزي اليمني أو موظفي ضريبة الدخل، فإن المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني<sup>(٤)</sup> والتي تنص على أنه: «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه مستودع سر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو استعمله لمنفعته أو لمنفعة شخص آخر ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه أو استعماله وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات إذا كان الجاني موظفاً عاماً استودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته» تنطبق عليهم في حال ارتكابهم جريمة إفشاء السر المصرفي (على اعتبار أنه سر من أسرار المهنة التي تحكمها هذه المادة)، وبالتالي فإن الدعوى الجزائية تقام على من قام بإفشاء السر المصرفي وانتهك السرية المصرفية.

ونظراً لأن جريمة إفشاء السر المصرفي تعتبر جريمة غير جسيمة<sup>(٥)</sup>، حيث أنه يعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو بالغرامة، فإن الدعوى الجنائية

(١) عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - المجلد الأول - القاهرة، مصر - دار التراث - ٢٠٠٣م - ص ٣٤٢، ٣٤٣.

(٢) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ١٤٢.

(٣) سنأتي لتناول هذه الشروط لاحقاً عند الحديث عن الركن المعنوي لجريمة إفشاء السر المصرفي في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

(٤) القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - نوفمبر ٢٠٠٥م.

(٥) المادة (١٧) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

فيها تسقط بمرور ثلاث سنوات من يوم وقوع الجريمة ما لم ينقطع التقادم وفقاً للأسباب المحددة قانوناً<sup>(١)</sup>.

أما من حيث حكم الإدانة فيجب أن يتضمن بياناً واضحاً للواقعة التي أفشاها المتهم، والمهنة التي يمارسها، وفعل الإفشاء الذي صدر عنه. فبيان الواقعة يتيح لمحكمة النقض (المحكمة العليا) أن تتحقق من صفتها كسر، وبيان المهنة يتيح لها أن تتحقق من الطبيعة المهنية للسرومن أن هذه المهنة هي إحدى المهن التي يلتزم أفرادها بكتمان السر، ولا تلتزم محكمة الموضوع بالتحدث عن القصد استقلالاً، فإذا أثبتت أن الواقعة صفة السر أفترض علم المتهم بذلك، والأصل في فعل الإفشاء أنه إرادي، ولا تلتزم المحكمة من باب أولى أن تتحدث عن البواعث إلى الجريمة، ولكن إذا دفع المتهم بانتفاء القصد لديه كان هذا الدفع جوهرياً، والتزمت المحكمة بأن ترد عليه رداً مدعماً بالدليل، وكذلك الحال إذا دفع بتوافر سبب للإباحة<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### المسؤولية الجزائية للمصرف

من المسلم به أن المصارف (البنوك) يقع على عاتقها دور كبير في خلق الائتمان وتوزيعه من أجل دعم المشروعات الاقتصادية، وهو دور مسلم به في النظم الرأسمالية والاشتراكية على حد سواء، والائتمان يفترض الثقة، والثقة لا تقوم إلا في إطار من الكتمان يسمح بإذائها وتبادلها، ولذلك جرت العادة منذ نشأة البنوك على كتمان نشاطها، ولاسيما إذا تعلق الأمر بالأسرار المعهودة إليها من عملائها احتراماً للثقة المتبادلة. والتزام البنك بكتمان بعض الوقائع والمعلومات والبيانات التي وصلت إلى علمه بمناسبة نشاطه المصرفي يقابله حق العميل في حفظ أسرارها<sup>(٣)</sup>.

وفي معظم التشريعات يستند التزام البنك بكتمان السر المصرفي إلى نص في قانون العقوبات، ويترتب على الإخلال به مسؤولية جزائية، علاوة على المسؤولية المدنية، إذا

(١) المادتين (٣٨)، (٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني - القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - مايو ٢٠٠٧م.

(٢) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٥١.

(٣) د. أحمد محمد بدوي - جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي - الطبعة الأولى - القاهرة، مصر - سعد سمك للطباعة - ١٩٩٩م - ص ١٠، ٩.

توافرت شروطها، والذي يعيننا هنا مسؤولية البنك الجزائية .

وباعتبار البنك من الأشخاص المعنوية كما عرفته معظم التشريعات ومنها القانون اليمني<sup>(١)</sup>، فإن موضوع المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي من الموضوعات التي كانت وما زالت مثار جدل ونقاش في الفقه والقضاء المقارنين، كما لم يستقر وضع هذه المسؤولية في التشريع بصفة نهائية. وإن كان الشخص الطبيعي هو محور القانون الجنائي إلا أنه مع اتساع دائرة نشاط الأشخاص الاعتبارية (المعنوية) في العصر الحديث أصبحت تلك الأشخاص في بعض الأحيان مصدر أخطار على أنظمة المجتمع الاقتصادية، مما اقتضى التفكير في تقرير مساءلتها جنائياً في نطاق محدود عن بعض الجرائم التي تقع بمناسبة مزاولة نشاط تلك الأشخاص، وخاصة الأنشطة الاقتصادية<sup>(٢)</sup>.

وقد انقسم الفقه بشأن ما إذا كان الشخص المعنوي باعتباره شخصاً مميزاً عن ممثله، يسأل عن هذا الفعل وتوقع عليه عقوبة، أي ينسب إليه الفعل على أساس أن صدوره عن ممثله بصفته هذه يعني صدوره منه، إلى رأيين: الرأي الأول: يذهب إلى عدم جواز مساءلة الشخص المعنوي جنائياً، والرأي الثاني: يذهب إلى جواز مساءلة الشخص المعنوي جنائياً<sup>(٣)</sup>. وقد أورد كل اتجاه من هذين الاتجاهين حججه، وأوضح النتائج المترتبة على ذلك بشكل مطول لا يسع المجال هنا لذكرها لأنها تحتاج إلى بحث مستقل لتناولها.

وأكتفي هنا بالإشارة إلى موقف القانون اليمني من ذلك: فقد أخذ المشرع اليمني بالمذهب الثاني، ولكن ليس على إطلاقه، حيث لم يأخذ بالمسؤولية الجنائية الكاملة للشخص المعنوي، ولم ينكر ترتيب هذه المسؤولية على الشخص المعنوي، فقد رجح تحميل الشخص المعنوي المسؤولية الجزائية والاكْتفاء بتوقيع العقوبات عليه بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات، وفي سبيل ذلك نص في المادة (٢) منه على أن: «المسؤولية الجزائية شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون»، أي أنها تسري على الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية (المعنوية). وفي المادة (١) من هذا القانون، والتي تعرف الأشخاص الاعتباريين نصت على أن: «تشمل الشركات والهيئات والمؤسسات والجمعيات التي تكتسب هذه الصفة وفقاً للقانون، وتأخذ حكم

(١) يراجع ما سبق - ص ١١.

(٢) د. غادة عماد الشرييني - المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية، دراسة مقارنة - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ١٩٩٩م - ص ٥١، ٥٢.

(٣) د. عبد الحكم فوده - امتناع المساءلة الجنائية - الإسكندرية، مصر - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٩٧م - ص ٥٤.

الأشخاص الطبيعيين بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، ويكتفى في شأنها بالعقوبات التي يمكن تطبيقها عليها». ولذلك فإن المصارف تدخل تحت هذا النص وتترتب عليها المسؤولية الجنائية عن ارتكاب جريمة إفشاء السر المصرفي وفقاً للحدود المرسومة في نصوص قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

والمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي في معظم التشريعات المقارنة على نوعين: إما أن تكون مباشرة، وإما أن تكون غير مباشرة. فالمسؤولية الجنائية المباشرة: تسند الجريمة فيها إلى الشخص المعنوي، فتقام عليه الدعوى الجنائية بصفة أصلية، ويقضى عليه بالعقوبات المقررة والتي تتناسب مع طبيعته، وهذه المسؤولية لا تمثل النوع الغالب في المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي. أما المسؤولية الجنائية غير المباشرة: فلا تقام الدعوى الجنائية على الشخص المعنوي باعتباره خصماً أصلياً، وإنما باعتباره خصماً تبعياً، وتكون كذلك عندما ينص القانون على أن هذا الشخص يسأل بطريقة التضامن مع الأشخاص الطبيعيين الداخليين في تكوينه<sup>(١)</sup>.

وحيث أن القائمين على الشخص المعنوي أشخاص طبيعيين، فهم الذين يديرون ويسيرون أعماله، فقد تستغل وسائل هذا الشخص لتحقيق منافع غير مشروعة لمصلحتهم، لذا وفي سبيل ردعهم عن ذلك تقرر مسؤوليتهم الجزائية إضافة إلى مسؤولية الشخص المعنوي من أجل المزيد من الرقابة والتوجيه على تصرفات مستخدميهم، وحيث أن للشخص المعنوي (المصرف) القدرة على أن تكون له إرادة وعلم بالتصرفات التي ترتكب باسمه، وأن عناصر الركن المعنوي يمكن تحققها من خلال علم وإرادة الأشخاص الطبيعيين الذين أسهموا في وجود هذا الشخص المعنوي، وأن التصرفات التي تصدر من هذا الشخص تصدر مع توفر المعرفة التامة بنصوص القوانين وعن علم وإرادة حرة، للذات يتحققان من خلال الأشخاص الطبيعيين الذين يعبرون عن إرادته ويتصرفون باسمه، لذا فإن احتمال وقوع الشخص المعنوي في الخطأ وارد مما يوجب مساءلته<sup>(٢)</sup>.

لذلك ومن كل ما تقدم نستنتج أن المصارف مسؤولة جزائياً عن الجرائم التي يرتكبها موظفوها، ومنها جريمة إفشاء السر المصرفي المعاقب عليها وفقاً لنص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني - وعلى وجه الخصوص في حال تعذر معرفة

(١) د. غادة عماد الشرييني - مرجع سابق - ص ٥٥، ٥٦. وتجدر الإشارة إلى أن قانون الجرائم والعقوبات اليمني لم ينظم المسؤولية الجنائية غير المباشرة للشخص المعنوي، وهذا مسلك غير محمود وكان الأخرى به تنظيم هذا النوع من المسؤولية في نصوص واضحة، وإفراد مواد فيه تتناول ذلك، كما فعلت معظم قوانين العقوبات العربية مثل: قانون العقوبات المصري، وقانون العقوبات الأردني.

(٢) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ١٤٧.

الموظف المسؤول عن إفشاء السر المصرفي لاطلاع عدد كبير من الموظفين عليه - وتتعرض للعقوبات المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات، والتي تتناسب مع طبيعتها أي مع شخصيتها المعنوية. فالمصرف كشخص اعتباري لا يتصور حبسه، وبالتالي يمكن أن توقع عليه عقوبة الغرامة المنصوص عليها في المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني كعقوبة أصلية لجريمة إفشاء السر المصرفي، بحيث لا تنقص هذه الغرامة عن مئة ريال ولا تجاوز سبعين ألف ريال وفقاً لنص المادة (٤٣) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، بالإضافة إلى جواز أن توقع عليه عقوبة من العقوبات التكميلية التي تتناسب مع طبيعته كشخص معنوي إلى جانب العقوبة الأصلية، ومثال هذه العقوبات التكميلية: الحرمان من الاستمرار في مزاولة المهنة أو إغلاق البنك، ولكن وفقاً للضوابط المحددة قانوناً لذلك<sup>(١)</sup>.

ولدى تناولي لجريمة إفشاء السر المصرفي فيما سيأتي من هذا البحث سأقتصر على تناول مسؤولية الأشخاص الطبيعيين الجزائية عن ارتكابهم لهذه الجريمة، متحاشياً تناول مسؤولية المصرف الجزائية عن ذلك، مكتفياً بما تقدم من هذا البحث بشأن هذا الموضوع، وذلك لأن موضوع المسؤولية الجزائية للمصرف عن إفشاء السر المصرفي (باعتباره شخصاً معنوياً) موضوع واسع يحتاج إلى دراسة كاملة متعمقة أتركها لمن يرغب البحث فيها.

(١) المادتين (١٠٠)، (١٠١) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

## المبحث الثاني

### أركان جريمة إفشاء السر المصرفي وعقوباتها

#### تمهيد وتقسيم:

لا تقوم جريمة إفشاء السر المصرفي - كغيرها من الجرائم - إلا إذا توافرت أركانها الأساسية، والأركان جمع ركن، والركن لغة: جانب الشيء الأقوى<sup>(١)</sup>، واصطلاحاً: ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزءاً من حقيقته أو ماهيته<sup>(٢)</sup>. والمقصود بأركان جريمة إفشاء السر المصرفي أجزاؤها التي لا وجود للجريمة بدونها والتي هي داخلة في حقيقتها، ويتوقف وجودها عليها، ولا يمكن تصورهما إلا إذا وجدت هذه الأركان.

ومتى وجدت هذه الأركان تم البناء القانوني لهذه الجريمة، وترتبت عليها آثار قانونية أهمها استحقاق مرتكبها للجزاء الجنائي (العقوبة) وما يتعلق بهذه العقوبة من أحكام وأثار بالنسبة للجاني وللمجتمع. ويتوقع العقوبة على الجاني يكون المجتمع قد أخذ حقه من الجاني، ويكون الجاني قد نال ما يستحقه من جزاء، وبالتالي يتحقق الهدف المنشود من توقيع هذا الجزاء.

وجرياً على ما سار عليه الفقه القانوني في تناول أحكام أية جريمة من الجرائم، قمت بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تناولت في المطلب الأول: أركان جريمة إفشاء السر المصرفي، وفي المطلب الثاني: عقوبة إفشاء السر المصرفي.

#### المطلب الأول

### أركان جريمة إفشاء السر المصرفي

#### تمهيد وتقسيم:

نص المشرع اليمني على تجريم إفشاء الأسرار وإفشاء السر المهني بشكل خاص في

(١) العلامة جمال الدين محمد بن مكرم الملقب ابن منظور - مرجع سابق - الجزء الخامس - ص ٣٠٥ - مادة (ركن).

(٢) د. وهبة الزحيلي - أصول الفقه الإسلامي - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - دمشق، سوريا - دار الفكر - ٢٠٠٥ م - ص ١٠٥.

المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات التي تنص على أنه « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه مستودع سر فأفشاء في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو استعمله لمنفعته أو لمنفعة شخص آخر ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه أو استعماله، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات إذا كان الجاني موظفاً عاماً استودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته ».

ويلاحظ من نص المادة السابقة أن المشرع عاقب كل من ينتهك السر الذي وصل لعلمه بحكم مهنته فأفشاه في غير الأحوال التي يباح فيها الإفشاء، أي أن النص جاء عاماً على كل من يفشي سر مهنته دون مبرر قانوني بدون تحديد لمهنة معينة.

ويدخل ضمن هذه الطائفة من المهنيين المصارف لعموم النص الوارد في المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، مما يدعو للقول بأن السرية المصرفية تجد أساساً قانونياً لها فيما نصت عليه هذه المادة، إذ أن المشرع عمم الحكم على كل من كان مستودع سر فأفشاه دون مبرر قانوني، الأمر الذي يقطع بدخول المصرفي ضمن الملتزمين بالسر المهني، كما يشمل نص المادة المذكورة الموظفين العاميين الذين يطلعون على أسرار مصرفية بحكم وظيفتهم، والذي ينطبق على موظفي البنك المركزي وغيرهم ممن يأخذون حكمهم، ومن ثم فإن كل العمليات والمعلومات المصرفية التي تتعلق بالعميل ويعلمها المصرفي أو الموظف العام بمناسبة القيام بمهنته تستوجب الكتمان سواء أكان قد وصلها لعلمه العميل نفسه أو عرفها بحكم مهنته، وسواء انصرفت إرادة العميل الصريحة أو الضمنية باعتبارها سرّاً مصرفياً، أو أن طبيعة هذه المعلومات تقتضي اعتبارها سرّاً مصرفياً كما رأينا.

وحيث أن السر المصرفي يندرج تحت أسرار المهنة المقرر حمايتها في المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات، فإنه يمكن تعريف جريمة إفشاء السر المصرفي كما يأتي:-  
هي « إفشاء متعمد غير مشروع لسر مصرفي من قبل من كان مستودعاً له بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه، أو كان موظفاً عاماً استودع السر المصرفي أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته ».

ويتضح من دراسة النص القانوني أن جريمة إفشاء السر المصرفي تتكون من ثلاثة أركان رئيسية: ركن محل الجريمة والصفة الخاصة للفاعل، وركن مادي، وركن معنوي، وستكون الدراسة لهذه الأركان في الفروع الثلاثة الآتية:

## الفرع الأول

### محل الجريمة والصفة الخاصة للفاعل

يتكون الركن الأول من أركان جريمة إفشاء السر المصرفي من عنصرين مفترضين<sup>(١)</sup> لقيام هذه الجريمة، وهذان العنصران هما: العنصر الأول: محل الجريمة، والعنصر الثاني: الصفة الخاصة للفاعل.

#### محل الجريمة:

بالنسبة للعنصر المفترض الأول وهو: محل الجريمة، أو موضوعها: وهو المصلحة المحروسة بموجب أحكام الشرع والقانون، ويتمثل هنا في السر المصرفي، أي أنه يجب أن تكون الواقعة أو الأمر محل الإفشاء سراً مصرفياً حتى يجرم هذا الإفشاء، إلا أن تحديد معنى السر المصرفي أمر لا يخلو من الصعوبة، وأن التشريعات الجزائية بما فيها قانون الجرائم والعقوبات اليمني في المادة (٢٥٨) منه لم تضع له تعريفاً محدداً، ونتيجة لذلك تعددت الآراء حول المقصود بالسر المصرفي، وانتهت إلى أنه لا يوجد تعريف محدد جامع مانع للسر المصرفي كما هو الحال في تعريف سر المهنة الذي يعد السر المصرفي نوعاً من أنواعه، ومع وجود هذه الصعوبة إلا أن ذلك لم يحل دون الوصول إلى فكرة واضحة للسر المصرفي عن طريق وضع مفهوم لهذه الفكرة تتمثل في دراسة نطاق السر المصرفي الذي سبق الحديث عنه في المبحث الأول من هذه الدراسة والتي تتناول ماهية السر المصرفي محل جريمة الإفشاء.

#### الصفة الخاصة للفاعل<sup>(٢)</sup>:

تعتبر جريمة إفشاء السر المصرفي - كغيرها من جرائم إفشاء أسرار المهنة - من جرائم ذوي الصفة الخاصة، ولا يرتكب هذه الجريمة أي شخص، بل شخص ذو صفة معينة، وهذه الصفة مستمدة من نوع المهنة التي يمارسها، أي أنها صفة مهنية.

وعليه فلا بد لكي تتكامل أركان هذه الجريمة أن يكون الجاني (مرتكب الجريمة)

(١) يعرف العنصر المفترض بأنه: مركز قانوني تحميه القاعدة الجنائية، ويتميز بأنه: أ- عنصر مستقل عن نشاط الجاني وعلاقة السببية، ب- بأنه عنصر لازم للوجود القانوني للجريمة، ج- بأنه تحميه القاعدة الجنائية. للمزيد يراجع امتناع المساءلة الجنائية - للدكتور عبد الحكم فوده - مرجع سابق - ص ٧١.

(٢) يراجع للمزيد من التوضيح في هذه الدراسة: المبحث الأول- المطلب الثاني - الفرع الأول: أولاً: الطرف الملتزم بالمحافظة على السر المصرفي - ص ١١.

موصوفاً بكونه من أصحاب المهن أو الوظائف أو الأعمال التي يعتبر الإفشاء بالأسرار فيها من مكوناتها الضرورية، حيث لا يمكنه القيام بواجبات مهنته بالصورة المبتغاة لها سلفاً ما لم تتم إباحة تلك الأسرار في مواجهته وإيداعه إياها، إذ يمكنه بعد العلم بها أداء عمله المناط به على الوجه المطلوب، وبالتالي فإن هذه الجريمة تتميز بكونها تقتضي أن يتوفر ضمن أركانها وصف خاص للفاعل لا تنهض دون وجوده.

والصفة الخاصة للفاعل في هذه الجريمة محل الدراسة تنطبق على جميع موظفي البنوك بكافة مستوياتهم كبرت أم قلت، بمعنى أن يلتزم بالسرية المصرفية رئيس مجلس إدارة البنك، وكل من يليه أو يتبعه من موظفين ولو كان الشخص أحد المكلفين بحراسة البنك، هذا بالإضافة إلى أي أشخاص تقتضي مهنتهم أو عملهم الاطلاع على السر المصرفي ولو لم يكن أحد موظفيه، كما هو الشأن بالنسبة للمهندسين والخبراء الذين يستعين بهم البنك في تقييم الضمانات التي يقدمها العملاء أو تقييم مشروعاتهم، كذلك من يستعين بهم البنك في إصلاح وتركيب وتجربة الأجهزة الإلكترونية وآلات النسخ والتصوير والتخزين للمعلومات المسجلة عليها حسابات العملاء إلى غير ذلك من الأشخاص الذين تقتضي وظائفهم الاطلاع على أسرار العملاء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة<sup>(١)</sup>.

والعلة في تطلب هذا الركن أن جوهر الجريمة هو إخلال بالتزام ناشئ عن المهنة، وما يتفرع عنها من واجبات، بالإضافة إلى أن علة التجريم فيها هي الحرص على السير السليم المنتظم لمهن معينة ذات أهمية اجتماعية، وهذه الصفة الخاصة مطلوبة من فاعل الجريمة، ومن ثم يجوز أن يكون الشريك فيها غير حائز هذه الصفة، وهي مطلوبة وقت إيداع السر (أو العلم به) دون وقت إفشائه<sup>(٢)</sup>.

وبالعودة إلى نص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني نجدها تطلبت في فاعل الجريمة صفة كونه مستودع سر (أميناً عليه) وأن يكون قد حصل عليه بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه، كما شملت الموظف العام الذي يحق له الاطلاع على هذه الأسرار، وتطلبت أن تتوافر في هذا الموظف العام كي يعد مرتكباً لجريمة إفشاء السر المصرفي صفة كونه مستودع سر، وأن يكون حصل على هذا السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته، دون أن تحدد الأمناء على الأسرار (مستودعيها) حصراً.

ويرى بعض شراح القانون وضع ضابط عام لتحديد مستودع السر (الأمين عليه)،

(١) د. سميحة القليوبي - الوسيط في شرح قانون التجارة المصري - مرجع سابق - ص ٩٦٤، ٩٦٥.

(٢) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٣٧.

وهذا الضابط هو أن يكون الشخص من الأمناء بالضرورة، فالصفة الخاصة هي كون الفاعل يشغل إحدى الوظائف التي تجعله أميناً على السر بحكم الضرورة، وأن يحصل على السر بحكم ممارسته لهذه المهنة، فتحديد هذه المهن يقوم على أربعة عناصر وهي:

- ١- أن هذه المهن تفترض الثقة والدراية.
- ٢- لا يمكن ممارسة هذه المهن دون الاطلاع على الأسرار.
- ٣- الالتجاء إلى أصحابها اضطراري.
- ٤- أنها مهن هامة اجتماعياً. ويمكن إجمال هذه العناصر الأربعة بالقول في وصف أصحاب هذه المهن بأنهم «أهل الثقة الاضطرارية»، وعلى سبيل المثال منهم موظفي المصارف، وموظفي البنك المركزي، وموظفي ضريبة الدخل، وغيرهم ممن يطلعون على السر المصرفي بحكم مهنتهم<sup>(١)</sup>.

والخلاصة أنه حتى يتم تجريم إفشاء السر المصرفي يجب أن يرتكب هذه الجريمة واحد من الأمناء الضروريين على السر المصرفي، وممن تتوفر فيهم الصفة الخاصة لذلك، أما إذا وقع الإفشاء من شخص لا يمارس هذه المهنة (المهنة المصرفية)، ولم يحصل على السر بحكمها، فلا يعد مرتكباً لهذه الجريمة، ولا يطبق عليه نص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

وتطبيقاً لذلك فإنه لا جريمة - تنطبق عليها نص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني - في إفشاء يصدر عن صديق أو قريب أودع لديه صديقه أو قريبه سره المصرفي، إذ لم يتلق السر باعتباره يمارس مهنة ما، أو يتقلد وظيفة ما، ولا جريمة كذلك في إفشاء يصدر عن خادم أو عامل في شأن سر مصرفي أودعه لديه مخدومه أو رب عمله، فمهنته ليست من المهن التي تفترض الإيداع الاضطراري للسر المصرفي.

وأخيراً يجب التنويه إلى أن كل من يقع عليه واجب المحافظة على السر المصرفي الذي كان مستودعاً لديه بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو وظيفته يظل ملتزماً بالمحافظة عليه، وكتمانه حتى لو انتهت علاقته بهذه المهنة أو الحرفة أو الوظيفة، سواء بالاستقالة أو الفصل أو النقل، فإذا أفشى أحدهم سراً من أسرار أحد العملاء قامت مسؤوليته الجنائية عن إفشاء السر المصرفي. أي أنه يظل حذر إفشاء السرية قائماً حتى ولو انتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب<sup>(٢)</sup>.

(١) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ١٢٠، ١٢١.

(٢) د. مصطفى كمال طه - العقود التجارية وعمليات البنوك - الإسكندرية، مصر - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠٠٢م - ص ٣٧٦.

## الفرع الثاني

### الركن المادي

من المبادئ المسلم بها أنه لا سلطان للقانون على ما يدور في ضمائر الأفراد من أفكار، أو ما يعتقدونه من عزائم، أو ما يبيتونه من نيات، طالما أنها لم تبرز إلى العالم الخارجي بأفعال تترجم عنها، ولهذا كانت كل جريمة مستلزمة بالضرورة لقيامها ركناً مادياً يتمثل في فعل، أي واقعة خارجية تدركها الحواس وتسند إلى الجاني من الناحية المادية، واستلزام ركن مادي لقيام الجريمة يبرره أن الأفعال المحسوسة هي وحدها التي يمكن أن تحقق عدواناً على الحقوق أو المصالح التي يحميها القانون ويرعاها، أما الأفكار والنيات فلا ضرر منها طالما ظلت حبيسة النفس، وليس للقانون أن يتدخل بالعقاب عليها كفالة لحرية الفكر، فالركن المادي للجريمة هو الفعل أو الامتناع الذي بواسطته تتكشف الجريمة ويكتمل جسمها، ولا توجد جريمة بدون ركن مادي، إذ بغير مادياتها لا تصاب حقوق الأفراد أو الجماعة بأي اعتداء<sup>(١)</sup>.

ويتكون الركن المادي - كقاعدة عامة - من عناصر ثلاثة: السلوك الإجرامي، والنتيجة الإجرامية، وعلاقة السببية بينهما. إلا أن بعض الجرائم والتي يطلق عليها جرائم الخطر- ومنها الجريمة محل الدراسة- لا يطلب القانون لتمامها حدوث نتيجة ضارة محدودة، وإنما يكفي بحدوث فعل ذي خطر، أي تفترض ضرراً محتملاً فقط، فيكتفي القانون بذلك الاحتمال ويجعله علة لتحريم الفعل، دون أن يتطلب تحقق ذلك الضرر المحتمل.

وبناءً على ذلك تقوم جريمة إفشاء الأسرار- بما في ذلك السر المصرفي- ولو لم ينل المجني عليه ضرر قط من جراء الإفشاء، وحين تتخذ الجريمة صورة مجرد التهديد بالخطر فإن ركنها المادي لا يتطلب نتيجة إجرامية منفصلة عن السلوك الإجرامي<sup>(٢)</sup>. وهذا يجعلنا نقصر الدراسة في الركن المادي لجريمة إفشاء السر المصرفي على عنصر واحد هو عنصر السلوك الإجرامي فقط، والمتمثل في «فعل الإفشاء»، دون العنصرين الآخرين من عناصر الركن المادي، وهما عنصران: النتيجة الإجرامية، والعلاقة السببية.

(١) د. محمد صبحي نجم - قانون العقوبات، القسم العام- الطبعة الثالثة - عمان، الأردن - مكتبة دار الثقافة -

١٩٩٦م - ص ١٩٥.

(٢) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٥٨٥.

ويرى بعض شراح القانون أنه يترتب على اعتبار جريمة إفشاء السر المصرفي من جرائم الخطر أن النشاط الإجرامي في هذه الجريمة يتحقق بمجرد وقوع الإفشاء، إذ بمجرد وقوعه تقع الجريمة، وبالتالي لا يمكن تصور الشروع في هذه الجريمة، فإما أن يتم الإفشاء فتقع الجريمة، وإما لا تقع الجريمة على الإطلاق<sup>(١)</sup>. بينما يتجه البعض الآخر من شراح القانون إلى أن الشروع في هذه الجريمة متصور (مع كونها من جرائم الخطر)، ومثاله أن يمكن موظف البنك لشخص من الدخول إلى الغرفة التي يحفظ فيها أسرار العملاء ويسمح له بالاطلاع عليها، ولكن هذا الشخص لا يتمكن من ذلك، أو إذا أفضى المتهم بسر المجني عليه إلى شخص كان يعتقد أنه لا يعلم به، والحقيقة أنه يعلم به على سبيل اليقين، فالجريمة في المثال الأخير مستحيلة، وكذلك الحكم إذا كان المتهم يعتقد أن المجني عليه لم يصرح لذلك الشخص بالاطلاع على سره، والحقيقة أنه كان قد صرح له بذلك<sup>(٢)</sup>.

### السلوك الإجرامي (فعل الإفشاء):

**والإفشاء:** لغة من فشا خبره يفشو فشواً وفشياً: انتشر وذاع، وفشا الشيء يفشو فشواً إذا ظهر، وهو عام في كل شيء، ومنه إفشاء السر<sup>(٣)</sup>.

والإفشاء في الاصطلاح هو: إطلاع الغير على السر والشخص الذي يتعلق به، ويعني ذلك أن الإفشاء في جوهره هو نقل معلومات، أي أنه نوع من الإخبار، وتحدد عناصره بأمرين: موضوعه (أي السر) والشخص الذي تتعلق به<sup>(٤)</sup>. والناظر في التعريفين السابقين يرى أن معنى الإفشاء في الاصطلاح لا يخرج عن معناه اللغوي، أي الظهور والانتشار<sup>(٥)</sup>.

ويعرف بعض فقهاء الشريعة إفشاء السر بأنه: تعمد الإفشاء بسر من شخص أتمن عليه في غير الأحوال التي توجب فيها الشريعة الإسلامية الإفشاء أو تجيزه<sup>(٦)</sup>. كما يعرفه بعض شراح القانون بأنه: تمكين الغير من الاطلاع على مضمون السردون نقل

(١) د. غادة عماد الشرييني - مرجع سابق - ص ١٩٨.

(٢) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٣٦، ٧٣٧.

(٣) العلامة جمال الدين محمد بن مكرم الملقب ابن منظور - مرجع سابق - الجزء العاشر - ص ٢٦٩ - مادة (فشا).

(٤) منبر رياض حنا - المسؤولية الجزائية للأطباء والصيادلة - الإسكندرية، مصر - دار المطبوعات الجامعية -

١٩٨٩م - ص ١٦١، ١٦٢.

(٥) د. علي محمد علي أحمد - مرجع سابق - ص ٤.

(٦) شريف بن أدول بن إدريس - مرجع سابق - ص ٢٠.

وعائه المادي إلى حيازة الغير، ويدخل الإفشاء في مدلول التسليم<sup>(١)</sup>. كما يعرفه آخر بأنه: كشف السري إطلاع الغير عليه بأية طريقة كانت، سواء أكان ذلك بالكتابة أم المشافهة، علناً أم مسارة<sup>(٢)</sup>.

وقد عرفه آخر بأنه: الإفشاء بواقعة معينة إلى شخص يجهلها بصفة كلية أو جزئية، أيًا كان قدر المعلومات التي تلقاها، وقد يكون الغير على علم سطحي بتلك الواقعة ثم يستحيل إلى علم قطعي فور الإفشاء إليه بها، ويستوي المدى القانوني أن ينقل الجاني إلى الغير كل معلوماته، أو أن يحجب عنه بعضاً منها، سواء من تلقاء نفسه أو على تنبيه من صاحب السر، أما إن كانت الواقعة معلومة على وجه اليقين لدى الغير فقد انحسر عنها وصف السر، وغدا الإفشاء بها غير محظور<sup>(٣)</sup>.

ومع تعدد التعريفات التي عنيت بالإفشاء إلا أنها تتفق جميعاً على أن الإفشاء كشف للسر وإيصال للمعلومات - التي أؤتمن عليها الشخص بحكم مهنته، والتي يجب أن تبقى مكتومة - إلى الغير بأي وسيلة من الوسائل ودون مبرر قانوني، فالإفشاء في جوهره نقل معلومات، أي أنه نوع من الإخبار بأمرين: بالسر وبالشخص الذي تعلق به، فمجرد الكشف عن السر لا يعتبر إفشاءً إنما يجب أن يحدد الشخص الذي يتصل به، إذ بدون تحديد الشخص المعني بالسر لا ينتج الإفشاء أثره القانوني ولا تتحقق علة التجريم في حماية المصلحة المشروعة لهذا الشخص<sup>(٤)</sup>.

ولكن القانون لا يتطلب ذكر اسم المجني عليه، وإنما يكفي ببيان بعض معالم شخصيته على نحو يكفي للتعرف عليه، أي يكفي تعيينه نسبياً، ويعتبر من هذا القبيل نشر صورته، وقاضي الموضوع هو المنوط به القول بما إذا كان التعيين كافياً لقيام الجريمة أم كان غير كافٍ<sup>(٥)</sup>.

ولأن الإفشاء هو نقل للمعلومات، يجب أن تكون هذه المعلومات قابلة للانتقال، بمعنى أنه يمكن نقلها إلى الغير، حيث يوجد من الأسرار المهنية ما يصعب فصله عن الشخص نفسه، كخبرة الشخص التي يكتسبها، والواقع أن هذه مسألة جوهرية حيث

(١) د. مجدي محب حافظ - الحماية الجنائية لأسرار الدولة - القاهرة، مصر - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٩٧م - ص ٣٧٧.

(٢) أحمد أمين بك - مرجع سابق - ٨٣٦.

(٣) د. عبد الحميد الشواربي - شرح قانون العقوبات - الطبعة الأولى - الإسكندرية، مصر - منشأة المعارف - ١٩٩١م - ص ٣٨٦.

(٤) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ١١٦.

(٥) منير رياض حنا - مرجع سابق - ١٦١.

إن السر المهني يجب ألا يلتصق بشخص ما، أو موظف في مؤسسة، ويجب أن يكون السر متعلقاً بشخص معين، وهو يعتبر المجني عليه في الجريمة، ولذلك فإن موظف البنك الذي ينشر مقالة علمية يشرح فيها ظاهرة اقتصادية معينة أو يقوم بتطبيق قوانين إحصائية على بيانات رقمية مجردة، دون ذكر بيانات عن أشخاص معينين، لا يعد مرتكباً لجريمة إفشاء الأسرار<sup>(١)</sup>.

وتفترض فكرة الإفشاء أن الإخبار بالسر والشخص المتعلق به كان إلى « الغير »، ويراد بالغير: شخص لا ينتمي إلى هذه الفئة من الناس الذين ينحصر فيهم نطاق العلم بالواقعة التي توصف بالسر، وللمجني عليه مصلحة في أن يبقى نطاق ذلك العلم محصوراً فيهم، ويعني ذلك أنه إذا كان الإفشاء بالسر إلى شخص ينتمي إلى هذه الفئة بحيث لم يتعد العلم النطاق الذي ينبغي أن يظل محصوراً فيه فلا يعد ذلك إفشاءً<sup>(٢)</sup>.

وتطبيقاً لذلك لا يتحقق الإفشاء المكون للنشاط الإجرامي في الجريمة إذا تم الإفشاء بالمعلومات من قبل أحد موظفي البنك إلى موظف آخر في نفس البنك تقتضي طبيعة عمله العلم بهذه المعلومات إذ يعد كل هؤلاء أمناء على نفس السر، ولا يعدون من الغير<sup>(٣)</sup>. كذلك فإن قيام البنك بتزويد موظف البنك المركزي بمعلومات عن عمليات مصرفية تتعلق بعميل ما لا يعد ذلك إفشاءً، لأن موظفي البنك المركزي ممن لهم صفة بالاطلاع على السر وعليهم واجب كتمانهم<sup>(٤)</sup>.

ولا يعد من الغير كذلك النائب القانوني لصاحب السر، ولا الورثة ولا الموصى لهم، بينما يعد من الغير بقية الأشخاص مهما كانت علاقتهم بالأمين أو صاحب السركا الزوجة أو الدائن، ما لم يكن هناك سبب يبيح الإفشاء بالسر إلى أي منهم، وإذا كان عميل البنك شخصاً معنوياً فإن السرية يحتج بها في مواجهة كل شخص وبالتالي يعتبر من الغير، ما عدا الممثل القانوني للشخص المعنوي.

ووسائل الإفشاء لدى القانون سواء، طالما أنها تحقق إخراج السر من النطاق الذي ينبغي أن يبقى محصوراً فيه، فسواء أكان الإفشاء شفوياً أو كتابياً عن طريق إعطاء الغير شهادة أو تقريراً يتضمن السر، ويستوي لدى القانون أن يكون الإفشاء علنياً أو أن يتجرد

(١) د. ماجد عبد الحميد عمار - مشكلة غسل الأموال وسرية الحسابات بالبنوك - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢م - ص ١٢٥.

(٢) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٣٣.

(٣) د. غادة عماد الشرييني - مرجع سابق - ص ١٩٩.

(٤) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - المرجع السابق - ص ١١٧.

من العلانية، كما يستوي لدى القانون أن يكون الإفشاء لشخص واحد، أو لعدد من الأشخاص قليل أو كثير<sup>(١)</sup>.

والإفشاء يكون صريحاً، وهي الصورة المعتادة له ولكنه قد يقع ضمناً كما لو سمح المصرف لشخص ليس له صفة بالاطلاع على أوراق تحتوي على أسرار عملائه، كما يتخذ الإفشاء صورة الامتناع عن فعل ذلك كأن يعلم المصرف بإطلاع شخص غير ذي صفة على دفاتره المدون فيها أسرار عملائه ولا يحول بينه وبين ذلك، أو أن يسمح موظف البنك لشخص بالاطلاع على المعلومات التي يحتويها الحاسب الآلي، فهي صورة من صور الإفشاء بوسيلة فنية وبشكل ضمني، وكمثال آخر أن يقوم الموظف بإعطاء كلمة السر لشخص غير ذي صفة تمكنه من الدخول إلى برنامج الحاسوب<sup>(٢)</sup>.

كما أن تكرار الإفشاء بالسر لا ينزع عنه صفة السرية بل يظل الإفشاء معاقباً عليه مهما تكرر، إلا إذا كان من استطاعة كل من يهمه الأمر الاطلاع عليه، ولا أهمية للطريقة التي يحصل فيها الإفشاء، فالركن المادي لهذه الجريمة يعتبر متوافراً متى حصل الإفشاء شفاهة أو كتابة، بالنقل أو بالرسم أو بالتصوير أو الخطابة أو الهاتف أو النشر في الصحف أو المجلات أو الكتب أو الرسائل، كما يعد إفشاء للسرتدوينه في رسالة خاصة أو مكتوبة، أو تسجيله على شريط وإذاعته في محطات التلفزيون أو غير ذلك من الوسائل، أو أن يحصل الإفشاء في مجلس خاص أو في محل عام، لأن النص ورد مطلقاً ولا تخصيص فيه، فالشارع لم يشترط وسيلة معينة، وإنما قصد تجريم كل ما من شأنه توصيل السر إلى من ليس له صفة في العلم به<sup>(٣)</sup>.

ويفترض الإفشاء علم المفشي بمضمون السر، بينما يمكن أن يتحقق التسليم المادي دون أن يحيط الجاني بمضمون السر، ولا عبرة بطرق إفشاء السر سواء كانت عن طريق استعمال اسم مستعار أو عن طريق التزوير، ولا يشترط أن يرد الإفشاء على السر كله، فيمكن أن يتحقق الإفشاء على جزء من السر فقط، ولا يشترط أن يكون الإفشاء حرفياً، وإنما يتحقق بمجرد إطلاع الغير على معناه أو مضمونه، ولو كان بطريقة موجزة، ويقع فعل الإفشاء إذا تم بشكل خاطئ أو ناقص، طالما أن جزءاً من السرداته قد تسرب إلى الغير عن طريق هذا الإفشاء، ولكن إذا صرحت السلطات المختصة بإفشاء السر إلى شخص

(١) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٣٣، ٧٣٤.

(٢) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ١١٨.

(٣) موفق علي عبيد - المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، رسالة ماجستير - الطبعة الأولى -

عمان، الأردن - مكتبة دار الثقافة - ١٩٩٨م - ص ١٠٠، ١٠٤.

معين فإنه يؤدي إلى إزالة الحظر المفروض على سرية بالنسبة لهذا الشخص<sup>(١)</sup>.

يستخلص من كل ما سبق أنه يتوجب على المصرفي، وكل من له حق الاطلاع على السر المصرفي كتمان الوقائع والمعلومات المالية الخاصة بالعملاء، والتي يطلع عليها من خلال أدائه لوظيفته، وأن لا يفشيها بأية طريقة من الطرق وأن لا يسمح للغير بالاطلاع عليها إذا لم تكن له صفة لذلك.

## الفرع الثالث

### الركن المعنوي (القصد الجنائي)

يقصد بالركن المعنوي: مجموعة العناصر النفسية والذهنية التي يسهم بها الشخص في ارتكاب الجريمة، أي في مقارفة السلوك الممنوع شرعاً، فالواقعة غير المشروعة لا توصف بأنها جريمة جنائية، ولا تسند جنائياً إلى محدثها على نحو يستحق معه الجزاء الجنائي، إلا إذا وجدت رابطة نفسية ذهنية تصل بينها وبين الفاعل لها، وهذه الرابطة هي جوهر الركن المعنوي، ويتخذ الركن المعنوي للجريمة صورتين رئيسيتين هما: صورة العمد ويطلق عليها القصد الجنائي، وصورة الخطأ<sup>(٢)</sup>.

ويتخذ الركن المعنوي في جريمة إفشاء السر المصرفي صفة العمد، فيلزم توافر القصد الجنائي لدى الجاني، والنتيجة التي تترتب على كون هذه الجريمة عمدية هي أنه لا قيام لهذه الجريمة إذا لم يتوافر لدى المتهم بها (القصد)، ولو توافر لديه خطأ في أجسم صورته.

وتطبيقاً لذلك إذا أخطأ موظف البنك أثناء إطلاع العميل على حسابه بطريقة مكنت الغير من معرفة رصيد هذا الحساب، أو ذكر الرصيد بصوت مرتفع، أو كتبه على ورقة وأطلع عليها الغير دون قصد منه لا تقع الجريمة<sup>(٣)</sup>.

والقصد المتطلب في هذه الجريمة « قصد عام »، وقد هجر الرأي الذي كان يتطلب في هذه الجريمة قصداً خاصاً قوامه « نية الإضرار » بمن أفشى سره، وتوصف هذه النية في الفقه الحديث بأنها مجرد باعث لا يحول إنتفاؤه دون توافر القصد<sup>(٤)</sup>. وهذا الرأي

(١) د. مجدي محب حافظ - مرجع سابق - ص ٣٧٧، ٣٧٨.

(٢) أستاذنا د. علي حسن الشرفي - شرح قانون العقوبات اليمني، القسم العام - الطبعة الرابعة - صنعاء، اليمن - وأوان للخدمات الإعلامية - ٢٠٠٤م - ص ٣٤٠.

(٣) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ١٢٢.

(٤) منير رياض حنا - مرجع سابق - ص ١٦٦.

صحيح فبالإضافة إلى أن نص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني لم تتضمن عبارة يفهم منها اشتراط القصد الخاص (الباعث) ، فإنه ليس من خصائص السر أن يترتب على إفشائه ضرر، فالقانون يعاقب على إفشاء السر المصرفي ولو لم ينجم عن ذلك ضرر. فثمة حالات عديدة لا يترتب فيها على الإفشاء ضرر ولو محتمل، ثم إن علة التجريم ليست الحماية من ضرر، وإنما ضمان السير السليم المنتظم لبعض المهن، وهو ما لا يرتبط بضرر أو نية إضرار<sup>(١)</sup>. والباعث الشريف لا يحول - كقاعدة عامة - دون توافر القصد الجنائي، بمعنى أنه لا يقدح في قيام القصد الجنائي لدى الشخص أن يكون مدفوعاً بباعث شريف من الناحية الأخلاقية، كما أن الباعث الدنيء لا يستلزم - بالضرورة - قيام الجريمة العمدية بمعنى أنه لا يقدح في انتفاء القصد الجنائي كون الشخص قد أتى فعله بباعث دنيء، وذلك لأن الباعث إنما يتصل بإرادة السلوك وهي لا تكفي وحدها لقيام القصد، بل لا بد من إرادة النتيجة أيضاً، فإذا دفع باعث دنيء إلى السلوك دون أن يكون صاحبه مريداً النتيجة فلا تكون جريمة عمدية رغم دناءة باعثه.

ويقوم القصد العام لهذه الجريمة على عنصرين هما: العلم والإرادة. وجوهر القصد الجنائي وعنصره الأساسي هو الإرادة المتجهة إلى تحقيق الواقعة أو الفعل الإجرامي، غير أنه لما كانت هذه الإرادة لا يقتصر توافرها لدى الفاعل إلا حيث يحيط علمه بعناصر الفعل المكون للجريمة، فإن العلم بهذه العناصر يعد على نحو ما عنصراً جديداً يضاف إلى الإرادة في بناء القصد الجنائي، ويكون بالتالي قوام هذا القصد في النهاية عنصرين هما: العلم بعناصر الفعل الإجرامي، واتجاه الإرادة إلى تحقيق هذا الفعل بعناصره<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على ذلك يجب أن يعلم المتهم بأن للواقعة صفة السرية، وتتعلق بالكتمان المصرفي، وأن يعلم أن فعل الإفشاء قد تم في غير الحالات المصرح بها قانوناً، وينتفي القصد إذا وقع المتهم في غلط جعله يعتقد أن الواقعة ليست لها صفة السر فأفشاها، أو إذا اعتقد موظف البنك أن الإيداع النقدي الذي قام به العميل إنما هو لحساب زوجته فأخبرها بذلك، في حين أنها ليست كذلك، أو إذا كان المتهم بجهل بمهنته فأفشى الوقائع السرية فلا تقوم مسؤوليته، كما لو كان الموظف لم يخطر بقرار تعيينه أو اعتقد أنه ما زال في فترة الاختبار<sup>(٣)</sup>.

ويجب أيضاً أن تتجه إرادة الفاعل إلى فعل الإفشاء، وإلى النتيجة التي تترتب عليه

(١) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٤٨، ٧٤٩.

(٢) د. محمد صبحي نجم - قانون العقوبات، القسم العام - مرجع سابق - ص ٢٩١.

(٣) د. محمد عبد اللطيف فرج - الحماية الجنائية للائتمان المصرفي - القاهرة، مصر - دار النشر بدون - ٢٠٠٦ م - ص ١٠٢.

وهي علم الغير بالواقعة التي لها صفة السر، أي أن تتجه إرادته إلى الفعل الذي يترتب عليه فضح السر وتوفير العلم به للغير<sup>(١)</sup>.

كما أنه ولكي تترتب مسؤولية جنائية على من أفشى السر المصرفي وهو مؤتمن عليه بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو وظيفته يجب أن يتوافر شرطان أساسيان فيه وهما: شرط الإدراك أو التمييز، وشرط حرية الاختيار.

ويقصد بالشرط الأول (الإدراك أو التمييز): القدرة على الفهم، وتكون بالعقل، لأن العقل هو أداة الفهم والإدراك، وبه يمكن الامتثال، ولما كان العقل من الأمور الخفية ربط الشارع التكليف بأمر ظاهر منضبط يدرك بالحس هو البلوغ عاقلاً<sup>(٢)</sup>. حيث يكون الشخص عند البلوغ عاقلاً قادراً على فهم ماهية الفعل المرتكب وطبيعته والآثار المترتبة عليه، أما العلم بحكم القانون عليه فمفترض. وصفة البلوغ صفة بديهية فيمن يمارس العمل المصرفي أو يكلف بالمحافظة على الأسرار المصرفية. ولكون هذا الأخير بشرفانه قد يتعرض لاختلال في شرط الإدراك أو التمييز، مما يجعله لا يسأل جنائياً، كما أخذ بذلك قانون الجرائم والعقوبات اليمني<sup>(٣)</sup>.

وإذا زال عقل المصرفي بسبب يعذر فيه كشربه دواء، أو شربه الخمر ظاناً أنه ماء، أو تعاطيه مادة مخدرة قهراً عنه فإنه غير مؤاخذ على زوال عقله، وبالتالي فلا تلزمه المسؤولية الجنائية، أما إذا أزال المصرفي عقله بإرادته ودونما سبب يعذره، فالراجح عند جمهور الفقهاء ومعظم القوانين - ومنها قانون الجرائم والعقوبات اليمني<sup>(٤)</sup> - أنه يسأل مسؤولية جنائية .

أما بالنسبة للشرط الثاني (حرية الاختيار): ويقصد به ترجيح فعل الشيء على تركه، وأفعال الإنسان جميعها لا بد كي يسأل عنها من اختيار<sup>(٥)</sup>. وهذا الشرط يقتضي أنه متى ارتكب الجاني الجريمة، وهو مختار لفعله فالنتيجة قيام المسؤولية الكاملة بناءً على فعله، أما إذا لم يكن مختاراً اختياراً صحيحاً فإن المسؤولية الكاملة لا تكون لانتفاء

(١) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ١٢٢.

(٢) د. وهبة الزحيلي - مرجع سابق - ص ١٥٩.

(٣) المادة (٣١) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

(٤) المادة (٢/٣٣) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني التي تنص على أنه: «لا يسأل من يكون وقت ارتكاب الفعل عاجزاً عن إدراك طبيعته ونتائجه بسبب: ... ٢- تناول مواد مسكرة أو مخدرة قهراً عنه أو على غير علم منه بها أو لضرورة، فإذا كان ذلك باختياره وعلمه عوقب كما لو كان الفعل قد وقع منه بغير سكر أو تخدير».

(٥) د. وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص ١٨٥.

شروط من شروطها. وتتنفي حرية الاختيار بالإكراه، والمصرفي الذي يتعرض للإكراه على إفشاء السر المكلف بكتمانه يخضع للقواعد العامة في القوانين العقابية، وقد تناول القانون اليمني موضوع الإكراه وأنواعه، وتأثير كل نوع على حرية الاختيار، وبالتالي على المسؤولية الجنائية، وذلك كله في الأحكام العام للجرائم والعقوبات في قانون الجرائم والعقوبات<sup>(١)</sup>.

وخلاصة القول أن القصد الجنائي في جريمة إفشاء السر المصرفي هو القصد العام، دون تطلب توافر (نية الإضرار) وهو ركن أساسي وهو الركن الثالث في هذه الجريمة، وأن الباعث لا يؤثر في توافر القصد أو انعدامه في هذه الجريمة، وإن كان له دور في تقدير القاضي للعقوبة بالتشديد أو التخفيف.

## المطلب الثاني

### عقوبة إفشاء السر المصرفي

#### تمهيد وتقسيم:

تنص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على عقوبة جريمة إفشاء السر المصرفي بقولها: «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه مستودع سر فأفشاءه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، أو استعمله لمنفعته أو لمنفعة شخص آخر ما لم يأذن صاحب الشأن في السر يافشائه أو استعماله، وتكون العقوبة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات إذا كان الجاني موظفاً عاماً استودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته».

وبالعودة إلى نص المادة (٢٥٨) سألقة الذكر، نجد أن المشرع اليمني وهو بصدد تناول جريمة إفشاء أسرار المهنة (ومنها جريمة إفشاء السر المصرفي) قد فرق بين حالتين: الحالة الأولى: وهي حالة ما إذا كان مرتكب الجريمة شخصاً مهنيًا أو موظفاً خاصاً (موظف البنك أو عاملاً فيه)، ففي هذه الحالة تكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة، والحالة الثانية: وهي حالة كون مرتكب الجريمة موظفاً عاماً، وفي هذه الحالة تكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات.

(١) المادتين (٣٦، ٣٥) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

وفي كلا الحالتين، وبالنظر إلى العقوبات المقررة لهما في قانون الجرائم والعقوبات اليمني يتبين أن جريمة إفشاء السر المصرفي تعتبر من جرائم التعزير<sup>(١)</sup> وفقاً لنص المادة (١٤) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني التي تنص على أن: «الجرائم التي توجب التعزير هي كل فعل معاقب عليه بمقتضى هذا القانون»، وبالتالي فهذه الجريمة ليست من الجرائم.

المعاقب عليها بالحدود أو القصاص، كما أنها من الجرائم غير الجسيمة<sup>(٢)</sup> وفقاً لنص المادة (١٧) من قانون الجرائم والعقوبات التي تنص على أن: «الجرائم غير الجسيمة هي التي يعاقب عليها أصلاً بالدية أو بالأرث أو بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة». بالإضافة إلى إمكان تطبيق القاضي لعقوبات تكميلية إلى جانب عقوبة الحبس أو الغرامة كعقوبة أصلية وفقاً لنصوص مواد الباب الخامس من القسم الثاني من الكتاب الأول من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، وبالشروط المحددة فيها، ومثال العقوبات التكميلية: الحرمان من الاستمرار في مزاولة المهنة، أو مصادرة الأدوات التي استعملت في ارتكاب الجريمة التي يكون لها خطرهما على حياة الأفراد بحكم التقدم العلمي كأجهزة الحاسوب (الكمبيوتر) أو أجهزة التصوير الالكترونية أو غيرها من أدوات الجريمة.

وفي هذا المطلب سأتناول عقوبة إفشاء السر المصرفي البسيط، وعقوبة إفشاء السر المصرفي المشدد في فرعين مستقلين، مبيناً ما يتعلق بكل منهما من أحكام قانونية على النحو الآتي:

- (١) يترتب على اعتبارها من جرائم التعزير فوائد أهمها: أ) جعل هذه العقوبة بين حدين أدنى وأقصى، ومنح القاضي سلطة تقديرية واسعة ليقدر العقوبة المناسبة لكل مجرم ولكل جريمة، وتخضع سلطة القاضي في هذا الشأن لحكم المادة (١٠٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني. ب) منح رئيس الدولة سلطة تامة في العفو عن العقوبة، وفي تخفيف مقدارها أو مدتها، وفي تبديلها بما يجعلها أخف مما حكم به القاضي وفقاً لنص المادة (٢/٥٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني. ج) استفادة المحكوم عليه من نظام وقف تنفيذ العقوبة، وهو نظام تقرر لمصلحة المحكوم عليه بعقوبة تعزيرية سواء كانت هي الحبس أو الغرامة، ويستطيع القاضي تخفيف العقوبة مهما كان حداها الأقصى إلى الحبس مدة لا تتجاوز سنة أو الغرامة، ثم يأمر بوقف التنفيذ إذا رأى مسوغاً لذلك وفقاً لنص المادة (١١٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني. بل ويجوز للقاضي إذا توافرت شروط نظام وقف التنفيذ أن يمتنع عن النطق بالعقوبة، وهو مقتضى نص المادة (١١٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني. د) استفادة المحكوم عليه من نظام الإفراج الشرطي، وهو نظام مقرر في العقوبات السالبة للحرية وفقاً للشروط المحددة والمذكورة في المواد من (٥٠٦) إلى (٥١١) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني. أنظر أستاذنا د. علي حسن الشرفي - جرائم الاختطاف والتقطع - محاضرات ألقيت علينا في المعهد العالي للقضاء في السنة الدراسية الأولى - ٢٠٠٧م - ص ٢٠٦، ٢٠٨.
- (٢) يترتب على ذلك آثار منها: انقضاء الحق في سماع الدعوى الجزائية فيها بمضي ثلاث سنوات من يوم وقوع الجريمة، كل ذلك ما لم ينقطع التقادم، وهذا ما نصت عليه كل من المادتين (٤٠، ٣٨) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

## الفرع الأول

### عقوبة إفشاء السر المصرفي البسيط

يقصد بإفشاء السر المصرفي البسيط: الإفشاء الذي تتحقق فيه أركان جريمة إفشاء السر المصرفي - التي تناولتها سابقاً<sup>(١)</sup> - والتي لا تقترن بظرف التشديد المنصوص عليه في المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني وهو ظرف كون مرتكب الجريمة موظفاً عاماً استودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة وظيفته. وهذا النوع يمثل الحالة المعتادة لواقعة الإفشاء المصرفي التي لم تقترن بظرف التشديد.

وبناء على ما سبق فإنه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه مستودعاً للسر المصرفي فأفشاه في غير الأحوال التي يباح فيها فعل الإفشاء - والتي سأتناولها لاحقاً في هذه الدراسة - ولم يكن موظفاً عاماً.

ويدخل تحت هذا الفرع وبالتالي يخضع لحكم الإفشاء البسيط موظفو البنوك (كموظفين في القطاع الخاص<sup>(٢)</sup>) بكافة مستوياتهم كبرت أم قلت الذين تقتضي مهنتهم الاطلاع على السر المصرفي، كذلك من يستعين بهم البنك - ممن ليسوا موظفين عامين، ولا موظفين خاصين لدى البنك - للقيام بأعمال لديه مثل الخبراء والمهندسين، وتقتضي هذه الاستعانة إطلاعهم على الأسرار المصرفية بحكم حرفتهم أو وضعهم كما أنه يخرج عن إطار هذا الحكم موظفو البنك المركزي، والبنوك التي تسهم الدولة في رأس مالها حيث يعتبرون موظفين عامين وبالتالي يخضعون لحكم الفرع الثاني (حالة التشديد).

ومما سبق أستخلص الآتي:

١- يعاقب مرتكب جريمة إفشاء السر المصرفي البسيط وفقاً لنص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات بعقوبة أصلية واحدة وهي إما الحبس مدة لا تزيد على سنة كحد أقصى ولا تقل عن أربع وعشرين ساعة كحد أدنى<sup>(٣)</sup>، أو بالغرامة التي لم يحددها النص، وبالتالي يخضع تحديدها لنص المادة (٤٣) من قانون

(١) يراجع ما سبق ص ٢٢.

(٢) وسند التزامهم بالمحافظة على السر المصرفي وعدم إفشائه المادة (٧/٩٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٥) لسنة ١٩٩٥م بشأن قانون العمل وآخر تعديل له بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٣م - مجموعة القوانين الشخصية والعمالية - الكتاب الخامس - الطبعة الأولى - وزارة العدل - ٢٠٠٣م - ص ١٣١.

(٣) المادة (٣٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني والتي تنص على أنه: «لا تقل مدة الحبس عن أربع وعشرين ساعة، ولا تزيد على عشر سنوات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك» أي أن الحبس مدة أربع وعشرين ساعة هو الحد الأدنى العام لعقوبة الحبس.

الجرائم والعقوبات التي تنص على أن «الغرامة هي إلزام المحكوم عليه بأن يدفع لخزينة الدولة المبالغ التي تقدرها المحكمة في الحكم ولا تنقص الغرامة عن مائة ريال ولا تجاوز سبعين ألف ريال ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»، وبالتالي فالقاضي له سلطة تقدير العقوبة وفقاً لقواعد تفريد العقاب المنصوص عليها في المادة (١٠٩) من قانون الجرائم والعقوبات.

٢- للقاضي أن يحكم بعقوبات تكميلية إلى جانب إحدى العقوبتين الأصليتين السابقتين وفقاً للقواعد المحددة قانوناً.

أما عن الشروع في جريمة إفشاء السر المصرفي فهو متصور- وفقاً للرأي الراجح<sup>(١)</sup>- والشروع فيها يخضع للقواعد العامة في المادة (١٨) من قانون الجرائم والعقوبات التي نصت على أن «الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جريمة...» ويعتبر الشروع في هذه الجريمة أقل شأناً من الجريمة التامة، ومن ثم لا يستحق من يقف فعله عند حد الشروع في الجريمة نفس عقوبتها، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ونظراً لعدم وجود نص يحدد عقوبة الشارع في جريمة إفشاء الأسرار المهنية (ومنها السر المصرفي) فتطبق بشأنها الأحكام العامة المنصوص عليها في المادة (١٩) من قانون الجرائم والعقوبات التي نصت على أنه: «يعاقب على الشروع دائماً، ولا تزيد العقوبة عن نصف الحد الأقصى المقرر للجريمة التامة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك...». ومن خلال تطبيق هذا النص على الشروع في جريمة إفشاء السر المصرفي البسيط (غير المشدد) يتبين ما يلي:

١- أن قانون الجرائم والعقوبات يعاقب على الشروع دائماً، وبالتالي فهو يعاقب على الشروع في جريمة إفشاء السر المصرفي، وبذلك يكون القانون اليمني قد خالف كثيراً من النظم العقابية التي لا تعاقب على الشروع إلا في الجنايات (تساوي عندنا الجرائم الجسيمة) وبعض الجناح دون غيرها (تساوي الجرائم غير الجسيمة عندنا).

٢- لقد وضع هذا النص حداً أقصى للعقوبة على الشروع وهو نصف الحد الأقصى لعقوبة الجريمة التامة، ولأن الحد الأقصى لعقوبة جريمة إفشاء السر المصرفي البسيط هي الحبس لمدة سنة، أو الغرامة المالية بمبلغ سبعين ألف ريال، فتكون عقوبة الشروع في هذه الجريمة نصف ذلك، أي الحبس لمدة لا تزيد على

(١) يراجع ما سبق ص ٢٦.

سته أشهر، أو الغرامة المالية التي لا تزيد عن خمسة وثلاثين ألف ريال.  
 ٣- أن العقوبات التكميلية المقررة لجريمة إفشاء السر المصرفي البسيط تسري على الشروع فيها، وبالتالي يمكن للقاضي أن يحكم بالعقوبة التكميلية على من شرع في ارتكاب جريمة إفشاء السر المصرفي البسيط وفقاً للضوابط المحددة قانوناً.

وبالنسبة للاشتراك في جريمة إفشاء السر المصرفي البسيط في قانون الجرائم والعقوبات اليمني فيعد الأمين على السر المصرفي (موظف البنك الذي قام بالإفشاء) فاعلاً أصلياً، أما من ساهم معه في الجريمة فيعد شريكاً له، ولو كان لا يحمل صفة الأمين على السر المصرفي، ونظراً لعدم وجود نص يحدد عقوبة المساهم في جريمة إفشاء أسرار المهنة (ومنها السر المصرفي)، ولكون هذه الجريمة من الجرائم التعزيرية فتطبق بشأنها الأحكام العامة المنصوص عليها في المادة (٢٤) من قانون الجرائم والعقوبات التي تنص على أنه: «في الجرائم التعزيرية من ساهم في الجريمة بوصفه فاعلاً أو محرصاً أو شريكاً يعاقب بالعقوبة المقررة لها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، غير أنه إذا اختلف قصد مساهم في الجريمة عن قصد غيره من المساهمين عوقب كل منهم حسب قصده»، وبالتالي فإن المساهم في ارتكاب هذه الجريمة والذي توفر لديه القصد الجنائي (العمد) يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تزيد عن سبعين ألف ريال (أي بالعقوبة المقررة للفاعل الأصلي ذاتها) لعدم وجود نص قانوني بخلافه، أما من ساهم في ارتكاب جريمة إفشاء السر المصرفي البسيط ولم يتوفر لديه القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة، أو لم تقع الجريمة بناءً على فعله فلا عقوبة عليه.

## الفرع الثاني

### عقوبة إفشاء السر المصرفي المشدد

ويقصد بإفشاء السر المصرفي المشدد: الإفشاء الذي تتحقق فيه جميع أركان جريمة إفشاء السر المصرفي، والذي يقترن بظرف مشدد، وهو ظرف يتعلق بصفة مرتكب الجريمة بأن يكون موظفاً عاماً استودع السر المصرفي أثناء أو بسبب أو بمناسبة وظيفته وفقاً لنص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

فالموظف العام يرتكب جريمة إفشاء الأسرار المهنية (ومنها السر المصرفي) إذا أفضى إلى الغير بالسر الوظيفي (المصرفي) أي السر الذي يكون قد علم به بسبب

وظيفته أو بمناسبتها، إذ يصدق عليه أنه «تودع لديه بمقتضى وظيفته أسرار»، ولكن هذا الحكم لا يشمل جميع الموظفين، وإنما يقتصر على فئات منهم لا يستطيع أفرادها ممارسة اختصاصهم إلا إذا أودعت لديهم أسرار (مصرفية)، لأن هذه الأسرار هي موضوع عملهم أو هي وسيلتهم إلى تحقيق المصلحة المنوطة بهم، ومن ثم يمكن القول بأن الدولة تضطر إلى إيداع أسرارها لديهم أو إتاحة سبيل علمهم بها، وفي الغالب يمثل عملهم أهمية اجتماعية خاصة<sup>(١)</sup>.

ويعاقب المشرع اليمني الموظف العام الذي يكون استودع السر المهني أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته فأفشاه - في غير الأحوال المصرح بها قانوناً - بعقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات.

وبمقارنة عقوبة الإفشاء المشدد مع عقوبة الإفشاء البسيط تتضح الأمور الآتية:

- ١- أن كلتا العقوبتين تعزيرية، إذ ليستا حداً ولا قصاصاً.
- ٢- أن تشديد عقوبة الإفشاء البسيط لم يغير الوصف الجنائي للجريمة، بحيث تظل الجريمة في كلتا الصورتين (البسيطة والمشددة) جريمة غير جسيمة.
- ٣- أن تشديد العقوبة جاء من وجهين: الأول: زيادة الحد الأقصى لعقوبة الحبس من سنة (في صورتها البسيطة) إلى ثلاث سنوات (في صورتها المشددة)، والوجه الثاني: أن القاضي مخير في الإفشاء البسيط بين عقوبتي الحبس مدة لا تزيد على سنة أو الغرامة التي لا تتجاوز سبعين ألف ريال، ولكنه غير مخير في الإفشاء المشدد بين عقوبتين وإنما ليس أمامه سوى عقوبة واحدة هي عقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات في حين قد تكون عقوبة الغرامة أخف على الجاني من عقوبة الحبس.
- ٤- لم يحدد المشرع الحد الأدنى للعقوبة في كل من الصورتين، وبالتالي يطبق الحد الأدنى العام للحبس في كلتا الصورتين وفقاً لنص المادة (٣٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، بحيث لا تقل مدة الحبس عن أربع وعشرين ساعة، وفي تحديد الغرامة بحديها الأدنى والأقصى والمعاقب بها على جريمة الإفشاء البسيط يطبق نص المادة (٤٣) من القانون نفسه المشار إليها سابقاً. وللقاضي في كلتا الصورتين سلطة في تقدير العقوبة بين حديها الأقصى والأدنى وفقاً لقواعد تفريد العقاب المنصوص عليها في المادة (١٠٩) من القانون ذاته.

(١) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٤٥.

٥- يستطيع المحكوم عليه في كلتا الصورتين أن يستفيد من نظام وقف تنفيذ العقوبة ونظام الامتناع عن النطق بالعقوبة، ونظام الإفراج الشرطي إذا توافرت شروط هذه الأنظمة الثلاثة وفقاً لأحكام قانون الجرائم والعقوبات اليمني<sup>(١)</sup>.

٦- تتشابه كل من الصورتين في أنه يجوز للقاضي أن يحكم بعقوبات تكميلية إلى جانب إحدى العقوبتين الأصليتين في الإفشاء البسيط، أو إلى جانب العقوبة الأصلية في الإفشاء المشدد.

٧- تتشابه جريمة الإفشاء البسيط مع جريمة الإفشاء المشدد في أحكام الشروع، حيث يتصور في كليهما الشروع، ولا تزيد عقوبته في كلتا الصورتين عن نصف الحد الأقصى المقرر للجريمة التامة، أي أن عقوبة الشروع في الإفشاء البسيط لا تزيد على ستة أشهر أو الغرامة المالية التي لا تزيد عن خمسة وثلاثين ألف ريال، بينما عقوبة الشروع في الإفشاء المشدد هي الحبس مدة لا تزيد على سنة ونصف السنة بالإضافة إلى جواز الحكم بعقوبات تكميلية إلى جانب العقوبات الأصلية على من شرع في ارتكاب الجريمة في كل من هاتين الصورتين وفقاً للضوابط المحددة قانوناً.

٨- تتشابه كلتا الصورتين في أحكام الاشتراك الجنائي في هذه الجريمة فهو متصور فيهما، ويعاقب المساهم في كليهما بالعقوبة المقررة قانوناً للفاعل الأصلي نفسها، متى توافر لديه القصد الجنائي ووقعت الجريمة بناءً على فعله وفقاً لنص المادة (٢٤) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

٩- في كل من الإفشاء البسيط والمشدد، لا يكون للباعث على ارتكابهما أثره في قيام المسؤولية أو انتفائها، إلا أنه يعتبر من الأمور التي يراعيها القاضي في تقديره للعقوبة من حيث التخفيف أو التشديد وفقاً لقواعد تفريد العقاب المنصوص عليها في المادة (١٠٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

١٠- عند الحكم بالإدانة، والنطق بالعقوبة في كلتا الصورتين، يتعين على المحكمة أن تضمن حكمها عناصر الجريمة، وأركانها المادية والمعنوية على حد سواء، وهي فعل الإفشاء، والصفة الخاصة للمتهم، وقصده الجنائي، وذلك تمكيناً للمحكمة العليا من مراقبة ذلك، والدفع من المتهم بانتفاء أي ركن أو عنصر من هذه الأركان

(١) المواد (١١٨)، (١١٩)، (من ٥٠٦ إلى ٥١١) من هذا القانون.

أو العناصر هو دفع جوهري يلزم المحكمة بالرد عليه ودعمه بالدليل<sup>(١)</sup>.

والملاحظ أن المشرع اليمني قد شدد عقوبة الموظف العام الذي يقوم بإفشاء أسرار مهنية، بحكم أو بسبب مهنته أو عمله، والتي أوجب القانون عليه كتمانها وعدم إذاعتها أو البوح بها (ويدخل في ذلك السر المصرفي)، والعلة في ذلك هي أن الموظف يكون بنشاطه المحظور قانوناً قد أضر بالوظيفة العامة التي تعتبر صيانة حقوق المواطنين المشروعة هي مناطها<sup>(٢)</sup>.

وتنص المادة (٢) من قانون الخدمة المدنية اليمني على أنه « يقصد بالموظف العام في تطبيق أحكام هذا القانون الشخص المعين بقرار من السلطة المختصة للقيام بعمل ذهني أو مهني أو حرفي أو غيره تنظمه وظيفة مصنفة ومعتمدة في الموازنة العامة للدولة، والذي يعتبر بمجرد تعيينه في مركز نظامي سواء كانت الوظيفة دائمة أو مؤقتة بموجب هذا القانون واللوائح المنفذة له والقوانين والقرارات الأخرى النافذة».

بينما نص قانون الجرائم والعقوبات اليمني في المادة (١) منه على أنه: «يعد وفقاً لأحكام هذا القانون موظفاً عاماً: رئيس الجمهورية، ونائب رئيس الجمهورية، ورئيس وأعضاء مجلس الوزراء، وكل من تولى أعباء وظيفية عامة بمقابل أو بغير مقابل بصرف النظر عن صحة قرار تعيينه فيها، ويشمل أعضاء السلطة القضائية، وأفراد القوات المسلحة والشرطة، وأعضاء الهيئات العامة، وأعضاء المجالس النيابية العامة أو المحلية المنتخبين والمعيّنين والمحكمين، والخبراء والعدول، والوكلاء والمحامين، والحراس القضائيين الذي تعدل لديهم الأموال، وأعضاء مجلس إدارة الشركات والبنوك وموظفيها التي تسهم الدولة في رأس مالها».

ومن هذين النصين يتضح توسع قانون الجرائم والعقوبات في تعريف الموظف العام، لأن القانون الجنائي يهدف إلى غاية خلاف التي يقصدها قانون الخدمة المدنية، فقانون الخدمة المدنية يهدف إلى تنظيم العلاقة بين الموظف والحكومة من حيث الحقوق والواجبات، أما القانون الجنائي فإنه في تحديد مفهوم الموظف العام يستهدف حماية مصالح الإدارة العامة من الإضرار بها من قبل الأشخاص القائمين عليها.

ولذلك فإن لا مناص من التوسع في مفهوم الموظف العام بالشكل الذي يحقق تلك الأهداف، مما يعني أن كل من يعد موظفاً عاماً وفقاً لقانون الخدمة المدنية يعد

(١) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ١٢٤.

(٢) د. حسن علي مجلي - جرائم الموظفين في القانون والقضاء اليمني - مرجع سابق - ص ١٤٥.

كذلك وفقاً للقانون الجنائي، كما أن هناك بعض الأشخاص الذين لا يعتبرون موظفين عموميين وفقاً لقانون الخدمة المدنية، إلا أنهم يعدون موظفين عموميين وفقاً للقانون الجنائي، وينبني على ذلك أن الشخص الذي يصدر قرار بتعيينه وإن كان باطلاً يعد موظفاً عاماً وفقاً للقانون الجنائي، وإن لم يكن كذلك وفقاً لقانون الخدمة المدنية<sup>(١)</sup>.

ومن الموظفين العاميين<sup>(٢)</sup> الذين نص القانون على وجوب التزامهم بواجب السرية المصرفية وبالتالي متى أفشوا السر المصرفي المستودع لديهم أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفتهم اعتبروا مرتكبين لجريمة إفشاء السر المصرفي المشدد إذا توافرت أركانها، من هؤلاء موظفو البنك المركزي اليمني<sup>(٣)</sup>، ومفتشو وزارة التجارة على الشركات (ومنها البنوك)<sup>(٤)</sup>، ومفتشو وزارة العمل على منشآت العمل (ومنها البنوك)<sup>(٥)</sup>، وموظفو ضريبة الدخل<sup>(٦)</sup>، وغيرهم من الموظفين العاميين الذين يخولهم القانون الاطلاع على الأسرار المصرفية أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفتهم.

(١) د. عبد الناصر محمد الزيداني - مرجع سابق - ص ٦٩.

(٢) المادة (١٤/ب) من قانون الخدمة المدنية اليمني.

(٣) المادة (٢١) من قانون البنك المركزي اليمني، والمادة (٨٤) من قانون البنوك اليمني.

(٤) المادتين (١٨٤)، (٢٨٩/ب) من قانون الشركات التجارية اليمني.

(٥) المادتين (١٢٤)، (١٢٥) من قانون العمل اليمني.

(٦) المادة (٩٢) من قانون ضرائب الدخل اليمني.

## المبحث الثالث

### الحالات التي يباح فيها إفشاء السر المصرفي

#### تمهيد وتقسيم:

سبق القول أن المشرع اليمني لم يخصص تنظيمًا قانونياً مستقلاً للسرية المصرفية، بل جاء بتجريم إفشاء الأسرار، وإفشاء أسرار المهنة بشكل خاص فيما ورد في المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات، وهذا النص جاء عاماً بدون تحديد لمهنة معينة. إلا أن السر المصرفي يعتبر من أسرار المهنة التي تتعلق بمهنة المصارف، وبالتالي فإن تجريم إفشاء السر المصرفي يجد أساسه القانوني في نص المادة (٢٥٨) سالفه الذكر متى توافرت أركان الجريمة، الأمر الذي يقطع بدخول المصرفي ضمن الملتزمين بالسر المهني (المصرفي)، بالإضافة إلى الموظفين العاميين الذين يطلعون على الأسرار المصرفية بحكم وظيفتهم.

وبوجود نص التجريم يخرج فعل الإفشاء للسر المصرفي من دائرة الإباحة الأصلية ويدخل في دائرة التجريم، إلا أن نص هذه المادة تضمن استثناءين بتوافر أحدهما يخرج ذلك الفعل من دائرة التجريم إلى دائرة الإباحة وهذان الاستثناءان هما: الأول رضا صاحب الشأن في إفشاء السر المصرفي، والثاني إجازة القانون أي الأحوال المصرح بها قانوناً، حيث جاء نص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات كالآتي: «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه مستودع سر فأفشاءه في غيره الأحوال المصرح بها قانوناً، أو استعمله لمنفعته أو لمنفعة شخص آخر ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه أو استعماله، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات إذا كان الجاني موظفاً عاماً استودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته».

وبالعودة إلى الأحكام العامة للجرائم والعقوبات نجد أن المشرع قد تناول الأسباب العامة للإباحة التي تنطبق على جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات، ووضع الأحكام الخاصة بالإباحة في خمس مواد هي مواد هذا الفرع من المادة (٢٦) إلى المادة (٣٠).

وقد ذكرت المادة (٢٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني الأسباب العامة للإباحة

بالنسبة لجميع الجرائم بما فيها جريمة إفشاء السر المهني (ومنه السر المصرفي). وتنحصر دائرة الأسباب العامة للإباحة في استعمال الحق وأداء الواجب (أو استعمال السلطة)، ويعتبر الدفاع الشرعي إحدى صور استعمال الحق، وهذا هو سبيل المشرع اليمني في قانون الجرائم والعقوبات، والثابت أنه لا جريمة - وفقاً للتشريع اليمني - إذا كان الفعل والامتناع مؤسساً على القيام بواجب يفرضه القانون أو استعمالاً لسلطة يخولها<sup>(١)</sup>.

وتتميز أسباب الإباحة (العامة منها والخاصة) بالخصائص الآتية:<sup>(٢)</sup>

- ١- أنها لا تتعلق إلا بالجرائم، أي الأعمال أو الامتناعان المنصوص على تجريمها، والأصل في الأشياء الإباحة، فهي لا تمس إرادة الفاعل.
- ٢- أنها ترفع عن الفعل أو الامتناع صفة الإجرام، ويعتبر مرتكبه قد ارتكب فعلاً مباحاً أو قام بواجب.
- ٣- أنها تنفي عن الفاعل أي خطأ في سلوكه، بحيث تبرئه من الناحية الجزائية، وترفع عنه أية مسؤولية مدنية.
- ٤- أنها موضوعية تشمل كل من تتوفر فيه، ويستفيد منها كل من وجد فيها، علم بها أو لم يعلم لأنها تتعلق بالركن الشرعي للجريمة.

ومما سبق يتبين أن الالتزام بالسر المصرفي ليس التزاماً مطلقاً وإنما هو التزام نسبي، إذ يجوز إفشاؤه متى توفر سبب من أسباب الإباحة واكتملت شروط تحققه وفقاً للقانون. وتسري على إفشاء الأسرار المهنية (ومنها السر المصرفي) جميع أسباب الإباحة التي يعترف بها القانون، ولكن لبعض هذه الأسباب أهمية خاصة في هذه الجريمة، أو هي تثير مشاكل تقتضي أن يوضع لها تنظيم خاص، وسوف أشير فيما يأتي إلى أهم هذه الأسباب<sup>(٣)</sup> في إطار ما نصت عليه المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات الخاصة بتجريم إفشاء السر المهني ومنه السر المصرفي، فالسبب الأول: رضا صاحب الشأن في إفشاء السر المصرفي (المجني عليه)، والسبب الثاني: الأحوال المصرح بها قانوناً في إفشاء السر المصرفي (إجازة القانون).

(١) د. حسن علي مجلي - شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام - الجزء الأول - الطبعة الثانية - صنعاء، اليمن - مركز الشرعي - ٢٠٠٢م - ص ١٨٧.

(٢) د. محمد صبحي نجم - قانون العقوبات، القسم العام - مرجع سابق - ص ١٣١.

(٣) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٥١.

وستتناول هذين السببين في هذا المبحث مخصصين لكل سبب منهما مطلباً مستقلاً على النحو الآتي:

## المطلب الأول

### رضا صاحب الشأن في إفشاء السر المصرفي

#### تقسيم:

سأتناول في هذا المطلب رضا صاحب الشأن في إفشاء السر المصرفي في فرعين، أعالج في الفرع الأول: التعريف برضا صاحب السر المصرفي، وفي الفرع الثاني: شروط رضا صاحب السر المصرفي.

## الفرع الأول

### التعريف برضا صاحب السر المصرفي

الرضا في اللغة: ضد السخط<sup>(١)</sup>، وهو القبول. وهو في الاصطلاح القانوني: القبول العقلاني الإرادي الحر لأمر ما، أو بتعبير آخر: القبول الواعي الإداري المعاصر لواقعة معينة<sup>(٢)</sup>. والإذن في اللغة: الإباحة والرضا. وأذن له في الشيء إذناً: إباحة له، واستأذنه طلب منه الإذن، وأذن له عليه: أخذ له منه الإذن<sup>(٣)</sup>.

وقد عرف بعض الفقه رضا المجني عليه بأنه: الإذن الصادر من شخص من أشخاص القانون الخاص بإرادته الحرة الحقيقية، أو شخص من أشخاص القانون العام إذا ما عمل في نطاق القانون الخاص، إلى الغير مدركاً وعالماً بما سيقع من هذا الإذن من اعتداء أو إيذاء أو ضرر ضد من صدر منه هذا الرضاء<sup>(٤)</sup>.

ويمكن تعريف رضا صاحب الشأن في إفشاء السر المصرفي بأنه: الإذن الصادر

(١) جمال الدين محمد بن مكرم الملقب ابن منظور - مرجع سابق - الجزء الخامس - ص ٢٣٥ - مادة (رضي).

(٢) د. حسن علي مجلي - شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، الجزء الأول - مرجع سابق - ص ٣٣٨.

(٣) جمال الدين محمد بن مكرم الملقب ابن منظور - المرجع السابق - الجزء الأول - ص ١٠٥ - مادة (أذن).

(٤) د. محمد صبحي نجم - رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية - الطبعة الأولى - عمان، الأردن - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ٢٠٠٠م - ص ٢٤.

بإرادة حرة - غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة- عن صاحب السر المصرفي (العميل) نفسه، أو من يقوم مقامه، لمن كان مستودعاً لذلك السر بحكم مهنته أو حرفته أو وظيفته أو وضعه، في إفشاء هذا السر للغير ضمن حدود هذا الإذن.

وقد أنكرت بعض الآراء على الرضا أن يكون سبباً لإباحة هذه الجريمة، وأهم ما احتجت به أن تجريم الإفشاء لم يقرر حماية لمصلحة المجني عليه (صاحب السر) خاصة فيكون له أن ينزل برضائه عنها، وإنما قرر لمصلحة المجتمع في السير السليم المنتظم لمهن اجتماعية، وليست للمجني عليه صفة في النزول عن هذه المصلحة، ولكن هذا الرأي غير صحيح فصاحب السر له أن يفشيه، ولا جريمة في فعله، إذ يعتبر نوعاً من تصرفه في حقه، ومن ثم لا يجوز أن تقوم جريمة إذا تصرف في ذلك الحق عن طريق غيره بأن رخص له بإبلاغ السر إلى شخص ما أو إذاعته بوسيلة ما، بالإضافة إلى ذلك فإن صاحب السر قد تكون له مصلحة في أن يبلغ المودع لديه هذا السر شخصاً أو هيئة معينة، وهذا الرأي لا ينكر أن عله التجريم هي حماية مصلحة عامة، ولكن يقر أن هذه المصلحة لا تهدر إلا إذا كان إفشاء السر بغير رضا صاحبه<sup>(١)</sup>. كما أن المجتمع لا يضر بسبب هذا الإفشاء الذي يتم برضا صاحب السر، ولا تهدد مصلحته في المحافظة على المباشرة السليمة والمنظمة للمهنة المصرفية.

وقد تبني المشرع اليمني الرأي الآخر، والذي يعتبر رضا صاحب السر بإفشائه من أسباب الإباحة الخاصة لهذه الجريمة، وذلك بالنص صراحة على ذلك في المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات، من خلال العبارة الواردة فيها والتي تذكر الآتي: «..... ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه... الخ»، متلافياً بذلك الانتقاد الذي تعرض له الرأي الأول، ومستفيداً من مبررات الرأي الثاني الذي يعتبر رضا صاحب السر سبباً من أسباب الإباحة.

ويترتب على اعتبار رضا صاحب السر المصرفي بالإفشاء سبباً من أسباب إباحة جريمة إفشاء السر المصرفي أن الملتزم بالمحافظة على هذا السر لا يرتكب جريمة إذا قام بإفشائه لوجود الرضا متى كان مستوفياً لشروطه. ويستفيد من هذه الإباحة كل من يقوم بفعل الإفشاء سواء كان فاعلاً أصلياً أم شريكاً، وبالتالي لا يسأل أي منهما لا مسؤولية جنائية ولا مسؤولية مدنية<sup>(٢)</sup>. ونلاحظ أن صاحب المهنة (الملتزم بالحفاظ على السر المصرفي) لا يلتزم بإذاعة السر إذا رضي بذلك صاحبه، وإنما يصير ذلك جائزاً له فحسب،

(١) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٥٤، ٧٥٥.

(٢) أستاذنا د. علي حسن الشرفي - شرح قانون العقوبات اليمني، القسم العام - مرجع سابق - ص ١٧٦.

فإذا رأى أن يمتنع عن الإفشاء به مع توفر الرضا فلا مسؤولية عليه، وهو يفعل ذلك إذا شك في صدور الرضا عن إرادة حرة، أو قدر أن واجبه المهني يفرض عليه الكتمان دون تعسف، ولا يمكن القول بغير ذلك إلا إذا تضمن العقد الذي يربط بينهما التزاماً بالإفشاء أو وجود نص قانوني يوجب ذلك، ومثل هذا الالتزام لا يفترض، وإذا لم يوجد رضا فعلي بإفشاء السر ولكن الملتزم بالكتمان اعتقد الرضا بإفشائه، فإن له أن يدفع بانتفاء القصد الجنائي لديه محتجاً بالغلط في الإباحة<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### شروط رضا صاحب السر المصرفي

حتى يصبح رضا صاحب السر المصرفي معتداً به، ومنتجاً لآثاره القانونية كسبب من أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي، يجب أن يتوافر في هذا الرضا شروط معينة وفقاً للفقهاء القانوني، وهذه الشروط يمكن إجمالها - بصورة مختصرة - فيما يأتي:

**أولاً: أن يكون مصدر الرضا هو صاحب الحق فيه:**

إن مبدأ السرية المصرفية والالتزام به قرره المشرع لصالح العميل، وحماية حقه في كتمان السر المصرفي، فإذا قبل صاحب الحماية التنازل عنه لغيره كان له ذلك، وبناءً عليه يحق للعميل إجازة غيره في الاطلاع على أسرار المصرفية أو جانباً منها<sup>(٢)</sup>.

كما أن إذن ورثة العميل والموصى لهم بكل أو بعض هذه الأموال - التي تتعلق بالسر المصرفي - يعد صادراً ممن يملكه، حيث يعتبرون من المالكين لهذه الأموال، وبالتالي هم أصحاب الحق في منح الإذن بالاطلاع، ويكون الإذن الصادر منهم في حدود ما يملكه مانح الإذن، أي بقدر ما ورثه أو تلقاه بطريقة الإيصال. ويأخذ نفس الحكم - من حيث اعتبار الإذن صادراً ممن يملكه - إذن النائب القانوني كالوصي والقيم، وكذلك الوكيل المفوض بالاطلاع على السر المصرفي وإصدار الإذن بالإفشاء<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٧٥٦، ٧٥٧.

(٢) د. سميحة القليوبي - الأسس القانونية لعمليات البنوك - الطبعة الثانية - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣م - ص ٢٦٨.

(٣) د. أحمد محمد بدوي - مرجع سابق - ص ١٠٤، ١٠٥.

وإذا تعدد أصحاب السر تعين أن يصدر الرضا منهم جميعاً، ومن ثم لا عبرة برضا صدر عن أحدهم أو عن بعضهم<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: أن يكون الرضا صحيحاً وإرادياً؛

ومقتضى ذلك أن يكون الشخص الصادر عنه الرضا مالكاً لحرية اتخاذ القرار بالقبول أو الرفض، أي أن تكون إرادته سليمة من كافة العيوب القانونية، ويستفاد من هذا الشرط أن الرضا لا بد أن يكون تعبيراً عن سلطان الفرد على نفسه، والذي يقرره القانون عليه ويعترف له به، وهذا لا يمكن تصويره إلا من قبل إرادة حرة، وعقل قادر على استبصار عواقب الأمور، دون إكراه أو تدليس أو غش أو غلط في فهم الحقيقة الموضوعية أو عدم قدره على ذلك، كما هو الحال في الأشخاص الواقعيين تحت تأثير الكحول، وفي اعتبار الرضا قانوناً، يمكن تحديد السن الذي يعتد بها القانون اليمني لصدور الرضا صحيحاً فيها بالرجوع إلى القانون المدني اليمني<sup>(٢)</sup>، أو أحكام الأهلية الجنائية في القانون الجنائي<sup>(٣)</sup>، والأخذ بأيهما أفيد للمتهم إعمالاً للقياس في صالحه، وتكون الفائدة متوفرة باختيار التحديد الأقل لسن المجني عليه<sup>(٤)</sup>.

### ثالثاً: أن يكون الرضا صريحاً أو ضمناً؛

قد يكون رضا صاحب السر المصرفي بالإفشاء صريحاً وقد يكون ضمناً، ولا يثير الرضا الصريح أية صعوبات قانونية، أما الرضا الضمني فيستدل عليه من وقائع وملابسات معينة.

ولا يشترط أن يكون الرضا كتابياً (فقد يكون شفاهة)، فإذا صدر الإذن كتابة بالسماح للمصرف الإدلاء بأية معلومات أو أسرار تتعلق بمعاملات العميل المصرفية فإن هذا الرضا صريح ولا لبس فيه، ولكن قد يتخذ الرضا شكلاً ضمناً يستنتج من واقع الحال أو من الظروف المحيطة، كأن يصحب العميل أحد معارفه إلى المصرف ويقوم بالاستفسار

(١) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٥٧.

(٢) المادة (٥٠) من القانون المدني اليمني التي تنص على أن: «سن الرشد خمسة عشر سنة إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها» - القانون رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢ بشأن القانون المدني - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الأولى - مطابع التوجيه المعنوي - ٢٠٠٦م.

(٣) المادة (٣١) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني والتي تجعل سن الرشد الجنائي ثماني عشرة سنة.

(٤) د. حسن علي مجلي - شرح قانون العقوبات اليمني، القسم العام - الجزء الأول - مرجع سابق - ص ٣٤٢، ٣٤٣.

أمامه عن حساباته أو أية معاملة تتعلق به، فكأنه تنازل ضمناً عن واجب عدم الإفشاء تجاه هذه الشخص<sup>(١)</sup>.

وعدم اشتراط الكتابة في الإذن الصادر من صاحب السر المصرفي بإفشاء هذا السر هو القاعدة العامة وفقاً لنص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات وتخضع لحكمه الأسرار المصرفية جميعها، إلا أن هنالك استثناء وحيداً قرره المادة (٢/٣٧٣) من القانون التجاري اليمني والتي اشترطت الإذن الخطي من صاحب الحساب الجاري لإفشاء المعلومات المتعلقة به للغير حتى يعتبر في هذه الحالة إذن صاحب السر المصرفي سبباً من أسباب الإباحة حيث نصت على أنه: « ولا تعطى المعلومات على أي حساب إلا للشخص أو للأشخاص الذين يفتح الحساب باسمهم ما لم يوجد إذن خطي من صاحب الحساب يسمح بغير ذلك»، وهذا النص الأخير هو نص خاص بمقارنته مع نص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات الذي يعتبر نصاً عاماً، ولأن الخاص يقيد العام، فإن نص المادة (٢/٣٧٣) السالفة الذكر والذي يشترط الإذن الخطي هو النص الواجب التطبيق فقط في أسرار الحساب الجاري المصرفية، بينما تخضع بقية الأسرار المصرفية الأخرى لنص المادة (٢٥٨) سالف الذكر لعدم وجود نص خاص يوجب أن يكون الإذن خطياً.

ويمكن للعميل أن يأذن مقدماً إذناً عاماً للبنك في الإفصاح عن كل معاملاته لمن يطلب ذلك، ويكون هذا الإذن العام صحيحاً<sup>(٢)</sup>.

### رابعاً: أن يكون الرضا قائماً وقت الإفشاء:

يجب أن يكون الرضا سابقاً على وقوع الإفشاء، أو على الأقل معاصراً له حتى ينتج أثره، ومؤدى ذلك أن الرضا الذي يعقب الإفشاء لا يعتبر سبباً لإباحته ويجوز الرجوع في الرضا بعد إعطائه<sup>(٣)</sup>. ذلك أنه فضلاً عن الشروط المتقدمة يجب أن يكون الرضا حاصلًا قبل وقوع فعل الإفشاء، وأن يظل قائماً حتى وقوعه أو على الأقل وقت وقوعه لكي يرفع عن الفعل صفة الخطأ، ويجعله فعلاً مشروعاً، ولا يكون المصرفي الذي أفشى السر مرتكباً لفعل معاقب عليه<sup>(٤)</sup>.

(١) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ٨٧.

(٢) د. علي جمال الدين عوض - مرجع سابق - ص ٩٣٦.

(٣) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٥٧.

(٤) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ٨٨.

وفي القانون اليمني الرضا اللاحق لا يؤثر كقاعدة عامة على تكوين الجريمة أو محوها، وإن كان يلعب دوراً في تخفيف العقاب أو اعتباره عفواً، فيفعل فعله ويؤثر أثره القانوني الشرعي<sup>(١)</sup>.

ومع تحقق الشروط السابقة في رضا صاحب السر المصرفي بإفشائه المنتج لأثره القانوني كسبب من أسباب الإباحة، فإن ذلك لا يعني الحرية المطلقة للمأذون له بالإفشاء، بل يلتزم بعدة واجبات من أهمها: الالتزام بالوقائع التي كانت محلاً للرضا: فلا يملك المأذون له بالإفشاء التعرض لوقائع أخرى غير تلك التي تمت الموافقة على نشرها، كما يجب عليه الالتزام بالوسيلة التي كانت محلاً للرضا: فنشر الأسرار يمكن أن يتم بوسائل مختلفة، شفوية كانت أم كتابية، سمعية كانت أم بصرية، وأخيراً يجب عليه الالتزام بالغاية التي كانت محلاً للرضا: فيلتزم المأذون له بالإفشاء بأن لا يتجاوز في إفشاء الوقائع المسموح بإذاعتها والتي اتفق عليها الطرفان، ولا يملك المأذون له استخدام الإفشاء لتحقيق غاية أخرى<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### الأحوال المصرح بها قانوناً في إفشاء السر المصرفي

#### تمهيد وتقسيم:

في أحوال معينة يكون إفشاء السر المهني (ومنه السر المصرفي) واجباً - على المستودع لديه بحكم مهنته أو وظيفته والملمزم بعدم إفشائه - وذلك بمقتضى القانون أو جائزاً فحسب، وفي أي من الحالين لا تحقق الجريمة. وتستند إباحة الإفشاء في هذه الحالات إلى نص القانون، والذي يقرر صراحة أن الالتزام بالمحافظة على السر المهني أو الوظيفي (ومنه السر المصرفي) ليس التزاماً مطلقاً وإنما هو التزام نسبي يتأثر ببعض الأسباب، التي تعفي الأمين على السر من التقيد به<sup>(٣)</sup>.

وقد حرصت معظم التشريعات - ومنها التشريع اليمني - على تقرير هذه الإباحة

(١) د. حسن علي مجلي - شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، الجزء الأول - مرجع سابق - ص ٣٤٤.

(٢) د. طارق سرور - جرائم النشر والإعلام، الكتاب الأول - الطبعة الأولى - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤م - ص ٦٣٣، ٦٣٤.

(٣) د. عادل جبيري محمد حبيب - مرجع سابق - ص ١٧٠.

صراحة فجعلت قيام الجريمة مرتين بكون الإفشاء في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، حيث نصت أذايعلى ذلك صراحة المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات بقولها: «... فأفشاء في غير الأحوال المصرح بها قانوناً...»، ويمكن إسناد هذه الإباحة إلى المادة (٢٦) من القانون سالف الذكر التي تتناول أسباب الإباحة العامة، كما ويمكن إسناد هذه الإباحة إلى المبادئ العامة في القانون التي تأبى أن يتناقض الشارع، وهو ما يتحقق إذا ما عاقب على ما أمر أو رخص به وفقاً للمبادئ العامة للقانون، فإنه لا يشترط أن يتضمن تقرير هذا الأمر أو الحق نص في قانون العقوبات أو القوانين المكملة له، فيجوز أن يقرره نص في قانون غير جنائي<sup>(١)</sup>.

وليس في الإمكان وضع قاعدة عامة تجتمع فيها «حالات وجوب إفشاء السر المصرفي أو جوازه»، وإنما يتعين الرجوع إلى النصوص القانونية التي تقر ذلك، وفي الواقع قد يكون من الصعوبة حصر كل هذه الحالات، ولذلك نقتصر على إيراد أمثلة على ذلك من الأمثلة التي تكون ذات أهمية عملية.

ومن هذه الحالات تكمن العلة في إباحة إفشاء السر المصرفي - الذي يقوم به من يمتنون العمل المصرفي أو من يخول لهم الاطلاع على الأسرار المصرفية، والذين يقع على عاتقهم الالتزام بكتمان السر المصرفي - في حماية مصلحة خاصة لهم أو مصلحة عامة أولى بالاعتبار والرعاية من مصلحة صاحب السر المصرفي.

ويمكن رد حالات إباحة إفشاء السر المصرفي بتصريح القانون إلى مجموعتين: الأولى: تشمل حالات الإفشاء الوجوبي بنص القانون، وتتضمن الثانية: حالات الإفشاء الجوازي، وسوف أتناولهما في فرعين، أفرد لكل مجموعة فرعاً مستقلاً على النحو الآتي:

## الفرع الأول

### حالات الإفشاء الوجوبي بنص القانون

يتحقق الإفشاء الوجوبي إذا ألزم القانون صاحب المهنة أو الوظيفة (ومنها المهنة المصرفية) بالتبليغ عن بعض الأسرار تحقيقاً لمصلحة عامة أو خاصة أولى بالاعتبار من مصلحة صاحب السر، فالالتزام بالكتمان الذي قرره المشرع تحقيقاً للصالح الخاص يجب التضحية به إذا كانت هناك مصلحة اجتماعية أو فردية عليا، تقتضي من صاحب

(١) د. محمود نجيب حسني - مرجع سابق - ص ٧٥٢.

المهنة أو الوظيفة الإفضاء بالسر<sup>(١)</sup>.

وسأورد أمثلة هامة للحالات التي نص القانون فيها على إلزام الأمين بالسر المصرفي بإفشاء هذا السر، دون أن تترتب عليه أي نوع من أنواع المسؤولية، على النحو الآتي:

### أولاً: الالتزام القانوني بإطلاع البنك المركزي على الأسرار المصرفية:

بالنسبة للسلطات النقدية والتمثلة بالبنك المركزي اليمني فإن له الحق في الرقابة والتفتيش والاطلاع على دفاتر ومحاضر وحسابات المصارف التجارية، فالمصارف ملزمة بتزويد البنك المركزي بالمعلومات والإحصاءات التي يطلبها، وعلى إدارة المصرف وجميع موظفيه تقديم التسهيلات اللازمة لذلك، ذلك أن البنوك (المصارف) تعمل تحت رقابة البنك المركزي، وعليها أن تمكنه من ممارسة واجباته، والتي منها مراقبة البنوك والتفتيش عليها بما يكفل سلامة المركز المالي لهذه البنوك، وضمان حقوق المودعين لديها، ومراقبة تطبيقها للقوانين والتعليمات التي يصدرها البنك المركزي، ولا يجوز لها التذرع بالسرية المصرفية أمام حق البنك المركزي في الاطلاع على دفاترها ومستنداتها، لأن موظفي البنك المركزي هم أنفسهم مكلفون بحفظ السر المصرفي.

وذلك يعد تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي باعتبار أداء الواجب سبباً للإباحة، بالإضافة إلى وجود نص صريح على هذا الالتزام بالإفشاء في قانون البنك المركزي اليمني حيث نصت المادة (١/٤٥) منه على أنه: «على كل بنك ومؤسسة مالية أن تقدم للبنك (المركزي) في الوقت وبالطريقة التي يحددها أية معلومات أو كشوفات يطلبها لتأدية مهامه واختصاصاته».

### ثانياً: الالتزام القانوني بإطلاع السلطات الضريبية على الأسرار المصرفية:

ازداد تدخل الدولة الحديثة في نشاط الأفراد، وألزم كل فرد بالتخلي عن جزء من حريته لصالحها، فكل فرد يلتزم بالإدلاء عن موارده وأملاكه حتى تتمكن الدولة من تحديد القيمة الضريبية المطلوبة، والضريبة واجب وطني يلتزم به كل مواطن، وتتمثل في أداء مبلغ معين يفرض على ما للفرد من أموال وأملاك ومصادر دخل، حتى تتمكن الدولة من الإنفاق على الوجوه العامة وتقديم الخدمات المختلفة، فالمسائل الضريبية تشكل أحد الأسباب التي تدفع المصارف للإفشاء عن مدخرات المتعاملين معها، وذلك تمهيداً

(١) د. عادل جبيري محمد حبيب - مرجع سابق - ص ١٧٠.

لفرض الضريبة عليهم<sup>(١)</sup>.

والشرائع المختلفة تعطي اهتماماً كبيراً لمنع من يحاول عدم دفع الضريبة المستحقة عليه لأنه يترتب على هذا التهرب الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة ، كما أنه يضعف من إنتاجية الضرائب ، ويضر بالمنافسة بين الوحدات الاقتصادية المختلفة ، لأن الممول الذي يتمكن من عدم دفع الضريبة يكون وضعه أفضل اقتصادياً ممن دفع<sup>(٢)</sup>.

وبالتالي وللمحد من التهرب الضريبي والغش الضريبي وغيرها من الجرائم الضريبية<sup>(٣)</sup> فقد سمح المشرع للإدارة المالية حق الاطلاع على دفاتر الممول (المكلف بدفع الضريبة) ومستنداته وسجلاته للوقوف على حقيقة دخله ، وبالتالي تقدير ما يجب عليه من ضريبة .

ويجد واجب إطلاع السلطات الضريبية (مصلحة الضرائب) على الأسرار المصرفية من قبل إدارة البنوك وموظفيها سنده القانوني في صريح نص المادة (٦٢/أ) من قانون ضرائب الدخل حيث نصت على أنه: «يتعين على المختصين في جميع وحدات الجهاز الإداري للدولة والوحدات الاقتصادية للقطاعين العام والمختلط والبنوك على اختلاف أنواعها وشركات القطاع الخاص وجميع المنشآت المملوكة للأفراد وفروع الشركات الأجنبية تمكين موظفي مصلحة الضرائب من الحصول على أية معلومات أو بيانات أو عمليات لمكلفي الضرائب تمت معها عند كل طلب بغرض الاستفادة منها في تحديد وربط الضريبة على المنشأة نفسها أو المتعاملين معها ، ولا يجوز لهذه الجهات الامتناع في أية حالة عن تمكين موظفي المصلحة من الحصول على البيانات والمعلومات والسجلات والمستندات والعمليات المتعلقة بربط الضريبة بأي حال من الأحوال» .  
وكما رأينا سابقاً وضماناً لعد إفشاء السر المصرفي من قبل موظف الضرائب ، فإنه يعد من الموظفين العاميين المكلفين بالمحافظة على الأسرار المصرفية ، ومتى قام بإفشائها في غير الأحوال المصرح بها قانوناً عد مرتكباً لجريمة إفشاء السر المصرفي ، وبالتالي يخضع للعقوبة المقررة في المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات .

(١) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر- مرجع سابق- ص ١٠٠.

(٢) د. عبد الله حسين بركات- الوجيز في المالية العامة- الجزء الأول- صنعاء، اليمن- مكتبة الصادق- ٢٠٠٥م- ص ١٣٧.

(٣) المادتين (٦١)، (٩٠) من قانون ضرائب الدخل اليمني .

### ثالثاً: الالتزام القانوني بإفشاء السر المصرفي لكشف جريمة غسل الأموال الملوثة؛

يلقى القانون صراحة على عاتق صاحب المهنة أو الوظيفة الملتزم بكتمان الأسرار (ومنها الأسرار المصرفية) واجب إبلاغ السلطات المختصة - في حالات معينة - ما يصل إلى علمه من وقائع أو معلومات عن طريق مهنته أو وظيفته، ويجد هذا الالتزام أساسه في نظرية الالتزام النسبي بالسر المهني أو الوظيفي، هذه النظرية التي يميزها أنها تسمح بالتوفيق بين الحماية القانونية لهذه الأسرار والمصالح الاجتماعية أو الفردية الأعلى، ومن تلك التي يحميها المشرع بتأثير الإفشاء، ولن تتحقق هذه النتيجة إلا بقبول إمكانية رفع الالتزام بالسركلما وجدت مصلحة أعلى يراد حمايتها، ومن تلك التي يحققها الالتزام بالكتمان<sup>(١)</sup>.

وبالتالي يقع على من يكون مستودعاً لسر مصرفي بحكم مهنته أو وظيفته واجب الإبلاغ عن الأسرار المصرفية التي تنطوي على جرائم، ويكون عمله هذا خارج دائرة التجريم (عمل مباح)، ويجب هنا الرجوع إلى نصوص القوانين المختلفة للبحث عن هذه الحالات، المثال الأهم لهذه الجرائم هي جريمة غسل الأموال الملوثة.

ومن المعلوم أن قوانين السرية المصرفية وضعت بالأساس لحماية العملاء الذين يتمتعون بسلامة الأعمال وشرعيتها، كما أنها وضعت لحماية المصارف التي تتقيد في أعمالها بالقوانين المرعية التي تنظم العمل المصرفي، محددة بوضوح ما على المصارف من واجبات ومآلها من حقوق، مما يستوجب القول أنه ومن حيث المبدأ لا يمكن لنصوص السرية المصرفية أن تحمي من يتعدى الحدود القانونية ويرتكب جرائم قد تؤدي إلى وقوع الضرر الفادح بالنظام المالي والاقتصادي للبلاد، وبالأموال والأموال الخاصة للغير<sup>(٢)</sup>.

وبالنسبة للمشرع اليمني فقد أصدر قانون مكافحة غسل الأموال<sup>(٣)</sup>، والذي نص على تجريم غسل الأموال الملوثة في المادة (٢١) منه، كما نص على إلزام المؤسسات المالية بالإبلاغ عن هذه الجريمة في المادة (٥/أ) منه، والتي تنص على أنه «على

(١) د. عادل جبري محمد حبيب - مرجع سابق - ص ١٧٣.

(٢) زياد نديم حمادة - تبييض الأموال والسرية المصرفية - الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية - المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية - الجزء الثالث - الجرائم المتعلقة بأعمال المصارف - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان - ٢٠٠٢م - ص ٣٢٥.

(٣) القانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣م بشأن مكافحة غسل الأموال - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الرابعة - مطابع التوجيه - نوفمبر - ٢٠٠٧م.

المؤسسات المالية<sup>(١)</sup> إبلاغ الوحدة (وحدة جمع المعلومات بالبنك المركزي اليمني) بأية عملية تستهدف غسل الأموال إذا تحقق لديها ما يؤكد ذلك».

كما أُلزم هذا القانون المختصين في البنك المركزي اليمني في قطاع الرقابة والتفتيش بواجب الإبلاغ عن هذه الجريمة في المادة (١٤) منه، والتي تنص على أنه: «على المختصين في البنك المركزي اليمني في قطاع الرقابة والتفتيش على البنوك ومكاتب وشركات الصرافة وما في حكمها إبلاغ الوحدة عن العمليات التي يتحقق لهم بأنها من عمليات غسل الأموال».

## الفرع الثاني

### حالات الإفشاء الجوازي بنص القانون

يعد الإفشاء جوازياً إذا رخص القانون لصاحب المهنة أو الوظيفة (ومنها المهنة المصرفية) إذاعة الأسرار التي أُوتمن عليها، وتستند إباحة الإفشاء في حالة الترخيص به إلى أن القانون لا يمكن أن يقرر المسؤولية عن فعل رخص في القيام به، والقول بغير ذلك يعد من قبيل التناقض الذي ينبغي تنزيه المشرع عنه<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على ذلك فإن تحديد حالات الإفشاء الجوازي تقتضي الرجوع إلى النصوص القانونية التي تقر ذلك، وفي الواقع يصعب حصر كل الحالات المرخص بها في الإفشاء بنص القانون، وبالتالي سأعرض في هذا النوع لبعض هذه الحالات على سبيل المثال على النحو الآتي:

#### أولاً: جواز الاستعلام المصرفي عن حالة العميل:

الاستعلام: هو طلب المعلومات عن شخص معين من مصادر مختلفة أهمها الجهات التي يتعامل معها، وللإستعلام صور متعددة، من أهمها أن يطلب الشخص (المستعلم) إلى أحد البنوك الأخرى التي سبق لهذا الشخص (العميل) التعامل معها عن مدى استقامته وملاءمته وقدرته على الوفاء وما إلى ذلك من المعلومات<sup>(٣)</sup>.

(١) عرفت المادة (٢) من القانون ذاته - المؤسسات المالية بأنها: «أي منشأة مالية كالبنوك أو محل الصرافة أو شركة تمويل أو تأمين أو أسهم أو أوراق مالية أو إيجار تمويلي أو عقارية».

(٢) د. عادل جبري محمد حبيب - مرجع سابق - ص ٢٢٦.

(٣) د. احمد محمد بدوي - مرجع سابق - ص ١١٧.

وقد يكون المستعلم مصرفاً يريد الاستعلام لمصلحته، أو مصرفاً يطلب منه عميله (المستعلم) الاستعلام من مصرف آخر عن معلومات تخص عميل هذا المصرف الأخير لمصلحة المستعلم، والاستعلام لا يتم إلا بين المصارف فقط.

وقد جرت العادة بين البنوك والعرف المصرفي أن تتبادل المصارف المعلومات عن عملائها وأحوالهم وأوضاعهم المالية ومسموعاتهم التجارية والأدبية. والاستعلام المصرفي يعتبر خروجاً عن مبدأ السرية المصرفية وأساسه يرجع إلى الإذن الضمني من العميل صاحب الأسرار المصرفية، ذلك أن معظم العملاء يعرفون بهذه العادة المصرفية ويتوقعون حصولها من علاقاتهم بالمصارف وخاصة عندما يعطي العميل اسم مصرفه للطرف الآخر (المستعلم) في التعامل التجاري<sup>(١)</sup>.

كما أن تقديم المعلومات مرتبط بالسر المهني، والبنك بوصفه أميناً اضطرارياً أو أميناً بالضرورة، ووديعاً ومديراً للمصالح المالية لعملائه لذلك يكون للإجابة على الاستعلام قواعد يجب على البنك تقديرها ومراعاتها، أهمها: التزامه بالحيطة والتبصر، وأن تكون إجاباته في عبارات عامة، بحيث لا يتضمن تفاصيل العمليات التي يجريها العميل أو تفاصيل حساباته، كما يجب أن تكون هذه المعلومات صحيحة حتى يتفادى البنك المساءلة القانونية عن الأضرار التي قد تلحق بالعميل أو المستعلم<sup>(٢)</sup>.

وبالنسبة للمشرع اليمني فقد أخذ بجواز الاستعلام المصرفي صراحة في المادة (٣/٢٥) من قانون البنوك اليمني، حيث نصت على أنه: «يحق لأي بنك أو مؤسسة مالية صدر قرار بتحديداتها من البنك المركزي أن يطلع على البيان المجمع الخاص بأي عميل يطلب منه تسهيلات ائتمانية ولا يتحمل البنك المركزي أي مسؤولية عن المعلومات المتضمنة في البيانات المجمعة أو عن نشرها».

### ثانياً: جواز إفشاء السر المصرفي للتبليغ عن الجرائم:

في غير الأحوال التي توجب النصوص القانونية على عاتق صاحب المهنة أو الوظيفة الملتمزم بكتمان السر المصرفي إبلاغ السلطات المختصة عن الأسرار المصرفية التي تنطوي على جرائم، فإن هنالك نصوصاً قانونيةً تجيز للأمين على السر المصرفي

(١) محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - مرجع سابق - ص ٩٠.

(٢) عباس عيسى هلال - مسؤولية البنك في عقود الائتمان - رسالة دكتوراه في الحقوق مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة، مصر - ١٩٩٣م - ص ٣٣٤.

إفشاؤه إذا كان متعلقاً بجريمة من الجرائم، ولم يكن على مثل هذا الأمين واجب الإبلاغ بنص القانون.

وبناءً عليه فإن الأصل في إفشاء السر المصرفي للتبليغ عن الجرائم أنه جوازي ما لم يوجد نص صريح يوجب هذا الإفشاء ويجعله التزاماً قانونياً.

وقد نص المشرع اليمني على هذا الإفشاء (التبليغ) الجوازي في المادة (٩٤) من قانون الإجراءات الجزائية بقوله: «لكل من علم بوقوع جريمة من الجرائم التي يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو إذن أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي بها».

والأمر في هذه الحالة متروك لاختيار الأمين على السر المصرفي إن شاء أبلغ عن الجريمة، إن شاء كتم السر المصرفي، فيباح لها اختيار أحد الأمرين، وفي كليهما يعتبر قيامه بإفشاء الأسرار المصرفية أو امتناعه عن إفشائها عمل غير مجرم قانوناً.

## الخاتمة

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات، الذي أعانني على إتمام هذا البحث، والصلاة والسلام على نبيه المصطفى وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد هذا الجهد المتواضع فقد تم استخلاص بعض النتائج والتوصيات بشأن «جريمة إفشاء السر المصرفي» في القانون اليمني، وبالاستعانة بما أورده فقه القانون الوضعي بشأن هذا الموضوع، وهذه النتائج والتوصيات تم إثبات معظمها في صلب هذا البحث، ولكنني سأقوم بالإشارة إلى أهمها في هذا الموضوع، والتي لا أدعي نسبتها إليّ كلها، وإنما معظمها مما توصل إليه علماءنا الأفاضل وأساتذتنا الكرام الذين تناولوا هذا الموضوع، ولكنني قمت بجهد بسيط في إظهارها وترتيبها، وإدراج بعض الإضافات عليها، والله المستعان.

### أولاً : النتائج:

١- يتضح مما ورد في هذا البحث أن موضوع تجريم إفشاء السر المصرفي وفقاً لاتجاه التشريع اليمني ولاتجاهات فقه القانون الوضعي يحمل الكثير من الإيجابيات عند تطبيقه بشكل حازم، كما أن له من السلبيات ما قد يؤثر على المكاسب التي تعود من تطبيقه، وبالتالي كان من اللازم التعامل مع هذا الموضوع بشيء من الاتزان التشريعي لتحقيق أكبر قدر ممكن من الإيجابيات، وتلافي أقصى ما يمكن تلافيه من سلبيات عند صياغة الحماية التشريعية للسر المصرفي.

فبالنسبة لإيجابيات تجريم إفشاء السر المصرفي فمنها أنه يوفر حاجزاً من الكتمان على الأموال في المصارف، وهو بذلك يحمي الحرية الشخصية بأن ينأى الشخص بدمته المالية بعيداً عن معرفة الآخرين، كما أنه يستقطب رؤوس الأموال الأجنبية التي تبحث عن مأوى وملجأ لها وبالتالي يوفر لها الاستقرار والأمان القانونيين، كل هذا يؤدي بالضرورة إلى تنمية الاقتصاد الوطني، ويشجع الاستثمار، ويرفع مستوى الحياة بالنسبة للدول والأفراد على حد سواء.

ومن جهة أخرى فإن الصرامة والتشديد في تجريم إفشاء السر المصرفي يعتبر غطاءً لإخفاء الأموال الناجمة عن طرق غير مشروعة كالمخدرات والتهرب وغيرها وذلك عندما يلتزم المصرف بعدم إفشاء أسرار هذه الأموال، بالإضافة إلى التسامح في حق من يرتكب العديد من الجرائم وأهمها في هذه الأيام جريمة غسل الأموال الملوثة،

وجعله بمنأى عن الرقابة القانونية اللازمة لمنعه من ارتكاب مثل هذه الأعمال الخطيرة.

٢- لقد دأبت في هذه الدراسة على عرض هذا الموضوع في إطار القانون اليمني بمختلف فروعه، وعقد المقارنات مع ما يراه الفقه الوضعي بشأن ذلك، للوصول إلى نتائج منطقية ومقبولة:

أ- ففي المبحث الأول تم التعرض لبيان ماهية السر المصرفي، وإيراد بعض التعريفات التي وضعها بعض شراح الفقه القانوني لهذا المصطلح، كون معظم التشريعات ومنها القانون اليمني لم تتبن تعريفاً محدداً له وهذا مسلك محمود يحسب لهذه التشريعات لعدم وجود تعريف جامع مانع للسر المصرفي، إضافة إلى أن وضع التعريفات ليس من عمل المشرع القانوني، علاوة على أن هذا المصطلح من الأمور التي لا يستطيع تحديد مفهومها لأنه يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص وطبيعة الوقائع والأحداث.

ومع ذلك خلصت إلى نتيجة هامة وهي أنه يمكن وضع مفهوم لفكرة السر المصرفي وذلك بدراسة نطاقه من حيث الأشخاص ومن حيث الوقائع وهو ما تم تناوله في هذا المبحث.

بالإضافة إلى نتيجة أخرى وهي أن الالتزام بالسر المصرفي بدأ واجباً أخلاقياً ودينياً وعرفياً، ثم استقر بعد ذلك التزاماً قانونياً يرتب المشرع على مخالفته جزاءً قانونياً يتمثل في العقوبة والتعويض، وتناولت في هذا المبحث أيضاً الحماية الجنائية للسر المصرفي بالنسبة للمصرف كشخص معنوي، ولموظفيه ومستخدميه الملمزمين بالمحافظة على السر المصرفي، وغيرهم من الأشخاص المكلفين قانوناً بذلك بحكم مهنتهم أو وظيفتهم.

ب- وفي المبحث الثاني ناقشت جريمة إفشاء السر المصرفي - بعد توضيح ما يلزم توضيحه في المبحث الأول - وفي هذه المناقشة استعرضت أركان هذه الجريمة وعقوبتها وقمت بإيراد النص القانوني العقابي في القانون اليمني الذي يجرمها، حيث تعتبر هذه الجريمة داخلية تحت النص الذي يجرم إفشاء أسرار المهنة باعتبار السر المصرفي نوع من أنواع الأسرار المهنية المعاقب على إفشائها في المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

وقد تناولت أركان هذه الجريمة والمتمثلة بثلاثة أركان، الأول: يتكون من عنصرين مفترضين هما محل الجريمة والصفة الخاصة للفاعل، ثم الركن الثاني: وهو الركن المادي المتمثل في فعل الإفشاء، وتطرقنا كذلك للركن الثالث: وهو الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي.

وفيما يتعلق بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة وجدت أن هذه الجريمة هي من جرائم التعزير، كما أنها جريمة غير جسيمة، وتناولت في هذا المبحث عقوبة كل من الإفشاء البسيط غير المشدد، وعقوبة الإفشاء المشدد، وقمت برسم ملامح كل من هاتين العقوبتين وأوجه التشابه والاختلاف فيما بينهما، ورأيت أن كلا العقوبتين لا تعدان كافيتين في مقابل خطورة وأهمية هذه الجريمة.

ج- ولاحظت في المبحث الثالث من خلال استعراض أسباب إباحة إفشاء السر المصرفي أن السرية المصرفية ليست مطلقة وإنما هي نسبية في القانون اليمني، وأن لها استثناءات تجيز فعل الإفشاء، ومن هذه الاستثناءات ما يعتبر عاماً تشترك فيها مع باقي الجرائم المنصوص عليها في قانون الجرائم والعقوبات، ومنها ما يعد خاصاً بهذه الجريمة وبعض الجرائم القليلة الأخرى، واكتفيت بدراسة الاستثناءين الخاصين المتمثلين بالإفشاء بناءً على رضا صاحب الشأن، والإفشاء في الأحوال المصرح بها قانوناً، وهذان الاستثناءان هما نتيجة لكون السرية المصرفية تقوم على عدة اعتبارات هامة أولها: حماية الحرية الشخصية، وثانيها: حماية مصلحة المصرف نفسه، وأخيراً حماية المصلحة العامة، وهنا تقدم المصلحة الأولى بالرعاية.

٣- وفي الأخير يجب التأكيد على النتيجة الأهم في هذا الموضوع وهي أن المشرع اليمني يعتبر السر المصرفي نوعاً من أنواع السر المهني المحمي جنائياً في نص المادة (٢٥٨) من قانون الجرائم والعقوبات، أي أنه لم يفرد نصوصاً خاصة وتنظيماً مستقلاً يضمن حماية أكبر لهذا السرمع ماله من أهمية كبيرة، بعكس بعض مشرعي الدول الأخرى- ومنهم المشرع المصري والمشرع اللبناني- الذين وضعوا قانوناً مستقلاً لحماية السرية المصرفية ليقينهم التام أن مثل هذا العمل التشريعي يشكل ضرورة ملحة لتوفير المناخ الاستثماري اللازم للتنمية الوطنية ولتحقيق الرقي الاقتصادي.

## ثانياً: التوصيات:

١- من خلال دراسة موضوع جريمة إفشاء السر المصرفي بكل جوانبها، وجدت أن حماية الأسرار المصرفية تحقق من الفوائد والمزايا ما يدعو إلى تطبيقها والتمسك بها، وفي بداية الأمر يجب التأكيد على ضرورة إيلاء الموضوع أهمية خاصة وذلك بنشر الوعي والثقافة القانونية في مجتمعنا وعلى وجه الخصوص بين أوساط من يشتغلون في مجال القانون لتبصير الجميع بأهمية هذا الموضوع، وذلك لحماية المصلحة العامة في المجتمع، وضبط كل من يرتكب هذه الجريمة، وإيصاله إلى المحاكم لتطبيق النصوص العقابية عليه.

٢- وبما أننا في اليمن بلد محدود الإمكانيات، ويحتاج إلى نمو اقتصادي لإغناؤه نرى أنه من الضرورة بمكان تطبيق السرية المصرفية لدينا، وتقديم الخدمات والتسهيلات المصرفية لجذب رؤوس الأموال الأجنبية بما يساعد على إنعاش اقتصادنا الوطني وازدهار التنمية الاجتماعية.

٣- إن الحماية التجارية للأسرار المصرفية المنصوص عليها في فروع القانون التجاري اليمني ليست كافية كون هذه النصوص تقتصر على رسم الإطار التنظيمي العام لهذا الموضوع الهام، وهذا لا يكفي لإسباغ الحماية التجارية الكاملة للأعمال المصرفية ومنها الأسرار المصرفية ذلك أن الحماية يجب أن تستند إلى نصوص تشريعية صريحة، كما أن الحماية الجنائية الحالية للأسرار المصرفية في بلدنا اليمن المتمثلة بالنصوص العامة في قانون الجرائم والعقوبات عاجزة عن أن تواجه واقع التعامل في الحقل المصرفي، لأن هذه النصوص وضعت في مستهل عهدها لتساير طبيعة المجتمع الذي كانت تنظمه، حيث تواجه الجريمة التقليدية والمجرم التقليدي، أما الآن فقد ظهرت على الساحة الجرائم الاقتصادية التي يمكن أن تمتد لتؤثر على الوضع الاقتصادي للأفراد والدول، وهذا كله يشكل قصوراً في الحماية التشريعية.

٤- وفي سبيل حل مثل هذه المشكلة (عدم توفير الحماية التشريعية الكاملة للأسرار المصرفية) فإنه قد آن الأوان لكي يعجل المشرع اليمني بوضع تنظيم قانوني خاص متكامل، يتمثل في كيان قائم بذاته ينفرد بمقوماته الخاصة سواء من الناحية التجارية أو الناحية العقابية، بحيث ينفرد هذا الموضوع بقانون

خاص يسمى «قانون السرية المصرفية اليمني» يحدد معالم هذا الكيان وتلك المقومات بشكل متزن، حتى لو خرجت هذه المعالم عن المألوف في القانون التجاري أو القانون العقابي، متلافياً فيه ثغرات ومستجعماً محاسن وردت في قوانين أخرى.

٥- كما نوصي بإلزام المصارف العاملة بإبرام معاهدة أو اتفاق شرف لاحتزام السرية المصرفية وعدم إساءة استعمالها أو تطبيقها، وتتضمن هذه المعاهدة أو هذا الاتفاق جزاءات رادعة لها عن إفشاء هذه الأسرار.

٦- أما ما يتعلق بنصوص قانون الجرائم والعقوبات اليمني وعلى وجه الخصوص تلك المنظمة لمسائلة الأشخاص المعنوية جنائياً (ومنها المصارف) والتي أوردت نوعاً واحداً من أنواع المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية وهي المسؤولية المباشرة، فنوصي بالنص على النوع الآخر من أنواع هذه المسؤولية وهي المسؤولية غير المباشرة للأشخاص المعنوية (المسؤولية بالتضامن مع الأشخاص الطبيعيين الداخليين في تكوينها) في نصوص واضحة وإفراد مواد قانونية تتناول ذلك، كما فعلت معظم قوانين العقوبات المقارنة، لما لهذه الأشخاص المعنوية (ومنها المصارف) من دور هام وخطير في مختلف مناحي الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والقانونية.

## قائمة مصادر البحث<sup>(١)</sup>

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: الكتب والرسائل والأبحاث العلمية في الفقه الحديث:

- ١- الأسس القانونية لعمليات البنوك - د. سميحة القليوبي - الطبعة الثانية - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣م.
- ٢- أصول الفقه الإسلامي - د. وهبة الزحيلي - الجزء الأول - الطبعة الثالثة - دمشق، سوريا - دار الفكر - ٢٠٠٥م.
- ٣- إفشاء السراطبي وأثره في الفقه الإسلامي - د. علي محمد علي أحمد - الطبعة الأولى - الإسكندرية، مصر - دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٧م.
- ٤- امتناع المساءلة الجنائية - د. عبد الحكم فوده - الإسكندرية، مصر - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٩٧م.
- ٥- تبييض الأموال والسرية المصرفية - زياد نديم حماده - الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية - المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية - الجزء الثالث - الجرائم المتعلقة بأعمال المصارف - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان - ٢٠٠٢م.
- ٦- التشريع الجنائي الإسلامي - عبد القادر عوده - المجلد الأول - القاهرة، مصر - دار التراث - ٢٠٠٣م.
- ٧- جرائم الاختطاف والتقطع - د. علي حسن الشرفي - محاضرات أقيمت علينا في المعهد العالي للقضاء في السنة الدراسية الثانية - ٢٠٠٧م.
- ٨- جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال - د. رؤوف عبيد - الطبعة السابعة - القاهرة، مصر - دار الفكر العربي - ١٩٧٨م.
- ٩- جرائم الموظفين في القانون والقضاء اليمني - د. حسن علي مجلي - الطبعة الأولى - صنعاء، اليمن - مركز عبادي للدراسات والنشر - ٢٠٠٧م.

(١) \* تم ترتيب مصادر البحث وفقاً للترتيب الأبجدي للعناوين.

- ١٠- جرائم النشر والإعلام، الكتاب الأول - د. طارق سرور - الطبعة الأولى - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤م.
- ١١- جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي - الطبعة الأولى - القاهرة، مصر - سعد سمك للطباعة - ١٩٩٩م.
- ١٢- الحماية الجنائية لأسرار الدولة - د. مجدي محب حافظ - القاهرة، مصر - الهيئة المصرية العامة للكتاب - ١٩٩٧م.
- ١٣- الحماية الجنائية للائتمان المصرفي - د. محمد عبد اللطيف فرج - القاهرة، مصر - بدون دار النشر - ٢٠٠٦م.
- ١٤- شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص - د. عبد الناصر محمد الزداني - الطبعة السادسة - صنعاء، اليمن - مركز الصادق - ٢٠٠٨م.
- ١٥- شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام - د. حسن علي مجلي - الجزء الأول - الطبعة الثانية - صنعاء، اليمن - مركز الشرعي - ٢٠٠٢م.
- ١٦- شرح قانون العقوبات - د. عبد الحميد الشواربي - الطبعة الأولى - الإسكندرية، مصر - منشأة المعارف - ١٩٩١م.
- ١٧- شرح قانون العقوبات، القسم الخاص - جرائم الاعتداء على الأشخاص - د. محمود نجيب حسني - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ١٩٧٨م.
- ١٨- شرح قانون العقوبات الأهلي - أحمد أمين بك - الطبعة الثالثة - القاهرة، مصر - الدار العربية للموسوعات - ١٩٨٢م.
- ١٩- شرح قانون العقوبات اليمني، القسم العام - د. علي حسن الشرفي - الطبعة الرابعة - صنعاء، اليمن - أوان للخدمات الإعلامية - ٢٠٠٤م.
- ٢٠- رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية - د. محمد صبحي نجم - الطبعة الأولى - عمان، الأردن - دار الثقافة للنشر والتوزيع - ٢٠٠٠م.
- ٢١- العقود التجارية وعمليات البنوك - د. مصطفى كمال طه - الإسكندرية، مصر - دار المطبوعات الجامعية - ٢٠٠٢م.
- ٢٢- عمليات البنوك من الوجهة القانونية - د. علي جمال الدين عوض - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ١٩٨١م.

- ٢٣- قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، العقوبات - د. طاهر صالح العبدى - الطبعة الثانية - صنعاء اليمن - مكتبة الصادق - ٢٠٠٥م.
- ٢٤- قانون العقوبات، القسم العام - د. محمد صبحي نجم - الطبعة الثالثة - عمان، الأردن - مكتبة دار الثقافة - ١٩٩٦م.
- ٢٥- كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي - شريف بن أدول بن إدريس - الطبعة الأولى - عمان، الأردن - دار النفايس - ١٩٩٧م.
- ٢٦- المحافظة على أسرار العملاء وعدم التدخل في شؤونهم - د. هشام البساط - المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين - المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية - الجزء الثالث - الطبعة الثانية - المسؤولية المهنية الإعلامية والمصرفية والمحاسبية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، لبنان - ٢٠٠٤م.
- ٢٧- المد والجزر بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، دراسة مقارنة - هيام الجرد - الطبعة الأولى - بيروت، لبنان - منشورات الحلبي الحقوقية - ٢٠٠٤م.
- ٢٨- مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالسر المهني أو الوظيفي - د. عادل جبري محمد حبيب - الطبعة الأولى - الإسكندرية، مصر - دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٣م.
- ٢٩- مسؤولية البنك في عقود الائتمان - عباس عيسى هلال - رسالة دكتوراه في الحقوق مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة القاهرة، مصر - ١٩٩٣م.
- ٣٠- المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي، دراسة مقارنة - محمد عبد الودود عبد الحفيظ أبو عمر - الطبعة الأولى - عمان، الأردن - دار الثقافة - ١٩٩٩م.
- ٣١- المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، رسالة ماجستير - موفق علي عبيد - الطبعة الأولى - عمان، الأردن - مكتبة دار الثقافة - ١٩٩٨م.
- ٣٢- المسؤولية الجزائية للأطباء والصيدال - منير رياض حنا - الإسكندرية، مصر - دار المطبوعات الجامعية - ١٩٨٩م.
- ٣٣- المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية، دراسة مقارنة - د. غادة عماد الشرييني - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ١٩٩٩م.

- ٣٤- مشكلة غسيل الأموال وسرية الحسابات بالبنوك - د. ماجد عبد الحميد عمار - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢م.
- ٣٥- نظرية دفع المسؤولية الجنائية - د. محمد علي سويلم - الإسكندرية، مصر - منشأة المعارف - ٢٠٠٧م.
- ٣٦- الوجيز في المالية العامة - د. عبد الله حسين بركات - الجزء الأول - صنعاء، اليمن - مكتبة الصادق - ٢٠٠٥م.
- ٣٧- الوجيز في نظرية الالتزام - د. محمود جمال الدين زكي - الجزء الأول - القاهرة، مصر - مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر - ١٩٦٨م.
- ٣٨- الوسيط في شرح قانون التجارة المصري - د. سميحة القليوبي - الجزء الثاني - الطبعة الرابعة - القاهرة، مصر - دار النهضة العربية - ٢٠٠٥م.

#### ثالثاً: معجمات اللغة:

- ٣٩- لسان العرب - العلامة جمال الدين محمد بن مكرم الملقب ابن منظور (المتوفى سنة ٧١١هـ)، الجزء الثاني - بيروت، لبنان - مؤسسة التاريخ العربي - ١٩٩٣م.
- ٤٠- مختار الصحاح - العلامة محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (المتوفى بعد سنة ٦٦٠هـ)، الطبعة الأولى - بيروت، لبنان - دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع - ٢٠٠٦م.

#### رابعاً: التشريعات القانونية:

- ٤١- دستور الجمهورية اليمنية - سلسلة القوانين اليمنية - صنعاء، اليمن - مكتبة خالد بن الوليد - ٢٠٠١م.
- ٤٢- القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٠م بشأن البنك المركزي اليمني - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - أغسطس ٢٠٠٦م.
- ٤٣- القانون رقم (٣٨) لسنة ١٩٩٨م بشأن البنوك - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - أغسطس ٢٠٠٦م.
- ٤٤- القانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩١م بشأن الخدمة المدنية - مجموعة القوانين الشخصية والعمالية - الكتاب الخامس - الطبعة الأولى - وزارة العدل - ٢٠٠٣م.

- ٤٥- القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م بشأن الشركات التجارية وأخر تعديلاته بالقانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٤م وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - أغسطس ٢٠٠٥م.
- ٤٦- القانون رقم (٣١) لسنة ١٩٩١م بشأن ضرائب الدخل - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - ديسمبر ٢٠٠٦م.
- ٤٧- القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الأولى - مطابع التوجيه المعنوي - ٢٠٠٦م.
- ٤٨- القانون رقم (٣٥) لسنة ٢٠٠٣م بشأن مكافحة غسل الأموال - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الرابعة - مطابع التوجيه المعنوي - نوفمبر ٢٠٠٧م.
- ٤٩- القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - مايو ٢٠٠٧م.
- ٥٠- القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثانية - مطابع التوجيه المعنوي - نوفمبر ٢٠٠٥م.
- ٥١- القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م بشأن القانون التجاري - وزارة الشؤون القانونية - الطبعة الثالثة - مطابع التوجيه المعنوي - مايو ٢٠٠٧م.
- ٥٢- القرار الجمهوري بالقانون رقم (٥) لسنة ١٩٩٥م بشأن قانون العمل وأخر تعديل له بالقانون رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٣م - مجموعة القوانين الشخصية والعمالية - الكتاب الخامس - الطبعة الأولى - وزارة العدل - ٢٠٠٣م.



البحر والدراسات القضائية والقانونية

# ضوابط استنباط الحكم الشرعي كمصدر للقاعدة القانونية<sup>(١)</sup>

الأستاذ. الدكتور/ محمد عبد الملك محسن المحبشي

الأستاذ بكلية الشريعة والقانون بجامعة صنعاء

(١) أصل هذا البحث، بحث منشور للمؤلف بعنوان: «تطبيق الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات: المبررات والضوابط (دراسة تأصيلية)» منشور في المجلة العلمية للأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، المجلد الأول - العدد الأول - ٢٠١٨م.

مجلة  
البحر والدراسات  
القانونية والقضائية

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه  
أجمعين، وبعد:

إن مبدأ الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات يعد أهم مبدأ قانوني دستوري في النظام القانوني اليمني، منذ دخول الإسلام اليمن سنة (١٠هـ). فالشريعة الإسلامية في المجتمع اليمني لا تمثل قواعد أخلاقية تنظم الأخلاق والآداب في المجتمع اليمني فحسب، ولكنها تمثل قواعد تنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع، لتكون بذلك القانون الذي ينظم سلوك الأفراد في المجتمع، وهذا المبدأ نابع من شعور الأفراد في المجتمع اليمني بأهمية تطبيقه بينهم كون ذلك هو عنوان دينهم وحضارتهم ورفيهم، والعجيب أننا نسمع بعض الآراء الشاذة والغريبة عن المجتمع اليمني والتي تنادي بإغفال هذا المبدأ من النص عليه في الدستور، بل نجدها تصرح -أحياناً- بأن هذا المبدأ هو سبب لتأخر المجتمع عن ركب الحضارة، وأن الشريعة لا تواكب التطورات العلمية الحديثة، وأنها تخالف قواعد الدولة المدنية الحديثة وقواعد القانون الدولي الحديث. ولا شك أن هذا الكلام فيه افتراء وتعدٍ على الشريعة الإسلامية.

كما أن هذه الآراء لا يوجد لها أي مبررات علمية، وإنما هي قائمة على العاطفة وردة فعل خطأ بسبب الانحراف في تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية.

والعجيب أن من يعارض هذا المبدأ في تطبيق الشريعة الإسلامية يدعي أنه وطني وقومي، ولكن نجده يتنكر عن تراث المجتمع اليمني القانوني القائم على دين الإسلام الحنيف.

إلا أننا نجد الفكر القانوني الغربي يقوم بإحياء التراث القانوني الروماني القائم على الوثنية، بل نجدهم يعتزون بذلك، بينما نجد مفكرينا يحاربون تراثنا القانوني، ويحاولون طمس، والأخذ من القوانين الغربية القائمة على التراث الفكري والقانوني الوثني لدى الرومان واليونان، ولا شك أن هؤلاء قد ظلموا أنفسهم وظلموا مجتمعاتهم باستيراد تلك القوانين الغربية عن المجتمع اليمني المسلم.

وبالجانب الآخر نجد أن المدرسة الفقهية التقليدية تحاول أن تفسر الشريعة الإسلامية بتفسير ضيق تقتصر به على فتاوى فقهية اجتهادية قديمة، وجدت بسبب مصالح وقتية لظروف المجتمع والبيئة التي كانوا يعيشون فيها، ويريدون أن يسقطوا تلك الفتاوى على الوقت المعاصر متجاهلين كثيراً التغيير الكبير في ظروف المجتمع بسبب

التطور العلمي وغيره، ويحاولون أن يوهموا الناس أن هذه هي أحكام الشريعة الإسلامية، متجاهلين أنها أحكام فقهية اجتهادية تتغير بتغيير ظروف الزمان والمكان حسب القاعدة الفقهية الاجتهادية بتغيير الفتوى واختلافها بحسب تغير الزمان والمكان. والقواعد التي تجعل العرف مصدراً للتشريع، كقاعدة «العادة محكمة» وقاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»<sup>(١)</sup>. ولما كان من الطبيعي أن قواعد العرف تتغير حسب تغيير حالة المجتمع، فإذن تتغير هنا الفتوى من زمان لآخر وهكذا.

وستتناول موضوعنا هذا في مطلب تمهيدي ومبحثين كما يلي:

**مطلب تمهيدي: مفهوم مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات».**

- **المبحث الأول: المبررات الفلسفية والعلمية لتطبيق هذا المبدأ في اليمن.**
- **المبحث الثاني: ضوابط تطبيق المبدأ في اليمن والرقابة عليه.**

(١) إبراهيم محمد الأهدل، الأقمار المضيئة شرح القواعد الفقهية، مكتبة جدة، ط١، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦م، ص٢٦، د. محمد مصطفى شلبي، المخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ١٣٨٨هـ-١٩٦٩م، ص٣٤.

## مطلب تمهيدي

### مفهوم مبدأ «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات»

وستتناول في هذا المطلب الموضوعات التالية:

- الفرع الأول: التعريف بمصطلحات مبدأ «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات».
- الفرع الثاني: لمحة تاريخية عن دور الأديان في تنظيم المجتمعات (كمصدر للقانون).
- الفرع الثالث: لمحة تاريخية خاصة عن دور الدين (الشرعية الإسلامية) في تنظيم المجتمع اليمني (كمصدر للقانون اليمني).

## الفرع الأول

### التعريف بمصطلحات مبدأ

#### «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات»

يتضمن مبدأ «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات» عدة مصطلحات من الضرورة التعرف عليها أولاً قبل تعريف المبدأ باعتباره مصطلحاً مركباً. وستتناول تعريف المفردات، ثم التعريف المركب، كما يلي:

#### (أ) تعريف مفردات مبدأ «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات»:

تضمن مبدأ «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات» مفردات (الشرعية الإسلامية) و(مصدر) و(تشريعات)، وسنذكر تعريف كل مصطلح كما يلي:

#### ١) تعريف الشرعية الإسلامية والفقهاء الإسلامي والقانون:

الشرعية لغة: هي مورد الماء. واصطلاحاً: هي مجموعة الأحكام التي شرعها الله للناس على لسان نبيه محمد صلى الله عليه وآله وسلم. وهي تشبه المعنى اللغوي في كون تلك الأحكام هي مورد المسلمين لتنظيم حياتهم كموردهم إلى الماء<sup>(١)</sup>.

(١) ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار المعارف، بيروت، ج ٥، ص ٣٧٥٩، المعجم الوسيط، إصدار معجم اللغة العربية، القاهرة، ص ٧٩٨.

١. أما الفقه الإسلامي: فالفقه لغة يطلق على الفهم الدقيق والعميق للأشياء. ويعرف الفقه اصطلاحاً: بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المستنبطة المكتسبة من أدلتها التفصيلية<sup>(١)</sup>.

فالشريعة الإسلامية هي الأحكام التي شرعها الله تعالى عن طريق الأدلة الشرعية. أما الفقه الإسلامي فهو العلم بتلك الأحكام الشرعية، فطريق معرفة أحكام الشريعة الإسلامية هو الفقه الإسلامي، فالعلاقة بين الشريعة والفقه أن الفقه هو طريق معرفة الشريعة<sup>(٢)</sup>.

ولما كانت الشريعة الإسلامية قائمة على رعاية المصالح بجلب المنافع ودرء المفساد، فإن طريق معرفة أحكام الشريعة الإسلامية بطريق مباشر أو غير مباشر والمصالح التي جاءت فيها عن طريق الفقه الإسلامي إما مباشرة أو غير مباشرة.

أ) أما الطريق المباشر لمعرفة أحكام الشريعة الإسلامية في حالة وجود مصلحة نص عليها من الوحي المتلو (الكتاب) وغير المتلو (السنة)، فيكون دور الفقيه هنا البحث عن هذا النص الذي وردت فيه المصلحة مع التأكد من صحته إذا كان غير متواتر، من حيث السند والتمن، ثم معرفة دلالاته على الحكم الشرعي عن طريق قواعد تفسير النصوص الشرعية، فيكون دور الفقيه هنا ناقلاً لحكم شرعي سابق، فهو تشريع إلهي محض.

ب) أما الطريق غير المباشر لمعرفة أحكام الشريعة الإسلامية، فيكون في حالة عدم وجود نص شرعي من الوحي فيكون دور الفقيه هنا الاجتهاد والبحث عن مصلحة حكم شرعي سابق يشبه الواقعة الجديدة فيلحقها بها وهو القياس، والمصلحة المشابهة تسمى العلة، وقد يكون بالبحث عن مصالح كاملة نصت عليها مجموعة من النصوص الشرعية، تدخل الواقعة الجديدة في تلك المصلحة، ويسمى ذلك بالاستصلاح أو المصلحة المرسلة. وتُعرف المصالح العامة بمقاصد الشريعة، وهي المحافظة على الدين والنفس والعرض والمال والعقل. ويكون دور الفقيه

(١) محمد علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط٤، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص٦١، د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط١٣، ١٣٧١هـ - ١٩٩٦م، ص٣٤، د. محمد مصطفى شلبي، المخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص٣٤.

(٢) د. يوسف أحمد بدوي، تاريخ التشريع الإسلامي تاريخ الفقه الإسلامي وأصوله، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص١٧.

هنا هو كاشف لحكم الشريعة على ضوء قواعدها، ويعرف هذا بالاجتهاد<sup>(١)</sup>.

٢. **تعريف القانون:** ولما كان القانون هو المصطلح المقابل للشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي، فإن القانون يعرف لغة بمعنى الأصل وبمعنى العلاقة الثابتة بين شيئين<sup>(٢)</sup>.  
وهو اصطلاحاً: القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع تنظيماً مقترناً بالجزاء<sup>(٣)</sup>.

وهكذا نلاحظ التشابه بين مصطلح الشريعة والقانون في أن موضوع كل منهما ينظم حياة الأفراد في المجتمع، ويختلفان من حيث المصدر، فهو في الشريعة وحي إلهي من الله سبحانه وتعالى الذي يعلم مصلحة تنظيم حياة الأفراد في المجتمع؛ لأنه هو الخالق لهم ويعلم ما ينفعهم، قال الله تعالى: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [سورة الملك: ١٤].

أما القانون فهو وضعي من وضع البشر، ولذلك فهو قاصر بسبب قصور البشر المنظمين له وهو خاضع لأهوائهم وشهواتهم وثقافتهم ونحو ذلك<sup>(٤)</sup>.

#### ٢) تعريف المصدر:

**المصدر لغة:** هو السبب المنشئ والأصل الذي يرجع إليه. وفي اصطلاح القانونيين هو الأصل الذي يرجع إليه عند وضع قاعدة قانونية أو لمعرفة حكم القانون أو تفسيره، وتنوع مصادر القانون حسب الحاجة إليه كما يلي:

١- **حسب الحاجة إلى وضع قانونية (مصدر مادي):** ويقصد بالمصدر المادي هي المراجع العلمية للمشرع عند وضعه لقاعدة قانونية مكتوبة لإيجاد حل قانوني لظاهرة معينة. وبعد وضع تلك القاعدة وصياغتها في تشريع مكتوب يصير المصدر المادي هنا هو المصدر التاريخي لتلك القاعدة.

٢- **حسب الحاجة إلى معرفة حكم القانون (مصدر رسمي):** وهو المرجع الذي تستمد منه القاعدة القانونية الملزمة ويلجأ إليه القاضي عند إصدار حكمه في

(١) المرجع السابق، ص ١٤.

(٢) د. جميل الشرفاوي، دروس في أصول القانون (المدخل لدراسة القانون)، دار النهضة العربية القاهرة، ص ١١.

(٣) المرجع السابق، ص ١١.

(٤) د. يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية القاهرة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م، ص ٥٦.

قضية معينة، ويلجأ إليه الفقيه القانوني عند إصداره آراء قانونية ونحوه.

٣- حسب الحاجة إلى تفسير القانون (مصدر تفسيري): وهو ذلك المصدر الذي يفسر النصوص القانونية الغامضة لتوضيح مبهمه ويقوم به الفقه والقضاء<sup>(١)</sup>.

### (٣) تعريف التشريعات:

يعرف التشريع بأنه: «القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة المختصة». وعملية صياغة هذه القواعد تسمى بالتقنين، وتختلف أنواع التشريع كما يلي:

١- التشريع الأساسي (الدستور): وهي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي تبين الأسس العامة لتكوين الدولة سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وفكرياً، وتبين سلطاتها. ويتم إصدارها عن طريق الشعب بالاستفتاء.

٢- التشريع الرئيسي (القوانين): وهي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية (مجلس النواب).

٣- التشريع الفرعي (اللوائح): وهي مجموعة القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة التنفيذية (الحكومة والأجهزة التنفيذية التابعة لها). ويكون الغرض منها إما تنفيذ قانون صادر عن السلطة التشريعية وتسمى لوائح تنفيذية، أو تنظيم عمل مرفق عام ويطلق عليها لوائح تنظيمية، أو بغرض المحافظة على الأمن والسكينة وحماية المصلحة العامة وتسمى لوائح الضبط<sup>(٢)</sup>.

### (ب) التعريف المركب لمبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات»:

من خلال تعريف مصطلحات المفردات المكونة لهذا المبدأ، وهي مصطلح الشريعة الإسلامية وما يتعلق به من مصطلحي الفقه والقانون، ومصطلح المصدر ومصطلح التشريعات نستطيع أن نستخلص التعريف المركب لمبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات» كالآتي:

حيث يعني هذا المبدأ أن أحكام الشريعة الإسلامية والتي نعرفها عن طريق الفقه الإسلامي بطريقتيه النقلية والاجتهادية، يجب أن تكون هي مصدر للمشرع اليمني عند

(١) د. جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص ١١٢، يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط ١، ص ١١.

(٢) د. محمد حسين الشامي، الوجيز في مدخل القانون، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ط ٤، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م، ص ٨٤.

وضعه للقاعدة القانونية (مصدر مادي وتاريخي)، وللقاضي والفقيه القانوني لمعرفة حكم القانون عند إصدارهما لحكم قضائي أو رأي قانوني في حالة عدم وجود تشريع، وهي مصدر أيضاً للقاضي أو الفقيه عند تفسير قاعدة قانونية. وتكون الشريعة الإسلامية مصدراً للعمل القانوني المطلق لكافة صور التشريعات سواء الأساسية (الدستور) أو الرئيسية (القوانين) أو الفرعية (اللوائح) بما في ذلك القوانين المصادقة على الاتفاقيات الدولية ونحوها من قواعد القانون الدولي.

وهكذا نجد أنه يجب على كل من يمارس عملاً قانونياً كوضع قاعدة (قانونية التشريع، النص) أو معرفة حكم القانون (القضاء - استشارة قانونية)، أو تفسير القانون، أياً كان موضوع العمل القانوني تشريعاً أساسياً (الدستور) وتشريعاً رئيسياً (القوانين) وتشريعاً فرعياً (اللوائح). وأياً كان موضوع التشريع عاماً (دستوري - إداري - مالي - جنائي) أو خاصاً (أحوال شخصية - مدني - تجاري - عمل) أو إجرائياً (مرافعات - إثبات - تحكيم... إلخ).

## الفرع الثاني

### لمحة تاريخية عن دور الأديان في تنظيم المجتمعات (كمصدر للقانون)

يعرف الدين لغة بأنه كل خضوع على وجه ما لشيء ما تقديساً له وتقرباً إليه. أما تعريف الدين اصطلاحاً: فهو الاعتقاد بوجود قوة غيبية (الله عند الأديان السماوية - الآلهة لدى الأديان الوضعية) هي التي أوجدت الكون، وتدبره وتسيره وتدين لهذه القوة بالخضوع والعبادة<sup>(١)</sup>.

والتدين فطرة ضرورية في الإنسان خلقها الله فيه؛ لأنها غذاء جانبه الروحي<sup>(٢)</sup>.

والأصل في تاريخ الإنسانية وجود الدين، أي السماوي والذي يرسله الله عن طريق الأنبياء عليهم السلام بدءاً من النبي آدم عليه السلام وانتهاءً بنبينا محمد صلى الله عليه وآله وسلم. أما وجود الأديان الوضعية فهي حالة شاذة تحصل بسبب انحراف البشر وبعدهم عن الوحي، ومع هذا تأتي الرسائل لتصحيح هذا الانحراف عن طريق الأنبياء والرسل عليهم السلام<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمد عبد الملك محسن المحبشي، تاريخ وفلسفة القانون، مطبوعات جامعة العلوم والتكنولوجيا، ط١،

١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، ص ٨٦.

(٢) المرجع السابق، ص ٨٦.

(٣) د. عبد المنعم البدر، مبادئ القانون، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٧٧م، ص ٢٠٠.

ولما كانت قواعد الأديان تقتضي الخضوع والتقديس فإن قواعده ستكون ملزمة، وبالتالي فإنها ستكون مصدراً للقانون، سواء أكانت أدياناً سماوية أم وضعية<sup>(١)</sup>.

وقد عرف تاريخ الإنسانية للأديان دور في التشريعات والقواعد القانونية في تنظيم حياة الحضارات القديمة، كالحضارة البابلية (قانون حمورابي) حيث وجدت فيه قواعد دينية وضعية، ومنها الحضارة الفرعونية، كما كان للدين الوثني أثر في الحضارة اليونانية القديمة والحضارة الرومانية (القانون الروماني)<sup>(٢)</sup>.

كما كان للأديان السماوية أيضاً دور في تنظيم حياة المجتمعات الموجودة فيها، فالدين اليهودي كان مصدراً للقانون اليهودي والشريعة اليهودي طيلة مراحلها التاريخية، كما كان للدين المسيحي أيضاً دور في القانون الروماني في مراحلها المتأخرة، بينما نجد أيضاً ظهور القانون الكنسي باعتباره قانوناً دينياً مصدره رجال الكنيسة في القرون الوسطى في الحضارة الأوروبية.

إلا أنه يُعاب على القواعد الدينية المأخوذة من الأديان الوثنية أو من الأديان السماوية المحرفة، أنها تتسم بالجمود واحتكار رجال الدين لمعرفتها وإحاطتها بشكليات غير مفهومه، كل ذلك يجعل تلك القواعد الدينية لا تناسب أن تكون قواعد قانونية<sup>(٣)</sup>.

كما كان للدين الإسلامي دور بارز كمصدر للشريعة الإسلامية والقانون الإسلامي طيلة فترات الحضارة الإسلامية. وكان لوجود قواعد الدين الإسلامي كمصدر قانوني ينظم حياة المجتمع الإسلامي أثر واضح في ازدهار الحضارة الإسلامية في جميع جوانبها العلمية والعمرائية والإنسانية، وذلك بسبب استقرار المجتمع الناتج عن تنظيمه بالقانون الإسلامي، وهي أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن أحكام الشريعة لم تتسم بصفات القواعد الدينية الأخرى من الجمود ونحوه، وهو ما سندلل عليه<sup>(٤)</sup>.

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده بمصر، ١٩٣٦-١٣٥٤هـ، ص ٦٥.

(٢) د. سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ النظم القانونية، دار الفكر المعاصر- صنعاء، ط ٣، ٢٠٠٣م، ص ٤٥.

(٣) د. محمد عبد الملك محسن المحبشي، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٤) د. عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م، ص ١٤.

## الفرع الثالث

### لمحة تاريخية خاصة عن دور الدين (الشريعة الإسلامية) في تنظيم المجتمع اليمني (كمصدر للقانون له)

وستتناول هنا دور الدين كمصدر للقانون اليمني في مراحل التاريخ اليمني المختلفة.

#### (أ) دور الدين كمصدر للقانون اليمني في مرحلة تاريخ اليمن القديم؛

ومرحلة تاريخ اليمن القديم هي مرحلة ما قبل الإسلام، وظهرت في اليمن حضارات تاريخية قديمة ودول سياسية مشهورة (معين - سبأ - حمير)، وظهرت فيها الأديان الوثنية، حيث عبد اليمنيون مجموعة من الآلهة، كما عرف اليمن القديم أيضاً الديانات السماوية حيث دخلت اليهودية بعد إسلام بلقيس ملكة سبأ في عهد نبي الله سليمان عليه السلام، كما دخلت النصرانية عن طريق بعثة رومانية ثم انتشرت عن طريق الأحباش، وكان لهذه الأديان في تاريخ اليمن القديم دور بارز في تنظيم المجتمع اليمني كمصدر للقانون اليمني وكان له أثر في كافة النظم القانونية (الحكم والإدارة - التقاضي - العقوبات - الأسرة - الملكية - العقود والالتزامات)<sup>(١)</sup>.

#### (ب) دور الدين كمصدر للقانون اليمني في مرحلة تاريخ اليمن الوسيط؛

ومرحلة تاريخ اليمن الوسيط هي مرحلة دخول اليمن الإسلام سنة (١٠هـ)، إلى مرحلة الدولة العثمانية الثانية (١٢٦٥هـ - ١٨٣٣م)، والتي بدخول الإسلام أصبح غالبية اليمنيين مسلمين، وهنا أصبح الدين الإسلامي الحنيف هو مصدر تنظيم حياة المجتمع اليمني، وكان القانون الإسلامي المتمثل في الشريعة الإسلامية هو السائد في كل فترة تاريخ اليمن الوسيط، إلا أن معرفة الشريعة الإسلامية اصطبغت حسب المدرسة القانونية التي يتبعها النظام السياسي، ففي عصر الدولة الزيدية مثلاً تمثلت الشريعة الإسلامية بمدرسة الفقه الزيدي، وفي عهد الدولة الصليحية تمثلت الشريعة الإسلامية بمدرسة الفقه الإسماعيلي، وفي عهد الدولة الأيوبية والرسولية والطاهرية تمثلت الشريعة هنا بمدرسة الفقه الشافعي. وفي عهد الدولة العثمانية الأولى تمثلت الشريعة هنا بمدرسة المذهب الحنفي، وكان القانون هنا عبارة عن آراء فقه كل مذهب، وعند عمل المتون الفقهية لدى فقهاء المذاهب كمتن الأزهار في فقه الزيدية، ومتن أبي

(١) د. سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ النظم القانونية، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

شجاع والزيد في الفقه الشافعي، أصبحت تلك المتون بمثابة القواعد القانونية المكتوبة (التشريعات)<sup>(١)</sup>.

### (ج) دور الدين كمصدر للقانون اليمني في مرحلة تاريخ اليمن الحديث:

وتمتد هذه المرحلة من تاريخ الدولة العثمانية في اليمن (١٢٦٥هـ/١٨٣٣م) مروراً بعهد أئمة بيت حميد الدين إلى قيام الثورة اليمنية (١٩٦٢/١٩٦٣م)، وتعد أيضاً هذه المرحلة امتداداً للتاريخ الوسيط إلا أنها امتازت بكون قواعد الشريعة الإسلامية هنا رسمية مكتوبة تمثلت في العهد العثماني بمجلة الأحكام العدلية، وفي عهد بيت حميد الدين باختيارات الأئمة. مع وجود الشريعة الإسلامية كقواعد قانونية غير مكتوبة في المناطق الجنوبية والشرقية فيما كان يعرف بالمحميات. أما في محمية عدن خاصة فقد تقلص دور الدين (الشريعة الإسلامية) كمصدر للقانون في المجال المدني والجنائي، بينما كان موجوداً في مجال الأحوال الشخصية كقواعد قانونية غير رسمية أي غير مكتوبة<sup>(٢)</sup>.

### (د) دور الدين كمصدر للقانون اليمني في مرحلة تاريخ اليمن المعاصر:

ويمتد هذا التاريخ من قيام الثورة اليمنية في الشمال ٢٦ سبتمبر ١٩٦٢م ضد الأئمة (بيت حميد الدين) وفي الجنوب ١٠ أكتوبر ١٩٦٣م ضد الاحتلال البريطاني، ومروراً بالوحدة اليمنية ٢٢/٥/١٩٩٠م إلى مرحلة الحوار الوطني الحالي. ولا يزال في هذه المرحلة للدين (الشريعة الإسلامية) دور في تنظيم المجتمع اليمني باعتباره مصدراً للقانون، إلا أنه هنا تحول مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات» من قاعدة دستورية عرفية غير مكتوبة إلى قاعدة دستورية مكتوبة رسمية؛ وذلك بسبب ظهور القواعد الدستورية المكتوبة بنشأة الدساتير في تاريخ اليمن المعاصر، بدءاً من دستور ثورة ١٩٤٨م وانتهاءً بدستور ٢٠٠٢م، حيث تضمنت دساتير اليمن هذا المبدأ، كدستور ١٩٤٨م، والدساتير المؤقتة بعد ثورة سبتمبر ١٩٦٢م في الشمال كدساتير ٦٢، ٦٣، ٦٤، والدستور الدائم ١٩٧٠م.

- أما في الجنوب فإنه بعد أن كانت قاعدة تطبيق الشريعة الإسلامية قبل ثورة أكتوبر ١٩٦٣م قاعدة دستورية عرفية، فإن هذه القاعدة بعد قيام ثورة أكتوبر بدأت تنحسر كثيراً، وتم استبعادها من دستور دولة اليمن الديمقراطية الشعبية عام ١٩٧٠م وانحسر تطبيق هذا

(١) د. محمد عبد الملك محسن المحبشي، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

(٢) د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٨٥.

المبدأ في النظام القانوني في الجنوب بسبب وجود النظام الاشتراكي العلماني. إلا أنه مازال موجوداً في قوانين الأحوال الشخصية مع تغيير في أحكامها، كمنع تعدد الزوجات، وتقييد الطلاق بالقضاء ونحوه. وبعد الوحدة عادت تطبيق المبدأ من جديد في المناطق الجنوبية بسبب وجود المبدأ كقاعدة دستورية مكتوبة في دستور دولة الوحدة ١٩٩٠م وتعديلاته<sup>(١)</sup>.

- وهكذا نلاحظ أن مبدأ «الشرعية مصدر جميع التشريعات» وتطبيق الشرعية الإسلامية كان هو المبدأ المطبق على كافة مراحل التاريخ اليمني الوسيط والحديث والمعاصر، وأن اليمن لم يتأثر كباقي الدول الإسلامية بموجة غزو القوانين الغربية الوضعية، وذلك بسبب الاستقلال السياسي لليمن، وبسبب تدين الشعب اليمني باستثناء فترة وجيزة في الجنوب، ثم عاد المبدأ ليطبق من جديد في اليمن ليعود إلى وضعه الطبيعي باعتبار شعب الجنوب، شعب كله مسلم ومتدين، وكان لهم دور كبير في نشر الإسلام خارج اليمن كإندونيسيا وجنوب شرق آسيا<sup>(٢)</sup>.

(١) د. محمد عبد الملك محسن المحبشي، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

(٢) د. محمد عبد الملك محسن المحبشي، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

## المبحث الأول

### المبررات لتطبيق مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات»

بعد استعراضنا لمفهوم مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات»، وعرفنا الوجود التاريخي العريق لهذا المبدأ طيلة التاريخ اليمني الوسيط والحديث والمعاصر، وكيف تحول من قاعدة دستورية عرفية غير مكتوبة إلى قاعدة دستورية رسمية مكتوبة، نصت عليها كافة الدساتير اليمنية المكتوبة. سنذكر في هذا المبحث مبررات لتطبيق هذا المبدأ في اليمن. وسنذكر المبررات الفلسفية والعلمية، ثم نؤكد على هذه المبررات بالرد على دعاوى وجود معوقات لتطبيق هذا المبدأ، كما يلي:

- **المطلب الأول:** المبررات الفلسفية لتطبيق هذا المبدأ.
- **المطلب الثاني:** المبررات العلمية لتطبيق هذا المبدأ.
- **المطلب الثالث:** الرد على مزاعم وجود معوقات لتطبيق هذا المبدأ.

## المطلب الأول

### المبررات الفلسفية لتطبيق هذا المبدأ

وهي المبررات الفلسفية لعلماء تاريخ وفلسفة القانون، وهي تقوم على مبادئ فكرية وفلسفية تجعل تطبيق مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات» وجوباً عقلياً ومنطقياً وأن الحياد عنه سيخالف المنطق والعقل وفيه خروج عن الفطرة. وسنتناول هذه المبررات الفلسفية في الفروع الآتية:

- **الفرع الأول:** احترام أفراد المجتمع اليمني لهذا المبدأ والتزامهم به.
- **الفرع الثاني:** الهدف من تنظيم الشريعة الإسلامية لحياة المجتمع هو تحقيق مصالح الأفراد في المجتمع.
- **الفرع الثالث:** مرونة قواعد الشريعة وقابليتها للتطور.
- **الفرع الرابع:** واقعية قواعد أحكام الشريعة الإسلامية.

## الفرع الأول

### احترام أفراد المجتمع اليمني لهذا المبدأ والتزامهم به

يقرر فقهاء فلسفة القانون أنه يجب في القواعد التي تنظم علاقات الناس كي تكون قواعد قانونية أن يعتقد الناس الالتزام بها؛ وذلك ليسهل تطبيقها عملياً.

وبتطبيق ذلك على الحكم الشرعي، نجد أن أفراد المجتمع اليمني يحترمون مبدأ تطبيق الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات، وهذا ناتج عن العقيدة الإسلامية للشعب اليمني وتمسكهم بالدين الإسلامي عقيدة وسلوكاً. هذا الاحترام لمبدأ تطبيق الشريعة الإسلامية جعلت الشريعة الإسلامية تمثل النظام العام للمجتمع اليمني بمعنى أن قواعد الشريعة بالنسبة للمجتمع اليمني تعد القواعد الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع في أساسه، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية.

كما أن قواعد الشريعة تمثل أيضاً بالنسبة للمجتمع اليمني ما يعرف بالآداب العامة في الفكر الفلسفي القانوني، وهي تعني مجموعة القواعد الخلقية التي يعتبرها المجتمع أساساً لا يجوز الخروج عليه<sup>(١)</sup>.

وبالتالي تصبح قواعد الشريعة الإسلامية قواعد ملزمة، من السهل جداً تضمينها في قواعد قانونية ملزمة؛ لأن الأفراد كانوا يلتزمون بها مسبقاً. وهذا يحقق غرض القواعد القانونية؛ ولذلك كان من الصعب الإتيان بقواعد غريبة عن المجتمع وثقافته لتكون قانوناً، وهي وإن نفذت فلن تكون ذات جدوى ولن يحقق القانون هدفه في تنظيم المجتمع ورقيه وتطوره. ولذلك نجد أن المشرعين عند وضع قواعد قانونية مكتوبة يأخذونها من قواعد العرف التي يطبقها الأفراد في المجتمع ويحترمونها. ولما كان أفراد المجتمع اليمني يطبقون أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم العلاقات فيما بينهم. ويعتبرون أن تلك الأحكام بالنسبة لهم ملزمة لهم ليمثل لهم مبدأ تطبيق الشريعة الإسلامية قاعدة دستورية عرفية غير مكتوبة، وبالتالي فإنه يجب أن تتحول إلى قاعدة دستورية مكتوبة<sup>(٢)</sup>.

ويرجع سبب اعتقاد أفراد المجتمع اليمني لإلزامية مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات»، ووجوب تطبيق الشريعة الإسلامية على جميع نواحي الحياة

(١) د عبد الودود يحيى، د نعمان جمعة، دروس في مبادئ القانون، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ١٩٩٨م، ص ٥٧.

(٢) د حسن عبد الحميد، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية (مقدمة تاريخية لمفهوم القانون)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٤٨٩.

في المجتمع اليميني يرجع ذلك إلى أمرين:

- الأمر الأول: العقيدة الإسلامية للفرد اليميني المسلم، الذي يعتقد بالله رباً خالق الكون ومالكة ومدبره ﴿قُلْ لِمَنِ الْأَرْضُ وَمَنْ فِيهَا إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ٨٤ سَيَقُولُونَ لِلَّهِ قُلْ أَفَلَا تَذَكَّرُونَ ٨٥ قُلْ مَنْ رَبُّ السَّمَاوَاتِ السَّبْعِ وَرَبُّ الْعَرْشِ الْعَظِيمِ ٨٦ سَيَقُولُونَ لِلَّهِ قُلْ أَفَلَا تَتَّقُونَ ٨٧﴾ [سورة المؤمنون]. فكانت النتيجة العقلية والمنطقية للاعتراف لله سبحانه وتعالى بالخلق والملك الاعتراف له سبحانه وتعالى بالحكم والأمر والنهي في ملكه ﴿أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ تَبَارَكَ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ﴾ [سورة الأعراف: ٥٥]. فالعدل أن الخالق والمنشئ والمالك هو الحاكم. ولذلك وصف الله سبحانه وتعالى العدول عن حكم الله هو الظلم ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [سورة المائدة: ٤٥]. كما وصفه الله بالفسق وهو الخروج عن طاعة الله بعدم امتثال حكمه ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ﴾ [سورة المائدة: ٤٧]. كما أن الحكم بغير ما أنزل الله يعد إنكاراً لحق الله في الربوبية والتي من آثارها الحكم. فإنكار الإنسان - مثلاً - على شخص التصرف في ملكه هو إنكار لملكيته. وإنكار الإنسان لحكم الله في خلقه هو إنكار لربوبية الله. ولذلك كان الحكم بغير ما أنزل الله كضراً ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الكَافِرُونَ﴾ [سورة المائدة: ٤٤]. ولذلك كان عدم تطبيق الشريعة في الحياة هو كفر وخروج عن الدين الإسلامي، قال تعالى: ﴿أَفْتُمُونَنِي بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ فَمَا جَزَاءُ مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنْكُمْ إِلَّا خِزْيٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ يُرَدُّونَ إِلَى أَشَدِّ الْعَذَابِ وَمَا اللَّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ﴾ [سورة البقرة: ٨٥].

- أما الأمر الثاني: للالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية: هو أن الاعتقاد بأن هذه الشريعة هي من عند الله سبحانه وتعالى الذي خلق الخلق ويعلم ما ينفعهم ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [سورة الملك: ١٤]، وبالتالي فإن الله راعى في تشريعه مصالح الخلق المادية والروحية الخاصة والعامة. بينما قانون البشر لا يراعي ذلك كونه التشريع الذي يصدر ممن هم قاصرون عن العلم بدقائق أنفسهم وأموالهم. وبالتالي ستخضع مصالح التشريع لأهواء المشرعين ومصالحهم الخاصة وثقافتهم. بينما الشريعة الإسلامية هي موافقة للفطرة البشرية التي فطر الناس عليها.

وهناك نتيجة أخرى ناتجة عن كون الاعتقاد بأن الشريعة من عند الله سبحانه وتعالى وهو سبحانه وتعالى الحكم العدل الذي لا يظلم أحداً من خلقه ﴿وَأَنَّ اللَّهَ لَيْسَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ﴾ [سورة آل عمران: ١٨٢]، كما أنه سبحانه وتعالى لا يفرق بين أحد من خلقه ﴿يَا أَيُّهَا

النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴿١٣﴾ [سورة الحجرات: ١٣]. ولذلك جاءت الشريعة بمبدأ المساواة بين الناس بغض النظر عن اختلافهم في اللون أو اللغة أو الجنس، وإن وجد بعض التفريق في الجنس فهو تفريق ناشئ من الفطرة وطبيعة اختلاف الخلق بين الذكر والأنثى ليس فيه أي جور أو ظلم، وإنما الظلم يكون في تشريع أحكام مخالفة لطبيعة خلق الإنسان مما يكلفه ويشق عليه<sup>(١)</sup>.

فهذا يدل على أن أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لليمينين هي قواعد قانونية غير مكتوبة أي أنها عرفية، وبالتالي من السهولة تحويلها إلى قواعد قانونية مكتوبة (التقنين).

## الفرع الثاني

### الهدف من تنظيم الشريعة الإسلامية لحياة المجتمع

#### هو تحقيق مصالح الأفراد في المجتمع

يقرر فقهاء تاريخ القانون للقواعد القانونية التي تنظم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد أن تحقق مصالح الأفراد ويضمن لهم الاستقرار.

ولما كانت الشريعة من عند الله سبحانه وتعالى، فإنه مما لا شك فيه أن الله سبحانه وتعالى ليس له مصلحة في امتثال عباده لشريعته فهو غني عن العالمين، فإيمان الناس وكفرهم لن يزيد في ملك الله شيئاً، ولن ينقص من ملك الله شيئاً. وبالتالي فإن الغرض والهدف من أحكام الشريعة الإسلامية هو تقرير مصالح العباد، ولذلك قرر الفقهاء قاعدة عامة بعد استقراءهم لجزئيات وفروع الشريعة الإسلامية، وهي أن الشريعة الإسلامية قامت على رعاية المصالح، وتكون رعاية المصالح بجانيها الإيجابي (جلب منفعة) والسلبى (درء مفسدة). ورعاية تلك المصالح ناتج عن علم الله بخلقه وأحوالهم في الحاضر والمستقبل، ولذلك قررت الشريعة الإسلامية أن في القصاص حياة ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ [سورة البقرة: ١٧٩]. فذو النظرة القاصرة مثلاً قد لا يفهم أن مصلحة الإعدام قصاصاً هو سبب لحفظ الحياة للمجتمع. ولكن المتأمل أن تطبيق القصاص سيمنع القاتل من القتل فسينتج وجود الحياة والأمن للمجتمع. بينما نجد المشرع الوضعي (البشر) تحكّمهم العاطفة

(١) د. يوسف القرضاوي، الشريعة الإسلامية وخلودها وصلاحيّتها للتطبيق في كل زمان ومكان، دار المعرفة الدار البيضاء، ط١، ١٤٢٩هـ - ١٩٨٨م، ص ١٨.

والقصور في تحقيق مصلحة المجتمع ومراعاة مصلحة القاتل دون المقتول، وينادون بإلغاء حكم الإعدام، مما جرأ الناس على القتل لأن القاتل يعلم أنه لن يُقتل، بينما لو علم القاتل أنه سيُقتل فلن يتجرأ الإقدام على القتل، وبالتالي سيتحقق حفظ حياة ونفس المقتول وحفظ الأنفس في المجتمع<sup>(١)</sup>.

وقد راعت الشريعة الإسلامية مراعاة خمس مصالح عامة للمجتمع عرفت بمقاصد الشريعة يتحقق بحفظ هذه المقاصد، حفظ النظام في المجتمع واستقراره.

وهذه المصالح هي:

- ١- مصلحة الدين: وهي مصلحة تراعي القوام الروحي في الإنسان وهو جانب التدين والذي هو فطرة الإنسان التي جُبل عليها، وينتج عن هذه المصلحة مراعاة الشريعة لأهم حقوق الإنسان المتعلقة بجانبه الروحي كحقه في التدين وحرية الاعتقاد، وهذا الحق مرتبط بالعقل والفكر، وحرية الإرادة والاختيار، والقناعة الشخصية للإنسان، وممارسة الشعائر الدينية، وهذه العقيدة تنبع من القلب ولا سلطان لأحد عليها إلا الله تعالى. ومن تطبيقات مراعاة مصلحة الدين في الشريعة الإسلامية وجود عدة مبادئ وحقوق منها التسامح الديني وحرية الاعتقاد لغير المسلم، واحترام بيوت العبادة، والمعاملة الإنسانية لغير المسلمين.
- ٢- مصلحة النفس: وهي مصلحة تراعي الجانب المادي للإنسان وهي أعظم مقومات وجود الإنسان وهي الحفاظ على حياته، وتقرر من رعاية الشريعة الإسلامية لها تقرير حق الحياة، وتحريم قتل الإنسان، وتحريم الانتحار، وتحريم الإذن بالقتل والإجهاض، وحرمة إفناء النوع البشري باستخدام وسائل الدمار الشامل، ويلحق بحق الحياة وجوب المحافظة على الكرامة الإنسانية.
- ٣- مصلحة العقل: وهي مصلحة يراعى فيها الجانب العقلي والفكري للإنسان، فالعقل الجانب الذي يميز الإنسان عن كافة المخلوقات، ولذلك شرع الإسلام أحكاماً تراعي العقل من حيث الدعوة إلى التفكير وتحريم استخدام كل ما يؤثر في العقل كاستخدام المسكرات والمخدرات ونحوها. ومن نتائج مراعاة مصلحة العقل حرية التفكير وحرية الرأي والتعبير.

(١) ترتيب فروق القرافي وتلخيصها والاستدراك عليها، أبو محمد عبد الله بن إبراهيم البقوري، مؤسسة المعارف، بيروت، ط٢، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص٣١.

٤- **مصلحة العَرَض**: وهذه المصلحة هي فرع عن مصلحة النفس كون حفظ العَرَض سيؤدي إلى حفظ النسل، ويؤدي إلى عدم اختلاط الأنساب وفيه محافظة على الكرامة الإنسانية وإلا كان الإنسان كالحَيوان تختلط فيه الأنساب ومن تطبيقات هذه المصلحة حرمة الزنا وحرمة الإجهاض ومنع تحديد النسل المطلق، وحماية حقوق الأسرة ونحوها.

٥- **مصلحة المال**: وراعت الشريعة مصلحة المال كونها الوسيلة المحققة لتحقيق مصالح الإنسان المادية والمعنوية والفكرية ونحوها، ومن نتائج رعاية هذه المصلحة رعاية حق التملك وحرمة أكل أموال الناس بالباطل، وتحريم إتلاف المال، وتحريم الربا<sup>(١)</sup>.

وهذا يدل على صلاحية جعل أحكام الشريعة الإسلامية قواعد قانونية؛ كون القانون هدفه تنظيم سلوك الأفراد في المجتمع.

### الفرع الثالث

#### مرونة قواعد الشريعة وقابليتها للتطور

يقرر فقهاء تاريخ وفلسفة القانون للقواعد القانونية أن تكون مرنة وغير جامدة، ولذلك يستبعدون قواعد الدين لجمودها.

والمتأمل في أحكام الشريعة الإسلامية يجدها مرنة وقابلة للتطور، وهذا ناتج عن مراعاة الشريعة لمصالح الأفراد في المجتمع، والتي تتطور هذه المصالح بسبب تطور ظروف المجتمع السياسية والفكرية والاقتصادية والاجتماعية. ولكن درجة هذا التطور تختلف من حال إلى حال، فدرجة تطور المصالح المتعلقة بالأسرة قليلة جداً وتكاد تكون نادرة، ولذلك جاءت الأحكام الشرعية المنظمة لشئون الأسرة بأحكام شرعية أكثر تفصيلاً كأحكام الزواج والطلاق والحضانة والإرث ونحوها.

- أما الأحكام الشرعية المتعلقة برعاية مصلحة المال فنجدها أقل عنها في الأسرة كون المعاملات المالية قد تطورت كثيراً؛ ولذلك نجد الأحكام الشرعية تناولت تنظيم المصالح الأساسية والثابتة المتعلقة بالمال، كمصلحة دفع مفسدة

(١) بن زغبة عز الدين، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، مطابع دار الصفوة، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، ص ٣٧.

أكل أموال الناس بالباطل عن طريق اشتراط التراضي في العقود، وتحريم الغرر والتدليس والإكراه، وكذا دفع مفسدة أكل الربا بتحريمه لضرره على اقتصاد الأمة الإسلامية.

- وفي مجال تنظيم حفظ الأمن في المجتمع فقد راعت الشريعة الإسلامية الحفاظ على تجريم ما يخل بمصلحة حماية الدين (حد الردة)، وحماية النفس (القصاص)، وحماية العرض (حد الزنا)، وحماية المال (حد السرقة)، وحماية العقل (حد الشرب)، وحماية الأمن العام والسكينة العامة (حد الحرابة)، تاركة للفقهاء تحريم وتجريم ما يُستحدث من مفاسد فيما يُعرف بالتعزير.
- أما في مجال تنظيم العلاقات السياسية كالحكم ونحوه، فإنه لما كانت هذه العلاقات قابلة للتطور كثيراً فإن الأحكام الشرعية جاءت بقواعد عامة كالشورى، والعدالة، والمساواة ونحوها.
- ومثلها أيضاً الأحكام الشرعية المنظمة للعلاقات الدولية فقد جاءت بمبادئ عامة، سواء ما كان في حالة السلم كاحترام المواثيق والعهود، واحترام العهد الدولي الذي لا يخالف الشريعة الإسلامية والعدالة والمعاملة بالمثل. ومثلها الأحكام المتعلقة بالحرب كتحريم الإضرار بالبيئة وتحريم قتل الأبرياء وحماية حقوق الأسرى ونحوها.
- كما أن مرونة وتطور الشريعة الإسلامية، لم يقتصر على قواعدها الموضوعية، بل تعدى ذلك ليشمل تطور مصادرها، فبعد أن كانت مصادر الشريعة الكتاب والسنة في عهد النبي صلى الله عليه وآله وسلم، جاء الاجتهاد ليكون مصدراً في العصور اللاحقة والذي تطور من إجماع وقياس واستحسان ومصالح مرسله... الخ<sup>(١)</sup>.

كل ذلك يدل على وجوب تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية.

(١) د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٥.

## الفرع الرابع

### واقعية قواعد أحكام الشريعة الإسلامية

يقرر فقهاء تاريخ وفلسفة القانون للقواعد القانونية أن تكون واقعية تعالج واقع المجتمع لا مثالية، كالقواعد الدينية المثالية لا الواقعية.

والشريعة الإسلامية وإن كانت مثالية تسعى للإنسان بأن يصل إلى المثالية والمتمثلة في الوصول إلى الفطرة التي خلق الله العباد لها وهي طاعته المطلقة كباقي المخلوقات. إلا أن الشريعة راعت الجانب الواقعي والذي كان بسبب ترك الله للإنسان الحرية في الاختيار ﴿وَهَدَيْنَاهُ النَّجْدَيْنِ﴾ [سورة البلد: ١٠]؛ لذلك كله نجد أن الشريعة قد راعت واقع الناس وظروفهم، ويظهر ذلك فيما يلي:

١. في جانب رعاية المصالح والمقاصد الشرعية، راعت واقع الاختلاف في أهميتها من مصالح ضرورية التي تقوم عليها مصالح الناس ولا غنى لهم عنها، كحفظ الدين والنفس. وهناك مصالح حاجية، وهي المصالح والأمور التي تخفف على الناس أعباء وتبعات التكاليف وترفع الحرج والمشقة كإباحة التعاقد ونحوه. وهناك مصالح تحسينية، وهي التي تحسن بها حياة الناس وتكمل، كشرعية الترويح عن النفس بالمأكل والمشرب ونحوه.
  ٢. كما تظهر جوانب واقعية الشريعة في تقريرها للحدود والعقوبات من أجل زجر الناس، فواقع الناس لن ينزجروا لأحكام الشريعة إلا بالحدود والعقوبات فكانت زواجر لهم.
  ٣. كما راعت واقع الناس وحاجتهم لإشباع حاجتهم الجنسية فشرعت الزواج والتعدد.
  ٤. كما راعت واقع استحالة بقاء الزواج فشرعت الطلاق. وهكذا<sup>(١)</sup>.
- فكل ما سبق يدل على إمكانية أن يكون الحكم الشرعي قاعدة قانونية.

(١) د. يوسف أحمد بدوي، المرجع السابق، ص ٤٤.

## المطلب الثاني

### المبررات العلمية لتطبيق هذا المبدأ

ونقصد بها المبررات العلمية لدى علماء القانون، وهي مبررات تبرر علمياً حسب علم القانون اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية قواعد قانونية. ومعرفة ذلك تأتي من مدى توافر خاصية القواعد القانونية على الحكم الشرعي. وخصائص القواعد القانونية من خلال تعريف القانون بأنه «القواعد العامة والمجردة التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع ومقرون بجزاء مادي توقعه السلطة العامة». وهي بهذا قواعد عامة ومجردة وقواعد اجتماعية وقواعد ملزمة، وسنتناول هذه القواعد كما يلي:

- الفرع الأول: أحكام الشريعة الإسلامية عامة ومجردة.
- الفرع الثاني: أحكام الشريعة الإسلامية تخاطب السلوك الخارجي للفرد.
- الفرع الثالث: أحكام الشريعة الإسلامية مقرونة بالجزاء المادي الذي توقعه السلطة العامة.

## الفرع الأول

### أحكام الشريعة الإسلامية عامة ومجردة

يقرر الفقه القانوني لصحة أن تكون القاعدة المنظمة للعلاقات الاجتماعية قاعدة قانونية أن تكون عامة ومجردة بمعنى أنها تخاطب عموم الأفراد بصفاتهم لا بذواتهم وتنطبق على الوقائع بشروطها لا بأعيانها<sup>(١)</sup>.

وبالتأمل في أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها تخاطب كافة المكلفين، ولذلك عرف علماء الأصول الحكم الشرعي بأنه خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين، وقرر الأصوليون أيضاً قاعدة شرعية، وهي أن «العبرة في الحكم الشرعي بعموم اللفظ لا بخصوص السبب»، فالحكم الشرعي وإن ورد لسبب واقعة معينة فهي لا تخصها فقط بل تعم جميع الوقائع المتشابهة معها، ويستثني العلماء الأفعال الخاصة للنبي صلى الله عليه وآله وسلم كجواز التعدد بأكثر من أربع من الحكم الشرعي؛ كونه لا يعم الناس فلا يعتبرونه حكماً شرعياً، كذلك حوادث الأعيان الخاصة ببعض الصحابة كشهادة خزيمة

(١) د. سمير عبد السيد تناغوا، المدخل لدراسة القانون، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٧٧م، ص ١٤.

بأثنين، لا تكون حكماً شرعياً لكافة المكلفين<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### أحكام الشريعة الإسلامية تخاطب السلوك الخارجي للفرد

يقرر الفقه القانوني أن القاعدة المنظمة للعلاقات الاجتماعية يجب أن تخاطب السلوك الخارجي للفرد، وبالتالي فلا تخاطب السلوك الداخلي للفرد من اعتقاد ونية<sup>(٢)</sup>.

وبالتأمل في الأحكام الشرعية نجد وجود نوعين من الأحكام.

- النوع الأول: أحكام تخاطب سلوك الفرد الداخلية المتعلقة بنواياه واعتقاده كالعبادات ونحوها، فهذه أحكام تعرف بالديانة.
- النوع الثاني: أحكام تخاطب سلوك الأفراد الخارجية ويمكن إثباتها قضاء فتعرف بالأحكام القضائية. وهنا فرق العلماء بين الواجب ديانة والواجب قضاء على اعتبار أن الأحكام الشرعية القضائية أي التي يجوز للقضاء النظر فيها هي القواعد القانونية لدى الفقه القانوني مما يدل على وجود هذه الخاصية في الأحكام الشرعية القضائية، فتصح أن تكون الأحكام الشرعية قواعد قانونية<sup>(٣)</sup>.

## الفرع الثالث

### أحكام الشريعة الإسلامية مقرونة بالجزاء المادي الذي توقعه السلطة العامة

يقرر الفقه القانوني أن من خصائص القاعدة القانونية أن تكون مقرونة بالجزاء المادي الذي توقعه السلطة العامة، واشتراطوا في هذا الجزاء أن يكون مادياً دنيوياً لا معنوياً وأخروياً. ومن صور الجزاء لديهم الجزاء الجنائي كالعقوبات، والجزاء والمدني كالتعويض، والجزاء الإداري كالفصل من الخدمة، والجزاء المهني كالوقف من ممارسة المهنة. ونتيجة لذلك يقرر الفقه القانوني أن قواعد الدين لا يمكن أن تكون قواعد قانونية

(١) د. عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مرجع سابق، ص ٦٧.

(٢) د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٢م، ص ٣٦.

(٣) د. محمود عبد الرحمن محمد، المبادئ العامة في القانون، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، القاهرة، ص ٤٥.

تنظم حياة المجتمع لأن جزاءها أخروي<sup>(١)</sup>.

وبالتأمل في أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الأصل في جزاء مخالفة أحكام الشريعة (المعاصي) هو أخروي وهو النار وذلك عام في كافة أحكام الشريعة، سواء ما كانت أحكامه ديانة أو قضاء. إلا أنه ونظراً لواقعية الشريعة الإسلامية فقد قررت جزاءً دنيوياً لمخالفة أحكامها. ويأتي سبب تقرير الجزاء المادي الدنيوي بسبب تعدي ضرر المعصية إلى الأفراد، مما يخل بنظام الأمن في المجتمع وقررت نوعين من الجزاء:

- **النوع الأول:** الجزاء الجنائي والذي عُرف بأحكام الحدود والقصاص والجنائيات والديات، حيث تقرر على بعض المعاصي الكبيرة عقوبات زاجرة، وعلل العلماء سبب وجود العقوبات بكونها زاجر للناس لكيلا يقتربوا تلك المعاصي؛ لأنها ضارة ضرراً كبيراً بالأفراد والمجتمع، كعقوبة القتل بالقصاص وحد السرقة والزنا...إلخ.
- **والنوع الثاني:** من الجزاء هو الجزاء غير الجنائي أو الجزاء المالي. وسموا هذه الجزاءات بالضمان، كالتعويض عن معصية إتلاف مال الغير، وقرروا أن هذه الضمانات إنما هي جابرة للضرر الذي وقع لصاحبه.

كما أن الجزاء في الشريعة الإسلامية بنوعيه الجنائي (الحدود) والمالي (الضمانات) يقرر الفقهاء إيقاعه بواسطة الدولة. ففي الجزاء الجنائي لا يكون تنفيذها إلا بواسطة ولي الأمر ولا يجوز للأفراد تنفيذها ولو بالتراضي. أما الجزاء المالي (الضمانات)، فيجوز للأفراد تنفيذها اختياراً لا جبراً، أما التنفيذ الجبري للضمانات فلا يكون إلا عن طريق القضاء<sup>(٢)</sup>.

(١) د. محمد السيد عمران، د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية، ص ١١.

(٢) كتاب الفروق المسمى أنوار الفروق، أحمد بن إدريس القرافي، دار السلام، القاهرة، ط ٢، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م، ٣٤٦/١، سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي، دار السلام القاهرة، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، ٨٢/١.

## المبحث الثاني تطبيق المبدأ في اليمن (الضوابط والرقابة)

بعد تقرير وجوب تطبيق مبدأ الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات في اليمن، سنتناول في هذا المبحث تطبيق هذا المبدأ والرقابة عليه، من خلال ما يلي:

- **المطلب الأول:** ضوابط تطبيق المبدأ.
- **المطلب الثاني:** الرقابة على تطبيق المبدأ.

### المطلب الأول

#### ضوابط تطبيق مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر التشريعات»

سنتناول ضوابط تطبيق مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات» في حالة وجود حكم شرعي سابق ينظم العلاقات القانونية المراد تنظيمها، وفي ضوابط تطبيق هذا المبدأ في حالة عدم وجود حكم شرعي سابق. ونبدأ قبلها بالكلام عن مفهوم تقنين أحكام الشريعة الإسلامية وأهميته وأساسه باعتباره الوسيلة لضبط تطبيق مبدأ الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات وسنتناولها كما يلي:

- **الفرع الأول:** وسيلة تطبيق المبدأ هو تقنين أحكام الشريعة الإسلامية.
- **الفرع الثاني:** ضوابط تطبيق مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات» في حالة وجود حكم شرعي سابق.
- **الفرع الثالث:** ضوابط تطبيق مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات» في حالة عدم وجود حكم شرعي سابق.
- **الفرع الرابع:** الوسيلة العملية المعينة على تطبيق الضوابط السابقة.

### الفرع الأول

#### وسيلة تطبيق المبدأ هو تقنين أحكام الشريعة الإسلامية

يزعم المعارضون لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية أن تطبيق الشريعة الإسلامية هنا غير منضبط؛ كون أحكامها مختلفة ومتشعبة بسبب اختلاف المذاهب الفقهية،

فالأقوال فيها كثيرة حتى في المذهب الواحد، وهنا يكون على القاضي صعوبة كبيرة في الإلمام بتلك المذاهب، كما أنه قد تختلف أحكام القضاء في ذلك من محكمة لأخرى.

ولذلك كان الطريق لضبط تطبيق مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات» بالتقنين.

ويقصد بمفهوم تقنين أحكام الشريعة الإسلامية: هو صياغة الأحكام الشرعية في صورة مواد قانونية وفقاً لرأي واحد، إذا كانت المسألة محل خلاف بين المذاهب، دون الاقتصار على مذهب معين، لكي يجري القضاء على هذا الرأي المختار في جميع المحاكم وبين سائر المتقاضين.

والهدف من التقنين هو ضبط تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، والذي ينتج عنه توحيد الأحكام القضائية في المسائل والقضايا المتشابهة، بحيث لا يقضي قاض برأي في مسألة، ويقضي آخر في قضية متشابهة لها بحكم آخر مختلف. كما أنه ييسر على القضاة والمحامين والقانونيين الرجوع إلى حكم الشريعة في مواد ميسرة وسهلة ومضبوطة دون الرجوع للحكم من بطون أمهات كتب فقه الشريعة الإسلامية.

ويرجع أساس جواز التقنين وإلزام القضاة برأي واحد إلى قاعدتين أصوليتين:

- الأولى: طاعة ولي الأمر واجبة إذا أمر بمباح أو نهى عنه، وطاعة أو امره ونواهيه واجبة ما لم تكن بمعصية متيقنة، متى كان الباعث عليها هو مصلحة الأمة، ويُعرف هذا بالسياسة الشرعية، والتي تعرّف بأنها: التصرف في شئون الرعية على وجه المصلحة.
- والأساس الثاني: لجواز التقنين هي قاعدة أن ولاية القضاء مما يقبل التخصيص بالزمان والمكان والحوادث، فلولي الأمر أن يخصص القضاء برأي معين، حيث عرفت الحضارة الإسلامية تخصيص القضاء بمذهب معين فقد كان في عهد الدولة العباسية على المذهب الحنفي، وفي عهد الدولة الأيوبية على المذهب الشافعي، وهكذا<sup>(١)</sup>.

وللنظام القانوني اليمني الريادة في تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، حيث تم إنشاء الهيئة العلمية لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية بالقانون رقم (٧) لسنة ١٩٧٥م، والتي أصبحت هذه اللجنة من لجان مجلس النواب السلطة التشريعية. وكان لهذه اللجنة دور

(١) موسوعة التشريع الإسلامي، إصدار المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ص ٣٠٧.

كبير في إصدار الكثير من القوانين الشرعية كقانون المواريث الشرعية، وقانون الوصية، وقانون الأسرة، وقانون الوقف، وقانون المعاملات الشرعية (القانون المدني) ... إلخ<sup>(١)</sup>.

ونشأت فكرة تاريخ تقنين أحكام الشريعة الإسلامية منذ القرن الثاني الهجري، حيث اقترح ابن المقفع على أبي جعفر المنصور أن ينظر في الأقضية المختلفة، ويختار من بينها الرأي الذي يحقق المصلحة وتشهد له الحجة، ثم يأمر القضاة به وينهاهم عن مخالفته. وتتابع فكرة التقنين، بوجود المتون الفقهية المختصرة في كل مذهب، والتي كان غالباً ما يلتزم بها القضاة إلا أنها غير مرقمة. ومن آخر محاولات التقنين مجلة الأحكام العدلية على المذهب الحنفي الصادرة سنة ١٢٩٣هـ الموافق ١٨٩٦م، وهناك محاولات غير رسمية للتقنين كمجموعة قدري باشا على المذهب الحنفي وعلى القارئ في مجلة الأحكام الشرعية في المذهب الحنبلي، وأعمال الشيخ محمد عامر الليبي في التقنين على المذهب المالكي. إلا أن ميزة التجربة اليمنية في التقنين تمتاز بعدم التزامها بمذهب معين، وإنما يكون باختيار أقوى الأقوال المدعم بأقوى الأدلة الشرعية<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### ضوابط تطبيق مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات» في حالة وجود حكم شرعي سابق

يجب على المشرع اليمني عند تطبيقه لمبدأ الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات أن يفرق بين حالتين، وهي حالة وجود حكم سابق في الشريعة الإسلامية وفقها، وحالة وعدم وجود حكم سابق.

ولما كانت أحكام الشريعة الإسلامية السابقة وصلت لنا عن طريق التراث الفقهي، فإنه مما لا شك فيه أن المشرع سيرجع عند تشريعه لأحكام الشريعة الإسلامية إلى التراث الفقهي العظيم بمدارسه المختلفة (المذاهب الفقهية).

وهذا التراث الفقهي إما أن يكون قائماً على النص الشرعي، وإما أن يكون قائماً على الاجتهاد ولكل منهما ضوابط يجب مراعاتها عند الأخذ منهما.

(١) د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، مكتبة الجيل الجديد،

صنعاء، ط ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٢م، ص ١٠.

(٢) المرجع السابق.

## أولاً: ضوابط الرجوع إلى الفقه الإسلامي القائم على النصوص الشرعية (الكتاب والسنة):

وهنا يفترض أن الأحكام الفقهية التي أخذ بها الفقه الإسلامي مأخوذة من الوحي إما بطريق مباشر (الكتاب)، أو غير مباشر (السنة). وهنا يجب على المشرع عند التشريع مراعاة الضوابط الآتية:

١- أن يكون النص الشرعي من الكتاب والسنة قطعي الثبوت، ويتحقق هذا في كل من القراءات القرآنية المتواترة والأحاديث النبوية المتواترة. أما بالنسبة للقراءات غير المتواترة والأحاديث الآحاد، فإنه يجب فيها الضوابط العلمية المتعلقة بصحتها، والمقررة في علمي أصول الفقه ومصطلح الحديث، وهذه الضوابط منها ما يرجع إلى السند، بالتحقق من اتصال السند، وعدالة وضبط رجاله، ومنها ما يرجع إلى المتن، بخلوه من الشذوذ والعلّة<sup>(١)</sup>.

٢- أن يكون النص الشرعي من الكتاب والسنة قطعي الدلالة على الحكم الشرعي بالتأكد من عدم كونه منسوخاً، وأنه غير مبني على علة مؤقتة يزول الحكم بزوالها، وأنه غير مبني على عرف تغير فيما بعد. كما يجب مراعاة قواعد التفسير لألفاظ النص الشرعي فيما يعرف في علم أصول الفقه بمبحث الدلالات من عام وخاص ومشترك، ومطلق ومقيد، وأمر ونهي، ومنطوق ومفهوم، وظاهر ومؤول... إلخ<sup>(٢)</sup>.

٣- أن يكون النص الشرعي جاء بهدف التشريع وتنظيم العلاقات الاجتماعية بين الأفراد جميعاً، وهذا يتحقق بأن يكون النص تشريعياً لعموم الأمة، وبالتالي إذا كان النص غير تشريعي بأن كانت له خصوصية معينة أو مبني على حالة معينة فلا يصح أن يكون مصدراً لقاعدة قانونية، مثل: تصرف النبي باعتبار الإمامة القائم على مصلحة وقتية، أو الأفعال التي هي من خصائص النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أو أفعاله صلى الله عليه وآله وسلم التي مصدرها اجتهاده بصفته الإنسانية، ومثلها الحكام ببعض الصحابة ونحوه<sup>(٣)</sup>.

(١) علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، دار المعارف بمصر، ط ٥، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م، ص ٢٠، ٤٢.

(٢) محمد محمود عوض سلامة، علم أصول الفقه، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م، ج ١، ص ٢٣٥، ٢٩١.

(٣) د. وهبة الزحيلي، أصول افقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط ١٤، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م، ج ١، ص ٤٥٨.

٤- مراعاة سلطة ولي الأمر في حالة وجود مصلحة قطعية وضرورية من الأمر بالمندوب والمباح ليصير واجباً، أو المنع من المباح والمكروه ليصير محرماً<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: ضوابط الرجوع إلى الفقه الإسلامي القائم على الاجتهاد:

وهنا يفترض وجود أحكام شرعية سابقة مصدرها اجتهاد الفقهاء، وفي هذه الحالة يجب مراعاة الضوابط الآتية:

- ١- التأكد من دعوى الإجماع وعلته ومستنده، وهل هو إجماع قطعي، أو هو عبارة عن توارد أقوال وموافقة، والتأكد من عدم وجود المخالف.
- ٢- التأكد من كون الحكم الاجتهادي السابق قائماً على عرف أو مصلحة مناسبة للمجتمع في الوقت المعاصر الذي تطورت فيه حالة المجتمع تطوراً كبيراً، قد لا تتناسب معه الأحكام الاجتهادية السابقة التي خدمت المجتمع في زمانهم.
- ٣- التأكد من صحة استخدام الفقهاء في الفقه الاجتهادي لضوابط الاجتهاد من قياس مع التأكد من علته، والبحث عنها بالطرق العلمية المقررة في علم الأصول، وكذا التأكد من الأخذ بضوابط المصلحة المرسلة، والاستحسان، ونحوه حسب القواعد العلمية المقررة في علم أصول الفقه أيضاً<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثالث

### ضوابط تطبيق مبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات»

#### في حالة عدم وجود حكم شرعي سابق

وهنا يفترض أن الواقعة المراد وضع تقنين لها تضبطها واقعة جديدة، لم يسبق لها حكم شرعي سابق، لا من نص ولا من اجتهاد، وسواء كانت هذه الواقعة موجودة في تشريع داخلي أو جاءت بطريق معاهدة دولية للمصادقة عليها، وهنا يجب مراعاة ما يلي:

- ١- العلم بأن الغرض من الشريعة الإسلامية هو تحقيق مصالح العباد، وهنا يجب ضبط المصلحة ويقوم بتقرير وجود مصلحة من عدمه أهل الخبرة، والتي

(١) د. صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص ٢٣٤.

(٢) الشحات إبراهيم محمد منصور، الضوابط التي تحكم فتوى المفتي وقضاء القاضي، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١١م، ص ٥١.

تختلف حسب موضوع كل علاقة كالسياسة والاقتصاد والاجتماع والطب وعلم النفس...إلخ.

٢- بعد ضبط المصلحة القطعية القائمة، سواء في جانبها الإيجابي جلب المنفعة أو السلبي درء المفسدة على أسس البحث العلمي لأهل الخبرة كل في مجاله، تقوم على البحث عن وجود مصلحة جزئية اعتبرت الشرعية الإسلامية في حكم سابق، وهذه المصلحة الجزئية تسمى العلة، فنقيس هنا الحكم الجديد على الحكم القديم، ويعرف هذا بالقياس، وهنا يجب مراعاة القواعد العلمية المقررة في علم أصول الفقه في البحث عن العلة والتأكد من وجودها في الواقعة الجديدة، فيما يُعرف علمياً بتخريج المناط وتحقيق المناط.

٣- إن لم توجد مصلحة جزئية سابقة في حكم شرعي سابق، فهنا يتم البحث عن مصلحة عامة كلية في مجموعة أحكام شرعية سابقة، فتدخل تلك المصلحة الجديدة تحت المصلحة العامة القديمة فيما يعرف بالاستصلاح أو المصالح المرسله.

٤- عند عدم وجود مصلحة جزئية أو كلية لحكم شرعي سابق، فيكفي هنا أن تكون المصلحة الجديدة لا تعارض مصلحة جزئية اعتبرت الشرعية بدليل قطعي الثبوت والدلالة، وكذا لا تعارض المقاصد العامة للشرعية الإسلامية التي راعتها وهي المحافظة على الدين والنفس والعرض والمال والعقل<sup>(١)</sup>.

## الفرع الرابع

### الوسيلة العملية المعينة على تطبيق الضوابط السابقة

مما سبق نجد أن التقنين يتعلق بموضوع وهي واقعة نبحت منها عن حكم شرعي ينظمها، وبالتالي فإن مشكلتنا تتعلق بالبحث عن واقعة اجتماعية ومدى الحاجة إلى تنظيمها. والثاني البحث عن حكم شرعي لتنظم هذه الواقعة، فهناك وسائل متعلقة بالبحث بالواقعة ووسائل متعلقة بالبحث عن الحكم الشرعي، وسنبينها كما يلي:

(١) موسوعة التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص ٣١٢.

أولاً: الوسيلة العملية المتعلقة بالواقعة الاجتماعية (المشكلة المراد تنظيمها):

وفي هذه الحالة يجب الاستعانة بأهل الخبرة المتخصصين في جميع مجالات الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقانونية والفكرية والتربوية والنفسية والطبية والبيئية والإدارية...إلخ. وهنا يجب مراعاة ما يلي:

١- إنشاء مراكز بحثية متخصصة ومجامع علمية متخصصة في كافة فروع العلوم المتعلقة بحياة المجتمع.

٢- قيام هذه المراكز والمجامع بعمل الدراسات والأبحاث اللازمة حول توصيف المشكلة المراد تنظيمها، وذلك باستخدام قواعد البحث العلمي من إحصاءات واستبانات ونحوها، ومدى كونها ظاهرة عامة ودائمة تستلزم تنظيمها بقواعد قانونية.

٣- يجب مراعاة دراسة هذه الظاهرة من الناحية التاريخية والاستفادة من تجارب الآخرين في حل لتلك المشكلات.

ثانياً: الوسيلة العملية المتعلقة بالبحث عن الحكم الشرعي:

والبحث عن الحكم الشرعي يكون عن طريق إنشاء المجمع الفقهي اليمني كدار للإفتاء اليمنية ومجمع للبحوث الإسلامية، ويقوم هذا المجمع بما يلي:

١- إصدار الفتوى والتقنيات بصورة جماعية مع ربطها بمصالحها.

٢- الاستعانة بالمراكز البحثية المتخصصة في التوصيف الواقعي العلمي للمشكلة من أجل وضع التوصيف الشرعي لها.

٣- تحقيق كتب التراث الفقهي والتنقيب عنها.

٤- تشجيع الدراسات الفقهية المقارنة بكافة المذاهب الفقهية والقانون الوضعي.

٥- الاهتمام بالدراسات التاريخية للأحكام الشرعية ومعرفة ظروف المجتمع عند نشوء تلك الأحكام.

٦- عمل فهارس علمية أبجدية وموضوعية حسب موضوعات وفروع القانون لكتب التراث الفقهي بمذاهبه المختلفة.

٧- إنشاء موسوعات فقهية متخصصة لكل فرع من فروع الفقه والقانون.

- ٨- عقد مؤتمرات علمية داخلية وخارجية لأخذ رأي أهل العلم الشرعي في حكم معين.
- ٩- وضع ضوابط لتدريس مواد الفقه الإسلامي والقوانين في الجامعات والمعاهد ونحوها.
- ١٠- نشر الثقافة الشرعية والقانونية.

## المطلب الثاني

### الرقابة على تطبيق مبدأ «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات»

بعد أن ذكرنا الضوابط المتعلقة بتطبيق مبدأ الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات، فإن فعالية تطبيق هذا المبدأ لا تكون له فعالية إلا بالرقابة عليها، وهذه الرقابة الأصل أنها سابقة ومع ذلك تكون أيضاً لها رقابة لاحقة، وسنذكر هذه الصور وقبلها سنتكلم حول أساس هذه الرقابة، وطرقها كما يلي:

- الفرع الأول: أساس الرقابة (مبدأ حماية الدستور).
- الفرع الثاني: الرقابة السابقة لتطبيق مبدأ «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات».
- الفرع الثالث: الرقابة اللاحقة لتطبيق مبدأ «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات».

## الفرع الأول

### أساس الرقابة (مبدأ حماية الدستور)

ذكرنا أن مبدأ «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات» هو مبدأ وقاعدة دستورية، وبالتالي فإنه ينطبق حوله مبدأ سمو الدستور، ويعني هذا المبدأ أن القواعد الدستورية - مكتوبة كانت أو عرفية - تملو على ما عداها من قواعد قانونية داخل الدولة، وتلتزم سائر السلطات باحترامها في كل ما يصدر عنها من أعمال. وينتج عن هذا المبدأ أن أي عمل قانوني تشريعي أو إداري أو قضائي يخالف القواعد الدستورية يكون عملاً غير دستوري. وبتطبيق مبدأ سمو الدستور على قاعدة «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات» باعتباره قاعدة دستورية فإن أي عمل قانوني من سن للقوانين واللوائح

والمصادقة على الاتفاقيات وإصدار للقرارات مخالف للشريعة الإسلامية فإنه عمل غير دستوري باطل.

وتثور هنا مشكلة كيف يتم تلافي صدور مثل هذه الأعمال المخالفة للشريعة الإسلامية والتي بدورها تكون مخالفة للدستور أيضاً. وهنا يقرر فقهاء القانون الدستوري أن الوسيلة القانونية لحماية مبدأ سمو الدستور يكون بالرقابة على دستورية القوانين.

ويقصد بالرقابة على دستورية القوانين هي التحقق من أوجه مخالفة القوانين لدستور البلاد وعدم إصدارها إن كانت لم تصدر بعد، أو إلغائها والامتناع عن تطبيقها إن كانت قد صدرت.

وبتطبيق الرقابة الخاصة على دستورية القوانين بسبب مخالفتها لمبدأ الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات، نجد أنه تكون هناك رقابة سابقة وهي ما يعرف بالرقابة السياسية، وهنا الرقابة اللاحقة لتطبيق المبدأ وهذا ما يُعرف بالرقابة القضائية<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### الرقابة السابقة لتطبيق مبدأ

#### «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات»

وهذه الرقابة تسبق صدور القانون المخالف للشريعة الإسلامية، ويُطلق عليها الرقابة السياسية. وتعرف هذه الرقابة بأنها: رقابة وقائية تحول دون صدور القوانين التي تتضمن خروجاً على القانون. وتختلف أساليب الدول في أسلوب استخدام هذه الرقابة، ما بين جعلها للسلطة التشريعية ذاتها، أو لهيئة سياسية تابعة لها، أو لهيئة سياسية مستقلة<sup>(٢)</sup>.

وبالنسبة للرقابة الدستورية السابقة الخاصة المتعلقة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه قد كان في ظل الدستور الدائم سنة ١٩٧٠م يتم عن طريق هيئة مستقلة عرفت بالهيئة العلمية لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تم إنشاؤها بالقانون رقم (٧) لسنة ١٩٧٥م، حيث تقوم هذه الهيئة بتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وتقديم نتائجها للسلطة التشريعية، وبعد الوحدة تم تحويل هذه الهيئة من هيئة مستقلة إلى

(١) د. محمد عبد العال السناري، القانون الدستوري، جامعة حلوان، ص ١٦١.

(٢) د. فؤاد النادي، المرجع السابق، ص ٦٤.

لجنة تابعة لمجلس النواب، مما يفيد أن الرقابة السابقة هنا تكون للسلطة التشريعية مع وجود الرقابة الدستورية السابقة العامة للسلطة التشريعية ممثلة في لجنة الشؤون الدستورية والقانونية بمجلس النواب<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثالث

### الرقابة اللاحقة لتطبيق مبدأ

#### «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات»

وهنا يفترض أن الرقابة الدستورية السابقة لم تقم بدورها على أكمل وجه، ولأهمية مبدأ سمو الدستور وحمايته، فإن غالبية الأنظمة القانونية تستدرك ذلك برقابة دستورية لاحقة، ويتم ذلك عن طريق القضاء فيما يعرف بالرقابة القضائية. ومعنى الرقابة القضائية على دستورية القوانين أن يتولى القضاء فحص القوانين التي أصدرتها السلطة التشريعية لبيان مدى مطابقتها أو مخالفتها للقانون. وغالب الدول تقرر هذه الرقابة لهيئة قضائية مستقلة تُعرف في بعض الدول بالمحكمة الدستورية العليا وفي بعضها بالمجلس الدستوري، أو مجلس صيانة الدستور<sup>(٢)</sup>.

-والدستور اليمني قد جعل الرقابة القضائية للمحكمة العليا ممثلة في الدائرة الدستورية بها. ويدخل فيها الرقابة الدستورية لمخالفتها لمبدأ «الشرعية الإسلامية مصدر جميع التشريعات». وتقوم الرقابة الدستورية بطريقتين:

- الأول: رقابة الامتناع وتكون عن طريق دفع مقدمه أحد الخصوم في إحدى المحاكم، يدفع فيه برفض الدعوى بسبب عدم دستورية القانون الذي رفعت الدعوى على أساسه لمخالفته للشرعية الإسلامية. وهنا يجب على قاضي الموضوع إذا رأى أن الدفع قائم على أساس توقف النظر في الخصومة ورفع القضية إلى الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ قرار وقف الخصومة، وعلى الدائرة الدستورية الفصل فيه خلال مدة أقصاها سبعون يوماً من تاريخ وصول أوراق القضية إليها. فهنا الرقابة امتناعية تقوم على امتناع الدافع عن تطبيق القانون بسبب عدم دستوريته.

(١) د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٨٥، د. يحيى قاسم علي، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٢) إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، ط١، ١٤٣٢هـ/٢٠١١م، ص ١٠.

• أما الطريقة الثانية: للرقابة القضائية فيكون عن طريق رقابة الإلغاء، ويكون برفع دعوى مبتدأة للدائرة الدستورية بالمحكمة العليا، فالرقابة هنا هجومية يقوم الشخص بطلب الرقابة القضائية الدستورية عن طريق رفع دعوى مبتدأة يشترط فيها ما يشترط في أي دعوى من صفة ومصلة مع مراعاة جعل المصلحة للهيئات الشرعية ودار الإفتاء. وتنظر الدائرة الدستورية للقضية هنا باعتبارها محكمة موضوع فقط، فتعقد جلسات يحضر فيها الخصوم، والمدعى عليه هنا هو السلطة التشريعية مصدرة القانون المخالف للشرعية أو السلطة التنفيذية مصدرة اللائحة المخالفة للدستور (الشرعية)<sup>(١)</sup>.

ويجوز أن تكون الرقابة القضائية هنا سابقة على صدور القانون المخالف للدستور (الشرعية)، حيث يجوز في القانون اليمني الطعن في القرار المخالف للدستور، ويكون ذلك في حالة إصدار مجلس الوزراء قراراً بمقتراح لمشروع قانون لعرضه على مجلس النواب، فإذا صدر مشروع القانون من مجلس الوزراء بصورة قرار فيجوز الطعن بعدم الدستورية في هذا المشروع على أساس أنه قرار مخالف للدستور بسبب مخالفته للشرعية الإسلامية<sup>(٢)</sup>.

وهكذا يمكن للرقابة القضائية الدستورية أن تكون سابقة على صدور القانون من السلطة التشريعية. وتصدر المحكمة حكمها بعدم دستورية القانون لمخالفته للشرعية الإسلامية في حالة مخالفة القانون لمصلحة قطعية معتبرة في الشرعية الإسلامية بدليل قطعي.

(١) د عاصم عجيلة، المرجع السابق، ص ١١١.

(٢) السابق، ص ١٢٠.

## الخاتمة

### أولاً: أهم النتائج:

- ١- أن التعريف المركب لمبدأ «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات»: هو أن أحكام الشريعة الإسلامية هي مصدر لأي تشريع يوضع لتنظيم الحياة السياسية والثقافية والاقتصادية والاجتماعية في المجتمع اليمني.
- ٢- أن المجتمع الإنساني- في تاريخه- قد عرف للدين دوراً كبيراً في تنظيم المجتمعات.
- ٣- أن الشريعة الإسلامية كانت هي مصدر لأي تنظيم قانوني في تاريخ المجتمع اليمني الوسيط والحديث والمعاصر.
- ٤- أن أحكام الشريعة الإسلامية لها احترام وقبول وشعور بقداستها وإلزاميتها في المجتمع اليمني؛ كون ذلك نابعاً من وجوب ديني لتطبيقها لهذا المبدأ؛ ليمثل لهم قاعدة دستورية عرفية، وأن غاية تنظيم المجتمع في الشريعة الإسلامية (تحقيق مصالح المجتمع)، وأن أحكام الشريعة الإسلامية مرنة، وقابلة للتطور بدليل قلة أحكامها في تنظيم المصالح القابلة للتطور، وأن أحكام الشريعة الإسلامية واقعية أي تنظم ظروف واقع المجتمع.
- ٥- أن أحكام الشريعة الإسلامية عامة ومجردة تخاطب الأفراد في المجتمع بأوصافهم لا بذواتهم، وأن أحكام الشريعة الإسلامية تنظم السلوك الخارجي للفرد، وأن أحكام الشريعة الإسلامية ملزمة بسبب توقيع الجزاء المادي (الجنائي والمدني) على من يخالفها، إضافة إلى الجزاء الديني.
- ٧- أن الوسيلة المناسبة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية هي: تقنين أحكام الشريعة الإسلامية.
- ٨- أنه عند الرجوع للنصوص الشرعية يجب التقيد بضوابط النصوص الشرعية القطعية الثبوت والدلالة.
- ٩- أنه عند الرجوع للتراث الفقهي الإسلامي القديم يجب التعامل معه بالوسطية دون التقديس أو الانتقاص، فهو تراث عظيم يُعد مفخرة للأمة عالج أعقد المشاكل القانونية الحديثة حسب شهادات علماء القانون، بشرط التأكد من

توفر المصلحة في العصر الحديث.

- ١٠- أنه في حالة عدم وجود حكم شرعي سابق يكون تطبيق مبدأ تحكيم الشريعة الإسلامية يكون بالاجتهاد بالبحث عن المصلحة القطعية التي لا تعارض مصلحة قطعية أتت بها الشريعة بنص شرعي قطعي الثبوت والدلالة.
- ١١- أن الرقابة السابقة لتطبيق المبدأ (الرقابة السياسية)، تتمثل في لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، والتي يتمثل حسن عملها بكفاءة أعضائها، والتزامهم بضوابط التقنين.
- ١٢- أن الرقابة اللاحقة لتطبيق المبدأ تتمثل بالرقابة القضائية المتمثلة في رقابة القضاء الدستوري، بالطعن في التشريع المخالف للشريعة الإسلامية بعد الدستورية لمخالفته للمبدأ الدستوري «الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات»، والتي يتمثل دور هذه الرقابة في التأكد من عدم مخالفة التشريع المطعون فيه للأحكام القطعية في الشريعة الإسلامية.

### ثانياً: التوصيات والمقترحات:

- ١- وضع ضوابط عامة دستورية لتطبيق هذا المبدأ مع الإحالة لقانون خاص بذلك.
- ٢- تفعيل دور دار الإفتاء الشرعي للرقابة السابقة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية عن طريق الإفتاء الجماعي، ودعمها بالكفاءات الشرعية المتخصصة، والخبرات العلمية في المجالات المختلفة لوضع التوصيف الواقعي للحكم ومدى تحقق المصلحة القطعية.
- ٣- تعزيز دور الرقابة القضائية اللاحقة لتطبيق المبدأ بتشكيل دائرة دستورية متخصصة في مجال الطعن بعدم الدستورية لمخالفة قواعد الشريعة الإسلامية.

## قائمة المصادر والمراجع

١. إبراهيم محمد الأهدل، الأعمار المضيئة شرح القواعد الفقهية، مكتبة جدة، ط١، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦م.
٢. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار المعارف، بيروت.
٣. أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٥، ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.
٤. د. إكرامي بسيوني عبد الحي خطاب، القضاء الدستوري، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، ط١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
٥. بن زغيبه عز الدين، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، مطابع دار الصفوة، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
٦. ترتيب فروق القرافي وتلخيصها والاستدراك عليها، أبو محمد عبد الله بن إبراهيم الباقوري، مؤسسة المعارف، بيروت، ط٢، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.
٧. د. جميل الشرقاوي، دروس في أصول القانون (المدخل لدراسة القانون)، دار النهضة العربية القاهرة.
٨. د. حامد محمود شمروخ، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
٩. د. حسن عبد الحميد، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية (مقدمة تاريخية لمفهوم القانون)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م.
١٠. د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٢م.
١١. حقائق الإسلام في مواجهات المشككين، إصدار المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة.
١٢. د. سمير عبد السيد تناغوا، المدخل لدراسة القانون، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٧٧م.
١٣. د. سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ النظم القانونية، دار الفكر المعاصر- صنعاء، ط٣، ٢٠٠٣م.
١٤. سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي، دار السلام القاهرة، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

١٥. الشحات إبراهيم محمد منصور، الضوابط التي تحكم فتوى المفتي وقضاء القاضي، دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية، ٢٠١١م.
١٦. د. صالح الطبياني، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي، ط٥، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
١٧. د. صوفي حسن أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ١٤١٦هـ، ١٩٩٧م.
١٨. د. عاصم عجيلة، القانون الدستوري، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
١٩. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، علم أصول القانون، مطبعة فتح الله إلياس نوري وأولاده بمصر، ١٩٣٦م - ١٣٥٤هـ.
٢٠. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
٢١. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مقارنةً بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، ط١٢، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٢٢. د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط١٣، ١٧١٤هـ - ١٩٩٦م.
٢٣. د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة، مؤسسة الرسالة بيروت، ط١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
٢٤. د. عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٢٥. د. عبد الكريم عوض خليفة، القانون الدولي العام - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، ٢٠١١م.
٢٦. د. عبد المنعم البدر اوي، مبادئ القانون، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٧٧م.
٢٧. د. عبد الودود يحيى، د. نعمان جمعة، دروس في مبادئ القانون، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، ١٩٩٨م.
٢٨. عبد الوهاب خلاف، خلاصة التشريع الإسلامي، دار القلم، الكويت، ط٣، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.
٢٩. علي حسب الله، أصول التشريع الإسلامي، دار المعارف بمصر، ط٥، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م.

٣٠. د. علي علي منصور، الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، إصدار المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، ١٣٩٠هـ - ١٩٧١م.
٣١. د. علي محمد الصلابي، السيرة النبوية عرض وقائع وتحليل أحداث، دار ابن الجوزي القاهرة، ط٤، ٢٠١٢م.
٣٢. د. فؤاد محمد النادي، د. أبكر أحمد الشافعي، النظم السياسية والقانون الدستوري، مكتبة الرسالة، القاهرة، ١٩٩٨-١٩٩٩م.
٣٣. كتاب الفروق المسمى أنوار الفروق، أحمد بن إدريس القرافي، دار السلام، القاهرة، ط٢، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.
٣٤. محمد أحمد أبو زهرة، المجتمع الإنساني في ظل الإسلام، ملحق مجلة الأزهر ذي الحجة ١٤٢٥هـ.
٣٥. د. محمد السيد عمران، د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد يحيى مطر، الأصول العامة للقانون، الدار الجامعية.
٣٦. د. محمد حسين الشامي، الوجيز في مدخل القانون، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ط٤، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م.
٣٧. د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ط١، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٢م.
٣٨. د. محمد سعيد رمضان البوطي، فقه السيرة النبوية، دار الفكر المعاصر، بيروت، دمشق، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
٣٩. د. محمد سلام مذكور، مباحث الحكم عند الأصوليين، دار النهضة العربية، القاهرة.
٤٠. د. محمد عبد العال السناري، القانون الدستوري، جامعة حلوان.
٤١. د. محمد عبد الملك محسن المحبشي، تاريخ وفلسفة القانون، مطبوعات جامعة العلوم والتكنولوجيا، ط١، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.
٤٢. محمد علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط٤، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٤٣. د. محمد محمود عوض سلامة، علم أصول الفقه، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م.
٤٤. د. محمد مصطفى شلبي، المخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م.
٤٥. د. محمود عبد الرحمن محمد، المبادئ العامة في القانون، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، القاهرة.
٤٦. المعجم الوسيط، إصدار معجم اللغة العربية، القاهرة.
٤٧. منهاج الوصول إلى معيار العقول في علم الأصول للإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى، دار الحكمة اليمانية، ط١، ١٤٢١هـ - ١٩٩٢م.
٤٨. موسوعة التشريع الإسلامي، إصدار المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٤٩. موسوعة الحضارة الإسلامية، إصدار المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
٥٠. الموسوعة الميسرة في التاريخ الإسلامي، إعداد فريق البحوث والدراسات، مكتبة علاء الدين، الإسكندرية، ١٩٩٨م.
٥١. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط٤، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٥٢. د. وهبة الزحيلي، أصول افقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط١٤، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٥٣. د. يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط١.
٥٤. د. يوسف أحمد بدوي، تاريخ التشريع الإسلامي تاريخ الفقه الإسلامي وأصوله، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
٥٥. د. يوسف القرضاوي، الشريعة الإسلامية وخلودها وصلاحياتها للتطبيق في كل زمان ومكان، دار المعرفة الدار البيضاء، ط١، ١٤٢٩هـ - ١٩٨٨م.
٥٦. د. يوسف قاسم، مبادئ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية القاهرة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.



مجلة  
البحوث والأبحاث  
القانونية والتمويلية

# الجرائم المالية الإلكترونية ودور أنظمة الذكاء الاصطناعي في تعزيز أدلة الإثبات<sup>(١)</sup>

الدكتور/ إبراهيم محمد الزنداني

أستاذ القانون الجنائي المساعد المتخصص بالأمن  
السيبراني والذكاء الاصطناعي والجرائم الإلكترونية

(١) ورقة عمل قدمت في الورشة المنعقدة بين وزارة العدل وحقوق الإنسان،  
والقطاع المصرفي- صنعاء- الخميس ٢٠ فبراير ٢٠٢٥م.

مجلة  
البحوث والأبحاث  
القانونية والتمويلية

## الماخض:

تهدف هذه الورقة العلمية إلى التعريف بالجرائم المالية الإلكترونية وبيان أنواعها وصورها وتبسيط الضوء على التحديات التي تواجه القطاع المالي والمصرفي في العالم السيبراني وأبرز الجرائم المالية الإلكترونية التي تطال الكيانات والمؤسسات المالية، ثم تتحدث عن الذكاء الاصطناعي والركائز والنُهُج التي تدخل في مكونات أنظمة الذكاء الاصطناعي، كما تتطرق إلى ما يمكن أن تفعله تقنيات وأنظمة الذكاء الاصطناعي عند إساءة استغلالها في عالم المال والأعمال والنتائج الكارثية التي قد تتسبب بها، وكذا دورها الإيجابي في رفع كفاءة وجودة التحقيقات الجنائية، وطريقة عمل خوارزميات أنظمة الذكاء الاصطناعي، وتقنيات التعلم الآلي لدعم وتعزيز مصداقية الأدلة الرقمية، وتختتم هذه الورقة ببعض التوصيات والمقترحات العامة لتعزيز التكامل بين التكنولوجيا والقانون، لضمان مواجهة فعالة للجرائم السيبرانية بشكل عام والجرائم المالية في عالم رقمي، التخلف عنه وعدم خوض غماره بدراية وبصيرة وتخطيط ودراسة لتجارب الدول السبّاقة في هذا المضمار، يعني حجز مقعد دائم في ذيل أمم وشعوب العالم.

## المقدمة

مع مطلع الألفية الثالثة حدثت ثورة هائلة في عالم الخوارزميات تحررت فيها التقنيات التكنولوجية من التكاليف المادية المرتفعة التي كانت تعيق التقدم التكنولوجي في جميع المجالات، وفي عالم المال والأعمال كان التقدم والتطور التكنولوجي والمعلوماتي المتسارع هو القوة الدافعة للابتكار في الصناعة المالية التي نتج عنها سلسلة من التحولات في الخدمات المالية ووصولاً إلى الاقتصاد الرقمي الذي يشكل ركيزة أساسية في اقتصادات دول العالم، وعلى الرغم من الفرص والعوائد الثمينة التي حققها قطاع التكنولوجيا المالية والتي تمثلت في تطور وسائل الدفع الإلكتروني والاعتماد المتزايد على الأنظمة الرقمية في التعاملات المالية بعد تطور شركات الاتصالات ومقدمي خدمات الإنترنت وتطور التجارة الإلكترونية بالإضافة إلى انضمام مؤسسات القطاعين العام والخاص إلى سوق الخدمات المالية الرقمية، فإنها أيضاً جلبت معها مخاطر وتحديات خطيرة لعل أهمها على الإطلاق الجرائم المالية الإلكترونية التي تعتبر ويحق السلاح الصامت الذي قد يدمر اقتصاديات الدول والحكومات دون إطلاق رصاصة واحدة، كونها تستهدف المؤسسات المالية والمصرفية والشركات والأفراد على حد سواء، وهو ما يعرض الأمن الاقتصادي والاجتماعي للخطر، معتمدة بذلك على تقنيات متطورة ومعقدة وذكية لاختراق الأنظمة المالية وسرقة الأموال وتنفيذ عمليات التصيد الاحتيالي والتلاعب بالبيانات وغسيل الأموال وتمويل الأنشطة غير المشروعة عبر الإنترنت.

بينما وعلى الضفة المقابلة يغرق معشر إنفاذ القانون في جدليات ونظريات فقهية وقانونية وتجاذبات ونقاشات جانبية حول المراكز القانونية والاختصاصات متناسين أنهم يتعاملون مع رواد أعمال لغتهم الخوارزميات واللوغاريتمات وعالم افتراضي يسير بوتيرة عالية وسرعة فائقة فالثانية وأجزائها مهمة ولها ثمنها، وجل ما فهمناه منهم وما وصلنا من السوابق القضائية للدول الأخرى وما يثبتته الواقع الذي فرضه التحول الرقمي في بلادنا أن عملهم محفوف بالمخاطر فالتأخر ثمانية أو الغفوة لبرهة قد تكلفنا الكثير ونحن مطالبون دائماً كسلطة لإنفاذ القانون للحاق بهذا الركب الذي يسبقنا بألاف الخطوات.

## المطلب الأول الجرائم المالية الإلكترونية

أدى التطور المستمر للتكنولوجيا وتقنية المعلومات وسرعة تضخم قواعد البيانات ثم تقادمها مع الأنظمة الإلكترونية المستخدمة سريعاً إلى ازدهار الصناعة المالية وظهور العديد من النماذج المالية الناشئة على شبكة الإنترنت، وهو ما لم يكن في حساب صناع القرار الذين كانوا منغمسين برسم السياسات الجنائية لذلك الواقع المستجد بدون إلمام متعمق بإمكانيات تلك التقنيات والتحويلات التي ستكون عليها في المستقبل، ومن ثم فقد تعددت الآراء وتباينت في الأوساط الأكاديمية والمراكز البحثية حول مفهوم موحد لمهية الجرائم المالية الإلكترونية وما نميل إليه ونرجحه أن مصطلح الجرائم المالية الإلكترونية بمفهومها العام يعني «ارتكاب أفعال غير مشروعة تستهدف القطاع المالي بواسطة شبكات الاتصالات السلكية واللاسلكية والحواسيب والهواتف الذكية وغيرها من المعدات التقنية الطرفية الأخرى»، ووفقاً لذلك فإن الجرائم المالية الإلكترونية تنقسم إلى:

أ. الجرائم المالية الحاسوبية والشبكية: وتشير عادة إلى استهداف النظام المعلوماتي المالي عن طريق استخدام الأصول التقنية المملوكة للكيان المالي وتدمير النظام المعلوماتي المالي أو ارتكاب جرائم اختلاس أو الاحتيال أو التعدي الوظيفي أو السرقة (张九峰、肖飒、张继锋، ٢٠١٤)، أو التلاعب بالبيانات المخزنة على الحواسيب أو تمكين طرف ثالث للولوج إلى النظام المعلوماتي المالي عبر ثغرة أمنية يتم إفشاؤها أو إنشاؤها وصولاً إلى تحقيق النتيجة الجرمية، أي أن هذا النوع من الجرائم يتم عادة باستخدام أجهزة الحاسوب دون الحاجة إلى الاتصال بشبكة الإنترنت، وتتضمن مهاجمة أنظمة البنوك أو الشركات عبر الشبكة الداخلية واعتراض البيانات المالية أثناء انتقالها عبر الشبكات أو التجسس على التحويلات المالية بين الأنظمة المتصلة.

ب. الجرائم المالية عبر شبكة الإنترنت: وتشمل جميع أنواع الأعمال الإجرامية التي تنتهك الأنظمة المالية ومصالح الآخرين في الأنشطة التجارية المالية عبر الإنترنت، وهو ما يعني إلحاق الضرر بالنظام المالي الوطني وسلامة ممتلكات المواطنين وبأمن وسلامة شبكة الإنترنت في البلاد (中伦研究院، ٢٠١٨، 第 ٦ 页)، وفي هذا

النوع من الجرائم يتم الاعتماد على شبكة الإنترنت العام كأداة لتنفيذ تلك الجرائم التي تستهدف الخدمات المصرفية عبر الإنترنت كاختراق التطبيقات الإلكترونية مثل المحافظ الإلكترونية وماكينات ATM وبث البرمجيات الخبيثة DoS في الأنظمة المعلوماتية المالية بهدف تعطيل توافر تلك الخدمات وقرصنة الأنظمة المعلوماتية البنكية المتعلقة بالحسابات المصرفية، وتدميرها بحيث تكون غير قابلة للاستخدام، وانتحال الشخصية واستخدام البطاقات البنكية المزورة، وكذا استغلال العميل لثغرة أمنية تمكنه من الاستيلاء على أموال لا علاقة له بها أو سرقة وقرصنة المصنفات الرقمية والملكيات الفكرية ذات القيمة المادية الكبيرة، أضف إلى ذلك استخدام أنظمة وتقنيات الذكاء الاصطناعي للتأثير على التجارة الإلكترونية، والاستثمار في الأسواق العالمية عبر الإنترنت عن طريق التلاعب بأسواق الأسهم والأوراق المالية والبورصات، وكذا استهداف منصات الدفع الإلكترونية الوطنية والأجنبية بعمليات احتيالية وسرقة بيانات المودعين واختراق الأنظمة المالية بهدف الولوج إليها عبر الثغرات الأمنية والاستيلاء على الأموال وتنفيذ هجمات الفدية، واستخدام شبكة الإنترنت لارتكاب جرائم غسيل الأموال ودعم الأنشطة غير المشروعة... إلخ.

## المطلب الثاني

### صور الهجمات السيبرانية الواقعة على القطاعات المالية والمصرفية

الحقيقة أن الهجمات السيبرانية على القطاع المالي والمصرفي باتت من القضايا التي تُوْرَق الدول في العالم السيبراني، ولمعرفة التطور المستمر في الجرائم المالية الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت تشير إحصائيات جرائم الاحتيال المالي في العام ٢٠٠٦م ونسبتها من عدد الجرائم السيبرانية في بعض الدول الفاعلة في الاقتصاد العالمي على النحو التالي: الولايات المتحدة الأمريكية حوالي ٣٠٪، الصين ٢١,٦٪، كوريا الجنوبية ١١,٥٪، البرازيل ٥,١٪، الاتحاد الروسي ٣,٥٪، ألمانيا ٢,٥٪، إسبانيا ٢,٢٪، كندا ١,٥٪، اليابان ١,٤٪، بريطانيا ١,٤٪ (ИнтерКрим-пресс: все о деньгах, ٢٠٠٦, ٢٥,٠٤, <https://www.icpress.ru>)، وفي العام ٢٠١٨م توضح تقديرات صندوق النقد الدولي للتكلفة الناتجة عن الهجمات السيبرانية في القطاعات المالية من واقع الخسائر المحققة جراء هجمات فعلية في ٥٠ دولة حول العالم أن متوسط الخسائر السنوية المحتملة من الهجمات السيبرانية قد يكون كبيراً بما يقدر بنحو ٩٪ من صافي دخل البنوك على مستوى العالم (صندوق النقد العربي، ٢٠١٩، ص ١)، ووصولاً إلى العام ٢٠٢٤م في الاتحاد الروسي على سبيل المثال يشير أحدث تقرير سنوي لوزارة الشؤون الداخلية جمعت من خلاله تصنيفاً للمناطق التي لديها أعلى مستوى من الجريمة السيبرانية أوضحت فيه أن الجرائم المكتشفة في العام ٢٠٢٤م باستخدام البطائق البنكية البلاستيكية تخطت ١١٥ ألف حالة وهذا أقل بنسبة ١٣,١٪ مقارنة بالعام ٢٠٢٣م وأن الاحتيال الإلكتروني شكل ٤٠٪ من بين جميع الجرائم السيبرانية في العام ٢٠٢٤م، وأشار التقرير إلى أن الأضرار المالية الناجمة عن الجرائم السيبرانية بشكل عام خلال الخمس السنوات الماضية بلغت حوالي ٥٠٠ مليار روبل بينما وصل المبلغ في العام ٢٠٢٣م ١٥٦ مليار روبل فقط (TADVISER, ٢٠٢٥, ٠١, ٢٤, <https://www.tadviser.ru>).

المشكلة الأكثر تعقيداً بالنسبة للقطاع المالي والمصرفي في العالم السيبراني الذي لا سيطرة مطلقة فيه لأحد هي إقحام تلك الكيانات المالية في الصراعات الدولية خاصة بعد أن اعتمدها بعض الدول للإضرار بمصالح الدول المعادية بعدة طرق، سواء بدعم مجموعات الهاكرز أو توفير الملاذات الآمنة لهم أو شن هجمات سيبرانية على القطاعات الاقتصادية والحيوية بهدف إرباكها واستنزافها وتكبيدها خسائر مالية كبيرة دون أن

تدخل معها في حرب مباشرة، ومع استمرار التطور التقني والتكنولوجي تستمر صور الجرائم المالية الإلكترونية باتخاذ أشكال وأنماط جديدة ومتنوعة على مستوى العالم والتي منها:

١. **العمليات المالية الاحتيالية:** أحد أشهر الأمثلة على العمليات المالية الاحتيالية كانت في العام ٢٠١٦م عندما تعرضت لها جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك SWIFT وهي الشبكة التي تستخدمها المؤسسات المالية لإرسال واستقبال معلومات وبيانات المعاملات البنكية لسلسلة من الهجمات أدت إلى سرقة ملايين الدولارات وأسفر الهجوم الأول المبلغ عنه والذي وقع في فبراير ٢٠١٦م عن سرقة ٨١ مليون دولار من البنك المركزي في بنغلاديش حيث تمكن المتسللون من استغلال ثغرة في شبكة SWIFT مستخدمين بيانات اعتماد موظفي البنك المركزي في بنغلاديش لإرسال طلبات تحويل أموال احتيالية إلى البنك الاحتياطي الفيدرالي في مدينة نيويورك الأمريكية مطالبين البنك بتحويل الأموال من البنك المركزي في بنغلاديش إلى حسابات في جميع أنحاء منطقة شرق آسيا (Rewired Cybersecurity Governance، ٢٠١٩، P.٩٧).

٢. **التصيد الاحتيالي Phishing لسرقة الأموال من الحسابات البنكية:** وهو نوع من الهجمات التي تهدف إلى سرقة المعلومات الحساسة وهويات المودعين وبياناتهم الشخصية مثل كلمات المرور وأرقام الحسابات والبطاقات البنكية وغيرها من البيانات وقد تتخذ طرقاً متعددة كرسائل البريد الإلكتروني أو الرسائل النصية SMS أو التصيد عبر الهاتف Smishing أو التصيد عبر المكالمات الهاتفية Vishing (Совет ветеранов – Прокуратура Рязанской области، ٢٠١٩، [www.prokrzn.ru](http://www.prokrzn.ru)).

٣. **البرمجيات الخبيثة:** من أهمها FASTCASH Malware وتستخدم لاختراق أنظمة الدفع والتحكم بأجهزة الصرافات الآلية ATMs وتوجيهها لصرف الأموال دون الحاجة إلى بطاقات مصرفية.

٤. **حصان طروادة:** وهو برنامج ضار يستخدم لاختراق الأنظمة المالية وتنفيذ أوامر برمجية خبيثة على الشبكات المصرفية، Cobalt Strike، Dridex وهي برمجيات لاختراق أنظمة البنوك الداخلية وتنفيذ عمليات تحويلات مالية، فيروس الضدية WannaCry والذي ضرب هذا الفيروس أكثر من ١٥٠ دولة في العام ٢٠١٧م ويقوم

باختراق أنظمة التشغيل وتشفير بياناتها ثم يعرض رسالة على شاشات حواسيب المؤسسات والكيانات المستهدفة بدفع فدية تكون عادة بالعملة الرقمية المشفرة مقابل فتح التشفير..

ومن أشهر مجموعات القرصنة التي استخدمت تلك البرمجيات الخبيثة لسرقة ملايين الدولارات من المؤسسات المالية حول العالم ECCENTRIC BANDWAGON. ومجموعة BeagleBoyz التي تتهمها الولايات المتحدة الأمريكية أنها تتبع الاستخبارات العسكرية في جمهورية كوريا الشمالية وأنها استولت على ما يقرب من ٢ مليار دولار منذ عام ٢٠١٥م على الأقل وفقاً للتقديرات العامة وأن هجماتها في أكتوبر من العام ٢٠١٨م أدت إلى توقف أحد البنوك في أفريقيا عن استئناف خدمات أجهزة الصراف الآلي أو نقاط البيع العادية لعملائه لمدة شهرين تقريباً بعد محاولة حادثة FASTCash وأنها غالباً ما تقوم بتثبيت أدوات مدمرة لمكافحة الأدلة الجنائية على شبكات الكمبيوتر للمؤسسات الضحية، بالإضافة إلى ذلك في عام ٢٠١٨م قامت المجموعة بنشر برامج ضارة استهدفت أحد البنوك في تشيلي مما أدى إلى تعطل آلاف أجهزة الكمبيوتر والخوادم لصرف الانتباه عن محاولاتهم إرسال رسائل احتيالية من محطة SWIFT المخترقة الخاصة بالبنك (CISA.GOV، ٢٠٢٠، ١٠، ٢٤، [www.cisa.gov](http://www.cisa.gov)) ،

٥. استهداف التطبيقات والمحافظ الإلكترونية البنكية: Banking Malware: هنالك برمجيات خبيثة كثيرة لعل أشهرها تلك التي تعمل على استهداف التطبيقات والمحافظ الرقمية وتكون مثبتة على أجهزة الضحايا نتيجة تصيد احتيالي أو التحميل من مصادر غير موثوقة أو عن طريق استغلال الثغرات الأمنية وتستمر البرمجيات بمراقبة أنشطة المستخدم خاصة عند الدخول للتطبيقات والمحافظ الرقمية أو حتى المواقع المصرفية ثم تلتقط اسم المستخدم وكلمات المرور التي يدخلها الضحية ثم تلتقط رموز المصادقة الثنائية MFA وتستخدم في سبيل ذلك تقنيات مثل keylogging (تسجيل ضغطات لوحة المفاتيح) أو Scraping (التقاط صور للشاشة) لسرقة MFA التي يتم إرسالها عبر الرسائل النصية ثم تضيف البرامج الضارة المصرفية النظام التحويلي التلقائي ATS لالتقاط رمز MFA وبدء المعاملات وتنفيذ التحويلات المالية (財務人員، ٢٠٢٣، [www.informationsecurity.com.tw](http://www.informationsecurity.com.tw)).

## المطلب الثالث أنظمة الذكاء الاصطناعي

ظهر مصطلح الذكاء الاصطناعي في أربعينيات القرن المنصرم، واستمرت الأبحاث واللجان العلمية في كلا المعسكرين الشرقي والغربي، ومنذ ذلك الحين قامت تلك اللجان بالعمل على تطويره وهو ما أحدث تقدماً ملحوظاً في عدة مجالات، وفي حقبة الثمانينات والتسعينات مر المجال البحثي للذكاء الاصطناعي بفترات من التراجع والتقهر منها ما يعد اقتصادياً يدور حول التكلفة والجدوى ومنها ما هو سياسي تم صبغة بطابع ديني حتى وصل الأمر في التسعينيات أن أصبح مصطلح الذكاء الاصطناعي من المحرمات تقريباً، بل تم وصفه في اللغة الجامعية بمصطلح أكثر تواضعاً «الحوسبة المتقدمة» (Council of Europe Portal. [www.coe.int/en/web/artificial-intelligence](http://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence)). ومع مطلع الألفية الثالثة كانت الدول الفاعلة في مجال الذكاء الاصطناعي قد امتلكت كميات مهولة من البيانات والمعلومات Big data فظهر الذكاء الاصطناعي بحلة جديدة وإمكانات خارقة خيل فيها للبشرية بأنه علم جديد خرج من رحم تلك الثورة المعلوماتية وهو ما حدا بالباحثين والدارسين والمهتمين في كافة المجالات أن يرفدوه بالدراسات والأبحاث، فمنهم من تناوله من ناحية فلسفية، ومنهم من درسه وفقاً لقواعد علم الاجتماع، ومنهم من نظر إليه من زاوية اقتصادية وسياسية، وهذا يفسر الزيادة الهائلة في المنشورات العلمية الخاصة بالذكاء الاصطناعي التي لم تبدأ إلا في حدود عام ٢٠٠١م، ثم تراجعت نسبة المنشورات العلمية إلى الاختراعات من ٨:١ في عام ٢٠١٠م إلى ١:٣ في عام ٢٠١٦م بما يوحي بالتحول من البحث النظري إلى الاستخدام العلمي لتكنولوجيات الذكاء الاصطناعي في المنتجات والخدمات التجارية والاقتصادية (المنظمة العالمية للملكية الفكرية. ٢٠١٩)، ولقد بات الذكاء الاصطناعي قدراً يحتم على الدول والحكومات خوض غماره والتنافس فيه وعدم تفويت فرص ثمينة هي في أمس الحاجة لها من أجل ضمان دوام بقائها واستمراريتها وتطوير قدراتها وإمكانياتها في شتى المجالات المختلفة، ومما لا شك فيه أن جهود الدول والقوى الفاعلة في الابتكار والتصنيع أوجدت بنى تحتية رقمية رائدة من خلالها تطورت قدرات الذكاء الاصطناعي في جميع المجالات، ويأتي في مقدمتها التحول الجذري الذي أحدثه الذكاء الاصطناعي في مختلف القطاعات العسكرية والأمنية والاقتصادية والصناعية والصحية والتعليمية والخدمات اللوجستية والأمن الغذائي.

ومن خلال التعريفات المختلفة والمتباينة التي اختلفت بحسب المراحل والأطوار التي مر بها حيث تجلى الطور الأول للذكاء الاصطناعي بقدرات برمجية حاسوبية بسيطة تعالج مشاكل محددة، وبمرور الزمن بدأ طور النماذج الأكثر تعقيداً، والتي تعتمد على تقنيات التعلم العميق، بما في ذلك الشبكات العصبونية الصناعية وهو ما سمح للأنظمة بفهم ومعالجة البيانات بشكل أكثر دقة كما أصبحت قادرة على التعلم الآلي من أخطائها والعمل على تصحيحها وتحسينها، ثم ظهر الطور الذي استطاعت فيه تقنيات الذكاء الاصطناعي التفاعل مع محيطها بشكل أوسع وصار بإمكانها التعرف على الأصوات والصور والتفاهم اللغوي وفهم المشاعر ورصد السلوك البشري وتفسيره، وبناء على ذلك فالذكاء الاصطناعي هو «العلم الذي تستخدم فيه تقنيات التكنولوجيا المتطورة مع المخزون المعرفي الإنساني بهدف إكساب الآلة مهارات وقدرات بشرية متخصصة في العالم الافتراضي أو العالم المادي أو فيهما معاً وإمكانية ردها بخاصية محاكاة البشر في الشخصية والتعلم والعمل والاستقلالية وفي الاستنتاج واتخاذ القرارات والتنفيذ وفقاً للمعطيات والمدخلات التي غذيت بها من قبل صانعيها أو مالكيها أو مطوريها».

وأنظمة الذكاء الاصطناعي المستخدمة في كافة المجالات تتكون بشكل أساسي من مجموعة من الركائز والنُهُج وعلى النحو الآتي:

### أولاً: ركائز الذكاء الاصطناعي AI Pillars:

جميع أنظمة الذكاء الاصطناعي تتكون من ثلاث ركائز عريضة AI Pillars تعمل جنباً إلى جنب ولا يمكن لها أن تعمل بنجاح دون بناء الأبعاد الثلاثة على بعضها البعض (LaTrelle Annette Bolding، ٢٠٢٣)، وتتجلى ركائز أنظمة الذكاء الاصطناعي في التالي:

أ. **بنية المجال Domain Structure**: فمن خلال هذا الهيكل يقوم المهندسون وغيرهم من الخبراء بوضع الأطر النظرية وكتابة القواعد التي تعمل على تقسيم المشكلات المعقدة إلى مهام أصغر وأبسط يمكن حلها باستخدام التعلم الآلي، بمعنى أنه لا بد لإنتاج نظام ذكاء اصطناعي يستطيع التعامل مع العالم الحقيقي أن يتم تحديد النظرية ووضع القواعد ذات الصلة، فإذا كنت ترغب في إنشاء نظام لديه القدرة على التواصل مع العملاء على سبيل المثال سيكون عليك تحديد نوايا العملاء ورغباتهم وميولهم بطريقة تسمح بإجراءات تعلم الآلة المختلفة لإنشاء حوار بين النظام

والعملاء (Matt Taddy .P. ٢٠١٩ .٦٣-٦٥).

ب. توليد البيانات Data Generation: تنقسم البيانات إلى فئتين: الفئة الأولى من البيانات تعتبر المواد الخام والأصول ذات الحجم الثابت لأي نظام ذكاء اصطناعي ويتم استخدامها لتدريب ذلك النظام على المهام العامة، أما الفئة الثانية من البيانات هي التي يتم إنشاؤها وتوليدها بشكل نشط عن طريق النظام أثناء اختبار الأداء وتطويره بتلك الطريقة «توليد البيانات» وتدفعها المستمر يسمح بتغذية خوارزميات التعلم بالمعلومات الجديدة والمفيدة، ويمكن تقسيم البيانات الضخمة إلى فئتين عريضتين: البصمات الرقمية التي يولدها الإنسان وبيانات الآلة، ومع استمرار نمو تفاعلاتنا على الإنترنت تستمر بصماتنا الرقمية في التزايد على الرغم من أننا نتفاعل بشكل يومي مع الأنظمة الرقمية إلا أن معظم الناس لا يدركون مقدار المعلومات التي تتركها حتى النقرات أو التفاعلات التافهة- فبحلول فبراير ٢٠١٣م كان لدى «فيسبوك» أكثر من مليار مستخدم منهم ٦١٨ مليون مستخدم نشط يومياً، لقد شاركوا ٢,٥ مليار عنصر وأعجبوا بـ ٢,٧ مليار أخرى كل يوم مما أدى إلى توليد أكثر من «٥٠٠» تيرا بايت (خمسمائة ألف جيغا بايت) من البيانات والمعلومات الجديدة على أساس يومي، وفي مارس من نفس العام كان موقع «لينكد إن» LinkedIn وهو موقع للتواصل الاجتماعي موجه للأعمال يضم أكثر من ٢٠٠ مليون عضو فيه وينمو بمعدل عضوين جديدين كل ثانية مما أدى إلى توليد ٥,٦ مليار عملية بحث موجهة بشكل احترافي (Marc Dugain, Christophe Labbé .٢٠١٦).

ج. التعلم الآلي Machine Learning: يعتبر «التعلم الآلي» الركيزة الثالثة التي تقوم عليها أنظمة الذكاء الاصطناعي، فمن خلال البيانات الضخمة Big Data التي تنشئها الركيزة الثانية باستمرار والتي يتم تخزينها على أجهزة خصصت لذلك يتم معالجة تلك البيانات باستخدام (خوارزميات) مبرمجة لأداء المهام التحليلية بمهارة ومن خلالها يمكن للآلة التعرف على الأنماط المستهدفة للتنبؤ بالنتائج المستقبلية والتعلم من خلال التجربة، ويعرف «التعلم الآلي» ML بأنه عبارة عن مجموعة فرعية من الذكاء الاصطناعي تركز على تمكين الآلات من التعلم من البيانات وتحسين أدائها دون برمجتها بشكل صريح وتستخدم تعلم الآلة تقنيات إحصائية لتحليل وتفسير الأنماط في البيانات مما يمكن الآلات من إجراء تنبؤات أو تصنيف المعلومات أو اكتشاف الرؤى المخفية والخروج باستنتاجات مشمولة بقرارات قابلة للتنفيذ آلياً

دون تدخل بشري (Jasper Blackwell .P. ٢٠٢٣ .P. ٤).

## ثانياً: نُهج الذكاء الاصطناعي AI Approach:

لا يقتصر الأمر في بناء نماذج الذكاء الاصطناعي على الركائز فحسب، وإنما هنالك أيضاً استراتيجيات أو نهج أساسية تعتمد عليها أنظمة الذكاء الاصطناعي ويتم استخدامها وفقاً لطبيعة المجالات والأهداف والغايات الوظيفية المختلفة المراد تحقيقها وتتمثل في التالي:

أ. **نظرية العقل Theory of Mind**: يُعنى نهج «نظرية العقل» بأهمية فهم التفكير والإدراك البشري وكيف يمكن تكراره في الآلات عن طريق محاكاة عمليات وسلوكيات تفكير البشر في الإدراك والاستدلالات وحل المشكلات، ومن ثم فإن تلك التقنيات ستقوم وفقاً لنظرية «النهج العقلي» بفهم نوايا ومعتقدات ورغبات وعواطف البشر والتنبؤ بسلوكياتهم والتفاعل معهم بشكل إيجابي.

ب. **الآلات التفاعلية Reactive Machines**: تم استخدام نهج «الآلات التفاعلية» في تصميم أقدم نماذج الذكاء الاصطناعي ويعتبر جهاز الكمبيوتر Deep Blue من شركة IBM الذي هزم الروسي «غاري كاسباروف» Garry Kasparov بطل العالم في الشطرنج في شهر مايو من العام ١٩٩٧م أحد النماذج الشهيرة للآلات التفاعلية، حيث تدرك ما حولها بشكل مباشر وتتصرف بناء على ما تراه وليس بإمكانها التعلم أو تصور الماضي أو المستقبل وهو ما يعني أن قدراتها لمحاكاة الذكاء البشري محدودة.

ج. **الذاكرة المحدودة**: الذكاء الاصطناعي ذو الذاكرة المحدودة أكثر تقدماً وتعقيداً من الآلات التفاعلية من حيث القدرة على تخزين واستخدام المعلومات وتحسين أدائها باستمرار، وهذا مشابه لكيفية عمل الدماغ البشري الذي يتعلم ويتكيف، حيث تستخدم نماذج الذكاء الاصطناعي البيانات التي تخزنها الذاكرة المحدودة لإنشاء الأطر التي تساعد على اتخاذ القرارات (Victor Singh، ٢٠٢٣، P. ٤٢).

د. **الوعي الذاتي Self-Awareness**: يعتبر نهج «الوعي الذاتي» امتداداً لنهج نظرية «العقل» ولكن ببعد أكثر عمقاً وشمولاً والهدف منه استخدامه في تصميم نماذج ذكية لديها القدرة على تشكيل وعي وإدراك ذاتي يسمح لها بتقييم حالتها الداخلية وقدراتها وفهم كينونتها باعتبارها كائناً مستقلاً عن الكيانات الأخرى يمثل ذاته دون

استخدام الوعي البشري كنموذج لها، وقد انقسم كثير من العلماء والباحثين ورواد التكنولوجيا حوله بين من يدق ناقوس الخطر ويشير القلق والرعب في نفوس الناس مؤكداً أن نماذج الذكاء الاصطناعي الواعية بذاتها باتت واقعاً ملموساً وأنها الآن في مرحلة تفوق ذكاء وقدرات البشر وقد باتت قريبة جداً من مرحلة التفرد الذاتي وما يخشونه هو ما وراء ذلك التفرد الذي قد يؤدي إلى أن تتحكم بالبشر أو قد تتسبب بكوارث وأضرار للحضارة البشرية أو ترسم نهايتها، وبين من يعتبر «الوعي الذاتي» مجرد نظرية لم تتحقق بعد وأنه سيتم إنتاج نماذج للذكاء الاصطناعي واعية لذاتها بحلول عقد أو عقدين من الزمن تظهر قدرات متقدمة في مجالات محددة إلا أنها لن تمتلك نفس الوعي الذاتي للبشر، بل إن هنالك من ذهب إلى أبعد من ذلك بكثير وبأسلوب فلسفي عميق.

## المطلب الرابع

### أنظمة الذكاء الاصطناعي وتعزيز أدلة الإثبات في الجرائم المالية الإلكترونية

قبل الحديث عن دور أنظمة الذكاء الاصطناعي في تعزيز أدلة الإثبات الجنائي في شأن الجرائم المالية الإلكترونية، لا بد من الإشارة إلى أن الذكاء الاصطناعي قد أحدث ثورة عارمة في المجال الاقتصادي أدت إلى مراجعة النظريات والمسلمات والمفاهيم الاقتصادية التي كانت قد ترسخت واستقرت منذ زمن وخلق بعداً جديداً لاقتصاديات الدول وأعاد تشكيل الأسواق العالمية، ولكنه أوجد أيضاً مخاطر أثرت سلباً على عالم المال والأعمال، فعلاوة على استخدام العصابات الإجرامية الاقتصادية الدولية التزييف العميق لتنفيذ أنشطة احتيال للإضرار بالتجارة الإلكترونية العالمية عن طريق تحديد نقاط الضعف في النظام المالي، واستخدامها في التلاعب بالبيانات وغسيل الأموال وتمويل الأنشطة غير المشروعة عبر الإنترنت باستخدام التقنيات الناشئة، مثل منصات الدفع الجديدة والعملات المشفرة لإجراء معاملات معقدة ومتعددة الطبقات يصعب اكتشافها وتتبعها، هنالك أيضاً الأنظمة الذكية المالية المستقلة التي تستخدم لاتخاذ قرارات بشأن التداولات في الأسواق المالية العالمية حيث يمكن لتلك الأنظمة اكتشاف الأنماط والاتجاهات في السوق واتخاذ قرارات التداول بشكل أسرع وأكثر دقة غير أن المخاطر التي يمكن أن تتسبب بها قد تؤدي إلى تحيزات خوارزمية في اتخاذ القرارات أو انهيارات في الأسواق المالية أو حتى الكساد الاقتصادي، ويشير كثير من المتخصصين أن هنالك ستة مخاطر رئيسية قد تسببها الخدمات المالية التي تعتمد على الذكاء الاصطناعي: المخاطر الأخلاقية والخصوصية، وتقلبات السوق، وقضايا التلاعب بالأسعار، بالإضافة إلى مخاطر الاستعانة بمصادر خارجية مركزية، واتخاذ القرارات بطريقة الصندوق الأسود، ويمكن أن تكون هذه المخاطر الستة الكبرى بحسب خصائصها والأشياء المتضررة منها، وقد تم تصنيفها إلى ثلاثة مجالات رئيسية، الأول: هو التأثير على الأفراد المشاركين في السوق وهي القضايا الأخلاقية والخصوصية، والثاني: هو التأثير على السوق بشكل عام، أما الثالث: فتأثير السوق، أي تقلبات السوق وقضايا التلاعب بالأسعار وهو يركز على الضرر الذي يلحق بالمؤسسات المشاركة والأشخاص الاعتباريين، كما أن هنالك مخاطر تقنية بحتة وتشمل المخاطر الفنية والتركيز على الاستعانة بمصادر خارجية وغموض عملية صنع القرار (謝明華、李振華، 日期不詳，第46頁).

وبالعودة إلى أنظمة الذكاء الاصطناعي ودورها في تعزيز أدلة الإثبات الجنائية في الطب الشرعي الرقمي فإن تقنيات وأنظمة الذكاء الاصطناعي تلعب دوراً حاسماً ومهماً في تسريع وتعزيز وتحسين كفاءة أعمال التحقيق في الجرائم السيبرانية بشكل عام، وفي شأن الجرائم المالية الإلكترونية فقد مكنت تقنيات وأنظمة الذكاء الاصطناعي محلي الطب الشرعي الرقمي، وسلطات إنفاذ القانون من استخراج المعلومات ذات الصلة بالجرائم المالية الإلكترونية، واكتشاف الملفات المحذوفة أو المخفية، واستعادتها وفك التشفير، وإعادة بناء الأحداث ومحاكاتها باستخدام الأدلة الرقمية لفهمها، وتحليلها للوصول إلى إثباتها أو دحضها، ولقد أدى التكامل المتزايد للذكاء الاصطناعي وخوارزميات التعلم الآلي لإحداث تغييرات كبيرة في مجال الطب الشرعي الرقمي لتحقيق تحليل أسرع وأكثر دقة للبيانات، ومعالجة كميات كبيرة من البيانات في وقت قياسي، وتحديد الأنماط وتحليل الأدلة الرقمية، واكتشاف الحالات الشاذة والتعرف على الهويات بطرق كانت تعتبر مستحيلة في السابق (全球增长洞察 2023، [www.globalgrowthinsights.com](http://www.globalgrowthinsights.com))، وأصبح بإمكان نماذج التعلم الآلي التمييز بين المعاملات المشروعة وغير المشروعة بناء على سلوك المستخدمين وتاريخهم المالي، وبما أن المجرمين الماليين يتواصلون بشكل متكرر من خلال القنوات الرقمية تاركين وراءهم ثروة من البيانات النصية التي يمكن أن تكون بمثابة كنز من الأدلة يستخدم المحققون خوارزميات معالجة اللغة الطبيعية NLP للكشف عن الروابط الخفية والأنشطة غير القانونية والنوايا السيئة حيث تسمح قدرة البرمجة اللغوية العصبية على تحليل وفهم اللغة البشرية في المؤسسات المالية وتلعب دوراً فعالاً في غرلة هذه البيانات النصية، وعمل مسح لرسائل البريد الإلكتروني وسجلات الدردشة والرسائل الأخرى لتحديد المحادثات المشبوهة أو المدانة (FDM .2023، [www.fdmgroup.com](http://www.fdmgroup.com))، كما أن هنالك تقنيات أخرى تقوم بتحليل حركة المرور على الشبكات في المؤسسات المالية والمصرفية، والتقاط وتحليل الحزم المنقولة عبر الشبكة وتسجيلها وتحليل تدفق البيانات والسجلات في أجهزة الشبكة المختلفة وربط الأدلة ببعضها، ما يؤدي إلى تحديد آثار البرامج الضارة والتطبيقات غير المصرح بها أو تسريبات البيانات... إلخ.

## الخاتمة والتوصيات

التطور التكنولوجي والتقني وظهور الاقتصاد الرقمي مثل رافداً حيوياً للدول والحكومات هي في أمس الحاجة إليه من أجل ضمان دوام بقائها واستمراريتها وتطوير قدراتها وإمكانياتها، ولقد أدى الابتكار في الصناعة المالية والتحول الرقمي في هذا المجال إلى خلق بنية تحتية رقمية رائدة وظهور منصات تعتمد عليها الخدمات المصرفية الرقمية والمعاملات المالية عبر الإنترنت فأوجدت بذلك فرصاً ثمينة، واستثمارات جديدة ولكنها جلبت معها أيضاً مخاطر وتحديات حديثة ومبتكرة أضرت بالدول والحكومات وكبدتها خسائر اقتصادية واجتماعية، وفي هذا المضمار الجديد كان ولازال التنافس والصراع على أشده بين عالم الجريمة في الشبكة المعلوماتية من جهة وبين الكيانات الاقتصادية والمالية، وإلى جانبها سلطات العدالة الجنائية وإنفاذ القانون، ومع ذلك فإن الواقع العملي يثبت أن ميزان العدالة لا زال مختلاً ويميل دائماً لكفة المتفوق في المجال التقني والتكنولوجي، وبينما تشير التقارير العامة إلى أن تقنيات الذكاء الاصطناعي في مجال تعزيز أدلة الإثبات في القضايا المالية الإلكترونية قد حققت قفزات نوعية مثمرة، إلا أن كثيراً من الدول المتأخرة في هذا المجال لا زالت تعتمد على أدوات معرفية ضحلة على كافة الأصعدة القانونية والأمنية والأكاديمية والتقنية، ولعل ذلك يرجع إلى سيطرة القوى الفاعلة في مجال الذكاء الاصطناعي خارطة البحوث الدولية والاحتكارية الجشعة التي تمارسها كبريات الشركات التكنولوجية والشركات الناشئة في هذا المجال وأغلبها غربية بامتياز، غير أن الواقع العالمي الجديد في كافة المجالات بشكل عام وفي مجال المال والأعمال على وجه الخصوص قد أجبر الدول النامية لخوض غمار التحول الرقمي دون استراتيجيات فاعلة أو رؤى واضحة، وهو ما أدى إلى ظهور الكثير من النسخ الرديئة الوصلية والانتهازية التي اقتحمت مجال الذكاء الاصطناعي والأمن السيبراني في كافة التخصصات والمجالات لجني الأموال الكثيرة مدعومة بأصحاب النفوذ والمحسوبية، مستغلة حاجة وضعف كثير من الدول والحكومات في هذا المعترك العصري والمستقبلي المهم، ولكنها سرعان ما أثبتت فشلها في أول اختبار عملي في كثير من الدول، ومن ثم فإنه يجب على صناعات القرار التنبه لذلك ما لم فإن المخرجات والنتائج ستكون كارثية على تلك الدول وتلكم الحكومات.

وفي بلادنا وبرغم الظروف الاستثنائية التي تمر بها إلا أن التحول الرقمي قد أحدث تغييرات عميقة في السياسات العامة للدولة وفي الوعي المجتمعي وفي أغلب المجالات

بشكل عام وفي قطاع المال والأعمال على وجه الخصوص، ولقد كان لقطاع الاتصالات والبنوك في بلادنا دوراً رائداً ومحورياً في دفع عجلة التحول الرقمي وتحسين الخدمات وزيادة الفرص الاستثمارية رغم تواضعها، وفي تشكيل وعي جديد لدى مؤسسات صناعة القرار، ومع ذلك لازالت التحديات في هذا المجال كبيرة وتستدعي تضافر جهود كل أطراف المصلحة في العالم الافتراضي لتبني استراتيجيات فاعلة وناجعة للتصدي لتلك المخاطر، وفيما يلي بعض التوصيات والمقترحات بشكل عام، وعلى النحو التالي:

١. لا بد أن يتم تطوير سياسات الدولة الجنائية وتشريعاتها الوطنية بما يتلاءم مع الطبيعة الخاصة للجرائم السيبرانية وتبني استراتيجيات فعالة في مواجهتها وإشراك القطاع الخاص وبقية أطراف المصلحة في رسم تلك السياسات والاستراتيجيات وتوزيع المسؤوليات بشكل مرن وفعال.
٢. للقطاع الخاص دور كبير وفعال في العالم السيبراني وفي المجال التكنولوجي والتقني وصار لاعباً فاعلاً ومؤثراً لا بد من الاستفادة منه وتمكينه وتذليل الصعوبات ليقوم بدوره الإيجابي والبناء على أكمل وجه.
٣. من الأولويات الملحة تأهيل سلطات إنفاذ القانون وبناء قدرات رجال العدالة الجنائية للتصدي للأنشطة الإجرامية السيبرانية حتى لا نكون أمام ما يمكن أن نسميه بأمية رجال العدالة الجنائية وإنفاذ القانون تجاه جرائم العالم السيبراني.
٤. ينبغي الاستثمار في توعية المجتمع بالجرائم الإلكترونية من أجل معالجة مشكلة انخفاض معدلات الإبلاغ عن الجريمة الإلكترونية مقارنة بالجرائم الأخرى.
٥. يجب الاستفادة من كل تجارب الدول في مجال الأمن السيبراني ومكافحة الجرائم الإلكترونية وعدم تكرار الأخطاء التي وقعوا فيها والبدء من حيث انتهى الآخرون واستبعاد النسخ الرديئة في هذا المجال.
٦. في شأن التعاون الدولي لا بد من التروي قبل الانضمام أو المصادقة على أي اتفاقية متعددة الأطراف، وما يجب فعله في الوقت الحالي هو عقد الاتفاقات الثنائية مع الدول الصديقة فقط، والاستفادة من تجاربها وإمكانياتها من خلال تدريب الكوادر ونقل الخبرات والتعاون والتنسيق في

- مجال الأمن السيبراني ومكافحة الجرائم الإلكترونية.
٧. معيار نجاح أعمال حوكمة رشيدة للعالم السيبراني مرهون بتضافر الجهود للعمل بروح الفريق لمناقشة أهم القضايا المتعلقة بالسياسات العامة لحوكمة العالم السيبراني بمفهومه القائم على الأسس والقواعد والطرق العلمية والمنهجية من أجل خلق توازن بناء تتحدد فيه أدوار ومسئوليات الجهات ذات العلاقة بغية تعزيز واستدامة ومتانة وأمن واستقرار وتطوير هذا العالم وبما يراعي مصالح كل الأطراف أصحاب المصلحة باعتبار تلك الجهود هي المداميك المتينة والأرضية الصلبة التي تركز عليها أي سياسة جنائية ناجعة وفعالة لمواجهة ومكافحة الجرائم الإلكترونية.
٨. الإسراع في إعادة تشكيل لجان جديدة قائمة على الكفاءات النوعية والمتخصصة لمراجعة مشروع القانون الذي أعدته وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات وإشراك بقية أطراف المصلحة في بلادنا للخروج برؤية مشتركة تسرع من إصدار قانون خاص بتلك الجرائم.
٩. إنشاء هيئة وطنية للأمن السيبراني ومكافحة الجرائم الإلكترونية تضم نخبة من الكفاءات النوعية المتخصصة من كل الجهات ذات العلاقة والعمل بروح الفريق الواحد، مالم فإن أي سياسة جنائية لمواجهة تلك الجرائم محكوم عليها بالفشل.
١٠. إنشاء شعبة متخصصة بالأمن السيبراني والجرائم الإلكترونية في السلطة القضائية ورفدها بمعمل جنائي خاص بالأدلة الإلكترونية وتوفير الإمكانيات اللازمة لتمكينها من العمل.
١١. لا بد للمؤسسات المالية والمصرفية تبني استراتيجيات فاعلة لحماية أنظمتها والاستعانة بتقنيات الذكاء الاصطناعي لمساعدتها في التصدي للجرائم المالية الإلكترونية والتعاون مع سلطات إنفاذ القانون وعقد ورش تدريبية معها.
١٢. لا بد من وضع لوائح وتنظيمات صارمة لشركات الأمن السيبراني وشركات الحوسبة السحابية وغيرها من الشركات العاملة في هذا المجال، وضرورة توافق خوارزمياتها وأنظمتها مع معتقدات وقيم وعادات وأعراف وقوانين الدولة اليمينة وإنشاء لجان دورية لمراقبة ضمان الجودة والكفاءة وكذا ضمان عدم مشاركات

أطراف أخرى للبيانات الوطنية، وأخيراً مراقبة الجودة في العملية التعليمية والبحثية الأكاديمية كي لا تقع بلادنا ضحية للنسخ الرديئة التي كبدتنا أضراراً فادحة طالت كافة المستويات في الدولة.

## قائمة المراجع

صندوق النقد العربي. «الأمن السيبراني في القطاع المصرفي». موجز سياسات. العدد ٤، أبوظبي: يونيو ٢٠١٩م.

تشانغ جيو فنج، شياو سا، تشانغ جيفنج. دراسة حول القضايا الرئيسية المتعلقة بالجرائم المالية عبر الإنترنت. مركز أبحاث القانون المالي بجامعة بكين. العدد ٨٩، ٢٠١٤ - إصدار خاص حول التمويل والقانون عبر الإنترنت. (مرجع صيني - باللغة الصينية المبسطة Simplified المستخدمة في البر الصيني).

张九峰、肖飒、张继锋，《互联网金融犯罪的关键问题探讨》，北京大学金融法研究中心，2014年第89期——互联网金融与法律专刊。

معهد تشونج لون للأبحاث. الابتكار المالي: تحليل النماذج والقضايا القانونية المعقدة - النماذج والحلول القانونية. دار النشر القانونية. تاريخ النشر: مايو ٢٠١٨. (مرجع صيني - باللغة الصينية المبسطة Simplified المستخدمة في البر الصيني).

中伦研究院，《金融创新：模式与疑难法律问题解析，模型與法律解决方案》，法律出版社，出版时间：2018年5月。

مؤسسة إنتر كرايم برس للطباعة والنشر. كل شيء عن المال: الجرائم المالية باستخدام الإنترنت. أخبار. أوراق نقدية حول العالم. ٢٠٠٦. ٠٤٢٥. تمت المشاهدة في: ٢٠٢٥، ٠١، ٢٢، (موقع إلكتروني باللغة الروسية).

ИнтерКрим-пресс: все о деньгах , Финансовые преступления с использованием сети Интернет, Новости, Банкноты стран мира, 25.04.2006, Дата просмотра: 22.01.2025, в:

<https://www.icpress.ru/news/19915/>.

موقع إخباري متخصص TADVISER. عدد الجرائم الإلكترونية في روسيا. الجرائم الإلكترونية والصراعات السيبرانية: روسيا. ٢٠٢٥، ٠١، ٢٥، تاريخ المشاهدة: ٢٠٢٥، ٠٢، ٠٤، في: (موقع إلكتروني باللغة الروسية).

TADVISER، Число киберпреступлений в России، Киберпреступность и киберконфликты : Россия، 25.01.2025، Дата просмотра: 04.02.2025، в:

[https://www.tadviser.ru/index.php/Статья:Число\\_киберпреступлений\\_в\\_России](https://www.tadviser.ru/index.php/Статья:Число_киберпреступлений_в_России).

Valeria San Juan & Aaron Martin. Cyber Governance and the Financial Services Sector\_The Role of Public-Private Partnerships. Rewired Cybersecurity Governance. First Edition. Edited by: Ryan Ellis & Vivek Mohan. 2019 John & Wiley Sons, Inc.

مجلس المحاربين القدامى بمكتب المدعي العام لمنطقة رязان. المسؤولية الجنائية عن ارتكاب الاحتيال باستخدام الإنترنت والاتصالات المحمولة. متابعات. ٢٩ أغسطس ٢٠١٩، تمت المشاهدة في: ٢٠٢٥/٠٥/٠٢، في: (موقع إلكتروني باللغة الروسية).

Совет ветеранов - Прокуратура Рязанской области،  
Уголовная ответственность за совершение мошенничеств  
с использованием сети Интернет и сотовой связи،  
ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ، 29 августа 2019، Дата просмотра: 05.02.2025،  
B:

<http://www.prokrzn.ru/active/comments/vopros-otvet/ugolovnaya-otvetstvennost-za-sovershenie-moshennichestv-s-ispolzovaniem-seti-internet-i-sotovoy-svya/>.

CISA، FASTCash 2.0: North Korea's BeagleBoyz Robbing Banks. CYBERSECURITY ADVISORY.CYBERSECURITY INFRASTRUCTURE SECURITY AGENCY,An official website of the us government، October 24، 2020، Seen in: 09.02.2025، in:

<https://www.cisa.gov/news-events/cybersecurity-advisories/aa20-239a>.

الموقع الإلكتروني لموظفي الشؤون المالية. أبرز ١٠ برامج خبيثة ناشئة في مجال الخدمات المصرفية عبر الهاتف المحمول في عام ٢٠٢٣. وجهة نظر. هيئة التحرير. ٢٠٢٣، ١٢، ١٨. متاح على: تم الاسترجاع في ١٣/١٢/٢٠٢٣، في: (موقع تايواني، باللغة الصينية التقليدية Traditional المستخدمة في تايوان وهونغ كونج).

財務人員. 2023年十大新興行動銀行惡意軟體. 觀點. 編輯部. 2023.12.18. 见于:檢索日期:12.02.2025. 在:

[https://www.informationsecurity.com.tw/article/article\\_detail.aspx?aid=10864](https://www.informationsecurity.com.tw/article/article_detail.aspx?aid=10864).

Council of Europe Portal. History of Artificial Intelligence. Official

Website of the Council of Europe Portal. Seen on August 25, 2023.

<https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/history-of-ai>

المنظمة العالمية للملكية الفكرية. الاتجاهات التكنولوجية للويبو ٢٠١٩ - الذكاء الاصطناعي. WIPO Press, ٢٠١٩.

LaTrelle Annette Bolding. Institutional Pressures on the Oil and Gas Industry: The Role of Machine Learning, Handbook of Research on Machine Learning- Enabled lot for Smart Applications Across Industries». IGI Global Publisher of TIMELY KNOWLEDGE. USA. 2023.

Marc Dugain, Christophe Labbé. L'homme nu La dictature invisible du numérique. Editions Plon, Paris, France, 2016.

Jasper Blackwell. Unlocking the Power of AI: Navigating the Frontier of Artificial Intelligence. Book academy, eBook. 2023.

Victor Singh. Unleashing AI: a partner, a deferent or a confining force?. published by Victor Singh. 2023.

شيه مينغهاو، لي تشنهاو. تقرير خاص حول منع ستة مخاطر رئيسية للذكاء الاصطناعي في الخدمات المالية. جامعة تشنغشي الوطنية. وشركة المعلومات المالية المحدودة. تايوان. بدون تاريخ.

謝明華、李振華，防範金融服務可能引發人工智能的六大風險專題報告，國立政治大學，財金資訊股份有限公司，台灣，日期不詳。

FDM. How to Use AI to Fight Financial Crime. Preeta Ghoshal. INSIGHTS FOR ORGANISATIONS. 06.09.2023. Seen in 12.02.2025. in:

<https://www.fdmgroup.com/news-insights/ai-in-financial-crime/>

رؤى النمو العالمي. سوق تكنولوجيا الطب الشرعي. المعلومات والتكنولوجيا. ٥ أكتوبر ٢٠٢٣. شوهد في: ١٣,٠٢,٢٠٢٥. (موقع صيني - باللغة الصينية المبسطة Simplified المستخدمة في البر الصيني).

全球增长洞察. 法医技术市场. 信息与技术. 2023 年 10 月 5 日. 检索日期: 13.02.2025. 在:

<https://www.globalgrowthinsights.com/zh/market-reports/forensic-technology-market-100224/>.



البحوث والأبحاث  
القانونية والإدارية

مجلة

البحوث والأبحاث  
القانونية والإدارية

# اعتبار الخصومة كأن لم تكن

الدكتور/ علي محمد صغير سعد القليسي

أستاذ قانون المرافعات المساعد بكلية العلوم الإدارية

والإنسانية بجامعة المحويت

**ملخص:**

تهدف هذه الدراسة إلى وضع إطار واضح يبين من خلاله، مفهوم اعتبار الخصومة كأن لم تكن، وتمييزه عن غيره من الجزاءات الإجرائية الأخرى، وبيان حالاته، وأثر الحكم به، لما يتمتع به هذا الموضوع من أهمية خاصة من الناحيتين النظرية والعملية، لا غنى عنه بالنسبة للمختصين في القانون. وبلوغاً للهدف من الدراسة، فقد اتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي وذلك في تحليل نصوص القانون الخاصة بحالات اعتبار الخصومة كأن لم تكن، والمنهج المقارن، وذلك بمقارنة نصوص القانون اليمني بالقانون المصري، وقد اشتملت الدراسة على مبحثين، تناول المبحث الأول، مفهوم وحالات اعتبار الخصومة كأن لم تكن، وتناول المبحث الثاني قواعد وأثار الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن، وخلصت الدراسة إلى أن اعتبار الخصومة كأن لم تكن جزاءً إجرائياً قرره القانون نتيجة لإهمال المدعي لواجب يفرضه القانون، وصور الإهمال التي يقع فيها المدعي والمستوجب اعتبار الخصومة كأن لم تكن، أوردها المقتن على سبيل الحصر لا يجوز القياس عليها. خلصت الدراسة إلى عدة توصيات أهمها، نوصي المقتن اليمني باستحداث نص صريح يمنح القاضي سلطة الفصل في الخصومة في حالة غياب أطرافها الجلسة المقررة لنظرها بعد تقديم أدلتهم، ولا سيما في حالة ما تكون الدعوى صالحة للحكم فيها، لكي يتحقق مقصد المقتن من الإسراع بالفصل في الخصومات، وسد باب التحايل على المتقاضين، ولدفع الخصوم إلى الاهتمام بالدعوى.

**الكلمات المفتاحية:** الجزاء الإجرائي، الخصومة، المدعي، تعجيل الخصومة، اعتبار الدعوى كأن لم تكن.

## المقدمة

إذا كان المقنن يعترف للخصوم بالمركز القانوني للخصم، الذي يتيح لهم حقوق الدفاع، فإنه يلقي عليهم بالواجبات الاجرائية، من أهم هذه الواجبات هو متابعة الخصومة وما يدور فيها. ولما كان المدعي هو الذي يبدأ الخصومة، فهو الملتزم بتسييرها، وتعجيلها كلما توقفت، واتخاذ ما يلزم من أعمال إجرائية لتسييرها، وذلك وصولاً للحقيقة في وقت مناسب، فإن أهمل المدعي في هذا الواجب، فإن المقنن قد نص على جزاءات معينة توقع عليه، من هذه الجزاءات، اعتبار الخصومة التي بدأها كأن لم تكن، وبالتالي وكأن أثراً من الآثار القانونية لم يترتب عليها، وكأن الخصومة لم تكن قد بدأت. وقد يتحقق هذا الجزاء، إما بقوة القانون بمجرد حصول المخالفة، أو بحكم من القضاء من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب المدعى عليه وفقاً للقواعد التي ينظمها القانون في هذا الشأن متى تم ذلك فإن الخصومة تزول، ويؤول معها كل ما ترتب عليها من آثار. والمقنن لم يكتف بالنسبة لاعتبار الخصومة كأن لم تكن بمجرد مطلق إهمال المدعي، كما فعل بالنسبة لسقوط الخصومة، وإنما تولى تحديد صور معينة من هذا الإهمال، هي التي تستوجب اعتبار الخصومة كأن لم تكن، دون غيرها من صور الإهمال الأخرى.

### أولاً: أهمية موضوع الدراسة:

تظهر أهمية الدراسة من الناحيتين النظرية والعملية، فمن الناحية النظرية تمكين رجال القانون والدارسين له والعاملين في المجال القضائي من تمييز جزاء اعتبار الخصومة كأن لم تكن عن غيره من الجزاءات، وذلك لما يثيره هذا الاصطلاح من احتمالات كثيرة ومتشابكة مع الجزاءات الإجرائية الأخرى، كذلك تظهر الأهمية من الناحية النظرية في الوقوف على كافة أحكامه المختلفة، والعلم بها بما يمكن من أعمال قواعده في الواقع العملي، إعمالاً صحيحاً بما يحقق الغاية من وضع المقنن له. أما من الناحية العملية، فإن المقنن لم يضع قاعدة عامة تسري على هذا الجزاء، إذ تختلف أسباب هذا الجزاء فتارة يوقع بقوة القانون وتارة أخرى بحكم المحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب المدعى عليه. كما أن هذا الواجب الذي يقع على عاتق المدعي لا إعمالاً لمصلحته فحسب، وإنما تحقيقاً للمصلحة العامة والتي تتمثل في ضرورة الانتهاء من الخصومات التي ترفع إلى القضاء في وقت مناسب لتراكمها وتأخيرها، الأمر الذي يهدر استقرار الحقوق والمراكز القانونية وعملاً على تفرغ القضاء لنظر غيرها من الخصومات، وكذلك تحقيقاً للمصلحة

الخاصة للمدعى عليه، الذي تكون له ولا شك مصلحة في استقرار مركزه القانوني، والاطمئنان عليه.

### ثانياً: أهداف الدراسة:

تتمثل أهم أهداف الدراسة في الآتي:

١. بيان مفهوم اعتبار الخصومة كأن لم تكن، وتمييزه عن غيره من الإجراءات الإجرائية الأخرى.
٢. بيان حالات اعتبار الخصومة كأن لم تكن.
٣. بيان الآثار المترتبة على اعتبار الخصومة كأن لم تكن.
٤. الوقوف على جوانب القصور الذي يعتري قانون المرافعات اليمني حيال حالات اعتبار الخصومة كأن لم تكن بالمقارنة مع القانون المصري محل المقارنة.

### ثالثاً: منهجية الدراسة:

اتبع الباحث المنهج الوصفي مستعيناً بالمنهج الاستقرائي في تحليل نصوص قانون المرافعات اليمني الخاصة بحالات اعتبار الدعوى كأن لم تكن، ومقارنتها ببعض قوانين الدول العربية كقانون المرافعات المصري كل ما دعت الحاجة إلى ذلك.

### رابعاً: خطة الدراسة:

- نتطرق في هذه الدراسة إلى بيان مفهوم وحالات اعتبار الخصومة كأن لم تكن، وبيان أثر الحكم به، وذلك في مبحثين على النحو الآتي:
- المبحث الأول: مفهوم وحالات اعتبار الخصومة كأن لم تكن.
- المطلب الأول: مفهوم اعتبار الخصومة كأن لم تكن.
  - المطلب الثاني: حالات اعتبار الخصومة كأن لم تكن.
- المبحث الثاني: قواعد وأثار الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن.
- المطلب الأول: قواعد الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن.
  - المطلب الثاني: أثر الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن.

## المبحث الأول

### مفهوم وحالات اعتبار الخصومة كأن لم تكن

نبين في هذا المبحث مفهوم اعتبار الخصومة كأن لم تكن وحالاته في مطلبين على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

#### مفهوم اعتبار الخصومة كأن لم تكن

للقوف على مفهوم اعتبار الخصومة كأن لم تكن يتعين تعريفه، وتمييزه عن غيره وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف اعتبار الخصومة كأن لم تكن<sup>(١)</sup>؛

هو جزء إجرائي يقرره القانون على رافع الدعوى من جراء إهماله وتراخيه وتقصيره في مباشرة دعواه ومتابعة إجراءاتها وصولاً بها إلى غايتها<sup>(٢)</sup>. فهو جزء يقرره قانون المرافعات في حالات عدم تحريك الدعوى، بعد سكونها فترة من الزمن لأحد الأسباب، ومقتضى هذا الجزاء انتهاء الخصومة في الدعوى القائمة أمام المحكمة بغير الفصل في الموضوع<sup>(٣)</sup>. فالمقنن يهدف من تقرير هذا الجزاء إلى حث المدعي على ضرورة متابعة دعواه، وموالة السير فيها وتنفيذ ما تأمره به المحكمة، وذلك بدءاً من إعلان عريضتها وحضور جلساتها

(١) يستعمل المقنن الإجمالي اليمني ونظيره المصري مصطلح اعتبار الدعوى كأن لم تكن واستعمال هذا المصطلح يلقي صعوبات، ذلك أن مصطلح (اعتبار كأن لم تكن) لا يحمل في ذاته أي مفهوم خاص، لأنه تعبير عن ما لم يحدث، ويستخدم بهذا المعنى اللغوي لوصف آثار البطلان كالقول ببطلان الإجراء واعتباره كأن لم يكن، أو سقوط الخصومة والقول بزوالها واعتبارها كأن لم تكن، ولكن المقنن استخدم مصطلح اعتبار الدعوى كأن لم تكن للتعبير عن جزاء مستقل - عن البطلان والسقوط - هو الجزاء المترتب على عدم القيام بعمل لاحق في ميعاد معين، وما يقصده المقنن باعتباره كأن لم يكن هو الخصومة وليست الدعوى، فهذا الجزاء لا يراد به التأثير على الدعوى كحق له كيان مستقل، فهو يؤثر في الخصومة باعتبارها مجموعة من الإجراءات المتتابعة اللازمة للحصول على حماية القضاء، ولكنه لا يؤثر في حق الدعوى الذي يظل قائماً وموجوداً حتى لو حكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن، ويمكن استعماله بإجراءات جديدة، ما لم يكن الحق في الدعوى قد انقضى لأي سبب من الأسباب الأخرى (انظر: هاشم، محمود محمد، (١٩٨٣ م): اعتبار الخصومة كأن لم تكن، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد (١) لسنة (٢٥)، ص ١١٠.

(٢) هندي، هندي، أحمد، (٢٠٠٦ م): قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص ٤٤٤.

(٣) النمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٩٨.

والقيام بكافة الأمور الإجرائية اللازمة لسيرها، وحتى صدور الحكم فيها. وكل ذلك بهدف تسير إجراءات التقاضي وسرعة البت في القضايا وحسم أوجه الخلاف الدائر بين الأطراف المتنازعة في أقرب وقت ممكن.

**ثانياً: تمييز جزء اعتبار الخصومة كأن لم تكن عن غيره من الجزاءات الإجرائية:**

بعد جزء اعتبار الخصومة كأن لم تكن جزءاً إجرائياً يترتب عليه انقضاء الخصومة، وهو انقضاء يقتصر أثره على إجراءات الخصومة دون موضوعها، ويختلف هذا الجزء عن غيره من الجزاءات الإجرائية التي تلحق العمل الإجرائي، التي تتشابه معه في بعض الوجوه، وتختلف عنه في وجوه أخرى، بما يلزم من المغايرة والمفارقة بينهما، وذلك للحيلولة دون الخلط بينهما، كالانعدام والبطلان، وهوما نبينه على النحو الآتي:

#### ١- تمييز اعتبار الخصومة كأن لم تكن عن الانعدام:

تبنى المقنن اليمني فكرة الانعدام الإجرائي ونظمها تنظيمياً ملائماً ونص على كثير من تطبيقاتها، وقد عرف الانعدام الإجرائي في (المادة/٥٥) مرافعات على أن: «الانعدام وصف قانوني يلحق العمل القضائي ويجعله مجرداً من جميع آثاره الشرعية أو القانونية».

ويتشابه اعتبار الخصومة كأن لم تكن والانعدام في بعض الوجوه، ويختلف عنه في وجوه أخرى، نبين أوجه الشبه والاختلاف بينهما على النحو الآتي:

#### أ- أوجه الشبه بين اعتبار الخصومة كأن لم تكن والانعدام:

يتفق اعتبار الخصومة كأن لم تكن والانعدام في أن كليهما جزءان إجرائيان يترتب على عدم القيام بهما من الناحية القانونية الإجرائية، وكليهما لا يؤثر كقاعدة عامة على أصل الحق الموضوعي المتنازع عليه، وأن لهما أثراً رجعياً فيؤدي إلى زوال محلها وزوال آثاره الإجرائية والموضوعية بأثر رجعي، وأن كليهما لا يرد عليه التصحيح فلا يمكن تصحيحهما إلا بإعادة تجديد القيام بالإجراءات من جديد، ولا مجال فيهما لتطبيق فكرة الغاية من الشكل أو الإجراء في أيأ منهما<sup>(١)</sup>.

#### ب- أوجه الاختلاف بين اعتبار الخصومة كأن لم تكن والانعدام:

• يختلف جزء الانعدام عن جزء اعتبار الخصومة كأن لم تكن في أن جزء الانعدام

(١) عبد الفتاح، خيرى، (٢٠١٢م): نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد (١)، ص ٦١.

يرد على أركان وجود العمل الإجرائي، ويجعل العمل الذي انتفت فيه أركان وجوده منعداً هو والعدم سواء، ويهدف إلى إنذار القائمين على اتخاذ الأعمال الإجرائية بخطورة الانتهاك الجسيم في اتخاذ الأعمال الإجرائية ودفعهم دفعاً إلى محاولة اتخاذها صحيحة نظراً لخطورة الجزء الذي يهدر وجود العمل الإجرائي. بينما جزاء اعتبار الخصومة كأن لم تكن يرد على الإهمال في مباشرة ومتابعة الأعمال الإجرائية، ويهدف إلى تحقيق الجدية ومحاربة الإهمال في اتخاذ الأعمال الإجرائية، عن طريق إهدار كل قيمة قانونية للأثار التي يربتها القانون على الأعمال الإجرائية المتخذة صحيحة منذ البداية من قبل أحد الخصوم، فهو يهدف إلى حث الخصوم بالإسراع بمنحهم الحماية القضائية المطلوبة.

• الانعدام لا يرد على الخصومة وإنما يرد على عمل إجرائي من أعمالها، لأن الخصومة ليست عملاً واحداً وإنما مجموعة من الأعمال الإجرائية تتضافر كلها في تكوين الخصومة، لذلك لا يستساغ القول بأن الخصومة منعدمة، وبذلك يرد الانعدام على هذه الأعمال، فيقال انعدام الحكم الصادر في الخصومة أو انعدام الشهادة أو إجراء من إجراءات التحقيق وهكذا، فالانعدام لا يتخذ من الخصومة محلاً له<sup>(١)</sup>. وإذا ما ورد الانعدام على العمل المنشئ للخصومة وهو المطالبة القضائية، فإن الانعدام ينصب على هذا العمل بالذات ولكنه يؤدي منطقياً إلى عدم قيام الخصومة<sup>(٢)</sup>. أما اعتبار الخصومة كأن لم تكن فهو جزاء إجرائي يرد على الخصومة كلها وبكل مكوناتها من أعمال إجرائية تمت صحيحة، ولكنها تعتبر كأن لم تكن لظروف لاحقة بعد نشأتها صحيحة، فتؤدي إلى زوالها وزوال سائر الآثار المترتبة على قيامها ويعود الخصوم إلى حالة التي كانوا عليها قبل رفع الدعوى، باستثناء الأحكام القطعية الصادرة فيها والإقرارات الصادرة عن الخصوم والإيمان التي حلفوها فتبقى قائمة بالرغم انقضاء الخصومة<sup>(٣)</sup>.

• إن حالات جزاء الانعدام ليست محددة في القانون على سبيل الحصر<sup>(٤)</sup>، أما حالات جزاء اعتبار الخصومة كأن لم تكن محددة في القانون على سبيل الحصر<sup>(٥)</sup>.

(١) عبد الفتاح، خيرى، البحث السابق، ص ٦١.

(٢) هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٧٨.

(٣) هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

(٤) الشرعبي، سعيد خالد، (٢٠٠٥م): الموجز، مركز ومكتبة الصادق، صنعاء، ص ٣٠٦.

(٥) النيداني، الانصاري حسن، القاضي والجزاء الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٨٤.

• جزاء الانعدام يقع بقوة القانون دون حاجة إلى حكم به من القضاء<sup>(١)</sup>، كما أنه يتعلق بالنظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها في أي حالة تكون عليها الدعوى، ولو أمام المحكمة العليا<sup>(٢)</sup>، ولا يرد عليه التصحيح أو التنازل أو السقوط، بخلاف اعتبار الخصومة كأن لم تكن، فإنه وإن كان يقع بقوة القانون في حالة معينة، فهو في حالات أخرى لا يقع إلا بحكم القضاء وبناء على طلب الخصم المقرر لمصلحته، وقد تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها في بعض الحالات بعد سماع المدعى عليه إن كان حاضراً أو بدون ذلك إن كان غائباً. كما إن هذا الجزاء مقرر لمصلحة الخصم، لذا يجب عليه أن يتمسك به في المناسبة التي حددها المقنن لإبداء الدفع الإجرائي غير المتعلق بالنظام العام، أي قبل الكلام في موضوع الدعوى<sup>(٣)</sup>.

## ٢- تمييز اعتبار الخصومة كأن لم تكن عن البطلان:

البطلان هو وصف يلحق العمل الإجرائي الذي خالف القانون مخالفة تمنعه من ترتيب آثاره القانونية، التي كان يستطيع ترتيبها لو كان صحيحاً<sup>(٤)</sup>. فالبطلان تكييف قانوني لعمل يخالف نموذج القانوني مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يرتبها عليه القانون إذا كان كاملاً<sup>(٥)</sup>.

ويتشابه جزاء اعتبار الخصومة كأن لم تكن مع البطلان في بعض الوجوه، ويختلف عنه في وجوه أخرى، نبين أوجه الشبه والاختلاف بينهما، وذلك على النحو الآتي:

### أ- أوجه الشبه بين اعتبار الخصومة كأن لم تكن والبطلان:

يتفق كل من اعتبار الخصومة كأن لم تكن، والبطلان في أن كليهما من الجزاءات الإجرائية، وأن كليهما لا يؤثر كقاعدة عامة على أصل الحق الموضوعي المتنازع عليه،

(١) الشرفي، إبراهيم محمد، (٢٠٢١م): الوجيز في شرح قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، ص ٢٦١، العربي، صادق، (٢٠٢٢م): الوجيز في أصول قانون المرافعات اليمني، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط ٣، ص ٢٣٨.

(٢) الشرعي، سعيد خالد، الموجز، ص ٣١٠.

(٣) هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٧٩.

(٤) هاشم، محمود، (١٩٨٣): قانون القضاء المدني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ج ٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ١٩٥، مسلم، أحمد، (١٩٧٨م): أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٤٦٤.

(٥) والي، فتحي، زغلول، أحمد ماهر، (١٩٩٧م): نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه مطبوعة، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، ط ٢، ص ٨، العربي، صادق، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

وأن لهما أثر رجعيًا، وأن الحكم بأي منهما حكم تقريري وليس منشئًا.

## ب- أوجه الاختلاف بين اعتبار الخصومة كأن لم تكن والبطلان:

- البطلان وصف يلحق بعمل إجرائي معين يؤدي إلى منع ترتب لآثاره التي كانت تترتب عليه، لو لم يكن موصوفاً بهذا الوصف، وبالتالي فإن البطلان لا يؤثر إلا في العمل الباطل، وكذلك الآثار التي ترتب عليه، فيزول العمل وتزول آثاره تبعاً لذلك، ولا يصح إطلاق وصف البطلان على الخصومة، فلا يقال أن الخصومة باطلة، وإنما الذي يوصف بهذا الوصف هو أعمالها المكونة لها، فيقال مثلاً أن عريضة الدعوى باطلة أو أن إعلانها باطل أو أن الحكم باطل<sup>(١)</sup>. أما اعتبار الخصومة كأن لم تكن فليس وصفاً وإنما جزاء يوقعه المقنن على المدعي الذي لم يتابع إجراءاتها أو الذي لم يمثل لأمر المحكمة، فهو جزاء على الخصومة كلها، وبكل أعمالها حتى ولو كانت في ذاتها صحيحة لا مطعن فيها<sup>(٢)</sup>.
- لا يحكم بالبطلان لعيب شكلي إلا إذا لم تحقق الغاية من الشكل ولو نص عليه القانون<sup>(٣)</sup>. أما بالنسبة لاعتبار الخصومة كأن لم تكن، فلا مجال لفكرة الغاية إذ أن هذه الغاية لا يعمل بها إلا بالنسبة لبطلان العمل المعيب بعيب شكلي.
- البطلان لا يقع في جميع الأحوال إلا بحكم من القضاء، فلا يقع بقوة القانون<sup>(٤)</sup>، فيظل العمل الإجرائي صحيحاً منتجاً لآثاره حتى يقرر القاضي بطلانه، أيًا كان نوع البطلان وسواء تعلق بالنظام العام أم بالمصلحة الخاصة<sup>(٥)</sup>، في حين أن اعتبار الخصومة كأن لم تكن قد يترتب بقوة القانون في بعض حالاته.
- يرتب البطلان آثاراً قانونية معينة تتمثل في زوال العمل الباطل ذاته وكذلك ما ترتب عليه من آثار<sup>(٦)</sup>. أما اعتبار الخصومة كأن لم تكن بالرغم من أنه جزاء يؤدي إلى زوال الخصومة، وزوال الأعمال التي صدرت فيها، والآثار التي ترتبت عليها إلا

(١) والي، فتحي، زغلول، أحمد ماهر، نظرية البطلان، الرسالة السابقة، ص ٧٠، راغب، وجدي، (١٩٧٤م): النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، رسالة مطبوعة، ص ٦٥٠، الشرعبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

(٢) هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٨٥.

(٣) الشرعبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٢٩٩، العري، صادق، مرجع سابق، ص ٢٢٧.

(٤) الشرقي، إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

(٥) والي، فتحي، زغلول، أحمد ماهر، نظرية البطلان، الرسالة السابقة، ص ٨١٣.

(٦) الشرعبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٣٠٣، سعد، إبراهيم نجيب، (١٩٨٠م): القانون القضائي الخاص، ج ٢، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٧٥٨.

أنه مع ذلك تظل بعض أعمالها قائمة صحيحة منتجة لآثارها، كالأحكام القطعية الصادرة فيها، والإقرارات الصادرة عن الخصوم، والإيمان التي حلفوها، وأعمال الخبرة وإجراءات التحقيق التي تمت ما لم تكن باطلة في ذاتها<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### حالات اعتبار الخصومة كأن لم تكن

تختلف صور الإهمال التي يقع فيه المدعي والتي يترتب عليها اعتبار الخصومة كأن لم تكن<sup>(٢)</sup>، وقد أوردتها المقنن على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليها<sup>(٣)</sup>. حيث حددها القانون في ثلاث حالات، أولاهها: حيث يهمل المدعي في التكليف بالحضور (المادة /١٠٤/ و) مرافعات يمني، ويقابلها (المادة /٧٠/ مرافعات مصري، وفي حالة عدم تعجيل الخصومة المستبعدة (المادة /١١٢/ مرافعات يمني، (المادة /٨٢/ مرافعات مصري، وفي حالة عدم امتثال المدعي لأمر المحكمة (المادة /١٦٢/ مرافعات يمني، (المادة /٩٩/ مرافعات مصري، ونبين تلك الحالات على النحو الآتي:

### الحالة الأولى: إهمال المدعي في تكليف الخصم الآخر بالحضور:

تنص (المادة /١٠٤/ و) من قانون المرافعات اليمني على أنه: «يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المدعى عليه أن تقرر اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم عريضة الدعوى إلى قلم الكتاب إذا كان ذلك بفعل المدعي». وتقابلها (المادة /٧٠/ مرافعات مصري<sup>(٤)</sup>.

(١) هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٥٠، هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٨٥.  
(٢) النم، أمينة، (١٩٩٠م): الدعوى، وإجراءاتها، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٤٩٩، هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٤٥، النيداني، الانصاري حسن، (١٩٩٩م): القاضي والجزء الإجرائي في قانون المرافعات، ط ١، ص ١٨٤، العري، صادق، مرجع سابق، ص ٣٤٥، الجبلي، نجيب، (٢٠٠٨م): قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، ط ١، ص ٥٥٧، هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٢٦، النفاوي، إبراهيم أمين، (١٩٩٠م): مسئولية الخصم عن الإجراءات - دراسة مقارنة في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص ٨٢٦.

(٣) النيداني، الانصاري حسن، القاضي والجزء الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٨٤.

(٤) والتي تنص على أنه: «يجوز بناء على طلب المدعى عليه، اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم الصحيفة إلى قلم الكتاب، وكان ذلك راجعاً إلى فعل المدعي».

يتضح من هذه النصوص أنه يشترط في هذه الحالة للحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن توافر الشروط الآتية:

### ١- ألا يتم تكليف المدعي عليه بالحضور خلال المدة المحددة<sup>(١)</sup>؛

ويتحقق ذلك عن عدم إعلان عريضة الدعوى، وعدم تكليف المدعي عليه بالحضور خلال المدة المحددة قانوناً<sup>(٢)</sup> وهي ستون يوماً وفقاً لقانون المرافعات اليمني، وثلاثة أشهر في المصري، ويبدأ هذا الميعاد من تاريخ تقديم عريضة الدعوى قلم كتاب المحكمة، ويخضع حساب الميعاد للقواعد العامة<sup>(٣)</sup>، فيضاف له ميعاد مسافة<sup>(٤)</sup> يحسب على أساس المسافة بين مقر المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى وموطن المدعي عليه المراد إعلانه<sup>(٥)</sup>.

ويثار تساؤل في هذا المقام حول أن المقضن قد أطلق جملة «التكليف بالحضور»؛ فلم يحدد الغرض من حضور المدعي عليه، فهل يقصد حضوره لإيداع رده على الدعوى وما يدعمه من مستندات؟ أم حضوره جلسة افتتاح نظر الدعوى؟ وبالرجوع إلى المادة

(١) المقصود بالتكليف بالحضور بأنه: الحد الأدنى من الزمن الذي أوجب القانون انقضاؤه لمصلحة المعلن إليه بين تأريخ إعلان صحيفة الدعوى وبين تأريخ الجلسة المحددة لنظرها. راجع: مسلم، أحمد، أصول المرافعات، مرجع سابق، ص ٥٠٦.

(٢) ذهب بعض الفقه إلى التفرقة بين ميعاد التكليف بالحضور وبين مواعيد الحضور، فميعاد التكليف بالحضور؛ ميعاد واحد وهو ستون يوماً وفقاً (للمادة/١٠٤) مرافعات يمني، وثلاثة أشهر وفقاً (للمادة/٧٠) مرافعات مصري، ويقع الالتزام به على عاتق الطرف المدعي، فإن فات هذا الميعاد ولم يتم تكليف الطرف المدعي عليه (إعلانه) لسبب يرجع إلى المدعي فللمحكمة أن تقرر اعتبار دعواه كأن لم تكن، وهذا الميعاد يكون سابقاً على انعقاد الخصومة، ومن ثم فإعماله يكون دائماً أمام محكمة أول درجة. أما ميعاد الحضور فيختلف باختلاف المحكمة المطلوب الحضور أمامها، فالخطاب فيه موجه للمحاكم بقصد تنظيم مواعيد الجلسات التي تحددها لحضور المدعي عليه أو لحضور الخصمين معاً، ومن ثم فقد يتحقق بالحضور ابتداءً أو في أي مرحلة من مراحل التقاضي، لذا لا يترتب علي مخالفتها أي تأثير على القضية، أي أن هذه المواعيد لا تكون إلا بعد انعقاد الخصومة في الدعوى، وإعمالها يكون أمام أي من درجات التقاضي، راجع: الجنداري، عبد الملك عبدالله، (٢٠١٣ م): القضاء المستعجل، المطبعة القضائية، صنعاء، ط١، ص ٥١٤.

(٣) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج٢، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٤) تنص (المادة/١١٠) مرافعات يمني على أنه: «يزاد على الميعاد المعين في القانون ميعاد مسافة على النحو التالي: ١- يوم لكل مسافة مقدارها (٢٥) كيلو متراً، وما يزيد عن الكسور عن (١٥) كيلو متراً. ٢- خمسة عشر يوماً بالنسبة لمن يقع محله في مناطق الحدود أو المناطق الجبلية التي لا تصلها المواصلات الحديثة. ٣- ستون يوماً لمن يكون موطنه في الخارج».

(٥) أبو الوفا، أحمد، (١٩٨٠م): نظرية الدفع، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٦، ص ٦٧٠، راغب، وجدي، (٢٠٠١م): مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ص ٦١٠.

(١٠٤/ ز) مرافعات يميني<sup>(١)</sup> والتي تنص على أن يتم: «إعلان المدعى عليه للرد على الدعوى ثم يحدد موعد الجلسة للمواجهة بين الخصوم والترافع أمام القاضي المختص». فهذا النص صريح بأن على قلم الكتاب اتخاذ إجراء إعلان المدعى عليه للرد على الدعوى. أما تحديد موعد جلسة نظر الدعوى أمام القاضي المختص فإجراء لاحق يتم عقب إيداع المدعى عليه رده؛ فقد فصل بين الإجراءين بقوله: «ثم يحدد موعد الجلسة» وبهذا النص يكون المقنن قد قرر قاعدة عامة تنسجم مع نص (المادة ٤/٤١) مرافعات يميني الخاصة ببيانات ورقة الإعلان ومنها بيان «الغرض من الإعلان»، فهذا الغرض قد يكون الرد والحضور في جلسة لنظرها أمام القاضي، وقد يكون الرد على الدعوى فقط، فإذا رد المدعى عليه في الميعاد وأودع رده بقلم الكتاب، يتم تحديد جلسة أمام القاضي المختص لنظر الدعوى - خلال الميعاد الآخر- وتكليف الخصمين بالحضور إليها<sup>(٢)</sup>. والمقنن اليميني لم يحدد ميعاداً لإعلان عريضة الدعوى مكتفياً بالنص في (المادة ١٠٤/د) مرافعات على أن: «تبلغ صورة عريضة الدعوى مع مرفقاتها إلى الخصم وفقاً لأحكام الفصل السابع من هذا القانون الخاص بإعلان الأوراق»، ولا يوجد في أحكام ذلك الفصل أي تحديد لميعاد إعلان عريضة الدعوى، إلا أنه في (المادة ١٠٤/و) مرافعات حدد ميعاداً لتكليف المدعى عليه بالحضور وهو ستون يوماً من تاريخ تقديم عريضة الدعوى بقلم كتاب المحكمة، ورتب على عدم تكليف المدعى عليه بالحضور خلال ذلك الميعاد جزاء إجرائياً هو الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن.

ومع ذلك ذهب بعض شراح القانون اليميني إلى أن المقنن اليميني في (المادة ١٠٤/و) مرافعات قد حدد ميعاداً لإعلان المدعى عليه بعريضة الدعوى مقداره ستون يوماً من تاريخ رفع عريضة الدعوى إلى المحكمة ورتب على عدم الإعلان في المدة المحددة جزاء هو اعتبار الدعوى كأن لم تكن، بقرار من المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المدعى عليه<sup>(٣)</sup>.

في حين ذهب بعض الفقه<sup>(٤)</sup> إلى أن إخلال المدعي بواجب تكليف المدعى عليه بالحضور له فرضان: الفرض الأول: أن تكون عريضة الدعوى متضمنة تكليف المدعى عليه بالحضور في الجلسة التي تم تحديدها من قبل رئيس المحكمة، على أصل عريضة الدعوى بعد قيدها في سجل المحكمة، فإن إعلان عريضة الدعوى يعد في الوقت ذاته تكليفاً بالحضور، فإذا لم يتم ذلك خلال المدة قانوناً، فإن تكليف المدعى عليه هو بدوره

(١) المعدلة بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢) لسنة ٢٠٢١م

(٢) الجنداري، عبد الملك عبدالله، مرجع سابق، ص ٥٠٤.

(٣) الشرفي، إبراهيم، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

(٤) هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٣٠.

أيضاً لم يتم خلال تلك المدة.

**الفرض الثاني:** ألا تكون عريضة الدعوى متضمنة تكليف المدعى عليه بالحضور في الجلسة المحددة، وإنما متضمنة فقط واجب إعلان المدعى عليه للرد على الدعوى، وذلك قبل تحديد المحكمة موعد جلسة للمواجهة بين الخصوم والترافع أمام القاضي المختص، وفي هذه الحالة يفترق تكليف المدعى عليه بالحضور عن إعلان عريضة الدعوى إذ لا يتم تكليف المدعى عليه إلا بعد إعلانه بعريضة الدعوى والرد عليها، لأن المحكمة عند ذلك تحدد موعد الجلسة، ثم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور فيها، ويترتب عليه احتساب المدة المحددة لتكليف المدعى عليه بالحضور وهي ستون يوماً من وقت تحديد موعد الجلسة وليس من تاريخ تقديم عريضة الدعوى، على اعتبار أن عدم تكليف المدعى عليه قبل تحديد موعد الجلسة لم يكن بفعل المدعي. وهذا الفرض ينطبق مع التعديل الأخير لنص (المادة/١٠٤/ز) مرافعات يمني الذي يجعل تحديد جلسة نظر الدعوى بعد إعلانها للمدعى عليه ورده عليها.

الباحث يتفق مع بعض الفقه الذي يرى أن على المقنن اليمني إعادة النظر في (المادة/١٠٤/و) مرافعات وذلك بتغيير عبارة: «إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور» لتكون، «إذا لم تعلن الدعوى خلال....» إلخ. لأنه بهذا التعديل ينسجم النص مع النظام الجديد لرفع الدعوى الذي يجعل تحديد جلسة نظر الدعوى بعد إعلانها للمدعى عليه ورده عليها<sup>(١)</sup>.

فإذا توافر فرض من هذين الفرضين فإن واجب تكليف المدعى عليه بالحضور خلال المدة المحددة قانوناً يكون قائماً، فإذا تم الإخلال به وكان ذلك بفعل المدعي أمكن توقيع الجزاء عليه واعتبار دعوته كأن لم تكن.

## ٢- أن يكون الإخلال بواجب التكليف بالحضور راجعاً إلى المدعي؛

هذا الشرط يقتضي تحقيقه سلوك معين للمدعي ترتب عليه عدم الإعلان في الميعاد المقرر، يستوي أن يكون من تسبب في عدم إعلان عريضة الدعوى والتكليف بالحضور للمدعي عليه هو المدعي نفسه أو أي شخص آخر يمثله، ولو لم يكن هو السبب الوحيد أو الرئيسي فيه<sup>(٢)</sup>. كما لو اتخذ المدعي موقفاً سلبياً وامتنع عن تقديم البيانات

(١) الجنداري، عبد الملك عبدالله، مرجع سابق، ص ٥١٤.

(٢) والي، فتحي، (٢٠٠٨ م): الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة، ص ٤٤١، عكس ذلك راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦١٠، إذ يرى أنه يشترط أن يكون فعل المدعي هو السبب المباشر والوحيد لعدم الإعلان أو التأخير فيه.

الواجب تقديمها لإتمام الإعلان أو ذكر موطن غير صحيح للمدعى عليه، أو اختصار اسم المدعى عليه أو قدم بياناً غير وافي عنه، الأمر الذي نتج عنه التأخير في الإعلان والتكليف بالحضور، ولا يشترط أن يكون المدعي سيء النية، فيكفي في هذا الصدد توافر علاقة سببية بين فعل المدعي أو ممثله وبين العيب الذي ترتب عليه عدم الإعلان والتكليف بالحضور، فيكون هذا الخصم قد أسهم في المخالفة التي نتج عنها عدم الإعلان<sup>(١)</sup>. فإن لم يكن فعل المدعي هو السبب الرئيسي المباشر في عدم إتمام الإعلان والتكليف بالحضور في الميعاد بأن كان راجعاً إلى إهمال المحضرين أو المدعى عليه نفسه، فلا يجوز الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن. ويتعين وجوباً الحكم على المتسبب من العاملين في تأخير الإعلان بالغرامة المقررة قانوناً، إذا كان التأخير راجعاً إليهم وحدهم. وإذا قام المدعي بواجبه، وقدم كل ما يلزم لحصول الإعلان والتكليف بالحضور فلا يجوز الحكم عليه باعتبار الخصومة كأن لم تكن، ولو ثبت عدم علم المدعى عليه بالفعل بالإعلان، أي ولو لم يتسلم الإعلان طالما كان الإعلان قد تم تسليم صورته إلى من ينص المقتن على صحة تسليم الإعلان إليه. وحكمة ذلك هي أن الإعلان متى تم في الميعاد صحيحاً، فلا يكون هناك إخلال من جانب المدعي يستلزم الحكم باعتبار خصومته كأن لم تكن، حتى ولو ثبت عدم وصول الإعلان إلى المعلن إليه شخصياً<sup>(٢)</sup>.

### ٣- أن يطلب المدعى عليه الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن؛

تختلف سلطة القاضي في قانون المرافعات المصري عنها في القانون اليمني، إذ لا يجيز القانون المصري للقاضي أن يحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن إلا إذا طلب المدعى عليه ذلك، وبالتالي فليس للقاضي أن يوقع هذا الجزاء من تلقاء نفسه لعدم تعلقه بالنظام العام، وإنما ينبغي أن يطلبه المدعي عليه صراحة، لأنه صاحب المصلحة الوحيد في الحكم به، ولو توافرت كافة الشروط الأخرى للحكم بهذا الجزاء<sup>(٣)</sup>، أما المقتن اليمني فلم يشترط طلبه من المدعى عليه، فقد أجاز للمحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب المدعى عليه أن تقرر اعتبار الدعوى كأن لم تكن إذا لم يتم تكليف المدعى عليه بالحضور خلال المدة المحددة قانوناً، بسبب يرجع إلى المدعي. وعليه فإن تطبيق

(١) هاشم، محمود، قانون القضاء المدني، ج٢، مرجع سابق، ص٢٩٥، سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج٢، مرجع سابق، ص٢٩، أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص٦٦٦.

(٢) العري، صادق، مرجع سابق، ص٣٤٥، أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص٦٦٧، هاشم، محمود محمد، البحث السابق، ص١٣٢.

(٣) والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص٤٤٠.

الجزء من عدمه يدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية، ويجوز له أن يرفض الحكم به حتى ولو طلب المدعي ذلك<sup>(١)</sup>. والحكمة من هذا الجزاء هي حماية المدعى عليه حتى لا تظل المطالبة القضائية قائمة وترتب آثارها في مواجهته مدة طويلة دون إعلانه بها ودون تمكنه بالتالي من مباشرة مركزه في الخصومة<sup>(٢)</sup>.

#### ٤- أن تحكم المحكمة باعتبار الدعوة كأن لم تكن:

إذا توافرت مقتضيات الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن على النحو السابق بيانه، يجوز للمحكمة أن تحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن. ويتضح من نص (المادة /١٠٤/ و) مرافعات يمضي أن الحكم بهذا الجزاء ليس وجوبياً على المحكمة، وإنما منح لها المقنن سلطة تقديرية في توقيع هذا الجزاء من عدمه، ولو ثبت لها بالفعل أن عدم إعلان المدعى عليه وعدم تكليفه بالحضور في الميعاد المقرر يرجع إلى المدعي<sup>(٣)</sup>. مراعية في ذلك ما أصاب المدعى عليه من ضرر عدم إعلانه في الميعاد، وما يصيب المدعي من ضرر نتيجة الحكم به، وذلك فضلاً عن مدى خطأ المدعي في هذا التأخير. ويؤكد هذا القول عبارة النص نفسها في القانون المصري محل المقارنة التي تقر أنه «يجوز» إذا توافرت شروط معينة اعتبار الدعوى كأن لم تكن<sup>(٤)</sup>.

### الحالة الثانية: إهمال المدعي في تعجيل الخصومة المستبعدة (المشطوبة)<sup>(٥)</sup>:

إذا كان المقنن قد ألقى على المدعي واجب تسيير الخصومة، وإن أهمل في ذلك

(١) الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٥٨.

(٢) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦١١.

(٣) الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٥٨، هاشم، محمود محمد، البحث السابق، ١٣٤.

(٤) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٢، راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦١٢.

(٥) استخدم المقنن اليمني مصطلح «استبعاد الدعوى» للتعبير عن الإجراء الأول الذي يستخدمه القاضي والقرار الذي يصدره في الجلسة عند غياب الخصوم، ثم استخدم مصطلح «شطب الدعوى واعتبارها كأن لم تكن» للتعبير عن الجزاء المترتب عن عدم تحريك الدعوى خلال مدة ستين يوماً من تاريخ استبعادها، فجعل شطب الدعوى واعتبارها كأن لم تكن بمعنى واحد (مترادف) (المادة /١١٢/ مرافعات، أما القانون المصري فقد استخدم عبارة «شطب الدعوى» للتعبير عن القرار الذي يصدره القاضي في الجلسة ومصطلح اعتبار الدعوى كأن لم تكن للتعبير عن الجزاء المترتب عن عدم تجديد السير في الخصومة بعد شطبها (المادة /٨٢/ مرافعات مصري).

أمكن الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن، فإنه قد ألقى عليه واجب تسييرها حتى بعد انعقادها بمتابعة أعمالها والحضور فيها، وتعجيلها كلما ركبت ولو كان راجعاً إلى حكم القضاء كما في حالة الاستبعاد (الشطب)<sup>(١)</sup>، وإذا استمرت مستبعدة ستين يوماً دون أن يقوم أحد الخصوم بتعجيلها، فإن المقنن يرتب على ذلك جزاء إجرائياً هو اعتبار الخصومة كأن لم تكن بقوة القانون، وهو ما قرره المقنن اليمني في (المادة ١١٢/١) من قانون المرافعات<sup>(٢)</sup> والتي نصت على أنه: «إذا لم يحضر الخصوم يوم الجلسة عند النداء عليهم قررت المحكمة إجراء نظر الدعوى إلى آخر الجلسة فإذا لم يحضروا قررت استبعادها من جدول الجلسات وإذا بقيت الدعوى مستبعدة ستين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها شطبت واعتبرت كأن لم تكن». وتقابلها (المادة ٨٢/١) مرافعات مصري<sup>(٣)</sup>.

يتضح أن القانون المصري منح القاضي في حالة غياب الخصوم سلطة استبعاد الدعوى واعتبارها كأن لم تكن، غير أنه اختلف في أحكامه وفي استخدامه لمصطلح «استبعاد، وشطب» الخصومة، ولذا نبين موقف كل قانون على حدة وذلك النحو الآتي:

## ١- موقف القانون اليمني:

يتضح من نص (المادة/١١٢) مرافعات استعمال مصطلح «استبعاد الدعوى»<sup>(٤)</sup> للتعبير عن الإجراء الأول الذي يستخدمه القاضي والقرار الذي يصدره في الجلسة عند غياب الخصوم، ثم استخدم مصطلح «شطب الدعوى واعتبارها كأن لم تكن» للتعبير عن الجزاء المترتب عن عدم تحريك الدعوى خلال مدة ستين يوماً من تاريخ استبعادها،

(١) شطب الدعوى في القانون المصري يعني استبعادها من عداد القضايا المتداولة أمام المحكمة بحيث لا تظهرها بالرغم من قيامها، فالخصومة باقية بكافة آثارها غير أنها في حالة ركود حتى يتم تعجيلها أو انقضاءها فالشطب يشبه وقف الخصومة، بل هو وقف حقيقي للخصومة، راجع تفصيلاً، هندي، أحمد: (٢٠٠٩ م): أحمد، شطب الدعوى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ٧٤.

(٢) وفقاً لتعديلها بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢) لسنة ٢٠١٠م. والتي كانت قبل التعديل تقصر الحق في طلب تحريك الدعوى المستبعدة على المدعي فقط.

(٣) والتي تنص على أنه: «إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه، حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها، وإلا قررت شطبها، فإذا انقضى ستون يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها، أو لم يحضر الطرفان بعد السير فيها، اعتبرت كأن لم تكن. وتحكم المحكمة في الدعوى إذا غاب المدعي أو المدعون أو بعضهم في الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه».

(٤) لقد كان المقنن اليمني دقيقاً عند استعماله مصطلح «استبعاد» بدلاً من لفظ «الشطب» إلا أنه عاد واستعمل لفظ «الشطب» كجزء جمع بينه وبين اعتبارها كأن لم تكن، لذا فإنه وتجنباً للخلط بين الشطب المنصوص عليه في (المادة/١١٢) وبين ما جرى عليه استعمال لفظ الشطب في الفقه والقانون الإجرائي الحديث بمعنى الاستبعاد، فإننا نرى أنه من الأدق حذف كلمة «شطبت» من (المادة/١١٢) مرافعات.

كما يتضح أنه لكي يترتب الجزاء الاجرائي وهو اعتبار الدعوى كأن لم تكن في حالة الاستبعاد نتيجة غياب الخصوم يجب توافر الشروط التالية:

أ- غياب المدعي والمدعي عليه: إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه في الجلسة الأولى أو في أي جلسة من الجلسات فإنه يجب التفرقة بين فرضين:  
الفرض الأول: في حالة غياب الخصوم جميعاً أو المدعي فقط قبل تقديم الأدلة: إذا لم يحضر الخصوم جميعاً «المدعي والمدعى عليه» أو من يمثلهم في الجلسة الأولى للنظر في الدعوى، قبل تقديمهم أدلتهم أمام المحكمة، يقرر القاضي إرجاء نظر الدعوى إلى آخر الجلسة فإذا لم يحضروا، فإن من حق القاضي أن يقرر استبعاد الدعوى من جدول الجلسات وفقاً (للمادة /١١٢) مرافعات، وعلّة هذا الاستبعاد، أن غياب الطرفين قد يكون بسبب بدئهما مفاوضات للصلح بينهما، فلا يجوز تعويق هذه المفاوضات بالفصل في الدعوى. وإذا ظلت الدعوى مستبعدة ستين يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها، فإن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه بشطب الدعوى واعتبار الدعوى كأن لم تكن.

ب- حضور المدعى عليه وحده دون أن يقدم أية طلبات على المدعي: تنص (المادة /١١٣) مرافعات على أنه: «إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه وحده ولم يقدم أية طلبات على المدعي طبق حكم المادة السابقة، أما إذا قدم المدعى عليه طلبات على المدعي أجلت المحكمة نظر الدعوى مع إعلان خصمه بطلباته وتحديد جلسة».  
إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه وحده ولم يقدم أية طلبات على المدعي، يطبق الحكم السابق (أي حكم المادة /١١٢) مرافعات، فإذا طلب المدعى عليه استبعاد الدعوى استجابت المحكمة لذلك، أما إذا قدم المدعى عليه طلبات على المدعي أجلت المحكمة نظر الدعوى وجوباً، مع إعلان خصمه بطلباته وموعد الجلسة. ويثار تساؤل في هذا الفرض فيما إذا حضر المدعى عليه وحده وطلب الاستمرار في نظر الدعوى، دون أن يكون قد تقدم بطلبات في مواجهة المدعي، فهل تستمر المحكمة في نظر القضية استجابة لطلبه أم تقرر استبعادها؟ لم يعالج القانون اليمني هذا الفرض، ومع ذلك يرى بعض الفقه<sup>(١)</sup> - ويحق - أن على المحكمة الاستمرار في نظر

(١) الشرعي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٤٧٣، هامش رقم (٢)، النجار، عادل علي محمد، جدوى (٢٠١٤ م): التنصيب عن الخصم الغائب أمام القضاء المدني وفقاً لقانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، ص ٣٢.

الدعوى لأن مصلحة المدعى عليه تقتضي ذلك ولو في غياب المدعى.

ج- أن تقرر المحكمة استبعاد الدعوى: وبناء على نص المادتين (١١٢-١١٣) مرافعات يتبين أن القانون خول القاضي سلطة استبعاد الدعوى في حالة عدم حضور الخصوم جميعاً قبل تقديمهم أدلتهم، وكذلك في حالة غياب المدعى وحضور المدعى عليه وعدم تقديمه أي طلبات تجاه المدعى. وتظل الدعوة مستبعدة إلى أن يتم تعجيلها من أحد الخصوم، وقرار الاستبعاد لا يخضع للقواعد العامة للأحكام، فلا يجب على القاضي تسبيب قراره باستبعاد الدعوى، كما لا يجوز الطعن فيه، فقد استقر الفقه أن استبعاد الدعوى ليس حكماً، ومن ثم لا تسري عليه القواعد الخاصة بالأحكام والتي تقتضي بجواز الطعن فيها، ولذا فإن قرار استبعاد الدعوى لا يقبل الطعن فيه.

د- عدم تحريك الدعوى المستبعدة خلال ستين يوماً: عدم تحريك الدعوى الذي يكون سبباً لتطبيق اعتبار الدعوى كأن لم تكن في القانون اليميني يفترض أن الخصومة أوقف السير فيها بسبب استبعادها، فإذا كان الخصم حريصاً على الخصومة وجاداً فيها، وكان غيابه الذي أدى لشطبها لسبب خارج عن إرادته، فإن المقنن أتاح له فرصة معاودة السير في هذه الخصومة بتحريكها أو تعجيلها، وأعطى المقنن الحق في التحريك أو التعجيل لجميع الخصوم المدعى والمدعى عليه. وذلك بطلب يقدم إلى المحكمة لتحديد جلسة لنظر الدعوى وإعلان الخصم الآخر مع تكليفه بالحضور لهذه الجلسة، وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ قرار الاستبعاد<sup>(١)</sup>، ويكون التعجيل صحيحاً ولو تم تحديد جلسة بعد هذا الميعاد. فإذا ظلت الدعوة مستبعدة لمدة ستين يوماً ولم يقم أحد الخصوم بتعجيلها اعتبرت الدعوى كأن لم تكن، ويترتب هذا الجزاء بقوة القانون بمرور الستين يوماً دون حاجة إلى حكم يقره<sup>(٢)</sup>.

الفرض الثاني: في حالة غياب الخصوم بعد تقديم الأدلة: تنص (المادة ١١٤/١) مرافعات يماني على أنه: «إذا تخلف الخصمان أو تخلف المدعى عن حضور أي من الجلسات بعد تقديم أي من أدلتهم تقرر المحكمة استبعاد الدعوى من دفتر يومية جلسات المحكمة وقيدها برقمها في سجل خاص بالقضايا المستبعدة إلى أن يتم تحريكها أو تنطبق عليها أحكام سقوط الخصومة المنصوص عليها في هذا القانون».

(١) فلا يكفي تقديم طلب التعجيل إلى المحكمة في الميعاد المذكور، وإنما يلزم إعلان الخصم الآخر بتاريخ الجلسة في الميعاد المذكور، راجع: الشرعبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٤٧٦.

(٢) الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥١٣، العري، صادق، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

يتضح من هذا النص أنه إذا تخلف الخصمان معاً أو تخلف المدعي عن حضور أي من الجلسات بعد تقديم أي من أدلتهم، بمعنى أن تكون المحكمة قد خاضت بالدعوى من حيث الموضوع واستمعت لأدلتها ولو جزء من الأدلة، فإن للقاضي سلطة التقرير باستبعاد الدعوى من سجل يومية الجلسات، على أن يتم قيدها في سجل خاص بالقضايا المستبعدة، وقيدها بنفس الرقم الذي تحمله القضية، وتظل مستبعدة إلى أن يتم تحريكها، أو تنطبق عليها أحكام السقوط. بمعنى أن الخصومة في هذه الحالة تبقى مستبعدة طوال المدة المحددة لسقوط الخصومة المنصوص عليها في المادتين (٢١٥)، (٢١٦) مرافعات يماني. فإذا مضت سنة من تاريخ قرار الاستبعاد فهنا يجوز للمدعي عليه أن يتقدم بطلب إلى المحكمة لإصدار حكم بسقوط الخصومة، وهذا الطلب يلزم إعلانه للمدعي عليه وبموعد الجلسة، فإن حضر المدعي الجلسة المحددة وحرك دعواه وإلا أصدرت المحكمة حكمها بسقوط الخصومة وفقاً (للمادة / ٢١٥) مرافعات، أما إذا مضت على الخصومة سنة ونصف ولم يتم تحريكها سقطت بقوة القانون دون حاجة إلى حكم وفقاً (للمادة / ١١٦) مرافعات. والملاحظ من خلال نصوص قانون المرافعات اليمني أن المقنن اليمني أراد التفريق بين الجزاء المترتب على الغياب السابق على تقديم الأدلة أمام المحكمة، والجزاء المترتب على الغياب التالي لتقديم الأدلة. وحدد الجزاء في الحالة الأولى باستبعاد الخصومة لمدة ستين يوماً، ثم اعتبارها كأن لم تكن، وحدد الجزاء في الحالة الثانية بالاستبعاد ثم تطبيق أحكام سقوط الخصومة. فالمقنن اليمني لم يوضح الفرق بين استبعاد الدعوى قبل تقديم الأدلة المنصوص عليها في (المادتين / ١١٢، ١١٣) مرافعات وبين الاستبعاد بعد تقديم أي من الأدلة المنصوص عليها في (المادة / ١١٤) مرافعات. كما أن مدة الاستبعاد في هذه المادة غير محددة بشكل صريح.

ومع ذلك يرى بعض الفقه<sup>(١)</sup> أنه بالرغم أن مدة الاستبعاد المنصوص عليه في (المادة / ١١٤) مرافعات غير محددة بشكل صريح، إلا أنه ينبغي أن تكون أيضاً ستين يوماً لعمومية الحكم الوارد في (المادة / ١١٢) مرافعات، ولا تعني الإشارة في تلك المادة إلى تطبيق أحكام سقوط الخصومة أن مدة الاستبعاد هي المدة المقررة لسقوط الخصومة، أي سنة من تاريخ آخر إجراء صحيح.

من الملاحظ أن (المادة / ١١٢) مرافعات قررت بعد التعديل، الحق في تحريك الدعوى المستبعدة «طلب السير فيها» لأي من الخصوم «المدعي والمدعى عليه» أما (المادة / ١١٤) مرافعات لم تشر صراحة إلى من له الحق في تحريك الدعوى المستبعدة

(١) النجار، عادل علي محمد، جدوى التنصيب عن الخصم الغائب أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٣٠.

في الفرض الذي عالجتة، وهو غياب جميع الخصوم بعد تقديم أي من أدلتهم، إلا أن من الواضح، ووفقاً (للمادة/١١٥) أن حق تحريك الدعوى في ذلك الفرض مقصور على المدعي فقط، وهذا يتعارض مع (المادة/١١٢) بعد التعديل إذ لا يستقيم تقرير الحق في تحريك الدعوى لجميع الخصوم إذا استبعدت بسبب غياب جميع الخصوم قبل تقديم الأدلة، وقصر الحق في تحريكها على المدعي فقط إذا استبعدت بسبب غياب جميع الخصوم بعد تقديم الأدلة، والقول بغير ذلك يتنافى مع حكمة التعديل الذي أدخل على (المادة/١١٢)<sup>(١)</sup>.

ويثور التساؤل حول سلطة القاضي في الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن بعد مرور ستين يوماً في حال غياب الخصوم جميعاً أو المدعي بعد تقديم الأدلة، وكذا جواز الحكم في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم في حال غياب الخصوم أو غياب المدعي. وبعبارة أخرى هل يجوز للمحكمة اعتبار الخصومة كأن لم تكن في حالة غياب الخصوم جميعاً بعد تقديم الأدلة؟ وهل يجوز لها أن تحكم في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم في حال غياب الخصوم جميعاً أو غياب المدعي؟

يرى الباحث أنه يجوز الحكم باعتبار الخصومة كأن لم يكن بعد انقضاء ستين يوماً، من تاريخ صدور قرار استبعادها من جلسات المحكمة، استناداً إلى (المادة/١١٥) مرافعات يمني، التي تضمنت بيان إجراءات تحريك الدعوى خلال فترة الاستبعاد المنصوص عليها في (المادة/١١٤) مرافعات يمني، حيث نصت (المادة/١١٥) مرافعات على أنه: «إذا رغب المدعي في تحريك دعواه خلال فترة تأجيل الدعوى المنصوص عليها في المادتين (١١٢، ١١٣) فعليه أن يقدم طلباً كتابياً بذلك إلى القاضي المختص ليؤشر عليه بالموافقة وبتحديد جلسة وتقدير غرامة لا تزيد على ثلاثة آلاف ريال تورده للخزينة العامة وللقاضي الإعفاء من الغرامة إن كان لذلك ما يبرره، وكذلك الحال إذا طلب المدعي تحريك الدعوى خلال فترة الاستبعاد المنصوص عليها في المادة السابقة على ألا تزيد الغرامة في هذه الحالة على عشرة آلاف ريال، أما إذا كانت الدعوى قد شطبت، فعلى المدعي إن أراد رفعها مجدداً أن يرفعها بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى ابتداءً ولا يمنع ذلك من الحكم عليه بما غرمه خصمه جراء الدعوى السابقة إن طلب ذلك».

بالنسبة للسؤال الثاني المتعلق بمدى جواز الفصل في الخصومة إذا كانت صالحة للحكم في حال غياب الخصوم.

(١) النجار، عادل علي محمد، جدوى التنصيص عن الخصم الغائب أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٢٩.

فقد اختلف شرح القانون اليمني في ذلك، فذهب البعض إلى أن القانون اليمني لا يجيز للمحكمة أن تحكم في القضية إذا كانت صالحة للحكم فيها في الجلسة الأولى التي غاب عنها المدعي والمدعى عليه، ومع ذلك إذا كانت القضية صالحة للحكم فيها، فعلى المحكمة أن تحكم في القضية بناءً على طلب المدعى عليه<sup>(١)</sup>.

في حين ذهب البعض إلى جواز الحكم في موضوع الدعوى في حال غياب الخصوم (المدعي والمدعى عليه) وتخلفهم عن حضور الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى أو في جلسة أخرى، إذا كانت الدعوى صالحة للحكم فيها استناداً لنص (المادة ٢/١٧٢) مرافعات يمني<sup>(٢)</sup>، باعتبار أن الحكم في موضوع الدعوى مسألة تقديرية للمحكمة بشرط عدم الإخلال بحقوق الدفاع<sup>(٣)</sup>.

وذهب بعض الفقه<sup>(٤)</sup> إلى أن عدم تخويل القانون اليمني المحكمة للحكم في الدعوى إذا كانت صالحة للفصل فيها، يؤدي إلى تفويت هدف جوهرى تسعى القوانين الإجرائية جاهدة إلى تحقيقه، وهو التغلب على تراكم القضايا أمام المحاكم فقد أصبح الحديث عن إمكانية الفصل في الدعوى - إذا حدث الغياب - ممكن لاسيما بعد تعديل (المادة ١٠٦) مرافعات<sup>(٥)</sup> التي توجب على المدعى عليه تقديم رده في الجلسة أو قبلها.

ويذهب الباحث إلى جواز الفصل في الدعوة إذا حصل الغياب بعد تقديم الخصوم لأدلتهم وكانت الدعوى صالحة للفصل فيها في الجلسة الأولى أو الجلسات التالية، وطلبها المدعى عليه، مع مراعاة عدم الإخلال بحقوق الدفاع، على أن تبين المحكمة الأسباب التي دعته تقرير ذلك، واستناداً لنص (المادة ٢/١٧٢) مرافعات يمني التي تجيز للمحكمة أن تقرر إقفال باب المرافعة في الخصومة وتحجزها للحكم في نفس الجلسة إذا رأت أن ما قدم من أدلة كافٍ لإصدار الحكم في الدعوى. وذلك أنه إذا كان القانون قد أجاز للقاضي أن يحجز القضية للحكم على الرغم من اعتراض طرفيها وهما حاضران فمن باب أولى جواز الحكم وهما غير حاضرين؛ لأن اعتراضهما وهما حاضران

(١) الشرعي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٤٧٥.

(٢) والتي تنص على أنه: «يجوز للمحكمة أن تقرر قفل باب المرافعة في الخصومة وتحجزها للحكم في نفس الجلسة...» - إذا رأت المحكمة أن ما قدم من أدلة كافٍ لإصدار الحكم في الدعوى، وأن اعتراض الخصوم غير ذي جدوى، وعليها أن تبين في حكمها الأسباب التي دعته إلى تقرير ذلك رغم معارضة الخصوم أو أحدهم وتسلم لكل من الخصوم صورة من محضر الجلسات بناءً على طلب الخصم».

(٣) الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٤٥٧.

(٤) النجار، عادل علي محمد، جدوى التنصيب عن الخصم الغائب أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٥) والتي تنص على أنه: «يجب على المدعى عليه عند إعلانه بعريضة الدعوى الرد عليها كتابة وأن يقدم رده في الجلسة المحددة أو قبلها، فإذا قدم الرد في الجلسة شفاهاً أثبت في محضر الجلسة».

أقوى من اعتراضهما أثناء غيابهما. لأن الغياب سبب منهما والقاعدة أن من كان سببه منه فهو مردود عليه.

## ٢- التوضع في القانون المصري:

تنص (المادة /٨٢) مرافعات مصري على أنه: «إذا لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه، حكمت المحكمة في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها، وإلا قررت شطبها، فإذا انقضى ستون يوماً ولم يطلب أحد الخصوم السير فيها، أو لم يحضر الطرفان بعد السير فيها، اعتبرت كأن لم تكن. وتحكم المحكمة في الدعوى إذا غاب المدعي أو المدعون أو بعضهم في الجلسة الأولى وحضر المدعى عليه»..

يتضح من هذه النصوص أنه إذا غاب الخصوم في الجلسة الأولى أو في أي جلسة تالية نفرق بين الفرضين الآتيين:

١- **الفرض الأول:** إذا كانت الدعوى صالحة للحكم فيها، فتحكم المحكمة في الدعوى ولا تقرر شطبها على الرغم من غياب الخصوم فيها، والخصومة تكون صالحة للحكم فيها إذا كان كل من الخصوم قد أبدى دفاعه ودفعه فيها، ولو تم ذلك بمذكرات أودعت قبل الجلسة أو أبديت في جلسة سابقة<sup>(١)</sup>. واعتبار الدعوى صالحة للحكم فيها مسألة تقديرية للمحكمة، إذ تتوقف على توافر عناصر تكوين الرأي القضائي في الدعوى<sup>(٢)</sup>.

٢- **الفرض الثاني:** إذا كانت الدعوى غير صالحة للحكم فيها: إذا رأت المحكمة أن الدعوى غير صالحة للحكم فيها قررت من تلقاء نفسها شطب الدعوى. ويبرر هذا الجزاء أن المحكمة لن تستطيع في غياب جميع الخصوم أن تحقق في الدعوى لمعرفة وجه الحقيقة فيها<sup>(٣)</sup>. وشطب الدعوى قد ينتهي إلى سيرها من جديد أو اعتبار الدعوى كأن لم تكن كالآتي:

أ- **شطب الدعوى:** إذا تحققت المحكمة من غياب الخصوم، ولم تكن الدعوى صالحة للحكم فيها، فلها أن تقرر شطب الدعوى. وليس المقصود بشطب

(١) أبو الوفا، أحمد، (١٩٧٠م): المرافعات، دار المعارف، مصر، ط١٠، ص ٥٩٣، صاوي، أحمد السيد، (٢٠١٠م): الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٧٠٢، والي، فتحي، (١٩٧٥م): مبادئ قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ص ٥٠٤.

(٢) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٢٣.

(٣) بركات، علي، (٢٠١٤م): الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٧٧٢.

الدعوى، زوال الخصومة، وإنما تظل الخصومة قائمة أمام القضاء، بالرغم من الشطب، وإنما يعني عدم سير الخصومة. فالشطب عارض من العوارض المانعة من سير الخصومة. وهذا يعني أن تبقى إجراءات الخصومة السابقة على الشطب قائمة منتجة لكل أثارها الإجرائية والموضوعية<sup>(١)</sup>. فالشطب لا يقع بقوة القانون، وإنما يلزم لحصوله أن تأمر به المحكمة ولكنها لا تلتزم به وجوباً، فقد توجب الخصومة لجلسة أخرى<sup>(٢)</sup>.

ب- اعتبار الدعوى كأن لم تكن: إذا ظلت الدعوى مشطوبة لمدة - ستين يوماً في القانون المصري، ولم يقم أحد الخصوم بتعجيلها خلال هذه المدة اعتبرت الدعوى كأن لم تكن، أو إذا عجلت ولم يحضر الطرفان بعد سيره ثانية<sup>(٣)</sup>. وتقدير هذا الجزاء يهدف إلى الحيلولة دون بقاء الدعوى مدة غير محددة عن طريق شطبها أو تكرار شطبها وتكرار تعجيلها (المادة ٨٢/٨٢) مرافعات مصري<sup>(٤)</sup>. فإذا عجلت الدعوى وفي الجلسة الجديدة لم يحضر أحد من الخصوم، فإن المحكمة لا تقرر شطب الدعوى مرة ثانية، بل إن الدعوى تعتبر بقوة القانون كأن لم تكن<sup>(٥)</sup>، ولا تحكم المحكمة بذلك إلا بناء على طلب ذي المصلحة، وترتد آثار الحكم إلى تاريخ الجلسة الجديدة التي لم يحضر فيها الخصوم<sup>(٦)</sup>. فإذا حضر الخصوم بعد تعجيل الدعوى من الشطب ثم غابوا بعد ذلك في جلسة أخرى، ولم تكن الدعوى صالحة للفصل فيها، فإن المحكمة ليس لها أن تشطب الدعوى مرة ثانية، بل تعتبر الدعوى كأن لم تكن، وبالتالي يكون الشطب لمرة واحدة<sup>(٧)</sup>.

(١) للمزيد من التفصيل انظر: هندي، أحمد، شطب الدعوى، مرجع سابق، ص ٧٠ وما بعدها.

(٢) هاشم، محمود محمد، البحث السابق، ص ١٣٧.

(٣) التعجيل: هو إفصاح إرادة أي من الخصوم عن رغبته في عودة الخصومة إلى السير مرة ثانية ويتم هذا التعجيل بإجراء مركب من عنصرين: تحديد جلسة جديدة لنظر الدعوى، إعلان الخصم الآخر بهذا التاريخ للجلسة الجديدة، انظر: عمر، نبيل اسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٥٠٠.

(٤) معدلة بالقانون رقم ٢٣ / ١٩٩٢م.

(٥) والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٠٥.

(٦) عمر، نبيل اسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٥٠٣، هندي، أحمد، شطب الدعوى، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٧) عمر، نبيل اسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٥٠٣، قارن: والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٠٥، فيقصد في نظره، بكون الشطب لا يكون الا لمرة واحدة، إنه لا شطب بعد الشطب مباشرة، ففي أول جلسة بعد الشطب لا يمكن للمحكمة أن تشطب الدعوى مرة أخرى، وإنما يجب عليها أن تعتبرها كأن لم تكن، أما إذا حضر الخصوم هذه الجلسة وسارت الخصومة، وغابوا بعد ذلك فإن المحكمة

فتزول الخصومة زوالاً إجرائياً بكل ما تم فيها من إجراءات ابتداء من المطالبة القضائية، كما يعني زوال آثار هذه الإجراءات، وهو صورة من صور الانقضاء المبتسر للخصومة، ويتخذ من حيث نتائجه حكم سقوطها<sup>(١)</sup>. ويترتب هذا الجزاء بقوة القانون بمجرد مرور المدة المحددة قانوناً (وهي ستون يوماً في القانون المصري)، دون حاجة إلى حكم يقرره<sup>(٢)</sup>، ولكن هذا لا يعني تعلقه بالنظام العام<sup>(٣)</sup>، وترتيباً على ذلك إذا عجل المدعي الدعوى بعد الميعاد المذكور فلا تحكم المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن من تلقاء نفسها، وإنما يلزم لهذا الحكم أن يتمسك به المدعي عليه قبل الكلام في الموضوع باعتباره دعواً شكلياً. أما إذا تم التعجيل في الميعاد فإن الخصومة تستأنف سيرها من النقطة التي كانت وقفت عندها يوم الشطب<sup>(٤)</sup>.

ترتيباً على ذلك يتضح أن القانون المصري محل المقارنة قد أجاز تطبيق الجزاء المترتب على غياب الخصوم في الجلسة الأولى وفي أية جلسة من الجلسات، مع ملاحظة اختلاف المصطلحات المستخدمة في هذا القانون. فإذا لم يحضر الخصوم جلسة نظر الدعوى، يقرر القاضي إرجاء نظر الدعوى إلى آخر جلسة، فإذا لم يحضروا فإن على القاضي التقرير باستبعادها من جدول الجلسات (المادة ١١٢/١) مرافعات يماني، ويطبق هذا الحكم إذا لم يحضر المدعي وحضر المدعى عليه وحده، ولم يقدم أية طلبات (المادة ١١٣/١) مرافعات يماني. أما في القانون المصري إذا تغيب الخصوم (المدعي والمدعى عليه)، فلا يقرر القاضي شطب الدعوى إلا إذا كانت الدعوى غير صالحة للحكم. والملاحظ أن عبارة «شطب الدعوى» في كل من القانون المصري، يقابلها في القانون اليمني عبارة «استبعاد الدعوى» وشطب الدعوى أو استبعادها يعني إبعادها من جدول جلسات المحكمة، ولا يزيلها وتبقى مرفوعة إلى حين تحريكها من أحد الخصوم أو صدور قرار باعتبارها كأن لم تكن، وهذا بخلاف المقنن اليمني، فقد استخدم مصطلح «شطب

يمكن أن تشطب الدعوى لأن الشطب في هذه الحالة سبقه حضور ونشاط للخصوم، فالدعوى لا تعتبر كأن لم تكن إلا في الجلسة الأولى بعد زوال الشطب. ومن هذا الرأي: هندي، أحمد، شطب الدعوى، مرجع سابق، ص ٦٨.

(١) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٢٥،

(٢) أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص ٦٦١،

(٣) عكس ذلك هاشم، محمود محمد، البحث السابق، ص ١٥٣، فيرى أن اعتبار الخصومة كأن لم تكن يتعلق بالنظام العام، ويمكن بالتالي للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ومن هذا الرأي مليجي، أحمد، (١٩٩١م): ركود الخصومة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ص ١٢٨.

(٤) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ٦٤، عبد العزيز، محمد كمال، مرجع سابق، ص ٢٢٤، هندي، أحمد، شطب الدعوى، مرجع سابق، ص ١١٥، والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٠٥، عمر، نبيل اسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٥٠١.

الدعوى» للتعبير عن الجزاء الإجرائي «باعتبار الدعوى كأن لم تكن»، فالمقنن اليمني جعل عبارة «شطب الدعوى»، وعبارة «اعتبارها كأن لم تكن» بشكل مترادف، ومسلك المقنن اليمني محل نقد من فقهاء وشرح القانون<sup>(١)</sup>، فاستخدام المقنن اليمني عبارة «شطب الدعوى»، وعبارة «اعتبارها كأن لم تكن» بشكل مترادف، استخدام غير دقيق من المقنن اليمني نظراً لأن الفقه الإجرائي يعد شطب الخصومة من السلطة التقديرية للمحكمة، ويعد مسألة اعتبار الخصومة كأن لم تكن حكماً قانونياً يتعلق بالمصلحة الخاصة لا تحكم به المحكمة إلا بناء على طلب أو على دفع شكلي، وذلك ما يعد عيباً فنياً في استخدام المصطلحات القانونية التي لا تؤخذ بالمعنى اللغوي وإنما تؤخذ بالمعنى المتفق عليه علمياً وفقهياً.

وجدير بالإشارة أن المقنن المصري منح القاضي في حال غياب جميع الخصوم (المدعي والمدعى عليه) سلطة تقديرية للحكم في الدعوى إذا كانت صالحة للحكم فيها، والهدف من هذا هو تفادي تراكم القضايا أمام المحاكم، لأنه مادام الخصوم قد أبدوا أقوالهم ودفاعهم فليس ثمة ما يمنع المحكمة من نظر الدعوى والحكم فيها. بخلاف المقنن اليمني، فإنه لا يجيز للمحكمة أن تحكم في القضية إذا كانت صالحة للحكم فيها في الجلسة المقررة لنظرها التي غاب فيها المدعي والمدعى عليه، وإنما حول المحكمة أن تقرر استبعاد الدعوى ومسلك المقنن اليمني محل نقد من شرح القانون اليمني<sup>(٢)</sup>، لا سيما في حالة غياب الخصوم إحدى الجلسات بعد أن كانت المحكمة قطعت شوطاً كبيراً في نظر الدعوى، وقدم الخصوم أدلتهم، فالأولى أن تفصل المحكمة في الدعوى، بدلاً من التقرير باستبعادها وترك مدة الاستبعاد مفتوحة معلقة لمدة سنة فترة سقوط الخصومة وفقاً (للمادة / ٢١٥) مرافعات، وانتظار المدعى عليه إلى أن يحضر ليطلب تقرير سقوطها أو الانتظار حتى سقوطها بمضي المدة بعد انقضاء سنة ونصف وفقاً (للمادة / ٢١٦) مرافعات، ثم تقرر المحكمة سقوطها (المادة / ١١٤) مرافعات، وهو ما يؤدي إلى بطء وإهدار الاجراءات، وتراكم القضايا أمام المحاكم، وتعارضه مع مبدأ سرعة البت في الخصومة.

(١) النجار، عادل علي محمد، جدوى التنصيب عن الخصم الغائب أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٢٨، الشرعي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٤٩٣، نجم الدين، عبد العزيز محمد يحيى، (٢٠١٩ م): النظام القانوني للدفع الشكلي في قانون المرافعات اليمني، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة بني سويف، ص ٣٦٠.

(٢) النجار، عادل علي محمد، جدوى التنصيب عن الخصم الغائب أمام القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٢٧، السماوي، عصام، (٢٠٠٤ م): وقف الخصومة في قانون المرافعات اليمني، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية الحقوق بجامعة عدن، ص ٤٣، الشرعي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٤٧٥.

ومن الملاحظ أن المقنن المصري في (المادة / ٨٢) مرافعات، لا يجيز (الشطب) لأكثر من مرة واحدة حتى لا يلجأ بعض المتقاضين إلى إطالة أمد النزاع، وذلك حيث (تشطب) الدعوى، ويقوم أحد الخصوم بتعجيلها، فإن الخصومة تستأنف سيرها. وإذا حدث أنه في أول جلسة محددة لنظر الدعوى بعد قرار (الشطب) لم يحضر المدعي ولا المدعى عليه، فعندئذ لا تقرر المحكمة مرة أخرى (الشطب)، وإنما تعتبر الدعوى بقوة القانون كأن لم تكن<sup>(١)</sup>. بخلاف القانون اليمني فلا يوجد نص مماثل يعالج هذه المسألة.

### الحالة الثالثة: عدم امتثال المدعي لأمر المحكمة:

تنص (المادة / ١٦٢) مرافعات يمني على أنه: «تحكم المحكمة على من يتخلف من العاملين بها أو من الخصوم عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي حدده بغرامة لا تقل عن ألف ريال ولا تتجاوز ستة آلاف ريال، ويكون ذلك بقرار من المحكمة يثبت في محضر الجلسة له ما للأحكام من قوة تنفيذية ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق، وللمحكمة أن تتجاوز عن المحكوم عليه من الغرامة كلها أو بعضها إذا ابدى عذراً مقبولاً، ويكون تنفيذ أحكام الغرامات المحكوم بها بعد إعلان المحكوم عليه بذلك. ويجوز للمحكمة بدلاً من الحكم على المدعي بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر بعد سماع أقوال المدعى عليه في الجلسة وإذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعي ما أمرت به المحكمة جاز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن». وتقابلها (المادة / ٩٩) مرافعات مصري<sup>(٢)</sup>.

يتضح من هذه النصوص أن القانونيين اليمني والمصري قد اعترفا للمحكمة بدور فعال في تسيير الخصومة ولتأكيد هذه السلطة ولحمل الخصوم أو العاملين على تنفيذ أمر المحكمة، والذي قد يكون تنفيذه ضرورياً لحسن سير الخصومة، فقد أعطيا للقاضي سلطة الحكم بالغرامة على من يتخلف من العاملين بالمحكمة أو من الخصوم عن إيداع المستندات اللازمة في الدعوى أو عند التخلف عن القيام بأي إجراء من إجراءات المرافعات في الميعاد الذي تحدده لهم، بل أعطي لها أيضاً سلطة الأمر بوقف الدعوى وقفاً جزائياً إذا لم يكن قد امتثل لأمر المحكمة، واستكماً لهذه السلطة المقررة للمحكمة

(١) للمزيد من التفصيل: راجع، هندي، أحمد، شطب الدعوى، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٢) والتي تنص على أنه: «... ويجوز للمحكمة بدلاً من الحكم على المدعي بالغرامة أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لا تتجاوز شهراً بعد سماع أقوال المدعى عليه. وإذا مضت مدة الوقف ولم يطلب المدعي السير في دعواه خلال الخمسة عشر يوماً التالية لانتهاؤها، أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة حكمت المحكمة باعتبار الدعوى كأن لم تكن».

فقد أعطي لها كذلك الحق في أن تقضي باعتبار الخصومة كأن لم تكن<sup>(١)</sup>. وعلى ذلك يشترط للحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن لعدم امتثال المدعي لأمر المحكمة توافر المقتضيات والشروط الآتية:

أ- سبق وقف الخصومة وقفاً جزائياً: يوجب القانون على الخصوم الامتثال لأمر المحكمة فيما يتعلق باتخاذ إجراءات معينة، كما يوجب عليهم إيداع مستنداتهم في الدعوى المرفوعة في أقرب فرصة ممكنة، ولا بد لهذا الوجوب من جزاء يحميه من المخالفة، وقد رتب المقنن نوعين من الجزاء، توقع المحكمة الأنسب والأجدي منهما، وهذان الجزاءان هما: الغرامة المالية، ووقف الخصومة<sup>(٢)</sup>. والغرامة المالية جزاء يمكن توقيعه على أي من الخصوم، على المدعي أو المدعى عليه. أما وقف الخصومة، أي تعطيل السير فيها، فهو جزاء لا يوقع إلا على المدعي، لإهماله في القيام بما كلفته به المحكمة، أي أنه لا يوقع إلا على الخصم الذي يشغل المركز الإجرائي للمدعي<sup>(٣)</sup>. فبدلاً من الحكم عليه بالغرامة المقررة يجوز للمحكمة أن تحكم بوقف الخصومة لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وفقاً (للمادة /١٦٢) مرافعات يمني، أو مدة شهر في القانون المصري (المادة /٩٩) مرافعات<sup>(٤)</sup>، ولذلك فإنه لا يجوز توقيع جزاء الوقف إذا كان المهمل هو المدعى عليه، بل إن ذلك قد يحقق للمدعى عليه أغراضاً من إطالة أمد التقاضي، ولهذا فالجزاء الوحيد المتصور في حالة إهمال المدعى عليه في تنفيذ ما تأمر به المحكمة هو الحكم عليه بالغرامة المقررة<sup>(٥)</sup>. أما إذا كان الإهمال من جانب المدعي ورأت المحكمة أن تحكم بوقف الخصومة بدلاً من الحكم عليه بالغرامة فيجب توافر الشروط الآتية:

(١) رمضان، أيمن أحمد، (٢٠٠٣م): الجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية، ص ٢٤٣، النيداني، الأنصاري حسن، القاضي والجزاء الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٦٢، السماوي، عصام، الرسالة السابقة، ص ١٠٤، القعيطي، على صالح، (٢٠٠٢م): الوجيز في شرح قانون المرافعات اليمني، الجيل الجديد، صنعاء، ص ١٧٥.

(٢) مسلم، أحمد، أصول المرافعات، مرجع سابق، ص ٥٣١، هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٤٠، هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(٣) عمر، نبيل إسماعيل، عدم فعالية الجزاءات الإجرائية في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٢٦.

(٤) معدلة بالقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩م، الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٧ / ٥ / ١٩٩٩م.

(٥) جميعي، عبد الباسط، إبراهيم، محمد محمود، (١٩٧٨م): مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٥١٠، النمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٢٨، راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٤٧، الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٢٩، مليجي، أحمد، ركود الخصوم، مرجع سابق، ص ٤٥.

١- إهمال المدعي: لما كان الوقف جزءاً، فلا بد أن يكون عن سلوك تم ارتكابه من قبل المدعي، ويتمثل هذا الفعل في عدم الامتثال لأمر المحكمة أي عدم قيامه بما أمرت به في الميعاد الذي حددته<sup>(١)</sup>، كما لو تخلف عن إعادة إعلان خصمه بعد أن أمرته المحكمة بذلك، أو تخلف عن إدخال خصم في الخصومة كانت المحكمة قد كلفته بإدخاله أو تأخر في تقديم المستندات في المواعيد التي حددتها المحكمة. فإذا لم يثبت هذا الإهمال من جانب المدعي فلا تسطيع المحكمة أن تحكم عليه بوقف الدعوى حتى لو كان هناك إهمالاً من جانب المدعى عليه<sup>(٢)</sup>.

٢- أن تحكم المحكمة بالوقف: ينبغي لوقف الخصومة كجزء يوقع على المدعي أن تأمر به المحكمة، فلا يتحقق بقوة القانون<sup>(٣)</sup>، وإنما الحكم به جوازي للمحكمة، فلها سلطة تقديرية في الحكم أو عدم الحكم به، فهي تملك الحكم به من تلقاء نفسها دون طلبه من المدعي عليه. فليس بشرط للحكم به أن يطلبه المدعي عليه فهو لم يتقرر لمصلحته حتى يكون استعماله متوقفاً على طلب منه. وقد لا تحكم به المحكمة بالرغم توافر شروط الحكم به. ولها بدلاً من أن تحكم بالوقف أن تحكم بالغرامة<sup>(٤)</sup>.

وبالرغم من أن الحكم الصادر بوقف الخصومة غير منه للخصومة، إلا أنه استثناء من القاعدة العامة، يجوز الطعن فيه استقلالاً وفقاً لنص (المدة / ٢٧٤) مرافعات يميني<sup>(٥)</sup>، وتقابلها (المادة / ٢١٢) مرافعات مصري<sup>(٦)</sup>، والحكمة من ذلك أن الطعن في حكم الوقف وإلغائه، من شأنه تعجيل الفصل في الخصومة وهو

(١) هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٤١، جميعي، عبد الباسط، إبراهيم، محمد محمود، مرجع سابق، ص ٥٠٩.

(٢) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٤٧، هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(٣) الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٣٠.

(٤) هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٤١، مليجي، أحمد، ركود الخصومة، مرجع سابق، ص ٤٩.

(٥) المادة (٢٧٤) بصياغتها المعدلة بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢) لسنة ٢٠١٠م. والتي تنص على أنه: «لا يجوز الطعن فيما تصدره المحكمة من أحكام غير منهيبة للخصومة أثناء سيرها إلا بعد صدور الحكم المنهي لها كلها فيما عدا ما يلي: ١- ما أصدرته المحكمة من أحكام بوقف الخصومة...».

(٦) والتي تنص على أنه: «لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية أو المستعجلة والأحكام الصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري».

هدف يسعى المقنن إلى تحقيقه<sup>(١)</sup>، ولذلك يجوز الطعن فيه سواء من المدعي أو من المدعى عليه كونه المدعى عليه له مصلحة في هذا الطعن إذا لم تسمع أقواله أو عارض الوقف، ولم يلتفت القاضي لمعارضته، أما إذا كان المدعى عليه قد سمعت أقواله ووافق على وقف الخصومة، فلا يجوز له الطعن لأنه يعتبر بمثابة القابل لحكم المحكمة بالوقف، فبهذا القبول يكون قد اسقط حقه في الطعن في الحكم الصادر بالوقف<sup>(٢)</sup>.

٣- ألا تزيد مدة الوقف عن المدة المحددة قانوناً: قيد المقنن سلطة المحكمة بشأن مدة الوقف، فنص على أنه يجب ألا تزيد هذه المدة عن ثلاثة أشهر (المادة ١٦٢/ مرافعات يميني، ومدة شهر في القانون المصري (المادة ٩٩/ مرافعات، فيشترط ألا تتجاوز مدة الوقف عن ما هو محدد في هذه النصوص، فهذه المدة هي الحد الأقصى لوقف الخصومة جزاء على فعل المدعي، إلا أن ذلك لا يمنع أن يكون الوقف لمدة أقل من ذلك<sup>(٣)</sup>. تبدأ من تاريخ صدور حكم المحكمة بوقف الدعوى، وليس من تاريخ امتناع المدعي عن القيام بما أمرت له المحكمة أو من تاريخ فوات الميعاد المحدد لتنفيذ طلبات المحكمة دون أن تنفذ هذه الطلبات<sup>(٤)</sup>.

٤- سماع أقوال المدعى عليه: لا خلاف بأن المحكمة لا يمكنها أن تقضي بوقف الدعوى جزاء إلا بعد سماع أقوال المدعى عليه، لأن ضرورة سماع أقوال المدعى عليه قبل الحكم بالوقف التزام على المحكمة، لأن المقنن نص على ذلك صراحة وذلك بقوله: «بعد سماع أقوال المدعى عليه»، مما يدل على أن سماع أقوال المدعى عليه يعد مفترضاً لازماً للحكم بالوقف في هذه الحالة<sup>(٥)</sup>. ولكن إذا سمعت المحكمة أقوال المدعى عليه فاعترض على الوقف، فما مدى تأثير هذا

#### الاعتراض؟

(١) رمضان، أيمن، الرسالة السابقة، ص ٢٥١، الهيميس، سنان علي جارالله، (٢٠٢١ م): الدور المؤثر للقاضي في سرعة البت في الخصومة القضائية في قانون المرافعات اليميني، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عدن، ص ٢٧٢، الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٣١.

(٢) عمر، نبيل اسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٥٢٠.

(٣) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٤٨، مليجي، أحمد، ركود الخصومة، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٤) عمر، نبيل اسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٥٢٠، رمضان، أيمن، الرسالة السابقة، ص ٢٥١.

(٥) سيف، رمزي، (١٩٧٤ م): قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، طبع جامعة الكويت، ص ٢٨٠، النمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٥٢٩.

ذهب البعض الفقه إلى أنه يجب موافقة المدعى عليه على الوقف حتى تحكم به المحكمة. فإذا عارض المدعي عليه الوقف فلا يجوز الحكم به وإلا أصبح الحكم بالوقف عقوبة على المدعى عليه أيضاً. والخصومة ليست ملكاً للمدعي فحسب، بل هي ملك له وللمدعى عليه<sup>(١)</sup>.

وذهب جانب من الفقه<sup>(٢)</sup> - وهو ما نرجحه - إلى أن للمحكمة مادامت قد سمعت أقوال المدعى عليه بشأن الوقف أن تأمر بالوقف ولو اعترض عليه المدعى عليه، والقول بغير هذا يعني شل سلطة المحكمة في أعمال الجزاء نفاذاً لأمر أصدرته لمجرد اعتراض المدعى عليه، وقد تكون مصلحة المدعى عليه في الاعتراض غير مشروعة كما في حالة صدور أمر إلى المدعى بأن يدخل شخصاً من الغير في الخصومة لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة<sup>(٣)</sup>. يرى المدعى عليه أنه ضار به، وليس من المقبول تعليق استعمال المحكمة لسلطتها على إرادة المدعى عليه، ولو أراد المقتن هذا لنص على عدم توقيع الجزاء إلا بناء على طلب المدعى عليه. ولكنه لم يتطلب سوى سماع أقواله، ولم يشترط موافقته، فيجب ترك الأمر للسلطة التقديرية للمحكمة بعد سماع أقواله<sup>(٤)</sup>.

ب- إذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعي أمر المحكمة: إذا استمر المدعي في عناده، ولم يقيم بالعمل الذي أمرته المحكمة بالقيام به طوال المدة التي حكمت فيها بوقف الخصومة فإنه يكون قد ارتكب إهمالاً جديداً يجوز معه للمحكمة أن تقضي بجزاء جديد هو اعتبار خصومته كأن لم تكن<sup>(٥)</sup>.

وقد عالج المقتن المصري في (المادة /٩٩) مرافعات، فرضاً آخر فنص على أنه يجب على المدعى تعجيل دعواه من الوقف الجزائي خلال خمسة عشر يوماً التالية لانتهاه مدة الوقف وإلا تحقق أيضاً موجب اعتبار الخصومة كأن لم تكن، فالمدعي إذا لم يلتزم باحترام هذا الميعاد وتعجيل الخصومة خلاله وإلا تعرضت دعواه لهذا الجزاء ولو كان نفذ بالفعل أمر المحكمة<sup>(٦)</sup>.

(١) أبو الوفا، أحمد، نظرية الدفع، مرجع سابق، ص ٦٥١، عبد العزيز، محمد كمال، مرجع سابق، ص ٢٤١.  
(٢) جميعي، عبد الباسط، إبراهيم، محمد محمود، مبادئ المرافعات، مرجع سابق، ص ٥١١، والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥١٤، عمر، نبيل اسماعيل، الوسيط في قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٥١٩، هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٣٨٠، راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٤٧.

(٣) وفقاً للمادة (١٩٠) مرافعات يماني، (المادة /١١٨) مرافعات مصري.

(٤) والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥١٤.

(٥) هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٤٦.

(٦) النيداني، الانصاري حسن، القاضي والاجرائي، والجزائي، مرجع سابق، ص ١٩٨.

بخلاف القانون اليمني فقد خلا من نص كهذا، فلم يحدد المقتن اليمني ميعاداً خاصاً يجب تعجيل الخصومة خلاله في حالة الوقف الجزائي، ولذا تخضع الخصومة في هذه الحالة للقواعد العامة في سقوط الخصومة وانقضائها بمضي المدة.

## المبحث الثاني

### قواعد وأثار الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن

نبين في هذا المبحث قواعد الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن والآثار المترتبة عليه وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

#### قواعد الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن

سبق الحديث عن الحالات التي نص فيها القانون على اعتبار الخصومة كأن لم تكن كجزء للإخلال بالواجب الإجرائي وانتهينا إلى أن القانون لم يأخذ بقاعدة واحدة في شأن الحكم بها، فجعله في بعض الحالات خاضعاً لتقدير المحكمة، وفي حالات أخرى جعله يقع بقوة القانون، وذلك على النحو الآتي:

١- اعتبار الدعوى كأن لم تكن بقوة القانون: رتب القانون جزاء اعتبار الخصومة كأن لم تكن بقوة القانون إذا بقيت مستبعدة ستين يوماً دون تعجيل من أحد الخصوم للسير فيها وفقاً لنص (المادة /١١٢) مرافعات يماني، (المادة /٨٢) مرافعات مصري. وتحقق المخالفة في هذه الحالة يؤدي إلى ترتيب هذا الجزاء، بقوة القانون، بحيث تزول الإجراءات وأثارها، ولا يحتاج ذلك إلى حكم من المحكمة، وإن صدر حكم في هذه الحالة، يعد حكماً تقريرياً لهذا الأمر، تحقق منذ انتهاء اليوم الأخير لفترة الاستبعاد (الشطب)، إلا أن هذا الجزاء بالرغم وقوعه بقوة القانون إلا أنه ليس متعلقاً بالنظام العام، وهذا ما ذهب إليه الرأي الراجح من الفقه<sup>(١)</sup> ورتب على ذلك النتائج المترتبة على القواعد غير المتعلقة بالنظام العام، من أن هذا الجزاء مقرر لمصلحة المدعي عليه، ومن ثم لا يقضي بالجزاء إذا عجلت الخصومة بعد الميعاد إلا إذا تمسك به المدعي عليه الذي يستطيع أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً، كما يسقط الحق في إبداء الدفع به بالكلام في الموضوع باعتباره دفعاً إجرائياً يجب التمسك به في أول مناسبة بعد التعجيل.

(١) أبو الوفا، أحمد، المرافعات، مرجع سابق، ص ٦٤٥، النضياوي، إبراهيم، الرسالة السابقة، ص ٨٣٥، محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص ٢٢٤، هاشم، محمود، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٣٤٥، راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٢٥، النمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٩٨، سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ٦٤، سيف، رمزي، قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص ٢٧١، الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥١٣، العري، صادق، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

لكن رأياً آخر ذهب إلى أن الجزاء المقرر في هذه الحالة، لم يتقرر لمصلحة المدعي عليه فقط، وإنما تقرر للمصلحة العام، لذلك فإن القاعدة التي تقرر هذا الجزاء تتعلق بالنظام العام<sup>(١)</sup>. وقد ساق هذا الرأي لتأييد رأيه الحجج التالية:

أ- أن القاعدة المنصوص عليها في (المادة / ٨٢) مرافعات مصري، ويقابلها (المادة / ١١٢) مرافعات يماني، تعتبر أمرة سواء وفقاً للمعيار الشكلي أو الموضوعي. فوفقاً للمعيار الشكلي جاء النص قاطع الدلالة باعتبار الخصومة كأن لم تكن بقوة القانون ومن المقرر أنه إذا دلت القاعدة بعباراتها وألفاظها على الوجوب فإنها تعتبر قاعدة أمرة وفقاً للمعيار الموضوعي؛ لأنها تستهدف حماية المصلحة العامة والتي تتمثل في سرعة الفصل في الخصومات وعدم تركها راكدة أمام القضاء مدة طويلة الأمر الذي يؤدي إلى تراكمها أمامه مما يعصف بمبدأ استقرار المعاملات.

ب- انعدام مصلحة المدعي عليه في التمسك بالفصل في الخصومة فالمدعي عليه في الخصومة المستبعدة (المشطوبة) لم يكن قد أبدى طلبات أو دفوعاً بمذكرة قبل الجلسة الأولى أو في أي جلسة سابقة وهو والأمر كذلك لا تكون له أدنى مصلحة في الفصل في الدعوى. بل على العكس فإن مصلحة المدعي عليه تكون دائماً في اعتبار الخصومة كأن لم تكن، كما أن تمسك المدعي عليه بالفصل في الخصومة والحالة هذه يعتبر منه تعسفاً في استعمال حقه.

ج- تعقيد الأمور وإطالة أمد النزاع بلا مبرر. وذلك في حالة ما إذا عجل المدعي الخصومة بعد انقضاء المدة المحددة ولم يحضر المدعي عليه في الجلسة ولم يكن قد تقدم بمذكرة بدفاعه قبل جلسة التعجيل فإن المحكمة ملزمة بالمضي - وفقاً للراي الراجح<sup>(٢)</sup> - في نظر الخصومة والفصل فيها بالرغم أن الخصومة تكون مهددة بالانقضاء إذا حضر المدعي عليه في جلسة أخرى أو في الجلسة الأخيرة وطلب الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن ويكون على المحكمة وجوباً أن

(١) هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٥٢، ومن هذا الرأي مليجي، أحمد، ركود الخصومة، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٢) أبو الوفا، أحمد، المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٩٥، ٦٤٥، راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٢٥، النمر، أمينة، الدعوى وإجراءاتها، مرجع سابق، ص ٤٩٨، ٥٩١، سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ٦٤، النضياوي، إبراهيم، الرسالة السابقة، ص ٨٣٥، محمد عبد العزيز، كمال، مرجع سابق، ص ٢٢٤، الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥١٣، العري، صادق، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

تجيبه إلى ذلك، بل يكون للمدعى عليه أن ينتظر حتى صدور الحكم في الدعوى بعد تعجيلها ثم يطعن فيها بالاستئناف مطالباً باعتبار الخصومة التي صدر فيها كأن لم تكن ويتعين على محكمة الاستئناف إجابته إلى طلبه.

الباحث يرجح الرأي الأول الذي استقر على أن جزاء اعتبار الخصومة كأن لم تكن إنما يقع بقوة القانون ولكنه لا يتعلق بالنظام العام، مع ملاحظة أنه في حالة غياب المدعى عليه فنعتقد في هذه الحالة نكون في وضع يستحيل تصحيح الإجراءات بالتنازل عنها لغياب صاحب المصلحة في التمسك بالجزء، وفي هذه الحالة تبدو المصلحة العامة الوقائية في عدم السير في إجراءات مهددة بالزوال في الوقت الذي تفتقد فيه الخصومة الوسيلة التي يمكن بها تصحيح الإجراءات بالتنازل من جانب المدعى عليه صاحب المصلحة، وبالتالي يكون الجزاء في هذه الحالة متعلقاً بالنظام العام الوقائي<sup>(١)</sup> الذي يستهدف منع السير في خصومة مهددة بالزوال، لذلك يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تقضي باعتبار الخصومة كأن لم تكن من تلقاء نفسها.

٢- الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن: سبق الحديث أن المقنن قد أعطى المحكمة بمقتضى (المادة/١٦٢) مرافعات يمني، سطة الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن، إذا لم يكن المدعي عليه قد امتثل لأمرها وامتنع عن القيام بما أمرته به، طوال مدة وقف الخصومة جزاء، وأن توقيع هذا الجزاء يكون متروكاً لتقدير المحكمة، فهي تستطيع أن تحكم به إذا تحققت مفترضاته، ولها أن ألا تحكم به رغم تحققها، واستعمالها لسلطتها لا يتوقف على إرادة المدعى عليه، فقد تحكم بالجزاء بالرغم عدم طلبه منها بل رغم معارضته له، ولها أن ألا تحكم به بالرغم طلبه أو معارضته عليه، فالمحكمة تستطيع أن تقضي بهذا الجزاء من تلقاء نفسها بعد سماع أقوال المدعى عليه إن كان حاضراً في الجلسة أو دون سماعه إن كان متغيباً عنها<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك ذهب جانب من الفقه المصري إلى أنه بالرغم أن ظاهر نص (المادة/٩٩) مرافعات مصري، يوحي بأن المحكمة تستطيع أن تقضي من تلقاء نفسها بهذا الجزاء ولم يطلب المدعى عليه ذلك، ومع ذلك لا يجوز للمحكمة أن تقضي باعتبار الخصومة

(١) تحقق المصلحة العامة الوقائية في عدم السير في إجراءات مهددة بالزوال في الوقت التي تفتقد فيه الخصومة الوسيلة التي يمكن بها تصحيح الإجراءات بالتنازل من جانب المدعى عليه صاحب المصلحة مما يترتب عليه تضييع وقت وجهد القضاء والمتقاضيين.

(٢) هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٥٩، النفاوي، إبراهيم، الرسالة السابقة، ص ٨٣٣.

كأن لم تكن إلا بناء على طلب المدعى عليه أو دفع من جانبه، وذلك لأن للمدعى عليه الحق في بقاء الخصومة وصدور حكم فيها برفض الدعوى، وليس للمحكمة بسبب خطأ صدر من المدعي أن تحرم المدعى عليه من هذا الحق<sup>(١)</sup>.

٣- الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن بناء على طلب المدعى عليه: أجمع الفقه<sup>(٢)</sup> على أنه لا يجوز للمحكمة توقيع جزاء اعتبار الدعوى كأن لم تكن في حالة عدم تكليف المدعى عليه بالحضور خلال المدة المحددة قانوناً، إلا بناء على طلب المدعى عليه وذلك نظراً لصراحة النص الذي يقرر أنه يجوز بناء على طلب المدعى عليه اعتبار الدعوى كأن لم تكن<sup>(٣)</sup>، وأن المحكمة لا تستطيع أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو توافرت مقتضياته، بل لا بد أن يمتسك به المدعى عليه، فإن تمسك به وتوافرت مقتضياته فيكون الأمر- على الرغم من ذلك- متروكاً لتقدير المحكمة<sup>(٤)</sup>. ويطلب المدعى عليه هذا الجزاء بدفع إجرائي، يخضع لما تخضع له الدفوع الجرائية غير المتعلقة بالنظام العام من أحكام، فيجب أن يبدي قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيه<sup>(٥)</sup>.

## المطلب الثاني

### أثر الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن

لم ينص القانون المصري محل المقارنة على ما يترتب على اعتبار الخصومة كأن لم تكن من آثار، إلا أن الفقه يكاد يجمع على أن اعتبار الخصومة كأن لم تكن يعد صورة خاصة من صور سقوط الخصومة، وتترتب عليه ذات آثاره، فيترتب على اعتبار الخصومة كأن لم تكن في أية حالة من حالاته الثلاث الآثار ذاتها التي تترتب على سقوط الخصومة<sup>(٦)</sup>، فأثار السقوط ذاتها تترتب على اعتبار الخصومة كأن لم تكن لأنه ليس في

(١) والى، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥١٥.

(٢) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٢، راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦١١، هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٤٧، والى، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٤٤٠، النيداني، الانصاري حسن، القاضي والجزاء الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٨٤، الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٥٨.

(٣) راجع المادة (١٠٤/و) مرافعات يماني، (المادة ٧٠/ مرافعات مصري.

(٤) النيداني، الانصاري حسن، القاضي والجزاء الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٨٤،

(٥) هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٤٨.

(٦) الشرفي، إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٠٨ الهامش، الشرعبي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٤٩٧،

نصوص قانون المرافعات ما يمنع من تطبيقها أو يدل على أن المقنن قد أراد أن يرتب على اعتبار الخصومة كأن لم تكن آثار أشد من الآثار التي رتبها على السقوط، بجانب أن حكمة السقوط وهي تقصير المدعي في مولاة السير في الدعوى وحثه على متابعة إجراءاتها حتى لا تتراكم دعاوي أمام المحاكم، متحققة في اعتبار الخصومة كأن لم تكن<sup>(١)</sup>. وعلى ذلك يمكن إيجاز آثار اعتبار الخصومة كأن لم تكن في الآتي:

أ- تزول الخصومة وتلغى جميع إجراءاتها كما تزول الآثار المترتبة على قيامها بما في ذلك قطع التقادم. ولكن الأحكام القطعية والإجراءات التي بنيت عليها تظل قائمة فلا تسقط بما في ذلك عريضة افتتاح الدعوى<sup>(٢)</sup>، سواء كانت هذه الأحكام موضوعية أو إجرائية، فإذا كان قد صدر حكم موضوعي في الخصومة فلا يسقط هذا الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن، كما لو صدر حكم بإقرار حق المدعي في التعويض مع ندب خبير لتقديره، فإن هذا الحكم لا يسقط، ويجوز للمدعي أن يرفع دعوى جديدة ليطالب فيه بتقدير المبلغ دون إمكان المنازعة من جديد في مبدأ التعويض لأنه قد صدر به حكم حازجية الأمر المقضي. كذلك الأحكام القطعية الإجرائية لا تسقط باعتبار الخصومة كأن لم تكن، ومثال ذلك الحكم بوقف الدعوى تعليقاً لحين صدور حكم في مسألة أولية. كما لا يتأثر باعتبار الخصومة كأن لم تكن، الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها حيث يحتفظ إقرار الخصم أو اليمين الذي حلفه بقوته في الإثبات في أي خصومة جديدة تنشأ بين أطراف الخصومة<sup>(٣)</sup>. والحكمة من بقاء هذه الإقرارات والأيمان إنما هي في الحقيقة تصرفات صادرة من الخصوم أثناء نظر القضية لها أثر حاسم بصدد الحقوق المتنازع عليها ويتعدى أثرها نطاق الخصومة<sup>(٤)</sup>.

الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ص ٥٥٦، مسلم، أحمد، (١٩٦٠م): التأسيس المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد (١)، السنة (٢)، ص ٩٧، راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٢٥، هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٧١، سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٣٩، عبد العزيز، محمد كمال، مرجع سابق، ص ٢٢٤، والي، فتحي، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥١٦، أبو الوفا، أحمد، المرافعات، مرجع سابق، ص ٦٤٥.

(١) هاشم، محمود، البحث السابق، ص ١٧٠.

(٢) أبو الوفا، أحمد، (٢٠١٥ م): انقضاء الخصومة بغير حكم، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص ١٢٩، الشرعي، سعيد خالد، الموجز، مرجع سابق، ص ٥٠٥.

(٣) سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٤) راغب، وجدي، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٦٧٣، سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مرجع سابق، ص ١٦٥.

ومع ذلك تظل الإقرارات والأيمان الصادرة من الخصوم قائمة بالرغم من اعتبار الخصومة كأن لم تكن ويجوز للمحكمة أن تعتمد عليها في خصومة جديدة بالرغم أنها صدرت في نطاق خصومة قضي باعتبارها كأن لم تكن<sup>(١)</sup> كما أن هذا الزوال الإجرائي للخصومة لا يمنع الخصوم من التمسك بإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت فيها ما لم تكن باطلة في ذاتها، والحكمة من ذلك؛ أنها تعتبر إجراءات مستقلة بذاتها، فيمكن الاستفادة بها في خصومة جديدة تجنباً لتكرار القيام بها إعمالاً لمبدأ الاقتصاد في الخصومة، فضلاً عن أنه قد يستحيل عملاً ذلك لوفاة الشهود الذين سمعوا في التحقيق أو زوال المعالم التي أثبتتها الخبر<sup>(٢)</sup>.

ب- لا يؤدي اعتبار الخصومة كأن لم تكن إلى زوال الحق الموضوعي أو الحق في الدعوى، فيجوز للخصوم رفع دعوى جديدة بإجراءات جديدة ورسوم جديدة<sup>(٣)</sup>، ما لم يكن الحق نفسه قد انقضى بسبب من الأسباب المنهية للحقوق.

ج- التزام المدعي بالنفقات والمصروفات القضائية: الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن يعد حكماً منهيّاً للخصومة، وبذلك فإن الحكم به يستوجب على المحكمة أن تحكم على الخصم الذي خسر القضية بنفقات المحاكمة، فيتحمل المدعي جميع نفقات الخصومة (المصاريف)<sup>(٤)</sup> وفقاً (للمادة/ ٣٥٨) مرافعات يمّني، من ذلك نجد أن آثار سقوط الخصومة، التي أوضحها بالتفصيل القانون المصري محل المقارنة عدا اليمّني، تسري على سائر عوارض الخصومة الأخرى التي من شأنها أن تنهي الخصومة دون حكم في موضوعها، سواء في ذلك انقضاء الخصومة بمضي المدة أو تركها أو اعتبارها كأن لم تكن<sup>(٥)</sup>.

(١) هاشم، محمود، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ج٢، ص ٣٥٧، هندي، أحمد، أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٣١٩.

(٢) صاوي، أحمد السيد، الوسيط، مرجع سابق، ص ٧٤٦، سيف، رمزي، قانون المرافعات الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٠١، الجبلي، نجيب، مرجع سابق، ٥٥٢، والي، فتحي، مبادئ قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٥٢٤.

(٣) والي، فتحي، قانون القضاء المدني الكويتي، مرجع سابق، ص ٣٥٤.

(٤) ويقصد بنفقات المحاكمة (المصاريف) هي: كل ما يثبت بوجه رسمي 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. راجع (المادة/ ٢٥٧) مرافعات يمّني.

(٥) هندي، أحمد، قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

## الخاتمة

بعد دراستنا لموضوع اعتبار الخصومة كأن لم تكن خلص الباحث إلى عدة نتائج وتوصيات نذكر أهمها على النحو التالي:

### أولاً: النتائج:

- بينت الدراسة أن اعتبار الخصومة كأن لم تكن جزاء إجرائي قرره القانون نتيجة لإهمال المدعي لواجب يفرضه القانون، وتختلف صور الإهمال التي يقع فيها المدعي والمستوجب اعتبار الخصومة كأن لم تكن، فهذه الصور أوردها المقنن على سبيل الحصر ولا يجوز القياس عليها وهي، إهمال المدعي في تكليف الخصم بالحضور، وإهماله في تعجيل الخصومة المستبعدة، وعدم امتثاله لأمر المحكمة. فإذا توافرت إحدى هذه الصور الثلاث تحقق موجب اعتبار الخصومة كأن لم تكن.
- أكدت الدراسة أن الهدف من تقرير جزاء اعتبار الخصومة كأن لم تكن هو حث المدعي على مواصلة إجراءات الخصومة للوصول بها إلى نهايتها تحقيقاً لغاياتها في حماية الحقوق، بما يؤدي إلى إنهاء الوضع القلق الناشئ عن رفع الدعوى واستقرار المراكز القانونية، وذلك في وقت معقول وجهد أقل وبما يحول دون تراكم القضايا أمام المحاكم للتفرغ للفصل في بقية الدعاوي المرفوعة أمامها.
- توصلت الدراسة أن جزاء اعتبار الخصومة كأن لم تكن، إما أن يوقع بقوة القانون بمجرد حصول المخالفة، أو بحكم من القضاء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المدعي عليه وفقاً للقواعد التي ينظمها القانون في هذا الشأن.
- بينت الدراسة أن الآثار المترتبة على اعتبار الخصومة كأن لم تكن هي نفس آثار سقوط الخصومة وأنه ليس في نصوص قانون المرافعات ما يمنع من تطبيق نفس آثارها أو يدل على أن المقنن قد أراد أن يرتب على اعتبار الخصومة كأن لم تكن آثار أشد من الآثار التي رتبها على السقوط، بالإضافة إلى أن حكمة السقوط متحققة في اعتبار الخصومة كأن لم تكن.
- بينت الدراسة أنه يترتب على اعتبار الخصومة كأن لم تكن زوالها وزوال الآثار القانونية المترتبة علي قيامها، إلا أن هذا الزوال لا يؤثر في الحق في الدعوى أو

الحق الموضوعي المرفوعة به، فيحق لمن اعتبرت دعواه كأن لم تكن أن يعاود المطالبة بذات الحق في مواجهة ذات الخصم بإجراءات جديدة، كما لا يؤدي إلى سقوط الأحكام القطعية والإجراءات السابقة عليها، وإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة، وإقرارات الخصوم والأيمان التي حلفوها.

### ثانياً: التوصيات:

- يوصي الباحث المقنن اليمني باستحداث نص صريح يمنح القاضي سلطة الفصل في الخصومة في حالة غياب أطرافها الجلسة المقررة لنظرها بعد تقديم أدلتهم ولا سيما في حالة تكون الدعوى صالحة للحكم فيها، لكي يتحقق مقصد المقنن من الإسراع بالفصل في الخصومات، وسد باب التحايل على المتقاضين، ولدفع الخصوم إلى الاهتمام بالدعوى، وحتى نحفظ لنص (المادة /١٠٤) مرافعات يمني بفاعلية، والتي تقر بأن على قلم الكتاب اتخاذ إجراء إعلان المدعى عليه بعريضة الدعوى للرد عليها، أما تحديد موعد الجلسة لنظر الدعوى أمام القاضي المختص فإجراء لاحق يتم عقب إيداع المدعى عليه رده على الدعوى.
- يوصي الباحث المقنن اليمني بتعديل (المادة /١١٢) مرافعات وذلك بحذف كلمة «شطب». استجابة لنداء الفقه بتوحيد المصطلحات، أسوة بالقانون المصري محل المقارنة في هذا الصدد.
- يوصي الباحث بحذف عبارة «تأجيل الدعوى» الواردة في (المادة /١١٥) لاسيما أن هذه العبارة قد حذفت من (المادة /١١٢) مرافعات يمني بموجب التعديل الصادر بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م. استجابة لنداء فقهاء شراح القانون اليمني، على أن تستبدل بعبارة «استبعاد الدعوى» بدلاً من عبارة «تأجيل الدعوى» انسجاماً مع تعديل المواد السابقة لها.
- يوصي الباحث المقنن اليمني باستحداث نص مشابه للنص الوارد بقانون المرافعات المصري، يقرر بأن لا يكون قرار استبعاد الخصومة إلا مرة واحدة، لمنع تعمد بعض المتقاضين من تلاعب ورغبة في إطالة أمد النزاع من التغيب عن الحضور لتقرر استبعاد الخصومة، ثم يطلب السير فيها في الأجل المحدد ثم يعود للتغيب، فيتكرر استبعاد الدعوى عديد من المرات.

## المراجع القانونية

### أولاً: المراجع القانونية العامة:

- ١- أبو الوفا، أحمد، (١٩٧٠م): المرافعات، دار المعارف، مصر، ط ١٠.
- ٢- أبو الوفا، أحمد، نظرية (١٩٨٠م): الدفوع، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ٦.
- ٣- الجبلي، نجيب، (٢٠٠٨م): قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، ط ١.
- ٤- جميعي، عبد الباسط، إبراهيم، محمد محمود، (١٩٧٨م): مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة.
- ٥- الجنداري، عبد الملك عبدالله، (٢٠١٣م): القضاء المستعجل، المطبعة القضائية، صنعاء، ط ١.
- ٧- راغب، وجدي، (٢٠٠١م): مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٣.
- ٨- سعد، إبراهيم نجيب، (١٩٨٠م): القانون القضائي الخاص، 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، (١٩٧٨م): محمد كمال، تقنين المرافعات، مكتبة وهبة، القاهرة، ط ٢.
- ١٤- العري، صادق، (٢٠٢٢م): الوجيز في أصول قانون المرافعات اليمني، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء.

- ١٦- القعيطي، على صالح، (٢٠٠٢م): الوجيز في شرح قانون المرافعات اليمني، الجيل الجديد، صنعاء.
- ١٧- مسلم، أحمد، (١٩٧٨م): أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة.
- ١٨- النمر، أمينة مصطفى، (١٩٩١م): الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ١٩- هاشم، محمود، (١٩٨٣م): قانون القضاء المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، دار الفكر العربي، القاهرة.
- ٢٠- هندي، أحمد، (٢٠٠٦م): قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ٢١- هندي، أحمد، أصول (١٩٨٩م): المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت.
- ٢٢- والي، فتحي، (١٩٧٥م): مبادئ قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢.
- ٢٣- والي، فتحي، (٢٠٠٨م): الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة.

### ثانياً: المراجع القانونية المتخصصة:

- ٢٤- أبو الوفا، أحمد، (٢٠١٥م): انقضاء الخصومة بغير حكم، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية.
- ٢٥- الهميس، سنان علي جارالله، (٢٠٢١م): الدور المؤثر للقاضي في سرعة البت في الخصومة القضائية في [٢٦] قانون المرافعات اليمني، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عدن.
- ٢٧- عبد الفتاح، خيرى، (٢٠١٢م): نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول.
- ٢٨- راغب، وجدي، (١٩٧٤م): النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، رسالة مطبوعة.
- ٢٩- رمضان، أيمن أحمد، (٢٠٠٣م): الجزء الإجرائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية.

- ٣٠- السماوي، عصام، (٢٠٠٤م): وقف الخصومة في قانون المرافعات اليمني، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية الحقوق بجامعة عدن.
- ٣١- مسلم، أحمد، (١٩٦٠م): التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد (١)، السنة (٢).
- ٣٢- مليجي، أحمد، (١٩٩١م): ركود الخصومة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٣٣- النجار، عادل علي محمد، (٢٠١٤م) جدوى التنصيب عن الخصم الغائب أمام القضاء المدني وفقاً لقانون [٣٤] المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء.
- ٣٥- النفاوي، إبراهيم أمين، (١٩٨٧م): مسئولية الخصم عن الإجراءات- دراسة مقارنة في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس.
- ٣٥- النيداني، الأنصاري حسن، (١٩٩٩م): القاضي والجزاء الإجرائي في قانون المرافعات، ط١.
- ٣٦- هاشم، محمود محمد، (١٩٨٣م): اعتبار الخصومة كأن لم تكن، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد (١) لسنة (٢٥).
- ٣٧- هندي، أحمد، (٢٠٠٩م): شطب الدعوى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- ٣٨- والي، فتحي، زغلول، أحمد ماهر، (١٩٩٧م): نظرية البطلان في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه مطبوعة، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة.

### ثالثاً: التشريعات:

- 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.



المجلة  
البحوث والأبحاث  
القانونية

# الطلبات القضائية في قانون المرافعات اليمني

الدكتور/ فايز صالح عبده الدوبلي  
قانون خاص - كلية الشريعة والقانون  
جامعة ذمار

مجلة  
البحوث والأبحاث  
القانونية

## ملخص البحث:

تناولت هذه الدراسة الإطار القانوني المنظم للطلبات القضائية في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، فلكي يتم تحريك الدعوى القضائية وتبدأ الخصومة فلا بد أن يكون الطلب قد رفع إلى القاضي وفقاً للشروط التي حددها القانون، ويطلق على الطلب الذي يرفع إلى المحكمة ابتداءً بالطلب الأصلي أو بصحيفة الدعوى، ومع ذلك فنطاق الدعوى قد لا يتحدد بالطلب الأصلي وحده، عند وجود طلبات أخرى كالطلبات العارضة، الاحتياطية، وطلبات الإدخال والتدخل، وذلك حرصاً من المشرع على خلق توازن بين مصالح الخصوم، دون التعسف في استعمال ذلك الحق، وللقاضي حق قبول تلك الطلبات أو رفضها إذا رأى عدم أهميتها أو كيديتها.

والهدف الرئيسي من هذا البحث، هو توضيح المفهوم القانوني للطلبات القضائية، وأنواعها ومعرفة الآثار المترتبة على كل منها كونها تعتبر وجوهاً لاستعمال الدعوى.

وقد اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وخلص البحث إلى أن الطلبات القضائية تُعدّ عنصراً محورياً لضمان العدالة الإجرائية، منعاً لتناقض الأحكام، من خلال جمع النزاعات المتصلة في خصومة واحدة.

كما انتهت هذه الدراسة إلى عدد من التوصيات التي تسهم في تطوير المنظومة القانونية والقضائية، أبرزها تعزيز التدريب القضائي للمختصين، وتحديث القواعد الإجرائية بما يتوافق مع التطور القضائي.

**الكلمات المفتاحية:** الطلبات القضائية، الطلب الأصلي، الطلبات العارضة، الطلبات المقابلة، تدخل الغير، الإدخال واستعمال الدعوى في قانون المرافعات اليمني.

## مقدمة البحث:

تعد الطلبات القضائية من الركائز الجوهرية في نظام التقاضي، إذ تمثل الأداة الإجرائية التي يمارس بها الأفراد حقهم في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحق أو دفع اعتداء أو تقرير مركز قانوني، فالطلب القضائي هو المظهر العملي لتفعيل حق التقاضي الذي كفله الدستور والقانون، ولا تقام الخصومة القضائية إلا بناءً عليه، إذ به تنشأ الدعوى؛ وتحدد معالمها، وتحدد بها سلطة القاضي في نظر النزاع والفصل فيه.

وقد أولى المشرع اليمني هذا الموضوع أهمية بالغة في قانون المرافعات التنفيذ المدني رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته برقم (٢) ٢٠١٠م والقانون رقم (١) ٢٠٢١م، حيث نظم أحكام الطلبات القضائية، من حيث شكلها وأنواعها وأثارها القانونية، محددًا القواعد التي تضمن سلامة الإجراءات وتحقيق العدالة بين الخصوم.

## أهمية البحث:

تبرز أهمية هذا البحث في كونه يتناول الطلبات القضائية التي تعد أحد أهم المسائل الإجرائية التي يقوم عليها نظام العدالة، كما أن وضوح مفهوم الطلب وأنواعه يساهم في ضمان حسن تطبيق القانون، ويمنع تضارب الأحكام ويعزز مبدأ الأمن القانوني، خاصة في ظل تزايد دعاوى وتنوع صورها في القضاء اليمني.

## منهجية البحث:

استخدم الباحث المنهج الوصفي التحليلي من خلال تجميع الأفكار من المؤلفات القانونية وأمهاك الكتب الفقهية والقضائية اليمنية، ودراسة وتحليل النصوص القانونية ذات العلاقة بموضوع الدراسة، لاستخلاص النتائج وطرح الآراء للخروج بنتائج وتوصيات تساهم في تطوير الإطار القانوني المنظم للطلبات القضائية.

## أهداف البحث:

- يهدف هذا البحث إلى تحقيق مجموعة من الأهداف من أهمها:
- ١- توضيح المفهوم القانوني للطلبات القضائية والأساس التشريعي الذي تستند إليه.

- ٢- بيان أنواع الطلبات القضائية وخصائص كل نوع وفقاً لقانون المرافعات اليمني.
- ٣- تحليل الآثار المترتبة على الطلبات القضائية في سير الدعوى والحكم.
- ٤- الخروج بنتائج وتوصيات تسهم في تطوير الإطار القانوني المنظم للطلبات القضائية.

### إشكالية البحث:

تدور الإشكالية الرئيسية لهذا البحث حول التساؤل الآتي:

كيف نظم قانون المرافعات اليمني أحكام الطلبات القضائية؟ وما الآثار القانونية والإجرائية المترتبة على اختلاف أنواعها في نطاق الخصومة والحكم القضائي؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية، منها:

- ما هو التكييف القانوني للطلب القضائي؟
- ما المعايير الفاصلة بين الطلبات الأصلية والعارضة؟
- ما حدود سلطة القاضي في نظر الطلبات والحكم فيها؟
- وما أثر الخطأ في تكييف الطلب على صحة الحكم القضائي؟

### خطة البحث:

سيتناول البحث موضوع الطلبات القضائية وفق التقسيم الآتي:

مطلب تمهيدي.

المبحث الأول: الطلبات الأصلية والطلبات العارضة.

- المطلب الأول: الطلبات الأصلية.
- المطلب الثاني: الطلبات العارضة.
- المبحث الثاني: طلبات الغير أو اختصاصهم.
- المطلب الأول: التدخل الاختياري.
- المطلب الثاني: التدخل الإجمالي.

## المطلب التمهيدي

### تعريف الطلبات القضائية وأقسامها وآثارها

#### تعريف الطلب:

هو الإجراء الذي يتقدم به الشخص إلى جهة القضاء عارضاً عليه ما يدعيه طالباً الحكم له به (أبو الوفاء، ٢٠٠٧، ص ١٨٢).

أو هو: «ما يقدمه المدعي إلى المحكمة بقصد الحكم له بحق يدعيه قبل المدعى عليه» (القعيطي، ٢٠٢٠، ص ١٦٤).

والطلب القضائي بمعنى دقيق هو «موضوع الخصومة» أي هو عبارة عن طلب حماية قضائية لحق أو مركز قانوني للخصم في مواجهة خصمه (الشرعبي، ٢٠٢٢، ص ٣٥١).

#### الفرع الأول

### أقسام الطلبات القضائية

#### أقسام الطلبات القضائية:

الطلبات من حيث وقت تقديمها ثلاثة أنواع:

١. طلبات أصلية: وهي الطلبات التي تفتح بها الخصومة، وتقدم من المدعي، على شكل صحيفة تسمى صحيفة افتتاح الدعوى، وقد تكون على شكل طلب واحد، مثل طلب إخلاء العين المؤجرة، وقد يكون هناك أكثر من طلب في ورقة واحدة، مثل طلب تسليم الإيجارات المتأخرة وإخلاء العين المؤجرة، بشرط وجود ارتباط فيما بين الطلبين (الشرعبي، ٢٠٢٢، ص ٣٥٢).
٢. طلبات احتياطية: وهي طلبات مرتبطة بالطلب الأصلي، ولا تلتزم المحكمة بالفصل فيها إلا عند رفضها للطلب الأصلي. (محمود، ٢٠٠٥، ص ٥١١). كمطالبة المشتري بتسليم المبيع أو إرجاع الثمن.
٣. طلبات عارضة: وهي طلبات تقدم أثناء السير في الخصومة، وقد تقدم مكتوبة أو شفاهة على أن يكون الخصوم حاضرين وثبتت في محضر الجلسة.

والطلبات القضائية لها عدد من التسميات كالتالي:

- ١- **الطلبات الإضافية:** وهي التي تقدم من المدعي بعد السير في نظر الخصومة إضافة إلى طلبه الأصلي (العري، ٢٠٢٢، ص ٢٧٩).
- فإذا كان الطلب الأصلي فسخ عقد النكاح، فإن للمدعية كذلك الحق في تقديم طلب عارض (إضافي) بحقها في الحضانة.
- ٢- **الطلبات المقابلة:** وهي التي تقدم من المدعى عليه، كأن يطلب المدعي فسخ عقد البيع لعدم تسليم باقي الثمن، فيتقدم المدعى عليه بطلب مقابل (دعوى فرعية)، بطلب تسليم المبيع. (الشميري، ٢٠١٧، ص ١٠٣).
- ٣- **أما إذا قدم الطلب من الغير سمي تدخلاً:** وقد يكون التدخل إما انضمامياً كتدخل الضامن في الدعوى التي رفعت بين المضمون عليه والغير، ليعينه على كسبها حتى يتخلص من كفالاته.
- وقد يكون التدخل هجوماً: عند طلب الغير التدخل، في نزاع بين شخصين على ملكية عقار، مطالباً بالحكم له بمكية ذلك العقار كونه المالك الأصلي له.
- ٤- **وإذا ما قدم الطلب من أحد الخصوم في مواجهة شخص خارج عن الخصومة بقصد إدخاله فيها فيسمى بالتدخل الإجباري أو اختصام الغير:** (الشرفي، ٢٠١٩، ص ١٩٤) كطلب المشتري بإدخال البائع له كونه الضامن إذا ما ادعى الغير ملكية محل البيع.

## الفرع الثاني

### آثار الطلبات القضائية

للطلبات - بأنواعها - عدة آثار قانونية بعضها متعلق بالمحكمة وبعضها متعلق بالخصوم نوضحها فيما يلي.

#### أولاً: آثار الطلبات بالنسبة للمحكمة:

١. **افتتاح الخصومة:** بتقديم الطلب القضائي إلى القضاء، يترتب عليه نشأة الخصومة وافتتاح أعمالها الإجرائية، من بداية الخصومة وحتى صدور الحكم، فبتقديم الطلب الأصلي تفتتح الخصومة ويتحدد نطاق الدعوى، وبه ينظر إلى أشخاص الدعوى وموضوعها وسببها، وبعد افتتاح الخصومة بناءً على هذه العناصر لا يجوز-

كقاعدة- تغيير أي من هذه العناصر، إلا إذا وجد مبرر قانوني قبل قفل باب المرافعة (هندي، ١٩٨٨، ص ٤٢٧).

٢. التزام المحكمة بالنظر في الطلب والفصل فيه: فيترتب على تقديم الطلب ونشوء الخصومة التزام القاضي بالفصل في هذا الطلب سلباً أو إيجاباً، وإلا عد القاضي منكراً للعدالة، المادة (٢٤) مرافعات يمني «لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الحكم فيما ولي فيه بدون وجه قانوني وإلا عد منكراً للعدالة.. إلخ» (قانون المرافعات رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م) أي أن القاضي ملزم بالفصل في كافة الطلبات أيّاً كان نوعها (أصلية، احتياطية، عارضة)، فإن أغفل القاضي في حكمه لبعض الطلبات، جاز للخصم الرجوع إلى المحكمة وإعلان خصمه للحضور أمامها للفصل فيها، المادة (٢٣٢) مرافعات «إذا أغفلت المحكمة الحكم في بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب المصلحة من الخصوم استدعاء خصمه للحضور أمامها بالطرق المقررة لرفع الدعوى لنظر هذا الطلب والحكم فيه».

أي إنه يجب على القاضي التقيد بالفصل في الطلبات المقدمة إليه، فلا يجوز له الحكم بما لم يطلبه الخصوم ولا بأكثر مما طلبه الخصوم، وإلا كان حكمها قابلاً للطعن بالتماس إعادة النظر (القعيطي، ٢٠٢٠، ص ١٦٦).

٣. نزع الاختصاص عن باقي المحاكم: عند تقديم الطلب إلى المحكمة المختصة ينتزع الاختصاص عن بقية المحاكم حتى لو كانت تلك المحاكم مختصة نوعياً. فإذا رفع الطلب أمام محكمة أخرى ولو كانت مختصة به جاز الدفع بإحالة الدعوى إلى المحكمة الأولى التي رفع النزاع إليها أولاً، حتى لا يكون النزاع معروضاً أمام محكمتين ينتج عنه ربما حكمان متعارضان (الوفاء، ٢٠٠٧، ص ١٨٦).

٤. يصبح الحق المطالب به متنازلاً عليه: لذلك يمتنع على القضاة، أعضاء النيابة، المحامين والعاملين في المحاكم التي قدمت أمامها المطالبة القضائية شراء هذا الحق، المادة (٥٢٦) مدني يمني: «يقع باطلاً الشراء في الأحوال الآتية وسواء تم مباشرة أو بواسطة الغير أو باسم الغير

١- شراء العاملين بالقضاء من قضاة وأعضاء نيابة أو كتبة لأنفسهم المال موضوع النزاع إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص الجهة القضائية الملحقين بها ويسري ذلك أيضاً على المحامين.

- ٢- شراء الخبير لنفسه المال المعهود إليه معاينته أو تقدير ثمنه.
- ٣- شراء العاملين بالهيئات الحكومية أو وحدات القطاع العام أو الهيئات التعاونية والاجتماعية الأموال المعروضة للبيع عن طريق الهيئة أو الوحدة الملحقين بها، ما لم يتفق الغريمان على البيع من هؤلاء بدون إكراه ولا ضغط بالثمن المرضي (القانون المدني، رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢).

### ثانياً: آثار الطلبات بالنسبة للخصوم:

١. قطع التقادم: عند إيداع الدعوى قلم كتاب المحكمة ينقطع التقادم الساري لمصلحة المدعى عليه، فالحق له ميعاد معين من تاريخ استحقاقه، فإذا لم تتم المطالبة بهذا الحق تبدأ مدة التقادم لصالح المدين، وهذه المدة يحددها القانون، فإن انقضى الميعاد ولم يقم المدعي برفع الدعوى خلال هذا الميعاد فلا يكون له حق رفع الدعوى بعد ذلك، وإن رُفعت ستقابل بالرفض، وهذا القطع يستمر من رفع الدعوى وحتى صدور الحكم في الموضوع، أما إذا زالت الخصومة بغير حكم في موضوعها كالحكم ببطلان صفة الدعوى أو باعتبار الدعوى كأن لم تكن، فهذا يعتبر الانقطاع سارياً، ولا يجوز بعدها للمدعي تجديد النزاع مرة أخرى لسقوطه بالتقادم (أبو الوفاء، ٢٠٠٧، ص ١٨٨).
٢. إعدار المدعى عليه: تتضمن المطالبة القضائية إعدار المدعى عليه أي تكليفه بالوفاء، فيصبح مسئولاً عن التعويض لتأخره في تنفيذ الالتزام، المادة (٣٣٠) من القانون المدني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢، أي أن أثر المطالبة القضائية تسري من وقت تقديم الطلب لا من وقت الحكم فيه.
٣. إمكانية توارث بعض الحقوق: إذا كان الخلف العام يرث من سلفه كافة الحقوق ويتحمل كافة الالتزامات، إلا أن هناك حقوقاً لا تنتقل إلى الخلف، كدعوى التعويض عن الضرر الأدبي، إلا إذا كان صاحب الحق قد طالب به أمام القضاء، المادة (٣٥٢) مدني. «يشمل التعويض الضرر المادي والضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز أن ينتقل الحق في تعويض الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا اتفق على ذلك أو كان صاحب الحق قد طالب به أمام القضاء.

فإذا توفي السلف قبل رفع الدعوى فلا يجوز رفعها من ورثته، أما إذا كانت الدعوى قد رفعت من قبل مؤرثهم وتوفي أثناء سير الدعوى فينتقل حق مطالبة التعويض إلى ورثته.

## المبحث الأول الطلبات الأصلية والعارضة

أشرنا فيما سبق أن نطاق تحديد الخصومة يكون بالطلب الأصلي، ولذا استلزم القانون على المدعي أن يبين في صحيفة دعواه موضوعها وأسانيدها وطلباتها، حتى يتمكن المدعي عليه من تقديم دفعه، ولا يفاجأ المدعي عليه كل فترة بطلبات جديدة، وحتى يتمكن القاضي من توجيه قدرته باطمئنان على معالم الدعوى، ومع هذا وبالرغم من التسليم بالمبدأ السابق إلا أن من العدالة عدم حرمان المدعي من فرصة تصحيح دعواه وطلباته بما يوافق مستنداته ووسائل إثباته، وهذا لا يعني أن يقتصر دور المدعي عليه على الدفاع دائماً، فقد يصيبه ضرر وتفوته منفعة، لهذا أجاز المشرع للمدعي عليه أن يتقدم بدفع، وطلبات مقابلة إن كان للمدعي عليه طلبات ترتبط بموضوع الدعوى حرصاً من المشرع على احتواء الخصومة بين طرفي الخصومة، لهذا أتاح لطرفي الخصومة فرصة تقديم طلبات عارضة أثناء نظر الخصومة، منعاً لتجديد النزاع واختصاراً للوقت وتقليلاً في النفقات وحرصاً على عدم صدور أحكام متضاربة (أبو الوفاء، ٢٠٠٧، ص ١٦١).

### المطلب الأول

#### الطلبات الأصلية

### الفرع الأول

#### الطلبات الأصلية

#### تعريف الطلبات الأصلية:

وهي الطلبات التي تفتتح بها الخصومة، وتقدم من المدعي، على شكل صحيفة تسمى صحيفة افتتاح الدعوى، وقد تكون على شكل طلب واحد، مثل طلب إخلاء العين المؤجرة أو أكثر من طلب في ورقة واحدة، مثل طلب تسليم الإيجارات المتأخرة وإخلاء العين المؤجرة، بشرط أن يكون هناك ارتباط بين الطلبين (الشرعبي، ٢٠٠٧، ص ٢٥٢).

## الفرع الثاني

### الآثار الخاصة بالطلبات الأصلية

يترتب على تقديم الطلب الأصلي علاقة قانونية بين المدعي والمدعى عليه، وفيما بينهم وبين المحكمة المعروض عليها النزاع.

فما دام المدعي قد تقدم بطلباته ضد المدعى عليه أمام المحكمة دون أن يقوم بأخذ حقه بيده، فإن على المدعى عليه الحضور أمام المحكمة لإبداء أقواله ودفعه وطلباته، عندها تصبح الخصومة حقاً مشتركاً فيما بين المدعي والمدعى عليه، ويتوجب على القاضي السير في نظر الدعوى والفصل فيها، وإذا امتنع عن الفصل فيها بعد انعقاد الخصومة، فإن القاضي يكون مرتكباً لجريمة إنكار العدالة، أي أن الطلب الأصلي هو الذي يحدد نطاق الخصومة من جهة موضوعها وأطرافها وسببها، ومع ذلك يجوز تعديل نطاق الخصومة بإبداء طلبات عارضة متى كانت مرتبطة ومتصلة بالطلب الأصلي، ومن خلال الطلب الأصلي يتم تحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظر الدعوى (سعد، بدون تاريخ نشر، ٥٨٩).

## المطلب الثاني

### الطلبات العارضة

#### تعريف الطلبات العارضة:

هي طلبات تبدو عند نظر الخصومة القائمة وتؤدي إلى تغيير الخصومة في موضوعها أو أطرافها أو أسبابها (أبولوفاء، ٢٠٠٧، ص ١٦١).

والمشرع اليمني كغيره من التشريعات أجاز للخصوم إلى جانب طلباتهم الأصلية تقديم طلبات عارضة، شريطة ارتباط الطلب العارض بالطلب الأصلي، وأن يقدم الطلب قبل إقفال باب المرافعة، وأن تكون لمقدم الطلب مصلحة، ويطلق على الطلبات العارضة التي يقدمها المدعي بالطلبات الإضافية، وعلى الطلبات التي يقدمها المدعى عليه بالطلبات المقابلة، وإذا قدمت الطلبات من الغير فتسمى تدخلاً، وإذا قدمت من أحد أطراف الخصوم ضد الغير الخارج عن الخصومة أو من قبل المحكمة سميت إدخالاً أو باختصاص الغير، وسوف نتناول ذلك في الفرعين الآتيين:

- الفرع الأول: الطلبات العارضة المقدمة من المدعي.
- الفرع الثاني: الطلبات العارضة المقدمة من المدعي عليه.

## الفرع الأول

### الطلبات العارضة المقدمة من المدعي

المدعي هو من يقوم بتقديم الطلب الأصلي الذي على ضوءه يحدد نطاق هذه الخصومة، ومن حقه كذلك تقديم طلبات عارضة، والتي تسمى بالطلبات الإضافية، لأنها تتضمن بالإضافة للطلبات الأصلية طلبات بالزيادة أو التصحيح أو التعديل للطلب الأصلي، حسب ما يطرأ للخصومة من ظروف حتى لا يضطر المدعي إلى رفع طلبات أصلية بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، منعاً لتشتت الجهود وتجزؤ القضية وتكاثر القضايا أمام القضاء (إبراهيم، بدون تاريخ نشر، ص ١٥).

ويمكن تقسيم هذه الطلبات إلى طائفتين كالتالي:

- **الطائفة الأولى:** طلبات اشترط المشرع فيها تحقق صلة الارتباط بين طلبات المدعي العارضة بالطلب الأصلي، فالمشرع اليمني أجاز للمدعي في المادة (١٩٨) مرافعات أن يقدم من الطلبات العارضة ما يلي:

١- ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت أو تبينت بعد رفع الدعوى.

٢- ما يكون مكماً للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة.

٣- ما يتضمن إضافة أو تغييراً في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله.

٤- طلب الأمر بإجراء تحفظي أو وقتي.

٥- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي.»

٦- ما يتضمن تصحيحاً للطلب الأصلي أو تعديل موضوعه: فقد يظهر للمدعي أنه أخطأ في تحديد الطلب الأصلي من حيث مقداره بأقل أو أكثر مما طلبه، كأن يطالب المدعي بتسليم مبلغ مالي معين ثم يتضح له بعد مراجعته مستنداته أن ما يستحقه هو أكثر.

٧- ما يكون مكماً للطلب الأصلي أو مترتباً عليه أو متصلاً به اتصالاً لا يقبل التجزئة.

ومن أمثلة الطلبات المكملة للطلب الأصلي، إذا كان موضوع الطلب الأصلي تسليم إيجارات الشقة المتأخرة فإن الطلب المكمل هو طلب تسليم إيجار الشقة حتى تاريخ الإخلاء الفعلي، ومن أمثلة الطلب المترتب على الطلب الأصلي، كما لورفعت دعوى استحقاق الأرض محل النزاع ثم يتقدم بطلب بإزالة ما تم إنشاؤه من بناء عليه، أو كمن ترفع دعوى مطالبة زوجها بالنفقة لها ولأولادها ثم تطلب بعد ذلك نفقة مؤقتة حتى يتم الفصل في الموضوع.

ومن أمثلة الطلب المرتبط بالطلب الأصلي ارتباطاً لا يقبل التجزئة، كما لورفعت دعوى من المدعي يطلب فيها بطلان الحجز لانقضاء الدين المحجوز من أجله، ثم يتقدم بطلب عارض ببراءة ذمته من هذا الدين، فلورفع الطلب العارض بدعوى مستقلة فقد يتعارض مع الحكم الصادر في الطلب الأصلي لذا أجاز المشرع إبداء الطلبات العارضة أثناء نظر الدعوى (محمود، ١٩٩٢، ص ٣٠٥).

٨- ما يتضمن تغييراً في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصل: فقد يخطئ المدعي في تحديد سبب الدعوى، كمن يدعي تملكه للسيارة عن طريق الشراء ثم يستبدل السبب الأول بسبب آخر، كالميراث أو الهبة أو الوصية (عبد العزيز، ١٩٩٥، ص ٢٨٠).

٩- ما يتضمن المطالبة بإجراء تحفظي أو وقتي: كأن تكون الدعوى المرفوعة التي قدمت إلى القضاء متعلقة بمعاملات مالية، فيخشى سفر المدعي عليه أو التصرف في أمواله مما يخشى معه ضياع حق المدعي، فيلجأ المدعي إلى طلب إجراء تحفظي بمنع المدعي عليه من السفر أو ترك أمواله تحت التحفظ القضائي أو تعيين حارس قضائي على أموال المدين، أو كتقديم طلب عارض وقتي كطلب الزوجة التقرير بنفقة مؤقتة حتى الفصل في القضية، أو كطلب شمول الحكم بالتنفيذ المعجل.

علماً أن تلك الطلبات التحفظية والوقائية تعتبر من الدعاوى المستعجلة التي يجب أن تقدم أساساً في دعوى أصلية أمام القضاء المستعجل، إلا أنه يجوز تقديم تلك الطلبات أمام محكمة الموضوع الابتدائية أو الاستئنافية استثناء من مبدأ التقاضي على درجتين، إذا كان مضمون الطلبات التحفظية أو الوقائية المقدمة أثناء النزاع تابعاً للطلب الأصلي.

لذا أجاز المشرع اليمني تقديم هذه الطلبات بشكل أمر على عريضة، ويصدر قرار من القاضي بشكل أمر على عريضة وليس بحكم قضائي مستعجل، وفقاً لما جاء في نص المادة (٣٨٤) مرافعات، التي تتعلق بالحجز التحفظي والتي نصت بقولها: «يختص بإصدار الأمر بالحجز التحفظي رئيس المحكمة الابتدائية المختصة إذا طلب الحجز ابتداءً أو القاضي المختص تبعاً لدعوى أصلية منظورة أمامه» (قانون المرافعات اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته برقم (٢) لسنة ٢٠١٠م والقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م). أو كأمر المنع من السفر، المادة (٤٠٠) مرافعات من نفس القانون «يختص بإصدار الأمر بالمنع من السفر رئيس المحكمة المختصة أو قاضي التنفيذ بحسب الأحوال، وإذا كانت القضية منظورة أمام المحكمة الاستئنافية جاز لرئيس المحكمة استئناف إصدار الأمر بالمنع من السفر إذا اقتضت الضرورة ذلك».

- الطائفة الثانية: طلبات تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي:

فتمت رأيت المحكمة أن هناك ارتباطاً بين الطلب العارض والطلب الأصلي، فلها الحق في السماح بتقديمه، كنوع من الرقابة على ما يقدم من طلبات عارضة قد يكون الغرض منها عرقلة القضية وإطالة أمد النزاع (العري، ٢٠٢٢، ص ٢٨٠).

## الفرع الثاني

### الطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه

#### الطلبات المقابلة:

هي عبارة عن مجموعة من الطلبات تقدم من المدعى عليه وتهدف إلى الحصول على حكم برفض دعوى المدعي بالإضافة إلى طلب الحكم له ضد المدعي (الشرعبي، ٢٠٠٧، ص ٣٥٩).

فالطلبات المقابلة تنقل المدعى عليه من مرحلة الدفاع إلى مرحلة الهجوم، فلو طلب المدعي (المشتري) من البائع المدعى عليه تسليم المبيع محل عقد البيع، فإن للبائع المدعى عليه أن يتقدم بطلب مقابل بطلب إلزام المشتري بتسليم باقي ثمن الأرض (إسماعيل وآخرون، ٢٠٠٤، ص ٢٩٠).

فعندها يتحول المدعي من مدع أصلي إلى مدعى عليه فرعياً في (الطلبات المقابلة)،

ويتحول المدعى عليه أصلياً إلى مدع فرعياً، ولهذا تسمى الطلبات المقابلة في الواقع العملي بالدعاوى الفرعية.

علماً أن الطلبات المقابلة نوعان:

#### - النوع الأول: طلبات مرتبطة بالدعوى الأصلية ومقيد قبولها بإذن المحكمة:

أباح المشرع اليمني للمدعى عليه تقديم طلبات عارضة (مقابلة) عندما تكون مرتبطة بالدعوى الأصلية، إلا أن قبول هذه الطلبات مقيد بإذن المحكمة، المادة (٥/١٩٩) مرافعات، فلا يكفي الارتباط بين الطلب العارض والطلب الأصلي، فلا بد من موافقة المحكمة على تقديم الطلب، فلو طالب المدعي بإلزام المحامي بتسليم المستندات التي سلمت له من المدعي أثناء الترافع، فإن للمحامي أن يتقدم بطلب عارض مقابل مضمونه إلزام المدعي بدفع نفقات الوكالة التي بذمته، ومرجع معرفة مدى وجود الارتباط يعتمد على ما يتمتع به القاضي من يقظة قضائية وثقافة قانونية (يوسف، ١٩٦٩، ص ٣٤٥).

#### - النوع الثاني: طلبات مقابلة محددة بالنص القانوني، المادة (١/١٩٩) مرافعات:

في هذا القسم نزع المشرع اليمني السلطة التقديرية على المحكمة وتعاطف مع المدعى عليه بشكل أكبر، وأجاز للمدعى عليه تقديم طلبات ولو لم تكن مرتبطة بالطلب الأصلي، ومن أمثلة هذه الطلبات:

##### ١. المقاصة القضائية:

أجاز المشرع للمدعى عليه أن يطلب من القاضي إجراء المقاصة القانونية بين ما بذمته للمدعي وبما بذمته المدعي له، إذا اتحد الدينان قدرًا ونوعاً، ويشترط في المقاصة القضائية أن يكون الدين من النقود أو المثليات وخالياً من النزاع، ومستحق الأداء، صالحاً للمطالبة القضائية، فإذا توفرت تلك الشروط فإن الدين ينقضي بقوة القانون برضى الطرفين دون حاجة إلى صدور حكم قضائي. فإن لم تتوافر هذه الشروط فإننا نكون أمام ما يسمى بالمقاصة القضائية (الشرعية)، (٢٠٧، ص ٣٦٠).

ويكون التمسك بالمقاصة القانونية عن طريق الدفع الموضوعي، الذي يجوز تقديمه أمام محكمة الدرجة الأولى أو الثانية، أما التمسك بالمقاصة القضائية فيكون عن طريق طلب عارض أمام محكمة الدرجة الأولى فقط، ولا يجوز

تقديمها أمام الدرجة الثانية لأنها تعتبر طلباً جديداً، حتى لا يتم الإخلال بمبدأ التقاضي على درجتين، فإذا طلب المدعي من المحكمة إلزام المدعى عليه بتسليم ما بذمته من مديونية فإن للمدعى عليه طلب المقاصة القضائية بإلزام المدعي بتسليم أجر عمله، لعدم وجود أي ارتباط بين الطلب الأصلي والطلب المقابل (العري، ٢٠٢٢، ص ٢٨٠).

#### ٢. طلب الحكم له بالتعويضات عن الضرر الذي لحقه من رفع الدعوى الأصلية أو أي إجراء من إجراءاتها:

إذا قصد المدعي من دعواه أو دفعه أو طعنه الكيد بخصمه لإلحاق الضرر بالمدعى عليه، فإن للأخير الحق في تقديم طلب عارض يطالب فيه الحكم بتعويضه عما لحقه من ضرر جراء رفع الدعوى أو الدفع أو الطعن، ويكون تقدير هذا الضرر على محكمة الدعوى الأصلية ولو كانت محكمة الاستئناف وهذا يعد استثناءً من القاعدة العامة، لأنها تعتبر أقدر من غيرها في تقدير التعويض، وهذا الأمر مأخوذ من مبدأ اختصار الإجراءات، وقد أجاز القانون للمحكمة العليا الحكم بالتعويض عن الطعن أمامها إذا قصد به الكيد (راغب، ١٩٩٩، ص ٤٠٠).

#### ٣. أي طلب يترتب عليه ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها:

فالمدعى عليه هنا يعتبر أكثر إيجابية وهجوماً، فله حق تقديم أي طلب يترتب عليه عدم الحكم للمدعي بطلباته، كمن يطالب بتنفيذ العقد فيواجه المدعى عليه الطلب الأصلي بطلب عارض بفسخ العقد أو إبطاله، فهنا تكون طلبات المدعي مقيدة بمصلحة المدعى عليه (العري، ٢٠٢٢، ص ٢٨٢).

#### ٤. أي طلب يكون متصلاً بالطلب الأصلي اتصالاً لا يقبل التجزئة (٤/١٩٩):

والطلب هنا وسيلة من وسائل الهجوم من خلالها يسعى المدعى عليه لتحسين مركزه القانوني والحصول على ميزة كبرى لمجرد رفض طلب خصمه، مثل اتحاد موضوع الطلبين واختلاف الهدف من الطلبين عند كلا الخصمين، كمن يطالب بالتعويض عن حادث سيارة فيقدم المدعى عليه طلباً للتعويض عن نفس الحادث، أو كأن يطلب المدعي ملكية عقار معين فلم يكتف المدعى عليه بالإنكار بل تقدم بطلب عارض يطالب بملكيتها له، المادة (١٩٩) مرافعات، للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة ما يأتي:

- ١- طلب المقاصة القضائية.
- ٢- طلب الحكم له بالتعويضات عن ضرر لحقه من الدعوى أو من إجراء فيها.
- ٣- أي طلب يترتب عليه ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها أو أن يحكم له بها مقيدةً بقيد لمصلحة المدعى عليه.
- ٤- أي طلب يكون متصلاً بالدعوى اتصالاً لا يقبل التجزئة.
- ٥- ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالدعوى.

### الفرق بين الطلب المقابل والدفع الموضوعي:

- من حيث الاتفاق: كلاهما وسيلة دفاع.
  - من حيث الاختلاف:
١. **الطلب المقابل:** وسيلة دفاع هجومي غير مقتصر على طلب رفض الدعوى، بل يطلب من المحكمة أن تحكم له بطلباته، بينما الدفع الموضوعي وسيلة دفاع سلبية تقتصر على تعطيل دعوى المدعي والحكم برفضها.
  ٢. **الطلب المقابل:** طلب جديد يقدم أمام محكمة الدرجة الأولى بإجراءات رفع الدعوى المعتادة أو بالكتابة أو شفاهة في جلسة وبحضور الخصم، بينما الدفع الموضوعي ليس طلباً جديداً ويجوز تقديمه أمام محكمة الدرجة الأولى أو الثانية أو أمام العليا إذا كان متعلقاً بالنظام العام، ولا يشترط أن يقدم بإجراءات رفع الدعوى كما يجوز تقديمه سواء كان الخصم حاضراً أو غائباً.
  ٣. **الطلبات المقابلة:** المقدمة بإجراءات تقديم الدعوى أو بالكتابة ويجب على مقدمها ترسيمها قضائياً وفقاً لقانون الرسوم القضائية، بينما الدفع لا ترسم وإن قدمت مكتوبة (الشرعي، ٢٠٠٧، ص ٣٦٣).

## الفرع الثالث

### مميزات وعيوب الطلبات العارضة

#### أولاً: مميزات الطلبات العارضة:

- ١- الطلبات العارضة تتيح فرصة للمدعي في استدراك ما فاتته في صحيفة الدعوى بالإضافة أو التصحيح أو التعديل في الطلب الأصلي بما يتناسب مع تحقيق مصلحته، وبما يتلاءم مع ما أسفر عنه السير في إجراءات الخصومة بزيادة الأسعار أو نقصانها أو تقديم طلب عارض بالتعويض.
- ٢- تمكن المدعى عليه من تجاوز مرحلة الدفاع إلى مرحلة الهجوم كما في الطلبات المقابلة.
- ٣- تعمل الطلبات العارضة على تجميع طلبات المدعي والمدعى عليه في قضية واحدة بدلاً من رفع دعاوى متعددة قد تتناقض الأحكام الصادرة فيها مع ارتباط مواضيع الطلبات بعضها.
- ٤- تتيح الفرصة للخارجين عن الخصومة بالمطالبة بحقوقهم الذاتية أو الانضمامية إلى أحد الخصوم. (الشرفي، ٢٠١٩، ص ٢٩٤).

#### ثانياً: عيوب الطلبات العارضة:

- ١- تقديم طلبات عارضة إضافية من قبل المدعي يؤدي إلى الإخلال بحق الدفاع من قبل المدعى عليه، وإرباك سير الدعوى بعد أن كان قد حدد الطلب الأصلي موضوع الدعوى وأطراف الخصومة.
- ٢- الطلبات العارضة المقدمة من المدعى عليه تكون في الغالب متعارضة مع الطلب الأصلي مما يؤدي إلى تعقيد الدعوى ومن ثم التأخير في الفصل فيها.
- ٣- تتيح الطلبات العارضة لدخول خصوم خارج عن الخصومة في حين كان رافع الدعوى قد تعمد عدم إدخاله فيها.
- ٤- الطلبات العارضة المقدمة من أحد أطراف الخصومة قد تجبر شخصاً خارجاً عن الخصومة بالدخول فيها مع أنه لا يريد الدخول فيها (التدخل الإجباري) حتى يكون الحكم حجة له أو عليه.

## المبحث الثاني طلبات الغير أو اختصاصه (التدخل الاختياري والإجباري)

التدخل على نوعين: إما تدخل اختياري من قبل شخص خارج عن الخصومة سواء كان منضماً إلى أحد أطراف الخصومة أو مختصماً لأطراف الخصومة مدعياً بحق ذاتي له. أو أن يدخل فيها جبراً عنه، ويسمى هذا النوع من التدخل باختصاص الغير الخارج عن الخصومة بناء على طلب أحد الخصوم أو بناء على أمر المحكمة، وينطبق على التدخل بنوعية الأحكام القانونية للطلبات العارضة من حيث طرق رفعه أو اختصاص المحكمة بالفصل فيه (الشرفي، ٢٠١٩، ص ٢٠٢). وتتناول كلاً من التدخل الاختياري والتدخل الإجباري في المطلبين الآتيين:

- المطلب الأول: التدخل الاختياري.
- المطلب الثاني: التدخل الإجباري.

### المطلب الأول التدخل الاختياري

لكل شخص خارج الخصومة له مصلحة في الدعوى أو سيصيبه ضرر من هذه الدعوى أن يتدخل فيها سواء كان تدخله انضمامياً إلى أحد أطراف الخصوم أو تدخلًا هجوميًا ضد طرفي الخصومة، إذا رأى أن ما يختصم عليه أطراف الخصومة ملك له (مجدي، بدون تاريخ نشر، ٢٥٤).

### الفرع الأول التدخل الانضمامي

ويسمى هذا التدخل بالتدخل التبعي، لأن المتدخل ينضم مع أحد الخصوم لحماية حقوقه ومصالحه عن طريق مساعدة أحد طرفي الخصومة في الدفاع عن حقوقه لكي يكسب الدعوى، ومن أمثلة ذلك:

١. تدخل دائن في دعوى مدنية ضد الغير بقصد الدفاع عن حقوقه ولمراقبة دفاعه حتى لا يخسر المدين الدعوى فيتأثر الضمان العام للدائن.

٢. تدخل شركة التأمين إلى جانب المؤمن عليه حتى تتجنب الرجوع عليها بالضمان.
٣. تدخل البائع إلى جانب المشتري في الدعوى المرفوعة على المشتري كونه الضامن.
٤. تدخل الضامن في الدعوى التي رفعت بين من ضمنه والغير ليعينه على كسبها حتى يتخلص من كفالاته له (العيسي، ٢٠١٧، ص ٢٠٠٢).

#### أولاً: شروط قبول التدخل الانضمامي:

١. أن يكون التدخل ممن ليس بطرف في الخصومة.
٢. أن يكون للمتدخل مصلحة في التدخل (دفع ضرر- جلب مصلحة)
٣. أن يكون التدخل أثناء الخصومة وقبل قفل باب المرافعة.
٤. أن يكون هناك ارتباط بين الدعوى الأصلية وطلب التدخل (الشميري، ٢٠١٧، ص ١٠٨).

#### ثانياً: آثار التدخل الانضمامي:

١. يكون المتدخل بعد قبول المحكمة لطلب تدخله طرفاً في الخصومة.
٢. يكون الحكم الصادر حجة له أو عليه كونه ممثلاً في الخصومة بنفسه أو بمن ينوبه، ويجوز له الطعن في الحكم الصادر ضد من انضم إليه.
٣. لا يجوز للمتدخل أن يتقدم بطلبات تغاير طلبات الخصم الذي انضم إليه، وإنما يجوز له أن يبدي دفوعاً جديدة تؤيد طلبات من انضم إليه.
٤. يجوز للمتدخل المنضم للمدعى عليه أن يتمسك بالدفوع بعدم اختصاص المحكمة ما لم يكن قد سقط ذلك الحق، أما إذا كان متدخلاً إلى جانب المدعى عليه فليس له التمسك بعدم الاختصاص المكاني للمحكمة، كون المدعي لا يجوز له تقديم دفع بعدم الاختصاص المكاني كونه من رافع الدعوى.
٥. لا يمثل المتدخل الانضمامي الخصم الذي تدخل إلى جانبه ولا يحل محله، لذا لا يجوز تقديم طلبات أو دفوع ضده من الخصم الآخر.
٦. حضور الخصم لا يعتبر بمثابة حضور لمن تدخل إلى جانبه في قواعد الحضور والغياب.

٧. التدخل الانضمامي يزول بزوال الدعوى الأصلية أيّاً كان سبب زوالها.
٨. يتحمل المتدخل الانضمامي نفقات تدخله حتى لو حكم لمصلحة من انضم إليه لأنه بمثابة المتطوع.
٩. لا يجوز له التنازل عن الحق المطلوب حمايته (سيف، ١٩٧٠، ص ٣٥٠).

## الفرع الثاني

### التدخل الاختصامي (الهجومي)

#### أولاً: تعريف التدخل الاختصامي:

ويقصد به التدخل للمطالبة بحق ذاتي له في مواجهة أطراف الخصومة، وليس منضماً إلى أحد الخصوم السابقين في الدعوى (عمر، ٢٠٠٩، ص ٣٥٠).

أي أن المتدخل في هذه الصورة لا يتدخل مع أحد الأطراف وإنما يتدخل للدفاع عن حقه ويخاصم الطرفين. ومن أمثلة ذلك:

١. تدخل شخص في نزاع بين شخصين على ملكية سيارة فيطلب الحكم له بها كونه مالكاها.

٢. التدخل في نزاع بين شخصين على ملكية عقار معين، ويطلب الحكم له بالملكية الأرض محل النزاع كونها ملكاً له.

#### ثانياً: شروط قبول التدخل الهجومي:

- ١- توفر المصلحة لطالب التدخل الهجومي.
- ٢- وجود ارتباط بين الدعوى الأصلية والطلب.
- ٣- أن يكون تقديم الطلب أثناء قيام الخصومة وقبل إقفال باب المرافعة.
- ٤- أن يكون أمام المحكمة الابتدائية لعدم جوازية تقديم هذا الطلب أمام محكمة الاستئناف حفاظاً على مبدأ التقاضي على درجتين (الشرفي، ٢٠١٩، ص ٢٠٤).

### ثالثاً: آثار التدخل الهجومي:

١. يجوز للمتدخل أن يبدي ما يشاء من الطلبات والدفع كأي طرف أصلي في الدعوى عدا عدم جواز الدفع بالاختصاص المكاني؛ لأن المتدخل هنا مدع والاختصاص المكاني دفع شرع لمصلحة المدعى عليه.
٢. من يخسر الدعوى هو من يتحمل المصاريف وفقاً للقاعدة العامة.
٣. لا يترتب على انقضاء الخصومة الأصلية انقضاء طلب المتدخل هجوماً، إلا إذا حكم ببطلان صحيفة الدعوى، أو باعتبارها كان لم تكن، ما لم يكن قد اتخذ المتدخل في إبداء طلباته الأوضاع والإجراءات العادية لرفع دعاوى، وكانت المحكمة مختصة بهذه الطلبات.
٤. يكون الحكم الصادر في الخصومة حجة له أو عليه عدا الأحكام الصادرة في الخصومة الضارة بالمركز القانوني قبل تدخله فليست حجة عليه (فتحي الولي، ١٩٩٣، ص ٣٢٤).

### المطلب الثاني

#### التدخل الإجباري (اختصاص الغير)

يقصد بالتدخل الإجباري «إجبار شخص على الدخول في خصومة ليس طرفاً فيها بناءً على أمر المحكمة لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة، أو بناءً على طلب أحد الخصوم بهدف الحكم على الشخص المختص بنفس الطلبات الأصلية أو لجعل الحكم حجة له أو عليه أو لإلزامه بتقديم ورق تحت يده (ياسين، ٢٠١٩، ص ٢٣١).

والحكمة التي رآها المشرع من ذلك هو إعطاء الخصوم طريقة مختصرة لاختصاص من كان عليه أن يتقاضاه بالطريقة العادية تجنباً لتعدد المنازعات وتعارض الأحكام.

#### أهداف الإدخال في الخصومة: (أبو الوفاء، ٢٠٠٧، ص ٢٠٣).

١. الحكم على المدخل بنفس الطلبات المرفوعة بها الدعوى الأصلية وهذا ما يسمى «بالخصم الثالث».
٢. لكي يكون الحكم في الدعوى الأصلية حجة على المدخل حتى لا ينكر بأنه لم يكن خصماً فيها عملاً باقتصار حجية الأحكام على أطرافها.

٣. إلزامه بتقديم أوراق منتجة في الدعوى الأصلية تكون تحت يده.

مع أن اختصام الغير وإدخاله في الخصومة فيه تعد على حرية الشخص الذي أعطاه الشرع حرية الالتجاء للقضاء متى ما أراد، كما أن اختصام الغير فيه خروج على قواعد الاختصاص المحلي لأنه قد يجلب الخصم بالحضور أمام محكمة غير محكمته. ولبيان هذا النوع من التدخل سنتناوله في فرعين كالتالي:

## الفرع الأول

### الإدخال بناءً على طلب الخصوم

أجاز القانون للخصم في الدعوى أن يدخل من يصح اختصامه في الدعوى وفقاً للمادة (١٨٩) مرافعات: «للخصم أن يدخل في الخصومة من كان يصح اختصامه فيها عند رفعها، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى مع مراعاة مواعيد الحضور».

يعني للخصم أن يطلب من المحكمة إدخال شخص في الدعوى الأصلية، كقيام المدعي برفع دعوى ضد أحد المدينين المتضامنين فله الحق بطلب إدخال باقي المدينين المتضامنين، ليكون الحكم حجة عليهم جميعاً، وهذا الطلب مقترن بموافقة المحكمة مما يجعل من المدخل طرفاً في الخصومة التي أدخل فيها مكتسباً لمركز قانوني لم يكن موجوداً له قبل الإدخال (نصار، ٢٠١٤، ص ٣٢).

والمشرع اليمني لم يضع حالات معينة يجوز فيها اختصام الغير بناءً على طلب الخصم إنما وضع قاعدة مفادها السماح للخصم بإدخال من يريد شريطة:

- ١- أن يكون لطالب الإدخال مصلحة من اختصام الغير.
- ٢- وأن يكون الخصم ممن يصح اختصامه، ويوجد ارتباط بين الطلب الأصلي والطلب الموجه للغير في السبب أو المحل.
- ٣- أن يقدم طلب الإدخال بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى مكتوباً لا شفاهة قبل الجلسة وقبل إقفال باب المرافعة، وأمام محكمة أول درجة حتى لا تفوتهم درجة من درجات التقاضي. (عمر، ٢٠٠٦، ص ٢٩٩).

والقاعدة العامة أنه لا يجوز لأحد أطراف الخصومة أن يدخل من كان بإمكانه إدخاله عند بدء رفع الدعوى، ومع ذلك أجاز المشرع إدخال الغير إذا وجد ارتباط بين الدعوى وبين طلب الإدخال، في حالة التعدد الاختياري للخصوم، كالدعوى التي يرفعها الدائن

على بعض الورثة أو بعض المدنين المتضامين، ولا يجوز اختصاص الغير أمام محكمة الاستئناف، إلا إذا كان قد تم إدخالهم واختصامهم أمام محكمة أول درجة، إلا إذا كان سبب طلب إدخاله تسليم محرر تحت يده فإنه يجوز تقديم ذلك الطلب أمام محكمة الاستئناف (الشرعي، ٢٠٠٧، ص ٤٦٤).

### ومن أهم صور اختصاص الغير بناءً على طلب الخصم:

**الصورة الأولى:** اختصاص الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده تكون منتجة في الدعوى الأصلية على جواز قيام المحكمة بالإذن بإدخال الغير في الدعوى ولو أمام الاستئناف لإلزامه بتقديم محرر تحت يده وقد حددت المادة (١١٩) من قانون الإثبات أنه: «يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده مع مراعاة الأحوال والأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة» (قانون الإثبات اليمني رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢).

بهدف إظهار الحقيقة، وهذا النص يحمل تأويلين:

- الأول: عند وجود محرر مشترك لطرفي الخصومة لدى الغير المطلوب إدخاله في الخصومة، أو لوجود المحرر لدى الغير كونه شريكاً مع أحد طرفي الخصومة فيها.
- الثاني: في حالة إذا ما كان قد تم الاستناد إلى هذا المحرر في أية مرحلة من مراحل الخصومة، كأن يستند أحد الخصوم في الدعوى إلى ذلك المحرر أمام محكمة أول درجة، ثم قام بسحبه وتسليمه إلى شخص من الغير، فيمكن لخصمه أن يطالب الغير بتسليم تلك الورقة أمام محكمة الاستئناف (الشميري، ٢٠١٧، ص ١١٣).

### الصورة الثانية: دعوى الضمان الأصلية ودعوى الضمان الفرعية:

**ونعني بالضمان:** سلطة المنتقل إليه الحق بحق الرجوع على من تلقى منه ذلك الحق لإلزامه بالدفاع عنه إذا نازعه الغير فيه (أبو الوفاء، ٢٠٠٧، ص ٢١٢).

ومفهوم هذا يعني بأن: يلتزم الشخص (الضامن) بأن يحمي شخصاً آخر (المضمون) إذا وجهت إليه دعوى من طرف ثالث (الغير) وأن يقوم بتعويضه إذا فشل في ردها (هندي، ١٩٨٨، ص ٤٦٢).

ويتعين على المحكمة إجابة طلب الخصم في إدخال الضامن في الدعوى، وقد بين القانون في المادة (١٩٣) مرافعات كيفية الحكم في دعوى الضمان مع الحكم في الدعوى

الأصلية والتي نصت: «يجب على المحكمة إجابة طلب الخصم بتأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها إذا كان قد كُلف بالحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ إعلانه بالدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان أو كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض، وفيما عدا ذلك يكون للمحكمة التأجيل لإدخال ضامن» (مرافعات، رقم (٤٠)، ٢٠٠٢). والمادة ١٩٤ من نفس القانون التي نصت بقولها: «يقضى في طلب الضمان وفي الدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن وإلا فصلت المحكمة في طلب الضمان بعد الحكم في الدعوى الأصلية».

### طرق تقديم دعوى الضمان:

أجاز المشرع للمطالب بدعوى الضمان أن يقدمها بإحدى طريقتين:

**الطريقة الأولى:** دعوى الضمان الأصلية: وفي هذه الطريقة ينتظر المضمون حتى يتم الفصل في الدعوى المرفوعة عليه، فإن خسر الدعوى فله الحق بالرجوع على الضامن، من خلال رفع دعوى مبتدأ بالطرق العادية لرفع الدعوى على الضامن.

كأن يقوم الغير برفع دعوى استحقاق للأرض التي بحوزة المدعى عليه (المشتري) فتحكم المحكمة بملكية المدعي للأرض محل النزاع، فيقوم المشتري برفع دعوى ضمان أصلية على البائع لتحكم المحكمة بتعويض البائع للمشتري (أبو الوفاء، ٢٠٠٧، ص ٢١٣).

**الطريقة الثانية:** دعوى الضمان الفرعية: وفي هذه الطريقة يقوم المضمون عند رفع الدعوى عليه بتقديم طلب عارض بإدخال الضامن في الدعوى الأصلية، بمجرد رفع الدعوى عليه من الغير، فإذا خسر الضامن (البائع) القضية، فإن على المحكمة أن تقضي بإلزام الضامن (البائع) بتعويض المضمون له المشتري في نفس الحكم. كأن يقوم الغير برفع دعوى استحقاق أصلية للأرض التي قام المشتري بشرائها فيقوم المشتري بطلب إدخال البائع ليدافع عن حق المشتري في العقار أو يسمع الحكم عليه بتعويض المشتري إذا ما حكمت المحكمة بملكية الأرض محل الشراء للغير. أو كقيام الكفيل الذي رفعت عليه دعوى بالدين بإدخال المدين المكفول عنه في الدعوى، فإذا حكم على الكفيل فإن على قاضي الموضوع الحكم بإلزام المكفول عليه بتعويض الكفيل (الشرفي، ٢٠١٩، ص ٤٦٢).

والأفضل اختصاراً للوقت أن يتم استعمال الدعوى الفرعية، ومن أمثلة دعوى الضمان:

١. ضمان البائع للمشتري عدم منازعة الغير له في استحقاق المبيع.

٢. ضمان المحيل للمحال له بوجود الحق المحال به .

٣. ضمان المؤجر للمستأجر تمكينه من الانتفاع بالعين (القعيطي، ٢٠١٧، ص ١٨٢).

إجراءات رفع دعوى الضمان الفرعية:

يتم رفع دعوى الضمان الفرعية بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى لأنها تخضع لحكم الطلب العارض الذي يقدم في غياب الخصم، أمام قلم كتاب المحكمة ثم القيام بإعلان الضامن وتكليفه بالحضور قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى الأصلية.

## الفرع الثاني

### الإدخال عن طريق المحكمة

أجاز المشرع للمحكمة القيام بإدخال الشخص الذي لم يخاصم في الدعوى المرفوعة أمامها مع أنه كان يجب اختصاصه من قبل المدعي، كأن يقوم الخصم باستبعاد خصوم كان يصح اختصاصهم بهدف الحكم له بجميع طلباته أو بهدف الإضرار بالخصم الذي كان يجب اختصاصه.

وذلك كون المشرع يهدف إلى الوصول للحق والعدل، فمهمة القاضي ليست مقتصرة على حسم النزاع فقط، وإنما تمتد إلى تطبيق القانون وتحقيق العدالة، وقد نصت المادة (١٩٠) مرافعات يمني على أن: «للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة ومن ذلك:

- ١- من تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة.
- ٢- الضامن بأداء ما يقضى به على الخصم.
- ٣- الوارث مع المدعي أو المدعى عليه أو الشريك لأحدهم على الشيوخ إذا كانت الخصومة متعلقة بالتركة قبل أو بعد قسمتها أو بالشيوخ.
- ٤- من يحتمل أن يلحق به الضرر من قيام الخصومة أو من الحكم إذا ظهرت في المحكمة دلائل جديدة على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جوانب الخصوم.
- ٥- النيابة العامة في الحالات التي ينص القانون على إدخالها.
- ٦- من كان خصماً في مراحل سابقة.

وعلى المحكمة إعلان المدخل بقرارها، وبصورة من ملف القضية للاطلاع وإعداد

رده، وتكليفه بالحضور أمامها خلال ميعاد تحدده مع مراعاة المواعيد القانونية لحضور والمسافات». (هندي، ١٩٨٨، ص ٤٦٦).

ومن خلال النص القانوني يتبين لنا أن للإدخال القضائي حالات:

١. **لمصلحة العدالة:** فللمحكمة أن تأمر بإدخال شخص ليس طرفاً في الدعوى لمصلحة عدالة القضاء ليكون الحكم الصادر منها حجة له أو عليه أو لصيانة حقوقه والمحافظة عليها، وقد تقتضي العدالة إدخال الخصم في الدعوى تفادياً لتعارض الأحكام، ومن أمثلة الإدخال في هذه الحالة:

١- من كان خصماً في الدعوى في مرحلة سابقة: كأن ترفع دعوى وتنقضي دون صدور حكم في موضوعها أو سقوطها أو شطبها، أو بعدم الاختصاص، ثم يقوم المدعي برفع دعواه مرة أخرى ويختصم بعض من اختصم في المرة الأولى، وهذه الحالة خاصة بمحكمة الدرجة الأولى، وتدخل فيها حالة قيام المستأنف برفع استئنافه على بعض الخصوم دون غيرهم. (الشرفي، ٢٠١٩، ص ٢٠٨).

٢- من تربطه بالخصوم رابطة تضامن لا يقبل التجزئة: ففي هذه الحالة للمحكمة أن تدخل بقية الخصوم الملزمين والمتضامنين إذا رفعت الدعوى على أحدهم فقط. (القعيطي، ٢٠٢٠، ص ١٨٣).

٣- الوارث مع المدعي أو المدعى عليه أو الشريك على الشيوخ إذا كانت الخصومة متعلقة بالتركة قبل قسمتها أو بعد قسمتها أو بالشيوع: فتأمر المحكمة بإدخال باقي الورثة في الدعوى التي رفعت على بعض الورثة دون البعض الآخر في مسألة تتعلق بالتركة، وكذلك للمحكمة إدخال الشريك إذا لم يقم المدعي باختصاصه مع أن المال المشاع فيما بينهم.

٤- شركة التأمين المسؤولة عن الحق المدعى به إذا كان مصرحاً لها: فللمحكمة أن تدخل شركة التأمين إذا كان المتنازع عليه مؤمناً عليه من قبلها، باعتبار الشركة المؤمنة والتي سيرجع عليها المدعي في دفع المبالغ إن حكم له به.

٥- من يحتمل أن يلحقه ضرر من قيام الدعوى أو من الحكم فيها إذا ظهرت للمحكمة دلائل جديدة على التواطؤ أو الغش أو التقصير: كأن يتفق شخصان على أن يقوم الأول (أ) برفع دعوى على (ب) بملكية الأرض التي يختصمان عليها بهدف حصول (أ) على حكم قضائي بملكية الأرض مع أنها ملك (ج) بهدف الإضرار به

وتمسك (أ) أمام (ج) بالحكم القضائي، فإذا تبين للمحكمة أن هناك غشاً من الخصوم، وأن هناك من سيضار من الحكم، فإن عليها إدخال (ج) في الخصومة للدفاع عن حقه ومنعاً من إلحاق الضرر بالمتدخل. (الشرفي، ٢٠١٩، ص ٢٠٩).

٦- النيابة العامة في الحالات التي ينص القانون على إدخالها.

٢. لإظهار الحقيقة: أجاز المشرع للمحكمة إدخال الغير إذا رأت أن إدخال الغير فيه مصلحة لإظهار الحقيقة، فقد ترى المحكمة أن الفصل في النزاع المعروض أمامها متوقف على عناصر موضوعية لا توجد أو لا يمكن استخلاصها مما يقدمه الخصوم من وقائع وإنما توجد بحوزة آخرين، كإدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة بحوزته، أو إدخال من يظهر من سير الدعوى أنه صاحب الحق المدعى به، وسيلحقه ضرر إذا لم يتم إدخاله. (القعيطي، ٢٠٢٠، ص ١٨٤).

المركز القانوني للضامن وللمضمون في الدعوى الأصلية: (الشرعبي، ٢٠٢٢، ص ٤٦٨).

ويادخال الضامن في الدعوى الأصلية يتحدد المركز القانوني له وللمضمون (طالب الضمان)، فلو رفعت دعوى على الكفيل فقام الكفيل بإدخال المدين هنا لا يحق للكفيل طلب الخروج من الخصومة كونه ملتزماً بحق شخصي للدائن، المادة (١٩٥) مرافعات.

أما إذا لم يكن المضمون له (طالب الضمان) مطالباً بحق شخصي قبل الخصم الأصلي فإن له حق طلب الخروج من الخصومة، فلورفع الغير على البائع دعوى استحقاق العقار التي قام بشرائها، فإن للمشتري طلب إدخال البائع في الخصومة ومن ثم له حق طلب إخراجه من الخصومة لعدم وجود أي التزام شخصي للخصم رافع دعوى استحقاق العقار، وللخصم أو الضامن حق الاعتراض على طلب المضمون له بالخروج من الخصومة، والمحكمة هي صاحبة القرار قبل خروجه أو رفضها.

وإذا وافقت المحكمة على إخراج المضمون له، فإنه حينها لا يتحمل نفقات الخصومة ويظل خصماً فعلياً في دعوى الضمان ضد الضامن، ويكون الحكم الصادر في الدعوى الأصلية حجة عليه.

٢- الضامن يكون طرفاً في الخصومة بما يترتب على ذلك من حقوق وأعباء وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية، فإن طلب الضامن يأخذ مركز المضمون (طالب الضمان) ولو لم يكن المدعي قد وجه طلباً للضامن أو كان الضامن لم يقدم دعواً مستقلاً عن دفاع المضمون ويستطيع الضامن التمسك بالدفع الخاص به باعتباره

خصماً، كما يحق له التمسك بالدفع الخاصة بالمضمون ولو لم يستخدمها هذا الأخير. ويكون الحكم الصادر على الضامن والمضمون (طالب الضمان) حجة للمدعي الأصلي، ولو لم يكن ذلك المدعي قد قدم طلبات في مواجهة الضامن (١٩٥) مرافعات، لأن طلب الضمان يكفي لجعله خصماً في هذه الدعوى، وإذا صدر الحكم ضد الضامن في الدعوى الأصلية أو في دعوى الضمان، فإن له الطعن في الحكم سواء في مواجهة الخصم في الدعوى الأصلية أو في مواجهة طالب الضمان.

### إجراءات إدخال الغير من قبل المحكمة:

تقوم المحكمة بإعلان المدخل عبر من تراه من أطراف الخصومة الأصليين مرفقة به صورة من ملف القضية لكي يتمكن المدخل من الاطلاع على القضية وإعداد رد عليها، ويجب على المحكمة مراعاة مواعيد الحضور عند تكليفه بالحضور بحيث لا تتجاوز ثلاثة أسابيع، المادة (١٩٥) مرافعات، ولا يترتب على اختصام الغير بناء على أمر المحكمة أن يصبح الغير طرفاً في الخصومة إلا إذا وجه إليه طلب من أحد الخصوم أو قام المدخل بتوجه طلب على أحد أطراف الخصومة أو على كليهما، فليس من المعقول أن يكون المدخل خصماً كونه أدخل لتسليم ورقة منتجه في الدعوى كانت تحت يده (الشرفي، ٢٠١٩، ص ٢١٠).

## الفرع الثالث

### التنظيم القانوني للطلبات العارضة

يقصد بالنظام القانوني للطلبات العارضة القواعد المتبعة عند تقديم الطلبات من حيث طرق تقديمها والمحكمة المختصة والوقت الذي تقدم فيه وكيفية الفصل في هذا الطلب. وليبيان هذا المطلب نوجزه في النقاط التالية:

#### أولاً: المحكمة المختصة بالطلبات العارضة:

تختص المحكمة الابتدائية بنظر الطلب الأصلي لذا فإنها تختص بالطلبات العارضة، بشرط أن تكون المحكمة الابتدائية مختصة نوعياً بنظر الطلب العارض، حتى ولو لم يكن الطلب العارض من اختصاصها مكانياً، لأن الطلب العارض فرع، والفرع يتبع الأصل كون أن هناك قاعدة ارتباط بينهما، فقواعد الارتباط تعلق قواعد الاختصاص حتى

لو كانت من النظام العام. (سيف، ١٩٧٠، ص ٢٧٠).

ويشترط لقبول هذه الطلبات توافر الصفة والمصلحة شأنها شأن الدعوى وعدم وجود مانع قانوني، بالإضافة إلى وجود ارتباط بين الطلب العارض والطلب الأصلي، وأن يقدم قبل إقفال باب المرافعة، ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص المحكمة بطلبات عارضة لا يشملها القانون (الشرعبي، ٢٠٢٢، ص ٣٦٥).

### ثانياً: طرق تقديم الطلبات العارضة:

بالنظر لنص المادة (١٩٧) مرافعات والتي نصت على: «تقدم الطلبات العارضة من المدعي أو من المدعى عليه بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة بطلب مكتوب أو يقدم شفاهاً أو كتابةً في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضر الجلسة» (مرافعات يماني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢).

نجد أن القانون قد حدد ثلاث طرق يجوز فيها تقديم الطلبات العارضة ونبينها على النحو التالي:

١. الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى: وفي هذه الطريقة يتم تقديم الطلب قبل الجلسة المخصصة لنظر الدعوى مع مراعاة مواعيد الحضور والمسافة وقواعد الإعلان المقررة في القانون.
٢. تقديم الطلب شفاهة في الجلسة: بحضور الخصم ويثبت ذلك في محضر الجلسة.
٣. تقديم الطلب كتابة في الجلسة: أجاز القانون تقديم الطلب مكتوباً في جلسة المرافعة ومواجهة الخصم فيه، وإذا كان غائباً يؤجل إلى جلسة ثانية ويتم إعلانه بذلك، إذا قدم الطلب العارض من المدعي أو المدعى عليه أو المتدخل، أما الغير فيتعين عليه تقديم الطلب بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى لأنه ليس خصماً في الدعوى (القعيطي، ٢٠٢٠، ص ١٨٥).

### ثالثاً: وقت تقديم الطلبات العارضة:

يجوز تقديم الطلبات العارضة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى أمام المحكمة الابتدائية شريطة أن يكون ذلك قبل إقفال باب المرافعة، ويكون باب المرافعة مقفولاً

عند حجز القضية للحكم، إلا أنه لا يمنع الخصم من طلب فتح باب المرافعة لتقديم طلبات جديدة غير أن هذا الطلب - فتح باب المرافعة - يخضع قبوله للسلطة التقديرية للمحكمة. (الشرعي، ٢٠٢٢، ص ٣٦٦).

#### رابعاً: كيفية الفصل في الطلبات العارضة:

تفصل المحكمة في النزاعات النائرة أمامها بشأن قبول الطالب العارض، وفي موضوع هذا الطلب فإن الأصل أن تحكم المحكمة فيه مع الطلب الأصلي بحكم واحد، إلا أنه إذا قدم هذا الطلب بعد خوض المحكمة في الطلب الأصلي وقتاً طويلاً ويخشى هنا لو أخرج الفصل في الطلب الأصلي لحين الفصل في الطلب العارض طول النزاع والإضرار بالخصوم، ولهذا شرع القانون إمكانية الفصل في الطلب الأصلي إذا كانت صالحة للفصل، والاستمرار في نظر الطلب العارض. أي أن القانون شرع ثلاث طرق للفصل في الطلب العارض. (العري، ٢٠٢٢، ص ٢٨٣).

١. الفصل في الطلب على وجه السرعة: فعند تقديم طلب لا يحتاج إلى تحقيق وتحري كطلب الحكم بإجراء تحفظي أو وقتي كفرض حراسة قضائية أو طلب المنع من السفر أو إيقاف الحجز التحفظي وفقاً لنص المادة (٢٠٣) من قانون (مرافعات يمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢) والتي نصت على: «تحكم المحكمة على وجه السرعة في كل نزاع يتعلق بقبول الطلبات العارضة أو التدخل ولا يترتب على الطلبات العارضة أو التدخل إرجاء الحكم في الدعوى الأصلية متى كانت صالحة للحكم فيها، وتحكم المحكمة في موضوع الطلبات العارضة أو في طلبات التدخل مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك، وإلا استبقت الطلب العارض أو طلب التدخل للحكم فيه بعد تحقيقه».

٢. الفصل في الطلب العارض مع الطلب الأصلي: إذا كان من الممكن للمحكمة أن تفصل في الطلبين بحكم واحد فلا مانع من ذلك شريطة أن تبين في حكمها ما قضت به في كل من الطلب العارض والأصلي. (العري، ٢٠٢٢، ص ٢٨٣).

٣. تأجيل الفصل في الطلب العارض: في حالة لم تتمكن المحكمة من الفصل في الطلب العارض مع الطلب الأصلي بحكم واحد، لأن تأخير الفصل في الطلب الأصلي سيؤدي إلى إطالة أمد النزاع وإرهاق الخصوم، لذا فلها أن تؤجل في الطلب العارض وتفصل في الطلب الأصلي، المادة (٢٠٣) مرافعات.

### خامساً: عدم جواز تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف:

لا يجوز تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف إلا ما استثناه القانون، كتقديم طلب تدخل انضمامي أو تقديم طلبات مستعجلة (وقتيية وتحفظية) وأساس هذا:

- المبدأ الأول: مبدأ ثبات النزاع: أي أنه يطرح النزاع الذي طرح أمام المحكمة الابتدائية كما هو أمام الاستئناف.
- المبدأ الثاني: مبدأ التقاضي على درجتين: فلا يقبل إبداء طلب جديد أمام الاستئناف حتى لا تفوت على الخصم درجة من درجات التقاضي. (القعيطي، ٢٠٢٠، ص ١٨٧).

## الخاتمة

بعد دراسة موضوع الطلبات القضائية وتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بها في ضوء قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م يتضح أن الطلب القضائي يمثل الركيزة الأساسية التي تبنى عليها الخصومة أمام القضاء، إذا لا تنشأ الدعوى ولا تتحرك إجراءاتها إلا بوجود طلب صريح من صاحب المصلحة.

فالطلب هو الأداة التي يمارس بها الفرد حقه في الالتجاء إلى القضاء، وهو ما يحدد نطاق الدعوى وموضوعها ويقيّد سلطة القاضي في إصدار الحكم.

### أولاً: النتائج:

- ١- أن الطلب القضائي هو تصرف قانوني إرادي ويصدر عن صاحب الشأن بهدف الحصول على حماية قضائية لحق أو مركز قانوني.
- ٢- أن الطلبات الأصلية والعارضة تعدان صورتين رئيسيتين للطلبات القضائية، وتختلفان من حيث الغاية والنتائج الإجرائية والآثار المترتبة عليها.
- ٣- إن المشرع اليمني نظم الطلبات القضائية في قانون المرافعات بأسلوب يضمن التوازن بين مصلحة المدعي والمدعى عليه، ويمنع التعسف في استعمال الحق في التقاضي.
- ٤- أن تحديد الطلب القضائي بدقة من قبل الخصوم يساعد المحكمة في تحديد نطاق الدعوى وعدم تجاوزها.
- ٥- أن التطبيق القضائي اليمني أظهر مرونة في تفسير الطلبات القضائية بما يحقق العدالة ويمنع الإضرار بالخصوم.
- ٦- تقدم الطلبات العارضة أمام محكمة أول درجة عدا طلب إدخال من بيده مستند يساعد على إظهار الحقيقة والتدخل الانضمامي وكذا الطلبات الوقتية أو التحفظية فيجوز تقديمها أمام محكمة ثاني درجة كونها من إجراءات القضاء المستعجل التي الغرض منها حماية الحق أو دليله.

## ثانياً: التوصيات:

١. ضرورة تعديل بعض نصوص قانون المرافعات لتوضيح أنواع الطلبات العارضة وإجراءات قبولها تفصيلاً، كالمادة (١٩١) التي كان يجب على المشرع أن يكون أكثر شمولية ووضوحاً في كيفية إدخال من كان خارجاً عن الخصومة أمام محكمة الاستئناف إذا كان بيده محرر يساعد على إظهار الحقيقة، بحيث يعاد صياغتها «لا يجوز لمحكمة الاستئناف أو الخصوم إدخال من لم يكن خصماً في الدعوى الصادرة فيها حكماً مستأنفاً أمامها، إلا إذا كان بيده محرر يساعد على إظهار الحقيقة ولا يكون المدخل خصماً في هذه الحالة ما لم توجه منه أو إليه طلبات».
٢. وجوب تدريب القضاة والمحامين على التفرقة الدقيقة بين أنواع الطلبات القضائية لما لذلك من أثر على صحة الأحكام وسلامة الإجراءات، وذلك من خلال عقد عدد من الدورات التدريبية تحت إشراف كادر أكاديمي متخصص.
٣. ندعو المشرع إلى وضع لائحة تفسيرية تبين كيفية تقديم الطلبات الإلكترونية أمام المحاكم بما ينسجم مع التطور التقني والقضائي الحديث والمتسارع، لا سيما وقد تم البدء في العمل بالنظام الإلكتروني عند رفع الدعوى.

## المراجع

- أبو الوفاء، أحمد. (٢٠٠٧). المرافعات المدنية والتجارية. دار المطبوعات الجامعية.
- إبراهيم، محمد محمود. (بدون تاريخ). النظرية العامة للطلبات العارضة. دار الفكر العربي.
- أحمد، سعيد محمود. (٢٠٠٥). أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات.
- العري، صادق. (٢٠٢٢). الوجيز في أصول قانون المرافعات. دار الكتاب اليمنية للطباعة والنشر.
- العيسي، طلال ياسين عبد الله، وآخرون. (٢٠١٧). التدخل في الخصومة (دراسة مقارنة). علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية.
- الوالي، فتحي. (١٩٩٣). الوسيط في قانون القضاء المدني. دار النهضة العربية.
- القعيطي، غالب. (٢٠٢٠). شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية. دار الكتب اليمنية للطباعة والنشر.
- سعد، إبراهيم نجيب. القانون القضائي الخاص. منشأة المعارف.
- سيف، رمزي. (١٩٧٠). الوسيط في قانون المرافعات. دار النهضة العربية.
- الشميري، مطهر عبده. (٢٠١٧). شرح قانون المرافعات اليمني.
- الشميري، مطهر عبده محمد. (٢٠١٧). شرح قانون المرافعات اليمني. الصادر للطباعة والنشر.
- الشرفي، إبراهيم. (٢٠١٩). شرح قانون المرافعات. الصادر للنشر.
- الشرعبي، سعيد خالد علي جباري. (٢٠٢٢). الموجز في أصول قانون القضاء المدني (ط.٤).
- عبد العزيز، محمد كمال. (١٩٩٥). تقنين قانون المرافعات في ضوء القضاء والفقه. دار الطباعة الحديثة للطباعة والنشر والتوزيع.
- عمر، فارس علي. (٢٠٠٩). التدخل في الدعوى المدنية. مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العراق.

- عمر، نبيل إسماعيل. (٢٠٠٦). الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية. دارالجامعة الجديدة.
- عمر، نبيل إسماعيل، خليل، أحمد، وهندي، أحمد. (٢٠٠٤). قانون المرافعات المدنية والتجارية. دارالجامعات الجديدة.
- محمود، أحمد صدقي. قانون الإجراءات المدنية. دارالطباعة الحديثة للنشر.
- نصار، ياسر علي إبراهيم. (٢٠١٤). التدخل والادخال (دراسة تحليلية مقارنة في أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية والمصري) [رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر].
- وجدي، راغب. (١٩٩٩). مبادئ القضاء المدني. دار الثقافة الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع.
- ياسين، أحمد سمير محمد. (٢٠١٩). فكرة حماية الغير في قانون المرافعات المدنية (دراسة تحليلية مقارنة). مجلة الدراسات المستدامة - السنة الأولى، المجلد الأول، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق.
- يوسف، رمزي. (١٩٦٩). الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية. دارالنهضة العربية.
- هندي، أحمد. (١٩٨٨). أصول المحاكمات المدنية في القانون اللبناني. دار الجامعات بيروت.
- القانون المدني.
- قانون المرافعات.





البحوث والأبحاث القضائية والقانونية

مجلة

البحوث والأبحاث  
القضائية والقانونية

# فجوة المسؤولية في العصر الرقمي

بين الذكاء الاصطناعي وتقليدية النص

الباحثة / وضحة أحمد حسن المراني

## المخلص:

تهدف هذه الدراسة إلى تحليل الإشكالية القانونية الناشئة عن الأضرار التي تسببها الأنظمة الذكية ذاتية الاستقلال والتعلم (الذكاء الاصطناعي المتقدم)، وذلك في ظل الفجوة بين التسارع التقني الهائل وببطء تطور الأطر القانونية التقليدية. تبرز المشكلة في قصور نظريات المسؤولية المدنية القائمة على الخطأ والسببية في التعامل مع قرارات تتخذها أنظمة قادرة على التعلم والتطور بشكل قد يكون غير متوقع بالكامل من قبل مصمميها، مما يخلق ما يعرف بـ «فجوة التصميم والسلوك».

من خلال المنهج التحليلي المقارن، تبحث الدراسة في مدى قدرة التصنيف القانوني التقليدي (شخص/شيء) على استيعاب الطبيعة الخاصة لهذه الأنظمة، وتكشف عن التحديات التي تواجه إثبات أركان المسؤولية التقصيرية، خاصة الخطأ والعلاقة السببية. كما تناقش الدراسة الاتجاهات الفقهية المتباينة بين رافض لمنح الذكاء الاصطناعي شخصية قانونية (لافتقاده الإرادة الواعية والذمة المالية) وداع لاستحداث شخصية قانونية جديدة (رقمية)، وتخلص إلى أن هذا الجدل النظري قد يحول دون التركيز على الهدف العملي المتمثل في جبر الضرر.

كبديل عملي، تستعرض الدراسة نماذج المسؤولية الموضوعية (كمسؤولية الحارس والمنتج) وتحدد قصورها عند التطبيق على الأنظمة ذاتية التعلم. بناءً على ذلك، تقترح الدراسة إطاراً قانونياً تكاملياً يركز على أولوية تعويض المتضرر، من خلال نموذج هجين يجمع بين فرض مسؤولية موضوعية وتضامنية على المطور والمنتج والمشغل، مع استحداث آليات تمويل جماعية إلزامية (كالتأمين الإلزامي وصناديق الضمان الجماعية)، وإنشاء سجل مركزي واشتراطات شفافية لتحقيق قدر من الرقابة والمساءلة.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية المدنية، الذكاء الاصطناعي، التأمين الإلزامي، جبر الضرر.

## المقدمة

تشهد الحقبة الرقمية الحالية تحولاً جوهرياً في طبيعة التفاعل بين الإنسان والتكنولوجيا، حيث لم يعد الذكاء الاصطناعي مجرد أداة سلبية ينفذ أوامر محددة مسبقاً، بل تحول إلى فاعل مستقل قادر على اتخاذ قرارات وتنفيذ إجراءات معقدة من خلال عمليات تعلم ذاتي متطورة. هذا التحول يفرض واقعاً قانونياً جديداً تتسع فيه الفجوة بين التسارع التقني الهائل وبين الأطر القانونية التقليدية، التي صُممت في سياق يهيمن عليه الفعل البشري المباشر والخطأ الشخصي القابل للإسناد. وفي صميم هذه الفجوة، تبرز إشكالية بالغة التعقيد، وهي المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن الأنظمة الذكية المستقلة، والتي تمثل اختباراً حقيقياً لقدرة المنظومة القانونية على التكيف والاستجابة لمستجدات العصر.

### أهمية الدراسة:

تكتسب هذه الدراسة أهميتها من عدة زوايا:

- أهمية نظرية: تتناول الدراسة إشكالية قانونية حديثة تمس الأسس التقليدية للقانون المدني، وخاصة نظريات المسؤولية القائمة على الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وتستدعي إعادة التفكير في مفاهيم مثل «الفعل الضار» و«السببية» و«الشخصية القانونية» في عصر الآلات ذاتية التعلم.
- أهمية عملية واجتماعية: مع انتشار الأنظمة الذكية في مجالات حيوية مثل النقل الذاتي، القيادة، والرعاية الصحية، والخدمات المالية، والقضاء، وتزداد احتمالية وقوع أضرار جسيمة من جراء عملها. لذا، يصبح تأسيس نظام عادل وفعال لجبر هذه الأضرار ضرورة ملحة لتحقيق الأمن القانوني والاجتماعي، وحماية حقوق المتضررين، وفي نفس الوقت عدم إعاقة مسار الابتكار التقني.
- أهمية مستقبلية: تقدم الدراسة مقارنة استباقية لأحد أهم التحديات التشريعية في القرن الحادي والعشرين، وتسعى لوضع مقترحات قد تسهم في رسم سياسة تشريعية متوازنة تستشرف المستقبل.

## أهداف الدراسة:

- تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:
- تحليل الطبيعة القانونية للأنظمة الذكية عالية الاستقلالية، وبيان حدود تطبيق مفاهيم الشخصية القانونية التقليدية (الطبيعية والاعتبارية) عليها.
  - الكشف عن قصور النظريات التقليدية للمسؤولية المدنية (المسؤولية التقصيرية والعقدية) في مواجهة الأضرار الناجمة عن قرارات تتخذها أنظمة ذاتية التعلم.
  - استعراض ومناقشة الاتجاهات الفقهية الحديثة بشأن معالجة إشكالية المسؤولية، بين الرفض لمنح الشخصية القانونية والداعي لاستحداثها.
  - اقتراح إطار قانوني عملي وتكاملي يركز على الهدف الجوهرى للمسؤولية المدنية المتمثل في جبر الضرر، من خلال نموذج يجمع بين المسؤولية الموضوعية للمطور أو المشغل، وابتكار آليات تمويلية جماعية (كالضمان والتأمين الإلزامي) مخصصة لهذه الأنظمة.

## أسئلة الدراسة:

- للوصول إلى الأهداف المذكورة، تسعى الدراسة للإجابة على الأسئلة التالية:
- إلى أي مدى يمكن للتصنيف القانوني التقليدي (شخص / شيء) استيعاب الطبيعة الخاصة للأنظمة الذكية ذاتية الاستقلال والتعلم؟
  - ما هي التحديات التي تفرضها «فجوة التصميم والسلوك» على إثبات أركان المسؤولية التقصيرية، وخاصة ركني الخطأ والعلاقة السببية؟
  - هل يمثل منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي حلاً مناسباً للإشكالية القائمة، أم أن التركيز على بناء أنظمة ضمان وتعويض جماعية أكثر واقعية وفعالية في المرحلة الراهنة؟
  - كيف يمكن صياغة نموذج مشروع للمسؤولية والضمان يوفق بين ضمان تعويض سريع وعادل للمتضرر، وتحفيز العناية الواجبة من قبل المطورين والمشغلين، وتوزيع المخاطر النظامية لهذه التقنية بآلية عادلة؟

## المنهج المتبع:

- تعتمد هذه الدراسة في معالجة موضوعها على المنهج التحليلي المقارن، من خلال:
- التحليل القانوني: لفحص نصوص ومبادئ المسؤولية المدنية في إطارها التقليدي، وتحليل مدى ملاءمتها للواقع التقني الجديد.
- التحليل التقني- القانوني: لفهم الخصائص التقنية للأنظمة الذكية (كالاستقلالية، التعلم الذاتي) وآثارها القانونية المباشرة.
- المقارنة: بين مختلف الآراء والاتجاهات الفقهية المعاصرة، التي تناولت موضوع المسؤولية والشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي.
- المنهج الاستشراقي: حيث لا تقتصر الدراسة على التشخيص والنقد، بل تسعى لتقديم رؤى ومقترحات عملية قابلة للتطبيق ضمن الأطر القانونية القائمة أو المستقبلية.

من خلال هذا الإطار، تسهم الدراسة في إثراء النقاش القانوني الأكاديمي والمهني حول أحد أكثر الموضوعات إلحاحاً في ظل الثورة الرقمية المستمرة.

وعليه تنقسم هذه الدراسة إلى:

- المبحث الأول: الذكاء الاصطناعي ومفهوم المسؤولية.
- المطلب الأول: ماهية الذكاء الاصطناعي وسمة الاستقلالية.
- المطلب الثاني: مفهوم المسؤولية المدنية.
- المبحث الثاني: نحو تأسيس إطار قانوني لمسؤولية الذكاء الاصطناعي.
- المطلب الأول: حدود إسناد الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي
- المطلب الثاني: نماذج المسؤولية الموضوعية كبديل عملي.
- الخاتمة.
- قائمة المراجع.

## المبحث الأول الذكاء الاصطناعي ومفهوم المسؤولية المدنية

يأتي هذا المبحث ليحلل الإطار النظري للإشكالية القانونية التي يطرحها الذكاء الاصطناعي، وذلك من خلال تقصي الطبيعة التقنية المميزة لها، وأثارها المباشرة على المفاهيم القانونية التقليدية. وينقسم إلى مطلبين: يركز الأول على ماهية الذكاء الاصطناعي وسمة الاستقلالية التأسيسية، بينما يتناول الثاني مفهوم المسؤولية المدنية التقليدية، وذلك في إطار التفاعل بين التقنية المتقدمة والنص القانوني السائد.

### المطلب الأول

#### ماهية الذكاء الاصطناعي وسمة الاستقلالية

أولاً: تعريف الذكاء الاصطناعي وسمة الاستقلالية:

يُعرّف الذكاء الاصطناعي (Artificial Intelligence) بأنه فرع من فروع علوم الحاسب الآلي يهدف إلى محاكاة الوظائف الذهنية البشرية، وذلك «من خلال خوارزميات معينة تساعده على التطور والتعلم». وتتجلى أبرز صفاته في الاستقلالية، التي تعني «قدرة الذكاء الاصطناعي على العمل والتعامل مع البيئة المحيطة به دون أي تدخل بشري» تنبثق هذه الاستقلالية من تعقيد الخوارزميات<sup>(١)</sup> التأسيسية وقدرة النظام على التعلم من البيانات الضخمة، فتقوم بعض برامج الذكاء الاصطناعي بتدريب نفسها من خلال التجربة والخطأ باستخدام تقنية تسمى «التطور العصبي»، مما قد يؤدي إلى توليد قرارات أو سلوكيات غير متوقعة بالكامل من قبل المطورين الأصليين. هذا التفاعل الديناميكي يخلق ما يُعرف بـ «فجوة التصميم والسلوك»، وهي النقطة المركزية التي تفصل بين نية المبرمج ونتائج عمل النظام المستقل لاحقاً، وهناك برامج ذكاء اصطناعي

(١) تعرف الخوارزميات بأنها مجموعة من الإجراءات المرتبة ترتيباً منطقياً، والتي يتم تنفيذها للوصول إلى هدف أو ناتج مطلوب وهي ترمز لتعليمات برمجية يكتبها مبرمج ويجمعها لإنتاج وحدة قابلة للتنفيذ وتعرف باسم برنامج، ولا يمكن لأنظمة الحاسوب العمل دون هذه الخوارزميات، وترجع تسميتها بهذا الاسم نسبة لعالم الرياضيات محمد بن موسى الخوارزمي، ندرومي نصيرة، الروبوت الذكي والمسؤولية المدنية عن الأضرار المترتبة، رسالة ماجستير، المركز الجامعي مغنية، ٢٠٢٤/٢٠٢٥م، ص ١٣.

أخرى تحتاج إلى تدريب من قبل البشر الذين يزودهم بالبيانات. ثم يستمد الذكاء الاصطناعي الأنماط والقواعد من تلك البيانات<sup>(١)</sup>.

### أنواع الذكاء الاصطناعي:

تنقسم الروبوتات (الذكاء الاصطناعي) من حيث الاستقلالية إلى نوعين رئيسيين، النوع الأول: يتم تسييره من قبل الإنسان ويسمى روبوتات الوسائط الآلية، والثاني: قائم على التعليم الذاتي ويستطيع اتخاذ قرارات مستقلة دون أي تدخل بشري ويطلق عليه الروبوتات الذكية ذاتية التشغيل.

### أولاً: روبوتات الوسائط الآلية:

وهي أجهزة يمكن إعادة برمجتها ولها وظائف متعددة، وفقاً لأوامر محددة تتحكم فيه من قبل مهني مؤهل أو المشغل وفقاً لدليل التشغيل. أي إن هذا النوع ليس له القدرة على الاستقلال باتخاذ القرارات كما إنه ليست له القدرة على التطوير الذاتي فلا تخرج خارج نطاق المصنع والمشغل.

### ثانياً: الروبوتات الذكية ذاتية التشغيل:

هي الروبوتات المتقدمة التي يمكنها اتخاذ القرارات بشكل ذاتي دون تدخل بشري ولها القدرة على التعلم والتطوير الذاتي، تمثل فئة الأنظمة الذكية ذاتية الاستقلال المتقدم- والتي تشمل الروبوتات المتقدمة والمركبات ذاتية القيادة- النموذج الأكثر تعقيداً وتحدياً في مشهد الذكاء الاصطناعي المعاصر. تتميز هذه الأنظمة بقدرتين محوريّتين: أولاً، القدرة على اتخاذ القرارات التنفيذية بشكل ذاتي في البيئة الواقعية دون تدخل بشري فوري، وثانياً، القدرة على التعلم الذاتي والتكيف من خلال التفاعل مع البيانات والتجارب المستمرة. هذه السمات تُحدث تحولاً جوهرياً في طبيعة العلاقة

(١) للمزيد انظر د. أمل فوزي أحمد عوض، الذكاء الاصطناعي كأداة جديدة للعدالة، المركز الديمقراطي العربي، ٢٠٢٣م، ص ١٤، سهام المر، الروبوت الذكي بين إشكالية الاعتراف بالشخصية القانونية وإنكارها، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد ٩، ع ٢٠٣، ٢٠٢٣م، ص ٤، تجدر الإشارة أنه ليس كل قطعة برمجية تعد ذكاء اصطناعياً، بل لا بد من توافر ثلاث سمات: القدرة على التعلم، جمع البيانات وتحليلها، اتخاذ القرار بناء على عملية تحليل البيانات، د. أروي عبدالرحمن عثمان الجلعود، أحكام تطبيقات الذكاء الاصطناعي، مركز قضاء للبحوث والدراسات، ١٤٤٤هـ، ص ١٠، ناريمان مسعود، المسؤولية عن فعل الأنظمة الإلكترونية الذكية، مجلة حوليات الجزائر، مجلد ١، ٢٠١٨م، ص ١٤٠ وما بعدها.

بين المُصمّم البشري والفعل النهائي للنظام<sup>(١)</sup>.

هذا التحول هو مصدر الإشكالية القانونية المركزية: فبينما تنتقل القدرة التشغيلية إلى النظام الذاتي، تظل المسؤولية القانونية بحاجة إلى تحديد واضح. يبرز التساؤل الجوهري: كيف يمكن إسناد المسؤولية المدنية عن الأضرار الناجمة عن قرارات تحليلية وتنفيذية يتخذها النظام بشكل مستقل، مستخدماً منطقاً داخلياً معقداً نشأ وتطور- جزئياً على الأقل- من خلال عملية تعلم ذاتي قد تكون غير قابلة للتنبؤ الكامل أو التتبع المباشر من قبل المطورين الأصليين؟ تُضعف هذه الاستقلالية الوظيفية الأساس التقليدي للمسؤولية القائم على «خطأ» يمكن إرجاعه إلى إرادة أو تقصير بشري محدد، مما يدفع نحو الحاجة إلى أطر قانونية جديدة تتعامل مع الواقع التقني المستجد.

## المطلب الثاني

### مفهوم المسؤولية المدنية

يؤدي الإخلال بالالتزام قيام المسؤولية المدنية التي تهدف إلى التعويض وجبر الضرر سواء كانت التزامات أصلية ناشئة من العقد، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة أو التزام البائع بتسليم المبيع، وقد ينشأ بعضها الآخر من القانون، كالتزام المتبوع عن أعمال التابع، وعليه تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، فالمسؤولية العقدية يحدد مداها العقد من جهة والقواعد الخاصة بالمسؤولية من جهة أخرى، أما المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التقصير بالقيام بواجب قانوني، فالقانون هو الذي يستقل بحكمها وتحديد مداها، وفي كلا الحالتين يبقى الحق في المطالبة بالتعويض حقاً خاصاً يجوز الصلح فيه والتنازل عنه ممن شرع التعويض لصالحه<sup>(٢)</sup>، إذ نصت المادة (٣٠٤) من القانون المدني: «كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً، يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه...».

(١) وفاء يعقوب جناحي، المركز القانوني للروبوتات الذكية ومسؤولية مشغلها، مجلة الحقوق، العدد ٣، ٢٠٢٤، ص ٤٢١ وما بعدها.

(٢) د. أنور طلبية، المسؤولية، المسؤولية العقدية، ج ١، ط ١، المكتب الجامعي الحديث الأزريطة- الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٧ وما بعدها. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٢م، لبنان، بدون تاريخ، ص ٧٤٤، د. عز الدين الديناصوري، د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية على ضوء الفقه والقضاء، ج ٤، دار الكتب والدراسات العربية، مصر، بدون تاريخ، ص ١١.

وتقوم المسؤولية المدنية بتوافر ثلاثة أركان هي:

- **الخطأ:** هو «انحراف في السلوك عن المعيار الذي يتبعه الشخص العادي»<sup>(١)</sup>. أي إنه سلوك غير مشروع يصدر عن الشخص الملزم، مخالفاً للقانون أو العرف أو النظام العام، يؤدي إلى الحاق ضرر بالآخرين، وقد يكون الخطأ إما بقيام بفعل أو الامتناع عن الفعل<sup>(٢)</sup>.
- والخطأ كأحد أركان المسؤولية المدنية نوعان خطأ واجب الإثبات، وخطأ مفترض، والخطأ المفترض بدوره ينقسم إلى نوعين:
  - خطأ قابل لإثبات العكس.
  - خطأ مبني على افتراض المسؤولية (لا يقبل افتراض العكس)<sup>(٣)</sup>.
- **الضرر:** هو الأذى الذي يصيب الشخص كنتيجة للخطأ وينقسم إلى ضرر مادي وضرر معنوي، فإذا لم يقع الضرر فلا مسؤولية.
  - **الضرر المادي:** هو الضرر الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه، سواء جسده أو ماله أو أي مصلحة مادية قانونية ومشروعة.
  - **الضرر المعنوي:** هو الضرر الذي يصيب المضرور في مشاعره أو عواطفه أي في الجوانب الإنسانية غير الملموسة، ومن أمثلتها الضرر الذي يلحق بالسمعة والشرف والاعتبار<sup>(٤)</sup>.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤م، ص ٧٣٠.

(٢) لعمارة طارق زياد، ميمون سفيان، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف، ٢٠٢٤م، ص ٩، وتجدر الإشارة هنا إلى أن الخطأ من حيث الوصف ينقسم إلى: الخطأ العمدي، الخطأ غير العمدي، الخطأ اليسير والخطأ الذي لا يغتفر، ويؤثر التصنيف القانوني للخطأ - من حيث وصفه ودرجته - تأثيراً جوهرياً على تقدير التعويض المستحق عن الضرر. فبينما يُقصد بالتعويض أساساً جبر الضرر وإعادة التوازن المالي للمتضرر، فإن النظر إلى نوع الخطأ يُدخل اعتبارات أخرى تثرى عملية التقدير القضائي، وتجعلها أكثر دقة وعدالة. فالخطأ العمدي، بوصفه أقصى درجات التعسف، قد يبرر تعويضاً يزيد على مجرد التعويض المادي ليشمل تعويضاً تكميلياً (عن الألم المعنوي) ذا طابع جزائي رادع. بينما الخطأ غير العمدي (الإهمال) يقود عادة إلى تعويض مقصور على جبر الضرر المباشر. أما الخطأ الجسيم، والخطأ الذي لا يغتفر فيقترب في آثاره من الخطأ العمدي، وقد يُستدل به على الاستهتار مما يسوغ تعويضاً أكبر. في المقابل، قد يؤدي الخطأ اليسير إلى تخفيض في قيمة التعويض. وبذلك، يخلق هذا التصنيف سُلماً مرناً لتقدير التعويض، يحقق العدالة التصحيحية عبر مراعاة سلوك المخطئ، ويتناسب مع مبدأ أن الجزاء يجب أن يكون على قدر الفعل.

(٣) د. محمد بن حسين الشامي، نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني واليميني والمصري والفقهاء الإسلامي، ط٢، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ٢٠٢٠م، ص ٣١.

(٤) لعمارة طارق زياد، ميمون سفيان، رسالة سابقة، ص ١٠.

ويتم التعويض بالإجماع عن الضرر المباشر، أما الضرر غير المباشر فلا يجب التعويض عنه لا في المسؤولية العقدية ولا المسؤولية التقصيرية، ولكن ما هو معيار التمييز بين الضرر المباشر وغير المباشر؟

يتم التمييز بينهما أن الضرر المباشر يكون النتيجة الطبيعية للخطأ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتفاداه ببذل جهد معقول، ويرتبط بالخطأ برابطة سببية مباشرة، بينما الضرر غير المباشر يكون نتيجة عرضية منقطعة الصلة بالخطأ، وعليه لا يتم التعويض عنه سواء كان في المسؤولية العقدية أو التقصيرية<sup>(١)</sup>.

• **العلاقة السببية:** هي الرابطة بين الخطأ والضرر، ويكون الضرر ناتجاً عن الخطأ بشكل مباشر، فهي تمثل العلاقة بين الفعل أو الامتناع عن الفعل وبين الضرر وأن الضرر لم يكن سيحدث لولا هذا الخطأ<sup>(٢)</sup>.

(١) د. محمد بن حسين الشامي، مرجع سابق، ص ٣٦٠ وما بعدها.

(٢) ويعتبر البعض أن المسؤولية تقوم بركنين فقط هما الضرر والعلاقة السببية.

## المبحث الثاني نحو تأسيس إطار قانوني لمسؤولية الذكاء الاصطناعي

يعالج هذا المبحث مسألة تكييف المسؤولية المدنية للتعامل مع أضرار الذكاء الاصطناعي، من خلال استكشاف البدائل القانونية المطروحة. وينقسم إلى مطلبين: يناقش الأول حدود فكرة «الشخصية القانونية» كحل للإشكالية، بينما يستكشف الثاني نماذج المسؤولية الموضوعية كبديل عملية.

### المطلب الأول

#### حدود إسناد الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي

تشكل الصعوبة في إثبات «الخطأ» و«العلاقة السببية» في البيئة التقنية المعقدة للذكاء الاصطناعي تحدياً جوهرياً يُضعف أساس المسؤولية المدنية التقليدية. فكيف يمكن محاسبة إرادة بشرية على قرارات مولدة من خوارزميات متطورة تعمل بمنطق إحصائي معقد، قد يكون عصياً على الفهم أو التنبؤ الكامل؟ وهل يمكن تتبع سلسلة السببية بشكل موثوق في نظام يتعلم ذاتياً ويتطور باستمرار، مما يوسع الفجوة بين الفعل البشري الأولي والنتيجة الضارة النهائية؟

يزيد من تعقيد المأزق عدم منح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية التقليدية، لانعدام مقوماتها الأساسية، وأهمها الإرادة الواعية المستقلة والذمة المالية. فالشخصية القانونية لا تمنح لمجرد القدرة على تنفيذ مهام معقدة، بل تقوم على وجود كيان له إرادة ووعي ذاتي<sup>(١)</sup> وبالتالي فإن السعي لمحاسبة «الكيان الآلي» ذاته يعد ضرباً من المحال القانوني، مما يحتم العودة إلى الأطراف البشرية أو المؤسسية المشاركة في تكوين هذه الأنظمة فائقة الذكاء.

يستدعي هذا الواقع القانوني ضرورة التمييز الدقيق بين مفهوم «الشخصية القانونية» كاعتراف باكتساب الحقوق وبين «المسؤولية القانونية» كقدرة على تحمّل تبعات الأفعال. فالأولى تُمثّل «أهلية وجوب»، بينما الثانية تقوم على «أهلية أداء». وعند إسقاط هذا التمييز على الذكاء الاصطناعي، فإن افتقاده الجوهرية للإرادة الواعية

(١) د. هبة رمضان رجب يحيى، الشخصية القانونية للروبوت فائق الذكاء الاصطناعي، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، عدد خاص، ٢٠٢٤م، ص ١٠٠٧.

والتمييز يجعل من غير الممكن إسناد المسؤولية المدنية (القائمة على الخطأ الشخصي) إليه، حتى لو افترضنا - جـداً - منحه نوعاً من الاعتراف القانوني<sup>(١)</sup>.

لكن، ومما هو متعارف عليه في القانون، أن نفي المسؤولية عن الشخص غير الواعي (المتمتع بأهلية الوجوب دون الأداء)<sup>(٢)</sup> لا ينفي المسؤولية على الإطلاق، بل ينقلها إلى الشخص المسؤول عنه (كالولي أو الحارس)، الذي يُطالب بالتعويض عن أفعال عديم التمييز إذ نصت المادة (٣١١) من القانون المدني: « كل من تولى بنص أو اتفاق رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصر سنة أو حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً في ماله بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، وإذا لم يكن له مال فيكون التعويض من مال الشخص الذي يتولى رقبته». غير أن إسقاط هذا النموذج على الذكاء الاصطناعي يصطدم بعائق جوهرية هو: عدم وجود الشخصية القانونية له من الأساس، وبالتالي انعدام الذمة المالية المستقلة التي يمكن أن تُلزم بالتعويض. فمسؤولية الحارس أو الولي تفرض بالدرجة الأولى وجود «شخص» قانوني (ولو ناقص الأهلية) عليه تُحمَل المسؤولية بشكل أولي، قبل انتقالها وهذا ما يفتقده الذكاء الاصطناعي حالياً<sup>(٣)</sup>.

### الاتجاهات الفقهية بين رفض الشخصية القانونية والدعوة لاستحداثها:

الاتجاه الرافض لمنح الشخصية القانونية: يؤكد هذا الاتجاه على ضرورة التمسك بمركزية الوكالة البشرية. ويستند في ذلك إلى أن الاستقلالية الحالية لأنظمة الذكاء الاصطناعي «لا تعدو أن تكون في بداياتها ولا يمكن حالياً لهذا الذكاء الاستغناء عن الجهود البشري بصفة مطلقة»<sup>(٤)</sup>.

(١) للمزيد انظر د. محمد عرفان الخطيب، المسؤولية المدنية والذكاء الاصطناعي.. إمكانية المساءلة؟ دراسة تحليلية معمقة لقواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد ١، مارس ٢٠٢٢م، ص ١١٩ وما بعدها.

(٢) نصت المادة (٤٩) من القانون المدني: « الأهلية نوعان: ١- أهلية وجوب للحقوق الشرعية للشخص وعليه تثبت منذ ولادته. ٢- أهلية أداء بمقتضاها يباشر الإنسان حقوقه المدنية».

(٣) د. محمد عرفان الخطيب، دراسة سابقة، ص ١٢٠.

(٤) د. أحمد بلحاج جراد، الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي.. استباق مضلل، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الحادية عشرة، العدد ٢، ٢٠٢٣م، ص ٢٤٥.

## الاتجاه الداعي لاستحداث شخصية قانونية جديدة (رقمية):

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الخصائص المميزة للأنظمة فائقة الاستقلالية، خاصة عند تجسيدها في هيئة مادية (روبوتات)، تستوجب «إعادة التفكير في الطبيعة القانونية للذكاء الاصطناعي» مما يستوجب إلى إنشاء صنف ثالث من الأشخاص، يكون في وضعية وسطى بين الشخص والشئ، كمرحلة تمهيدية قد تؤدي إلى الاعتراف بشخصية قانونية مستقلة في المستقبل.

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى القياس على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية التي يتمتع بها أشخاص القانون العام والخاص. والتي دعت الحاجة إلى منحها الشخصية القانونية نظراً لتوافر ذات الأسباب والضرورات العملية بحق أنظمة وتقنيات الذكاء الاصطناعي والتي تتمثل في ضرورة وجود ممثل قانوني لها. وإمكانية مساءلتها في ذمتها المالية الخاصة والسماح بمقاضاتها فكما أن الشخصية الاعتبارية مجاز قانوني مقبول دعت إليه الضرورات السابقة. فمن المتصور أن تكون الشخصية القانونية لأنظمة الذكاء الاصطناعي هي الأخرى مجاز قانوني مقبول لذات الأسباب، وحتى يتسنى لها القيام بالمهام المنوطة بها، وتبنى أنصار هذا الرأي شخصية الشركة كنموذج لحقوق الروبوت الذكي، والاعتراف له بشخصية قانونية، كما يمكن تحديد موطن الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي من خلال تنظيم شكل معين للتسجيل على غرار تسجيل الشركات في الشخصية القانونية الاعتبارية، بحيث يفرض مجموعة من الإجراءات لتسجيل الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي. وكذلك يتم تحديد من يمثل الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي من الأشخاص الطبيعية أمام الأفراد والجهات، وكلما كان الروبوت أكثر استقلالية كلما قل اعتباره أداة يسيطر عليها طرف ثالث مثل المصنع أو المبرمج<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن الرأي السابق محل إعادة نظر، فلا يصح قياس الذكاء الاصطناعي ذي الاستقلالية العالية - خاصة عند تجسيده في صورة روبوتية - على الشخصية الاعتبارية (كشركة أو مؤسسة) قياساً مطرداً. فالشخص الاعتباري، وإن كان كياناً قانونياً مجرداً، يظل في حقيقة أدائه وعمله محكوماً بإرادة بشرية مباشرة تمثلها أجهزة إدارته (كمجلس الإدارة أو المديرين)، حيث تتخذ القرارات وتنفذ الأفعال بواسطة أشخاص طبيعيين

(١) للمزيد انظر محمود حسن السحلي، أساس المساءلة المدنية للذكاء الاصطناعي المستقل، قوالب تقليدية أم رؤية جديدة، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٢، ٢٠٢٢م، ص ١٢٥، ياسر محمد اللمعي، المسؤولية الجنائية عن أعمال الذكاء الاصطناعي ما بين الواقع والمأمول، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠٢١م، ص ٨٦٢.

هم ممثلو الشخص الاعتباري. بيد أن الذكاء الاصطناعي المتقدم يتسم بـ «الاستقلالية الجوهرية» في عملية اتخاذ القرار؛ فهو قادر على تحليل البيانات، واستنتاج الأنماط، واتخاذ إجراءات ملموسة في العالم الخارجي من خلال منطق داخلي معقد قد يكون غير شفاف حتى لمصمميهِ. وهذا يمثل فصلاً نوعياً عن آلية عمل الشخص الاعتباري التقليدي.

وفي حقيقة الأمر، فإن الطبيعة «الشيئية» الأولية للذكاء الاصطناعي لا يجب أن تشكل عائقاً أمام إفراده بنظام قانوني خاص ينظم مواصفاته وملامحه التشغيلية، وذلك عبر تدابير إدارية تنظيمية رائدة، مثل إنشاء سجل مركزي خاص يُحصي هذه الأنظمة ويسجل بياناتها الفنية ورقماً تعريفياً فريداً لها، مع حفظ سجلات المعاملات والأفعال القانونية المنسوبة إليها.

وهذا التأطير يصبح أكثر إلحاحاً في ضوء التحول الجذري لدور الذكاء الاصطناعي من مجرد أداة سلبية إلى فاعل مؤثر في مجالات حيوية: فهو يعمل كمساعد قضائي متقدم في نظم المحاكم في دول مثل الصين واليابان<sup>(١)</sup>، ويُسَدِّع كَأداة تحليلية في الإثبات في سنغافورة، ويؤدي أدوار الجراح والمعلم والمحلل الاقتصادي بمستويات غير مسبوقة من الدقة والاستقلال الوظيفي. إن هذا الحضور الفعّال يخلق واقعاً قانونياً جديداً يفرض تحديث نصوص المسؤولية المدنية بما يتماشى مع هذه المستجدات، حتى لا تتسع الفجوة بين النص القانوني والتطبيق العملي.

## المطلب الثاني

### نماذج المسؤولية الموضوعية كبديل عملي

نظراً للصعوبات النظرية والعملية التي يثيرها مسار «الشخصية القانونية»، يتجه الفقه والبحث التشريعي المعاصر نحو استكشاف نماذج المسؤولية الموضوعية القائمة على فكرة توزيع المخاطر وضمان التعويض، كبديل أكثر واقعية وفعالية في المرحلة الحالية.

إذ إن إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية المدنية الموضوعية على الذكاء الاصطناعي تقتضي البحث في صحة اعتبار شيء تنطبق عليه قواعد المسؤولية الشيئية، أو منتج

(١) تمتلك الصين أكثر من مئة روبوت موزعة في المحاكم وتعمل هذه الروبوتات على استرجاع بيانات القضايا والأحكام الماضية، كما تلجأ المحاكم الصينية إلى استخدام الذكاء الاصطناعي في التحقق من الأدلة المقدمة لها، والتعرف على الوجوه، للمزيد انظر د. أروي عبد الرحمن عثمان الجلعود، مرجع سابق، ص ٧١.

تنطبق عليه قواعد المسؤولية الناجمة عن المنتجات المعيبة، إضافة لإمكانية تحقق قواعد الحراسة القانونية الموجبة للمسؤولية على هذا الذكاء من عدمه.

### مسؤولية حارس الشيء كأساس للمسؤولية عن فعل تقنيات الذكاء الاصطناعي:

تُثير أنظمة الذكاء الاصطناعي، خاصةً ذاتية التعلم، إشكاليةً قانونيةً جوهريةً تتعلق بتحديد طبيعتها القانونية وموقعها ضمن التقسيم التقليدي للأشخاص والأشياء. فبعد استبعاد إدراجها في فئة «الأشخاص» لانعدام الإرادة الواعية، يبرز التساؤل حول إمكانية إدراجها ضمن فئة «الأشياء»، وذلك في محاولة لإخضاعها لنظام مسؤولية الحارس المنصوص عليه في التشريعات المدنية، والتي توجب تعويض الضرر الناجم عن الشيء على من يتولى حراسته.

إلا أن هذا المسار يواجه تحدياً نظرياً وعملياً. فمن الناحية النظرية، يستلزم مفهوم «الشيء» في الفقه والقضاء التقليديين توافر سمات مادية محسوسة، وقد استقر على تقسيمه إلى أشياء جامدة غير حية وحية غير عاقلة. وتتجاوز الطبيعة الوظيفية للذكاء الاصطناعي هذا التصنيف الضيق؛ فالاستقلالية الذاتية التي تميزه - وهي قدرته على التحليل واتخاذ القرارات دون توجيه فوري - تنتزعه من مفهوم الشيء السلبي الخاضع لسيطرة كاملة، وتضعه في منطقة رمادية بين «الأداة» و«الفاعل»<sup>(١)</sup>.

وينعكس هذا التحدي النظري على الجانب العملي لتطبيق قواعد الحراسة. فمسؤولية الحارس، كما هي مقررة في النصوص القانونية (م ٣١٧ من القانون المدني)، تفترض وجود سيطرة فعلية للحارس على الشيء، من حيث الاستعمال والتوجيه والرقابة<sup>(٢)</sup>. هنا تظهر الإشكالية المركزية: كيف يمكن افتراض هذه «السيطرة الفعلية» على نظام ذكي قادر - بحكم تصميمه - على التعلم واتخاذ قرارات مستقلة في بيئات معقدة ومتغيرة؟ الاستقلالية الوظيفية تقوّض الركيزة الأساسية لعلاقة الحراسة، وهي القدرة على التوجيه والمنع. وبالتالي، يصبح السؤال «من يتحكم بمن؟» ليس مجرد استفهام نظري، بل هو تحدٍ إثباتي جوهرى يقف حائلاً دون تطبيق سلس ومقنع لنموذج مسؤولية الحارس على أنظمة الذكاء الاصطناعي عالية الاستقلالية.

(١) د. محمد عرفان الخطيب، دراسة سابقة، ص ١٢٦ وما بعدها.

(٢) المادة (٣١٧): «حائز الشيء الذي يتطلب عناية خاصة أو حراسة كالألات الميكانيكية يكون مسؤولاً عما يحدثه هذا الشيء من الضرر على الغير ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه».

## مسؤولية المنتج كأساس للمسؤولية المدنية عن فعل الذكاء الاصطناعي:

يمثل توجه البرلمان الأوروبي الرامي إلى إخضاع أنظمة الذكاء الاصطناعي لإطار مسؤولية المنتج نقلت نوعية في الاعتراف بضرورة معالجة الأضرار الناجمة عن هذه التقنيات ضمن نطاق المسؤولية الموضوعية<sup>(١)</sup>. ففي مقابل نموذج الحارس الذي يركز على فكرة السيطرة المباشرة، يُقدّم نظام مسؤولية المنتج مدخلاً قانونياً بديلاً يستند إلى مبدأ تحمّل المخاطر الناجمة عن العيوب. بينما يتعذر إثبات «الحراسة الفعلية» على نظام ذكي مستقل، يمكن النظر إلى هذا النظام باعتباره منتجاً صناعياً يخضع للمسؤولية المفترضة عن العيوب الكامنة في تصميمه أو تصنيعه أو توجيهاته، وذلك وفقاً لنظرية «المخاطر التي يخلقها المنتج»<sup>(٢)</sup>.

غير أن التطبيق العملي لهذا النموذج على الأنظمة ذاتية التعلم يفرز إشكاليات عميقة تستدعي إعادة نظر متأنية. تعارض الطبيعة الديناميكية لهذه الأنظمة مع الافتراضات التقليدية التي يقوم عليها مفهوم مسؤولية المنتج، حيث تضعف القدرة على التطور الذاتي الصلة السببية المطلوبة بين الضرر وبين تقصير يمكن إسناده للمطور. ففي ظل تعقيد الخوارزميات وضخامة البيانات، يصبح من العسير تحديد ما إذا كان العيب ناتجاً عن خلل في البنية الخوارزمية الأولية، أو تحيز كامن في مجموعة بيانات التدريب، أو سلوك استقرائي تولده العملية التعليمية اللاحقة، أو تفاعل غير متوقع مع محيط التشغيل<sup>(٣)</sup>.

ويُفاقم من هذه المعضلة غياب معايير موضوعية راسخة تحدد حدود «الحيطة الواجبة» المتوقعة من المطور، مما يطرح تساؤلاً حول إمكانية تطبيق معايير المسؤولية التقليدية على مجال تقني سريع التطور ويخلو من المقاييس المهنية المستقرة. كما يتعدّد الوضع مع تعدد الجهات الفاعلة في سلسلة الإنتاج، حيث لا ينتج النظام الذكي

(١) حمدي أحمد سعد أحمد، الطبيعة القانونية للذكاء الاصطناعي، المؤتمر العلمي الدولي الرابع، كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، ٢٠٢١م، ص ٢٤٩.

(٢) ولا يفوتنا أن ننوه بأن التوجيه الأوروبي رقم (EC/٣٧٤/٨٥) الصادر في ٢٥ تموز ١٩٨٥م تناول المسؤولية الموضوعية بتحميل المنتج المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن المنتجات المعيبة، حتى في غياب الخطأ، على أن يكون سبب الضرر محل التعويض هو العيب في المنتج، وتكون المسؤولية عن كافة أضرار منتجه حتى ولو يكن هناك أي خطأ أو إهمال من جانبه، إذ يسعى هذا التوجيه إلى توزيع المخاطر المتعلقة بالمنتجات التكنولوجية، د. محمد إبراهيم حسانين، الذكاء الاصطناعي والمسؤولية المدنية عن أضرار تطبيقه، المجلة القانونية، كلية الحقوق، الخرطوم، مجلد ١٥، عدد ١، ٢٠٢٣م، ص ٢١٢.

(٣) للمزيد انظر شذي عبد جمعه الربيعي، المسؤولية المدنية عن فعل تقنيات الذكاء الاصطناعي (التطور في ظل الثبات)، جامعة الفراهيدي، العراق، ٢٠٢٥م، ص ٥٨٦ وما بعدها.

عن جهة واحدة، بل هو محصلة سلسلة إنتاجية معقدة تمتد من موردي البيانات ومصممي النماذج الأساسية إلى المطورين والمصنّعين والمشغلين، مما يشنت المسؤولية.

### نحو أولوية جبر الضرر: اقتراح لنموذج مشترك للمسؤولية والضمان:

يُجسد الجدل الفقهي الدائرخول منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي إحدى المحاولات الجديرة للتعامل مع كيان رقمي جديد لم تتعامل معه النصوص القانونية التقليدية. وهذا الجدل، في جوهره، ينبع من سؤال تأسيسي: هل يمكن للنصوص القانونية التي صُممت في بيئة تقليدية ملموسة أن تستوعب تعقيدات البيئة الرقمية بكل حدائتها وتجريدها؟ أم أن واقع التقنية الجديد يفرض علينا النهوض بصياغة نصوص قانونية خاصة، مرنة ومبتكرة، تواكب طبيعة هذا العالم الرقمي المتسارع؟

لذا، فإن الانشغال بالسؤال التقليدي «من المسؤول؟» أو «هل نمنح الذكاء الاصطناعي شخصية قانونية؟» قد يصرف الانتباه عن الهدف الجوهرى والأكثر إلحاحاً. فالمسؤولية المدنية، في مقصدها النهائي، هي آلية اجتماعية لاستعادة التوازن وجبر الضرر. ومن هذا المنظور، يجب أن يتحول السؤال المركزي من «من المخطئ؟» إلى «كيف نضمن جبر الضرر» للمتضرر بطريقة عادلة وفعالة؟

يتطلب تحقيق هذه الغاية إحداث توازن دقيق بين حماية حقوق المضرور، وبين عدم كبح جماح البحث العلمي والتطور التقني. ولا يتحقق هذا التوازن إلا بالانتقال من منطق المواجهة إلى منطق التضامن في تحمل المخاطر. يمكن البناء على هذا المبدأ من خلال مرحلتين:

### أولاً: الاستفادة من الأطر القانونية القائمة وتطويرها:

مثل قوانين حماية المستهلك التي تسعى إلى تحقيق توازن منصف بين المنتج والمستخدم، ويمكن تطويرها لتشمل علاقة أكثر تعقيداً هي علاقة المطور/ المنتج بالنظام الذكي وبالمتضرر.

### ثانياً: الابتكار التشريعي لمواكبة الحداثة الرقمية:

باستحداث أطر قانونية جديدة تتعامل مع الذكاء الاصطناعي كواقع تقني مستقل. وهذا يتطلب نموذجاً هجيناً يجمع بين:

- مسؤولية موضوعية وتضامنية تفرض على عاتق حلقات السلسلة الرئيسية (المطور، المنتج، المشغل التجاري) ضمان تعويض سريع للمتضرر.
- آليات تمويل جماعية (كالتأمين الإلزامي وصناديق الضمان) لتوزيع الأعباء المالية للمخاطر النادرة والجسيمة، وحماية الابتكار من أعباء غير متوقعة.
- نظام إداري تنظيمي (كسجل مركزي واشترطات شفافية) لتحقيق قدر من الرقابة والمساءلة.
- الذكاء الاصطناعي لم يعد مفهوماً مستقبلياً، بل أصبح واقعاً حياً يؤثر في مناحي الحياة كافة. واستجابة القانون لهذا الواقع لا تكون بالتمسك الحرفي بتصورات قديمة أو بالاستغراق في جدالات نظرية مجردة، بل بالإبداع التشريعي الذي يركز على تحقيق العدالة التعويضية كهدف نهائي، ويبني أدوات عملية لتحقيقها في العصر الرقمي.

وفي الأخير فإن إشكالية مسؤولية الذكاء الاصطناعي ليست مجرد تحدٍ قانوني عابر، بل هي اختبار لقدرة النظام القانوني على التجدد الوظيفي في مواجهة التحولات التكنولوجية الجذرية. الحل لا يكمن في الانكفاء على النماذج القديمة، ولا في استباقات نظرية غير ناضجة، بل في شجاعة التقنين لابتكار أدوات مرنة وعملية. يجب أن يحول هذا الابتكار التركيز من السعي إلى محاسبة «الكيان الرقمي» إلى بناء نظام عادل لتوزيع مخاطر التقدم. إنها دعوة لإرساء عدالة تعويضية جديدة، توفق بين واجب حماية الإنسان من أخطار التقنيات التي اخترعها، وضمان استمرار زخم الابتكار الذي يخدم البشرية في عصر رقمي أصبح فيه الذكاء الاصطناعي واقعاً لا مفر منه.

## الخاتمة

### أولاً: النتائج:

- توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج الرئيسية التي تكشف عن طبيعة الإشكالية القانونية لأضرار الذكاء الاصطناعي وآفاق معالجتها:
- تعذر استيعاب الأنظمة الذكية ضمن التصنيف القانوني التقليدي: أظهر التحليل أن الثنائية التقليدية (الشخص / الشيء) تعجز عن استيعاب الطبيعة الهجينة للأنظمة الذكية ذاتية التعلم، التي تجمع بين خصائص الأداة والاستقلالية الوظيفية.
- القصور الجوهري للنظريات التقليدية للمسؤولية: كشفت الدراسة عن عجز نظريتي المسؤولية التقصيرية والعقدية عن معالجة أضرار هذه الأنظمة، بسبب «فجوة التصميم والسلوك» وتعقيد إثبات العلاقة السببية في بيئة خوارزمية معقدة ومتطورة.
- عدم كفاية النماذج الموضوعية القائمة: بينما تقدم نماذج المسؤولية الموضوعية (كمسؤولية الحارس والمنتج) مدخلاً أكثر ملاءمةً من حيث التركيز على توزيع المخاطر، فإن تطبيقها على الذكاء الاصطناعي يواجه تحديات عملية، خاصة صعوبة إثبات «السيطرة» في نموذج الحارس، وعدم وضوح معيار «العيب» في نموذج المنتج بالنسبة للأنظمة القابلة للتعلم الذاتي.
- الطبيعة التشاركية للمسؤولية: تؤكد الدراسة أن المسؤولية عن أضرار الذكاء الاصطناعي هي بطبيعتها مسؤولية تشاركية، تنشأ عن سلسلة معقدة من الأطراف (مطور، مصمم، مقدم بيانات، مشغل)، مما يستدعي نماذج قانونية قادرة على توزيع الأعباء وليس إسنادها لفرد واحد.
- أولوية جبر الضرر كهدف استراتيجي: خلص التحليل إلى أن النقاش النظري حول «الشخصية القانونية» يجب أن يحل محله التركيز العملي على ضمان تعويض فعّال وسريع للمتضرر، من خلال بناء آليات مالية وتأمينية مضمونة.

## ثانياً: التوصيات:

بناءً على النتائج السابقة، تقدم الدراسة التوصيات التالية:

### تطوير إطار تشريعي خاص ومتدرج:

وضع تشريع خاص بالمسؤولية عن أضرار الأنظمة الذكية، يميز بين الأنظمة التنفيذية البسيطة (التي يمكن تطبيق القواعد التقليدية عليها) والأنظمة ذاتية التعلم عالية الاستقلالية (التي تحتاج لقواعد خاصة).

### تبني نموذج هجين للمسؤولية يقوم على دعامين:

- مسؤولية موضوعية وتضامنية: تُفرض على عاتق المطور والمنتج والمشغل التجاري الرئيسي معاً (كمسؤولين متضامين أمام المتضرر)، مع الاكتفاء بإثبات العلاقة السببية بين عمل النظام والضرر.
- حق الرجوع الداخلي: بين هؤلاء المتضامين وفقاً لدرجة مساهمتهم الفعلية في إحداث الخطر، بناءً على معايير يحددها القانون (كالتصميم، التدريب، التشغيل).

### إلزامية آليات الضمان المالي الجماعي:

- فرض تأمين إلزامي ذي سقف عالٍ على مطوري ومشغلي الأنظمة عالية الخطورة.
- إنشاء صناديق ضمان جماعية تُموّل من اشتراكات إلزامية من الشركات العاملة في مجال الذكاء الاصطناعي داخل كل قطاع، مثل: (النقل، الصحة). تعمل هذه الصناديق كشبكة أمان أخيرة لتغطية الأضرار الكارثية أو في حال عجز التأمين أو الشركة المسؤولة.

### إنشاء منظومة إدارية رقابية مصاحبة:

- إنشاء سجل مركزي لأنظمة الذكاء الاصطناعي عالية الاستقلالية، يلزم بتسجيل البيانات الفنية والغرض من الاستخدام ويُحدّث بسجلات التشغيل والأداء.
- فرض متطلبات الشفافية والقابلية للتفسير (Explain ability) على الأنظمة

الذكية، مع حفظ سجلات مركز القرار (شبيهة بـ«الصندوق الأسود») لتسهيل عملية التحقيق في أسباب الحوادث وإثبات السببية أو نفي الإهمال الجسيم.

### تشجيع تطوير المعايير الفنية والقانونية:

- حث الهيئات المعنية (الهندسية والقانونية) على وضع معايير مهنية طوعية وإلزامية تدريجياً لتصميم وتطوير وتدريب الأنظمة الذكية، لتكون مرجعاً لتقييم مدى «الحيطة الواجبة».
- تشجيع التحكيم والفصل المتخصص في منازعات الذكاء الاصطناعي، مع تأهيل القضاة والخبراء في المجال التقني - القانوني.

## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب القانونية العامة:

- أنور طلبة، المسؤولية العقدية، ط ١، المكتب الجامعي الحديث الأزريطة- الإسكندرية، ٢٠٠٥م.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٢م.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤م.
- عز الدين الديناصوري؛ عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية على ضوء الفقه والقضاء، دارالكتب والدراسات العربية، مصر، بدون تاريخ.
- محمد بن حسين الشامي، نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني واليميني والمصري والفقه الإسلامي، ط ٢، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ٢٠٢٠م.

### ثانياً: الكتب الخاصة:

- أروي عبد الرحمن عثمان الجلعود، أحكام تطبيقات الذكاء الاصطناعي، مركز قضاء للبحوث والدراسات، ١٤٤٤هـ.

### ثالثاً: الرسائل العلمية:

- ندرومي نصيرة، الروبوت الذكي والمسؤولية المدنية عن الأضرار المترتبة، رسالة ماجستير، المركز الجامعي مغنية، ٢٠٢٤/٢٠٢٥م.
- لعامرة طارق زياد؛ ميمون سفيان، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام تقنيات الذكاء الاصطناعي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوضياف، ٢٠٢٤م.

#### رابعاً: المقالات والدوريات العلمية:

- أحمد بلحاج جراد، الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي.. استباق مفضل، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الحادية عشر، العدد ٢، ٢٠٢٣م.
- أمل فوزي أحمد عوض، الذكاء الاصطناعي كأداة جديدة للعدالة، المركز الديمقراطي العربي، ٢٠٢٣م.
- حمدي أحمد سعد أحمد، الطبيعة القانونية للذكاء الاصطناعي، المؤتمر العلمي الدولي الرابع، كلية الشريعة والقانون، طنطا، مصر، ٢٠٢١م.
- سهام المر، الروبوت الذكي بين إشكالية الاعتراف بالشخصية القانونية وإنكارها، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد ٩، ع ٢٠، ٢٠٢٣م.
- شذي عبد جمعه الربيعي، المسؤولية المدنية عن فعل تقنيات الذكاء الاصطناعي (التطور في ظل الثبات)، جامعة الفراهيدي، العراق، ٢٠٢٥م.
- محمد إبراهيم حسنين، الذكاء الاصطناعي والمسؤولية المدنية عن أضرار تطبيقه، المجلة القانونية، كلية الحقوق، الخرطوم، مجلد ١٥، عدد ١، ٢٠٢٣م.
- محمد عرفان الخطيب، المسؤولية المدنية والذكاء الاصطناعي.. إمكانية المساءلة؟ دراسة تحليلية معمقة لقواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد ١، مارس ٢٠٢٢م.
- محمود حسن السحلي، أساس المساءلة المدنية للذكاء الاصطناعي المستقل، قوالب تقليدية أم رؤية جديدة، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٢، ٢٠٢٢م.
- ناريمان مسعود، المسؤولية عن فعل الأنظمة الإلكترونية الذكية، مجلة حوليات الجزائر، مجلد ١، ٢٠١٨م.
- هبة رمضان رجب يحيى، الشخصية القانونية للروبوت فائق الذكاء الاصطناعي، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، جامعة طنطا، عدد خاص، ٢٠٢٤م.
- وفاء يعقوب جناحي، المركز القانوني للروبوتات الذكية ومسئولية مشغلها، مجلة الحقوق، العدد ٣، ٢٠٢٤م.

- ياسر محمد اللمعي، المسؤولية الجنائية عن أعمال الذكاء الاصطناعي ما بين الواقع والمأمول، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ٢٠٢١م.

#### خامساً: التشريعات:

- القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م، الجريدة الرسمية، العدد ٦، ٢٠٠٩م.

# Contents

<b>Editorial of the issue</b>  Editor	<b>6</b>
<b>Suspensive Stay of Litigation in Yemeni Law</b>  Judge. Professor. Doctor/ Abdul Momen Shujaa Al-Din	<b>9</b>
The Crime of Breaching Bank Secrecy in Yemeni Law: A Comparative Study in Positive Law Jurisprudence  Judge/ Ibrahim Mohamed Al-Shami	<b>35</b>
Controls for Deriving Sharia Rulings as a Source of Legal Rule  Professor Dr. Muhammad Abdul Malik Mohsen Al-Mahbashi	<b>105</b>
Electronic Financial Crimes and the Role of Artificial Intelligence Systems in Enhancing Evidence  Dr. Ibrahim Muhammad Al-Zindani	<b>145</b>
Treating the litigation as if it never happened  Dr. Ali Mohamed Sagheer Al-Qulaisi	<b>167</b>
Judicial Requests in the Yemeni Code of Civil Procedure  Dr. Faiz Saleh Abduh Al-Doubli	<b>209</b>
The responsibility gap in the digital age between artificial intelligence and the traditional text  Researcher/ Wadha Ahmed Hassan Al-Marrani	<b>245</b>

## 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](https://t.me/almjalhalqadaeh)



771791511







# ***Journal of Judicial and Legal Studies and Research***

**A quarterly journal for judicial and legal research and studies,  
issued by the Technical Office of the Ministry of Justice and Human Rights**

Issue (17) 2026

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

- **Suspensive Stay of Litigation in Yemeni Law**  
Judge. Professor. Doctor/ Abdul Momen Shujaa Al-Din
- **The Crime of Breaching Bank Secrecy in  
Yemeni Law: A Comparative Study in Positive Law Jurisprudence**  
Judge/ Ibrahim Mohamed Al-Shami
- **Controls for Deriving Sharia Rulings as a Source  
of Legal Rule**  
Professor Dr. Muhammad Abdul Malik Mohsen Al-Mahbashi
- **Electronic Financial Crimes and the Role of Artificial Intelli-  
gence Systems in Enhancing Evidence**  
Dr. Ibrahim Muhammad Al-Zindani
- **Treating the litigation as if it never happened**  
Dr. Ali Mohamed Sagheer Al-Qulaisi
- **Judicial Requests in the Yemeni Code of Civil Procedure**  
Dr. Faiz Saleh Abduh Al-Doubli
- **The responsibility gap in the digital age between artificial  
intelligence and the traditional text**  
Researcher/ Wadha Ahmed Hassan Al-Marrani