



مجلة

البحوث والدراسات القضائية والقانونية

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

- الشكوى كقيد في تحريك الدعوى الجزائية في القانون اليمني
الدكتورة / تهاني علي يحيى زياد
- أحكام الإعسار في القضايا الجنائية في الفقه الإسلامي
والقانون اليمني
القاضي / حافظ محمد الفرح
- الدفع بانعدام العمل الإجرائي في قانون المرافعات اليمني
(دراسة مقارنة)
الدكتور / أكرم يحيى أحسن عبد الله
- الرجوع عن الشهادة وأثره في جرائم الحدود بين الفقه الإسلامي
والقانون اليمني
القاضي / أحمد عبد الله علي المهدي
- الإطار القانوني لحماية الأطفال في البيئة الرقمية
في القانون اليمني
الباحث / محمد علي حطرم
- المواعيد الإجرائية بين التصنيف التقليدي والمنظور الوظيفي
(دراسة تحليلية)
الباحثة / وضحة أحمد حسن المراني
- الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي
الباحثة / ندى عبد الله طامش



مجلة

البحوث والدراسات القضائية والقانونية

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

العدد (18) شوال - ذي الحجة 1447هـ

الإشراف العام

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

لا تعبر البحوث المنشورة عن رأي المجلة وإنما عن رأي كاتبها

رقم الإيداع: 2022 / 1444 / 460

الهيئة الاستشارية

الأستاذ. الدكتور/ عبدالمؤمن شجاع الدين

القاضي. الدكتور/ عصام عبدالوهاب السماوي

القاضي / سعد أحمد هادي

القاضي / عبدالعزيز ضياء الدين البغدادي

الأستاذ. الدكتور/ محمد حسين الشامي

الأستاذ/ عبدالله محمد راجح

الأستاذ. الدكتور/ محمد سعد نجاد

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:
- 1- 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.
 - 2- أن يكون البحث مكتوباً بلغة سليمة ومطبووعاً وخالياً من الأخطاء اللغوية والطباعة.
 - 3- ألا تزيد صفحات البحث عن (٣٠) صفحة بما فيها هوامش البحث ومراجعته.
 - 4- أن يكون البحث ملتزماً بدقة التوثيق وحسن استخدام المصادر والمراجع.
 - 5- تحتفظ المجلة بحقها في إخراج البحث وإبراز عناوينه بما يتناسب وأسلوبها في الإخراج والنشر.
 - 6- الأبحاث التي لم تتم الموافقة على نشرها لا تعاد إلى الباحثين.
 - 7- تؤول جميع حقوق النشر للمجلة بالنسبة للأبحاث والدراسات التي تنشرها.
 - 8- يحصل المشارك في النشر على ثلاث نسخ من العدد الورقي الذي نشر فيه إنتاجه العلمي، أو يتم تزويده بنسخة إلكترونية من المجلة.
 - 9- تعبر المواد المنشورة في المجلة عن رأي مؤلفيها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.

إرشادات متعلقة بالطباعة

- 1- أن يكون البحث مطبوعاً بخط: (Simplified Arabic)، وبنط الخط (١٤) بالنسبة للمتن، وبالنسبة للهوامش يكون بنط الخط (١٢)، وبنط العناوين (١٨) غامق (B).
 - 2- إصاق علامات الترقيم بالكلمة التي قبلها، مثل: الفاصلة (،) / الفاصلة المنقوطة (؛) / النقطة (.) / علامة الاستفهام (؟) / علامة التعجب (!) / نقطتا القول (:). وتترك المسافة بعد علامة الترقيم.
 - 3- تلصق الكلمات التي بين الأقواس بالأقواس نفسها، نقول: (بيت)، وليس (بيت)، " صواب"، وليس " صواب ".
 - 4- عدم وضع مسافة بين الواو العاطفة والكلمة، مثل: والبيت، وليس والبيت.
 - 5- وضع العلامة للفاصلة العربية (،) والعلامة للفاصلة الأجنبية (،).
 - 6- 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 وحقوق الإنسان - المكتب الفني - مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية.

البريد الإلكتروني: jjlrs-moj.gov.ye

موقع المجلة الإلكتروني:

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

محتويات العدد

٦	افتتاحية العدد رئيس التحرير
٩	الشكوى كقيد في تحريك الدعوى الجزائية في القانون اليمني الدكتورة / تهاني علي يحيى زياد
٧٩	أحكام الإعسار في القضايا الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني القاضي / حافظ محمد الفرح
١٠٧	الدفع بانعدام العمل الإجرائي في قانون المرافعات اليمني (دراسة مقارنة) الدكتور / أكرم يحيى أحسن عبد الله
١٥١	الرجوع عن الشهادة وأثره في جرائم الحدود بين الفقه الإسلامي والقانون اليمني القاضي / أحمد عبد الله علي المهدي
٢٠٧	الإطار القانوني لحماية الأطفال في البيئة الرقمية في القانون اليمني الباحث / محمد علي حطرم
٢٤٣	المواعيد الإجرائية بين التصنيف التقليدي والمنظور الوظيفي (دراسة تحليلية) الباحثة / وضحة وضحة أحمد حسن المراني
٢٦١	الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي الباحثة / ندى عبدالله طامش

افتتاحية العدد

رئيس التحرير

تشهد المنظومات القانونية والقضائية في العصر الحديث تحولات متسارعة تفرض عليها تحديات متجددة تتجاوز الأطر التقليدية للعمل القانوني والقضائي، في ظل التطور التقني المتسارع، واتساع نطاق العلاقات القانونية، وتزايد الحاجة إلى تحقيق التوازن بين حماية الحقوق والحريات من جهة، وضمان فاعلية العدالة وسرعة إنجازها من جهة أخرى. وقد أصبح القانون اليوم مطالباً أكثر من أي وقت مضى بمواكبة المتغيرات المتلاحقة، وتقديم الحلول القانونية الرصينة للمسائل المستجدة، دون التفريط بالثوابت والمبادئ التي قامت عليها العدالة عبر العصور.

وفي هذا السياق تبرز أهمية البحث العلمي القانوني والقضائي بوصفه الأداة الأهم في تشخيص الإشكالات العملية، وتحليل النصوص التشريعية، واستشراف الاتجاهات الحديثة، واقتراح المعالجات الكفيلة بتطوير المنظومة القانونية وتعزيز كفاءتها. فالتشريع والقضاء لا ينهضان بوظيفتهما على الوجه الأكمل إلا في بيئة علمية نشطة تُسهم في إثراء الفكر القانوني، وتدعم عملية الاجتهاد والتطوير المستمر.

وانطلاقاً من هذه الرؤية، تواصل مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية رسالتها في نشر الدراسات والبحوث التي تهدف إلى خدمة العدالة وتعزيز الثقافة القانونية والقضائية، وإيجاد مساحة علمية جادة للحوار القانوني الرصين بين القضاة والباحثين والمحامين والأكاديميين والمهتمين بالشأن القانوني والقضائي .

ويأتي العدد الثامن عشر من المجلة ليعكس جانباً من هذه الرسالة، من خلال مجموعة من البحوث التي تناولت موضوعات متنوعة تجمع بين قضايا العدالة الجنائية، والإشكالات الإجرائية، والتحديات القانونية الناشئة عن التطورات التقنية الحديثة، في صورة تعكس اتساع آفاق البحث القانوني وقدرته على مواكبة احتياجات الواقع ومتطلباته.

فاستهل العدد ببحث الدكتورة تهاني علي يحيى زياد الموسوم بـ «الشكوى كقيد في تحريك الدعوى الجزائية في القانون اليمني»، والذي تناول أحد الموضوعات الإجرائية المهمة في نطاق الدعوى الجزائية، من خلال دراسة فلسفة الشكوى باعتبارها قيداً

استثنائيًا على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى، وتحليل الجرائم التي تخضع لهذا القيد وشروطه وآثاره القانونية، مع مناقشة مدى التوازن الذي حققه المشرع بين حماية المصلحة العامة وصيانة حقوق المجني عليه.

ويأتي بعده بحث فضيلة القاضي حافظ محمد الفرح بعنوان: «أحكام الإعسار في القضايا الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني»، حيث عالج إشكالية عملية وإنسانية وقانونية بالغة الأهمية تتصل بمركز المدين المعسر في القضايا الجنائية، مستعرضًا الأحكام الفقهية والقانونية ذات الصلة، ومناقشًا الآثار المترتبة على الإعسار في الحقوق الخاصة المرتبطة بالأحكام الجزائية، بما يسهم في فتح آفاق جديدة لمعالجة هذا الموضوع الذي يلامس واقعًا قضائيًا متكررًا.

كما اشتمل العدد على دراسة للدكتور أكرم يحيى عبد الله الموسومة بـ «الدفع بالانعدام العمل الإجرائي في قانون المرافعات اليمني - دراسة مقارنة»، والتي تناولت نظرية الانعدام الإجرائي بوصفها إحدى أهم النظريات المرتبطة بصحة الإجراءات القضائية، مبيِّنًا معايير الانعدام وآثاره ووسائل التمسك به، مع مقارنات تشريعية وقضائية تسهم في تعميق الفهم لهذا الموضوع الدقيق.

أما فضيلة القاضي أحمد عبد الله المهدي فقد تناول في بحثه «الرجوع عن الشهادة وأثره في جرائم الحدود بين الفقه الإسلامي والقانون اليمني» موضوعًا يتصل بوسائل الإثبات وأثرها في تحقيق العدالة الجنائية، مستعرضًا الأحكام الفقهية المتعلقة بالرجوع عن الشهادة، ومبيِّنًا انعكاساتها على الدعوى والأحكام والشهود، في دراسة تجمع بين التأصيل الشرعي والتحليل القانوني.

وفي إطار القضايا القانونية التي أفرزتها الثورة الرقمية، تضمن العدد بحث الباحث محمد علي حطرم بعنوان: «الإطار القانوني لحماية الأطفال في البيئة الرقمية»، والذي ناقش التحديات المتزايدة التي تواجه الأطفال في الفضاء الإلكتروني، ومدى قدرة التشريعات الوطنية على توفير الحماية القانونية الكافية لهم في مواجهة المخاطر الرقمية المتنوعة، في موضوع يكتسب أهمية متزايدة في ظل الانتشار الواسع للتقنيات الحديثة.

وفي المجال الإجرائي أيضًا، قدمت الباحثة وضحة أحمد حسن المراني دراسة بعنوان: «المواعيد الإجرائية بين التصنيف التقليدي والمنظور الوظيفي - دراسة تحليلية»، طرحت من خلالها رؤية علمية حديثة للمواعيد الإجرائية تتجاوز التصنيفات

التقليدية، وتسلب الضوء على الوظائف التي تؤديها هذه المواعيد في تحقيق العدالة الناجزة وضمان حقوق الدفاع وحسن سير الخصومة القضائية .

واختتمت بحوث العدد بدراسة الباحثة ندى عبدالله طامش الموسومة بـ «الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي»، والتي ناقشت واحدة من أكثر الإشكاليات القانونية إثارة للجدل في العصر الحديث، من خلال استعراض الاتجاهات الفقهية والقانونية المؤيدة والمعارضة لمنح أنظمة الذكاء الاصطناعي شخصية قانونية مستقلة، وتحليل الآثار القانونية والاقتصادية المترتبة على ذلك في ضوء التطورات التقنية المتسارعة .

إن القاسم المشترك بين بحوث هذا العدد يتمثل في سعيها إلى معالجة قضايا تمس صميم العدالة بمفهومها الواسع؛ عدالة تحمي الحقوق، وتضبط الإجراءات، وتواكب التطورات، وتستشرف المستقبل دون أن تنفصل عن أصولها الراسخة. وهو ما يعكس أهمية استمرار الجهد العلمي في تطوير الفكر القانوني والقضائي، وتعزيز دوره في بناء دولة القانون والمؤسسات .

وإذ نضع هذا العدد بين أيدي القضاة والمحامين والأكاديميين والباحثين والمهتمين بالشأن القانوني والقضائي، فإننا نأمل أن يساهم في إثراء المكتبة القانونية اليمنية والعربية، وأن يشكل إضافة علمية نوعية تعزز الحوار القانوني الرصين، وتدعم جهود التطوير القضائي والتشريعي، وتفتح آفاقاً جديدة للبحث والاجتهاد، بما يساهم في بناء وتطوير الواقع القضائي والقانوني والارتقاء بأدائه بما يواكب متطلبات العدالة وتحديات العصر.

والله الموفق،،،

الشكوى كقيد في تحريك الدعوى الجزائية في القانون اليمني *

الدكتورة / تهاني علي يحيى زياد

* بحث منشور في مجلة جامعة صنعاء للعلوم الإنسانية - المجلد (٥) العدد (٣)، ٢٠٢٦م.

مجلة
الجواب
الفاقهي

الملخص:

الأصل أن النيابة العامة هي المختصة بتحريك الدعوى الجزائية ورفعها ومباشرتها، ومع ذلك نجد أن المشرع يقرر أحياناً، واستثناءً من هذا الأصل العام، قيد سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية ورفعها في بعض الجرائم على تقديم شكوى من طرف المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً، بحيث لا تستطيع النيابة العامة القيام بأي إجراء من إجراءات تحريك الدعوى الجزائية والسير فيها إلا بعد تقديم المجني عليه شكواه.

كما منح المجني عليه أو من يقوم مقامه في جرائم الشكوى الحق في التنازل عن الشكوى التي قدمها إذا رأى أن مصلحته كونه مجنياً عليه قد تتعارض والسير في إجراءات الدعوى الجزائية.

وسبب خروج المشرع عن القاعدة هو رؤيته أن هذه الجرائم يغلب فيها الصالح الخاص على الصالح العام، لذلك ترك تقدير مدى ملاءمة الملاحقة من عدمها منوطاً بالمجني عليه، وما عليه إذا أثر رفع الدعوى الجزائية إلا أن يتقدم بشكواه من الجريمة، فيزول القيد وتسترد النيابة العامة حريتها في ملاءمة تحريك الدعوى ورفعها، وإن رأى أن من مصلحته عدم تقديم شكوى لأي سبب كان فإن الدعوى الجزائية لا تلبث أن تنقضي بعد فترة معينة.

المقدمة:

أولاً: موضوع البحث:

الجريمة أيًا كانت تتمثل في عدوان على مصلحة يحميها القانون، ومتى ما وقعت جريمة نشأ حق للدولة في معاقبة مرتكبها، ووسيلتها في استيفاء هذا الحق هي الدعوى الجزائية^(١).

وعليه فالدعوى الجزائية ملك للمجتمع، وهذا أمر لا استثناء فيه، ولحماية حقه في العقاب فإنه بحاجة إلى تحديد الجاني ورفع الدعوى الجزائية عليه ومباشرتها، والنيابة العامة بصفتها ممثلة عن المجتمع، ووكيله في الدفاع عن أمنه ومصالحه، وممثلة للمجني عليه بوصفه فردًا من أفراد هذا المجتمع، هي من تقرر، كأصل عام، ما إذا كان من الملائم تحريك الدعوى الجزائية أم لا.

في السابق كانت الدعوى الجزائية ملكًا للمجني عليه، فهو صاحب الحق في معاقبة الجاني أو في العفو عنه مقابل التعويض أو بدونه، إلا أنه مع التطور الذي طرأ على الإجراءات الجزائية، ومع تزايد سلطات الدولة، وتحت مظلة المصلحة العامة، حلت الدولة محل المجني عليه في حقوقه فأصبحت وكأنها هي المجني عليه في جميع الجرائم، وهي صاحبة الحق في العقاب، فأمسكت بزمام الخصومة الجزائية، وتقلص دور المجني عليه في إجراءات التحقيق بدرجة كبيرة، حيث أضحى المجني عليه غير قادر على معاقبة الجاني إلا عن طريق الدولة ممثلة في النيابة العامة، التي تتمتع بسلطة واسعة في تقدير مدى ملاءمة تحريك الدعوى الجزائية من عدمها بغض النظر عن رغبة المجني عليه ومصالحه، وهذا، بلا شك، ينتقص من حقوقه، ودوره في الخصومة الجزائية، على الرغم من كونه صاحب مصلحة تُعادل، إن لم تكن تفوق، مصلحة الدولة في عقاب الجاني.

في النصف الثاني من القرن العشرين بدأت تظهر اتجاهات حديثة في السياسة العقابية، تدعو إلى كفالة حقوق المجني عليه وضرورة إعطائه دورًا فعالًا في الدعوى الجزائية وعده خصمًا فيها.

فترتب على ذلك أن منحت معظم التشريعات ومنها التشريع اليمني المجني عليه بعض الحقوق التي تتعلق بتحريك الدعوى الجزائية؛ منها تقييد سلطة النيابة العامة في تحريك دعوى الحق العام في جرائم معينة، وعهدت بهذه المهمة إلى المجني عليه، إذ رأت

(١) Glaser, Stefan . Droit International pénal Conventionnel. E Bruylant, 1970. p. 49

ولا اعتبارات معينة أنه الأحق بذلك من ممثل المجتمع، ومن ثم لا تستطيع النيابة العامة ممثلة المجتمع رفع الدعوى الجزائية أو القيام بأي إجراء من إجراءات التحقيق إلا بعد أن يتقدم المجني عليه بشكواه، وما دون ذلك تظل حريتها مقيدة، وما على المجني عليه إذا أثر تحريك الدعوى الجزائية إلا أن يتقدم بالشكوى من الجريمة إلى الجهة المختصة قانوناً، فيزول القيد وتسترد النيابة العامة حريتها في تقدير ملاءمة تحريك الدعوى الجزائية، وإن اتخذ سبيل التغاضي فإن الدعوى الجزائية لا تلبث أن تنقضي بعد فترة معينة، وبذلك يسقط حق المجتمع في معاقبة الجاني، وأكثر من ذلك منح المجني عليه الحق في التنازل عن شكواه التي قدمها إذا رأى مصلحته كمجني عليه قد تتعارض والسير في إجراءات الدعوى الجزائية، كما منحه المشرع اليمني - خلافاً لأغلب التشريعات - الحق في العفو عن العقوبة، فله أن يتنازل عن شكواه إذا أراد في أي وقت، فباب التنازل عن الشكوى مفتوحٌ إلى آخريوم من تنفيذ العقوبة.

ثانياً: أهمية البحث:

تنبع أهمية هذه الدراسة من أهمية موضوعها الذي يتمثل في دراسة مفهوم الشكوى في القانون الجزائي اليمني، كونها توفر لأفراد المجتمع الحماية من المزاعم والادعاءات التي قد تثار حول حقوقهم ومراكزهم القانونية خارج ساحات القضاء وهو ما يحقق الاستقرار واليقين لأصحاب هذه الحقوق والمراكز.

أما الأهمية العلمية فتتمثل في إثراء المكتبة القانونية، ولفت أنظار الباحثين والمتخصصين إلى البحث والتقصي في هذا الموضوع لما له من أهمية وما يترتب عليه من آثار.

ثالثاً: هدف البحث:

تفترض الدراسة التي يقوم عليها هذا البحث أن تنظيم حق المجني عليه في الشكوى في القانون اليمني، يحتاج إلى مزيد من المراجعة والتعديل.

لذا فالبحث لا يُعنى بتريديد ما هو مدون في المؤلفات العامة بشأن هذا الحق، وإنما يهدف إلى تسليط الضوء على نظام الحق في الشكوى في التشريع اليمني والإلمام بكل الأحكام القانونية المتعلقة به، ويسعى إلى رصد مواطن وأوجه القصور التي تشوب التنظيم القانوني له، وتحديد الجرائم التي علق القانون إقامة الدعوى الجزائية الناشئة عنها على شكوى المجني عليه، ثم بيان ما إذا كان بالإمكان التوسع وإضافة جرائم أخرى

في ضوء الحكمة من تعليق إقامة الدعوى على شكوى المجني عليه في هذه الجرائم. وهذا يستلزم بيان نطاق هذا الحق، وكيفية تنظيمه، وضوابط تطبيقه، والحماية التشريعية المقررة له لضمان إمكان تفعيله من قبل المجني عليه، واحترامه من قبل الجهات القضائية.

كما يُقدم هذا البحث بعض التوصيات التي من شأنها، إن أخذت بعين الاعتبار في أي إصلاح تشريعي مستقبلي، ترسيخه وتوفير حماية أكثر ملاءمة له.

رابعاً: مشكلة البحث:

تكمن المشكلة في أنه لا يجوز أن تحرك الدعوى الجزائية أو تُرفع في بعض الجرائم الواردة في التشريع الجزائي اليمني إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه أو من يمثله قانوناً.

ولذلك فإن الإشكالية تكمن في الإجابة على العديد من التساؤلات التي تشكل هموم هذا البحث، ومن أهم هذه التساؤلات ما يلي:

لماذا اشترط المشرع الشكوى في تحريك بعض الدعاوى الجزائية ومنع النيابة العامة من رفع الدعوى الجزائية أو اتخاذ أي إجراء إلا بعد تقديمها؟

وكيف وازن المشرع اليمني بين المصلحة العامة والمتمثلة في حق المجتمع في عقاب مرتكب الجريمة وعدم إفلاته من العقاب، وبين المصلحة الخاصة المتمثلة في تعليق ذلك الحق على إرادة المجني عليه؟ والذي قد يؤدي في حال عدم تقديم شكوى من المجني عليه أو من يمثله قانوناً إلى إفلات مرتكب الجريمة من العقاب.

خامساً: منهج البحث:

للإجابة عن الأسئلة المثارة في مشكلة البحث كان لزاماً اتباع منهج يتماشى وطبيعة الدراسة، كونها تنصب على نقطة إجرائية في غاية الدقة مرتبطة في حد ذاتها بجملة من الإجراءات والشروط القانونية المتداخلة التي فرضت علينا التوجه للمنهج الوصفي مقروناً بألية التحليل، من خلال الاطلاع على النصوص القانونية الناظمة لقيود الشكوى في قانون الإجراءات الجزائية بوصفه القانون المنظم لهذا الاستثناء وتحليله للوصول للأحكام القانونية الخاصة بقيود الشكوى. دون الاستغناء عن آلية الاستقراء والاطلاع على الآراء الفقهية لشرح القانون والأحكام القضائية المتعلقة به.

سادساً: خطة البحث:

نتيجة لأهمية الدور الذي منحه المشرع اليمني -أسوة بغيره من التشريعات المناظرة- للمجني عليه في جرائم الشكوى، ولتحقيق الأهداف المرجوة من هذه الدراسة، ارتأينا تقسيمها على خمسة مباحث وسيكون ذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: عنوانه: «مفهوم الشكوى وتمييزها عما يشابهها»، وسيتم توضيحه من خلال مطلبين؛ المطلب الأول: مفهوم قيد الشكوى وطبيعتها القانونية، والمطلب الثاني: تمييز قيد الشكوى عما يشابهها.

والمبحث الثاني: عنوانه: «الجرائم التي تخضع لقيد الشكوى»، وسيتم توضيحه من خلال مطلبين؛ المطلب الأول: الجرائم الواقعة على الأشخاص، والمطلب الثاني: الجرائم الواقعة على الأموال.

المبحث الثالث: عنوانه: «شروط صحة الشكوى وآثارها»، وسيتم توضيحه من خلال مطلبين؛ المطلب الأول: شروط صحة الشكوى، والمطلب الثاني: الآثار الإجرائية للشكوى.

أما المبحث الرابع: عنوانه: «حالات انقضاء الحق في تقديم الشكوى وسقوطه»، وسيتم توضيحه من خلال مطلبين؛ المطلب الأول: سقوط الحق في الشكوى بوفاة المجني عليه، والمطلب الثاني: مضي المدة المحددة لتقديم الشكوى.

أما المبحث الخامس والأخير: عنوانه: «التنازل عن الشكوى»، وسيتم توضيحه من خلال مطلبين؛ المطلب الأول: أحكام التنازل عن الشكوى، والمطلب الثاني: الآثار الإجرائية للتنازل عن الشكوى.

ثم نتبع ذلك كله بخاتمة تبين أهم النتائج التي توصلت إليها، وأبرز التوصيات التي قدمتها ثم قائمة المراجع.

المبحث الأول مفهوم الشكوى وتمييزها عما يشابهها

تمهيد وتقسيم:

قيد المشرع اليمني سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية الناشئة عن الجرائم الواردة في نص المادة (٢٧) إ.ج، فأصبحت بمقتضاه حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية معلقة على إرادة المجني عليه، بوصفه المتضرر الأول من وقوع الجريمة المرتكبة من قبل الجاني، إن شاء تحريك الدعوى الجزائية فإن أول إجراء يتخذه هو تقديم الشكوى، وفي هذه الحالة تستطيع النيابة العامة تحريك الدعوى الجزائية إذا رأت ذلك وفقاً لمبدأ الملاءمة، وإن امتنع المجني عليه عن تقديمها لا تستطيع النيابة العامة بالمطلق رفع الدعوى الجزائية أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق.

ويمكن توضيح مفهوم الشكوى وتمييزها عما يشابهها، من خلال تقسيم هذا المبحث على مطلبين؛ الأول: نوضح فيه مفهوم قيد الشكوى وطبيعتها القانونية، والثاني: أبين فيه تمييز قيد الشكوى عما يشابهها.

المطلب الأول مفهوم قيد الشكوى وطبيعتها القانونية

أولاً: مفهوم قيد الشكوى^(١):

يترك المشرع للفقهاء وضع التعريف المناسب لعدد من المصطلحات القانونية ومنها قيد الشكوى، إذ يكفي المشرع بإيراد المصطلح القانوني، ويلزم به المخاطبين بالقاعدة القانونية من دون أن يذكر أي تعريف لذلك المصطلح.

(١) الشكوى لغة هي: التظلم من أمر معين، وشكا فلان من فلان تظلم منه وأخبر عن فعله السيئ، فالمخبر هو شاك، المخبر عنه، مشكو ومشكي، والمخبر: مشكو إليه، والخبر: الشكوى، ويقصد بذلك التوجع وإظهار ما بك من مكروه أو مرض أو نحوه. المنجد في اللغة والأعلام، دار الشرق، بيروت، لبنان، ط ١٩٨٦، ص ٣٩٩.

وبالعودة إلى النصوص القانونية ذات الصلة بهذا البحث في التشريع اليمني نجد أن المشرع لم يضع تعريفاً خاصاً للشكوى بوصفها قيداً على سلطة النيابة العامة، يمكن الاعتماد عليه، وإنما ذكرها في نصوص قانونية مختلفة، فنجد استعمل مصطلح الشكوى في نص في المادة (٢) إ.ج على أنها الادعاء أو المطالبة، فجاء نص المادة بأن الشكوى هي «الادعاء الشفهي أو الكتابي المقدم إلى النيابة العامة بأن شخصاً ما معلوماً، كان أو مجهولاً، قد ارتكب جريمة»^(١)، ونص في المادة (٢٧) إ.ج على أنه: «لا يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجزائية أمام المحكمة إلا بناء على شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً...»، واستعمل كذلك مصطلح الشكوى في المادة (٢٩) إ.ج بالقول: «ينقض الحق في الشكوى... بمضي أربعة أشهر...».

يُلحظ أن ما نصت عليه المادة (٢) إ.ج، يدور حول المفهوم العام للشكوى، وليس المفهوم الخاص لها، كقيد إجرائي على سلطة النيابة العامة في تقدير ملاءمة تحريك الدعوى الجزائية؛ وهذا المفهوم إذا كان يصح في الأحوال التي لا تكون الشكوى ومباشرة الدعوى فيها رهناً بإرادة المجني عليه وفي جرائم معينة، إلا أنه لا يصح بالنسبة للجرائم التي تكون فيها الشكوى من المجني عليه شرطاً لتحريك الدعوى الجزائية.

ولذا فإنه يلزم لتحديد مفهوم الشكوى كقيد إجرائي، وفقاً لرؤية المشرع اليمني، قراءة النصوص القانونية النازمة لجرائم الشكوى، أنفة الذكر مجتمعة حتى نكون حقاً أمام معنى معبراً وصائباً للشكوى بوصفها قيداً على سلطة النيابة في تحريك الدعوى الجزائية أو رفعها، أما لو أخذ مضمون كل مادة على حدة، أو لو اعتمدنا على التعريف الوارد في نص المادة (٢) إ.ج لبقية المقصود من قيد الشكوى غامضاً، ويعتريه النقص والقصور.

وعليه؛ فالمشرع اليمني قد أفصح عن رؤيته لمفهوم قيد الشكوى وعن أبرز عناصر تعريفها؛ في النصوص أنفة الذكر مجتمعة إذ قال إنها عبارة: عن: ادعاء شفهي أو كتابي يتقدم به المجني عليه أو من يمثله قانوناً - ضمن مدة محددة - إلى النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي يفيد بأن شخصاً ما معلوماً، كان أو مجهولاً، قد ارتكب جريمة من الجرائم المحددة في المادة (٢٧) إ.ج، طالباً متابعتها الفاعل عن الجريمة وتوقيع العقوبة عليه.

(١) عرف المشرع المصري في المادة (٣) من قانون الإجراءات الجنائية رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٣م، قيد الشكوى بأنها: «شكوى شفوية أو كتابية من المجني عليه أو من وكيله الخاص، إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد...»، ونصت المادة (٩/أ) في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١م، بأن: «تقديم الشكوى يتضمن الدعوى بالحق الجزائي...».

وباجتماع العناصر المتقدّمة في التصرف القانوني نكون أمام مفهوم الشكوى بالمعنى القانوني الذي قصده المشرّع؛ أي الشكوى بوصفها قيداً على سلطة النيابة العامة، في تحريك دعوى الحق العام، والأثر القانوني المترتب على تقديمها هو استرداد النيابة العامة لحقها في تحريك الدعوى الجزائية والسير في إجراءاتها حتى صدور حكم فيها.

وهناك من الفقهاء من عرفوا الشكوى^(١) أذكر منها مثلاً- تعريف الدكتور مأمون محمد سلامة بأنها: طلب كتابي أو شفهي يعرب فيه الشاكي عن إرادته في إثبات المسؤولية الجنائية للمشكو في حقه عن فعل معين يستوجب العقاب^(٢) وتعريف للدكتور أحمد فتحي سرور بأنها: البلاغ الذي يقدمه المجني عليه إلى السلطة المختصة النيابة العامة أو مأمور الضبط القضائي طالباً تحريك الدعوى الجنائية في الجرائم التي تتوقف فيها حرية النيابة العامة في هذا التحريك على توافر هذا الإجراء^(٣).

ومهما تعددت الآراء الفقهية حول تعريف الشكوى بوصفها قيداً على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية، إلا أن أغلبها يتفق على أنها: إجراء يباشره المجني عليه أو من ينوب عنه قانوناً يطلب فيه من القضاء تحريك الدعوى الجزائية في جرائم معينة يحددها القانون على سبيل الحصر، لإثبات مدى قيام المسؤولية الجزائية في حق المشكوبه وتطبيق حكم القانون عليه.

ثانياً: الطبيعة القانونية لقيد الشكوى؛

اختلفت آراء الفقهاء بشأن تحديد الطبيعة القانونية للشكوى عندما تكون شرطاً لتحريك الدعوى الجزائية، وهذا الجدل ظهر بسبب الاختلاف بين التشريعات، فبعضها وضع جرائم الشكوى في قانون العقوبات وبعضها وضعها في قانون الإجراءات الجزائية، وهذا التوزيع أسهم في الخلط في تحديد طبيعة هذا القيد؛ هل هو نظام موضوعي لوروده في قانون العقوبات، أم نظام إجرائي لوروده في قانون الإجراءات الجزائية؟ وإن كانت هذه التشريعات تتفق من حيث المبدأ على أن الحق في الشكوى يُعد قيداً على سلطة النيابة في تحريك الدعوى الجزائية.

(١) ونذكر أيضاً تعريفاً للدكتور جلال ثروت بأنها: تعبير عن إرادة المجني عليه يرتب أثراً قانونياً في نطاق الإجراءات الجنائية هو رفع العقبة الإجرائية من أمام النيابة العامة بقصد تحريك الدعوى العمومية فيها،

راجع مؤلفه: أصول المحاكمة الجزائية، مطبعة دار الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٦م، ص ١١٥.

(٢) راجع مؤلفه: الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مطبعة دار الكتب، بيروت، ١٩٧١م، ص ١١٦.

(٣) راجع مؤلفه: القانون الجنائي الدستوري، ط ٤، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٤٠١.

يرى البعض أن الشكوى قيد ذو طبيعة موضوعية، فهو قيد يرد على سلطة الدولة في العقاب، وليس على الدعوى الجزائية في حد ذاتها، مما يجعل أثر الشكوى ينصرف إلى العقوبة ذاتها (مع بقاء صفة الجريمة ملتصقة بالسلوك في كافة الأحوال)، وعليه فهي شرط موضوعي للعقاب، إذ يؤدي عدم تقديم الشكوى أو التنازل عنها إلى عدم إنزال العقاب بمرتكبها؛ الأمر الذي ينهي حق الدولة في العقاب؛ لذا فقد عدّ هذا الفريق القاعدة التي تعلق رفع الدعوى الجزائية على شكوى المجني عليه قاعدة جزائية موضوعية في كل الأحوال مكانها المناسب قانون العقوبات^(١).

في حين ذهب رأي آخر إلى أن الشكوى قيد ذو طبيعة إجرائية (شكلية)، فهي لا تتعلق بسلطة الدولة في العقاب، وإنما شرط يتعلق بتحريك الدعوى الجزائية، وإن كانت ستؤدي إلى توقيع العقاب في حالة تقديمها أو عدم توقيعه في حالة عدم تقديمها، إلا أن هذه النتيجة هي نتيجة غير مباشرة لاستحالة تحريك الدعوى الجزائية^(٢).

وهناك من يرى بأن الشكوى قيد موضوعي إجرائي، أي ذو طبيعة مختلطة، فهم يرون أن للشكوى ثلاث وظائف، قد تكون شرطاً موضوعياً للعقاب أو شرطاً إجرائياً لتحريك دعوى الحق العام، أو حقاً شخصياً للمجني عليه في جرائم معينة، حددها المشرع بنصوص صريحة، ولا يجوز المتابعة بشأنها إلا بناءً على شكوى.

وقد واجه هذا الرأي نقداً؛ فقليل إنه من الصعب عد قاعدة ما موضوعية وإجرائية في وقت واحد أو ذات طبيعة مختلطة؛ لعدم تحديد الطبيعة التي بموجبها تحدد النتائج العملية لتطبيق القاعدة، وكذلك اختلاف وتضارب آثارها لاختلاف طبيعتها، ويرجع سبب ذلك إلى اختلاف الآثار التي تنشأ عن عدّها موضوعية وتعارضها مع الآثار التي تسري عند عدّها شكلية.

وبالرجوع إلى موقف المشرع اليمني، فقد تبني المذهب الإجرائي، كونه يذهب دائماً إلى أن الشكوى شرط للمتابعة الجزائية وأن سحب الشكوى يترتب عليه انقضاء الدعوى الجزائية، كما وضع النصوص المنظمة لأحكام الشكوى في الكتاب الأول من الباب الثالث من الفصل الثاني من قانون الإجراءات الجزائية اليمني النافذ رقم (٣١) لسنة ١٩٩٤م، تحت عنوان: «قيود رفع الدعوى الجزائية» في المواد من (٢٧ إلى ٣١)، وليس في

(١) من بين المؤيدين لهذا التوجه: د. أحمد فتحي سرور: أصول قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م، ص ١٤. من بين منتقدي هذا الرأي د. حسنين إبراهيم صالح عبيد: شكوى المجني عليه (تاريخها، طبيعتها، أحكامها)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥م، ص ٥١.

(٢) د. جلال ثروت: المرجع السابق، ص ١١٧.

قانون العقوبات، وإن كان أحال تعداد هذه الجرائم إلى قانون العقوبات.

ثالثاً: الحكمة التي ارتأها المشرع من هذا الاستثناء:

مما لا شك فيه أن المشرع عندما منع تحريك دعوى الحق العام في جرائم معينة، وعلق ذلك على تقديم شكوى من المجني عليه، فإنه بذلك قد غلب المصلحة الخاصة للمجني عليه على مصلحة المجتمع، ولكن ما الأسباب التي استند إليها في ذلك؟

يمكن القول إن السبب يعود إلى تقدير المشرع للضرر الذي سوف يصيب المجني عليه من تحريك الدعوى الجزائية وعقاب مرتكب الجريمة بأنه سيكون أكبر بكثير من الضرر العام الذي يصيب المجتمع من عدم تحريك الدعوى الجزائية وإفلات مرتكب الجريمة من العقاب، ولذا فإن المجني عليه هو الأقدر على ملاءمة مدى إمكان تحريك دعوى الحق العام والآثار المترتبة عليها، وهو وحده من يقرر حاجته لحماية الدولة، بحيث لا تتدخل الدولة إلا بناء على رغبته الصريحة هو أو من يمثله قانوناً.

فمثلاً: في الجرائم الواقعة على الأشخاص الواردة في الفقرة الأولى من المادة (٢٧) إ.ج السبب حماية شعور المجني عليه الذي قُذِفَ أو سُبَّ أو تَعَرَّضَ للإهانة، فقد رأى المشرع أن تردد ألفاظ السباب والقذف وتكرارها أثناء سير إجراءات الدعوى قد يؤدي إلى المساس بسمعته واعتباره في المجتمع، وإلى زيادة إيلاجه، كما قد تمس في الغالب سمعة أفراد أسرته، وهذا ما قد يجعل الشخص الذي قُذِفَ أو سُبَّ أو تَعَرَّضَ للإهانة قد يفضل السكوت وعدم إثارة الموضوع أمام المحاكم، والرد بطريقة غير طريقة رفع الدعوى اتقاءً للفضائح التي قد تلحقه من تكرار الألفاظ المهينة.

وفي جرائم الأموال الواردة في الفقرة الثانية من المادة ذاتها، السبب حماية كيان الأسرة، فقد تؤدي إجراءات التقاضي إلى الإضرار بالروابط العائلية؛ لأن تلك الجرائم لا تكون الدعوى الجزائية الناشئة عنها معلقة على شكوى إلا إذا كان الجاني زوجاً أو أختاً أو أصلاً أو فرعاً للمجني عليه، ففضل المشرع مراعاة للعلاقة العائلية بين المجني عليه والجاني جعل حق الملاءمة في تقدير تحريك الدعوى بيد المجني عليه.

وفي جرائم الشيكات الواردة في الفقرة الثالثة؛ السبب حرص المشرع على العلاقات الاقتصادية في هذا المجال وما تقتضيه العلاقات من سرعة حل دون اللجوء إلى التقاضي وإجراءاته المطولة.

وفي جرائم إتلاف الأموال الخاصة الواردة في الفقرة الرابعة، السبب حماية حق

الشخص في ملكه؛ إذا رأى المشرع أن الجريمة خاصة جداً لا تهم المجتمع بشكل كبير بقدر أهميتها للمجني عليه وأن الضرر الذي سوف يعود على المجني عليه أكبر بكثير من الضرر الذي يعود على المجتمع لو قام بتحريكها دون الرجوع إليه.

وخلاصة لما تم طرحه نرى أن نظام قيد تحريك الدعوى الجزائية في بعض الجرائم على شكوى المجني عليه قد يكون أحد الحلول لمواجهة الزيادة في عدد الدعاوى الناشئة عن تلك الجرائم والتي يمكن أن تثقل كاهل الجهات المعنية بتطبيق القانون الجنائي وتنفيذه، من محاكم وشرطة ونيابة عامة، وهو ما يؤدي إلى استغراق وقت طويل في الدعاوى، وإلحاق الأذى والضرر بأطراف الدعوى، وإضعاف فاعلية العقوبة وقوة ردعها في نفوس الأفراد.

وعليه وانطلاقاً من هذه الفائدة فإننا نقترح توسيع نطاق الجرائم التي تتطلب شكوى من المجني عليه لتحريك الدعوى الجزائية بحيث تشمل جرائم أخرى.

المطلب الثاني

تمييز قيد الشكوى عما يشابهها

كثيراً ما يقع الخلط بين الشكوى والبلاغ من جهة، وبين الشكوى بوصفها تصرفاً يصدر عن المجني عليه لإبلاغ السلطات المختصة بوقوع جريمة عليه، وبين أن تكون هذه الشكوى شرطاً لازماً لتحريك الدعوى الجزائية.

وبين الشكوى والطلب والإذن بوصفهما من قيود تحريك الدعوى الجزائية في جرائم معينة رغم وجود الكثير من نقاط الاختلاف، لذلك سوف نوضح التمييز بين الشكوى وبين تلك المصطلحات كل في فرع مستقل.

الفرع الأول

تمييز الشكوى عن قيد الشكوى

الشكوى بمعناها العام لا يتغير بوصفها تصرفاً أو إجراءً يصدر عن شخص محدد هو المجني عليه، يعبر بمقتضاه عن رغبته في إخبار سلطة الاتهام بوقوع جريمة عليه، طالباً اتخاذ إجراءات تحريك الدعوى الجزائية الناشئة عنها، إلا أن هذا التصرف قد يكون شرطاً لازماً لإمكانية مباشرة سلطة الاتهام لسلطتها في تحريك الدعوى الجزائية بالنسبة

لجرائم معينة، وبدونه لا تستطيع القيام بذلك، فتكون الشكوى قيداً على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية، وقد لا تكون الشكوى كذلك، والفارق بين الحالتين: هو أن النيابة العامة تستطيع أن تباشر إجراءات تحريك الدعوى الجزائية، عندما يصل إلى علمها وقوع جريمة، سواء أقدم المجني عليه على تقديم الشكوى أم لا، عندما لا تكون الشكوى قيداً، أي عندما لا يتطلب القانون شكوى المجني عليه لتحريك الدعوى الجزائية في حين لا تستطيع ذلك، عندما تكون الشكوى قيداً، أي عندما يتطلب القانون شكوى المجني عليه لتحريك الدعوى الجزائية.

وبناءً على ما تقدّم يمكن أن تُعرّف الشكوى بمعناها العام بأنها: التصرف القانوني الذي يقوم به المتضرر من الجريمة، سواء كان المتضرر هو المجني عليه أو غيره، ويتضمّن إخبار الجهة المختصة بوقوع جريمة من الجرائم التي لا يتوقّف فيها تحريك الدعوى الجزائية أصلاً على تقديم شكوى، ويُطلَب فيه اتخاذ الإجراءات القانونية ضد فاعل الجريمة، وقد تكون هذه الشكوى بصورة شفوية أو تحريرية.

في حين يمكن تعريف الشكوى بوصفها قيداً على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية بأنها: الإجراء أو التصرف الذي لا يملك القيام به إلا المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً فقط، ضمن المدة التي حددها المشرع في المادة (٢٩) إ.ج، ويتضمّن إخبار الجهة المختصة بتلقّي الشكاوى بوقوع جريمة من الجرائم التي حصرها المشرع في المادة (٢٧) إ.ج، واشترط لتحريك الدعوى فيها تقديم شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه، طالباً تحريك الدعوى الجزائية الناشئة عنها للوصول إلى معاقبة مرتكبها.

معنى ما تقدم هو أن الشكوى في الجرائم الواردة في المادة (٢٧) إ.ج هي حق للمجني عليه، ولهذا فإن من نتائج ذلك أن يكون له ملاءمة استعمال هذا الحق ويترتب على استعماله إمكانية اقتضاء حق الدولة في معاقبة الجاني، كما يترتب على عدم استعماله استحالة اقتضاء الدولة لحقها هذا.

الفرع الثاني

تمييز الشكوى عن البلاغ

عرف المشرع اليمني البلاغ في المادة (٢) إ.ج بأنه: إخطار الجهة المختصة بوقوع الحادث، والتبليغ في الأصل أمرٌ جوازيٌّ أو التزامٌ أدبيٌّ يقع على عاتق الفرد حيث لا يقرر المشرع - عادة - جزاء على عدم التبليغ وهو ما قرره في المادة (٩٤) إ.ج بالقول بأن «على

كل 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. غير أنه أوجب التبليغ على كل من علم من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة، وقرره في المادة (٩٥) إ.ج بالقول: «يجب على كل من علم من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة، أثناء تأديته لعمله أو بسبب ذلك، بوقوع جريمة من الجرائم التي يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو إذن أن يبلغ عنها فوراً النيابة العامة أو أقرب مأموري الضبط القضائي».

من خلال ما تقدّم نستطيع القول إن الشكوى تلتقي مع البلاغ في جوانب عدة أبرزها ما يلي:

- ١- كلاهما يتضمّن إعلام الجهات المختصة والمتمثّلة في النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي بوقوع جريمة.
- ٢- كلاهما يمكن تقديمه بصورة شفوية أو تحريرية.
- ٣- كلاهما يمكن أن يُقدّم ضد شخص معلوم أو مجهول.
- ٤- ليس من شأن الشكوى التي تقدّم من المجني عليه أو البلاغ الذي يُقدّم من أي شخص في غير جرائم الشكوى إلزام النيابة العامة بتحريك الدعوى، بل لهذه الأخيرة الحقّ في تقديرها ما إذا كان من المناسب اتخاذ إجراء تحريكها أم لا.
- ٥- في حالة تعدّد المتهمين يكفي تقديم الشكوى أو البلاغ ضدّ متهم واحد، حتى تتم المتابعة ضدّ المتهمين الآخرين.
- ٦- تتفق الشكوى والبلاغ من حيث وحدة الشكوى، فتقديم الشكوى أو البلاغ من المجني عليهم - في حال تعددهم - يكفي أن يُقدم من أحدهم وتعدّد ذلك كأنها مقدمة من قبلهم جميعاً.

ورغم ذلك فإن هناك أوجه اختلافات عديدة بين البلاغ والشكوى، نذكر أبرزها في

التالي:

- ١- الشكوى تأتي تعبيراً عن إرادة شخص محدد هو المجني عليه، تتضمن رغبته في اتخاذ الإجراءات القانونية بحق مرتكب جريمة من الجرائم المذكورة - على سبيل الحصر- في المادة (٢٧) إ.ج، وتوقيع الجزاء على مرتكب الجريمة والمطالبة بالحقوق المدنية، بينما البلاغ هو مجرد إخطار للجهات المختصة عن وقوع

جريمة ما؛ تحقيقاً للصالح العام، ويقدم من أي شخص شاهد الجريمة أو علم بوقوعها ويقدم في جميع الجرائم دون حصر.

٢- لصاحب الحق في الشكوى أن يتنازل عنها، المادة (٣١) إ.ج، أما مقدم البلاغ فليس من حقه ذلك.

٣- لا يُشترط أن يكون المبلغ أهلاً للتقاضي ولا يترتب أي أثر محدد فيما عدا السلطة المخولة لضباط الشرطة القضائية، في إجراء التحريات وإخطار النيابة العامة، لاتخاذ ما تراه مناسباً من جدية البلاغ المقدم، في حين يترتب على تقديم الشكوى أثر قانوني مهم وهو رفع القيد عن سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية وإطلاق يدها بشأنها فتعود لها سلطة الملاءمة؛ ولذا يُشترط في الشاكي أن تتوفر فيه أهلية التقاضي خلافاً للمُبلغ.

٤- إن تقديم الشكوى جوازي دائماً؛ حيث إن المجني عليه حُر في تقديمها أو الامتناع، بينما البلاغ - كما سبق القول - قد يكون جوازياً على كل من علم من المواطنين بوقوع جريمة من الجرائم التي يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها. وواجب على الموظفين العموميين المكلفين بخدمة خلال تأدية مهامهم.

الفرع الثالث

تمييز الشكوى عن القيود الإجرائية الأخرى

أفصح المشرع الجزائي اليمني عن قصده في تقييد حق النيابة في رفع الدعوى الجزائية في صور ثلاث: الشكوى: وقصد بها حماية مصالح المجني عليه الشخصية، والطلب: وقصد به حماية هيئة عامة سواء بصفتها مجنياً عليها أو بصفتها أمينة على مصالح الدولة العليا، والإذن: وقصد بها حماية شخص معين ينتسب إلى إحدى الهيئات التي قد يكون في رفع الدعوى الجزائية عليه مساس بها؛ لما لها من استقلال.

إن كلاً من الشكوى والإذن والطلب قيوداً ترد على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية، بحيث لا يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى الجزائية إلا إذا قدمت الشكوى والإذن والطلب.

ونظراً لوجود تشابه بين الشكوى وهذه القيود فإننا سنتناول في هذا الفرع تمييز الشكوى عن القيود الإجرائية الأخرى وفقاً لما يلي:

أولاً: تمييز الإذن عن الشكوى:

عُرِّفَ الإذن بأنه: عمل إجرائي يصدر عن هيئة عامة، تعرب فيه عن عدم اعتراضها على تحريك الدعوى الجزائية من قبل متهم معين ينتمي إليها^(١).

مِمَّا تقدّم يتضح أن الإذن يتفق مع الشكوى، في أنّ كليهما يمثل قيداً على سلطة النيابة في تحريك الدعوى الجزائية. وبتقديمهما يرفع ذلك القيد، فتسترد النيابة بموجب تلك الشكوى أو ذلك الإذن حريتها كاملة في مباشرة اختصاصها، ومع ذلك فإن هناك أوجه اختلاف عديدة بينهما، نذكر أبرزها فيما يلي:

- ١- الشكوى عينية الأثر، أي أن تقديم الشكوى ضد أحد المتهمين يؤدي إلى تحريك الدعوى ضد باقي المتهمين الذين لم تشملهم الشكوى، بينما الإذن شخصي بحت، فإذا ما أعطي الإذن لتحريك الدعوى ضد شخص فإنه لا ينصرف إلى غيره من المتهمين، ممن يكون متمتعاً بالحصانة، وإن كان شريكاً له في الجريمة.
- ٢- الإذن غير مقيد بمدة، ويمكن إعطاؤه طالما أن الجريمة لم تسقط بالتقادم. بينما الشكوى يجب تقديمها خلال مدة أربعة أشهر، وإلا فلن تقبل.
- ٣- إذا صدر الإذن من الجهة المخوّلة بإصداره، فلا يجوز لها التنازل عنه أو سحبه أو العدول عنه بعد صدوره، في حين يجوز لصاحب الشكوى أن يتنازل عنها بعد تقديمها.
- ٤- الإذن يجب أن يكون مكتوباً، لأن طبيعته تقتضي ذلك فهو يصدر عن هيئة عامة. في حين الشكوى - كما سبق القول - يمكن أن تكون شفوية أو كتابية.
- ١- يزول قيد الإذن في حالة التلبس بالجريمة، أي تنتفي الحاجة إلى الحصول على

(١) وردت الحالات التي يتطلب فيها المشرع اليمني الحصول على إذن لرفع القيد عن النيابة العامة لتحريك الدعوى الجزائية في نواح متفرقة من التشريعات، منها حالة الإذن في الجرائم التي تقع من أعضاء مجلس النواب المنصوص عليهما في المادتين (٨٠/٨١) من الدستور وكذا المادتان (٢٠١/٢٠٢) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٦م بشأن اللائحة الداخلية لمجلس النواب، وحالة تحريك الدعوى الجزائية ضد القضاة وأعضاء النيابة: وقد نظمها في المادة (٢٥) إجراءات جزائية، وكذا المادتان (٨٧/٨٨) من قانون السلطة القضائية، وحالة الإذن في الجرائم المنسوبة للموظف العام أو أموري الضبط القضائي أثناء أو بسبب تأدية الوظيفة وقد نظمها المشرع في المادة (٢٦) إجراءات جزائية، ومن حالات الإذن ما جاء في الفقرة الخامسة من المادة (٣) من قانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الأحداث بالقول: «إذا كان سئى السلوك خارجاً عن سلطة أبيه أو وليه أو وصيه أو عن سلطة أمه في حالة وفاة وليه أو غيابه أو انعدام أهليته ولا يجوز في هذه الحالة اتخاذ أي إجراء قبل الحدث ولو على سبيل الاستدلال إلا بعد الحصول على إذن من أبيه أو وليه أو وصيه أو أمه حسب الأحوال».

الإذن في حالة التلبس، ومن ثم بإمكان النيابة العامة مباشرة إجراءات تحريك الدعوى دون الحاجة إلى موافقة جهة معينة حتى لو كان المتهم يتمتع بالحصانة؛ لأنَّ الحصانة تزول في حالة التلبس، بينما تبقى إقامة الدعوى الجزائية معلقة على شكوى في جرائم الشكوى، حتى في حالة التلبس بالجريمة، فاعتبارات الشكوى غير اعتبارات الإذن.

- ٢- الحق في الشكوى هو حق شخصي مقرر لمصلحة المجني عليه، وهو شخص طبيعي، ولذلك ينقضي بوفاته. أمَّا الإذن؛ فالهدف منه هو حماية استقلال وهيبة الجهة التي ينتمي إليها المتهم والتي اشترط القانون الحصول على إذنها وهي شخص اعتباري.
- ٣- يجوز للنيابة العامة قبل الحصول على الإذن أن تتخذ كافة الإجراءات التي لا تمس شخص المتهم، مثل سماع الشهود والمعاينة وندب خبير، ولا يجوز لها اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق قبل تقديم الشكوى.

ثانياً: تمييز الطلب عن الشكوى:

الطلب هو: إجراء يصدر بشكل كتابي من هيئة عامة حددها القانون، وهو موجه إلى النيابة يتضمن رغبة تلك الجهة في تحريك الدعوى الجزائية عن جريمة علق القانون تحريك الدعوى الجزائية فيها على رغبة تلك الجهة^(١).

(١) لم يتطرق المشرع اليمني إلى الحالات التي تتقيد فيها سلطة النيابة العامة بتحريك الدعوى الجزائية بالطلب في قانون الإجراءات الجزائية وإنما تطرق إلى هذا القيد في نصوص قانونية مختلفة والنص عليها كقيد يرد على سلطة النيابة العامة وحريتها في تحريك الدعوى الجزائية في جرائم معينة منها: أولاً: جرائم التهريب الجمركي: ورد قيد الطلب في المادة (٢٠٦) من قانون الجمارك رقم (١٤) لسنة ١٩٩٠م، بالنص أنه «لا يجوز رفع الدعوى في المخالفات الجمركية وجرائم التهريب إلا بناء على طلب خطي من رئيس المصلحة أو من يفوضه بذلك».

ثانياً: جرائم الاحتكار والغش التجاري: ورد قيد الطلب في المادة (٢٣) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لعام ١٩٩٩م، بشأن تشجيع المنافسة ومنع الاحتكار والغش التجاري، بالنص على أن «تحال المخالفات المنصوص عليها في هذا القرار بالقانون إلى النيابة العامة بقرار من الوزير بناء على توصية الجهاز ولا ترفع الدعوى العمومية عنها إلا بطلب من الوزير».

ثالثاً: الجرائم التي تقع بالمخالفة لقانون الطيران المدني: تم تقرير قيد الطلب في الفقرة الثالثة من المادة (٢٧٢) من القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٣م، في شأن الطيران بالنص على أن «تحرك الدعوى الجزائية في جميع الأحوال بناء على طلب من سلطات الطيران المدني».

رابعاً: الجرائم الضريبية: تم تقرير قيد الطلب في المادة (٥٠) من قانون الضريبة العامة على المبيعات رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١م، بالنص على أن: «لا يجوز رفع الدعوى الجزائية أو اتخاذ أي إجراءات من جرائم التهريب من الضريبة إلا بناء على طلب من الوزير أو ممن يفوضه».

يتضح من خلال هذا التعريف أن هناك أوجه تشابه بين الطلب والشكوى، يمكن إجمالها في الآتي:

١- كلاهما يمثل قيداً يحد من حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى، وبدونهما لا يحق للنياية العامة اتخاذ أي إجراء في الدعوى قبل تقديم الشكوى أو الطلب في جرائم الشكوى وجرائم الطلب وتقدمهما تتحرك هذه الدعوى وتسترد النيابة العامة حريتها في تقدير ملاءمة تحريك دعوى الحق العام.

٢- كلاهما يتضمن تعبيراً عن إرادة مقدمه في اتخاذ الإجراءات القانونية في حق مرتكب الجريمة، وليس مجرد إبلاغ السلطة المختصة بوقوع جريمة.

٣- كلاهما يمكن سحبه والتنازل عنه بعد تقديمه ويترتب على ذلك انقضاء الدعوى الجزائية.

٤- كلاهما يصدران من المجني عليه. والمجني عليه في جرائم الشكوى هو الفرد، والمجني عليه في جرائم الطلب هو هيئة عامة محددة قانوناً حولها القانون حق تقديم طلب ذلك لكونها أقدر من غيرها على تقدير ظروف أو ملابسات تحريك الدعوى.

ورغم ذلك فإن هناك أوجه اختلاف يمكن ذكر أبرزها فيما يلي:

١- لا تقبل الشكوى إلا من المجني عليه أو ممن يقوم مقامه قانوناً، في حين أن الطلب يصدر عن جهة عامة ويُقدّم بواسطة ممثلها القانوني، لذا فإن الحق في الشكوى ينقضي بوفاة المجني عليه بينما لا يسقط الحق بالطلب بوفاة الوزير أو مدير الهيئة أو المصلحة، الذي خول تقديم الطلب، لأنه ليس حقاً شخصياً لمن يباشره وإنما هو حق يثبت لجهة عامة.

٢- الشكوى يجوز تقديمها مكتوبة أو شفوية، ولكن المشرع اشترط أن تُقدّم خلال مدة محددة في أغلب التشريعات، وإلا فإنها لا تُقبَل. بينما لم يشترط القانون مدةً لتقديم الطلب، ومن ثمّ فإنه تسري عليه بشأن سقوط الحق فيه المدد المقررة لانقضاء الدعوى بالتقادم، طبقاً للقواعد العامة، ولكنه اشترط أن يكون مكتوباً.

٣- يهدف الطلب إلى حماية الهيئة العامة التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، بينما المراد من الشكوى هو حماية حق شخصي للمجني عليه.

المبحث الثاني الجرائم التي تخضع لقيد الشكوى

تمهيد وتقسيم:

جرائم الشكوى هي: تلك الجرائم التي حددها المشرع اليمني على سبيل - الحصر- في المادة (٢٧) إ.ج والتي لا يمكن للنيابة العامة أن تباشر اختصاصها بتحريك الدعوى الجزائية الناشئة عنها، إلا بعد تقديم شكوى من المجني عليه أو من يمثله قانوناً.

وبالرغم من إجماع التشريعات المعاصرة لمختلف الدول على تعليق تحريك الدعوى الجزائية في بعض الجرائم على تقديم شكوى من المجني عليه، إلا أن نطاق هذه الجرائم يختلف من تشريع إلى آخر، ويرجع سبب التباين في نطاق هذه الجرائم إلى اختلاف الأفكار والمصالح والقيم والأعراف من مجتمع إلى آخر^(١).

وقد نظم المشرع اليمني الأحكام العامة لجرائم الشكوى في قانون الإجراءات الجزائية، وأحال تعداد هذه الجرائم إلى قانون العقوبات - كما سبق القول - وقسم الجرائم التي علق إقامة الدعوى الجزائية الناشئة عنها على شكوى المجني عليه إلى قسمين رئيسيين، هما: جرائم الأشخاص التي حددها في الفقرة الأولى من المادة (٢٧) إ.ج، وجرائم الأموال التي حددها في الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة ذاتها.

وبناء على ما تقدم، سيكون المَبْحَثُ جامعاً لكل النقاط التي تم ذكرها؛ تمهيداً وموضحةً له؛ وذلك بتقسيمه إلى مطلبين: الأول يوضح الجرائم الواقعة على الأشخاص، والثاني الجرائم الواقعة على الأموال.

المطلب الأول الجرائم الواقعة على الأشخاص

حدّد المشرع هذه الجرائم في الفقرة الأولى من المادة (٢٧) إ.ج بالنص «لا يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجزائية... ١ - في جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار الخاصة والإهانة والتهديد بالقول أو بالفعل أو الإيذاء الجسماني البسيط، ما لم تكن

(١) أغلب التشريعات ومنها العربية أوردت جريمة الزنا - سواء الزوج أو الزوجة - ضمن جرائم الشكوى بحجة الحفاظ على كيان الأسرة واعتبارها، وعدم هدمها، ولكن المشرع اليمني لم ينص على هذه الجريمة من ضمن جرائم الشكوى بوصفها جريمة حدية لا تخضع لقواعد الشكوى ولا تخضع عقوبتها لإرادة المضرور الزوج أو الزوجة ولا يجوز التنازل عنها، ويحق للنيابة العامة تحريك الدعوى الجزائية حيال هذه الجريمة عند ثبوت وقوعها وتحقق شروطها ورفعها إلى المحكمة لبت فيها دون انتظار شكوى.

الجرائم وقعت على مكلف بخدمة عامة أثناء قيامه بواجبه أو بسببه».

وحسب مضمون المادة (٢٧) إ.ج، نجد أننا أمام أربع فئات من الجرائم الواقعة على الأشخاص والتي يسري عليها قيد الشكوى. هذه الجرائم إما أن تمس اعتبار الشخص أو سمعته أو شرفه أو سلامة جسمه أو حرّيته.

في هذه الطائفة من جرائم الشكوى لا يشترط المشرّع أي صلة قرابة بين الجاني والمجني عليه، ولذلك تُسمى هذه الجرائم بجرائم الشكوى المطلقة.

الفئة الأولى: الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار:

حصرها المشرّع اليمني في قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، في جريمتي القذف المنصوص عليها في المادة (٢٨٩) والسب العلني المنصوص عليها في المادتين (٢٩١)، (٢٩٢)، وتعد هاتان الجريمتان من أبرز الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار، إضافة إلى جريمة الإهانة المنصوص عليها في المادتين (١٧٢ و١٩٧) والتي تشترك مع جريمتي القذف والسب في أن النتيجة التي تترتب على وقوعها تمثل مساساً بسمعة المجني عليه أو شرفه أو اعتباره في المجتمع.

ولكن ما ينبغي الإشارة إليه - هنا - أن جريمة السب إذا وقعت من الخصم في الدعاوى، أثناء الدفاع عن حقوقه أمام المحاكم أو سلطات التحقيق أو الهيئات الأخرى، فلا يعاقب عليها القانون، بشرط أن يكون ذلك في حدود الدفاع، وفي هذه الحالة حتى بتقديم الشكوى إلى النيابة العامة، لا يؤدي ذلك إلى تحريك الدعوى الجزائية^(١).

الفئة الثانية: الجرائم الماسة بسلامة الجسم:

لم يشمل المشرّع اليمني هذا القيد كل صور الجرائم الماسة بسلامة الجسم، وإنما قصره على الإيذاء الجسماني البسيط المنصوص عليها في المادة (٢٤٤) عقوبات، وسبب ذلك يكمن ببساطة هذه الجرائم، وإمكانية تسوية الآثار الناجمة عنها بطريقة ودية مقابل ترضية مادية أو بالتصالح بين الجاني والمجني عليه، ولذلك فإن المشرّع اليمني قد شمل هذه الجريمة ليس بصورتها غير العمدية فقط، بل في صورتها العمدية أيضاً بنطاق الشكوى.

(١) انظر في الأحوال التي لا تقبل فيها دعوى السب المادة (٢٩٣) عقوبات.

الفئة الثالثة: جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة:

جرائم إفشاء الأسرار الخاصة، والمنصوص عليها في المادتين (٢٥٧ و٢٥٨) عقوبات، والتي أوجبت امتناع بعض الأشخاص عن إفشاء الأسرار التي يطلعون عليها بحكم مهمتهم وواجباتهم إلا برضى الشخص الذي يعود إليه ذلك السر، وفي غير الأحوال التي أوجب القانون إفشاء السر فيها، فقد منع القانون كذلك تحريك الدعوى الجزائية عنها إلا بعد تقديم شكوى، وكثير من الأشخاص قد لا يرون في إعادة نشر أسرارهم أمام المحاكم وبالصحف وفي العلانية أمراً مهماً يجب الامتناع عنه لذا ترك القانون لهم أمر هذه الدعوى، فالدعوى تتحرك بشكوى منهم، ولكن بعد تقديم الشكوى ليس لهم إلا الحق الشخصي، أما تحريكها ومباشرتها ورفعها للقضاء فمن حق النيابة العامة.

الفئة الرابعة: جرائم الاعتداء على الحرية:

لم يجز المشرع للنيابة العامة رفع الدعوى الجزائية أو تحريكها في جرائم الاعتداء على حرية التصرف أو ما يسمى بجرائم التهديد، المنصوص عليها في المادة (٢٥٤) عقوبات، إلا بشكوى من المجني عليه، فإذا لم يشتك المجني عليه امتنع على النيابة العامة ملاحقة مقترف الجريمة لذات العلة وهي بساطة الجريمة واحتمال الصفع أو التصالح، مع العلم بأن عموم التشريعات المقارنة شملت نطاق الشكوى.

وإذا كان المشرع اليمني قد منع النيابة العامة من تحريك الدعوى الجزائية في جرائم القذف والسب وإفشاء الأسرار الخاصة والإهانة والتهديد بالقول أو بالفعل أو الإيذاء الجسماني البسيط، المنصوص عليها في المواد (٢٤٤)، (٢٥٤)، (٢٥٧)، (٢٥٨)، (١٧٢)، (٢٨٩)، (٢٩١)، (٢٩٢)، (١٩٧) عقوبات، إلا بعد تقديم الشكوى، إلا أنه، تحقيقاً لاعتبارات معينة قد تكون أقوى من اعتبارات قيد الشكوى، أورد بعض الاستثناءات، فأجاز تحريك الدعوى الجزائية، حتى لو لم يقدم المجني عليه شكواه منها:

ما قرره في نهاية الفقرة الأولى من المادة (٢٧) إ.ج «... ما لم تكن الجرائم وقعت على مكلف بخدمة عامة أثناء قيامه بواجبه أو بسببه». وعليه، إذا وقعت الجريمة على موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، وكان ارتكاب الجريمة بسبب أداء الوظيفة أو الخدمة العامة؛ فإنه لا قيد على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية؛ فلها اتخاذ إجراءات تحريك الدعوى الجزائية ورفعها دون حاجة إلى تقديم المجني عليه للشكوى، وعلة ذلك أن الاعتداء لا يقتصر على المصلحة الخاصة للمكلف بالخدمة العامة - المجني عليه - وإنما يتصل بوظيفته اتصالاً وثيقاً، فهو بمثابة اعتداء على الوظيفة ذاتها وهو

اعتداء على الجهاز الحكومي الذي يعمل لحسابه، ويستوجب اتخاذ إجراءات التحقيق دون أن تقيد النيابة بضرورة حصول شكوى.

وكذلك ما قرره في جرائم الجلسات، حيث نصت المادة (١٧٦) مرافعات بأنه «إذا وقع تعدد على هيئة المحكمة أو أحد أعضائها أو أحد العاملين بها أثناء انعقاد الجلسة حاکمت المحكمة المعتدي وحكمت عليه في الحال بالعقوبة المقررة قانوناً، ولها أن تحاكم شاهد الزور وتحكم عليه بالعقوبة المقررة قانوناً» ونصت المادة (١٧٧) مرافعات على أنه «إذا وقعت في الجلسة أو في مبنى المحكمة أو ساحاتها جريمة غير ما ذكر في المادة السابقة أمرت المحكمة بتحرير محضر ضبط لها يكون حجة بما جاء فيه واتخذت الإجراءات التحفظية بما فيها القبض على المتهم وحبسه احتياطياً ثم تحيل الواقعة إلى النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات القانونية فيها أو تأمر جهات الضبط القضائي بالقيام بما يلزم من الإجراءات لإحالتها إلى النيابة العامة».

وفي جرائم الجلسات، لم يكتفِ بعدم اشتراط الشكوى لتحريك الدعوى حتى لو كانت الجريمة من جرائم الشكوى، بل ذهب إلى أبعد من ذلك؛ فأجاز للمحكمة أن تحرك الدعوى وتحكم فيها في الجلسة ذاتها، بعد سماع أقوال النيابة العامة ودفاع المتهم، وعلة هذا الاستثناء تكمن في كون هذه النوعية من الجرائم تتضمن اعتداء على هيئة المحكمة وتشكل إخلالاً خطيراً بالاحترام الواجب للقضاء والمساس بهيئة المحكمة، وهو ما يقتضي إجراءً سريعاً فيها؛ تحقيقاً للردع الخاص والعام، لكي يتمكن القاضي من أداء رسالته في جوٍّ من السكينة والهدوء.

المطلب الثاني

الجرائم الواقعة على الأموال

قيد المشرع اليمني حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية على بعض الجرائم التي تقع على الأموال بقيد الشكوى، وهي: تلك الجرائم التي تمس الذمة المالية للأفراد؛ وهذه الجرائم ضمنها المشرع في الفقرات الثانية والثالثة والرابعة من المادة (٢٧) إ.ج.

أولاً: جرائم الأموال الواقعة بين أفراد العائلة؛

قرَّر المشرع اليمني في الفقرة الثانية من المادة (٢٧) إ.ج بأنه «لا يجوز للنيابة العامة

رفع الدعوى الجزائية أمام المحكمة، إلا بناءً على شكوى... ٢- في الجرائم التي تقع على الأموال، فيما بين الأصول والفروع والزوجين والإخوة والأخوات»^(١)، وذلك لاعتبارات متعلقة بحماية الروابط العائلية ورعاية الاستقرار والتماسك العائلي والمحافظة على سمعة العائلة، وعلى صلات الود القائمة بين أفرادها.

يُلحَظ من خلال نص الفقرة الثانية من المادة (٢٧) أن موضوعها واحد، وهي جميع الجرائم الواقعة على الأموال فيما بين الأصول والفروع والزوجين والإخوة والأخوات، إذ جاء النص شاملاً لكافة جرائم الأموال المنصوص عليها في الباب الثاني عشر من الكتاب الثاني من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، الذي يحمل عنوان (الجرائم التي تقع على المال).

وقد اشترط المشرع في هذه النوعية من الجرائم، حتى تكون من جرائم الشكوى: أن تكون هناك علاقة قرابة بين الجاني والمجني عليه، بحيث يكون الجاني أصلاً، أو فرعاً، أو زوجاً، أو أخاً للمجني عليه؛ فبدون هذا الشرط فإن هذه الجرائم لا تُعدّ من جرائم الشكوى؛

(١) الجرائم التي أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة (٢٧) إ.ج.:

- ١- جريمة السرقة البسيطة أو بالإكراه والشروع فيها والمنصوص عليها في المواد (٢٩٤، ٣٠٢) من قانون الجرائم والعقوبات.
- ٢- جريمة تحريض الصغار على السرقة المنصوص عليها في المادة (٣٠٣) عقوبات.
- ٣- جريمة تملك الشيء المفقود المنصوص عليها في المادة (٣٠٣) عقوبات.
- ٤- جريمة الحراية أو الشروع فيها المنصوص عليها في المواد (٣٠٦، ٣٠٨) عقوبات.
- ٥- جريمة الاستيلاء على كنز مدفون المنصوص عليه المادة (٣٠٥) عقوبات.
- ٦- جرائم أكل أموال الناس بالباطل وتتمثل ب:
 - جريمة الاحتيال المنصوص عليها في المادة (٣١٠) عقوبات.
 - جرائم الشيكات المنصوص عليها في المادة (٣١١) عقوبات.
 - جريمة الغش المنصوص عليها في المادة (٣١٢) عقوبات.
 - جريمة الابتزاز المنصوص عليها في المادة (٣١٣) عقوبات.
 - جريمة الربا المنصوص عليها في المواد (٣١٤، ٣١٥) عقوبات.
 - جريمة مطل الغني المنصوص عليها في المادة (٣١٦) عقوبات.
 - جريمة استغلال الحاجة المنصوص عليها في المادة (٣١٧) عقوبات.
 - جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها في المادة (٣١٨) عقوبات.
 - جريمة اتلاف واختلاس المحجوزات المنصوص عليها في المادة (٣١٩) عقوبات.
 - جريمة قتل حيوانات الغير المنصوص عليها في المادة (٣٢٠) عقوبات.
- ٧- جرائم الاعتداء على حرمة ملك الغير وتشمل الجرائم التالية:
 - جريمة الإضرار بالمال العام المنصوص عليها في المادة (٣٢١) عقوبات.
 - جريمة الإخلال بالثقة في بيع العقارات والتصرف الضار بالمرتهن والمنصوص عليها في المادة (٣٢١) عقوبات.
 - جريمة نقل وإزالة الحدود والمنصوص عليها في المادة (٣٢١) عقوبات.

ومن ثمَّ تندرج ضمن طائفة جرائم الشكوى النسبية، ولذا في حال وقوع جريمة داخل الأسرة على القاضي الجزائي أن يتحرَّق من وجود العلاقة، ويشير إلى ذلك في الحكم لأنَّ وجود علاقة أسرية يؤثر على الدعوى ويغل يد النيابة العامة، وهذا ما جعل بعضًا من فقهاء القانون يسميها بالحصانة العائلية^(١). التي يمتزج فيها مانع المسؤولية بالفعل المبرر، وهو شرط لا وجود له في باقي جرائم الشكوى.

ولكن وبالعودة إلى نص الفقرة الثانية من المادة (٢٧) نجد أنها تشمل - كما أشرنا - جميع الجرائم الواقعة على الأموال والملحوظ أن بعض الجرائم الواردة في الباب الخاص بجرائم الأموال من جرائم الحدود التي لا يجوز أن يشملها قيد الشكوى، مثل جريمة الحراية، فالمفترض في هذه الجريمة أن تحرك الدعوى الجزائية فيها تلقائيًا بمجرد علم الجهات، لا أن تترك بيد المجني عليه إن شاء تقدم بشكوى أو لا؛ لذا يؤمّل من المشرع إخراج جريمة الحراية من طائفة جرائم الشكوى، إذا وقعت بين الأصول والفروع والأزواج أو الإخوة؛ كونها من جرائم الحدود، وجرائم الحدود ينبغي ألا تُقيد سلطة النيابة العامة فيها.

كذلك اشتمل قيد الشكوى على جريمة الاستيلاء على كنز مدفون؛ فمن المعلوم أن الكنز لا يُتصوّر أن يكون مملوكًا للأصل أو الفرع أو الزوجة أو الزوج أو الأخ أو الأخت، وبذلك نعتقد أن القيد لا يسري عليه؛ ولذا نطلب إخراج جريمة الاستيلاء على كنز مدفون من طائفة جرائم الشكوى.

أما بالنسبة لجريمة السرقة؛ فالمشرع اليمني أورد استثناءً لذلك، بحيث لا يمكن تحريك الدعوى الجزائية في جريمة السرقة التي تقع بين الأزواج والأقارب، وتكون فيها قيمة الشيء المسروق زهيدة ولا يكون الهدف منها إلا الاستيلاء على المال ولم تفض إلى القتل، ففي هذه الحالة حتى بتقديم الشكوى إلى النيابة العامة لا يؤدي ذلك إلى تحريك الدعوى الجزائية، ومع ذلك يبقى الوصف الجرمي مرتبًا بها، ويبقى من حق الضحية أن يطالب أمام المحكمة بجبر الضرر الذي يمكن أن يكون قد أصابه وبما يلزم من تعويضات مدنية، أي تقتصر أحقية الشكوى على طلب التعويض المدني دون الشق الجزائي، وهذا ما أشارت إليه المادة (٢/٢٩٩) عقوبات بالنص على أنه «لا تُعد جريمة السرقة حدية في الأحوال التالية... إذا حصلت السرقة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين المحارم».

Madeleine LabeFouda, l'existence d'un bien de parente entre l'auteur et la victime (١) d'une infraction, Revue de la recherche juridique droit prospectif, N°3, P 1302

أيضاً تضمّنت الفقرة الثانية من المادة (٢٧) إ.ج، جريمة الشيكات، وكان المشرّع قد كرّرها في الفقرة الثالثة، وجريمة قتل حيوانات الغير وجريمة الاعتداء على ملك الغير مكرّرة في الفقرة الرابعة، لذا ما كان على المشرّع تكرارها بالنص عليها في الفقرة الثانية، بل كان الأحرى بالمشرّع أن يقتصر في نص الفقرة الثانية على تحديد جرائم الأموال بين الأصول والفروع والزوجين والإخوة والأخوات بشكل دقيق، ويخرج من نطاقها ما تم ذكره في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة (٢٧) إ.ج وعدم تكرارها.

وكما سبق القول إن العلة من اشتراط شكوى المجني عليه لتحريك الدعوى الجزائية في جرائم الأموال النصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (٢٧) إ.ج هي حماية الروابط الأسرية؛ لذا فإننا - انطلاقاً من العلة نفسها - نقترح توسيع نطاق صلة القربى كشرط لتعليق الدعوى الجزائية على شكوى بحيث تشمل الأقارب حتى الدرجة الرابعة.

ثانياً؛ جرائم الشيكات؛

نصّت الفقرة الثالثة من المادة (٢٧) إ.ج بأنه «لا يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجزائية أمام المحكمة... في الأحوال الآتية: ٣..... - في جرائم الشيكات».

جرائم الشيكات من الجرائم التي تمثل اعتداء على المصالح الاقتصادية والمالية للمجني عليه، فقد يقع الاعتداء على حقّه في صرف قيمة الشيك، وبذلك فاته كسب محقق في استيفاء قيمة هذا الشيك ولحقته خسارة واضحة، ولا تقع الجريمة إلا إذا لم يسدد الفاعل قيمة الشيك لحائزه خلال أسبوع من تاريخ إعلانه بالسداد^(١).

يلحظ أن جريمة الشيكات من جرائم الأموال التي نص عليها المشرّع اليمني - كما سبق الإشارة - في الفقرة الثانية من المادة (٢٧) إ.ج ولكنه قصرها على الجرائم الواقعة بين الأصول والفروع أو بين الأزواج أو الإخوة والأخوات، أما في الفقرة الثالثة من المادة (٢٧) إ.ج، فهو نص عام يمتد تطبيقه ليشمل جرائم الشيكات المرتكبة من قبل الكافة. فلم يشترط فيها أي صفة بين الجاني والمجني عليه، ولذا كان على المشرّع إخراجها من الفقرة الثانية والاكتفاء بالنص عليها في الفقرة الثالثة لكونه نصاً عاماً.

(١) الجريمة التي أشارت إليها الفقرة الثالثة من المادة (٢٧) إ.ج منصوص عليها في المادة (٣١١) عقوبات بالقول «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة من أعطى شيكاً وهو يعلم بأن ليس له، مقابل وفاء كاف وقابل للتصرف فيه أو استردّ بعد إعطائه كل المقابل أو بعضه بحيث لا يفي بقيمته أوامر المسحوب عليه بعدم الدفع أو تعمد توقيع الشيك بغير التوقيع المتعمد لدى المسحوب عليه ويعاقب بالعقوبة ذاتها من ظهر لغيره شيكاً أو سلمه لحامله وهو يعلم أن ليس له مقابل يفي بقيمته أو أنه غير قابل للصرف».

ثالثاً: جرائم إتلاف الأموال:

نصت الفقرة الرابعة من المادة (٢٧) إ.ج أنه «لا يجوز للنيابة رفع الدعوى الجزائية أمام المحكمة إلا بناءً على شكوى...٤- في جرائم التخريب والتعييب وإتلاف الأموال الخاصة وقتل الحيوانات بدون مقتضى، أو الحريق غير العمدي وانتهاك حرمة ملك الغير»^(١).

في هذه الطائفة، نجد أن المشرع قد توسع في جرائم الشكوى لتشمل فئات أخرى من جرائم الأموال التي تقيد سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى ورفعها أمام القضاء، وهذه الجرائم وإن كانت تشترك مع جرائم الأموال الأخرى في أن الاعتداء فيها ينصب على حق الملكية، إلا أن طبيعة الضرر الذي تُحدثه يختلف عما تحدثه جرائم الأموال الأخرى، وهو الهبوط بالقيمة التي ينطوي عليها المال المملوك للغير، منقولاً كان أم عقاراً. وتبدو العلة، متمثلةً في إفساح المجال أمام المتخاصمين لإصلاح الضرر دون اللجوء إلى القضاء، فطالما أن الأمر يتعلق بالمال فإنه بالإمكان إصلاح الضرر الذي أحدثه الجاني بفعله الذي أنقص أو هبط بالقيمة التي ينطوي عليها مال الغير، وقد شمل المشرع هذه الجريمة بنطاق الشكوى، دون أن يشترط صلة قريى بين المجني عليه والجاني.

وفي الأخير ختم المشرع اليمني الفقرة الرابعة من المادة (٢٧) إ.ج بعبارة:، نصها: «وكذلك في الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون»، وهي عبارة: تتسع لصور قد تتناولها نصوص قانونية أخرى. وحسنًا فعل بأن جعل النص مرناً ليستوعب الصور الجديدة لأي جرائم قد يرتئي عدّها من جرائم الشكوى.

ولا يعني مفهوم العبارة: جواز التوسع أو القياس على جرائم الشكوى، لأن ذلك غير ممكن؛ فجرائم الشكوى محدّدة في القانون على سبيل الحصر، وإنما يعني أن أي جريمة من جرائم الشكوى ينبغي أن يرد النص عليها صراحةً في صلب مواد القانون، سواء في قانون الإجراءات أم أي قانون عقابي آخر.

(١) الجرائم التي أشارت إليها الفقرة الرابعة من المادة (٢٧) إ.ج منصوص عليها في المواد التالية:

- ١- جرائم التخريب المنصوص عليها في المادة (١١٧) عقوبات.
- ٢- جرائم التعيب وهذه الجرائم لم يتضمنها قانون الجرائم والعقوبات، وعليه يمكن اعتماد النصوص الواردة في القوانين العقابية الخاصة).
- ٣- جرائم إتلاف الأموال الخاصة المنصوص عليها في المواد (١٥٠، ١٨٤، ٣١٩، ٣٢١) عقوبات.
- ٤- جرائم قتل الحيوانات المنصوص عليها بالمادة (٣٢٠) عقوبات.
- ٥- جرائم الحريق غير العمدي المنصوص عليها في المادة (١٤٣) عقوبات.
- ٦- جرائم انتهاك حرمة ملك الغير المنصوص عليها في المواد (٢٥٣، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٣٣) عقوبات.

المبحث الثالث شروط صحة الشكوى وأثارها

تمهيد وتقسيم:

أشرنا إلى أن الشكوى قيد يرد على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية أو رفعها، ولكن حتى تكون الشكوى صحيحةً ومتمتعاً بقيمتها القانونية في إزالة القيد المفروض على حرية النيابة لا بد أن تستوفي شروط صحتها (المطلب الأول) عند تحقُّق كافة شروط صحة الشكوى، تترتب على ذلك آثار قانونية مهمّة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط صحة الشكوى

الحق في تقديم الشكوى ليس مطلقاً، وإنما حدّد القانون نطاقه، من حيث الوقت الذي يجب أن تُقدّم خلاله الشكوى، وصفة مقدّمها، والجهة التي تقدم إليها الشكوى، والشخص المقدمة ضده الشكوى، وشكل الشكوى.

ونظراً لتعلق هذه الشروط بصحة اتصال المحكمة بالدعوى الجزائية؛ فإنه يتعين على المحكمة أن تشير في حكمها إلى أن الدعوى الجزائية قد رفعت بإجراءات صحيحة وبناء على شكوى مقدمة من صاحب الحق في تقديمها، وأنها مستوفية شروط صحتها وإلا كان حكمها معيباً^(١).

الشرط الأول: أن تقدم الشكوى من قبل الشخص المخول له قانوناً بتقديمها:

نصّت المادة (٢٧) إ.ج على أنه «لا يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجزائية أمام المحكمة إلا بناءً على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً...». ونصّت المادة (٢٨) إ.ج على أنه «إذا تعدّد المجني عليهم يكفي أن تُقدّم الشكوى من أحدهم...».

وباستقراء نصّ المادتين آنفتي الذكر، نستطيع القول إن المشرّع اليمني قد أجاب بصراحة ووضوح لا يقبل التأويل أو المخالفة تحت أي سبب أو مبرر على أهم سؤال في

(١) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ٧٨.

إشكالية الدراسة؛ وهو: ما الإرادة المالكة لحق تقديم الشكوى؟ فأجاب هي: إرادة المجني عليه وهو: الشخص الذي وقعت عليه الجريمة، وأضرت به بشكل مباشر سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، أو من يقوم مقامه قانوناً.

أولاً: تقديم الشكوى من المجني عليه شخصياً^(١):

صاحب الحق في فك قيد النيابة العامة لتعود لها سلطتها في تقدير ملاءمة تحريك الدعوى الجزائية من عدمه في جرائم الشكوى؛ وفقاً لما ارتآه المشرع اليمني، شأنه في ذلك شأن أغلب التشريعات هو المجني عليه شخصياً، فحق تقديم الشكوى حق شخصي مطلق قرره القانون للمجني عليه دون غيره، وترك له حرية اختيار ممارسته من عدمه، فله أن يمارسه أو ألا يفعل، حسبما يترأى له.

وما يؤكّد قولنا، إضافةً إلى ما قرره المشرع بوضوح في المواد المنظمة لقيد الشكوى، وخاصةً في المادتين (٢٧) و(٢٨) إ.ج أنفة الذكر، ما قرره في المادتين (٩٤) و(٩٥) إ.ج؛ بأنه يجب على كل من علم بوقوع جريمة، سواء أكان مواطناً عادياً أم من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة أن يبلغ عنها فوراً النيابة العامة أو أقرب مأموري الضبط القضائي، ولكنه قصر هذا الواجب في التبليغ على الجرائم التي يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى، أما الجرائم التي يلزم فيها الشكوى كقيد، فهي حق شخصي مقصور على المجني عليه. لذا فمن لم تتوافر فيه صفة المجني عليه لا يجوز له أن يتقدم بالشكوى؛ لذلك:

لا يجوز تقديمها من المتضرر من الجريمة إذا لم يكن هو المجني عليه مهما كانت درجة الضرر الذي أصابه من الجريمة؛ لأنّ المتضرر من الجريمة (المدعي بالحق المدني) يثبت له الحق في التعويض عن الجريمة، بوصفها عملاً غير مشروع، بغض النظر عن عقاب الجاني من عدمه.

ولا يجوز تقديمها من الأقارب مهما كانت درجة القرابة كابن المجني عليه أو أبيه أو أخيه أو الزوج، حتى وإن كانوا متضررين من الجريمة، فصفة المجني عليه شرط أساسي لصحة قبول الشكوى في القانون اليمني. كما لا تجوز الفضالة في تقديم الشكوى.

(١) المشرع اليمني لم يعرف المجني عليه وإنما نص في المادة (٢) أ.ج بأن المدعي بالحق الشخصي هو «للمجني عليه أو أولياء الدم أو ورثة المجني عليه الشرعيين أو من يقوم مقامه قانوناً» ولكنه لم يطلق عليه في النصوص المنظمة لقيد الشكوى صفة المدعي بالحق الشخصي؛ لأنه لو فعل كان أدخل ورثة المجني عليه في حق تقديم الشكوى ولكنه قصرها على المجني عليه فقط أو من يقوم مقامه قانوناً.

ولا يجوز تقديمها من الورثة إذا كان مورثهم لم يقدّمها قبل الوفاة، حتى وإن ثبت أنه لم يصفح عن الجاني في حياته أو مات قبل أن يعلم بوقوع الجريمة، أو أنه علم بها وكان ينوي تقديم الشكوى ولكن الموت فاجأه قبل أن يتخذ هذا الإجراء.

وفي كل حالات عدم الجواز، لا يصح بطلان تحريك الدعوى الجزائية إجازة المجني عليه اللاحقة، متى كانت قد قدمت ممن لا يملك الحق في تقديمها.

وإذا تعدّد المجني عليهم، فإنه يكفي لزوال القيد المفروض على حرية النيابة العامة أن تُقدّم الشكوى من أحدهم، حتى وإن كان الباقي غير راغبين في تقديم الشكوى؛ بمعنى أنه لا يُشترط أن يُقدّم المجني عليه شكواه ضد جميع المتهمين، ولكن يُشترط في هذه الحالة وحدة الجريمة، مثل وقوع جريمة قذف أو سب بلفظ واحد ضد أكثر من شخص - تعدّد المجني عليهم - فتقديم أحد المجني عليهم شكوى ضد المسؤول عن هذا الواقعة يُعدّ بمثابة «نيابة قانونية» عن سائر أصحاب الحق، أو جريمة سرقة، وكان المال المسروق يؤوّل إلى أكثر من شخص وجميعهم من أصول المتهم - كولد يسرق مال أبيه وأمه - فإنه يكفي أن يتقدّم أحدهما بالشكوى لكي يرتفع القيد الوارد على الدعوى الجزائية، لأنّ لكل مجني عليه منفردًا هذا الحق المادة (٢٨) إ.ج.

والعلة في ذلك أنه قد يتعدّر أن تجتمع كلمة المجني عليهم كلهم على رأي واحد في تقديم الشكوى من عدمه، زد على ذلك أنه قد يصل الجاني إلى اتفاق مع أحد المجني عليهم بأي طريقة كانت ليسكت عن البلاغ.

أما تعدّد المجني عليهم الناشئ عن تعدّد الجرائم، حتى وإن كان التعدّد معنويًا، فيلزم أن يتقدم كل واحد منهم بالشكوى بالنسبة للجريمة الموجهة إليه، مثل اقرار جريمة سب ضد واحد وجريمة ضرب ضد آخر.

وإذا تعدّدت الجرائم ضد مجني عليه واحد؛ فإنه يلزم تقديم شكوى عن كل جريمة أو تقديم شكوى واحدة تضم كل الجرائم الواقعة عليه من الجاني. فمثلاً؛ إذا ما قدمت الزوجة شكوى ضد زوجها لقيامه بتبديد أموال سلمتها له على سبيل الأمانة، واكتشفت النيابة العامة، في أثناء إجراءات التحقيق، أن الزوج قام بسرقة بعض أموال زوجته أيضاً، فلا يجوز اتخاذ الإجراءات عن جريمة السرقة، ما لم تُقدّم الزوجة شكوى جديدة عنها.

وهنا قد يثور سؤال على قدر عالٍ من الأهمية؛ مفاده: ما الوضع القانوني في حالة تعدد المجني عليهم، وكانت الشكوى مطلوبة من بعضهم دون البعض الآخر؟ مثل أن يسرق الابن من أبيه ما لا مشتركاً للأب وشخص أجنبي، فهل تستطيع النيابة العامة أن

ترفع الدعوى الجزائية على الابن ولو لم يقدم الأب شكوى ضد ابنه اعتماداً على أن المال المسروق للأجنبي أيضاً؟

الرأي الغالب في الفقه والقضاء أن تقييد سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية هو استثناء على الأصل العام من حرية النيابة العامة من تحريك الدعوى، فإذا تحقق هذا الأصل - بالنسبة للبعض من المجني عليهم - حق للنيابة أن تحرك الدعوى الجزائية في مواجهة الابن، حتى وإن لم يقدم الأب الشكوى، وللقضاء أن يقبلها^(١) وهو حكم يتسق مع القواعد العامة، ولا يوجد في قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، ما يحول دون الأخذ به.

وأيضاً، ثمة سؤال آخر في الجرائم التي تتطلب صفة الزوجية، مفاده: متى تتم مراعاة هذه الصفة: وقت ارتكاب الجريمة أم وقت تقديم الشكوى؟ وما الحكم في حالة زوال الصفة المتطلبية قانوناً؟

الأصل أن المشرع لا يشترط في الشاكي سوى أن يكون مجنياً عليه في الجريمة محل الشكوى، ومع ذلك، فقد طلب صفة خاصة في الشاكي في جرائم الشكوى الواردة في الفقرة الثانية من المادة (٢٧) إ.ج، مثل قيام الرابطة الزوجية، فلا تقبل الشكوى إلا من الزوج، ولا بد أن يكون زواجاً صحيحاً، وأن تكون علاقة الزوجية قائمة لحظة ارتكاب الفعل المكوّن للجريمة، وليس وقت تقديم الشكوى، أي وقت نشوء الحق وليس وقت استعماله، حيث تبقى الدعوى معلقة على شكوى حتى وإن زالت هذه الصفة لاحقاً، أي أن الدعوى تستمر قائمة ولا يؤدي الطلاق إلى سقوطها، أما إذا لم تتوافر هذه الصلة عند اقتراف الجريمة أي وقعت قبل الزوجية أو بعدها فلا تتقيد النيابة العامة في ممارسة اختصاصها بتحريك الدعوى على شكوى. فالسرقة بين الأزواج لا تخضع لقيد الشكوى إلا إذا كانت علاقة الزوجية قائمة بين الجاني والمجني عليه وقت ارتكاب فعل السرقة، ومن ثم لا تخضع السرقة لهذا القيد إذا كانت علاقة الزوجية قائمة قبل الفعل ثم انحلت وقت ارتكابه، أو كانت نشأت بعد ارتكابه^(٢).

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأنه «عندما كانت علاقة الأبوة يترتب عليها - في القانون المصري السابق - الإعفاء من العقوبة وليس مجرد تعليق الدعوى العمومية على شكوى الأب - ومقتضى ذلك أنه إذا كان المال المسروق مشتركاً بين الأب وشخص أجنبي يرجح جانب الأجنبي على جانب الأبوة وأصبح من الممكن عقاب الجاني» أشار إلى الحكم: د. جلال ثروت: المرجع السابق، هامش (١)، ص ١٣٧.

(٢) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م، ص ١١٦ وما بعدها.

ثانياً: تقديم الشكوى ممن يقوم مقام المجني عليه قانوناً:

إذا كان المشرع اليمني قد قرّر أن صاحب الحق بتقديم الشكوى هو المجني عليه وحده، إلا أنه أكمل نص المادة (٢٧) إ.ج. بالقول: «أو من يقوم مقامه قانوناً»، سواء أكان ولي المجني عليه أو وصيه أو القيم عليه أو وكيله، أو الممثل القانوني.

غير أن هؤلاء الأشخاص الذين يقومون مقام المجني عليه ويمثّلونه في تقديم الشكوى، يختلفون من حالة إلى أخرى بحسب طبيعة الجرائم، وطبيعة تمثيلهم، وصفة الأشخاص الذين يمثّلونهم، وللتوضيح أكثر سوف أنتقل لبعض التفاصيل.

١- تقديم الشكوى من الولي أو الوصي على المجني عليه «النيابة القانونية»^(١):

لا يكفي لتقديم الشكوى أن يكون مقدّمها المجني عليه، ولكن يشترط لصحة الشكوى أن تتوافر في المجني عليه - الشاكي - الأهلية الإجرائية عند تقديم الشكوى، أي الأهلية اللازمة لصحة التصرفات القانونية، والتمثلة ببلوغ الشخص خمسة عشر عاماً، وأن يكون خالياً من الأمراض والآفات العقلية، أي متمتعاً بإرادة سليمة واعية حتى يكون مدرّكاً لما يفعل، حيث يكون للمشتكى منه إمكانية الرجوع عليه في حالة ثبوت براءته، فضلاً عن ذلك أن يكون متمتعاً بإرادة حرة وغير خاضعة لأي إكراه مادي أو معنوي.

والحري بالذكر، في هذا السياق، أن المشرع الجزائي اليمني لم يضع في قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، نصاً يحدّد بمقتضاه سن الأهلية الإجرائية التي يجب توافرها في المجني عليه، حتى يحق له تقديم الشكوى ورفع القيد الذي يحد من سلطة النيابة في تحريك الدعوى الجزائية؛ إذ اكتفى بالنص على أن الشكوى تقدم من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً. وأمام انعدام نص خاص بهذا الموضوع، ولتحديدها رجعنا إلى القواعد العامة في نص المادة (٥٠) من القانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م، التي حدّدت سن الرشد بـ ١٥ سنة كاملة^(٢).

وفي الحالات التي يفتقر فيها المجني عليه للأهلية الإجرائية التي تخوّل ممارسة

(١) النيابة القانونية هي: تلك الإنابة التي تتم بأمر المشرع والتي بموجبها يعين الشاكي إذا كان الشاكي غير أهل لتقديم الشكوى كأن يكون صغيراً لم يبلغ من العمر خمس عشرة سنة أو كان مصاباً بجنون فإن الشكوى لا يجوز تقديمها إلا من ولي المجني عليه.

(٢) نصت المادة (٥٠) من القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م، بأن «سن الرشد خمس عشرة سنة كاملة إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والتصرف فيها، ويجوز أن تشترط القوانين الخاصة سناً أعلى يحق للشخص بموجبها ممارسة أية حقوق أخرى أو التمتع بها».

هذا الحق، كأن تكون الجريمة قد حدثت ولم يُتم خمس عشرة سنة، أو بلغ هذا السن وكان مصابًا بعاهة في عقله، في هذه الحالة تُقدّم الشكوى من وليه أو ممن له الوصاية عليه وفقًا لما جاء في المادة (٢٧) إ.ج بالقول: «أو من يقوم مقامه قانونًا».

ويُقصد به «ولي النفس» في الجرائم الواقعة على الشخص المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (٢٧) إ.ج، كالقذف والسب والإهانة، بوصف أن الحق في الشكوى له طابع شخصي، ولكن إذا كانت الجريمة واقعة على المال كالجرائم المنصوص عليها في الفقرات الثانية والثالثة والرابعة المادة (٢٧) إ.ج، فإن تقديم الشكوى يكون من الوصي أو القيم على المال، وليس من ولي النفس؛ وقد غلب المشرع بذلك الصفة المالية للحق المعتدى عليه على الطابع الشخصي للشكوى.

والمعزى الذي ارتآه المشرع من اشتراط توافر أهلية الشكوى، هو عدم قدرة المجني عليه صغير السن أو الذي به عاهة عقلية على تقدير الأمور؛ ولذلك فإن بلوغ الشخص سن الخامسة عشرة متمتعًا بقواه العقلية يجعل أهلية الشكوى متوافرة لديه ولو كان محجورًا عليه قضائيًا أو قانونًا لسفه، أو إفلاس، أو كان محكومًا عليه بعقوبة جنائية، أو كان موضوعًا تحت الحراسة؛ فالسفيه والمحكوم عليه بعقوبة جنائية، والمفلس لا تنتفي لديهم أهلية تقديم الشكوى.

والأصل في توافر سن أهلية الشكوى هو توافرها وقت تقديمها وليس وقت ارتكاب الجريمة؛ وعليه إذا وقعت الجريمة على مجني عليه، يقل عمره عن الخامسة عشرة، ثم بلغ هذه السن بعدها ولم تكن المدة المسموح قانونًا بتقديم الشكوى خلالها قد انقضت، فله تقديمها خلال الفترة المتبقية من هذه المدّة، أما إذا بلغ وقد انتهت فترة الأربعة أشهر المحددة قانونًا لتقديم الشكوى، فلا يحق له تقديم الشكوى؛ باعتبار أنه كان له من يمثله خلال الفترة المحددة لتقديمها، ويسري ذات الحكم في حال كان المجني عليه مصابًا وقت وقوع الجريمة بعاهة في عقله، ولكنه براء منها بعد ذلك.

وإذا تعارضت مصلحة المجني عليه في تحريك الدعوى أو رفعها مع مصلحة من يمثله -وليه أو وصيه- كما لو وقعت الجريمة من ممثل القاصر ذاته، أو أن يكون هو المسؤول عن تعويض أضرارها أو أن تكون الشبهات قد ثارت حوله للتستر على المساهمين فيها، ويتبع هذا الحكم كذلك إذا لم يكن للمجني عليه من يمثله؛ هنا أوجب المشرع على النيابة العامة أن تقوم مقامه، فيصبح لها في هذه الحالة صفتان: صفتها كمثله للمجتمع في اقتضاء حقه في العقاب، وصفتها كوكيلة عن المجني عليه فاقد الأهلية وهي تحريك الدعوى أو تقرير حفظها، وفقًا لما تراه محققًا لمصلحة المجني عليه

والمجتمع، وقيامها بتمثيل فاقد الأهلية الإجرائية لا يقيد من حريتها أيضاً في إبداء رأيها إذا وجدت أن التهمة غير ثابتة على المتهم.

ولا شك أن تقرير المشرع اليمني حق المجني عليه في المثل أمام جهات التحقيق في الحالات التي لا يقوى فيها لمرض عقلي أو نقص في الأهلية على تقديم شكواه، يمثل ضماناً تمكن المجني عليه من ممارسة هذا الحق، فلا يذهب الاعتداء عليه دون ملاحقة وعقاب.

٢- تقديم الشكوى من وكيل المجني عليه «النيابة الاتفاقية»^(١):

أشرنا إلى أن الإرادة المالكة لحق تقديم الشكوى هي للمجني عليه شخصياً، إلا أنه لا يشترط أن يقدم المجني عليه الشكوى بنفسه، وإنما يجوز له أن يوكل شخصاً عنه لتقديمها، وهذه ما تسمى بالنيابة الاتفاقية، وفي هذه الحالة وحتى تكون الشكوى مقبولة من الوكيل، فقد اشترطت معظم التشريعات في الوكالة أن تكون خاصة^(٢) بواقعة ذكرها القانون، كجريمة لا تحرك الدعوى فيها إلا بشكوى ارتكبت قبل تحرير الوكالة، ومنصوصاً فيها على حق التوكيل في تقديم الشكوى عن هذه الواقعة بالذات، فلا يقبل توكيل عام سابق عن الواقعة المشكو عنها، أيًا كان نوعها، ولا يقبل توكيل خاص توقعاً لجريمة قد ترتكب في المستقبل.

ولكن لم يستلزم التشريع اليمني - مخالفاً في ذلك لمعظم التشريعات - وكالة خاصة لتقديم الشكوى أو التنازل عنها، وحيث لم ينص المشرع صراحة على وكالة خاصة، فإنها تكفي الوكالة العامة؛ وذلك لعدم وجود سند أو مسوغ قانوني يلزم بذلك، ولأنه لا تقييد إلا بنص قانوني.

ونعتقد أن عدم النص على وكالة خاصة يُعد من عيوب التنظيم القانوني اليمني لقيد الشكوى؛ ذلك أن استعمال الحق في الشكوى يفترض تقديراً لاعتبارات معينة، لا يقدرها إلا المجني عليه نفسه أو وكيله الخاص، كما أن لكل واقعة تقديرها الخاص لدى المجني عليه؛ لذا حبذا لو عالج المشرع هذا الأمر وعدل النص بتقييد حق الوكيل بتقديم الشكوى بوكالة خاصة.

(١) النيابة الاتفاقية هي: تلك الوكالة التي بموجبها يعين الشاكي شخصاً آخر في تقديم الشكوى نيابة عنه إلى الجهة المختصة قانوناً.

(٢) من تلك التشريعات ما جاء في المادة (٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري بالقول «لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجني عليه أو من وكيله الخاص...».

٣- تقديم الشكوى من الممثل القانوني للمجني عليه «الشخص الاعتباري»:

لا يُشترط أن يكون المجني عليه في جرائم الشكوى شخصاً طبيعياً «الشخص الآدمي»، فالمجني عليه قد يكون شخصاً اعتبارياً، ويتحقق ذلك -على سبيل المثال- عندما تقع على الشخص الاعتباري جريمة السب بطريق النشر، فهذه جريمة تلحق بالقائمين على إدارتها، وهذا معاقب عليه قانوناً. وعليه، إذا كان المجني عليه شخصاً اعتبارياً، فإن صاحب الحق في تقديم الشكوى هو ممثله القانوني، لأنَّ الممثل القانوني للشخص المعنوي يقوم مقام المجني عليه قانوناً، وفقاً لنص المادة (٢) إ.ج.^(١).

الشرط الثاني: أن تُقدَّم الشكوى ضد المتهم بارتكاب الجريمة:

تُقدَّم الشكوى ضد المسؤول جنائياً عن ارتكاب الجريمة، سواء أكان فاعلاً لها أو شريكاً فيها، وإذا تعدد المتهمون وكانت الشكوى مقدمةً ضد أحدهم، فإنها تعد مقدمة ضد الباقين. مما يسمح للنيابة باتخاذ الإجراءات في الدعوى ضد الجميع. والمقصود بالمتهمين هنا من يشترط القانون لتحريك الدعوى الجزائية ضدهم تقديم شكوى، مثل أن تُرتكب جريمة سرقة من قبل أحفاد المجني عليه، فإن تقديم الجد شكوى ضد أحد أحفاده يشمل جميع الأحفاد المشتركين في السرقة حتى ولو كان الجد لا يريد ذلك.

وفي حالة تعدد المتهمين، وكان القانون يتطلب الشكوى بالنسبة لبعضهم دون البعض الآخر، كما في حالة أن تُرتكب الجريمة من قبل ابن المجني عليه، وأشخاص آخرين لا تربطهم علاقة بالمجني عليه، فإن للنيابة أن تسير في إجراءات تحريك الدعوى على الأشخاص الذين شاركوا الابن في جريمة السرقة، دون انتظار تقديم الشكوى. ولا تستطيع تحريك الدعوى الجزائية قبل الابن، إلا بعد تقديم شكوى من الأب؛ وفي حالة لم يتقدم الأب بشكوى فإن ابنه يفلت من العقاب ويتم معاقبة من شاركوه في الجريمة.

هنا قد يتساءل البعض: هل تكون الشكوى صحيحةً، إذا قُدمت ضد مجهول؟

تساؤل لا شك يحظى بأهمية بالغة لا بُدَّ من الإجابة عنه، بدايةً نقول: إن هذا الشرط كان محل خلاف بين فقهاء القانون، فقد رأى البعض أنه لا يلزم أن يكون المتهم معلوماً بشخصه للمجني عليه، فمن الجائز أن تقتصر الشكوى على بيان الفعل، دون ذكر شخص من تقدم ضده، لأنَّ الشكوى تتعلق أصلاً بالجريمة، والتي يملك المشتكي التنازل عنها،

(١) تنص المادة (٣٦) من القانون المدني اليمني بأن «تطبق القوانين على الشخص الطبيعي (الإنسان) وعلى الشخص غير الطبيعي (الاعتباري) طبقاً لما هو منصوص عليه فيها».

في أية مرحلة كانت عليها الدعوى الجزائية^(١).

في حين رأى آخرون أنه يجب أن تُقدّم الشكوى ضد متهم معلوم أيًا كان دوره، فيجوز أن يكون فاعلاً أو شريكاً في الجريمة، فإذا قُدمت ضد مجهول؛ فإنها لا تُحدث أثرها القانوني في تحريك الدعوى ضد الجاني إذا تَمَّت معرفته فيما بعد، وإنما يجب أن تُقدّم شكوى جديدة تتضمّن طلب اتخاذ الإجراءات القانونية ضد الفاعل، بعد معرفته، لأنّ الشكوى تتعلّق بنوع الجريمة وشخصية الجاني^(٢).

وهناك من قال إن تقديم الشكوى دون تعيين المتهم أو معرفته يكون مقبولاً، في الحالة التي لا يكون لشخص المتهم فيها أهمية خاصة، أما في الجرائم التي تراعى فيها شخصية المتهم مثل جرائم الأموال بين الأقارب فينبغي أن يكون المتهم محدداً في الشكوى^(٣).

ونعتقد أن الرأي الأخير هو الذي يستقيم مع نصوص قانون الإجراءات الجزائية اليمني المنظمة لقيد الشكوى، وإن كانت النصوص لا تشير صراحةً إلى ذلك، فالجرائم الواقعة على الأشخاص الواردة في الفقرة الأولى من المادة (٢٧) إ.ج، والجرائم الواقعة على الأموال الواردة في الفقرة الثالثة والرابعة من المادة (٢٧) إ.ج، لا يشترط المشرع صفة معينة في الجاني، فمن الجائز أن تقتصر الشكوى على بيان الفعل، دون ذكر شخص من تقدم ضده؛ لأنّ الشكوى تتعلّق بنوع الجريمة وليس بشخصية الجاني، ومن ثم تنتج الشكوى أثرها وإن لم يكن الجاني مذكوراً في الشكوى، فحسب نص المادة (٢) إ.ج تكون الشكوى ضدّ شخصٍ ما، معلوماً كان أم مجهولاً، علاوةً على أن المشرّع لم يشترط في المادة (٢٩) إ.ج، عند حساب المدّة المقرّرة لتقديم الشكوى العلم بمرتكبها، وبالتالي إذا تم تحريك الدعوى الجزائية ضد مجهول واكتشفت النيابة العامة مرتكب الجريمة، فلا يتعيّن على النيابة العامة انتظار تقديم شكوى جديدة من جانب المجني عليه.

في حين أن جميع جرائم الأموال الواردة في الفقرة الثانية من المادة (٢٧) إ.ج، والتي يشترط فيها المشرّع صلة قرابة بين الجاني والمجني عليه، حتى تعد من جرائم الشكوى، ينبغي أن يكون فيها المتهم محدداً في الشكوى؛ لأنّ قيد الشكوى يتعلّق بشخصية الجاني وليس بنوع الجريمة. وبالتالي، إذا ما حركت النيابة العامة الدعوى الجزائية، بناءً على

(١) د. مأمون محمد سلامة: المرجع السابق، ص ٩١١.

(٢) د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط ٤، دار الجيل للطباعة، ١٩٨٢م، ص ٢.

(٣) د. عوض محمد عوض: قانون الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص ٧١.

شكوى لم يحدّد المتهم فيها، ثم تبين من خلال التحقيقات أنّ مرتكب الجريمة ممّن يتطلّب توافر صفة معيّنة لاتخاذ الإجراءات الجزائية ضده؛ فإنّ على النيابة العامة أن توقف التحقيق إلى أن يتقدّم المجني عليه بشكوى جديدة يبدي فيها رغبته في السير في إجراءات الدعوى، بعد علمه بشخصية الجاني، وتعدّ الشكوى الأولى كأنها بلاغ عن وقوع جريمة، ومن ثمّ فإنّ تحديد المتهم ومعرفته بالنسبة للمشتكى أمر ينبغي أن يكون محل اعتبار في الشكوى.

وفي جميع جرائم الشكوى، إذا حدّد المجني عليه مرتكب الجريمة، فيصح أن يكون محدّدًا ومعينًا بالذات أي بشخصه، فلا يُشترط معرفة المشتكى عليه باسمه، إذ قد يكون اسمه مجهولًا لدى الشاكي، وإنما يكفي أن تقدّم الشكوى ضدّ شخص معيّن أو ضدّ أشخاص معيّنين بأوصافهم وصفاتهم.

الشرط الثالث: الجهة التي تقدّم إليها الشكوى:

حدّد المشرّع اليمني جهاتٍ عدّة ينبغي تقديم الشكوى الشفهية أو التحريرية إليها عند وقوع الجريمة، وهذه الجهات هي:

أولاً: النيابة العامة بوصفها جهة اختصاص:

لما كانت الشكوى هي الوسيلة إلى إمكان تحريك الدعوى الجزائية في الجرائم الواردة في المادة (٢٧) إ.ج؛ فإنها يجب أن تُقدّم إلى جهة تملك هذا الحق، وبناء على ذلك تُقدّم الشكوى إلى النيابة العامة بوصفها الجهة التي تملك سلطة تحريك الدعوى الجزائية ورفعها ومباشرتها^(١)، وهذا ما نصّت عليه المادة (٢) إ.ج. بالقول: «الشكوى تعني الادعاء الشفهي أو الكتابي المقدم إلى النيابة العامة...». ونصّت المادة (٤٦) إ.ج، بأنه: «يحصل الادعاء مدنيًا إما في الشكوى التي تُقدّم إلى النيابة العامة...».

وجرى العمل بأن تُقدّم الشكوى إلى وكيل النيابة المختص، ولكن لا يُشترط أن تُقدّم إليه شخصيًا أو أي عضو من أعضاء النيابة العامة، بل يكفي أن تُقدّم إلى قلم الكتاب أو إلى سكرتارية النيابة العامة التي تقوم بعرضها على وكيل النيابة العامة المختص ليقوم بإحالتها إلى أحد أعضاء النيابة التابعين له للتصرف بها وفقًا للقانون.

ويجب في هذه الحالة مراعاة قواعد الاختصاص المكاني والنوعي؛ بمعنى أن تكون النيابة التي قُدمت إليها الشكوى مختصةً مكانيًا ونوعيًا بتحريك الدعوى الجزائية،

(١) راجع المادة: المادة (٢١) من قانون الإجراءات الجزائية.

ولكن هذا لا يعني عدم صحة الشكوى، إذا قُدمت إلى النيابة غير المختصة فمبدأ (عدم تجزئة النيابة العامة) يجعل الشكوى التي تُقدَّم إلى أي عضو نيابة مقبولة شكلاً، لأنَّ وكيل النيابة المقدمة إليه الشكوى وفقاً لقواعد الاختصاص سوف يحيلها إلى النيابة المختصة بتحريك الدعوى الجزائية^(١)، فتبادر هي الأخرى إلى اتخاذ ما تراه مناسباً من الإجراءات اللازمة وفقاً للقانون.

ولكن ينبغي التفرقة بين كلٍّ من الاختصاص النوعي والمكاني من جهة والاختصاص الزمني من أخرى؛ فالشكوى لا تكون لها قيمة قانونية إذا قُدمت إلى عضو نيابة قدم استقالته أو أنهى خدمته في الوظيفة، أو كان في إجازة أو غير ذلك من الأسباب التي تجعل عضو النيابة غير مختصّ زمانياً.

ثانياً: مأمورو الضبط القضائي:

بالرغم أن المشرع في المادة (٢) إ.ج، حصر نطاق الجهات التي تُقدَّم إليها الدعوى بالنيابة العامة فقط، وهذا يُعدّ قصوراً من المشرع ينبغي تلافيه في أقرب فرصة للتعديل، إلا أن ذلك لا يمنع من تقديم الشكوى إلى أحد مأموري الضبط القضائي؛ لأنَّ المشرع اليمني قد كلّفهم وفقاً لما نصّت عليه المادة (٩١) إ.ج، باستقصاء الجرائم، وتعقب مرتكبيها وفحص البلاغات والشكاوى وجمع الاستدلالات والمعلومات المتعلقة وإثباتها في محاضرهم، ثمّ يقوم بإرسالها إلى النيابة العامة، كما يؤكّد على ذلك الاختصاص لمأموري الضبط القضائي، ما نصّت عليه المادة (٤٦) إ.ج بالقول: «يحصل الادعاء مدنياً، إما في الشكوى التي تُقدَّم إلى النيابة العامة، أو أحد مأموري الضبط القضائي...». أمّا في حالة التلبس بارتكاب الجريمة، فيمكن أن تُقدَّم الشكوى إلى من يكون حاضراً من رجال السلطة العامّة، لما يستدعيه الأمر من الإجراءات السريعة^(٢).

فعند وقوع جريمة يمكن للمجني عليه تقديم شكوى إلى الإدارة المختصة بتلقّي الشكاوى في قسم الشرطة، الذي يقوم بدوره بتسجيل الشكوى بقيد متسلسل في سجلّ خاصّ وعرضها على مدير القسم بعد تسجيلها لإحالتها إلى هيئة التحقيق. أمّا في حالة التلبس بارتكاب الجريمة، فيمكن أن تُقدَّم الشكوى إلى من يكون حاضراً من رجال السلطة العامّة، لما يستدعيه الأمر من الإجراءات السريعة.

(١) حددت المادة (١١٥) إ.ج، نطاق الاختصاص المكاني لأعضاء النيابة العامة في التحقيق بالجرائم الواقعة في نطاق اختصاص المحاكم التي يعملون في دوائرها وحددت القرارات الخاصة بإنشاء نيابات متخصصة الاختصاص النوعي لأعضاء النيابة وحصرته في الجرائم التي تختص بها.

(٢) د. فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ١١٣.

وإذا قُدِّمت الشكوى إلى أحد مأموري الضبط القضائي، كانت كافيةً، ولو كان من قُدِّمت له غير مختص مكانياً؛ إذ إن إعمال قواعد الاختصاص ستؤدي إلى إحالة الشكوى على الجهة المختصة.

ثالثاً: القضاء الجزائي:

يُعد رفع الدعوى مباشرة من المجني عليه الذي أصابه ضررٌ من الجريمة أمام المحكمة الجنائية، بمثابة شكوى مقدمة إلى جهة مختصة؛ لأنه يهدف إلى محاكمة المتهم جنائياً، وهو الهدف ذاته من تقديم الشكوى إلى النيابة العامة أو مأموري الضبط القضائي، فيلزم فيه كل ما يلزم الشكوى من شروط^(١)، وهذا الأمر أكدّه المشرع اليمني في المادة (٤٦) إ.ج. بالقول: «يحصل الادعاء مدنياً... بإعلان المتهم، وفقاً لأحكام قانون المرافعات».

وتطبيقاً لذلك لا تُعد شكوى بالمعنى المقصود رفع المجني عليه دعوى مدنية أمام القضاء المدني للمطالبة بتعويض الضرر عن الجريمة؛ مثل أن تُرفع دعوى تعويض مدنية بناءً على جريمة سب أو قذف أمام القضاء المدني، أما في حالة رفع دعوى جزائية عن الجريمة ذاتها أمام القضاء الجزائي فإنها تُعد بمثابة شكوى إذا استوفت الشكوى شروط صحتها، والفرق في ذلك بين القضاء الجزائي والمدني مرجعه، في الحالة الأولى -دون الثانية- عبر المجني عليه عن رغبته في محاكمة المتهم جنائياً، وهو ذات ما تهدف إليه الشكوى المقدمة إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي، بمعنى أدق تقديم الدعوى أمام المحكمة المدنية لا يكون فيها تعبيرٌ عن إرادة تحريك الدعوى الجزائية، وهذه الإرادة هي عنصر جوهرى لصحة الشكوى. ويجوز أن تقدم الشكوى إلى الجهات القضائية في الحالات الاستثنائية التي يجوز للقضاء فيها تحريك الدعوى الجزائية^(٢).

بالنتيجة إذا تم تقديمها إلى غير هذه الجهات ولو كانت رسمية، فلا يمكن أن يكون لها أي قيمة قانونية في إزالة القيد المفروض على سلطة النيابة العامة حتى لو كانت قد قُدِّمت من المجني عليه، مثل تقديمها إلى الرئيس الإداري للجهة التي يتبعها الجاني؛ ولم يكن هذا الرئيس من مأموري الضبط القضائي، أو إلى أحد الشخصيات العامة في المجتمع بهدف حل النزاع والجهات المختصة بتلقي الشكاوى وفقاً للقانون.

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه «يُعد الادعاء المباشر المقدم من المجني عليه - حيث يكون جائزاً - بمثابة شكوى، لأنه يعني رغبة المجني عليه في محاكمة المتهم جنائياً فيتعين أن يتوفر فيه كل ما يتطلب في الشكوى من شروط». نقض ٩ فبراير سنة ١٩٥٦م، مجموعة أحكام محكمة النقض س ٧ رقم ٤٧، ص ١٧٣.

(٢) راجع في ذلك: المواد (٢٣ و ٣٤ و ٣٥) إجراءات جزائية.

الشرط الرابع: أن تُقدّم الشكوى خلال المدة المحددة قانوناً:

في جميع الأحوال التي يشترط المشرّع لإقامة الدعوى الجزائية وجود شكوى من المجني عليه أو من يمثله قانوناً يشترط لقبولها أن يتم تقديمها خلال مدة محددة قانوناً، حتى يتحقق الاستقرار القانوني ولا يصبح هذا الحق سيقاً مسلطاً في يد المجني عليه يستعمله ضد المتهم، لابتزازه أو التنكيل به.

وقد حدّد المشرّع اليميني المدة القانونية التي يجوز فيها للمشتكي تقديم شكواه في نص المادة (٢٩) إ.ج، بأربعة أشهر، يبدأ حسابها من تاريخ علم المجني عليه بالجريمة أو بارتكابها، وإذا كان هناك عذر قهري حال دون تقديمها برغم علم المجني عليه بالجريمة أو بارتكابها، فيبدأ السريان من يوم زوال العذر القهري الذي حال دون تقديمها، فإذا قدمت خارج هذا الأجل تُعد غير مقبولة^(١).

وقد رأى المشرّع أن مدة أربعة أشهر كافية لتمكين المجني عليه، أو من يقوم مقامه قانوناً من اتخاذ القرار، بشأن تقديم الشكوى؛ فإذا لم يقدمها خلال هذه المدة فإن سكوته يُعد تنازلاً عن حقه في تقديمها

الشرط الخامس: أن تكون الشكوى مستوفية الشروط الشكلية:

لم يحدّد المشرّع الإجرائي شكلاً معيناً للشكوى، فيجوز أن تكون مكتوبة أو شفوية المادة (٢) إ.ج، وتُعد في حكم الشكوى الشفهية استغاثة المجني عليه الصريحة من الجاني أمام أحد مأموري الضبط القضائي^(٢). وإذا قُدمت الشكوى شفاهةً فيجب على السلطة المختصة التي تتلقّى الشكوى أن تدونها في محضر رسمي يتضمّن كل ما جاء على لسان الشاكي أو من يقوم مقامه قانوناً، وأن يكون هذا المحضر مؤرخاً وموقعاً عليه من الشاكي.

(١) أغلب التشريعات اتجهت إلى تحديد مدة معينة لتقديم الشكوى ولكنها لم تتخذ منهاجاً واحداً بصدد تحديد الفترة المسموح بها فأغلبها حدد مدة ثلاثة أشهر، تبدأ من يوم علم المجني عليه بالجريمة ومرتبها، نذكر منها على سبيل المثال التشريع المصري، بينما جعل المشرّع القطري مدة الحق في تقديم الشكوى بثلاثين يوماً، راجع في ذلك: المادة (٧) من قانون الإجراءات الجنائية القطري رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م.

في المقابل هناك بعض التشريعات لم تحدد مدة معينة لتقديم الشكوى، إذ يجوز استعمال هذا الحق حتى تنقضي الدعوى الجزائية بالتقادم، وهذا يعني أن المتهم يظل مهدداً من المجني عليه حتى تنقضي الدعوى الجزائية بالتقادم، من تلك التشريعات على سبيل المثال التشريع الكويتي والجزائري، وقانون الإجراءات الجزائية اليميني رقم (٥) لسنة ١٩٧٩م، الملغى بالقانون النافذ، رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.

(٢) د. رؤوف عبيد: المرجع السابق، ص ٩٨.

والغالب أن يتقدّم المجني عليه أو من يمثّله بشكواه مكتوبةً، والفائدة من ذلك تتمثل في سهولة معرفة الأطراف معرفةً كافيةً ودقيقةً؛ إضافةً إلى أنه من خلال الشكوى الكتابية سوف يتبيّن أنها مستوفية لجميع شروط صحتها؛ وإذا قُدّمت الشكوى مكتوبةً فيتساوى لدى القانون اللغة التي كُتبت بها أو الصياغة التي تفرّغ فيها، المهم أن تكون دالةً على رغبة المجني عليه في مساءلة المشكوبه جنائياً ومعاقبته، أما إن تضمن فحوى الشكوى مجرد شرح ما حدث من المشكوب به أو الأضرار التي قد أصابته من الجريمة، أو تقديم طلب لأخذ تعهد على المتهم وخلت تمامًا من رغبة المجني عليه في تحريك الدعوى ضد الجاني، فليس للشكوى قيمة قانونية ولا يجوز للنيابة تحريك الدعوى الجزائية بناء عليها، وكذلك الحال فيما لو أشار المجني عليه إلى وقوع جريمة عليه في معرض شهادته أمام القضاء عن جريمة أخرى، ولو كانت مرتكبةً من قبل الجاني نفسه أو قدّم شكوى إلى الجهة الإدارية التي يتبعها الجاني لمساءلته تأديبياً.

ولصحة الشكوى، يجب أن تحمل اسم الشخص الذي قدّمها وصفته، وذلك أمر بدهيّ، للتحقق من صفته؛ ذلك أن المشرّع قد حدّد في نص المادة (٢٧) إ.ج، أن صاحب الحق في تقديم الشكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً، ومن ثم كان من شروط صحة الشكوى تقديمها منه، إذ هو صاحب الحق في ذلك.

وأن تتضمن الشكوى وصفًا واضحًا للواقعة التي تقوم عليها الجريمة؛ وزمان ومكان ارتكاب الجريمة، للتأكد من أنها من الجرائم المشمولة بقيد الشكوى أم لا، إضافةً إلى أن النيابة العامة ملزمة بالتقيد بالنطاق الموضوعي للشكوى فإذا قدمت الشكوى عن واقعة معينة واكتشفت أثناء التحقيق واقعة أخرى يشترط فيها الشكوى، فلا يجوز اتخاذ الإجراءات في الواقعة الجديدة إلا بعد تقديم شكوى فيها، على أنه لا يشترط أن تتضمن الشكوى تكييفاً قانونياً معيناً للواقعة، فتلك مهمة القضاء وليست مهمة مقدم الشكوى. ولا يشترط في الشكوى أن يكون قد تلاها تحقيقٌ مفتوحٌ أو حتى جمع استدلالات من مأموري الضبط القضائي.

ويجب أن تكون الشكوى مؤرخةً، أي تحمل تاريخ تقديمها، للتأكد أنها قدمت في الفترة المسموح بها أم لا، وأهميته أيضاً أنه يرسم الحد الفاصل بين ما تم اتخاذه قبل تقديم الشكوى وما يتخذ بعده. وهو الحكم ذاته إذا ما قُدّمت الشكوى في صورة شفوية.

ويُشترط في الشكوى أن تكون باثةً غير معلقة على شرط، وإلا كانت باطلةً حتى وإن تحقق الشرط فيما بعد^(١)، ومن ذلك أن يقدم المجني عليه في جريمة سبب شكواه مطالباً بتحريك الدعوى ضد الجاني، إذا لم يقدم اعتذاره علناً أو يتعهد بعدم اقترافه الفعل مرةً أخرى، أو يعلّق المجني عليه الذي هي زوجة المتهم بالسرقة شكواها على قيام زوجها برد المسروقات، فمثل هذه الشكوى لا قيمة قانونية لها حتى وإن تحقق هذا الشرط، والسبب في ذلك يتمثل في أن المجني عليه قد يغيّر رأيه في مباشرة الدعوى الجزائية عند تحقق الشرط، كما يدل على أن نية المجني عليه التهديد وليس الرغبة الصريحة في اتخاذ الإجراءات قبل المتهم. ومن ناحية أخرى، فإن هذه الخاصية تستقيم مع طبيعة الشكوى لكونها تصرفاً قانونياً تتجه فيه إرادة المجني عليه إلى إحداث أثر قانوني معين.

ويُشترط كذلك أن تتضمن الشكوى الادعاء بالحقوق المدنية - المطالبة بتعويض مادي أو معنوي عن الأضرار التي أصابته جراء الفعل المشكوم منه - لأنه وفقاً لما تضمنته المادة (٩٧) إ.ج فإن الشكوى التي لا يدعي فيها مقدّمها بحق مدني لا تُعد من قبيل الشكاوى وإنما من قبيل التبليغات.

ولكن هذه الشكوى والتي لم تتضمن الادعاء بالحقوق المدنية، يمكن أن تكون صحيحةً وقانونيةً ويمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى الجزائية، بناءً عليها إذا قدّم الشاكي بعد ذلك طلب تعويض، بناءً على ما قدّمه في الشكوى السابقة، فهنا ورغم أن الشكوى قد تجزأت خاصةً إذا كانت كتابية إلا أنها قد حوت جوهر الشكوى وهو إعلان الرغبة في اتخاذ الإجراءات القانونية ضد المشكوف في حقه وطلباً بالتعويض.

وأن تحدّد المشتكى منه إذا كان معروفاً أو القرائن التي تسمح بمعرفته والوصول إليه، ولكن لا يعيب الشكوى عدم ذكر اسم المتهم ولا يعرضها إلى عدم القبول، فلا يشترط في الشكوى تحديد هوية المتهم؛ ذلك أن للشكوى طبيعةً عينيةً تمتد إلى كافة المتهمين الذين أسهموا في الجريمة، وإن لم تكن أسماؤهم محددةً في الشكوى.

(١) يرى بعض فقهاء القانون أن الشكوى المعلقة على شرط تكون صحيحة وتنتج آثارها عند تحقق الشرط، خاصة أنه ليس في القانون نص صريح يوجب أن تكون الشكوى باثة؛ إلا أن هذا الشرط تملّيه طبيعة الشكوى ذاتها، د. عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ٥٤.

المطلب الثاني

الآثار الإجرائية للشكوى

عندما يشترط المشرع في جرائم معينة تقديم شكوى من المجني عليه أو من يمثله قانوناً لإمكانية تحريك الدعوى الجزائية، فإن ذلك يؤثر على السلطة المخولة للنيابة العامة بصفتها ممثلة عن المجتمع وتنوب عنه في الدفاع عن حقه في مواجهة مرتكب الجريمة، وذلك من حيث ما يجوز اتخاذه من الإجراءات قبل تقديم الشكوى وبعد تقديمها، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً: الآثار الإجرائية السابقة على تقديم الشكوى:

لما كان المشرع اليمني قد اشترط وجوب تقديم الشكوى من المجني عليه أو من يمثله قانوناً كأساس لتحريك الدعوى الجزائية أو رفعها في الجرائم المنصوص عليها حصراً في المادة (٢٧) إ.ج؛ نراه وبنص صريح قد منع في المادة ذاتها النيابة العامة من رفع الدعوى الجزائية، وذلك بقوله: «لا يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجزائية أمام المحكمة إلا بناء على شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً...». ومنعها في المادة (٣٠) إ.ج من اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق ضد مرتكب الجريمة مهما كان بسيطاً قبل تقديم الشكوى، وذلك بقوله: «لا يجوز اتخاذ إجراءات التحقيق فيها إلا بعد تقديم هذه الشكوى».

وهذا المنع للنيابة العامة، سواء أجرت التحقيق بنفسها أم بمن تنتدبه لهذا الغرض من مأموري الضبط القضائي، وسواء أكان الإجراء مأساً بشخص المتهم بارتكاب الجريمة كالقبض عليه وتفثيشه أو تكليفه بالحضور أو حبسه أو استجوابه، أو ما لم يكن منها مأساً بشخصه كسؤال الشهود، أو ندب خبير، أو معاينة مكان الجريمة.

ويشمل المنع حالة التلبس بجريمة مقيدة بشكوى، فإن وجود حالة تلبس في جريمة من جرائم الشكوى لا يمنح النيابة رخصة في رفع الدعوى الجزائية أو اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق سواء الماسة بحرمة المتهم أو حرمة مسكنه أم غيرها، ما لم تكن هناك شكوى مقدّمة من المجني عليه، وإن كانت بعض التشريعات قد أجازت اتخاذ إجراءات التحقيق غير الماسة بشخص المتهم قبل تقديم الشكوى، أما إجراءات التحقيق الماسة بشخص المتهم فلا يجوز اتخاذها^(١).

(١) نصت المادة (٣٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري بأنه: «... إذا كانت الجريمة المتلبس بها مما يتوقف رفع الدعوى العمومية عنها على شكوى فلا يجوز القبض على المتهم إلا إذا صرح بالشكوى من يملك تقديمها...».

فإذا باشرت النيابة العامة أي إجراء في الدعوى الجزائية من تلقاء نفسها دون انتظار الإجراء الذي تطلبه القانون وهو تقديم الشكوى، سواء بتحقيق أجرته بوصفها سلطة تحقيق، أم برفع الدعوى أمام القضاء فإن الإجراء الذي قامت به يكون باطلاً، ويبطل كذلك كل ما يبني عليه من إجراءات لاحقة حتى وإن كانت صحيحة لأن ما بني على باطل فهو باطل^(١).

وإذا رفعت النيابة العامة الدعوى الجزائية عن جريمة يعلّق فيها القانون رفع الدعوى على شكوى دون حصول ذلك، فإنه يتعيّن على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبولها لبطلان في إجراءاتها وليس ببراءة المتهم؛ لأنه لا يجوز أن يتقدّم من له الحق في الشكوى بشكواه فتعاد الإجراءات من جديد بعد الحكم بالبراءة، وحينئذ متى كان هناك حكم بالبراءة امتنعت محاكمة المتهم مرة أخرى، أما عدم القبول فإنه لا يمنع من نظر الدعوى متى زال سببه، ما لم تنقض الدعوى الجزائية لأي سبب من أسباب الانقضاء^(٢) وإذا لم تقض المحكمة بعدم قبول الدعوى الجزائية وحكمت؛ فإن حكمها الصادر في الدعوى الجزائية أيًا كان بالبراءة أو الإدانة يكون منعدياً لعدم اتصال المحكمة بالدعوى الجزائية اتصالاً صحيحاً.

ولا يصحح الإجراء الباطل تقدّم المجني عليه بشكواه بعد إجرائه، سواء أكان إجراء من إجراءات التحقيق أم كان إجراء الرفع إلى المحكمة، إذ إن التقديم اللاحق للشكوى بعد تحريك الدعوى لا يجدي نفعاً في بطلان الإجراءات التي تم اتخاذها، ولا يصحّحه كذلك رضاء المجني عليه بالسير في الدعوى الجزائية التي تم تحريكها ورفعها دون شكوى منه أو دخوله فيها بصفة مدع بالحق المدني، ولا أن يتنازل المتهم ويقبل تحريك الدعوى الجزائية ورفعها أمام القضاء ومحاكمته، فالبطلان هنا متعلق بالنظام العام، ولا يصحح هذا الإجراء إلا أن يعاد إجراء رفع الدعوى الجزائية من جديد بعد تقديم الشكوى إذا كانت المدة المحددة لتقديم الشكوى لم تنقض بعد.

ونظراً لكون البطلان هنا متعلقاً بالنظام العام، فإن الدفع ببطلان الإجراء يُعد من الدفوع الجوهرية التي يجوز للمتهم إثارتها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا.

وبالعودة إلى خطاب المنع الوارد في نص المادتين (٢٧) و(٣٠) إ.ج، نجد أنه موجّه دون شك إلى النيابة العامة كونها الجهة المختصة وصاحبة الولاية فيما يتعلق بالدعوى

(١) تراجع في ذلك: المادة (٣٩٧) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(٢) تراجع في ذلك: المواد (٣٦) و(٣٧) و(٣٨) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

الجزائية، ولا ينصرف إلى جهات الاستدلال، بوصف الشكوى قيداً على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية ورفعها، وليست قيداً لازماً على حرية مأموري الضبط القضائي في إجراء التحريات. ولذا ما لا يجوز مباشرته قبل تقديم الشكوى هو إجراءات التحقيق، أما أعمال الاستدلال فتعد صحيحة ويمكن القيام بها حتى لو كانت الدعوى معلقة على شكوى، فهي ليست من إجراءات الدعوى ولا يرد عليها قيد المشرع ولو في حالة التلبس، وإنما هي من الإجراءات الأولية التي تمهد لها. وتأكيداً للمعنى المتقدم؛ فإن المشرع في المادة (٩١) إ.ج بعد أن حدّد مهام مأموري الضبط القضائي باستقصاء الجرائم وتعقب مرتكبيها وفحص البلاغات والشكاوى التي ترد إليهم، عاد وذكر في المادة (٩٢) إ.ج بأن عليه في حالة علمه بوقوع جريمة، سواء بناء على شكوى أو بلاغ أو بأية كيفية، أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة. ويبدو أن المشرع ابتغى من إخراج مرحلة الاستدلال من القيد، المحافظة على معالم الجريمة حتى يقرّر المجني عليه تقديم شكوى من عدمه.

وإخراج أعمال الاستدلال من دائرة القيد أجمع عليه الفقه والقضاء فقد رأوا أنه لا مانع من مباشرة إجراءات الاستدلال قبل صدور الشكوى، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: «إجراءات الاستدلال أياً كان من يباشرها لا تعد من إجراءات الخصومة الجنائية بل من الإجراءات الأولية التي لا يرد عليها قيد المشرع في توقفها على الطلب أو الإذن أو الشكوى رجوعاً إلى حكم الأصل في الإطلاق...»^(١).

ومع ذلك لا يجوز لمأموري الضبط القضائي مباشرة إجراء من إجراءات التحقيق الممنوحة لهم استثناء، وإن كان ذلك في حالات التلبس مثل إجراء القبض أو التفتيش... إ.ج المادة (٩٨) إ.ج وما بعدها.

ثانياً: الآثار الإجرائية اللاحقة لتقديم الشكوى:

متى ما تقدّم المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً بشكواه لدى الجهات المخوّلة قانوناً بتلقي الشكاوى، وفقاً للشروط التي سبق بيانها، رُفع القيد الذي وضعه المشرع أمام النيابة العامة، ولا تبقى يدها مغلوطة وممنوعة قانوناً من تحريك الدعوى الجزائية؛ إذ يزول المنع بمجرد تقديم الشكوى، ويزول الوضع الاستثنائي ويعود الأصل العام والحرية لها في تقدير ملاءمة تحريك الدعوى الجزائية بالنسبة للواقعة التي رفع القيد بشأنها،

(١) قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٥ فبراير ١٩٦٨م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س١٩، ص٤٨.

والسير فيها إلى غاية صدور حكم بات بشأنها - ما لم يتنازل صاحب الشأن عن الشكوى - فالشكوى لم تكن إلا عقبة إجرائية وبتقديمها مستوفية شروط صحتها زالت هذه العقبة.

إلا أن تقديم الشكوى مستوفية شروط صحتها لا يلزم النيابة العامة أن تقرّ حتمًا ووجودًا تحريك الدعوى الجزائية، فالدعوى عن تلك الجرائم التي يلزم لتحريكها تقديم شكوى - فيما عدا تقديم الشكوى والتنازل عنها - دعوى عامة تسيروا وتصرف فيها النيابة العامة، كما تفعل في سائر الدعاوى الجزائية ولا شأن للمجني عليه بها^(١)، وذلك لأنّ الشكوى هي بمثابة رسالة موجهة إلى النيابة العامة، مفادها: أن القيد الذي كان مفروضًا عليك من تحريك الدعوى قد زال أو ارتفع، ولك الصلاحية الكاملة الآن في الجريمة التي ارتكبت، والنيابة وفقًا لمبدأ الملاءمة الذي يأخذ به التشريع الجزائي اليمني تملك حق تحريك الدعوى أو عدم تحريكها وإصدار أمر بحفظ الأوراق، إذا اقتضت الضرورة وتوفير أحد أسبابها الذي يجعل من خيارها بعدم التحريك وإصدار قرار حفظ بمثابة استعمالها لحق منحها إياه القانون، وليس تهاونًا منها في القيام بواجباتها، وإذا رأت تحريك الدعوى الجزائية، فإن ذلك يتم دون تدخل من المجني عليه، وإذا تدخل في الدعوى الجزائية التي حركت بناء على شكوى منه مطالبًا بحقوق مدنية أصح خصمًا منظمًا للنيابة في الدعوى الجزائية ومدعيًا في الدعوى المدنية المرتبطة بها، ومن ثمّ فليس له أن يتقدم بطلبات متعلّقة بالدعوى الجزائية غير تلك التي تطالب بها النيابة العامة، فالنيابة هي الخصم الوحيد للمتهم في الدعوى الجزائية المادة (٢٤) إ.ج. إلا أنه وفي بعض القضايا يبرز دور المجني عليه في تقديم العون للنيابة في إثبات وقوع الجريمة من المتهم.

وأيضًا النيابة العامة غير ملزمة بالتقيد بالنطاق الشخصي للشكوى ويقصد بالنطاق الشخصي الأشخاص الواجب تحريك الدعوى بمواجهتهم، سواء أكانوا أشخاصًا طبيعيين أم معنويين؛ فإذا ما قدّم الشاكي شكواه ضدّ شخص معيّن، وتمّ تحريك الدعوى الجزائية ضدّه وظهر من خلال التحقيق أنّ للجاني شركاء آخرين ساهموا معه في الجريمة بصفتهم فاعلين أصليين أو شركاء أو محرضين أو متدخلين؛ فإنّ الشكوى يمتد أثرها إلى كل من أسهم في الجريمة وليس فقط على من قدّمت ضده الشكوى، وإن كان المجني عليه لا يرغب في تحريك الدعوى ضده أو ضدهم وأغفل ذكرهم في شكواه عن قصد^(٢) أو قد صرّح في شكواه بعفوه عنهم، فالمجني عليه ليس من حقه تجزئة الشكوى، وتقرير رغبته

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «متى قدم الشاكي شكواه فإن الدعوى تكون ككل دعوى تجري فيها جميع الأحكام المقررة للتحقيق الابتدائي وإجراءات المحاكمة». نقض مصري ١٩مايو ١٩٤١م، مجموعة القواعد القانونية ج ٥، ص ٤٧٣، رقم ٢٠٩.

(٢) د. محمد سعيد نمور: أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م، ص ١٨١.

في تقديم شكواه ضد بعض المتهمين والعفو عن البعض، المادة (٢٨) إ.ج.

ونعتقد أن ذلك منطقي؛ لأنَّ المشرّع حينما قيّد تحريك الدعوى الجزائية بشكوى من المجني عليه، فإنه أراد مسايرة رغبته في عدم إثارة المشاكل؛ بسبب السير في إجراءات الدعوى الجزائية، أما وقد آثارها ضد أحد المتهمين أو بعضهم فإن المشاكل ستظهر؛ ولذلك لا معنى لإعفاء الباقيين؛ ذلك أن الدعوى لا تتجرأ في هذه الحالة، فإما أن يثير المجني عليه الدعوى كاملة أمام القضاء، وإما أن يغفلها فلا تثار.

بيد أن مقتضى القاعدة السابقة تشترط أن يكون المتهمون جميعاً في مركز قانوني واحد، أما إذا تفاوتت مراكزهم بأن كانت الشكوى شرطاً للبعض منهم دون البعض الآخر، فللنيابة أن تسير في الدعوى قبل من لم يشترط القانون - لرفع الدعوى عليهم - وجوب تقديم شكوى دون أن تتقيد حريتها في ذلك بضرورة انتظار تقديم المجني عليه لشكواه، ولا تستطيع تحريك الدعوى ضد باقي المتهمين الذين يشترط المشرّع تقديم شكوى لتحريك الدعوى ضدهم.

ومع ذلك يمكن القول: إن النيابة العامة عندما تقرر تحريك الدعوى الجزائية، بعد أن يتقدّم المجني عليه أو من يقوم مقامه بشكواه ملزمة أن تتقيد بالنطاق الموضوعي لهذه الشكوى ونقصد بالنطاق الموضوعي الجرم الذي ورد في الشكوى دون غيره، فإذا ارتبطت الجريمة محلّ الشكوى بوقائع تشكّل جرائم أخرى يلزم لرفع دعوى عنها تقديم شكوى أيضاً، فإنّ جهة التحقيق تلتزم بالواقعة موضوع الشكوى. فمثلاً: إذا تضمنت الشكوى واقعة سب واتضح أن هناك جريمة قذف مثلاً، فيجب على النيابة العامة عندما تحرك الدعوى الجزائية أن تحركها على جريمة السب دون جريمة القذف وإلا تكون قد خرجت عن نطاقها الموضوعي، وذلك يستفاد من نص المادة (٢٧) إ.ج، أن النيابة العامة لا تملك حق تحريك أي دعوى في جريمة من جرائم الشكوى إلا بناء على شكوى شفوية أو مكتوبة من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً، ولا يجوز التوسع في نص ابتداءً بنص مانع (لا يجوز).

ولكن النيابة العامة في تكييفها للواقعة غير ملزمة بالتكييف الذي ذكره المشتكي في شكواه؛ إذ إنّ مثل هذا التكييف لا يلزمها ولا يقيدّها، ويعود لها وحدها وضع التكييف القانوني الذي تراه سليماً من الناحية القانونية بالنسبة للأفعال التي ورد ذكرها في الشكوى، فمثلاً إذا تقدّم المجني عليه بشكواه عن واقعة بوصفها سرقة؛ ورأت النيابة العامة من خلال التحقيقات أن خيانة الأمانة هي الوصف الصحيح، فإن لها أن ترفع الدعوى في قرار اتهامها أمام المحكمة بهذا الوصف دون استئذان المجني عليه أو موافقته

أو طلب تصحيح الشكوى، أو إعادة تحريرها من جديد^(١).

والشكوى عمل إجرائي مستقل عما يتبعها، فإذا تقرر بطلان الأعمال المترتبة عليها فلا يمتد البطلان إلى الشكوى ما دامت قد استوفت شروط صحتها، فتظل فاعليتها قائمة ويجوز إعادة الإجراءات دون أن يتطلب ذلك تقديم شكوى جديدة، وفي المقابل أي إجراء بُني على شكوى غير صحيحة يُعدُّ باطلاً.

(١) د. علي عبد القادر القهوجي: شرح أصول المحاكمات الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧م، ٢٢٠.

المبحث الرابع

حالات انقضاء الحق في تقديم الشكوى وسقوطه

تمهيد وتقسيم:

يراد بانقضاء الحق في تقديم الشكوى أو سقوطه، فقدان المجني عليه أو من يقوم مقامه حقه في تقديم الشكوى لتوفر أحد الأسباب التي نص عليها المشرع اليمني في المادة (٢٩) إ.ج بالقول «ينقضي الحق في الشكوى... بمضي أربعة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة أو بارتكابها أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى، ويسقط الحق في الشكوى بموت المجني عليه».

ولا يعني انقضاء الحق في تقديم الشكوى وسقوطه استرداد النيابة لحريتها في تحريك الدعوى ومباشرتها في الجريمة، والقول بذلك يؤدي إلى مخالفتنا للحكمة التي ارتأها المشرع من وراء فرض هذا القيد. وإنما يعني إفلات مرتكب الجريمة من العقاب.

وعلى ضوء ما تقدم سنقسم المَبْحَثُ إلى مطلبين: الأول: يوضِّح، سقوط الحق في الشكوى بوفاة المجني عليه، والثاني: مضي المدة المحددة لتقديم الشكوى.

المطلب الأول

وفاة المجني عليه

أغلب التشريعات تنص، على سقوط الحق في الشكوى بوفاة المجني عليه وذلك ما نصت عليه المادة (٢٩) إ.ج، بالقول «.. يسقط الحق في الشكوى بموت المجني عليه».. إلا أنه يجب التفريق بين حالتين:

الأولى: وفاة المجني عليه قبل تقديم الشكوى:

الحق في تقديم الشكوى ذو طابع شخصي يتعلق بالمجني عليه دون سواه، فإذا توفي من له حق تقديم الشكوى قبل تقديم شكواه إلى الجهة المختصة فإن الحق بالشكوى يسقط بموته، ولا ينتقل الحق في تقديمها للغير حتى وإن كانت المدة المقررة لانقضاء الحق في تقديمها لا زالت قائمة، وهذه سمة كل الحقوق الشخصية المتعلقة بالشخص تسقط دائماً بوفاته، ومن ثم لا يحق لورثته ولا لدائنيه تقديمها، وإن ثبت أن مورثهم لم

يكن يعلم قبل وفاته بوقوع الجريمة، أو أنه كان يعلم وأظهر لهم رغبته في تقديم شكوى ولكن الموت عاجله قبل ذلك^(١).

ولكن إذا لم يكن للورثة الحق في تقديم الشكوى للمطالبة بتحريك الدعوى الجزائية ضد مرتكب الجريمة، إلا أن لهم الحق برفع دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي حصل للمورث - الذي لم يتقدم بطلب الشكوى - أو لهم شخصياً أمام المحاكم المدنية، وهذا الحكم ينطبق على كل متضرر من الجريمة، وعلّة منع المشرّع من قبول الشكوى بعد الوفاة هو أن حالة الوفاة تفسر وكأنها حالة صفح من المجني عليه عن الجاني.

وغني عن البيان أن الوكيل يستعمل حق المجني عليه في تقديم الشكوى، ولا يستعمل حقاً خاصاً به، ومن نتائج ذلك أنه إذا توفي المجني عليه فلا محل لشكوى يتقدم بها الوكيل، أكثر من ذلك ذهب رأى إلى أنه حتى وإن كان المجني عليه قد أعطى وكالة خاصة لغيره ليقوم مقامه في تقديم الشكوى ثم أدركه الموت قبل قيام وكيله الخاص بالتقدم بها إلى الجهات المختصة بتلقيها، فإن الحق في الشكوى يسقط ومن ثم لا يسوغ للوكيل الخاص التقدم بها، ولو قدمها بعد الوفاة تعين الحكم بعدم قبولها، لأنه بسقوط الحق تزول الوكالة الخاصة المتعلقة به^(٢).

أما إذا توفي وكيل المجني عليه قبل تقديم الشكوى، فيجوز للمجني عليه أن يقدم شكواه بنفسه أو عن طريق ممثل آخر، بشرط أن تكون مدة الحق بتقديمها لم ينتهي بعد، وإذا تغير الوكيل أثناء المدة التي يجوز فيها تقديم الشكوى فإن الممثل الجديد يكمل هذه المدة، فلا يجوز منحه مدة جديدة إذا كان الحق في تقديم الشكوى قد انقضى بمضي المدة.

وفي حالة كان المجني عليه لا يملك الأهلية اللازمة لتقديم الشكوى، فإن وفاة الولي أو الوصي قبل تقديم الشكوى لا يؤدي إلى سقوط الحق في تقديم الشكوى، إن كان من

(١) وإذا كانت الجريمة المعلق رفع الدعوى الجزائية فيها على شكوى هي التي أحدثت الوفاة، فإن القيد يرتفع وتسترد النيابة سلطتها في تحريك الدعوى ورفعها ولكن يشترط في هذه الحالة علم المجني عليه بالجريمة ومقترفاها قبل وفاته، وألا يكون قد تنازل عنها، ويبرر ذلك بالحرص على عدم ضياع حقوق المجني عليه بعد وفاته خاصة إذا كانت الجريمة هي سبب الوفاة، وهذه المسألة نص عليها المشرع اليمني في المادة (١٦) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (٥) لسنة ١٩٧٩م، ولم ينص عليها في قانون الإجراءات الجزائية النافذ رقم (١٣) د. عبد الباسط الحكيمي: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ٢٠٠٨م، ص ٢٤٢.

(٢) د مأمون سلامة: المرجع السابق، ص ١٣٥.

يباشر ذلك الحق هو الولي أو الوصي، لأنهم يستعملون هذا الحق باسم المجني عليه، لذا فالعبرة بوفاته هو وليس الوصي أو الولي.

والثانية: حدوث الوفاة بعد تقديم الشكوى:

إذا توفي المجني عليه بعد تقديم الشكوى فليس لوفاته أي تأثير على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية والسير في إجراءاتها، حتى وإن حدثت الوفاة فور تقديم الشكوى فتعد صحيحة وتنتج كافة آثارها، وهذا أمر منطقي لأنَّ الشكوى تطلبها المشرع فقط لرفع القيد المفروض على سلطة النيابة العامة في رفع الدعوى الجزائية أو لتحريكها، وحيث إنها قد قدمت فقد زال القيد ولا يهم بعد ذلك أن يبقى مقدم الشكوى حيًّا أو يكون قد توفي. إضافةً إلى أن المجني عليه بتقديمه الشكوى قبل وفاته قد أفصح عن رغبته في طلب اتخاذ الإجراءات الجزائية ومعاقبة مرتكب الجريمة وقد ترجم هذه الرغبة من خلال تقديمه الشكوى. كما لا يؤثر ذلك على سلطة المحكمة في الفصل في الدعوى إذا كانت قد حركت ثم رفعت إليها بعد وفاة المجني عليه إذ تسير إجراءات المحاكمة سيرها الطبيعي لزوال المانع من تحريك الدعوى الجزائية ورفعها. وتعد الشكوى مقدمة حتى ولو تراخى الكاتب المسؤول عن تقييدها في السجل المعد لذلك، أو وصلت إلى السلطة المختصة بعد وفاته، فالعبرة بتاريخ تقديمها ومن هذا التاريخ يرفع القيد الذي كان يغلق يد النيابة في بدء إجراءات التحقيق ومواصلته، والتصرف بالدعوى الجزائية بعد ذلك وفقًا للقانون. وقد صرحت أغلب التشريعات في نظامها القانوني في حالة وفاة المجني عليه بعد تقديم الشكوى، بينما المشرع اليمني لم يشر إلى هذه الحالة فقد اكتفى في المادة (٢٩) إ.ج، بالقول «يسقط الحق في الشكوى بموت المجني عليه». وحيث إنه لم ينص صراحة على أثر وفاة المجني عليه بعد تقديم شكواه؛ لذا نحته على تدارك هذا النقص في أقرب تعديل.

المطلب الثاني

مضي المدة المحددة لتقديم الشكوى

نصت المادة (٢٩) إ.ج بالقول «ينقضي الحق في الشكوى فيما هو منصوص عليه في المادة (٢٧) بمضي أربعة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة أو بارتكابها أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى...».

ومؤدى ذلك أنه إذا سكت المجني عليه - صاحب الحق في الشكوى - عن استعمالها فمعنى ذلك أنه لا يريد أن يستعمل حقاً منحه له القانون، وبالتالي لا يجوز للنيابة العامة أن تقوم بتحريك الدعوى الجزائية.

على أن سكوت المجني عليه عن التقدم بشكواه لا يجب أن يظل بغير حدود، ومن أجل ذلك جعل المشرع اليمني للسكوت حداً أقصى، يسقط بعده حق المجني عليه في الشكوى، وهي مدة أربعة شهور^(١).

فإذا لم يقدم المجني عليه أو من يمثله قانوناً خلال الأربعة أشهر شكواه انقضى حقه في تقديمها بعد ذلك، لافتراض تنازله عن حقه في الشكوى. وأنه قد صفح عمن ارتكب الجريمة ضده، وأنه قد فضل وسيلة أخرى غير وسيلة المطالبة باتخاذ الإجراءات الجزائية ضد من ارتكب الجريمة وطلب فرض العقوبة عليه، أو استوفى حقوقه منه بطريقة أخرى، لذلك فإن القانون لا يقبل منه تقديم الشكوى بعد انتهاء مرور أربعة أشهر من تأريخ زوال العذر الذي منعه من تقديم علمه بالجريمة أو بارتكابها أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى. وإذا قدمها من له الحق في ذلك كانت غير مقبولة^(٢).

وتكون الشكوى مقبولة إذا قدمت خلال أربعة أشهر وإن لم تحركها النيابة إلا بعد فوات هذا الميعاد، ذلك أن الميعاد محدد لتقديم الشكوى لا لتحريك الدعوى، فإذا تقدم

(١) قضت محكمة النقض المصرية بقولها: «إن الشارع جعل مضي ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بالجريمة وبمركبها قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على التنازل لما قدره من أن سكوت المجني عليه طوال هذه المدة يعد بمثابة نزول عن الحق في الشكوى لأسباب رآها حتى لا يتخذ من حق الشكوى إذا استمر أو تأبد سلاحاً للتهديد أو الابتزاز أو النكاية» نقض مصري ١٢/٣ / ١٩٧٤م، مجموعة أحكام النقض، س ٢٥، ق ١٧٣، ص ٨٠٨.

(٢) وهذا ما قرره المحكمة العليا اليمنية في أحد أحكامها بقولها: «من حيث الموضوع... وياعلان قرار الاتهام في واقعة التهديد والسب... وذلك تأسيساً على أن جريمتي التهديد والسب قد سقطت قبل رفع الشكوى فيهما...» راجع: الطعن رقم (١٨٠٤٨) الصادر في جلسة ٢٦ جمادى الأولى لسنة ١٤٢٥هـ الموافق ١٣/٧/٢٠٠٤م، قاعدة رقم (٤٣)، والمنشور في مجلة القواعد القانونية والقضائية الجزائية المستخلصة من أحكام المحكمة العليا للفترة من ٢٠٠٣/٦/٥م إلى ٢٠٠٥/٣/١٠م، الصادر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ص ١٣٨.

وقضت في حكم آخر لها بأنه: في جرائم الشكوى يسقط الحق في رفعها بمضي المدة المحددة قانوناً وذلك بالقول «... وإن المدة التي وضعت فيها مواسير المياه للحمامات من قبل المشكو بهم قد مرت عليها عدة سنوات على مرأى ومسمع من الجميع... وهي من جرائم الشكوى التي تنقضي بمرور أربعة أشهر من تاريخ الاعتداء وفقاً للمادة (٢٩) إ.ج.» راجع الطعن رقم (١٨٠٥٦) الصادر في جلسة ١ جمادى الأولى لسنة ١٤٢٥هـ، الموافق ١٢/٦/٢٠٠٤م، قاعدة رقم ٤٧، والمنشور في مجلة القواعد القانونية والقضائية الجزائية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا للفترة من ٢٠٠٣/٦/٥م إلى ٢٠٠٥/٣/١٠م، الصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ص ١٤٨.

المجني عليه بشكوى خلال أربعة أشهر إلى النيابة وتراخى تحقيق شكواه أو التصرف فيها إلى ما بعد فوات هذه المدة فيجوز له في هذه الحالة أن يلجأ إلى طريق الادعاء المباشر لأنه يكون قد حفظ حقه من السقوط بتقديمه الشكوى في الميعاد وأبان عن رغبته في السير فيها، فضلاً عن أنه لا يصح أن يتحمل مغبة إهمال جهة التحقيق أو تباطؤها.

ويبدأ حساب سريان مدة الأربعة الأشهر التي يحق فيها للمجني عليه تقديم شكواه بحالتين:

الأولى: مضي أربعة أشهر من اليوم الذي يحصل فيه علم المجني عليه أو من يقوم مقامه - إذا كان قاصراً أو مصاباً بعاهة في عقله - بالجريمة أو بارتكابها؛ بغض النظر عن قام بارتكابها، أي أنه لا يشترط القانون اليمني كما تشترط أغلب التشريعات في بدء هذه المدة بتاريخ علم المجني عليه بمرتكب الجريمة؛ وإنما من تاريخ علم المجني عليه بالجريمة أو بارتكابها، أما إذا لم يتحقق العلم بالجريمة وبارتكابها، يظل الحق في تقديم الشكوى قائماً، والعلم المقصود هنا هو علم المجني عليه علماً يقينياً لا ظنياً ولا افتراضياً فلا يجرى الميعاد في حق المجني عليه إلا من اليوم الذي ثبت فيه قيام هذا العلم اليقيني، لأنه من غير الملائم أن يترك للأفراد حق تقديم الشكاوى لمجرد شبهات بوقوع الجريمة ذاتها.

وإذا كانت الجريمة مستمرة أو متتابعة الأفعال فإن ميعاد انقضاء الحق في الشكوى يبدأ من تاريخ علم المجني عليه ببدء النشاط الإجرامي لا من يوم انتهاء أفعال الاستمرار أو التتابع، وذلك لأن القانون قد أجرى ميعاد انقضاء الحق في تقديم الشكوى من تاريخ العلم بالجريمة أو بارتكابها، وليس من شأن استمرار الجريمة أن يضيف إلى هذا العلم جديداً.

ونحن في الحقيقة لم نفهم ماذا أراد المشرع اليمني عند صياغة هذه المادة، بقوله: (من يوم العلم بالجريمة أو بارتكابها)، فالعلم بالجريمة قد يكون هو يوم العلم بارتكابها، وهذا تكرار، وكان الأحرى أن يكون النص على النحو الآتي: من يوم العلم بالجريمة وبمرتكبها؛ وذلك حتى يكون النص واضح الدلالة والمعنى.

فالعلم بمقترب الجريمة شيء مهم؛ لأنه إذا علم المجني عليه أن مقترب الجريمة شخص معين فقد يغفر له ويصفح عنه ولا يقرر تقديم شكوى عليه، وإذا علم بأنه شخص آخر فقد لا يتردد لحظة واحدة في التقدم بشكواه ضده لا سيما وأن الشكوى شرعت لاعتبارات تتعلق بالمجني عليه. لكل ما تقدم نرى أن نص المادة يتسم بالركاكة

وعدم الدقة، لذا حبذا لو عالج المشرع هذا الأمر وعدل نص المادة.

والحالة الثانية: مضي أربعة أشهر على زوال المانع الذي كان يمنع المجني عليه أن يتقدم بشكواه ضد مرتكب الجريمة، فقد يتحقق علم المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً بوقوع الجريمة وبارتكابها، ولكن قد يكون هناك عذر قهري منعه من تقديم شكواه، هنا لا تحسب المدة من بداية علم المجني عليه بوقوع الجريمة، أو بارتكابها، ولكن تحسب من بداية زوال العذر القهري الذي كان سبباً في عدم تقديم المجني عليه شكواه بالرغم من علمه بالجريمة. وعليه فإن المانع إن استمر لأية مدة كانت، فإن للمجني عليه أن يتقدم بشكواه حتى بعد زواله، لغاية انتهاء الأربعة أشهر المشار إليها في المادة (٢٩) إ.ج.

ونعتقد أن المشرع اليمني قد أحسن عندما قدر ظروف المجني عليه ومراعاته للظروف القاهرة التي قد تمنعه من تقديم شكواه رغم علمه بوقوع الجريمة أو بارتكابها، فالظروف التي عدها المشرع سبباً لعدم احتساب مدة تقديم الشكوى قد تكون متعلقة بالظروف الطبيعية، أو تتعلق بالمجني عليه ذاته، كالمرض القاهر الذي لا يمكنه من ممارسة هذا الحق.

ويقع عبء إثبات تحقق علم المجني عليه بوقوع الجريمة أو زوال العذر القهري الذي به يبدأ حساب المدة المذكورة، وانقضاء الحق في تقديم الشكوى بمضي المدة على المشكوبه.

ولكن يشترط في استمرار المدة إلى تحقق علم المجني عليه بالجريمة أو زوال العذر القهري الذي حال دون تقديم الشكوى ألا تكون الدعوى الجزائية قد انقضت بالتقادم - ثلاث سنوات في الجرائم غير الجسيمة وعشر سنوات في الجرائم الجسيمة من يوم وقوع الجريمة - إذ لا يكون للشكوى قيمة في هذه الحالة، وإن قدمت خلال المدة المحددة قانوناً. ولا يجوز احتساب المدة بالأيام، على أساس أنها مائة وعشرون يوماً بل تحدد بأربعة أشهر ومن ثم فإن عدد أيامها يختلف تبعاً لاختلاف عدد أيام كل شهر^(١)، كما أن ميعاد انقضاء الحق في تقديم الشكوى لا يقبل بطبيعته انقطاعاً أو إيقافاً كما لا يمتد بسبب العطلة أو المسافة، لأن هذه المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم.

وبحث مسألة تقديم الشكوى خلال المدة القانونية، والتحقق من العلم أو من توافر العذر القهري مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون

(١) تنص المادة (٦) من قانون المرافعات على أن «يتم العمل لدى الجهات القضائية بالتقويم الهجري وما يقابله بالتقويم الميلادي».

رقابة عليه من محكمة النقض، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للنيابة العامة، أو لمأمور الضبط القضائي رفض قبول الشكوى بحجة انقضائها كونها قدمت بعد الميعاد المحدد لتقديمها؛ لأن ذلك ليس من سلطتهم ولأنهم بذلك سوف يتدخلون في سلطة القضاء بغير سند قانوني.

ولكن إذا ثبت أن الشكوى قدمت بعد الميعاد المحدد لتقديمها وجب على النيابة العامة أن تصدر أمراً بحفظ الأوراق لمضي المدة المقررة لسماع الشكوى، أما إذا أصدرت قراراً بالاتهام ورفعت الدعوى فللمحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى؛ ولا يجوز لها أن تتعرض لموضوع الدعوى فإن هي - مع ذلك - فعلت كان حكمها باطلاً لأنه بني على إجراءات باطلة، وهذا البطلان متعلق بالنظام العام^(١).

وإذا كانت هناك دعوى مدنية مرفوعة تبعاً للدعوى الجزائية التي قضى فيها بعدم قبولها لمضى مدة أربعة أشهر اللازمة لتقديمها؛ فإن على المحكمة أن تقضى بعدم قبول الدعوى المدنية لا أن تقضى برفضها، إذ يجوز للمدعي بالحق المدني أن يقوم برفع دعواه المدنية أمام المحكمة المدنية المختصة متى كانت مدة تقادم الدعوى المدنية لم تنقض بعد.

(١) قضت المحكمة العليا اليمنية بأن: «انقضاء الحق في الشكوى متعلق بالنظام العام طبقاً لنص المادتين (٣٩٦ و٣٩٧) أ.ج، والذي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها»، الطعن رقم (١٦٦) جلسة ١٨ محرم لسنة ١٤٢١هـ الموافق ٢٢/٤/٢٠٠٠م، قاعدة رقم ٤٧، المنشور في مجلة القواعد القانونية والقضائية الجزائية، العدد الأول، الجزء الأول، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ص ١٣٨.

المبحث الخامس التنازل عن الشكوى

تمهيد وتقسيم:

بادئ ذي بدء ينبغي القول إن التنازل لا يكون عن الدعوى الجزائية؛ كون الدعوى متى رفعت لا يجوز التنازل عنها مطلقاً لا من النيابة العامة صاحبة الاختصاص الأصيل في تحريك الدعوى الجزائية ولا من المجني عليه صاحب الحق في تقييد سلطة النيابة العامة في تحريكها، وإنما التنازل يكون عن المطالبة بمعاقبة المتهم والتي تتم عن طريق تقديم الشكوى.

يعرف التنازل عن الشكوى بأنه: عبارة: عن إجراء قانوني يصدر من المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً بمقتضاه يعبر عن إرادته في ألا تتخذ الإجراءات الجنائية إذا لم تكن قد بدأت، أو عدم الاستمرار فيها إذا كانت قد بدأت. كما أن للمجني عليه أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت شاء.

يرى البعض من فقهاء القانون^(١) أن التنازل عن الشكوى يُعد سبباً من أسباب انقضاء الحق في الشكوى بينما يرفض آخرون^(٢) هذه الرؤية لأنهم يجدون أن هناك فرقاً بين أسباب انقضاء الحق في تقديم الشكوى وبين التنازل عنها بعد تقديمها، فهم يرون أن أسباب انقضاء الحق في الشكوى ترد بعد نشوء الحق وقبل استعماله. أما التنازل فيتحقق بعد نشوء الحق وبعد استعماله، هادفاً إلى إزالة آثار هذا الاستعمال.

ونحن من جهتنا نؤيد هذا الرأي لسلامة حجته وهو ذات الاتجاه الذي أخذ به المشرع اليمني فقد فرق بين الحقين - أسباب الانقضاء، والتنازل عن الشكوى - حيث وضع أسباب الانقضاء في المادة (٢٩) إ.ج ونظم أحكام التنازل في المادة (٣١) إ.ج.

والعلة التي من أجلها استلزم المشرع الشكوى هي ذات العلة التي من أجلها أجاز التنازل عن الشكوى، فإذا كان المشرع قد قدر أن المصلحة العامة تستوجب بالنسبة لبعض الجرائم تعليق سلطة النيابة العامة في تقدير مدى ملاءمة تحريك الدعوى

(١) رأي: د. فوزية عبد الستار: مرجع سابق، هامش (٢)، ص ١٢٧. د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص ١٣٠.

(٢) رأي: د. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري. المرجع السابق. ص ١٣١. د. أمال عبد الرحمن عثمان: قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥م، ص ٥٨.

الجنائية ورفعها على شكوى المجني عليه بوصفه الأقدَر - نظرًا لطبيعة الجريمة أو الشخص المتهم بارتكابها - على تقدير الضرر الذي سيلحقه من رفع الدعوى الجزائية، فإن من الطبيعي منحه الحق في إنهاء الدعوى الجزائية بالتنازل عن شكواه التي قدمها إذا تبين له - بعد تقديمها - أن مصلحته كمجني عليه قد تتعارض والاستمرار في إجراءات الدعوى الجزائية.

والواقع أن تحويل المجني عليه الحق في إنهاء الدعوى بالتنازل عن الشكوى يحقق المصلحة العامة من نواحٍ عديدة، منها تخفيف العبء عن القضاء الجنائي، وهو ما يؤدي إلى تفرغ القضاء للقضايا الأهم فلا يبدد جهودًا ضخمة في أمور يسيره يمكن أن تعالج خارج إطار الدعوى. ومن جانب آخر فإن اللجوء إلى مثل هذا الأسلوب قد يعمل على إعادة جسر المحبة والثقة ما بين الجاني والمجني عليه عند تصالهما، وهو أمر يؤدي إلى تقوية الروابط الاجتماعية وهو ما يسعى المجتمع لتحقيقه، فضلًا عن أنه يخفف النفقات التي تقتضيها إجراءات إقامة الدعوى ومباشرتها وإيقاع العقاب بالجاني. وكل ذلك يؤكد أن ترجيح الجانب الشخصي لأغراض العقوبة في جرائم الشكوى يحقق مصلحة المجتمع وليس مصلحة المجني عليه فحسب.

في إطار هذا التحديد سوف نُقسم المَبْحَثُ على مطلبين: الأول: أحكام التنازل عن الشكوى، والثاني: الآثار الإجرائية للتنازل عن الشكوى.

المطلب الأول

أحكام التنازل عن الشكوى

أولاً: صاحب الحق بالتنازل عن الشكوى:

من يملك الحق في تقديم الشكوى هو نفسه من يملك الحق في التنازل عنها إذا رأى أن مصلحته قد تتعارض والسير في إجراءات الدعوى الجزائية. وهذا حسب ما جاء في المادة (٣١) إ.ج بالقول «يجوز لمن له الحق في الشكوى... أن يتنازل عنها».

وحيث إن التنازل عن الشكوى هو تصرف قانوني جوهره تعبير المجني عليه عن إرادته في عدم الاستمرار في الدعوى الجزائية، فإن من مقتضى ذلك أن يتوافر في التنازل الشروط ذاتها الخاصة باستعمال الحق في الشكوى من حيث السن والإدراك. فالشاكى - المجني عليه أو من يمثله قانوناً - هو من يحق له التنازل عن شكواه إذا توافر

فيه شرط السن والإدراك، أو من وليه أو الوصي عليه -حسب الأحوال- إذا تخلف في المجني عليه أحد هذين الشرطين.

كما يجوز للمجني عليه التنازل عن الشكوى المقدمة من وليه أو وصيه متى بلغ السن القانونية التي يتطلبها القانون، حتى لو لم يكن هو من قدم الشكوى وقدمها عنه الولي أو الوصي كونه عند تقديم الشكوى لم يكن قد بلغ سن الخامسة عشر، أما إذا لم يبلغ أو بلغ لكنه كان مصاباً بعاهة عقلية؛ فإن تنازله لا قيمة له ولا يعول عليه، وإذا قدم المجني عليه الشكوى ثم أصيب بعاهة عقلية فإن حق التنازل عن تلك الشكوى يكون لممثله القانوني.

ويجوز أن يوكل المجني عليه غيره بالتنازل عنها بشرط أن يكون التوكيل خاصاً بالتنازل، شأنه في ذلك شأن تقديم الشكوى فلا يكفي التوكيل العام بالتنازل، فإذا كان من قدم الشكوى هو الوكيل ففي هذه الحالة يجوز للأصيل - المجني عليه - التنازل عنها دون حاجة إلى موافقة الوكيل، وإذا قدم الأصيل - المجني عليه - الشكوى بنفسه فلا يجوز لوكيله التنازل عنها إلا بتوكيل خاص بالتنازل من المجني عليه، فالتوكيل الخاص بتقديم الشكوى لا يمتد إلى الحق بالتنازل عنها إلا إذا شمل في ذات الوقت ما يفيد امتداده إلى التنازل.

وإذا انقضى الحق في التنازل عن الشكوى بعد تقديمها بالوفاة قبل التنازل فإنه حتى لو كان هناك توكيل خاص بمباشرة التنازل فلا يكون له أثر بمجرد الوفاة قبل التنازل الفعلي، فإذا قدمه الوكيل الخاص بعد ذلك فلا يكون له أي أثر قانوني وإن أمكن عده من دواعي تخفيف العقوبة في حدود السلطة التقديرية للقاضي^(١).

ولما كانت الشكوى حقاً شخصياً للمجني عليه فإن من الطبيعي أن يكون التنازل عن الشكوى حقاً شخصياً له أيضاً، فلا ينتقل الحق في التنازل عن الشكوى بأي حال من الأحوال إلى الورثة بعد الوفاة، ومنه إذا استعمل المجني عليه حقه في تقديم الشكوى ثم توفي بعدها فليس لورثته استعمال حقه في التنازل، حتى لو اتضح أنه كان ينوي التنازل عنها - كما سبق القول.

وإذا تطلب المشرع صفة الزوجية في مقدم الشكوى فإنه لا يشترط لصحة التنازل أن تظل هذه الصفة قائمة فيمن قدم الشكوى وقت التنازل عنها، فيجوز التنازل من الزوج الشاكي أو الزوجة الشاكية حتى بعد الانفصال. ويعلل ذلك بارتباط الحق في التنازل بمن

(١) د. عبد الباسط الحكيمي: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ٢٠٠٨م، ص ٢٦٤.

ثبت له الحق في الشكوى حتى لو زالت الصفة عند التنازل^(١).

وهنا قد يثور تساؤل: ما الوضع القانوني في حال تعدد المجني عليهم؟

لم يورد المشرع اليمني حكماً لحالة إجماع المجني عليهم حال تعددهم على تقديم التنازل عن الشكوى وكذلك حالة تعدد الجناة واعتبار التنازل عن أحد المتهمين بمثابة تنازل عن الجميع.

ومع ذلك نرى أنه لا يوجد ما يمنع لو نص المشرع صراحة على أنه في حالة تعدد المجني عليهم لا يُعد التنازل صحيحاً إلا إذا صدر من جميع من قدموا الشكوى، وذلك إعمالاً لمبدأ (وحدة الجريمة)، بمعنى أن تنازل بعض الشاكين دون البعض الآخر لا يُعد تنازلاً صحيحاً ولا ترتبط آثاره القانونية بمنع السير في إجراءات الدعوى، وبطبيعة الحال لا عبرة بتنازل المجني عليهم الذين لم يتقدموا بشكوى، فلم يكن لهم دخل في تحريك الدعوى أصلاً.

وتطبيقاً لذلك إذا تعدد المجني عليهم وقدمت الشكوى منهم جميعاً ثم توفي أحدهم فإن التنازل الذي يصدر بعد ذلك من بقية الشاكين لا يعتد به وتستمر إجراءات الدعوى الجزائية حتى لو كان كل الشاكين الذين على قيد الحياة قد تنازلوا، وذلك كون أحد الشاكين قد توفي قبل أن يتنازل. وإذا تعدد المجني عليهم وكان أحدهم فقط هو الذي قدم الشكوى دون الآخرين، ثم حركت النيابة الدعوى بناء على الشكوى المقدمة منه، فإن تنازله وحده يكفي لانقضاء الدعوى الجزائية.

ثانياً: شكل التنازل:

لا يتطلب المشرع شكلاً معيناً للتنازل، في المواد المنظمة لقيد الشكوى؛ ولأجل ذلك تسري على هذا التنازل القواعد المقررة في تقديم الشكوى ذاتها، فيصح فيه أن يكون كتابياً أو شفوياً، إعمالاً لقاعدة (لا تقييد إلا بنص)، ويستوي أن يكون التنازل صريحاً أو ضمنياً، بشرط أن يكون معبراً عن إرادة الشاكي بالتنازل، ويفيد في غير شبهة أنه أعرض عن شكواه، كالمصلح بين المجني عليه والمتهم^(٢).

وقد ذهب بعض التشريعات إلى اعتبار المجني عليه متنازلاً عن شكواه إذا تركها

(١) د. فوزية عبد الستار: المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٢) د. محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص ١٣١.

دون مراجعة لمدة ثلاثة أشهر^(١)، ولكن على الرغم من ذلك لا يصح افتراض التنازل من الشاكي والأخذ فيه بطريق الظن؛ لأنه نوع من الترك لا بد به من إقامة الدليل على حصوله، وتقدير حصول التنازل مسألة موضوعية لا قانونية ولذا يترك لقاضي الموضوع تقدير مدى توافر التنازل من الوقائع المعروضة عليه؛ ولذلك ينبغي على القاضي إذا ما أثير أمامه دفع بحصول تنازل أن يرد عليه في أسباب حكمه إن لم يأخذ به؛ لأنه من الدفوع الجوهرية التي يكون الفصل فيها لازماً للفصل في الموضوع ذاته. إذ يبنى عليها لو صحت انقضاء الدعوى الجزائية؛ فإذا أغفلت المحكمة الرد كان ذلك موجباً لنقض حكمها.

ويوصف التنازل عن الشكوى تصرفاً قانونياً من آثاره القانونية انقضاء الدعوى الجزائية؛ فإنه يشترط أن يكون باتاً غير معلق على شرط وإلا كان هذا التنازل باطلاً^(٢). وإذا كنا قد أشرنا إلى أن الشكوى لا تكون صحيحة إلا إذا قدمت إلى الجهات المختصة ما يفيد بتلقي الشكوى هنا قد يتساءل البعض: ما الجهة التي ينبغي تقديم التنازل أمامها؟

المشرع اليمني لم يجب على ذلك حتى نعتد إجابته سنداً قانونياً؛ ولكننا نرى أنه يجوز أن يتم التنازل بأي طريقة تفيد حدوثه سواء أكان ذلك أمام المحكمة الجنائية، أو النيابة العامة، أو مأمور الضبط القضائي، وإذا حصل التنازل بعد صدور الحكم النهائي وأثناء تنفيذ المحكوم عليه للعقوبة، فإن له أن يقدم تنازله عن الشكوى لدى قاضي التنفيذ ويطلب وقف تنفيذ حكم المحكمة، ويجوز صدوره في خطاب موجه إلى المتهم أو أحد أقاربه.

ثالثاً: الوقت الذي يجوز فيه التنازل عن الشكوى:

لما كان موضوع حق التنازل هو الشكوى، فإنه ينشأ منذ الوقت الذي تقدم فيه الشكوى، فلا يُعد تنازلاً في المعنى القانوني رضاء المجني عليه سلفاً بارتكاب الجريمة، ولا وعده بعد ارتكاب الجريمة بعدم تقديم شكوى^(٣)، ويؤكد ذلك المادة (٣١) التي قررت

(١) راجع: المادة (٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

(٢) رأى البعض وجوب القول بأنه يصح التنازل ويبتل الشرط، أخذاً بقاعدة الأصلح للمتهم، إلا أن البعض عارض هذا الرأي، ورأى أن قاعدة الأصلح للمتهم ليس هنا مجال تطبيقها، وإن العبرة هي برغبة المتنازل، ومن ثم يكون التنازل المعلق على شرط لم يتحقق غير مقبول أصلاً، أما التنازل المعلق على شرط قد تحقق بالفعل فيعد دائماً منتجاً أثره، لأن الشرط يعد كأنه لا وجود له. د. رؤوف عبيد: المرجع السابق، ص ٧٩.

(٣) د. فوزية عبد الستار: المرجع السابق، ص ١٣٤.

أنه: «يجوز لمن له الحق في الشكوى في الحالات المنصوص عليها في المادة (٢٧) أن يتنازل عنها في أي وقت».

أما وقت انتهاء الحق في التنازل فخلافًا لأغلب التشريعات المماثلة التي أنهت الحق بالتنازل بصدور حكم بات، أطال المشرع اليمني في الوقت الذي تكون فيه للمجني عليه سيطرة على الإجراءات الجنائية، فأجاز له أن يتنازل حتى بعد صدور الحكم البات وأثناء تنفيذ العقوبة؛ ولذلك تتخذ سلطة المجني عليه صورة العفو عن العقوبة؛ وذلك ما يؤكد رغبة مشرعنا في زيادة تعزيز فاعلية دور المجني عليه في الدعوى الجزائية وفي تحديد مصير الملاحقة التي بدأها سواء اقترنت الدعوى بحكم بات أم لا.

المطلب الثاني

الآثار الإجرائية للتنازل عن الشكوى

يترتب على التنازل انقضاء الدعوى الجزائية ويعني ذلك أنه إذا صدر التنازل قبل تحريك الدعوى الجزائية، أي لا تزال القضية في مرحلة الاستدلال، فإنه يمتنع على النيابة العامة نهائيًا تحريكها، ويتعين عليها أن تصدر أمرًا بحفظ الأوراق^(١) أما إذا حصل التنازل بعد تحريك الدعوى الجزائية، أي أثناء مرحلة التحقيق وقبل إحالة الدعوى إلى المحكمة، فإنه يترتب على ذلك انقضاء الدعوى وعدم جواز مواصلة إجراءاتها بعد ذلك^(٢)، ويتعين على النيابة أن تصدر قرارًا بالأوجه لإقامة الدعوى لانقضائها بالتنازل.

وإذا حصل التنازل بعد رفع الدعوى الجزائية إلى المحكمة الجنائية المختصة سواء في مرحلة المحاكمة أو في مرحلة الطعن، عندئذٍ من المتعين على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بانقضاء الدعوى الجزائية بالتنازل ولو لم يدفع به المتهم، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي في هذه الحالة بالإدانة، ولو شملت حكمها بإيقاف التنفيذ، بل إنه لا يجوز لها القضاء بالبراءة، ذلك أن الشكوى تعد عقبة إجرائية تغل يد المحكمة عند النظر في الموضوع^(٣).

(١) للاطلاع عن أسباب امتناع النيابة العامة في اليمن عن تحريك الدعوى الجزائية (الأمر بحفظ الأوراق) المادتين (٤٢) و(١١٢).

(٢) Bernard Bouloc, Haritini Matsopoulou, Droit Pénal Général et Procédure ١٨eme édition, Paris, Pénale ٢٠١١, p. ١٩٩.

(٣) ولكن يذهب جانب من الفقه إلى أن المحكمة هنا تقضي بالبراءة استنادًا إلى أن انقضاء الدعوى الجزائية يؤدي إلى استحالة معاقبة المتهم مما يتعين معه تأكيد براءته بوصفها هي الأصل في المتهم، د. فوزية عبد الستار: المرجع السابق، ص ١٢٥.

وينبغي على القاضي إذا ما أثير أمامه الدفع بحصول التنازل أن يرد عليه في أسباب حكمه إن لم يأخذ به لأنه من الدفوع الجوهرية التي يكون الفصل فيها لازماً للفصل في الموضوع ذاته. إذ يبنى عليها لو صحت انقضاء الدعوى الجزائية، فإذا أغفل الرد كان ذلك موجباً لنقض حكمه للقصور في التسبيب. ولا قيمة لقبول المتهم لهذا التنازل أو عدم قبوله فليس له حق الاعتراض على التنازل والمطالبة بالاستمرار في محاكمته إلى أن يُقضى ببراءته، ولكن للمتهم أن يتمسك بالتنازل في أية حال كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض.

ويقتصر أثر التنازل عن الشكوى على انقضاء الدعوى الجزائية، فإذا كان المجني عليه قد أقام دعواه المدنية أمام المحكمة الجنائية أو المدنية فإن المحكمة تستمر في نظر الدعوى المدنية على الرغم من انقضاء الدعوى الجزائية ما لم يكن التنازل قد امتد ليشمل الحق المدني أيضاً، وفي ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٥) إ.ج... إذا انقضت الجزائية بعد رفعها لسبب من الأسباب الخاصة بها فلا تأثير لذلك في سير الدعوى المدنية المرفوعة معها».

ووفقاً لرؤية المشرع اليمني - المختلفة عن أغلب التشريعات المماثلة - والتي أجاز فيها التنازل في أي وقت حتى بعد صدور حكم بات وأثناء تنفيذه، لم يجعل تأثير التنازل عن الشكوى منصباً على الدعوى الجزائية فقط حيث تنقضي الدعوى الجزائية بهذا التنازل، وإنما يمتد أثر التنازل إلى وقف تنفيذ العقوبة. لأن الحكم البات قد صار واجب التنفيذ والدعوى الجزائية قد انقضت به، فإذا حصل التنازل في مرحلة تنفيذ المحكوم عليه للعقوبة، فإنه يتخذ صورة العفو عن العقوبة، وفي هذه الحالة يتعين على قاضي التنفيذ أن يوقف تنفيذ الحكم على الجاني.

أيضاً التنازل عن الحق المدني لا يستتبع التنازل عن الحق الجزائي إلا إذا صرح المشتكي بذلك وهو لا يؤثر على دعوى الحق العام بأي حال.

والتنازل في أي مرحلة من المراحل السابق ذكرها ملزم للمتنازل، ولا يجوز الرجوع فيه لأي سبب من الأسباب، أو تقديم شكوى ثانية، ولو كان ميعاد الشكوى ما زال ممتداً، لأنه لا يجوز الرجوع للدعوى الجزائية بعد انقضائها «فالساقط لا يعود» إذ إن الحق في الشكوى قد استنفذ بتقديمها، والدعوى الجزائية قد انقضت بالتنازل عنها. ولا يعد رجوعاً عن التنازل أن يكتشف المتنازل وقائع جديدة سابقة على الوقائع التي تضمنتها شكواه أو لاحقة لها، فيقدم شكوى جديدة بشأنها.

ويتحقق أثر التنازل أيا كان سببه بقوة القانون بحيث يقع باطلاً كل إجراء تتخذه النيابة العامة أو المحكمة بعد صدور التنازل.

والتنازل يحدث أثره بالنسبة للواقعة التي يتطلب القانون لرفع الدعوى الجزائية بالنسبة لها تقديم الشكوى، ولا يمتد أثره إلى الجرائم الأخرى المرتبطة بها والتي لا يستلزم فيها القانون شكوى المجني عليه، حتى ولو كانت هذه الجريمة لم تحرك فيها الدعوى إلا بناء على شكوى نظراً لكونها ذات الوصف الأخف بالنسبة للجريمة التي علق فيها رفع الدعوى على شكوى^(١)، كما أن التنازل يحدث أثره بالنسبة للواقعة المحددة بالتنازل دون غيرها، وذلك عندما تكون الشكوى تتعلق بأكثر من جريمة يتطلب القانون لتحريك الدعوى بالنسبة لكل منها تقديم شكوى من المجني عليه وإن كان ذلك لا يحول - بطبيعة الحال - دون تقديم شكوى في شأن واقعة أخرى مستقلة عنها وإن كانت مشابهة لها.

والسؤال عن أثر التنازل الذي يصدر من المجني عليه في حالة تعدد المتهمين عن البعض بالنسبة لباقي الفاعلين؟

لم يشر المشرع اليمني إلى هذه الحالة في النص المنظم لحق المجني عليه في التنازل وهي المادة (٣١) ولكننا نعتقد أنه إذا كان هناك تعدد في الجناة فصدر التنازل لأحدهم فقط دون الآخرين، فإنه يفترض التفرقة بين وضعين:

الأول: التنازل في جرائم الشكوى التي لا تتطلب صفة خاصة في فاعلها والمنصوص عليها في الفقرات الأولى والثالثة والرابعة من المادة (٢٧) إ.ج، إذا تعدد المتهمون، فإن تنازل المجني عليه بالنسبة لأحد المتهمين يمتد أثره إلى باقي المتهمين فتنقضي الدعوى الجزائية قبلهم جميعاً بقوة القانون حتى ولو قصر المجني عليه تنازله على متهم واحد فقط.

والثاني: إذا كانت الجريمة المرتكبة تتطلب، لاعتبارات معينة صفة في فاعلها ومثالها الجرائم التي تقع على الأموال فيما بين الأصول والفروع والزوجين والإخوة والأخوات، فإنه إذا تعدد المتهمون وكان أحدهم فقط هو الذي له صفة الأصل أو الفرع أو الزوج، فإن تنازل المجني عليه لا يمتد أثره إلا بالنسبة للجاني الذي له هذه الصفة، أما بالنسبة للغير ممن لا يحملون هذه الصفة، ولا يتطلب القانون تقديم شكوى لتحريك الدعوى الجزائية ضدهم، فلا يستفيدون من التنازل. فمثلاً إذا كان للابن الذي سرق مال أبيه شركاء ممن لا يتطلب القانون تقديم شكوى لتحريك الدعوى الجزائية ضدهم، فإن

(١) د. مأمون سلامة: المرجع السابق، ص ١٤٥ وما بعدها.

تنازل الأب عن شكواه لا يستفيد منه شركاء ابنه في السرقة؛ لأنَّ قيد الشكوى هنا يقتصر على الابن وذلك مراعاة لاعتبارات معينة لا تتحقق بالنسبة للغير، إذ إن النيابة العامة لم تكن مقيدة بقيد ما في تحريك الدعوى الجزائية بالنسبة لهذا الغير، ومن ناحية أخرى فإنه من المقرر أنه إذا توافرت ظروف خاصة في أحد الفاعلين، فهي تقتصر على من توافرت فيه ولا يمتد أثرها إلى غيره من المساهمين.

أما إذا تعدد المتهمون وكانوا كلهم لهم صفة الأصل أو الفرع أو الأخ أو الزوج، فإن التنازل بالنسبة لأحدهم يُعد تنازلاً عن الباقيين، فمثلاً إذا سرق مجموعة من الأحفاد مالا من جدهم، وقدم الجد شكواه ضد حفيد فإنها تعد قد قدمت ضد جميع الأحفاد المشاركين في السرقة، وإذا قدم الجد تنازلاً عن أحد أحفاده فإنه يُعد تنازلاً عن الجميع.

الخاتمة

يقدم هذا البحث دراسة تقييمية نقدية لحق المجني عليه في الشكوى في قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، بوصفه قيماً على سلطة النيابة في تحريك الدعوى الجزائية ورفعها، وقد توصلنا في هذه الدراسة إلى عدد من النتائج والمقترحات، نوجز أهمها فيما يلي:

أولاً: النتائج:

بات واضحاً من خلال البحث أن المشرع اليمني قد قيد سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية ورفعها في بعض الجرائم ذات الطابع الخاص واستلزم عليها الحصول على شكوى؛ إذ قدر أن مصلحة المجني عليه فيها تعلق على مصلحة المجتمع في العقاب، وتكريس هذا الحق للمجني عليه، في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، ينسجم مع متطلبات السياسة الجنائية الحديثة التي تستهدف حماية حقوق ضحايا الجريمة، ويُعد خطوة مهمة في هذا الاتجاه. ولكن وبالرغم من اعتراف المشرع للمجني عليه بحق الشكوى إلا أن التنظيم القانوني لهذا الحق كما تبين في ثنايا البحث، تشوبه بعض العيوب والاختلالات، وما زال يحتاج إلى مزيد من المراجعة والتعديل، إذ إنه بوضعه الحالي لا يكفي لضمان فاعليته. وكان ينبغي ألا تكون هذه العيوب موجودة، خاصة وأن هذا القانون قد صدر في ١٥ أكتوبر ١٩٩٤م، إذ من المتصور أن يستفيد المشرع اليمني من القوانين التي سبقت في هذا الشأن، وكذا من الأبحاث والدراسات الفقهية والقانونية في هذا المضمار، وقد تم التعرض لبعض هذا القصور في ثنايا البحث نذكر أبرزها:

- ١- لم يشر قانون الإجراءات الجزائية اليمني إلى السن اللازمة لتقديم الشكوى.
- ٢- عد المشرع جريمة القذف من ضمن الجرائم المقيدة بالشكوى والتي يحق فيها التنازل، وهذا يُعد مخالفاً للشريعة الإسلامية لأنها من جرائم الحدود.
- ٣- توسع القانون اليمني في بعض جرائم الأموال الواردة في الفقرة الثانية من المادة (٢٧) إ.ج، التي تقع بين الأصول والفروع والأزواج، فشمل جميع جرائم الأموال، وكررها في الفقرات (٣ و٤) من المادة (٢٧) إ.ج.
- ٤- اشترط المشرع اليمني أن يقدم المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً الشكوى إلى النيابة، ولكنه لم يفرض التزاماً صريحاً على عضو النيابة بقبول الشكوى، ولم

يجعل من رفضه لها، دون مبرر قانوني، جرماً جزائياً يستوجب العقاب على الرغم من ضرورة ذلك، لا سيما في حالات الرفض المتعمد أو الغش أو الخطأ المهني الجسيم، وهذا يعني أن حق المجني عليه في الشكوى في القانون اليمني مقرر دون حماية جزائية موضوعية تضمن تأكيده وتلزم النيابة العامة باحترامه.

٥- لم يوفق المشرع اليمني في صياغة المادة (٢٩) إ.ج وذلك بالنص على أن «الحق في الشكوى ينقضي بمضي مدة أربعة أشهر من يوم العلم بالجريمة أو بارتكابها...»، فالعلم بالجريمة هو ذاته العلم بارتكابها، وهذا تكرار غير مفهوم من المشرع، وكان الأحرى أن يكون النص على النحو الآتي: «... من يوم العلم بالجريمة وبمرتكبها...» وذلك حتى يكون النص واضح الدلالة والمعنى. أضف إلى ذلك أن المدة المحددة التي يحق فيها تقديم الشكوى أربعة شهور هي مدة طويلة يمكن للمجني عليه أن يستعملها كوسيلة ضغط أو تهديد في مواجهة الجاني.

ومع ذلك نُثني على ما ذهب إليه مشرعنا اليمني؛ إذ كان الأفضل كونه لم يسر في الاتجاه الذي سارت فيه غالبية القوانين في الدول العربية الإسلامية، في تحديده لبعض جرائم الشكوى، ومن أهمها جريمة زنا الزوج وزنا الزوجة، وقد جاء هذا المسلك الذي سلكه المشرع اليمني نابغاً من اتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً للقوانين جميعاً، حيث تعد جريمة الزنا من جرائم الحدود، مراعاة لأحكام الشريعة أولاً، ولقيم وأخلاق وأعراف المجتمع اليمني المسلم ثانياً، وأعتقد أن هذا التوجه صائب وموفق.

ثانياً: التوصيات:

استناداً إلى العرض السابق للنتائج يمكن القول إن النظام القانوني لقيد الشكوى، بحاجة ماسة إلى إعادة النظر في جميع موادها الخاصة بهذا القيد والتي أرى أنها مهمة وأساسية لتفعيل وتقوية دور المجني عليه، ومحقق للغاية التي من أجلها سنَّ المشرع هذا الحق له، ولذا نطمح في أن يولي المشرع النظام القانوني المنظم لحق المجني عليه في الشكوى رعايته في المستقبل بتعديل أية نصوص قد تمس هذا الحق ومنها حسب رأبي:

١- تعديل المادة (٢) إ.ج وذلك إضافة عبارة: «أو أحد مأموري الضبط القضائي»

بعد عبارة: «المقدم إلى النيابة العامة».

٢- تعديل المادة (٢٧) إ.ج وذلك بحذف عبارة: «النيابة العامة» وإضافة عبارة: «أو اتخاذ إجراءات التحقيق»، قبل عبارة: «شكوى شفوية أو كتابية من المجني عليه» وإضافة عبارة: «أو من وكيله الخاص»، وعبارة: «إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي» بعد عبارة: «شكوى شفوية أو كتابية من المجني عليه»؛ وبذلك يصبح نص المادة بعد إجراء التعديل المقترح كالتالي: «لا يجوز رفع الدعوى الجزائية أو اتخاذ إجراءات التحقيق فيها إلا بناء على شكوى شفوية أو كتابية من المجني عليه أو من وكيله الخاص أو من يقوم مقامه قانوناً مقدمة إلى النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي في الأحوال الآتية: ...».

٣- تعديل الفقرة الأولى من المادة (٢٧) إ.ج بإضافة جرائم أخرى كجريمة الاعتداء على الحياة الخاصة وحرمة المراسلات، وجريمة الامتناع عن تسليم الصغير، وإدراجها ضمن صور الأفعال المكونة للجرائم المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة (٢٧) إ.ج. كونها جرائم تحقق الاعتبارات نفسها التي تحققها الجرائم التي شملتها المادة (٢٧) إ.ج.

٤- توسيع نطاق صلة القربى كشرط لتعليق الدعوى على شكوى بحيث تشمل الأقارب حتى الدرجة الرابعة. ويتم ذلك بإضافة عبارة: «أو بين المحارم إلى الدرجة الرابعة» بعد عبارة: «في الجرائم التي تقع على الأموال فيما بين الأصول والفروع والزوجين والأخوة والأخوات». علاوة على تحديد نوعية جرائم الأموال وليس جميع جرائم الأموال.

٥- تعديل المادة (٢٨) وذلك بحذف عبارة: «في تسوية التحقيق للنيابة معهم» ليصبح نص المادة بعد التعديل المقترح كالتالي: إذا تعدد المجني عليهم يكفي أن تقدم الشكوى من أحدهم، وإذا تعدد المتهمون وكانت الشكوى مقدمة ضد أحدهم تعد أنها مقدمة ضد الباقيين.

٦- تعديل المادة (٢٩) وذلك بحذف كلمة (أو بارتكابها) وتعديلها بكلمة أو (بمركبها) وتقييد مدة الشكوى بثلاثة أشهر بدلاً من أربعة شهور، وإضافة عبارة: «وإذا حدثت الوفاة بعد تقديم الشكوى، فلا تؤثر على سير الدعوى» في نهاية نص المادة؛ وبذلك يصبح نص المادة بعد إجراء التعديلات المقترحة كالتالي: «ينقضي الحق في الشكوى فيما هو منصوص عليه في المادة (٢٧) بعد مضي ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة أو بمركبها أو زوال العذر القهري

الذي حال دون تقديم الشكوى ويسقط الحق في الشكوى بموت المجني عليه، وإذا حدثت الوفاة بعد تقديم الشكوى، فلا تؤثر على سير الدعوى».

٧- إلغاء المادة (٣٠) إ.ج وسحب عبارة: «أو اتخاذ إجراءات التحقيق» إلى المادة (٢٧).

٨- تعديل المادة (٣١) إ.ج وذلك بإجراء التعديلات التالية:

- استبدال عبارة: «لمن له الحق في الشكوى» بعبارة: «لمن قدم الشكوى».
- إضافة عبارة: «وفي حالة تعدد المجني عليهم لا يُعد التنازل صحيحاً إلا إذا صدر من جميع من قدموا الشكوى».
- إضافة عبارة: «التنازل بالنسبة لأحد المتهمين يعد تنازلاً بالنسبة للباقي».
- إضافة عبارة: «وإذا توفي الشاكي فلا ينتقل حقه في التنازل إلى ورثته».

وبذلك يصبح نص المادة بعد إجراء التعديلات المقترحة كالتالي: «يجوز لمن قدم الشكوى في الحالات المنصوص عليها في المادة (٢٧) أن يتنازل عنها في أي وقت. وفي حالة تعدد المجني عليهم لا يُعد التنازل صحيحاً إلا إذا صدر من جميع من قدموا الشكوى. والتنازل بالنسبة لأحد المتهمين يُعد تنازلاً بالنسبة للباقي. وإذا توفي الشاكي فلا ينتقل حقه في التنازل إلى ورثته».

١- استحداث مادة جديدة إلى المواد المنظمة لقيد الشكوى تنص على تحديد السن القانونية لتقديم الشكوى.

٢- استحداث مادة جديدة إلى المواد المنظمة لقيد الشكوى تنص على أنه «إذا تعارضت مصلحة المجني عليه مع مصلحة من يمثله، أو لم يكن له من يمثله، تقوم النيابة العامة مقامه».

قائمة المراجع

أولاً: المعاجم:

[١] المنجد في اللغة والأعلام، دار الشرق، بيروت، لبنان، ط ٣١، ١٩٨٦م.

ثانياً: الكتب:

[١] د. أحمد فتحي سرور: أصول قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠م.

[٢] د. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، ط ٤، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٦م.

[٣] د. أمال عبد الرحمن عثمان: قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥م.

[٤] د. جلال ثروت: أصول المحاكمة الجزائية، مطبعة دار الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٦م.

[٥] د. حسنين إبراهيم صالح عبيد: شكوى المجني عليه (تاريخها، طبيعتها، أحكامها)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥م.

[٦] د. رؤوف عبيد: مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، ط ٤، دار الجيل للطباعة، ١٩٨٢م.

[٧] د. عبد الباسط الحكيمي: شرح قانون الإجراءات الجنائية اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ٢٠٠٨م.

[٨] د. علي عبد القادر القهوجي: شرح أصول المحاكمات الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧م.

[٩] د. فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م.

[١٠] د. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، مطبعة دار الكتب، بيروت، ١٩٧١م.

[١١] د. محمد سعيد نمور: أصول الإجراءات الجزائية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥م.

١٢] د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م.

١٣] د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م.

ثالثاً: القوانين:

[١] القوانين اليمنية:

- ١- قانون الإجراءات الجنائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.
- ٢- قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م. والمعدل بالقانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٦م.
- ٣- قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م.
- ٤- القانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م.
- ٥- قانون الإجراءات الجنائية اليمني رقم (٥) لسنة ١٩٧٩م، الملغى بالقانون النافذ، رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.

[٢] القوانين العربية:

- ١- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (٩٥) لسنة ٢٠٠٣م.
- ٢- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١م.
- ٣- قانون الإجراءات الجنائية القطري، رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٤م.

رابعاً: الأحكام القضائية:

- ١] نقض مصري ٩ فبراير سنة ١٩٥٦م، م س ٧ ق ٤٧.
- ٢] نقض مصري ٩ فبراير ١٩٦٨م، س ١٩، ق ٨.
- ٣] نقض مصري ٢٧ فبراير ١٩٦٧م، س ١٨، ق ٥٢،
- ٤] نقض مصري ١٩ مايو ١٩٤١م، ج ٥ ق ٢٠٩.
- ٥] الطعن رقم (١٨٠٤٨) الصادر في جلسة ٢٦ جمادى الأولى لسنة ١٤٢٥هـ الموافق ١٣/٧/٢٠٠٤م، قاعدة رقم (٤٣)، والمنشور في مجلة القواعد القانونية

والقضائية الجزائية المستخلصة من أحكام المحكمة العليا اليمنية للفترة من ٢٠٠٣/٦/٥م إلى ٢٠٠٥/٣/١٠م، الصادر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ص ١٣٨.

[٦] الطعن رقم (١٨٠٥٦) الصادر في جلسة ١ جمادى الأولى لسنة ١٤٢٥ هـ، الموافق ٢٠٠٤/٦/١٢م، قاعدة رقم ٤٧، والمنشور في مجلة القواعد القانونية والقضائية الجزائية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا اليمنية للفترة من ٢٠٠٣/٦/٥م إلى ٢٠٠٥/٣/١٠م، الصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، ص ١٤٨.

[٧] الطعن رقم (١٦٦) الصادر في جلسة ١٨ محرم لسنة ١٤٢١ هـ الموافق ٢٠٠٠/٤/٢٢م، قاعدة رقم ٤٧، المنشور في مجلة القواعد القانونية والقضائية الجزائية، العدد الأول، الجزء الأول، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤م، الصادر عن المكتب الفني بالمحكمة العليا اليمنية، ص ١٣٨.

[٨] الطعن رقم (١٨٠٥٦) الصادر في جلسة ١ جمادى الأولى لسنة ١٤٢٥ هـ، الموافق ٢٠٠٤/٦/١٢م، قاعدة رقم ٤٧، والمنشور في مجلة القواعد القانونية والقضائية الجزائية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا اليمنية للفترة من ٢٠٠٣/٦/٥م إلى ٢٠٠٥/٣/١٠م، الصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة، ص ١٤٨.

خامساً: المراجع الأجنبية:

- [1] Madeleine LabeFouda, l'existence d'un bien de parente entre l'auteur et la victime d'une infraction, Revue de la recherche juridique droit prospectif, N° 3, P 1302.
- [2] Glaser , Stefan . Droit International pénal Conventionnel. E Bruylant, 1970. p. 49.
- [3] Bernard Bouloc, Haritini Matsopoulou, Droit Pénal Général et Procédure Pénale, 18eme édition, Paris, 2011, p.199.



البحر والدرر
القضايا والقانون

أحكام الإعسار في القضايا الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني

القاضي / حافظ محمد الفرح

مجلة
البحر والدرر
القضايا والقانون

المقدمة:

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

فإن موضوع الإعسار في القضايا الجنائية من المواضيع التي لم يسبق البحث فيها رغم وجود إشكالات نظرية في التشريع القانوني وأخرى عملية في الواقع القضائي، والحاجة قائمة إلى إيجاد معالجات للحد من مشكلة بقاء بعض المعسرين سنوات طويلة في الحبس على ذمة الحقوق الخاصة أو غيرها، ومما زاد من هذه المشكلة العملية في الواقع هو توجه القضاء اليمني نحو رفض سماع دعوى الإعسار في القضايا الجنائية، وأن المحكمة العليا قد أيدت هذا التوجه في بعض أحكامها المؤيدة لرفض سماع دعوى الإعسار، لاسيما في الحقوق الخاصة المتعلقة بالحكم الجنائي في واقعة خيانة الأمانة ونحوها، كما أن بعض أهل الخير يحجم عن المساعدة في هذه القضايا بحجة أن الدين المترتب عليها ناتج عن جريمة جنائية، وهو ما يمكن القول معه أن الواجب الشرعي يقتضي على العاملين في القضاء البحث في هذا الموضوع وإيجاد الحلول الشرعية والقانونية التي تساعد في حل هذه المشكلة والتخفيف من بقاء الكثير من المحاييس سنوات كثيرة في الحبس على ذمة الحقوق الخاصة رغم أنهم معسرون، لذلك فإن هذا البحث الموسوم «بأحكام الإعسار في الفقه الإسلامي والقانون اليمني» يعد مساهمة في إيجاد هذه الحلول وإنجاز هذا البحث ووضع الحلول الشرعية والقانونية على هدى وبصيرة من الأمر فقد تم تقسيمه وتحديد موضوعاته في الفقه الإسلامي والقانون اليمني وفقاً للخطة الآتية:

- المبحث الأول: أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي.
 - المطلب الأول: مفهوم الإعسار وحكم حبس المدين المعسر في الفقه الإسلامي.
 - المطلب الثاني: حكم الإعسار في الديات والأروش في الفقه الإسلامي.
 - المطلب الثالث: حكم الإعسار في التعويض المتعلق بجريمة جنائية في الفقه الإسلامي.
- المبحث الثاني: أحكام الإعسار في القانون اليمني.
 - المطلب الأول: مفهوم الإعسار وحكم حبس المدين المعسر في القانون اليمني.

- المطلب الثاني: حكم الإعسار في الديات والأروش في القانون اليمني.
 - المطلب الثالث: حكم الإعسار في التعويض المتعلق بالجريمة الجنائية في القانون اليمني.
 - الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.
- والله تعالى أسأله القبول والتوفيق والسداد إنه ولي ذلك والقادر عليه.

المبحث الأول أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

مفهوم الإعسار وحكم حبس المعسر في الفقه الإسلامي

في هذا المطلب سيكون الحديث عن تعريف الإعسار لغة واصطلاحاً وبيان حكم حبس المعسر في الفقه الإسلامي وفقاً لما يلي:

أولاً: تعريف الإعسار لغة واصطلاحاً:

تعريف الإعسار في اللغة: مصدر للفعل أعسر، يقال: أعسر فلان إذا افتقر، واستعسر الأمر إذا اشتد، والعُسْرُ ضد اليُسْرِ، فالإعسار يعني الضيق والشدة وقلة ذات اليد^(١). ومصداق ذلك في كتاب الله سبحانه وتعالى، قال سبحانه وتعالى: ﴿فإن مع العسر يسراً إن مع العسر يسراً﴾ سورة [الشرح: ٦-٥]، وقال سبحانه وتعالى: ﴿سيجعل الله بعد عسر يسراً﴾ [الطلاق: ٧]، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠].

أما تعريف الإعسار في الاصطلاح الشرعي: فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تحدثوا عن الإعسار في النفقة والمهر والدين، وكذلك عند حديثهم عن الغارمين في باب الصدقات، ولا تخرج تعريفات فقهاء الشريعة للإعسار عن القول بعدم قدرة المدين على سداد المال الذي في ذمته، سواءً كان المال حقاً لله سبحانه وتعالى كالزكاة والندراً أو كان حقاً للعباد كالنفقة أو الدين، وزاد الحنابلة فيما يتعلق بالإعسار في النفقة القول بعدم القدرة على السداد بماله أو كسبه، ومن أحسن التعاريف ما جاء في شرح الأزهار بأن المعسر: من لا يملك شيئاً غير ما استثنى له والمفلس من لا يفيء ماله بدينه^(٢).

والذي يظهر لي من خلال الاطلاع على تعريفات فقهاء الشريعة للمعسر أنه يمكن تعريف المعسر في الفقه الإسلامي بأنه: من حل أجل الدين الذي في ذمته وهو لا يملك

(١) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: القاموس المحيط، مكتبة الإيمان المنصورة، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ، ٣٧٨، محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، طبعة عام ١٤٢٤هـ، ص ٢٣٩.

(٢) العلامة أبو الحسن عبدالله بن مفتاح: شرح الأزهار من فقه الأئمة الأطهار، المجلد الرابع، ص ٢٧٥، أحمد بن عبدالله الجعفري، أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي، ص ٢-٣.

من المال غير حاجته، ويستفاد من هذا التعريف ما يلي:

١- أن المعسر من لا يملك ما لألسداد دينه عند حلول أجل الدين بدون حيلة ولا تعمد منه بالإعسار فإن تعمد أو احتال لم يعد معسراً.

٢- أن الدين المتعلق بالإعسار يطلق على كل مال في ذمة المدين، سواءً كان أصله مالاً كالقرض أو مقابل عوض كثمن المبيع، أو لزم المدين باختياره كالكفالة والمهر وعوض الخلع، أو لزمه بغير اختياره كأرش الجنائية وضمن المتلف والغرامة ونفقة الأقارب والزوجات.

٣- أن المقصود بحاجة المدين ما استثناه الشرع من مال المعسر، وهو المال الذي لا يجوز الحجر عليه أو بيعه، كمسكنه وثيابه وآله حرفته أو كتب العلم الخاصة به فضلاً عن مطعمه ومشربه، مع خلاف بين العلماء بشأن ذلك.

ثانياً: حكم حبس المدين المعسر في الفقه الإسلامي:

قال ابن المنذر في كتاب الإجماع: وأجمعوا على أن يحبسوا في الديون وانفرد عمر بن عبد العزيز، فقال: يقسم ماله ولا يحبس، وأجمعوا على أن ما كان من دين للمفلس إلى أجل أن ذلك إلى أجله لا يحل بإفلاسه^(١). وقد اتفق الفقهاء على عدم جواز حبس المدين المعسر إذا تبين إعساره بالبينة أو بالإقرار أو النكول عن اليمين، والواجب إنظاره إلى ميسرة لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾ [البقرة: ٢٨٠].

كما قرر بعض الفقهاء وهم الشافعية والإمامية جواز حبس المدين أو بيع ماله إذا تبين إعساره بالبينة أو بإقراره أو بنكوله عن اليمين، وذلك حتى يسلم ما في ذمته من دين بشرط حلول أجل الدين وثبوت المماثلة بالوفاء وطلب الدائن حبسه، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته) رواه أبو داود والنسائي وصححه ابن حبان، ويقصد بحل عرضه: شكايته وبعقوبته: حبسه، ويرى الحنابلة أنه: يحبس أولاً فإذا لم يسلم ما بذمته بيع ماله جبراً عنه، ويرى الحنفية والمالكية وجوب حبسه وعدم بيع ماله بدون رضاه، وذهب ابن حزم إلى عدم جواز حبسه وأن يباع كل ماله ويسدد دينه^(٢).

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن: إذا ادعى المدين الإعسار وله بينة، فهل تسمع البينة قبل الحبس أو بعده، وإذا لم توجد البينة على الإعسار أو الإيسار هل يحبس المدين أم أن

(١) ابن المنذر المتوفى سنة ٣١٨ هـ: الإجماع، الطبعة الأولى، ١٤٠٨ م، ص ٩٩-١٠٠.

(٢) د. محمد الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المجلد السادس، ص ٤٥٧ وما بعده.

لأحدهما طلب اليمين من الآخر؟، والجواب على الشق الأول: من السؤال أن فقهاء الشريعة مختلفون في ذلك فمنهم من يرى حبس المدين لاستظهار حاله قبل سماع الدعوى، وعلى هذا القول الزيدية والحنفية، والعلّة من ذلك استبراء لحاله ومعرفة فقره من غناه، ولأنّ الحبس يضيق عليه فيضجر ويسلم ما في ذمته، ومنهم من يرى سماع البينة في الحال وعلى هذا القول الشافعية والحنابلة والمالكية، ويعللون ذلك بأن سماع هذه البينة مثل غيرها تسمع في الحال ولأنّ حبس الاستظهار ليس عليه دليل والحبس عقوبة^(١).

والظاهر بأنّ حبس الاستظهار مسألة اجتهادية من باب السياسة الشرعية، وقد لا ينفع مع بعض الناس إلاّ حبسهم لتسليم حقوق الآخرين، لاسيما في هذا الزمان، والذين يرون عدم الحبس يستدلون أيضاً بما أثار عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم أنه لم يحبس في دين قط، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم لغرماء المفلس الذي لم يكن له ما يوفي دينه: (خذوا ما وجدتم وليس لكم إلاّ ذلك) رواه مسلم، ولما أثار عن الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان لا يحبس في الدين، وكان يقول إنه ظلم، وقد روى أبو داود في غير كتاب السنن عن محمد بن علي، قال: قال علي رضي الله عنه: (حبس الرجل في السجن بعد معرفة ما عليه من الحق ظلم) ولأنّ الحبس عقوبة لا تصح إلاّ فيمن كان قادراً ومماطلاً، لحديث: (لي الواجد يحل عرضه وعقوبته)^(٢).

كما أن الظاهر هو جواز تقدير مدة حبس الاستظهار قبل سماع بينه الإعسار؛ لأنّ المسألة اجتهادية وليس فيها نص شرعي، وقد رأى بعض العلماء التقدير وهذا الرأي هو الأوّل في زماننا هذا لكثرة المحاييس والقضايا المعروضة على القضاة، وفي تحديد المدة موجب لسماع بينه مدعي الإعسار وسماع رد خصمه على ذلك أو بينته إذا كان له بينة على الإيسار والترجيح بينهما، وفيه البت بشأن أمر المحاييس ورفع ضرر الحبس عنهم لاسيما من كان معسراً منهم حقيقة.

وأما الجواب على الشق الثاني: من السؤال المتعلق بعدم وجود البينة، فهل يحبس المدين أم يطلب أحدهما اليمين؟ فقد ذكر القاضي أبو الوليد ابن رشد القرطبي في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد الإجماع على أن المدين إذا ادعى الإفلاس ولم يعلم صدقه أنه يحبس حتى يتبين صدقه، أو يقر له الدائن بذلك، وأضاف قائلاً: إنما صار الكل

(١) أبو الحسن عبدالله بن مفتاح: شرح الأزهار من فقه الأئمة الأطهار، مرجع سابق، ص ٢٧٨، علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، ص ١٧٣ وما بعده، أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء الرابع، ص ١٣٨، ابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء الرابع، ص ٢٩٣.

(٢) ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص ٨٦، ابن حزم الأندلسي، المحلى، المجلد، الجزء السادس، ص ٤٨٠-٤٨١

إلى القول بالحبس في الديون، وإن لم يأت في ذلك أثر صحيح لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض، وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة وهو الذي يسمى بالقياس المرسل، وقد روي أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً في تهمة فيما أخرجه أبو داود^(١).

والظاهر أن قول ابن رشد يُحمل على ما إذا كان المدين مجهول الحال أو ظاهره اليسار؛ لأن القول قول الدائن، وأما إذا كان ظاهرة الإعسار فإن معظم الفقهاء قد قروا أنه لا يحبس إلا إذا نكل عن اليمين لأن القول قوله، كما أنه قد يفهم من تقرير الفقهاء حبس مجهول الحال أو ظاهر اليسار حتى يثبت الإعسار أنه ليس لمدعي الإعسار طلب اليمين من الدائن، غير أن فقهاء الشريعة قد قرروا أيضاً بأن للمدين أن يطلب من الدائن أن يحلف أنه لا يعلم بأنه معسر، وذلك إذا كان ظاهره اليسار أو أثبت عليه الدائن بالبينة أنه موسر؛ فإذا حلف الدائن بعدم العلم بحبس المدين إلى أن يثبت إعساره، وإذا نكل حلف المدين وأخلي سبيله^(٢).

وبالتالي يمكن القول أن المدين إذا ادعى الإعسار وله بينة؛ فإن دعواه لا تسمع ولا بينته إلا بعد حبسه لاستظهار حاله عند الزيدية والحنفية، وأن دعواه تسمع وبينته عند بقية الفقهاء في الحال، وإذا لم توجد البينة على الإيسار أو الإعسار فإن الفقهاء قد قرروا حبس المدين إذا كان مجهول الحال أو ظاهره اليسار حتى يثبت إعساره، وأن لمدعي الإعسار أن يطلب اليمين من الدائن أنه لا يعلم بأنه معسر إذا كان القول قول الدائن، كما أن للدائن أن يطلب من مدعي الإعسار اليمين إذا كان القول قول مدعي الإعسار، كما أن جمهور العلماء على أن القول قول مدعي الإعسار إذا كان الدين عن غير عوض مالي كأرش الجناية وضمن المتلف والمهر والنفقة ونحوه، وما عدا ذلك من الديون فالقول قول الدائن^(٣).

ومما يلزم التأكيد عليه في هذا المقام هو عدم وجود اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة إنظار المدين المعسر بشأن الدين، سواء كان ذلك الدين مدنياً أو شخصياً أو جنائياً، ومما يؤكد ذلك أن الفقهاء في تعريفاتهم للمعسر لم يقيدوا التعريف بالدين المستخدم في طاعة مثلما قيد أغلبهم ذلك في تعريف الغارم المستحق للصدقة، كما أن الفقهاء عند تقسيمهم للدين محل الإعسار قد ذكروا من ضمن ذلك التقسيم الدين الذي لزم المدين من غير اختياره، ومثلوا لذلك بأرش الجناية والضمن والغرامة ونحو ذلك،

(١) ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص ٣٤٩.

(٢) ق. أسامة محمد الجنداري: الإفلاس والإعسار والإيسار في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية دراسة مقارنة، ص ١٨٧.

(٣) ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص ٨٦.

وذكر الحنفية ضمن ما وجب حكماً دية القتل العمد والخطأ وذلك عند حديثهم عن أحوال مدعي الإعسار، ومن يكون القول قوله في تلك الحالات الدائن أو المدين، وهو ما يستدل من خلاله على أن الظاهر أن كل مدين معسر في كل دين يجب إنظاره وعدم حبسه أو عدم الاستمرار في ذلك، سواء كان الدين مدنياً أو شخصياً أو جنائياً، لعموم قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠]، كما أن القول بعدم النظرة إلى ميسرة بالنسبة للدين الجنائي لاسيما ما يتعلق بدية العمد والرد والتعويض المتعلق بجرائم السرقة والحراية والنصب وخيانة الأمانة ليس له وجه شرعي إلا من باب الاستحسان أي استثناء ذلك من عموم الآية الكريمة، ولم نجد أحداً من الفقهاء صرح بذلك إنما هو اجتهاد من بعض القضاة العاملين في القضاء في بلادنا وهو اجتهاد غير مخالف للشريعة من وجهة نظري لأن الاستحسان مصدر من مصادر التشريع، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله، لذلك يجب أن يكون الإنظار في هذه القضايا بشروط تضمن حقوق المحكوم لهم، ومن ذلك أن يحبس المحكوم عليه حبس استظهار ثم تسمع البيينة على الإعسار والإيسار، وإذا تقرر إخلاء سبيل المحكوم عليه فيلزم أن يكون ذلك بعد الاتفاق على مدة محددة لتسديد الدين وأن يحضر المعسر كفيلاً لإحضاره عند الطلب، يقول الدكتور عبدالوهاب خلاف في كتابه علم أصول الفقه وللإستحسان معنيان، أحدهما: استثناء جزئيه من حكم كلي بدليل، والدليل هو المصلحة التي اقتضت ذلك وهو الذي يعبر عنه بوجه الاستحسان، ويضيف أن ذلك ليس مجرد تشريع بالهوى، كما ذهب إلى ذلك البعض واستشهد على ذلك من واقع العمل القضائي بقوله: «وكل قاض قد تنقح في عقله في كثير من الوقائع مصلحة حقيقية تقتضي العدول في هذه الجزئية عما يقضي به ظاهر القانون وما هذا إلا نوع من الاستحسان»^(١)، والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني

حكم الإعسار في الدية والأروش في الفقه الإسلامي

من المعلوم في فقه الشريعة الإسلامية أن الدية في القتل العمد إنما تجب إذا سقطت القصاص لسبب من الأسباب الشرعية ومنها: عفو أولياء الدم بشرط الدية، وقد أجمع أهل العلم على أن دية العمد تكون في مال القاتل، ولا تكون على عاقلته لقول النبي - صلى الله عليه وآله وسلم: «لا يجني جان إلا على نفسه» أخرجه الترمذي وأحمد، ولأنه يجب

(١) المرجع المشار إليه، ص ٨٨-٩٢.

بدل المتلف على المتلف، ويجب أن يختص الجاني بضرر جنائته، لأنها أثار فعله ولأن العاقلة إنما تحمل عن الجاني الدية في الخطأ وشبه العمد للتخفيف، والقتل العمد لا يستحق التخفيف إلا أن تساعده العاقلة عن طيب نفس منها^(١).

وأما دية وأرش شبه العمد فإنها تكون على عاقلة الجاني لحديث: «اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فقضى رسول الله - صلى الله عليه وآله وسلم - بدية المرأة على عاقلتها» رواه البخاري ومسلم، وهو مذهب الجمهور، وخالف ابن سيرين وغيره، فقالوا: الدية والأرش في مال الجاني لأنها مغلظة تشبه دية العمد، ورأي الجمهور هو الراجح للحديث المذكور^(٢). وأما دية وأرش الخطأ فتكون على العاقلة بالإجماع فإن لم يكن للجاني عاقلة أو من يقوم مقام العاقلة فعليه أن يؤديها من ماله إذا كان له مال وإذا لم يكن له مال فيؤدي عنه من بيت المال، غير أن مما يلزم الإشارة إليه أن العاقلة لا تحمل دية شبه العمد والخطأ على إطلاقه إنما بشروط، ومنها أن لا يحكم بالدية بناء على اعتراف الجاني ولا صلحاً لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «لا تحمل العاقلة عمداً، ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً» وروي عن ابن عباس موقوفاً عليه، ولم يعرف له في الصحابة مخالف فكان إجماعاً^(٣).

ذلك أن من المعلوم أن غير القادر على دفع دية الخطأ وشبه العمد ممن تحمل دية الخطأ أو العمد فإنه يعد غارماً وله حق في سهم الغارمين في الصدقات، لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ [التوبة: ٦٠]، وأما من مات وعليه دين من دية أو غيرها فيجب أداؤها من بيت المال، لقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «أنا وارث من لا وارث له، أعقل عنه وأرثه، ..» أخرجه ابن ماجه وأحمد واللفظ لهما وأبو داود، ومن الحالات التي ذكر فيها الفقهاء أن الدية على بيت المال ما جاء في شرح الأزهار للعلامة أبي الحسن عبدالله بن مفتاح في دية القتل الخطأ وأرش الخطأ موضحة فما فوق أنها تكون على العاقلة ولا شيء عليه، فإذا لم توجد له عاقلة أو قلت أو تمردت فمن ماله إذا كان له مال، فإذا لم يكن له مال فعلى بيت المال وكذلك من لم يعرف قاتله حتى لا يهدر دمه^(٤).

(١) عبدالله الطيال: الفقه الميسر، المجلد السابع، ص ٨٨ وما بعده.

(٢) المرجع السابق، ص ٨٩.

(٣) عبدالقادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الرابعة عشرة ١٤٢١ هـ.

(٤) أبو الحسن عبدالله بن مفتاح: شرح الأزهار من فقه الأئمة الأطهار، المجلد الرابع، مرجع سابق، ص ٤٥٧-٤٥٨.

وكذلك ما جاء في الفقه الميسر للطيال بأن الدية تكون من بيت المال في الحالات الآتية:

١- إذا مات أحد المسلمين وعليه دين أو دية أو غيرها، ولم يخلف وفاء، فعلى ولي الأمر قضاؤه من بيت المال كما ثبت بالأحاديث الصحيحة.

٢- إذا قتل أحد خطأ أو شبه عمد، ولم تكن له عاقلة موسرة، فالدية تؤخذ من الجاني، فإن كان معسراً أخذت من بيت المال.

٣- كل مقتول لم يُعلم قاتله كمن مات في زحام، أو طواف، أو نحوهما، فديته من بيت المال.

٤- إذا حكم القاضي بالقسامة ونكل الورثة عن حلف الأيمان ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال^(١).

والسؤال الذي يضع نفسه إذا تبين أن القاتل عمداً قد سقط القصاص في حقه لسبب من الأسباب الشرعية ووجبت عليه الدية ثم تبين أن لا مال له فهل يعد غارماً ويجب أن تؤدي الدية عنه من بيت المال أم لا؟ والجواب على ذلك: أن ابن حزم الظاهري قد ذهب إلى أن دية العمد تكون في بيت المال إذا كان الجاني فقيراً ولا مال له، فقد جاء في المحلى لابن حزم ما نصه: (والدية في العمد والخطأ مائة من الإبل.... وهي في الخطأ على عاقلة القاتل وأما في العمد فهي في مال القاتل وحده... فمن لم يكن له مال ولا عاقلة، فهي في سهم الغارمين في الصدقات - وكذلك من لم يعرف قاتله)^(٢). كما ذهب الحنفية إلى ذلك ولكن مع الكراهة، بينما يرى جمهور فقهاء الشريعة أنه يشترط في الغارم الذي يستحق الإعانة من مال الزكاة أن يكون في طاعة ولا يكون في معصية لأن الإعانة في المعصية من التعاون على الإثم، ويرى بعضهم استثناء حالة واحدة وهي إذا تاب الجاني المعسر إلى الله توبة صادقة فإنه يعتبر من الغارمين في آية الصدقات وسببوا ذلك أن التوبة تجب ما قبلها وأن تسليم الدين بعد التوبة لا يعد من التعاون على الإثم، بل من البر والخير ويرى البعض بأن المدين المعسر في معصية أو بسبب معصية لا يعطى من الصدقات مطلقاً^(٣).

والظاهر بأن الأولى عدم إعطاء القاتل عمداً من مال الزكاة لاختلاف القتل العمد عن الخطأ وشبه العمد، ويؤكد ذلك إلزام الشرع العاقلة أن تتحمل الدية في الخطأ دون العمد من باب المواساة والتخفيف، والعامد لا يستحق المواساة ولا التخفيف من أموال

(١) عبدالله الطيال: الفقه الميسر، المجلد السابع مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٢) ابن حزم الأندلسي: المحلى، مرجع سابق، الجزء العاشر، ص ٢٨٣.

(٣) محيي الدين النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٣١٨، مشهور محمد حمدان، مصرف الغارمين وأثره في التكافل الاجتماعي، طبعة عام ١٤٣٠هـ، فلسطين ص ٥٠.

الصدقات وللحاجة لصرف أموال الزكاة للفقراء والمساكين والغارمين في غير معصية، وعليه أن يبذل كل جهدة لتسديدها ولو أن يستدين أو يبحث عن يساعده من أقربائه وفاعلي الخير، إلا على سبيل الاستثناء لمن حكم بإعساره وطال حبسه ولم يجد أحداً لمساعدته أو الضمان عليه إذا ثبتت توبته وصلاحه والاعتقاد بعدم ارتكابه للجريمة مرة أخرى عملاً بقول بعض فقهاء الشريعة الإسلامية في حدود القدرة على ذلك، والله أعلم.

المطلب الثالث

حكم الإعسار في التعويض المتعلق بجريمه جنائية في الفقه الإسلامي

ليس ثمة خلاف بين الفقه الشرعي والفقه القانوني بشأن وجوب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تصيب المجني عليهم بسبب ارتكاب الجرائم الجنائية ومسألة الضمان أو الغرم في الفقه الإسلامي تتعلق بكل الأضرار التي تصيب المرء في جسده أو ماله أو عرضه، سواءً كانت أضراراً مادية أو معنوية، فالضمان في الفقه الإسلامي يقابل التعويض بنوعيه المادي والمعنوي^(١). غير أن ما يتعلق بالأضرار الجسدية فإن الشريعة قد قدرتها بالديات والأروش ولا تدخل في التعويض المدني إلا بشأن الخسارة في العلاج والتعطيل عن الكسب ومخاسير التقاضي، بالإضافة إلى أن الضرر المعنوي يورث لجميع الورثة في الفقه الشرعي ولا يقتصر على بعضهم كما هو في الفقه القانوني^(٢).

وثمة مسألة هامة في الفقه الشرعي متعلقة بالتعويض، وهي أن بعض فقهاء الشريعة أسقطوا الضمان أو التعويض في بعض الحالات، لاسيما ما يتعلق بجريمة السرقة الحدية وجريمة الحراية إذا تاب المحارب قبل القدرة عليه، فقد اتفق الفقهاء في جريمة السرقة على وجوب أخذ المال المسروق من السارق إذا وجد بعينه، واتفقوا على الغرم إذا لم يجب القطع، واختلفوا في الجمع بين القطع والغرم إلى ثلاثة أقوال، القول الأول: أن على السارق الغرم مع القطع، وبه قال الشافعي وأحمد والليث وجماعة، وحجتهم في ذلك أنه اجتمع في السرقة حقان، حق الله وحق آدمي، فاقتضى كل حق موجبه، كما أنه إذا أجمعوا على أخذ المال المسروق منه إذا وجد بعينه لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياساً على سائر الأموال الواجبة، القول الثاني: ليس

(١) د. محمد حسين الشامي: نظرية المسؤولية المدنية في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، مكتبة

الجيل الجديد صنعاء، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ، ص ٢١-٣٠.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٣١.

عليه غرم إذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وجماعة وحجتهم في ذلك حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: «لا يعرم السارق إذا أقيم عليه الحد» رواه النسائي والبيهقي والدارقطني وهذا حديث ضعيف عند أهل الحديث، كما قالوا بأن اجتماع حقين في حق واحد مخالف للأصول وأن القطع بدل من الغرم، القول الثالث: إذا كان موسراً اتبع بقيمة المسروق، وإن كان معسراً لم يتبع به إذا أترى واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع، وهذا القول من باب الاستحسان من غير قياس^(١).

كما اتفق الفقهاء في جريمة الحراية على أنه يجب على المحارب حق لله وحق للآدميين قبل التوبة، أما بعد التوبة فقد اختلفوا حول ما تسقطه التوبة من حقوق إلى أربعة أقوال، أحدها: أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحراية، ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين، وهو قول مالك، والثاني: أن التوبة تسقط عنه حد الحراية وجميع حقوق الله من الزنى والشراب والقطع في السرقة، ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يعفو أولياء المقتول، والثالث: أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفي الأموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا تتبع ذمهم، والرابع: إن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم إلا ما كان من الأموال قائماً بيده^(٢).

والظاهر بأن الأقوال الفقهية التي تسقط الضمان أو التعويض كما في آراء بعض الفقهاء في جرمتي السرقة والحراية هي أقوال مرجوحة، وليست راجحة؛ لأن أحكام الشريعة وقواعدها العامة توجب الضمان على المتعدي والمتسبب بإضرار الغير، وأن حقوق الآدميين لا تسقط إلا بعفو أصحابها أو تنازلهم، كما أنه ليس لولي الأمر الشرعي إسقاطها أو العفو عنها، ولأن في إسقاطها أكل لأموال الناس بالباطل، وذلك محرم شرعاً، وقد ورد في الحديث النبوي قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» رواه أحمد وغيره وصححه الحاكم، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، أما الحديث الذي استدل به بعض العلماء على عدم جواز الجمع بين القطع والغرم فهو حديث ضعيف. وإذا تبين لنا أنه لا خلاف بشأن التعويض في الفقه الشرعي والقانوني فإنه لا خلاف أيضاً في وجوب الحكم بالتعويض على الجاني، وأن تنفيذ الحكم بالتعويض يكون على ماله طالما كان ميسوراً، كما أنه ضامن لما حكم به في التعويض حتى لو كان معسراً، ولا يسقط عنه إلا بعفو المحكوم عليه أو تسليمه لما في ذمته.

(١) ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار العقيدة، الطبعة الأولى عام ١٤٢٥هـ، الجزء الثاني، ص ٥٣٥.

(٢) ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص ٥٤٢.

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هل يعد المحكوم عليه المعسر في جريمة جنائية حدية أو تعزيرية كالسرقة أو خيانة الأمانة أو النصب وغيرها غارماً بالمعنى الشرعي أم أنه لا يعد غارماً ولا يستحق المعونة والمساعدة؟ والجواب على ذلك: أن أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية وهم أصحاب المذاهب الأربعة والمذهب الزيدي يشترطون في الغارم أن لا يكون دينه في معصية كمن استدان لشراء الخمر أو لعب القمار أو بسبب معصية كمن تعدى على مال الغير بالإتلاف وكل من يضر المسلمين بأفعاله كالسارق والمحارب والباغي ونحوهم، ويعلل الفقهاء ذلك بأن صرف الزكاة للعاصي إعانة له على المعصية والإعانة على المعصية لا تجوز لأنها نوع من التعاون على الإثم والعدوان، والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة: ٢] كما أن إعانته قد يعد تشجيعاً له ولغيره لارتكاب مثل هذه المعاصي، وبالتالي فإن من كان دينه بسبب جريمة جنائية لا يعد غارماً، ولا يستحق الإعانة من الصدقات^(١)، وإذا كان هذا هو الأصل في الفقه الشرعي فإن بعض الفقهاء وهم الشافعية والحنابلة وغيرهم قد استثنوا حالة واحدة يجوز فيها اعتبار المدين المعسر في معصية أو بسبب معصية غارماً ويجب إعانته من الصدقات، وذلك إذا تبين توبته من هذه المعصية إلا أنه لا يعطى من الزكاة لمجرد قوله أنه قد تاب، بل لا بد أن يغلب على الظن توبته وصلاحه والمسوغ الشرعي لذلك أن العلة التي منعت اعتبار المدين المعسر غارماً قد زالت بالتوبة والصلاح، والتوبة بدون شك تجب ما قبلها، كما أن إعانة التائب تعد من البر والإحسان لا من الإثم والعدوان^(٢).

والظاهر بأن الأولى هو عدم إعطاء المعسر في التعويض المدني المتعلق بجريمة جنائية عمدية كجرائم السرقات والنصب وخيانة الأمانة وغيرها من سهم الغارمين في الصدقات؛ لأن الأولى في مال الصدقات هم الفقراء والمساكين والغارمون في طاعة، أما الغارم في معصية فيجب أن يسدد التعويض المحكوم به مما فاض من كسبه وعمله، أو يستدين ويبحث عن مساعدته استثناء من القاعدة العامة في أحكام المعسرين، ويستثنى من ذلك المعسر الفقير الذي لا يجد حتى من يضمنه للخروج من الحبس إذا تبين صلاحه وتوبته والاعتقاد بعدم ارتكابه الجريمة مرة أخرى عملاً برأي بعض فقهاء الشريعة وفي حدود القدرة على ذلك، والله تعالى أعلم.

(١) الشرييني: مغني المحتاج، المجلد الثالث، ص ١١٠، ابن قدامة المقدسي، المغني، المجلد السادس، ص ٣٣١،

عبدالله بن مفتاح، شرح الأزهار، مرجع سابق، الجزء الرابع.

(٢) المراجع السابقة، مشهور محمد حمدان، مصرف الغارمين وأثره في التكافل الاجتماعي، مرجع سابق، ص ٥٠.

المبحث الثاني أحكام الإعسار في القانون اليمني

المطلب الأول

مفهوم الإعسار وحكم حبس المعسر في القانون اليمني

أولاً: مفهوم الإعسار في القانون اليمني:

عرف القانون اليمني المعسر، وكذلك المفلس والميسور وحدد مال المعسر الذي لا يجوز الحجز عليه ولا يبيعه ضمن أحكام نص المادة (٢٥٩) من القانون المدني النافذ، فقد عرف القانون المدني المعسر بأنه: من لا يملك شيئاً غير ما استثنى له مما لا يجوز الحجز عليه أو يبيعه، ثم حدد ما هو الذي لا يجوز الحجز عليه ولا يبيعه من مال المعسر وهو: ما يحتاجه من مسكن وثياب صالحين لمثله، وآلة حرفته إن كان ذا حرفة، وكتبه إن كان ذا علم، وقوته ومن تلزمه نفقته من الدخل إلى الدخل، ويعد هذا التعريف من أفضل التعاريف للمعسر في الفقه الإسلامي، كما سبق الإشارة إلى ذلك عند الحديث عن مفهوم الإعسار في الفقه الإسلامي، فمن لا يملك غير ما يحتاجه ضرورة من مقومات الحياة كالسكن والثياب والوسيلة التي يتعيش بها، فهو معسر وغير قادر على تسديد الدين الذي عليه، كما عرف القانون المدني المفلس في المادة سالفه الذكر بأنه: من لا يفي ماله بديونه.

ومن خلال هذا التعريف يتضح الفرق بين المعسر والمفلس، فالمفلس لديه مال لكن هذا المال لا يكفي لتسديد الدين الذي عليه، أما المعسر فلا يملك ما لا سوى ما هو ضروري للحياة، بل قد يكون فقيراً لا يجد شيئاً، وأما الموسر فقد عرفه القانون المدني في المادة سالفه الذكر بأنه: من يفي ماله بديونه وقد يزيد عليها، وبالتالي فالموسر يختلف عن المفلس والمعسر بوجود مال لديه يكفي لسداد ديونه، وقد يزيد عليها ويترتب على هذه المفارقة بين الإعسار والإفلاس والإيسار وفقاً لنصوص القانون المدني الآثار والأحكام الآتية:

١- إذا كان المدين موسراً فلدائنه طلب حبسه لإكراهه على الوفاء، ثم حجز أمواله، ثم طلب بيعها طبقاً لما هو منصوص عليه في القانون المدني، وقانون المرافعات والتنفيذ المدني (م/٣٦٠ مدني).

٢- إذا كان المدين مفلساً فلدائنه حق طلب الحجر عليه طبقاً لما هو مبين في الكتاب الأول من القانون المدني المواد (٧١ وما بعدها م/٣٦٢ مدني).

- ٣- من كان ظاهر حاله الإعسار قبل قوله مع يمينه ويحلف كلما ادعى إيساره ومضت مدة يمكن الإعسار فيها عادة (م/٣٦٣ مدني).
- ٤- إذا التبس الأمرين إيسار الشخص وإعساره تسمع البينة على إعساره أو إيساره، ويرجح القاضي وتقدم البينة المثبتة على النافية (م/٣٦٤ مدني).
- ٥- إذا ثبت بحكم القضاء إعسار المدين حيل بينه وبين دائنة إلى أن يثبت إيساره (م/٣٦٥ مدني). وهذا الأمر ثابت بإجماع الفقهاء، إنما اختلفوا هل يلزمه وهل يؤجره بدينه أم لا؟
- ٦- إن المعسر لا يجبر على أن يستأجره الدائن بدينه ولكن عليه أن يسعى بأي طريقة لإبراء ذمته من الدين، ويلزمه قبول الهيئة عند تضييق الدائن عليه، ولا يلزمه أخذ أرش جنائية العمد الموجب للقصاص، ولا يلزم المرأة المعسرة التزوج لقضاء دينها من المهر، كما لا يلزمها التزوج بمهر مثلها ويجوز لها التزوج بأقل^(١).

ثانياً: حكم حبس المدين المعسر في القانون اليمني:

من المعلوم في القانون اليمني جواز طلب المحكوم له حبس المحكوم عليه الميسور، وطلب بيع ماله وتسديد ديونه جبراً عنه إذا لم يقيم بالوفاء بناء على أمر المحكمة له بذلك بأن امتنع أو ماطل، بشرط أن يكون الحكم القضائي واجب التنفيذ وفقاً لما نصت عليه المادة (٣٦٠) مدني، والمادة (٣٦٠) مرافعات، كما أن الأصل في القانون اليمني عدم جواز حبس من ثبت إعساره أو إفلاسه بحكم قضائي، ووجوب إنظاره إلى ميسرة وفقاً لما نصت عليه المادة (٣٦٥) مدني، والمادة (٣٦٣) مرافعات.

وأما بالنسبة للقضايا الجنائية فإنه يمكن القول بأن للتنفيذ فيها وفقاً للقانون اليمني أربع حالات، وهي الحالات الآتية:

الحالة الأولى: إذا كان الأمر متعلقاً بتنفيذ دية وأرش العمد فإن قانون الإجراءات لم يتطرق لما يجب في حالة إيسار المحكوم عليه أو إعساره إذا حكم عليه بالدية أو الأرش بدلاً عن القصاص، وإنما تطرق إلى ما يجب قانوناً عند حصول العفو بعد صدور الحكم بالقصاص، وذلك في نص المادة (٥٦) عقوبات التي بينت بأنه في حالة العفو عن القصاص بشرط الدية فإن الجاني إذا دفع الدية أو الأرش بحسب الشرط يتم توقيف القصاص، وإذا لم يف أجري القصاص عليه، وفي حالة العفو المطلق إذا لم يف الجاني

(١) المواد من ٣٥٩-٣٦٥ من القانون المدني رقم ١٤ لعام ٢٠٠٢م.

بالدية أو الأرش استوفى من ماله، ولم تتطرق المادة المذكورة إلى الحكم إذا لم يكن له مال يستوفى منه^(١). وقد أرشدت التعليمات العامة في المادة (٦٧١) تعليمات إلى تنفيذ الأحكام المتعلقة بالدية والأرش الصادر فيها حكم في خصومة عن طريق النيابة العامة بالطرق العادية، والصادر فيها حكم من غير خصومة بواسطة المحكمة وفقاً لقانون المرافعات، ومعلوم أن الطريق العادي للتنفيذ في مثل هذه الحالة يتمثل في حبس المحكوم عليه حتى يؤدي ما عليه أو الاستيفاء من ماله، وأما ما يتعلق بإعسار الجاني فلم يتطرق إليه القانون ولا التعليمات العامة، وبالتالي فإن ما سكت عنه المشرع بشأن إعسار الجاني في دية وأرش العمد يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

الحالة الثانية: إذا تعلق الأمر بالدية أو الأرش الخطأ وشبه العمد فإنه يحكم فيها بالثلث على الجاني وبالثلثين على العاقلة، ويلزم بشأن العاقلة صدور قرار شرعي بشأنهم يحدد فيه ما يجب على كل واحد منهم، وأن التنفيذ في ذلك يتم عن طريق المحكمة وفقاً لقانون المرافعات، ويجوز للقاضي أن يأمر بحبس من يمتنع بعد التأكد من قدرته حتى يؤدي وفقاً لما نصت عليه المادة (٥١٢) إجراءات وما بعدها، كما نصت المادة (٩٩) عقوبات بأنه إذا كان للجاني أو عاقلته مال، فيجب حبس من يمتنع حتى يؤدي ويجوز الاستيفاء من ماله^(٢). وبالتالي إذا كان المحكوم عليه ليس له مال وظاهرة الإعسار، سواء كان الجاني أو عاقلته فإنه لا يحبس لأن القانون أشتراط فيمن يحبس أن يكون له قدرة على الوفاء ويفهم من ذلك أن من لا مال له لا يحبس، لكن ذلك لا يكون إلا بثبوت الإعسار بأن يسمع القاضي دعوى الإعسار بالحال، ويكون القول فيها هو قول مدعي الإعسار مع يمينه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

الحالة الثالثة: إذا كان الأمر متعلقاً بتنفيذ التعويض وما يجب رده من أموال الدولة في قضية جنائية، فإن المحكوم عليه يجوز التنفيذ عليه بطريق الإكراه البدني، أي الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر ويخصم من دينه عن كل يوم مائة ريال وفقاً لما نصت عليه المادة (٥٢٣) إجراءات، وأن التنفيذ بهذه الطريقة يتم ولو كان المحكوم عليه معسراً وما زاد عن مدة الستة أشهر من ديونه فتتخذ بالطريق المدني وفقاً لما أرشدت إليه التعليمات العامة في (٦٩٢) تعليمات، كما يجوز للمحكوم عليه أن يطلب من النيابة استبدال الإكراه البدني بالعمل في أي جهة من جهات الدولة أو الهيئات أو الشركات العامة بلا مقابل لمدة ست ساعات يومياً وفقاً لما نصت عليه المادة (٥٢٧) إجراءات،

(١) حافظ محمد الفرح: أساسيات التحقيق والتصريف والتنفيذ في القضايا الجنائية، ص ٢١٠-٢١٤.

(٢) حافظ محمد الفرح: أساسيات التحقيق والتصريف والتنفيذ في القضايا الجنائية، ص ٢١٤.

كما يجوز الإفراج عن المحكوم عليه بالضمان إلى أن تيسر أحواله؛ لأن المادة المذكورة لم توجب الإكراه البدني، إنما أجازت ذلك ولمدة لا تزيد على ستة أشهر والإفراج بالضمان هو الأولى والأقرب إلى أحكام الشريعة الإسلامية^(١).

الحالة الرابع: إذا كان المحكوم عليه مديناً بما يجب رده وبالتعويض المحكوم به لأحد المواطنين في قضية جنائية، فالمعلوم أن التنفيذ يتم وفقاً لقانون المرافعات للإحالة عليه في المادة (٤٧٠) من قانون الإجراءات، وبالتالي إذا طلب المحكوم له التنفيذ وامتنع المنفذ ضده عن السداد بعد إمهاله المدة المحددة قانوناً؛ فإنه يجب حبسه ولكن بشرط أن يكون ظاهرة الإعسار، وليس له أموال ظاهرة يمكن الحجز عليها وبيعها ولم يثبت إعساره أو إفلاسه بحكم قضائي، وذلك وفقاً لنص المادة (٣٦٠) مرافعات، ولا تسمع من المنفذ ضده دعوى الإعسار أو طلب الحكم بالإفلاس وفقاً لما نصت عليه المادة (٣٦٢) مرافعات، ويجب حبسه حتى تتوفر في حقه إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (٣٦٣) مرافعات، أو يترجح لدى القاضي توافر حالة الإعسار أو الإفلاس بعد تحريه، وفي هذه الحالة للقاضي أن يسمع دعوى الإعسار أو طلب الحكم بالإفلاس في حضور الخصوم وفقاً للقانون، وإذا ثبت بحكم قضائي إعساره أو إفلاسه المنفذ ضده وجب الإفراج عنه وفقاً لنص المادة (٣٦٣) مرافعات إلى أن يثبت إعساره أو تمضي مدة يمكن فيها الإعسار عادة^(٢).

ويفهم من نص المادة (٣٦٠) مرافعات أن من كان ظاهرة الإعسار فإنه لا يحبس إلا إذا نكل عن اليمين؛ لأن دعوى الإعسار تسمع منه في الحال، وأن القول قوله مع يمينه ويعرف من كان ظاهره الإعسار بعدم وجود مال سابق له، وأن يكون دينه من غير عوض مالي كالمهر والنفقة وعوض الخلع وأرش الجنائية والضمان ونحو ذلك في قول جمهور الفقهاء، وأن من كان ظاهره الإعسار يعرف بقريته وجود مال سابق له والقول فيه قول الدائن، غير أن القانون لم يذكر تلك القرائن وترك للقاضي تقدير قرائن الإعسار والإعسار، ولم يتطرق القانون كذلك إلى ما ذكره عامة فقهاء الشريعة من جواز طلب مدعي الإعسار اليمين من الدائن أنه لا يعلم بأنه معسر إذا كان ظاهره الإعسار أو ثبت عليه الإعسار بالبينة، وأن المحكوم له إذا حلف حبس المدين وإذا نكل عن اليمين حلف مدعي الإعسار وأخلي سبيله، وإنظاره إلى أن يثبت إعساره.

(١) ق. إسامة محمد الجنداري: الإفلاس والإعسار والإيسار في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات الوضعية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٢) ق. إسامة محمد الجنداري: الإفلاس والإعسار والإيسار في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات الوضعية، دراسة مقارنة، ص ١٥٥ وما بعده.

المطلب الثاني

حكم الإعسار في الديات والأروش في القانون اليمني

لقد نظم القانون اليمني أحكام الديات والأروش في قانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لعام ١٩٤م، وحدد مقدار الدية ومقدار الأروش بالتفصيل، ومتى تكون في مال الجاني، ومتى تحمل العاقلة أو من يقوم مقامها عنه ذلك، ومتى يتم الرجوع فيها إلى بيت المال.

فبالنسبة لدية وأرش العمد أي الدية البديلة والأروش البديل عن القصاص فإنها تكون في مال الجاني ولا تحمل عنه عاقلة ولا غيرها فقد نصت المادة (٧٢) عقوبات على أنه (تجب الدية والأروش في مال الجاني وحده في أحوال سقوط القصاص وإبدالها به...)، وبالتالي فإن دية وأرش العمد لا تكون إلا من مال الجاني وحده دون سواه من أقاربه أو من غيرهم، وذلك لأن العمد لا يستحق التخفيف ولا المواساة لأنه أقدم على ارتكاب هذه الجريمة عمداً وعدواناً، وإذا سقط القصاص بالعضو بعد صدور الحكم القضائي بالقصاص بشرط الدية أو بالعضو المطلق فقد بين القانون الحكم في ذلك في المادة (٥٦) عقوبات والتي نصت على أنه (إذا صدر العفو ممن يملكه بعد الحكم بالقصاص بشرط الدية أو الأروش وجب التوقف عن تنفيذ القصاص إذا دفع الجاني الدية أو الأروش بحسب الشرط فإذا لم يوف الجاني أجري القصاص فيه وفي العفو المطلق إذا لم يف الجاني بالدية أو الأروش استوفي من ماله)، وأما بالنسبة لدية وأروش الخطأ وشبه العمد فإن الجاني لا يتحمل إلا ثلث الدية وثلث الأروش الباضعة فما فوقها وتحمل العاقلة الثلثين إذا كان للجاني مال، أما إذا لم يكن له مال فتتحمل العاقلة الدية والأروش كاملاً، فقد نصت المادة (٧٢) عقوبات: (... وتكون الدية والأروش في الخطأ على العاقلة ويتحمل الجاني ثلثها إن كان له مال ويوزع الباقي) ونصت المادة (٩٢) عقوبات على أنه (يتحمل الأغنياء من العاقلة ما يلزمهم من دية وأروش شبه العمد والخطأ وهو الثلثان وما لا يقدر عليه الجاني من الثلث)، والعاقلة هم عصابة الجاني المعروف نسبهم بالتدرج إلى جد ينسب إليه القاتل أو الجراح البالغون العاقلون الموافقون له في الدين ويستوي في ذلك الحاضر والغائب والصحيح والمريض ويخرج منهم أبناء الجاني والزوج إذا كان من العصابة وفقاً لما بيته المادة (٩١) عقوبات^(١). كما أن العاقلة المحددة سلفاً لا تحمل دية وأروش الخطأ وشبه العمد مطلقاً، وإنما بشروط، وهي أن لا تثبت الجريمة بصلح ولا باعتراف الجاني

(١) د. ظاهر صالح العبيدي: قانون الجرائم والعقوبات اليمني القسم العام، مكتبة دار اليمن الكبرى، ١٩٧م، ص ٧٢.

إلا بموافقة العاقلة أو بنكولها عن اليمين في القسامة، ولا تتحمل الأرش إذا كان أقل من موضحة كالسمحاق والمتلاحمة والباضعة والدامية الكبرى والصغرى، وغيرها فإنه يتحملها الجاني فقد نصت المادة (٩٤) عقوبات على أنه (لا تتحمل العاقلة شيئاً إذا ثبتت الجريمة بصلح أو باعتراف الجاني إلا أن تصادقه العاقلة أو تنكل عن اليمين، ولا تتحمل العاقلة شيئاً إذا لم يبلغ أرش الجنائية أرش موضحة فصاعداً)، وإذا لم يكن للجاني عاقلة فتقوم قبيلته أو أهل وظيفته أو مهنته أو حرفته مقام العاقلة، ويستوفى منهم بقدر دخل ثلاثة أيام وفقاً لما بينته أحكام المادة (٩٣) عقوبات.

والسؤال الذي يضع نفسه: إذا كان الجاني العائد لا مال له والجاني الخطأ وشبه العمد لا عاقلة له ولا من يقوم مقام العاقلة فهل يعتبر غارماً ويستحق المساعدة من بيت المال أم لا؟ والجواب على ذلك بالنسبة لدية وأرش العمد فإن القانون قد سكت عن ذلك ولم يقل بالجواز ولا بالمنع، وبالتالي فإن اللازم الرجوع في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد سبق بيان موقف علماء الشريعة الإسلامية في ذلك عند الحديث عن حكم الإعسار في الدية والأرش في الفقه الإسلامي.

كما سبق ذكر ذلك في أحكام حبس المعسر في الفقه الإسلامي، أما بشأن هل يستحق من تبين صلاحه والاعتقاد بعدم عودته لارتكاب الجريمة مرة أخرى المساعدة من الدولة؟ فقد سبق ذكر ذلك عند الحديث عن حكم المعسر في التعويض المدني في الفقه الإسلامي فليرجع إليه.

وأما بالنسبة لدية وأرش الخطأ وشبه العمد، فإن القانون قد أوجب الرجوع إلى بيت المال إذا لم يكن للجاني مال ولا عاقلة له أو من يقوم مقامها أو لم تف ما حملته العاقلة أو من في حكمها بالمستحق من الدية أو الأرش، فقد نصت المادة (٩٧) عقوبات على أن (الدولة ولي من لا ولي له ترثه وتعقل عنه ولا عفو منها إلا لمصلحة)، كما نصت المادة (٩٨) عقوبات على أنه (إذا لم يف ما حملته العاقلة ومن في حكمهم بالمستحق من الدية أو الأرش لزم الباقي من بيت المال).

ومن المعلوم إذا كانت الدولة هي الملزمة بدفع الدية أو الأرش فلا بد من صدور قرار بذلك من المحكمة، فقد نصت المادة (٥١٦) إجراءات على أنه (إذا تبين للمحكمة أن الدية أو الأرش كلها أو بعضها مستحقة من بيت المال تصدر قراراً بذلك يكون واجب التنفيذ فوراً طبقاً للقانون)، وأرشدت التعليمات في المادة (٦٧٢) تعليمات بأنه في حال صدور قرار بذلك من المحكمة فإن على النيابة المختصة أن ترفع الأمر إلى النائب العام مشفوعاً بمذكرة بالرأي القانوني؛ ليتولى إرساله إلى وزير العدل، كما يعرض على مجلس

الوزراء طبقاً للإجراءات المتبعة في هذا الشأن، وأن على أعضاء النيابة مراجعة هذا النوع من الأحكام بكل دقة واستئناس ما يجب استئناسه^(١).

المطلب الثالث

حكم الإعسار في التعويض المدني المتعلق بجريمة جنائية في القانون اليمني

التعويض المدني في القضايا الجنائية له معنى عام ومعنى خاص، فالمعنى العام يتمثل في التعويض المادي أو الأدبي عن الأضرار التي نتجت عن الجريمة، ويدخل في ذلك الرد العيني والقيمي أي رد الشيء بعينه أو بقيمته فضلاً عن وجوب إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل ارتكاب الجريمة، بالإضافة إلى مخاسير التقاضي فالتعويض بهذا المعنى الواسع يشمل ما حكم به في الحق الخاص وللتعويض المدني معنى خاص يشمل جبر الضرر المادي أو المعنوي، ويدخل فيه رد قيمة الشيء، ولا يدخل فيه الرد العيني ولا المصاريف ويترتب على هذه التفرقة بأن القاضي لا يحكم بالتعويض بالمعنى الخاص إلا بطلب المضرور ويحكم بالرد العيني وبالمصاريف دون طلب وبموجب القانون^(٢). ونقصد بالتعويض في هذا المقام: ما حكم به في الدعوى المدنية التبعية للدعوى الجنائية، سواء كان الحكم في التعويض الخاص أو العام أي ما حكم به في الحق الخاص للمجني عليه دون الحق العام.

والحقيقة أنه لا إشكال إذا كان الجاني ميسوراً ومقتدراً على ما حكم به عليه من حقوق خاصة مدنية للمحكوم عليهم، أو تم التصالح بينهم فإن العقوبة في الحق العام بمجرد انتهائها يتم إخلاء سبيل المحكوم عليه وإنهاء إجراءات التنفيذ من قبل النيابة العامة، إنما الإشكال في الواقع القضائي فيما يتعلق بالمعسرين في الحقوق الخاصة ويتمثل هذا الإشكال في ما الذي يجب القيام به حيال المعسرين الذين انتهت مدة عقوباتهم في الحق العام، ولا يزالون محبوسين في الحق الخاص رغم عجز بعضهم عن الرد والتعويض، فهل يتم الاستمرار في حبسهم ولو دون طلب من المحكوم لهم أم يلزم الإفراج عنهم؟ وإذا تقدم المحكوم له بالطلب هل يظل المحكوم عليه محبوساً أم أن له الحق في تقديم دعوى الإعسار والإفراج عنه إذا كان فعلاً معسراً؟ والجواب على ذلك أن القانون اليمني ليس فيه أي غموض أو لبس في هذه المسألة إنما بعض العاملين في القضاء من أعضاء

(١) حافظ محمد الفرح: أساسيات التحقيق والتصريف والتنفيذ في القضايا الجنائية، مرجع سابق، ص ٢١٤.

(٢) د. عبدالباسط الحكيمي: شرح قانون الإجراءات الجزائية الدعوى الناشئة عن الجريمة، ص ٤٣١ - ٤٤٤، د. الهام محمد العاقل، قانون الإجراءات الجنائية اليمني الدعوى الجنائية والدعوى المدنية، ص ٢٣٧ - ٢٤٠.

النيابة وقضاة التنفيذ لا يقومون بتطبيق القانون بحجة عدم مساواة الدين المدني والدين الجنائي في النظرة إلى ميسرة، ويرى بعضهم أن المحكوم عليه في قضايا جنائية في الحق الخاص يظل محبوساً حتى يتم تسليم الحق الخاص ولو كان معسراً، ولا تسمع منه دعوى الإعسار، بل صدرت أحكام من بعض القضاة بعدم قبول دعوى الإعسار في وقائع خيانة أمانة والنصب وأيدت المحكمة العليا أحد هذه الأحكام، وهو ما يمكن القول معه بأن القضاء اليمني لا يساوي في إجراءات التنفيذ بين الأحكام المدنية والجنائية في مسألة وجوب النظرة إلى ميسرة وهو ما يعني استثناء القضايا الجنائية عدا دية وأرش الخطأ وشبه العمد من عموم قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٨٠]، وأما بالنسبة للقانون اليمني فإنه بشأن تنفيذ ما حكم به في الدعوى المدنية بالتبعية قد أوجب التنفيذ وفقاً لما هو مقرر في قانون المرافعات بصريح المادة (٤٧٠) إجراءات، وبالتالي فقد حسم قانون الإجراءات الأمر بأنه لا فرق في إجراءات التنفيذ بين الدين في قضية مدنية أو قضية جنائية، بل أجاز قانون الإجراءات الإفراج الشرطي عمن ثبت عجزه عن الوفاء بالالتزامات المالية المحكوم بها عليه طالما توفرت فيه شروط الإفراج الشرطي وفقاً لما نصت عليه المادة (٥٠٨) إجراءات، كما أن قانون المرافعات قد أوجب في نص المادة (٣٦٠) إجراءات حبس من كان ظاهره الإيسار وليس له مال ظاهر وأنه يحبس أولاً حبس استظهار المدة التي يراها القاضي ثم تسمع منه دعوى الإعسار وفقاً لصريح نص المادة (٣٦٢) مرافعات، وإذا صدر حكم بإعساره فيجب الإفراج عنه.

ومن خلال النصوص القانونية سالف الذكر يتضح الآتي:

- ١- أن الحقوق الخاصة في القضايا الجنائية تنفذ بنفس إجراءات الديون المدنية ولا فرق بينهما بشأن وجوب الحبس، وأن يكون حبس استظهار المدة التي يراها القاضي ليعرف فقر المحكوم عليه من غناه ثم تسمع دعوى الإعسار.
- ٢- لم يجز القانون حبس من كان ظاهرة الإعسار وهو من لا يعرف له مال سابق، وكذا من عرف أثناء تنفيذ عقوبة الحق العام بفقره وحاجته، فهذا لا يجوز حبسه قانوناً حبس استظهار لحاله، ويجب أن تسمع دعواه حول إعساره في الحال بمجرد انتهاء مدة عقوبته في الحق العام، ولا شك أن القول قوله مع يمينه، فإذا لم يثبت المحكوم له إيساره حلف وأخلي سبيله، وأمهل إلى ميسرة ويفهم ذلك من خلال اشتراط نص المادة (٣٦٠) لمن يجب حبسه أن يكون ظاهره الإيسار ولا مال ظاهر له للحجز عليه وبيعته، وهو ما يعني أن من ظاهره الإعسار لا يحبس، بل تسمع دعواه في الحال.

٣- إن القانون لم يحدد من القول قوله في دعوى الإعسار غير ما ورد في القانون المدني من أن مدعي الإعسار إذا كان ظاهره الإعسار فالقول قوله مع يمينه ويحلف كلما ادعى إيساره ومضت مدة يمكن فيها الإيسار عادة المادة (٣٦٣) مدني، أما قانون المرافعات فلم يرد فيه ذكر بشأن ذلك، وهو ما يلزم الرجوع بشأن ذلك إلى أحكام الشريعة فمن كان ظاهره الإعسار فالقول قوله، أي أن البينة على الإيسار على الدائن كما أشير إليه في القانون المدني، ومن كان ظاهره الإيسار فالقول قول الدائن مع يمينه، أي أن بينة الإعسار على مدعي الإعسار.

٤- لم يبين القانون بأن المحكوم له إذا أثبت إيسار المحكوم عليه بالبينة أو كان ظاهره الإيسار، بأن للمحكوم عليه طلب توجيه اليمين إلى المحكوم له بأنه لا يعلم بأنه معسر، وهذا القول هو قول عامة الفقهاء، كما لم يأخذ القانون بقول جمهور العلماء بأن مدعي الإعسار إذا أثبت إيساره بالبينة فيجب أن يحلف إلى جواربئته وهذا هو الأولى^(١).

وبالتالي فإن الواجب قانوناً سماع دعوى الإعسار في الحقوق الخاصة والإفراج عن المعسر بالضمان إلى أن يثبت إيساره، وإذا أخذنا باجتهاد القضاء اليمني بشأن المعسر في القضايا الجنائية، فيمكن اشتراط بعض الضمانات بأن يكون الإنظار إلى ميسرة، ولنلزم المحكوم عليه بتدبير ما حكم عليه خلال مدة محددة بالإضافة إلى الضمان الحضوري.

(١) ق. إسامة محمد الجنداري: الإفلاس والإعسار والإيسار في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية، انظر: نتائج البحث، ص ٢٤١-٢٤٢.

خاتمة البحث

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج:

- ١- إن الفقه الإسلامي لم يفرق بين الإعسار في القضايا المدنية والجنائية في وجوب إنظار المعسر إلى ميسرة، ولم نجد من فقاء الشريعة من صرح باستثناء بعض القضايا الجنائية من عموم قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، أما في العصر الحديث فقد اطلعت لأحد الباحثين الشرعيين في بحثه عن أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي يرى فيه بوجوب معاقبة المدين في معصية، ولو كان معسراً اجتهداً منه واستناداً إلى أن المعسر تصرف في أموال الناس بتفريط أو تعد منه، وأن الله قد حرم الدماء والأموال والأعراض.
- ٢- إن الفقه الإسلامي قد فرق بين المدين في معصية والمدين في غير معصية، من حيث عدم جواز مساعدة المعسر من بيت المال أو من سهم الغارمين في الصدقات إذا كان دينه في معصية، في قول الجمهور من العلماء وأجاز بعضهم مساعدته من أهل الخير ومن سهم الصدقات إذا تبين توبته وصلاحه والاعتقاد بعدم ارتكابه الجرم الجنائي مرة أخرى.
- ٣- إن القانون اليمني قد شابه الغموض بشأن حال المعسر في دية وأرش العمد فقط، أما ما يتعلق بدية وأرش الخطأ وفي الحقوق الخاصة فقد كان واضحاً وضوحاً لا لبس فيه، وأحكامه تنفق مع عموم الآية الكريمة: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٨٠].
- ٤- إن القانون اليمني لم يتطرق إلى مسألة دخول المعسر في القضايا الجنائية ضمن الغارمين من عدمه، فقد سكت عن ذلك وهو ما يوجب الرجوع في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية.
- ٥- إن القانون اليمني لم يتعرض إلى بعض الأحكام المتعلقة بدعوى الإعسار، من حيث عدم النص على سماع دعوى الإعسار في دية وأرش العمد، ومن حيث عدم تحديد من القول قوله في دعوى الإعسار، ولم يأخذ برأي عامة الفقهاء في جواز طلب مدعي الإعسار توجيه اليمين للمحكوم له إذا أثبت عليه المحكوم له الإيسار بالبينة أو كان

ظاهرة الإعسار، ولم يأخذ بقول الجمهور في وجوب تحليف مدعي الإعسار إلى جانب بينته على الإعسار وهو الأولى لاسيما في هذا الزمان.

ثانياً: التوصيات:

- ١- أوصي أهل الخير والمقتدرون بمساعدة المعسرین في القضايا الجنائية، لا سيما من تبين توبتهم وصلاحهم وطلال حبسهم ولم يجدوا من يساعدهم أو يضمن عليهم، لما لذلك من فضل عظيم عند الله سبحانه في الدنيا والآخرة في تفريج الكربات والتيسير على المعسرین.
- ٢- أوصي قضاة التنفيذ من النيابة والمحكمة بالاهتمام في قضايا المحاييس المعسرین والبت بشأنهم وفقاً لأحكام القانون، والرجوع فيما لا نص فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.
- ٣- أوصي قضاة التنفيذ بسماع دعوى الإعسار فيما يتعلق بالديات والأروش والحقوق الخاصة في القضايا الجنائية، والتحري والتثبت في ذلك والفصل في الدعوى وفقاً للقانون وأحكام الشريعة الإسلامية، والإفراج عن من ثبت إعساره بحكم قضائي بشرط الضمان الحضوري، وأن يسدد ما عليه خلال مدة محددة من تاريخ الإفراج عنه استحساناً وإلا فالحكم العام هو الإنظار إلى ميسرة.
- ٤- أوصي المشرع اليمني بالنص على تحديد مدة حبس الاستظهار المنصوص عليه في المادة (٣٦٢) من قانون المرافعات، وعدم ترك ذلك لتقدير القاضي كون تحديد المدة سيؤدي إلى عدم إهمال قضايا المحاييس المعسرین، وستكون المدة ملزمة للقاضي لسماع دعوى الإعسار بمجرد انتهائها، كما أوصي المشرع بتحديد من القول قوله في دعوى الإعسار وفقاً لما يترجح له من أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية.
- ٥- أوصي المشرع اليمني بالنص على عدم أحقية المحكوم عليهم المعسرین في ديات وأروش العمد في المساعدة من أموال الصدقات للحاجة في صرف الزكاة للفقراء والمساكين والغارمين في غير معصية، إلا على سبيل الاستثناء لمن حكم بإعساره وطلال حبسه ولم يجد أحداً لمساعدته أو الضمان عليه إذا ثبتت توبته وصلاحه، والاعتقاد بعدم ارتكابه للجريمة مرة أخرى عملاً بقول بعض فقهاء الشريعة الإسلامية وفي حدود القدرة على ذلك.

٦- أوصي المشرع اليمني بالنص على عدم أحقية المحكوم عليهم المعسرين في الحقوق الخاصة في قضايا السرقة والنصب وخيانة الأمانة، ونحو ذلك من المساعدة من أموال الصدقات كون إعسارهم في معصية وليس في طاعة، وللحاجة لصرف أموال الزكاة للفقراء والمساكين والغارمين في غير معصية، إلا على سبيل الاستثناء لمن حكم بإعساره ولم يجد أحداً لمساعدته أو الضمان عليه إذا ثبتت توبته وصلاحه، والاعتقاد بعدم ارتكابه للجريمة مرة أخرى عملاً بقول بعض فقهاء الشريعة الإسلامية وفي حدود القدرة على ذلك.

قائمة المراجع

- د. طاهر صالح العبيدي: قانون الجرائم والعقوبات اليمني القسم العام، مكتبة دار اليمن الكبرى، ١٩٩٧م.
- ابن المنذر المتوفى سنة ٣١٨هـ: الإجماع، الطبعة الأولى، ١٤٠٨م.
- ابن حزم الأندلسي: المحلى.
- ابن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار العقيدة، الطبعة الأولى عام ١٤٢٥هـ.
- ابن قدامة المقدسي، المغني.
- ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.
- عبدالله بن مفتاح: شرح الأزهار من فقه الأئمة الأطهار.
- أبو زكريا محيي الدين النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين.
- أحمد بن عبدالله الجعفري، أحكام الإعسار في الفقه الإسلامي.
- د. محمد حسين الشامي: نظرية المسؤولية المدنية في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، مكتبة الجيل الجديد صنعاء، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- الشرييني: مغني المحتاج.
- القانون المدني رقم ١٤ لعام ٢٠٠٢م.
- حافظ محمد الفرخ: أساسيات التحقيق والتصرف والتنفيذ في القضايا الجنائية.
- د. الهام محمد العاقل، قانون الإجراءات الجنائية اليمني الدعوى الجنائية والدعوى المدنية.
- د. عبدالباسط الحكيمي: شرح قانون الإجراءات الجزائية الدعوى الناشئة عن الجريمة.
- د. محمد الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، المجلد السادس.
- عبدالقادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الرابعة عشرة ١٤٢١هـ.
- عبدالله الطيال: الفقه الميسر.

- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.
- ق. أسامة محمد الجنداري: الإفلاس والإعسار والإيسار في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية دراسة مقارنة.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: القاموس المحيط، مكتبة الإيمان المنصورة، الطبعة الأولى، ١٤٣٠هـ.
- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، طبعة عام ١٤٢٤هـ.
- محيي الدين النووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين.
- مشهور محمد حمدان، مصرف الغارمين وأثره في التكافل الاجتماعي، طبعة عام ١٤٣٠هـ، فلسطين.



المجلة
البحوث والأبحاث
القانونية

الدفع بانعدام العمل الإجرائي في قانون المرافعات اليمني (دراسة مقارنة) *

الدكتور / أكرم يحيى أحسن عبد الله

* قدم هذا البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدبلوم في
الفقه المقارن في المعهد العالي للقضاء.

مجلة
البحوث والأبحاث
القانونية

الملخص:

تتناول هذه الدراسة الأكاديمية بالتحليل المعمق مسألة «الدفع بانعدام العمل الإجرائي» في ضوء قانون المرافعات اليمني، مع إجراء مقارنات مرجعية مع التشريعين المصري والسعودي. تهدف الدراسة إلى استجلاء الإطار القانوني لمواجهة الأعمال الإجرائية المنعدمة، سواء تلك التي تصدر أثناء سير الخصومة أو التي تتخذ شكل أحكام قضائية، اعتمد الباحث على المنهج التحليلي المقارن، مستعيناً بالنصوص القانونية، وآراء الفقه، والأحكام القضائية المستقرة، لا سيما أحكام المحكمة العليا اليمنية ومحكمة النقض المصرية.

وقد خلصت الدراسة إلى أن الدفع بالانعدام يعد وسيلة جوهرية لمواجهة أي عمل إجرائي يفتقر إلى أركانه الأساسية، مما يجعله والعدم سواء، وأوضحت أن هذا الدفع، لتعلقه بالنظام العام، يمكن التمسك به في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، وأمام جميع درجات التقاضي، بما في ذلك قاضي التنفيذ والمحكمة العليا. كما بينت الدراسة سبل مواجهة الحكم المنعدم، سواء عن طريق الدفع الفرعي، أو رفع دعوى انعدام أصلية، أو تجاهله والتمسك بعدم حجيته في دعوى أخرى. وفي ختامها، قدمت الدراسة مجموعة من التوصيات للمشرع اليمني، أبرزها تعديل بعض نصوص قانون المرافعات، وتحديدًا المادة (٥٧) لتنظيم إجراءات الفصل في الدفع بالانعدام بشكل أكثر وضوحاً وفعالية، بما يضمن تحقيق العدالة ومنع تعطيل تنفيذ الأحكام القضائية.

الكلمات المفتاحية: الدفع بالانعدام، العمل الإجرائي المنعدم، قانون المرافعات اليمني، الأحكام القضائية، القضاء المقارن.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد: لقد أتاح المشرع للمتضرر من العمل الإجرائي المنعدم، سواءً كان هذا العمل الإجرائي صادرًا أثناء سير الخصومة، أو كان على الخصومة بأكملها التي تعرض لانعدام العمل الأخير فيها وهو الحكم القضائي، وقد منحة مواجهة ذلك بدعوى انعدام أصلية أو بدفع في أية حالة كانت عليها الإجراءات، كونه من النظام العام فيتم الدفع به أمام قاضي الموضوع، وأمام قاضي التنفيذ، وأمام المحكمة العليا، إذا كان الحكم مؤيداً منها، أو كانت قد فصلت فيه في الحالات التي يجوز فيها ذلك أو كان مطعوناً عليه بالنقض.

أولاً: مشكلة الدراسة:

تتحدد المشكلة بعدم وجود معالجة تشريعية لبعض المسائل المتعلقة بمواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع، ومنها:

١- إن المشرع اليمني لم يعالج كيفية الطعن في مسألة ما إذا تعلق الانعدام بإجراء من الإجراءات أثناء سير الخصومة كأن يصدر هذا الإجراء من غير ذي ولاية.

٢- إن المشرع اليمني لم يعالج حالة ما إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه منعداً ولم يتم الدفع بالانعدام من قبل الخصوم أمام قاضي التنفيذ، فهل يحق لقاضي التنفيذ مواجهة ذلك الحكم المنعدم من تلقاء نفسه؟! أو كيف يتم تنفيذ حكم منعدم لا وجود له؟.

٣- إن المشرع اليمني في المادة (٥٧/أ) بعد التعديل في القانون رقم (١) لعام ٢٠٢١م، أجاز أن يواجه الحكم المنعدم بدفع أمام قاضي التنفيذ، وأن يتم إيقاف إجراءات التنفيذ حتى يتم الفصل في الدفع من المحكمة العليا، وهذا يؤدي إلى تعطيل تنفيذ الأحكام القضائية.

ثانياً: أهمية الدراسة:

١- تظهر أهمية الموضوع حيث يعتبر الانعدام من أهم الجزاءات الإجرائية، لما يترتب عليه من آثار، حيث إن الانعدام كالموت؛ لا شفاء منه ولا يجدي معه التصحيح، ولا يسقط التمسك به بالكلام في الموضوع، ولا يابدأ الدفوع بعدم القبول، كما أنه لا تكون له حجية الأمر المقضي ولا يجوز التنازل عن التمسك به لتعلقه بالنظام العام.

٢- يُعد مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع من الوسائل التي يمكن بموجبها التصدي لإجراء من الإجراءات المنعدمة الصادرة أثناء سير الخصومة، لتدارك السير بإجراءات مهددة بالانعدام، وكذلك التصدي للأحكام المنعدمة.

ثالثاً: أهداف الدراسة:

يسعى الباحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

- ١- معرفة كيفية الطعن في العمل الإجرائي المنعدم الصادر أثناء سير الخصومة.
- ٢- بيان كيفية مواجهة الحكم المنعدم بدفع أمام قاضي الموضوع والتنفيذ، وأمام المحكمة العليا.
- ٣- بيان القصور والنقص واقتراح التعديلات في قانون المرافعات اليمني، وخاصة في المواد المتعلقة بطرق التمسك بانعدام العمل الإجرائي.

رابعاً: منهجية الدراسة:

اتبعنا في الدراسة المنهج التحليلي المقارن، فعرضنا موضوع الدراسة بلغة قانونية سهلة وبطريقة مفصلة، ثم قمنا بمقارنة قانون المرافعات اليمني مع قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، ونظام المرافعات الشرعية السعودي، مع تدعيم الدراسة بأحكام القضاء التي أرستها المحكمة العليا اليمنية، ومحكمة النقض المصرية.

خامساً: نطاق الدراسة:

يقتصر البحث على دراسة مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع، وذلك في نطاق قانون المرافعات اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م، المعدل بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م، والقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م، بالمقارنة بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته، ونظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ٢٢/١/١٤٣٥هـ وتعديلاته، ثم لائحته التنفيذية بقرار وزير العدل رقم (٣٩٩٣٣) وتاريخ ١٩/٥/١٤٣٥هـ.

سادساً: خطة الدراسة:

اقتضت خطة الدراسة تقسيمها إلى ثلاثة مباحث، تحت كل مبحث مطلبان، وذلك على النحو الآتي:

- المبحث الأول: مفهوم الانعدام الإجرائي.
المطلب الأول: تعريف الانعدام الإجرائي ومعياره.
المطلب الثاني: التمييز بين الانعدام والبطلان.
- المبحث الثاني: مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع أمام قاضي الموضوع.
المطلب الأول: الدفع بانعدام العمل الإجرائي الصادر أثناء سير الخصومة.
المطلب الثاني: الدفع بانعدام الحكم القضائي.
- المبحث الثالث: مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع أمام قاضي التنفيذ وأمام المحكمة العليا.
المطلب الأول: مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع أمام قاضي التنفيذ.
المطلب الثاني: مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع أمام المحكمة العليا.

المبحث الأول مفهوم الانعدام الإجرائي

نتناول في هذا المبحث مفهوم الانعدام الإجرائي، وذلك من حيث تعريف الانعدام الإجرائي ومعياره، والتمييز بينه وبين البطلان، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف الانعدام الإجرائي ومعياره.

المطلب الثاني: التمييز بين الانعدام والبطلان.

المطلب الأول

تعريف الانعدام الإجرائي ومعياره

لبيان حقيقة تأصيل أي تعريف أو مصطلح فإنه يتوجب الرجوع إلى المعنى اللغوي أولاً، ومن ثم المعنى الاصطلاحي، لدى التشريع وفقهاء القانون والقضاء، وكل ذلك بغرض الوصول إلى تعريف اصطلاحى للانعدام الإجرائي، ثم نتناول معيار الانعدام الإجرائي، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الانعدام لغةً:

العَدْمُ والعُدْمُ والعُدْمُ: بمعنى فقدان الشيء وذهابه، يقال: عدم فلان الشيء إذا فقده، والعديم الذي لا شيء عنده، وعدمت الشيء أي فقدته، وعلى ذلك فمعنى الانعدام في اللغة: فقدان الشيء وذهابه واقتضاه وعدم وجوده أصلاً^(١).

ثانياً: تعريف الانعدام اصطلاحاً:

للوصول إلى تعريف الانعدام في الاصطلاح نتطرق إلى تعريف الانعدام وذلك في القانون اليمني والقوانين المقارنة محل الدراسة، ثم في الفقه القانوني، وذلك على النحو الآتي:

(١) ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، الجزء الثاني عشر، ص ٣٩٢. أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا المتوفى عام (٣٩٥هـ): معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الرابع، ١٩٧٩م، قام بتحقيقه وضبطه عبد السلام محمد هارون، ص ٢٤٨. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح المطبعة الكلية، مصر، الطبعة الأولى سنة ١٣٢٩هـ، ص ٤٨٩ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي المتوفى سنة ٨١٧هـ: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ص ١١٣٦.

أ- تعريف الانعدام في القانون اليمني والقوانين المقارنة محل الدراسة

لم يتبن كل من المشرع المصري وكذا السعودي واللبناني فكرة الانعدام، وبالتالي لا يوجد تعريف للانعدام في تلك القوانين؛ وإنما تبنى فكرة الانعدام القانون اليمني، حيث عرف الانعدام في المادة (٥٥) من قانون المرافعات بأنه: «وصف قانوني يلحق العمل القضائي ويجعله مجرداً من جميع آثاره الشرعية أو القانونية»، وقد انتقد بعض الفقه^(١) هذا التعريف كونه تعريفاً بالأثر يتناسب مع التعريف التشريعي الذي مهمته تقرير الأحكام القانونية، وليس صياغة التعريفات العلمية، وكان الأخرى لو أضيف إلى التعريف بعد كلمة العمل القضائي هذا القيد وهو الذي تجرد من أركان وجوده القانونية) هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن هذا التعريف ينصرف إلى العمل القضائي الذي هو من سلطة القاضي ولا ينصرف إلى الأعمال الإجرائية الأخرى التي ليست من عمل القاضي، وإنما تحكمها القواعد العامة في الانعدام.

ب- تعريف الانعدام في الفقه القانوني:

عرف البعض الانعدام بأنه: «جزاء يترتب على مخالفة لأركان العمل الإجرائي، تفقده وجوده وكيانه وآثاره»^(٢)، كما عرفه آخر بأنه: وصف «يلحق العمل القضائي الذي تجرد من أركان وجوده ويجعله خالياً من جميع آثاره الشرعية أو القانونية»^(٣).

وعرفه ثالث بأنه وصف قانوني يلحق بالعمل الإجرائي لتخلف ركن أو أكثر من أركان وجوده، ويؤدي إلى عدم إنتاج العمل لأي أثر من آثاره القانونية»^(٤).

التعريف المقترح: ونحن من جانبنا نعرف الانعدام بأنه: وصف قانوني يلحق بالعمل الإجرائي المعيب بعيب شديد الجسام، لتخلف ركن أو عنصر أساسي لازم لوجوده المادي أو القانوني ويؤدي إلى عدم إنتاج العمل لأي أثر من آثاره القانونية أو الشرعية.

(١) سعيد خالد علي جباري الشرعبي: الموجز في أصول قانون القضاء المدني اليمني، مكتبة ومركز الصادق صنعاء، الطبعة الرابعة ٢٠٢٢م، ص ٣٠٤.

(٢) طلعت يوسف خاطر: نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م، ص ٨.

(٣) سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

(٤) عادل علي محمد النجار: البطلان المؤثر في حكم التحكيم، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الطبعة الثانية، ٢٠١٧م، ص ١٧٥.

ثالثاً: معيار الانعدام الإجرائي:

نتناول موقف التشريع والقضاء والفقهاء من معيار الانعدام وذلك على التفصيل الآتي:

أ - موقف التشريع:

لقد انفرد المشرع اليمني بالأخذ بمفهوم الانعدام كفكرة للعمل الإجرائي، بينما تجاهلت القوانين محل المقارنة لأحكام الانعدام على الرغم من أن دعوى الانعدام مستقرة في العمل القضائي، إلا أنه في الوقت ذاته لم يضع المشرع اليمني في المادة (٥٥) من قانون المرافعات معياراً محدداً للعمل الإجرائي المنعدم إلا أنه أورد كثيراً من التطبيقات لهذه النظرية، وقد اختلف الفقهاء اليمني بخصوص تطبيقات نظرية الانعدام التي أوردها المشرع اليمني في قانون المرافعات هل هي واردة على سبيل الحصر، أو على سبيل المثال؟ لقد اختلفت آراء فقهاء وشرح قانون المرافعات اليمني بشأن ذلك حيث ذهب بعض الفقهاء^(١) إلى أن المشرع اليمني قد حدد حالات الانعدام في قانون المرافعات على سبيل الحصر، حيث قصر العمل بأحكام الانعدام على الأحكام فحسب نظراً لخطورته وذلك إذا توافر سبب من الأسباب التي نصت عليها المواد (٩، ١١، ١٢، ١٣، ٥٦، ١٢٨، ١٢٩، ٢١٧) من قانون المرافعات؛ وحجة هذا الفقه ما نصت عليه المادة (٥٥) من قانون المرافعات والتي نصت على أن: «الانعدام وصف قانوني يلحق العمل القضائي ويجعله مجرداً من جميع آثاره الشرعية والقانونية ولا يحكم به إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون والمراد بالأحوال المنصوص عليها في القانون جميعها تتعلق بالأحكام وليس بأي إجراء من إجراءات المرافعات.

بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء اليمني^(٢) - وهو ما نؤيده- إلى أن حالات الانعدام التي أوردها المشرع اليمني في قانون المرافعات واردة على سبيل المثال لا الحصر، فلا

(١) عصام عبد الوهاب السماوي: نظرية الانعدام في قانون المرافعات اليمني وتطبيق أحكامه في المحكمة العليا، ورقة عمل مقدمة في المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية المنعقدة في بيروت، بتاريخ ٢٠١٤/٩/١٧م، ص ٣٠٢.

(٢) سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٠٦. نجيب أحمد عبدالله الجبلي: قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٤٣٠. صادق يحيى علي العري: انعدام الحكم القضائي في قانون المرافعات اليمني، دراسة تحليلية وصفية لأسباب انعدام الحكم القضائي ووسائل مواجهته والآثار المترتبة عليه وفقاً لآراء الفقهاء وقواعد القانون وأحكام القضاء، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٧م، ص ٧٨ وما بعدها. هشام قائد عبد السلام الشميري: الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رسالة دكتوراه، الخرطوم - السودان ٢٠١٩م، بدون تحديد طبعة، ص ١٢٦.

يقتصر الانعدام على الحالات التي نص عليها القانون صراحة فحسب والتي حصرها على الحكم القضائي دون غيره من الأعمال القضائية- بل يشمل أيضاً غير الحالات التي نص عليها القانون صراحةً والتي استخلصها الفقه والقضاء من المعيار أو الضابط العام للانعدام المتمثل بالعيب الجسيم الذي يصيب العمل الإجرائي في ركن من أركانه الأساسية اللازمة لوجوده وهو ما جاء في نص المادة (٥٦) مرافعات، وأن الحكم يعتبر منعديماً إذا فقد أحد الأركان المنصوص عليها في المادة (٢١٧) مرافعات؛ فجميع الحالات التي وردت في نصوص متفرقة تتعلق بركن الولاية وهو ما يعني أن المشرع اليمني قد أوردها كأمثلة لانتفاء الولاية وأن المعيار الذي وضعه في المادة (٥٦) هو يتناول الجانب الشكلي (الإجرائي) للحكم وهذا لا يمنع الأخذ بالانعدام عند تخلف الأركان الموضوعية فلا يتصور انعدام الحكم لعدم التوقيع عليه من القاضي الذي أصدره وهو صحيح العقل، واعتبار الحكم الذي يصدر من قاض مجنون صحيح حتى يقضى ببطلان؛ وحجة هذا أن المشرع ينظم الأعمال الموجودة لا الأعمال المنعدمة، إلا أن المشرع أحياناً قد ينص على حالات يكون الجزاء فيها هو الانعدام لشيوعها ولخطورتها، وإغفال المشرع إيراد ما أغفل إيراده من حالات الانعدام لا يعني إنكار نظرية الانعدام بشأنها؛ لأن المعدوم عدم لا حاجة لتدخل المشرع لتقريره، فلا يحتاج القانون إلى تقرير أن المعدوم معدوم.

وأما بخصوص معيار الانعدام الذي أخذ به المشرع اليمني، فقد ذهب هذا الفقه بأن المشرع اليمني قد تبنى معيار النص التشريعي في الانعدام، رغم أن وضع المعيار هو علمياً وظيفية الفقه الإجرائي وعملياً يُعد من وظيفة القضاء المتطور. وقد أيدت المحكمة العليا اليمنية ما ذهب إليه هذا الفقه بأن حالات الانعدام ليست محددة على سبيل الحصر، وإنما هي على سبيل المثال، حيث جاء في أسباب أحد أحكامها: أن أساس دعوى الانعدام هو قضاء الدائرة التجارية بالمحكمة العليا برفض الطعن بالنقض الذي جعل الحكم الاستئنافي باتاً حتى ولو يقضي بتأييد الحكم الاستئنافي ولذلك فإن محل دعوى الانعدام هو حكم المحكمة العليا وليس حكم المحكمة الاستئنافية حسبما ذكرت الوزارة المدعى عليها بدعوى الانعدام، ولذلك فإن دفع الوزارة في غير محله لأن حكم المحكمة العليا بالانعدام قد قرر ضمناً صحة الحكم الاستئنافي، أما ما ذكرته الوزارة المدعى عليها بالانعدام بشأن تنظيم الانعدام في القانون اليمني وانه مقرر على سبيل الحصر فذلك تفسير غير صحيح؛ لأن القانون ذاته حينما نص على لزوم تقرير الانعدام في المواد التي أشارت إليها المدعى عليها بالانعدام فإن ذلك من قبيل التأكيد على تلك الحالات لأهميتها وتوضيح هذه المسألة للقضاة والخصوم معاً حرصاً من القانون على سير العمل القضائي وتجنب ما من شأنه أن يؤدي إلى الانعدام، وتطبيقات ذلك في

القانون كثيرة، فالولاية القانونية هي أصل الولاية القضائية لأن الولاية القانونية هي التي وتنظم الولاية القضائية، فمؤدى الولاية القضائية مجرد مكنة للقاضي ببيان حكم الشرع والقانون في النزاع المعروض عليه بحسب الولاية القانونية، وإذا انعدمت هذه الولاية فيترتب على ذلك عدم قدرة القاضي على الفصل في النزاع، لأنه لا يستبين حكم الشرع والقانون في النزاع المعروض عليه ولا أثر لرأي القاضي في ذلك ولو كان موافقاً للقانون لأن القانون سندا للحكم وأساسه، ولذلك كان القانون سند الولاية القضائية للقاضي وقد نظم القانون ضوابط الولاية القضائية حيث يلزم القانون القاضي بأن يكون عمله وفقاً للقانون وجزاء تجاوز القاضي لذلك لا يتوقف على البطلان فحسب بل يصل إلى الانعدام، وحيث إن دعوى بطلان حكم التحكيم تختلف عن الطعن بالاستئناف وحيث إن القانون قد حدد حالات دعوى بطلان حكم التحكيم وحيث إن محكمة الاستئناف قد تجاوزت هذه الحالات وحيث إن أسباب أو حالات دعوى بطلان حكم التحكيم حددها قانون التحكيم في المادة (٥٣) على سبيل الحصر فلا يجوز لمحكمة الاستئناف تجاوزها فذلك يعني أنه لا ولاية لها في غير تلك الحالات، كما أن دعوى بطلان حكم التحكيم دعوى مخصوصة طبقاً للقانون فلا يجوز النظر فيها على أنها من قبيل الطعن بالاستئناف وعليه فقد قررت الدائرة قبول دعوى الانعدام شكلاً وموضوعاً^(١).

ب - موقف القضاء

مر علينا سابقاً أن المشرع اليمني تبني فكرة الانعدام لأول مرة ونظمها تنظيمًا ملائماً ونص على كثير من حالات الانعدام، وقد تبعه القضاء في الكثير أحكامه، ومن ذلك ما قضت به المحكمة العليا اليمنية في أحد أحكامها حيث جاء في حيثيات حكمها: «لدى إطلاع الهيئة على الدفع بالانعدام والرد عليه وعلى سند كل طرف، وبعد الرجوع إلى الأوراق المشتمل عليها الملف، وجدت الدائرة أن ما دفع به من انعدام الحكم الصادر في الالتماس المقدم من قبل المدفوع ضدهم وارد لأمرين، الأول: تجاوز حدود الولاية الممنوحة في الحالات المنصوص عليها حصراً في المادة (٣٠٤) مرافعات، وعدم إشارته التحقق بعد صدور الحكم الملتمس فيه إلى قيام حالة من الحالات المحددة في المادة السابقة، عملاً بالمادة (٣٠٥) منه، وكذا التحقق من الميعاد المنصوص عليه في المادة (٣٠٦) وانتفاء الولاية بالتجاوز المذكور يمكن تطبيقه على أحكام المحكمة العليا، التي

(١) طعن مدني رقم (٦١٠٤٥) ٤٣٩هـ، لسنة ٢٠١٨م/١٠/٢٤م، مشار إليه لدى عبدالمؤمن شجاع الدين: التعليق على أحكام المحكمة العليا في مسائل الطعون مسائل الطعون مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الطبعة الأولى، ١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م، ص ٤٥١.

تصدر أحكامها متجاوزة الولاية الممنوحة لها قانوناً، الثاني: إن القضاء في الالتماس كان في نزاع قد سبق حسمه، وترددت الخصومة بشأنه قبل وحين القضاء في الطعن بالنقض برفضه، وعدم قيام سببه، ومن ثم فإن القضاء في الالتماس بإعادة فتح النزاع، والإعادة للاستيفاء فيما سبق التقاضي، وترددت الخصومة بشأنه يجعل القضاء منعداً، وتقرير ذلك مؤد إلى استقرار الأحكام، والحكم في الالتماس بالإعادة للاستيفاء، يعتبر فتحاً للنزاع، وتجاوزاً للولاية القضائية، التي لا تسمح بذلك في مثل ذلك النزاع (الالتماس) ولو كان ذلك قد صدر من المحكمة العليا، إعمالاً لما نصت عليه المادة (١٥) مرافعات، على أن الجزء يكون الانعدام في الأحوال التي نصت عليها المواد (٩) (١١، ١٢) وكذا الأحوال (١، ٢، ٤، ٦، ٨، ٩)، من المادة (١٢٨) عملاً بالمادة (١٢٩) مرافعات، وكذلك أيضاً إذا لم تتوفر الأركان اللازمة لوجود الحكم القضائي طبقاً للمادة (٢١٧) منه. وعليه فإن الدائرة بعد النظر والمداولة حكمت بقبول الدفع بالانعدام، واعتبار الحكم الصادر في الالتماس منعداً^(١).

أما المشرع المصري بالرغم من أنه لم ينص على الانعدام إلا أن القضاء المصري تبني فكرة الانعدام، إذ قضت محكمة النقض المصرية: «... إن العيب الجسيم هو ذلك العيب الذي يجرد الحكم من أركانه الأساسية على نحو يفقده كيانه وصفته كحكم ويحول دون اعتباره موجوداً منذ صدوره»^(٢)، كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية، إلى بيان معيار الانعدام، وذلك بقولها: «إن المحكمة الإدارية العليا فيما أسند إليها من اختصاص هي القوامة علي إنزال حكم القانون وإرساء مبادئه وقواعده بما لا معقب عليها في ذلك وبما لا سبيل معها إلى نسبة الخطأ الجسيم إليها الذي يهوي بقضائها إلى درك الانعدام إلا أن يكون هذا الخطأ بينا غير مستور وثمره غلط فاضح ينبئ في وضوح ذاته إذ الأصل فيما تستظهره المحكمة الإدارية العليا من حكم القانون أن يكون هو صحيح الرأي فبهذا الحكم بما لا معقب عليه فيه - أساس ذلك - أنها تستوي علي القمة في مدارج التنظيم القضائي لمجلس الدولة مؤدى ذلك إن الخطأ إن لم يكن كاشفاً بذاته عن أمره بما لا مجال فيه إلى بين وجهات النظر المعقولة لا يستوي ذريعة لاستنهاض دعوى البطلان وإهدار قضاء المحكمة تحمل أمانة القضاء وعظيم رسالة وإرساء الصحيح من المبادئ

(١) طعن مدني رقم (٣٠٩٧١) جلسة ٢١/١١/١٤٢٩هـ الموافق ١٩/١١/٢٠٠٨م، حكم غير منشور.

(٢) نقض مصري رقم (٢٤٨) لسنة ٤٧ تاريخ ٢١/٤/١٩٨١م، وكذلك الطعن رقم (٧٧٢) لسنة ٤٥ مجموعة الأحكام الصادر عن محكمة انقض المصرية مشار إليه لدى جعفر المغربي الفناطسه وخالد رضوان السمامعة ورائد لطفي صبح الحكم القضائي المنعدم وآثاره في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد الأول، العدد الأول، ٢٠٢٠م، ص ١١.

في تفسير القانون الإداري واستلهاً قواعده»^(١)، أما القضاء السعودي فلم نجد أحكاماً تبني فكرة الانعدام.

ج- موقف الفقه:

إن الانعدام عيب يلحق العمل الإجرائي إلا أنه أشد جسامته من البطلان لأنه يمس كيان العمل الإجرائي ووجوده، وقد اختلف الفقه في وضع معيار للانعدام فذكر البعض^(٢) أن الانعدام يترتب إذا تخلف عنصر جوهري في تكوين العمل بحيث لا يمكن تصوره بدونه. ورأى البعض الآخر^(٣) أن انعدام الحكم يترتب عند تخلف مفترضات الرابطة الإجرائية، وهي العناصر التي يتوقف على وجودها نشوء الرابطة الإجرائية، وبدونها لا تنشأ للقاضي ولاية إصدار الحكم، كما ذهب جانب من الفقه^(٤) أن معيار الانعدام هو عيب يتعلق بأركان العمل الإجرائي يؤدي إلى فقدانه مقوماته الأساسية لوجوده، ويفقده آثاره. فيجب أن تنتفي صفة العمل الإجرائي وذلك بسبب العمل الجسيم الذي يمثل إهدار للعدالة ويفقد معه العمل وظيفته ومقوماته وتقوم على أساسه دعوى بطلان أصلية، دون أن يتعدى ذلك إلى مسائل موضوعية تدرج تحت احتمالات الخطأ والصواب في تفسير القانون وتأويله بحسبان تلك العيوب لا تمثل إهدار للعدالة، ولا تؤدي إلى الانعدام، بينما يضيف بعض الفقه^(٥) أن الحكم المنعدم يكون منعدماً إذا فقد ركناً من أركانه الأساسية أو شابه عيب جوهري أصاب كيانه، وحدد العيب المنعدم في ثلاث حالات، الأولى صدور الحكم من جهة غير قضائية، والثانية صدور الحكم في غير خصومة، والثالثة إذا لم يكن الحكم مكتوباً أو موقعاً من رئيس الهيئة التي أصدرته، أو لا يتضمن بياناته الأساسية^(٦)، كما ذهب بعض

(١) طعن إداري رقم (٢٤٠٠)، س ٣٧ ق ٢٠٠٢/٦/١، طعن رقم (٢٦٧٤)، س ٣٤ ق، تاريخ ١/٧/١٩٨٩م، ص ١٢٦٦. مشار إليه لدى طلعت خاطر: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ١٢، ١٣.

(٢) فتحي والي وحديثها أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، سنة ١٩٥٨م، دار الطباعة الحديثة، الطبعة الثانية، ١٩٩٩م، بند ٣٠٤ ص ٥٣٥.

(٣) ليوني: ص ٩٦ و ٩٥، ص ٢٤٨ و ٢٤٩. مشار إليه لدى: وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٦٧م، القاهرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤م، ص ٣٩٢.

(٤) طلعت خاطر: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ١٤ و ١٣.

(٥) أحمد أبو الوفاء: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة، بدون ذكر سنة النشر، ص ٣٢٠. جعفر المغربي الفناطسة وخالد رضوان السمامعة ورائد لطفي صبح: الحكم القضائي المنعدم وآثاره، مرجع سابق، ص ١١.

(٦) وهذا الاختلاف عند الفقهاء بخصوص تحديد معيار لفكرة الانعدام لا يعيب الفكرة باعتقاد بعض الفقه أو يدعو إلى رفضها، وإنما يعني فقط أنها مجال للاجتهد، وقد برر لذلك: بأن تنوع العيوب التي تشوب العمل القضائي إلى عيوب جسيمة تفقده صفته كعمل قضائي وعيوب تؤثر فقط في صحته دون أن تغير صفته،

الفقه^(١) إلى أن المعيار المناسب للانعدام، هو أن الحكم يكون منعماً إذا تخلف ركن من أركانه الشكلية والموضوعية اللازمة لوجوده، بحيث لا يمكن تحقيق وظيفته ويرتب آثاره فلا يقتصر على العناصر التي نصت عليه المادة (٢١٧) مرافعات، يمني، بل يشمل كل حالة يتخلف عنها مفترض من المفترضات اللازمة لوجوده، كما ذهب بعض الفقه^(٢) إلى أن أفضل معيار هو الذي يفرق بين نوعين من أنواع الانعدام، وهما: انعدام فعلي وذلك إذا تخلف أحد العناصر التي غيرها لا يتصور وجوده من الناحية المادية، وانعدام قانوني في حالات معينة حصرها هي عدم انعقاد الخصومة وتخلف الإرادة وإغفال التوقيع، وأن يباشر العمل فرد عادي أو يعتدي على مبدأ فصل السلطات وهو ما تناوله في السطور القادمة.

رابعاً: أنواع الانعدام الإجرائي:

الانعدام الإجرائي قد يكون كلياً ينصرف إلى الخصومة أو الرابطة الإجرائية ككل، كصدور الحكم بانعدام الحكم جميع فقراته، كما يكون جزئياً عندما ينصرف فقط إلى ذلك الجزء من الحكم الذي توافر بالنسبة له سبب الانعدام^(٣)، وفي هذه الحالة يقتصر فقط على ذلك الجزء ويحدث هذا بالنسبة للأحكام الصادرة في الدعاوى المرتبطة أو في الدعاوى التي تتعدد فيها الخصوم، فيكون الحكم صحيحاً في جزء منه يتعلق بأحد الخصوم ومنعماً بالنسبة لجزئه المتعلق بالدعوى الأخرى أو باقي الخصوم، كما قد

ويفترض ذلك وجود مقتضيات لوجود العمل الإجرائي وآخر لصحته بحيث يؤدي تخلف أحد مقتضيات الوجود إلى انعدامه، بينما يترتب على تخلف أحد شروط الصحة بطلانه، ولذا يتحدد معيار تطبيق جزاء الانعدام الإجرائي في هدم أو تخلف ركن من أركان وجود العمل الإجرائي بما يعيب كيانه ويمنعه من تحقيق وظيفته كعمل إجرائي. وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص ٣٩٣، ٣٩٤.

(١) صادق العري: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٢) أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الجزء الأول، الطبعة العاشرة، ٢٠١٦م، ص ٦٥٠. سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٠٦ وما بعدها. أحمد عبد الحميد أحمد عبد الكريم: نظرية الانعدام في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠١٥م، ص ١٢٩، ١٣٠.

(٣) وهو ما قضت به المحكمة العليا اليمنية في أحد أحكامه حيث قضت: « بانعدام قرار قاضي التنفيذ في المنازعة التي تقدم بها الغير والذي يطلب فيها استحقاقه لمحل النزاع بحجة شرائها من المنفذ ضدهم، فأصدرت المحكمة قرارها الذي قضت فيه في البند رابعاً بفسخ عقد البيع دونما سبق نزاع في صحة العقد وسلامته، ودون طلب من أي طرف من أطراف التنفيذ، وما كان على قاضي التنفيذ أن يصدر هذا القرار وكان عليه أن يقرر عدم قبول منازعة التنفيذ المرفوعة من..... ويبقى العقد بحالته القانونية في مواجهة م س ج، وهو ما يقتضي والحال كذلك انعدام الجزئية المتعلقة بالقضاء بالفسخ بعقد البيع. » طعن رقم (٥٤٣٣٤) لسنة ١٤٣٥هـ، الموافق ١/٤/٢٠١٤م، مشار إليه لدى صادق العري: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٧٧.

يحدث أيضاً بالنسبة للدعاوى التي يدعي فيها المضرور مدنياً فيكون صحيحاً بالنسبة للدعاوى الجنائية ومنعدماً بالنسبة للدعاوى المدنية^(١)، كما يتنوع الانعدام إلى انعدام مادي أو فعلي عند عدم الوجود المادي للعمل الإجرائي إما لعدم مباشرة العمل أو عدم كتابته، وانعدام قانوني عندما يفقد العمل الإجرائي مقومات وجوده القانوني، وهو ما نتناوله على النحو الآتي:

أ- الانعدام المادي أو الفعلي:

يعتبر العمل منعديماً من الناحية الفعلية إذا تحقق أحد عناصره التي بغيرها لا يتصور وجوده من الناحية المادية، أو هو بعبارة أخرى العمل الذي لا يستوفي العناصر اللازمة لإعطاء مظهره المادي، حيث أن أي عمل من الناحية المادية لا بد له من مظهر خارجي يستطيع معه القول بأن عمل ما موجود فتخلف هذا المظهر يعني أنه لا عمل موجود، أي عدم وجود العمل أصلاً بل هو مجرد فكرة في خيال الشخص القائم بالعمل دون بلورة هذه الفكرة إلى حيز الوجود، كالشخص الذي ينوي تقديم عريضة الدعوى، فالعمل المتمثل في تقديم عريضة الدعوى لم يصدر بعد فهو انعدام مادي، وأيضاً فالحكم الذي لم يصدر بعد فهو يعتبر منعديماً لأنه لم يأخذ مظهراً خارجياً، فالانعدام المادي لا يكون إلا عندما لا يوجد العمل مطلقاً، بل هو مجرد فكرة لم تخرج إلى حيز الواقع، كما أنه يتحقق ولو لم ينص القانون صراحةً عليه ويكون ذلك إما لعدم القيام بالعمل الإجرائي كعدم كتابة الحكم حتى ولو نطق به شفويًا، وهو ما يعبر عنه بقاعدة (ما لم يكتب لم يحصل أي حالة عدم الكتابة لمخالفتها قاعدة اشتراط الكتابة لوجود العمل الإجرائي وعدم القيام بالإعلان، وعدم وجود منطوق الحكم^(٢))، وقد يكون العمل الإجرائي موجوداً ولكنه فقد عنصراً أساسياً من عناصره المكونة له مثل: إغفال التوقيع على الحكم من القاضي الذي أصدره^(٣)، أو عدم

(١) مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، دار النهضة العربية القاهرة، الجزء الثاني، ١٩٩٢م، ص ٣٦٤. خيرى عبد الفتاح السيد البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، العدد الأول، سنة ٢٠١٢م، ص ١٥١. أحمد عبد الحميد: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ١٧٢. صادق العري: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٧٧. إبراهيم التجاني أحمد نظرية البطلان وأثرها على الحقوق الشرعية، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، ص ١٧٥.

(٢) أحمد فتحي سرور: نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، القاهرة ١٩٥٩م، ص ١٩٠. سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٠٦. إبراهيم محمد الشرفي: الوجيز في شرح قانون المرافعات اليمني، دراسة تأصيلية في قانون المرافعات اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م وقانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩١م وتعديلاته، طبعة جديدة ومزينة ومنقحة وفقاً لآخر التعديلات ٢٠٢٣م، ص ١٦٢. خيرى عبد الفتاح البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي مرجع سابق، ص ١٥٥.

(٣) وهذا ما قضت به المحكمة العليا الليبية في أحد أحكامها بقولها: «الحكم لا يكون له وجود قانوني إلا إذا دون

توقيع الإعلان من المحضر، أو عدم التوقيع على محضر الجلسة أو محضر الحجز، وقد يكون العمل موجوداً من حيث الظاهر إلا أنه نسب زوراً إلى الشخص الإجرائي المكلف للقيام به، كالحكم الذي يبرزه أحد الأشخاص موقِعاً عليه من قبل المعاون القضائي أو كاتب الجلسة والذي تقوم به جريمة التزوير^(١)، فعناصر الوجود يرجع تحديدها إلى المنطق وليس إلى نصوص القانون، وأن العمل الذي لا يشتمل على عناصر واقعية تفترضها طبيعته وموضوعه وبغيرها من المستحيل منطقياً تصور وجوده^(٢).

ب- الانعدام القانوني:

وهو الذي رتبته القانون كجزء للعمل الإجرائي الذي لم تتحقق فيه أركان وجوده القانونية، أي المقومات المكونة لهيكل العمل الإجرائي كما نظمها القانون، فهو يقوم على أساس النصوص القانونية هي التي تحدد أركان الوجود وعناصر الصحة، فإذا تخلف أحدها يعتبر العمل معيباً، فالانعدام بالنسبة لأركان الوجود، والبطلان بالنسبة لعناصر الصحة، فالحكم لا يصدر إلا في خصومة قائمة وبدونها لا يتصور وجود حكم، أي يكون هذا الحكم منعماً قانوناً، والانعدام القانوني يفترض الوجود المادي للإجراء فيتحقق كلما كان للعمل وجود من الناحية الواقعية ولو لم يكن له هذا الوجود من الناحية القانونية كحالة عدم الخصومة القضائية، أو انعدام الخصومة، أو تخلف إرادة القائم بالإجراء لما أصابه من مرض عقلي أو جنون، أو إكراه أو سكر أو غياب عن الوعي واستعمال ما يسمى بعقار الحقيقة^(٣)، أو أن يباشر العمل شخص عادي، أو يكون العمل مخالفاً لمبدأ الفصل

بالكتابة وتضمن الأسباب التي قام عليها قضائه ووقعه القاضي الذي أصدره، فإذا لم يدون الحكم بالكتابة فإنه يعتبر معدوماً». طعن مدني رقم (١٦٧/٢٢) ق. جلسة ١٠/٦/١٩٧٥م، ص ١٩٢. مشار إليه لدى فرج سليمان حمودة: نظرية الانعدام وتطبيقاتها العملية بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، الصادرة عن جامعة الزيتونة كلية القانون ترهونه، العدد السادس، السنة الثالثة، ٢٠١٥م، ص ١١٥.

(١) أحمد أبو الوفاء: نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص ٣٣٠. أحمد فتحي سرور الوسيط، مرجع سابق، ص ١٨٨. سعيد الشرعي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٠٦. صادق العري: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ١٥٦. خيرى عبد الفتاح البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٥٦. مروان كركبي: أصول المحاكمات المدنية والتحكيم، المنشورات الحقوقية صادر، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ص ٧٠.

(٢) صادق العري: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٧٥.

(٣) وهو العقار الذي اكتشف في الحرب العالمية الثانية حين لوحظ ذلك على كثير من المصابين الذين يخدرون بالبياتوتال (penthotal)، باعتبار أن استعمال عقار الحقيقة يعطل بعض مهام العقل مما يحمل المتهمين على الاعتراف وسلب إرادتهم وانتهاك خصوصيتهم مشار إليه لدى ٢٩. Planned ١١/٩ at Taj: Caught Terrorist. Zee News ٢٠٠٨ نوفمبر ٢٠٠٨ مؤرشف من الأصل في ٢٥-٢٥-١٢. نسخة محفوظة ٧ مارس ٢٠٢٠ على موقع واي باك مشين "No says SC". ٢٠١٠. Times of India مؤرشف من الأصل في ١٢-٣١-٢٠١٨. اطلع عليه بتاريخ ١٠/٦/٢٠٢٤. من الإنترنت.

بين السلطات كالفصل بحكم في عمل من أعمال السيادة، كما لو كان موضوع الدعوى عقاراً موجوداً في الخارج، أو من أعمال الحصانة القضائية^(١)، وهذا النوع هو الذي أخذ به المشرع اليمني، وحصرها في تخلف أركان الحكم الشكلية المتمثلة في صدور الحكم في غير خصومة، أو أن يصدر الحكم بدون كتابة، أو أن يصدر الحكم من غير ذي ولاية كون الحكم يفقد أحد أركانه التي نصت عليها المادة (٢١٧) مرافعات، فالقانون لا المنطق هو الذي يحدد عناصر الوجود التي إذا تخلف إحداها يعتبر العمل معدوماً^(٢).

المطلب الثاني

التمييز بين الانعدام والبطلان

يتفق البطلان والانعدام في أنهما من العيوب الإجرائية، أي من الجزاءات الإجرائية التي تنتج عن مخالفة قاعدة إجرائية جوهرية، ويترتب على توافر عيب الانعدام أو البطلان عدم إنتاج الآثار القانونية^(٣) للإجراء، وذلك تأسيساً على قاعدة ما يترتب على الباطل فهو باطل، وما يترتب على الانعدام فهو منعدم أيضاً، كما أن كلاً من الانعدام والبطلان مصاحب لنشأة العمل الإجرائي، وليس تالياً له^(٤)، والتفرقة بين الانعدام والبطلان تظهر في الاختلاف بين الوجود والصحة، فجزاء عدم وجود مقتضيات العمل الإجرائي هو الانعدام، ولكن جزء عدم الصحة هو البطلان، فالعمل الباطل يختلف عن العمل المنعدم حيث يختلفان في الطبيعة وفي الأسباب وإن كانا يتفقان في عدم إنتاج

(١) أحمد فتحي سرور: نظرية البطلان، مرجع سابق، ص ١٩٤ وما بعدها. الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٥١. سعيد الشرعبي: الموجز مرجع سابق، ص ٣٠٧ أحمد عبد الحميد: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ١٦٢. صادق يحيى علي العري: الوجيز في أصول قانون المرافعات اليمني، دار الكتب اليمنية للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، مكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة ٢٠٢٢م، ص ٢٣٦. عادل سالم محمد اللوزي: الحكم القضائي المنعدم، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا جامعة عمان العربية، الأردن، ٢٠٠٤م.

(٢) صادق العري: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٧٦.

(٣) فتحى والي الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ٢٠٠١م، بدون تحديد للطبعة، ص ٤٠٧.

(٤) عبد الحكيم فوده البطلان في قانون الإجراءات المدنية والتجارية دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ١٩٩١م، ص ٣٨. هشام رشاد هيكل: انعدام الحكم القضائي، دراسة تحليلية في قضاء مجلس الدولة المصري والقضاء المقارن، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٠م، ص ٢.

العمل الإجرائي لآثاره^(١)، ومن ثم يمكن رصد أهم الفروق بين الانعدام والبطلان (العام)^(٢) والخاص^(٣) وهو ما نتناوله على النحو الآتي:

أولاً: الفرق بين الانعدام والبطلان العام:

١- يقصد بالانعدام عدم الوجود، فهو لا يرد على عمل، لأن العمل المنعدم هو لا شيء، أو هو مع التجاوز شيء له مظهر العمل، أو هو عدم نشأة الرابطة الإجرائية صحيحة ومنتجة لآثارها أما البطلان العام فيقصد به عدم الصحة فقط، وهو الجزء المترتب لعدم صحة الإجراء المشوب بعيب مخالفة القواعد الجوهرية الذي ينص عليه القانون بالنسبة للإجراء الجوهري، فهو يرد على عمل مشوب بعيوب جسيمة أشد من تلك التي تؤدي إلى البطلان الخاص^(٤).

٢- يترتب الانعدام بقوة الشرع والقانون فلا يحتاج في تقريره إلى حكم قضائي؛ لأنه لا حاجة إلى إعدام المعدوم، كما أنه لا حاجة للطعن في الحكم المنعدم للتوصل إلى إلغائه، وإنما يكفي إنكار وجوده عند التمسك به، ويمكن رفع دعوى جديدة بموضوع الحكم المنعدم فهو لا يحوز حجية الأمر المقضي لأنه غير موجود، كما يمكن التمسك بالانعدام حتى بعد فوات ميعاد الطعن، أما العمل الباطل فإنه

(١) أحمد أبو الوفاء: نظرية الدفع، مرجع سابق، ص ٣١٤. عبدالعزيز محمد العبد اللطيف أحكام البطلان في نظام المرافعات السعودي على ضوء الفقه الإسلامي، دراسة تطبيقية مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، الرياض، ١٤٢٥هـ الموافق ٢٠٠٤م، ص ٤٣.

(٢) البطلان العام: «هو ما يتعلق بالنظام العام، بمعنى أنه مقرر ليس فقط جزءاً لمخالفة قاعدة إجرائية جوهرية، وإنما جزءاً لمخالفة قاعدة إجرائية جوهرية تتعلق بالنظام العام، مثال ذلك مخالفة القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي التي يكون الغرض منها هو تنظيم مرفق القضاء باعتباره مرفقاً عاماً، مثل مخالفة مبدأ التقاضي على درجتين، ومبدأ العلنية، ومبدأ حياد القاضي..... سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٠١. أحمد عبد الحميد أحمد عبد الكريم: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٣) البطلان الخاص: ليكون في حالة مخالفة قاعدة مقررته لحماية المصلحة الخاصة لأحد الخصوم، مثل بيانات وخطوات الإعلان باستثناء توقيع المحضر». نجيب الجبلي قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٢٤. صادق العري: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٥١.

(٤) مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٥٩. طلعت خاطر نظرية الانعدام مرجع سابق، ص ٢١. سحر عبد الجليل سيف المقطري: البطلان في قانون المرافعات اليمني، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عدن، ١٤٤٢هـ - ٢٠١٢م، ص ٣٢، ٣٣. لبيب عبده دغيش هوش بطلان الحكم القضائي وانعدامه في قانون المرافعات اليمني، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير للأكاديمية اليمنية للدراسات العليا ٢٠١٤-٢٠١٥م، ص ١٢٩. أحمد محمد عبد الرؤوف غندور: الحكم المنعدم وآثاره القانونية، رساله مقدمه للحصول على درجة الدكتوراه بالحقوق جامعة الإسكندرية ٢٠١٨م، ص ٧٩.

يترتب عليه جميع آثاره القانونية حتى يحكم ببطلانه^(١).

٣- لا يقبل الانعدام تصحيحاً فهو كالموت لا يقبل شفاءً، فهو شيء غير موجود لا يقبل الافتراض، ويظل قائماً رغم صدور الحكم البات بل أنه يؤثر عليه في وجوده أما البطلان العام فيقبل التصحيح بصيرورة الحكم باتاً ويتحول الإجراء من معيب إلى إجراء صحيح فالحكم الباطل يتحول إلى حكم صحيح بفوات مدة الطعن أو باستنفاد طرق الطعن، وبالتالي يصير حكماً باتاً محصناً واجب النفاذ^(٢).

٤- لا يحتاج العمل المنعدم إلى نص تشريعي^(٣) حتى يحكم به القاضي؛ لأن المشرع ينظم الأعمال الموجودة لا الأعمال المنعدمة، إلا أن المشرع أحياناً قد ينص على حالات يكون الجزاء فيها هو الانعدام لشيوعها وخطورتها، وهذا ما فعله المشرع اليمني في قانون المرافعات، كما طبقه المشرع المصري على أحكام محكمة النقض المصرية التي تصدر من دائرة أحد أعضائها غير صالح لنظر القضية وهذا بخلاف العمل لباطل، فهو يتوقف على تنظيم المشرع، ويخضع لمبدأ (لا بطلان بغير نص)^(٤)، ورغم هذه الفروق بين الانعدام والبطلان العام إلا أنهما يتشابهان في بعض الأوجه هي^(٥):

- (١) أحمد أبو الوفاء: نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص ٣٢٠ سيد أحمد محمود أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، بدون تحديد طبعة، بدون دار نشر ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م، ص ٤٦٤. سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٠٩. خيري عبد الفتاح البيتانوني: الانعدام، مرجع سابق، ص ١٧٠. أحمد عبد الحميد: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ٢١.
- (٢) أحمد أبو الوفاء: نظرية الدفوع، مرجع سابق، ص ٣١٣. مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٦٠، على مصطفى الشيخ الحكم الضمني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦م، ص ٢٩٣. سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٠٩. إبراهيم الشرفي: الوجيز، مرجع سابق، طبعة ٢٠٢٣، من هذه الصفحة وتالي فإن المرجع آخر طبعة، ص ٢٦٢. نجيب الجبلي قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٣٠. أحمد عبد الحميد نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ١١٥. صادق العري: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٥٩.
- (٣) في ذلك قضت محكمة النقض السورية بأن: «الانعدام لا يحتاج إلى تنظيم تشريعي لأنه حالة بديهية تفرضها طبيعة الأشياء دون الحاجة إلى نصوص قانونية تقرها، كما أنها حالة منطقية ولها مظهر الوجود والواقع وتجد أساسها القانوني في فكرة العدالة وقواعدها ومبادئ القانون الطبيعي». نقض سوري الهيئة العامة لمحكمة النقض، رقم (٣٤)، أساس ٣، تاريخ ١٠/٧/١٩٩٣م، جار الله عبد القادر الألوسي، مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها الهيئة العامة لمحكمة النقض مشار إليه لدى روان حاج حسين ومارلين الحلبي ورائيا حيدر: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٤٦.
- (٤) أحمد فتحي سرور: نظرية البطلان مرجع سابق، ص ١٨٤. أحمد أبو الوفاء: نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص ٣٢٢. سعيد الشرعبي: الموجز مرجع سابق، ص ٣١٠.
- (٥) مأمون سلامة: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٦١، ٣٦٢. غنام محمد غنام: نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة في القانونين الكويتي والمصري لجنة التأليف والتعريب والنشر،

١- إن كليهما جزاءان إجرائيان محلهما دائماً العمل الإجرائي المعيب المخالف لقاعدة جوهرية، وهذه القاعدة مقررة للمصلحة العامة، وليست مرتبطة بمصلحة أحد من الخصوم.

٢- وجوب أن تقضي المحكمة بهما من تلقاء نفسها لأنهما متعلقان بالنظام العام، ودون أن يتمسك بهما أحد من الخصوم.

٣- يجوز التمسك بهما من كل ذي مصلحة في أي حالة تكون عليها الخصومة ولو لأول مرة أمام محكمة النقض بل ولو كان هو المتسبب فيه.

وهذا التشابه الكبير بين الانعدام والبطلان العام أدى بالعديد من أحكام القضاء إلى الخلط بينهما في التطبيق العملي، بالرغم من الفارق الجوهرى بينهما، وذلك بمعاملة بعض حالات الانعدام على أنها حالات بطلان أو إنزال جزاء البطلان على حالات الانعدام، فكم من أحكام القضاء التي خلعت تسوية البطلان على جزاءات هي أقرب ما يكون إلى الانعدام، فتجعل البطلان العام مرادفاً للانعدام^(١).

نلاحظ أن البطلان المتعلق بالنظام العام، لا يعدم الحكم ولا يفقده كيانه؛ وبالتالي لا يُعد ضابطاً للتفرقة بين حالة الانعدام وحالة البطلان، كون البطلان الذي يشوب الحكم متعلقاً بالنظام العام أو غير متعلق به إلا أن هذا التشابه لا يحول دون وجود فروق جوهرية بينهما - وهي التي سبق بيانها - والتي تجعل لكل منهما ذاتيته المستقلة عن الحكم الآخر.

ثانياً: التفرقة بين الانعدام والبطلان الخاص:

١- الانعدام يجيز لكل ذي مصلحة التمسك به، ولو لم يكن طرفاً في التعاقد، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بل واجب عليها، لأنه متعلق بالنظام العام، أما البطلان الخاص فيجب على من تقرر البطلان لمصلحته أن يتمسك

الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م، ص ٢٨. خيرى عبد الفتاح البيتانوني: الانعدام، مرجع سابق، ص ١٧٢. أحمد عبد الحميد: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ١١٦. صادق العري: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٥٢. هشام الشميري: الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٣٦. هشام موفق عوض: أصول المرافعات الشرعية في نظام القضائي السعودي وفقاً لنظام المرافعات الشرعية الجديد ولانحته التنفيذية ولائحة الاستئناف، مكتبة الشقري للنشر وتقنية المعلومات، المملكة العربية السعودية - الرياض، الطبعة الخامسة، ١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م، ص ٣٠٣.

(١) غنام محمد غنام: نظرية الانعدام، مرجع سابق ص ٢٨، ٢٩. هشام الشميري: الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٤٢.

- به، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها^(١).
- ٢- يترتب الانعدام كجزاء على مخالفة شرط جوهرى من شروط وجود الإجراء الذي تقرر لمصلحة عامة أو مصلحة خاصة، أما البطلان الخاص فهو جزاء على مخالفة قاعدة وضعت لمصلحة أحد الخصوم^(٢).
- ٣- لا يقبل الانعدام التصحيح ولا التنازل عنه، ولا يزول عنه عيبه بفوات ميعاد الطعن فيه أو بالرد عليه بما يفيد اعتباره صحيحاً أو بالقيام بعمل أو إجراء باعتباره كذلك، أما البطلان الخاص فيقبل التصحيح عن طريق الحضور أو بالتكلمة أو بالتنازل الصريح أو الضمني من جانب من قرر هذا البطلان لمصلحته عنه^(٣).
- ٤- الحكم المنعدم غير قائم، وبالتالي لا يشترط الطعن فيه لتقرير انعدامه ولكن يمكن تقريره بمجرد إنكاره، أما البطلان الخاص فيجب الطعن على الحكم لتقريره في المواعيد المحددة للطعن وإلا تحصن الحكم، وأصبح نهائياً واجب النفاذ^(٤).
- ٥- يجوز التمسك بالانعدام أمام المحكمة العليا (لنقض) في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولا تلحقه إجازة، أما البطلان الخاص فلا يجوز التمسك به أمام المحكمة العليا لأول مرة ويجب إبدائه في بداية الخصومة، أي قبل إبداء الدفع بعدم القبول، أو الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيه^(٥).

- (١) أحمد أبو الوفاء: نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص ٣٣٧. إبراهيم الشرفي: الوجيز، مرجع سابق، ص ٢٦٢. أحمد عبد الحميد: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ١١٣. صادق العري: الوجيز، مرجع سابق، ص ٢٣٩. هشام موفق عوض: أصول المرافعات مرجع سابق، ص ٣٠٣. لبيب دغيش بطلان الحكم القضائي وانعدامه، مرجع سابق، ص ١٣٠.
- (٢) غنام محمد غنام نظرية الانعدام مرجع سابق، ص ٢٧. طلعت خاطر: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ٢١. هشام موفق عوض: أصول المرافعات، مرجع سابق، ص ٣٠٣.
- (٣) أحمد أبو الوفاء: نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص ٣٣١. وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص ٣٩١. سيد أحمد محمود أصول التقاضي، مرجع سابق، ص ٤٦٣. غنام محمد غنام: المرجع السابق، ص ٢٧. سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٠٩. هشام الشميري: الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٣٩. هشام موفق عوض: أصول المرافعات، مرجع سابق، ص ٣٠٣. مروان كركبي: أصول المحاكمات المدنية، مرجع سابق، ص ٧٠.
- (٤) سيد أحمد محمود أصول التقاضي، مرجع سابق، ص ٤٦٤. خيرى عبد الفتاح البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٧٠. سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٠٩. أحمد عبد الحميد: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ١١٣.
- (٥) سيد أحمد محمود أصول التقاضي، مرجع سابق، ص ٤٦٥ وما بعدها. وجدي راغب النظرية العامة للعمل القضائي، مرجع سابق، ص ٣٩١. غنام محمد غنام: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ٢٧. خيرى عبد الفتاح البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٧٣. هشام الشميري: الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ١٤١.

المبحث الثاني مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع أمام قاضي الموضوع

يتم الدفع بالانعدام أمام قاضي الموضوع عندما يتعلق الأمر بإجراء منعدم أثناء سير الخصومة، بحيث يرد جزء الانعدام على الأعمال الإجرائية التي تتكون منها الخصومة كل منها على حدة ويكون من حق الخصوم أن يدفعوا بالانعدام دون انتظار صدور الحكم للطعن فيه، كما يرد جزء الانعدام على الخصومة بأكملها التي تعرض كانعدام العمل الأخير فيها وهو الحكم القضائي، ولذلك يقتضي منا في هذا المبحث تقسيمه إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

الدفع بانعدام العمل الإجرائي الصادر أثناء سير الخصومة

انعدام العمل الإجرائي قد يكون من الواضح الذي يسمح اكتشافه قبل صدور الحكم في الدعوى؛ وبالتالي يكون للخصوم ولكل ذي مصلحة أن يدفع بانعدام العمل الإجرائي، دون انتظار صدور الحكم للطعن عليه، لأنه يؤدي إلى محاصرة عيب الانعدام منذ الوهلة الأولى للمحاكمة، وهذا يؤدي إلى تفادي السير في إجراءات مهددة بالزوال، وهو ما يوفر الجهد المبذول في غير محله والوقت الضائع بلا فائدة، ومن ثم يؤدي إلى تقليص الأحكام المنعدمة، وهو ما جعل الدفع بالانعدام الوسيلة الأولى لتقرير عيب الانعدام، وذلك أنه من العبث تفويت وسيلة من وسائل التمسك بالانعدام انتظاراً لوسيلة سواها^(١).

والعمل المعدوم يُعد هو والعدم سواء، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني، ولا يلزم الطعن فيه للتمسك بانعدامه، وإنما يكفي إنكاره عند التمسك بما اشتمل عليه من آثار، ولا تزول حالة انعدامه بالرد عليه بما يدل على اعتباره صحيحاً^(٢)، ومع ذلك يجوز التمسك بالدفع بانعدام العمل الإجرائي، أو بطلب عارض أثناء سير الخصومة في خصومة أخرى يكون أساسها حكماً منعدماً، كما يجوز الطعن في مثل هذا الحكم بطرق الطعن المقررة في الحكم الصادر على أساس انعدام العمل الإجرائي، باعتباره معيباً إجرائياً منهيماً للخصومة،

(١) أحمد عبد الحميد: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ٥٠٥. هشام الشميري: الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٥٦٩ غالب عبدالله القعيطي: شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية مكتبة خالد بن الوليد ودار الكتب

اليمنية للطباعة والنشر والتوزيع صنعاء، الطبعة الأولى ١٤٤٢هـ - ٢٠٢٠م، ص ٢٦٨.

(٢) أحمد أبو الوفاء: نظرية الأحكام، مرجع سابق، ص ٣٣١.

ويجوز رفع دعوى أصلية بانعدام الحكم بالإجراءات المعتادة أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المنعدم للمطالبة بتقرير انعدامه^(١)، ويتمسك بالانعدام عن طريق الدفع الإجرائي المتعلق بالنظام العام في أية حالة كانت عليها الإجراءات؛ وبالتالي يجوز التمسك به ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو النقض، كما يجوز التمسك به كطلب عارض أثناء سير الخصومة حتى قفل باب المرافعة وقبل صدور الحكم فيه^(٢).

ويمكن الدفع بانعدام العمل الإجرائي أثناء سير الخصومة القضائية عند النظر في دعوى الموضوع أو أثناء النظر في الطعون التي تقدم ضد الأحكام الصادرة من محكمة الموضوع، ولو وجدت محكمة الدرجة الأولى عند نظرها في الطلب القضائي أن المدعى عليه قد توفى قبل رفع الدعوى عليه أمام القضاء فيحقق لها الحكم بانعدام الطلب القضائي، وعدم قبوله لانعدام الوجود القانوني لأشخاص الدعوى، وللمحكمة التصدي لما قد يثار من ادعاءات أو دفعات بشأن وقائع انعدام العمل الإجرائي ويخضع حكمها لسلطة محكمة الطعن عند نظرها خصومة الحكم المطعون فيه، ومسألة تقرير انعدام العمل الإجرائي مسألة قانون تباشرها المحكمة ولو من تلقاء نفسها، ولو لم يطلبها الخصوم في الدعوى لتعلقه بالنظام العام^(٣).

وتبحث المحكمة وقائع انعدام العمل الإجرائي من خلال تكييف وقائع الدعوى بطريقة عملية قانونية يقوم بها قاضي الموضوع دون أن يكون مقيداً بتكييف الخصوم لها، بل يصل القاضي لحقيقة النزاع ثم يكيّفه التكييف القانوني السليم، وبالتالي يكون للخصوم وللنيابة العامة، ولكل ذي مصلحة، أن يدفع بانعدام العمل الإجرائي^(٤)، ويعتبر هذا الدفع من الدفعات الإجرائية المتعلقة بالنظام العام والتي يجوز تقديمها في أية حالة كانت عليها الدعوى؛ فإذا دفع بانعدام الحكم أمام قاضي الموضوع فإنه يجب عليه الفصل فيه لأنه يعتبر من الدفعات الجوهرية بحيث لو ثبت لتغير وجه الحكم في القضية فإن لم

(١) سيد أحمد محمود أصول التقاضي مرجع سابق، ص ٤٦٦. خيري عبد الفتاح البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٠٨. هشام الشميري: الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٥٦٩.

(٢) سيد أحمد محمود: أصول التقاضي، مرجع سابق، ص ٤٦٦. صادق العري: الوجيز، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

(٣) سيد أحمد محمود المرجع السابق، ص ٤٦٦. خيري عبد الفتاح البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٠٩. عبدالله أحمد عبد القادر الملحاني: الشرح العملي لقانون المرافعات والتنفيذ المدني وفقاً لتعديلات القانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، فبراير ٢٠٢٢م، ص ٢١٤، ٢١٥.

(٤) أحمد ماهر زغلول: الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دراسة لقاعدة (ثبوت الحجية للحكم بمجرد صدوره) ونطاق تطبيقها في القانون المصري، مكتب الرسالة الدولية للطباعة، الطبعة الثانية ١٩٩٦م، ص ١٢٠. أحمد هندي: التمسك بالبطلان في قانون المرافعات دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٩م، ص ٢١٨.

تتصدى له وأغفلته كان حكمها معيباً وبالتالي يكون عرضة للنقض^(١).

وهذا ما قرره المحكمة العليا اليمنية حيث جاء في حيثيات حكمها: «... بأن الدفع بالانعدام يعتبر من الدفوع الجوهرية بحيث لو ثبت لتغير وجه الحكم في القضية، وأنه كان اللازم على محكمة الاستئناف الفصل في ذلك الدفع بقضاء محدد وفقاً لنص المادة (٢٣١ / ب)؛ وحيث إنها لم تقم بذلك فإن قضائها يكون معيباً بالقصور في التسبب بما يوجب نقضه وفي ذلك ما يغني عن مناقشة بقية أسباب الطعن بالنقض، ولما كان الأمر كذلك فإن ما أثاره الطاعن يندرج تحت حالات الطعن المنصوص عليها في أحكام المادة (٢٩٢) مرافعات فالمتعين كذلك قبوله موضوعاً^(٢).

المطلب الثاني

الدفع بانعدام الحكم القضائي

نتناول في هذا المطلب الدفع بانعدام الحكم القضائي أمام المحكمة المنظور أمامها الحكم من جديد وعند التمسك بحجيته في أي دعوى قائمة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الدفع بانعدام الحكم القضائي أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى من جديد:

أجاز المشرع اليمني في المادة (٢، ٥٧/١) من قانون المرافعات والتي تنص على أنه: «تتم مواجهة الحكم المنعدم بدفع أمام محكمة الموضوع الابتدائية أو الاستئنافية بحسب الأحوال إذا استدل بالحكم المدعى بانعدامه أو كان مطعوناً فيه بالاستئناف»، فيتم مواجهة الحكم المنعدم بدفع أمام قاضي الموضوع، وذلك عندما تثار مسألة عدم قبول الدعوى بسبق الفصل فيها، فيجوز التمسك فيها عن طريق الدفع أمام قاضي الموضوع في أي خصومة يجري التمسك فيها بالحكم المنعدم، سواءً بشأن ذات الدعوى الصادر فيها الحكم المنعدم، أو بشأن دعوى أخرى^(٣).

فإذا رفعت دعوى جديدة في نفس الموضوع والسبب والأشخاص في الحكم المنعدم، ودفع أحد الخصوم بسبق الفصل في الدعوى، ودفع الخصم الآخر بانعدام

(١) سعيد الشرعي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٢١ صادق العري: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ١٤١. عبدالله الملحاني: المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٢) طعن مدني رقم (٣٣٢٦٣ ك) (جلسة ١٤٣٠/١/١٦ هـ الموافق ٢٠٠٩/١/١٣ م، الأرشيف الإلكتروني للمحكمة العليا ٢٠٠٩ م. مشار إليه لدى صادق العري: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ١٤٢. سعيد الشرعي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٢١.

(٣) هشام الشميري: الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٥٧٢.

الحكم، وظهر للمحكمة جدية الدفع بالانعدام، فلها الحكم بوقف الدعوى الجديدة مؤقتاً لحين الحكم في دعوى الانعدام الأصلية لسحب الحكم المنعدم^(١)، فإذا تحققت المحكمة من أن الحكم السابق صدوره في الدعوى منعدماً، قضت بانعدامه، ومضت في نظر الدعوى من جديد، كأنها تعرض عليها من المرة الأولى، إذ يكفي إنكار وتجاهل الحكم المنعدم والتمسك بعدم وجوده، وإذا تبين لها أن الحكم السابق له وجود قانوني ولا يعتريه الانعدام تعين عليها القضاء بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها^(٢)، ويثور لدينا تساؤل هل يجوز للقاضي الذي يبحث الدفع بالانعدام أن يثير الانعدام من تلقاء نفسه، ويقرر انعدام الحكم؟

يرى بعض الفقه^(٣) أن الجواب على ذلك بالإيجاب حتى ولو اختلف مع رأي المحكمة العليا؛ لأن هذا الدفع يكون متعلقاً بالنظام العام، سواء أمام محكمة الموضوع، أو أمام المحكمة العليا، أو أمام محكمة التنفيذ، كما أنه يكفي إنكار هذا الحكم والدفع بانعدامه إذا تمسك به، صاحبه، فعريضة افتتاح الدعوى هي الأساس الذي تقوم عليه كل إجراءاتها ويترتب على عدم إعلانها عدم انعقاد الخصومة^(٤)، ومن ثم لا يترتب عليها إجراء أو حكم صحيح إذ يعتبر الحكم الصادر فيها منعدماً، فلا تكون له قوة الأمر المقضي، ويكفي إنكاره والتمسك بعدم وجوده، كما يجوز رفع دعوى أصلية بانعدامه.

وبالتالي فإنه يجوز طبقاً لهذا الرأي لكل منهم، أن يثيره من تلقاء نفسه على أن الفصل فيه يكون للمحكمة العليا اليمنية وفقاً لنص المادة (٥٧) مرافعات يمني، ولا يجوز أن يثيره إلا بموجب رفع دعوى إليه؛ لأن القاضي لا يتطوع في القضاء، أما في القضاء المصري، فللمحكمة التي طرح أمامها الحكم المنعدم أيّاً كانت أن تفصل فيه، فإذا كان الدفع بالانعدام يتعلق بالنظام العام، فإنه يكون من المتعين إخضاعه لكافة القواعد التي تحكم هذه الدفوع، ومنها جواز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، غير

(١) نقض مدني تاريخ ٢٩/٤/١٩٩٣م، طعن رقم (٢٠٣) لسنة ٥٨ ق، مجلة القضاة س، ٢٦، ١ع، ص ٤٦٧ مشار إليه لدى خيرى عبد الفتاح البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٢) خيرى عبد الفتاح البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق ص ٢١٠. هشام الشميري: الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

(٣) أحمد ماهر زغلول أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط، حجيتها، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة حول نطاق حجية القرارات والإحكام القضائية دار أبو المجد للطباعة بالهرم، مصر، الطبعة الثانية، ص ٤٠٨ و ٤٠٩. سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٢١. هشام رشاد هيكل انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٣٩٣.

(٤) محمد محمود إبراهيم أصول صحف الدعاوى على ضوء آخر أحكام النقض وقانون الشهر العقاري أمام محكمة أول درجة والاستئناف، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، بدون تحديد طبعة، ص ٣٠٨ وما بعدها.

أن ذلك مشروط بطبيعة الحال بأن تكون العناصر الواقعية التي يقوم عليها الدفع ثابتة أمام المحكمة بالأوراق. وتطبيقاً لذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه: «يجوز لها- من تلقاء نفسها- أن تقضي بإلغاء الحكم الموقع على مسودته من عضو واحد في دائرة ثلاثية دون حاجة إلى دفع»^(١)، في حين يرى جانب من الفقه^(٢)، أن التقرير واجب دائماً، سواءً بالنسبة للأحكام الباطلة، أو الأحكام الباطلة بطلاناً لا يقبل التصحيح (المنعدمة)، وهو ما يعني أن الحكم المنعدم لدى هذا الرأي يبقى قائماً مرتباً لآثاره لحين صدور حكم بانعدامه، بينما ذهب رأي ثالث من الفقه^(٣) بخلاف الرأيين السابقين، حيث يرى أنه إذا طرح الأمر على القضاء للاعتراف بآثار الحكم المنعدم فمن حق المحكمة من تلقاء نفسها، ومن حق أي خصم الدفع بالانعدام، ولكن هذا الدفع لا يعطي لأي محكمة الحق في تقرير انعدام الحكم، بل يجب على المحكمة أن تبحث فقط مدى جدية الدفع بالانعدام، فإذا وجدت أن الدفع جدي، فإنها توقف الدعوى وتحيل الخصوم إلى المحكمة المختصة للحصول على حكم بالانعدام، وإذا أراد أحد الخصوم التمسك بالآثار الإيجابية للحكم المنعدم في إطار دعوى قائمة، كما لو أقيمت دعوى ريع استناداً إلى حكم بالملكية منعدم، فدفع الخصم بانعدام هذا الحكم، فيجب على المحكمة إذا قدرت جدية الدفع وقف دعوى الريع لحين الفصل في دعوى الانعدام الأصلية^(٤).

ثانياً: الدفع بانعدام الحكم القضائي عند التمسك بحجتيه في أي دعوى قائمة:

إن الحكم المنعدم لا يمنع من إعادة طرح الدعوى من جديد؛ وبالتالي يجوز الدفع بانعدام الحكم عند نظر الدعوى من جديد، هذا وقد أجاز بعض الفقه^(٥) الدفع بانعدام الحكم عند التمسك بحجتيه بمناسبة نظر دعوى أخرى، وعلى ذلك إذا لم يطعن المحكوم ضده بالحكم المنعدم، ولم يرفع دعوى أصلية بانعدامه في الحالات التي يجوز فيها ذلك،

(١) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (٣٣٨٩) لسنة ٣٤ق، جلسة ٢١/٣/١٩٩٢م، المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم الأهلية، ص ٣٧، ١١١٧-١١١٥. مشار إليه لدى هشام رشاد هيكل انعدام الحكم القضائي مرجع سابق، ص ٣٩٤.

(٢) فتحي والي وأحمد ماهر زغلول نظرية البطلان، مرجع سابق، بند ٣٠٤، ص ٥٣٤.

(٣) الأنصاري حسن النيداني: العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٩م، ص ٤٠٦، ٤٠٧.

(٤) بخلاف الحال إذا استند في دعوى الريع إلى حكم نهائي بالملكية باطل الصدور من المحكمة في غرفة المشورة مثلاً، فدفع أحد الخصوم ببطلان هذا الحكم فإن المحكمة لا تستطيع أن توقف دعوى الريع لحين الفصل في الطعن بالبطلان من محكمة الطعن وذلك لأن الحكم الباطل يرتب آثاره إلى أن يقضى ببطلانه.

(٥) مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٦٥. الأنصاري حسن النيداني: العيوب المبطلة للحكم وطرق التمسك بها، مرجع سابق، ص ٤٠٢. هشام رشاد هيكل انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

فإن هذا لا يعني أن الحكم قد اكتسب بذلك الحجية القضائية، بل يظل على حاله مجرداً من تلك الحجية، ولهذا فإذا ما احتج المحكوم لصالحه بهذا الحكم في دعوى قضائية أخرى، فللمحكوم ضده أن يدفع بانعدام حجية هذا الحكم^(١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «إذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بإلزام الشركة الطاعنة بالتعويض على ما استخلصه في حدود سلطته التقديرية، من أن إجراءات دعوى الطرد التي اتخذتها تتسم بسوء النية والتواطؤ، ولم يعتد بحجية الحكم المستعجل السابق باعتباره حكماً منعداً، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويضحي النعي عليه على غير أساس»^(٢)، وبالتالي لا يلزم الطعن في الحكم المنعدم أو رفع دعوى مبتدأه بطلب انعدامه للتوصل إلى إلغائه، وإنما يكفي إنكاره عند التمسك به والتمسك بانعدامه وعدم وجوده، بل يمكن لذي المصلحة تجاهله ورفع دعوى جديدة بموضوع الحكم المنعدم بنفس الموضوع والسبب والخصوم مفترضاً عدم وجوده^(٣).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: «مفاد النص في المادة (٤٥٤) من قانون الإجراءات الجنائية أنه متى صدر حكم نهائي في الدعوى الجنائية وفي الدعوى المدنية التابعة لها فإنه تنقضي بذلك الحكم الدعويان الجنائية والمدنية، ولا يجوز إعادة نظرهما من جديد لاستفاد ولاية المحاكم بالنسبة لهما، فإذا صدر حكم تال للحكم الأول في ذات الموضوع وضد ذات المتهم المحكوم عليه، كان الحكم الثاني صادراً من محكمة لا ولاية لها في نظر النزاع، ومن ثم فهو معدوم الحجية لصدوره في غير خصومه، ولا تكون له حجية أو قوة الأمر المقضي، ولا يلزم الطعن فيه أو رفع دعوى بطلان أصلية، بل يكفي إنكاره والتمسك بعدم وجوده في أي دعوى يراد التمسك فيها بحجية هذا الحكم»^(٤).

- كيفية الطعن في الإجراء المنعدم:

إن المشرع اليمني في التعديل الأخير لسنة ٢٠٢١م، فبالرغم أنه قد سلك مسلكاً يحمده عليه وذلك بتنظيم وتوضيح طرق التمسك بانعدام الحكم وذلك في المادة (٥٧/١)، إلا

(١) هشام رشاد هيكل المرجع السابق، ص ٣٩٢. أحمد عبد الحميد: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ٥٨٠.
 (٢) نقض مدني - الطعن رقم (١٣٨٤) لسنة ٥٤ ق - مشار إليه لدى إليه هشام رشاد هيكل: انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٣٩٢، ١٤٦.
 (٣) سيد أحمد محمود: أصول التقاضي، مرجع سابق، ص ٤٦٥. الأنصاري حسن النيداني: القاضي والجزاء الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ٤٠٢ خيري عبد الفتاح البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢١٠.
 (٤) نقض جنائي الطعن رقم (١٦٧٤) لسنة ٥٩ ق، جلسة ١١/٢٥/١٩٩٣م، مشار إليه لدى الأنصاري حسن النيداني: العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها، مرجع سابق، ص ٤٠٣، ٤٠٤.

أنه أغفل كيفية الطعن في الإجراء المنعدم الذي يصدر أثناء سير الخصومة، والذي قد يترتب على هذا الإجراء المنعدم صدور الحكم، فهل يتم الطعن في هذا الإجراء أمام محكمة الموضوع أياً كانت، أم أمام المحكمة العليا، وهل يتم الطعن فيه بصورة مستقلة، أم مع الحكم المنهي للخصومة طبقاً للقواعد العامة في الطعن للأحكام القضائية؟

ذهب بعض الفقه^(١) أن الطعن فيه يتقرر وفقاً للقواعد العامة، وتلك القواعد تقضي بأن العمل المنعدم لا يترتب أي أثر ويجوز أن يواجه بدعوى تقرير سلبية ترفع أمام المحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة إذا رأى صاحب الشأن ذلك، وتكون تلك المحكمة هي محكمة الدرجة الأولى، ولا تسري على ذلك الإجراء قواعد الطعن في الحكم المنعدم.

كما ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن انعقاد الاختصاص لتقرير الانعدام يكون لمحكمة الموضوع التي تنظر الدعوى، عن طريق الطلب أو الدفع بالانعدام، حيث قضت بأن: «صحيفة افتتاح الدعوى الأساس الذي تقوم عليه كل إجراءاتها، ويترتب على عدم إعلانها عدم انعقاد الخصومة، ومن ثم لا يترتب عليها إجراء أو حكم صحيح، إذ يعتبر الحكم الصادر فيها منعماً... لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك بأن إجراءات الخصومة في الدعوى رقم (٥٤٨٠) لسنة ١٩٦٣م، القاهرة الابتدائية واستئنافية رقم (١٣٨) لسنة ٨١ ق، قد اصطنعت بطريق الغش والتزوير بقصد عدم إعلامه بها فلم يعلم بصحيفتها ولم يطعن على الحكم الصادر فيها بالاستئناف وسخر المطعون عليه الأول آخر في ذلك، مما مفاده أنه دفع أمام محكمة الموضوع كدفاع مطروح دون التزام طريق الدعوى، ومن ثم فقد كان على محكمة الموضوع أن تتصدى أولاً لبحث صحة هذا الدفاع الجوهرية الذي من شأنه - لو صح - أن يعدم إجراءات الخصومة برمتها، وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد استلزم لبحث الانعدام طلبه صراحةً مع أنه تمسك به صراحةً فإنه يكون قد حجب نفسه بهذا الخطأ عن بحث دفاع الطاعن الجوهري^(٢)، واعتبر بعض الفقه^(٣) أن القرار الصادر في هذا الدفع لا يقبل الطعن فيه مباشرة، وإنما يطعن فيه مع الحكم الذي ينهي النزاع عملاً بالقواعد العامة التي تمنع الطعن في الأحكام غير المنهية للخصومة، والتي تصدر أثناء سير الخصومة إلا مع الحكم المنهي للنزاع، وبالتالي فإنه يخضع لنظام الطعن المقررة للأحكام الصادرة بالدفع الإجرائية المتعلقة بالنظام العام، وهذا ما يمكن

(١) سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣١٤.

(٢) طعن رقم (٧٧٢) لسنة ٤٥ ق، جلسة ١٩٨١/٤/٢١، السنة ٣٢ ص ١٢٠١، مشار إليه لدى محمد إبراهيم الششتاوي الغرياوي: نحو نظرية عامة لانعدام الإجراء، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٦م، ص ٥٦٠.

(٣) سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣١٤. نجيب الجبلي: قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٤٣٣.

فهو من نص المادة (٥٨) مرافعات يمني والتي تعرضت للنقد من قبل هذا الفقه، والتي تم حذفها مؤخراً، وبعد أن تم تعديل المادة (٥٧) بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م، فقد أوجب القانون على المحكمة أن تقوم برفع الدفع مع الرد للمحكمة العليا خلال عشرة أيام للفصل فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وصوله إليها، بمعنى أنه يترتب على الدفع بالانعدام وقف السير في الخصومة وجوباً حتى يتم الفصل في الدفع بالانعدام، وهو ما ذهب إليه بعض الفقه^(١) المصري بأنه لا يجوز الطعن في الإجراء المنعدم على استقلال قبل انتهاء الخصومة بصدور الحكم المنهي لها، وإنما يتم الطعن فيه مع الحكم المنهي للخصومة باعتباره عيباً إجرائياً منهيّاً للخصومة، والذي يرى الباحث أنه يتم مواجهة الإجراء المنعدم أثناء سير الخصومة عن طريق التمسك بدفع يرفع أمام المحكمة التي تنظر الدعوى حيث تقرر انعدامه، أو من تلقاء نفسها، وعند الحكم فيه، فإنه يتم الطعن فيه مع الحكم المنهي للخصومة لما قد يترتب على هذا الإجراء المنعدم انعدام الخصومة، ولا تسري على ذلك الإجراءات قواعد الطعن في الحكم المنعدم.

(١) فتحي والي الوسيط مرجع سابق، ص ٦٧٠. سيد أحمد محمود أصول التقاضي، مرجع سابق، ص ٤٦٧.

المبحث الثالث مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع أمام قاضي التنفيذ وأمام المحكمة العليا

نتناول في هذا المبحث مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع أمام قاضي التنفيذ، وأمام المحكمة العليا، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع أمام قاضي التنفيذ

يتم التمسك بانعدام الحكم القضائي أمام قاضي التنفيذ إما عن طريق الدفع، وإما عن طريق الاستشكال وهذا ما نتناوله في الآتي:

أولاً: التمسك بانعدام الحكم القضائي أمام قاضي التنفيذ عن طريق الدفع

أجاز المشرع اليمني في المادة (٥٧/أ) بعد التعديل في القانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م، أن يواجه الحكم المنعدم أيّاً كانت المحكمة التي أصدرته بدفع أمام قاضي التنفيذ، وذلك بتقديم صاحب المصلحة أمام قاضي التنفيذ دفع يطلب فيه انعدام الحكم القضائي في أي وقت أثناء التنفيذ دون التقيد بأي ميعاد، وأوجب على قاضي التنفيذ أن يحيل الدفع والرد والحكم المدعى بانعدامه خلال عشرة أيام إلى المحكمة العليا للفصل فيه، وأوجب كذلك على المحكمة العليا الفصل فيه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ وصوله إليها، ويترتب على الدفع بانعدام الحكم محل التنفيذ وقف التنفيذ وجوباً، فعلى قاض التنفيذ أن يأمر بوقف إجراءات التنفيذ إن كانت قد بدأت.

وقد انتقد بعض الفقه^(١)، موقف المشرع اليمني من وقف إجراءات التنفيذ عندما يتم الطعن في الحكم المنعدم أمام قاضي التنفيذ، وأنه كان الأحرى بالمشرع أن يجعل لقاضي التنفيذ سلطة من حيث قبول الدفع أو عدم قبوله، وأن على قاضي التنفيذ ألا يوقف التنفيذ إذا حكم بعدم قبول الدفع، وإنما عليه أن يسير في التنفيذ حتى يصدر حكماً

(١) سعيد الشرعبي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٢٢.

من المحكمة العليا بوقف التنفيذ، وإذا حكم بقبول الدفع فإن عليه حينئذ أن يُحيله إلى المحكمة العليا، وعلى محكمة التنفيذ سواءً حكمت بقبول الدفع أو بعدم قبوله أن تحيل المسألة إلى المحكمة العليا، لكن في حالة عدم قبوله لا توقف إجراءات التنفيذ إلا إذا صدر حكم من المحكمة العليا بوقف التنفيذ، ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه هذا الفقه، بأنه يجب أن يمنح قاضي التنفيذ سلطة من حيث قبول الدفع بانعدام الحكم، أو عدم قبوله وألا يوقف التنفيذ إذا حكم بعدم قبول الدفع، وإنما عليه أن يسير في إجراءات التنفيذ حتى يصدر حكماً من المحكمة العليا بوقف التنفيذ، لكيلا تتعطل تنفيذ الأحكام القضائية نظراً لتقديم الدفوع الكيدية وما أكثرها، وليس لقاضي التنفيذ الحق في الفصل في الانعدام المقدم إليه، وإنما يجب عليه إحالته مع الدفع المقدم إلى المحكمة العليا فقط، وأساس جواز التمسك بانعدام الحكم القضائي أمام قاضي التنفيذ، أن الحكم المنعدم ليس له وجود قانوني، وبالتالي لا يصح أن يكون سنداً تنفيذياً^(١)، فلا يجوز أن يتم التنفيذ إلا بمقتضى سند تنفيذي وذلك وفقاً لنص المادة (٣٢٦/١) مرافعات والتي تنص على أنه: «لا يجوز إجراء التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاءً لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء».

وفي ذلك قضت المحكمة العليا اليمنية حيث جاء في حيثيات ومنطوق حكمها: «بعد دراسة الأوراق التي اشتمل عليها ملف الدعوى والرد عليها تبين أن المتطلبات الشكلية للدعوى والرد عليها التي حددها القانون في المواد (٢٧٧، ٢٨٠، ٢٨٣) مرافعات متحققة، وأن وكيل مدعي الانعدام قد أسس الدعوى بالانعدام على أحكام المواد (١٥، ٥٠، ٥٧، ٢١٧) مرافعات، الأمر الذي استلزم الفصل في الدعوى موضوعاً وحيث إن الرد على الدعوى قد قام على دفع أساس مؤسس على حكم المادة (٢١٧) مرافعات يمضي بعدم قبول الدعوى...»^(٢).

(١) السند التنفيذي- والحكم القضائي أحد أنواعه - هو «الواقعة القانونية المنشئة للحق في التنفيذ الجبري، ويُعد المصدر الوحيد للحق في التنفيذ الجبري، فلا يغني عنه في تأكيد الحق الموضوعي ومنح صاحبه في الحق في التنفيذ الجبري وإقناع سلطة التنفيذ بمباشرة إجراءاته، أي دليل أو وسيلة أخرى ولو كانت حاسمة». عادل علي محمد النجار: التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الطبعة الرابعة، ٢٠٢١م، ص ٧٠.

(٢) ... بالاستناد إلى حكم المادة (١٨٦ / ٤:٤ / ٦) مرافعات لفقدان شروطها، وتقدم ما يكتبه ولسبق الفصل فيها.. وهو ما يستوجب ذكره محامي المدعى عليهم بأن دعوى الانعدام رفعت بالمخالفة لأحكام المادة (٢١٧) مرافعات كون الحكم صدر مكتوباً في خصوصية معينة عن ذي ولاية قضائية واستند في ذلك إلى ما أسماه أسبابها أولاً وهو ما ورد في القول بأن الحكم محل دعوى الانعدام هو حكم صادر في مرحلة التنفيذ وقد سبقه الحكم الابتدائي- السند التنفيذي- المؤيد من المحكمة الاستئنافية والمقر من المحكمة العليا، وأنه قد تعقبه أحكام قضائية وقرارات تنفيذية صادرة في مرحلة التنفيذ. وهذا القول ليس بسند

ويقابلها نص المادة (٢٨٠) من قانون المرافعات المصري والتي تنص على أنه: «لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي اقتضاءً لحق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء»، وبالتالي تعتبر الأحكام من أهم السندات التنفيذية، وأقواها من حيث تأكيدها للحقوق المراد تنفيذها؛ لأنها تصدر في خصوصية بعد تحقيق المحكمة لادعاء المدعى

قانوني مقبول كون دعوى الانعدام يمكن أن تلحق أي حكم كان موضوعياً أو إجراءياً تعلق بمرحلة الفصل في خصوصية تقرير الحق أو مرحلة إجراءات التنفيذ ولا يحصنه من دعوى الانعدام أي حكم سبقه أو لحق به ما دامت قيمته القانونية سارية التأثير ومدام وجوده القانوني قائماً. وكذلك القول بأن المدعين قد تقدموا إلى الدائرة الشخصية مصدره الحكم المدعى بانعدامه النظر في الدفع والفصل فيه قبل نظر الدعوى، وبالنظر في الدفع الأساس بعدم قبول دعوى الانعدام على حكم المحكمة العليا الصادر برقم (١٥) لسنة ١٤٣١هـ وتاريخ ١/٣/١٤٣١هـ الموافق ٢٠/١٢/٢٠٠٩م عن الدائرة الشخصية بما يطلب تفسيره، وأن الدائرة أصدرت قراراً يرفض الطلب وأن هذا القرار لا يحول دون رفع الدعوى بانعدامه ذلك لأن طريق هذه الدعوى ينشئه ويقمه سببها الذي تقوم عليه والذي إن تحقق وجوده وإزالة وجوده في الحكم المدعى بانعدامه جعل منه كياناً يلزم إعدامه... الخ، ولذلك فإن قضاء الحكم المدعى بانعدامه بنقض الحكم الاستثنائي الذي أيد قرار قاضي التنفيذ يلزم تحديد محل التنفيذ التحديد الصحيح صدر دون ولاية كونه لم يتمكن من التقرير بيان مخلف الجد الجامع بقضاء أي بالاستناد إلى قضاء وهو الأمر الذي لا يتحقق في الحكم السند التنفيذي، وأن أساس قضاء الحكم المدعى انعدامه، لا يتحقق فيه ما يمكن أن يتوافر فيه ركن الولاية كون المنازعة بشأن الاختصاصات لم يصدر فيها قضاء حاسم للنزاع والذي به تكتمل جميع أركان السند التنفيذي ويمكن مباشرة إجراءات تنفيذ السند التنفيذي بموجبه، ولذلك فإن قضاء الحكم المدعى بانعدامه بنقض الحكم الاستثنائي المؤيد للقرار التنفيذي يلزم الفصل في منازعة التنفيذ المتعلقة بشأن الاختصاصات صدر مختلاً في ركن الولاية، وما ورد في أسباب الطعن بالنقض بأن الحكم الاستثنائي المطعون فيه قد مس حجبية الأمر المقضي به غير سديد كون القضاء في الحكم السند التنفيذي المؤيد استثنائياً والمقر من المحكمة العليا، هو قضاء بتقرير الحق فحسب بلزوم قسمه مخالف الحد الجامع... على الورثة وفقاً للشرع وهو يستلزم بيان ماهية هذا الحق بقضاء هو ما كان التقرير به بقرار قاضي التنفيذ الذي تأيد بقرار محكمة الاستئناف الذي نقض بموجب الحكم المدعى بانعدامه وأن النع في الطعن بالنقض بأن الحكم الاستثنائي قد مس الحجة القاطعة لقوة الأمر المقضي به السند التنفيذي غير سديد. وكان اللازم على الدائرة الشخصية أن تحكم برفض الطعن موضوعاً لعدم صحة سبب الطعن وحيث تحقق السبب بانقضاء ركن الولاية في الحكم المدعى بانعدامه، فإنه يكون قد ولد ميتاً وأن وجوده مجرد وجود مادي واقعي وأن الأوان لإزالته، وما يترتب على ذلك من التقرير بانعدام كل ما تعقبه من قرارات تنفيذية على نحو ما أشار إليه محامي المدعى عليهم بالانعدام في عرض الواقع، وعليه واستناداً إلى المواد (٢١٧، ٢١٧، ٥٨، ٥٧، ٥٥، ٢٢٢) من القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني حكمت الهيئة بعد المداولة بما هوأت: أولاً: قبول دعوى الانعدام شكلاً وموضوعاً. ثانياً: انعدام الحكم المدعى بانعدامه المحددة أوصافه في صدر هذا الحكم. ثالثاً: سحب الحكم المدعى بانعدامه وعدم كل ما تعقبه من أحكام أو قرارات. رابعاً: رفض الطعن بالنقض المرفوع من المدعى عليهم بشأن الحكم الاستثنائي رقم (١٤٤) وتاريخ ١٦/١٠/١٤٣٠هـ، الموافق ٢٥/٩/٢٠٠٩م. خامساً: إرجاع الأوراق إلى محكمة الاستئناف للعمل بموجب هذا الحكم وتكليف محكمة التنفيذ بالفصل في المنازعة المتعلقة بالاختصاصات وتحديد مخالف الحد الجامع.... تحديداً صحيحاً وبأحكام قضائية في كل ما فيه نزاع. وفقاً للقانون. سادساً: السير في إجراءات التنفيذ بعد اكتمال جميع أركان السند التنفيذي وفقاً للقانون. سابعاً: لا شيء في الأغرام والمخاسير. طعن مدني رقم (٥٤٣٣٧) جلسة ٢٣ جماد آخر ١٤٣٥هـ، الموافق ٢٣/٤/٢٠١٤م حكم غير منشور.

له والحكم بما ثبت من هذا الادعاء لضمان تحقيق العدالة وأن الأحكام القابلة للتنفيذ الجبري هي فقط الأحكام الصادرة بالزام^(١)، لأنها - دون غيرها - هي التي يقبل مضمونها التنفيذ الجبري، حيث تفرض على المحكوم عليه القيام بأداء أو عمل معين، كما أن مجرد صدورها لا يحقق الحماية القانونية التي طلبها المحكوم له، إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذها طواعية، كما تكون هذه الأحكام نهائية ما لم تكن مشمولة بالنفاذ المعجل^(٢)، وعلى ذلك يجوز لقاضي التنفيذ وقف عملية التنفيذ لعدم وجود السند التنفيذي، كما أنه يجوز لقاضي التنفيذ الامتناع عن القيام بعملية التنفيذ الجبري لعدم وجود السند التنفيذي وجوداً قانونياً، كما يجوز لقلم الكتاب الامتناع عن وضع الصيغة التنفيذية على الحكم المنعدم القضائي لعدم وجوده قانوناً كسند تنفيذي، كما أنه يجوز لكل من قاضي التنفيذ، ومحضر التنفيذ وقلم الكتاب والمنفذ ضده تجاهل الحكم المنعدم وعدم اعتباره سنداً تنفيذياً لعدم وجوده قانوناً، مما يجعل تنفيذه مستحيلًا^(٣)، غير أن المشرع اليمني لم يعالج حالة ما إذا كان الحكم الذي يجري تنفيذه منعدمًا، ولم يتم الدفع بالانعدام أمام قاضي التنفيذ.

ويرى بعض الفقه^(٤) أنه كان على المشرع اليمني كون الدفع بالانعدام من النظام العام، أن يمنح قاضي التنفيذ إذا رأى أن الحكم المراد تنفيذه منعدم أن يتمتع عن تنفيذ ذلك الحكم وأن يكلف أصحاب الشأن برفع دعوى بالانعدام أمام المحكمة المختصة وهي المحكمة العليا.

(١) أحكام الإلزام: هي الأحكام التي تفصل في موضوع النزاع وتفرض على المحكوم عليه أداء معين أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. عادل النجار: التنفيذ الجبري، مرجع سابق، ص ٩٢.

(٢) عادل النجار: المرجع السابق، ص ٩٢. خيرى عبد الفتاح البنايوني: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

(٣) فلا يعتبر سنداً تنفيذياً: الحكم الصادر في خصوصه لم تتعقد قانوناً لوفاء المدعى عليه قبل رفع الدعوى، والحكم المزور، والحكم غير المكتوب، والحكم الخالي من المنطوق، والحكم الخالي من التوقيع، والحكم بعمل من أعمال السيادة أو على شخص غير خاضع للقضاء الوطني... والحكم الصادر بالمخالفة للتشكيل العددي للمحكمة من قاضين بدلاً من ثلاثة، أو من شخص زالت عنه ولاية القضاء، أو الحكم بغير ما طلبه الخصوم، نقض مدني ١/٢٧/٢/١٩٩٦م، طعن رقم (٢٠٠٩) لسنة ١، لي، عطلة القضاء من ١٩٩٦، ٢٨، في ١٦٦، ٨٤٨؛ نقض مدني ٢/٩/١٩٩٥م، طعن رقم (٢١٨٦) لسنة ٩ داق، مجلة القضاء، من ١٩٩٦/٢٨، في ٣٦٤ ص ٨٤٨؛ مشار إليه لدى خيرى عبد الفتاح البنايوني: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٢٤، ٢٢٥.

(٤) سعيد الشرعي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣١٣.

ثانياً: التمسك بانعدام الحكم القضائي أمام قاضي:

يمكن التمسك بانعدام الحكم كمسند تنفيذي لعدم وجوده قانوناً عن طريق الاستشكال في التنفيذ^(١)، فالأصل أن الاستشكال شرع للتمسك بالعيوب التي تشوب إجراءات تنفيذ الحكم، وليس للتمسك بالعيوب التي تشوب الحكم ذاته، أي أن الإشكال في التنفيذ إنما ينصب على الوقائع اللاحقة على صدور الحكم فيجوز للمحكوم عليه (المنفذ ضده) أن يستشكل من تنفيذ الحكم المنعدم^(٢)، وذلك على أساس أن السند التنفيذي- الحكم المنعدم- ليس له وجود قانوني، ولا تنفيذ جبري بدون سند تنفيذي له وجود قانوني، وبالتالي فالحكم المنعدم لا يصلح أن يكون سنداً تنفيذياً^(٣)، وإذا دفع أمام قاضي التنفيذ بانعدام الحكم المطلوب تنفيذه، وظهر له جدية هذا الدفع فإنه يحكم بوقف التنفيذ مؤقتاً لحين الفصل في الدفع أو في دعوى الانعدام الأصلية^(٤)، وقد استبعدت محكمة النقض المصرية جواز الإشكال في تنفيذ الحكم الباطل استناداً إلى: «عيوب البطلان واحتراماً لحجية الحكم القضائي، وليس لمحكمة الإشكال أن تبحث الحكم الصادر في الموضوع من حيث صحته أو بطلانه أو بحث أوجه تتصل بمخالفة القانون أو الخطأ في تأويله، أو التعرض لما في الحكم المرفوع عنه الإشكال من عيوب وقعت في الحكم نفسه، أو في إجراءات الدعوى مما يجعل الحكم باطلاً، لما في ذلك من مساس باحترام حجية الحكم القضائي»^(٥)، وهذا الأمر يتعلق بالحكم القضائي الباطل؛ لأنه يتمتع بحجية الأمر المقضي على العكس من الحكم المنعدم فليس له وجود قانوني،

(١) القاعدة أنه لا يجوز تأسيس الإشكال في تنفيذ حكم على أسباب تعد تجريحاً لهذا الحكم، فلا يجوز له أن يطلب مثلاً وقف تنفيذ الحكم على أساس أنه صادر من محكمة غير مختصة، أو على أساس أن الحكم باطل لإخلاله بحقوق الدفاع أو لقصور في التسبب أو لصدوره في غرفة المشورة أو على أساس أن الحكم قد اخطأ في تطبيق القانون أو تأويله... الخ. ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان الحكم المنفذ به حكماً منعدماً وليس فقط حكماً باطلاً، فيجوز تأسيس الإشكال الوقتي على أسباب تعد تجريحاً لهذا الحكم لأنه يعتبر مجرد عقبة مادية يختص قاضي التنفيذ بإزالتها، ولذلك يجوز للمنفذ ضده أن يطلب وقف تنفيذ الحكم على أساس أنه صادر من شخص ليست له الولاية القضائية أو على أساس صدوره على شخص توفي قبل رفع الدعوى عليه. الأنصاري حسن النيداني: العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها، مرجع سابق، ص ٤٠٢.

(٢) أحمد عبد الحميد: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ٥٨١.

(٣) غنام محمد غنام: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ٢٦٥. طلعت خاطر: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ١٩٣. غالب القطيطي: شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

(٤) نقض مدني ١٤/٢/١٩٦٨م، طعن رقم (٣٥) لسنة ٣٦، من ٦٩، جاء في ٤٦، ٢٩٧. مشارف إليه لدى خيرى عبد الفتاح البيتانوي: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٥) نقض جنائي ١٤/١١/١٩٦٥م، طعن رقم (١٢٩٧) لسنة ٣٠ ق، مجموعة النقض، س ١١، رقم (١٥١)، ص ٧٨٨. نقض ٢٠/٢/١٩٦٢م، مجموعة النقض، س ١٣، رقم (٤٨)، ص ١٧٤. مشارف إليه لدى طلعت خاطر: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ١٩٣.

ولا يعد سنداً تنفيذياً، ويعتبر الحكم فاقداً لصفته كسند تنفيذي، وبالتالي يجوز أن يرد عليه الإشكال في التنفيذ، ويجوز للمنفذ ضده أن يعترض على الحكم الذي يجري تنفيذه الصادر بإثارة منازعة في التنفيذ يدفع فيها بانعدام الحكم، وتكون المنازعة في تنفيذ الحكم مقبولة إذا صدر هذا الحكم منعداً^(١).

وقد ذهب بعض الفقه^(٢) اليمني إلى أنه يجوز أن يبني الإشكال على أساس أن الحكم منعدم، أو مزور؛ لأن التزوير يساوي عدم الوجود القانوني للحكم، ولا يجوز أن يؤسس الإشكال الوقي على تخطئة الحكم المستشكل في تنفيذه كأن يرفع شخص إشكالاً وقياً مدعيًا أن المحكمة قد أخطأت في تطبيق القانون، أو أنها غير مختصة بإصدار الحكم، أو أن شمول الحكم بالتنفيذ المعجل غير جائز، أما المشرع السعودي فقد نص في المادة (١٩٦) من نظام المرافعات على أنه: «لا يترتب على الاعتراض لدى المحكمة العليا وقف تنفيذ الحكم، ما لم ينص النظام على خلاف ذلك، وللمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم مؤقتاً إذا طلب ذلك في مذكرة الاعتراض وكان يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه، ولها عندما تأمر بوقف التنفيذ أن توجب تقديم ضمان، أو كفيل غارم مليء، أو تأمر بما تراه كفيلاً بحفظ حق المعارض عليه».

المطلب الثاني

مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع أمام المحكمة العليا

يمكن أن يُقدم الدفع بالانعدام أمام المحكمة العليا، إذا استدل بالحكم المدعى بانعدامه أو كان الحكم مطعوناً فيه بالنقض أمامها، وفقاً لنص المادة (٥٧/أ/٤) مرافعات يمني، كما أن المشرع اليمني في المادة (١٢٩) من قانون المرافعات أتاح للخصوم أن يطلبوا من المحكمة العليا في أي وقت سحب وإلغاء حكمها وإعادة نظر الطعن بالنقض من جديد أمام دائرة أخرى إذا قام في الحكم الصادر منها سبب من أسباب عدم الصلاحية التي رتب على توافرها انعدام العمل القضائي، أما إذا لم يتوافر سبب من أسباب عدم الصلاحية فإنه لا يترتب على ذلك انعدامه، وقد انتقد بعض الفقه اليمني^(٣) موقف المشرع اليمني من صياغة الفقرة الرابعة من المادة (٥٧) مرافعات، حيث إنه لم يتبنى صياغة واضحة لها،

(١) غنام محمد غنام: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ٢٦٥. طلعت خاطر: المرجع السابق، ص ١٩٣. أحمد عبد

الحميد: نظرية الانعدام، مرجع سابق، ص ٥٨٢ وما بعدها.

(٢) سعيد الشرعي: الموجز، مرجع سابق، ص ١٩.

(٣) سعيد الشرعي: الموجز، مرجع سابق، ص ٣٢٢، ٣٢٣.

وأنه كان يجب عليه أن يتبنى صياغة واضحة لهذا النص تكون كالتالي: «يواجه الحكم المنعدم بدفع أمام المحكمة العليا إذا كان الحكم مؤيداً منها، أو كانت قد فصلت فيه في الحالات^(١) التي يجوز فيها ذلك أو كان مطعوناً عليه بالنقض»، كما أن المشرع المصري أجاز في أي وقت سحب الحكم الصادر من محكمة النقض المعيب بعيوب جسيمة، وإن كان ذلك في نطاق ضيق جداً، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١٤٧/٢) من قانون المرافعات من جواز سحب الحكم الصادر من محكمة النقض وإعادة النظر في الطعن في حال قيام سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد قضاة محكمة النقض الذين أصدروا الحكم في الحالة المنصوص عليها تحديداً وحصراً، وعلى ذلك فقد أجاز المشرع المصري في المادة (١٤٧/٢) مرافعات تحديداً وحصراً أن يطلب الخصوم من محكمة النقض إلغاء حكمها وإعادة نظر الطعن، بالنقض أمام دائرة أخرى، وذلك إذا قام في حق أحد مستشاري المحكمة الذين نظروا الطعن سبب من أسباب عدم الصلاحية، فهذا هي الحالة الوحيدة التي يحق فيها للدائرة المدنية بمحكمة النقض أن ترجع عن قضاءها وتسحب حكمها، وذلك زيادة في الاحتياط والتحوط لسمعة القضاء^(٢).

وعلى هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «يحضر الطعن في الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية بمحكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية بما في ذلك التماس إعادة النظر، ويغلق السبيل إلى إلغائها إلا استناداً إلى توافر سبب من أسباب عدم الصلاحية بأحد القضاة الذين أصدروه م (٢/١/١٤٧) مرافعات مصري وذلك زيادة في الاستيطان والتحوط لسمعة وهيبة وكرامة القضاء، كما قضت أيضاً بأنه لا يجوز الطعن في القرار الصادر من محكمة النقض في غرفة المشورة بقبول أو عدم قبول الطعن بأي طريق من طرق الطعن مثله مثل الحكم الصادر منها سواء بسواء إلا بسبب يندرج ضمن أسباب عدم الصلاحية المنصوص عليها

(١) وهذه الحالات هي المذكورة في نص المادة (١٩٢) مرافعات يماني والتي تنص على أنه: «يجوز للخصوم أن يطعنوا أمام المحكمة العليا في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ومن المحاكم الابتدائية التي لا تقبل الطعن بالاستئناف في الأحوال الآتية: إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة الشرع والقانون أو خطأ في تطبيق أي منهما أو تأويله أو لم يبين الأساس الذي بني عليه، وإذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم أو كان منطوق الحكم متناقضاً بعضه لبعض. إذا حكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، إذا تعارض حكمان نهائيان في دعويين اتحد فيهما الخصوم والموضوع والسبب.

(٢) نقض ١٩٩٦/٢/٢٥، طعن رقم (٣٩٤٩) لسنة ٦٠، السنة ٤٧ من ٣٦٠، رقم ٧١، نقض مدني ١٩٧٧/٢/٢، طعن رقم (٧٧٠) لسنة ٤٤ ق، س ٢٨، قضاء النقض، ص ٣٥٩. مشار إليه لدى أحمد عوض هندي: أحكام محكمة النقض آثارها وقتها، دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي، دارالجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، بدون تحديد طبعة، ص ٢٤٥.

على سبيل الحصر والتحديد في المادة (١٤٦) مرافعات مصري^(١)».

على أنه لا يجوز الاستناد إلى عدم صلاحية الهيئة التي أصدرت حكم النقض^(٢)، فعدم الصلاحية يجب أن ينصب على أحد مستشاري النقض، دون الهيئة بكاملها، كذلك يراعى أن مجرد إحالة الطعن إلى دائرة أخرى من دوائر النقض بوجود مانع لدى الهيئة دون بيان هذا المانع لا يدل بذاته على توافر سبب من أسباب عدم الصلاحية^(٣)، ويستوي في ذلك أن يكون العيب المؤدي للانعدام قد شاب حكم المحكمة العليا ذاته أو شاب حكماً مؤيداً من هذه المحكمة ويقدم الدفع بالانعدام أو طلب السحب أمام محكمة النقض في أي وقت دون التقيد بميعاد معين فإذا ثبت للمحكمة صحة الدفع أو الطلب فإن عليها سحب أو إلغاء الحكم المنعدم وإحالة الطعن الذي صدر فيه الحكم المنعدم إلى دائرة أخرى لنظره من جديد، لأنه لا يُعد طعنًا، وإنما هو بمثابة دعوى انعدام أصلية، ومن ثم لا يجري عليه الميعاد المقرر للطعن^(٤).

أما المشرع السعودي فقد جعل حالات الانعدام من ضمن الحالات التي يجوز للمحكوم عليه الطعن فيها بالنقض أمام المحكمة العليا حيث نصت المادة (١٩٣) على أن: للمحكوم عليه الاعتراض بطلب النقض أمام المحكمة العليا على الأحكام والقرارات التي تصدرها أو تويدها محاكم الاستئناف متى كان محل الاعتراض على الحكم ما يلي:

- ١- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها.
- ٢- صدور الحكم من محكمة غير مشكلاً تشكلاً سليماً طبقاً لما نص عليه نظامها.
- ٣- صدور الحكم من محكمة أو دائرة غير مختصة.
- ٤- الخطأ في تكييف الواقعة أو وصفها وصفاً غير سليم.

(١) نقض مدني ١٩٨٠/٣/٣١، طعن رقم (١٣٣٢) لسنة ٤٧؛ ق. م ج، ٣١، ج ق ١٩٥، ٣، ١٠٠، نقض مدني ١٩٧٢/٤/٢٠، طعن رقم ٣ لسنة ٣٣ ق، مجموعة النقض، س، ٢٣، ج ٢، في ٩٦، ص ٦١٩. مشار إليه لدى

خيري عبد الفتاح البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢١٩، ٢٢٠.

(٢) نقض ١٩٩٢/٣/١٥، طعن رقم (٣٤٩٩) لسنة ٦١ ق. نقض ١٩٨٤/١/٢٤، طعن رقم (٨٩١) لسنة ٥٠ ق. نقض ١٩٩٢/٣/١٥، مشار إليه لدى محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقه، الطبعة الثالثة، ١٩٩٥م، بدون ذكر دار النشر، ص ٨٨٨.

(٣) نقض ١٩٩٥/٦/٥م، طعن رقم (٧٤٨١) لسنة ٦٣ ق، ص ٨٤٦، العدد ٤ رقم ١٦٥ مشار إليه لدى أحمد هندي: أحكام محكمة النقض وأثارها، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

(٤) هشام رشاد هيكل انعدام الحكم القضائي، مرجع سابق، ص ٣٧٣، هشام الشميري: الانعدام الإجرائي، مرجع سابق، ص ٥٨٦.

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراستنا - مواجهة العمل الإجرائي المنعدم بدفع فقد خلصنا إلى جملة من النتائج، والتوصيات نعرض أهمها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

١- يُعد الدفع بانعدام العمل الإجرائي وسيلة من وسائل التمسك بالانعدام كجزء إجرائي سواء كان هذا العمل صادراً أثناء سير الخصومة، أو كان على الخصومة بأكملها التي تعرض، كانعدام العمل الأخير فيها وهو الحكم القضائي.

٢- يحق لكل ذي مصلحة التمسك بانعدام العمل الإجرائي سواء كان صادراً أثناء سير الخصومة أو بعد انقضائها كما يحق له التمسك به في أية حالة تكون عليها الإجراءات، وأمام أية مرحلة من مراحل التقاضي، ويكون ذلك عن طريق إنكاره، أو في صورة دفع إجرائي يطلق عليه الدفع بالانعدام، أو عن طريق طلب عارض أثناء سير الخصومة حتى قفل باب المرافعة، أو الطعن في الحكم الصادر في الخصومة على أساس انعدام العمل الإجرائي باعتباره عيباً إجرائياً منهيّاً للخصومة.

٣- يتم مواجهة الإجراء المنعدم الصادر أثناء سير الخصومة بدفع يرفع أمام المحكمة التي تنظر الدعوى حيث تقرر انعدامه، أو من تلقاء نفسها، وعند الحكم فيه، فإنه يتم الطعن فيه مع الحكم المنهي للخصومة، لما قد يترتب على هذا الإجراء المنعدم انعدام الخصومة ولا تسري على ذلك الإجراءات قواعد الطعن في الحكم المنعدم.

٤- إن على قاضي التنفيذ إذا رأى أن الحكم المراد تنفيذه منعدم، أن يمتنع عن تنفيذ ذلك الحكم وأن يكلف أصحاب الشأن برفع دعوى بالانعدام أمام المحكمة المختصة، وهي المحكمة العليا.

٥- يجب أن يمنح قاضي التنفيذ سلطة من حيث قبول الدفع بانعدام الحكم أو عدم قبوله، وألا يوقف التنفيذ إذا حكم بعدم قبول الدفع حتى يصدر حكم من المحكمة العليا بوقف التنفيذ، حتى لا يتعطل تنفيذ الأحكام القضائية.

ثانياً: التوصيات:

نوصي المشرع اليمني بالآتي:

- ١- أن يمنح قاضي الموضوع أيضاً كان الفصل في الدفع بالإجراء المنعدم الصادر أثناء سير الخصومة، وأنه يتم الطعن فيه مع الحكم المنهي للخصومة، لما قد يترتب على هذا الإجراء المنعدم من انعدام الخصومة، ولا تسري على ذلك الإجراء قواعد الطعن في الحكم المنعدم.
- ٢- أن يتم إضافة جملة (ولقاضي التنفيذ الحق بقبول الدفع أو عدم قبوله، وله أن يمتنع عن تنفيذ ذلك الحكم، إذا رأى أنه منعدم، وأن يكلف أصحاب الشأن برفع دعوى بالانعدام أمام المحكمة العليا)، بعد الفقرة الأولى من المادة (٥٧/أ) بحيث يصير نص المادة كالآتي: ١- بدفع أمام قاضي التنفيذ على الحكم- أي السند التنفيذي- ولقاضي التنفيذ الحق بقبول الدفع أو عدم قبوله، وألا يوقف التنفيذ إذا حكم بعدم قبول الدفع، حتى يصدر حكم من المحكمة العليا بوقف التنفيذ، وله أن يمتنع عن تنفيذ ذلك الحكم، إذا رأى أنه منعدم، وأن يكلف أصحاب الشأن برفع دعوى بالانعدام أمام المحكمة العليا.
- ٣- إعادة صياغة الفقرة الرابعة من المادة (٥٧) مرافعات بحيث يصير النص كالتالي: «يواجه الحكم المنعدم بدفع أمام المحكمة العليا إذا كان الحكم مؤيداً منها، أو كانت قد فصلت فيه في الحالات التي يجوز فيها ذلك أو كان مطعوناً عليه بالنقض».

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب اللغة والمصطلحات

- [١] ابن منظور لسان العرب مرجع سابق، الجزء الثاني عشر.
- [٢] أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا المتوفى عام (٣٩٥هـ): معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الرابع ١٩٧٩م، قام بتحقيقه وضبطه عبد السلام محمد هارون.
- [٣] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، المطبعة الكلية، مصر، الطبعة الأولى، سنة ١٣٢٩هـ.
- [٤] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي المتوفى سنة ٨١٧هـ: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة.

ثالثاً: المراجع القانونية:

المؤلفات العامة

- [٥] إبراهيم محمد الشرفي: الوجيز في شرح قانون المرافعات اليمني، دراسة تأصيلية في قانون المرافعات اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م وقانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩١م وتعديلاته، طبعة جديدة ومزينة ومنقحة وفقاً لآخر التعديلات، ٢٠٢٣م.
- [٦] أحمد الوفاء: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة، بدون ذكر سنة النشر.
- [٧] أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الجزء الأول، الطبعة العاشرة ٢٠١٦م.
- [٨] سعيد خالد علي جباري الشرعي: الموجز في أصول قانون القضاء المدني اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، الطبعة الرابعة ٢٠٢٢م.
- [٩] صادق يحيى علي العري: الوجيز في أصول قانون المرافعات اليمني، دار الكتب اليمنية للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، مكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، ٢٠٢٢م.

- [١٠] عادل علي محمد النجار: التنفيذ الجبري وفقاً لقانون المرافعات اليمني، مركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الطبعة الرابعة، ٢٠٢١م.
- [١١] عادل علي محمد النجار البطلان المؤثر في حكم التحكيم، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع صنعاء، الطبعة الثانية، ٢٠١٧م.
- [١٢] عبدالله أحمد عبد القادر الملحاني: الشرح العملي لقانون المرافعات والتنفيذ المدني وفقاً لتعديلات القانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م، بدون دار نشر، الطبعة الثانية، فبراير ٢٠٢٢م.
- [١٣] غالب عبدالله القعيطي شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية مكتبة خالد بن الوليد ودار الكتب اليمنية للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الطبعة الأولى ٢٠٢٠م-١٤٤٢هـ.
- [١٤] فتحي والي الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ٢٠٠١م، بدون تحديد للطبعة.

التشريع

- [١٥] مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الجزء الثاني، ١٩٩٢م.
- [١٦] محمد كمال عبد العزيز: تقنين المرافعات في ضوء القضاء والفقهاء، الطبعة الثالثة، ١٩٩٥م، بدون ذكر دار النشر.
- [١٧] مروان كركبي: أصول المحاكمات المدنية والتحكيم، المنشورات الحقوقية صادر، الجزء الأول، الطبعة الرابعة.
- [١٨] نجيب أحمد عبدالله الجبلي: قانون المرافعات اليمني، مكتبة ومركز الصادق صنعاء، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
- [١٩] هشام موفق عوض: أصول المرافعات الشرعية في نظام القضائي السعودي وفقاً لنظام المرافعات الشرعية الجديد ولأئحته التنفيذية ولأئحة الاستئناف، مكتبة الشقري للنشر وتقنية المعلومات، المملكة العربية السعودية - الرياض، الطبعة الخامسة ١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م.

المؤلفات الخاصة

- [٢٠] إبراهيم التجاني أحمد نظرية البطلان وأثرها على الحقوق الشرعية مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.
- [٢١] أحمد ماهر زغلول: أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط، حجيتها، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة حول نطاق حجية القرارات والإحكام القضائية دار أبو المجد للطباعة بالهرم، مصر، الطبعة الثانية.
- [٢٢] أحمد ماهر زغلول: الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الأمر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، دراسة لقاعدة ثبوت الحجية للحكم بمجرد صدوره ونطاق تطبيقها في القانون المصري، مكتب الرسالة الدولية للطباعة، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م.
- [٢٣] أحمد هندي: التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩م.
- [٢٤] أحمد عوض هندي: أحكام محكمة النقض آثارها وقوتها، دراسة تحليلية في القانونين المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦م.
- [٢٥] الأنصاري حسن النيداني: العيوب المبطللة للحكم وطرق التمسك بها دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٩م.
- [٢٦] الأنصاري حسن النيداني: القاضي والجزاء الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- [٢٧] سيد أحمد محمود أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، بدون تحديد، طبعة، بدون دار نشر، ٢٠٠٥م-١٤٢٥هـ.
- [٢٨] صادق يحيى علي العري: انعدام الحكم القضائي في قانون المرافعات اليمني دراسة تحليلية وصفية لأسباب انعدام الحكم القضائي ووسائل مواجهته والآثار المترتبة عليه وفقاً لآراء الفقه وقواعد القانون وأحكام القضاء، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الطبعة الأولى، ٢٠١٧م.
- [٢٩] طلعت يوسف خاطر: نظرية الانعدام في قانون المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥م.

- [٣٠] عبد الحكيم فوده البطلان في قانون الإجراءات المدنية والتجارية دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩١م.
- [٣١] غنام محمد غنام: نظرية الانعدام في الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة في القانونين الكويتي والمصري، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩م.
- [٣٢] محمد محمود إبراهيم أصول صحف الدعاوى على ضوء آخر أحكام النقض وقانون الشهر العقاري أمام محكمة أول درجة والاستئناف، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦م.
- [٣٣] عادل سالم محمد اللوزي: الحكم القضائي المنعدم دراسة مقارنة رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، جامعة عمان العربية، الأردن، ٢٠٠٤م.

الرسائل العلمية

- [٣٤] عبد العزيز محمد العبد اللطيف: أحكام البطلان في نظام المرافعات السعودي على ضوء الفقه الإسلامي، دراسة تطبيقية مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، الرياض، ١٤٢٥هـ الموافق ٢٠٠٤م.
- [٣٥] لييب عبده دغيش هواش بطلان الحكم القضائي وانعدامه في قانون المرافعات اليمني، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير للأكاديمية اليمنية للدراسات العليا، ٢٠١٤-٢٠١٥م.
- [٣٦] أحمد عبد الحميد أحمد عبد الكريم: نظرية الانعدام في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠١٥م.
- [٣٧] أحمد فتحي سرور: نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، القاهرة ١٩٥٩م.
- [٣٨] فتحي والي وحدها أحمد ماهر زغلول: نظرية البطلان في قانون المرافعات رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٥٨م، دار الطباعة الحديثة، الطبعة الثانية، ١٩٩٧م.
- [٣٩] سحر عبد الجليل سيف المقطري: البطلان في قانون المرافعات اليمني، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عدن، ١٤٤٢هـ- ٢٠١٢م.

- [٤٠] هشام رشاد هيكل: انعدام الحكم القضائي، دراسة تحليلية في قضاء مجلس الدولة المصري والقضاء المقارن، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٠م.
- [٤١] هشام قائد عبد السلام الشميري: الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، رسالة دكتوراه، الخرطوم- السودان، ٢٠١٩م.
- [٤٢] وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس ١٩٦٧م، القاهرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤م.
- [٤٣] أحمد محمد عبد الرؤوف غندور: الحكم المنعدم وآثاره القانونية، رساله مقدمه للحصول على درجة الدكتوراه بالحقوق جامعة الإسكندرية ٢٠١٨م.
- [٤٤] محمد إبراهيم الششتاوي الغرياوي: نحو نظرية عامة لانعدام الإجراء، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٦م.

الأبحاث والمقالات

- [٤٥] خيرى عبد الفتاح السيد البيتانوني: نظرية الانعدام الإجرائي في قانون المرافعات بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، العدد الأول، سنة ٢٠١٢م.
- [٤٦] عصام عبد الوهاب السماوي: نظرية الانعدام في قانون المرافعات اليمني وتطبيق أحكامه.
- في المحكمة العليا، ورقة عمل مقدمة في المؤتمر الخامس لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية المنعقدة في بيروت، بتاريخ ١٧/٩/٢٠١٤م.
- [٤٧] جعفر المغربي الفناطسه وخالد رضوان السمامعة ورائد لطفي صبح: الحكم القضائي المنعدم وآثاره في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد الأول، العدد الأول، ٢٠٢٠م.

القوانين

٤٨ [قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م، المعدل بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م، والقانون رقم (١) لسنة ٢٠٢١م.

٤٩ [قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م، وتعديلاته.

٥٠ [نظام المرافعات الشرعية السعودية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ ولأئحته التنفيذية بقرار وزير العدل رقم (٣٩٩٣٣) وتاريخ ١٤٣٥/٥/١٩هـ.



البحر والدرر
القضاء والقانون

مجلة

البحر والدرر
القضاء والقانون

الرجوع عن الشهادة وأثره في جرائم الحدود بين الفقه الإسلامي والقانون اليمني

القاضي / أحمد عبد الله علي المهدي

المقدمة:

أحمدُ اللهَ السميعَ العليمَ ربَّ العالمين، وأصلي وأسلم علي سيد المرسلين، سيدنا محمد بن عبد الله الصادق الأمين، وعلى آله الطاهرين وأصحابه الراشدين، وبعد:

من المعلوم كمال الشريعة الإسلامية، ومرونتها، وصلاحها لكل زمان، لما اشتملت عليه من قواعد أكسبتها الخلود، مستوعبة كل قديم وحديث، وذلك لأنها منزلة من حكيم عليم، خبير بما يصلح الناس في دينهم وديناهم.

والإنسان جُبِل على حب المال والسعة فيه، وقد يسعى إلى تحقيقه بشتى السبل، الجائز منها وغير الجائز، وعلاقات الناس ببعضهم حتمية، وكثيراً ما يدخلها التجاحد والتناكر، ما يجربهم إلى الخصومة، وما يتبعها من إهدار للوقت وزرع للحقد والبغضاء، وقد عالجت الشريعة كل ذلك من خلال الإثبات، بطرقه المختلفة، قال المصطفى صلى الله عليه وآله وسلم: (على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين) فقطع النزاع وفصل الخصومة في حاجة إلى وسائل الإثبات ليعملها القاضي في قضاؤه، ومن أهم هذه الوسائل الشهادة، التي كثيراً ما تكون الفيصل في الخصومات أمام القضاء، لذلك نالت حظاً وافراً من الدراسة في كتب الفقه تأصيلاً وتعريفاً وتفريعاً، ومن ذلك أفرادهم باباً للرجوع عن الشهادة، وهو موضوع بحثي، وسأتناوله في أربعة مباحث، المبحث التمهيدي أنطرق فيه إلى مفهوم الشهادة ونصابه وأهميته، والمبحث الثاني أتناول فيه مفهوم الرجوع عن الشهادة، ومشروعية الرجوع وركنه وشروطه، والكيفية التي يتم بها الرجوع، وفي المبحث الثالث سأتناول الرجوع عن الشهادة من حيث وقت الرجوع قبل الحكم وبعد الحكم قبل التنفيذ وبعد التنفيذ، وسأخصص المبحث الثالث لآثار الرجوع عن الشهادة في جرائم الحدود بشكل عام وأثره في جريمة الزنا بشكل خاص، متناولاً كل ذلك من منظور الفقه الإسلامي وموقف القانون اليمني من ذلك، وسأنهي البحث بخاتمة وتوصيات.

سبب اختيار البحث:

كان اختياري لموضوع البحث نظراً لأهميته، ولاتصاله بعمل القاضي والقانوني، فمن الناس من يقدم على الشهادة ويرجع عنها، وهو أمر ينبغي معرفة حكمه، وأثره على الدعوى والحكم والشاهد، وأمر كذلك جدير بأن يكون موضوع بحث، إضافة إلى أن شرح القانون اليمني لم يعيروا الرجوع عن الشهادة - في دراستهم - الأهمية التي يحظى بها هذا الموضوع في ساحات القضاء، بل إن كلامهم عن الرجوع عن الشهادة لم يتجاوز حدود النص القانوني.

أهمية البحث:

- ١- التعريف بالرجوع عن الشهادة.
- ٢- الآثار المترتبة على الرجوع عن الشهادة بالنسبة إلى الحكم وما يترتب من أوضاع، وإلى الشاهد.
- ٣- موقف القانون اليمني من الرجوع عن الشهادة، وكيف عالجه.

منهج البحث:

سأنهج المنهج الوصفي، بصفة رئيسية، وذلك باستقراء كتب الفقه الإسلامي التي تناولت موضوع الرجوع عن الشهادة، والمنهج التحليلي فيما يتعلق بقوة الأدلة وضعفها والترجيح بينها.

خطة البحث:

المقدمة.

- المبحث التمهيدي.
 - المطلب الأول: تعريف الإثبات وطرقه.
 - المطلب الثاني: تعريف الشهادة ومشروعيتها.
 - المطلب الثالث: شروط الشهادة وأهميتها.
- المبحث الأول: تعريف الرجوع عن الشهادة، وحكمه وكيفيةه.
 - المطلب الأول: تعريف الرجوع عن الشهادة ومشروعيته.
 - المطلب الثاني: حكم الرجوع عن الشهادة وركنه وشروطه.
 - المطلب الثالث: كيفية الرجوع عن الشهادة.
- المبحث الثاني: وقت الرجوع عن الشهادة.
 - المطلب الأول: الرجوع عن الشهادة قبل الحكم.
 - المطلب الثاني: الرجوع بعد الحكم وقبل التنفيذ.
 - المطلب الثالث: الرجوع بعد التنفيذ.
- المبحث الثالث: الأثر المترتب على الرجوع عن الشهادة في جرائم الحدود.
 - المطلب الأول: الأثر المترتب على رجوع الشهود قبل الحكم.
 - المطلب الثاني: الأثر المترتب على رجوع الشهود بعد الحكم.
 - المطلب الثالث: الأثر المترتب على رجوع المزكي وشهود الإحصان.

المبحث التمهيدي

ويشتمل على ثلاثة مطالب، على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف الإثبات وطرقه

أولاً: تعريف الإثبات:

١- لغةً: الثبوت وهو المحجة، يقال: أثبت الشيء باتاً وثبوتاً دام واستقر وثبت الأمر تحقق وتأكد..... يقال: أثبته وثبته أي عرفه حق المعرفة وأكد بالبيّنات^(١).

٢- اصطلاحاً: استعمل مصطلح الإثبات بمعنى عام وبمعنى خاص: المعنى العام هو إقامة الحجة مطلقاً، سواء كان ذلك عند التنازع أو قبله^(٢)، والمعنى الخاص: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب عليها آثارها.

وعرفه أبو زهرة: «إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو على واقعة تترتب عليها الآثار».

تعريف قانون الإثبات اليمني: الإثبات: إقامة الدليل بالطرق القانونية لإثبات الحق المتنازع عليه أو نفيه.

ثانياً: طرق الإثبات:

هناك خلاف فقهي قانوني في طرق الإثبات بين المقيد لطرق الإثبات والمطلق لها والمذهب المختلط بين الإطلاق والتقييد.

وبما أن موضوع طرق الإثبات ليس صميم بحثي وإنما عرضت له في هذا المبحث التمهيدي باعتباره من الأولويات التي هي بمثابة بوابة الولوج إلى موضوع البحث ولهذا لم أعرض لما ثار بين الفقهاء من خلاف حول طرق الإثبات، وإنما أكتفي بإيراد الطرق التي حددها القانون اليمني.

(١) الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ١/١٤٤ - ١٤٥، دار الجيل بيروت، دون

طبعة - الجوهري، إسماعيل بن محمد، الصحاح، ١/ ٤٥.

(٢) الضبياني، أ. د. / صالح عبدالله، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، ص ٢٩٥.

لقد حصر القانون اليمني طرق الإثبات في الآتي:

١- شهادة الشهود

٢- الإقرار.

٣- الكتابة.

٤- اليمين وردها والنكول عنها.

٥- القرائن الشرعية والقضائية.

٦- المعاينة.

٧- تقرير الخبير.

٨- استجواب الخصم^(١).

ونص قانون الإجراءات الجزائية في المادة (٣٢٣): «تعد من أدلة الإثبات في الدعوى الجزائية:

أ- شهادة الشهود.

ب- تقرير الخبراء.

ج- اعتراف المتهم.

د- المستندات بما فيها تقارير رسمية مرتبطة بشخص المتهم أو وقائع الجريمة والقرائن والأدلة الأخرى^(٢).

المطلب الثاني

تعريف الشهادة وركنها ومشروعيتها وحكم تحملها

أولاً: تعريف الشهادة وركنها:

- ١- تعريف الشهادة لغة: «شَهِدَ شَهِوداً على كذا، أخبر به خبراً قاطعاً فهو شاهد»^(٣).
«الشهادة خبر قاطع تقول فيه: أشهد الرجل على كذا، وقولهم: أشهد بكذا، أي: أحلف، وأصل الشهادة الإخبار عما شاهده»^(٤).

(١) قانون الإثبات اليمني رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م، مادة ١٣.

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

(٣) المنجد، ص ٤٠٦ مادة شهد، ط ٤٢، دار الشروق بيروت.

(٤) ابن منظور، جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، ٧ / ٢٢٣، دار إحياء التراث العربي ط ٢.

٢- تعريف الشهادة اصطلاحاً:

- تعريف الزيدية: «هي إخبار بما شاهد وعلم بلفظ الشهادة في مجلس الحكم، وحقيقتها لفظ مخصوص من عدد مخصوص في محضر حاكم لاستيفاء حقوق»^(١).
- تعريف المالكية: «الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه»^(٢).
- تعريف الشافعية: «إخبار عن الشيء بلفظ خاص»^(٣).
- تعريف الحنفية: «هي الإخبار عن أمر حضره الشهود وشاهدوه، إما معاينة نحو القتل والزنا أو سماعاً كالعقود والإقرار»^(٤).
- تعريف الحنابلة: «إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص»^(٥).
- تعريف القانون اليمني: «الشهادة إخبار في مجلس القضاء من شخص بلفظ «أشهد» لإثبات حق لغيره على غيره»^(١١).

ركن الشهادة:

ركنها لفظ «أشهد» لا غير لأن النصوص اشترطت هذا اللفظ، إذ الأمر القرآني ورد فيها بهذه اللفظة، ولأن فيها زيادة تأكيد، فإن قوله: «أشهد» من ألفاظ اليمين، وهي تتضمن معنى المشاهدة أي الاطلاع على الشيء، فلو قال: «شهدت» لا يجوز؛ لأن الماضي موضوع الإخبار عما وقع، والشهادة يقصد بها الإخبار في الحال^(٦).

ثانياً: مشروعية الشهادة وحكم تحملها:

الأصل في مشروعية الشهادة الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(٧)، وقوله

(١) ابن مفتاح، أبو الحسن عبدالله بن أبي القاسم، شرح الأزهار، ١٨٥/٤، مكتبة غمضان، ١٤٠١هـ.

(٢) الطرابلسي، شمس الدين الطرابلسي - مواهب الجليل شرح مختصر الخليل، ١٦١/٨، دار الكتب العلمية، ط ٢٠٠٢م - ١٤٢٢هـ.

(٣) الدمياطي، محمد سطا، حاشية إعانة الطالبين، ٢٧٣/٤، دار الفكر.

(٤) الموصلية، عبدالله بن محمود بن مودود الموصلية - الاختيار لتعليل المختار - ١٣٩ / ٢، دار الكتب العلمية، ط ١٩٣٧م.

(٥) قانون الإثبات اليمني.

(٦) الزحيلي، أ. دوهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ٦٢٨ / ٨، دار الفكر سورية دمشق، ط ٤ - ابن قدامة، عبدالله بن أحمد بن محمد، المغني، ٢٦٧ / ٦، دار الفكر بيروت، ١٤٠٥ / ط ١.

(٧) سورة الطلاق: من الآية (٢).

تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾^(٢).

أما السنة: فقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم: (شاهدك أو يمينه)^(٣).

وقوله صلى الله عليه وعلى آله وسلم للسائل: (هل ترى الشمس؟ قال: نعم، فقال: على مثلها فاشهد أو دع)^(٤).

أما الإجماع: فلا خلاف في كونها مشروعة عمل بها النبي والصحابة من بعده والتابعون.

أما المعقول: ففي أعمال الشهادة حفظ للحقوق وتطبيق للحدود لحصول التجاحد بين الناس، (قال شريح: القضاء جمرة فادراًها عنك بعودين: «يعني الشاهدين» وإنما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء)^(٥).

حكم تحمل الشهادة:

بالنظر إلى أدلة مشروعية الشهادة السابق إيرادها لا يخلو الأمر من حالتين، الحالة الأولى: ألا يوجد من الشهود إلا النصاب، فهنا يكون تحمل الشهادة فرض عين، قال في البيان الشافي: «فإن كانوا اثنين تعين عليهم أداؤها»^(٦)، الحالة الثانية: أن يزيد عدد الشهود على اثنين فهنا تكون فرض كفاية، والشهادة بعد تحملها حق على الشاهد للمشهد له فمتى طلبها وجب أداؤها ولو مرة بعد مرة حتى يحصل على حقه^(٧).

أما الدخول في الشهادة فقد يكون واجباً إذا خشي تلف المال إذا لم يشهد عليه وفي النكاح، وقد يكون مندوباً وذلك في البيع والمعاملات والرجعة، وقد يكون محظوراً وهو

(١) سورة البقرة من الآية (٢٨٢).

(٢) نفس السورة من الآية (٢٨٢).

(٣) البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، الجامع الصحيح المختصر، دار ابن كثير، اليمامة - بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٧هـ، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، ج ٢ ص ٨٨٩.

(٤) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجدي الخراساني أبو بكر البيهقي، شعب الإيمان، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند، الطبعة الأولى سنة ١٤٢٣هـ، حديث رقم (١٠٤٦٩) ج ١٣ ص ٤٩.

(٥) ابن مفتاح، مرجع سابق، ١٨٢/٤، ابن قدامة، مرجع سابق ١٣٠/١٠.

(٦) ابن مظفر، عماد الدين بن يحيى بن أحمد بن مظفر، البيان الشافي، مكتبة غمضان طبعة مجلس القضاء الأعلى، ١٨٠/٤.

(٧) نفس المرجع ١٨٢/٤.

فاسد الدين وطلاق البدعة، وقد يكون مباحاً في الزيادة على الشاهدين^(١).
وفي قانون الإثبات نصت المادة (٥٧) على أنه: «يجب على متحمل الشهادة أصالة أو إرعاء أداؤها عند طلب المشهود له».

المطلب الثالث

شروط الشاهد والشهادة ونصابها وحجبتها

أولاً: شروط الشاهد والشهادة:

أ- شروط الشاهد:

الشهادة من أدلة الإثبات بها تثبت الحقوق وتستعاد وتوثق المعاملات، وتطبق الحدود، فوجب توافر شروط في الشاهد ليعتد بشهادته، وقد عرض لها الفقهاء عند كلامهم عن الشهادة واكتفي في هذا المبحث باعتباره تمهيدياً أن أورد الشروط التي نص عليها القانون اليمني وهي ذاتها التي قال بها الفقهاء، وهي كما يلي:

- ١- أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً عدلاً.
- ٢- أن يكون قد عاين المشهود به بنفسه إلا فيما يثبت بالسمع، واللمس، ويستثنى أيضاً النسب والموت والزوجية وأصل الوقف فإنه يجوز إتيانه بالشهرة.
- ٣- ألا يكون مجلوداً في حد أو مجروحاً في عدالة ما لم تظهر توبته، وصلاح عدالته، والعدالة هي الصلاح في الظاهر في الشاهد.
- ٤- أن لا يجر لنفسه نفعاً، أو يدفع عنها ضرراً.
- ٥- أن لا يكون خصماً للمشهود عليه.
- ٦- ألا يشهد على فعل نفسه مع مظنة التهمة.
- ٧- أن يكون عالماً بالمشهود به ذكراً له وقت الأداء^(٢).

(١) نفس المرجع ١٨١/٤.

(٢) قانون الإثبات اليمني، المادة رقم (٢٧) وأورد هذه الشروط من الفقهاء العنسي في التاج المذهب، والكاساني في بدائع الصنائع ٢٦٦/٦.

ب- شروط قبول الشهادة:

يشترط في الشهادة شروط منها:

١- أن تكون بلفظها بأن يقول: «أشهد» أما إن قال: «أعلم»، أو في اعتقادي، أو أرى، فلا تعد شهادة ولا تقبل^(١)، ويقول المالكية: بعدم اشتراط التلفظ بالشهادة^(٢) وشروطها (العلم) باللغة العربية وإلا فلا^(٣).

٢- أن يتقدمها دعوى شاملة لها، وذلك فيما يتعلق بحق الأدمي المحض، والشهادة على القذف، والسرقة، أما الشهادة المتعلقة بحق محض لله فلا يشترط فيها ذلك^(٤).

٣- أن تكون في مجلس القضاء وفي حضور المشهود عليه، أو وكيله، أو المنصوب عنه.

٤- أن تكون موافقة للدعوى.

٥- ألا تكون بالنفي الصرف إلا إذا اقتضى الإثبات وألا يكذبها الواقع.

٦- ألا يؤدي الخلاف فيها إلى بطلانها، وقد نص قانون الإثبات اليمني على الاختلاف الذي لا يبطل الدعوى فنصت المادة (٤٩) بأنه لا تبطل الشهادة في الأحوال وبالشروط الآتية:

أ- اختلاف الشاهدين في الألفاظ إذا اتفقا في المعنى.

ب- اختلاف الشاهدين في زمان ومكان الإقرار والإنشاء إذا احتمل التعدد.

ج- اختلاف الشاهدين في مقدار المشهود به، ويصح ما اتفقا عليه، معنى ويستثنى من ذلك مقدار عوض العقد إذا كان العقد محجوراً فيبطل الشهادة واختلاف الشاهدين فيه.

د- اختلاف الشاهدين في صفة المشهود به، تكمل من طابقت شهادته للدعوى بشهادة آخر ويمين المدعي.

٧- أن يكون الشاهد عالماً بالمشهود، ذا كراً له وقت الأداء^(٥).

(١) العنسي، مرجع سابق ٢٩/٤.

(٢) الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد العدوين الشرح الكبير، ١٨٥/٢، المكتبة الشاملة.

(٣) الشامي، أ. د. أحمد محمد، شرح قانون الإثبات اليمني، الجيل الجديد، ط ١ سنة ٢٠١١ م ص ٩٢.

(٤) ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار، ٥٢/٦، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٢، ١٣٩٤ هـ - ١٩٧٥ م.

(٥) الكاساني، مرجع سابق، ٣٢٧/٦.

٨- أن تكون عن علمٍ أو يقين لا عن ظن، قال تعالى: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ)^(١) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: (على مثل الشمس فاشهد أو فذع)^(٢).

شروط شهادة الحدود:

- ١- الذكورة وهو شرط بإجماع الفقهاء؛ لأن الحدود مبناه على الدرء بالشبهة وفي شهادة النساء شبهة؛ لأنهن جبلن على السهو^(٣)، وذهب الظاهرية إلى جواز شهادة النساء في الحدود والقصاص؛ واستدلوا بعموم أدلة الشهادة^(٤).
- ٢- التفصيل وذلك بكشف ما يعتبر اللفظ من الغموض في السرقة وكيفيتها، وزمانها، ومكانها، وجنس المسروق، وصفة الحرز.
- ٣- الاتفاق في الزمان والمكان وجنس المشهود به وقدره^(٥).
- ٤- الأصالة، بأن يرى الشاهد الواقعة بنفسه، فلا تقبل النيابة^(٦).

ثانياً: نصاب الشهادة وحجيتها:

نص القانون اليمني على نصاب الشهادة في قانون الإثبات في المادة (٤٥) وهو النصاب الذي اعتبره الفقه الإسلامي حسب ما يلي:

- ١- في الزنا أربعة رجال^(٧).
- ٢- في سائر الحدود والقصاص رجلان.
- ٣- في الأموال والحقوق ونحوها رجلان، أو رجل وامرأتان، ويجوز أن يقبل غير ذلك فيما استثنى بنص كشهادة المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال، وشهادة الصبيان بعضهم على بعض.

(١) سورة الإسراء، من الآية (٣٦).

(٢) سبق تخريج الحديث.

(٣) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ١٦٩/٩.

(٤) ابن حزم، محمد بن علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، المحلى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ٣٩٥/٩.

(٥) الضبياني، مرجع سابق، ص ٣١٧.

(٦) ابن قدامة، المرجع سابق، ص ١٦٤/٩.

(٧) هذا ما أخذ به الجمهور وخالفهم ابن حزم ورأى أنه يمكن قيام الشهادة برجلين وأربع نسوة واستدل بعموم أدلة شهادة النساء، ابن حزم مرجع سابق، ٤٠٢/٩.

حجية الشهادة:

تعد الشهادة من أدلة الإثبات ذات الأهمية البالغة، فكثيراً ما تكون الشهادة هي الفيصل في الحكم بالإدانة أو البراءة، وقد تكون الدليل الوحيد الذي يستند إليه القاضي في حكمه دون الحاجة إلى دليل آخر، وانطلاقاً من أهميتها عنيت الشريعة الإسلامية بها تفصيلاً، وتأصيلاً، وشروطاً، وأحكاماً، فلا يكاد يخلو منها كتاب من كتب الشريعة الإسلامية، فبها تراق الدماء وتعصم، وتعاد الحقوق إلى أهلها، ولأهميتها حرص المشرع على ضبطها بضوابط تُراعى فيها حال الشاهد والمشهود عليه، يقول المصطفى عليه الصلاة والسلام: «هل ترى الشمس؟ على مثلها فاشهد أو دع» والشهادة ضرورية لقيام الحياة الاجتماعية وما يصاحبها من أحداث، وما يعتبر من وقائع مادية وتصرفات إرادية، ومعاملات عائلية^(١).

(١) الخياري، أ.د. عبدالله علي، حجية الشهادة في الإثبات، مركز الأمين، ص ٣٢.

المبحث الأول تعريف الرجوع عن الشهادة، وحكمه، وكيفية

ويشتمل على ثلاثة مطالب، على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف الرجوع عن الشهادة ومشروعيته وركنه وسأتناوله في فرعين

الفرع الأول

تعريف الرجوع عن الشهادة لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف الرجوع عن الشهادة لغةً:

(رجع يرجع رجعاً ورجوعاً ورجعاً ورجعاً ومرجعاً ومرجعاً انصرف، ومنها عاد يعود عودةً وعوداً)^(١)، (ورجع أب إلى الشيء يؤوب أوباً أو إياباً وأوبة)^(٢)، (ورجع عاد إليه يعود عودةً وعوداً)^(٣)، (والرجوع العود إلى ما كان فيه البدء)^(٤)، رجع من سفره وعن الأمر، ورجعتُ عن الكلام وغيره أي رددته^(٥)، والرجوع نقيض الذهاب، ورجع من سفر وعن الأمر رجوعاً ورجعى ومرجعاً، قال ابن السكيت: هو نقيض الذهاب^(٦).

ثانياً: تعريف الرجوع اصطلاحاً:

تعريف الزيدية: (هو قول الشهود رجعنا عما شهدنا به أو كذبنا)^(٧).

تعريف فقهاء الحنفية: (هو نفي ما أثبتته)^(٨)، (أو يقول رجعت عما شهدت به

(١) ابن منظور، مرجع سابق، ٢٦١/١.

(٢) المرجع السابق، ٢٧٤/١.

(٣) نفس المرجع، ٣١٥/٣.

(٤) الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس، ط١ دارالهداية، ٥٦٥/١.

(٥) المقري، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، ٢٢٠/١، دار الفكر دون طبعة.

(٦) العنسي، مرجع سابق، ٩٩/٤.

(٧) نفسه، ٩٩/٤.

(٨) الطحاوي، أحمد الطحاوي، حاشية الطحاوي، ٢٦٠/٣، دار المعرفة، بيروت، ط١٩٧٥م.

ونحوه^(١)، (الرجوع: هو فسخ الشهادة)^(٢).

تعريف فقهاء الشافعية: (المراد بالرجوع التصريح به فيقول: رجعت عن شهادتي)^(٣).

التعريفات الفقهية المعاصرة للرجوع عن الشهادة:

عرفه وهبه الزحيلي بقوله: «الرجوع عن الشهادة بقول الشاهد: رجعت عما شهدت به ونحوه»^(٤).

وعرفه الباحث السعودي محمد البعيث: «هو القول الذي يصدر من الشاهد ويفهم منه نقضه لشهادته»^(٥).

تعريف القانون اليمني: (هو أن يقول الشاهد: رجعت عن شهادتي أو بأن يكذب نفسه)^(٦).

من تعريفات الفقهاء للرجوع عن الشهادة أجدهم متفقين على اعتبار اللفظ في الرجوع سواءً من قال منهم بلزوم التصريح بالرجوع أو من قال بصحة الرجوع، بأي لفظ يدل عليه، لكنهم لم يتطرقوا في تعريفاتهم إلى الرجوع بالفعل إن دلّ عليه كامتناع الشهود في جريمة الزنا عن البدء بالرجم، ولهذا رأيت أن أعرف الرجوع بما يشمل اللفظ والفعل.

تعريف الباحث للرجوع عن الشهادة:

هو كل قول أو فعل دلّ على الرجوع عن الشهادة صراحةً أو ضمناً.

(١) الشيخ نظام، أبو الظفر محيي الدين محمد، الفتاوى الهندية، ٥٤٣/٣، مطبعة بولاق ط ١٣٠٣ ط ٢، ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق، ١٢٧/٧، دار المعرفة بيروت ط ٢.

(٢) السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد دبن سهل، المبسوط، ١٩٨/١٦، دار الفكر للطباعة والنشر، ط ١، ٢٠٠٠م - ١٤٢١هـ.

(٣) الشرييني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج، ٦٠٤/٤، بيروت دار الفكر العربي، ط ١٤١٢هـ - ١٩٩٥م.

(٤) الزحيلي، مرجع سابق، ٦٠٥/٨.

(٥) البعيث، خالد محمد البعيث، أثر الرجوع عن الشهادة، رسالة ماجستير، ص ٣٦، غير مطبوعة.

(٦) قانون الإثبات اليمني، مادة ٥٠.

الفرع الثاني

مشروعية الرجوع عن الشهادة وركنها

أولاً: مشروعية الرجوع عن الشهادة:

استدل الفقهاء على مشروعية الرجوع عن الشهادة بأدلة من السنة وأقوال الصحابة وبالمعقول:

١- من السنة:

أ- ما رواه المغيرة بن شعبه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال في شاهد شهد ثم رجع عن شهادته بعد أن حكم بها رسول الله: (تمضي شهادته الأولى لأهلها والآخرة باطلة)^(١)، واستدل بهذا الحديث المالكية^(٢).

ب- عن المسيّب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: (إذا شهد الرجل بشهادتين قبلت الأولى وتركت الأخرى وأنزلت منزلة الكلام)^(٣)، وعنه قال: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في الرجل يغير شهادته قال: (يؤخذ بالأولى)^(٤).

٢- من أقوال الصحابة:

ما روي عن أمير المؤمنين علي أنه شهد عنده شاهدان على رجل بسرقة فقطع يده، ثم جاء بالآخر، وقال: هذا هو السارق وأخطأنا في الأول، فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتهما^(٥)، وبهذا استدل فقهاء الزيدية^(٦) والحنفية واعتبره الحنفية أصل المشروعية، وأضاف صاحب الاختيار إلى هذا الأصل قول عمر رضي الله عنه في كتاب القاضي: (فلا يمنعك قضاء قضيته وراجعت فيه نفسك، وهديت لرشدك أن ترجع فيه إلى الحق فإن الحق قديم لا يبطله شيء، والرجوع

(١) ورد في كتاب التاج والإكليل ولم أعثر له على تخريج.

(٢) العبدري، محمد بن يوسف أبي القاسم، التاج والإكليل، ١٩٩/٦، دار الفكر بيروت، ط٢، ١٣٩٨هـ.

(٣) الصنعاني، أبو بكر عبدالرزاق بن همام، المصنف، ٣٥٢/٨، المكتب الإسلامي بيروت، ط٢.

(٤) ابن أبي شيبة، عبدالله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، ١٥/٦، مكتبة الرشد الرباط، ط١٤٠٩هـ.

(٥) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، باب الاثنان أو أكثر يقطعان يد ورجل معاً، ٧٤٠/٨،

مطبعة دار الكتب العلمية، ط٣ - ٢٠٠٣م، تحقيق: محمد عبدالقادر.

(٦) ابن مظفر، مرجع سابق، ٢٨٤/٤.

إلى الحق خير من التماسي في الباطل) فكذلك الشاهد لأن الرجوع عن الشهادة الباطلة رجوع من الباطل إلى الحق^(١).

٣- المعقول:

إن الشاهد بشهادته تسبب بإتلاف المال على المشهود عليه بإخراجه من ملكه يداً، وتصرفاً، وإذا أزاله بغير عوض ضمن الجميع، وإن كان بعوض إن كان مثلاً له لا ضمان عليه، وإن كان أقل منه ضمن الناقص^(٢)، وفي إصرار الشاهد على الشهادة زوراً ارتكاب كبيرة من الكبائر^(٣).

ثانياً: ركن الرجوع عن الشهادة:

تعريف الركن: تفرد الحنفية بالنص على ركن الرجوع عن الشهادة، «وهو أن يقول الشاهد: رجعت عما شهدت به، أو ما شهدت به فهو زور، أو كذبت في شهادتي»^(٤).

وقد سبق أن أشرت في المبحث التمهيدي إلى أن ركن الشهادة التلفظ بها بأن يقول الشاهد: أشهد، فاعتبره الفقهاء ركناً في الأداء لا تقبل الشهادة من دونه^(٥) وكذلك اعتبر ركناً في الرجوع.

(١) الموصلي، مرجع سابق، ١٣٢/٢.

(٢) المرجع السابق، ١٥٣/٢.

(٣) عن خريم بن مقاتل قام صلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بنا صلاة الصبح فلما انصرف قام قائماً فقال: (عدلت شهادة الزور الإشراف بالله) ثلاث مرات ثم قرأ: (واجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور) وضعفه أبو داود، وجاء في صحيح مسلم سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن الكبائر فقال: (الشرك بالله، وقتل النفس، وعقوق الوالدين، وقال ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قال: قول الزور- أو قال: شاهد الزور) صحيح مسلم ٩٢/١، باب بيان كون الإيمان بالله أفضل الأعمال.

(٤) ابن نجيم، زين الدين الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ١٢٧/٧.

(٥) الكاساني، مرجع سابق.

المطلب الثاني

حكم الرجوع عن الشهادة وشروطه

الفرع الأول

الحكم التكليفي للرجوع عن الشهادة:

الشهادة لا تخلو من حالين: إما أن تكون بحق، أو تكون زوراً ولكل حالة حكمها، الحالة الأولى: أن تكون عن صدق ومتعلقة بحق من حقوق العباد أو بحق من الحقوق الخالصة لله غير الحدود، فهنا لا يجوز الرجوع عنها ويأثم من رجع فيها لأن الشهادة في هذه الحالة مأمور بها شرعاً لقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(١)، والأمر هنا للوجوب، وقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾^(٢) فالنهي عند الدعاء أمرٌ بالحضور للأداء^(٣)، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾^(٤) وشهادة الزور من الكبائر، والشهادة إذا كانت عن حق فإن الرجوع عنها تضييع للحقوق^(٥)، الحالة الثانية: أن تكون شهادة الشاهد زوراً: من المعلوم في الدين وجوب اجتناب الزور، فإذا ما شهد الشاهد بزور فإنه يجب عليه الرجوع عنها، إذ الرجوع أمرٌ مرغوب فيه ديانةً لأن فيه خلاصاً من عقاب الكبيرة، وشهادة الزور وكتمان الحق سواء^(٦)، ولأن الرجوع عن شهادة الزور رجوع إلى الحق والعدل والصدق، والرجوع إلى الحق خير من التماسي في الباطل، فلا يمنع الاستحياء من الناس من الرجوع عنها، فالاستحياء من الله أولى بكثير من الاستحياء من الناس، وتحمل عقوبة في الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وشهادة الزور من الكبائر نهى عنها النبي صلى الله عليه وآله وسلم حيث قال: (ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قالوا: نعم، قال: الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وكان متكئاً فاستوى جالساً ثم قال: ألا وقول الزور) فجعل يكررها حتى قلنا: ليته سكت^(٧). وحديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: (الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعه الملائكة في السماء

(١) سورة الطلاق من الآية (٢).

(٢) سورة البقرة من الآية (٢٨٢).

(٣) السرخسي، مرجع سابق، ١٦/٣٤٤.

(٤) سورة البقرة من الآية (٢٨٣).

(٥) أبو العينين، القضاء والإثبات، الضبياني مرجع سابق، الزحيلي، محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ٧٧٩/٢،

مكتبة دارالبيان ط٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

(٦) ابن نجيم، مرجع سابق، ١٣٧/٧.

(٧) السنن الكبرى للبيهقي، ١٠/٢٠٧.

والأرض) وجاء في سنن البيهقي: (وشاهد الزور لا تزول قدماه حتى توجب له النار)^(١).

الفرع الثاني

شروط الرجوع عن الشهادة

لصحة الرجوع عن الشهادة شروط أوردتها الفقهاء - خاصة فقهاء الحنفية - وسأعرض لآراء الفقهاء في على النحو الآتي:

الشرط الأول: أن يكون الرجوع في مجلس القاضي:

رأي الزيدية: جاء في الأزهار «ومن شهد عند عدل ثم رجع عنده أو عند مثله بطلت قبل الحكم»^(٢)، أما إذا لم يشهدوا عند حاكم عدل أو لم يرجعوا عند حاكم عدل لم يصح رجوعهم قد اتضح دعوى كونهم قد رجعوا^(٣)، فالزيدية اشترطوا للقول بصحة الرجوع أن يكون الرجوع في مجلس القاضي إذا كان الرجوع قبل الحكم أما بعد الحكم فإن الرجوع يصح وإن لم يكن في مجلس القاضي، وشرط الرجوع في مجلس القاضي هو شرط للحكم بالضمان، فلا إشكال أنه لا يحكم بشهادتهم إذا صح له وتواتر إليه أنهم قد رجعوا، ولو كان رجوعهم في غير حضرة حاكم^(٤)، فالرجوع عن الشهادة عند الزيدية ينتج أثره في عدم الحكم بشهادتهم ولو كان رجوعهم في غير مجلسه إذا تواتر إليه الرجوع، أما فيما يتعلق بالحكم بالضمان فلا يكون إلا إذا كان الرجوع في مجلسه، وذلك لأن الضمان مختلف فيه، فلا يحسب إلا بحكم الحاكم عليهم بالضمان.

رأي الحنفية: لا يصح الرجوع عن الشهادة عند الحنفية إلا بحضرة الحاكم، لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي - أي قاضٍ - ولأن الرجوع توبة، والتوبة على حسب الجنائية، فالسر بالسر، والإعلان بالإعلان^(٥)، وبهذا فالرجوع عندهم لا يتبع أثره إلا إذا كان في مجلس القاضي، فلو أن المشهود عليه ادعى

(١) المرجع السابق، ٢٠٨/١٠.

(٢) ابن المرتضى، الأزهار، ص ٢٦٦، مكتبة الإرشاد.

(٣) ابن مفتاح، مرجع سابق، ٢٢٠/٤.

(٤) العنسي، مرجع سابق، ص ٩٩، ابن مظفر، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

(٥) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد الصيواصي، شرح فتح القدير، ٤٧٩/٧، دار الفكر، ط ٢، الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق ٢٨٥/٦، الميداني الدمشقي، عبدالغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ٣٧٨/١، دار الكتاب العربي تحقيق محمود أمين النوي، دون طبعة.

رجوع الشهود وطلب منهما اليمين فلا يقبل، لأنه ادعى رجوعاً باطلاً^(١).

حجتهم:

- ١- لأن الرجوع فسخ للشهادة، فيختص بما تختص به الشهادة من شروط المجلس.
 - ٢- لأن الرجوع توبة، والتوبة على حسب الجناية، السر بالسر، والإعلان بالإعلان.
 - ٣- مجلس القاضي شرط لابتداء الشهادة، فكذاك يكون شرطاً لفسخها.
- ومما سبق يظهر اتفاق الزيدية والحنفية في اشتراط المجلس للحكم بالضمان، أما فيما يتعلق بالشهادة ذاتها فأكثر الزيدية يرون صحة الرجوع ولو بغير حضرة الحاكم، وفارقهم الحنفية في هذا.
- رأي المالكية: لم يشترط المالكية مجلس القاضي للرجوع عن الشهادة، فالرجوع عنها ينتج أثره ولو في غير مجلسه^(٢).

الشافعية والحنابلة: لم أعثر لهم على رأي فيما يتعلق بشرط المجلس.

القانون اليمني: ما موقف القانون اليمني من شرط المجلس؟ وهل اعتبره؟

نصت المادة (٥٠) من قانون الإثبات (يصح الرجوع عن الشهادة قبل الحكم وبعده؛ بأن يقول الشاهد: رجعت عن شهادتي أو يكذب نفسه، ولا بد أن يكون الرجوع أمام المحكمة التي سمعت الشهادة إذا كانت قد حكمت بشهادته، لا قبل الحكم فيكفي لتوقفها عن الحكم بشهادته ثبوت رجوعه أو إكذابه نفسه ولو خارج المحكمة)^(٣).

يتضح من هذا النص أن القانون اليمني فرق بين حالتين، الحالة الأولى: الرجوع عن الشهادة قبل الحكم: وفي هذه الحالة لم يشترط المشرع أن يكون الرجوع في مجلس القاضي، بل يكفي القاضي للتوقف عن العمل بالشهادة ثبوت رجوع الشاهد عنها أو إكذابه لنفسه ولو خارج مجلسه، الحالة الثانية: الرجوع عن الشهادة بعد الحكم: في هذه الحالة اشترط المشرع أن يكون الرجوع أمام المحكمة التي سمعت شهادته ليصح الرجوع وينتج أثره.

وبهذا فإن القانون اليمني أخذ برأي الزيدية كما أوضحناه سابقاً.

(١) ابن مازة، محمد بن أحمد، المحيط البرهاني، ٥٩٥/٩، دار إحياء التراث العربي، ط ٢.

(٢) العبدري، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل، ١٩٩/٦، دار الفكر، ١٣٩٨هـ.

(٣) قانون الإثبات اليمني.

- ترجيح الباحث: أقول وبالله التوفيق: إن المذهب الزيدي هو الراجح لما يأتي:
- ١- إذا ثبت للقاضي رجوع الشهود عن شهادتهم خارج مجلسه، أو في مجلسه حصل له بذلك شك في شهادتهم، ومن ثم زعزعة في عقيدته، والحكم لا يبنى إلا على أدلة قوية.
 - ٢- إن الشهود قد يتحرجون عن الرجوع عن الشهادة في مجلس القاضي.
 - ٣- إن التوبة لا تختص بزمان ولا مكان معين، فإذا ثبت للقاضي أنهم رجعوا عن شهادتهم ثبت له سقوط شهادتهم فلا يعمل بها.

الشرط الثاني: أن يكون رجوع الشاهد عن إرادة حرة وسليمة:

تعتبر سلامة الإرادة من شروط صحة الرجوع عن الشهادة، فإذا كانت شهادته بحق ثم رجع عنها تحت ظرف الإكراه والتهديد، وعلم القاضي بهذا الظرف فلا عبء بالرجوع هنا.

الشرط الثالث: أن يحكم القاضي بـرجوع الشهود:

قال ابن الهمام: «وزاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي بـرجوعهم ويضمنهما المال»^(١)، وقال ابن نجيم: «وشرطه كونه بعد القضاء»^(٢).

الشرط الرابع: أن يكون حال الشاهد عند الرجوع أعدل من حاله عند الشهادة:

تفرد بهذا الشرط الحنفية، ويراد به أن على القاضي معرفة حال الشاهد من عدالة، أو فسق، أو تهمة يوم رجوعه، ويقارنها بحالة يوم شهادته، فإذا كان يوم رجوعه أعدل منه في يوم شهادته عمل بالرجوع، وإلا فلا يعمل بالرجوع، وهذا الشرط هو شرط أبي حنيفة، وقيل: إنه رجع عنه^(٣).

(١) ابن الهمام، مرجع سابق، ٤٧٨/٧.

(٢) ابن نجيم، مرجع سابق، ١٢٧/٧.

(٣) السرخسي، مرجع سابق، ١٨٧/١٦، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، حاشية ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، ط ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

المطلب الثالث

الكيفية التي يتم بها الرجوع عن الشهادة

الرجوع عن الشهادة إما أن يكون صريحاً، وإما أن يكون ضمناً، وتحت كل منهما صور، لذلك سأقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول

الرجوع الصريح

صور الرجوع الصريح هي كالتالي:

الصورة الأولى: قول الشاهد: رجعت عن شهادتي، أو كذبت في شهادتي، أو ما شهدت به فهو زور.

يعتبر الرجوع بلفظه عن الحنفية ركناً في الرجوع، يقول ابن نجيم: «وركنه هو قول الشاهد: رجعت عما شهدت به»^(١)، والرجوع في هذه الصورة مسقط للشهادة بإجماع الفقهاء.

الصورة الثانية: قول الشهود: أخطأنا: هذه الصورة صريحة في الرجوع، والرجوع عن الخطأ فضيلة فلا جناح على الشاهد إذا أخطأ ورجع عن خطئه، وهذا فيما يتعلق بينه وبين خالقه^(٢)، أما فيما يتعلق بالعباد فله حكمه وسأعرض له لاحقاً.

الصورة الثالثة: الأمر بالتوقف: إذا شهد الشاهد ثم قال للقاضي: توقفت عن الحكم هل يتحقق الرجوع بقوله توقفت؟

قال الإمام النووي: «إن قال الشهود للقاضي بعد الشهادة توقف في القضاء وجب التوقف، فإن قالوا بعد ذلك: أقض فنحن على شهادتنا ففي جواز ذلك وجهان أحدهما الجواز»^(٣)،

(١) ابن نجيم، مرجع سابق، ١٢٧/٧.

(٢) البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع، ٤٤٢/٦، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤٠٢هـ + السرخسي، مرجع سابق، ٢٩٩/٩ - النووي، مجد الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، ١٧٨/٢٠، المكتبة الشاملة.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ٢٩٦/١١، دار الفكر ١٤٥٠هـ - الشرواني، عبد الحميد المكي، حواشي الشرواني، ٢٧٨/١٠، دار الفكر - الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روضة الطالب، ٣٨١/٤، دار الكتب العلمية، بيروت ط ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٠م.

ويظهر بذلك أن الأمر بالتوقف يكون رجوعاً عن الشهادة إذا لم يستأنف القول بأن يحكم.

الصورة الرابعة: فسخ الشهادة والقول ببطلانها: تتم هذه الصورة بأن يقول الشاهد بعد أداء شهادته: هي مفسوخة، أو باطلة؛ لأن ذلك إخبار، أو منقوضة^(١)، لكن إذا قال الشاهد: أبطلت شهادتي، أو فسختها، ففي دلالتها على الرجوع خلاف، القول الأول: إذا قال بطلت شهادتي أو فسختها، فمن الرجوع الصحيح^(٢)، القول الثاني: لا يعتبر من الرجوع؛ لأن الشاهد لا يستطيع أن ينشئ إبطالها ما دام قد أداها أمام الحاكم صحيحة وقبلت^(٣).

الصورة الخامسة: تكذيب الأصل فرعه، أو تكذيب الفرع أصله^(٤).

الفرع الثاني

الرجوع غير الصريح

للرجوع غير الصريح صور وهي:

الصورة الأولى: امتناع شهود الزنا عن البدء في الرجم، حد الشاهد في الزنا إذا ثبت بشهادة الشهود وكان الزاني محصناً هو الرجم، فإذا امتنع الشهود عن البدء بالرجم فهل يعتبر امتناعهم رجوعاً عن شهادتهم أم لا؟ للفقهاء قولان، القول الأول: إن إحجام الشهود عن البدء بالرجم يعتبر رجوعاً ويهدأ الحد، وهذا القول لجمهور الحنفية، وذلك لأن مذهبهم يوجب بدء شهود الزنا بالرجم^(٥)، القول الثاني: لا يرون إحجام الشهود عن البدء بالرجم رجوعاً عن الشهادة، فعندهم أن بدء الشهود بالرجم ليس واجباً، بل مستحباً، وهذا مذهب الجمهور من المالكية^(٦)، والشافعية^(٧) ورواية عن أبي يوسف من الحنفية.

(١) الهيثمي، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ٧١/٨، المكتبة الشاملة.
(٢) الرملي، شهاب الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ٣٢٧/٨، دار الفكر للطباعة، ١٩٨٤م.

(٣) الشرواني، المرجع السابق، ص ٢٨٧، الشرييني، المرجع السابق، ٦٠٧/٤.

(٤) الرملي، مرجع سابق، ٣٨٤/٤، السعدي، علي بن الحسين، التنف في الفتاوى، تحقيق صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة بيروت، ط ١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ٦٥٦/٣.

(٥) الكاساني، مرجع سابق، ٥٨/٧.

(٦) ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، ١٠٧٠/٢، مكتبة الرياض الحديثة، ط ٢، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

(٧) الرملي، مرجع سابق، ٤٣٢/٧.

أدلة القول الأول:

أ- إن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب كرم الله وجهه قال حين رجم شراحة الهمدانية: «إن الرجم سنة سنّها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمي، الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره، ولكنها أقرت فأنا أول من رماها»^(١).

ب- إن الإنسان قد يجزؤ على شهادة الزور فإذا عرف أن البدء في تنفيذ الحد منه فإنه قد يستعظم الأمر فيتوقف عن الرجم، فإذا شهد ولم يبدأ بالرجم كان دليلاً على رجوعه، وأن شهادته كانت كذباً فيسقط الحد لوجود الشبهة^(٢).

أدلة القول الثاني:

قاسوا حد الرجم على حد القطع والجلد في عدم لزوم بدء الشاهد بتنفيذ الحد^(٣).
ترجيح الباحث: أقول وبالله التوفيق: برجحان القول الأول لقوة أدلته، فالشاهد قد يجسر على الشهادة زوراً لكن أن ينفذ الحد وهو يعلم أنه بني على باطل فلا، وذلك يورث شبهة والحدود تدرأ بالشبهات.

الصورة الثانية: طلب التوقف عن الحكم: قد يدلي الشاهد بشهادته في مجلس القاضي، ثم يطلب منه التوقف عن الحكم فهل يكون هذا رجوعاً عن الشهادة؟

للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال، القول الأول: اعتبر التوقف رجوعاً عن الشهادة قال بهذا القول ابن المرتضى «فإن قالوا بعد أن شهدوا: تتوقف حتى نستثبت شهادتنا، فوجهها تبطل شهادتهم لتردهم»^(٤)، القول الثاني: لا يكون ذلك رجوعاً، جاء في أسنى المطالب: «فإن قالوا للحاكم بعد شهادتهم: توقف عن الحكم ثم قالوا: احكم فنحن على شهادتنا، حكم لأنه لم يتحقق رجوعهم ولا بطلت أهليتهم»^(٥)، القول الثالث: يرجع إلى اجتهاد القاضي، قال بهذا الهيتمي^(٦).

(١) مسند أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ١٨٧/٢.

(٢) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ٤٨٧/٧، دار الفكر.

(٣) ابن عبد البر، المرجع السابق، ١٠٧٠/٢، الكاساني، مرجع سابق، ٣٧٢/١٢.

(٤) ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ٤٦/٦.

(٥) الأنصاري، مرجع سابق، ٣٨١/٤.

(٦) الهيتمي، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، الفتاوى الفقهية، ٣٥٤/٤، دار الفكر- بيروت.

الصورة الثالثة: ادعاء الشهود الفسق: إذا شهد الشهود ثم أقرروا على أنفسهم بالفسق أو الجرح، هل يكون ذلك رجوعاً عن شهادتهم؟

من استقرائي لآراء الفقهاء وجدتهم لم يعرضوا لمثل هذا إلا ما جاء في الفقه الزيدي بأن ادعاء الشهود الفسق أو الجرح لا يعد رجوعاً عن الشهادة، وعللوا ذلك بجواز أن يكون فسقهم أو جرحهم مما يختلف فيه^(١).

الصورة الرابعة: إنكار الشهادة هل يكون رجوعاً؟

قال العنسي في التاج المذهب: «وأما إذا أنكروا الشهادة فلا يلزمهم شيء من ذلك ولا يكون رجوعاً» وجاء في كشاف القناع «وإنكار أصل الشهادة لا يكون رجوعاً»^(٢).

حكم الرجوع عن الرجوع في الشهادة:

تعريفه: هو أن يشهد الشاهد ثم يرجع عن شهادته وبعد ذلك يرجع عن رجوعه الأول.

ما موقف الفقه الإسلامي من الرجوع عن الرجوع؟

جاء في التاج المذهب وشرح الأزهاري^(٣): «لا يصح الرجوع عن الرجوع لأنه بالرجوع قد لزمهم حق وصار كالإقرار بحق لآدمي فلا يصح الرجوع عنه»، وهو ما قال به فقهاء المالكية وعللوا ذلك بقولهم: لأن رجوعهم عن الرجوع يعد ندماً ولأنه بمنزلة من أقر به ورجع عن إقراره^(٤).

وبعدم قبول الرجوع عن الرجوع في الشهادة أخذ المشرع اليمني حيث نص قانون الإثبات في المادة (٥١): «لا يصح الرجوع عن الرجوع في الشهادة»، ويكمن تعليل موقف الفقه والقانون بحصول الشك في رجوعه عن الرجوع الأول فلا يقبل منه الرجوع عن الرجوع في الشهادة.

(١) ابن مظفر، مرجع سابق، ٤/٤٧٠.

(٢) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عابدين، حاشية رد المحتار، ٥/٥٠٤، دار الفكر للطباعة والنشر تاريخ ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.

(٣) العنسي، مرجع سابق، ص ٩٧/٤، ابن مفتاح، مرجع سابق، ٤/٢٢٢.

(٤) الدردير، مرجع سابق، ٢/١٥٨، الطرابلسي، شمس الدين أبو عبدالله بن محمد بن محمد بن عبدالرحمن، مواهب الجليل، ٨/٣٤٣، دار عالم الكتاب طبعة ٢٠٠٢م.

المبحث الثاني وقت الرجوع عن الشهادة

ويشتمل على ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول الرجوع عن الشهادة قبل الحكم

الشهادة في مجلس القاضي يترتب عليها أثر في توجيه الحكم، وقد تكون هي الدليل المعتمد عليه في القضية دون أن توازره أدلة أخرى فيبنى عليها القاضي حكمه، فإذا ما أدلى الشهود بشهادتهم في مجلس القاضي ثم رجعوا عنها بعد ذلك فهل للقاضي أن يعمل برجوعهم عن الشهادة ومن ثم لا يقيم لها وزناً، أم له الالتفات عن الرجوع بأعمال الشهادة في قضاؤه؟

لمعرفة ذلك نعرض أقوال الفقهاء في ذلك، وموقف القانون اليمني:

أولاً: موقف الفقه الإسلامي: باستقراء آراء فقهاء المذاهب الإسلامية المتناولة في هذا المبحث أجد لهم قولين، القول الأول: إن رجوع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم يوجب على القاضي عدم العمل بشهادتهم، وهو قول جمهور الفقهاء الزيدية^(١)، والحنفية^(٢)، والشافعية^(٣)، والمالكية^(٤)، والحنبلية^(٥)، والإمامية^(٦)، والظاهرية^(٧)، قال ابن المرتضى: «وإذا رجع الشهود قبل الحكم لم يحكم بها مطلقاً»^(٨)، وعلى الراجع أن يعلم الحاكم ثلثاً يحكم، فإذا رجع الشهود قبل الحكم سقطت؛ لأن الحق إنما يثبت بالقضاء^(٩).

(١) ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ٤٥/٦.

(٢) الموصلي، مرجع سابق، ١٥٤/٢.

(٣) الأنصاري، مرجع سابق، ٤٣٨١.

(٤) ابن عبد البر، مرجع سابق، ٩١٨/٢.

(٥) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ٢١٩/١٠.

(٦) العاملي، زين الدين علي بن العاملي الجعبي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ١٩٢/٢، دار العالم الإسلامي، بيروت.

(٧) ابن حزم، مرجع سابق، ٥٢٩/٨.

(٨) ابن المرتضى، الأزهري، مرجع سابق، ص

(٩) العناية شرح الهداية، ص ٣٧، ابن مازة، مرجع سابق، ٥٩٦/٩.

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالآتي:

- ١- الشهادة شرط الحكم فيشترط استدامتها إلى انقضائه كعدالتهم^(١).
 - ٢- لأن الحكم تابع للشهادة، وقد نقضت، فلا يدري أصدقوا في الأول أو في الثاني، فلا يبقى ظن الصدق فيها^(٢).
 - ٣- إنه يحتمل أن يكونوا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع، ويحتمل أن يكونوا كاذبين في الشهادة صادقين في الرجوع، فلا يحكم بها قبل الحكم مطلقاً^(٣).
 - ٤- لأن الحق إنما يثبت بالقضاء، والقاضي لا يقضي بكلام متناقض^(٤).
- القول الثاني:** حكى عن أبي ثور^(٥)، أن رجوع الشاهد قبل الحكم لا يعمل به، بل يفضي القاضي بتلك الشهادة، ويهدر رجوعهم^(٦).

أدلة القول الثاني:

- ١- قاس الرجوع عن الشهادة على الرجوع في الإقرار بعد الحكم.
- نوقش في هذا: أن الرجوع عن الإقرار إسقاط حق قد لزمهم، والحكم بعد نفوذه لا ينقض بالشك، فافترقا^(٧).
- ٢- إن الشهادة قد أديت، فلا تبطل برجوع من شهد كما لو رجع بعد الحكم.
- نوقش قولهم بأن هذا فاسد، لأن الشهادة شرط الحكم، فإذا زالت قبله لم يجز، كما لو فسق، ولأن رجوعه يظهر به كذبه^(٨).

(١) ابن عبد البر، الكافي، المرجع سابق، ٩١٨/٢.

(٢) الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الكافي في فقه الشافعي، مرجع سابق، ٢٥٣/١٧، دار الكتب العلمية، النووي، المجموع شرح المذهب، ٢٧٨/٢.

(٣) ابن مفتاح، مرجع سابق، ٢٢٠/٤.

(٤) ابن نجيم، مرجع سابق، ١٢٨/٧، دار المعرفة.

(٥) هو أبو هنيئ بن خالد بن أبي اليمان أبو ثور الكلبي الفقيه البغدادي، كنيته أبو عبدالله، وأبو ثور لقب، روي عن ابن عيينة، ووكيع والشافعي، قال عنه الحاكم: كان فقيه أهل بغداد ومفتيهم في عصره توفي سنة ٢٤٠هـ (تهذيب التهذيب، ٧٨/١).

(٦) ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ٤٦/٦، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ص ١٤٠-١٤٥، الكاساني، مرجع سابق، ٢٨٥/٦.

(٧) ابن المرتضى، البحر الزخار، المرجع السابق، ٤٦/٦.

(٨) ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة، الشرح الكبير، ١١٦/١٢، المكتبة الشاملة.

ترجيح الباحث: أقول وبالله التوفيق: إن القول الأول هو الراجح، لقوة الأدلة التي ساقها جمهور الفقهاء، أما ما استدل به أبو ثور فهو فاسد إذ الشهادة شرط الحكم، فإذا انهارت قبل الحكم لم يعد للعمل بها محل، وقياسه على الرجوع عن الإقرار قياس مع الفارق، إذ الرجوع عن الإقرار يكون في حال قد لزمهم الحكم، فلا ينقض فافتراقاً، كما أنه من المعلوم أن من مبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية أن يكون الدليل يقيناً، وأن تستمر يقينيته حتى الحكم والتنفيذ، فإذا لم تستمر اليقينية بحيث شك فيها فلا يعمل بها.

موقف القانون اليمني: تنص المادة (٥٢) من قانون الإثبات «إذا كان الرجوع قبل الحكم فلا يحكم بالشهادة، ويكون الحكم بها بعد الرجوع باطلاً، ويحاكم القاضي إذا كان الرجوع في مجلسه».

يتبين من النص أخذ القانون اليمني بالقول الأول، وهو قول جمهور الفقهاء، فإذا رجع الشاهد عن شهادته قبل الحكم، فإن القاضي لا يقضي بشهادته، وإن أعملها في قضائه بطل، بل إن القانون اليمني زاد على بطلان الحكم محاكمة القاضي إذا كان الرجوع في مجلسه، أما إن كان الرجوع في غير مجلسه فيفهم عدم محاكمته ويحمد للقانون اليمني هذا الاتجاه.

المطلب الثاني

الرجوع عن الشهادة بعد الحكم وقبل التنفيذ

إذا أدلى الشاهد بشهادته في مجلس القاضي ثم رجع عنها بعد أخذ القاضي بها والحكم بمقتضاها، وقال: رجعت عن شهادتي، أو أخطأت، أو غير ذلك من الألفاظ المعتبرة في الرجوع فما إثر ذلك على الحكم في الفقه الإسلامي والقانون اليمني؟

أولاً: في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في هذه الحالة على ثلاثة أقوال، القول الأول: فرقوا بين ما إذا كان المحكوم به مائلاً وما في معناه، أو حداً وقصاصاً:

أ- إذا كان المحكوم به مائلاً أو ما في معنى المال، فإن رجوع الشاهد عنه غير مؤثر ولا يعمل به.

ب- إذا كان حداً أو قصاصاً فتسقط الشهادة وينقض الحكم.

وقال بهذا: فقهاء الزيدية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، ووجه عند المالكية^(٤)، والإمامية^(٥)، والإباضية.

أدلتهم:

- ١- إن رجوعهم في الحدود والقصاص شبهة فتسقط العقوبة بخلاف المال فلا يتأثر بالشبهة.
- ٢- إن رجوعهم في الحدود شبهة، أما في غيرها فيجب استيفاءه، لأن حق المشهود قد وجب، وحكم به، فلم يسقط بقولهم المشكوك.
- القول الثاني: إذا رجع الشهود بعد الحكم فلا يعمل برجوعهم، وينفذ الحكم، سواء كان المحكوم به مالاً أو غير مال، وهو مذهب الحنفية^(٦)، وقول للمالكية^(٧).

أدلتهم:

- ١- لأن آخر كلامهم يناقض أوله، فلا ينقض الحكم بالتناقض، ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول وقد ترجح لاتصال القضاء به^(٨).
- ٢- لأن الكلام الثاني يناقض الأول، والكلام المتناقض ساقط العبارة عقلاً وشرعاً، فلا ينقض به حكم الحاكم، لئلا يؤدي إلى التسلسل^(٩).
- ٣- إن الرجوع عن الشهادة يحتمل الصدق والكذب، والقضاء بالحق للمشهود به يعد تذيلاً من حيث الظاهر، وهو الشهادة عند القاضي، فلا ينقض الثابت ظاهراً بالشك والاحتمال^(١٠).

(١) ابن مظفر، مرجع سابق، ٢٣٦/٤.

(٢) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ٢٣٦/١١.

(٣) ابن قدامة، عبدالله بن قدامة المقدسي أبو أحمد، الكافي في فقه أحمد بن حنبل، ٢٩٤/٤، المكتبة الشاملة.

(٤) المدونة، مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني، ٥٤٠/٤، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

(٥) العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، زين الدين بن علي العاملي الجعبي، ١٩١/٢، دار العالم الإسلامي، بيروت.

(٦) ابن الهمام، فتح القدير، ٣٢٢/١٧، المكتبة الشاملة.

(٧) التسولي: أبو الحسن بن علي بن عبدالسلام، البهجة في شرح التحفة، ١٧٥/١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨هـ، ١٩٩٨م.

(٨) ابن الهمام، مرجع سابق، ٤٨٧/٧.

(٩) العناية شرح الهداية، ٣٨/١١.

(١٠) الكاساني، مرجع سابق، ٢٦٣/٦.

القول الثالث: ينقض الحكم برجوع الشهود سواء كان المحكوم به ما لاً أو غيره.

وقال بهذا الهادي^(١)، وسعيد بن المسيب، والأوزاعي^(٢)، وابن حزم^(٣)، وهو قول أبي حنيفة الأول ثم رجع عنه^(٤)، واعترض عليهم بما يلي:

١- أن قياس الرجوع على الشهادة على ظهور الشهود كقراراً قياس مع الفارق، لأنه في الحالة الثانية تبين أنه لم يوجد شرط الحكم، وهو شهادة العدول من الأصل، أما الرجوع فإن الشهادة كانت صحيحة ومستوفية الشروط، بالإضافة إلى أن الرجوع يحتمل الصدق ويحتمل الكذب، وقد اقترن بالشهادة فلا ينقض^(٥).

٢- إن الشهادة لازمة للجميع بعد الحكم، أما الرجوع فهو إقرار فلا يجوز أن ينقض به الحكم لئلا يصير إقراره... لغيره^(٦).

ترجيح الباحث: أقول وبالله التوفيق: إن الراجح هو القول الأول لما يلي:

١- لقوة الأدلة التي استدلت بها القول الأول.

٢- الحدود مبينة على الدرع والإسقاط بالشبهات، وفي رجوعهم أكبر شبهة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: (ادروا الحدود ما استطعتم).

٣- الأموال يمكن جبرها بتضمين الشهود، خلاف الحدود.

٤- لأنه يحتاط في الحد ما لا يحتاط في غيره.

موقف القانون اليمني: نص قانون الإثبات: «إذا كان الرجوع بعد الحكم جازاً للمشهود عليه طلب إعادة النظر من الحكم، وإذا ألغى القاضي الحكم فيضمن الراجع ما نفذ وتعذر

(١) الهادي، هو يحيى بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم الحسني العلوي الرسي، إمام زيدي، ولد بالمدينة وكان ساكن «الفرع» من أرض الحجاز مع أبيه وأعمامه، ونشأ فقيهاً، عالماً، ورعاً، فيه شجاعة وبطولة، وصنف كتباً منها الأحكام، والمسالك في ذكر الناجي من الهالك، راسله أهل اليمن فقصدها، ونزل بصعدة سنة ٢٨٣هـ في أيام المعتضد، وبايعه أبو العتاهية، ملك اليمن وعشيرته، وبعض قبائل اليمن، وخوطف بأمر المؤمنين وتلقب بالهادي إلى الحق توفي بصعدة سنة ٢٩٨هـ، الأعلام للزركلي، ١٤٢/٨. المنتخب، ٣٥٨/١.

(٢) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ٢١٩/١٠.

(٣) ابن حزم، مرجع سابق، ٥٢٧/٨.

(٤) كان أبو حنيفة يقول في قوله الأول: إذا كان الشاهد عند الرجوع أفضل في العدالة منه عند الشهادة ينقض الحكم برجوعه.

(٥) ابن قدامة، المرجع السابق، ٢١٩/١٠.

(٦) الماوردي، أبو الحسن بن علي بن محمد، الحاوي الكبير، ٣٢/١٣، الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب، ٣٤١/٢.

إرجاعه ويعاقب بعقوبة شاهد الزور»^(١)، ونص قانون العقوبات المادة (٢٦٦): «يسقط حد الزنا وما في حكمه إذا ثبت أمام المحكمة لتوافر حالة من الحالات الآتية:

٣- عجز الشهود أو أحدهم عن البدء بالرجم بعد الحكم به.

٤- اختلاف الشهادة أو تخلف شرط من شروطها أو الرجوع فيها قبل التنفيذ.

يتبين من نصوص القانون اليمني أنه قد ميز بين حالتين للرجوع، الحالة الأولى: رجوع الشاهد في قضايا الأموال، الحالة الثانية: رجوعه في الحدود والقصاص.

ففي الرجوع في قضايا الأموال، أجاز القانون للمشهود عليه طلب إعادة نظر الحكم إذا كان الرجوع بعد الحكم، ويفهم من هذا النص إعطاء القانون اليمني القاضي سلطة تقديرية في إلغاء الحكم بناءً على طلب المشهود عليه إذا رأى أن الرجوع مؤثر في الشهادة، وأنه إذا كان إلغاء القاضي للحكم قبل التنفيذ فلا ضمان على الشهود، أما بعده فيضمنهم ما نفذ وتعذر إرجاعه.

كيفية الطعن في الحكم: نص قانون الإجراءات الجزائية في المادة (٣٥٧) «إذا تبين للمحكمة أن أحد الشهود أو الخبراء أو المترجمين كاذب فللمحكمة أن تحيله للنيابة العامة للتحقيق معه من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب النيابة»، فإذا ثبت أن الشاهد شهد زوراً فإن النيابة تطعن في الحكم، والحكم إما أن يكون ابتدائياً أو نهائياً، أو باتاً ويختلف الطعن باختلاف صفة الحكم إذ تنص المادة (٤١٢) من قانون الإجراءات الجزائية على طرق الطعن «يكون الطعن في الأحكام والقرارات عن طريق الاستئناف وعن طريق النقض والتماس إعادة النظر».

الطعن بالاستئناف: ويكون التقرير بالطعن في دائرة المحكمة التي أصدرت الحكم في دائرة محكمة الاستئناف فإذا حكمت المحكمة الابتدائية في الموضوع ورأت محكمة استئناف المحافظة أن هناك بطلاناً في الإجراءات تصحح الحكم وتحكم في الدعوى.

الطعن بالنقض: وذلك في الأحكام النهائية التي لا تقبل الطعن بالاستئناف، وذلك بتقرير في دائرة المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو في المحكمة العليا.

(١) قانون الإثبات اليمني.

أسباب الطعن بالنقض: من أسباب الطعن في الحكم ما نصت عليه المادة (٤٣٥) في الفقرة (٣): (إذا وقع بطلان في الحكم).

آثار الطعن بالنقض: تنص المادة (٤٥٠): «لا يترتب على الحكم بالطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه إلا إذا كان صادراً بالقصاص، أو بالحد الذي يؤدي إلى النفس أو عضو بالجسم»، وتنص المادة (٤٥٢): (إذا كان نقض الحكم مبنياً على مسألة قانونية وجب على محكمة الموضوع التي أعيد إليها الحكم أن تتبع حكم محكمة النقض في هذه المسألة).

التماس إعادة النظر: أجاز المشرع اليمني طلب التماس إعادة النظر وذلك إذا صار الحكم باتاً وقد عبر عنه المشرع اليمني بالنهائي، وهو يعني البات الذي لا يقبل الطعن بالنقض، وجواز الطعن بالنقض يكون في حال توافر حالة من الحالات التي نص عليها القانون في المادة (٤٥٧)... ومنها: (٣- إذا حكم على شخص وبعد صدور الحكم قضي بشهادة الزور على أحد الشهود أو الخبراء الذين كانوا قد شهدوا عليه.....).

آثار الطعن بالالتماس: وتنص المادة (٤٦٠) على أنه: (لا يترتب على تقديم طلب التماس إعادة النظر إلى النائب العام وقف تنفيذ الحكم ما لم يكن صادراً بالإعدام أو بحد أو قصاص يؤدي إلى ذهاب النفس أو عضو من الجسم)، ونص على أنه «إذا حكم بالبراءة عند إعادة النظر وجب أن يعلق الحكم على باب مقر الشرطة في البلدة التي صدر فيها الحكم الأول في محل وقوع الجريمة وفي موطن طالب إعادة وفي الموطن الأخير للمحكوم عليه، وفي الجريدة الرسمية، وفي جريدتين يعينهما صاحب الشأن، وذلك بناءً على طلبه أو طلب النيابة العامة، وتنص المادة (٤٦٨): (إذا أُلغي الحكم بناءً على إعادة النظر) ترتب على ذلك من خلال النظر في نصوص القانون يتبين طرق الطعن في الأحكام الصادرة من المحكم إذا كانت تلك الأحكام مبنية على شهادة الشهود، وثبت على الطعن في تلك الأحكام وسلطة المحكمة في الحكم.

المطلب الثالث

الرجوع عن الشهادة بعد الحكم والتنفيذ

إذا أدلى الشهود بشهادتهم ثم رجعوا عن شهادتهم بعد التنفيذ فما أثر ذلك على الحكم والشهادة؟

اختلف الفقهاء على قولين، القول الأول: ذهب إلى أن رجوع الشهود بعد التنفيذ لا أثر له على الحكم فلا ينقض. قال بهذا الزيدية، والشافعية، والمالكية، والحنابلة، والإمامية^(١). أدلتهم:

- ١- لأن هذا الحكم قد أكد بالتنفيذ إما بنقل الملكية، أو بتطبيق العقوبة.
 - ٢- لأن الشهادة والرجوع عنها سواء في احتمال الصدق والكذب، إلا أن الأول ترجح بالقضاء، فلا ينقض بالثاني^(٢).
 - ٣- لوجود الشهادة على وجه التعدي وأنه موجب للضمان كحافر البئر، ولا وجه إلى تضمين المدعي لأن الحكم ماض^(٣).
 - ٤- لاحتمال الكذب في رجوعهم^(٤).
 - ٥- لأن آخر كلامهم يناقض أوله، فلا يُنقض الحكم بالتناقض، ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به^(٥).
- القول الثاني: ينقض الحكم برجوع الشهود. قال بهذا سعيد بن المسيب^(٦)، والأوزاعي^(٧)، وابن حزم^(٨)، والشوكاني^(٩)، وحجتهم أنهم برجوعهم غير شهود.

(١) ابن المرتضى البحر الزخار، مرجع سابق، ٤٥/٦، فتح القدير، ٤٧٩/١٧، حاشية الدسوقي، ٢٠٧/٤، وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ١٩٩/٨، كشاف القناع، ٤٤٣/٦.

(٢) الزيلعي، فخر الدين بن عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٤٤/٤.

(٣) الموصلي، مرجع سابق.

(٤) ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ٤٥/٦.

(٥) ابن نجيم البحر الرائق، مرجع سابق، ١٢٨/٧.

(٦) الماوردي، مرجع سابق، ٢٥٢/١٧، ٢٥٣.

(٧) ترجمة: هو عبدالرحمن بن محمد الأوزاعي، إمام الديار الشامية في الفقه والزهد، واحد الكتاب، ولد ببعلبك، ونشأ في البقاع، وسكن بيروت وتوفي بها، له كتاب السنن في الفقه، والمسائل وكانت الفتيا تدور بالأندلس على رأيه. الأعلام للزركلي، ٣٢٠/٣.

(٨) ابن حزم، مرجع سابق، ٤٢٩/٩.

(٩) الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٥هـ، ٧٨٣/١.

المناقشة:

ناقش الإمام الماوردي قولهم «بأنه فاسد من وجهين، أحدهما: أن الرجوع مخالف للشهادة فلا تخلوا إحداهما من الكذب فصار كل واحد من الشهادة والرجوع محتملاً للصدق والكذب، وقد اقترن بالشهادة حكم واستبقاء، ولم يجز نقضها لرجوع محتمل، والثاني: أن الشهادة إلزام والرجوع إقرار، بدليل أنه وارد بغير لفظ الشهادة والإقرار لازم في حق المقر دون غيره فلم يجز أن ينقض به الحكم لأنه يصير إقراره إلزاماً لغيره»^(١).

موقف القانون اليمني: نص قانون الإثبات في المادة (٥٢): «إذا كان المنفذ به حداً أو قصاصاً وألغي الحكم ضمن الراجع أرش الحد أو القصاص إلا أن يقر بأنه تعمد الحد أو القتل بشهادته، فيحد ويقتص منه» ويظهر من النص أن المشرع اليمني أخذ بالقول الثاني وأجاز نقض الحكم برجوع الشهود بعد التنفيذ.

(١) الماوردي، مرجع سابق، ٢٥٣/١٧، ٢٥٣.

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على الرجوع عن الشهادة في جرائم الحدود

قبل التعرض لأثر الرجوع عن الشهادة في جرائم الحدود ينبغي أن أتطرق لمفهوم جرائم الحدود ونصاب الشهادة في جرائم الحدود.

الحد في اللغة: أصل الحد والفصل بين الشيئين فكأن فصل حدود الشرع^(١)، والحد هو الحاجز بين السبيلين، وحد الشيء منتهاه، وحده أقام عليه الحد^(٢).

الحد اصطلاحاً: هو العقوبة المقررة حقاً لله تعالى، أو هو العقوبة المقررة لمصلحة الجماعة^(٣).

تعريف القانون اليمني لجرائم الحدود: هي ما بين عقوبتها نص شرعي وكانت حقاً خالصاً لله.

وجرائم الحدود عند جمهور الفقهاء: هي سبعة حدود «حد الزنا، والقذف، والشرب، والسرقه، والحراية، والبغي، والردة» وهي ذاتها في القانون اليمني.

ويخرج بعض الفقه كالمظاهرية^(٤) حد البغي، ويضيف حد العارية، ويضيف بعض الفقه كالشيعة الإمامية^(٥) حد اللواط، والمساحقة، وأضاف الزيدية^(٦) حد السحر.

نصاب الشهادة في جرائم الحدود: يتطلب الفقه الإسلامي لإثبات جرائم الحدود شاهدين رجلين باستثناء جريمة الزنا، فيجب لإثباتها توافر أربعة شهود ذكور؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^(٧)، واشتراط الذكورة في شهود جرائم الحدود هو مذهب جمهور الفقه الإسلامي وخالفهم في ذلك ابن حزم الظاهري^(٨).

(١) ابن منظور لسان العرب، مرجع سابق، ١٤٠/٣.

(٢) الرازي، محمد بن أبي بكر عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، الناشر دار الحديث، مادة «ح د د».

(٣) عبدالقادر عودة، التشريع الجنائية الإسلامي، ٦٣٥/١.

(٤) ابن حزم، مرجع سابق، ١١٨/.

(٥) تحرير الوسيلة، روح الله الموسوي الخميني، دار بيروت لبنان، الطبعة الثانية، ٤٢٢/٢.

(٦) العنسي، مرجع سابق، ٢٥٥/٤.

(٧) سورة النور الآية (٤).

(٨) أوردت رأي ابن حزم في المبحث التمهيدي.

موقف القانون اليمني: نص قانون الإثبات اليمني على أن نصاب الشهادة في الحدود هي:

١- في الزنا أربعة رجال.

٢- في بقية الحدود رجلان أو رجل وامرأتان.

وهو موقف مخالف لما هو عليه جمهور الفقه الإسلامي، وقد تعرض القانون للنقد مما حدا بالمشرع إلى تعديل النص على النحو الآتي:

١- في الزنا أربعة رجال.

٢- في سائر الحدود رجلان^(١).

وبهذا التعديل ساير القانون اليمني جمهور الفقه الإسلامي في اشتراط الذكورة لإثبات جرائم الحدود، وهو تعديل موفق.

وسيشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول

أثر رجوع الشهود على الضمان قبل الحكم

الفرع الأول

أثر رجوع الشهود في جرائم الحدود بشكل عام

سبق القول في المبحث السابق إن رجوع الشهود قبل إصدار القاضي للحكم يوجب عليه عدم أعمال الشهادة وهو قول جمهور الفقه الإسلامي الزيدية والحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والظاهرية وخالفهم أبو ثور كما سبق، ومن ثم إذا حكم القاضي بعد رجوع الشهود فلا يلزم الشهود الضمان، استدلت جمهور الفقهاء بالآتي:

١- إن الشهادة لا تكون حجة إلا بالقضاء، فلا تقع سبباً للإتلاف بدون الحكم^(٢).

٢- إن الشهادة شرط للحكم فيشترط استدامتها إلى انقضائه كعدالتهم^(٣).

(١) قانون الإثبات اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م.

(٢) الزيبي، مرجع سابق، ٢٤٣/٤، الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٨٨/٦.

(٣) ابن عبد البر، مرجع سابق، ٢١٨/٤.

٣- لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض^(١).

وبهذا فإن رجوع الشهود قبل الحكم يوجب على القاضي عدم العمل بشهادتهم، لكن إذا عمل القاضي بشهادتهم ولم يلتفت إلى رجوعهم فما الحكم ومن يلتزم بالضمان؟

الجواب: إذا حكم القاضي بعد رجوع الشهود فإن حكمه باطل يجب نقضه، لأن الشهادة شرط الحكم وقد زالت قبل الحكم فلم يعد له أساس يركن إليه، وهذا قول جمهور الفقه الإسلامي، وهو ما اعتد به المشرع اليمني، حيث اعتبر الحكم بعد رجوع الشهود باطلاً، وأوجب محاكمة القاضي إذا حكم بعد رجوع الشهود، ويطعن في الحكم بالتماس إعادة النظر، حيث تنص المادة (٣٠٤) من قانون المرافعات: «لا يجوز للخصوم اتباع التماس إعادة النظر في الأحكام إلا عند تحقق إحدى الحالات التالية: (٢) إذا كان الحكم قد بني على شهادة، أو يمين قضي بعد صدوره بأن الشهادة زور، أو بأن اليمين كاذبة»، كما أجاز المشرع اليمني مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة إذا توافر سبب من أسباب دعوى المخاصمة وهي:

١- إذا وقع من القاضي أو عضو النيابة غش في عمله القضائي.

٢- إذا وقع منه خطأ مهني جسيم.

٣- إذا امتنع صراحةً أو ضمناً عن النظر في الدعوى، أو الفصل فيها بدون عذر شرعي.

٤- إذا اعترف القاضي أنه تعمد الجور في حكمه، أو أنه قضى بغير الحق، أو بناءً على رشوة.

وتتبع الإجراءات التي نص عليها قانون المرافعات في مخاصمة القضاة وإذا ثبت صحة الدعوى المرفوعة على القاضي فقد نصت المادة نصت المادة (١٥٣) مرافعات على الآتي: «٣- إذا ثبت لهيئة الحكم صحة دعوى المخاصمة فتحكم للمدعي بالتقويض المناسب، وبنفقات المحاكمة وببطلان الحكم وأي عمل قضائي متعلق به، وبإيقاف القاضي أو عضو النيابة عن العمل، وإحالة إلى مجلس القضاء لإيقاع العقوبة التي يراها مناسبة»، ونص قانون الإثبات في المادة (٥٢) «إذا كان الرجوع بعد الحكم جاز للشهود عليه طلب إعادة النظر في الحكم وإذا ألغى القاضي الحكم فيضمن الراجع ما نفذ وتعذر إرجاعه، ويعاقب بعقوبة شاهد الزور».

من نصوص القانون يظهر بطلان حكم القاضي إذا حكم بعد رجوع الشهود عن شهادتهم، وهو قول جمهور الفقهاء كما يظهر من النص أن الضمان على القاضي إضافة إلى إيقافه عن عمله، وإحالة إلى مجلس القضاء لإيقاع العقوبة عليه.

(١) ابن نجيم، مرجع سابق.

الفرع الثاني

أثر رجوع شهود الزنا قبل الحكم

ما سبق هو أثر رجوع الشهود قبل الحكم على الضمان في جرائم الحدود بشكل عام، لكن ما هو الأثر لرجوع شهود جريمة الزنا، هل يحدونهم للقذف باعتبارهم قاذفين؟

أ- إذا رجع الأربعة الشهود، اختلف الفقهاء على قولين، القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا رجع الشهود عن شهادتهم في جريمة الزنا بما يخرم نصاب الشهادة فإنهم يحدون للقذف إذا رجع الأربعة جميعهم، أما إذا رجع من لا ينخرم برجوعه النصاب فلا يحد لأن المقذوف غير عفيف^(١).

أدلتهم: من الكتاب قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ)^(٢)، ومن السنة روي عن عبدالرحمن بن أبي بكر أن أبا بكره وزياداً ونافعاً وشبل بن معبد كانوا في غرفة والمغيرة في أسفل الدار فهبت ريح ففتحت الباب ورفعت الستر فإذا المغيرة بين رجليها، فقال بعضهم لبعض: قد ابتلينا فذكر القصة قال: فشهد أبو بكره ونافع وشبل وقال زياد لا أدري نكحها أم لا، فجلدهم عمر رضي الله عنه إلا زياداً، فقال أبو بكره رضي الله عنه: أليس قد جلدتموني؟ قال: بلى. قال: فأنا أشهد بالله لقد فعل. فأراد عمر أن يجلده أيضاً، فقال علي: إن كانت شهادة أبي بكره شهادة رجلين فارجم صاحبك وإلا فقد جلدتموه^(٣).

من المعقول: كما أنه إذا لم يكتمل عدد شهود الزنا، فإنهم يحدون باعتبارهم قاذفين، لأنه كان يجب عليهم التثبت، القول الثاني: لابن حزم الأندلسي، إن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم في جريمة الزنا فلا يحدون، وعلل رأيه بأنه لم يرد في نص صريح الكتاب أو السنة بجلد الشاهد في الزنا^(٤).

ب- رجوع شاهد واحد: حد الأربعة هو في حال ما إذا رجع جميعهم، لكن إن رجع أحدهم وبقي الآخرون على شهادتهم هل يحد من بقي على شهادته؟

(١) ابن مفتاح، مرجع سابق، ٤/٣٦٠. العنسي، مرجع سابق، ٤/٢٣١، الكاساني، مرجع سابق، ٦/٢٨٨، حاشية الصاوي، مرجع سابق، ٩/٤٣٨، الغزالي، محمد بن محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، الوسيط في المذهب، دار الإسلام، ١٤١٧هـ، النووي، مرجع سابق، ١١/٣٩٦، الحجوي، شرف الدين بن موسى بن أحمد بن موسى أبو النجاء، الإقناع في فقه أحمد بن حنبل، دار المعرفة بيروت، ٤/٢٦٧، كشف القناع، ٦/١٠٢.

(٢) سورة النور، الآية (٤).

(٣) النسائي، السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب شهود الزنا إذا لم يكملوا، الحديث رقم (١٧٤٩٩).

(٤) ابن حزم، مرجع سابق، ١١/٢٦١.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال، القول الأول: يحد من رجوع فقط، وهذا مذهب الزيدية^(١)، والشافعية^(٢)، والإمامية^(٣).

أدلتهم: لأن من رجع مقر على نفسه بالكذب، أما الثلاثة فقد وجب الحد بشهادتهم، القول الثاني: يحد الثلاثة الباقيين على شهادتهم، وبهذا قال الإمام الحنابلة^(٤).

أدلتهم: لأنه إذا رجع قبل الحد فهو مخالف كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله، فيسقط عنه الحد، كما أن درء الحد عنه تمكين له من الرجوع خوفاً من الحد، فتفوت المصلحة، القول الثالث: يحد من رجع ومن بقي على شهادته، وهذا مذهب مالك^(٥).

أدلتهم: لأنه نقص عدد الشهود فتلزمه الحد كما لو كانوا ثلاثة، وجلد الشهود الراجعين في شهادتهم، هو العقوبة الأصلية، وهناك عقوبة تبعية هي عدم قبول شهادتهم إن تعمداً والكذب، أما إذا قالوا: غلطنا فوجهان، أحدهما: المنع، لأنهم معذرون وأصحهما حدهم للكدف^(٦).

رجوع شهود الإقرار على جريمة الزنا: ما سبق يتعلق برجوع شهود الزنا، أما رجوع شهود الإقرار على الزنا كأن يقر شخص بجريمة الزنا وشهد الشهود على الإقرار ثم رجعوا عن شهادتهم، لأنهم لم يقذفوه، وإنما شهدوا عليه^(٧).

موقف القانون اليمني من رجوع الشهود عن جريمة الزنا: نصت المادة (٥٢) من قانون الإثبات اليمني على أنه:

أ- إذا كان الرجوع قبل الحكم فلا يحكم بالشهادة، ويكون الحكم بها بعد الرجوع باطلاً ويحاكم القاضي إذا كان الرجوع في مجلسه، وهذا الحكم عام في جميع الوقائع التي يتطلب لإثباتها شهادة الشهود، ومنها جريمة الزنا، ونص قانون العقوبات في الفقرة (٤) من المادة (٢٦٦) على أنه:

«يسقط حد الزنا وما في حكمه إذا توافرت حالة من الحالات الآتية: ٤- اختلال الشهادة أو تخلف شرط من شروطها، أو الرجوع فيها قبل التنفيذ.

(١) العنسي، مرجع سابق، ٤/٣١١.

(٢) الشرييني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ٤/٥٨٢.

(٣) الحلي شرائع الإسلام، ١٢/٢٤٧.

(٤) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ١٢/٢٤٧.

(٥) مالك بن أنس، المدونة/٥٠٦، دار الكتب العلمية.

(٦) النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ١١/٣٩٦.

(٧) العنسي، مرجع سابق، ٤/٣١١.

من نصي قانون الإثبات والعقوبات يظهر أن المشرع اليمني اقتصر على النص على أثر رجوع شهود الزنا قبل الحكم والتنفيذ على الحكم والشهادة، ولم يتعرض لأثر الرجوع على الشهود أنفسهم، لكن نص المادة (٢٨٩) من قانون العقوبات أشار بشكل غير صريح إلى حد من رجوع من الشهود وذلك في تعريفه لمفهوم القذف «بأن كل من قذف محصناً بالزنا أو بنفي نسب وعجز عن إثبات ما رماه به يعاقب بالجلد ثمانين جلدة حداً»

المطلب الثاني

أثر الرجوع عن الشهادة بعد الحكم

المسألة هنا تتعلق بأثر رجوع الشهود في جرائم الحدود بعد إعمال القاضي لشهادتهم وإصدار الحكم على أساسها وتنفيذه، ومن ثم فإن الكلام في هذا المطلب سيكون حول أثر الرجوع على الحكم وأثره على الشهود وذلك في فرعين.

الفرع الأول

أثر الرجوع على الحكم

فيما يخص الحكم، وما أثر الرجوع عليه وهل ينقض الحكم أم لا ينقض، ويقتصر أثر الرجوع بالرجوع على ضمان الشهود فحسب؟

للإجابة على هذا السؤال يستلزم الأمر استقراء آراء الفقهاء حول أثر رجوع الشهود بعد التنفيذ على الحكم، وما هو موقف القانون اليمني من ذلك؟

باستقراء آراء الفقهاء حول أثر رجوع الشهود بعد الحكم والتنفيذ على الحكم وجدتهم على قولين، القول الأول: وهو لجمهور فقهاء الزيدية^(١)، والحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والإمامية^(٦)، ذهبوا فيه إلى القول بعدم نقض الحكم بعد تنفيذه في جرائم الحدود.

(١) ابن مفتاح، مرجع سابق، ٢٢٠/٤، العنسي، مرجع سابق، ٩٧/٤.

(٢) الكاساني، مرجع سابق، ٢٨٨/٦.

(٣) العبدري، مرجع سابق.

(٤) الماوردي، مرجع سابق، ٢٥٢/١٧.

(٥) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ١٢٩/١٢.

(٦) العاملي، مرجع سابق، ١٩١/٢.

أدلتهم:

- ١- إن الحكم قد تأكد بالاستيفاء.
- ٢- لأن الشهود على سواء في احتمال الصدق والكذب إلا أن الأول ترجح بالقضاء فلا ينقض^(١).
- ٣- لأن الشهادة قد اقترن بها حكم واستيفاء^(٢).

القول الثاني: ذهب الأوزاعي وسعيد بن المسيب^(٣)، وابن حزم^(٤)، والشوكاني^(٥) إلى القول بنقض الحكم بعد التنفيذ، وعللوا ذلك بأنهم يرجوعهم غير شهود، وناقش الإمام الماوردي تعليلاً لهم «بأنه فاسد من وجهين، أحدهما: أن الرجوع مخالف للشهادة فلا يخلو أحدهما من الكذب، فصار كل واحد من الشهادة والرجوع محتملاً الصدق والكذب، وقد اقترن بالشهادة حكم واستيفاء، ولم يجز نقضها برجوع محتمل، والثاني: أن الشهادة إلزام والرجوع إقرار، بدليل أنه وارد يعتبر لفظ الشهادة والإقرار لازم في حق المقر دون غيره، فلم يجز أن ينقض به الحكم، لأنه يصير إقراره إلزاماً لغيره.

موقف القانون اليمني: نص قانون الإثبات في المادة (٥٢) الفقرة (ج): «إذا كان المنفذ به حداً أم قصاصاً وألغي الحكم ضمن الراجع أرش الحد أو القصاص، إلا أن يقر بأنه تعمد الحد أو القتل بشهادته فيحد أو يقتص منه»، ويظهر من النص أن المشرع اليمني قال بنقض الحكم بعد التنفيذ، وهو بهذا أخذ بالقول الثاني.

الفرع الثاني

أثر الرجوع بعد التنفيذ على «الضمان»

الرجوع عن الشهادة إما أن يكون بقول الشهود: تعمدنا الزور، أو بقولهم: أخطأنا، أو بإقرارهم تعمد الشهادة وادعاء جهل الأثر المترتب عليها بكون التعمد من بعض الشهود وخطأ من البعض الآخر:

أ- أن يرجع الشهود ويدّعوا الخطأ في الشهادة، إذا كان الرجوع بهذه الكيفية فقد

(١) الموصلي، مرجع سابق، ٥١٤/٤.

(٢) الماوردي، الحاوي، مرجع سابق، ٢٥٢/١٧.

(٣) المرجع السابق، ٢٥٢/١٧ - ٢٥٣.

(٤) ابن حزم، مرجع سابق، ٢٢٩/٩.

(٥) الشوكاني، مرجع سابق، ٧٨٣/١.

أجمع الفقهاء على أنه لا يقتص من الشهود وإنما يضمنون بالدية أو الأرش في أموالهم، وليس على العاقلة لأن العاقلة لا تحمل اعترافاً^(١)، واستدل بالأثر المروي عن أمير المؤمنين على بن أبي طالب - كرم الله وجهه - أنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه، ثم فقلاً: أخطأنا ليس هذا هو السارق، فقال علي - رضي الله عنه - : «لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما».

ب- إذا قالوا تعمدنا الشهادة فما الحكم؟ إذا قالوا: تعمدنا في شهادتنا وأدى ذلك إلى إتلاف نفس المشهود عليه أو إتلاف عضو من أعضائه فقد اختلف الفقهاء على قولين، القول الأول: لا يقتص من الشهود وإنما الدية المغلظة، وهو قول الحنفية^(٢)، وجمهور المالكية^(٣).

أدلتهم:

- ١- إن الشاهد إنما تسبب في القتل والتسبب لا يوجب القصاص، كحافر البئر، وإن المعترف في القصاص المساواة، ولا مساواة بين السبب والمباشرة.
- ٢- لأنهم لم يباشروا القتل ولم يحصل منهم إكراه عليه.
- ٣- لأن المباشرة قطعت السبب.
- ٤- إن التسبب يعتبر شبهة والشبهة تدرأ الحدود.

القول الثاني: وجوب القصاص على من رجع من الشهود إذا أدت شهادتهم إلى إتلاف نفس أو ما دون النفس، وهو قول الزيدية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦)، وابن شبرمة^(٧)، وابن أبي ليلى^(٨)، والأوزاعي.

(١) ابن مفتاح، مرجع سابق، ٢٢٢/، الكاساني، مرجع سابق، ٢٨٥/٦.

(٢) السرخسي، محمد بن أحمد بن سهل، المبسوط، مرجع سابق، دار الفكر للطباعة والنشر، ط١، ١٤٢١-٢٠٠٠م، ٣٤٢/١٦.

(٣) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، دار الغرب، ١٩٩٤م، ٢٩٥/١.

(٤) ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ٤٥/٦.

(٥) الماوردي، مرجع سابق، ٢٥٣/١٧.

(٦) ابن قدامة، عبد الرحمن بن إبراهيم، العدة شرح العمدة، دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٢٦م-٢٠٠٥م.

(٧) هو عبدالله بن شبرمة بن حسان بن المنذر الضبي الكوفي، كان قاضياً لأبي جعفر على سواد الكوفة، وكان شاعراً وفقهياً ورعاً، ولد سنة ٧٢هـ، وتوفي سنة ١٤٤هـ، تهذيب التهذيب، ١٦٣/٣.

(٨) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري، فقيه وقاضي الكوفة، وولاه الحجاج قضاء الكوفة، كان الثوري يقول: فقهاؤنا ابن أبي ليلى وابن شبرمة، توفي سنة ١٤٨هـ/ تهذيب التهذيب، ١٩٤/٥.

أدلتهم:

١- ما رواه الشعبي أن رجلين شهدا عند أمير المؤمنين علي بن أبي طالب على رجل ثم جاء بأخر فقالا: أخطأنا. فأبطل شهادتهما، وأخذ بدية الأول، وقال: لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتهما.

وجه الدلالة: إن قول الإمام علي كانه بمحضر من الصحابة فكان إجماعاً^(١).

٢- قياس المتسبب على المباشر، لأن شهادته كانت السبب الذي حدى بالقاضي إلى الحكم^(٢).

٣- لأنهما ألجأ القاضي إلى قتله بغير حق، فلزمهما القود، كما لو أكرهاه على قتله^(٣).

المناقشة:

أ- اعترض أصحاب القول الأول على ما استدل به أصحاب القول الثاني بأن قول الإمام علي كان على سبيل التهديد، كما ثبت من مذهبه - رضي الله عنه - أن اليمين لا يقطعان بيد واحدة^(٤).

ب- الشهادة تختلف عن الإكراه، لأن الإكراه يفضي إلى القتل غالباً، بعكس الشهادة فإنها لا تؤدي إلى ذلك في الغالب، فلا يصح قياس الشهادة على الإكراه^(٥).

ترجيح الباحث: من خلال الأدلة التي استدل بها كلا الفريقين يظهر في قوة ما استدل به القول الثاني القائل بالقصاص، ممن رجع من الشهود؛ إذ القاضي يحكم بما يحضره من البينة فالقاضي إنما عمل السبب، فقام السبب مقام المباشرة، كما إن في القول بعدم القصاص فتح باب الجريمة.

ج- أن يقرؤا بالتعمد ويدعوا جهل الأثر المترتب على شهادتهم: إذا ما أقر الشهود بتعمد الشهادة وادعوا الجهل بأن شهادتهم تؤدي إلى القتل، فإن الضمان باتفاق الفقهاء يتمثل في وجوب الدية المغلظة من أموالهم، وليس على العاقلة شيء، لاعترافهم والعاقلة لا تتحمل اعترافهم^(٦).

(١) ابن المرتضى، البحر الزخار، مرجع سابق، ٤٥/٦، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ١٣٠/١٢.

(٢) ابن المرتضى، البحر الزخار، ٤٥/٦.

(٣) الشيرازي، مرجع سابق، ٣٤٠/٢.

(٤) السرخسي، مرجع سابق، ٣٤٤/٣٦.

(٥) ابن الهمام، مرجع سابق، ٥٤٧/٤، الكاساني، مرجع سابق، ٢٨٨/٦.

(٦) ابن المرتضى، المرجع السابق، ٤٦/٦، الماوردي، مرجع سابق، ٢٥٢/١٧.

د- أن يقرَّ بعض الشهود بالتمعد ويدعي البعض الخطأ: اختلف الفقهاء على قولين، القول الأول: يجب القصاص على من أقر بالعمد، والدية على من أقر بالخطأ، وتكون من ماله بمقدار قسطه من الدية، لأن كلاً من الشهود يؤخذ بإقراره، ولا يؤخذ بإقرار صاحبه. وبهذا قال فقهاء الزيدية، والشافعية في قول، والحنابلة في قول، والإمامية^(١)، القول الثاني: لا يجب القصاص وإنما تجب الدية المغلظة على المتعمد، وذلك بقدر قسطه من الدية، وعلى مدعي الخطأ قسطه من الدية المخففة، وبهذا قال الحنفية، والمالكية، والشافعية في قول، وهو قول للحنابلة، واستدلوا بالآتي: (لا قود على العامد لمشاركته الخاطئ)^(٢).

ترجيح الباحث: أرجح القول الأول لتوفر القصد الجنائي في جانب العامد.

ه- أن يقول الشاهد تعمدت وأخطأ صاحبي: لا قود على الجميع في الأصح^(٣).

و- أن يقر بعمد نفسه وجهل حال صاحبه: في هذه الحالة يعمل بقولهما في العمد والخطأ^(٤).

موقف القانون اليمني: نص قانون الإثبات في المادة (٥٢) في الفقرة (ج): «إذا كان المنفذ به حداً أم قصاصاً وألغي الحكم ضمن الراجع أرش الحد أو القصاص، إلا أن يقر بأنه تعمد الحد أو القتل بشهادته فيحد أو يقتص منه»

من خلال النص يظهر أن المشرع اليمني أوجب الضمان «الأرش» على الراجع من الشهود إذا لم يقر بالعمد، ومن باب أولى إذا ادعى الخطأ، وأوجب الحد أو القصاص إذا أقر بالعمد، وبهذا فإن القانون اليمني أخذ بقول الزيدية والشافعية، وهو رأي موفق يتميز بالوضوح.

(١) ابن المرتضى، المرجع السابق، ٤٦/٦، التاج المذهب، ١٠٠/٤.

(٢) الماوردي، المرجع السابق، ٢٥٨/١٧، الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، ٣٨٨/٧، دار السلام، ١٤١٧هـ.

(٣) ابن المرتضى، المرجع السابق، ٤٦/٦، الغزالي، المرجع السابق، ٣٨٩/٧.

(٤) ابن المرتضى، نفس المرجع والصفحة.

المطلب الثالث

رجوع المزكي وشهود الإحصان والزنا

الفرع الأول

حكم الرجوع عن الشهادة بالنسبة للمزكي

أولاً: مفهوم المزكي:

التزكية لغة: من زكى بمعنى نما وظهر، وصلح، ومدح، فزكى الرجل بمعنى صلح، وصار زكياً، زكى نفسه، أي مدحها وتزكية الشهود هي تعديلهم ووصفهم بأنهم أزكياء^(١).

اصطلاحاً: هي إثبات عدالة الشهود، وصلاحهم لأداء الشهادة.

ثانياً: أثر رجوع المزكين عن تزكيتهم في الحدود بعد التنفيذ، وفيه قولان، القول الأول: لا ضمان على المزكي وبه قال الزيدية، والمالكية، وقول عند الشافعية، وقال به بعض الحنابلة^(٢).

أدلتهم:

- ١- لأن التزكية خبرٌ لا شهادة، فلم تتعلق به جنابة.
 - ٢- لأن الحكم تعلق بشهادة الشهود ولا تعلق له بالمزكي.
 - ٣- لأنه أخبر بظاهر حال الشهود، أما الباطن فلا يعلمه إلا الله.
- القول الثاني: على المزكي الضمان، قال بهذا الحنفية، وقول للشافعية، وجمهور الحنابلة^(٣).

أدلتهم:

- ١- إن التزكية في معنى الشهادة في وجوب الضمان، فلولا التزكية لما صدر الحكم من القاضي.

(١) ابن منظور، لسان العرب، ٣٥٨/١٤.

(٢) ابن المرتضى، المرجع السابق، ٤٦/٦، العبدري، مرجع سابق، ٢٠١/٦، العاصمي، عبدالرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي، حاشية الروض المربع، ٦٢٣/٧، ط١، ت ١٣٩٧هـ.

(٣) زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، ملتقى الأبحر/١، ٣٥٨، دار الكتب العلمية، ١٤١٩، ١٩٩٨م، الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، أسنى المطالب، ٣٨٢/٤، دار الكتب العلمية، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٠م. محمد، البهوتي، مرجع سابق، ٤٤٦/٦.

٢- المزكون بتركيتهم الجؤوا القاضي إلى إصدار الحكم المفضي إلى القتل، وهو إتلاف فلزم الضمان.

٣- إن المزكين شهدوا شهادة زور، اقتضت إلى كشهود الزنا إذا رجعوا.

ترجيح الباحث: أقول وبالله التوفيق: برجحان القول الأول لأن التزكية خبر والمزكي أخبر بظاهر حال الشاهد، أما باطنه فما يعلمه إلا الله، والحكم إنما استند إلى الشهادة وقام بها.

موقف القانون اليمني: أخذ القانون اليمني بالقول الأول القائل بعدم وجوب الضمان وهو مذهب الزيدية، والمالكية حيث نص على: «لا ضمان على المزكي والجراح».

الفرع الثاني

رجوع شهود الإحصان والزنا بعد التنفيذ

إذا رجع شهود الإحصان وشهود الزنا بعد تنفيذ الحكم فهل يجب عليهم الضمان برجوعهم؟

أ- إذا رجع شهود الإحصان والزنا معاً: اختلف الفقهاء على قولين، القول الأول: يجب على شهود الإحصان الضمان، وهو مذهب الزيدية^(١)، وزفر وأشهب من الحنفية، والشافعية في وجه^(٢)، وهو قول الحنابلة^(٣)، ودليلهم على وجوب الضمان على شهود الإحصان والزنا هو أن الرجم وقع بمجموع شهادتهم شهود الإحصان وشهود الزنا، القول الثاني: لا ضمان على شهود الإحصان، قال بهذا الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، وبعض الشافعية^(٦).

دليلهم: لأن شهادتهم في نفسها لا توجب حداً، ولأن الإحصان شرط كون الزنا علة والحكم للعلة لا للشرط.

ترجيح الباحث: يترجح لدي القول بوجوب الضمان لقوة أدلتهم، والله أعلم، والضمان

(١) ابن مفتاح، مرجع سابق، ٣٤٨/٤.

(٢) الشيرازي، مرجع سابق، ٣٤١/٢.

(٣) ابن قدامة، الكافي في فقه أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ٢٩٤/٤.

(٤) الكاساني، مرجع سابق، ٢٨٧/٤، الموصلي، مرجع سابق، ٢٤/١.

(٥) حاشية الصاوي، ٤٨٣/٩، المكتبة الشاملة.

(٦) الشرواني، مرجع سابق، ٤٦٠/٤.

هو الحد إذا أقر شاهدو الإحصان بالعمد، أما إذا قالوا: أخطأنا فالدية، وهنا يثور تساؤل حول مقدار الضمان؟

اختلف الفقهاء القائلين بوجوب الضمان على شهود الإحصان، على أربعة أقوال، القول الأول: يضمن شاهدا الإحصان ثلث الدية إذا كانا غير شهود الزنا، وثلثيها إذا كانا من شهود الزنا الأربعة، لأن القتل وقع بمجموع شهادتهم، وهو مذهب الزيدية^(١)، القول الثاني: يضمننا دية كاملة، وهو قول عند الحنابلة^(٢)، القول الثالث: يضمننا نصف الدية، وهو قول عند المالكية^(٣)، والحنابلة^(٤)، القول الرابع: لا يضمننا وهو قول الحنفية، لأن شهادتهما كانت شرطاً وليست سبباً للرجم، فلم يشهدا بالزنا وإنما بالإحصان.

ترجيح الباحث: أرجح القول الثاني بوجوب الدية كاملة لثبات شهود الزنا على شهادتهم.

ب- إذا رجح شهود الإحصان ولم يرجع شهود الزنا، وفيه قولان، القول الأول: للزيدية^(٥)، وفي وجه عند الشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧)، الحالة الأولى: إذا كان شاهدا الإحصان غير شهود الزنا فعلى شاهدي الإحصان ثلث الدية وعلى شهود الزنا ثلثان، لأن القتل وقع بمجموع شهادتهم، والحالة الثانية: إذا كان شاهدا الإحصان من شهود الزنا الأربعة، يضمن شاهدا الإحصان الثلثان من الدية، لأن ثلثاً لزمهما لكونهما شهدا الإحصان وثلثها لكونهما شهدا بالزنا، القول الثاني: في وجه عند الشافعية^(٨)، والحنابلة^(٩)، يضمن شاهدا الإحصان نصف الدية وشهود الزنا نصفها الآخر، لأنه رجم بنوعين من البيعة، الإحصان والزنا فقسمت الدية عليهما.

ترجيح الباحث: يترجح لدي القول الأول، لأن الرجم وقع بمجموع شهادتهم فيتحمل الشهود المسؤولية بالتساوي، والله أعلم.

(١) العنسي، التاج المذهب، مرجع سابق، ٤/٢٢٠.

(٢) ابن مفلح، محمد بن مفلح أبو عبدالله شمس الدين المقدسي، الفروع وتصحيح الفروع، ١١/٣٩١، مؤسسة الرسالة، ط١.

(٣) الطرابلسي، مرجع سابق، ٨/٢٤١.

(٤) ابن مفلح، المرجع السابق، ١١/٣٩١.

(٥) العنسي، مرجع سابق، ٤/٢٢٠.

(٦) الشيرازي، المرجع السابق، ٢/٣٤١.

(٧) ابن قدامة، المرجع السابق، ٤/٢٩٤.

(٨) الشيرازي، المرجع السابق، نفس الصفحة.

(٩) ابن قدامة، المرجع السابق، نفس الصفحة.

ج- إذا رجع شهود الزنا دون شهود الإحصان: هنا يكون الضمان على شهود الزنا، لكن يثور تساؤل حول ضمان شهود الزنا إذا رجعوا بعد تطبيق الحد على المشهود عليه، وهذا التساؤل يتعلق بعدد من رجع من شهود الزنا في حال انخرام النصاب بمن رجع وذلك حين يكون شهود الزنا أكثر من أربعة، وكذلك في حال انخرام النصاب إذا كان الشهود هم النصاب.

أولاً: رجوع من لا ينخرم برجوعه النصاب: من المعلوم أن انخرام النصاب لا يكون إلا إذا كان عدد الشهود أكثر من أربعة، وذلك بأن يكونوا خمسة فأكثر فإذا ما رجع الشاهد الخامس فما الحكم؟ وهل يلزمه الضمان؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين، القول الأول: لا يلزم الرجوع مع بقاء النصاب شيء، وهو مذهب الزيدية^(١)، والحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، وبعض الشافعية^(٤).

أدلتهم:

١- إن من شهد عليه أربعة ليس بضعيف.

٢- إن رجوع الزائد على النصاب لا يفوت الحجة.

القول الثاني: إن على الرجاع قسطه من الدية إذا قال: أخطأنا، وإن قال: تعمدنا فعليه القصاص، وهو مذهب الحنابلة^(٥)، وقول عند الشافعية^(٦).

أدلتهم:

١- إن الإلتلاف حاصل بشهادتهم، والراجع مقر بالمشاركة فيه عمداً وعدواناً لمن هو مثله في ذلك.

٢- لأن ما يضمنه محل واحد مع اتفاقهم على الرجوع يضمنه إذا انفرد بالرجوع، كما لو كانوا أربعة.

ثانياً: رجوع الشهود بما ينخرم به النصاب: يكون ذلك إذا كان عدد الشهود أربعة فإذا رجع شاهد أو شاهدان أو الجميع فما الحكم؟

(١) ابن مفتاح، مرجع سابق، ٤/٢٢٢.

(٢) الكاساني، مرجع سابق، ٦/٢٨٨.

(٣) العبدري، مرجع سابق، ٦/١٩٩.

(٤) الشيرازي، المرجع السابق، ٢/٣٤١.

(٥) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ١٢/١٤٣.

(٦) الرملي، مرجع سابق، ٨/٣٣١.

إذا رجع شاهد واحد: إذا رجع الشاهد بعد التنفيذ بالحد وأقر بتعمد الشهادة زوراً، لزمه حد القذف إذا كان المشهود عليه غير محصن، فإن كان محصناً لزمه القصاص، وكذلك إن رجع أكثر من شاهد، أما إذا قال: أخطأت فربح الدية إذا رجم، ونصفها إن كانا اثنين، ثلاثة أربع إن كانوا ثلاثة، وكذلك الأرش إذا جلد، وهو قول جمهور الفقهاء^(١)، وخالفهم زفر من الحنفية، وقال بعدم الحد على الشهود سواء من رجع عن شهادته، ومن ثبت عليه، وحجته: أنه تبين بعد رجوعهم بعد التنفيذ أن كلامهم وقع قذفاً من أوله فصار كما لو قذفوا ثم مات المقدوف، والقذف من الحقوق التي لا تنقل ميراثاً فسقط عنهم الحد.

المناقشة: إنه بالرجوع لا يظهر أن كلامهم كان قذفاً من حين وجوده وإنما يصير قذفاً وقت الرجوع، والمقدوف وقت الرجوع ميت قذفاً بعد الموت يوجب الحد.

ترجيح الباحث: الراجح هو قول الجمهور لقوة أدلتهم.

موقف المشرع اليمني: في المادة (٥٢) فقرة (ج) «إذا كان المنفذ به حداً أم قصاصاً وألغي الحكم ضمن الراجع أرش الحد أو القصاص، إلا أن يقر بأنه تعمد الحد أو القتل بشهادته فيحد أو يقتص منه»، ولم يشر المشرع إلى أثر رجوع شاهدا الإحصان بشكل صريح وإنما يفهم أنهما يأخذان حكم شهود الزنا إذ الحكم بالرجم يكون بشهادتهما مع شهود الزنا، ويدعم ذلك أن قانون العقوبات في تعديد مسقطات حد الزنا ذكر من ضمنها تخلف شرط من شروط الإحصان أو اختلاله، أو اختلال أحد شهوده، وبهذا يكون حكم رجوعهما حكم رجوع شهود الزنا، لكن المشرع لم ينص على مقدار الضمان، ونصت المادة (٣٧٩) على عقوبة شاهد الزور «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة، الشاهد الذي يدلي بعد حلف اليمين أمام المحكمة بأقوال غير صحيحة، أو يكتم كل، أو بعض ما يعلم من وقائع الدعوى.....، وإذا ترتب على الشهادة الحكم على متهم بعقوبة أشد لكون عقوبة الشاهد الزور هي العقوبة المقررة للجريمة التي حكم على المتهم فيها، ولو لم ينفذ الحكم في الحقيقة قبل صدور الحكم في موضوع الدين الذي أدى فيه الشهادة، وإذا ترتب على شهادة الزور الحكم على متهم بعقوبة الإعدام أو الرجم، أو القطع، تكون عقوبة شاهد الزور الحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات، إذا لم ينفذ الحكم، أما إذا نفذ الحكم فعلاً فتكون عقوبة الشاهد الزور هي الإعدام أو الرجم، أو القطع»، ومن النص يتضح الآتي:

عقوبة شاهد الزور: الحبس الذي لا يزيد على ثلاث سنوات، أو الغرامة فإذا ترتب

(١) ابن مفتاح، مرجع سابق، ٢٢٣/٤، الكاساني، مرجع سابق، ٢٨٨/٦، ابن عبد البر، مرجع سابق، ٩١٩/٢، الماوردي، مرجع سابق، ٢٥٩/١٧، ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ١٤٠/١٢.

على شهادة الزور الحكم على المتهم بعقوبة تزيد على ثلاث سنوات فإن عقوبة شاهد الزور تتمثل في الآتي:

أولاً: إذا نفذ الحكم: تكون عقوبة شاهد الزور نفس العقوبة المحكوم بها على المتهم.

ثانياً: إذا لم ينفذ الحكم: تكون العقوبة هي العقوبة المحكوم بها على المتهم، إلا إذا كانت العقوبة هي الإعدام، أو الرجم، أو القطع، فإن عقوبة شاهد الزور تكون الحبس الذي لا تزيد مدته على سبع سنوات. ومقتضى ذلك أنه لو حكم على المتهم بعقوبة الحبس أكثر من سبع سنوات ولم ينفذ الحكم عليه فإن عقوبة شاهد الزور هي نفس العقوبة، فإذا كانت العقوبة هي الإعدام، ولم ينفذ فتكون عقوبة شاهد الزور سبع سنوات، وبالتالي يصبح وضع شاهد الزور إذا ترتب على شهادته الحكم بالإعدام أو الرجم أو القطع، أفضل مما إذا شهد بشهادة ترتب عليها الحكم على المتهم بالحبس أكثر من سبع سنوات ولم ينفذ الحكم، وانتقد سراح القانون النص^(١).

العفو من العقوبة: أعطى المشرع اليمني القاضي سلطة تقديرية في العفو عن العقوبة إذا رجع عن الشهادة قبل صدور الحكم، وكان الأولى أن يكون العفو وجوبياً، ليتيح للشاهد بحال الرجوع عن الشهادة إذا علم إنه لن تضيق عليه العقوبة.

(١) الزندانى، أ. د. عبدالناصر، شرح قانون الجرائم والعقوبات - القسم الخاص، ص ١٣٢، مركز الصادق، طه.

الخاتمة

أحمد الله على توفيقه لي، في إتمام هذا البحث، وما أصبت فيه فمن الله، وما أخطأت فمن نفسي، ورغم الصعوبات التي واجهتها خاصة عدم السعة في الوقت المحدد للبحث إلا أنني بذلت الوسع واستفرغت الجهد لإنهائه، مع الشعور بالقصور فالكمال لله، وقد توصلت فيه إلى النتائج التالية:

- ١- تعتبر الشهادة أهم وسائل الإثبات في شتى الخصومات.
- ٢- الرجوع عن الشهادة معناه كل قول أو فعل يدل على رجوع الشاهد عن شهادته التي أداها أمام القضاء.
- ٣- الرجوع عن الشهادة مشروع، ويكون واجباً إذا كانت الشهادة كاذبة.
- ٤- ركن الرجوع هو قول الشاهد: رجعت فيما شهدت به، ويشترط أن يكون في مجلس القاضي للحكم بالضمان، وأن يكون عن إرادة حرة.
- ٥- الرجوع إما أن يكون صريحاً أو ضمناً، ومن الصريح أن يقول الشاهد: رجعت عن شهادتي، أو كذبت، أو شهدت بزور، أو يقول: أخطأت، والرجوع الضمني امتناع الشهود عن الرجم في جريمة الزنا وهو ما أخذ به القانون اليمني وما رجحناه، أما أمر الشهود للقاضي بالتوقف عن الحكم بعد الشهادة أو ادعأؤهم الفسق بعد أدائهم للشهادة فلا يعتبر ذلك رجوعاً.
- ٦- لا يعتد برجوع الشاهد عن رجوعه عن شهادته، لحصول الشك في رجوعه عن رجوعه الأول وهو ما أخذ به المشرع اليمني.
- ٧- الرجوع عن الشهادة له أوقات ثلاثة، الرجوع قبل الحكم، الرجوع بعد الحكم قبل التنفيذ، الرجوع بعد التنفيذ، فإذا رجع الشاهد قبل الحكم، فلا يعمل القاضي بشهادته، لأن الشهادة شرط الحكم فيشترط استدامتها، وإذا كان الرجوع بعد الحكم فإما أن يكون المحكوم به ما لا أو يكون حداً أو قصاصاً، فإذا كان المحكوم به ما لا فلا يعتد برجوع الشاهد، وإذا كان المحكوم به قصاصاً، فتسقط الشهادة وينقض الحكم، أما إن كان الرجوع بعد التنفيذ، فلا ينقض الحكم.
- ٨- إذا رجع الشهود قبل الحكم في جرائم الحدود، فلا ضمان على من رجع، فإن حكم القاضي بعد رجوعه فإن قضائه باطل، ويحاكم القاضي إن كان الرجوع في مجلسه.

- ٨- إذا رجع شهود الزنا قبل الحكم فيحدون للذف، أما إذا رجع من لا ينخرم برجوعه النصاب فلا يحد، وإذا رجع شاهد واحد، فيحد من رجع فقط.
- ٩- إذا رجع شهود الإقرار على جريمة الزنا فلا يحدون لأنهم لم يقدفوا وإنما شهدوا عليه.
- ١٠- إذا رجع الشهود بعد الحكم في جرائم الحدود فإن الحكم ينقض، سواء نفذ الحكم أو لم ينفذ، وهو الراجح وبه أخذ القانون اليمني.
- ١١- إذا ادعى الشهود الخطأ يضمنون الدية في أموالهم.
- ١٢- إذا قالوا: تعمدنا الشهادة، فيقتص منهم.
- ١٣- إن أقروا بالتعمد وادعوا الجهل بأن شهادتهم تؤدي إلى القتل، فيجب عليهم الدية المغلظة من أموالهم.
- ١٤- إن أقر البعض بالتعمد وادعى البعض الخطأ، فيجب القصاص على المقر بالعمد والدية على مدعي الخطأ.
- ١٥- لا ضمان على المزكي.
- ١٦- يجب الضمان على شهود الإحصان.
- ١٧- إذا رجع شهود الإحصان ولم يرجع شهود الزنا، فإن كان شهود الإحصان غير شهود الزنا فعلى شهود الإحصان ثلث الدية، وعلى شهود الزنا ثلثا الدية لأن الحد وجب بمجموع شهادتهم، وإن كان شاهدا الإحصان من شهود الزنا فيضمن شاهدا الإحصان الثلثان من الدية ثلثها لكونهما شهدا بالإحصان والثلث الآخر لكونهما شهدا بالزنا.
- ١٨- إذا لم يرجع شهود الإحصان ورجع شهود الزنا فالضمان على شهود الإحصان، ويكون مقدار الضمان على النحو الآتي: إذا رجع الشاهد الخامس فلا يضمن. لأن من شهد عليه أربعة فليس بعفيف، فإن رجع شاهد من الشهود الأربعة أو شاهدان أو ثلاثة أو الأربعة، فإن رجع واحد وأقر بالعمد ورجم المشهود عليه اقتص منه، وإن جلد المشهود عليه حد الشاهد للذف، وهو حكم من زاد على الشاهد، أما إن ادعى الخطأ فالدية أو أرش الجلد، فإذا رجع شاهد فعليه ربع الدية، ونصفها إن كانوا اثنين، وثلاثة أرباع الدية إن كانوا ثلاثة.

١٩- أعطى المشرع اليمني سلطة تقديرية للقاضي بإعفاء من رجع من الشهود عن شهادته في جرائم الحدود من العقوبة، وكان الصواب أن يكون العفو وجوبياً.

التوصيات:

- ١- ينبغي على المشرع اليمني، معالجة الآثار المترتبة على الرجوع عن الشهادة في نصوص قانونية، تكون أكثر وضوحاً من النصوص الحالية الموغلة في العمومية، كما أهاب بالمشرع إعادة النظر في نص المادة (١٧٩) من قانون العقوبات التي تعالج عقوبة جريمة شاهد الزور، وذلك بأن يلغي سلطة القاضي التقديرية، ويوجب عليه الحكم بالعفو عن الشاهد إذا رجع عن شهادته قبل إصدار الحكم، ليتمكن من الرجوع وهو مطمئن إلى أنه لن يعاقب على رجوعه.
- ٢- أهاب بأساتذة القانون وشراحه أن يولوا في مؤلفاتهم الرجوع عن الشهادة الأهمية التي تتمتع بها الشهاد كدليل من أدلة الإثبات، وذلك بأن تكون دراستها أكثر تفصيلاً، لأن يعدوا شرحاً عن ما نص عليه القانون.
- ٣- أوصي بتعميم منشورات تعلق في مقار المحاكم والنيابات، تبين فيها الآثار المترتبة على الرجوع عن الشهادة.

قائمة المراجع

- ابن أبي شيبة، عبدالله بن محمد، المصنف في الأحاديث والآثار، مكتبة الرشيد الرباط، ط ١، ١٤٠٩هـ.
- ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ط ١، مؤسسة الرسالة بيروت، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٥م.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السكندري، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت.
- ابن عابدين، محمد بن عمر، حاشية رد المحتار، دار الفكر للطباعة والنشر، ٢٠٠٠م، ١٤٢١هـ.
- ابن عبدالبر، أبو يوسف بن عبدالله بن محمد، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد محمد حيدر، ط ٢، ١٩٨٠م، ١٤٠٠هـ.
- ابن قدامة، عبدالرحمن بن إبراهيم بن أحمد، العدة شرح العمدة، دار الكتب العلمية، ط ٢ - ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٠م.
- ابن قدامة، عبدالرحمن بن محمد بن أحمد، الشرح الكبير، المكتبة الشاملة.
- ابن قدامة، عبدالله بن أحمد، الكافي في فقه أحمد بن حنبل، المكتبة الشاملة.
- ابن قدامة، عبدالله بن أحمد، المغني، ط ١، ١٤٠٥هـ.
- ابن مازه، محمد بن أحمد بن الصدر الشهيد، المحيط البرهاني، دار إحياء التراث العربي، ط ٢.
- ابن مظفر، عماد الدين بن يحيى بن أحمد، البيان الشافي، مكتبة غمضان، الناشر مجلس القضاء الأعلى.
- ابن مفتاح، أبو الحسن عبدالله بن أبي القاسم، شرح الأزهار، مكتبة غمضان، ١٤٠١هـ.
- ابن مفلح، محمد، الفروع، ط ١، عالم الكتب، بيروت، ١٣٨٨هـ.
- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، ط ٢، دار إحياء التراث العربي.
- ابن نجيم، زين الدين الحنفي، البحر الرائق شرح الدقائق، دار المعرفة بيروت.
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، أسنى المطالب، تحقيق محمد تامر، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠م - ١٤٢٢هـ.
- البخاري، أبو عبدالله محمد بن محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري،

- برهان الدين مازة، محمود بن أحمد الصدر، المحيط البرهاني، دار إحياء التراث العربي.
- البعيث، خالد محمد عبدالله بعيث، الرجوع عن الشهادة، رسالة ماجستير.
- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع، دارالفكر، ١٤٠٢هـ.
- البيهقي، ابو بكر احمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر، دارالكتب العلمية، ط ٣- ٢٠٠٣م.
- التسولي، أبو الحسن بن علي بن عبدالسلام، البهجة في شرح التحفة.
- الجوهري، إسماعيل بن محمد، الصحاح.
- الحجاوي، شرف الدين بن موسى، الإقناع في فقه أحمد بن حنبل، دارالمعرفة بيروت.
- الخطاب، محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل،
- الخياري، عبدالله بن علي، حجية الشهادة في الإثبات، الناشر مركز الأمين.
- الدسوقي، محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دارالفكر.
- الدمشقي، عبدالغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، دارالكتب العربي.
- الدمياطي، محمد سطا، حاشية إعانة الطالبين، دارالفكر بيروت.
- الرازي، محمد بن ابي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، دارالحديث
- الرملي، شهاب الدين محمد بن ابي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٩٨٤م.
- زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، ملتي الأبحر، دارالكتب العلمية، ١٩٩٨م- ١٤١٩هـ.
- الزبيدي، محمد بن محمد الحسني، تاج العروس، دارالهداية، ط ١.
- الزحيلي، محمد، وسائل الإثبات، مكتبة دارالبيان، ط ٢- ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م.
- الزحيلي، وهبه، الفقه الإسلامي وأدلته، ط ٤، دارالفكر، سورية.
- الزركلي، خيرالدين بن محمود بن محمد بن علي بن فارس، الأعلام، دارالعلم للملأين، الطبعة الخامسة عشرة، ٢٠٠٢م.
- الزندانى، عبدالناصر، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ط ٥، الناشر مركز الصادق.
- الزيلى، فخرالدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنزالدقائق.
- السرخسي، محمد بن أحمد أبي سهيل، المبسوط، ط ١، دار الفكر للطباعة والنشر بيروت، ٢٠٠٠م- ١٤٢١هـ.

- السعدي، علي بن الحسين، النتف في الفتاوي، تحقيق صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة بيروت، ١٩٨٤م - ١٤٠٤هـ.
- السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ١٩٥٦م.
- الشامي، احمد محمد، شرح قانون الإثبات اليمني، ط١، الجيل الجديد، ٢٠١١م.
- الشرييني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار الفكر.
- الشرواني، عبدالحميد المكي، حواشي الشرواني، دار الفكر.
- الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار المتدفق علي حدائق الأزهار، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤٠٥هـ.
- الشيخ نظام، أبو الظفر محيي الدين بن محمد، الفتاوي الهندية، دار الفكر، ١٩٩١م - ١٤١١هـ.
- الشيرازي، أبو اسحاق ابراهيم بن علي، المذهب في فقه الامام الشافعي، المكتبة الشاملة.
- الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير.
- الصنعاني، عبدالرزاق بن همام، المصنف، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢.
- الضبي، أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد، اللباب في الفقه الشافعي، ط١، دار البحار المدينة المنورة، ١٤١٦هـ.
- الضبياني، صالح بن عبدالله، القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني.
- الطحاوي، أحمد الطحاوي، حاشية الطحاوي، دار المعرفة بيروت، ١٩٧٥م.
- الطرابلسي، شمس الدين، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٠م - ١٤٢٣هـ.
- العاصمي، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، حاشية الروض المربع، ط١، ١٣٧٩هـ.
- العاملي، زين الدين بن علي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، دار العالم الإسلامي بيروت.
- العبدري، محمد بن يوسف بن القاسم، التاج والإكليل، ١٣٨٩هـ.
- العسقلاني، ابن حجر، فتح الباري بشرح صحيح البخاري.
- العنسي، أحمد بن قاسم، التاج المذهب لأحكام المذهب، ط١، ١٩٤١م - ١٣٦٦هـ.
- عودة، عبدالقادر، التشريع الجنائي الإسلامي، دار التراث للطباعة والنشر.

- الغزالي، أبو حامد، الوسيط، دار السلام، ١٤١٧هـ.
- الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس، المحيط، دار الجيل، بيروت.
- القرافي، شهاب الدين احمد بن إدريس، الذخيرة، دارالغرب، ١٩٩٤م.
- الكاساني، علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط١، دارالكتاب العربي، ١٩٨٢م - ١٤٠٢هـ.
- مالك، مالك بن أنس، بن عامر الأصبحي، المدونة، دارالكتب العلمية.
- الماوردي، ابو الحسن، الحاوي الكبير في فقه الشافعي، ط١، دارالكتب العلمية، ١٩٩٤م - ١٤١٤هـ.
- المقري، أحمد بن محمد بن علي، الصباح المنير، دارالفكر.
- المنجد، دارالمشرق بيروت، ط٤٢.
- الموصللي، عبدالله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، دارالكتب العلمية، ١٩٧٣م.
- النووي، مجدالدين بن يحيى، روضة الطالبين، دارالفكر، ١٤٥٠هـ.
- الهيثمي، شهاب الدين احمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المكتبة الشاملة.



البحر في الفقه والقانون

الإطار القانوني لحماية الأطفال في البيئة الرقمية في القانون اليمني

الباحث / محمد علي حطرم

مجلة
البحر في
الفقه والقانون

أولاً: مقدمة:

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

فإن الحماية القانونية في مجال البيئة الرقمية تحتل أهمية كبيرة، لاسيما في ظل التقدم والتطور المستمر في هذا المجال بشكل متسارع وواسع يغطي مختلف المجالات، والتوسع السريع لشبكة الإنترنت على الصعيد العالمي، وسهولة الوصول خصوصاً بواسطة الهواتف الذكية التي باتت في متناول الجميع، وتزايد عدد مستخدمي شبكة الإنترنت في العالم من سنة لأخرى بشكل متسارع وبنسب عالية جداً^(١)، والتأثير الكبير الذي ينعكس على الأشخاص والأسر والمجتمعات في كافة دول العالم.

وتعاضد تلك الأهمية في مجال حماية الأطفال كونهم الفئة الأكثر عرضة لهذه المخاطر، نظراً لضعف الإدراك النقدي لدى الطفل وعدم امتلاكه القدرة الكافية على تمييز النوايا الخبيثة أو التحقق من صحة المعلومات، والفضول الطبيعي الذي قد يقود الطفل إلى محتويات خطيرة دون وعي، وقلة الخبرة الحياتية لدى الأطفال في تقدير عواقب مشاركة الصور أو الدخول في محادثات مع غرباء، وغير ذلك من السمات الطبيعية لدى الأطفال التي تجعلهم أكثر عرضة للمخاطر في البيئة الرقمية.

ومن هنا تولي معظم الدول اهتماماً متزايداً بأطر حماية الأطفال في البيئة الرقمية، وتزايدت الجهود الدولية ومنها قرار مجلس حقوق الإنسان بشأن سلامة الأطفال في البيئة الرقمية، وبالتالي يناقش هذا البحث الإطار القانوني لحماية الأطفال في البيئة الرقمية في اليمن التي تبلغ شريحة الأطفال فيها ما نسبته ٤٩,٥٪ من إجمالي عدد السكان بحسب الإحصائيات للعام ٢٠٢٢م^(٢).

ثانياً: مشكلة البحث:

تتمحور المشكلة التي يناقشها هذا البحث حول الإجابة على تساؤل رئيسي مفاده: ما التنظيم القانوني لحماية الأطفال في البيئة الرقمية في القانون اليمني؟ وكذلك الإجابة على مجموعة من التساؤلات الفرعية المنبثقة عن هذه المشكلة الرئيسية، وأهمها: ما

(١) لمزيد من التفاصيل، انظر: تقرير بعنوان: «من أجل بيئة رقمية دامية توفر الحماية للأطفال»، وثيقة صادرة عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بالمملكة المغربية، برقم ٧٥ لسنة ٢٠٢٤م، المغرب، ص ١٠.
(٢) تقرير أهم مؤشرات الإحصاءات الاجتماعية الوطنية في اليمن ٢٠٢٢م، وثيقة صادرة عن الجهاز المركزي للإحصاء في عام ٢٠٢٢م، ص ١٢.

أوجه الحماية القانونية للأطفال في القانون اليمني مقارنة بمضامين قرار مجلس حقوق الإنسان بشأن سلامة الطفل في البيئة الرقمية؟ وما الأساليب التي تتبعها الدول في تقنين هذا النوع من الحماية؟ وما الأسلوب الذي انتجه المقتن اليمني؟ وهل كانت النصوص القانونية الواردة في القوانين واللوائح النافذة في اليمن كافية لتغطية جميع أوجه حماية الطفل في البيئة الرقمية؟

ثالثاً: أهداف البحث:

تتركز أهداف البحث - فضلاً عن الإجابة على التساؤلات المنبثقة عن مشكلة البحث - في استجلاء نقاط القوة والضعف في القوانين واللوائح النافذة في اليمن من حيث التناسب مع متطلبات التعامل مع الوسائل والآليات التي انتجتها الوسائل الرقمية والتكنولوجية، والتعرف على أوجه القصور والتحديات التي تواجه النصوص القانونية النافذة لتطبيقها في مجال البيئة الرقمية، ومحاولة التوصل إلى الحلول والمعالجات الممكنة لمواجهة هذه التحديات.

رابعاً: منهج البحث:

لما كان البحث يدور حول الإطار القانوني لحماية الأطفال في البيئة الرقمية في القانون اليمني، فقد تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي مع اتباع المنهج المقارن مع بعض التجارب الدولية كلما عنت الحاجة لذلك، وسيقوم الباحث بعرض موضوعات البحث مستخدماً المنهج العلمي في مناقشة وتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية المرتبطة بها، ثم التعقيب وإبداء الرأي وفقاً لما تقتضيه ضرورات البحث.

خامساً: خطة البحث:

- المبحث الأول: أوجه الحماية القانونية للأطفال في مجال البيئة الرقمية.
- المبحث الثاني: أساليب تقنين حماية الأطفال في مجال البيئة الرقمية.
- المبحث الثالث: موقف المقتن اليمني من حماية الأطفال في البيئة الرقمية.
- الخاتمة: النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

أوجه الحماية القانونية للأطفال في مجال البيئة الرقمية

يتمحور الإطار القانوني لحماية الأطفال في البيئة الرقمية وفقاً لقرار مجلس حقوق الإنسان في ثلاثة جوانب وهي (تدابير قانونية لحماية الأطفال من مخاطر البيئة الرقمية، تدابير آليات الإبلاغ وحصول الأطفال على سبل الانتصاف، تدابير وقائية وتعزيز الفهم والتوعية الرقمية)، وتتناول في هذا المبحث أوجه الحماية القانونية في هذه الجوانب الثلاثة من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

وضع تدابير قانونية لحماية الأطفال من مخاطر البيئة الرقمية

تضمنت الفقرة الأولى من قرار مجلس حقوق الإنسان بشأن سلامة الطفل في البيئة الرقمية أن المجلس يحث جميع الدول على اعتماد وتنفيذ تشريعات واستراتيجيات وسياسات لضمان حماية وتعزيز وإعمال حقوق الطفل وسلامته في البيئة الرقمية^(١).

وتشمل سلامة الطفل في البيئة الرقمية حمايته من العنف والضرر والتسلط عبر الإنترنت والمضايقة والترويج للانتحار وإيذاء النفس، وحمايته من التمييز والعنصرية والدعوة للكراهية، وحمايته من الاتجار والتهرب والاستغلال الاقتصادي وتسويق السلع الضارة أو غير الملائمة كالقمار والمخدرات والاحتيال وسرقة الهوية والتعرض لآثار الخوارزميات وآليات التصميم الضارة والمسببة للإدمان، وتمنع حصاد البيانات والمعلومات الخاطئة^(٢).

كما تتضمن حماية الأطفال من المخاطر المحتملة في ظل البيئة الرقمية، لاسيما الاستغلال في المواد الإباحية والاستغلال الجنسي وبغاء الأطفال والمقاطع القصيرة التي لا تتناسب مع الفئة العمرية للأطفال، فضلاً عن استخدام التزييف العميق بالذكاء الاصطناعي^(٣).

(١) قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 6/56/A/HRC/RES، الصادر في دورته السادسة والخمسين المنعقدة خلال الفترة 18/يونيو/2024م حتى 12/يوليو/2024م، الفقرة رقم (1)، ص 4.

(٢) قرار مجلس حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 2.

(٣) قرار مجلس حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 2.

وبالتالي يمكن تصنيف المخاطر المحتملة للبيئة الرقمية على الأطفال إلى مخاطر متعلقة بالمحتوى، وأخرى متعلقة بالاتصال، ومخاطر متعلقة بالسلوك، ومخاطر متعلقة بالخصوصية والأمان، والمخاطر الصحية الجسدية والنفسية.

فالمخاطر المتعلقة بالمحتوى حين يتعرض الأطفال لمحتوى لا يتناسب مع أعمارهم أو يهدف إلى إيذائهم، كالمحتوى المحتوى العنيف أو الإباحي، والمعلومات المضللة، والترويج للسلوكيات الضارة^(١)، ويختلف الأمر بحسب الموقف التفاعلي للطفل مع هذه المحتويات فأحياناً قد يكون ضحية وأحياناً أخرى قد يكون مشاركاً في أذية الآخرين، مما يتطلب تنظيمًا قانونياً فاعلاً ومتناسباً، ووعياً من أولياء الأمور للتعامل مع مثل هذه الأخطار من خلال الحلول الوقائية وأخذ الاحتياطات التقنية التي تحول دون وصول الطفل إلى المحتوى الضار^(٢).

أما المخاطر المتعلقة بالاتصال حين يقوم الطفل بالتواصل مع الآخرين في البيئة الرقمية، والتفاعل مع أفراد قد تكون لديهم نوايا سيئة لارتكاب أفعال ضد الطفل، كالتسلط الإلكتروني والتنمر عبر الإنترنت، والاستمالة الإلكترونية تحت هويات مزيفة، والابتزاز الجنسي بمحاولة إقناع الطفل بمشاركة صور أو مقاطع ثم استخدامها لابتزازها مادياً ونفسياً^(٣).

وفيما يخص المخاطر المتعلقة بالسلوك فهي تتعلق بما يفعله الطفل أو ما يُفعل به نتيجة قلة الوعي، كالإفراط في مشاركة البيانات الشخصية دون إدراك للعواقب، والإدمان الرقمي من خلال قضاء ساعات مفرطة أمام الشاشات، مما يؤدي إلى اضطرابات النوم، وضعف التحصيل الدراسي، والعزلة الاجتماعية وغيرها من الآثار السلبية، فضلاً عن دخول الطفل في نزاعات مع أسرته وأصدقائه^(٤).

أما المخاطر المتعلقة بالخصوصية والأمان فهي ترتبط باستغلال بيانات الأطفال من خلال التطبيقات والمنصات مما يعرضهم لانتهاك الخصوصية، وكذلك سرقة الهوية

(١) د/ زينة بوساق، الطفل والتكنولوجيا الرقمية «قراءة في الإيجابيات والسلبيات وآليات الحماية المبكرة»، بحث منشور في مجلة الجامع في الدراسات النفسية والعلوم التربوية، المجلد العاشر، العدد الأول، ٢٠٢٥م، ص ٢٦٣.

(٢) الباحثة / زمال فاطيمة زهرة، حماية الطفل في البيئة الرقمية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠٢٣-٢٠٢٤م، ص ٢٩.

(٣) د/ إبراهيم عمري، ود/ أمينة عبيشات، البيئة الرقمية وعلاقتها بالجرائم الواقعة على الأطفال «الاستغلال الجنسي الإلكتروني أنموذجاً»، بحث منشور في مجلة دفاتر مخير حقوق الطفل، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، ٢٠٢٢م، ص ١٤١ وما بعدها.

(٤) انظر: تقرير بعنوان: «من أجل بيئة رقمية دامجة توفر الحماية للأطفال»، مرجع سابق، ص ١٥.

واستخدام معلومات الطفل لفتح حسابات احتيالية، فضلاً عن الاختراقات والقرصنة والوصول غير مصرح به إلى كاميرات الأجهزة أو حسابات العائلة الخاصة بالطفل.

وأخيراً المخاطر الصحية «الجسدية والنفسية» على الطفل كمتلازمة رؤية الكمبيوتر «إجهاد العين»، وآلام الظهر والرقبة، والسمنة بسبب الخمول، وكذلك القلق والاكتئاب نتيجة المقارنة الاجتماعية أو التعرض للتنمر، وتشويه صورة الجسد بسبب فلاتر التجميل ومعايير الجمال غير الواقعية على بعض المنصات، واضطراب نقص الانتباه بسبب سرعة وتيرة المحتوى القصير التي تقلل من مدى التركيز الطويل^(١).

المطلب الثاني

وضع تدابير وآليات الإبلاغ وحصول الأطفال على سبل الانتصاف

تضمنت الفقرتان الثالثة والرابعة من قرار مجلس حقوق الإنسان بشأن سلامة الطفل في البيئة الرقمية أن المجلس يحث جميع الدول على أن تتيح للأطفال الذين تتعرض حقوقهم للانتهاك أو إساءة الاستعمال إمكانية الحصول على سبل انتصاف قضائية وغير قضائية فعالة ومناسبة، بما في ذلك جبر الضرر وضمان عدم التكرار عند الاقتضاء^(٢). وفي سبيل ذلك تحث الدول على أن تسن وتنفذ التدابير التشريعية اللازمة بما في ذلك التدابير الجنائية وغيرها، لمنع جميع أشكال انتهاك وإساءة استعمال حقوق الطفل، والمعاقبة عليها وقمعها، سواءً على شبكة الإنترنت أو خارجها، بما في ذلك توزيع المواد الإباحية للأطفال عبر الإنترنت وغيرها من مواد الاستغلال الجنسي للأطفال والاعتداء الجنسي عليهم، وكفالة وجود آليات مناسبة للتمكين من الإبلاغ عن وجود هذه المواد وإزالتها، ومقاضاة منتجيها وموزعيها وجامعيها عند الاقتضاء^(٣).

وبالتالي يفترض اتخاذ كافة التدابير اللازمة لتوفير مثل تلك الضمانات التي تمكن الطفل من الإبلاغ عما يتعرض له من انتهاكات أو جرائم في البيئة الرقمية، وتنظم الإجراءات اللازمة لمعاقبة مرتكبيها، غير أن هناك عدداً من التحديات التي تواجه مثل تلك التدابير، وأهمها: كون الجرائم الإلكترونية عادة ما تكون عابرة للحدود، وصعوبة اكتشاف الجريمة المعلوماتية، وسرعة تنفيذ مثل هذه الجرائم إذ قد يتحقق الركن المادي بمجرد ضغط زر، كما أن الجرائم الإلكترونية من الجرائم المستحدثة وعادة ما

(١) د/ زينة بوساق، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

(٢) قرار مجلس حقوق الإنسان مرجع سابق، الفقرة رقم (٣)، ص ٤.

(٣) قرار مجلس حقوق الإنسان مرجع سابق، الفقرة رقم (٤)، ص ٤.

يقل الإبلاغ عنها، ومن التحديات أيضاً أن الجريمة الإلكترونية أسرع تطوراً من التقنين الوضعي نظراً للتطور التكنولوجي الهائل والمتسارع الذي تجسده شبكة الإنترنت وابتكار وسائل وطرق غاية في التعقيد لم تعرفها القوانين قبل سنها^(١).

وفي هذا السياق، تثار إحدى الإشكاليات الرئيسية التي تتمثل في ضرورة وجود تعريف محدد ودقيق للجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، ذلك أن غياب مثل هذا التعريف يخلق فراغاً قانونياً يتعلق بالمسؤولية الجنائية التي تمثل مبدأً رئيسياً في قوانين الجرائم والعقوبات، وتتعاظم الإشكالية مع غياب قواعد واضحة تنظم استعمال شبكات التواصل الاجتماعي من قبل الأطفال، مما يفضي إلى ضعف القدرات المؤسسية في حماية هذه الفئة في البيئة الرقمية^(٢). ويرتبط بتلك الإشكالية تحديات أخرى تتعلق بإجراءات ووسائل الإثبات وما تثيره من تحديات تتعلق بمدى اعتبار وسائل التواصل الاجتماعي والإلكتروني إحدى وسائل إثبات الجريمة أو التعامل معها باعتبارها قرينة فحسب^(٣).

المطلب الثالث

وضع تدابير وقائية لتعزيز الفهم ورفع مستوى الوعي الرقمي

تضمنت الفقرة السابعة من قرار مجلس حقوق الإنسان بشأن سلامة الطفل في البيئة الرقمية، حث جميع الدول على اتخاذ التدابير التشاركية اللازمة للمساعدة في التخفيف من المخاطر المحتملة للبيئة الرقمية على الأطفال، عن طريق وسائل الإعلام والإلمام بالتكنولوجيا الرقمية واكتساب الدراية والمهارات لكفالة المشاركة، فضلاً عن الاستعانة بالألعاب لتحقيق هذه الأغراض باعتبارها تتيح تدابير تكميلية لتعزيز فهم الأطفال^(٤).

ويندرج في هذا الإطار العمل على منع أو تخفيف نشوء الآثار الضارة على حقوق الطفل التي ترتبط ارتباطاً مباشرة بتصاميم المؤسسات أو عملياتها أو منتجاتها أو خدماتها، ووضع وتنفيذ أطر تنظيمية ومدونات وشروط قطاعية تلتزم بالمعايير الأخلاقية

(١) د/ إبراهيم عماري، ود/ أمينة عبيشات، مرجع سابق، ص ١٣٦، ١٣٨.

(٢) تقرير بعنوان: «من أجل بيئة رقمية دامجة توفر الحماية للأطفال»، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٣) انظر: د/ خالد محمد علي الكميم، حق الإنسان في الحماية من الجريمة المعلوماتية في القانونين الدولي واليمني، بحث منشور في مجلة جامعة صنعاء للعلوم الإنسانية، العدد العاشر، المجلد الرابع، ٢٠٢٥م، ص ٢١٠.

(٤) قرار مجلس حقوق الإنسان مرجع سابق، الفقرة رقم (٧)، ص ٤.

من حيث تصميم منتجاتها وخدماتها الإلكترونية وهندستها ووضعها وتشغيلها وتوزيعها وتسويقها بما يكفل احترام حقوق الطفل^(١).

وفي هذا السياق، يمكن العمل على تنمية الاندماج الرقمي والاجتماعي، حيث أدمجت بلدان مثل فرنسا والنرويج الإلمام الرقمي الذي يعرف بأنه فهم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والتعاطي معها بشكل يومي والتفاعل معها كجزء من المنهاج الدراسي الأساسي، بينما أدمجت بعض الدول كبريطانيا التشفير الحاسوبي والبرمجة في الصفوف الابتدائية في شكل ألعاب إلكترونية، كما اهتمت بعض البلدان مثل فنلندا بمراجعة كيفية تركيب المنهاج الدراسي التقليدي من أجل تركيزه حول المهارات التي يحتاجها الطلاب في عالم التكنولوجيا المتغيرة بسرعة وقد حولت فنلندا ما نسبته ٦٠٪ من محتوى المناهج إلى مهارات رقمية وعملية كتحليل البيانات، ودولاً أخرى كإستونيا أطلقت منصة مجانية لتعليم البرمجة للأطفال من سبع سنوات وشارك فيها ما نسبته ٨٩٪ من طلاب المرحلة الابتدائية^(٢).

ومن الإجراءات الوقائية التي اتخذتها بعض الدول في هذا السياق القانون الفرنسي الذي حدد سن الرشد الرقمي بخمسة عشر عاماً ما لم يتم الحصول على ترخيص بهذا التسجيل من قبل ولي أمر الطفل، ومنح ولي الأمر إمكانية طلب تعليق حساب الطفل، وغير ذلك من الضوابط المتعلقة بأوقات الاستخدام والمحتوى والالتزامات الأخرى^(٣).

ومن خلال كل ما سبق تناوله في هذا المبحث، تتضح حدود ونطاق الحماية القانونية للأطفال في البيئة الرقمية وفقاً لقرار مجلس حقوق الإنسان، ومسؤوليات الدول في تنفيذ مقتضياته وفقاً لداستاتيرها وأنظمتها وآلياتها في وضع التدابير القانونية، وتتناول الأساليب التي تنتهجها الدول من خلال المبحث التالي تباعاً.

(١) قرار مجلس حقوق الإنسان مرجع سابق، الفقرة رقم (٥)، ص ٤.

(٢) د / زوينة بوساق، مرجع سابق، ص ٢٥٩ وما بعدها.

(٣) لمزيد من التفاصيل، انظر: تقرير بعنوان: «من أجل بيئة رقمية دامجة توفر الحماية للأطفال»، مرجع سابق، ص ٢٣.

المبحث الثاني أساليب تقنين حماية الأطفال في مجال البيئة الرقمية

عند الحديث عن الحماية القانونية في مجال البيئة الرقمية يثور التساؤل عن ماهي الأساليب التي تعتمد عليها الدول عند إجراء هذا التقيين، وما العوامل المؤثرة في اتخاذ القرار بتقنين الحماية في مجال البيئة الرقمية، وما الأسلوب الذي اتبعه القانون اليمني بهذا الشأن، وبالتالي نحاول الإجابة على هذه التساؤلات وما يتفرع عنها من تساؤلات وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

أسلوب وضع قانون أو قوانين مستقلة ومتخصصة

تنوعت قوانين الدول فيما يتعلق بالحماية القانونية في البيئة الرقمية ما بين دول أوجدت قوانين خاصة بها كفرنسا وكندا والصين ومصر، ودول اكتفت بالنصوص في القوانين التقليدية - كاليمن - وبلغ بعض الدول في الحماية ومواجهة جرائم تقنية المعلومات إلى النص عليه في دساتيرها مثل النمسا والبرتغال وإسبانيا^(١).

وفي هذا المطلب نستعرض أسلوب سن قوانين خاصة للحماية في مجال البيئة الرقمية والمعلوماتية، حيث تلجأ الدول التي تعتمد هذا الأسلوب إلى إصدار قوانين مستقلة تنظم الحماية الرقمية، وعادة ما تشتمل هذه القوانين على إيراد تعريفات المصطلحات ذات الصلة بالبيئة الرقمية والجرائم الإلكترونية بشكل دقيق، وإيراد نصوص قانونية تحدد نطاق تجريم الأفعال بشكل واضح كالاختراق، والابتزاز الإلكتروني، ونشر المحتوى الضار، وتحديد عقوبات رادعة لكل نوع من أنواع وصور الجرائم التي ينظمها القانون.

ومن أبرز الأمثلة على هذا الأسلوب هو «قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري» الذي وضع إطاراً قانونياً واضحاً للتعامل مع الجرائم عبر الإنترنت^(٢)، ويمثل خطوة مهمة لمواكبة التطورات الرقمية وحماية الأطفال في البيئة الإلكترونية، ويوفر إطاراً قانونياً لتطبيق العقوبات وملاحقة الجناة بفاعلية، ويسهم في رفع وعي المجتمع

(١) انظر: د/ خالد محمد علي الكميم، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٢) قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم (١٧٥) لسنة ٢٠١٨م.

بمخاطر الإنترنت ويشجع على الاستخدام الآمن للتكنولوجيا، حيث يهدف هذا القانون إلى حماية الأفراد والمؤسسات من الجرائم التي تُرتكب عبر الشبكة الدولية للاتصالات، وتجريم السلوكيات الضارة على الإنترنت، مثل جرائم القرصنة، والابتزاز الإلكتروني، ونشر المحتوى الضار، وحماية الأطفال من الاستدراج الإلكتروني والاستغلال الرقمي، ووضع إجراءات واضحة للتحقيق والملاحقة القضائية في الجرائم الرقمية.

وقد اشتمل هذا القانون على التعاريف للمصطلحات ذات الصلة، لاسيما تعريف الجرائم الإلكترونية الذي يشمل الاختراق غير القانوني للأنظمة، ونشر الفيروسات، والسرقعة الإلكترونية، والابتزاز الرقمي، كما تضمن هذا القانون أوجه حماية الأطفال وتجريم الاستدراج الإلكتروني للأطفال، وحماية خصوصية الطفل وبياناته على الإنترنت، وفرض عقوبات صارمة تصل إلى السجن والغرامات المالية، لضمان الردع، كما اشتمل على الإجراءات القانونية التي تنظم التحقيق في الجرائم الإلكترونية وتحديد جهات الاختصاص القضائي، وكذلك نظم التعاون الدولي وتسهيل التعاون بين الدول لمكافحة الجرائم العابرة للحدود، كما اشتمل على مسؤولية مزودي الخدمات الإلكترونية، وإلزام شركات الإنترنت والمنصات الرقمية بالمسؤولية في إزالة المحتوى الضار والإبلاغ عن الانتهاكات^(١).

وبالنظر إلى هذا الأسلوب، يلاحظ أنه يتسم بعدد من الجوانب الإيجابية كالوضوح التعريفي للمصطلحات ذات الصلة بالحماية في البيئة الرقمية، لاسيما وضع تعريف دقيق للجرائم الرقمية وتعريفات دقيقة لكل فعل إلكتروني مخالف، كما أنه يحدد العقوبات الرادعة والمتناسبة مع كل فعل والتي تأخذ في الاعتبار خطورة الجرائم الرقمية على الأطفال والمجتمع، ويضع إطاراً مؤسسياً وتنفيذياً لتحديد الجهات القضائية المسؤولة وإلزام مزودي الخدمات الإلكترونية بمسؤوليات واضحة.

غير أنه يمكن استخلاص بعض الجوانب السلبية لهذا الأسلوب، ومنها: صعوبة الإحاطة بكافة الجوانب والتفاصيل الدقيقة في إطار البيئة الرقمية، كما أن معظم الدول التي تعتمد على هذا الأسلوب عادة ما تركز على الجوانب الجنائية للمسائل ذات الصلة بالبيئة الرقمية والمعلوماتية، في حين أن الحماية القانونية في البيئة القانونية يفترض أن تغطي كافة الحقوق، لاسيما حقوق الأطفال في مختلف الجوانب، كما أن وضع قانون مستقل - في الواقع - يتطلب إجراء العديد من التعديلات القانونية في كثير من القوانين النافذة بما يتناسب مع متطلبات تنفيذ نصوص القانون المستقل الذي قد يتعارض مع

(١) قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري، مرجع سابق، المواد (١-٣٨).

نصوص القوانين لاسيما تلك المتعلقة بالإجراءات ووسائل الإثبات وغيرها من الجوانب ذات الصلة.

المطلب الثاني

أسلوب إدماج أوجه الحماية ضمن القوانين التقليدية

ذكرنا فيما سبق أن مجموعة من الدول قد اعتمدت على الأسلوب الثاني في تقنين الحماية القانونية في البيئة الرقمية الذي يعتمد على إيراد أوجه الحماية القانونية في مجال البيئة الرقمية ضمن القوانين التقليدية النافذة، ومن هذه الدول اليمن، والعراق^(١).

وبمقتضى هذا الأسلوب يتم إيراد مواد ونصوص قانونية في قانون أو أكثر من القوانين النافذة وتنظم مسألة أو أكثر من المسائل ذات الصلة بالحماية في مجال البيئة الرقمية، وهذه المواد والنصوص القانونية قد تكون مباشرة بأن تتضمن صراحة الإشارة إلى الموضوعات الرقمية بشكل واضح، وقد تكون غير مباشرة بأن تشير إلى وجه من أوجه الحماية غير أنه ينطبق على الجوانب التقليدية والرقمية على السواء، كأن يشتمل النص على حظر نشر بيانات أو معلومات لفئة من الأشخاص بأي وسيلة من وسائل النشر، وبالتالي تندرج الوسائل الرقمية والمعلوماتية ضمن هذا الحظر.

وبالنظر إلى هذا الأسلوب، نجد أنه يتسم ببعض الجوانب الإيجابية ومنها المرونة التي تتيح تطبيق النص القانوني بشكل أوسع نطاقاً يغطي كافة الوسائل التقليدية والرقمية، ويتيح الفرصة لشمولية أي وسائل أو آليات رقمية جديدة قد تظهر مستقبلاً، كما أن هذا الأسلوب يتسم بعدم التقييد، حيث يمنح صناع القرار ومسؤولي إنفاذ القانون مساحة لابتكار وتنفيذ الإجراءات والحلول المناسبة للمسائل التي تستجد في مجال البيئة الرقمية، دون التقييد بنصوص قانون مستقل قد لا يكون شاملاً لكافة الآليات والوسائل الجديدة التي يتم تحديثها وتطويرها بشكل مستمر.

ورغم ذلك، فإن هذا الأسلوب لا يخلو من الجوانب السلبية ومنها أن النصوص التقليدية عادة ما تحول دون تطبيقها في مجال البيئة الرقمية إذا ما كانت محددة ومقيدة، فمثلاً قد يتحدد نطاق التجريم في جريمة نشر البيانات على وسيلتي الإذاعة

(١) لمزيد من التفاصيل، انظر: م / صفاء حسن نصيف، الحماية الجنائية للأطفال من المحتوى الرقمي الضار، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإنسانية، كلية القانون والعلوم السياسية، المجلد ١٤، العدد الأول، ٢٠٢٣م، جامعة ديالى - العراق، ص ٢١٦.

والتلفزيون، مما يحول دون دخول وسائل التواصل الاجتماعي ضمن نطاق التجريم، ومن جانب آخر يعيب هذا الأسلوب صعوبة الوصول للنصوص القانونية التي نظمت المسائل الرقمية، خصوصاً إذا لم تنص صراحة على ذلك، كما أن الاعتماد على التحليل والقياس لتطبيق النص التقليدي على النص الرقمي يجعل الأمر خاضعاً للاجتهاد والتقدير من قبل مسؤولي إنفاذ القانون، فضلاً عن الإشكاليات القانونية المتعلقة بالنصوص الجنائية التي يرى كثير من فقهاء القانون عدم جواز القياس فيها^(١)، وأخيراً فإن النصوص القانونية التقليدية تعاني من قصور في مواجهة الجرائم الرقمية الحديثة.

المطلب الثالث

الأسلوب المتبع في القانون اليمني

يعتمد المقنن اليمني على الأسلوب الثاني الذي يقوم على تقنين الحماية القانونية في البيئة الرقمية من خلال إيراد أوجه الحماية القانونية في مجال البيئة الرقمية ضمن القوانين التقليدية النافذة، ومنها قانون الجرائم والعقوبات، وقانون الصحافة والمطبوعات، وقانون حقوق الطفل، وقانون رعاية الأحداث، وغيرها من القوانين التي اشتملت على نصوص قانونية تنظم مسألة أو أكثر من المسائل ذات الصلة بالبيئة الرقمية، غير أن هذه النصوص لا تغطي سوى جزء محدود من أوجه الحماية القانونية للأطفال في البيئة الرقمية - وستتناولها تفصيلاً في المبحث الثالث من هذا البحث.

على أن هناك بعض القوانين واللوائح المستقلة الخاصة التي نظمت جوانب محددة ذات صلة بالبيئة الرقمية، ومنها: القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية، واللائحة الوزارية رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٧م بشأن لائحة تنظيم الصحافة الإلكترونية. ورغم ذلك، فإن اليمن لا تعتبر من الدول التي تعتمد على الأسلوب الأول؛ وذلك لعدم وجود قانون مستقل ومتخصص للحماية القانونية في البيئة الرقمية، حتى مع صدور القانون واللائحة - المشار إليهما في الفقرة السابقة - ذلك أنهما تنظمان جوانب جزئية ومحدودة لبعض المسائل الرقمية، على عكس الدول التي تعتمد على الأسلوب الأول التي تخصص قانوناً مستقلاً ينظم جميع الموضوعات ذات الصلة بالبيئة الرقمية أو معظمها على الأقل.

ويرى البعض بأن غياب القوانين المنظمة للبيئة الرقمية في اليمن يشكل سبباً

(١) انظر: د/ خالد محمد علي الكميم، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

رئيسياً في ضعف البنية المعلوماتية الاتصالية، في ظل ضعف البنية التحتية الرقمية وقصورها في أخذ الأمن السيبراني على محمل الجد، وكقضية مصيرية باتت أحد أهم أساسيات العالم اليوم وفي المستقبل، وهو ما يزيد من فرص التعرض لمختلف أنواع التهديدات المختلفة والمتزايدة في الفضاء الرقمي والجرائم الإلكترونية، ويعمل على البقاء في حالة عجز عن مواجهتها، وعدم القدرة على سد الثغرات التي قد يتم استغلالها، وأن هذا ما يفسر كون اليمن تعد من أكثر الدول التي تتكرر وتزيد فيها الجرائم التي تعتمد على البيئة الرقمية في ظل غياب القوانين التي تنظم آليات الإبلاغ والتحقيق واتخاذ الإجراءات القانونية بحق مرتكبيها^(١).

والجدير بالذكر، أن هناك عدداً من الخطوات والإجراءات التي يتم اتخاذها خلال الأونة الأخيرة في اليمن، وذلك في سبيل سن قانون لتنظيم الجرائم ذات الصلة بتقنية المعلومات، ولإزالة العمل جارياً على مشروع القانون حتى الآن، وبهذا الشأن يوصي الباحث بضرورة الاستفادة من كافة نتائج ومخرجات الدراسات المنفذة في مجال البيئة الرقمية من قبل اللجنة المسؤولة عن مراجعة وتحديث مشروع القانون.

ونستخلص من كل ما سبق تناوله في هذا المبحث، أن الدول عادة ما تنتهج أحد أسلوبيين، الأول: يعتمد على سن قانون مستقل ومتخصص، والثاني: يعتمد على إدماج نصوص قانونية في القوانين التقليدية النافذة. وفي ذات السياق، يرى الباحث أن هناك عوامل تحدد مدى انتهاج الدول أحد الأسلوبيين أهمها مدى اعتماد الدولة على نظم المعلومات والتكنولوجيا الرقمية، ومدى تطورها في مجال التحول الرقمي، ومدى الاحتياج والإشكاليات القائمة ذات الصلة بالبيئة الرقمية، ومدى قيام الدولة بتنفيذ دراسات ومؤتمرات وورش عمل لمناقشة هذه الموضوعات، ومشاركتها في مؤتمرات وفعاليات ذات صلة، وأن كل ذلك ينعكس على التقنين وأسلوب التقنين المتبع.

ولما كان القانون اليمني يعتمد على الأسلوب الثاني الذي يركز على إيراد نصوص قانونية في القوانين التقليدية النافذة، فإننا سنتناول موقف القانون اليمني تفصيلاً من خلال المبحث التالي تباعاً.

(١) أ/ هشام الأصبحي، الجرائم الإلكترونية في اليمن «الواقع والتحديات والحلول»، ورقة صادرة عن مشروع مكافحة الجريمة الإلكترونية في اليمن، بحث منشور على الإنترنت، ص ١٥.

المبحث الثالث

موقف المقتن اليمني من حماية الأطفال في البيئة الرقمية

ذكرنا فيما سبق أنه لا يوجد قانون مستقل ومتكامل يحمل اسم «قانون حماية الطفل في البيئة الرقمية» بشكل صريح ومباشر، وأن هناك مجموعة من النصوص القانونية المتفرقة التي وردت في عدد من القوانين النافذة التي تغطي بعض جوانب الحماية التي تضمنها قرار مجلس حقوق الإنسان - على النحو المبين في المبحث الأول من هذا البحث - وتتناول في هذا المبحث مدى تغطية القانون اليمني لتلك الجوانب الثلاثة، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

موقف المقتن اليمني من تدابير الحماية من المخاطر الرقمية

بالنظر إلى واقع القانون اليمني - بشكل عام - نجد أن الدستور قد نص صراحة على أن: «تكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وأمنهم، ويحدد القانون الحالات التي تقيد فيها حرية المواطن، ولا يجوز تقييد حرية أحد إلا بحكم من محكمة مختصة»^(١)، كما نص على أن: «حرية وسرية المواصلات البريدية والهاتفية والبرقية وكافة وسائل الاتصال مكفولة ولا يجوز مراقبتها أو تفتيشها أو إفشاء سريتها أو تأخيرها أو مصادرتها إلا في الحالات التي يبينها القانون وبأمر قضائي»^(٢).

وفيما يخص الحماية القانونية في البيئة الرقمية - على وجه الخصوص - يلاحظ وجود نوعين من النصوص القانونية، الأولى: نصوص قانونية أشارت صراحة للمسائل المتعلقة بالبيئة الرقمية، والثانية: نصوص قانونية أخرى لم تشر صراحة لذلك، ولكن يمكن تطبيقها في مجال البيئة الرقمية كونها وردت دون تخصيص أو تقييد.

ومن أمثلة النوع الأول ما ورد في لائحة تنظيم الصحافة الإلكترونية التي تهدف إلى وقاية وحماية المجتمع من آثار الممارسات الخاطئة والعشوائية الناتجة عن أعمال وأنشطة الصحافة والإعلام الإلكتروني بكافة أنواعه ومعالجة قضايا المجتمع عبرها»^(٣).

(١) دستور الجمهورية اليمنية، المادة (٤٨).

(٢) دستور الجمهورية اليمنية، المادة (٥٣).

(٣) لائحة تنظيم الصحافة الإلكترونية الصادرة بقرار وزير الإعلام رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٧م، المادة (٣).

ولقد اشتملت هذه اللائحة على مجموعة من التعريفات لبعض المصطلحات الهامة في مجال البيئة الرقمية، وأهمها ما يلي^(١):

- المحتوى الإلكتروني: المواد النصية أو السمعية أو المرئية الثابتة أو المتحركة أو المتعددة والتي تشمل أيًا منها، والذي يتم تطويره وإنتاجه وتحديثه وتداوله ونقله بوسائط إلكترونية أو أي نوع من أنواع المواد السابقة تم تحويلها إلكترونياً والذي يتم نشره والنفاد إليه من خلال وسائل شبكات البث أو شبكات الاتصالات المتنوعة أو شبكة الإنترنت.
- الصحافة الإلكترونية: نوع من الاتصال بين البشر يتم عبر الفضاء الإلكتروني (الإنترنت) وشبكات المعلومات والاتصالات الأخرى، تستخدم فيه الفنون وآليات ومهارات العمل في الصحافة المطبوعة، مضافاً إليها مهارات وآليات تقنيات المعلومات التي تناسب استخدام الفضاء الإلكتروني كوسيط أو وسيلة اتصال، بما في ذلك استخدام النص والصوت والصورة والمستويات المختلفة من تفاعل مع المتلقي لاستقصاء الأنباء الآنية وغير الآنية ومعالجتها وتحليلها ونشرها على الجماهير عبر الفضاء الإلكتروني بسرعة.
- الموقع أو الوسيلة الإعلامية الإلكترونية: الصفحة أو الرابط أو التطبيق الإلكتروني الذي يصدر باسم معين وله عنوان ونطاق إلكتروني محدد، وينشأ أو يستضاف أو يتم النفاذ إليه من خلال شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) أو شبكة اتصالات أخرى.
- وسائل التواصل الاجتماعي: مجموعة التطبيقات على شبكة الإنترنت التي تسمح بالتواصل بين شخصين أو أكثر عبر النص أو الصوت أو الصورة أو بهما جميعاً يمكن من خلالها إنشاء وتبادل المحتوى الإلكتروني بكافة أشكاله.
- الموقع الشخصي: موقع تواصل ينشئه شخص لعرض معلومات، سواء سيرته الذاتية أو أخبار أو اهتمامات، تمكنه من التواصل مع الغير أو النشر للغير.
- التطبيق الإلكتروني: برنامج يمكن الوصول إليه واستخدامه من خلال شبكة الإنترنت.
- العنوان الإلكتروني: الأحرف والأرقام والرموز التي تستخدم للدلالة على موقع

(١) لائحة تنظيم الصحافة الإلكترونية، مرجع سابق، المادة (٢).

- معين في شبكة الإنترنت، وتمكن المتصفح من الوصول إليه والتواصل عبره.
- النشر الإلكتروني: نقل أو بث أو إرسال أو استقبال أو نشر البيانات والمعلومات والمواد المسموعة والمرئية والمكتوبة، سواء كانت نصوصاً أو أصواتاً أو مشاهد أو رسومات أو رموزاً أو صوراً ثابتة أو متحركة باستخدام الأجهزة الإلكترونية وغيرها من الأجهزة الحديثة بجميع أنواعها ومسمياتها من خلال شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) وغيرها من وسائل التقنية الحديثة والمتطورة وذلك بقصد التداول.
 - مزود خدمة الموقع: من يتولى إتاحة التواصل مع الكافة عبر المواقع الصحفية (الإعلامية) الإلكترونية وذلك عن طريق التمكين من النفاذ إلى الموقع أو من يتولى توفير المحتوى المتضمن تداول ونشر المعلومات والبيانات والمواد التي ليس لها طابع المراسلات الشخصية.
 - البث: كل عملية إرسال أو نشر للمواد والبرامج عبر المواقع أو الوسائل الإعلامية الإلكترونية، سواء كانت رموزاً أو كتابات أو أصواتاً أو صوراً أو معلومات كيفما كان نوعها تمكن الجمهور من استقبالها.
 - الحجب: منع عرض أو وصول المحتوى الإلكتروني ويكون المنع جزئياً أو مؤقتاً.
 - البث عبر الهاتف المحمول: (رسائل، أخبار، إعلانات، صور... إلخ) البث عبر الهاتف الجوال للرسائل القصيرة عبر خدمتي (SMS وMMS) وغيرها سواء كانت أخباراً أو إعلانات أو صوراً أو غير ذلك.
 - البرامج: كل ما يتم إعداده من مواد وبرامج للنشر المباشر عبر المواقع والوسائل الإعلامية الإلكترونية أو لغرض إعادة النشر بهدف استقباله من قبل الجمهور.
- وبالنظر إلى تلك التعريفات يلاحظ أنها تحمل أهمية كبيرة في سياق تحديد مجموعة من المفاهيم المرتبطة بالبيئة الرقمية، إلا أن هذه اللائحة لم تشمل على أوجه الحماية القانونية إلا في نطاق محدود، ورغم ذلك فإن هذه التعريفات لا تخلو من فائدة لتفسير النصوص الواردة في القوانين واللوائح التي تنظم مسألة أو أكثر مما يتصل بالبيئة الرقمية.

على أن هذه اللائحة قد اشتملت على تنظيم شروط وإجراءات منح التراخيص وحالات إلغائها والمحددات والقواعد ذات الصلة بالعمل في هذا المجال، وهو ما يمثل

جانباً من أوجه الحماية القانونية للأطفال في البيئة الرقمية.

وفيما يخص فئة الأطفال على وجه الخصوص نصت المادة (٩٥) من قانون حقوق الطفل على أن: «يحظر نشر أو عرض أو تداول أي مطبوعات أو ملصقات فنية مرئية أو مسموعة خاصة بالطفل تخاطب غرائزه الدنيا أو تزين له السلوكيات المخالفة للعقيدة الإسلامية ولقيم المجتمع وتقاليده أو يكون من شأنها تشجيعه على الانحراف»^(١).

على أن مصطلح (المطبوعات) الوارد في نص المادة المذكورة في قانون حقوق الطفل يشمل كافة المرئيات والصوتيات على البيئة الرقمية بما فيها شبكة الإنترنت، وتنضوي في إطار أوجه الحماية التي يغطيها هذا القانون، حيث ورد تعريف «المطبوعات» في المادة الثانية من قانون الصحافة والمطبوعات بأنها: «كل الكتابات والرسوم وأشربة التسجيل الصوتية أو المرئية أو القطع الموسيقية أو الصور الشمسية متى نقلت بطرق علمية أو تقنية حديثة أو غير ذلك من وسائل التعبير القابلة للتداول»^(٢).

كما يحظر القانون اليمني طباعة ونشر وتداول كل ما يؤدي إلى الإخلال بالآداب العامة وما يمس كرامة الأشخاص والحريات الشخصية بهدف الترويج والتشهير الشخصي، وكذلك حظر أية إعلانات تتضمن عبارات أو صوراً تتنافى مع القيم الإسلامية والآداب العامة أو قذف وتشويه سمعة الأشخاص أو الاعتداء على حقوق الغير.^(٣)، ورتب على انتهاك هذا الحظر عقوبة الحبس أو الغرامة فضلاً عن إغلاق المؤسسة التي نشرت ذلك مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد وردت في القوانين الأخرى^(٤).

ومن جانب آخر، نصت المادة (٩٦) من قانون حقوق الطفل على أن: «يحظر على مرتادي دور السينما والأماكن العامة المماثلة لها اصطحاب الأطفال عند دخولهم لمشاهدة العروض التي تقدمها ولا تتناسب مع أعمارهم، وعلى مديريها أن يعلنوا ما يفيد الحظر بطريقة واضحة وباللغة العربية وفقاً للشروط والإجراءات التي يقرها وزير الثقافة والسياحة»^(٥).

كما أن هذا القانون قد نص على أوجه حماية الأطفال من جميع أنواع الاستغلال، وأوجب على الدولة حماية الطفل من جميع أشكال الاستغلال الجنسي والاقتصادي

(١) قانون حقوق الطفل رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٢م، المادة (٩٥).

(٢) قانون الصحافة والمطبوعات رقم (٢٥) لسنة ١٩٩٠م، المادة (٢).

(٣) قانون الصحافة والمطبوعات، مرجع سابق، الفقرتان (١٠٥) و (١٠٣).

(٤) قانون الصحافة والمطبوعات، مرجع سابق، المادتان (١٠٤) و (١٠٥).

(٥) قانون حقوق الطفل رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٢م، المادة (٩٦).

وعليها اتخاذ الإجراءات والتدابير المشددة لحماية الأطفال من مزاولة أي نشاط لا أخلاقي، ومن استخدامهم واستغلالهم في الدعارة أو غيرها من الممارسات غير المشروعة^(١). ولما كان النص قد جاء عاماً فإن يمكن تطبيقه في مجال البيئة الرقمية وبالتالي يمثل أحد أوجه الحماية القانونية للأطفال في البيئة الرقمية.

كما نصت المادة الثالثة من قانون رعاية الأحداث على اعتبار الحدث معرضاً للانحراف إذا قام بأعمال تتصل بالدعارة أو الفسق أو فساد الأخلاق أو القمار أو المخدرات أو نحوها أو بخدمة من يقومون بها، وبالتالي اعتباره من المشمولين بأوجه الحماية التي ينظمها هذا القانون^(٢).

والواقع أنه على الرغم من تأكيد قانون حقوق الطفل على حماية الطفل من الاستغلال والإيذاء، إلا أنه لا يتضمن تنظيمًا صريحًا لجرائم حديثة مثل الاستدراج الإلكتروني أو الاستغلال والابتزاز عبر المنصات الرقمية، وهو ما يكشف عن قصور تشريعي في مواكبة التطور التكنولوجي. ويزداد هذا القصور حدة في ظل غياب إطار قانوني متكامل للجرائم الإلكترونية، مما ينعكس سلباً على فعالية إنفاذ القانون، خاصة مع ما تثيره الجرائم الرقمية من إشكاليات تتعلق بالإثبات الرقمي والاختصاص القضائي العابر للحدود، كما أن تنظيم هذا القانون لحماية الطفل على مقاربة تقليدية لا تستوعب التحولات العميقة التي أفرزتها البيئة الرقمية، ولعل إصدار لائحة تنفيذية لهذا القانون تمثل حلاً لهذه الإشكاليات والتحديات.

على أن قانون مكافحة جرائم الاتجار قد نص صراحة على أن: «يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على سبع سنوات وبغرامة لا تقل عن مائة ألف ريال ولا تتجاوز خمسة ملايين ريال كل من أنشأ أو استخدم موقعاً إلكترونياً أو نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية بقصد ارتكاب جريمة من جرائم الاتجار بالبشر مع الحكم بإغلاق الموقع نهائياً ومصادرة الأموال المتحصلة»^(٣). ومن جرائم الاتجار التي نظمها هذا القانون «الاستغلال الجنسي» الذي عرفه بأنه استخدام شخص ذكراً كان أو أنثى لإرضاء شهوات الغير بأي صورة كانت أو إتيان أي من أفعال الاغتصاب أو هتك العرض أو فعل فاضح أو الاستغلال في إنتاج رسومات أو صور أو مشاهد أو أفلام إباحية أو تأدية أعمال أو أداء عروض أو غير ذلك من الممارسات الإباحية^(٤). وشدد العقوبة إذا كانت الضحية من

(١) قانون حقوق الطفل، مرجع سابق، المادة (١٤٧).

(٢) قانون رعاية الأحداث رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٢م وتعديلاته، المادة (٣).

(٣) قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر رقم (١) لسنة ٢٠١٨م، المادة (١٠).

(٤) قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، مرجع سابق، المادتان (٤٢ و٤٣).

النساء أو الأطفال أو عديمي الأهلية أو من ذوي الإعاقة^(١).

وقد أحسن المقتن اليمني في هذا القانون بأن نص على تعريفات ذات صلة بالبيئة الرقمية، أهمها: (الشبكة المعلوماتية) التي عرفها بأنها ارتباط بين أكثر من وسيلة لتقنية المعلومات للحصول على المعلومات وتبادلها، و(الموقع الإلكتروني) الذي عرفه بأنه مكان إتاحة المعلومات على الشبكة المعلوماتية^(٢). كما أحسن بأن وسع نطاق وسائل وطرق وآليات ارتكاب مثل هذه الجرائم بحيث يعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من قام بتطويع أو نقل أو تنقيح أو إيواء أو تسلّم أو تسليم أو استقبال شخص أو أكثر - سواءً داخل الجمهورية أم عبر حدودها الوطنية - بقصد استغلالهم إذا تم ذلك بواسطة استعمال القوة أو التهديد أو بهما، أو بواسطة القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو إساءة استعمال السلطة، أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه، كما يعد مرتكباً لجريمة الاتجار بالبشر كل من أهدى أو باع أو عرض للبيع أو الشراء شخصاً أو أكثر أو وعد بهما^(٣).

وفيما يخص «حماية البيانات وخصوصيتها» فقد نص قانون الجرائم والعقوبات على تجريم انتهاك حرمة المراسلات، والاعتداء على حرمة الخصوصية، والتهديد بإذاعة الأسرار الخاصة^(٤)، ورغم الصياغة القوية في نصوص هذه المواد التي اعتبرت كل عدوان يحصل بالقول «بأي جهاز» وشملت «كافة وسائل الاتصال» إلا أن جرائم الحاسوب متعددة ومتجددة ومتنوعة ولا يعرف إذا ما كانت تشمل الوسائل في البيئة الرقمية، وفيما يخص إفشاء الأسرار فالنص قاصر عن الإحاطة بوسائل تقنية أخرى كالبريد الإلكتروني^(٥).

كما أورد قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر مجموعة من العقوبات على عدد من الأفعال التي تنطوي على إفشاء ونشر المعلومات ذات الصلة بهذا النوع من الجرائم^(٦)، وكون هذا القانون قد عرف المواقع الإلكترونية والشبكة المعلوماتية، فإنه يبدو أفضل حالاً من قانون الجرائم والعقوبات عند تطبيقه في مجال البيئة الرقمية.

(١) قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، مرجع سابق، المادة (٨).

(٢) قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، مرجع سابق، المادة (٢).

(٣) قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، مرجع سابق، المادة (٤).

(٤) قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، المواد (٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧).

(٥) د/ خالد محمد علي الكميم، مرجع سابق، ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٦) قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، مرجع سابق، المواد (١٤ و ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٣٣).

وكذلك في مجال الصحافة والمطبوعات حيث تفرض لائحة القانون الامتناع عن تسوية المعلومات الصحيحة أو نقل معلومات غير موثوقة بصحتها، والامتناع عن نسب أقوال وأفعال أي شخص أو جهة دون التحقق من صحة نسبتها أو إضافة أقوال عن شخصية أو جهة دون الرجوع إليها^(١)، وهذه أيضاً تبدو أفضل حالاً كونه يمكن تطبيقها في مجال البيئة الرقمية باعتبار أن قانون الصحافة والمطبوعات قد شمل في تعريفها الوسائل التقنية الحديثة^(٢).

وفيما يخص الأطفال الأحداث على وجه الخصوص أوجب القانون أن تجري محاكمة الحدث بصورة سرية، وأنه يحظر نشر اسم وصورة الحدث أو نشر وقائع المحاكمة أو ملخصها في أية وسيلة من وسائل النشر^(٣). ورغم أن هذا الحظر يشمل كافة وسائل النشر في إطار البيئة الرقمية كون النص قد جاء عاماً، إلا أنه يظل قاصراً على فئة الأحداث فحسب، ولا يشمل جميع فئات الأطفال الأخرى.

ومن خلال ما سبق، يتضح بأن المقنن اليمني قد أورد بعض أوجه الحماية في البيئة الرقمية في بعض الجوانب المحددة، وفيما عدا ذلك من أوجه الحماية مما يندرج ضمن أي صورة من صور «الجريمة المعلوماتية»، فلا مناص من تطبيق النصوص العامة «مع مراعاة ما يمكن أن يتسع منها ليشمل البيئة الرقمية»، ومنها جرائم العرض والآداب، وهتك العرض، والفعل الفاضح، والتحريض على الفجور^(٤)، وجريمة الابتزاز بالتهديد بالتشهير أو بنشر صور أو وقائع بقصد الحصول على مال أو منفعة^(٥)، وجريمة السب والقذف^(٦)، ورغم أن نصوص المواد التي نظمت هذه الجرائم لم تنص صراحة على الوسائل الإلكترونية ووسائل التواصل الاجتماعي، إلا أنه إذا تم تنفيذ أي منها بالوسائل الإلكترونية أو بأية وسيلة في البيئة الرقمية فإنها تعتبر جريمة يعاقب عليها القانون، غير أن الإشكالية تبدو في أن الأمر سيظل خاضعاً للسلطة التقديرية والاجتهاد في تفسير النص من قبل مسؤولي إنفاذ القانون، مما قد يؤدي إلى تباين الأحكام وضعف الحماية الفعلية.

ولذلك فالأحرى بالمقنن اليمني - كونه يعمل حالياً على استصدار قانون بشأن جرائم

(١) لائحة الصحافة والمطبوعات رقم (٤٩) لسنة ١٩٩٢م، المادة (٣٦).

(٢) قانون الصحافة والمطبوعات، مرجع سابق، المادة (٢).

(٣) قانون حقوق الطفل، مرجع سابق، المادة (١٣١). قانون رعاية الأحداث، مرجع سابق، المادتان (٢٠ و٤٢).

(٤) قانون الجرائم والعقوبات، مرجع سابق، المواد (٢٧٠ - ٢٨١).

(٥) قانون الجرائم والعقوبات، مرجع سابق، المادة (٣١٣).

(٦) قانون الجرائم والعقوبات، مرجع سابق، المواد (٢٨٩ - ٢٩٣).

تقنية المعلومات كما ذكرنا آنفاً - أن يراعي كافة التفاصيل الدقيقة ذات الصلة بالبيئة الرقمية بما يساعد على فاعلية مضامين القانون المزمع إصداره وتعزيز أوجه الحماية لجميع الفئات المشمولة بأحكامه وعلى وجه الخصوص فئة الأطفال.

المطلب الثاني

موقف المقتن اليمني من تدابير وآليات الإبلاغ وسبل الانتصاف

يتمثل الجانب الثاني من جوانب الحماية وفق قرار مجلس حقوق الإنسان بشأن سلامة الأطفال في البيئة الرقمية في «تدابير وآليات الإبلاغ وسبل الانتصاف» التي تتضمن أن يتاح للأطفال الذين تتعرض حقوقهم للانتهاك أو إساءة الاستعمال إمكانية الحصول على سبل انتصاف قضائية وغير قضائية فعالة ومناسبة، ومنع جميع أشكال انتهاك وإساءة استعمال حقوق الطفل، والمعاقبة عليها وقمعها، سواءً على شبكة الإنترنت أو خارجها، وكفالة وجود آليات مناسبة للتمكين من الإبلاغ عن وجود هذه المواد وإزالتها، ومقاضاة منتجها وموزعيها^(١).

ففيما يخص آليات الإبلاغ عن الانتهاكات التي تقع على الأطفال في البيئة الرقمية فهي ذات آليات الإبلاغ المقررة لأي جريمة من الجرائم والتي يحكمها قانون الإجراءات الجزائية وهو القانون العام الذي يحكم الإجراءات الواجب اتباعها بشأن جميع الجرائم، سواءً الواقعة على الأطفال أو النساء أو غيرهم من الأشخاص مع وجود بعض الاستثناءات في قانون رعاية الأحداث فيما يخص قضايا الأطفال.

ويمكن تسمية هذا النوع من آليات الإبلاغ بـ (الإبلاغ القضائي) الذي يجري عن طريق «التبليغ» الذي يعني إخطار الجهة المختصة بوقوع الجريمة، أو عن طريق «الشكوى» التي تعني الادعاء الشفهي أو الكتابي المقدم إلى النيابة العامة بأن شخصاً ما معلوماً كان أو مجهولاً قد ارتكب جريمة^(٢).

وبالنظر إلى هذه الآليات نجد أن القانون قد نظمها وأورد التفاصيل والأحكام المرتبطة بها، إلا أنها في الواقع العملي تفتقر إلى مزيد من الاهتمام لتطبيقها على نطاق واسع يغطي جميع حالات الانتهاكات الواقعة على الأطفال لاسيما في البيئة الرقمية، على أن معالجة هذه الإشكاليات قد لا يتطلب إجراء تعديلات قانونية لتوسيع آليات الإبلاغ لتشمل البيئة

(١) قرار مجلس حقوق الإنسان مرجع سابق، الفقرتان (٣ و٤)، ص ٤.

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

الرقمية، بل يمكن تنفيذ إجراءات إدارية في ضوء النصوص القانونية كإصدار تعميمات ومنشورات تتيح لجميع المواطنين أو الأطفال أنفسهم إجراء الإبلاغ بشأن أية انتهاكات تقع على الطفل في البيئة الرقمية.

على أن قانون حقوق الطفل قد اشتمل على آليات استثنائية أخرى لضمان إنفاذ النصوص القانونية التي تحظر نشر أو عرض أو تداول أي مطبوعات أو ملصقات فنية مرئية أو مسموعة خاصة بالطفل تخاطب غرائزه الدنيا وتشجعه على الانحراف، وتتمثل هذه الآليات في منح صلاحية إصدار قرارات بمنح صفة الضبطية القضائية لموظفين من وزارة الثقافة لإثبات ما يقع من انتهاكات وافعال بالمخالفة لهذه النصوص القانونية^(١).

كذلك قانون رعاية الأحداث الذي تضمن نصاً مشابهاً أتاح صدور قرارات بمنح موظفين من الشؤون الاجتماعية صفة الضبطية القضائية بتقصي حالات جنوح الأحداث وتعقبهم وتلقي وفحص البلاغات والشكاوى وجمع الاستدلالات والمعلومات عنهم وإثباتها في محاضر وإرسالها إلى الجهة المختصة^(٢).

وأيضاً ما تضمنته لائحة تنظيم الصحافة الإلكترونية بمنح صلاحية إصدار قرارات بمنح صفة الضبطية القضائية لموظفين من وزارة الإعلام لتنفيذ مهام الرقابة والتفتيش على الجهات المرخص لها، والاطلاع على سجلاتها ومستنداتها ونظام العمل بها للتأكد من الالتزام بالقوانين واللوائح والقواعد والشروط والإجراءات المنظمة لآليات النشر والمحتوى وأية ممارسات خاطئة أو انتهاكات تقع في إطار الصحافة الإلكترونية، وإمكانية إحالتها إلى الجهات المختصة إذا كانت تشكل جريمة^(٣).

كذلك ما ورد في قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر من آليات استثنائية للإبلاغ عن الجرائم التي ينظمها هذا القانون، حيث أورد على سبيل الوجوب على كل من يعلم بارتكاب جريمة من الجرائم التي ينظمها هذا القانون أن يبلغ السلطات المختصة فوراً بذلك، كما قرر إيقاع عقوبة على كل شخص يعلم بارتكاب جريمة من الجرائم التي ينظمها هذا القانون أو حصل على معلومات أو إرشادات تتعلق بها بصورة مباشرة أو غير مباشرة ولم يبلغ فوراً السلطات المختصة بذلك، مع تشديد العقوبة إذا كان الصمت والإحجام عن الإبلاغ مقابل الحصول على منفعة مادية أو معنوية^(٤).

(١) قانون حقوق الطفل، مرجع سابق، المادة (٩٧).

(٢) قانون رعاية الأحداث، مرجع سابق، المادة (٦).

(٣) لائحة تنظيم الصحافة الإلكترونية، مرجع سابق، المادة (٣٢).

(٤) قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، مرجع سابق، المواد (١٧ و١٨ و١٩).

وبالنظر إلى تلك الآليات المذكورة، سواء الواردة في قانون حقوق الطفل، أو قانون رعاية الأحداث، أو لائحة تنظيم الصحافة الإلكترونية، أو قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، يلاحظ أنها مقصورة على أنواع وصور محددة من الأفعال والانتهاكات التي تقع على الأطفال، ولا تغطي كافة صور وأنواع الانتهاكات التي قد تقع على الأطفال في ظل البيئة الرقمية.

وبالإضافة إلى تلك الآليات، هناك آليات أخرى يمكن تسميتها بـ (آليات الإبلاغ غير القضائي) التي تجري عن طريق الجهات والمؤسسات - الحكومية وغير الحكومية - التي تتيح خدمات أو منصات معينة لجميع المواطنين للتواصل والتبليغ عن حالات الانتهاكات ضد الأطفال، سواء في البيئة الرقمية أو غيرها، ومن أمثلتها: الخط المجاني التابع للهيئة الوطنية لحقوق الإنسان، والخط المجاني التابع لوزارة العدل وحقوق الإنسان. ورغم الأهمية والفائدة التي تنطوي عليها هذه الآليات غير القضائية كـ «آليات مساعدة ومساندة» للآليات القضائية لما تتيحه من إمكانية وصول العلم إلى المؤسسات بخصوص وقوع أية انتهاكات أو جرائم على الأطفال وتمكنها من إحالتها للجهات المختصة؛ إلا أنها رغم ذلك لا تتسم بالطابع القضائي، وبالتالي فهي لا يمكن أن تحل محل الآليات القضائية.

وفيما يخص سبل الانتصاف القضائية فإنها تتمثل في الإجراءات القضائية، سواء إجراءات التحقيق التي تتولاها النيابة العامة ضد منتهكي حقوق الطفل ومرتكبي الجرائم على الأطفال، أو إجراءات المحاكمة التي تقوم بها المحاكم المختصة التي تنتهي بإصدار الأحكام بشأنهم وإيقاع وتنفيذ العقوبات بحقهم، والتي ينظمها تفصيلاً قانون الإجراءات الجزائية^(١).

ورغم أن هذه الإجراءات تمثل «سبل الانتصاف القضائي» التي تمثل صمام الأمان لتحقيق الحماية والأكثر ضماناً وصوناً لحقوق الطفل وضمان سلامته في البيئة الرقمية أو غيرها؛ إلا أن هناك عدداً من التحديات التي تحد من فاعليتها، منها التحديات المرتبطة بنصوص التجريم أساساً - التي تناولناها تفصيلاً في «المطلب الأول» من «المبحث الثالث» من هذا البحث - بأن النصوص القانونية التجريبية لا تغطي كافة صور الجرائم والأفعال والانتهاكات التي تقع على الأطفال في البيئة الرقمية، كما أن النصوص العامة الأخرى لازالت خاضعة للسلطة التقديرية والاجتهاد في التفسير كونها لم تنص صراحة على تجريم كافة صور الأفعال التي يتم ارتكابها في البيئة الرقمية.

(١) قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق.

كما أن هناك تحديات أخرى ترتبط بإجراءات الإثبات، حيث أن قانون الإثبات لا يواكب الجرائم المرتكبة في البيئة الرقمية، ورغم ذلك فالواقع العملي أثبت أن المحاكم اليمنية تعتبر وسائل التواصل الاجتماعي والإلكتروني إحدى وسائل إثبات الجريمة على الرغم من أن قانون الإثبات يعتبرها من القرائن التي تحتاج للتعزيز والدعم من قبل دليل آخر لقبولها، كعرضها على الجاني للإقرار بصحتها لتعتبرها المحكمة دليلاً كاملاً بالاستناد لإقراره، لا بالاستناد لقوة الدليل الإلكتروني نفسه، أما إذا أنكر الجاني ما عرض عليه في الوسيلة الإلكترونية، فيتم عرض هذا الدليل على خبير فني تقني، ليحدد مدى صحة هذا الدليل من عدمه^(١).

وفيما يتعلق بآليات المعالجة والحماية اللاحقة فقد نص قانون حقوق الطفل على إنشاء مكاتب ومؤسسات لتقديم خدمات الحماية والرعاية للأطفال، ومن بينهم الضحايا^(٢)، كما أن قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر نص على أن «تتخذ السلطات الوطنية المختصة بالتعاون والتنسيق مع الجهات الحكومية وغير الحكومية من نقابات ومؤسسات المجتمع المدني ذات الصلة التدابير الكفيلة بتوفير الحماية المناسبة للضحايا وتعمل على تهيئة الظروف المناسبة لمساعدتهم على التعافي الجسدي والنفسي والاجتماعي وإعادة تأهيلهم ودمجهم في المجتمع مع مراعاة الحقوق الأساسية والجوانب الإنسانية»، كما استحدث هذا القانون عدداً من الأحكام التفصيلية لحماية ومعالجة ضحايا جرائم الاتجار بالبشر، مثل: توفير دور وأماكن مناسبة لإقامة ضحايا جرائم الاتجار بالبشر تكون منفصلة ومستقلة تكفل الرعاية اللازمة للضحايا مع إيلاء عناية خاصة بالنساء والأطفال وذوي الإعاقة وتطبيق سائر الضمانات المقررة بهذا الشأن^(٣).

المطلب الثالث

موقف المقتن اليمني من تدابير الوقاية والتوعية الرقمية

تمثل تدابير الوقاية والتوعية الرقمية الجانب الثالث من جوانب الحماية التي تضمنها قرار مجلس حقوق الإنسان بشأن سلامة الطفل في البيئة الرقمية، التي تشمل على اتخاذ التدابير التشاركية اللازمة للمساعدة في التخفيف من المخاطر المحتملة للبيئة الرقمية على الأطفال، عن طريق وسائل الإعلام والإلمام بالتكنولوجيا الرقمية

(١) انظر: د/ خالد محمد علي الكميم، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٢) قانون حقوق الطفل، مرجع سابق، المواد (١٤٤ و ١٤٥ و ١٤٦).

(٣) قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، مرجع سابق، المواد (٣٢، ٣٥).

واكتساب الدراية والمهارات لكفالة المشاركة الفعالة، فضلاً عن الاستعانة بالألعاب لتحقيق هذه الأغراض باعتبارها تتيح تدابير تكميلية لتعزيز فهم الأطفال، ووضع وتنفيذ أطر تنظيمية ومدونات وشروط قطاعية تلتزم المؤسسات بالمعايير الأخلاقية من حيث تصميم منتجاتها وخدماتها الإلكترونية وهندستها ووضعها وتشغيلها وتوزيعها وتسويقها بما يكفل احترام حقوق الطفل ومنع أو تخفيف نشوء الآثار الضارة على الطفل في البيئة الرقمية^(١).

وبالنظر إلى القانون اليمني نجد أنه قد كفل حرية المعرفة والفكر والتعبير والاتصال والحصول على المعلومات باعتباره حقاً من حقوق المواطنين لضمان الإعراب عن فكرهم بالقول والكتابة أو التصوير أو الرسم أو أية وسيلة أخرى من وسائل التعبير، وهي حقوق مكفولة لجميع المواطنين بمن فيهم الأطفال^(٢).

كما أن قانون حقوق الطفل قد نص صراحة على أن لكل طفل حق التعبير عن آرائه بحرية وتؤخذ هذه الآراء بما تستحق من الاعتبار وفقاً لسن الطفل ودرجة نضجه، كما نص على أن تشجع الدولة إمكانية حصول الطفل على المعلومات ذات المنفعة الدينية والتربوية والاجتماعية والثقافية التي تعزز رفاهيته الاجتماعية والمعنوية من المصادر المحلية والعربية والدولية، كما نص على أن لكل طفل الحق في تكوين الجمعيات والنوادي التي يمارس من خلالها نشاطاته الاجتماعية والثقافية بما يتناسب وسنه ودرجة نضجه، وخص الأطفال المعاقين بنص يمنحهم الحق في إنشاء وتكوين جمعيات تعاونية خاصة بهم^(٣).

كما نص قانون حقوق الطفل صراحة على تنمية فكري الأطفال في مجال (التكنولوجيا) من خلال وضع استراتيجية إعلامية للبرامج الموجهة للطفل تستوعب ما تقدمه الحضارة الحديثة والتشجيع على: أ- ممارسة التفكير العلمي والقدرة على التعامل مع آليات التكنولوجيا. ب- تنمية عادة القراءة والتعلم الذاتي والبحث عن مصادر المعرفة^(٤). وأن تكفل الدولة تلبية حاجات الأطفال الثقافية في شتى مجالات الأدب والفنون والمعرفة، والمعلومات بما يسهل عليهم الانطلاق من وحي التراث الإسلامي والعربي واليميني والاستفادة من التطورات العلمية والثقافية الحديثة^(٥).

(١) قرار مجلس حقوق الإنسان مرجع سابق، الفقرتان (٥٧) و (٧٥)، ص ٤.

(٢) قانون الصحافة والمطبوعات، مرجع سابق، المادة (٣).

(٣) قانون حقوق الطفل، مرجع سابق، المواد (٧ و ٨ و ١٠ و ١٢٢).

(٤) قانون حقوق الطفل، مرجع سابق، المادة (١٠١).

(٥) قانون حقوق الطفل، مرجع سابق، المادة (٩٢).

إلزام الدولة بإنشاء مكاتب عامة ونوادٍ لثقافة الطفل وتحدد شروط وإجراءات إنشائها وتنظيم العمل بها بقرار من الوزير المختص، وأن تعمل المؤسسات الثقافية ودور النشر والمكاتب على توفير الكتب والوسائل التي ترفع من مستوى وعي الأطفال وتنمية معارفهم ومهاراتهم، على أن تكون متاحة للإطلاع أو البيع بأسعار مناسبة، كما ألزم وزارة الإعلام بأن تقوم ببث ونشر البرامج المعدة من الجهة المختصة والموجهة للأطفال في كافة الوسائل الإعلامية المتاحة، وإدماجها في الخطط القطاعية لمؤسساتها المختلفة^(١).

ورغم أن كل تلك النصوص القانونية السابقة في قانون حقوق الطفل تمثل إطاراً عاماً وتشتمل على تدابير وإجراءات هامة في سياق التعلم والتوعية في مجال البيئة الرقمية؛ إلا أنها لا تغطي كافة الجوانب التوعوية في البيئة الرقمية والتكنولوجية، ولم تنص صراحة على الوسائل والتطبيقات الإلكترونية التي تطورت بشكل كبير منذ تاريخ صدور القانون، ولعل إصدار لائحة تنفيذية للقانون قد تشكل حلاً لهذه الإشكالية.

وفيما يخص التعليم الرسمي حدد قانون حقوق الطفل (مراحل التعليم) وحدد المرحلة الثالثة منها بأنها (التعليم التقني بعد المرحلة الأساسية) والمرحلة الخامسة بأنها (التعليم والتدريب المهني والفني والتقني)^(٢).

وقد حدد القانون اليمني أهداف التعليم الفني والتدريب المهني بأنه يشمل: الارتقاء بالكفاءة الفنية والمهنية للعماللة اليمنية في التعامل مع التقنيات الحديثة؛ بهدف زيادة القدرات الإنتاجية والخدمية للمنشآت، لا سيما الصغيرة والأصغر منها، والإسهام في النهوض بالاقتصاد الوطني، وإرساء نظام الإعداد والتأهيل وتطوير الكوادر الفنية والإدارية العاملة في مجال التعليم الفني والتدريب المهني وفقاً للمتغيرات التقنية، وتنمية وتطوير مشاركة المجتمع على الصعيدين الوطني والمحلي، وتفعيل مشاركة القطاع الخاص في إدارة وتمويل وتقييم التعليم الفني والتدريب المهني وتشجيعه على الاستثمار في هذا المجال، والعمل على نقل وتوطين التقنيات والتكنولوجيا الحديثة والاستفادة منها^(٣).

وعرف قانون التعليم الفني والتدريب المهني (التعليم الفني التقني) بأنه جميع أشكال مستويات العملية التعليمية التي تتضمن بالإضافة إلى المعارف العامة دراسة التكنولوجيا والعلوم المتعلقة بممارسة المهنة في شتى الاختصاصات، والذي يكتسب

(١) قانون حقوق الطفل، مرجع سابق، المواد (٩٤ و٩٨ و١٠٢).

(٢) قانون حقوق الطفل، مرجع سابق، المادة (٨٥).

(٣) قانون التعليم الفني والتدريب المهني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٦م، المادة (٤).

فيه الطالب مهارات مهنية حديثة ملائمة مع التطور التقني، ويستهدف رفع مستوياته وتجديد وتطوير معارفه وفقاً للتطوير التقني^(١). كما حدد منهجية إعداد المواد بأن تعد مناهج وبرامج التعليم الفني والتدريب المهني وفقاً لأحدث الأساليب المنهجية العلمية الحديثة تربوياً وفنياً وبما يلبي احتياجات سوق العمل ومواكبة احتياجاته، ويعزز المفاهيم والقيم الاجتماعية المستمدة من روح العقيدة الإسلامية، ويحقق أهداف ومبادئ السياسات والإستراتيجيات التربوية والتعليمية في مجال المهن والتدريب في الجمهورية، ويرسخ مفاهيم وقيم العمل وقواعد الصحة والسلامة المهنية، والحفاظ على البيئة وتطوير المعارف والأداء، وأن تكون المناهج موجهة نحو تشجيع الإبداع والابتكار؛ لتشمل التعامل مع التقنيات الحديثة المستخدمة في العمليات الإنتاجية والخدمية لرفع القدرة الإنتاجية لمواقع العمل والإنتاج، لا سيما الصغيرة والمتوسطة منها^(٢).

ورغم أن تلك النصوص القانونية تمثل أهمية كبيرة كمطلق لتطوير مناهج التطوير المعرفي التقني، إلا أنها في الواقع محصورة على فئة من الأطفال وهم الملتحقون ببرامج التأهيل الفني والمهني، ولذلك فهي لا تشمل كافة الفئات العمرية، كما أن تعزيز الوعي التقني قد لا يكون بالضرورة تأهيلاً في جميع الظروف والحالات، بل قد يكتفى بأن يكون توعوياً يساعد على تعزيز حماية وسلامة الأطفال في البيئة الرقمية، وتنمية مهاراتهم بواسطة تطبيقات وبرامج ومواقع وألعاب خاصة بأطفال اليمن تعزز الهوية الإيمانية والثقافية اليمنية، وتمكينهم من الإبلاغ عن الإساءة فيما يخص التهديدات التي يتعرضون لها عن طريق الإنترنت، وتعزيز وعيهم بمخاطر استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، كما يجب أن تمتد برامج التوعية إلى الوالدين ومتولي الرعاية.

(١) قانون التعليم الفني والتدريب المهني، مرجع سابق، المواد (٢ و١٩ و٢٢).

(٢) قانون التعليم الفني والتدريب المهني، مرجع سابق، المادة (٢٣).

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث الإطار القانوني لحماية الأطفال في البيئة الرقمية في القانون اليمني، ومن خلالها تم التوصل إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج:

- ١) أن التدابير القانونية يفترض أن تغطي مختلف تصنيفات المخاطر المحتملة للبيئة الرقمية على الأطفال من مخاطر متعلقة بالمحتوى، ومخاطر متعلقة بالاتصال، ومخاطر متعلقة بالسلوك، ومخاطر متعلقة بالخصوصية والأمان، ومخاطر متعلقة بالصحة الجسدية والنفسية.
- ٢) تشمل التدابير القانونية أن يتاح للأطفال الذين تتعرض حقوقهم للانتهاك أو إساءة الاستعمال آليات إبلاغ مناسبة وفعالة، والحصول على سبل انتصاف قضائية وغير قضائية فعالة ومناسبة، بما في ذلك جبر الضرر وضمان عدم التكرار عند الاقتضاء، ومعاقبة مرتكبيها.
- ٣) تمتد التدابير القانونية لتشمل التدابير اللازمة للمساعدة في التخفيف من المخاطر المحتملة للبيئة الرقمية على الأطفال، عن طريق وسائل الإعلام والإلمام بالتكنولوجيا الرقمية واكتساب الدراية والمهارات والمعرفة لدى الطفل والأسرة، وأن كثيراً من دول العالم قد عمدت إلى تطوير آليات ومناهج التعليم والتوعية بما يتواءم مع التطور والتقدم المتسارع في مجال البيئة الرقمية.
- ٤) أن الدول تنتهج في تقنين حماية الأطفال في مجال البيئة الرقمية أحد أسلوبيين: إما بوضع قانون أو قوانين مستقلة ومتخصصة، أو بإدماج أوجه الحماية ضمن القوانين التقليدية النافذة.
- ٥) أن أسلوب القوانين المستقلة والمتخصصة يتسم بعدد من الجوانب الإيجابية، كالوضوح التعريفي للمصطلحات ذات الصلة بالحماية في البيئة الرقمية، والتحديد الدقيق للعقوبات الرادعة والتناسبة مع كل فعل التي تأخذ في الاعتبار خطورة الجرائم الرقمية على الأطفال والمجتمع، ووجود إطار مؤسسي وتنفيذي للجهات القضائية المسؤولة ومزودي الخدمات الإلكترونية؛ كما أن هناك جوانب سلبية كصعوبة الإحاطة بكافة الجوانب والتفاصيل الدقيقة في إطار البيئة الرقمية، وعدم

إحاطة معظم هذه القوانين بكافة أوجه الحماية والاكتفاء بالجوانب الجنائية، فضلاً عن التحديات المتعلقة بإجراء العديد من التعديلات القانونية في كثير من القوانين بما يتناسب مع متطلبات نصوص القانون المستقل.

(٦) أن أسلوب إدماج أوجه الحماية ضمن القوانين التقليدية يتسم ببعض الجوانب الإيجابية كالمرونة التي تتيح تطبيق النص القانوني بشكل أوسع نطاقاً بما يغطي كافة الوسائل التقليدية والرقمية، ويتيح الفرصة لشمولية أي وسائل أو آليات رقمية جديدة قد تظهر مستقبلاً، ويمنح صناع القرار ومسؤولي إنفاذ القانون مساحة لابتكار وتنفيذ الحلول المناسبة للمسائل التي تستجد في مجال البيئة الرقمية دون التقيد بنصوص قانون مستقل قد لا يغطي كافة الآليات والوسائل الجديدة دائمة التطور والتحديث، كما أنه ينطوي على عدد من الجوانب السلبية منها أن النصوص التقليدية عادة ما تحول دون تطبيقها في مجال البيئة الرقمية إذا ما كانت محددة ومقيدة، وصعوبة الوصول للنصوص القانونية التي تنظم المسائل الرقمية خصوصاً إذا لم تنص صراحة على ذلك، فضلاً عن الإشكاليات المتعلقة بالتحليل والقياس لتطبيق النص التقليدي على النص الرقمي الذي يجعل الأمر خاضعاً للاجتهاد والتقدير من قبل مسؤولي إنفاذ القانون، وقصور النصوص التقليدية في مواجهة الجرائم الرقمية الحديثة.

(٧) أن المقنن اليمني يعتمد على الأسلوب الثاني الذي يقوم على إدماج الحماية ضمن القوانين التقليدية النافذة، ولكن هذه النصوص لا تغطي سوى جزء محدود من أوجه الحماية للأطفال في البيئة الرقمية.

(٨) أن هناك بعض القوانين واللوائح المستقلة الخاصة في اليمن التي نظمت جوانباً محددة ذات صلة بالبيئة الرقمية، كقانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية، ولائحة تنظيم الصحافة الإلكترونية، ورغم ذلك لا تعتبر اليمن من الدول التي تنتهج الأسلوب الأول نظراً لعدم وجود قانون مستقل ومتخصص للحماية القانونية في البيئة الرقمية.

(٩) تضمنت لائحة تنظيم الصحافة الإلكترونية تعريفات هامة لتحديد مجموعة من المفاهيم المرتبطة بالبيئة الرقمية، وتحمل فائدة لتفسير النصوص الواردة في القوانين واللوائح التي تنظم مسألة أو أكثر مما يتصل بالبيئة الرقمية؛ إلا أن هذه اللائحة لم تشتمل على أوجه الحماية إلا في نطاق محدود.

١٠) أن القوانين اليمينية تشتمل على نوعين من النصوص القانونية، الأولى نصوص قانونية أشارت صراحة للمسائل المتعلقة بالبيئة الرقمية، والثانية نصوص قانونية أخرى لم تشر صراحة لذلك، ولكن يمكن تطبيقها في مجال البيئة الرقمية كونها وردت دون تخصيص أو تقييد.

١١) أن كلاً من قانون حقوق الطفل، وقانون رعاية الأحداث، وقانون الصحافة والمطبوعات، وقانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، تضمنت مجموعة من النصوص القانونية التي نظمت عدداً من أوجه حماية الأطفال في البيئة الرقمية، إلا أنها لا تغطي كافة جوانب الحماية.

١٢) رغم أن بعض صور الجرائم في قانون الجرائم والعقوبات يمكن تطبيقها في مجال البيئة الرقمية، كجرائم العرض والآداب، وهتك العرض، والفعل الفاضح، والابتزاز بالتهديد بالتشهير أو بنشر صور، والسب والقذف؛ إلا أن الإشكالية تبدو في أن تطبيقها يظل خاضعاً للسلطة التقديرية والاجتهاد في التفسير من قبل مسؤولي إنفاذ القانون، وبالتالي تباين الأحكام وضعف الحماية الفعلية.

١٣) أن آليات الإبلاغ عن الانتهاكات على الأطفال في البيئة الرقمية هي ذات الآليات المقررة لأي جريمة من الجرائم التي ينظمها قانون الإجراءات الجزائية، ومع ذلك فهي تفتقر لمزيد من الاهتمام لتطبيقها على نطاق واسع يغطي جميع حالات الانتهاكات الواقعة على الأطفال لاسيما في البيئة الرقمية.

١٤) اشتمل القانون اليمني على بعض الآليات الاستثنائية للإبلاغ في بعض القوانين واللوائح كقانون حقوق الطفل، وقانون رعاية الأحداث، وقانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، ولائحة تنظيم الصحافة الإلكترونية، غير أنها تظل مقصورة على أنواع وصور محددة من الأفعال والانتهاكات التي تقع على الأطفال، ولا تغطي كافة صور وأنواع الانتهاكات التي قد تقع على الأطفال في ظل البيئة الرقمية.

١٥) أن هناك آليات إبلاغ غير قضائية تجري عن طريق الجهات والمؤسسات - الحكومية وغير الحكومية - تتيح خدمات ومنصات لجميع المواطنين للتواصل والتبليغ عن حالات الانتهاكات ضد الأطفال، وهي تحمل أهمية لمساندة الآليات القضائية في الوصول للعلم بشأن هذه الانتهاكات.

١٦) أن سبل الانتصاف القضائي في اليمن تتمثل في إجراءات التحقيق والمحاكمة التي ينظمها قانون الإجراءات الجزائية؛ غير أن هناك بعض التحديات التي تحد من فاعليتها كون النصوص القانونية التجريبية لا تغطي كافة صور الجرائم والأفعال والانتهاكات التي تقع على الأطفال في البيئة الرقمية، كما أنها خاضعة للسلطة التقديرية والاجتهاد في التفسير، فضلاً عن التحديات المرتبطة بإجراءات الإثبات وعدم مواكبة قانون الإثبات للجرائم المرتكبة في البيئة الرقمية.

١٧) أن تدابير الوقاية والتوعية الرقمية الواردة في القانون اليمني اشتملت على تدابير وإجراءات هامة في سياق التعلم والتوعية في مجال البيئة الرقمية؛ إلا أنها لا تغطي كافة الجوانب التوعوية في البيئة الرقمية والتكنولوجية، ولم تنص صراحة على الوسائل والتطبيقات الإلكترونية التي تطورت بشكل كبير منذ تاريخ صدور القانون، ولم تشتمل على وسائل حديثة رقمية لتوعية الطفل والأسرة.

١٨) اشتمل قانون التعليم الفني والتدريب المهني على عدد من النصوص القانونية التي نظمت آليات ومناهج التطوير المعرفي التقني والتكنولوجي، إلا أنها محصورة على فئة الملتحقين ببرامج التأهيل الفني والمهني، ولا تشمل كافة الفئات العمرية للأطفال.

١٩) أن هناك خطوات يجري اتخاذها خلال الآونة الأخيرة في اليمن في سبيل سن قانون لتنظيم الجرائم ذات الصلة بتقنية المعلومات، ولإزالة العمل جارياً على مشروع القانون حتى الآن.

٢٠) أن غياب قانون ينظم البيئة الرقمية في اليمن يشكل سبباً رئيسياً في ضعف البنية المعلوماتية الاتصالية والبنية التحتية الرقمية، وزيادة فرص التعرض لمختلف أنواع التهديدات المختلفة والمتزايدة في الفضاء الرقمي.

ثانياً: التوصيات:

- ١) أن تعمل اللجنة المسؤولة عن إعداد مشروع القانون الخاص بجرائم تقنية المعلومات على تحليل ودراسة جميع القوانين واللوائح النافذة ذات الصلة لمعرفة أوجه ومتطلبات الموائمة والتناسب مع نصوص مشروع القانون الذي يجري العمل عليه.
- ٢) أهمية الاستفادة من كافة النتائج والمخرجات المنبثقة عن الدراسات ذات الصلة بموضوع البيئة الرقمية من قبل اللجنة المسؤولة عن إعداد مراجعة وتحديث مشروع القانون الخاص بجرائم تقنية المعلومات.
- ٣) أن يعمل المقنن اليمني على الاستفادة من مضامين هذا البحث وذلك بمراعاة كافة التفاصيل الدقيقة ذات الصلة بالبيئة الرقمية بما يساعد على فاعلية مضامين القانون المزمع إصداره وتعزيز أوجه الحماية لجميع الفئات المشمولة بأحكامه وعلى وجه الخصوص فئة الأطفال.
- ٤) تشكيل لجنة من الجهات ذات العلاقة لإعداد مشروع لائحة تنفيذية لقانون حقوق الطفل وفقاً للمادة (١٧٠) منه، مع مراعاة متطلبات التطور الرقمي والتكنولوجي وحماية الأطفال في البيئة الرقمية.
- ٥) أن تعمل الجهات ذات العلاقة على اتخاذ عدد من الإجراءات الإدارية كالتعاميم والمنشورات في ضوء القوانين واللوائح النافذة لتوسيع آليات الإبلاغ عن الانتهاكات الواقعة على الأطفال في البيئة الرقمية، بما يتيح لجميع المواطنين بمن فيهم الأطفال للإبلاغ عن أي انتهاك على الأطفال في البيئة الرقمية.
- ٦) استصدار التعاميم والمنشورات اللازمة بشأن تطبيق النصوص القانونية للأفعال التي ترتكب بواسطة الوسائل التقنية والإلكترونية التي تشكل جرائم وفقاً لقانون الجرائم والعقوبات وقانون العقوبات التكميلي.
- ٧) العمل على إنفاذ النصوص القانونية التي تنظم العملية التعليمية والتأهيلية والتدريبية لتعزيز الوعي التقني في مختلف المجالات الرقمية والتكنولوجية، وإدماجها بشكل أوسع في المناهج التعليمية.
- ٨) العمل على رفع مستوى الوعي المجتمعي لتنمية مهارات الأطفال بواسطة تطبيقات وبرامج ومواقع وألعاب خاصة بأطفال اليمن تعزز الهوية الإيمانية والثقافية اليمنية،

وتعزيز وعيهم بمخاطر استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، على أن تمتد برامج التوعية إلى الأسر والوالدين ومتولي الرعاية.

(٩) العمل على تحديد سن الرشد الرقمي ووضع عدد من الضوابط لتسجيل الأطفال في

المواقع ووسائل التواصل الاجتماعي وغيرها من المنصات في البيئة الرقمية.

(١٠) تنفيذ ورشة عمل يجري خلالها تنفيذ مناقشات مركزة في شكل مجموعات عمل

تغطي كافة الموضوعات التي تناولها هذا البحث، وعلى وجه الخصوص مناقشة

التدابير أو الموضوعات التي يجب إدراجها ضمن مشروع القانون الخاص بجرائم

تقنية المعلومات الذي يجري العمل عليه حالياً بما في ذلك المبررات والأسباب لكل

منها.

قائمة المراجع

- ١- د/ إبراهيم عماري، ود/ أمينة عبيشات، البيئة الرقمية وعلاقتها بالجرائم الواقعة على الأطفال «الاستغلال الجنسي الإلكتروني أنموذجاً»، بحث منشور في مجلة دفاتر مخير حقوق الطفل، المجلد ١٣، العدد الأول، ٢٠٢٢م.
- ٢- د/ خالد محمد علي الكميم، حق الإنسان في الحماية من الجريمة المعلوماتية في القانونين الدولي واليمني، بحث منشور في مجلة جامعة صنعاء للعلوم الإنسانية، العدد العاشر، المجلد الرابع، ٢٠٢٥م.
- ٣- د/ زينة بوساق، الطفل والتكنولوجيا الرقمية «قراءة في الإيجابيات والسلبيات وآليات الحماية المبكرة»، بحث منشور في مجلة الجامع في الدراسات النفسية والعلوم التربوية، المجلد العاشر، العدد الأول، ٢٠٢٥م.
- ٤- م/ صفاء حسن نصيف، الحماية الجنائية للأطفال من المحتوى الرقمي الضار، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإنسانية، كلية القانون والعلوم السياسية، المجلد ١٤، العدد الأول، ٢٠٢٣م، جامعة ديالي - العراق.
- ٥- أ/ هشام الأصبحي، الجرائم الإلكترونية في اليمن «الواقع والتحديات والحلول»، ورقة صادرة عن مشروع مكافحة الجريمة الإلكترونية في اليمن، بحث منشور على الإنترنت.
- ٦- الباحثة/ زمال فاطيمة زهرة، حماية الطفل في البيئة الرقمية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة عبدالحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠٢٣-٢٠٢٤م.
- ٧- تقرير بعنوان: «من أجل بيئة رقمية دامجة توفر الحماية للأطفال»، وثيقة صادرة عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي بالمملكة المغربية، برقم ٧٥ لسنة ٢٠٢٤م، المغرب.
- ٨- تقرير أهم مؤشرات الإحصاءات الاجتماعية الوطنية في اليمن ٢٠٢٢م، وثيقة صادرة عن الجهاز المركزي للإحصاء في عام ٢٠٢٢م.
- ٩- قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م.
- ١٠- قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.

- ١١- قانون حقوق الطفل رقم (٤٥) لسنة ٢٠٠٢م.
- ١٢- قانون رعاية الأحداث رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٢م وتعديلاته.
- ١٣- قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر رقم (١) لسنة ٢٠١٨م.
- ١٤- قانون الصحافة والمطبوعات رقم (٢٥) لسنة ١٩٩٠م.
- ١٥- قانون التعليم الفني والتدريب المهني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٦م.
- ١٦- لائحة الصحافة والمطبوعات رقم (٤٩) لسنة ١٩٩٢م.
- ١٧- لائحة تنظيم الصحافة الإلكترونية الصادرة بقرار وزير الإعلام رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٧م.
- ١٨- قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم (١٧٥) لسنة ٢٠١٨م.
- ١٩- قرار مجلس حقوق الإنسان رقم 6/56/A/HRC/RES، الصادر في دورته السادسة والخمسين المنعقدة خلال الفترة ١٨/يونيو/٢٠٢٤م حتى ١٢/يوليو/٢٠٢٤م.



المجلة الأردنية للدراسات القضائية والقانونية

المواعيد الإجرائية بين التصنيف التقليدي والمنظور الوظيفي (دراسة تحليلية)

الباحثة / وضحة أحمد حسن المراني

مجلة
البحوث
القانونية
والدراسات
القانونية

الملخص:

تتناول هذه الدراسة موضوع المواعيد الإجرائية في قانون المرافعات اليمني من منظور وظيفي، متجاوزة بذلك النظرة الشكلية التقليدية التي تختزلها في قوالب زمنية جامدة، وتهدف الدراسة إلى تقديم تصنيف جديد للمواعيد الإجرائية يقوم على التمييز بين المواعيد الرئيسية والمواعيد الفرعية، مع تحليل الوظائف المتعددة التي تؤديها المواعيد الفرعية في تحقيق التوازن بين سرعة الفصل في الدعوى وضمانات حق الدفاع.

تناول المطلب الأول مفهوم المواعيد الإجرائية لغويًا واصطلاحيًا، وأهميتها في تركيز الخصومة وضمان حقوق الدفاع والربط بين الإجراءات ومنع التعسف، كما تناول مصادرها الثلاثة: التشريعي، والقضائي، والاتفاقي، أما المطلب الثاني فخصص لأنواع المواعيد الإجرائية، حيث عرض الأنواع المرتبطة بالزمن: المواعيد الكاملة (التي يجب انقضاءها كاملة قبل الإجراء)، والمواعيد الناقصة (التي يجب اتخاذ الإجراء خلالها قبل انقضاء آخر لحظة)، والمواعيد المرتدة (التي تحسب بشكل عكسي من تاريخ لاحق إلى الوراء)، ثم انتقد قصور التصنيفات الفقهية التقليدية التي أغفلت روح المواعيد الإجرائية، ليقدم تصنيفًا جديدًا يقسم المواعيد إلى رئيسية وفرعية.

وتناول المطلب الثالث وظائف المواعيد الفرعية، حيث قسمها إلى فئتين رئيسيتين: الأولى تضاف إلى مواعيد قضائية أو اتفاقية وترتبط بجزاءات تحفيزية تهدف إلى دفع الخصوم لموالاته الخصومة وإزالة القضايا المتراكمة؛ والثانية تتعلق بحقوق التقاضي كمواعيد المسافة وتمديد استئناف الورثة، وتهدف إلى تحقيق المساواة بين الخصوم وتخضع لسُلطان إرادة المستفيد منها.

وتخلص الدراسة إلى أن المشرع اليمني يسعى من خلال هذا البناء إلى التوفيق بين قدسية المواعيد الجوهرية ومرونة الإجراءات، بما يحقق العدالة الناجزة.

الكلمات المفتاحية: مواعيد إجرائية، قانون المرافعات اليمني، مواعيد رئيسية، مواعيد فرعية، مواعيد كاملة، مواعيد ناقصة، مواعيد مرتدة، وظائف المواعيد الفرعية، حق الدفاع.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين عدد خلقه ورضاء نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته، والصلاة والسلام على سيدنا محمد في الأولين وفي الآخرين وفي الملائ الأعلَى إلى يوم الدين، أما بعد:

تُعد العدالة الناجزة الهدف الأسمى الذي يسعى القانون إلى تحقيقه، ومن أجل ذلك نظم القانون مجموعة من القواعد الشكلية لتحقيق التنظيم المطلوب لسير الخصومة أمام المحاكم، بما يضمن تسلسل الإجراءات وانسيابيتها أثناء نظر الدعوى، وتتجلى الشكلية في قانون المرافعات في صورتين رئيسيتين: الأولى تتمثل في عنصر الكتابة، حيث لا يعترف القانون بالأوراق القضائية إلا إذا كانت مكتوبة، وإلا أصبحت منعدمة، ومثال ذلك وجوب كتابة الحكم القضائي سواء أمام قضاء الدولة أو القضاء الخاص، أما الصورة الثانية فهي الترتيب الذي وضعه القانون للإجراءات، والذي يحظر على الخصوم أو القضاة وأعاونهم تبديله أو الخروج عليه، ومثال ذلك درجات التقاضي، حيث تنظر المحاكم الابتدائية الدعوى مبتدأه ويليه الطعن بالاستئناف ثم الطعن بالنقض، وكذلك الالتزام بالقيود الزمنية التي وضعها القانون للإجراءات، حيث يكون كل إجراء مقبولاً فقط بالالتزام بالمواعيد المحددة.

منهجية الدراسة:

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي كمنهج رئيس، وذلك من خلال استعراض النصوص القانونية ذات الصلة بالمواعيد الإجرائية في قانون المرافعات اليمني، وتحليل أحكامها، للوصول إلى فهم دقيق لطبيعتها ووظائفها، كما تم الاعتماد على المنهج المقارن من خلال المقارنة مع قانوني المرافعات المصري والعُماني، بالإضافة إلى الإشارة إلى بعض النماذج من القانون الفرنسي، وذلك للاستفادة من التجارب التشريعية المختلفة في تنظيم المواعيد الإجرائية، وبيان مواطن الاتفاق والاختلاف، واستخلاص ما يمكن أن يفيد في تطوير النظام اليمني.

كما استعانت الدراسة بالمنهج التحليلي النقدي في تناول التصنيفات الفقهية التقليدية للمواعيد الإجرائية، وذلك بهدف الكشف عن قصورها، وتقديم تصنيف بديل يقوم على المنظور الوظيفي، وقد تم تتبع النصوص التشريعية ذات الصلة، وتحليل آراء الفقهاء، وذلك بهدف الإجابة عن تساؤلات الدراسة وتحقيق أهدافها.

أهمية الدراسة:

وتستمد هذه الدراسة أهميتها من ندرة المراجع المتخصصة في موضوعها في المكتبة القانونية اليمنية، حيث توجد المعلومات حول المواعيد الإجرائية مشتتة في الكتب والموسوعات الفقهية الخاصة بقانون المرافعات، رغم الأهمية البالغة لهذا الموضوع الذي يشكل الهيكل الزمني للإجراء، والذي لا يكون مقبولاً بدونه، فكلما أحسن القانون صياغة القواعد المنظمة للمواعيد الإجرائية، أسهم ذلك في ضمان إجراءات صحيحة ومنظمة، مما يؤدي إلى الحد من تراكم وتزاحم القضايا أمام المحاكم.

مشكلة الدراسة:

يثير موضوع المواعيد الإجرائية في قانون المرافعات اليمني إشكاليات متعددة على الصعيدين النظري والعملي، فمن ناحية، هناك غموض تشريعي يعتري قواعد حساب المواعيد الإجرائية، إذ يفتقر قانون المرافعات اليمني إلى نص صريح يضع «قاعدة عامة» ضابطة لكيفية حسابها، بخلاف التشريعات المقارنة كالمصري والعماني التي أرست القاعدة العامة بشكل واضح ودقيق، إذ يترتب على الخطأ في الحساب جزاءات قد تصل إلى سقوط الحقوق وعدم قبول الإجراءات، ومن ناحية أخرى تتبلور مشكلة سيادة المنظور الحسابي الجامد على حساب الماهية الوظيفية للمواعيد الإجرائية حيث اكتفى الفقه التقليدي بتقسيم المواعيد دون الالتفات الحقيقي لإظهار الطابع الوظيفي لهذه المواعيد وغاية المشرع منها.

أسئلة الدراسة:

وتنبثق عن هذه الإشكالية الرئيسية مجموعة من التساؤلات التي تسعى الدراسة للإجابة عليها، وهي:

- ما هو المفهوم القانوني للمواعيد الإجرائية؟
- ما هي أنواع المواعيد الإجرائية في الفقه التقليدي؟
- إلى أي مدى يمكن إعادة تقسيم المواعيد الإجرائية من منظورها الوظيفي؟
- ما هي وظائف المواعيد الفرعية؟

هيكل الدراسة:

- المقدمة.
- المطلب الأول: ماهية المواعيد الإجرائية.
- المطلب الثاني: أنواع المواعيد الإجرائية.
- المطلب الثالث: وظائف المواعيد الفرعية.
- الخاتمة.

المطلب الأول

ماهية المواعيد الإجرائية

تُمثّل المواعيد الإجرائية الضابط الزمني الذي يهدف إلى تحقيق استقرار المراكز القانونية، وضبط إيقاع الإجراءات القضائية بشكل منتظم، مما يُسهم في تركيز الخصومة والوصول إلى العدالة الناجزة، وقد أولى الفقه القانوني هذه المواعيد اهتماماً كبيراً من حيث التصنيف والتقسيم، إلا أن هذا التقسيم ظل - في الغالب - قاصراً عن استيعاب روح المواعيد الإجرائية واستجلاء وظائفها المتعددة؛ إذ تتجاوز هذه الوظائف فكرة الزمن في القانون إلى نطاق أوسع، حيث يوظفها المشرع كآلية فعالة للحفاظ على حق الدفاع، وكفالة المساواة بين الخصوم، وتعزيز مبدأ سيادة القانون، لا سيما وأن المشرع نظمها في صورة يغلب عليها طابع التحكم سعيًا إلى ضمان عدم التلاعب في سير الخصومة أو عرقلتها.

تعريف المواعيد الإجرائية:

الميعاد في اللغة: المواعيد جمع ميعاد، والميعاد والموعود وقت الوعد وموضعه، وهو فترة زمنية محددة وهو الوقت المحدد لأمر ما، وله بداية ونهاية، وهذا الوقت المحدد للميعاد قد يكون لحظة معينة في الزمان، وقد يكون فترة زمنية معينة، وللدلالة على الفترة الزمنية يستخدم أجلا، ومهلاً ومدداً^(١).

الميعاد في الفقه الإجرائي:

تعددت تعريفات الفقه القانوني للميعاد الإجرائي، فهناك من عرف الميعاد الإجرائي أنه: «فترة زمنية بين لحظتين لحظة بدء ولحظة انتهاء»، تتسع لمباشرة العمل الإجرائي المقترن فالميعاد الإجرائي عبارة عن أجل قانوني للقيام بالعمل الإجرائي خلاله أو بعده أو قبل بدئه وإلا سقط الحق في القيام به، وهو فترة زمنية يُقيد بها القانون صحة العمل الإجرائي أو الظرف الذي يجب اتخاذ الإجراء خلاله، أو هو «الأجال التي حددها القانون للحضور أو لاتخاذ إجراء من إجراءات المرافعات»^(٢).

(١) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج٢، دار الدعوة بالقاهرة، ص ١٠٤٣، لسان العرب لابن منظور، ج ٣، ط ٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ، ص ٤٦٢.

(٢) د. أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠م، ص ٤٧٩، د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨م،

ومن خلال ما سبق يمكننا تعريف الميعاد الإجرائي بأنه: «فترة زمنية للقيام بالإجراء إما قبل بدئها أو بعد انقضائها أو في أثنائها ويكون مصدرها القانون أو القضاء أو الخصوم في بعض الأحوال، ويرتب المشرع جزاءات على مخالفتها كالسقوط أو البطلان».

ويقصد بالمنظور الوظيفي للمواعيد الإجرائية في هذه الدراسة: الانتقال من النظر للميعاد كقالب زمني جامد يترتب على فواته سقوط الحق شكلياً إلى اعتباره أداة فعالة تهدف لتمكين الخصوم من ممارسة حقهم في الدفاع، بحيث ينظر للمواعيد الأصلية والفرعية كوعاء زمني واحد تتكامل أجزاؤه لتحقيق التوازن بين سرعة الفصل في الدعوى وضمانات العدالة.

ويمكننا تلخيص أهمية المواعيد الإجرائية في النقاط التالية:

- تركيز الخصومة وحُسن تسيير إجراءات الدعوى، بما يضمن عدم تأخر الفصل فيها. فهي أداة فعالة لتجنب المغالاة في الشكلية أو بطء الإجراءات التي قد تؤدي إلى ضياع الحقوق، وذلك من خلال تقييد كل إجراء بحد زمني محدد سلفاً.
- ضمان حقوق الدفاع بمنح الخصوم فسحة زمنية كافية لتحضير مرافعاتهم، وإعداد وسائل دفاعهم ودفعهم، وتوكيل محامٍ للدفاع عنهم^(١).
- الربط بين الإجراءات السابقة واللاحقة مما يضمن تسلسل واندماج الإجراءات من خلال التزام الخصوم بالفترات الزمنية المحددة للقيام بالإجراء وفقاً للقانون.
- منع التعسف في استعمال الحقوق الإجرائية عن طريق المماطلة.

مصادر المواعيد الإجرائية:

تتنوع المصادر التي تستقي منها المواعيد الإجرائية وجودها وتحديدها، ويمكن إجمالها في ثلاثة مصادر رئيسية: المصدر التشريعي، والمصدر القضائي، والمصدر الاتفاقي، إلى جانب ما قد يستحدثه الاجتهاد أو تقتضيه طبيعة بعض الإجراءات من استناد إلى أعراف قضائية مستقرة.

ص ٤٥١ وما بعدها، د. نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٩م، ص ٨٤، د. خيرى عبد الفتاح السيد، النظام الإجرائي لمواعيد المرافعات في التقاضي الإلكتروني، دراسة قانونية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة أسوان، ص ٤٦٩.

(١) د. خليفة محمد الحضرمي، د. حسين سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية بسلطنة عُمان، (د. ن)، مسقط، ٢٠٠٣م، ص ٢٤٣، د. رزق الله الأنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ط ٩، جامعة دمشق، ٢٠٠٢م، ص ٣٧٩.

١. المصدر التشريعي:

يمثل القانون المصدر الأصيل والرئيسي للمواعيد الإجرائية، إذ يضع المشرع إطاراً زمنياً ملزماً لمباشرة أغلب الإجراءات، سواء تعلق الأمر بمواعيد الطعن كالاستئناف والنقض، أو مواعيد الحضور والمرافعة، وتتميز المواعيد التشريعية بأنها قواعد أمرية، فلا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها ولا للقاضي تعديلها إلا في الحدود التي يصرح بها القانون صراحة، وتؤدي هذه المواعيد دوراً أساسياً في تحقيق الاستقرار الإجرائي وتوحيد قواعد سير الدعوى^(١).

٢. المصدر القضائي:

يمنح القانون القاضي سلطة تقديرية في تحديد بعض المواعيد الإجرائية، وذلك مراعاة لظروف الدعوى وخصوصياتها، فالقاضي هو الذي يحدد الآجال اللازمة لتقديم المذكرات أو المستندات أو لإتمام إجراءات معينة، كما أن له سلطة منح مهلة إضافية عند الاقتضاء، أو تمديد الأجل المحدد سلفاً إذا قامت أسباب جديدة وبرخصة من المشرع، ويعد هذا المصدر مظهراً من مظاهر مرونة الإجراءات وتمكين القاضي من إدارة الدعوى بما يحقق التوازن بين سرعة الفصل فيها وضمان حقوق الدفاع، غير أن السلطة التقديرية للقاضي في هذا الشأن ليست مطلقة، بل تخضع لرقابة محكمة أعلى درجة عند الطعن، ولا يجوز ممارستها على نحو ينال من مبدأ المساواة بين الخصوم^(٢).

٣. المصدر الاتفاقي:

في بعض الحالات التي يبيحها القانون، يجوز للخصوم أن يتفقوا على مواعيد إجرائية معينة، ومنها ميعاد الوقف الاتفاقي بشرط ألا يتجاوز هذا الميعاد ستة أشهر من تاريخ إقرار المحكمة لاتفاق الخصوم، م(٢٠٤) من قانون المرافعات اليمني، م(١٢٧) من قانون المرافعات العماني، ولا أن يمس بالمواعيد التي اعتبرها المشرع من النظام العام، ولا أن يقيد سلطة القاضي في إدارة الدعوى إذا اقتضت العدالة التدخل لضبط الوقت.

(١) مثالها ما نصت عليه المادة (١٠٩) من قانون المرافعات اليمني بأن ميعاد الحضور أمام المحكمة الابتدائية عشرة أيام يجوز إنقاصها إلى ثلاثة أيام.

(٢) مثالها ميعاد تأجيل الجلسة إذ قيد المشرع القاضي بحد أعلى فلا يجوز تأجيل الجلسة في مدة لا تتجاوز الثلاثة أسابيع م(١٦٣) من قانون المرافعات اليمني.

المطلب الثاني

أنواع المواعيد الإجرائية

لم يقتصر اهتمام الفقه القانوني بالمواعيد الإجرائية على تحديد مفهومها وبيان طبيعتها فحسب، بل امتد إلى محاولة تصنيفها وفق معايير متعددة، سعيًا وراء تحقيق فهم أعمق لطبيعتها وأحكامها والجزاء المترتبة على مخالفتها، وقد تعددت هذه المعايير بتنوع الزوايا التي يمكن من خلالها النظر إلى الميعاد الإجرائي، فمنها ما يتعلق بمصدر الميعاد، ومنها ما يرتبط بآثاره ومدى ارتباطه بالنظام العام، ومنها ما يتصل بطريقة احتسابه أو بمرحلة سير الدعوى التي يرد عليها.

وتكمن أهمية هذه التصنيفات في كشفها عن الفلسفة التشريعية الكامنة وراء تنظيم المدد الزمنية في الإجراءات القضائية، فهي تبين مدى مرونة هذه المواعيد أو جمودها، ومدى ارتباطها بالنظام العام من عدمه، كما تساعد في تحديد الجزاء المناسب لمخالفة كل نوع، إذ ليس كل تجاوز لميعاد إجرائي يترتب عليه الجزاء ذاته؛ فبعض المخالفات تؤدي إلى سقوط الحق في الإجراء، وبعضها قد يؤدي إلى البطلان، وبعضها يؤدي إلى الشطب، ومنها ما لا يرتبط بجزاء.

ولهذه الاعتبارات، اعتمد الفقه والقضاء عدة معايير لتصنيف المواعيد الإجرائية، ويمكن إجمال أبرزها على النحو التالي:

أنواع المواعيد من حيث الزمن:

تنقسم المواعيد وفقاً لوحدها الزمنية إلى مواعيد كاملة ومواعيد ناقصة ومواعيد مرتدة، فالمواعيد الكاملة: هي المواعيد الإجرائية التي يجب انقضاؤها كاملة قبل مباشرة الإجراء، ويوصف الميعاد من هذا النوع بأنه كامل لأنه ينتهي بأكمله قبل اتخاذ الإجراء^(١)، ومثالها ما نصت عليه المواد (٢٦٤) من قانون المرافعات اليمني، و(٢٠٢) من قانون المرافعات المصري و(١٩٧) من قانون المرافعات العماني بأن التنفيذ الجبري لا يتم إلا بعد انقضاء ميعاد التكليف بالوفاء الاختياري وهو خمسة أيام.

أما المواعيد الناقصة: هي المواعيد يجب اتخاذ الإجراء أو القرار المطلوب خلال الميعاد وقبل انقضاء آخر لحظة من مدته^(٢)، ومثالها مواعيد الطعون، أما المواعيد المرتدة

(١) د. أحمد المليجي، موسوعة التعليق على قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني، منشورات دار العلم، ج١، ط٢٠٠٨، ١، ص ٩٥، د. فارس علي عمر، عوارض المواعيد الإجرائية، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الموصل، ٢٠٠٦م، ص ٨٥، د. خليفة محمد الحضرمي، د. حسين سليمة، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٢) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٣٦٣، د. خليفة بن محمد الحضرمي، د. حسين بن سليمة، مرجع سابق، ص ٢٤٥ وما بعدها.

هي: مواعيد كاملة إلا أنها تحسب بشكل عكسي^(١)، ومثالها ما نصت عليه المادة (٤٥٢) من قانون المرافعات اليمني إذ يجب على من يرغب بالدخول في المزايدة أن يدفع (١٠٪) من القيمة التقديرية للمال موضع المزايدة كضمان إلى ما قبل فتح المزاد بأربع وعشرين ساعة على الأقل، ومن قبيل المواعيد المرتدة ما ينص عليه المشرع الفرنسي من أنه يتعين إيداع صورة من التكليف بالحضور إلى قلم الكتاب قبل تاريخ الجلسة بثمانية أيام، وإلا قضت المحكمة من تلقاء نفسها باعتبار التكليف كأن لم يكن، م(٨٣٨/٢) من قانون المرافعات الفرنسي^(٢).

على الرغم من القيمة العلمية التي تقدمها التصنيفات الفقهية التقليدية للمواعيد الإجرائية، سواء من حيث المصدر، أو الارتباط بالنظام العام، أو طريقة الاحتساب، إلا أن هذه التصنيفات تظل - في جوهرها - تصنيفات شكلية جامدة، تنظر إلى الميعاد الإجرائي باعتباره مجرد قالب زمني محدد ببداية ونهاية، يترتب على مخالفته جزاء آلي، دونما تعمق في استجلاء الوظائف التي أعدها المشرع من خلاله، وقد أغفلت هذه التصنيفات - في غالبيتها - روح المواعيد الإجرائية والدور الحيوي الذي تؤديه في تحقيق التوازن بين متطلبات العدالة الناجزة وضمانات الدفاع المشروع.

فالمواعيد الإجرائية في حقيقتها ليست أرقامًا جامدة أو حدودًا زمنية صماء تفرضها النصوص التشريعية لمجرد التنظيم الشكلي، بل هي أداة فعالة في يد المشرع؛ يصيغها وفق رؤية تهدف إلى تحقيق غايات متعددة: ضبط إيقاع الدعوى، وكفالة تكافؤ الفرص بين الخصوم، وحماية الحقوق من الاندثار بفعل الإهمال أو المماطلة، وتأمين استقرار المراكز القانونية، ومن ثم، فإن النظر إليها بوصفها مجرد مواعيد «حتمية» أو «تنظيمية» أو «ناقصة» و«مرتدة» لا يكفي وحده للكشف عن هذه الغايات، ولا يفسر لماذا اختار المشرع ميعادًا معينًا دون غيره، أو لماذا رتب جزاء السقوط على مخالفة هذا الميعاد دون ذلك.

ولهذا السبب، بات من الضروري تجاوز النظرة الشكلية الضيقة إلى تصنيفات أكثر عمقًا تأخذ بعين الاعتبار الوظائف المتعددة التي تؤديها المواعيد الإجرائية، وتنظر إليها باعتبارها وعاءً زمنيًا متكاملًا تندرج فيه المواعيد الرئيسية والفرعية في سياق واحد يخدم غاية العدالة. خلاصة القول أن التصنيفات التقليدية رغم ما تقدمه من قيمة علمية في تنظيم المعرفة الفقهية، تظل أسيرة للنظرة الشكلية الجامدة التي تنظر إلى الميعاد الإجرائي

(١) د. أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩م، ص ٢٦٥.
 (٢) ولمزيد من التفصيل حول هذه الأنواع وطريقة احتسابها وفقًا للقواعد العامة والخاصة، يُنظر مؤلفنا «النظام القانوني للمواعيد الإجرائية، دراسة تحليلية في قانون المرافعات اليمني، مكتبة المرادي، ٢٠٢٥م.

باعتباره قالباً زمنياً محايداً، لا يتجاوز كونه فترة زمنية محددة ببداية ونهاية، يترتب على تجاوزها جزاء آلي، وهي بذلك تغفل أن المشرع حين يضع ميعاداً إجرائياً لا ينشئ مجرد حد زمني، بل يصمم أداة قانونية متكاملة تؤدي وظائف متعددة تختلف باختلاف السياق الإجرائي الذي ترد فيه.

من هنا، يبرز التساؤل: هل يمكن تقديم تصنيف للمواعيد الإجرائية يتجاوز القصور المشار إليه، وينطلق من وظائفها بدلاً من شكلها الخارجي؟ والإجابة عن هذا التساؤل تقتضي الانتقال من النظر إلى الميعاد باعتباره «كماً زمنياً» إلى النظر إليه باعتباره «وعاء وظيفياً»، وهو ما تستند إليه الدراسة في تقديم تصنيف جديد قوامه التمييز بين المواعيد الرئيسية والمواعيد الفرعية.

فإذا كانت المواعيد الرئيسية هي تلك التي تضع الإطار الزمني الأساسي للإجراء، فإن المواعيد الفرعية تأتي لتلتحم بها - عند توافر شروط معينة - فتشكل معها وعاءً زمنياً واحداً متكاملًا، لا انفصام فيه، وهذا التصنيف لا ينظر إلى الميعاد الفرعي باعتباره ميعاداً منفصلاً أو استثنائياً، بل باعتباره امتداداً طبيعياً للميعاد الرئيس، يخدم وظائف محددة: منها ما هو تحفيزي لدفع الخصوم لموالات الخصومة، ومنها ما هو ضماني لتكافؤ الفرص في التقاضي، وبذلك يتجاوز هذا التصنيف النظرة الجزئية إلى المواعيد، ويؤسس لفهم متكامل لدورها في تحقيق التوازن بين سرعة الفصل في الدعوى وضمانات حق الدفاع.

وعليه، يمكن تقسيم المواعيد الإجرائية وفقاً للتبعية الوظيفية والالتحام الإجرائي: مجموعة المواعيد الرئيسية والمواعيد الفرعية: تنقسم المواعيد الإجرائية من حيث التبعية الوظيفية والالتحام الإجرائي إلى مواعيد رئيسية ومواعيد فرعية، المواعيد الرئيسية هي: مجموعة المواعيد القائمة بذاتها، فهي إما أن تكون محددة من قبل المشرع بحيث يبين مقدارها وبدايتها وانقضاءها والواقعة المجرية لها، ومن أمثلتها: ميعاد التنفيذ في مواجهة الوارث أو الممثل الشرعي والقانوني بعد مضي سبعة أيام على الأقل من إعلانهم بالسند التنفيذي م(٣٤٤) من قانون المرافعات اليمني، وإما أن يكون مصدرها القاضي متى ما سمح له المشرع بتحديدتها وبضوابط معينة ومنها ميعاد سماع الشهود وإما أن يكون مصدرها الخصوم في بعض الأحوال الضيقة وبرخصة من المشرع.

المواعيد الفرعية: هي مجموعة المواعيد التي وضعها المشرع وحدد مقدارها وبدايتها ونهايتها وتلتحم بالمواعيد الرئيسية - متى ما توافرت شروط إضافتها - بدون أي فاصل لتكون امتداداً له، إذ إن هذا النوع من المواعيد ليس قائماً بذاته، بل مضافاً إلى ميعاد يسبقه وهو إما أن يكون ميعاداً قانونياً أو قضائياً أو اتفاقياً.

المطلب الثالث

وظائف المواعيد الفرعية

لم تعد المواعيد الإجرائية مجرد قوالب زمنية جامدة يترتب على فواتها سقوط الحق شكلياً، بل تطور النظر إليها إلى مقاربة وظيفية ترى فيها أدوات فعالة تهدف إلى تمكين الخصوم من ممارسة حقهم في الدفاع، وتحقيق التوازن بين سرعة الفصل في الدعوى وضمانات العدالة، ففي ظل هذا المنظور، ينظر إلى المواعيد الرئيسية والفرعية باعتبارها وعاءً زمنياً واحداً متكامل أجزاؤه لخدمة الغايات الكبرى للتقاضي، وهو ما يستدعي تحليل الوظائف التي تؤديها المواعيد الإجرائية في ضوء هذه الرؤية المتكاملة، بعيداً عن النظرة الشكلية الضيقة التي كانت تنظر إليها كمجرد قيود زمنية.

وتتعدد الوظائف التي تؤديها المواعيد الفرعية وفقاً لغايات المشرع، ويُسند المشرع للمواعيد الفرعية مهام متنوعة، وهي بدورها تضم فئتين: فالفئة الأولى منها تضاف لمواعيد قضائية أو اتفاقية، ولا تضاف إلى مواعيد وضعت بشكل تحكمي، وغالباً ما ترتبط هذه المجموعة بجزاءات، أو أن يكون فوات الميعاد الإضافي بمعنى الترك، ومثال ذلك ما ذهب إليه المشرع اليمني في المادة (٢٠٤) من قانون المرافعات إذ ربط الميعاد الاتفاقي بميعاد قانوني آخر وهو الثمانية الأيام التي تبدأ بالسريان من اليوم التالي لآخر يوم من أيام الميعاد الاتفاقي، فإذا لم يتم تجديد الدعوى خلال هذه الثمانية أيام اعتبر المدعى تاركاً دعواه والمستأنف تاركاً استئنافه، فيكون فوات ميعاد الثمانية أيام بمعنى الترك، إذ اعتبر المشرع عدم موالاته السير في إجراءات الخصومة في ميعاد الثمانية أيام بعد انتهاء المدة المتفق عليها بين الخصوم قرينة على عدم جدية فيها، وبنفس الاتجاه ذهب المشرع المصري في المادة (٩٩) من قانون المرافعات حيث ربط ميعاد الوقف الجزائي، لمدة شهر كحد أقصى، بميعاد فرعي من ثلاثين يوماً تبدأ بالسريان من اليوم التالي لانتهاء الوقف الجزائي وربط هذا الميعاد الفرعي بجزاء اعتبار الخصومة كأن لم تكن في حالة لم يطلب المدعي السير في دعواه خلال الثلاثين يوماً، أو لم ينفذ ما أمرت به المحكمة، ومن خلال النصوص السابقة نجد أن لهذه الفئة من المواعيد الفرعية وظيفتين:

- الوظيفة الأولى: هي دفع الخصوم للموالاته السير في الخصومة فهذه المواعيد تشبه فكرة الغرامة التهديدية في تأثيرها.
- الوظيفة الثانية: تتمثل في إزالة القضايا المتراكمة من أمام المحاكم إذ افترض المشرع عدم جدية الخصوم السير في الخصومة بفوات الميعاد الرئيس والميعاد الفرعي.

فالمشرع يظل ذا نزعة تحكومية بالمواعيد الإجرائية أياً كان مصدرها، فهو يعمل على فرض احترام المواعيد الإجرائية إما بطريقة مباشرة من خلال ربط الميعاد الرئيس بجزء ومثالها اعتبار الخصومة كأن لم تكن إذا لم يتم إعلان صحيفة الدعوى خلال ستين يوماً م(و/١٠٤) من قانون المرافعات اليمني، أو من خلال ربط المواعيد الاتفاقية والمواعيد القضائية- التي سمح المشرع أن تخرج من نطاقه- بمواعيد فرعية والتي بدورها تم ربطها بجزاء لفواتها أو جعل فواتها بمعنى الترك، وهكذا يفضى المشرع تلك الحماية القانونية للمواعيد الإجرائية أياً كان مصدرها، فالهدف من ذلك حث الخصوم على موالة الخصومة ملتزمين بتلك القيود الزمنية.

أما الفئة الثانية من المواعيد الفرعية ترتبط بحقوق التقاضي ومنها ميعاد المسافة، على الرغم من كونه ميعاداً فرعياً يضاف للميعاد الرئيس بشروط محددة، إلا أن له وظيفة مختلفة ونظاماً قانونياً مختلفاً عن الفئة الأولى، أولاً من حيث الوظيفة: تهدف مواعيد المسافة إلى تحقيق المساواة بين الخصوم، فهو ميعاد يرتبط بحقوق المتقاضين وليس الهدف منه الدفع للسير في إجراءات الخصومة، ثانياً: من حيث نظامها القانوني: وضع المشرع شروطاً لإضافة ميعاد المسافة بقوة القانون بموجب نص المادة (١١٠) من قانون المرافعات، فإذا لم تتوافر هذه الشروط فلا مجال لإضافتها، على عكس الفئة الأولى التي تلتحم بالميعاد الرئيس بدون شرط، وتعتبر امتداداً له، وترتبط مواعيد المسافة بالمواعيد الرئيسية التي تستدعي وجوب الانتقال إلى محل اتخاذ الإجراء، وتجدر الإشارة هنا أن وظيفة ميعاد المسافة كميعاد فرعي بدأت تتلاشي في ظل التقاضي الإلكتروني والإعلانات القضائية الرقمية، حيث يذوب الفاصل الجغرافي وتنتفي الحاجة لهذا النوع من المواعيد الفرعية، مما يجعل الوعاء الوظيفي للميعاد الرئيس كافياً بذاته في البيئة الرقمية.

وينتمي لهذه الفئة أيضاً تمديد استئناف الورثة ثلاثين يوماً بعد إعلان ورثة المحكوم عليه المتوفى، م(٢٧٧) من قانون المرافعات اليمني، وفي الأخير يمكننا القول إن هذه الفئة من المواعيد الفرعية بوصفها حقاً من حقوق التقاضي يجوز التنازل عنها ممن قررت بمصلحته من الخصوم صراحة أو ضمناً، ما لم تتصل بالنظام العام، بينما نجد أن الفئة الأولى من المواعيد الفرعية لا مجال لسُلطان الإرادة فيها فقد فرضها المشرع فلا يملك أي طرف الحق في تعديلها أو التنازل عنها، ويمكننا التمييز بين فئتي المواعيد الفرعية بالنظر إلى وظيفتها وأهداف كل منها.

وهكذا يظهر جلياً أن المواعيد الفرعية ليست مجرد إضافة زمنية للمواعيد الرئيسية، بل هي أداة تشريعية متعددة الوظائف، تختلف أحكامها وطبيعتها باختلاف الغاية التي وضعت من أجلها، وهذا ما يؤكد أن النظرة الوظيفية للمواعيد الإجرائية هي الأقدر على تفسير التنظيم التشريعي وفهم فلسفته، مقارنة بالتصنيفات الشكلية التقليدية التي تتعامل مع المواعيد كأرقام جامدة.

وفي الأخير يبقى هذا البناء التشريعي شاهداً على محاولة المشرع اليمني التوفيق بين ثنائيات متعارضة: فمن ناحية يحافظ على قدسية المواعيد الجوهرية عبر جزاءات صارمة، ومن ناحية أخرى يفسح مجالاً للمرونة في المواعيد الفرعية، مكرساً بذلك فلسفة تقوم على توازن دقيق بين متطلبات العدالة الناجزة وضرورات المرونة الواقعية.

الخاتمة

أولاً: النتائج:

- توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج يمكن إجمالها على النحو الآتي:
- المواعيد الإجرائية ليست مجرد قوالب زمنية جامدة، بل هي أداة فعالة في يد المشرع لتحقيق توازن دقيق بين سرعة الفصل في الدعوى وضمانات حق الدفاع، وقد أظهرت الدراسة أن المشرع اليمني وظفها لتحقيق غايات متعددة تتجاوز مجرد التنظيم الشكلي.
 - قصور التصنيفات الفقهية التقليدية التي اقتصر على معايير شكلية كمصدر الميعاد وارتباطه بالنظام العام وطريقة احتسابه، حيث أغفلت هذه التصنيفات روح المواعيد الإجرائية والدور الوظيفي الذي تؤديه في سياق الخصومة.
 - التمييز بين المواعيد الرئيسية والمواعيد الفرعية يمثل تصنيفاً جديداً يعكس الطبيعة الوظيفية للمواعيد الإجرائية، فالمواعيد الرئيسية هي تلك القائمة بذاتها، بينما المواعيد الفرعية تلتحم بها لتكون امتداداً زمنياً لها عند توافر شروط معينة.
 - تقسيم المواعيد الفرعية إلى فئتين:
 - الفئة الأولى: تضاف إلى مواعيد قضائية أو اتفاقية، وترتبط بجزاءات تحفيزية تهدف إلى دفع الخصوم لموالاته الخصومة وإزالة القضايا المتراكمة، وهي طبيعة أمر لا مجال لسultan الإرادة فيها.
 - الفئة الثانية: تتعلق بحقوق التقاضي (كميعاد المسافة وتمديد استئناف الورثة)، وتهدف إلى تحقيق المساواة بين الخصوم، وتخضع لسultan إرادة المستفيد منها إذ يمكن التنازل عنها.
 - المشرع اليمني يسعى إلى التوفيق بين الثنائيات المتعارضة في نظام المواعيد الإجرائية، فمن ناحية يحافظ على قدسية المواعيد الجوهرية عبر جزاءات صارمة، ومن ناحية أخرى يفسح مجالاً للمرونة في المواعيد الفرعية، مكرساً فلسفة توازن دقيقة بين متطلبات العدالة الناجزة وضرورات المرونة الواقعية.

- غياب القواعد العامة لحساب المواعيد في قانون المرافعات اليمني يشكل إشكالية عملية، إذ لا توجد ضوابط تشريعية واضحة للحساب، على عكس التشريعات المقارنة كالقانونين المصري والعماني.

ثانياً: التوصيات:

- بناءً على النتائج التي توصلت إليها الدراسة، يمكن التوصية بما يأتي:
- تضمين قانون المرافعات اليمني نصوفاً تحدد القواعد العامة لحساب المواعيد الإجرائية، على غرار ما هو مقرر في قانون المرافعات المصري (المادة ١٣) والقانون العماني (المادة ١١)، لضمان الوحدة في التطبيق القضائي، وتجنب الأخطاء في الحساب.
- الاستفادة من التصنيف الوظيفي للمواعيد الإجرائية (رئيسة وفرعية) في تطوير النصوص التشريعية، وذلك بتحديد طبيعة كل ميعاد والغاية منه، بما يساعد القضاة والمتقاضين على فهم الأبعاد الوظيفية للمواعيد وليس مجرد أبعادها الحسابية.
- الاستعانة بالتجارب المقارنة (كمصر وعمان وفرنسا) في تطوير نظام المواعيد الإجرائية اليمني، لا سيما في مجال المواعيد الفرعية المتردة ومواعيد المسافة، بما يواكب التطورات الحديثة في التقاضي.
- توعية المتقاضين بأهمية المواعيد الإجرائية وجزاءات مخالفتها، من خلال نشر الأحكام القضائية المتعلقة بالمواعيد وتصنيفها، وذلك لتعزيز ثقافة الالتزام الإجرائي والحد من المماطلة.

قائمة المراجع

أولاً: المعاجم اللغوية:

- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط ٣، ج ٣، دار صادر، بيروت، ١٤١٤هـ.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج ٢، دار الدعوة، القاهرة، (د.ت).

ثانياً: القوانين واللوائح:

- قانون المرافعات المدنية والتجارية اليمني، الصادر بالقانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، الصادر بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م، وتعديلاته.
- قانون الإجراءات المدنية والتجارية العُماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٢م وتعديلاته.
- قانون المرافعات المدنية الفرنسي (Code de procédure civile français).

ثالثاً: الكتب والمراجع القانونية:

- أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠م.
- أحمد المليجي، موسوعة التعليق على قانون الإجراءات المدنية والتجارية العُماني، ج ١، منشورات دار العلم، ٢٠٠٨م.
- أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٩م.
- خليفة بن محمد الحضرمي، وحسين سليمة، أصول المرافعات المدنية والتجارية بسلطنة عُمان، (د.ن)، مسقط، ٢٠٠٣م.
- رزق الله الأنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ط ٩، جامعة دمشق، ٢٠٠٢م.
- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.

- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دارالجامعة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- نبيل إسماعيل عمر، سقوط الحق في اتخاذ الإجراء في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٩م.
رابعاً: المجالات العلمية والأبحاث:
- خيرى عبد الفتاح السيد، «النظام الإجرائي لمواعيد المرافعات في التقاضي الإلكتروني: دراسة قانونية»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة أسوان، ٢٠٢٠م.
- فارس علي عمر، «عوارض المواعيد الإجرائية»، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٦م.



البحر والدرر
مجلة

الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي

الباحثة / ندى عبدالله طامش

مجلة
البحر والدرر
البحر والدرر
البحر والدرر

ملخص:

يتناول البحث المنطق القانوني لمنح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي والتي تعد من أبرز الإشكاليات القانونية المعاصرة، والتي كانت نتاجاً لتوسع تطبيقات الأنظمة الذكية في جميع مجالات حياتنا الاقتصادية والاجتماعية والقانونية والعلمية، كما سيتناول الاتجاهات القانونية المؤيدة لمنح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية المستقلة عن الأفراد والاعتبارات المعنوية والاجتماعية العملية التي قدمت لتدعيم تلك الآراء، وكذلك الاتجاه المعارض لمنح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي وما قدمه مناصروه من حجج مستندة على طبيعة الذكاء الاصطناعي التي تنتج من قبل شركات التقنية، وما يصاحب ذلك من كواليس التحكم غير المباشر من قبلها بأنظمة الذكاء الاصطناعي في مختلف المجالات، وذلك باستخدام التحليل المنطقي والاقتصادي والقانوني لمضامين تكوينات واستخدامات الذكاء الاصطناعي، ومحاولة إيجاد مقاربات قانونية عملية لأنظمة الذكاء الاصطناعي لحل إشكالية الحقوق والالتزامات التي تنتج عن استخدامه، وما إذا كان سيخدم الاقتصاد الوطني أم أنه أداة فقط لاضمحلال الشخصية القانونية وما يترتب عليها من حقوق والتزامات ومسؤوليات ومراكز قانونية.

المقدمة:

ارتبط مفهوم الذكاء الاصطناعي بالثورة الصناعية الرابعة والمتمثلة بثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، حيث بدأت ببرمجيات ومعادلات خوارزمية بسيطة، إلى أن وصلت إلى شبكات عصبية بتقنية النانو تحاكي العلاقات الكهربائية الدماغية لإجراء عمليات تخزين المعلومات ومن ثم مقارنتها وتحليلها وصولاً إلى اتخاذ القرارات بشأنها، مما أحدث تغييرات جذرية في مختلف جوانب الحياة المعاصرة منها الجوانب الإنتاجية والتي أخذت النصيب الأكبر من الحصة التطبيقية لأنظمة الذكاء الاصطناعي، وكذلك جوانب الاستهلاك وتسويق المنتجات، بالإضافة إلى تطبيقاته في التعليم المدرسي والجامعي وحتى المهني... إلخ.

ونلاحظ من المشاهدات الواقعية أن التطور التكنولوجي الهائل والمتسارع في مختلف المجالات والذي أصبح الذكاء الاصطناعي الجزء الرئيس منه، ومن المتوقع أن يسيطر على اقتصاديات الدول في القريب العاجل، وسيشهد العالم تغييرات كبيرة في المعاملات والتفاعلات الاقتصادية والاجتماعية، بل وحتى السياسية والتي سيكون الذكاء الاصطناعي (الفاعل المساعد إن صح التعبير) بما سيوفره من جهد وتكاليف وسرعة فائقة تفوق بكثير قدرة الإنسان على إنجاز المهام والأعمال الموكلة إليه.

إن تدخل الذكاء الاصطناعي في حياتنا، أثار الكثير من الآراء حول قانونية استخداماته، وما إذا تم استخدامه في عالم الجريمة، ولا سيما الجرائم المنظمة العابرة للحدود الوطنية وجرائم الإرهاب الدولية، ناهيك عن الجرائم التي قد تحدث بسبب خلل في نظام المعلوماتية الذكية، أو التي قد يرتكبها هذا النظام عمداً أو خطأً.

إن استحواذ هذه التقنية على التعاملات العالمية، أفرزت الشكوك حول طريقة عملها وتطورها اللامحدود، بحيث تستدعي طرح مسألة تهديدها للبشرية على طاولة القانون الدولي الانساني، سواء بفعل استغلال الأفراد لهذه التقنية وتسخيرها للقيام بأعمال غير مشروعة من جهة، ومن جهة أخرى الخوف مما إذا وصلت هذه التقنية إلى مرحلة من التطور تمكنها من إعادة تشكيل نفسها بنفسها، وتطويرها دون حاجة إلى تدخل العقل البشري في إيجادها.

أهمية البحث:

تتجلى أهمية البحث في توضيح ما إذا كان من الممكن منح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية، وذلك عن طريق عرض مقاربات قانونية لشخصية الذكاء الاصطناعي وبيان منطقية توصيفاتها العملية، مع التعليق على الاتجاهات المؤيدة والمعارضة لمنحه الهوية القانونية وما أبرز آثار هذه الهوية فيما يتعلق بالأهلية للقيام بالمسؤوليات وكذا ما هي الصلاحيات التي يمكن منحها للذكاء الاصطناعي، وكذلك الإجراءات الوقائية لاستخدامه في مختلف المجالات، والفرص الاستثمارية الواعدة في هذا المجال باعتباره من الوسائل الإنتاجية الحديثة التي تعتمد في التصنيع والخدمات المساندة له بناء على أسس تحليلية قائمة على تداخلات الاقتصاد الصناعي مع قانونية العمليات المرتبطة بتطبيقات الذكاء الاصطناعي المختلفة.

أهداف البحث:

- يهدف البحث إلى توضيح:
- ١- ماهية الشخصية القانونية وعلاقتها بالذكاء الاصطناعي.
 - ٢- الطبيعة القانونية الخاصة للذكاء الاصطناعي.
 - ٣- الاتجاهات الفقهية والقانونية المؤيدة والمعارضة لمنح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية.
 - ٤- علاقة الذكاء الاصطناعي بالاقتصاد الوطني واستدامة الأنشطة الإنتاجية المستخدمة له.

مشكلة البحث:

- تتمثل مشكلة البحث في التساؤل الرئيسي التالي:
- هل يمكن منح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية؟
وتتفرع منه الأسئلة التالية:
- ١- هل يوجد للذكاء الاصطناعي أهلية قانونية؟
 - ٢- لماذا يلزم وجود توصيف قانوني للذكاء الاصطناعي؟
 - ٣- ما هي آثار منح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية؟

٤- هل هناك إجراءات وقائية لأضرار الذكاء الاصطناعي؟

منهجية البحث:

سيتم اتباع المنهج الوصفي التحليلي، مع استخدام التحليل المقارن للآراء المؤيدة والمعارضة لمنح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي باعتباره أحد التطبيقات المعاصرة للاقتصاد الصناعي^(١).

فروض البحث:

- ١- لا يمكن إعطاء الذكاء الاصطناعي أهلية قانونية.
- ٢- الذكاء الاصطناعي ليس مؤهلاً لمنحه الشخصية القانونية.
- ٣- لا يختلف الذكاء الاصطناعي عن التطبيقات العملية للأنظمة الإلكترونية.

هيكل البحث:

- المحور الأول: الإطار النظري للشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي:
 - المبحث الأول: ماهية الشخصية القانونية.
 - المبحث الثاني: ماهية الذكاء الاصطناعي.
- المحور الثاني: مقاربات قانونية للشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي:
 - المبحث الأول: المنطق القانوني والذكاء الاصطناعي.
 - المبحث الثاني: الاتجاهات المؤيدة لمنح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية.
 - المبحث الثالث: الاتجاهات المعارضة لمنح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية.
- الخاتمة، وفيها النتائج والتوصيات.

(١) الاقتصاد الصناعي من فروع علم الاقتصاد ويهتم بكل ما يتعلق بالإنتاج (السلعي والخدمي) من الآلات وأنظمة إنتاجية وعناصر إنتاجية وتكاليفها وكذلك الاستهلاك وأنواعه والأسواق وأنواعها وطرق وأساليب تصريف البضائع... الخ.

المحور الأول الإطار النظري للشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي

تمهيد:

مع التطور الكبير في علمي الرياضيات والفيزياء خاصة الفيزياء الكهربائية، بالإضافة إلى علم النفس وعلوم أخرى، وفي خمسينات القرن الماضي في سلسلة مؤتمرات (Macy) التي عقدت للبحث في تحقيق محاكاة التعلم والذكاء البشري بواسطة الحاسوب، دون أن يعطى هذا الهجين اسماً وتوصيفاً جديداً، وفي عام ١٩٥٠م تحدث عالم الرياضيات (الآن تورينغ) عن ذكاء الآلة في كتابه (ميكانيكية ذكاء الكمبيوتر)، ومن ثم أطلق الاختبار الذي حمل اسمه، الذي يهتم بتقييم الذكاء لجهاز الكمبيوتر، وتصنيفه ذكياً في حال قدرته على محاكاة العقل البشري، وفي عام ١٩٥٦م، تم الإعلان عنه بشكل رسمي من قبل عالم الحاسوب الأمريكي جون ماك آرثي، وهو العام الذي شهد انعقاد مؤتمر علمي في كلية دارتموث الأمريكية للأبحاث حول إمكانية تصميم آلة ذكية قادرة على تقليد ومحاكاة عمل البشر^(١).

اتخذت الدراسات والأبحاث حول الذكاء الاصطناعي، منذ انطلاقتها، طريقتين أو مقاربتين في معالجة المدخلات، تركز الأولى منهما إلى الرمزية، أي باستخدام الرموز، وهذه فرضية (الأنظمة الرمزية الفيزيائية) التي صاغها (نيويل) و (سيمون) واستمرت حتى ثمانينات القرن العشرين، بينما ذهب (ماكلوتش) (بيتس) إلى العلاقة الترابطية التي تستلهم بنية ووظيفة الشبكات العصبية البيولوجية (البشرية).

وهذه الاندفاع التي شهدها الذكاء الاصطناعي ما لبثت أن خفت في سبعينيات القرن الماضي، وذلك بعد الإخفاقات التي تعرض لها في برامج اللغة، ولا سيما ما يتعلق بالترجمة الفورية، والتعلم وحل المشكلات المستجدة، مما أدى إلى صرف النظر عنه وعن تطبيقاته العملية، وسبب انخفاضاً في التدفقات المالية والتمويلات البحثية إلى هذا القطاع (حلال، ١٣، ٢٠٢١).

حيث كانت التطبيقات التقنية مقتصرة فقط على الجانب الإنتاجي في اقتصادات الدول المتقدمة، ثم تطورت من خلال الثورات الصناعية المتعاقبة إلى أن تعدت تطبيقاتها

(١) مقالة علمية للباحثة بعنوان: (المسؤولية القانونية لأطراف العمليات الإلكترونية)، منشورة في الصحيفة القضائية، وزارة العدل وحقوق الإنسان، العدد (٢٤٢)، ٢٠٢٥م.

في الأنشطة الصناعية إلى التفاعلات المجتمعية والعلمية والسياسية وتغييرات الرأي العام التي لم تعد صادرة في أغلبها من أشخاص طبيعية، بل من أنظمة ذكية تبرمج مسبقاً لتحدث تغييرات في آراء الأفراد واتجاهاتهم سواء الإنتاجية أو الاستهلاكية.

ومع بداية الألفية ظهر مفهوم الذكاء الاصطناعي من جديد، بعد أن نجح (جيفري هينتون) بتطوير مفهوم الذكاء الاصطناعي العصبي، حيث تمكن مع اثنين من زملائه هما (ديفيد) و (رونالد) من تطبيق لوجاريتمية الانتشار الخلفي لتدريب الشبكات العصبية متعددة الطبقات، فكان هذا هو الأساس الذي بني عليه تعلم الآلة (Machine learning) والتعلم العميق (Deep learning)، ومن هنا بدأ استخدام الذكاء الاصطناعي، وأصبحنا نتعامل معه دون حتى انتباه، حتى أن بعض الشركات التي تنتجه أو تستخدمه، لا تصرح عن وجوده لسبب أو لآخر. إما حرصاً منها على السرية العلمية وسبق الاختراع، وإما لاعتبارات قانونية قد تتعلق بالمسؤولية الجزائية والمدنية، ومن الأمثلة الشائعة على استخدام الذكاء الاصطناعي هو محرك البحث الإلكتروني التابع لشركة (GOOGLE) فما أن ندخل كلمة أي عنوان نبحث عنه حتى يتم ظهور النتائج في أقل من ثانية وبالطبع باستخدام الذكاء الاصطناعي الخاص بشركة جوجل.

المبحث الأول

ماهية الشخصية القانونية

تجاوز مفهوم الشخصية القانونية الإنسان بوجوده المادي، إلى إسباغها على كيانات غير ملموسة، كي تمكنها من تلبية متطلبات عملياتها والوصول إلى التفاعلات القانونية بكل يسر وسهولة، فوجدت بالتالي الشخصية القانونية المعنوية (المؤسسات والشركات التي تسمى إدارياً منشأة أو منظمة إدارية)^(١).

وتعد الشخصية القانونية من المفاهيم الجوهرية في النظام القانوني، إذ تمثل الأداة التي من خلالها يعترف للفرد أو الكيان بالقدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ولولا هذا المفهوم، لما أمكن للأشخاص القانونيين الدخول في علاقات قانونية أو التمتع بحماية القانون، وقد تطور مفهوم الشخصية القانونية عبر الزمن، فانتقل من كونه حكراً على الإنسان إلى أن شمل كيانات أخرى كالشركات والجمعيات والمؤسسات (الأشخاص الاعتبارية).

تعريف الشخصية القانونية:

الشخص لغة: هو شخص الإنسان، جمعه أشخاص وشخوص وشخاص، وهو كل جسم له ارتفاع وظهور-وجودي- والمراد به إثبات الذات واستعير له لفظ الشخص، وتعرض الفلسفة تعريف الشخصية فذهب الفيلسوف الإنجليزي (جون لوك) إلى تعريف الشخص بأنه الكائن المفكر العاقل القادر على التأمل بطريق الشعور المستمر في حين يربط الفيلسوف الألماني (ايمانويل كانت) مفهوم الشخصية بالقيمة التي تكمن في أنه ذو العقل الأخلاقي وهو الغاية، وجعل الفيلسوف الفرنسي (جون بول سارتر) ارتباط الشخص بالحرية التي تتمثل بمجموعة من الغرائز والمثل ونتائجها من التوازن والتوفيق في الواقع الاجتماعي وفق معايير أساسية تقابلها المبادئ التي تمنع انتهاك تلك المعايير، لذا يمكن القول بأن الشخص لا يعد لفظاً لغوياً إنما هو مفهوم عقلي بني على فكرة فلسفية، والشخص وفقاً لذلك بوجه عام هو الإنسان أو الفرد الذي يملك إرادة وسيطرة على تصرفاته، وبالتالي نلاحظ منح القانون للشخصية القانونية للطفل غير المميز والمجنون والغائب عن الوعي، فالعبرة هنا هي بالعقل البشري ووصف الآدمية.

(١) مفهوم الشخصية القانونية يشابه وبشكل كبير مفهوم المركز القانوني، إلا أن المركز القانوني يبرز عند الحديث عن شخصية طرفي العقد القانونية، بينما الشخصية القانونية للأشخاص تثبت حتى وإن لم يكن هناك عقد فهي دائمة ولا ترتبط بتصرف قانوني معين، لذلك يمكننا القول أن المركز القانوني جزء من الشخصية القانونية.

وتعرف الشخصية القانونية عموماً بأنها قدرة الشخص على أن يكون صاحب حقوق وخاضع للالتزامات (أهلية الأداء) التي تخص جميع الأشخاص الطبيعيين، وفي ظل ظروف مختلفة للأشخاص المعنويين، وهذه الشخصية تؤمن الحماية لصاحبها (كالتمتع بالحقوق الأساسية، والحق بالمقاضاة...)، كما تمنحه هوية قانونية تتضمن خصائصه المدنية (الجنسية مثلاً) مما ينعكس على عملياته المالية وغير المالية (حلال، ٤٠، ٢٠٢١).

أنواع الشخصية القانونية:

أولاً: الشخصية القانونية الطبيعية:

يتمتع الشخص الطبيعي الذي هو الإنسان في القانون بالحقوق وتفرض عليه الالتزامات، ويمنحه القانون هذه الصفة بغض النظر عن توفر الإرادة أو الإدراك أو التمييز فالصغير، والمجنون، والمعتوه، والمفقود لا يمتلكون القدرة على الإدراك أو التمييز، ومع ذلك يتمتعون بكافة خصائص ومميزات الشخصية القانونية.

ثانياً: الشخصية القانونية الاعتبارية:

إن الأصل في الشخصية القانونية أنها تثبت للإنسان وحده أي للشخص الطبيعي، ولكن مع تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية كان من الضروري منحها لغير الإنسان وهذا ما دعا إلى ابتداء ما يطلق عليه حالياً بالشخص المعنوي أو الاعتباري، وبسبب تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية، نشأ ما يُعرف بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية والتي تعني مجموعة من الأشخاص يضمهم تكوين واحد (منشأة) لتحقيق هدف معين، أو مجموعة من الأموال، تكون موضوعاً لتحقيق غاية معينة يضي عليها القانون الشخصية القانونية، كما تم تعريفها بأنها: مجموعة من الأشخاص أو الأموال تهدف إلى تحقيق غرض معين ويعترف بها القانون، ويعرفها آخرون بأنها مجموعة من الأشخاص والأموال التي لها كيان ذاتي مستقل لتحقيق غرض معين، ومعترف له بالشخصية القانونية المقررة للإنسان إلا ما كان منها متصلاً بصفته الطبيعية، وذلك لإضفاء الصفة الشرعية اللازمة على تصرفاتها في حدود هذا الغرض.

الشخصية القانونية الإلكترونية

تمثل الشخصية الإلكترونية تطوراً قانونياً ناشئاً، فرضته طبيعة الروبوتات الذكية المستقلة والأنظمة البرمجية الذكية، التي تتمتع بقدرات ذاتية وتفاعل مستقل مع

البيئة المحيطة، وبفضل هذه الاستقلالية، تنمو الحاجة لمنح هذه الروبوتات والأنظمة شخصية قانونية تعرف بالشخصية الإلكترونية، تحمل فيها الروبوتات مسؤولية أفعالها وأي أضرار قد تسببها للآخرين، إذ اقترح البرلمان الأوروبي بالفعل إدخال هذه الفئة القانونية الجديدة، مع الأخذ بالاعتبار ضرورة تحديد نطاق الشخصية للروبوتات بما يتماشى مع طبيعة عملها وبيئة تشغيلها، لضمان تناسب دورها في المجتمع.

وعلى ذلك، يمكن عد الروبوت الذي يتخذ قرارات مستقلة بطريقة ذكية أو يتفاعل بشكل مستقل مع الآخرين (شخصاً إلكترونياً)، وقد اقترحت لجنة الشؤون القانونية في البرلمان الأوروبي منح الذكاء الاصطناعي الشخصية الإلكترونية، ومن المهم الإشارة إلى أن الاعتراف بهذه الشخصية القانونية الجديدة لا يتطلب توافر قدر من الوعي في الروبوتات الذكية، إذ أن هذه الشخصية تعد وظيفية، هدفها تلبية احتياجات عملية وتشغيلية، وأهم ما فيها هو جعل الروبوتات الذكية مسؤولة عن أفعالها، إلا أنه في العام ٢٠٢٠م تم منح هذه الشخصية للذكاء الاصطناعي من قبل البرلمان الأوروبي.

إن الدعوة إلى تبني هذا الاختيار البديل عن القانون التقليدي يبين أن اللجنة قد تبنت موقفاً توافقياً حذراً وبطيئاً يسعى للتوفيق بين الاختلافات في الآراء بشأن الوضع القانوني للذكاء الاصطناعي ولحل الإشكاليات التي أثرت تجاهه. ولكن يمكن الاعتقاد أن هذا الحذر القانوني في التعامل مع التكنولوجيا التي يصعب فهمها وإدراكها قد يبطل من الاعتراف الحتمي بالشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي (حسن، ٥٤، ٢٠٢٥).

ولكن من جانب آخر يجب أن لا ننسى الطبيعة الإنتاجية لأنظمة الذكاء الاصطناعي والتي يمكننا القول أنها منتجة ومبرمجة لتنفيذ أوامر مصمميها وليست لها إرادة مستقلة مهما بلغت من التطور التقني والمعلوماتي، لأنها في النهاية خوارزميات مخزنة في وحدات تخزين وسيرفرات أغلبها تابعة لشركة جوجل، وتستطيع التحكم بها بشكل أو بآخر.

ومع ذلك فإننا نخالف هذا الرأي في موضوع الشخصية الإلكترونية، وذلك لأن الذكاء الاصطناعي والأنظمة الإلكترونية الأخرى ليست إلا نتاج برمجة وهندسة أشخاص طبيعيين، وليست نتاجاً لاستقلالها الذاتي بالكامل مهما تطورت وتعقدت أعمالها ومهامها، فهي فقط انعكاس لآراء وتوجهات وتصرفات وأيدولوجيات مصمميها ومبرمجيها^(١).

(١) لمزيد من التفاصيل يرجى مراجعة بحث للباحثة بعنوان: (الطبيعة القانونية للجريمة الإلكترونية). مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية، وزارة العدل وحقوق الإنسان، العدد (١٦)، ربيع الآخر- جمادى الآخرة (١٤٤٧هـ).

المبحث الثاني

ماهية الذكاء الاصطناعي

في العام ٢٠١٦م اجتمع عمالقة وادي السيلكون الخمسة (جوجل، آبل، فيسبوك، أمازون، مايكروسوفت)؛ لتطوير الأبحاث المتعلقة بالذكاء الاصطناعي وتعزيز الاختراعات المرتبطة به، حيث بلغت الاستثمارات المالية في هذا القطاع (١٥٠) مليار دولار أمريكي، ليصل حجمه إلى حوالي (٦٠٠) مليار دولار أمريكي سنوياً في وادي السيلكون وحدها، ومنه نجد أن هذه الاستثمارات الهائلة تعطينا مؤشراً قوياً على حجم العائدات الكبيرة المتوقعة من هذه التوظيفات المالية للذكاء الاصطناعي غير الملموس، فما هو النظام وبرنامج وعلاقات رياضية قادرة على معالجة البيانات، فهو ليس آلة فيزيائية بحتة، وبالتالي فهو يختلف عن الروبوتات وإن كان مستخدماً في بعضها، فالذكاء البشري شيء والدمغ شيء آخر، وإن كان الثاني موطناً للأول، ومنه نلاحظ أنه يلزم إخراج الذكاء الاصطناعي من قيود الآلة، فهي تنطلق من التطور السريع الذي سيسلكه هذا الذكاء بأنواعه كذكاء محدود وضيق إلى ذكاء قوي وعام^(١)، حيث أن من أهم خصائصه انخفاض تكاليف إنتاجه (مع استخدام التقنيات الإنتاجية الحديثة) وزيادة الإنتاجية على حساب الانخفاض الكبير نسبياً للأيدي العاملة البشرية، والقدرة على العمل في بيئات خطيرة، إذ يستطيع تجنب الإنسان المخاطر مثل البحث عن الألغام أو التعرض للأنشطة الملوثة للبيئة.

تعريف الذكاء الاصطناعي:

الذكاء في اللغة: سرعة الفهم والجمع أذكاء، ومنه الذكاء في الفهم إذا كان تام العقل سريع القبول.

الاصطناعي: اسم منسوب إلى اصطناع وهو ما كان مصنوعاً غير طبيعي.

أما الذكاء الاصطناعي (Artificial Intelligence) واختصاراً (AI) فيعد الركيزة الأساسية للثورة الصناعية الرابعة التي نعيشها اليوم، فقد عرف بأنه: فرع من علوم الحاسوب يمكن بواسطته خلق وتصميم برامج للحاسبات والروبوتات تحاكي أسلوب الذكاء الإنساني، لكي يتمكن الحاسب من أداء بعض المهام بدلاً من الإنسان، والتي

(١) سيليكون فالي أو وادي السيليكون، هي المنطقة الجنوبية من منطقة خليج سان فرانسيسكو بولاية كاليفورنيا في الولايات المتحدة، هذه المنطقة أصبحت مشهورة بسبب وجود عدد كبير من مطوري ومنتجي الشرائح أو الرقاقات السيليكونية (الدائرة المتكاملة)، وحالياً تضم جميع أعمال التقنية العالية في المنطقة، حيث أصبح اسم المنطقة مرادفاً لمصطلح التقنية العالية.

تتطلب التفكير والتفهم والسمع والتكلم والحركة.

وفي تعريف آخر: هو العلم الذي يهدف إلى فهم طبيعة الذكاء الانساني عن طريق عمل برامج للحاسب الآلي قادرة على محاكاة السلوك الإنساني المتسم بالذكاء (مصطفى، ٣٦، ٢٠٢٤).

الذكاء الاصطناعي هو سلوك وخصائص تتسم بها البرامج الحاسوبية وتجعلها تحاكي القدرات البشرية وأنماط عملها، ويعتبر الروبوت أحد أهم هذه الأنماط وترجمة هذه الكلمة هي الإنسان الآلي أو الرجل الآلي أو الإنسآلة، بحيث يستطيع القيام بأعمال مبرمجة سلفاً إما بسيطرة الإنسان أو بأوامر من برامج حاسوبية (والتي أيضاً هي الأخرى مبرمجة من الإنسان مسبقاً) (حاتم، ٤، ٢٠١٩).

أما تعريف الذكاء الاصطناعي اصطلاحاً، فهناك غياب لتعريف موحد لماهية الذكاء الاصطناعي بشكل دقيق، ويعد العالم الأمريكي جون (John McCarthy) أول من استخدم مصطلح «الذكاء الاصطناعي» في عام ١٩٥٦م، إذ عرفه بأنه «علم وهندسة تطوير الآلات الذكية خاصة برامج الحاسوب الذكية»، ويشير مصطلح الذكاء الاصطناعي إلى تمكين الكمبيوتر من التحليل خاصة في تجاوز المشكلات، بديلاً عن العقل البشري، ويعرف هذا بالتفكير الاصطناعي أو الذكاء الصناعي، إذ يعد ناتجاً عن ابتكار الإنسان وتطويره (حسن، ١٩، ٢٠٢٥).

عرفت المفوضية الأوروبية الذكاء الاصطناعي بأنه: أنظمة تظهر سلوكاً ذكياً من خلال تحليل البيئة المحيطة واتخاذ قرارات - بشكل مستقل نسبياً- لتحقيق أهداف محددة، يمكن أن تكون هذه الأنظمة مبنية على برامج تعمل في العالم الافتراضي، مثل المساعدين الصوتيين وتحليل الصور، أو مدمجة في أجهزة مثل الروبوتات، السيارات ذاتية القيادة، والطائرات بدون طيار والمسيرات، كما تشمل أيضاً أنظمة التعرف على الكلام والوجه ومحركات البحث، فضلاً عن تطبيقات إنترنت الأشياء والأنظمة البرمجية (حسن، ٢٠، ٢٠٢٥).

وخلاصة هذه التعاريف يمكننا تعريف الذكاء الاصطناعي بأنه: عبارة عن خصائص معينة تتسم بها البرامج الحاسوبية، بحيث تحاكي القدرات البشرية ومنها القدرة على التعلم والاستنتاج والتنبؤ بردود الأفعال (مصطفى، ٣٧، ٢٠٢٤).

أهداف الذكاء الاصطناعي:

يهدف أساساً إلى فهم طبيعة الذكاء الإنساني من خلال عمل برامج للحاسب الآلي تكون لديها القدرة على محاكاة السلوك الإنساني الذكي، أي أن يقوم الحاسوب باتخاذ قرار ما في موقف معين فيقوم البرنامج بإيجاد الطريقة المناسبة لحل المسألة أو التوصل إلى القرار الأنسب من خلال الرجوع إلى الكثير من العمليات الاستدلالية المختلفة التي يتم من خلالها تغذية البرامج (ببرمجة مسبقة، وخوارزميات التباديل والتوافيق^(١)) للبدائل المدخلة مسبقاً على البرنامج)، وهنا من المهم أن نذكر أن ذلك يتخطى ما هو معروف باسم (تقنية المعلومات، ونظم المعلومات الإدارية) التي تكون عملية الاستدلال فيها من خلال الإنسان (مصطفى، ٣٧، ٢٠٢٤).

أنواع الذكاء الاصطناعي (مصطفى، ٣٨، ٢٠٢٤):

- ١- الذكاء الاصطناعي الضعيف أو الضيق: ويعد من أبسط أنواع الذكاء الاصطناعي، حيث تتم برمجته من أجل القيام بوظائف معينة تكون داخل بيئة محددة، ويكون تصرفه عبارة عن ردة فعل على موقف معين، ولا يستطيع العمل إلا في الظروف البيئية الخاصة، لأنها أنظمة لا تمتلك ذكاءً عاماً، ومن الأمثلة على ذلك النوع الروبوت (ذيب بلو) والذي تم صنعه من قبل شركة (IBM) والذي تغلب على (كاسباروف) بطل الشطرنج العالمي، بالإضافة إلى أنظمة الصراف الآلي والأنظمة الأمنية المميزة للأشخاص، والأنظمة العاملة في مجال ترجمة اللغات.
- ٢- الذكاء الاصطناعي القوي أو العام: ويستخدم لوصف عملية تطوير الذكاء الاصطناعي إلى الدرجة التي تكون فيها الآلة مساوية فكرياً ووظيفياً للإنسان، ويهدف هذا النوع إلى تصميم آلات وبرمجيات لا تحتاج إلى الإرشادات الواضحة والقواعد المفروضة في أدوات الذكاء الاصطناعي المحدود، بل يمكنها العمل بالاستناد إلى نتائج مكتسبة من البيانات والخبرات والتجارب، بحيث تكون قادرة على الاستقلال في جمع البيانات وتحليلها، وهذا يؤهلها لاتخاذ قرارات ذاتية ومستقلة عن الإنسان، ومن الأمثلة عليها: السيارات ذاتية القيادة وروبوتات الدردشة الفورية التي يتم استخدامها في العديد من المواقع الإلكترونية وبرامج

(١) التباديل والتوافيق فرع من فروع علم الرياضيات وتستخدم في الوصول الى عدد كبير من الاحتمالات الرياضية لبيانات عددية معينة.

المساعدات الذاتية الشخصية، والروبوتات الطبية المستخدمة في التشخيص الطبي، والروبوتات العسكرية والحربية.

٣- الذكاء الاصطناعي الخارق: وهو عبارة عن نماذج جديدة تهدف إلى محاكاة البشر، وتنقسم إلى نوعين: الأول: يعمل على محاولة فهم الأفكار البشرية والانفعالات التي تقوم بالتأثير على سلوك البشر ولديه قدرة محدودة على التفاعل الاجتماعي، بينما النوع الثاني: فهو عبارة عن نموذج لنظرية العقل حيث تتمكن تلك النماذج من التعبير عن حالتها الداخلية ولديها القدرة على أن تتنبأ بمشاعر الآخرين ومواقفهم وأن تتفاعل معها.

المحور الثاني

مقاربات قانونية للشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي

تمهيد:

مع التطور المتسارع في مجال الذكاء الاصطناعي والتوسع في تطبيقاته على المستوى العالمي، برزت تساؤلات جوهرية حول الكيفية التي يمكن بها إدماج هذه الكيانات التقنية في الإطار القانوني التقليدي، من بين أبرز هذه التساؤلات، تأتي مسألة إمكانية أو جدلية منح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية، وهو مفهوم أثار نقاشات حادة بين المشرعين والفقهاء القانونيين، إذ تتشابك فيه الاعتبارات القانونية، الاجتماعية، والأخلاقية. بل وحتى الاقتصادية.

ويمثل الذكاء الاصطناعي تحدياً جدياً للقانون المعاصر من حيث إمكانية تطبيق القواعد القانونية على تطبيقات الذكاء الاصطناعي كالملكية الفكرية، نظام المسؤولية التعاقدية والمسؤولية العمدية والتقصيرية، وحماية البيانات والمعطيات، ومنافسة العمل البشري وغيرها من المسائل التي نظمها القانون على اعتبار أن الإنسان هو الفاعل وليس الآلة، ومع تطور التكنولوجيا الرقمية وظهور تطبيقات الذكاء الاصطناعي، برزت تحديات قانونية جديدة تتعلق بكيفية تنظيم مسؤولية المنتج عن الأضرار الناتجة عن هذه التقنيات، وعلى الرغم من وجود أطر قانونية لتنظيم المنتجات التقليدية، إلا أن خصوصية الأنظمة الذكية تفرض إعادة النظر في المفاهيم والتعريفات التقليدية لضمان الحماية الفاعلة للمستهلكين، ويعكس هذا الحاجة إلى تحديث التشريعات لتواكب تطورات العصر، مع أخذ خصوصية الذكاء الاصطناعي وخصائصه الذاتية بعين الاعتبار عند تطبيق مفاهيم المسؤولية القانونية، وسيتم بيان ذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول

المنطق القانوني والذكاء الاصطناعي

مع دخول الذكاء الاصطناعي حياتنا اليومية بأدق تفاصيلها، وليس فقط في المجال الاقتصادي والإداري (كالشخصيات المعنوية)، ودخول التطبيقات القانونية للذكاء الاصطناعي^(١) في الكثير من المجالات، الأمر الذي أدى لحدوث خلافات فقهية وقانونية حول ما إذا كان من القانوني منح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية، ولا سيما الإنسالة (الروبوتات)، لما تمتع به من وجود مادي ملموس، واستقلال يزداد مع تعلمها الذاتي، وتظهر الإشكالية في رسم الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي ليجسد لوحة ثلاثية الأبعاد - قانونية وتقنية وتفاعلية - تتحرك في العالم الافتراضي وتنتج أثرها في الواقع.

هناك عدة محاولات لإسباغ الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي وذلك بابتكار قواعد قانونية جديدة ومرنة تراعي الطبيعة الخاصة للذكاء الاصطناعي، حيث بادرت السعودية بمنح جنسيتها للروبوت صوفيا عام ٢٠١٧م، كما أقر البرلمان الأوروبي قواعد مدنية خاصة بالروبوتات في مجال المسؤولية وأوصى بمنحها شخصية قانونية خاصة بها، بالإضافة إلى ذلك بادرت مجموعة من مصممي الذكاء الاصطناعي إلى طلب الاعتراف له بحقوق الملكية الفكرية باعتبار وصوله إلى حد الإبداع والابتكار الذاتي (فريدة، ٢٠٢٠م).

وهذا الأمر يبقى خلافياً لأنه إلى يومنا هذا لا يمكن إيجاد توصيف حقيقي للذكاء البشري في حد ذاته فهو ظاهرة لا يمكن ملاحظتها مباشرة، بل تظهر فقط نتائجها، أما بالنسبة للذكاء الاصطناعي فالأمر أكثر صعوبة فهو يعتمد على الإنسان بشكل مباشر ليزوده بالخوارزميات اللازمة لعمله، وعليه ومن الناحية القانونية فإن إكساب الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية يبقى فرضاً لا يتوافق مع المنطق القانوني، حتى وإن كان من نوع خاص، أي كما سماها بعض فقهاء القانون بالشخصية الإلكترونية، والدليل أن أساس الشخصية القانونية هو القدرة على تحمل الالتزامات واكتساب الحقوق، والسؤال هنا هو هل يمكن للذكاء الاصطناعي بمختلف تطبيقاته وليس الروبوت فقط أن يمارس حقوقه كالحق في الزواج والملكية وهو في حقيقة الأمر يتميز بلا مادته؟ وكيف له أن يبرم العقود حتى وإن كان ذلك ممكناً من خلال تطبيق الوكلاء الأذكيا؟ (مع ملاحظة

(١) مثل استخدام الذكاء الاصطناعي في القضاء وجمع الأدلة والمحاماة وإبرام العقود... إلخ.

أنه يوجد هناك في الكواليس مبرمجون لهذه الأنظمة بالإضافة إلى الاقتصاديين الذين يحددون طريقة عمله وأساليب التحليل الاقتصادي والمالي... الخ).

وتعد القدرة على اتخاذ القرارات في موقف معين دون تدخل بشري مباشر هي النقطة الحاسمة التي تميز الأنظمة الذكية عن الأنظمة الإلكترونية التقليدية، إذ لا تعتمد أنظمة الذكاء الاصطناعي على التصميم المسبق لخوارزميات الحل، بل تستند إلى المعرفة التي يزود بها البرنامج، وبذلك تمتلك أنظمة الذكاء الاصطناعي القدرة على حل مسائل قد يكون من الصعب على البشر حلها، أما في الأنظمة الإلكترونية التقليدية فتتمثل مهمتها في تخزين التعليمات التي يكتبها المبرمج في الذاكرة، والتي تنفذ بطريقة تسلسلية لحل المشكلة.

إن الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي قد تستوجب قيام مسؤوليته حيال الغير وهذا يعني تقصي المراحل التي اتبعتها وكذا خوارزميته لمعرفة حقيقة اتخاذ القرار الذي تسبب في الضرر وكواليس برمجته وهذا ما قد يتعارض مع أهم مقومات الذكاء الاصطناعي وهو الكشف عن أسرار عمل نظامه، وهذا يمثل مساساً بحقوق الملكية الفكرية للمنتج له والذي بالطبع سيرفض ذلك.

وعلى افتراض قبول فكرة منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي، فإننا سوف نقبل أيضاً فكرة تحميله للمسؤوليات، بحيث أن هذه الفكرة تعني خلق منظومة قانونية خاصة (متكاملة لجميع القوانين) لغير البشريين وهذا يعني وجود مجتمع آخر مواز للمجتمع البشري وهذا قد يؤدي في النهاية إلى وجود عدة إشكالات تطبيقية وتعارض مع الكرامة الإنسانية التي وجد القانون أصلاً لحمايتها والمحافظة عليها (الكليات الخمس: المال، النفس، النسل، الدين، العقل).

ونلاحظ هنا أن منشأ الاعتراف للذكاء الاصطناعي بالشخصية القانونية هو إسناد المسؤولية عن الضرر الذي يسببه، فهل سيكون ذلك منصفاً فعلاً للمضور، كذلك وفي إطار المسؤولية الجزائية التي تعتمد على العقاب الذي يكون في غالبته مادياً لا يمكن في الواقع تجسيده على الذكاء الاصطناعي الموصوف بلا ماديته. أضف إلى ذلك أن هذا الذكاء الذي أكد داعموه على أنه يمكن أن يصل إلى ما لم يصل إليه العقل البشري وبأن قراراته غير متوقعة، فكيف سيكون الأمر لو كانت تلك القرارات غير المتوقعة تهدد أمن واستقرار البشرية؟

فالقانون يبقى دائماً ثمرة الممارسات الإنسانية على وجه الأرض، وضع بغرض

فرض نظام يجعل البشر يعيشون في أمن وسلام واستقرار، والذكاء الاصطناعي يعتبر واقعاً لا مفر منه يزيد توغله في حياة البشر يوماً بعد يوم، لكن هل فعلاً أضحى من الواجب أن يحظى هذا الذكاء الاصطناعي بشخصية قانونية فقط لإيجاد سبل قانونية متعلقة بالمسؤولية وكذا الملكية الفكرية؟ أم أنه يجب على القانونيين تكييف القواعد القانونية الموجودة مع هذا التطور السريع والرهيب للتكنولوجيا دون خلق منافس حقيقي للإنسان في اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات (فريدة، ١١، ٢٠٢٠).

يعد موضوع منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي من أبرز القضايا التي أثارت نقاشات عميقة في الأوساط الفقهية، نظراً للتطور السريع في تقنيات الذكاء الاصطناعي وتزايد الاعتماد عليها في مختلف المجالات، وبينما يمكن رؤية أن هذه الكيانات قد تسهم في تحقيق العدالة وتحمل المسؤولية القانونية، بالمقابل إن منحها هذه الشخصية قد يؤدي إلى تداعيات سلبية على النظام القانوني واستقراره، ويتناول الفقه القانوني هذا الموضوع من زوايا متعددة، إذ ينقسم إلى اتجاهين رئيسيين: اتجاه مؤيد يرى في منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي ضرورة لمواكبة التطور التكنولوجي وحل الإشكاليات القانونية الناشئة عن أفعاله، واتجاه آخر يرفض هذا الطرح استناداً إلى حجج تتعلق بطبيعة الذكاء الاصطناعي ذاتها وغياب الإرادة والوعي، وهذا ما سنناقشه في المبحثين التاليين:

المبحث الثاني

الاتجاهات المؤيدة لمنح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية

إن إمكانية إضفاء الشخصية القانونية على كيانات الذكاء الاصطناعي تعد من أبرز المسائل التي تثير جدلاً واسعاً في الأوساط القانونية والفكرية، ويرتكز هذا الطرح على مجموعة من الأسس والأدلة التي يسوقها أنصاره لتبرير موقفهم، والتي تتنوع بين اعتبارات معنوية وأخرى اجتماعية وسيتم بيانها كالاتي (حسن، ٤٠-٦٥، ٢٠٢٥):

الاعتبارات المعنوية:

يعتمد الاعتبار المعنوي في تأييد منح الشخصية القانونية لكيانات الذكاء الاصطناعي على فكرة أن أي كيان يمتلك وعياً ذاتياً وإرادة مستقلة يكون مؤهلاً لاكتساب الشخصية القانونية، وبالنظر إلى أن بعض تطبيقات الذكاء الاصطناعي أظهرت قدرات على التحليل الذاتي والإرادة المستقلة التي تمكنها من العمل دون تدخل بشري، نجد أن هذه التطبيقات تعتمد على أتمتة العمليات الذهنية البشرية، مثل اتخاذ القرارات، وحل المشكلات، والتعلم، إذ تتمتع كيانات الذكاء الاصطناعي بخصائص تميزها عن الأشخاص الذين يتمتعون بالشخصية القانونية، إذ بإمكانها اتخاذ قرارات مستقلة، التعلم من الأخطاء، تكوين خبرات ذاتية، التخطيط، وحفظ البيانات، وكل هذه القدرات تؤهلها للتفاعل الفاعل مع مواضيع القوانين الأخرى، مما يبرر الحاجة إلى منحها وضعاً كشخصيات قانونية نظراً لدورها البارز في التفاعل مع الأشخاص القانونية الأخرى.

ومن المنطقي من الناحية النظرية أن يعامل أي نظام يتمتع بوعي ذاتي كشخص قانوني، بغض النظر عما إذا كان هذا الوعي ناتجاً عن عمليات بيولوجية أو خوارزميات رقمية، وإن منح الشخصية القانونية لكيانات الذكاء الاصطناعي ليس أمراً مستغرباً في السياق القانوني النظري، إذ أن التاريخ الإنساني حافل بنقاشات عميقة حول مسألة منح الشخصية القانونية، سواء للبشر أو للأشياء غير الحية التي ظل القانون يستبعد عنها من هذا الامتياز لفترة طويلة، وفي هذا الإطار شبه البعض وضع كيانات الذكاء الاصطناعي بوضع العبيد في الماضي، مؤكدين على إمكانية تعديل الوضع القانوني لهذه الكيانات استجابةً للمتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يفرضها تطور المجتمعات الحديثة.

الاعتبار الأول: الوعي الذاتي:

يمكن تعريف الوعي الذاتي بأنه: عملية إدراك الفرد لأفكاره، ومشاعره، ودوافعه، والمخاطر والأضرار المتوقعة من سلوكه، أي أنه القدرة على النظر إلى الداخل والتفكير في تصرفاتنا وسلوكياتنا بطريقة غير متحيزة، والوعي الذاتي ليس مجرد التفكير في الذات، بل هو القدرة على ملاحظة وتحليل سلوكياتنا بشكل موضوعي، ويشمل التفاعل مع مشاعرنا ومراقبة ردود أفعالنا تجاه المواقف المختلفة.

يستند الاعتبار المعنوي في تأييد منح الشخصية القانونية لكيانات الذكاء الاصطناعي إلى فكرة أن أي كيان يمتلك وعياً ذاتياً وإرادة مستقلة، يصبح مؤهلاً للحصول على الشخصية القانونية، وينطبق هذا الوصف على كيانات الذكاء الاصطناعي التي أظهرت قدرات على الوعي والإرادة، مما يجعلها قادرة على العمل بشكل مستقل دون تدخل بشري، فالذكاء الاصطناعي يعتمد على أتمتة العمليات الذهنية البشرية، مثل اتخاذ القرارات، وحل المشكلات، والتعلم، مما يبرز إمكاناته ككيان قانوني مستقل، إذ يقوم معيار الحق - نظرياً - في منح الشخصية القانونية على مفهوم الوعي والإدراك الذي تمتلكه كيانات الذكاء الاصطناعي، سواء كانت على شكل آلة أو برنامج، ويعتمد أنصار هذا الرأي على منهج تطوير أنظمة قادرة على التفكير بشكل مشابه للبشر، مؤكدين استقلالية كيانات الذكاء الاصطناعي وقدرتها على إظهار الوعي من خلال سلوكها التشغيلي وقدرتها على التفاعل مع محيطها البيئي.

تتمتع كيانات الذكاء الاصطناعي بخصائص مميزة تشبه تلك التي تمنح للأشخاص ذوي الشخصية القانونية المعنوية، إذ تمتلك القدرة على اتخاذ قرارات مستقلة، والتعلم من الأخطاء، وتطوير خبرات ذاتية، فضلاً عن الحفظ والتخطيط، وهذه القدرات تمكنها من التفاعل بفعالية مع مواضيع القانون الأخرى، مما يبرز الحاجة إلى الاعتراف بها كأشخاص قانونية نظراً لدورها المستمر في التفاعل مع الأشخاص القانونية الأخرى (أفراداً ومنشآت).

ولكن يلاحظ أن الوعي الذاتي مفهومه حصري للبشر فقط، أي بالكائنات التي تمتلك الروح والعقل، ولا يمكن أن يكون ناتجاً عن أي عملية مادية، وهذا العنصر الجوهرية لا يتوافر في الآلات أو الحواسيب، مهما بلغت تعقيدها أو تطورت أنظمة القواعد التي تعمل بها، ويتفق جانب من الفقه مع هذا الانتقاد، إذ يرون أن الوعي الذاتي يظل ميزة حصرية للسلوك البشري، وليس مجرد نتيجة لعملية آلية تتحقق عند وجود خطة أو نمط

منتظم للاستجابة للبيئة، مثل الاستدلال، أو المحاولة، أو تنفيذ عمل معين، أو الامتناع عنه، علاوة على ذلك لا يمكن التأكيد بشكل قاطع أن الوعي الذاتي هو المعيار المناسب لإثبات الحق المعنوي في الشخصية القانونية.

ويمكن لنا وصف وعي الذكاء الاصطناعي بأنه وعي وظيفي أو تشغيلي، قائم على أتمتة العمليات الذهنية البشرية، وهذا الوعي الآلي لا يشمل الإدراك الحقيقي أو المشاعر أو القيم الأخلاقية، بل يهدف إلى تمكين الروبوتات من العمل بشكل مستقل والتفاعل مع البيئة، ومن هنا يظهر الفرق الجوهرى بين الوعي الإنساني الحقيقي والقدرات التشغيلية للذكاء الاصطناعي، وبذلك فإن منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي يهدف أساساً إلى حماية مصالح البشر الذين يعتمدون عليه، وليس للروبوت نفسه.

الاعتبار الثاني: الموت الطبيعي؛

استند الاتجاه المؤيد لمنح كيانات الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية إلى الجدل الفقهي حول الموت الطبيعي للإنسان كنهاية لشخصيته القانونية، فمن الثابت أن الوفاة تنهي حياة الإنسان ووجوده القانوني، مما يجعله غير قادر على اكتساب الحقوق أو تحمل الالتزامات، وعلى الرغم من تعدد المعايير التي تستخدم لتحديد الوفاة، مثل توقف حركة الدم، أو غياب الروح عن الجسد، أو توقف النشاطات الوظيفية وموت الدماغ، فإن هذه الظواهر تعد غير قابلة للعودة، ومع ذلك قانونياً، لا يعتد بإبتوقف القلب والرتين كعلامة قانونية للوفاة، ويبقى الإنسان ذا شخصية قانونية وصاحب حقوق والتزامات حتى وإن توقف نشاطه الدماغى، ما دام جسمه قادراً على التنفس، ومن خلال انتقاد هذا المعيار في تحديد نهاية الشخصية القانونية، يمكن التوصل إلى فكرة منح الشخصية القانونية لكيانات الذكاء الاصطناعي، بناء على قدرتها على التفاعل بشكل مستقل واتخاذ القرارات، وذلك على الرغم من طبيعتها التي تختلف عن الإنسان، وهذا الانتقاد يدعم فكرة إعادة النظر في معايير منح الشخصية القانونية بعيداً عن المفاهيم التقليدية للوعي والوجود البيولوجي، وبالرجوع إلى معيار الموت الدماغى يتبين إمكانية توسيع مدى الشخصية القانونية، فهذا المعيار يحدد مستوى القدرة العقلية المرتبطة بالشخصية القانونية، فإن الاعتراف بالشخصية القانونية لجسم بشرى يتنفس بدون أي نشاط دماغى، مع رفض الاعتراف بالشخصية القانونية لآلة تظهر سلوكاً ذكياً جداً سيكون بمثابة تمجيد للشكل البيولوجي على الإمكانية العقلية، وهذه النتيجة تخالف المنطق الذي يربط الحياة مع الإدراك، ويلاحظ على هذا الرأي تأكيده الجازم على أن

كيانات الذكاء الاصطناعي تمتلك وعياً ذاتياً، وهو أمر محل خلاف فلسفي.

إن منح الروبوتات الذكية المستقلة الشخصية القانونية يعني إتاحة الفرصة لعنصر فاعل في المجتمع، يتمثل في وجود كيان قانوني يتمتع بالحقوق، إلى جانب الشخصية الطبيعية التي تفيد جميع البشر نظراً لصفة الإنسان، فضلاً عن الشخصية الوظيفية للكيانات المعنوية التي يحدد القانون شروط اكتسابها، ويؤدي منح الشخصية القانونية لأنظمة الذكاء الاصطناعي بشكل عام، والروبوتات الذكية بشكل خاص، إلى تمكين الكيان الذكي من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

ومن هنا يتبين لنا أن منح الشخصية القانونية لكيانات الذكاء الاصطناعي يعتمد على اعتبارات معنوية عدة مهمة، إذ يركز على فكرة أن الوعي الذاتي والإرادة المستقلة اللتين تمثلان معايير رئيسية لاستحقاق الشخصية القانونية، وهي سمات بدأت تظهر في تطبيقات الذكاء الاصطناعي المتطورة، ويتداخل هذا الاعتبار مع الجدل الاجتماعي حول معايير الحياة والوعي، إذ يتم مقارنة الذكاء الاصطناعي بالكائنات البيولوجية من حيث السلوك والقدرة على التفاعل خاصة في ظل غياب الروح والعقل كعنصر يميز البشر.

الاعتبارات الاجتماعية:

يستند منح الشخصية القانونية لتطبيقات الذكاء الاصطناعي إلى اعتبارات اجتماعية تتعلق بدورها الفاعل في الحياة الاجتماعية وعليه سنتناول دراسة هذه الاعتبارات كالآتي:

الاعتبار الأول: الدور الاجتماعي:

يبرر جانب آخر من الفقه تأييد منح الشخصية القانونية لكيانات الذكاء الاصطناعي استناداً إلى فكرة الواقع الاجتماعي أو القدرة الاجتماعية، وبعبارة أخرى يعد منح الشخصية القانونية لهذه الكيانات مستنداً إلى دورها الفاعل في الحياة العملية وتأثيرها الاجتماعي، فإذا كانت هذه الكيانات تساهم في تحقيق أهداف اجتماعية معينة وتؤدي وظائف حيوية في المجتمع، فإن منحها الشخصية القانونية يعد خطوة ضرورية للاعتراف بدورها وتوفير الإطار القانوني لتنظيم تعاملاتها، حيث أن الشخصية القانونية تعد انعكاساً للواقع الاجتماعي، إذ أصبح القانون يمنح الشخصية القانونية لعدة كيانات معنوية، ولم يعد مفهوم الشخص في القانون يتطلب صفة الإنسانية، بل أصبح القانون يمنح الشخصية القانونية لمجموعات من الأشخاص أو الأموال أو حتى مجموعات من

الأشخاص والأموال معاً، طالما أن هذه الكيانات تحمل خصائص اجتماعية مشابهة للشخص الطبيعي، وبذلك تحصل على هوية خاصة وهدف معين تسعى لتحقيقه، وتعرف هذه الكيانات بالأشخاص المعنويين، ولها شخصية قانونية مستقلة عن الأشخاص الذين تتكون منهم أو الذين يمثلونها.

الاعتبار الثاني: الضرورات العملية:

يتمثل الهدف من الاعتراف بالشخصية القانونية لأنظمة الذكاء الاصطناعي ليس في منحها مجموعة من الحقوق فحسب، بل يشمل أيضاً حماية هذه الأنظمة من اعتداءات الغير، وفي الوقت نفسه يهدف إلى حماية الإنسان من خلال تمكين تلك الأنظمة من تحديد المسؤول (المنتج لها أو المشغل) عن الأضرار التي قد تسببها، وبذلك يمكن الرجوع إلى الشخص المسؤول للمطالبة بتعويض الضرور نتيجة أخطاء هذه الكيانات الذكية، مما يضمن تحقيق التوازن بين حماية الذكاء الاصطناعي وحماية الأفراد المتضررين من استخدامه.

الاعتبار الثالث: القدرة على التصرف استقلالاً:

يفترض هذا الاعتبار أن معيار منح الشخصية القانونية يرتبط بالقدرة على القيام بتصرفات قانونية بشكل مستقل، فالشخص القانوني هو الكيان الذي يمكنه إنتاج تصرفات قانونية، على سبيل المثال: الشخص الطبيعي قادر على القيام بأنواع عديدة من التصرفات التي تترتب عليها آثار قانونية، مثل إبرام العقود أو ارتكاب الأخطاء، وفي المقابل، لا تستطيع الحيوانات القيام بذلك، لذلك يعترف النظام القانوني بالأشخاص الطبيعيين ولا يعامل الحيوانات كأشخاص قانونية، وهذا يشبه إمكانية منح الشخصية القانونية لكيانات الذكاء الاصطناعي، طالما أن النظم القانونية تعترف بالفعل بمجموعة متنوعة من الأشخاص غير الطبيعيين كأشخاص قانونية.

الاعتبار الرابع: الغاية المشتركة لمنح الشخصية القانونية للأشخاص الاعتبارية:

تعد الاعتبارات الاجتماعية العامل الرئيسي في ظهور فكرة الشخص المعنوي والاعتراف بأي مجموعة من الأشخاص الطبيعيين، عندما تصل إلى مستوى معين من التنظيم، ككيان قانوني مستقل ووحدة اجتماعية، وعلى سبيل المثال، تتكون الشركة من مجموعة من الأفراد، مما جعل النظم القانونية مضطرة إلى إنشاء مفهوم قانوني جديد يتناسب مع هذا التكوين، فالنظام القانوني وجد أنه من المنطقي أن تنسب التصرفات

القانونية إلى الشركة نفسها بدلاً من الأشخاص الطبيعيين الذين يديرونها، ومن الناحية الاجتماعية تعد الشركة بالنسبة للأشخاص الخارجين عنها كياناً يتعاملون معه، كما أن لديها هوية ذاتية قوية بالنسبة لأعضائها لدرجة أن الشركة تعد كياناً مستقلاً في حد ذاته.

الاعتبار الخامس: حرية صنع القرار:

وفق هذا الاعتبار يمكن القول إن أساس الاعتراف بالشخصية القانونية لتطبيقات الذكاء الاصطناعي يكمن في درجة الاستقلالية التي تتمتع بها هذه الأنظمة وقدرتها على اتخاذ القرارات بحرية. وتبرر هذه الاستقلالية، التي تتمتع بها تطبيقات الذكاء الاصطناعي، إمكانية تطبيق قواعد قانونية مشابهة لتلك التي تخص البشر مع مراعاة المصدرية الأخلاقية والثقافية، ومن الجدير بالذكر أن قدرة هذه الأنظمة على الاستقلالية، وحرية اتخاذ القرارات، قد شهدت تطوراً ملحوظاً في السنوات الأخيرة، ويقصد بالاستقلالية وفقاً للقانون المدني الأوروبي: قدرة هذه الأنظمة (الروبوتات) على اتخاذ القرارات وتنفيذها بشكل مستقل دون أي تأثير خارجي أو تدخل من الإنسان.

المبحث الثالث

الاتجاهات المعارضة لمنح الذكاء الاصطناعي الشخصية القانونية

ذهب جانب من الفقه، وخصوصاً الفقه الفرنسي، إلى رفض فكرة الاعتراف للذكاء الاصطناعي القوي المستقل بالشخصية القانونية الرقمية، وذلك بسبب ما في هذا الاعتراف من تحديد لمفهوم الشخصية القانونية، إذ يعد هؤلاء أن منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي، وعلى رأسه الروبوت الذكي، قد يحمل خطراً أخلاقياً بالنسبة للمتعاملين معه، لأن هذه الكيانات، على الرغم من تشابهها مع الإنسان في بعض الصفات، تظل أدوات آلية، مشابهة للجماد غير العاقل، ومن ثم فإن تشبيهها بالإنسان في اكتساب الشخصية القانونية يعد أمراً غير ممكن، علاوة على ذلك، على الرغم من أن فكرة منح الشخصية القانونية للروبوت قد أثارت انتباه البرلمان الأوروبي، الذي طلب من المفوضية الأوروبية التفكير فيها كأحد الحلول القانونية الممكنة وتقييم عواقبها المحتملة، إلا أن البرلمان لم يصل إلى حد التوصية بتبني هذه الفكرة، في هذا السياق، يرى أنصار هذا التيار أن توصيات البرلمان الأوروبي قد تم تفسيرها بشكل خاطئ، مما يوحي برغبة البرلمان في منح الشخصية الرقمية للذكاء الاصطناعي المستقل بهدف حماية البشر من أضرار أنظمة وتقنيات الذكاء الاصطناعي، إلا أن الحقيقة تختلف عن ذلك، إذ يمكن الاستناد إلى العديد من الحجج التي تدعم موقف البرلمان الأوروبي في هذا الصدد.

الحجج المستندة على طبيعة الذكاء الاصطناعي

أثار موضوع منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي جدلاً واسعاً في الأوساط القانونية والفلسفية، إذ تتمحور العديد من الاعتراضات حول طبيعة الذكاء الاصطناعي ذاته، إذ يتميز هذا الكيان الاصطناعي بكونه مبرمجاً وخاضعاً لتوجيه الإنسان، مما يجعله يفتقر إلى مقومات جوهرية مثل الإدراك، الوعي، والاستقلالية، كما أن مفهوم الحقوق والالتزامات يرتبط بكيانات قادرة على التفكير وإصدار القرارات بشكل مستقل، وهو ما لا يتحقق في الذكاء الاصطناعي، بناء على ذلك، تطرح حجج عديدة تبرز محدودية الذكاء الاصطناعي كأداة غير مؤهلة للشخصية القانونية.

الحجة الأولى: ارتباط الشخصية القانونية بالإدراك والتمييز: يعتقد أنصار هذا الرأي، أنه لا يمكن منح الشخصية القانونية لكيان غير حي أو غير مدرك، مثل الذكاء الاصطناعي،

لأن المعيار الأساسي لمنح الشخصية القانونية هو القدرة على التمييز والإدراك، وليس مجرد الذكاء أو القدرة على التفكير، وبما أن تقنيات الذكاء الاصطناعي تفتقر إلى التمييز والإدراك، فإنه لا يمكن تحميلها المسؤولية عن الأخطاء التي قد تحدث، وفي الواقع يبقى الإنسان سواء كان مصمماً أو مبرمجاً أو مطوراً أو مستخدماً أو مالكاً، هو المصدر الحقيقي لأي خطأ يرتكب، حتى وإن كان ذلك بشكل غير مباشر، فالذكاء الاصطناعي يتخذ قراراته استناداً إلى الخوارزميات التي تم تزويده بها من قبل البشر، ومن ثم يتحمل هؤلاء البشر المسؤولية القانونية عن الأخطاء التي قد تنجم عن هذه الأنظمة.

الحجة الثانية: عدم توافر الإرادة والاستقلالية الكاملة للذكاء الاصطناعي: يمكن رؤية أن فكرة منح الشخصية القانونية المستقلة للذكاء الاصطناعي تنبع من تصور غير دقيق لقدرات الروبوتات الحالية، التي على الرغم من تعقيدها، لازالت تعتمد بشكل كبير على الخوارزميات التي يبرمجها ويغذيها بها البشر، ولذلك يظل الروبوت غير مسئول قانوناً عن تصرفاته، إذ تظل المسؤولية القانونية تقع على عاتق الإنسان، وعلى الرغم من وجود درجة من الاستقلالية في بعض الروبوتات، فإن جميع أفعاله تظل مرتبطة بإرادة خارجية، وهي إرادة البشر الذين صمموه أو قاموا بتوجيهه، وليست إرادة حرة تتيح له اتخاذ قرارات مستقلة، ومن ثم لا يمكن القول بوجود شخصية قانونية مستقلة للذكاء الاصطناعي في الوقت الراهن.

الحجة الثالثة: صعوبة تصور بعض الحقوق والالتزامات على الذكاء الاصطناعي: تثير مسألة منح الشخصية القانونية لأنظمة الذكاء الاصطناعي العديد من القضايا القانونية المعقدة، مثل: متى يجب منح الروبوتات الجنسية؟ وهل حصول (الروبوت صوفياً) على الجنسية يعني أنها أصبحت غير قابلة للتملك ولا تعد (شيئاً) في نظر القانون؟ وما تأثير منح الروبوت الجنسية على العملية الانتخابية الديمقراطية، مثل حساب الأصوات وتشكيل الأحزاب السياسية؟ فضلاً عن ذلك، هناك العديد من القضايا القانونية الأخرى المتعلقة بالملكية الفكرية، والمسؤولية القانونية، والضرائب، وسوق العمل.

الحجج المستندة لتأثير تطبيق الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي على النظام القانوني

إن منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي يثير مخاوف تتعلق بتأثيره المباشر على النظام القانوني واستقراره، إذ يعتقد المعارضون أن هذا الإجراء قد يؤدي إلى تعقيد الهيكل القانوني وإضعاف مفاهيم المسؤولية التقليدية، وإذ يخشى أن يؤدي الاعتراف

القانوني بالذكاء الاصطناعي إلى تهرب المستخدمين أو المصممين من المساءلة عن أفعالهم، فضلاً عن ذلك، فإن تطبيق هذا المفهوم قد يكون غير عملي أو غير مجد في ظل وجود آليات قانونية كافية لتنظيم الذكاء الاصطناعي، وبناء على ذلك تطرح هذه الحجج كأحد الأسس الراضية لإدخال الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي.

ومن المهم هنا أن نذكر موضوعاً يتعلق بمدى تحمل العامل أو الموظف للمسؤولية في حال استخدم أنظمة الذكاء الاصطناعي في عمله سواء كان عمله إنتاجياً في مصنع أو خديماً مثل المحاسبين، والمحامين، والمهندسين وغيرهم، وهنا الأمر لا يختلف عما ذكرناه في طيات هذا البحث فمسؤولية المستخدم لهذه الأنظمة يمكن تحديدها بسهولة إذا ما تم معرفة وظائف هذه الأنظمة وما تتطلبه من برمجة وتحديثات، وهذا قد لا يحتاج خبيراً تقنياً (وذلك لاتساع المعرفة التي ضيقت الحدود بين التخصصات المهنية حيث أصبح الكثير من المستخدمين يفهمون ولو بشكل مقبول أساسيات التقنية)، ويمكن أخذ هذه التفاصيل من أدلة استخدام هذه الأنظمة والتي غالباً ما تعطيها الشركات المنتجة لهذه الأنظمة أو الروبوتات للمشتريين (المستفيدين سواء كانوا أفراداً أم منشآت أو مصانع).

ومن طريف ما وجدناه خلال بحثنا عن مضامين الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي هو إمكانية وجود قاضٍ ذكي (روبوت قاضٍ أو نظام ذكاء اصطناعي قاضٍ) يحكم بين الناس بناء على التشريعات المختلفة المدخلة في وحدة التخزين الخاصة به (الهارد) مع السوابق القضائية، ويرى مناصرو هذا الرأي أن هذا سيحقق عدالة أكبر وضماناً لعدم وجود انحياز من القاضي لأحد الأطراف، وكذلك صرامة تطبيق القوانين، وكذلك الأمر بالنسبة للمحامين الذكيين (أنظمة) وفي رأينا أن هذا مبالغ فيه جداً فالقاضي البشري يبحث في ظروف القضية ومصالح الأفراد وتغيرات الأحوال في البلاد، وهذا ما لا يمكن توقعه من آلة مبرمجة مسبقاً على قواعد قانونية جامدة وثابتة (ميتة).

من العرض السابق نجد أن الذكاء الاصطناعي أحد أهم تطبيقات الاقتصاد الصناعي في العصر الحديث، والذي تم اعتباره من قبل مؤيدي ومنتجي ومصممي أدوات والآلات الذكاء الاصطناعي مؤشراً قوياً وفاعلاً لقوة الاقتصاد وتقدمه ليس فقط في القطاع الصناعي وإنما في قطاع الخدمات أيضاً، ومن أبرز تطبيقاته المنتشرة حول العالم الخدمات المالية الإلكترونية وأسواق المضاربة في الأسواق المالية لمختلف السلع، بل وحتى مضاربات العملات... إلخ، لكن لا ننسى مخاطر الاعتماد على أنظمة الذكاء الاصطناعي بشكل كلي، ومن أهم هذه المخاطر التي تعد كارثة بالنسبة للقطاع الصناعي

هي عزوف الشركات المصنعة للآلات المشغلة بأنظمة الذكاء الاصطناعي عن تحديث برامج التشغيل لهذه الآلات، سواء أكانت الآت صناعية أو حتى معدات مساندة كأنظمة الطاقة الشمسية الذكية، بالإضافة إلى صعوبة الصيانة الدورية للآلات الذكية وذلك لاحتياجها لكوادر هندسية وتقنية متخصصة بتأهيل عال جداً قد لا تتوفر في بعض البلدان المستوردة لهذه الآلات.

ومن ناحية أخرى فإنه من الخطأ الجسيم اعتبار البلدان التي لا تستخدم تطبيقات الذكاء الاصطناعي بلداناً متخلفة وغير حضارية، بل قد يبالغ البعض في تسميتها بلدان بدائية^(١)، وهنا نقول إن كل بلد له أيديولوجيته الاقتصادية فيما يتعلق بطرائق الإنتاج وأساليب تقديم الخدمات للمواطنين، ووجود صناعات حرفية ومصانع تعمل بالآلات الميكانيكية ذات الاحتراق الداخلي (التي تستخدم الوقود لتشغيلها) على سبيل المثال، لا ينقص من حضارية وتقدم الدولة، حتى وإن كانت هناك تبادلات تجارية مع دول أخرى متقدمة يشغل الذكاء الاصطناعي حيزاً كبيراً في صناعاتها، فالتقنية أسلوب إنتاجي مثله مثل باقي الأساليب الإنتاجية سواء بالنسبة للسلع أو الخدمات، حيث يكون الأسلوب الإنتاجي دوماً خاضعاً لمعايير التكلفة والعائد وتحليلات احتمالية المخاطر والتوقف والتعطل الإنتاجي خاصة عند حدوث أي خلل ولو بسيط في الأنظمة المشغلة للذكاء الاصطناعي والذي قد يتسبب - خلافاً للتعطل - في نتائج كارثية سواء للمنتجين (خسائر) أو لجمهور المستهلكين (خسائر، تلوث بيئية، ضعف الجودة)، وهنا بالطبع لن يحصلوا على تعويضات من الشركة المنتجة لهذه الأنظمة أو حتى من الشركات المشغلة لها، حيث دائماً ما يلاحظ في اتفاقيات توريد هذه الأنظمة وجود بنود تخلي مسؤولية هذه الشركات عند حدوث أي خلل حتى وإن كانوا سبباً فيه.

ومن جانب آخر فإننا نرى أن استخدام تطبيقات الذكاء الاصطناعي تمس سيادة الدولة بشكل مباشر، لذلك ننصح بتطويع تشريعاتنا الوطنية لاستيعابها بما يضمن الحصول على أقصى منفعة مرجوة منها مع تجنب مخاطرها والخسائر التي قد تنجم عن سوء استخدامها، بحيث تكون تشريعاتنا الوطنية فقط هي المطبقة في حال حدوث أي مشكلة أو نزاع بشأنها اتباعاً لمبدأ سيادة النظام العام على جميع التعاملات داخل الدولة أو التي يكون أحد الأشخاص المنتمين للدولة طرفاً فيها، وهنا ننصح أيضاً بنظر القضايا المتعلقة بالذكاء الاصطناعي لدى المحكمة الاقتصادية مع مراعاة حدود الاختصاص

(١) الثورة الصناعية مرت بأربع مراحل، الأولى: بدأت بصناعة الآلات البخارية، والثانية: تمثلت في الات الاحتراق الداخلي بالوقود، والثالثة: استخدمت الات بأنظمة إلكترونية لكنها تحتاج إلى إشراف مباشر من العمال، والرابعة: اعتمدت الآلات ذاتية التشغيل باستخدام الذكاء الاصطناعي منذ بداية القرن الحالي.

للمحاكم الأخرى بحسب طبيعة القضية وكواليس منازعاتها.

وأخيراً وفي ظل الظروف الراهنة أصبح لزاماً تفعيل استراتيجيات توطين شركات تقنية المعلومات والأنظمة البرمجية لكي تواكب احتياجات السوق الإنتاجي والاستهلاكي النهائي؛ وذلك لضمان استمرار تقديم الخدمة وتحديث الأنظمة بما يتناسب مع طبيعة الآلات والمعدات المستخدمة في الاقتصاد المحلي، وهذا ما أكد عليه قانون الاستثمار اليمني رقم ٣ لسنة ٢٠٢٥م^(١) من وجود إعفاءات وحوافز للشركات التقنية والداعمة والمساندة للقطاعات الإنتاجية الأخرى، خاصة مع توفر معدن السيلكون في بلادنا (المستخرج من أحجار الكوارتز) والذي يعد العنصر الأساسي في صناعة الرقائق الإلكترونية والصناعات الرقمية والتقنية فالإقتصاد القوي ليس فقط الذي يعتمد على الآلات والتقنيات، بل الإقتصاد القوي هو الإقتصاد المتنوع الذي يدعم الصناعات الحرفية والتي تعتبر نواة الصناعة والابتكارات ومحلاً لتجارب صناعية واعدة، بالإضافة إلى الاهتمام بالجانب الإبداعي والابتكاري لأساليب الإنتاج فالعبرة ليست بالتقنية فقط وإنما العبرة بالاستخدام الواعي لها.

(١) لمزيد من التفاصيل يرجى مراجعة بحث للباحثة بعنوان: (التنمية الشاملة في قانون الاستثمار رقم ٣ لسنة ٢٠٢٥م) منشور في مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية، العدد (١٥).

الخاتمة

إن العقل البشري لا يمكن بأي حال من الأحوال مضاهاته بنظام مهما كان ذكياً، فالإنسان منذ القدم ابتكر العديد من أشكال الآلات لتساعده في تسريع عمليات حصوله على احتياجاته من السلع والخدمات وتواصله مع الأطراف الآخرين وتبادل المنتجات والخبرات... الخ، وهنا نذكر أن الاستخدام الواعي لها يجنبنا الكثير من المخاطر التي قد ترقى إلى درجة الحروب والأزمات في شتى المجالات، وذلك لاستخدام أدوات الذكاء الاصطناعي في جمع البيانات والاتجاهات الفكرية والآراء السياسية من قبل أجهزة استخبارات عالمية مثل ما صرحت به شركة (Open AI) والمشغلة لبرنامج (Chat GPT) أنها تجمع البيانات من المستخدمين لأغراض استخباراتية.

وفي الأخير لا يتصور أن يتحكم روبوت أو نظام ذكي بالعالم أو حتى بمدينة واحدة؛ لأن هناك كواليس خفية (أشخاص طبيعية) تتحكم به وتوجه تصرفاته، ولا يمكن إلا أن تكون فكرة وموضوعاً شيقاً للدراما التلفزيونية أو الإذاعية أو سيناريو مثيراً لأفلام الخيال العلمي.

ومما سبق نخلص إلى عدد من النتائج والتوصيات كما يلي:

النتائج:

- ١- الذكاء الاصطناعي ليس كياناً مستقلاً بذاته مهما بلغ تطوره، وإنما هو نتاج لعلميات تصنيعية وبرمجية قام بها الإنسان.
- ٢- لا يتمتع الذكاء الاصطناعي بالأهلية القانونية لمنحه الشخصية القانونية، فهو لا يمتلك مصلحة مستقلة أو هدفاً جماعياً - كمنشأة - يستحق الاعتراف القانوني به.
- ٣- إن منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي تعني أنه بإمكانه البيع والشراء والتملك ملكية مستقلة وهذا منافٍ للعقل والمنطق وكواليس إنتاجه.
- ٤- إن أكثر مؤيدي منح الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي هم منتجوه والذين من مصلحتهم تحميله مسؤولية أعمالهم التي قد تكون غير مشروعة كالتهرب الضريبي وغسيل الأموال مثلاً على اعتبار أنها ملك للذكاء الاصطناعي وليست ملكاً لهم.

- ٥- لا يمكن بأي حال من الأحوال إقصاء دور العقل البشري حتى في إنتاج الذكاء الاصطناعي نفسه.
- ٦- لا يمكن من الناحية العملية وجود أهلية قانونية للذكاء الاصطناعي تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.
- ٧- المركز القانوني للذكاء الاصطناعي لا يمكن أن يكون مستقلاً عن المراكز القانونية للشركات المنتجة له وكذلك مشغله ومطوره، وكذلك مستخدموه وجمهور المستفيدين من تطبيقاته.
- ٨- هناك العديد من الإشكالات القانونية التي تثور حول استخدام الذكاء الاصطناعي فيما يتعلق بالتحديد الدقيق للمراكز القانونية للأطراف العاملة فيه.
- ٩- هناك طلب عالمي كبير على أنظمة الذكاء الاصطناعي في كافة المجالات، وتوجد فرص استثمارية واعدة في هذا المجال.
- ١٠- تتسم أغلب الأنشطة التطبيقية للذكاء الاصطناعي بخصائص اقتصادية، سواء بالنسبة للإنتاج أو التبادلات المختلفة أو الاستهلاك.

التوصيات:

- ١- بما أن أغلب أنشطة الذكاء الاصطناعي ذات طابع اقتصادي، فستكون منازعاتها القضائية اقتصادية أو تجارية، لذلك نوصي بتفعيل دور المحكمة الاقتصادية- عند إنشائها- وتزويدها بأدوات تقنية حديثة تلائم ضرورات النظر والبت في مثل هذا النوع من القضايا.
- ٢- من المفيد تنويع الاقتصاد من الحرف إلى المصانع إلى شركات الخدمات المساندة واللوجستية واستخدام التقنيات والأنظمة البرمجية المستدامة لضمان عدم التعرض لمخاطر التوقف أو التعطل التقني وتجنباً للخسائر.
- ٣- هناك فرصة مواتية جداً لعمل شركات تقنية محلية وتوطين صناعة الذكاء الاصطناعي بدءاً بإنتاج الشرائح الإلكترونية إلى تصميم أنظمة التشغيل الذكية للمصانع والمنشآت الخدمية الأخرى، وذلك بالاستفادة من حوافز وتسهيلات قانون الاستثمار.

٤- من المهم تنظيم عمل التجارة الإلكترونية وخاصة التي تستخدم الذكاء الاصطناعي بقانون خاص يسمى قانون التعاملات الإلكترونية والذكية، بحيث يتضمن جميع التعاملات الإلكترونية المالية وغير المالية، مع تحديد المسؤوليات والالتزامات لأطراف هذه العمليات خاصة منتجي ومشغلي أنظمة الذكاء الاصطناعي.

٥- من الضروري عند إبرام العقود الخاصة بتطبيقات الذكاء الاصطناعي التحديد الدقيق لمسؤوليات الأطراف سواء كان المستفيد أو مشغل النظام أو مصممه أو الشركة الأم المنتجة له.

٦- من المفيد تسجيل الآلات العاملة بالذكاء الاصطناعي لدى الهيئة العامة للاستثمار بالتنسيق مع وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات، فيما يتعلق بأمان البيانات الإنتاجية، مما يضمن حماية الأسرار الإنتاجية (من تصاميم ورسومات وفن إنتاجي) من التقليد من قبل المخترقين للأنظمة المشغلة بالذكاء الاصطناعي.

٧- السعي إلى التوعية باستخدامات الذكاء الاصطناعي، واختلاف المراكز القانونية الناتجة عن هذه الاستخدامات.

٨- من المهم أن يتم التنسيق والترخيص للمصانع والمنشآت العاملة بأنظمة الذكاء الاصطناعي لدى وزارة الاتصالات اليمنية (مركز أمن المعلومات عند إنشائه) لضمان استخدامها في الأغراض المحددة لها وعدم تعدي ذلك إلى أنشطة غير مشروعة، سواء في الوقت الحالي أو في الأجل الطويل.

المراجع

- ١- قانون الاستثمار اليمني رقم ٣ لسنة ٢٠٢٥م.
- ٢- حسن، خلود طعمة، الشخصية القانونية للذكاء الاصطناعي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة البصرة، العراق، ٢٠٢٥م.
- ٣- طامش، ندى عبدالله، الطبيعة القانونية للجريمة الإلكترونية، مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية، وزارة العدل وحقوق الإنسان، العدد (١٦) ربيع الآخر- جمادى الآخرة (١٤٤٧هـ).
- ٤- مصطفى، زيزي مصطفى أحمد، الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية في ظل تقنية الذكاء الاصطناعي (دراسة فقهية)، مجلة الزهراء، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالقاهرة، جامعة الأزهر، ٢٠٢٤م.
- ٥- حلال، دونا، الذكاء الاصطناعي، رسالة ماجستير، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، ٢٠٢١م.
- ٦- فريدة، بن عثمان، الذكاء الاصطناعي (مقاربة قانونية)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد ١٢ / العدد ٢ لسنة ٢٠٢٠م.
- ٧- حاتم، دعاء جليل وآخرون، الذكاء الاصطناعي والمسؤولية الجنائية الدولية، مجلة المفكر، العدد الثامن عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العراق، ٢٠١٩م.
- ٨- مقالة علمية للباحثة بعنوان: المسؤولية القانونية لأطراف العمليات الإلكترونية، منشورة في الصحيفة القضائية، وزارة العدل وحقوق الإنسان، العدد (٢٤٢)، ٢٠٢٥م.

Contents

Editorial of the issue	6
Editor	
The complaint as a prerequisite for initiating a criminal case in Yemeni law	9
Dr. Tahani Ali Yahya Zeyad	
Rules of Insolvency in Criminal Cases in Islamic Jurisprudence and Yemeni Law	79
Judge/ Hafez Mohammed Al-Farah	
Arguing the Lack of Procedural Action in the Yemeni Code of Civil Procedure (A Comparative Study)	107
Dr. Akram Yahya Ahsan Abdullah	
Recanting Testimony and Its Effect on Hudud Crimes between Islamic Jurisprudence and Yemeni Law	151
Judge/ Ahmed Abdullah Ali Al-Mahdi	
The legal framework for protecting children in the digital environment	207
Researcher/ Muhammad Ali Hotrom	
Procedural Deadlines Between Traditional Classification and Functional Perspective (Analytical Study)	243
Researcher/ Wadha Ahmed Hassan Al-Marrani	
The legal personality of artificial intelligence And knowing the implications of that campaign	261
Researcher/ Nada Abdullah Abdullah Tamesh	

Editorial Board

Editor - Head of technical office

Judge/ Khaled Abdulaziz Al-Baghdadi

Deputy Chief Editor

Dr. Ebrahim Mohammed Ahmed Zayed

Editorial Secretary

Mutasim Sharaf Abdul Rahman Sharaf Al-Deen

Artistic Director (Director)

Abed Abdullah Salem Azzan

Advisory body

The professor. Dr. Abdul-Momen Shuja Al-Deen

The judge. Dr. Essam Abdel Wahab Al-Samawi

Judge/ Saad Ahmed Hadi

Judge/ Abdulaziz Dia Al-Deen Al-Baghdadi

The professor. Dr. Muhammad Hussain Al-Shami

Mr. Abdullah Mohammed Rajeh

The professor. Dr. Mohammed Saad Nejad

Dr. Mohammed Abdul-Malik Al-Mahbashi

الجمهورية اليمنية - صنعاء



jjlrs@moj.gov.ye



<https://www.facebook.com/almjalh.alqadaeh>



<https://twitter.com/almjalhalqadaeh>



t.me/almjalhalqadaeh



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 (18) 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

- The complaint as a prerequisite for initiating a criminal case in Yemeni law

Dr. Tahani Ali Yahya Zeyad

- Rules of Insolvency in Criminal Cases in Islamic Jurisprudence and Yemeni Law

Judge/ Hafez Mohammed Al-Farah

- Arguing the Lack of Procedural Action in the Yemeni Code of Civil Procedure (A Comparative Study)

Dr. Akram Yahya Ahsan Abdullah

- Recanting Testimony and Its Effect on Hudud Crimes between Islamic Jurisprudence and Yemeni Law

Judge/ Ahmed Abdullah Ali Al-Mahdi

- The legal framework for protecting children in the digital environment

Researcher/ Muhammad Ali Hotrom

- Procedural Deadlines Between Traditional Classification and Functional Perspective (Analytical Study)

Researcher/ Wadha Ahmed Hassan Al-Marrani

- The legal personality of artificial intelligence And knowing the implications of that campaign

Researcher/ Nada Abdullah Abdullah Tamesh