

المجلة القضائية

العدالة الجنائية

الدكتور علي حسن الشرفي

كيف تكون قاضياً كفوياً

القاضي عبد الملك الجنداري

أحكام الغصب

الدكتور اسماعيل الجاقري

معوقات تنفيذ الأحكام والحلول المقترحة لها

القاضي عبد القوي الخرساني

عقد التأمين

هاني البوعاني

القواعد الفقهية لرجال القضاء

القاضي عبد الله الخزان

تاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاکمات الدولية

أ.د / محمود شريف بسيوني

المجلة القضائية

المشرف العام
الدكتور / عدنان عمر الجفري

وزير العدل

رئيس التحرير
القاضي / عبد الملك الجنداري
رئيس المكتب الفني

نائب رئيس التحرير للشؤون القضائية
القاضي / رشيد عبد الوارث المنيفي
مدير عام مكتب الوزير

نائب رئيس التحرير للشؤون القانونية
الدكتور / يحيى أحمد الخزان
أستاذ الفقه المقارن بجامعة صنعاء

مدير التحرير
عمود أحمد منني
مدير عام العلاقات العامة

سكرتير التحرير
عدنان سالم الصالحي
مدير العلاقات الخارجية



الهيئة الاستشارية
القاضي / يحيى محمد مالك
وكيل الوزارة للشؤون المالية والإدارية

الدكتور / عبد الله أحمد نروان
رئيس هيئة التفتيش القضائي

القاضي / عبد المجيد عبد القادر
الوكيل المساعد لشؤون التوثيق والتسجيل

القاضي / يحيى الإرياني
نائب رئيس هيئة التفتيش القضائي

القاضي / جعفر باهيصي
مساعد رئيس هيئة التفتيش لشؤون القضاة

الدكتور / عبد الله البريهي
مساعد رئيس هيئة التفتيش لشؤون التفتيش القضائي

القاضي / هيكل عثمان
عضو هيئة التفتيش القضائي

الإخراج الفني

إبراهيم محمد هادي سعدان

المراجعة والتصحيح اللغوي
إبراهيم محمد أحمد زايد

الصف الالكتروني
أحمد هزاع سعيد العديني

مجلة فصلية تصدر عن وزارة العدل تعنى بالشؤون القانونية والقضائية

الاشتراكات السنوية للأفراد: ٢٠٠٠ ريال
للمؤسسات والدوائر الحكومية: ٥٠٠٠ ريال

سعر العدد: (١٠٠) ريال

العنوان: الجمهورية اليمنية - صنعاء
شارع العدل - وزارة العدل - العلاقات العامة
ص.ب: (٣٨٧٨) - تليفاكس: ١٢٥٥٢٢٧



قواعد النشر في المجلة

ترحب المجلة القضائية بإسهامات الكتاب والباحثين القانونيين والقضائيين التي من شأنها إثراء العمل العدلي في بلادنا.

مع مراعاة الشروط التالية:

- ❖ الالتزام بقواعد البحث العلمي بتوثيق المصادر والمراجع.
- ❖ مع الالتزام بالموضوعية والمنهجية.
- ❖ ألا تكون المادة المرسلة قد نشرت أو أرسلت للنشر في مجلات أخرى.
- ❖ تخضع المادة المرسلة للنشر لمراجعة هيئة التحرير.
- ❖ لا تعاد المواد التي ترسل إلى المجلة نشرت أم لم تنشر.
- ❖ يحق للمجلة نشر المواد التي تصل إليها منفصلة أو ضمن كتاب، دون استئذان صاحبها.
- ❖ ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي صاحبه ولا يعبر بالضرورة عن رأي المجلة.
- ❖ تستقبل المجلة أي ردود أو توضيحات على أن تلتزم الموضوعية في ذلك.
- ❖ يرفق صاحب المادة ملخصاً لموضوعه يبين أهم ما تضمنه، مع تعريف موجز به، واختصاصه، ومجال عمله.
- ❖ يفضل أن تكون المواد المرسلة إلى المجلة مطبوعة على ورق بواسطة جهاز الكمبيوتر على برنامج (الورد) Microsoftword ويرفق بها القرص المرن، ويتم إيصاله إلى العلاقات العامة بوزارة العدل أو إرساله عبر صندوق البريد.
- ❖ في حالة استخدام شبكة الانترنت يتم إرسال المادة إلى البريد الإلكتروني:

es2003es@yahoo.com أو info@alqadayia.net

المحتويات

| | |
|---------------------------|---|
| ٣ | الافتتاحية بقلم معالي وزير العدل الدكتور عدنان عمر الجفري |
| المرافعات القضائية | |
| ٩ | النظام القانوني للانعدام في قانون المرافعات اليمني د . عبد الله سعيد الذبحاني |
| ١٥ | نظام الحبس في قانون التنفيذ اليمني الجديد أ/د . نجيب أحمد عبد الله الجبلي |
| ١٩ | حبس المدين المماطل في قانون المرافعات القاضي/ فهيم عبد الله محسن |
| الإدارة والقضاء | |
| ٢٥ | كيف تكون قاضياً كفوياً القاضي/ عبد الملك الجنداري |
| ٥١ | القواعد الفقهية لرجال القضاء القاضي/ عبد الله الخزان |
| ٧١ | القضاء الإداري وجه من أوجه الإصلاح القضائي في ظل التكامل الديموقراطي أ/د . مطهر العزي |
| ٧٩ | إشكاليات الطعن بإلغاء القرار الإداري د . أحمد عبد الرحمن شرف الدين |
| المعاملات التجارية | |
| ٨٧ | حماية الاستثمارات الأجنبية من الإجراءات الماسة بالملكية د . عبد العزيز سعد النعماني |
| ٩٥ | الجرائم التي تقع على العلامة التجارية في القانون اليمني د . عبد المؤمن شجاع الدين |
| ٩٩ | التنظيم القانوني لعقود التجارة الدولية د . طارق عبد الله المجاهد |
| ١٠٥ | عقد التأمين هاني محمد البوعاني |

جنائيات

- ١١٩ **العدالة الجنائية**
د . علي حسن الشرفي
- ١٤١ **أحكام الغصب**
د . اسماعيل محمد المحاقري
- ١٤٩ **التحقيق في جرائم الإرهاب والتخريب**
القاضي / اسحاق محمد صلاح
- ١٥٧ **الحكمة الجنائية الدولية التكامل ومدى حجية أحكام القضاء الوطني**
القاضي / عيديرس محسن عطروش
- ١٦٧ **تاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاکمات الدولية**
أ/د . محمود شريف بسيوني

استقلال وعوائق

- ١٩٧ **القاضي واستقلال القضاء ووسائل حمايته**
العلامة / عمر بن محمد بن حفيظ
- ٢٠١ **الحصانة ضد المسؤولية التأديبية « المحاسبة »**
د . يحيى أحمد الخزان
- ٢١١ **معوقات تنفيذ الأحكام والحلول المقترحة لها**
القاضي / عبد القوي الخرساني

الافتتاحية

بقلم:

معالي وزير العدل

الدكتور/ عدنان عمر الجفري

القضاء العادل ملاذ الخائفين وراذع المعتدين وباعث السكينة في قلوب المواطنين به تحفظ الحقوق وتصان الكرامة ويسود الأمن والاستقرار ومن بريق عدله ينبج فجر التطور في كل المجالات وكافة الأصعدة فهو أساس الأمن والتنمية والاستثمار، وتركيز الجهود من أجل تطويره وتحديثه ضرورة ملحة تفرضها التطورات العالمية المتسارعة في كافة المجالات.

لقد شهد العالم تغيرات متسارعة في شتى المجالات السياسية والاجتماعية والاقتصادية والعلمية والثقافية خاصة بعد ظهور ثورة المعلومات التي تعتبر بحق ثورة لا تقل أهمية عن الثورة الصناعية ومع نشوء ما يسمى بالعولمة ينبغي علينا أن نسارع الخطى في سبيل التطور والتقدم للذين لا يتحققان إلا في ظل العدالة واحترام حقوق الإنسان.

ومواكبة لتلك التطورات وبهدف تقريب العدالة للمواطنين وتسهيل إجراءات التقاضي سعت الوزارة خلال الفترة الماضية إلى تطوير وتحديث القضاء وإصلاح جوانب القصور فعمد المؤتمر القضائي الأول برعاية فخامة الأخ الرئيس علي عبد الله صالح رئيس الجمهورية رئيس مجلس القضاء الأعلى وشاركت فيه كافة أطراف العدالة وتم من خلاله تشخيص الواقع القضائي تشخيصاً واقعياً معتمداً على الدراسة الشاملة والمتأنية المتسمة بالوضوح الكامل والشفافية المتناهية ونتج عنه مشروع استراتيجية تطوير وتحديث القضاء التي سيتم مناقشتها في لقاء تشاوري يضم كافة أطراف العدالة تمهيداً لعرضه على مجلس القضاء الأعلى.

ولن يكون لهذا المشروع الفاعلية الدائمة والتحديث المستمر إلا بتغذيته بالدراسات الحديثة والجادة والأبحاث العلمية الدقيقة.. وهذا ما تسعى المجلة القضائية إلى تحقيقه فهي تهدف إلى رفد السلطة القضائية بالمعلومات القضائية الجديدة ومناقشة القضايا المعاصرة التي تسهم بشكل بارز في تطوير القضاء وتحديثه ومعالجة جوانب القصور والضعف التي قد تعترض طريقه وإيجاد الأراضية الفكرية والقانونية لتطوير الجانب التشريعي والقانوني حسب متغيرات العصر وحركة التطورات العالمية من خلال نشر الدراسات الجادة والأبحاث العلمية الدقيقة للقضاة وأعضاء النيابة العامة وإشراك كافة أطراف العدالة في عملية التلاقح الفكري والمعلوماتي وتبادل الخبرات القضائية والقانونية والعمل على تعزيز مبدأ استقلالية القضاء وكفاءته ونزاهته وتأكيد حصانته وعدم التدخل في شؤونه.

إن اهتمامنا بالجانب الثقافي والتوعية القضائية ينطلق من اعتقادنا أن الثقافة هي التنمية ذاتها وليست بعداً من أبعادها، كما أن عملية البناء الثقافي لا تقتصر على المناهج الدراسية وبرامج التدريب والتأهيل فحسب وإنما يجب أن تتعداها إلى إصدار النشرات والمجلات والاستخدام الواسع لوسائل الإعلام حتى تتناغم أنشطة السلطة القضائية مع إيقاعات العصر ومجريات التطور والنمو.

المعرفان والقضائية



النظام القانوني للانعدام في قانون المرافعات اليمني

دكتور / عبدالله سعيد الذبحاني

مقدمة:

١- الوجود والانعدام من حقائق الحياة وجدلياتها. وهما من موضوعات العلوم الإنسانية ومنها علم القانون، ولذلك فإن نظرية الانعدام من النظريات العامة السائدة في القانون بشقيه العام والخاص، الموضوعي والإجرائي. وفي نطاق موضوع المقال فإن هذه الحقيقة أصبحت أمراً مسلماً به في علم المرافعات، ومن المبادئ القضائية المستقرة والمعمول بها رغم الافتقار لنصوص تشريعية منظمة لها في قوانين بعض الدول.

٢- ويصدر القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م فإن الانعدام أصبح موضوعاً للتنظيم التشريعي وفقاً للتوصيفات الحديثة للجزاءات في القانون الإجرائي المتمثل بقانون المرافعات. فهو جزء لمخالفة العمل القانوني الإجرائي مقتضيات واشتراطات متطلبية منه أو مكونة

له. وبذلك يكون القانون اليمني قد أخذ بالتقسيم والتوصيف الحديث: الانعدام، والبطلان بضآته بدلاً من الأخذ بنظرية البطلان المتدرج والمتنوع المأخوذ به في القرار بقانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م.

٣- وإذا كان من شأن عنوان المقال أن يتطلب إعطاء (صورة كاملة) عن الموقف والوضع التشريعي والفقه والقضائي لموضوع الانعدام، فإن صعوبات عدة تعترض تحقيق هذا الهدف: فالفقه القانوني الإجرائي اليمني في طوره الأولي حيث يضع بذور تكوّنه في الكتب الدراسية الجامعية - أهمها مؤلف الدكتور سعيد الشرعبي: (الموجز في أصول قانون القضاء المدني، ٢٠٠٣م)، والقضاء اليمني يستقر إلى منهجية محددة وواضحة في أعماله وتوجهاته ومصطلحاته بحيث تسمح باستخلاص مبادئه، بل أن مجهودات علمية

الحيوية الاجتماعية، ١٩٢٥م - غير مترجم -
كتعبير عن القسم الثاني لأنواع المؤسسات،
ولذلك فإن البعض يترجمه بـ (المؤسسات
القانونية) مقابل ترجمة البعض الآخر
بـ (النظم القانونية).

الانعدام: يستعمل الفقه الغربي لفظ
(عدم الوجود) المكون من كلمة الوجود
(Existance) + البادئة In التي تعكس
المعنى (Inexistance) كتعبير عن مدلول
(الانعدام). أما الفقه العربي فيستعمل
(الانعدام) كلفظ مستقل يعني مدلوله
القانوني (عدم الوجود). وتحدد طبيعته
القانونية بأنه (وصف) أو (تكييف) يلحق
العمل القانوني/ القضائي الإجرائي.. ويرجع
هذا الاختلاف إلى ترجمة اللفظ الأجنبي
(Qualification) وقد عرف القانون اليميني
(الانعدام) في المادة (٥٥) بأنه (وصف قانوني
يلحق العمل القضائي ويجعله مجرداً من
جميع آثاره الشرعية أو القانونية).

ثانياً

نظرية الانعدام؛

أساس النظرية: تقوم النظرية على فكرة
أن العمل القانوني كي يتصف بالصحة أو
البطلان يجب أن يوجد، فإذا لم يوجد فإنه لا
يمكن أن نطلق أحد هذين التكييفين عليه.
والعمل القانوني في هذا مثل الكائن الحي:
فالشخص الطبيعي لا يمكن أن يوصف
بالصحة أو المرض إلا إذا كان حياً، وبغير وجود
الحياة [يكون] من غير المعقول أن يقال أنه
صحيح أو مريض^(١). وبتعبير آخر فإن (الفرق
بين العمل الباطل والعمل المنعدم كالفرق بين
من يفقد شعوره بالإغماء وبين من يفقد
شعوره بالموت. فالغمى عليه كالميت من حيث
فقد الشعور إلا أن الاثنين مختلفان)^(٢).
فالوجود مفترض ضروري لتكفيص الصحة

فنية ممكنة لم تظهر عن المحكمة العليا رغم
وجود مكتب فني خاص بها، وكوادر قضائية
معينة عاملة فيه. فضلاً عن غياب أي معهد أو
مركز علمي قانوني متخصص في الجمهورية،
وغياب الندوات أو المجالات القانونية
المتخصصة... الخ.

٤- ومع ذلك فإن مثل هذه الصعوبات لا
تعفينا (جميعاً) - لأهمية القصى للموضوع
- من تناوله ولو بالحد الأدنى اللازم لطرحه
على بساط المقاربة العلمية: فعدم وجود
نصوص تشريعية لتنظيمه لم يمنع القضاء
من إعماله في أحكامه، (وصدور تشريع متعلق
به لا يقلل من أهمية دراسته، فهذه الدراسات
تقدم التاصيل العلمي للحلول التشريعية ومن
ثم فإنها تفيد في تفهم هذه الحلول والسيطرة
عليها والتعرف على ثغراتها بما يتيح البحث
عن كيفية ملاقاتها، وهو ما ينعكس أثره في
النهاية إيجاباً على حسن وانتظام
تطبيقها)^(٣).

٥- ولذلك يكون من الطبيعي - في نطاق
الموضوع وصعوباته - أن لا تقدم دراسة تحليلية
تفصيلية بقدر ما يقدم عرضاً للأسس العامة
للنظام القانوني للانعدام.

أولاً

في المصطلح؛

النظام القانوني: يقصد به مجموعة من
القواعد القانونية التي تتناول مسألة قانونية
معينة: سواء كان مصدرها النص التشريعي، أو
المبادئ العامة القانونية والقضائية، أو الحلول
العلمية والفنية للفقه القانوني الإجرائي. وهو
ترجمة للمصطلح الفرنسي Institutions
Juridiques الذي يعبر عن مصطلح Insti-
tuition-regle المؤسسة- القاعدة الذي
استعمله العميد الفرنسي موريس هوريو في
مؤلفه (نظرية المؤسسة والتأسيس: دراسة في

ثالثاً

معارضة فكرة أو نظرية الانعدام

رفض بعض الفقه نظرية الانعدام أو أنكر فائدتها العلمية أو الفنية. ويعتبر الفقيهان د. عبدالرزاق السنهوري (في نطاق القانون الموضوعي المدني) و د. فتحي والي (في نطاق القضاء المدني = القانون الإجرائي/ المرافعات) أهم من يمثل هذا الاتجاه.

- فزي مؤلفه (مصادر الحق في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الثاني، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، ٥٣-١٩٥٤م) تناول الدكتور عبدالرزاق السنهوري موضوعي الانعدام والبطلان في الفقه القانوني الغربي والإسلامي مع المقارنة بينهما. وانتهى إلى النعي على التفرقة بين الانعدام والبطلان والأخذ بفكرة الانعدام. ورأى في تأصيله للموضوعين أن الجزء الإجرائي يكفي فيه الأخذ بنظرية البطلان والاستغناء عن فكرة الانعدام.

وبالرجوع إلى تأصيله للبطلان فإنه توصل إلى أنه، وأن كان البطلان واحداً إلا أنه من الناحية الفنية يمكن الأخذ بفكرة تدرجه وتنوعه كما جرى على ذلك الفقه القانوني على الأقل إلى فئتين. يقابل ذلك رؤية الفقه الإسلامي للبطلان على درجة واحدة تؤدي إلى جعل العمل القانوني غير موجود ومنعدم طبيعة أو شرعاً، أي لا وجود قانوني له، ولا ينتج أي أثر كتصرف قانوني، بحيث أن آثار أو أحكام البطلان هي عين أحكام وآثار الانعدام. فالبطلان عدم، والعدم لا وجود له ولا ينتج أثراً وهو لا ينقلب صحيحاً، فلا يتصحح ولا يتقادم ولا ترد عليه الإجازة ولكل ذي مصلحة التمسك به. ولا حاجة إذاً لصدور حكم بإبطاله، فلا يحتاج من له مصلحة من تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك، وما عليه إلا أن

والبطلان. والقانون قبل أن يرتب نتائج معينة (آثار قانونية) على عمل ما، أو يحرم هذا العمل من نتائج هذه الآثار يفترض وجوده. ومن هذه الفكرة... نشأ القول بوجود التفرقة بين العناصر اللازمة لوجوده والعناصر اللازمة لإنتاج آثاره القانونية أي لصحته. ولذلك فإن تخلف أحد العناصر اللازمة لوجوده يعني أن العمل الإجرائي منعدم^(٤).

آثار النظرية:

- ١- الانعدام لا يحتاج إلى نص القانون عليه، فلا يسري له مبدأ لا بطلان بغير نص.
- ٢- الانعدام لا يحتاج إلى إعلان قضائي. فالمنعدم ليس في حاجة إلى من يعدمه، وإذا اضطرت الحاجة العملية إلى عرض الأمر على القاضي، فإن القاضي لا ينشئ الانعدام وإنما يقره.
- ٣- يستطيع كل ذي مصلحة أن يتمسك بالانعدام. وإذا عرض للقاضي عمل منعدم فعليه أن يقرر الانعدام من تلقاء نفسه.
- ٤- لا تستطيع الإرادة ولا مضي المدة أن يصححا الانعدام، لأن إرادة الشخص مهما قويت لا تستطيع أن تقلب المنعدم إلى الوجود، والمدة مهما طالت لا تقوى أيضاً على هذا: كذلك إذا كان شكل العمل الإجرائي عنصر وجود، فإن تحقيق الغاية منه لا يغني عنه.
- ٥- العمل المنعدم لا ينتج أي أثر قانوني... ولهذا فإنه إذا كانت صحيفة الدعوى مثلاً منعدمة فإنها لا تنشئ أي التزام على عاتق القاضي، فلا يكون عليه نظرها ليقضى ببطلانها، وإذا أهملها فلا يعاقب في جريمة إنكار العدالة، ويستطيع المدعي أن يترك الخصومة دون موافقة الخصم، ويمكن رفع دعوى جديدة بنفس الموضوع لنفس السبب بين نفس الخصوم أمام نفس المحكمة أو أمام أخرى^(٥).

نرفض ما يسمى بنظرية الحكم المنعدم أو (اللاحكم). وتأسيساً لهذا الرفض فقد أورد عدة أسباب ناقشها بالتفصيل في ص ٥٢٥

- غير أن المؤلف وإن كان يرفض وينكر نظرية الانعدام فإنه:

١- يقر بوجود حالات انعدام حقيقي فيقول في ص ٥٣٥ (على أننا إذا رفضنا نظرية الانعدام التي يقول بها الفقه والقضاء- لم يذكر التشريع لأن القانون المصري ليس به نصوص بالانعدام- فإننا نعتزف بإمكان تحقق انعدام حقيقي، انعدام يتحقق فعلاً... في مثل هذه الحالات يمكن الكلام عن انعدام العمل الإجرائي). وفي ص ٨٥٢ يقول (إذا كان القانون يوجب القيام بعمل إجرائي معين ولم يتم القيام بهذا العمل فإننا نكون بصدد حالة انعدام حقيقي... كيأصدار القاضي حكماً في مسألة لم يطلب منه الفصل فيها).

٢- أكثر من ذلك لم يوفق المؤلف في مواجهة حالات الانعدام التي ترد لدى الفقه الإجرائي رغم أنه تجاوز معياره البديل (بطلان قابل للتصحيح، وبطلان غير قابل للتصحيح) تحت عنوان (معيار عام). لذلك يقول (أنا وإن كنا لا نسلم بنظرية للانعدام إلى جانب نظرية البطلان لا بصفة عامة ولا في تطبيقها على الأحكام، إلا أن الأعمال التالية هي صور من بطلان الحكم لا يصححها انقضاء مواعيد الطعن التي حددها القانون، ويمكن التمسك بها ولو كان الحكم أصلاً لا يقبل الطعن بأي طريق). ثم عدد من تلك الصور التالية:

- صدور الحكم من شخص ليس لديه السلطة القضائية.

- صدور الحكم من هيئة خولف فيها التكوين العددي.

- عدم الاختصاص: إذا صدر الحكم في مسألة تخرج عن ولاية المحاكم إطلاقاً.

- ويعتبر باطلاً بطلاناً لا يقبل التصحيح

يعتبر العمل القانوني منعدمًا، وأن يصدر تصرفه عن هذا الاعتبار^(١).

وترتيباً على ذلك يمكن القول: أن الفقه الإسلامي قد استعمل مصطلح البطلان كمرادف للانعدام، أي أن طبيعتهما واحدة. كما أن الآثار أو الأحكام المترتبة على تلك الطبيعة هي نفسها. (فالفقه الإسلامي يعتمد هذه النظرية، لأن الباطل والمنعدم في عدم ترتيب الآثار الشرعية مستويان، ولا يتحصن العمل الإجرائي بضوات ميعاد الطعن في الفقه الإسلامي... فنظرية الانعدام هي أكثر توافقاً مع مقررات الفقه الإسلامي^(٢)). وبالتالي فلا مشكلة علمية أو فنية في تبني القانون الإجرائي لمصطلح البطلان بهذه الطبيعة والآثار الشرعية والاستغناء عن الانعدام. وهو ما نعتقد أن القرار بالقانون السابق قد أخذ به. كما أنه لا مشكلة في الأخذ بالتقسيم والتصنيف الحديث للقانون الجديد بفضله فكرة الانعدام كطبيعة مختلفة عن فكرة البطلان باعتبار أن البطلان في حده الأقصى أدنى من الانعدام قبل تقرير انعدام البطلان بنص أو حكم، إذ في هذه الحالة يستوي البطلان مع الانعدام بعد حصول زوال آثاره.

وفي نطاق القانون الإجرائي:

رفض الدكتور فتحى والي في رسالته للدكتوراه، المنشورة بطبعات مزيدة بعنوان (نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط ٢) نظرية الانعدام، يقول المؤلف في ص ٥٢٥ (رغم التأييد الكبير الذي وجدته نظرية الانعدام في القانون الإجرائي، فإننا لا تأخذ بها)، وفي ص ٧٨٧ (إننا لا نسلم بنظرية الانعدام إلى جانب نظرية البطلان لا بصفة عامة ولا في تطبيقها على الأحكام). وفي ص ٥٣٤ (وإذا كنا قد رفضنا الانعدام بالنسبة للعمل الإجرائي بصفة عامة فإنه ينطبق أيضاً على الحكم. ولهذا فإننا

توقيع بعض هيئة الحكم لا يعالجه مبدأ عدم الحجية، كما لا يمكن أن يكون سبباً للالتماس، فضلاً عن عدم وجود نظام الالتماس على أحكام محكمة النقض المصرية. الأكثر من هذا فإن قانوني المرافعات اليمني، والمحكمة الدستورية العليا المصرية يجعلان للأحكام الدستورية حجية مطلقة، بل وتؤدي إلى إلغاء الأحكام الجنائية التي صدرت بناء على نص المحكوم بعدم دستوريته مما يؤدي إلى إهدار حجية تلك الأحكام واعتبارها منعدمة.

وفي مثل هذا الموقف فإن إنكار ورفض المؤلف لنظرية الانعدام: لعدم وجود سند تشريعي، واعتباره أن أحكام القضاء المستقرة على الأخذ بنظرية الانعدام وفقاً لمعايير ترسخت وتطبيقات تواتت واستمرت والمدعومة أيضاً بموقف الفقه - ليست بحجة من وجهة نظره، يتعارض مع توصله إلى القول بوجود حالات انعدام حقيقي، وإقراره بوجود حالات عسية على معياره، وهي في حقيقتها حالات انعدام بطبيعتها. كما يتعارض مع توصله إلى أن لتلك الحالات آثاراً هي نفس آثار الانعدام. ونخلص إلى أن معارضة ورفض نظرية الانعدام لا تؤثر علمياً أو فنياً على صحة الموقف التشريعي والفقه والقضائي الأخذ بها.

المراجع:

- (١) د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، ط٢، ص٧
- (٢) المرجع السابق، ص٥١١
- (٣) د. فتحي سرور، رسالة البطلان، ص١٧٧
- (٤) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص٥١٥
- (٥) د. فتحي والي، مرجع سابق، ص٥١٥، ٥١٦، د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط٤

الحكم الذي يصدره قاض غير صالح لنظر الدعوى (وإذا وقع البطلان في حكم صدر من محكمة النقض جاز للخصم أن يطلب منها إلغاء الحكم وإعادة نظر الطعن أمام دائرة أخرى).

- عدم الوجود القانوني لأحد الخصمين.
- صدور الحكم ضد متوف.
- عدم كتابة الحكم.
- عدم التوقيع على الحكم.
- خلو الحكم من المنطوق.
- خلو الحكم من التسبيب.
- مخالفة مبدأ تقابل الخصوم. (ص٧٨٣-٨٠٣).

وبالنظر إلى تلك الحالات فإن الدكتور فتحي والي يكون قد صادق على نفس الحالات التي واجهتها نظرية الانعدام دون أن يتمكن من إيجاد (معياري عام بديل لها). وإذا كانت أغلب تلك الحالات تتعلق بأحكام فإنه يقول في ص ٣٧٣: (ونحن نرى أن تحديده بطلان الحكم يخضع لنفس القاعدة التي نقول بها ولا يخرج في شيء عما تخضع له الأعمال الإجرائية الأخرى)، وفي ص٥١٧ (وإذا وجدت نظرية الانعدام نجاحاً بالنسبة للأعمال الإجرائية، فإنها اتخذت بالنسبة لأحد الأعمال وهو الحكم طابعاً وأهمية خاصة تميزه. فقد ذهب الفقه والقضاء في غالبية إلى الأخذ بما يسمى بنظرية الحكم المنعدم أو كما يسميه الألمان (اللاحكم) ومقتضى هذه النظرة أن الحكم الذي يفقد أحد عناصره الأساسية بحيث يعتبر ليس فقط باطلاً بل منعدماً... ولهذا فإن الحكم يمكن طلب بطلانه ولو بعد مرور مواعيد الطعن فيه).

أما محاولة المؤلف إيلاج تلك الحالات تحت مبدأ عدم الحجية، فإن ذلك يستعصي ويصطدم مع أكثر تلك الحالات: فالحكم الصادر عن محكمة النقض دون مداولة أو

(٦) د. عبدالرزاق السنهوري، ص ١١٣

(٧) د. سعيد الشرعي، ص ٣٠٤

نظام الحبس في قانون التنفيذ اليمني الجديد

أ.د. نجيب أحمد عبد الله الجبلي

أستاذ قانون المرافعات المشارك- رئيس قسم المرافعات
والتنفيذ المدني- كلية الشريعة والقانون -جامعة صنعاء

أقرَّ قانون التنفيذ اليمني الحبس كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ، إلا أنه يجب التفرقة بين الحبس المقرر كضمان لإجبار المدين على التنفيذ المنصوص عليه في المواد (٣٥٩ إلى ٣٦٢)، وبين الحبس المقرر في المادة (٤٢٤) كعقوبة على تبديد، أو عرقلة التنفيذ، على اعتبار أن الحبس الأخير يعتبر عقوبة للمدين لإرتكابه عملاً يعتبر جريمة طبقاً لقانون العقوبات، أما الحبس في الحالة الأولى فهو وسيلة ضمان وليس عقوبة.

(الحجوز)، وبمعنى آخر هل يجوز حبس المدين كضمان أو كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ غير المباشر (الحجوز)؟ وقبل الإجابة على هذا السؤال في ظل القانون اليمني يجب الإشارة إلى أن سبب طرح هذا السؤال، ورود أحكام الحبس وتنظيمه وتحديده في وسائل إجبار المدين في طرق التنفيذ المباشر ولم يرد نص

وإذا تكلمنا عن نظام الحبس وشروطه كضمان لإجبار المدين على التنفيذ، نلاحظ أن هذا التنظيم يحسب للقانون اليمني بتنظيمه هذه الوسيلة، ولا تثار مشكلة في ذلك في حال التنفيذ المباشر، وهو عندما يكون محله عين ما ألتزم به المدين في السند التنفيذي، ولكن تثار المشكلة في حالة التنفيذ غير المباشر

الخاص) أي نظام الحبس، لأنه يحصل الماطلة والتسويق خاصة مع تعذر أو صعوبة إجراءات التنفيذ بالطريق غير المباشر(١) (الحجوز).

٥- نصت المادة (٤٢٥) على أنه: (إذا رفض المحجوز عليه حجراً تنفيذياً تسليم الأموال المحجوزة، أو قام بعمل خلافاً لمقتضى الحجز أو أخفى الأموال، أو كانت الأموال المحجوزة لا تفي بالدين جاز للقاضي أن يأمر بحبسه وفقاً لهذا القانون) أضافت هذه المادة (وفقاً لهذا القانون) وبالرجوع للمذكرة التفسيرية نجد أنها أشارت أن ذلك المقصود منه نظام الحبس المقرر في القانون كوسيلة لإجباره على التنفيذ أو القيام بما هو واجب عليه(٢).

مما سبق يتضح لنا أن مفهوم النصوص السابقة توحى بجواز تطبيق الحبس كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ في حالة الحجوز أو التنفيذ غير المباشر .

ثانياً: مفهوم النصوص المنظمة للحبس كوسيلة لإجبار المدين توحى بعدم تطبيقه على التنفيذ المباشر (الحجوز) - من خلال تنظيم الحبس، واستقراء بعض مواد القانون على النحو التالي:-

١- نظم الحبس كوسيلة لضمان إجبار المدين على التنفيذ في الفصل المخصص للتنفيذ المباشر وإجراءاته، ولو كان المشرع يرغب بشموليته، لكان محله في الأحكام العامة للتنفيذ وطرقه وهو الفصل الأول من الباب الثاني، وقد جاء في المذكرة التفسيرية للمشروع في بداية الفرع الأول الموسوم - بوسائل التنفيذ المباشر- ما نصه: (قررت اللجنة جعل هذا الفرع خاصاً بالوسائل الخاصة بالتنفيذ المباشر لحصر أنواعها وتحديد قواعدها بحيث يمنع القضاة من الاجتهاد فيها أو السير بمسار غير مقرر في القانون)(١).

صريح يمنع أو يجيز الحبس في التنفيذ غير المباشر (الحجوز).

أولاً: مفهوم النصوص المنظمة لوسيلة الحبس كضمان لإجبار المدين على التنفيذ توحى شموليتها لجميع إجراءات التنفيذ الجبري بما فيها الحجوز: هناك نصوص وردت في القانون بلفظ عام وهي: ١- المادة (٣٥٩) والتي تنص على أنه: (إذا لم يتم المنفذ ضده بالتنفيذ خلال الثلاثة الأيام المشار إليها في المادة السابقة وجب على القاضي أن يصدر قراراً بحبسه حتى يقوم بالتنفيذ...) والنص جاء بلفظ العام (المنفذ ضده) وبالتالي أجازت هذه المادة الحبس في جميع طرق التنفيذ، وقد جاء في المذكرة التفسيرية للمشروع بأنه من شأن هذه الوسيلة التخفيف على النيابة العامة، وعلى جوازه في الحجوز حيث راعى واضعو المشروع تطبيقه في الدين أو في غيره(١).

١- المذكرة التفسيرية للمشروع - مطبوعات مجلس النواب - ٢٠٠٠م - ص ٢٣٧

٢- نصت المادة (٣٦٢) على أنه: (لا تسمع من المنفذ ضده عند التنفيذ دعوى الاعسار أو طلب الحكم بالإفلاس ويجب حبسه حتى يفي بما تضمنه السند التنفيذي) يفهم من النص أنه لا يجوز الادعاء بالاعسار أو الإفلاس بعد وصول الخصومة إلى مرحلة التنفيذ ويفهم من النص السابق جوازه أيضاً في (الحجوز).

٣- نصت المادة (٢/٣٦٣) على أنه يجب إنهاء إجراءات التنفيذ بوسيلة الحبس في أية مرحلة كانت عليها ويفرج على المنفذ ضده في الحالات الآتية: ١- إذا قام المنفذ ضده باستعمال وسيلة الإيداع مع (الترخيص). واللفظ في المادة عام، كما أن الإيداع والتخصيص لا يكون إلا في حالة الحجوز.

٤- نصت المادة (٣٦٠) على أنه (تسوى أحكام المادة السابقة على ممثل الشخص المعنوي

حبسه تعطيلاً لقوته البشرية دون فائدة، ومن الأفضل أن يترك ليعمل ليجد ما يفي به دينه(٣).

وإن كان الأمر كذلك نرى أن نظام الحبس كوسيلة ضمان لإجبار المدين على التنفيذ غير المباشر (الحجوز) لا يكون مناسباً إلا في حالات محددة، ذلك أن القانون قد وضع الحبس كعقوبة على جرم ارتكبه المدين في حالة الحجوز وهو عرقلة سير إجراءات الحجز للقاضي الحكم بحبسه، مادة (٤٢٤) كعقوبة، أو جزاء على جريمة (عرقلة سير إجراءات التنفيذ) غير أن هذا الجزاء وتوقيع العقوبة لا يمكن الحكم به، إلا إذا وصل سير إجراءات التنفيذ (الحجز) إلى مرحلة متقدمة، وثبت أن المدين قام بعرقلة سير إجراءات الحجز، أما إذا لم يبدأ الدائن بمباشرة الحجز نتيجة لعدم توصله إلى مال المدين بقيامه بإخفاء أو تهريب أمواله، فلا يمكن توقيع الجزاء المقرر في المادة (٤٢٤) وينبغي البحث عن وسيلة أخرى للوصول إلى أموال المدين، وهي وسيلة الحبس المقررة كضمان لإجبار المدين على التنفيذ، لأنها ستكون وسيلة فعالة وعملية ومناسبة في حالة قيام المدين بإخفاء أمواله. ومناطق ذلك أن القانون اليمني لم يضع ضوابط يلتزم بها الدائن عند البحث عن أموال مدينه، وما على الدائن إلا أن يقوم بالبحث عن ذلك كيفما شاء.

نخلص من ذلك إلى أن نظام الحبس كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ في حالة الحجوز أو التنفيذ غير المباشر يمكن تطبيقه في حالات ضيقة جداً كما هو الحال عندما يبحث الدائن عن أموال مدينه ليحجز عليها، وكان من ظاهر حال المدين اليسار وأدعى الإعسار فيحبس.

ولسنا هنا في دراسة نظام الحبس بصفة عامة ولكن لزم علينا التنويه إلى الغلط

٢- المادة (٣٥٧) حددت وخصصت وسائل الإجبار على التنفيذ المباشر في الغرامة التهديدية، والحبس، ووسائل استعمال القوة، ومعلوم أن الخاص لا يتعدى إلى غير ما خصص له، ويؤكد هذا التخصيص ما جاء بالمذكرة التفسيرية للمشروع ما نصه: (لقد رأت اللجنة حصر وسائل التنفيذ المباشر فيما تضمنته هذه المادة باعتبارها الوسائل اللازمة للتنفيذ العيني المباشر)(٢)

٣- نصت المادة (٣٦٥) على أنه: (إذا رفض الكفيل التنفيذي خلال المدة المحددة في البند (٥) من المادة (٣٦٣) من هذا الفصل وجب على القاضي الأمر بحبسه أو التنفيذ على أمواله دون حاجة إلى حكم جديد). يتضح أن هذه المادة أجازت حبس الكفيل في حالة التنفيذ المباشر، ولم تجز ذلك في حالة الحجز وإنما اكتفت ببيع أمواله دون حاجة إلى حكم جديد. مما سبق يتضح أن تنظيم الحبس كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ يطبق في حالة التنفيذ المباشر دون الحجوز.

ثالثاً: رأينا في استعمال الحبس كوسيلة ضمان لإجبار المدين في حالات الحجوز: أوضحنا إلى مدى تناقض القانون اليمني والمذكرة التفسيرية للمشروع حول جواز الحبس من عدمه في التنفيذ غير المباشر (الحجوز) وسنحاول إيجاد صيغة توفيقية بين الاتجاهين السابقين. والواقع أن الفقه الإسلامي مؤيد ومعارض لفكرة الحبس ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز حبس المدين الموسر المماطل، لا إكراهه على الوفاء(١) استناداً إلى قوله صلى الله عليه وسلم (مطل الغني ظلم)، أما غير ذلك فلا يجوز لقوله تعالى (نظرة إلى ميسرة) وذهب إلى جواز الحبس بنص الفقه القانوني(٢) وبعض التشريعات العربية، وعارض فكرة الحبس بنص الفقه استناداً إلى أن الحبس يمس بدن المدين وكراهته، وإن في

الموجود في نظام الحبس والتناقض الحاصل في جوازه من عدمه في حالات التنفيذ غير المباشر (الحجوز)، وسنحاول الكلام عن بقية شروطه، وخصوصاً ما يتعلق بمدته، والتي لم يضع لها القانون مدة محددة بحسب الدين أو التنفيذ الملزم به المنفذ ضده حيث جاءت النصوص بوجوب حبسه حتى يفي بما عليه، وحتى يقوم بتنفيذ السند التنفيذي. والله الموفق والمستعان.

حبس المدين المماطل في قانون المرافعات

القاضي فميم عبد الله محسن
رئيس المحكمة التجارية الابتدائية م/عدن

قَبْلُ أن أبدأ في الجانب ذاته كان علي أن أعطي لمحة تاريخية لتطور حبس المدين المماطل، وكما هو معلوم قديماً أعتبر الرومان وبطريقة الإكراه البدني كوسيلة لقهر المدين على تنفيذ التزامه - وقد أعطى قانون الألواح الاثني عشر الدائن أن يلقي اليد على مدينه، ثم يحضره أمام القاضي ليسمح بعد ذلك لكل شخص بالتدخل للوفاء بالدين أو لإثارة أي ادعاء ضد التنفيذ على المدين، فإذا لم يحدث مثل ذلك التدخل، كان للدائن أن يأخذ المدين لديه مقيداً بالسلاسل ليحبسه في منزله لمدة ستين يوماً، وخلال هذه المدة كان على الدائن عرض المدين في السوق ثلاث مرات متتالية، ربما يقوم أحد أقاربه أو أصدقائه أو أي شخص من الغير بوفاء الدين نيابة عنه فيخلى الدائن سبيله، فإذا انقضت المدة دون أن يقوم المدين أو غيره بالوفاء بدين الدائن كان للأخير إما أن يقتل أسيره، أو أن يبيعه كرقيق خارج روما، فإذا تعدد الدائنون كان لهم الحق في اقتسام جثته فيما بينهم.

إنسانية محصلها أن حبس المدين أو تعذيبه يتنافى مع ما يجب ضمانه من كرامة للذات الإنسانية.

ولم يكتفِ هؤلاء الشراح بذلك، بل ذهبوا إلى المطالبة بمنع التنفيذ على أموال المدين اللازمة لمعيشته هو ومن يعولهم من أفراد عائلته، وما يلزمه من أدوات ومهمات لازمة لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه وهو ما أخذ به قانون المرافعات القديم في المادة (٢٦٦) والجديد (٣٥٠).

ونحن هنا لا نتفق مع ما ذهب إليه هؤلاء الشراح بشأن حبس المدين المماطل لقول رسولنا عليه أفضل الصلاة والسلام بأن مطل الغني ظلم، وهنا ينبغي الضغط على شخص المدين المماطل كوسيلة لإجباره على تنفيذ ما التزم به وإلا أصبح ضمان الدائن رهناً بمشيئة المدين وإرادته، وهذا ما لم يقبله العقل ولا المنطق ولا يمكن لقواعد العدالة أن ترضى به.

وما يؤيد قولنا هو ما كان في الواقع العملي حيث أصبحت في المحاكم تتكسد المثات من قضايا التنفيذ، وهو الأمر الذي لا يتصوره أي عاقل، لأن الحكم الذي تحصل عليه الدائن بعد جهد، فإنه يفترض أن يكون عنواناً للحقيقة، وعندما يتحول في مرحلة التنفيذ إلى مجرد ورقة لا قيمة لها، وذلك بسبب إجراءات التنفيذ الجبري من ناحية وطول إجراءاتها (وأحياناً أكثر من إجراءات التقاضي في موضوع الدعوى)، ومن ناحية أخرى إساءة استخدام المدين - رغم قدرته على الوفاء - لهذه الإجراءات لعرقلة وصول الحق إلى صاحبه أكبر وقت ممكن.

وقد صدق الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما قال لأبي موسى الأشعري: (لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له) إذا فما قيمة حكم يصدر ثم لا يعيد الحق لصاحبه في أقرب وقت

ونظراً لقسوة تلك الإجراءات، فقد خرجت التشريعات اللاحقة بصورة أفضل مما كانت عليه الأنواع الإثنا عشر، فصدر قانون بوتيليا في القرن الخامس الميلادي والذي بموجبه حظر على الدائن تقييد مدينه بالسلاسل، كما أبطل الحق في بيع المدين أو قتله وأصبح الحق في حبس المدين في منزل الدائن معلقاً على صدور قرار به من القاضي.

وقد كان قدماء المصريين يقضون بحبس المدين ثم زال هذا فاحتاطوا للأمر بطريقة أخرى وهي أنهم منعوا الاقتراض ما لم يقدم المقترض للمقرض رهناً هو جثة أبيه محنطة طبقاً للأصول المرعية، وقرروا أن من مات وهو مدين لا يوارى التراب حتى تبرأ ذمته، فكان ذلك باعثاً قوياً للورثة على وفاء الدين.

وتلك الطريقة أو غيرها باستعمال وسائل إكراه مادية أو نفسية لم تؤيدها أغلب التشريعات ومن بينها كان قانون المرافعات اليميني السابق رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م حيث نصت المادة (٢٥٢) فقرة (ب) منه على ما يلي: (يحظر التنفيذ على شخص المدين بحبسه).

وقد اعتبر البعض من شراح القانون أمر حبس المدين غير مشروع ولو كان مماطلاً لثلاثة اعتبارات ساقها هؤلاء المعارضون:

اعتبار قانوني - محصله أن علاقة الدائنية ليست سوى علاقة بين ذمتين ماليتين، فإذا امتنع المدين عن الوفاء اختياراً بدين عليه، كان للدائن في هذه الحالة أن ينفذ على الأموال المحكومة للمدين، وذلك لأن محل الضمان ليس شخص المدين وإنما ماله.

وثانيهما، اعتبار اقتصادي - محصله أن حبس المدين فيه تعطيل للقوى البشرية دون أية فائدة من هذا الحبس، وعلى ذلك فإنه من مصلحة الدائن أن يترك مدينه يعمل ليحصل على مال يفي منه دينه.

وثالثهما، اعتبار أدبي - مبني على فكرة

الوضع .

وإذا كان الهدف من حبس المدین المماطل رغم يساره هو الضغط عليه حتى ينفذ الحكم الصادر ضده، إلا أن وسيلة الضغط هذه تزول بزوال أسبابها، وقد تعرضت المادة (٣٦٣) مرافعات لهذه الحالات والتي بموجبها يجب على قاضي التنفيذ أن يأمر بالإفراج عن المنفذ ضده بقوة القانون في الحالات الآتية:

١- إذا قام المنفذ ضده بتنفيذ السند التنفيذي.

٢- إذا قام المنفذ ضده باستعمال وسيلة الإيداع مع التخصيص.

٣- إذا قام الغير بتنفيذ السند التنفيذي شريطة ألا تكون شخصية المدین محل اعتبار في التنفيذ.

٤- إذا تنازل طالب التنفيذ عن حقه الثابت في السند التنفيذي.

٥- إذا قام بتقديم كفيل ملئ يلتزم بالتسليم أو الوفاء بالالتزام الثابت في السند التنفيذي خلال ثمانية أيام.

٦- إذا ثبت بحكم قضائي إفسار أو إفلاس المنفذ ضده وفي هذه الحالة يفرج عنه إلى أن يثبت فيها إيساره أو تمضي مدة يمكن فيها الإيسار عادة.

وكان بودي أن أتوسع في بعض هذا الجانب ولربما أن الحيز الممنوح لنا قد لا يكون كافياً ولكني سأقول بأن للحديث بقية إن شاء الله وما كتبته في هذا الموضوع ليس إلا بداية لإثارة موضوع قد شغل الكثيرين ولذلك فإن المحك العملي هو المكان الأنسب لخوض التجربة وما سينتج عنه سيكون خير دليل على عدم أو جدوى نصوص قانون المرافعات، ولكن مع ذلك كله نحن نرى أن الأمر فيه خلاص للمظلوم، وذلك لما كان الحديث الشريف قد وصف الغني المماطل بأنه ظالم فإن للقاضي ولاية رفع الظلم عن المظلوم بأي وسيلة من الوسائل

وبأقل النفقات، ولذلك فإن حبس المدین المماطل كان له مشروعيته في الجانب الشرعي وكذا القانوني فحسب بل وفي الواقع العملي.

وإدراكاً من المشرع اليمني لخطورة الإجراء الخاص بحبس المدین فقد تطلب توافر عدة شروط لإصدار هذا الأمر بحيث يمتنع على القاضي أن يصدر أمراً بحبس المدین إذا تخلف شرط منها، وقد تناولت هذه الشروط المواد (٣٥٩ ، ٣٦٠) من قانون المرافعات رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م فقالت المادة الأولى بأنه: (إذا لم يقيم المنفذ ضده بالتنفيذ خلال الثلاثة الأيام المشار إليها في المادة السابقة وجب على القاضي أن يصدر قراراً بحبسه حتى يقوم بالتنفيذ ويجوز للقاضي استعمال وسيلة الحبس مباشرة دون الرجوع إلى وسيلة الغرامة).

ويستفاد من هذا النص ضرورة توافر عدة مفترضات لحبس المدین المماطل ومنها موقف المدین السلبي الصريح أو الضمين من تنفيذ الحكم، كما لو امتنع صراحة عن تنفيذ الحكم رغم يساره، وأعطى الحق القاضي بأن يأمر بالحبس من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى تقديم طلب من الدائن كما فعلت بعض القوانين.

ولما كان حبس المدین المماطل في قانون المرافعات اليمني مأخوذاً من الشريعة الإسلامية، فقد حرص المقتن اليمني على مراعاة بعض الاعتبارات الإنسانية الخاصة بالمدین وأسرتة، إذ قرر في المادة (٣٦٤) من قانون المرافعات على عدم جواز حبس المدین وذلك في الحالات الآتية:

١- من كان سنه أقل من خمس عشرة سنة أو أكثر من سبعين سنة عند التنفيذ باستثناء حالة الحبس من أجل تسليم صغير أو قاصر.

٢- أصول الدائن غير دين النفقة.

٣- الحامل حتى انقضاء شهرين بعد

الممكنة، فالمدِين الذي يماطل يصبح ظالماً
والظالم يحبس.

الدولة والقضاة



كيف تكون قاضياً كفواً

القاضي /
عبد الملك الجنداري
رئيس المكتب الفني

الموضوع الأساس لهذا البحث ليس شرح الشروط الواجب
إنَّ توافرها في القاضي فتلك الشروط معلومة لكافة القضاة، وإذا
كنا سنعرض للحديث عنها من باب الاستشهاد بها أو الاستناد
إليها ليس إلا، أما موضوعنا الأساس فهو بيان عناصر كفاءة القاضي، فإذا
عرف القاضي العناصر التي سيتم تقييم كفاءته بموجبها أمكنه أن يسير
أدائه بناء على ذلك، فارتفاع مستوى أدائه يقتضي ارتفاع مستوى كفاءته،
وبهذا يعرف كيف يكون قاضياً كفواً.

الأول: الشروط التي يمكن التحقق من
توافرها قبل التعيين في القضاء، وقد
سميناها: (شروط القبول).

الثاني: الشروط التي لا يمكن القطع
بتوافرها إلا بعد التجربة والاختبار،
وسميناها: (شروط الكفاءة).

ولكل من القسمين أعلاه طبيعته المختلفة

هذا وإذا كانت عناصر الكفاءة مستخلصة
من الواقع العملي إلا أنها قائمة على شروط
ولاية القضاء، لذا وقبل الدخول في بيان
عناصر الكفاءة نجد من المناسب الحديث -
بإيجاز- عن تلك الشروط، وفي هذا الصدد
ننوه إلى أن شروط ولاية القضاء تنقسم إلى
قسمين:

قاضي أو مساعد نيابة، فإذا ثبت عدم صلاحيته قبل انتهاء هذه الفترة يتعين الاستغناء عنه بقرار من مجلس القضاء الأعلى).

وهذا النص قاطع في أن هناك شروطاً أخرى -غير الشروط الثمانية- يجب التحقق منها في المعين للقول بكفاءته وقدرته كقاضٍ، هذا وإن ثبوت صلاحية المعين من عدمها أمر يجب ألا يتم إلا عن طريق هيئة التفتيش القضائي ومن خلال التفتيش على علمه أثناء مدة الاختبار المنصوص عليها في المادة السالفة.

وهنا قد يتساءل البعض: إذا كانت الشروط المنصوص عليها في القانون هي شروط القبول فما هي شروط الكفاءة؟ هل هي معلومة لهيئة التفتيش القضائي التي تتولى التقييم وبيان صلاحية المعين من عدمها؟

فنقول: إن الإجابة على هذه التساؤلات هي غايتنا من الكتابة في هذا العمود، وابتداءً نقول: إن كتب فقهاء المذاهب الإسلامية قد تضمنت بياناً بشروط تولي القضاء اتفقوا في بعضها واختلفوا في البعض الآخر، بيد أن أيّاً من تلك الكتب -فيما نعلم- لم يفرق بين شروط القبول وشروط الكفاءة ولعل ذلك أن تولية القضاة آنذاك لم تكن تتم إلا بعد التحقق من كافة الشروط فهذا كان أمراً متيسراً حينها لأسباب عدة منها:

- وفرة العلماء الصالحين لولاية القضاء.
- اشتهاً حال أولئك العلماء بين الأمة لاهتمام الخاصة والعامة بالعلم والعلماء.
- قلة المناصب القضائية التي كان يتم التعيين فيها، فالإقليم الواحد لم يكن ليحتاج إلا لقاضٍ واحد أو بضعة قضاة لقلة الخصومات من جهة وقلة عدد السكان من جهة أخرى.

ونظراً لتراجع حال المسلمين المتزايد منذ ذلك التاريخ فقد ندر العلماء الصالحون لتولي

عن الآخر، ومن الواجب التنبيه إلى الفرق بينهما، إذ أن الخلط بينهما سبب رئيس لاختلال الشروط فيمن يولون القضاء وبالتالي اختلال أدائهم.

وبالرجوع إلى المادة ٥٧ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م نجده يشترط شروطاً فيمن يعين ابتداءً في وظائف السلطة القضائية: أن يكون متمتعاً بجنسية الجمهورية اليمنية، كامل الأهلية، خالياً من العاهات المؤثرة على القضاء، ألا يقل سنه عن ثلاثين عاماً، ألا يتولى العمل القضائي إلا بعد مضي فترة تدريبية لا تقل عن سنتين في المجال القضائي، أن يكون حائزاً على شهادة من المعهد العالي للقضاء بعد الشهادة الجامعية في الشريعة والقانون أو في الحقوق من إحدى الجامعات المعترف بها في الجمهورية اليمنية، أن يكون محمود السيرة والسلوك حسن السمعة، ألا يكون قد حكم عليه قضائياً في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.

ويلاحظ على هذه الشروط جميعها أنها مما يمكن التحقق منه سلفاً، أي أنها شروط قبول وليست شروط كفاءة، لأنها وإن توفرت فعلاً في الشخص إلا أنها لا تعني قدرته على فصل الخصومات، وعليه يجب أن يعلم أن تلك الشروط الثمانية ليست جميع الشروط الواجبة لولاية القضاء وإنما هي شروط قبول فحسب وأن هناك شروطاً أخرى لا بد من توفرها في القاضي.

ومما يؤكد أن الشروط المنصوص عليها في المادة السابقة شروط قبول فقط وليست شروط كفاءة أن المادة ٥٩ من نفس القانون قد نصت في آخرها على أنه:

(.. يكون تعيين مساعدي القضاة والنيابة تحت الاختبار لمدة عامين، ويصدر مجلس القضاء الأعلى بعد انتهاء مدة الاختبار وبعد ثبوت صلاحية المعين قراراً بتثبيته كمساعد

وحزم، وهذه الشروط الثلاثة هي مجمل شروط الكفاءة التي تضمنتها كتب الفقه الإسلامي، ويدون هذه الشروط مجتمعة لا يمكن البتة أن يكون المعين للقضاء كفوّاً:

الشرط الأول:

علم القاضي

قد يقول البعض: إن الحصول على شهادة المعهد العالي للقضاء بعد الشهادة الجامعية كافية للقول بتوفر شرط (العلم)، فنقول: إن الواقع يؤكد — بما لا يدع مجالاً للشك — خلاف ذلك، بدليل التفاوت الكبير في العلم بين الحاصلين على تلك الشهادة بل بين أفراد الدفعة الواحدة، فسنوات الدراسة بالمعهد لا تسمح بتوفير كل ما يلزم من علوم على اعتبار أن منتسبيه قد قضاوا أربع سنوات في الدراسة الجامعية يفترض أنها قد كونت ثقافتهم الشرعية والقانونية بيد أنه مع ضعف المنهج الجامعي لا يمكن لسنوات الدراسة بالمعهد أن توفر القسط المطلوب من العلم، وإذا كان من بين خريجي الجامعة والمعهد من تمتعوا بالقسط الكافي من العلم فهم الذين لم يقتصر تحصيلهم على المنهج الدراسي بل نهلوا علوم الشريعة واللغة والأدب من مناهل شتى.. وعليه وللقول بتوفر شرط العلم لا بد للقاضي أن يكون ملماً بما يلي:-

- 1- أحكام كتاب الله تعالى: ويكفي أن يعرف منه الآيات المتعلقة بالأحكام وقدرها خمسمائة آية.
- 2- أحكام سنن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ويكفي معرفة الأحكام ومواضعها في كتاب صحيح جامع.
- 3- مسائل الإجماع: التي أجمع عليها صحابة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم والتابعون وغيرهم من مجتهدي الأمة، وهي كما قيل سبع عشرة مسألة.

القضاء وبات معظم من بقي منهم مغموراً لقلّة اهتمام الناس بهم، وبالمقابل تفاقمت الخصومات بالإضافة إلى تضاعف أعداد السكان، فصار عسيراً إن لم يكن مستحيلاً التحقق من توفر جميع الشروط في كل ما يراد توليته القضاء، فكان لا بد من الاقتصار على بعض شروط الولاية لتحديد المقبول ابتداءً للقضاء من غير المقبول، ومن ثم كانت تلك الشروط هي شروط قبول فحسب أما بقية الشروط فقد ترك التحقق منها على ما بعد التعيين.

هذا وإن اقتصار المقنن على الشروط الواردة في المادة ٥٧ قائم على فرضية مؤداها: إن تحقق تلك الشروط في المراد تعيينه يعني توفر قدر -ولو يسير- من الاستطاعة على فصل الخصومات.

ولأن تلك الفرضية قد تتحقق وقد لا تتحقق حدد القانون فترة اختبار أوجب خلالها التأكد من توفر بقية الشروط.. تلك الشروط التي أطلقنا عليها اجتهاداً اسم (شروط الكفاءة) لأن الشخص المعين لن يقدر على فصل الخصومات ما لم تتوفر فيه تلك الشروط، ومن ثم لا يعد المعين الذي استوفى شروط القبول كفوّاً لولاية القضاء، إلا بتوافر شروط الكفاءة.

شروط كفاءة القاضي

أما بقية الشروط الشرعية لتولي القضاء فلم ينص عليها لأنه لا يمكن التحقق من توافرها في المعين إلا بعد تعيينه، ولهذا السبب حدد المقنن فترة اختبار للمعين أوجب خلالها التأكد من توفر بقية الشروط، تلك الشروط التي وسماها بـ"شروط الكفاءة" لتعلقها بقدر المعين على فصل الخصومات، ومن ثم لا يعد المعين الذي استوفى شروط القبول كفوّاً لولاية القضاء إلا بتوفر شروط الكفاءة من علم وفهم

غنم هذا دخلت حرثي وما أبقت منه شيئاً، فقال داود عليه السلام: اذهب فإن الغنم لك، فخرجوا فمرا على سليمان (عليه السلام) فقال: كيف قضى بينكما؟ فأخبراه، فقال: لو كنت أنا القاضي لقضيت بغير هذا، فأخبر بذلك داود عليه السلام فدعاه وقال: كيف كنت تقضي بينهما: فقال: أدفع الغنم إلى صاحب الحرث فيكون له منافعها من الدر والنسل والوبر حتى إذا كان الحرث من العام المستقبل كهيئة يوم أكل دفعت الغنم إلى أهلها وقبض صاحب الحرث حرثه».

وزاد ابن مسعود ومن معه في روايتهم: «فقال داود عليه السلام: إنما القضاء ما قضيت، وحكم بذلك».

فقوله تعالى: (ففهمنها سليمان، وكلا آتينا حكما وعلما) يؤكد بصورة قاطعة أن الفهم غير العلم، كما يؤكد أيضاً أهمية شرط الفهم بالنسبة للقاضي لهذا بدأ به وأكد عليه الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه في رسالته المشهورة إلى أبي موسى الأشعري لما ولاه القضاء، فبعد أن عرف -رضوان الله عليه- القضاء بقوله: «أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة..» عقب قائلاً: «فأفهم إذا أدلي إليك، وانفذ إذا تبين لك فإنه لا ينفع حق لا نفاذ له..»، فقد بدأ رضي الله عنه توجيه خطابه لقاضيه بذكر الفهم دلالة على أهميته، ثم لم يكتف بذلك بل أكد عليه بعد ذلك بقوله: «الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله، وأعرف الأشياء والأمثال ثم قس الأمور عند ذلك واعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق»، وفي هذا القول تأكيد آخر على أن الفهم غير العلم، فإذا كان القاضي عالماً بكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وعلى آله فلا بد له أيضاً من الفهم ليستطيع الحكم فيما يعرض عليه من الوقائع التي لا يجد لها نصاً

٤- اللغة العربية: من نحو وصرف ومعان وبيان وبديع.

٥- أصول الفقه: المتضمن بيان الأدلة الشرعية والأمارات العقلية، وأحكام الأمر والنهي، والمنطوق والمفهوم، والعموم والخصوص، والحقيقة والمجاز، والمجمل والمبين، والناسخ والمنسوخ.

٦- أحكام النصوص القانونية واللائحية المتعلقة به وبعمله.

هذه هي مجمل العلوم والأحكام التي يجب على القاضي أن يلم بها إماماً كافياً كونها أدوات عمله، ويقدر ما يعيه من تلك العلوم والأحكام بقدر ما تكون درجة كفاءته، وباختلال أي منها يبقى القول بتحقيق شرط العلم محل نظر.

الشرط الثاني:

فهم القاضي

إن الفارق بين العلم والفهم خيط رفيع لا يكاد يبين مما قد يؤدي إلى اختلاط الشرطين عند الكثيرين فيتوهم البعض إن علم المرء كاف للقول بكفاءته للقضاء، فنقول لهؤلاء: إن إلمام المرء بالعلوم والفنون -التي سردناها عند حديثنا عن شرط العلم- قد يكون كافياً للقول بصلاحيته لتولي القضاء لكنه غير كاف البتة للقول بكفاءته لذلك، إذ الفرق شاسع بين أن يكون المرء صالحاً للقضاء وبين أن يكون كفوياً له.

وندلل على قولنا هذا بذكر قصة داود وسليمان عليهما السلام المذكورة في سورة الأنبياء، يقول تعالى: «وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم وكنا لحكمهما شاهدين» فهمنها سليمان، وكلا آتينا حكما وعلما» قال الفخر الرازي رحمه الله: «قال أكثر المفسرين: دخل رجلان على داود عليه السلام (أحدهما) صاحب حرث والأخر صاحب غنم، فقال صاحب الحرث: إن

المتقاضين تحت سطوة الحبس أو بكثرة مرافقيهم من العسكر، وهذا كما أسلفنا مفهوم قاصر لمعنى الحزم .

فالحزم لغة - كما جاء في لسان العرب - : ضَبَطُ الإنسان أمره والأخذُ فيه بالثقة ، ورجل حازمٌ وحَزِيمٌ : هو العاقل المُمَيَّرُ ذُو الحَنَكَةِ ، وقيل : الحَزْمُ ضَبَطُ الرَّجُلِ أَمْرَهُ وَالْحَدْرُ مِنْ فَوَاتِهِ ، وفي الحديث أنه سئلَ صلى الله عليه وعلى آله وسلم : ما الحَزْمُ ؟ فقال : الحَزْمُ أَنْ تَسْتَشِيرَ أَهْلَ الرَّأْيِ وتُطِيعَهُمْ .

هذه هي معاني الحزم في اللغة ومنها يجب أن يفهم حزم القاضي ، فلما كان العمل الأساس للقاضي هو فصل الخصومات ، ولأن وسيلته إلى ذلك هي : إصدار الأوامر الولائية ، والقرارات الوقتية ، والأحكام المنهية للخصومة ، فإن حزمه يكون : بضبطها والأخذ فيها بالثقة فلا يصدرها إلا وهو واثق من سلامتها ، وهذا لا يتحقق له إلا إذا تعقلَ موجب إصدارها مميذا الغث من السمين مما يُطرح بين يديه بالفحص والإطلاع وعرض ذلك على النصوص ، فإن أشكل عليه أمر ما راجع مدونات الفقهاء واستشار أهل الرأي والخبرة ، فإذا حزم أمره صدع برأيه سواء كان في صورة أمر أو قرار أو حكم ، هذا هو القاضي الحازم ، وفعله ذاك هو الحزم ، أما ما يفصح عنه حكم القاضي أو قراره بعد ذلك من شدة أو لين فهو نتاج للحزم ، بمعنى آخر : إن الشدَّة لا تعني الحزم ولا يعني اللين عدم الحزم - كما يتبادر إلى الأذهان - وإنما قد يسفر الحزم عن شدة كما قد يسفر عن لين أيضا بحسب الأحوال ، لذا قال الشاعر:

من ضيِّعَ الحَزْمَ في أوقاته ندما

فمن لا يدرك أن لكل مقام مقالا وأن الأمور بأسبابها فقد ضيِّعَ الحزم ، فمن شدَّ وقت اللين أو لان وقت الشدة فليس بحازم - أي ليس بعاقل مميز ذي حنكة - ومن كان حاله كذلك

صريحاً في الكتاب أو السنة أو الاجماع، وكذلك الحال بالنسبة للقاضي المعاصر فقد لا يجد في ما سبق من أدلة شرعية ولا في نصوص القانون ما يسعفه فلا بد له من الفهم ليستطيع الحكم في الواقعة التي أمامه .

ولنضرب مثلاً على الفرق بين العلم والفهم فنقول: قد يكون المرء حافظاً عن ظهر قلب علم أصول الفقه، وما يتضمنه من أحكام الأمر والنهي، والمنطوق والمفهوم، والعموم والخصوص، والحقيقة والمجاز، والمجمل والمبين، إلخ بل قد يكون حافظاً ما ورد في كتب الفقهاء من تطبيقات لهذه الأحكام مثل: قوله تعالى: (ولا تقل لهما أف) يدل بمفهوم الموافقة على تحريم ضرب الوالدين من باب أولى، ولكن هل يستطيع تطبيق «مفهوم الموافقة» هذا على نصوص أخرى كنصوص القانون مثلاً؟ إذا كان الجواب الإيجاب فقد جمع بين العلم والفهم وإن كان بالنفي فهو يفتقر ولا شك لشرط الفهم.

وتأكيداً على الفرق بين العلم والفهم قالوا: (كل قاض عالم ولا عكس)، أي أن العالم قد لا يكون كفوياً للقضاء لافتقاره لشروط الكفاءة الأخرى وهي شرط الفهم الذي نحن بصددده أو شرط الحزم.

الشرط الثالث:

حزم القاضي

تعارف الناس في عصرنا على إطلاق لفظ (الحزم) يريدون به الشدَّة في التصرفات ، فيطلقون صفة الحزم على من هو دائم الأمر والنهي في عمله دون ملاينة وبلا هوادة ، وهذا في الواقع ليس حزماً بل قسوة ، إذ أن تنفيذا الأوامر والنواهي مع القسوة لا يتم عن قناعة بل خشية من سطوة صاحب الأمر ، ومما يؤسف له أن من القضاة من يفهمون الحزم بذلك المفهوم ، فيحاولون فرض هيبتهم على

في أولى حلقاتنا: إننا بانتظار تفاعل القضاة - وكل مهتم بالقضاء- مع حلقات هذا الموضوع لإثرائه بالملاحظات والمقترحات **مؤكدتين - مجددا- بأن كل نقد بناء وإن قسا وكل رأي صادق وإن جفا سيلقى من التفهم ما يستوعبه ومن رحابة الصدر ما يتسع له**، فغابتنا هي النهوض بأداء المحاكم وتوحيد أساليبه وصولاً إلى مستوى قضائي أفضل.

وعوداً على بدء ولبيان معايير كفاءة القاضي نقول: إن أداء القاضي الكفاء يجب أن يشتمل على جوانب الأداء الثلاثة الفني والإداري والمسلكي.

فالجانب الفني: وهو المتعلق بفن القضاء البحت فذو شقين، الأول: أداء القاضي في مرحلة المحاكمة، والثاني: أدائه في مرحلة الحكم.

والجانب الإداري: يتضمن شقين، أولهما: الإدارة المباشرة، وثانيهما: الإدارة الإشرافية. **والجانب المسلكي:** يتضمن ثلاثة فروع، أولها حرص القاضي، وثانيها حزمه، وثالثها مظهره.

هذا ولكل جانب من جوانب أداء القاضي فروعته ولكل فرع عناصره.

الإدارة المباشرة

إن المادتين (٤١، ٤٦) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩١م قد تضمنتا بيان جوانب أداء القاضي، إذ تنص الأولى على أن: **«يتولى رئيس محكمة الاستئناف تسيير المحكمة وإدارة شئونها والإشراف على انتظام العمل فيها...»**، وتنص الثانية على أن: **«يرأس المحكمة الابتدائية قاضٍ يقوم بتسييرها وإدارة شئونها والإشراف على انتظام العمل فيها، ولا يعني نص هاتين المادتين أن القضاة - غير رؤساء المحاكم - غير مكلفين في أدائهم بالجوانب الثلاثة، بل يشمل ذلك القضاة**

فعقبى أمره الندم لأنه لم يضبط أمره ويأخذ فيه بالثقة ولم يضع الأمور في نصابها، وفي هذا المعنى قال أبو الطيب المتنبي:

فوضع الندى في موضع السيف - بالعلل -
مُضِرُّ كوضع السيف في موضع الندى
فإذا فهم القاضي الحزم على هذا النحو وعمل به كانت أراؤه صائبة وأفعاله مسددة، ومتى عرف الناس أن ذلك دأبه هابوه فانصاعوا له هيبة من فعله لا رهبة من سطوته وشتان بين الأمرين.

مما سلف يتضح أن الحزم قرين الفهم فلا حزم إلا مع فهم، ولهذا ربط الفاروق رضي الله عنه بينهما في رسالته المشهورة إلى أبي موسى الأشعري قائلاً: (فافهم إذا أدلى إليك، وانفد إذا تبين لك...)، أي لا يكفي أن يفهم القاضي ما أدلى به الخصمان بل يجب أن يكون حازماً بأن يتبين كل ذلك بضبطه والتوثق منه ثم يصدر بحكمه، فإذا تم له ذلك استطاع تنفيذه وإن لم يفعل كان الحكم مختلاً غير قابل للتنفيذ، وبالتالي لا فائدة منه لأنه (لا ينفع حقاً لا نفاذ له).

معايير كفاءة القاضي

إن الإجابة على هذا السؤال هي الموضوع الأساس لما سيأتي من حلقات، فإذا عرف القاضي تلك المعايير تمكن من تقييم كفاءته ذاتياً، فإن وجد قصوراً تلافاه أو خللاً سدّه، وبذلك يتمكن من تقويم أداء نفسه، بمعنى آخر: إذا استوعب القاضي تلك المعايير وقاس - صادقاً- عليها أداءه عرف كيف يكون قاضياً كفوّاً، وكيف يقنع الآخرين بكفاءته.

وقبل الدخول في بيان معايير كفاءة القاضي نؤكد على مسألة هامة هي: **إن كل ما قلناه سابقاً وما سنقول لاحقاً إنما هو نتاج خبرة شخصية لا تسلم من نقصان وفهم خاص لا يخلو من خطأ**، لهذا نذكر الجميع بما قلناه

مسلكي يتمثل في حرص القاضي وحرصه ومظهره.

تأهيل مساعدي القضاة

من العناصر الهامة لتقييم الجانب الإداري في أداء القاضي مدى قدرته على تأهيل مساعدي القضاة طوال فترة عملهم معه وخاصة خلال السنتين الأوليين وهي فترة التدريب المنصوص عليها في المادة (٥٧/ب) من قانون السلطة القضائية، وأهمية تدريب القاضي للمساعدين خلال هذه الفترة ينبع من أن المقنن جعل تدريب المساعد خلالها أحد شروط توليته العمل القضائي، ولاشك أن واجب تدريب المساعد يقع على عاتق القاضي لذا كان من الطبيعي مؤاخذته - عند تقييم الكفاءة- عن التقصير في التأهيل العملي للمساعد.

هذا ولا يقتصر واجب القاضي هنا على تأهيل المساعدین أثناء فترة التدريب المحددة في القانون بل يمتد هذا الواجب ليشمل مساعدي المحكمة ممن هم حاصلون على درجات قضائية أعلى، لهذا كان استخدامنا مصطلح (تأهيل) المساعدين - في تسمية عنصر الكفاءة أعلاه - دون (تدريب) المساعدین ليشمل الفريقين.

لذا لا بد لنا عند الكلام عن تأهيل المساعدین من التنويه أن ثمة معنيين للفظ (المساعد)، الأول باعتبار الدرجة والثاني باعتبار العمل، فالعنى الأول يشمل طائفتين:

الأولى: المساعدون المعينون تحت الاختبار، وهم اللذين يلزم خضوعهم لفترة التدريب المنصوص عليها في المادة (٥٧/ب) آنفة الذكر، والطائفة الثانية: المساعدون اللذين اجتازوا فترة الاختبار منهيين فترة التدريب بنجاح.

وقد تضمنت المادة (٥٩) ذكرهاتين الطائفتين، فجعلت تعيين الأولى لوزير العدل

جميعاً كلاً بحسبه عدا أعضاء هيئات الحكم المتعددة القضاة، فليس ثمة جانب إداري في أدائهم لذا لم يشملهم المقنن بالذكر في المادة (٦) من قانون المرافعات رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م التي تقضي بأنه: «يقصد برئيس المحكمة في تطبيق أحكام هذا القانون، رئيس المحكمة أو من يقوم مقامه من قضائها أو رؤساء الدوائر أو الشعب أو قضاة المحاكم الابتدائية»، وعليه يفهم من خلال النصوص السالفة وغيرها أن أداء القاضي يجب أن يشتمل على الجوانب الثلاثة آنفة الذكر، وبيان ذلك فيما يلي:

■ فقول المقنن «...تسيير المحكمة...» إشارة

إلى الجانب الفني (القضائي)، فما دام أن وظيفة المحكمة في الأصل هي فض المنازعات، فإن تسيير المحكمة يعني قيام القاضي بفض المنازعات، وهذا ما أسميناه الجانب الفني أي فن القضاء، وأداء القاضي هنا - كما أسلفنا في الحلقة الماضية - ذو شقين، الأول: أداءه في مرحلة المحاكمة، والثاني: أداءه في مرحلة الحكم.

■ وقول المقنن «...إدارة شؤونها...» إشارة

إلى الشق الأول من الجانب الإداري وهو ما أطلقنا عليه اسم الإدارة المباشرة، ونقصد بها الأعمال الإدارية التي يباشرها القاضي بنفسه.

■ أما قول المقنن: «...والإشراف على

انتظام العمل فيها»، فالمراد به الأعمال الإدارية التي يباشرها العاملون مع القاضي، ويقتصر دوره على الإشراف على أدائهم، وهذا ما أسميناه الإدارة الإشرافية .

وقد يقول قائل: ما نص عليه المقنن أعلاه شمل فقط جانبين من جوانب الأداء الثلاثة، فماذا عن الجانب الثالث الذي أطلقت عليه اسم الجانب المسلكي ؟ فنقول: إن هذا الجانب هو الذي يميز القاضي الكفاء عن غيره، إذ لا يمكن اعتبار أدائه مميزاً في الجانبين الإداري والفني ما لم يصحبهما أداء

محل نظر كبير.

فإذا استبعدنا الطائفة الأخيرة من موضوعنا يبقى لدينا طوائف ثلاث من المساعدين كل منها يختلف عن الأخرى مما يقتضي التفرقة في تأهيل كل طائفة، وهذا ما سنعرض له فيما يلي:

ولكن قبل الحديث عن كيفية تأهيل مساعدي القضاة لتولي القضاء مستقبلاً ننوه إلى أنه ليس ثمة نصوص قانونية أو لائحية تنظم ذلك، وعليه فحديثنا بهذا الشأن إنما يمثل وجهة نظر شخصية قائمة على أسس ثلاثة:

١- **أساس نقلي:** فقد اقتبسنا ذلك عن قضاتنا الأفاضل اللذين تتلمذنا على أيديهم وفق خبرة عملية استقوها ممن قبلهم، فاكتسبناها منهم ونقلناها إلى من عملوا معنا من المساعدين طوال فترة عملنا في المحاكم.

٢- **أساس عقلي:** إذ لا يمكن للمرء - وإن قرأ أو سمع أو حتى شاهد غيره - أن يتقن أي عمل منذ الوهلة الأولى مهما كان ذكاؤه ما لم يشع في ممارسة ذلك بنفسه عملياً شريطة أن تكون ممارسته تلك على يد مدرب متقن لذلك العمل مالم فسيخبط خبط عشواء ردحا من الزمن وهذا غير مقبول ولا مستساغ البتة في العمل القضائي، إذ لا بد لمن سيتولاه أن يكون - بالإضافة إلى بقية الشروط - قد تدرب عليه ومارسه عملياً على يد قاض خبير أما قبل ذلك فلا وألف لا، فدماء الناس وأعراضهم وأموالهم ليست محلاً للتجارب، كما أن تولية قاض قبل تدريبه على يد خبير أشبه بتعليم شخص السباحة من كتاب ثم قذفه في بحر عميق متلاطم الأمواج.

٣- **أساس واقعي:** فباستقراء بسيط لمستوى القضاة العاملين حالياً بالمحاكم يتبين أن أفضلهم أداءً هم ممن تم تأهيلهم وفقاً للأسلوب الذي سنبينه فيما يأتي.

لمدة عامين تحت الاختبار، أما الثانية فهم من ثبتت صلاحيتهم من أفراد الطائفة الأولى وهؤلاء يتم تشبيتهم كمساعدين بقرار من مجلس القضاء.

أما **المعنى الثاني** للفظ (مساعد) فيشمل مساعدي المحاكم الحاملين لدرجة قاضي محكمة ابتدائية فما فوق، وهؤلاء أيضاً على طائفتين:

الطائفة الأولى: هم ممن لا غبار على صلاحيتهم لتولي القضاء، كلما هنالك أنهم يعملون كمساعدين للمحاكم لتخفيف الأعباء على قضاتها بانتظار أن يشغر منصب قضائي هنا أو هناك أو يتم إنشاء محاكم جديدة، وكان أفراد هذه الطائفة يمثلون الرافد الأمثل لولاية القضاة بسبب ما كانوا يكتسبونه من تأهيل عملي إضافة إلى تأهيلهم العلمي، بيد أنه - ومنذ سنوات خلت - أخذ أمثال هؤلاء في التناقص حتى انقرضوا أو كادوا، وذلك لعوامل عدة:

منها: الحركة القضائية لعام ١٩٩٥م التي تبنت تعدد القضاة الأفراد في إطار المحكمة الابتدائية الواحدة، **ومنها:** استحداث محاكم جديدة كمحاكم الأموال العامة والأحداث والجزائية المتخصصة ونحو ذلك، **ومنها:** إقفال باب القبول في المعهد العالي للقضاء منذ عدة سنوات في وجه أية دفعات جديدة، **وأخيراً:** إحالة مائة وعشرين قاضياً للتقاعد... كل هذه العوامل وغيرها اقتضت الاستعانة بكل من يحمل درجة قضائية غثاً كان أم سميناً، فكانت شحة المساعدين المؤهلين الذين يمثلون الرافد النقي لمنصب القضاء.

الطائفة الثانية: هم من أثبت الواقع العملي عدم صلاحيتهم لولاية القضاء، إما لمحدودية قدراتهم الفكرية أو لانعدام أو ضعف تأهيلهم العلمي أو لعدم اكتمال تكوينهم النفسي، ومن ثم فاستعدادهم للتأهيل العملي

المرحلة الثانية: وتأهيل المساعد في هذه

المرحلة يكون بتمكينه من ممارسة أعمال المحكمة المختلطة، أي التي تجمع بين الطبيعتين الإدارية والقضائية، ويراعى في هذه المرحلة ما أمكن:

- نقل المساعد في تلك الأعمال تباعاً بدءاً بأعمال أمانة سر القضايا بأنواعها، ثم رئاسة قلم الكتاب، فرئاسة قسم التوثيق، وأخيراً رئاسة قسم التنفيذ.

- استمرار المساعد أطول فترة ممكنة في ممارسة أعمال أمانة سر القضايا.

- تمكينه من إبداء الرأي في القضايا المؤجلة للاطلاع، ومن إعداد مشروعات الأحكام خاصة في القضايا التي تولى كتابة محاضرها وتحرير ملخصاتها، مع مراعاة إعادة تلك القضايا قبل الموعد المحدد في المحضر بوقت يسمح للقاضي بالمطالعة وتحرير مسودة الحكم.

هذا وبقاء المساعد في أي عمل من الأعمال السالفة مرهون بتقدير القاضي لكفاءته وحسن سلوكه، وتستمر هذه المرحلة حتى نهاية فترة التدريب المنصوص عليها في المادة (٥٧) سائلة الذكر.

المرحلة الثالثة: وتكون لتأهيل المساعد

الذي أنهى التدريب مثبتاً كفاءته في المرحلتين الأولى والثانية مجتازاً فترة الاختبار بنجاح، وهو الذي ينطبق عليه نص المادة (٥٩) بقولها: (ويصدر مجلس القضاء الأعلى بعد مدة الاختبار - وبعد ثبوت صلاحية المعين - قراراً بتثبيته كمساعد قاضٍ)، وليس المراد بتثبيته كمساعد قاضٍ) الدرجة بل العمل، إذ المفترض - وفقاً للقانون النافذ - أن يكون قد حصل على درجة المساعد قبل تخرجه من المعهد العالي للقضاء، ومن ثم فالمراد بلفظ (المساعد) هنا هو المعنى اللغوي لا القانوني، أي أن يقوم الشخص المثبت بمساعدة القاضي، وذلك

سلف القول إن المساعدين - وفقاً للوضع

السائد - على ثلاث طوائف ومن ثم فإن تأهيلهم يكون على ثلاث مراحل، ولا يعنى تقسيم التأهيل إلى مراحل أن لكل منها زمناً محدداً بل هي فترة زمنية واحدة أقلها سنتان لكنها قد تطول أكثر، ويخضع هذا الطول لعوامل كفهم المساعد أو سلوكه أو الحاجة إلى قضاة، وفي كل الأحوال لا يجوز أن تقل تلك الفترة عن سنتين، فالمادة (٥٧/ب) من قانون السلطة القضائية قد اشترطت فيمن يتولى القضاء ابتداءً أن يكون قد أمضى فترة تدريبية لا تقل عن سنتين، ومن ثم فتأهيله خلالها يكون على مراحل تختلف باختلاف طبيعة عمل المحكمة، ولما كانت أعمال المحكمة - من حيث طبيعتها - تنقسم إلى ثلاثة أصناف: أولها إداري، والثاني قضائي، والثالث مختلط، فإن مراحل تأهيل المساعد تكون بحسب هذه الأصناف، وتفصيل ذلك كالتالي:

المرحلة الأولى: يتم تأهيل المساعد خلالها

بتدريبه على الأعمال الإدارية للمحكمة، وذلك بالمرور تباعاً على كافة أقسام المحكمة للتعرف على طبيعة العمل فيها بممارسة العمل في كل قسم لأيام أو أسابيع محدودة يقدرها رئيس المحكمة حسب قدرة المساعد على الاستيعاب، بما في ذلك أعمال القيد في السجلات القضائية، وعلى المساعد ألا يستنكف من ذلك، فنتائج ممارسته لمثل هذه الأعمال تتجلى متى ما صار رئيساً لمحكمة، إذ سيتمكن من الإشراف على سير وانتظام العمل فيها بكفاءة، وبدون ذلك سيستغل موظفوها جهله وعدم سبق إلمامه بطبيعة تلك الأعمال.

هذا ويراعى خلال هذه المرحلة أن يكون نقل المساعد في أقسام المحكمة بحسب سير الدعوى منذ تقديمها وقيدها حتى تنفيذ الحكم الصادر، مع الأخذ في الاعتبار المرور بقسم التوثيق.

مُعَيَّن لديه، لذا عليه أن يحرص خلال مراحل التأهيل الثلاث على ما يلي:

- تعريفه على طبيعة عمل أقسام المحكمة المختلفة وتدريبه عليها .

- إزالة رهبة مجلس القضاء من نفسه .

- تعويده على أن يكون صانع قرار .

فإذا أتقن القاضي ذلك كان له السهم الوافر في ترسيخ دعائم العدل والعكس بالعكس، لذا يجب على القيادات القضائية كل في موقعه أن تحرص كل الحرص على مسألة تأهيل المساعدين، ومن ذلك تعيين المساعدين ابتداء في محاكم ذات ولاية عامة لضمان التنوع في التأهيل وتحت إدارة قضاة ذوي خبرة وكفاءة وسمعة حسنة لضمان حسن التأهيل وسلامته، فهذا نكون قد وضعنا الأساس الصحيح والمتين لصرح العدالة الشامخ.

الإدارة الإشرافية

أسلفنا فيما سبق الحديث عن الشق الأول من الأداء الإداري للقاضي الكفاء وهو الإدارة المباشرة، وفيما يلي نتحدث عن الشق الثاني وهو الإدارة الإشرافية، والمقصود بها الأعمال الإدارية التي يباشرها معاونو القاضي من أمناء سر وكتبة وموظفين إداريين ويقتصر دوره فقط على الإشراف على سلامة وحسن أدائهم لتلك الأعمال ضمانا لانتظام العمل بالمحكمة.. وأبرز الأوعية التي ينصب عليها إشراف القاضي هنا هي :

- السجلات القضائية

- ملفات القضايا

- الشؤون المالية للمحكمة

- الشؤون الإدارية

السجلات القضائية

توجد بالمحكمة سجلات عديدة لكن المراد هنا هو السجلات القضائية، أي السجلات

لتخفيف أعبائه من جهة وللتعود على مهام منصب القضاء ذلك المنصب الخطير الذي سيتولاه المساعد في أية لحظة، فاعتياد المساعد على مواجهة الخصوم وفصل خصوماتهم يجب أن يتم سلفا وتحت إشراف قاضٍ كفء يصوب خطأه إن وجد ويصح مسار عمله إن انحرف كل ذلك في حينه وقبل أن يلحق الخصوم ضرره، أما بعد توليته فلات حين مناص.. هذا وما دام أن المساعد في هذه المرحلة يحمل درجة (قاضي) فمعنى ذلك أنه قد مُنح الولاية العامة للقضاء بانتظار شغور منصب قضائي يُعيّن فيه لتتوفر الولاية الخاصة.. وعليه نرى أن تأهيل المساعد في هذه المرحلة يكون بتمكينه من ممارسة الصنف الثالث من أعمال المحكمة وهو الأعمال القضائية البحتة عدا ما يدخل منها ضمن الولاية الخاصة بالقاضي الذي يعمل مساعدا له، أي يجوز له أن يساعد القاضي في أي من الأعمال القضائية للمحكمة عدا:

- إصدار الأحكام باسمه وتحت توقيعه .

- اتخاذ القرارات التي يجوز للخصوم الطعن فيها بأي من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون.

- أية أعمال نص القانون على قيام القاضي بها دون غيره، أي التي لا حجية لها ولو قام بها قاضٍ آخر.

وما سوى ذلك من أعمال المحكمة يجوز للمساعد القيام بها بشروط ثلاثة:

1- أن يكون ذلك على سبيل المساعدة والتأهيل لا أن يحل المساعد محل القاضي.

2- أن يسبق ذلك تشييته بقرار من مجلس القضاء الأعلى كمساعد لذلك القاضي.

3- أن يكون المساعد معيناً في وظيفة قاضٍ وفقا للقانون، أي يحمل درجة قاضٍ.

نخلص من كل ما سلف إلى القول: إن من أهم واجبات القاضي الإدارية تأهيل كل مساعد

على عاتق رئيس المحكمة.
ومن الجدير بالذكر أنه لابد للجهة المختصة بالوزارة من إعادة النظر في بيانات السجل الذي يوزع على المحاكم تحت هذا الاسم لئلا يكون مجرد تكرار لسجل قيد القضايا الخاص (النوعي).

ثانياً: سجل قيد القضايا الخاص

ووظيفته حصر القضايا المحالة على القاضي أو الشعبة وبيان حالة كل منها، وذلك لمعرفة كم القضايا المحالة وما تم عرضه للنظر وما تم الفصل فيه وما تبقى منها، فهو سجل إحصائي الغاية منه معرفة مدى إنجاز القضايا، لذا لابد أن يكون لكل قاضٍ بالمحكمة الابتدائية أو لكل شعبة استئنافية سجل قيد قضايا خاص، تكون مسئولية الإشراف عليه على ذلك القاضي أو على رئيس الشعبة.

ثالثاً: سجل القضايا المستبعدة

وهو سجل استحدثه قانون المرافعات الجديد، إذ تنص المادة (١١٤) منه على أنه (إذا تخلف الخصمان أو تخلف المدعي عن حضور إي من الجلسات - بعد تقديم أي من أدلتهم - تقرر المحكمة استبعاد الدعوى من دفتر يومية جلسات المحكمة وقيدها في سجل خاص بالقضايا المستبعدة إلى أن يتم تحريكها أو تنطبق عليها أحكام سقوط الخصومة...) ويفهم من هذا النص أن سجل القضايا المستبعدة امتداد لسجل يومية الجلسات الذي أسلفنا الحديث عنه - في الحلقة قبل الماضية - مبينين أن أهميته تنبع من مسابرة للقضية منذ لحظة دخولها مرحلة النظر حتى خروجها من عهدة القاضي بأحد أمور ثلاثة:
- إما بالنطق بالحكم الصادر فيها، وهذا هو الأصل.
- وإما بشطبها واعتبارها كأن لم تكن.

المتعلقة بقيد القضايا وحالتها وحركتها وإثبات إيداع مسودات الأحكام الصادرة فيها وقيد تلك الأحكام، وعددها ستة سجلات هي:

(١) قيد القضايا العام

(٢) قيد القضايا الخاص

(٣) قيد القضايا المستبعدة

(٤) يومية الجلسات

(٥) إيداع المسودات

(٦) قيد الأحكام.

وقبل أن نبين الأمور التي يجب على القاضي مراعاتها عند إشرافه على هذه السجلات لابد من بيان الغاية من كل منها ليتسنى للقاضي الإشراف على العاملين عليها والتأكد من سلامة العمل بها. وسنكتفي في هذه الحلقة ببيان الغاية من سجلي قيد القضايا العام والخاص.

أولاً: سجل قيد القضايا العام :

ووظيفته حصر القضايا الواردة إلى المحكمة بكافة أنواعها وما تم إحالته منها إلى قضاة المحكمة أو شعبها، ومكان هذا السجل هو قلم كتاب المحكمة أو ما يسمى في محاكم الاستئناف بالشئون القضائية، ولهذا السجل عدة غايات أهمها :

- معرفة إجمالي القضايا الواردة على المحكمة بصورة عامة.

- معرفة القاضي أو الشعبة التي أحيل إليها ملف القضية.

- متابعة القضايا المحالة على قضاة المحكمة أو شعبها - سواء من قبل رئيس المحكمة أو التفتيش القضائي - لمعرفة المتعثر منها وأسباب ذلك التعثر.

وعليه فالعمل بهذا السجل لا يكون إلا في محاكم الاستئناف وفي المحاكم الابتدائية الكبيرة التي يوجد بها أكثر من قاضٍ، وتقع مسئولية الإشراف المباشر على هذا السجل

مرافعات).

الحالة الثالثة: أن تسقط الخصومة فيها بقوة القانون، وذلك بمضي ثلاث سنوات من تأريخ آخر إجراء صحيح (المادة ٢١٦) مرافعات).

والمفترض وفقا للمادة (١١٤) أن المراد بعبارة (آخر إجراء صحيح) الواردة في المادتين السابقتين هو قرار استبعاد القضية من دفتر يومية جلسات المحكمة.

لذلك وكى يتسنى للقاضي اتخاذ أي من هذه الإجراءات في وقته بحيث تخرج القضية من عهده لا بد له من سجل يمكنه الرجوع إليه دوريا، لذلك استحدث المقتن سجل القضايا المستبعدة.

ويعتبر النظر عن قناعتنا من عدمها بسلامة التفرقة بين التأجيل الجزائي وبين الاستبعاد، لما يترتب على ذلك من اضطراب شديد في إحصاءات القضايا بالمحاكم ومن إقبال لكاھلها بأعباء هي في أمس الحاجة للتخفيف منها، بصرف النظر عن كل ذلك فإننا أمام نص قانوني يجب على الكافة احترامه - إلى أن يتم تعديله - وأولهم الجهة المختصة بإعداد السجلات القضائية بالوزارة، وإلى أن تقوم تلك الجهة بتصميم وإعداد سجل القضايا المستبعدة يستحب لكل قاض المبادرة بذلك وفقا للغاية من ذلك السجل بحيث يستوعب عددا من البيانات أهمها:

- رقم وتاريخ القضية.
- أسماء وصفات الخصوم.
- تأريخ قرار الاستبعاد.
- تأريخ قرار تحريك القضية، إن تم تحريكها في المدّة القانونية.
- تأريخ قرار الحكم بسقوط الخصومة فيها، إن طلب ذلك.
- تأريخ سقوط الخصومة بحكم القانون.

- وإما باستبعادها من يومية الجلسات تنتقل إلى سجل خاص بالقضايا المستبعدة. وما لم يتخذ القاضي بشأن القضية أيًا من هذه الإجراءات فمعنى ذلك أنها ما تزال منظورة وبالتالي بقاؤها بعهدته، مما يقتضي استمرار بقائها ضمن دفتر يومية الجلسات، وإلا فإن القاضي المسئول الأول عن تعثرها أو تجميدها أو ضياع ملفها. وقلنا أن لدفتر يومية الجلسات غايات عديدة من أبرزها أنه يعين القاضي على بسط رقابته على أداء أمانة السر بحيث يضمن عدم تعثر أو تجميد أية قضايا أو ضياع ملفاتها. لذلك ولضمان استمرار بسط هذه الرقابة بعد استبعاد أية قضايا من دفتر يومية الجلسات استحدث المقتن اليمني سجل القضايا المستبعدة. وهو أمر ينسجم مع الأحكام الجديدة للاستبعاد، حيث فرّق المقتن بينه وبين " التأجيل الجزائي " المنصوص عليه في المادة (١١٢) مرافعات وذلك على النحو التالي:

فالتأجيل الجزائي للقضية: لا يكون إلا عند تخلف الخصمين في الجلسة أو الجلسات الأولى للمحاكمة، أي قبل تقديم الخصوم أدلتهم. وتعقب قرار التأجيل الجزائي إحدى حالتين إما تحريك القضية وإما شطبها. واستبعاد القضية: يكون عند تخلف الخصمين أو تخلف المدعي في الجلسات التالية، أي بعد تقديم الخصوم أي من أدلتهم. ومن ثم فأية قضية مستبعدة - كما هو ظاهر من المادة السابقة - تمر بإحدى حالات ثلاث:

الحالة الأولى: أن يُطلب من المحكمة تحريكها في أي وقت بعد استبعادها وقبل إسقاط الخصومة فيها بحكم أو سقوطها بقوة القانون.

الحالة الثانية: أن يطلب المدعى عليه من المحكمة الحكم بسقوط الخصومة بعد مضي سنة من آخر إجراء صحيح (المادة ٢١٥)

رابعاً: دفتر يومية الجلسات

هو أهم السجلات القضائية بالمحكمة، وتنبع أهميته من مسابقتها للقضية جلسة بجلسة طوال مرحلة المحاكمة، أي منذ لحظة دخولها مرحلة النظر حتى خروجها من عهدة القاضي، ولا يكون خروجها إلا بأحد أمور ثلاثة:

- إما بالنطق بالحكم الصادر فيها، وهذا هو الأصل

- وإما بشطبها واعتبارها كأن لم تكن.

- وإما باستبعادها من يومية الجلسات لتنتقل إلى سجل خاص بالقضايا المستبعدة.

وما لم يتخذ القاضي بشأنها أيأً من هذه الإجراءات فإن ذلك يعني أن القضية ما تزال منظورة وبالتالي بقاؤها بعهدته، مما يقتضي استمرار بقائها ضمن دفتر يومية الجلسات، وإلا فإن القاضي المسؤول الأول عن تعثرها.

وعليه فغاية هذا الدفتر تتجلى من عدة وجوه، أي لأمين السر وللقاضي وللمتقاضين ولهيئة التفتيش القضائي:

فغاياته بالنسبة لأمين السر: أنه يعينه على عدة أمور منها:

1- سرعة وسهولة إخراج ملفات القضايا المحددة قبل كل جلسة دون حاجة إلى الرجوع للمواعيد المدونة في محاضر الجلسات.

2- تبليغ قلم الكتاب أو قلم المحضرين في نهاية كل جلسة بالقرارات التي تقضي بالإعلان أو بالاستبعاد أو الشطب ليتم اتخاذ ما يلزم بشأنها.

3- إخبار من يراجعه من الخصوم أو وكلائهم بشأن آخر قرار اتخذته المحكمة في قضيته.

وبالنسبة للقاضي فإن دفتر يومية الجلسات يمكنه مما يلي:

1- تحديد كم القضايا في كل جلسة من الجلسات، بحسب طبيعتها والإجراء المطلوب

فيها.

2- بسط رقابته على أداء أمانة السر، فيضمن عدم تعثر أو تجميد أية قضية أو ضياع أي ملف.

3- تحديد مواعيد نظره للقضايا بدقة، بحيث يضمن التزامه بنظر كل قضية في موعدها.

4- إعطاء كل قضية حقها، بحيث لا يكون نظر بعض القضايا على حساب البعض الآخر.

5- تخفيف تزاحم المتقاضين بالمحكمة، فلا يتواجد إلا من له جلسة أو من ينفذ قراراً من جلسة سابقة.

أما بالنسبة للمتقاضين: فإن وجود دفتر منضبط للجلسات يضمن لهم ما يلي:

1- انضباط سير الإجراءات في قضاياهم.

2- تتابع جلساتها وعدم تعثرها أو التراخي في نظرها.

3- ضبط مواعيد حضورهم إلى المحكمة، بحيث لا يضطرون للحضور يوماً لمراجعة القاضي أو متابعة أمين السر لتحديد جلسة لنظر قضاياهم.

أما بالنسبة لهيئة التفتيش: فإن ذلك الدفتر يمكنها من تقييم جدية وحرص القاضي من خلال معرفة:

1- عدد جلساته في الأسبوع، وعدد القضايا في كل جلسة.

2- مدى التزامه بعقد الجلسات في مواعيدها.

3- مدى التزامه بتنفيذ القرارات الخاصة بتأجيل القضايا للاطلاع أو الحكم.

4- كيفية سير الإجراءات في قضية ما، سواء كان التفتيش دورياً أو مفاجئاً.

هذه باختصار مجمل الغايات التي يحققها دفتر يومية جلسات المحكمة، ولا يخفى ما يترتب على انضباط تلك الجلسات من آثار إيجابية على إجراءات التقاضي ومن ثم سير

أحدهم استطاع القاضي مؤاخذته أو تخريمه أو الانتقال إلى الإجراء التالي وهو مطمئن وواثق من سلامة قراره، والعكس بالعكس. أي أنه بدون جدولة دفتر اليومية على هذا النحو فإن وجوده كعدمه بل إن العمل به بخلاف ذلك يكون مجرد إهدار للمال العام، وفوق كل هذا فإن القاضي يكون قد خالف النصوص الخاصة بتحديد المواعيد مما سيسفر عنه اضطراب مواعيد جلساته على نحو واضح. ولنضرب مثلاً على ذلك:

فإذا كانت الجلسة منعقدة يوم السبت ٢ ذي القعدة ١٤٢٣هـ الموافق ٤ / ١ / ٢٠٠٣م، وكان من بين قضايا تلك الجلسة قضية تنظر ابتداء ولم يحضر طرفها وأراد القاضي تأجيلها ستين يوماً تطبيقاً لنص المادة (١١٢) مرافعات، ففي مثل هذه الحالة لا يخلو إماماً أن يكون الدفتر مجدولاً أو لا:

فإن كان مجدولاً ولمدة كافية تسمح بذلك، فسيتم الرجوع إليه ومن خلاله يستطيع القاضي اتخاذ قراره بدقة وفقاً لنص المادة (٦) مرافعات وذلك بالتأجيل إلى موعد معلوم باليوم والتاريخين الهجري والميلادي.

وإن لم يكن الأمر كذلك واكتفى القاضي بتأجيلها لستين يوماً دون تحديد اليوم والتاريخ ودون إثبات ذلك في الدفتر، فإنه سيكون قد خالف نص المادة (١١٢) مرافعات التي تقضي بالتأشير بالموعد القادم في دفتر اليومية، ناهيك عما سيحدث جراء هذه المخالفة من اضطراب في موعد الجلسة القادمة بالنسبة للخصوم وللمحكمة:

- فقد يتم احتساب الستين اليوم بالعدد.
 - وقد يحتسبها البعض بشهرين هجريين.
 - وقد يحتسبها آخر شهرين ميلاديين.
- ففي الحالتين الأولى والثانية سيكون الموعد في ٢ محرم ١٤٢٤هـ، وهذا يصادف يوم أربعاء والقاضي - كما افترضنا - يعقد جلساته

كيفية العمل بدفتر يومية الجلسات

أسلفنا القول أن لهذا الدفتر غايات عديدة وهامة سواء بالنسبة لأمين السر أو للقاضي أو للمتقاضين أو لهيئة التفتيش القضائي، وكي يحقق هذا الدفتر كل تلك الغايات يجب أن يكون دائماً مجدولاً سلفاً ولمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وذلك ليتسنى للقاضي تأجيل القضايا إلى مواعيد محددة بدقة. ولبيان كيفية القيام بتلك الجدولة على نحو سليم سنفترض مثلاً ينطبق على الأعم الأغلب من المحاكم وهي التي يوجد بها قاض واحد ينظر كافة القضايا.

ففي هذه الحالة يجب أن يكون لكل نوع من أنواع القضايا دفتر يومية خاص به بما فيها قضايا التنفيذ، وهنا يجب على أمين السر المختص بجدولة الدفتر الخاص به، فإذا كانت القضايا المدنية - مثلاً - تنظر أيام السبت والاثنين من كل أسبوع فتتم جدولة الدفتر الخاص بها بالاستعانة بأي تقويم سنوي للعام المطلوب وذلك على النحو التالي:

تسديد الخانات الخاصة بالتاريخين الهجري والميلادي تبعاً في صفحات دفتر اليومية، بحيث تكون الصفحة الأولى ليوم السبت والثانية ليوم الاثنين، وهكذا يكرر نفس العملية في الصفحتين التاليتين إلى أن يسد أكبر عدد من صفحات الدفتر، المهم ألا تقل عن ثلاثة أشهر كما أسلفنا.

فبهذا يحقق دفتر اليومية الغاية منه بحيث يصبح أشبه بالفكرة للقاضي يستطيع من خلال تصفحه تحديد موعد الجلسة القادمة باليوم والتاريخين الهجري والميلادي بدقة فلا يلتبس الأمر على الكاتب وعلى الخصوم، فإذا جاء الأجل المحدد وجد ملف القضية أمامه وكذا أطرافها، وحتى لو تخلف

وإثبات قيامه بتسليمها للكاتب.

والثاني: إثبات قيام الكاتب المختص بإيداع المسوّدة.

والثالث: معرفة عدد ما حرره كل قاضٍ من مسوّدات، وذلك في هيئات الحكم المتعددة القضاة.

سادساً: سجل قيد الأحكام

من السجلات القضائية التي يجب أن ينصب عليها إشراف القاضي "سجل قيد الأحكام"، وهو سجل ذو طبيعة توثيقية وليس إحصائية - كما هو حال سجل قيد القضايا - أي أن الغاية منه توثيق ما تصدره المحكمة من أحكام ليتم الرجوع إليه في حال فقدان أو تلف أي حكم لاستخراج بدل عنه، وعليه فاللازم أن يكون القيد في ذلك السجل بنقل صيغة الحكم حرفياً ابتداءً من البسملة وانتهاءً بتوقيع القاضي مصدر الحكم، وأية زيادة أو أي نقصان أو تغيير في تلك الصيغة يعرض مرتكبها للمساءلة، لذا يجب على القاضي - بعد الانتهاء من قيد الحكم - أن يلزم كاتب القيد وأمين السر المختص بالمقابلة بأن يقرأ الأول من السجل ويقص الثاني بعده من نسخة الحكم ويوقع كل منهما في المكان المخصص له، ورغم ذلك على القاضي أيضاً قبل التوقيع على حكمه في ذلك السجل أن يقرأ - على الأقل - أسباب ومنطوق الحكم، فحجية الحكم المقيّد بالسجل لا تقل عن حجية نسخة الحكم الأصلية بأي وجه من الوجوه خاصة في حال فقدان أو تلف الأخيرة. لكل ذلك يجب أن يكون في إطار كل محكمة - أيًا كانت درجتها - عدد من سجلات قيد الأحكام يخصص كل سجل لقيد نوع محدد من أنواع الأحكام، أي أن كل محكمة أو شعبة أو دائرة تختص بقيد ما يصدر منها من أحكام تباعاً دون ترك صفحات فارغة بين حكم

المدنية يومي السبت والاثنين. أما في الحالة الثالثة فسيكون الموعد في ٤/٣/٢٠٠٣ وهو يصادف يوم الثلاثاء، كما أن المدة من جهة ثانية ستكون (٥٩) يوماً فقط وليس ستين، ومن جهة ثالثة سيصادف ذلك التاريخ يوم رأس السنة الهجرية وهو يوم عطلة رسمية.

ويمكن للقاضي أن يتلافى مخالفة النصوص السالفة، وكذا الإرباك الذي قد يحصل جراء ذلك بجدولة دفتر يومية الجلسات على نحو ما أسلفنا. وما ينطبق على القاضي الذي ينظر كل أنواع القضايا - كما في المثال أعلاه - ينطبق على القاضي الذي ينظر نوعاً معيناً من القضايا، فعلى أمين سره أن يجدول دفتر يومية جلساته بحسب أيام الأسبوع التي يعقد الجلسات فيها آخذاً في الاعتبار إغفال جدولة أيام الراحة والعطل الرسمية والقضائية.

خامساً: دفتر إثبات

إيداع مسوّدات الأحكام

نص المقتن في المادتين (٢/٢٢٥) مرافعات و(٣٧٥) إجراءات على وجوب إيداع مسوّدة الحكم في ملف القضية، لذلك تم تخصيص دفتر يتم فيه إثبات إيداع مسوّدات الأحكام، وفي اعتقادي أن الغاية من هذا الدفتر ليس إثبات التزام القضاة بأحكام الإيداع الواردة في هذين النصين لسبب بسيط وهو عدم إمكانية التعويل على ذلك الدفتر في أمر كهذا فبإمكان القاضي أن يثبت فيه ما يشاء، لذا ولما كان تحرير مسوّدة الحكم يتم من قبل القاضي ولأنه لا بد له من تسليم تلك المسوّدة للكاتب ليتولى تحرير نسخة الحكم الأصلية ولوجوب قيام الكاتب بإيداعها في ملف القضية فإن الغاية من ذلك الدفتر تتجلى من عدة أوجه :

الأول: إخلاء عهدة القاضي من المسوّدة

السجلات، وذلك لا يتأتى إلا بتحديد وقت يخصصه لفحصها وذلك على النحو التالي:
إما بتخصيص ساعة يوميا سواء في بداية الدوام أو في نهايته بحسب الظروف، فإن كانت في بداية الدوام فلتأكد من قيام المختصين بأعمال اليوم السابق، وإن كانت آخر ساعات الدوام فلمتابعة تسديد السجلات كل يوم بيومه، فإن وجد القاضي تقصيرا من أي من العاملين ألزمه بإكمال عمله خارج وقت الدوام. ويستحسن إتباع هذا الأسلوب في المحاكم الكبيرة فئة (أ).

❖ أو بتخصيص يوم في الأسبوع ويستحسن أن يكون أول أيام الأسبوع أو آخرها ليتأكد من تسديد السجلات لكافة أعمال الأسبوع المنصرم، وهذه الطريقة أنسب لمحاكم الفئة (ب).

❖ أما بالنسبة لمحاكم الفئة (ج) فيمكن الاكتفاء بتخصيص يوم في نهاية كل شهر. وفي كل الأحوال فالمسألة تقديرية للقاضي في تحديد وقت فحص السجلات إلا أنه كلما كانت أوقات الفحص أكثر تقاربا كلما كان ذلك أفضل، لسهولة تلافي أي قصور أو تقصير ولضمان انضباط أكثر في العمل ولئلا يفاجأ القاضي بالتفتيش على أعمال المحكمة في وقت لا تكون فيه السجلات كما ينبغي.

ولكي يضمن القاضي سلامة إشرافه على تلك السجلات ينبغي له فحصها من الجانبين الموضوعي والشكلي:

فالجانب الموضوعي يتحقق بفحص التالي:

- تسديد بيانات السجل أولا بأول.
- تطابق البيانات المثبتة في السجل مع الواقع.
- تخصيص كل عام بمسلسل مستقل.
- عدم الفصل بين البيانات بصفحات أو أسطر فارغة، لتلافي قيام بعض الكتبة بحشر

وآخر، لذا فإن ترك صفحات فارغة في سجل قيد الأحكام في بعض المحاكم الابتدائية بزعم تخصيصها لقيد الحكم الاستثنائي أو حكم المحكمة العليا، تصرف غير صحيح لا سند له من قانون أو لائحة أو غيرهما، بل هو تصرف مخالف للغاية من هذا السجل كما بينها أنفا، وما يسوقه بعض المختصين بتلك السجلات من مزاعم إنما هي لتبرير تراخيهم المتعمد عن قيد بعض الأحكام لسبب أو لآخر مما ليس المقام مقام ذكره.

كيفية الإشراف على السجلات القضائية

تحدثنا فيما سبق عن أهم السجلات القضائية التي لا يمكن أن تنتظم أعمال المحكمة بدونها ولا تتسنى معرفة جهد القاضي إلا من خلالها، مبينين أنواع تلك السجلات وأهمية كل منها والغاية منه، وفيما يلي سنتطرق إلى الحديث عن السجلات القضائية ببيان كيفية إشراف القاضي عليها وتحديد العناصر التي ينصب عليها ذلك الإشراف.

كما يتسنى للقاضي الإشراف على العاملين عليها والتأكد من سلامة العمل بها ولكي يحقق ذلك الإشراف النتائج المتبتغة منه لا بد أن يدرك القاضي أنه إنما يقوم بذلك أداء لواجب وليس ليقال أنه حسن الإدارة أو ليرضى عنه التفتيش القضائي أو ترتفع بذاك درجات كفاءته، وأن يدرك أيضا أنه المستفيد الأول من انضباط ودقة سجلاته فبدلك يضمن عدم ذهاب جهوده أدراج الرياح، كما يضمن بذلك صون قضايا المواطنين وأحكامهم فيكسب بذلك احترام الجميع، وقبل هذا وذاك ليدخل في عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم (إن الله يحب إذا عمل أحدكم عملا أن يتقنه). وعليه ولضمان كل ذلك لا بد للقاضي أن يحسن إشرافه على العاملين على تلك

التي تم فيها القيد. والجدير بالذكر أن قيد القضية في السجل يجب أن يتم بالتأريخ الهجري وما يقابله بالميلادي عملاً بنص المادة (٦) مرافعات، أما رقم القضية الذي يدون بظاهر الملف فيكون بالسنة الهجرية لا الميلادية، أي ١٢٠ لسنة ١٤٢٤هـ مثلاً، لأنه لا يمكن استخدام العامين معا هنا، ولأن الأصل هو التأريخ الهجري، وعليه فالعام القضائي يبدأ بشهر محرم وينتهي بنهاية شهر ذي الحجة.

٢- نوع القضية: أي بيان كونها مدنية أو إدارية أو جزائية أو أحوالاً شخصية ... إلخ .

٣- موضوع القضية : إذا كانت القضية مدنية مثلاً فموضوعها يعني بيان ما إذا كانت شفعة أو غصباً أو منازعة حول تنفيذ عقد. وإذا كانت جزائية يتم تحديد ما إذا كانت قتلاً أو سرقة أو شروعا في أي منهما أو شرب خمر أو تعاطي مخدرات أو حيازة شيء من ذلك. وإذا كانت أحوالاً شخصية فيحدد ما إذا كانت فسخ نكاح أو قسمة تركة، ونحو ذلك. ويجب مراعاة أن تحديد موضوع القضية يتم من قبل المحكمة وليس من قبل الخصوم.

٤- أطراف القضية: والمقصود بهذا البيان ليس المدعي والمدعى عليه بل والمدخل أو المتدخل أيضاً. ويراعى ما أمكن تدوين اسم كل طرف كاملاً سواء كان واحداً أو أكثر.

٥- مواعيد الجلسات: وتدوين هذا البيان يتم تباعاً، بأن يقوم أمين السر في نهاية كل جلسة بتدوين موعد الجلسة القادمة بظاهر الملف، ليعرف المطلع عدد الجلسات التي عقدت لنظر القضية ومدى متابعتها، وليسهل على أمين السر تناول الملفات ببسر قبل كل جلسة.

٦- فهرسة المحتويات (التعلية): بتدوين كل ما يحتويه الملف بدءً بعريضة الدعوى وانتهاءً بمسودة الحكم ونسخته الأصلية مرورا بالإعلانات والرد على الدعوى ومحاضر

بيانات قضايا أو أحكام للإيهام بأنها أسبق قيماً .

- التأكد من تسلسل أرقام صفحات السجل لضمان عدم إخفاء بيانات قضية أو حكم ما بنزع صفحات.

أما الجانب الشكلي فيراعى عند فحصه ما يلي :

- افتتاح السجلات وإقفالها بمحاضر.
- الفصل بين صفحات كل عام بعلامة،
سهوله البحث والفحص.

- تلافي الخدش والحشر والتصحيح.
هذه بإيجاز أهم الجوانب التي يجب أن ينصب عليها تركيز القاضي عند فحص السجلات القضائية.

الإشراف على ملفات القضايا

من أهم ما يدخل في الأداء الإداري للقاضي الكفاءة حسن إشرافه على ملفات القضايا المنظورة أمامه. وإشرافه هنا يجب أن ينصب على ثلاثة عناصر هي: بيانات الملف، ومحتوياته، وأرشفته. وتفصيل ذلك على النحو التالي:

بيانات ملف القضية

يجب أن يتضمن ملف القضية على عدد من البيانات يلزم تسديدها من قبل الكتبة المختصين، ودور القاضي هنا إشرافي وذلك بالتأكد من أمرين أولهما تسديد تلك البيانات أولاً بأول، والثاني صحة تلك البيانات. ولما كان ملف القضية يمر بمرحلتين القيد والنظر، فإن تسديد تلك البيانات يتم خلال تينك المرحلتين عن طريق قلم الكتاب في مرحلة القيد ثم عن طريق أمانة السر في مرحلة النظر. وأهم تلك البيانات ما يلي:

١- رقم القضية: وهذا البيان يتكون من جزئين، الأول الرقم المسلسل الذي قيدت به القضية في سجل قيد القضايا، والثاني السنة

يحسن به أن يبدأ ذلك منذ الجلسة الأولى، ثم يوالي المتابعة في الجلسات التالية كلما تسنى له ذلك. هذا بإيجاز ما يتعلق بالعنصر الأول من عناصر إشراف القاضي على ملفات القضية.

محتويات ملف القضية

يجب أن يحتوي ملف القضية - أيًا كان نوعها أو قيمتها - عددا من الأوراق والمحركات يتم إدراجها فيه تباعا، ابتداء بعريضة الدعوى وانتهاء بنسخة الحكم الأصلية مروراً بما عداها من محركات، بحيث إذا انتهت القضية أمام المحكمة التي نظرتها وجب أن يكون ملفها حاوياً لكل ما قدم وما قيل فيها وما صدر بشأنها. ولضمان سلامة إشراف القاضي على ملفات القضايا، لا بد له أن يحرص على متابعة الكاتب المختص طوال سير إجراءات التقاضي للتأكد من احتواء ملفها على كافة الأوراق والمحركات التي يلزم وجودها فيه، والتي تنحصر في ما يلي:

١- أصل عريضة الدعوى: ووجوب احتواء ملف القضية على أصل عريضة الدعوى يفهم من نص المادتين (١٠٣، ١٠٤) مرافعات اللتين تقضيان بأن ترفع الدعوى كتابة، وبأن يكون رفعها بعريضة أصلية وصور بعدد الخصوم. وإذا كان يُفهم من نص الفقرة (٧) من المادة الأخيرة جواز رفع الدعوى شفاهة، إلا أن ذلك لا يعني الاقتصار على إثبات الدعوى الشفوية في محضر الجلسة، فقد قرر المقتن - في ذات الفقرة - بأن " على الكاتب المختص بالمحكمة إثبات البيانات المقدمة - حسب ما يملئها المدعي - في عريضة تودع في ملف الدعوى ويوقع عليها المدعي أو وكيله ". وعليه يجب أن يحتوي ملف القضية على أصل عريضة الدعوى - أو الطعن - أيًا كان نوع القضية، أي سواء كانت مدنية أو جزائية، ويستثنى من ذلك

الجلسات وما يقدمه الخصوم من مذكرات أو مستندات. ويلزم أن تتم كل هذه المحتويات تباعا، أي أنه كلما أدرج شيء منها في الملف يقوم الكاتب المختص سواء في قلم الكتاب أو في أمانة السرف في نفس الوقت بتدوينه اسم المحرر وتاريخ تقديمه بباطن الملف والغاية من هذا الحفاظ على محتويات الملف من الضياع عند تداوله داخل المحكمة أو خارجها. وليس صحيح ما يجري عليه العمل في أكثر المحاكم بفهرسة المحتويات قبل إرسالها إلى المحكمة الأعلى أو الأدنى درجة، فهذا وإن كان يحفظ المحتويات عند انتقالها خارج المحكمة إلا أنه يحقق ذلك عند انتقال الملف داخل المحكمة الواحدة سواء بين كتبتها أو بينهم وبين القضاة.

والحكمة من البيانات سائفة الذكر تظهر من عدة أوجه أهمها:

- أنها تمكن القاضي من إعداد إحصائية سليمة ودقيقة لما ورد عليه من قضايا خلال فترة زمنية محددة وبدونها لا يمكنه.

- أنها تمكن المختصين من ترتيب وأرشفة القضايا على نحو يسهل معه تناولها في أي وقت وبأقل مجهود.

- أنها تسهل تداول وإرسال وقيد الملفات بين أقسام المحكمة أو بينها وبين المحاكم الأعلى أو الأدنى درجة.

- أنها تسهل على المفتشين اختيار القضايا محل التقييم، وما يترتب على تسديدها من ارتفاع لدرجة كفاءة القاضي المفتش على عمله.

- أنها تسهل للمطلع معرفة كثير من المعلومات عن القضية دون حاجة لتقليب محتويات الملف الذي يعرض محتوياته للتلف أو الضياع.

وكيما يتسنى للقاضي الإشراف السليم على تسديد كل تلك البيانات وبصورة سهلة

في الجلسات مما قيل أو قدم من قبل الخصوم وما تم من قبل المحكمة بشأن كل ذلك. ولا يمكن أن يعتبر الملف قضائياً ما لم يتضمن النسخة الأصلية من محاضر جلسات المحاكمة.

٦- مسوِّدة الحكم: إيداع مسوِّدة الحكم في ملف القضية أمر أوجبه المقتن صراحة في قانون المرافعات المدنية (مادة ٢٢٥/٢) وفي قانون الإجراءات الجزائية (مادة ٣٧٥).

٧- نسخة الحكم الأصلية: آخر ما يلزم أن يحتويه ملف القضية هو نسخة الحكم الصادر فيها، والمراد هنا هو الحكم الحاسم للخصومة أو لشق منها مما يجوز الطعن فيه استقلالاً. أما إذا كان الحكم الصادر في القضية مما لا يجوز الطعن فيه كالحكم الصادر بشطب القضية أو بسقوط الخصومة ونحو ذلك فلا يلزم أن تحرر له نسخة أصلية كي يتم إيداعها في ملف القضية، وإنما يحتويه الملف ضمن محاضر الجلسات. هذا ويجب بالنسبة لملف القضية الاستثنائية أن تحتوي أيضاً بالإضافة إلى نسخة الحكم الصادر فيها نسخة من الحكم الابتدائي المطعون فيه. أما ملف الطعن بالنقض فيجب أن يحتوي الاثنین معا بالإضافة إلى نسخة الحكم الصادر في الطعن. هذه مجمل الأوراق والمحركات التي يجب أن يحتويها ملف القضية حصراً. والغاية من ذلك - كما لا يخفى - تتجلى من عدة أوجه:

أولها: حفظ أوراق القضية من التلف والضياع.

ثانيها: تمكين القاضي من الإلمام بكافة جوانب القضية عند الإطلاع على ملفها سواء في مرحلة المحاكمة أو في مرحلة الحكم.

ثالثها: ضمان حق الخصوم في التداعي وتقديم كل ما لديهم.

رابعها: تمكين المحكمة الأعلى درجة من بسط رقابتها على المحكمة الأدنى، خاصة في

الدعوى بالحق الخاص في القضايا الجزائية إذا قرر المدعي الانضمام إلى الدعوى العامة، فلا يلزم بتقديم دعوى مكتوبة بل يكفي إثبات طلبه في محضر الجلسة.

٢- عريضة الرد على الدعوى: ولزوم احتواء ملف القضية على الرد على الدعوى لا يكون إلا إذا كان ثمة عريضة بذلك الرد، فقد أجاز المقتن للمدعي عليه أن يرد على الدعوى شفاهة وأوجب على المحكمة إثبات رده في محضر الجلسة (مادة ١٠٦ مرافعات) وكذلك الحال بالنسبة للرد على الطعن بالاستئناف، فليس ثمة نص يوجب على المستأنف ضده تقديم رده مكتوباً، أما في الطعن بالنقض - فيُفهم من نص المادة ٢٩٦ مرافعات - أن للمطعون ضده حق الرد على عريضة الطعن من عدمه، فإذا اختار الرد وجب أن يكون رده مكتوباً، وهذا أمر تقتضيه الطبيعة القانونية للمحكمة العليا، فهي في الأصل محكمة قانون وبالتالي ليس ثمة جلسات محاكمة تعقد للخصوم أمامها حتى يتسنى للمطعون ضده تقديم رده شفاهة، أما في الأحوال التي تكون فيها محكمة موضوع فينطبق عليها ما ينطبق على غيرها.

٣- الاعلانات: يجب أن يتضمن ملف القضية أية إعلانات تم توجيهها للمدعي عليه أو المتهم أو من في حكمهما كالمُدخل في القضية من قبل المحكمة.

٤- محركات الخصوم: يجب على المحكمة أن تثبت في محضر الجلسة قيام هذا الخصم أو ذاك بتقديم أية مستندات أو مذكرات، وإيداع ذلك في ملف القضية. وكما أن خلو الملف من أي من ذلك أو فقدانه يعرض المتسبب للمساءلة، فإن الحال كذلك إذا تم إدراج ما لم يتم إثبات تقديمه في محاضر الجلسات.

٥- محاضر الجلسات: وهي أهم ما يلزم أن يحتويه ملف القضية، كونها تعكس كل ما دار

ولضمان ذلك يجب عليه إتباع التالي:

أولاً: حسن تصريف اعتماد المحكمة:

اعتماد المحكمة المالي مخصص لتشغيلها، ومن ثم فالواجب على رئيس المحكمة صرف المبالغ المعتمدة لها وفقاً للبنود المحددة من قبل الوزارة، فبذلك يضمن سلامة تشغيل المحكمة من جهة ويخلي عهده من جهة أخرى ويبعد نفسه عن الشبهة من جهة ثالثة، خاصة من قبل زملائه قضاة المحكمة.

ثانياً: الحرص على تحصيل الرسوم

القانونية:

على رئيس المحكمة كلما أمكن التأكيد وبصورة مفاجئة من مدى سلامة تحصيل الرسوم للخزينة العامة - سواء كانت رسوم توثيق أو رسوماً قضائية- كرسوم الدعوى والعرائض ونحوها- وذلك بالتأكد:

- من قيام المختص باستلام مبالغ الرسوم بسندات رسمية.
- وعدم إلزام المُكَلَّف بدفع أكثر مما في السند.

● أنه لا يتم تحصيل أية رسوم غير منصوص عليها قانوناً، فمن الملاحظ أن عدداً من المحاكم تحصل من كل خصم - ويسندات رسمية - مبلغ (٢٠٠) ريال مقابل نسخة الحكم الأصلية، بحجة أنها تقوم بذلك بموجب تعليمات إدارية، وتحصيل رسم كهذا غير صحيح إذ لا سند له من القانون، فمن المعلوم دستورياً أن لا ضريبة ولا رسم إلا بقانون.

ثالثاً: الحرص على تحصيل الغرامات:

الغرامات التي يجوز للمحكمة تحصيلها
قسمان:

الأول: الغرامات المنصوص عليها في القانون، كغرامة تحريك الدعاوى (المادة ١١٥

الأحوال التي يدعي الطاعن فيها أن نسخة الحكم محل الطعن لم تتضمن ما ورد بمحاضر الجلسات من وقائع أو أن ثمة خلافاً في تضمينها.

خامساً: تمكين هيئة التفتيش القضائي من تقييم أداء القاضي بصورة أكثر شمولية ودقة.

أرشفة ملفات القضايا

الأرشفة تعني حفظ ملفات القضايا ليس بعد انتهائها وإحالتها للحفظ النهائي فحسب بل وأثناء نظرها أيضاً. وقد نص المقتن - في المادتين (٦٧، ٦٩) مرافعات - على حفظ الملفات (الأرشفة) في هاتين المرحلتين. وألزم المختصين بالمحافظة عليها وعلى محتوياتها وعلى مساءلتهم عن أي تقصير في ذلك مدنياً وجنائياً وتاديباً بحسب الأحوال. ونص في المادة (٦٨) على إشراف رئيس المحكمة على ذلك. ومن الطبيعي أن أرشفة الملفات تقتضي قبل ذلك فهرسة محتوياتها (التعليق) على نحو ما أشرنا إليه سابقاً، والحكمة من أرشفة الملفات وفهرسة محتوياتها تكمن في:

- تيسير الرجوع إليها في أقصر وقت وبأقل جهد.

- حفظها من الضياع أو التلف.

كل ذلك لضمان الحقوق وانتظام سير العدالة، لذا فإن حسن إشراف القاضي على العاملين معه يضمن حسن أدائهم، وهذا يدل ولاشك على كفاءته.

الإشراف على الشئون المالية

تنحصر مالية المحكمة في أمور أربعة هي: اعتماد المحكمة المالي (بدل التشغيل)، والرسوم، والغرامات، والودائع. وكون رئيس المحكمة هو الشخص الأول فيها فهو مسئول عن سير الشئون المالية لها على النحو الأمثل،

قاعدة بيانات هامة تعينها على وضع خطط دقيقة بالنسبة لتحديد عدد القضاة في كل محكمة، ومدى الحاجة لإنشاء محاكم جديدة أو ضم بعضها إلى بعض، وكذا في توزيع الاختصاص المكاني للمحاكم، ومعرفة مدى حاجة كل محكمة من الإمكانيات المادية والبشرية، ونحو ذلك. لذا يجب على القاضي الاهتمام بإصدار الإحصاءات الدورية للقضايا التي ينظرها، أما رؤساء المحاكم فعليهم بالإضافة إلى ذلك الإشراف على إصدار إحصائية المحكمة ككل بما في ذلك إحصاءات قسم التوثيق. ولسلامة إشراف القاضي على إصدار الإحصاءات يجب عليه مراعاة ما يلي:

١- إتباع النماذج المعدة لذلك.

٢- أن يبدأ الإعداد للإحصائية قبل فترة زمنية كافية، بحيث لا يبقى عند موعد إصدار الإحصائية سوى إدراج إحصائية الأيام الأخيرة.

٣- أن تكون الإحصائية معبرة بدقة عن الواقع الفعلي، ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان القاضي يشرف بدقة على السجلات.

٤- أن يحرص بين وقت وآخر على مقارنة الإحصائية بما هو مثبت في السجلات، بل ومن الواقع - إن أمكن - بحصر ملفات القضايا ذاتها، خاصة إذا كان قريب عهد باستلام العمل، فبذلك يُحصَل الإشراف الشامل والدقيق على الإحصائيات والسجلات والملفات في ذات الوقت.

٥- ألا يتم إدراج محررات الإثبات ضمن إحصائية القضايا المنتهية بحكم، فذلك يعطي صورة وهمية عن مستوى إنجاز القاضي أو المحكمة.

٦- حفظ نسخة من كل إحصائية في ملف خاص يحتفظ به القاضي لنفسه ليتابع ارتفاع أو انخفاض مستوى الإنجاز من فترة إلى أخرى، وليتمكن من مراجعة سلامة آخر

مرافعات)، أو غرامة تخلف أي من العاملين في المحكمة أو الخصوم عن القيام بأي من إجراءات المرافعات في الميعاد المحدد (المادة ١٦٢ مرافعات). فهذا النوع من الغرامات يجب تحصيله للخزينة العامة.

الثاني: الغرامات التي تفرضها المحكمة جزاء مخالفة تعليماتها الإدارية. كعدم التدخين أو عدم الحفاظ على نظافة مقر المحكمة وهدوئه وانضباطه ونحو ذلك. فمثل هذه الغرامات يجوز لأي من قضاة المحكمة فرضها، وعلى رئيس المحكمة أن يأمر بتحصيلها لصالح فراشي المحكمة وحرسها لتحفيزهم على مراقبة أمن ونظافة وانضباط مقرها.

رابعا: المحافظة على الودائع:

نص القانون على خزينة في المحكمة لحفظ الودائع المالية من كفالات ومبالغ نقدية محجوزة ونحو ذلك. ولضمان عدم المساس بتلك الودائع على رئيس المحكمة مفاجأة المختص بين حين وآخر للتأكد من وجودها. ومن الجدير بالذكر أنه لا يجوز لأي من قضاة المحكمة أو موظفيها الاستدانة أو إدانة الغير منها، فأمر كهذا يعرض المتسبب به للمساءلة، سواء أعيدت المبالغ إلى خزينة المحكمة أو لم تعد.

الإشراف على الشؤون الإدارية

إصدار الإحصائيات الدورية:

لا يخفى ما للإحصاء من أهمية من أوجه عدة، فهو يعين القاضي على معرفة مقدار ما يبذله من جهد، ويمكنه من تكثيف الجهد بالنسبة لهذا النوع أو ذاك من القضايا. ويمكن هيئة التفتيش القضائي من تقييم الأداء الكمي لكل قاض، ومراقبة مستوى الإنجاز في هذه المحكمة أو تلك. ويوفر للقيادة القضائية

الوزارة بل لها أن تبتكر من نماذج الأوراق ما ينظم عمل المحكمة ويسهل أداءها، إلا أنه يجب على رئيس المحكمة قبل استعمال تلك الأوراق عرضها على هيئة التفتيش لدراستها والسعي لاستصدارها وتعميمها على جميع المحاكم، فيما عدا الأوراق الإدارية فيجوز استعمالها قبل تعميمها.

ومن الجدير بالذكر إن جميع نماذج الأوراق القضائية - بما فيها أوراق التوثيق - المعمول بها حالياً بالمحاكم والموزعة من قبل الوزارة لم يصدر بأي منها قرار من وزير العدل، كما أن عدداً منها بحاجة إلى إعادة نظر من قبل لجنة من القضاة والمختصين تمهيداً لصدورها بقرار وزاري يبين كيفية استعمالها، إعمالاً لنص المادة (٦٢) من قانون المرافعات الجديد التي تنص على أن (تُعَد وزارة العدل نماذج الأوراق القضائية المختلفة التي تستعمل أمامها وأمام المحاكم، ويصدر بها وبكيفية استعمالها وتوزيعها قرار من وزير العدل). وعليه وعملاً بهذا النص لا يجوز لأية جهة غير وزارة العدل إعداد أية أوراق قضائية، كما هو حال بعض الأوراق التي تصدرها الشؤون الاجتماعية أو التأمينات أو السجل المدني ونحوها لتعميدها من المحاكم. لذا فإن تعميم مثل تلك الأوراق يبقى محل نظر إلى أن يصدر بها أو باستعمالها قرار من وزير العدل.

هذا وإلى أن تتم إعادة النظر في الأوراق القضائية الحالية الصادرة عن وزارة العدل، يلزم المحاكم العمل بكل ما هو موجود ومتوفر منها.

استخدام السجلات الإدارية:

السجلات الإدارية هي كافة السجلات التي تستخدمها المحاكم عدا السجلات القضائية الستة التي أسلفنا الحديث عنها، والسجلات الإدارية عديدة ومتنوعة، أبرزها:

إحصائية بمقارنة بياناتها بما قبلها، خاصة بالنسبة للقضايا المرحلة. كما يمكنه الاستفادة منها عند التفتيش على عمله وبالذات إذا تم ذلك بعد انتقاله من محكمة إلى أخرى.

استخدام الأوراق الرسمية:

المقصود بالأوراق الرسمية كل ما تستخدمه المحكمة في عملها من نماذج للأوراق، وهي أنواع ثلاثة:

الأول: نماذج الأوراق القضائية بدءاً بعريضة الدعوى وانتهاءً بنموذج الحكم مروراً بالإعلان ومحضر الجلسة، ونماذج الأوامر القضائية.

الثاني: نماذج أوراق التوثيق، كالعقود ومحركات إثبات الحالة.

الثالث: نماذج الأوراق الإدارية، كالجدول والاستمارات ونحوها.

هذه هي أنواع الأوراق الرسمية التي تستعمل بالمحاكم، بيد أن تبعية التوثيق للمحاكم يجعل من أوراق التوثيق أوراقاً قضائية ما دامت تصدر عن المحاكم. واستخدام المحاكم للأوراق الرسمية من الأهمية بمكان لعدة أسباب أهمها:

• ضمان أن ما يصدر عن المحكمة من أوراق يكون مستوفياً لكافة البيانات الشكلية والموضوعية.

• توفير الوقت والجهد على المختصين من جهة وعلى القاضي من جهة أخرى عند إشرافه عليهم.

• يسهل على القاضي التأكد من استيفاء الورقة لشروطها شكلاً وموضوعاً.

• يساهم في تحقيق احترام الناس للمحكمة وبالتالي ترسيخ هيبة القضاء في نفوسهم.

لذا يجب على القاضي أن يحرص على استخدام العاملين معه للنماذج الرسمية للأوراق بأنواعها مهما توفرت. كما أن للمحكمة ألا تقتصر على استخدام النماذج المعدة من

نتائج عكسية وبالتالي تردّي الأداء كما وكيفا. بل إن في ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة بين العاملين، فالمساواة تكون في عدد ساعات العمل وليس في زمانه أو مكانه. فهذا ما يجب على القاضي مراعاته عند إشرافه على دوام العاملين معه. فالغاية من الدوام هي المداومة على العمل وليست المداومة على الحضور إلى مقر العمل، كما جرت عليه عادة الكثيرين رؤساء ومرؤوسين، فالدوام مجرد وسيلة لأداء العمل لا غاية في ذاته، وعليه يجب أن يؤخذ في الاعتبار - قبل كل شيء - مقدار العمل وجودته.

أمن ونظافة المحكمة:

إن توفر الأمن في المحكمة ونظافة مقرها من الأهمية بمكان لما يعكسه ذلك من احترام للعاملين بها وأولهم رئيسها، وما لذلك من تأثير في زرع هيبة القضاء في نفوس المترددين عليها. صحيح أن مباني المحاكم في كثير من الأحوال سيئة لا تساعد على ذلك، لكن الأسوأ أن تكون أيضا متسخة وغير مأمونة. وقد يحتج البعض بعدم توفر الإمكانيات لذلك، فنقول إن توفر الأمن والنظافة في كثير من مقرات المحاكم - المتواضعة المباني - يدحض هذه الحجة، أي أن المسألة أولا وأخيرا ترجع إلى شخصية رئيس المحكمة وحنكته الإدارية. كما أن انضباط الأمن بالمحكمة ليس رهنا بكثرة الجند والحرس بقدر ما يرجع إلى حزم قضاتها وحسن أدائهم.

ولا يقتصر أمن المحكمة على مقرها والعاملين به بل يمتد أيضا إلى الأفراد المترددين عليها، لذا يجب على القاضي وخاصة رئيس المحكمة مراقبة تعامل جنود المحكمة معهم، ففي بعض الأحيان يكون وجود الجنود أو كثرتهم وبالا على المواطنين مما يسيء إلى سمعة المحكمة وقضاتها.

- ١- سجلات الصادر والوارد العام.
- ٢- سجلات صادر ووارد الطعون.
- ٣- سجلات صادر ووارد الأوامر.
- ٤- سجلات الأرشفة.

وهناك سجلات إدارية أخرى، كسجل قيد تنبيهات العاملين بالمحكمة، وسجلات الشئون المالية، وغيرها كثير مما يمكن للمحكمة استخدامه واستحدثاته من السجلات التي تظهر حسن كفاءة القاضي الإدارية.

انضباط دوام العاملين بالمحكمة:

العاملون بالمحاكم أصناف ثلاثة، الأول القضاة بمختلف درجاتهم، والثاني معاونو القضاة من كتبة ومحضرين، والثالث موظفو المحكمة من إداريين وحجاب وفراشين ونحوهم. ولاشك أن طبيعة العمل تختلف من صنف إلى آخر، فمنهم من تقتضي طبيعة عمله - في ظل ظروف مقرات محاكمنا - المداومة على العمل في مقر المحكمة وفي المنزل أيضا كقضاة الحكم وبعض معاونيهم كأمناء السر وكتبة قيد الأحكام في المحاكم الكبيرة، كما أن عمل المحضرين ذو طبيعة خاصة أيضا فعمله يتم داخل المحكمة وخارجها ما بين الساعة السادسة صباحا إلى السادسة مساء. فهؤلاء ومن في حكمهم كحراس المحكمة لا يعاملون كغيرهم بضرورة الالتزام بالدوام الرسمي لموظفي الجهاز الإداري للدولة. والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى قلب الموازين فقد يؤخذ المنتج لتأخره عن وقت بدء الدوام الرسمي ويسلم المقصر لمجرد التزامه بذلك الدوام، فكم عرفنا من العاملين بالمحاكم من يحرصون على التواجد بالمحكمة طوال ساعات الدوام الرسمي لا لشيء إلا لحرصهم على تلقي المواطنين والاستفادة منهم قدر الإمكان. ولاشك إن إلزام جميع العاملين بالمحكمة بذات الدوام دون مراعاة طبيعة عمل كل منهم قد يؤدي إلى

بالوزارة.

● أن يحرص القاضي عند التخاطب الإداري الرسمي مع غيره من القضاة في نفس المحكمة أو المحكمة الأعلى أو الأدنى أن يرسل - ما أمكن - صورة من ذلك الخطاب إلى هيئة التفتيش القضائي.

● إعداد ملف وسجل إداريين لحفظ وقيود التنبيهات ومذكرات لفت نظر ونحو ذلك من العقوبات التي أجاز له القانون اتخاذها في مواجهة أي إخلال أو تقصير من أي من العاملين بالمحكمة، ليستعين بذلك عند حضور أي مفتش لتقييم أدائه الإداري، لبيان أنه قد قام بدوره الإشرافي، فيخلى بذلك مسئوليته عن أي خطأ أو قصور بعد ذلك.

بهذا نكون قد أنهينا حديثنا عن كفاءة القاضي الإدارية. وقبل الانتقال إلى جانب آخر من جوانب كفاءة القاضي نوصي المختصين في القيادة القضائية بالسعي الحثيث لإعادة النظر في نص المادتين (٤١، ٤٦/أ) من قانون السلطة القضائية المتعلقين باختصاصات رؤساء المحاكم الاستئنافية والابتدائية، فقد توسع ذلك النصاب في تلك الاختصاصات إلى حد كبير، فقد تم نقلهما من القانون السابق الذي كانت المحاكم في حينه محدودة الأعباء قضائياً وإدارياً. وعليه فبقاء حكم النصين مع التوسع الكبير في مهام المحاكم وضغط التقاضي وتنوع أساليبه يجعل الأعباء الملقاة على عاتق رؤساء المحاكم من باب التكليف بما لا يطاق، خاصة عند من يحرص منهم على جودة عمله كما وكيفاً. لذلك وبدلاً من شغل القضاة بكثير من الأمور الإدارية والمالية التي تأخذ من وقتهم وجهدهم ما الخصومات والمتخاصمون في أمس الحاجة إليه، على أن يوكل أمر الإشراف المباشر على تلك الأمور - وخاصة في المحاكم الكبيرة - لمدير متفرغ يتم اختياره من بين ذوي الخبرة والكفاءة من

مكان الحبس والتوقيف بالمحكمة:

يتمتع إشراف رئيس المحكمة الإدارية إلى مكان التوقيف والحبس الاحتياطي الموجود بمقر المحكمة للتأكد من سلامة حبس الموجودين به من الناحية القانونية، سواء كان حبسهم من قبل المحكمة أو النيابة العامة، وفي كل الأحوال لا يجوز له الإفراج عن أي محبوس من غيره ولو كان حبسه مخالفاً للقانون، بل يجب عليه التخاطب مع الأمر بالحبس ثم رفع الموضوع إلى هيئة التفتيش القضائي. ولضمان حسن إشرافه على مكان الحبس يحسن به التفتيش المفاجئ على المكان كل ما تسنى له ذلك، بالإضافة إلى طلب كشف يومي بالموقوفين من المسئول المختص يبين فيه:

- اسم الشخص المحبوس.
- سبب الحبس.
- مدة الحبس.
- اسم الأمر بالحبس.

كما يجب على رئيس المحكمة توجيه المسئول المختص عن مكان الحبس بعدم توقيف أو حبس أي شخص أكثر من ساعة دون أمر كتابي. وقبل كل ذلك يجب عليه الحرص على صلاحية ذلك المكان صحياً وإنسانياً لحجز الأشخاص، فإن لم يكن المكان كذلك وجب عليه عرض الأمر على الجهة المختصة بالطرق الإدارية المقررة.

قبل أن نختم حديثنا عن عناصر الجانب الإداري لكفاءة القاضي ننوه إلى بعض القواعد العامة التي يحسن بالقاضي مراعاتها في قيامه بمهمة الإشراف الإداري، ومنها:

- أن يجعل القاضي من نفسه مفتشاً على العاملين معه في المحكمة أو في القسم الذي يتولاه.
- ضرورة مراعاة التسلسل الإداري عند التخاطب بين القاضي والجهات المختصة

المتخصصين في فن الإدارة، ليعمل تحت إشراف رئيس المحكمة، أي يكون مدير المحكمة مسئولاً أمام رئيسها عن أي تقصير في هذا الجانب. ليتفرغ رؤساء تلك المحاكم لعملهم كقضاة فيحسن أداؤهم كما وكيفاً، شكلاً ومضموناً، وبهذا نكون قد عالجتنا سبباً مؤثراً من أسباب تراكم القضايا، وإطالة أمد التقاضي، وسبباً رئيساً من الأسباب المؤثرة على جودة الأداء القضائي في مرحلتها المحاكمية والحكم. والله الموفق والهادي إلى الصواب.

القواعد الفقهية لرجال القضاء

القاضي /
عبد الله حسن الخزان
عضو هيئة التفقيش القضائي

تعداد

أبواب الفقه وسعة معلوماته وتناثر مسائل الموضوع الواحد في أكثر من باب جعل من غير السهل الرجوع إلى المعلومة الفقهية، نظراً لما يستلزمه البحث عنها من جهد مضمّن وسط الكم الهائل من الصفحات والعدد الكبير من المجلدات لذا كان من الأهمية بمكان التفكير في إيجاد وسيلة تسعف الراغب في معرفة أي مسألة من مسائل الفقه إلى العثور عليها في وقت أسرع وبجهد أقل وهو ما قد يجعل المعلومة الفقهية حاضرة في الذهن قريبة التناول خاصة للمشتغلين بالفقه، كالقاضي، والمفتي والفقيه. فمن المعلوم أن هناك عقبات كثيرة تحول دون تفرغ القاضي للبحث عن معلومات كل قضية تعرض عليه. ولعل من أهم تلك الصعوبات كثرة المنازعات مع تجدد الوقائع واتساع مجالات القضاء وتشعب علومه، وبالتالي يكون القاضي أحوج الخلق إلى معرفة الطريقة المثلى للحصول على المعلومة في أسرع وقت وبأقل جهد، يلي

القاضي في الاحتياج الفقيه والمفتي خاصة حين تعرض عليهما مسائل مستجدة تحتاج إلى تأصيل، وتلبية لتلك الاحتياجات قام الفقهاء بوضع ما أضح على تسميته بالقواعد الفقهية والتي عنيت بوضع ضوابط كلية في جمل مختصرة يغني فهمها عن الرجوع إلى كثير من الجزئيات المتناثرة في أبواب متفرقة.

إذ أن القاعدة في اللغة:- تعني الأساس، ومعلوم أن الأساس ما يبني عليه غيره.

أما في الاصطلاح:- فالقاعدة تعني: قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها وهي قضية كلية يستنبط منها أحكام جزئيات موضوعها وتسمى أحكام الجزئيات فروعاً واستخراجها تفرعاً، قال في الكاشف لذوي العقول: والقاعدة والأصل والضابط بمعنى واحد المراد به صور كلية تنطبق على جزئيات تتعرف أحكامها منها ويطلق على القاعدة في اصطلاح القانون مبدأ. وتختلف النظرية عن القاعدة في أن النظرية نظام موضوعي في التشريع وقد تأتي القاعدة ضابطاً خاصاً بناحية من تلك النظرية، والقواعد الفقهية تعد من جوامع الكلم حيث تصاغ من كلمتين أو بضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم، استخراجها الفقهاء من دلائل النصوص الشرعية وصاغوها بعبارات موجزة وجذيلة فجرت مجرى الامثال في شهرتها ودلالاتها في عالم الفقه والقانون. ونظراً لتلك الأهمية فهي عادة ما تصدر القوانين ومن أمثلتها في قانوننا المدني ما ورد في الكتاب الأول كقاعدة الأمور بمقاصدها والعبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني وقاعدة اليقين لا يزول بالشك فما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين والظن البين خطأه لا عبرة به وغير ذلك من القواعد المتناثرة في أبواب الفقه والقانون. هذا وقد تضمنت مجلة الأحكام العدلية مجموعة هامة من تلك القواعد بلغت تسعاً وتسعين قاعدة تصدى لشرحها مجموعة من رجال الفقه والقانون بل وجعلتها بعض الدول كمادة دراسية مستقلة بذاتها لما لها من اثر على الدارس حيث تمنحه

ملكة فقهية عامة لان تطبيق القاعدة لا يقتصر على باب فقهي معين بل قد يشمل سائر أبوابه فتتفرع عليها فروع من جميع الأبواب ومثال ذلك قاعدة لا ضرر ولا ضرار فهذه قضية كلية تتفرع عليها مسائل كثيرة في مختلف أبواب الفقه منها ما لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب قديم فيه فله نقض الإجارة ليرده بالعيب ومنها عدم جواز شهادة الخصم على خصمه إذا كانت العداوة بينهما دنيوية. ومنها أن المعروفين بالدعارة والفساد يستدام حبسهم حتى تظهر توبتهم ومنها جواز تأديب المدعي إذا اكتشف الحاكم بطلان دعواه وذلك لكي يندفع أهل الباطل واللدود وغير ذلك من المسائل وبهذا تبدو أهمية القواعد الفقهية في كونها تمثل ضابطاً للأحكام الفقهية المتناثرة في أبواب الفقه إذ لولاها لبقيت تلك الأحكام فروعاً مشتتة قد تتعارض ضوابطها دون أصول تمسك بها في الأفكار قال القرافي: وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ويقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه وتتضح له مناهج الفتوى، ومن أخذ بالفروع الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت واحتاج إلى حفظ جزئيات لا تتناهى ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات.

كليات عامة يندرج تحتها جزئيات متعددة، فالقاعدة الواحدة قد تشمل مسائل متفرقة في معظم أبواب الفقه وفهم تلك القاعدة يغني عن الرجوع إلى تلك المسائل المتناثرة في الأبواب المتعددة لان القاعدة الفقهية ضابط يمكن تطبيق حكمه على جزئيات كثيرة. إلا أن تلك القواعد ليست في مرتبة واحدة من الأهمية إذ تتفاوت في ذلك تبعاً لاتساع مجال تطبيق القاعدة وضيقة فمن القواعد ما يتسع نطاقه ليشمل مسائل متناثرة في فروع الفقه المتعددة ومنها ما يقتصر على أبواب ومواضيع معينة. ومن أهم تلك القواعد المتصفة بالشمول والاتساع قاعدة الأمور بمقاصدها،

القاعدة الأولى:

الأمور بمقاصدها

سبق وأن اشرنا إلى تعدد أبواب الفقه وسعة معلوماته وتناثر مسائل الموضوع الواحد في أكثر من باب مما يجعل من غير السهل على القاضي العثور على حكم المسألة محل البحث وسط ذلك الكم من المجلدات والعدد الكبير من الأبواب والصفحات. وذكرنا أهمية القواعد الفقهية في هذا الشأن نظراً لأن الإلمام بها وفهمها يوفر للقاضي الوقت والجهد حيث يمكنه من العثور على حكم المسألة المرادة في وقت أسرع ويجهد أقل لان القواعد الفقهية

لصاحبه فان يده يد أمانة فإذا تلف الشيء بغير تفریط منه فلا يضمن، أما إذا نوى عند التقاط الشيء الاحتفاظ به لنفسه أو عدم رده لصاحبه كان غاصباً ويضمن الشيء. ومثال آخر ما إذا نوى في الانفاق على الضالة الرجوع بما أنفق على صاحبها فله حق حبسها حتى يسلم له ما أنفق، أما إذا لم ينو الرجوع فلا يكون له ذلك، وفي القصاص يشترط أن يكون الفاعل عامداً فلا قصاص في الخطأ. بقي أن نذكر بأن هذه القاعدة لم تبق على كليتها حيث جاء في بعض الأحاديث ما قيدها وأورد عليها استثناء كتصرفات الهازل بالنسبة للنكاح والطلاق والرجعة لحديث (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد...) فالعبرة في هذه التصرفات بقصد اللفظ لا ارادة المعنى. وقد قيل بأن خروج بعض الجزئيات عن حكم القاعدة أمر مقبول وبخاصة إذا استندت تلك الجزئيات إلى السنة النبوية لأن السنة اصل قائم بذاته يعمل به في دائرته.

القاعدة الثانية

العبرة في العقود للمقاصد والمعاني

أشرنا إلى أهمية القواعد الفقهية وذكرنا بأن فهمها يمكن القاضي من سرعة الحصول على الحل الأمثل للمسألة موضوع البحث نظراً لاتساع نطاق تطبيق القاعدة وشمولها لعدد من المسائل المتناثرة في أبواب الفقه. وأشرنا إلى اختلاف القواعد في الأهمية تبعاً لاتساع نطاق تطبيقها أو ضيقه وضررنا مثلاً بقاعدة الأمور بمقاصدها لأهم القواعد وأكثرها شمولاً وذكرنا بأن هذه القاعدة تعد أصلاً لقواعد أخرى منها قاعدة: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. وقد قيل تعليلاً لذلك بأن العقود من جملة الأمور التي يباشرها الإنسان فكما أن المعتبر

فلها دون سواها مكان الصدارة لدى الشراح، إذ تتبوأ في كتبهم المقام الأول، نظراً لاتساع نطاق تطبيقها في الكثير من الأحكام الشرعية. ويرى الفقهاء أن اصل هذه القاعدة الحديث النبوي الشريف (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...) والذي قال عنه الامام الشافعي رضي الله عنه بأنه ثلث العلم حيث يدخل في سبعين باباً من الفقه.

ولهذا قيل بأن أدلة اعتبار النية في الأعمال أدلة لهذه القاعدة. كما أن قاعدة الأمور بمقاصدها اصل لقواعد أخرى كقاعدة العبرة في العقود بالمقاصد والنيات. ونظراً لما لهذه القاعدة من أهمية فقد نص عليها القانون المدني في الباب الأول في المادة (٦) كما أورد في مواد أخرى تطبيقات لهذه القاعدة على نحو ما تشير إليه لاحقاً. وإذا ما تأملنا في هذه القاعدة فإننا نجد أنها مكونة من لفظين، الأول: الأمور جمع أمر والأمر لفظ عام للأقوال والأفعال. والثاني: القصد: ويعني الإرادة والاختيار. نقول قصد الجريمة أي اختارها. وفي الاصطلاح: فإن القصد هو العزم المتجه نحو إنشاء فعل. وعليه فإن المعنى الإجمالي لقاعدة الأمور بمقاصدها أن أحكام التصرفات الصادرة من الإنسان تختلف باختلاف قصده ونيته. فبالنية يكون الفعل عبادة أو غير عبادة، والتصرف طاعة أو معصية، والقول حلالاً أو حراماً. فالمدار في تصرفات الإنسان الفعلية والقولية على المقاصد والنيات لا على ذات الأفعال والألفاظ وهو ما نصت عليه المادة (٨) من القانون المدني بقولها: يجب إعمال الكلام في مقاصده، فإذا استعمل المتعاقدان ألفاظاً خاصة بعقد لإبرام عقد آخر توافرت أركانه وشروط صحته فالعبرة بما قصداً إليه كقصد الإيجار بلفظ البيع المادة (٢٠٥) مدني. ومن تطبيقات هذه القاعدة أن الملتقط إذا نوى حال التقاطه للشيء ارجاعه

وحقائقها إلا أن ذلك - كما يرى البعض - لا يعني إهمال الألفاظ بالكلية لأن الألفاظ قوالب المعاني والمعبرة عنها فتراعى أولاً الألفاظ بما تحمل من معانٍ ظاهرة فإذا ظهرت مقاصد تعارضها وتعدر الجمع بينها وبين الألفاظ فتقدم المقاصد على الألفاظ.

وقيّد البعض اعتبار المقاصد والمعاني في العقود بما إذا لم يعارضه مانع شرعي يمنع اعتبار المقصود والمعنى ويصرفه إلى جهة أخرى فلو عارضه تعتبر تلك الجهة وإن قصد غيرها.

هذا وقد نص القانون المدني في المادة (٧) على هذه القاعدة، إلا أنه خصها بالكنايات ولذلك يمكن القول بأن اتجاه المقتن بشأن القاعدة محل البحث إلى اعتبار اللفظ الظاهر من العقود إن كانت صريحة لا تحتمل التأويل.

أما إذا كانت غير ذلك كأن يستعمل المتعاقدان ألفاظاً خاصة بعقد لإبرام عقد آخر توافرت أركانه وشروط صحته فالعبرة بما قصد إليه - المادة ٢٠٥ - كمن يقول: بعثك الدار لتسكنها شهراً في مقابل كذا. فقد استعمل لفظ البيع وهو يقصد الإيجار فالعبرة بعقد الإيجار صحة وبطلاناً كما جاء في المذكرة الإيضاحية عند شرح المادة (٢٠١) من القانون المدني السابق.

القاعدة الثالثة:

الأصل في الكلام الحقيقية

النطق صفة خاصة بالإنسان تميزه عن غيره ولذا يقال بأن الإنسان حيوان ناطق، فالنطق بلغة مفهومة وسيلة للتخاطب بين البشر لولاه ما عرفت العلوم المختلفة وتطورت المجتمعات البشرية. والكلام أداة التخاطب.

والأصل في الكلام الحقيقية أي أن المعنى المقصود من الكلام المستعمل هو المعنى الذي

في أحكام الأمور القصد والنية فكذلك الحال في العقود. إلا أن هذا القول ليس محل اتفاق حيث والفقه مختلف بشأن هذه القاعدة كما قال الشاطبي هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟

ويرجع ذلك إلى الاختلاف بشأن اعتبار النية في المعاملات حيث يذهب البعض إلى عدم تأثير المعاملات بالنيات والدوافع ما لم تظهر في العقود.

وأورد أصحاب هذا الرأي مجموعة من الأدلة دعماً لما رأوه منها قول المصطفى صلى الله عليه وآله وسلم: «إنما أنا بشر مثلكم وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع...» الحديث.

حيث قالوا بأن في الحديث دلالة على أن الحاكم لا يصدر حكمه إلا بناء على ما سمع من الخصمين مما لفظوا به وإن كان من الممكن مخالفة نياتهم لذلك. وقالوا بأن اعتبار النية في العقود حكماً بخلاف الظاهر وادعاءً للغييب الذي استأثر الله بعلمه.

وذهب فريق آخر إلى أن مدار العقود الصادرة من الإنسان ما قصد إليه دون ظواهر ألفاظها حيث قالوا بأن الاعتماد على اللفظ دون القصد قد يؤدي إلى التناقض ومخالفة الشرع واستدل هذا الفريق بجمللة من الأدلة منها قوله تعالى في المطلقات: (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً) ١٢٨: "البقرة. حيث قالوا بأن الآية تدل على أن الرجعة إنما ملكها الله لمن قصد الإصلاح دون الضرر كما استدلوأ بنهي الرسول صلى الله عليه وآله وسلم عن النجش قالوا مع أن ظاهر النجش الرغبة في الشراء والصدق في مدح السلعة لكن باطنه الضرر بالمشتري بزيادة الثمن عليه فرتب الشارع التحريم على الباطن المقصود لا على الظاهر فدل على أن العقود بمعانيها

النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطاء.

الخلاصة: أن الأصل في الكلام الحقيقة وعلى هذا الأساس تفسر عقود الناس وتصرفاتهم ولا ينقل عن ذلك الأصل إلى المجاز إلا بوجود مرجح أو قرينة صارفة، أما إذا تردد اللفظ بين أكثر من معنى فعلى ما سبق بيانه. ومن تطبيقات هذه القاعدة أن من قال وقفت داري على أولادي فإن الوقف ينصرف إلى الأولاد الصليبين دون الأحفاد لأن كلمة الأولاد حقيقة في الصليبين فقط.

ولو قال رجل: هذه الدار لزيد كان ذلك إقراراً لزيد بالملك هذا ومن رام التوسع فعليه بالبحث .

القاعدة الرابعة:

اليقين لا يزول بالشك

كثيراً ما يقع الإنسان في الحيرة وذلك حين يداخله الشك في أمر كان من ثبوته على يقين فيضطرب فكره ويحتار ذهنه أبقى على يقينه أم ينتقل إلى ما طرأ عليه من شك. كأن يشك هل صلى ثلاثاً أم أربعاً وهل لا يزال على طهارة أم لا. ورفعاً للحرج الذي يقع فيه الإنسان وحماية له من داء الوسوسة واحتراماً للدليل الأقوى. شرعت هذه القاعدة المتمثلة في البقاء على الأصل المتيقن فما كان ثابتاً متيقناً لا يرتفع بمجرد الشك الطارئ عليه لأن الأمر المتيقن يعد حكماً قطعياً جازماً وبالتالي فإنه الدليل القوي الذي لا يرفعه الدليل الأضعف وهو الشك إلا أن هذا لا يعني الخلود لذلك اليقين بل قد يتعرض لما يلغيه وذلك لا يكون إلا بيقين مماثل أو أقوى. فمن كان على يقين من وضوئه للصلاة فهو كذلك إلى أن يتيقن وجود ناقض. أما الشك الحاصل بين ذلك فلا حكم له. وأصل هذه القاعدة أن رجلاً شكى إلى رسول الله صلى الله عليه وآله

وضع له ذلك الكلام في اصطلاح التخاطب فلفظة الأسد مثلاً وضعت لتدل على الحيوان المعروف، أما إذا أريد بهذا اللفظ الإنسان الشجاع فإن دلالة على ذلك تكون عن طريق ما يسمى بالمجاز لأنه استعمال الكلمة في غير ما وضعت له في اصطلاح التخاطب وهو لا يكون كذلك إلا بوجود قرينة صارفة للمعنى عن حقيقة ما وضع له ومن القرائن التي تصرف المعنى إلى المجاز القرينة المقالية كقولنا رأيت أسداً في يده سيف إشارة إلى الإنسان الشجاع. أو حالة كأن يحمل رجل شجاع على قوم فيقال: أتاكم الأسد. وقد تكون تلك القرينة استعمال اللفظ في المستحيل كقوله تعالى (واسأل القرية....) إذا أن حمل الكلام على حقيقته مستحيل فيجب صرفه إلى المجاز فيكون المقصود بالآية سؤال أهل القرية. ولكي ينقل المعنى عن الحقيقة إلى المجاز كان لا بد من وجود علاقة بين المعنى المجازي والمعنى الحقيقي ولا بد من وجود مرجح للمعنى المجازي.

أما لو كان للفظ الواحد معنى حقيقي وآخر مجازي وانعدم المرجح لأحدهما على الآخر كلفظ النكاح مثلاً فالفقه مختلف بشأن المعنى المعتمد حيث يرى فريق منه اعتماد المعنى الحقيقي، فقالوا بأن النكاح في قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء....) حقيقته في الوطاء مجازي في العقد وعليه فإنهم يرون بأن حرمة موطوءة الأب ثابتة بالنص، أما حرمة من عقد عليها الأب ولم يدخل بها فتأبته بالإجماع.

ويرى فريق آخر إن الكلام إذا تردد بين المجاز والاشتراك - أي إذا ورد لفظ يحتمل المعنيين وتردد بينهما هل هو حقيقة في أحدهما مجازي في الآخر أو مشترك بينهما أي حقيقته بينهما معاً - حمل الكلام على المجاز لأنه الأكثر استعمالاً لذلك قالوا بأن لفظ

القاعدة الخامسة:

لا ينسب لساكت قول

تنسب هذه القاعدة إلى الإمام الشافعي رضي الله عنه وتعني أنه لا يقال لساكت أنه قال كذا، أي أنه لا يجوز أن يُقول الساكت مالم يقله أي يقال أنه قال كذا وهو لم يقله. لأن السكوت عدم وبالتالي لا ينسب لساكت قول لأن من نسب إليه قولاً أو اعتقاداً فقد افترى عليه حيث أن الشارع ربط معاملات الناس بالعبارة الدالة على المقاصد ولم يجعل للسكوت حكماً يبني عليه شيء كما تبني الأحكام على الألفاظ. كما أن عدم القول هو المتيقن ودلالة السكوت مشكوك فيها والمعلوم أن اليقين لا يزول بالشك. فلو رأى شخص غيره يتلف ماله أو يبيعه فسكت فلا يكون سكوته إنذاراً بإتلاف ماله أو إجازة بيعه، ولو طلب رجل من آخر إعارته شيئاً فسكت صاحب الشيء ثم أخذه المستعير اعتبر غاصباً. إلا أن عدم نسبة القول إلى الساكت ليس على الإطلاق إذ أورد بعض الفقهاء على ذلك استثناء بقولهم: ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان. ومعنى ذلك أن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان. فالسكوت وإن كان في الأصل عدم إلا أنه قد يكون في حكم النطق وذلك إذا كان في موضع تمس الحاجة فيه إلى بيان، فكما تستخرج الأحكام من الألفاظ والعبارات تؤخذ أحياناً من السكوت لدلالة القرائن المرجحة ولعل أشهر مثال في هذا سكوت البكر حين استئذائها بالزواج وسكوتها حين علمها بأمر تزويجها. فقد وجد هنا مانع من الإفصاح بالقول وهو الحياء فجعل السكوت علامة للرضى. ومن أمثلة ذلك قبض المشتري للسلعة بحضور البائع فسكوت البائع إذن بالقبض، كما أن سكوت الشفيع الحاضر مجلس العقد عن

وسلم حال الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فكان جواب المصطفى صلى الله عليه وسلم: بأنه لا ينفلت - أي لا ينصرف - حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً. وقد حكى القرافي اتفاق الفقهاء على هذه القاعدة. هذا وأن كان أصل هذه القاعدة أمراً متعلقاً بالعبادات إلا أن تطبيقها يتسع ليشمل - كما قال السيوطي - ثلاثة أرباع الفقه أو أكثر نظراً لدخولها في جميع أبوابه. ونظراً لهذه الأهمية فقد اعتبرت قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك) أصلاً شرعياً لكثير من الأحكام الفقهية وأساساً لقواعد أخرى كقاعدة بقاء الأصل على ما كان، والأصل براءة الذمة، والأصل في الصفات العارضة العدم، والتقديم يترك على قدمه. وبهذا يظهر مدى أهمية هذه القاعدة لرجال القضاء الأمر الذي حكم على المقنن إيرادها في الباب الأول من القانون المدني المادة (٩). ومن تطبيقات هذه القاعدة، ما لو غاب إنسان غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته أو حياته، فإنه يعتبر حياً لأن ذلك هو الأصل المتيقن وبالتالي لا يجوز قسمة أمواله بين الورثة حتى يعلم موته بالبينة أو بموت جميع أقرانه ومن علم بملكية فلان لعين معينة جاز له أن يشهد بها له في حال ينازعه عليها آخر وإن كان يحتمل أن مالكها باعها من المنازع لأن ملكية فلان ثابتة بيقين واحتمال انتقالها إلى المنازع شك واليقين لا يزول بالشك. وجاء في كتاب رد المحتار باب الرضاع: ما لو طلق الرجل زوجته وكانت ذات لبن وبعد العدة تزوجت بآخر وحملت منه وخلال مدة الحمل رضعت طفلاً فأن لبنها الذي رضع منه هذا الطفل معتبر للزوج الأول فثبتت به حرمة الرضاع بالنسبة لهذا الزوج لأن المتيقن أنه صاحب اللبن، وبالتالي لا يحكم بأنه من الزوج الثاني بمجرد الشك الحاصل بسبب الحمل منه فإذا ولدت أصبح اللبن بعد الولادة من الزوج الثاني.

بيع ماله وحفظ ثمنه لورثته. بل إن عدل الإسلام وسماحة أحكامه لم تقف عند حد التخفيف على المكلف ذاته بل تعدته إلى حماية من قد يصيبه أذى نتيجة قيام المرء بما كلف به. فلحامل والمرضع الإفطار إذا كان في الصوم ضرر للجنين أو الرضيع. ومن هنا تبدو أهمية هذه القاعدة في رفعها للحرج عن المكلفين الأمر الذي جعلها من أمهات القواعد إذ يتخرج عليها جميع رخص الشرع وتخفيفاته. ولذا قيل بأن أدلتها جميع النصوص المصرحة برفع الحرج عن الناس ومنها قوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) الحج (٧٨) وقوله سبحانه (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) البقرة (٢٨٦) ومما يجب التنبيه إليه أن المشقة التي تجلب التيسير مشروطة بعدم مصادمة النصوص ولهذا قسم الفقهاء المشقة من حيث شمولها بالقاعدة إلى قسمين. الأول: المشقة التي لا تنفك عنها التكاليف الشرعية غالباً كمشقة ألم الحد برجم الزناة وقتل البغاة فهذه المشاق لا أثر لها في إسقاط العبادات وبالتالي لا تشملها القاعدة محل البحث. أما القسم الثاني فالمشقة التي تنفك عنها التكاليف الشرعية غالباً كمشقة الخوف على النفس أو الأطراف كأن يكون الطريق إلى الحج غير آمن فهذه مشقة موجبة للتخفيف لأن حفظ النفوس والأطراف للقيام بمصالح الدنيا والآخرة أولى من تعريضها للضرر بسبب عبادة من العبادات. هذا وقد وضع الفقهاء شروطاً للمشقة المعتبرة منها السفر والمرض والإكراه والنسيان والجهل والعسر. ونظراً لأهمية هذه القاعدة نص عليها القانون المدني في المادة الثالثة وتضمنت القوانين المختلفة تطبيقات متعددة منها الحكم بإبطال العقود الصادرة من المكره. وحق المحكمة في نذب قاض من محكمة أخرى لسماع الشهادة. وجعل الجهل في الشفعة عذراً

طلب الشفعة تسليم لها. وامتناع المدعى عليه عن الإجابة على الدعوى يعد إنكاراً لها. وقبض المشتري للسلعة بعد إطلاعه على العيب في المبيع إسقاط لحقه في الرد بالعيب. وقد تستخرج الأحكام من الكتابة ومثاله التعاقد بين غائبين، ومن الإشارة في حق الأخرس ونحو أن يستودع شخص غيره سراً مع تحليفه اليمين بعدم إفشاء السر. فإذا سئل هذا الشخص من آخر هل كان سر فلان كذا؟ فأشار برأسه -أي نعم- حنث في يمينه. هذا وقد نصت المادة السابعة من القانون المدني على هذه القاعدة ولم تستثن من حكمها غير ما ورد بشأنه نص شرعي، كسكوت البكر. حيث جاء نص المادة على النحو الآتي: (لا ينسب لساكت قول إلا ما استثنى بنص شرعي).

القاعدة السادسة:

المشقة تجلب التيسير

الاستغراب أول ما يتبادر إلى الذهن عند قراءة عنوان هذه القاعدة إذ كيف للمشقة أن تجلب التيسير مع كونها نقيضين والنقيضان لا يجتمعان إلا أن هذا الاستغراب سريعاً ما يزول - حال معرفة المقصود بالقاعدة - بل ويتحول إلى إعجاب وتعظيم لسماحة الدين الإسلامي ورفقه بالمكلفين وذلك برفع الحرج عنهم. ففي الحالة التي يجد فيها المكلف صعوبة غير معتادة إذا قام بما كلف به كان أحوج ما يكون إلى ما يخفف عنه ذلك العناء وهنا تظهر أهمية هذه القاعدة إذ بموجبها تنقلب المشقة إلى أداة للتخفيف والتيسير. فالمرضى الذي يجد صعوبة في الصلاة قائماً له أن يصلي قاعداً. وفي حال امتناع الولي عن تزويج البالغة العاقلة بدون سبب مقبول انتقلت الولاية إلى من يليه. وإذا توفي رجل في سفر ولم يكن في المنطقة قاضٍ جاز لرفيقه

هذا وتذكر إلى جانب هذه القاعدة قاعدة أخرى وهي (إذا اتسع الأمر ضاق) ويرى البعض أنهما قاعدة واحدة ولذا جمعهما بقوله (إذا ضاق الأمر اتسع وإذا اتسع ضاق) ويحكي عن الغزالي أنه جمع بين القاعدتين في قاعدة (كلما تجاوز عن حده انقلب ضده).

بقي أن نشير بخصوص هذه القاعدة إلى سؤال أثاره د/زيدان في وجيزه، وهو هل هذه القاعدة بمعنى المشقة تجلب التيسير أم أنها من فروعها وقد رجح المذكور الرأي الأخير وهو ما اعتمدهنا في هذا البحث. وإلى القول الأول ذهب الإمام السيوطي بقوله: وبمعنى هذه القاعدة (المشقة تجلب التيسير) قول الإمام الشافعي رضي الله عنه (إذا ضاق الأمر اتسع) وقد أجب بها في ثلاثة مواضع: أحدها: فيما إذا فقدت المرأة وليها في سفر فولت أمرها رجلاً. يجوز محتجاً بـ (إذا ضاق الأمر اتسع).

الثاني: في أواني الخزف المعمول بالسرجين أيجوز الوضوء منها؟ فقال الشافعي: (إذا ضاق الأمر اتسع)، والثالثة: أن الشافعي سئل عن الذباب يقف على غائط ثم يقع على الثوب، فقال: إذا كان في طيرانه ما يجف فيه رجلاه وإلا فالشيء إذا ضاق اتسع.

القاعدة الثامنة:

الأصل بقاء ما كان على ما كان

من الوسائل الهامة التي يعتمدها القاضي عند مباشرته النظر في القضايا ما يوصف بكونه ظواهر أولية مسلمة كالأصل الذي تقضى به القاعدة محل البحث المتمثل في (بقاء ما كان على ما كان) حيث يكون القول لمن تمسك بهذا الأصل فلا يكلف بالإثبات بل تكون البيئة على من يدعي خلافه، والحقيقة أن هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة الأم (اليقين لا يزول بالشك) والتي تقضي بالبقاء على الأصل

في تأخير طلبها. والحكم بانتقال الولاية للتالي في حال جنون الأقرب أو تعذر الاتصال به أو أخفى مكانه. وغير ذلك مما يجده القاضي في نصوص القوانين وفروع الفقه المختلفة.

القاعدة السابعة:

إذا ضاق الأمر اتسع

تكلما في العدد السابق عن قاعدة «المشقة تجلب التيسير» وقلنا بأن الاستغراب أول ما يتبادر إلى الذهن عند قراءتها نتيجة للتناقض الحاصل في ألفاظها، وذكرنا بأن هذا الاستغراب سريعاً ما يزول حال فهمنا للمقصود بالقاعدة بل ويتحول إلى إعجاب بسماحة الدين الإسلامي ورعايته للمكلفين وذلك برفع الحرج عنهم بعدم تكليفهم بما لا يستطيعون وينطبق هذا أيضاً على القاعدة محل البحث، حيث تتكون من لفظين متناقضين الضيق، والاتساع، وقبل أن نشعر في فهم ذلك علينا أن نشير إلى أن هذه القاعدة من القواعد المتفرعة عن قاعدة المشقة - المذكورة سابقاً- التي تعد من أمهات القواعد الفقهية لأنها مظهر من مظاهر الوسطية في الإسلام بتكليف الناس بما يستطيعون ورفع الحرج عنهم. ولهذا اعتبرت هذه القاعدة أصلاً لقواعد أخرى كقاعدة (الضرورات تبيح المحظورات)، وقاعدة (إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل)، والقاعدة محل البحث إذا «ضاقت الأمور اتسعت» والتي تعني أنه إذا دعت الضرورة أو المشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع أي يجوز فيه الرخصة والتسهيل إلى حد اندفاع الضرورة أو المشقة فإذا اندفعت عاد الأمر كما كان عليه. فالمدين المعسر الذي لا كفيل له بالمال يرخص له إلى حين الميسرة، والسارق والباغي يجوز دفع شرهما ولو بالقتل.

ومنهم من جعله حجة للدفع دون الاستحقاق حيث قالوا: بأنه لو مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة. فقالت: أسلمت بعد موته فلي الميراث. وقال الورثة: بل أسلمت قبل موته فلا ميراث لك. فالقول للورثة لا للمرأة ففي هذه المسألة نجد كل طرف متمسكاً بنوع من الاستصحاب. فالمرأة تريد استحقاق الارث تمسكاً بالاستصحاب الحقيقي وهو استمرارها إلى ما بعد موت زوجها على دين الذي كانت تدين به - والاستصحاب لا يكون حجة للاستحقاق. والورثة يدفعونها عن استحقاق الارث تمسكاً بالاستصحاب المعكوس. وهو انسحاب مانع الارث القائم بالمرأة حين الخصومة أي إسلامها إلى ما قبل موت زوجها.

والاستصحاب يكون حجة للدفع فكان القول لهم. وقال ابن لقمان في كافله: والأولى أن يقال: إن ساوت الحال الأولى الثانية ولم يظن طروء معارض يزيله عمل به. فلو شك في حصول الزوجية ابتداءً فيحرم عليه الاستمتاع استصحاباً للحالة الأولى وهي عدم الزوجية ولو شك في دوام الزوجية جاز له الاستمتاع استصحاباً للحالة الأولى وهي بقاء الزوجية. وإن لم تساوي الحال الأولى الثانية لم يعمل به. هذا وقد نص القانون المدني على هذه القاعدة في المادة (١١) بقوله (والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره) فمن كان حائزاً لشيء أو حق اعتبر مالكاً له ما لم يقيم الدليل على خلافه. وإذا اختلف الرجل والمرأة بعد انقضاء العدة على حصول الرجعة فالقول لمنكرها هذا وقد أورد القانون على هذه القاعدة بعض الاستثناءات حيث جعل القانون المذكور القول للوديع في رد الوديعة وعينها وتلفها مع أن الأصل بقاءها لديه ومما استثناه قانون الأحوال الشخصية القول بتصديق المرأة في حال تدعي انقضاء عدتها ولا منازع لها في ذلك مع أن الأصل بقاء العدة بعد وجودها.

المتيقن باعتباره الدليل الأقوى فلا يرفعه الدليل الأضعف، وهو الشك والمعنى المقصود من القاعدة محل البحث: أن إذا جهل في وقت الخصومة حالة الشيء المتنازع عليه وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه وكان لذلك الشيء حالة سابقة معهودة. فالأصل أن يحكم ببقائه على تلك الحالة حتى يقوم الدليل على خلافها فيحكم حينئذٍ بموجبه.

فلو ادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر فأنكر الأخير كان القول قوله مع يمينه لأن الأصل بقاء الأجرة في ذمة المستأجر إلى أن يثبت دفعها للمؤجر.

هذا وقد أطلق البعض على هذه القاعدة مصطلح (الاستصحاب) والذي عرفه ابن لقمان بأنه (ثبوت الحكم في وقت لثبوته في وقت آخر قبله لفقده ما يصلح للتغيير) وهناك من عرف الاستصحاب بأنه (الحكم على أمر ثابت في وقت لثبوته في وقت آخر). وبناءً على هذا التعريف قسم أصحابه الاستصحاب إلى قسمين. قسم يجعل الأمر الثابت في الماضي مستصحباً في الحال كما تقضي به القاعدة محل البحث ومنه المثال المذكور. أما القسم الثاني فعلى العكس إذ يجعل الأمر الثابت في الحال مستصحباً ومنسحباً للماضي. وقد أطلقوا على هذا القسم مصطلح (الاستصحاب المعكوس) أو المقلوب ومصطلح تحكيم الحال ومثال ذلك ما لو كان للابن الغائب مال عند أبيه فأنفق الأب منه على نفسه. ثم اختلفا فقال الابن للأب: قد أنفقت على نفسك منه وأنت موسر. وقال الأب: بل أنفقت وأنا معسر ولم تكن لأحدهما بينة. فهنا يحكم الحال. فلو كان الأب معسراً حال الخصومة كان القول قوله. ولو كان موسراً كان القول لابنه. هذا وقد ذكر ابن نجيم اختلاف الفقهاء في حجية الاستصحاب فمنهم من جعله حجة مطلقاً ومنهم من نفاه

فيستصحب الأصل المتيقن به وهو إفراغ الذمة إلى أن يثبت الخلاف، فمن ادعى على غيره حقاً فالأصل عدمه، وعلى المدعي إثبات خلاف هذا الأصل. ولذا فلو ادعى المستعير رد الشيء والوديع رد الوديعة قبل قولهما لأن الأصل براءة ذمتهما. ولو أتلف الإنسان مال آخر فاختلفا في مقداره فالقول للمتلف مع يمينه لأنه ينكر الزيادة والأصل براءة ذمته من ذلك. ولو ادعى على آخر ديناً لم يقبل قوله إلا بدليل. ولو اتهم شخص بالقتل أو السرقة فهو بريء إلى أن تثبت إدانته. ويتفرع عن هذه القاعدة قاعدة أخرى وهي: أن الذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين. فإذا ثبت بذمة شخص دين فلا يبرأ بمجرد الشك في تسليمه ذلك الدين بل لا بد من اليقين.

بقي أن نشير إلى أن القانون المدني قد نص على هذه القاعدة بالمادة (١١) بقوله: (والأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها) كما تضمنت القوانين المختلفة تطبيقات عدة لهذه القاعدة.

القاعدة العاشرة:

العادة محكمة

حدد المقتن في المادة (١) من القانون المدني السبيل الواجب على القاضي اتباعه أثناء قيامه بالفضل في المنازعات المعروضة عليه وعين المحطات التي يجب أن يتوقف فيها ويستمد منها الحكم المناسب للواقعة محل البحث وذلك على سبيل الحصر حيث ألزم القاضي أولاً بالبحث عن حكم الواقعة في نصوص القانون فإن لم يجد ذلك وجب عليه الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فإن لم يعثر على ضالته هناك فعليه أن يحكم بمقتضى العرف الجائز شرعاً فإن لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية وبذلك حدد القانون

القاعدة التاسعة:

الأصل براءة الذمة

يحكى عن سعيد بن مسيب قوله: أيما رجل عرف المدعي والمدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم به بينهما. ولذا فأول ما يجب على القاضي فهمه عند قيامه بنظر المنازعات معرفة صفة طرفي النزاع فيعلم على وجه الدقة من هو المدعي ومن المدعى عليه؟ وذلك بقصد تحديد الطرف المكلف بالإثبات، والحقيقة أن التمييز بين طرفي الخصومة أحياناً ليس بالأمر السهل فليست العبرة بمن يرفع الدعوى. ولذا كان من اللازم في ذلك إعمال الفكر، والتأمل في الوقائع محل الخصومة، والاستعانة بالقواعد الفقهية. وقديماً قال شريح: وليت القضاء وعندى ألا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إلي فيه. فأول ما ارتفع إلى خصمان أشكل على أمرهما من المدعي ومن المدعى عليه ومن أجل تحديد خصومة كل طرف في الخصومة يجب على القاضي الرجوع إلى مرجحات أولية وهي:

عبارة عن ظواهر أولية مسلمة تعتبر حجة للدفع فمن تمسك بأحدها اعتمد قوله، واندفع عنه الادعاء، وسمي المدعى عليه. وكان على المدعي إثبات عكس ذلك. ومن أهم هذه المرجحات البقاء على الأصل. والأصل: ما أدرك بالعقل والحواس ولم يحتج في إثباته إلى دليل وبرهان فمن تمسك بأصل من الأصول كان مدعى عليه، وبالتالي لا يكلف البينة ويقبل قوله مع يمينه ومن هذه الأصول القاعدة محل البحث والمتمثلة في: أن الأصل براءة الذمة. والتي تعني عدم انشغال أو تحمل ذمة الإنسان بأي حق للغير حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، لأن الإنسان يولد وذمته خالية من أي حق للغير. والتحمل والالتزام صفة طارئة،

شروط العمل بالعرف أن يكون مقارناً لحصول الشيء الذي يراد معرفة حكمه أو سابقاً عليه فلا يعتد بالعرف الطارئ بعد حدوث الشيء المراد تحكيم العرف فيه. فلو كان من شروط الواقف صرف غلته على طلبه العلم الديني فيقتصر على ذلك ولا يعتد بالعرف القائم الآن من أن المراد بطلبه العلم طلبه أي علم. كما يشترط في العرف عدم مخالفته لشروط العاقدين. هذا ومن التطبيقات القانونية للأخذ بالعرف ما نصت عليه المادة (٥١٨) مدني من العمل بالعرف في دخول الماء من السيل أو الغيل عند بيع الأرض. وألزمت المادة (٥٥١) مدني المشتري بأداء الثمن للبائع في المكان والزمان المتعارف عليه المتفق عليه وقضت المادة (٦٩٦) مدني بأنه في حال عدم ذكر مواعيد دفع الأجرة أو المدة في العقد يكون للمؤجر طلب الأجرة بحسب العرف. وأرجعت المادة (٧٦٤) مدني الحكم لعرف الجهة في أحكام المغارسة مما لم يرد به نص. هذا والله الموفق.

القاعدة الحادية عشرة:

الأصل في الصفات العارضة العدم

فيما سبق تحدثنا عن قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) وذكرنا بأن مقتضى هذه القاعدة أن اليقين هو الدليل الأقوى وبالتالي لا يمكن للشك وهو الدليل الأضعف رفعه، فالأمر المتيقن يعد حكماً قطعياً جازماً بخلاف شك. وأشرنا إلى أهمية هذه القاعدة حيث تعد أصلاً لقواعد أخرى فمن القواعد المتفرعة عنها القاعدة محل البحث (الأصل في الصفات العارضة العدم) لأن العدم في الأمور أو الصفات العارضة هو المتيقن، فالصفات هنا أمور طارئة لم تكن موجودة في الشيء أي أن الشيء بطبيعته يكون خالياً عن هذه الصفات

المصادر التي يستقي منها القاضي حكمه في أربعة فقط ومن هنا تظهر أهمية هذه المصادر التي يكون العرف أحدها ومن خلال ذلك يتبين ضرورة فهم القاضي للقاعدة محل البحث والمتمثلة في عبارة (العادة محكمة) التي لا يخلو كتاب في القواعد من ذكرها أو ذكر قواعد متفرعة عنها كقاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وقاعدة (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) وقاعدة (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم) وقاعدة (استعمال الناس حجة يجب العمل بها) ولعل ما أنزل هذه القاعدة ذلك المنزل وبؤها ذلك المقام كونها من القواعد الميسرة على الناس برفع الحرج عنهم حيث تأخذ بما اعتادوه وألفوه مما لم يخالف أحكام الإسلام. ومما يزيد هذه القاعدة أهمية أنها تساعد على تجديد بناء الأحكام وذلك بتجدد العرف وتطوره. وقد أوضح السيوطي هذا في قوله: (العادة والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل كثر). ومما ذكره في ذلك: تحديد سن الحيض والبلوغ وأقل مدة الحيض والنفس، والأنهار المملوكة، وتناول الثمار الساقطة، وإرسال المواشي ليلاً وحفظها نهاراً، وفي ألقاظ الواقف والموصي. هذا والأخذ بالعرف -وفقاً لنص المادة المذكورة- آتي بعد المرور بمحطتين افتقرتا عن توفير الحل المطلوب. أولها: النص القانوني. وثانيها: مبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا لم يعثر القاضي على حكم الواقعة في المصدرين المذكورين انتقل إلى العرف المشروط بالثبات وعدم التعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والأداب العامة لأن الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيةها - بحسب نص المادة (١٢) مدني - ما أقره الشرع ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال.. وكل حكم بني على عرف أو عادة يتغير ذلك الحكم ويزول بزوال تلك العادة. ومن

ما . لأن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها . فإذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه . وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة فالأفضل أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك فيسار إليه . هذا ويستثنى من هذه القاعدة مسائل منها قبول قول الموهوب له تلف الشيء الموهوب في حال رجوع الواهب عن الهبة فإنه وإن كان التلف هنا صفة عارضة فالقول فيه للموهوب له والحجة في ذلك أن الشيء الموهوب دخل بعد القبض في ملك الموهوب له فهو حينئذ يدعى هلاك ماله والمرء مصدق فيما يخص ملكه الذي لا يتعلق به حق لأحد .

القاعدة الثانية عشرة:

ماجاز لعذر بطل بزواله

تتفرع قواعد التيسير ومبادئ التسهيل عن أصل قرآني عظيم يتمثل في وعد الحق سبحانه بأن (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) وبهذا يتبين أن الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفسد عنهم، والتيسير في معاملتهم وعدم تكليفهم بما يشق عليهم، ويوقعهم في الضيق والحرَج . وفيما سلف من القواعد خاصة السادسة منها تحدثنا عن المشقة التي تجلب التيسير وبيننا القصد من تلك القاعدة وأنه ليس سوى رفع الحرَج عنهم في حال تعرضهم لصعوبات تجعل من قيامهم بما كلفوا به مشقة غير معتادة . وهنا يظهر عدل الإسلام وسماحة شريعته . فمن لم يستطع الصلاة قائماً صلى قاعداً ومن كان في سفر جاز له الفطر، ومن يمتنع من الأولياء عن تزويج العاقلة البالغة بدون سبب شرعي انتقلت الولاية إلى من يليه، وهكذا كلما وجدت مشقة ظهر عدل المولى سبحانه ورحمته

غالباً بمعنى أن الصفة العارضة حالة غير موجودة مع الأصل بل حادثة فيه وبالتالي فوجود هذه الصفات في الأصل أمرٌ مشكوك فيه . فعلى من يدعي ذلك تقديم الدليل . هذا عكس الصفات الأصلية الموجودة مع وجود الأصل كالبكارة في الجارية وسلامة المبيع من العيوب والصحة في العقود بعد انعقادها فهذه صفات أصلية بمعنى أنه لو حدث خلاف بين العاقدین بشأن سلامة المبيع من العيوب أو عدم سلامتها أو في صحة البيع أو فساده فالقول لمن يتمسك بسلامة المبيع وصحة العقد لأن هذه الصفات أصلية . والأصل فيها الوجود فمن يدعي عدمها فعليه الإثبات أما إذا اختلف البائع والمشتري في شرط الخيار أو في قبض المبيع أو اختلف المؤجر والمستأجر في قبض العين المؤجرة فالقول لمنكر الخيار والقبض فعلى من يدعي ذلك تقديم الدليل لأن الخيار والقبض من الصفات العارضة والأصل فيها العدم . ومثل ذلك ما لو قال رجل لامرأته: إن لم أدفع لك نفقتك اليوم فأنت طالق . ثم مضى اليوم فاختلفا . حيث قال الزوج: دفعت إليها النفقة وقالت هي: لم يدفع . فالقول هنا للمرأة لأن الأصل عدم وصول النفقة وبالتالي يتحمل الرجل عبء الإثبات ومما يجب التنبيه إليه أنه في حال أن يقوم الدليل على خلاف الأصل - وذلك بأن يكون الظاهر معارضاً له - ففي هذه الحالة يترك الأصل ويترجح الظاهر . فلو ادعت زوجة رجل عنين عدم وصوله إليها وادعى هو الوصول . وكانت حين العقد بكراً . فإن تبين بعد الفحص وجود البكارة فالقول قول المرأة في عدم الوصول . وإن تبين زوال البكارة . فالقول قول الزوج في الوصول . مع أن الأصل عدم الوصول كون الزوج عنيماً غير أن ظهور الثيبوبة مؤيد لدعواه فترك به الأصل . ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي تبين وجودها في وقت

الخطر امتنع الفعل.

القاعدة الثالثة عشرة:

إذا زال المانع عاد الممنوع

التيسير والتسهيل: لفظان دالان على العدل والرحمة. وإلى هذه المعاني تنزع النفس السوية، والمتصف بهما ينال في الناس المرتبة الرفيعة. غير أن ذلك لا يكون على الإطلاق إذ لا بد من ضوابط تنظم ذلك وإلا انقلب الأمر سلباً، والحال ضداً، وهذا ما تهدف إلى معالجته القاعدتان: السابقة، ومحل البحث. إذ هما من مقيدات القاعدة العامة (المشقة تجلب التيسير) فالهدف من هذه القاعدة رفع الحرج عن المكلفين في حال تعرضهم لصعوبات، تجعل من قيامهم بما كلفوا به مشقة غير معتادة. وبالتالي فإن من العدل: أنه متى ما زالت تلك المشقة عاد الحال إلى ما كان عليه.

- فالمحظور شرعاً إذا أبيع لعذر مشروع عاد حكمه بزوال ذلك العذر، وهذا ما قصدت إليه القاعدة السابقة بقولها: (ما جاز لعذر بطل بزواله) أي أن ما جاز فعله لسبب عذر من الأعداء، أو عارض من العوارض، فإنه يزول جوازه ومشرعته بزوال العذر. فالقاعدة المذكورة أفادت: حكم ما جاز لسبب ثم زال هذا السبب. وهو عكس ما تهدف إليه القاعدة محل البحث بقولها (إذا زال المانع عاد الممنوع) فهذه القاعدة تفيد حكم ما امتنع لسبب ثم زال السبب المانع. أي إنها تعني: أنه إذا لم يحصل حكم ما لوجود مانع من حصوله فإنه متى ما زال هذا المانع الذي منع من حصول الحكم. حصل وثبت هذا الحكم. كما لو أوصى لوارث فالوصية غير نافذة لكونها لوارث، فإذا زال هذا المانع من الموصي له الوارث، وهو كونه: وارثاً، فإن الوصية تنفذ. كما لو أوصى لأخيه ثم ولد له ابن ثم

بالتخفيف عن المكلف، ومتى ما زال العذر وانتهت المشقة عاد حكم الأفعال والأقوال كما كان قبل وجود العذر. وهذا ما تهدف إليه قاعدة (ما جاز لعذر بطل بزواله) فالمحظور شرعاً إذا أبيع لعذر مشروع كالإكراه بغير حق، وكحالة الضرورة الملجئة إلى فعل المحظور، فإن هذه الإباحة مقيدة بوجود العذر المبيح، ولدة بقائه، فإذا زال العذر لم يبق سبب شرعي في بقاء حكم فلا يجوز فعله، ومن التطبيقات القانونية لذلك: الحجر على السفیه، فالأصل أن الإنسان حر في تصرفاته بما له إذا كان ذلك التصرف، وفق ما يقضي به الشرع والعقل، أما إذا خالف التصرف ذلك، عد صاحبه مبدراً، وجاز الحكم بمنعه عن التصرف، ومتى ما زال المانع وهو التبذير، وجب رفع الحجر الذي أجاز للعذر وهو التبذير، والأصل أن القاضي يحكم بموجب ما وصل إليه في مجلس حكمه غير أن قانون الإثبات أجاز له الانتقال لسماع شهادة الشاهد إذا وجد في الشاهد عذر يمنعه من الحضور إلى المحكمة ومتى ما زال ذلك العذر، امتنع على القاضي ما ذكر. واشترط القانون لقبول الشهادة: البلوغ والعقل. غير أنه أجاز قبولها من الصبيان بعضهم على بعض وذلك فيما يحدث بينهم في غياب الكبار.

وعليه فإذا ما كان فعل الصبيان، قد حدث في حضور الكبار، امتنع قبول شهادة الصبيان. والمرتهن ممنوع من التصرف في المرهون غير أن القانون المدني أجاز له ذلك في حال حلول أجل الدين، ولم يرقم الراهن بالوفاء أو خشي فساد المرهون أو تلفه. فحين ذلك يكون للمرتهن بيع المرهون، أما إذا بذل الراهن الوفاء أو أمكن حماية المرهون من الفساد والتلف فحين ذلك لا يجوز للمرتهن البيع. وفي حال ما إذا تعرض الإنسان لخطر محدد جاز له الدفاع بما يبعد ذلك الخطر عنه فمتى ما زال

إلى وضع المعالجات في حال تعذر إزالة الضرر أو صعوبة إزالته بالكلية. وغير ذلك من القواعد الأساسية والفرعية مما سنتناوله بالدراسة مستقبلاً بإذن الله.

واصل القاعدة موضوع الدراسة: حديث نبوي شريف أخرجه مالك في الموطأ، والحاكم في المستدرک وغيرهما، والمعنى الأقرب للضرر في اللغة: أنه ضد النفع. أما في الاصطلاح. فالضرر - عند البعض -: إخلال بمصلحة شرعية للنفس أو الغير تعدياً أو تعسفاً أو إهمالاً. فالمصلحة هي: محل وقوع الضرر. وهي: المنفعة التي قصدتها الشارع الحكيم لعباده في حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم. ويرى البعض: أن الضرر والإضرار بمعنى واحد. ولذا قالوا: بأن لفظ الإضرار في الحديث أريد به التأكيد. في حين فرق أغلب العلماء بين اللفظين فقالوا: بأن الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً. والإضرار إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة. وفسر ابن الأمير ذلك بقوله: إن معنى لا ضرر: أن لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً في حقه. وأن معنى لا ضرار: أن لا يجازيه بإدخال الضرر عليه. فالضرر ابتداء الفعل. والإضرار جزاء عليه. ووفقاً للتفسير الأخير. فإن القاعدة محل البحث تشتمل على حكمين. الحكم الأول: نفي الضرر: بمعنى أنه لا يجوز لأحد الإضرار بغيره ابتداءً لأن إلحاق الضرر بالغير ظلم، والظلم حرام. والحكم الثاني: نفي الإضرار. بمعنى أنه لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر. غير أن هناك تحفظاً على معنى الحكم الثاني، أورده ابن الأمير بقوله: وبعبده جواز الانتصار لمن ظلم مستدلاً بقوله تعالى: (ولمن انتصر بعد ظلمه) الشورى (٤١) ومن فروع هذه القاعدة وتطبيقاتها، مما كانت مشروعيتها توقيماً من وقوع الضرر. بعض الخيارات. كخيار الرؤية الذي شرع بقصد دفع الضرر عن

مات الموصى فإن الوصية تنفذ، لأن الموصى له - وهو أخ الموصي - أصبح غير وارث، بولادة ابن للموصي، لأن الابن يحجب الأخ عن الميراث فتصح الوصية كأنها للغير فتنفذ. ومن التطبيقات الفقهية أيضاً: عودة الحق في الحضانة - عند البعض - لمن كانت قد فقدته بسبب الزواج وذلك في حال طلاقها. ومن ذلك: أن العيب الحادث بالمبيع، وهو لدى المشتري، يسقط حقه في الرد بالعيب القديم، إذا لم يكن قد ارتضاه. غير أن حق المشتري في الرد بالعيب القديم يعود إليه في حال زوال العيب الأخير الحادث لديه لأن هذا العيب كان المانع من الرد فحيث قد زال المانع عاد الحق إلى صاحبه. ومن التطبيقات: أن أجره العين تسقط بانهدامها. غير أنه متى ما أعاد المالك بناء العين المؤجرة، فإن العين تعود إلى المستأجر ما دامت مدة إجارته باقية وذلك لأن المانع من استيفائه لحقه كان بسبب انهدام العين، وما دام السبب قد زال عاد حقه في الانتفاع المدة المتفق عليها بين الطرفين.

القاعدة الرابعة عشرة:

لا ضرر ولا ضرار

القصد من الأحكام الشرعية المحافظة على ما اصطلاح على تسميته بالضرورات الخمس وهي: الدين والنفس والعقل والعرض والمال. وتتمثل هذه المحافظة في جلب المصلحة ودفع المفسدة. ودفع المفسد - كما هو معلوم - مقدم على جلب المصالح. من هنا تبدو أهمية القاعدة محل البحث باعتبار موضوعها وهو الضرر الممثل بالمفسدة، من أهم الموضوعات المثارة قضائياً. ونظراً لهذه الأهمية تعددت القواعد المتعلقة بذلك فمنها ما قصد منه النهي عن إيقاع الضرر كهذه القاعدة. ومنها ما يوجب إزالته في حال وقوعه. ومنها ما يهدف

لا يعتد به. ومن شروط الضرر المعتبر أيضاً أن يكون فاحشاً فلا عبرة باليسير، وأن يكون بغير حق أي غير مشروع، كأن يكون نتيجة اعتداء أو تعسف أو إهمال فإذا تحققت هذه الشروط في الضرر ألزم فاعله بإزالة عينه -مصدر الضرر- إن أمكن ما لم فعلية التعويض لما إذا كان الضرر قد نتج عن جناية فعلى فاعلها الحد إن كانت من جرائم الحدود، أو التعزيز إن لم تكن كذلك، وقد يضم إلى التعويض، العقوبة المقررة قانوناً هذا ونظراً لأهمية الموضوع ولكون الضرر أكثر المواضيع إثارة أمام القضاء فقد أولاه القانون المدني عناية خاصة حيث نص في المادة الرابعة على وجوب إزالته، حتى وإن كان قد نتج عن استعمال الحق إذا كان ذلك الاستعمال قد تم بصورة غير مشروعة ويكون الاستعمال كذلك وفقاً لنص المادة (١٧) إذا لم يقصد به صاحبه سوء الإضرار بالغير، أو كانت المصلحة التي يرمي إليها صاحب الحق قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يصيب الغير من ضرر. وأوجب المادة (٣٠٤) تعويض الضرر الناتج عن فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ ويتضح من خلال التأمل لنصوص القانون، أنه لا تعويض عن الضرر إذا نتج عن فعل مشروع كمن يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً، أو يثبت أن الضرر ناتج عن استعمال حقه في الدفاع الشرعي، أو أنه نشأ عن سبب أجنبي لا يد له في ذلك، أو أن الضرر صدر عن موظف عام تنفيذياً لأمر صدر إليه من رئيس متى كانت طاعة هذا الأمر واجبة عليه شرعاً أو كان يعتقد ذلك (المواد ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨) هذا ولا تقف المسؤولية عن الضرر عند الفعل الشخصي بل رتب القانون في المادة (٣١٥) مسؤولية حائز الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر بسبب تقصيره ونصت المادة (٣١٦) على مسؤولية حائز البناء عما يحدثه انهيار البناء من ضرر وغير ذلك مما يجده

المشتري بدخول شي في ملكه لا يلائمه. وخيار الشرط الذي قصد به التروي لئلا يقع في ضرر الغبن. واتخاذ السجون الذي شرع بهدف الردع وكف الأذى عن الخلق. وإيقاع الحجر توقياً لضرر قد يعود على المحجور عليه أو الغير. وتشريع حق الشفعة دفعا لما قد يصيب الشافع من ضرر. وحبس الموسر إذا امتنع عن الإنفاق، دفعا لما قد يصيب الأولاد أو القريب من ضرر. وغير ذلك من الأمثلة المبسوطة في كتب الفقه.

القاعدة الخامسة عشرة:

الضرر يزال

تحدثنا في القاعدة السابقة عن الضرر، وذكرنا بأن الحكمة من منعه المحافظة على الضرورات الخمس: الدين والعقل والنفس والعرض والمال، وأشرنا إلى القصد من الأحكام الشرعية فهي إما جالبة لمصلحة أو دافعة لمفسدة، ودفع المفسد.. كما هو معلوم- مقدم على جلب المصالح. من هنا تبدو أهمية القاعدة محل البحث فالمفسدة ضرر، والضرر ظلم، والظلم حرام، إذا فالواجب إزالة الضرر امتثالاً لقوله تعالى (ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها) الأعراف (٥٦) غير أن مما يجدر الإشارة إليه أنه ليس كل ضرر مرتباً للمسئولية على فاعليه، إذ لا بد من توافر شروط في الضرر المعتبر نص عليها الفقهاء وهي: أن يكون الضرر محققاً في الحال أو الاستقبال، أما إذا كان الضرر مظنوناً -محتملاً- أو غالباً فلا عبرة به عند البعض، في حين جعله الآخرون محل اعتبار، فمن يبيع نحاساً أو حديداً لأهل الحرب، أو عنباً لمن عرف بعصره خمراً، ففعله محل خلاف بين الطرفين، بين مانع من ذلك باعتبار ما يؤول إليه الحال، ومجيز مع الكراهة، باعتبار أن الضرر محتمل

الإمكان.

فإن كان مما يقابل بعوض، كأن يحدث عيب في المبيع عند المشتري ثم يظهر به عيب قديم فليس للمشتري -عند البعض- رده بالعيب القديم بل تكون له المطالبة بما نقص من الثمن. لأن في تجويز الرد إضراراً بالبائع ولا يجوز رفع الضرر عن المشتري بإضرار البائع. وهنا خيّر القانون المدني المشتري بين نقص الثمن أو الرد مع أرش العيب الطارئ أما إذا كان الضرر لا يقابل بعوض، كما إذا امتنع الراهن عن الإنفاق عن العين المرهونة فإنه لا يجبر على ذلك. غير أنه لما تعلق حق المرتهن بماليتها وحبس عينها. ولا يمكن ذلك بدون الإنفاق عليها لتبقى عينها، كان للمرتهن -بإذن الحاكم- الإنفاق على العيب، ويكون ما أفقّه ديناً على الراهن. وفي حال أن يكون الضرر غير ممكن للإزالة إلا بإدخال ضرر على الغير مساوٍ أو أعلى وكان الضرر الواقع مما لا يجبر فحينئذ يترك على حاله فالمشرف على الهلاك جوعاً لا يباح له رفع الخطر عن نفسه بتناول طعام من هو في مثل حاله. هذا ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن القانون المدني أجاز الاتفاق على مقدار التعويض عن الضرر، وجعل للقاضي الحق في تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغاً فيه أو أن الحق قد نفذ جزء منه. أما إذا جاوز الضرر مقدار التعويض المتفق عليه، فقد أجاز القانون لصاحب الحق أن يطالب بزيادة التعويض، إذا ظهر غش في العمل أو خطأ جسيم. وننبه هنا إلى أن القاعدة محل البحث لا تشمل إقامة الحدود ونحوها لأن ما ينتج عنها لا يعد ضرراً في الحقيقة لأن القائم بالحد إنما امتثل أمر الله له، بإقامته الحد على العاصي فهو عقوبة من الله تعالى لأنه إنزال ضرر من الفاعل، ولذا لا يذم الفاعل في إقامة الحد بل يمدح على ذلك.

المطلع في مواد القانون، هذا ومن التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة الرد بالعيب، جميع أنواع الخيارات، الحجر بأنواعه، الشفعة فقد شرعت لدفع ضرر القسمة، والقصاص، والحدود، ودفع الصائل، ونصب القضاة، وفسخ النكاح بالعيوب وغير ذلك مما يجده المتأمل في كتب الفقه.

القاعدة السادسة عشرة:

الضرر لا يزال بمثله

(الضرر يزال) هذا ما قررته القاعدة السابقة فالضرر ظلم، والظلم منكر، لذلك كان الفعل الضار مصدراً من مصادر الالتزام يلزم المسئول عنه بإزالته وهذا ما يقضي به الشرع والعقل، غير أن الأضرار تختلف من حيث قابليتها للإزالة. فمنها ما يمكن رفعه بلا ضرر، ومنها ما لا يرفع إلا بذلك والسؤال المدار هنا فيما إذا أصبح الضرر حتمياً للإزالة هل يترك الحال بدون تقدير، أم لا بد من ضابط لقدر الضرر المزيل؟ لا شك أن القول بترك التقدير قد يؤدي إلى نتيجة مغايرة لما قصدت إليه القاعدة المذكورة. لأن هناك من الأضرار ما لا يمكن رفعه إلا بضرر مماثل أو أشد. فإذا قلنا بجواز ذلك أي أطلقنا حكم القاعدة السابقة فلن تكون النتيجة سوء إحلال ضرر مساوٍ أو أعلى، وهذا ليس عدلاً. ولحل هذا الإشكال تقررت القاعدة محل البحث -الضرر لا يزال بمثله- لتضع حداً معيناً بما يجب إزالته من الأضرار.

إن هذه القاعدة تعد قيداً لما أطلقته قاعدة (الضرر يزال) فالضرر وإن وجبت إزالته إلا أن ذلك مشروط بأن لا يكون الرفع له مماثلاً أو أشد يلحق بالغير... بل يزال الضرر الواقع بالأخف ما أمكن، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر مماثل أو أشد، فحينئذ لا يرفع بل يجبر بقدر

من سلامتهم، وجواز المرور في ملك الغير لإصلاح النهر العام كالفترات. كل ذلك منعاً من وقوع الضرر العام. هذا والله ولي التوفيق.

القاعدة السابعة عشرة

يتحمل الضرر الخاص لرفع الضرر

العام

الضرر كما أسلفنا منكر، والمنكر واجب الإزالة فالضرر يرفع ولكن بالدون لا بالمثل كما قررته القاعدة السابقة (الضرر لا يزال بمثله) ومعنى ذلك أن الضرر يزال بما هو أقل منه ضرراً، فيتحمل هذا الضرر الأقل لدفع الضرر الأعظم غير أن حكم هذه القاعدة ليس على الإطلاق بل قيد بقواعد منها القاعدة محل بحثنا (يتحمل الضرر الخاص لرفع الضرر العام) فالفرد عضو في جماعة له من الحقوق ما يجب على الجماعة احترامها. غير أن مصلحة الجماعة -في حال التعارض- أولى بالرعاية، لذا يجب تغليبها على المصلحة الفردية لأن الضرر العام يلحق عموم الأفراد بينما يقتصر الضرر الخاص على فرد أو فئة قليلة العدد. ولهذا يجب رفع الضرر العام وإن استلزم رفعه إيقاع ضرر خاص. لأن الضرر الخاص يتحمل لمنع الضرر العام. ولهذا فإن هذه القاعدة تعد من القواعد الهامة لكونها تجري في كل مسألة تتراوح بين ضررين خاص وعام وينبني عليها كثير من الأحكام الفقهية ومن التطبيقات الفقهية لهذه القاعدة: جواز الرمي إلى كفار تترسوا بصبيان المسلمين، ووجوب نقض حائط مملوك مال إلى الطريق العام، ومنع الطبيب الجاهل والمفتي الماجن من أعمالهما، والحجر على السفية، وبيع مال المديون لقضاء دينه، وجواز هدم البيوت لمنع سريان الحريق، وتحديد سعر المواد الغذائية، وبيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة وامتناعه من البيع، ومن التطبيقات أيضاً الحجر على القادمين من بلاد موبوءة للتأكد

أهم المراجع:

- معجم لغة الفقهاء.
- القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، د. شبير.
- شرح القواعد الفقهية للزرقاء.
- التاج المذهب، للعنسي.
- الكاشف لذوي العقول، ابن لقمان.
- الوجيز في شرح القواعد الفقهية، د/زيدان.
- الفروق للقرافي.
- الأشباه والنظائر للسيوطي.
- القواعد الفقهية (الندوي).
- مجلة الأحكام العدلية.
- الأشباه والنظائر لابن نجيم.
- وسائل الإثبات: الزحيلي.
- القانون المدني.
- البيان الشافي: ابن مظفر.
- سبل السلام لابن الأمير.
- شرح الأزهار لابن مفتح
- الأثمار المضيئة لشرح القواعد الفقهية/ الأهدل
- المدخل للقواعد الفقهية الكلية: د/ الحريري.

القضاء الإداري وجه من أوجه الإصلاح القضائي في ظل التكامل الديموقراطي

أ.د. / مطهر العزي
أستاذ القانون العام
كلية الشريعة والقانون

جهاز الإدارة من أهم أجهزة السلطة التنفيذية في
الجمهورية اليمنية نظراً لما يقوم به من المهام الضرورية
يعتبر لسير المرافق العامة بانتظام واطراد وتنظيم علاقات
هذا الجهاز بغيره من أجهزة الدولة من ناحية وبالأفراد من ناحية
أخرى.

وقد رسمت التشريعات اليمنية له جميع الخطوات اللازمة لذلك
ووضعت القواعد المحددة لاختصاصاته الموضوعية والشكلية والزمانية
وقيده بقيود تضمن شرعية تصرفاته. غير أن هذا الجهاز كان في
مراحله السابقة يعتمد على مبدأ الفاعلية، الذي يعمل على الحرص
على سير المرافق العامة بانتظام واطراد ولو أدى ذلك إلى إهدار مبدأ
الضمان الذي يحافظ على حقوق العاملين في المرافق العامة وحقوق
الأفراد وقد ترتب على أخذ الجهاز الإداري بمبدأ الفاعلية تطبيق نظام
الرقابة الإدارية على الإدارة، فصارت الإدارة خصماً وحكماً في آن واحد
في مواجهة العاملين في المرافق العامة والأفراد.

وكلما تقوم به هذا المجالس رفع توصية إلى من له حق توقيع العقوبة بتوقيعها على الموظف المخالف أو أنها توصي ببراءته وبناء عليه يصدر قراره بتوقيع العقوبة عليه أو ببراءته، ثم ظهرت تشريعات نصت على تعديل تكوين مجالس التأديب حيث أضيف إلى التكوين السابق عنصر قضائي ومندوب عن نقابة الموظفين أو العمال وبهذا التعديل اعتبر هذا النظام شبه قضائي.

ومهما كان التعديل إلا أنه ما زال خاضعاً لدرجة الإدارة.

أما في ظل الإصلاح الإداري والقضائي، ومحاولة القيادة السياسية - في عهد المشير علي عبد الله صالح رئيس الجمهورية رئيس مجلس القضاء الأعلى - مد تطبيق مبدأ الديمقراطية ليشمل حق الموظفين والأفراد في مخاصمة الإدارة أمام القضاء حيث أخضع الإدارة للقضاء الإداري الذي يعطي الموظفين والأفراد حق مقاضاة الإدارة برفع دعوى إلغاء ضد القرارات الإدارية المشوبة بعيب من العيوب التالية: وهي ما تسمى بأوجه الإلغاء وهي عيب عدم الاختصاص وعيب مخالفة القانون وعيب الشكل والإجراء وعيب السبب وأخيراً عيب إساءة استخدام السلطة حيث صدرت عدة تشريعات دلت في مجموعها على اتجاه المشرع القانوني إلى الأخذ بالقضاء العادي - كونه أخذ بالقضاء الموحد - بإلغاء القرارات التي تصدرها الإدارة إذا كانت مشوبة بأحد العيوب السابقة.

وفي هذه المرحلة - مبدأ الفاعلية ومبدأ الضمان - جنباً إلى جنب، حيث سارت المرافق العامة سيراً طبيعياً بانتظام مع المحافظة على حقوق الموظف ومنها اللجوء إلى القضاء لمقاضاة الإدارة غير أنه حتى اليوم لم تصدر السلطة التشريعية قانون القضاء الإداري الذي يشمل القواعد الإجرائية اللازم اتباعها أثناء

ولما كان القرار الإداري من أهم وسائل إدارة المرافق العامة فإن أصحاب القرار الإداري لا يجدون ما يمنهم من إصدار قرارات إدارية في سبيل سير المرافق حتى لو ترتب على صدورهما إضرار بالعاملين في المرافق أو الأفراد ما دامت المرافق تحقق أهدافها، إعمالاً لمبدأ الغاية تبرر الوسيلة، وما على المضرور من القرار الإداري إلا اللجوء إلى الإدارة نفسها مستخدماً وسيلة التظلم الولائي، الذي يعني أن الموظف أو الفرد يتقدم إلى مصدر القرار بتظلم إداري من القرار الذي أصدره مبيناً فيه الأضرار التي لحقت من جراء إصدار هذا القرار، كما يطلب فيه إلغاء القرار أو تعديله، وفي حالة رفضه من قبل المتظلم إليه له حق رفع تظلم رئاسي من القرار الإداري إلى رئيس مصدر القرار خلال مدة معينة فإذا تعاطف الرئيس مع المرؤوس (مصدر القرار) ورفض التظلم وأيد القرار ليس للمتظلم سوى الخضوع للإدارة وتنفيذ القرار مهما كانت أوجه الإلغاء جديدة، لأن التشريعات السابقة لا تجيز له اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى إلغاء القرار المضرور منه، هذا بالنسبة لدعوى الإلغاء.

أما بالنسبة للجانب التأديبي فقد اعتمدت الإدارة على مبدأ الفاعلية وأغفلت مبدأ الضمان فصارت الإدارة خصماً وحكماً في آن واحد وما على الموظف إلا الانصياع لقرارات الإدارة بعد التظلم الولائي أو التظلم الرئاسي، ثم حدث تطور بسيط في مجال التأديب حيث صدرت تشريعات تجيز للإدارة إنشاء مجالس تأديبية في المرافق العامة لمحاكم الموظفين المخالفين، وقررت التشريعات بعض الضمانات لحماية الموظف أثناء التحقيق معه والمحاكمة أمام مجلس التأديب ومع أن هذا النظام قضى ضمناً للموظف بعض الحقوق والضمانات إلا أنه لا زال خاضعاً لتوجيهات الإدارة حيث أن جميع أعضاء المجالس التأديبية من الإدارة.

جميع المهتمين في الدعاوى الإدارية في ظل التشريعات اليمينية، فقد استحسن نشرها في المجلة القضائية.

أولاً: تعريف دعوى إلغاء القرار الإداري

دعوى الإلغاء: هي تلك الدعوى التي يرفعها أحد الأفراد -أو إحدى الهيئات- إلى القضاء الإداري يطلب فيها إعدام قرار إداري مخالف للقانون.

وهناك تعريف آخر: دعوى الإلغاء هي دعوى القانون العام فيما يتعلق بالقرارات الإدارية.

شرح التعريف: بالتأمل في التعريف السابق يتضح أنه مكون من جنس وعدد من القيود بعضها للإدخال وبعضها للإخراج؛ فلفظ دعوى جنس في التعريف يشمل كل الدعاوى سواء تلك الدعاوى التي ترفع أمام القضاء الإداري أو المدني والجنائي والتجاري.. وقوله: التي يرفعها أحد الأفراد أو إحدى الهيئات قيد مبين لمن له الحق في رفعها حيث جعل الحق للأفراد وكذا الهيئات والإطلاق هنا يدخل جميع الأفراد العاديين والأفراد العاملين مع أجهزة الدولة وكذا جميع الهيئات المحلية وغير المحلية إلى القضاء الإداري: قيد قصد به إخراج الدعوى الأخرى التي تختص بنظرها جهات القضاء العادي وقد يفهم من هذا القيد عدم جواز رفع دعوى الإلغاء أمام القضاء العادي والواقع أن إعمال هذا القيد مقصور على الدول التي تأخذ بنظام القضاء الإداري المستقل عن القضاء العادي، أما في الدول التي تأخذ بنظام وحدة القضاء فإنها تجعل الاختصاص للقضاء العادي في نظر جميع الدعاوى ومنها الجمهورية اليمينية حيث جعل المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة في نظر جميع الدعاوى، وعليه يمكن رفع دعوى إلغاء أي قرار إداري أمام محاكم القضاء العادي.

نظر الدعاوى الإدارية لذلك وللضرورة الملحة لوجود القضاء الإداري لما سبق.

ولأن هذا النوع من القضاء ينفرد بطبيعة خاصة تميزه عن الأنواع الأخرى ونظراً لوقوع بعض المحاكم التي تنظر القضايا الإدارية في خلط عند تطبيق القواعد الإجرائية المدنية تارة والقواعد الإجرائية الجزائية تارة أخرى، ولما كان المشرع القانوني قد أخذ بنظام القضاء الموحد، بمعنى أن المحاكم العادية تنظر جميع المنازعات الجنائية والمدنية والتجارية والإدارية والأحوال الشخصية إلا أن هذا الاتجاه وهو وحدة القضاء لا يعني وحدة القانون حيث أنه كما توجد قواعد إجرائية للمنازعات المدنية، قانون المرافعات وقانون الإثبات وقانون الإجراءات الجزائية للمنازعات الجزائية-توجد قواعد إجرائية للقضاء الإداري يطبقها القاضي الإداري عند نظر الدعاوى الإدارية ولما كان مجال القضاء الإداري عند نظر الدعاوى الإدارية كان مجال القضاء الإداري عند نظر الدعاوى الإدارية يدخل في تخصص العام حيث أقوم بتدريسه لمنتسبي المعهد العالي للقضاء والمعهد العالي لضباط الشرطة، دراسات عليا فقد وجدت من المستحسن الاستفادة من المجلة القضائية لنشر البحث الذي قمت بإعداده -في مجال القضاء الإداري- تحت عنوان (الدعاوى الإدارية في التشريعات اليمينية).

الذي اقتبست معظم القواعد الإجرائية التي تضمنها البحث من عدد من القوانين اليمينية النافذة بحسب مناسبتها لموضوع من موضوعات القضاء الإداري وأهما: قانون المرافعات، قانون الإجراءات الجزائية، قانون الإثبات، قانون قضايا الدولة، قانون السلطة القضائية، قانون الخدمة المدنية.

كما حاولت ترتيب قواعد وإجراءات كل دعوى على حدة بدءاً من تعريف الدعوى وحتى صدور الحكم فيها من المحكمة المختصة. ورغبة مني في توسيع الفائدة لتشمل

تكون بالنسبة للقرارات الإدارية النهائية أما قبل ذلك فاللازم أن يستنفذ القرار الإداري جميع مراحلها في درجات السلم الإداري حتى يصبح نهائياً، ولهذا اشترطت بعض القوانين سبق تقديم التظلم من القرار الإداري حتى تقبل دعوى إلغاء القرار.

٢- دعوى الإلغاء دعوى عينية: تعتبر الدعوى عينية أو موضوعية إذا كان الهدف من رفعها الدفاع عن مصلحة عامة، لأن الموضوع المطروح على القضاء في دعوى الإلغاء هو فحص مشروعية القرار لأنه في حالة توجيه هدف رفع الدعوى إلى الدفاع عن مصلحة خاصة أو مركز فردي، فإننا نكون أمام دعوى شخصية وإنما غالباً ما تحوي الدعوى العينية عناصر شخصية، وترمي إلى الدفاع عن مصلحة فردية، غير أن هذا العنصر ملحق بالهدف الرئيس المتمثل في مبدأ احترام الشرعية وهذه الخصيصة اثرها على شروط قبول الدعوى وعلى حجية الحكم الصادر في الدعوى.

كما أن رافع الدعوى العينية يهدف إلى تحريك رقابة القاضي على المشروعية لتحقيق مصلحة عامة، ويكون كل شخص ذا صفة في الدعوى، إما لأنه محرك للرقابة المشار إليها وإما لأنه خاضع لهذه الرقابة.

واتصاف دعوى الإلغاء بهذه الطبيعة هي التي تفسر إمكان رفعها من أفراد بعديين نسبياً عن القرار الدعوى وهي تفسر أيضاً أن حكم الإلغاء يتمتع بحجية مطلقة.

شروط قبول دعوى الإلغاء

ظهر من خلال شرح طبيعة هذه الدعوى على الرغم أنها دعوى عينية الهدف من رفعها الدفاع عن مصلحة عامة متمثلة في الدفاع عن المشروعية لأن موضوعها فحص مشروعية القرار الإداري بحيث تكون سلطة القاضي

يطالب فيها إعدام قرار إداري: قيد لتوضيح سلطة القاضي المخولة له نتيجة لرفعها التي تنحصر في الحكم بإلغاء القرار إذا كان غير مشروع أو رفض طلب الإلغاء إذا كان العمل مشروعاً، وليس من سلطته أن يحكم بتعديل القرار محل الدعوى أو استبدال غيره به، ولا بد أن يكون محل الدعوى قراراً إدارياً؛ وهو إفصاح جهة الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون عن إرادتها الملزمة من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معين، متى كان ممكناً وجائزاً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة.

وبناء عليه لا تقبل دعوى الإلغاء ضد عقد ولو كان إدارياً وإنما على المتضرر من العقد أن يسلك طريق القضاء الكامل - كما سبق توضيحه - ولا بد أن يكون مخالفاً للقانون: فلا تقبل دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري إذا كان مشروعاً وعلى القاضي رفض الدعوى في حالة مشروعيتها، ويكون مشروعاً متى كان موافقاً للقواعد القانونية القائمة بالفعل في الدولة المعنية، كما سنوضحه في المكان المخصص له.

ثانياً: طبيعة دعوى الإلغاء

تتميز دعوى الإلغاء بطبيعة خاصة تتضح من خلال الخصائص التالية:

١- دعوى الإلغاء دعوى قضائية: تعتبر دعوى الإلغاء دعوى قضائية نظراً لضرورة توافر الشروط اللازمة في جميع الدعاوى وخضوع رافعها لجميع الإجراءات والمواعيد اللازمة لرفعها، ومن ناحية أخرى فإن القضاء لا يعتبر بالنسبة للجهة الإدارية درجة أعلى من درجات التقاضي بل الجهتان مستقلتان في اختصاصهما الوظيفي، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ٨ / ٦ / ١٩٥٧م وقد استند في ذلك على أن دعوى إلغاء القرار الإداري أو وقف تنفيذه إنما

المركز القانوني للمدعي.

الشرط الأول

أن يكون القرار صادراً من جهة إدارية

يمثل هذا الشرط أهم الشروط المتعلقة بطبيعة القرار محل دعوى الإلغاء فلا بد لكي تقبل الدعوى من وجود قرار صادر عن الإرادة المنفردة للإدارة وتخرج بهذا الشرط العقود باعتبارها ناتجة عن توافق إرادتين فلا يمكن الطعن فيها بالإلغاء.

وليس معنى ذلك أن العقود التي تبرمها الإدارة محصنة ولا يمكن إبطالها أو فسخها، وإنما يمكن الطعن فيها إذا شابها عيب يوجب إبطالها أمام القاضي المدني إذا كان العقد الذي أبرمته الإدارة عقداً مدنياً وأمام القاضي الإداري إذا كان العقد إدارياً، وذلك باستعمال دعوى القضاء الكامل.

وهذا في حالة الأخذ بالقضاء الإداري المستقل كما هو الحال في مصر وفرنسا، وأما في ظل نظام القضاء الموحد فإن التفرقة بين نوعي العقود بهدف تحديد الاختصاص القضائي تنعدم، وإن كانت باقية من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث يطبق القانون الإداري على العقود الإدارية والقانون المدني أو التجاري على العقود المدنية أو التجارية ولو كانت جهة القضاء واحدة، كما هو الحال في اليمن طبقاً لقانون السلطة القضائية الذي جعل للقضاء العادي الحق في نظر جميع الدعاوى.

واشتراط صدور القرار من جهة إدارية يخرج القرارات الصادرة عن جهات غير إدارية:

أولاً: القرارات الصادرة

عن السلطة التشريعية

التي تقوم أيضاً بسن القوانين وإصدار طائفة كبيرة من الأعمال البرلمانية، كالرغبات والقرارات المتعلقة بالتنظيم الداخلي للبرلمان.

الإداري مقصورة على الحكم بإلغائه إذا تبين له أنه غير مشروع ويكون القرار معيباً إذا كان مشوباً بعيب من عيوب الإلغاء الخمسة.

أما إذا تبين للقاضي من خلال الفحص والتدقيق أن القرار مشروع لصدوره من مختص- زماناً ومكاناً ونوعاً- بالشكل المرسوم له وموافق للقانون ومسبب، وغير مشوب بعيب إساءة استخدام السلطة حكم بتأييد القرار الإداري ورفض الدعوى وهو ما سوف نوضحه عند الحديث عن سلطة القاضي الإداري .

وهذا ما يميزها عن الدعاوى الأخرى (المدنية - التجارية - الجزائية) على الرغم من ذلك إلا أنها دعوى قضائية -يشترط لقبولها توفر عدد من الشروط كما تشترط القوانين الإجرائية في جميع الدعاوى وكذا خضوع رافعها لجميع الإجراءات والمواعيد اللازمة لرفعها ومع ذلك فإن دعوى الإلغاء تتميز من حيث شروط قبولها ومواعيدها عن الدعاوى الأخرى بما يأتي : فمن حيث الشروط يشترط لقبولها شروط خاصة تتعلق بالقرار الإداري كونها تخاصم القرار الإداري.

الشروط المتعلقة بطبيعة

القرار المطلوب إلغاؤه

الدعوى المتعلقة بمنازعات مدنية أو جنائية أو تجارية يرفعها المدعي ضد المدعي عليه سواء كان فرداً أو جماعة أو شخصاً اعتبارياً غير أن دعوى الإلغاء موجهة ضد القرارات الإدارية وعلى هذا لا يعتبر مُصدر القرار مدعى عليه ولا الجهة التابع لها.

لذلك لا تقبل دعوى الإلغاء إلا إذا كان محلها قراراً صادراً من جهة إدارية مستوفياً للشروط الآتية:-

أولاً: أن يكون صادراً من جهة إدارية.

ثانياً: أن يولد القرار الإداري آثاراً قانونية.

ثالثاً: أن يكون القرار مؤثراً بذاته على

الإجرائية قد رسمت طريق الطعن فيها وحددت جهة الاختصاص.

فإذا كانت صادرة من محاكم الدرجة الأولى طعن فيها بالاستئناف ونظرته محكمة الاستئناف، أما إذا كان صادراً عن محاكم الاستئناف طعن فيها بالنقض ونظرته المحكمة العليا للنقض والإقرار كما هو موضح في المادتين (٣٦، ٦٤) من القرار بالقانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م بشأن المرافعات، والتنفيذ المدني حيث نصت المادة (٦٣) منه على أن تختص محكمة النقض بالفصل في الطعن بطريق النقض في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية في الأحوال التي يحددها القانون وتختص محاكم الاستئناف بالحكم بالقضايا الاستئنافية التي ترفع إليها عن الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية.

وبالمثل فإن القضاء الإداري لا يقبل دعاوى الإلغاء المرفوعة ضد أعمال النيابة العمومية المتعلقة بالقضاء سواء تمت أمام محكمة عادية أو استثنائية أي كان القانون الذي تطبقه، والطريقة الخاصة بالطعن فيها أوضحها قانون الإجراءات الجزائية.

حيث نصت المادة (١٩٧) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (٥) لسنة ١٩٧٩م أنه (مع مراعاة أحكام المادتين- ١٩٠، ١٩١- للمدعي بالحقوق الشخصية المدنية استئناف الأوامر الصادرة من النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية).

كما نصت المادة (١٩٧) منه أن للمتهم أن يستأنف الأوامر الصادرة بحبسه احتياطياً ولجميع الخصوم أن يستأنفوا الأوامر المتعلقة بمسائل الاختصاص.

وهكذا يتبين أن أعمال النيابة العامة وإن كانت لا تخضع للقضاء الإداري فإنها تقبل الطعن بالاستئناف أمام محاكم الاستئناف،

وليس معنى ذلك أنها بعيدة عن الطعن، وإنما المشرع حدد الطريق الخاص بالطعن في أي قانون أو قرار، من ذلك الطعن أمام الدائرة الدستورية بعدم دستورية القانون المخالف للدستور واللوائح، بل والقرارات حيث أنطت المادة (١٩) من قانون السلطة القضائية بالدائرة الدستورية بالمحكمة العليا مهمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات بل ان الفقرة الأولى منها قد حددت الوسائل بقولها (وذلك بطريق الفصل في الطعون التي ترفع إليها بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات سواء عن طريق الدعوى المبتدأة أو الدفع).

وهناك ملاحظة على شمولية النص للقرارات الفردية أو اللوائح دون قيد، وبيان ذلك أن الفقه العام يفرق بين القوانين العادية واللوائح والقرارات من حيث دستوريتها والجهة المختصة بنظر الطعن فيها. حيث أخضع القوانين للطعن بعدم الدستورية إذا كانت مخالفة للدستور، كما جعل الاختصاص لمحكمة دستورية خاصة أو المحكمة العليا في الدولة. بينما أخضع القرارات للطعن الإداري إذا كانت مخالفة للقانون طبقاً لمبدأ التدرج التشريعي، وجعل الاختصاص بنظر الطعن فيها للقضاء الإداري في الدول التي أخذت به، والقضاء العادي في الدول الأنجلوسكسونية ولعل المشرع اليمني قصد بذلك القرارات المتعلقة بأعمال السلطة التشريعية أو المتعلقة بأعمال السيادة.

ثانياً: أعمال السلطة القضائية

من المعلوم أن السلطة القضائية تصدر أحكاماً قضائية كما تصدر إلى جوارها قرارات ذات طبيعة إدارية. فبالنسبة للأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم، لا يختص القضاء الإداري بنظر الطعون فيها، سواء صدرت من محاكم القضاء العادي أو الاستثنائي لأن القوانين

موقف المشرع اليمني من الشروط المتعلقة بالقرار محل دعوى الإلغاء

بالرغم أن المشرع اليمني قد أخذ بالنظام القضائي الموحد طبقاً للنصوص الواردة في التشريعات اليمنية مثل قانون السلطة القضائية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، إلا أنه قد أعطى القضاء العادي حق الرقابة على الإدارة بعدة وسائل منها دعوى الإلغاء ودعوى التعويض والقضاء العادي يمارس رقابته المذكورة عن طريق المحاكم التي تملك سلطات واسعة تستطيع بمقتضاها إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة التي تصدر بالمخالفة لأحكام القوانين المعمول بها واللوائح، ومن المعلوم أن القضاء العادي يشترط في القرار الإداري ما يشترطه القضاء الإداري لقبول دعوى الإلغاء ما دام القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة، فإن رقابته لا تقتصر على بحث المشروعية- كما هو الحال بالنسبة للقضاء الإداري- وإنما تمتد لتشمل الملائمة. وتتسع سلطاته فيستطيع أن يأمر الموظف بسحب القرار غير المشروع أو غير الملائم أو تعديله إذا كان قد صدر ولم ينفذ بعد.

فإذا توافرت الشروط الخاصة المتعلقة بطبيعة القرار الإداري كما سبق فإن دعوى الإلغاء لا تكون مقبولة إلا إذا توافرت الشروط العامة اللازم توفرها في جميع الدعاوى.

طبقاً للقواعد والإجراءات الجزائية المنظمة لذلك.

الشرط الثاني:

أن يولد القرار آثاراً قانونية

لا يكفي أن يكون القرار صادراً من جهة إدارية، بل يجب أن تولد عنه آثار قانونية وقد يكون هذا الأثر إنشاء حالة قانونية أو تعديلها أو إلغائها. كقرار الإحالة إلى التقاعد، فالعمل الذي لا يترتب عليه آثار قانونية لا يمكن الطعن فيه بالإلغاء أي كانت الآثار الضارة التي تترتب عليه، ونتيجة لهذا يُستبعد من مجال دعوى الإلغاء. ومثالها -الأعمال التمهيدية- والأعمال التي تستهدف إثبات الحالة والدعوى للمثول أمام لجنة الاستفسارات- والرأي الذي لا يتبعه قرار نهائي، والمقترحات والمعلومات التي تتبادلها الجهات الإدارية، والعروض التي تقدمها الإدارة للمواطنين والمنشورات والأوامر المصلحية.

الشرط الثالث: أن يكون القرار مؤثراً بذاته

على المركز القانوني للمدعي

يشترط القضاء الإداري لقبول دعوى إلغاء قرار إداري، أن يكون قد أحدث أثراً بالمركز القانوني للمدعي. يخرج الأعمال القانونية والأعمال التحضيرية التي لم تؤثر مباشرة، أي الأعمال الإدارية التي لا تولد آثاراً قانونية بذاتها ومنها على سبيل المثال:-

- الأعمال التي تتضمن مجرد رأي الإدارة، كالردود التي تبعث بها الإدارة إلى من يطلبها من أعضاء البرلمان.
- القرارات التي انقضت أثرها لأنه قد تم سحبها أو إلغاؤها.
- الأعمال التي تكشف فيها الإدارة عما تنوي عمله مستقبلاً، كأن يعلن وزير الصحة نيته بعزل أحد موظفي الوزارة.

إشكاليات الطعن بالغاء القرار الإداري لدى القضاء اليمني

د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين
أستاذ القانون العام، عميد كلية الشريعة
والقانون-جامعة صنعاء

يتميز القانون التشريعي في اليمن بأنه قانون مزدوج في جانبه الموضوعي حيث تنقسم قواعده إلى قسمين أحدهما يحكم علاقات الأفراد وذلك هو القانون الخاص، والآخر يحكم علاقات الإدارة باعتبارها صاحبة سلطة وذلك هو القانون العام (الإداري). ولكن الأمر مختلف فيما يتعلق بقواعد القانون في جانبه الإجرائي، ذلك أنه بالرجوع إلى قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م يتبين أنه مشتمل على كتابين رئيسيين الأول منهما بعنوان (في التداعي أمام الحاكم) والثاني بعنوان (في التنفيذ المدني).

يضم أحكام إجراءات التنفيذ فهو لا يشتمل أيضاً على أي قاعدة خاصة بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بإلغاء القرارات الإدارية، ولكنه يشتمل على قواعد خاصة بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة على الإدارة

أما الكتاب الأول الذي يضم أحكام إجراءات التقاضي فلا يشتمل على أي قاعدة خاصة بمنازعات الإدارة سواء ما تعلق منها بالطعون في القرارات الإدارية أو ما تعلق منها بدعاوى التعويض على الإدارة. وأما الكتاب الثاني الذي

النظام القضائي فيها يقوم على مبدأ وحدة القضاء كما هو الحال في السعودية.

وإذا كان الفصل في الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية هو الاختصاص الرئيس للقضاء في مضمار المنازعات الإدارية، فإنه يصح التساؤل -في ضوء ما تقدم- عن الأساس القانوني لخضوع القرار الإداري للطعن بالإلغاء وعن أسباب الطعن القانونية، وعن المحكمة المختصة بنظر الطعن قانوناً، وعن قواعد الإجراءات القانونية الواجبة الاتباع عند نظر الطعن قضائياً؟

والتساؤلات السابقة تثير لنا عدداً من المسائل نتناولها بشيء من التفصيل فيما يلي:

أولاً: الأساس القانوني لخضوع القرار الإداري للطعن:

بالرجوع إلى قانون المرافعات والتنفيذ المدني نجد أن الطعن فيه مقصور على الأحكام القضائية، ومن ثم فإنه يخلو من أي حكم يمثل أساساً لخضوع القرار الإداري للطعن، لذلك فإنه لا يمكن تأسيس القول بخضوع القرار الإداري للطعن إلى هذا القانون ولا إلى أي قانون إجرائي آخر، وإنما يمكن تأسيسه قياساً على أحكام وردت على وجه الخصوص في بعض فروع القانون الموضوعي، ومن تلك الأحكام على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

١- حكم المادة ١٠١ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م التي تنص على أن: (تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها القضاة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم..)

٢- حكم المادة ٤٦ من قانون الجامعات اليمينية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٥م وتعديلاته التي أخضعت القرار التأديبي الصادر بفصل عضو هيئة التدريس من الوظيفة للطعن فيه

بالتعويض تختلف عما يشتمل عليه من قواعد خاصة بتنفيذ الأحكام الصادرة على الأفراد، يتضح ذلك من حكم المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات والتنفيذ المدني التي تنص على أنه: (إذا صدر حكم ضد الدولة فيجب أن يبين في الحكم الميعاد الذي يجب الوفاء فيه، فإذا لم يتم الوفاء في الميعاد المحدد فيجب على المحكمة إبلاغ ذلك لوزير العدل لاتخاذ ما يراه مناسباً بغرض استيفاء المستحق لصالح الدائن)، وحكم المادة ٢٨١ التي تنص على أنه: (إذا انقضت ثلاثة أشهر من تاريخ الإبلاغ السابق ولم يتم الوفاء فيجوز للمحكمة أن تأمر بتنفيذ الحكم عن طريق البنوك أو عن طريق الحكومة المالية).

ومما تقدم يتبين أن القانون التشريعي اليميني يقوم في جانبه الإجرائي على أساس وحدة القانون خلافاً للجانب الموضوعي منه. ولما كان القانون في جانبه الموضوعي يقوم على مبدأ الأزواج فإن المنطق يقضي بأن يقوم القانون في جانبه الإجرائي على الأزواج أيضاً، وقد يقال إن السبب في ذلك يرجع إلى أن النظام القضائي يقوم على مبدأ وحدة القضاء وذلك ما اقتضى أن تكون قواعد إجراءات التقاضي موحدة، إذ لو كان النظام القضائي مزدوجاً لكان من مقتضياته أن تكون قواعد إجراءات التقاضي مزدوجة كما هو الحال في مصر.

غير أن هذا القول غير صحيح، وذلك لأن القانون الإجرائي لا يرتبط من حيث وحدة قواعده أو ازدواجها بالنظام القضائي وإنما يرتبط بالقانون الموضوعي بحيث إذا كانت قواعد هذا الأخير مزدوجة كانت قواعد القانون الإجرائي مزدوجة أيضاً والعكس صحيح ولذلك فإن الدول التي تأخذ بازواج القانون في جانبه الموضوعي تأخذ بازواج القانون في جانبه الإجرائي حتى لو كان

القانونية بإرادة منفردة أي بإرادتها وحدها، تماماً على نحو ما جعل من الأحكام والقرارات التي تصدرها محكمة أول درجة وسيلة ابتدائية للقضاء تستطيع بها التأثير في المراكز القانونية بإرادة منفردة، ومن ثم فإنه لما كانت الأحكام والقرارات المؤثرة في المراكز القانونية الصادرة ابتداء من محاكم أول درجة تخضع للطعن فيها لصدورها بإرادة منفردة فإن القرارات المؤثرة في المراكز القانونية الصادرة من الإدارة تخضع للطعن فيها أيضاً لصدورها بإرادة منفردة.

ثانياً: أسباب الطعن في القرار الإداري

من المعروف أن القرار الإداري لا يكون مشروعاً إلا إذا توفرت له شروط صحته الخمسة، أي صحته من حيث الشكل والإجراءات، وصحته من حيث الاختصاص، وصحته من حيث السبب، وصحته من حيث المحل، وصحته من حيث الغاية، ومن المعروف أن كل شرط لا يتوفر عليه القرار الإداري يعتبر عيباً ويمثل سبباً للطعن فيه.

غير أنه بالرجوع إلى قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني يتبين خلوه من أي حكم يحدد أسباب الطعن في القرارات الإدارية إذ تقتصر أحكامه على تحديد أسباب الطعن في الأحكام القضائية ومن ثم فإنه لا يمكن تحديد شروط صحة القرار الإداري وأسباب الطعن فيه بالاستناد إلى هذا القانون ولا إلى أي قانون إجرائي آخر، وإنما يمكن الاستناد على أحكام مستمدة من القانون الموضوعي وفقاً لما يلي:

١- قياساً على أحكام المادة ١٠١ من قانون السلطة القضائية التي حددت أسباب الطعن في القرارات الإدارية الصادرة في شؤون القضاة بالقول: (تختص الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا دون غيرها بالفصل في الطلبات التي

بالإلغاء بالقول: (تخضع قرارات مجلس التأديب بالفصل من الخدمة للطعن فيها بالإلغاء أمام (الدائرة) الإدارية بالمحكمة العليا خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القرار).

ولما كان تعبير (القرارات الإدارية) المذكور في المادتين السابقتين هو تعبير للجنس فمعنى ذلك أن كل قرار إداري يصدر من أي جهة إدارية يخضع للطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء، وذلك كالقرار الصادر بحجز صحيفة إدارياً وفقاً لحكم المادة ١٠٧ من قانون الصحافة والمطبوعات رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٠م التي تنص على أنه: (يجوز الحجز إدارياً على المطبوع أو الصحيفة إذا تم الطبع أو الإصدار والتداول خلافاً لما نص عليه هذا القانون وذلك بقرار من الوزير أو من ينوب عنه.. ويحق لصاحب الشأن اللجوء إلى القضاء للطعن بقرار الحجز..).

وهنا ينشأ تساؤل مفاده: لماذا خص القرار الإداري بخضوعه للطعن بالإلغاء من بين أعمال الإدارة الأخرى؟ ولماذا تحدد سبيل مخاصمة الإدارة قضائياً بشأن قراراتها بوسيلة الطعن فيها بالإلغاء؟

أما لماذا خص القرار الإداري بخضوعه للطعن بالإلغاء من بين أعمال الإدارة الأخرى فلأن القرار الإداري يحمل صفة العمل القانوني المؤثر في المراكز القانونية إنشاء وتعديلاً وإلغاء، ومن ثم فإن أي عمل من أعمال الإدارة لا يحمل هذه الصفة لا يخضع للطعن فيه بالإلغاء وذلك كالأعمال المادية والإجراءات التنفيذية البحتة للقانون والإجراءات السابقة واللاحقة لصدور القرار وذلك لأن كلاً منها لا يؤثر في المراكز القانونية كما هو معلوم.

وأما لماذا تحدد سبيل مخاصمة الإدارة بشأن قراراتها بطريق الطعن فيها بالإلغاء فلأن القانون قد جعل من القرارات وسيلة الإدارة التي تستطيع بها التأثير في المراكز

ثالثاً - الجهة القضائية المختصة بالنظر

في الطعون بالإلغاء في القرارات الإدارية:

الأصل أن تكون الجهة القضائية المختصة بنظر الطعون أو الدعاوى الموجهة إلى الأعمال القانونية الصادرة بإرادة منفردة ابتداءً محكمة قضائية ذات درجة أعلى كمحكمة الاستئناف أو المحكمة العليا، وذلك إذا كان العمل القانوني الخاضع للطعن عملاً قضائياً بحتاً، وأن تجدد المحكمة المختصة إذا كان العمل القانوني الخاضع للطعن عملاً شبه قضائي أو كان عملاً إدارياً.

والمتبع لقواعد القانون الإجرائي في اليمن يلاحظ أن الأصل السابق مرعي في هذا القانون بالنسبة للأعمال القضائية الصادرة ابتداءً، حيث تختص محاكم الاستئناف أو المحكمة العليا بنظر الطعون المرفوعة على الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة ابتداءً وفقاً لقواعد قانون المرافعات والتنفيذ المدني، كما أنه مرعي بالنسبة للأعمال شبه القضائية، حيث تختص محاكم الاستئناف مثلاً بنظر الطعون والدعاوى المرفوعة على الأحكام الصادرة ابتداءً من لجان التحكيم المشكلة وفقاً لقانون العمل وقانون التحكيم.

غير أن الأصل السابق غير مرعي بإطلاق بالنسبة للأعمال القانونية الإدارية الصادرة بإرادة منفردة، إذ ليس هناك حكم قانوني يحدد المحكمة المختصة بالنظر في الطعون بالإلغاء في القرارات الإدارية وذلك باستثناء الطعون في القرارات الإدارية الصادرة في شئون القضاة وقرارات الفصل في الخدمة الصادرة بحق أعضاء هيئة التدريس في الجامعات التي تحدد الاختصاص بنظرها للدارة الإدارية بالمحكمة العليا وفقاً لقانوني السلطة القضائية والجامعات اليمنية. لذلك لم يكن أمام الطاعنين فيما عدا ما ذكرنا من القرارات الإدارية من خيار إلا التوجه بطعونهم إلى

يقدمها القضاة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بأي شأن من شؤونهم وذلك عند النقل والندب متى كان الطلب منصباً على عيب في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو خطأ في تطبيقها أو إساءة استعمال السلطة).

٢- استناداً إلى أحكام متفرقة وردت في القوانين الموضوعية محددة لشروط القرار الإداري الخمسة، وذلك كشرط أن يكون القرار التأديبي من حيث الشكل والإجراءات مكتوباً ومسبوقاً بتحقيق وفقاً لأحكام اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية، وشرط أن تكون قرارات المحافظ من حيث الاختصاص صادرة في إطار الصلاحيات المحددة له في قانون السلطة المحلية، وشرط أن يكون القرار التأديبي من حيث السبب مبنياً على ثبوت ارتكاب الموظف مخالفة معينة، وشرط أن تكون العقوبة التي صدر بها القرار التأديبي من حيث المحل إحدى العقوبات المحددة في قانون الخدمة المدنية، وشرط أن يستهدف القرار الإداري من حيث الغاية المصلحة العامة وفقاً لحكم المادة ٢٨ من الدستور.

بيد أن المتبع للطعون بالإلغاء في القرارات الإدارية التي ترفع إلى المحاكم يلاحظ أن الكثير منها لا تتضمن تحديداً لما أهدرته القرارات المطعون فيها من شروط صحتها كعيوب مثلت أسباباً للطعن، كما يلاحظ أن بعض الأحكام القضائية التي تصدر فيها لا تتضمن -تبعاً لذلك- تحديداً لهذه الأسباب. وهذه إشكالية يعزى السبب فيها كسابقتها إلى قصور القانون الإجرائي في اليمن، حيث لا يتضمن قاعدة عامة تحدد أسباب الطعن في القرارات الإدارية إذ تقتصر القاعدة التي يتضمنها على تحديد أسباب الطعن في الأحكام القضائية.

المحكمة المطعون أمامها بالتالي بالحكم في هذا الطلب فقط، ومن ثم فإنه ليس للمحكمة أن تصدر أوامر وقتية للإدارة كالأمر بوقف تنفيذ قرار الفصل من الخدمة أو قرار إزالة اعتداء على عقار مملوك للدولة، أو الأمر بوقف إجراءات تعيين موظف إلى أن يتم الفصل في الطعن حتى لو طلب الطاعن ذلك، كما أنه ليس للمحكمة أن تأمر الإدارة بما يجب عليها فعله إذا حكمت بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه وذلك لأن ما تمتلكه بخصوص هذا الطعن -كأصل- هو الحكم بإلغاء القرار الإداري إذا ثبت لها عدم مشروعيتها، أو الحكم برفض إلغائه إذا ثبت لها عدم صحة الطعن فيه.

غير أن المتبع للكيفية التي ترفع بها الطعون بالإلغاء في القرارات الإدارية إلى القضاء في اليمن، والكيفية التي يسير بها القضاء في نظر الطعون، والكيفية التي تصدر بها الأحكام، يلاحظ أن الأمور التي أشرنا إليها آنفاً غير مرعية على ذلك النحو، إذ أن غالب الطعون تتجاوز في طلباتها ما تسمح به دعاوى الإلغاء، كما أن بعض المحاكم لا تقتصر عند النظر في الطعون على ما يتعلق بطلب الإلغاء بل تنظر في كل ما اشتمل عليه الطعن من طلبات وتصدر فيها أوامر وقرارات قضائية موجهة إلى الإدارة بعضها قبل الفصل في الطعن وبعضها مع الفصل في الطعن، وذلك ما لا يتفق مع طبيعة الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية.

وهذه إشكالية يعزى السبب في قيامها قطعاً إلى قصور القانون الإجرائي في اليمن الذي لا يشتمل على القواعد الإجرائية الخاصة بوضع القانون الموضوعي العام موضع التنفيذ لاقتصاره على القواعد الإجرائية الخاصة بوضع القانون الموضوعي الخاص موضع التنفيذ، إذ لا يجد الطاعن والقاضي

المحاكم الابتدائية استناداً إلى ما لها من ولاية عامة بمقتضى حكم المادة (٤٧) من قانون السلطة القضائية التي تنص على أن ((تكون للمحكمة الابتدائية الولاية العامة للنظر في جميع القضايا))، وحكم المادة (٦٥) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني التي تنص على أن ((تختص المحاكم الابتدائية دون غيرها بالحكم ابتدائياً في جميع الدعاوى التي ترفع إليها أياً كانت قيمتها ونوعها)) وفي هذا إشكالية حقيقية تتمثل في أن مخاصمة القرارات الإدارية تخضع لدرجات التقاضي الثلاث بمعنى أن الحكم الابتدائي الصادر في الطعن بالإلغاء يخضع للطعن فيه بالاستئناف، ثم إن الحكم الاستئنافي الصادر في الطعن في الحكم الابتدائي يخضع هو الآخر للطعن فيه بالنقض، وذلك ما يستغرق زمناً طويلاً قد تدرك الطاعن الوفاة قبل أن يدرك نهاية مدته، هذا مع الأخذ في الاعتبار أن القرار الإداري لا يصدر إلا بعد مدة من الزمن لما يتطلبه صدوره من إجراءات مطولة غالباً مع ما يسببه ذلك من مضاعفة للأذى الذي يلحق المتضررين من قرارات الإدارة غير المشروعة. لذلك فإن بعض النظم تقصر الحق في نظر الطعون بإلغاء القرارات الإدارية على درجة قضائية واحدة كما هو الحال بالنسبة للطعون في القرارات الإدارية الصادرة في شئون القضاة وقرارات الفصل من الخدمة الصادرة بحق أعضاء هيئة التدريس في الجامعات في اليمن على وجه الخصوص، أو درجتين على أكثر تقدير.

رابعاً- القواعد الإجرائية المتبعة قضائياً

في نظر الطعون بالإلغاء في القرارات الإدارية:

الأصل أن الطعن في القرار الإداري مقيد بطلب إلغائه بمعنى أنه لا يسمح للطاعن إلا بطلب إلغاء القرار المطعون فيه، وهو ما يقيد

قانون المرافعات والتنفيذ المدني القائم.
والله الهادي إلى سواء السبيل.

أمامه من القواعد الإجرائية إلا هذه الأخيرة فيقوم بإعمالها والاستناد إليها في دعاوى القانون العام وبالذات دعاوى إلغاء القرارات الإدارية كإعماله لها والاستناد إليها في دعاوى القانون الخاص سواء بسواء. ومما له علاقة بما سبق أن الطعن في القرار الإداري لا يخضع لميعاد محدد يتحصن بانقضائه القرار دون مخاصمة ضد الطعن كما هو شأن كل عمل قانوني يؤثر في المراكز القانونية بإرادة منفردة كالميعاد الذي يخضع له الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بناءً على قانون المرافعات، والميعاد الذي تخضع له دعوى البطلان في أحكام المحكمين الصادرة بناءً على قانون التحكيم، والميعاد الذي يخضع له الطعن في أحكام لجان التحكيم الصادرة بناءً على قانون العمل وذلك لأن القانون خال من حكم يخضع الطعن في القرار الإداري لميعاد محدد باستثناء الطعن في القرار الصادر بالفصل من الخدمة الذي يخضع على وجه الخصوص للميعاد في اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية وفي قانون الجامعات اليمنية.

ومن ثم فإن الطعن بالإلغاء فيما عدا ذلك من القرارات الإدارية يبقى سيقاً مصلتاً عليها إلى ما لا نهاية، وفي ذلك تهديد مستمر لما تتضمنه القرارات الإدارية من مراكز قانونية يجب عدم المساس بها بعد مضي مدة معينة.

وفي ختام هذه التناولة نرى من اللازم التنويه إلى أن إشكاليات القضاء مع القرارات الإدارية في اليمن السالف الإشارة إليها استمرت كذلك لسنتين طويلة دون معالجة وأنه يجب أن لا تظل على حالها أكثر مما مضى. لذلك نقترح معالجتها بحل من اثنين:

الأول: إصدار قانون يشتمل على القواعد الإجرائية الخاصة بمنازعات القانون العام والمنازعات الإدارية منها بالذات.

الثاني: إضافة هذه القواعد الإجرائية إلى

المعاصر التجارية

المجلة
القضائية



حماية الاستثمارات الأجنبية من الإجراءات الماسة بالملكية

د/ عبدالعزيز سعد النعماني
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد
بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

تم تقف الحماية القانونية على الإجراءات النازعة للملكية كالتأميم والمصادرة والاستيلاء الدائم، بل امتدت تلك الحماية إلى الإجراءات التي قد تمس الأموال الخاصة أو تتعرض لها وإن لم تؤد إلى تجريد المستثمر من ملكية أمواله، كفرض الحراسة أو الحجز أو الاستيلاء المؤقت.

إلا أن هذه الإجراءات المؤقتة أو التحفظية وإن لم يترتب عليها نزع ونقل ملكية تلك الأموال إلى الدولة فإنها تغل يد المستثمر عن ممارسة أو استعمال سلطاته على أمواله المستثمرة فيمنع من استغلالها والتصرف فيها أثناء فترة إجراء التحفظي، أو المؤقت والذي قد يطول في أغلب الأحيان، ريثما تنقضي الأسباب المبررة لوجوده.

لذلك لم تجز تشريعات الاستثمار للسلطة التنفيذية حق اتخاذ إجراءات فرض الحراسة أو الحجز أو الاستيلاء المؤقت على أموال المستثمرين، كما لم تجز تجميد تلك الأموال أو مصادرتها أو التحفظ

عليها وذلك حماية لها من إجراءات قد تكون تعسفية من قبل الإدارة وإن كان ذلك لمخالفة تلك الأموال - منشآت أو شركات - للقوانين السارية في البلد المضيف بل يتعين على السلطة الإدارية ان تلجأ إلى القضاء إن كان لذلك مقتضى.

وبمقارنة هذا مع ما نصت عليه المادة (٧/ج) من الدستور اليمني، التي تقرر حماية واحترام الملكية الخاصة وعدم المساس بها إلا للضرورة وللصلحة العامة وفقاً للقانون وبتعويض عادل.

نجد أن الأولى نصت صراحة على أحد الإجراءات الماسة بالملكية وهو فرض الحراسة واستلزمت صدور حكم قضائي لاتخاذها، في حين خلا الدستور اليمني من إيراد مثل هذا الحكم منيطاً بالقوانين الداخلية، بيان حماية الأموال الخاصة من الاعتداء عليها، وحالات الضرورة التي تجيز للمصلحة العامة المساس بتلك الملكية مع الإلزام بدفع تعويض عادل.

بينما تضمن كل من الدستورين السابقين النص صراحة على حصانة الأموال الخاصة ضد إجراءات المصادرة، فحظر هذا الإجراء على السلطة الإدارية وحتم صدور حكم قضائي بذلك لكون المصادرة الخاصة جزاء جنائياً يجب ألا يتم إلا عن طريق السلطة القضائية التي ينتفي لديها مظنة التعسف والافتئات بحق المستثمر.

إلا أنه يجب التنويه إلى أن الحماية القانونية للأموال المستثمرة لا تقتصر على الإجراءات المنصوص عليها في الدستور، وإنما تمتد الحماية القانونية لتشمل جميع صور المساس بالملكية الخاصة، وإن لم ينص عليها صراحة في الدستور حيث يتعذر إيراد تنظيمها بنصوص تفصيلية ولذلك تتغافر الدساتير فيما يتعلق بالنص أو الإشارة لصور حظر

الحماية التشريعية للأموال المستثمرة من

الإجراءات الماسة بالملكية

يقتضي بيان الحماية القانونية للأموال المستثمرة من الإجراءات الماسة بالملكية أن نتناولها في محورين الأول مدى الحماية القانونية لتلك الأموال وفقاً للقواعد العامة، ونعرض في الثاني لتنظيم تشريعات الاستثمار لتلك الحماية وذلك على النحو التالي:

أولاً: مدى الحماية القانونية لتلك الأموال

وفقاً للقواعد العامة

فرضت التشريعات الوطنية حماية واحترام الملكية الخاصة وحظرت الاعتداء عليها، والمساس بها إلا للضرورة والمصلحة العامة، وبينت ونظمت تلك الحماية بنصوص صريحة، ولضرب اهتمام التشريعات بالملكية الخاصة، فقد كفلت حمايتها بنصوص دستورية، وهذا ما نضرد له الضرع الأول ثم نتناول تلك الحماية وفقاً لقواعد القانون الدولي.

(أ) حماية الأموال المستثمرة من الإجراءات

الماسة بالملكية وفقاً للدستور

قررت الدساتير في أحكامها حماية الأموال بصفة عامة وخص بعضها حماية الأموال من إجراءات معينة بنصوص صريحة فعلى سبيل المثال نجد المادة (٣٤) من الدستور المصري قضت بأن (الملكية الخاصة مصنونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي).

بأن هذا المركز يتجاوز الحد الأدنى من الحقوق المفروضة للأجانب بمقتضى قواعد القانون الدولي- فيما نلمس من سخاء تشريعات الاستثمار في منح المستثمرين حقوقاً وامتيازات مالية أو قضائية بل وتشريعية في بعض الأحيان مما يجعل الأجنبي في وضع أفضل من الوطنيين حتى لو كان الوطني مستثمراً، وتلك المزايا والضمانات تقدم- كما سبق- بغرض جذب الاستثمارات الأجنبية لدعم الاقتصاد الوطني، ومن هنا لا مجال للقول بمعاملة المستثمر الأجنبي وفق مبدأ الحد الأدنى في معاملة الأجانب حسب المعنى السابق لهذا المبدأ أو معاملة المستثمر الأجنبي وفق مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين، حيث أن المركز القانوني للمستثمر الأجنبي يتجاوز ذلك المبدأين بكثير، وعليه فلا غرابة أن نجد الدول في تشريعاتها قدمت للمستثمرين الأجانب من الحقوق والامتيازات ما يفوق الحقوق المقررة للوطنيين، ولا يقتصر الأمر على الصعيد الداخلي في تفضيل تشريعات الاستثمار للمستثمر الأجنبي عن الوطني بل يتعداه إلى الصعيد الخارجي- المحيط الدولي- حيث أن قوانين الاستثمار الوطنية لا تعلق تمتع المستثمر الأجنبي بتلك الحقوق والامتيازات الممنوحة له في إقليمها- والتي تتجاوز ما يتمتع به مواطنوها- بشرط التبادل أو المعاملة بالمثل لمواطنيها عند قيامهم بالاستثمار في دول أولئك الأجانب. وإنما تقصر التمتع بتلك الامتيازات والضمانات على المستثمرين داخل البلاد، حتى تدفع المستثمر الوطني للاستثمار في دولته من ناحية، وتعمل لجذب الاستثمارات الأجنبية من ناحية أخرى بمزيد من تقديم الضمانات والمزايا لهم ليسهم الجميع في تطوير المستوى الاقتصادي للبلد المضيف. ويتضح جلياً تميز الأجانب في قدر ما يتمتعون به من الامتيازات

الاعتداء على الملكية الخاصة. وعليه إذا كان يندر اتفاق نصين دستوريين في إيرادهما لصور المساس بالملكية الخاصة، فإنه يتعذر وجود نصوص متطابقة وشاملة لجميع الإجراءات المنهي عن اتخاذها في مواجهة الملكية الخاصة، والتي تسمى بالإجراءات المؤقتة أو التحفظية. والحقيقة أن مثل هذه الأحكام ليس مكانها الدستور وإنما يكتفى فيه بتقرير الحماية بصفة عامة ويحال للتشريعات العادية لتنظيمها بالتفصيل.

(ب) حماية الأموال المستثمرة من الإجراءات الماسة بالملكية وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص

اهتم المشرعون- في تسعينيات القرن الماضي- بإصدار العديد من قوانين الاستثمار أو تعديل ما سبق إصداره منها هادفين تشجيع الاستثمارات الأجنبية في أقاليمهم فعمدوا إلى تقديم المزايا والحصانات للاستثمارات وبما لا يخطر في خيال المستثمر، لعلها تكون عامل جذب للاستثمارات فيركن إليها المستثمرون وهي وإن تفاوتت- تشريعات الاستثمار- فيما تقدمه للمستثمرين، فإن ذلك يكون بطبيعة الحال فوق مستوى الحد الأدنى، لتمتع الأجانب بالحقوق، بل يتجاوز مبدأ المواطنة - تشبيه الأجانب بالوطنيين- والقول بذلك ليس من قبيل المبالغة أو التجني على الحقيقة- فالمعروف في فقه القانون الدولي الخاص أن على الدولة أن تكفل للأجنبي، القدر اللازم من الحقوق التي لا تستقيم الحياة بدونها والتي تعد قيوداً على حرية الدولة عند تنظيمها لمركز الأجانب، تلتزمها الدول بمقتضى العرف الدولي ويستمد مبدأ الحد الأدنى قوته وإلزامه من المبادئ الوضعية في القانون الدولي العام. ويبين ذلك القول تجاوز مركز المستثمر الأجنبي لمركز المستثمر الوطني- مع التسليم

خاصة بالاستثمارات الأجنبية قد هجرت مسلكها السابق، فضمنت تشريعاتها حماية الاستثمارات بنصوص صريحة من المخاطر غير التجارية. ولا ريب في سلامة هذا المسلك إذا ما صيغت نصوصه بشكل دقيق وتجنبت التعارض مع النصوص الأخرى دستورية كانت أو تشريعية.

فعلى سبيل المثال نصت المادة (١٣) من قانون الاستثمار اليمني الجديد رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م، على أنه:

أ- (لا يجوز تأميم المشروعات أو الاستيلاء عليها).

ونصت الفقرة (ب) من المادة على أنه: (لا يجوز الحجز على أموال المشروعات أو تجميدها أو التحفظ عليها عن غير طريق القضاء).

وبمقارنة كل من نص المادة (١٣/أ،ب) من القانون السوداني نجد اتفاق كل من القانون المصري والسوداني على إيراد عدد من الإجراءات الماسة بالملكية الخاصة والمحظورة على الجهة الإدارية اتخاذها، وتخويل السلطة القضائية اتخاذ مثل تلك الإجراءات سواء بأمر قضائي أو بحكم.

والقانون اليمني لا يتضمن حكماً مخالفاً لما جاء في القانونين السابقين إلا فيما يتعلق بإجراء الاستيلاء المؤقت، حيث منع كلاً من السلطتين التنفيذية والقضائية من اتخاذ فجعل الحظر من اتخاذه مطلقاً.

والحقيقة أن المشرع اليمني لم يحالفه التوفيق - في هذا المسلك - حيث أن الاستيلاء إجراء مؤقت لفترة زمنية قصيرة، وقد تضطر الدولة للقيام به لمصلحة عامة وضرورة كحالة حرب أو فيضان أو تفشي مرض، أو غيره، مع أن مثل هذا الإجراء تسلم به التشريعات وتقره المعاهدات الاستثمارية فهو من المسائل السيادية التي يحق للدولة اتخاذه مقابل

والضمانات عن الوطنيين، بدرجة أساسية في ان للمستثمر الأجنبي الحق في إخراج أو تحويل أرباحه من البلد المضيف إلى الخارج ويكون له كذلك حق إخراج رأس ماله كاملاً، كما أن التشريعات تمنح المستثمر الأجنبي حق اللجوء لحل منازعات الاستثمار عن طريق التحكيم، بينما المنازعات الناجمة عن استثمار وطني تختص المحاكم الوطنية بتسويتها أو بنظرها في جميع الأحوال علاوة على حرمانه في أغلب الأحيان من ضمان التعويض بصدد المخاطر غير التجارية، والأمر لا يقتصر على ذلك بل يصل إلى حد إعفاء تلك الاستثمارات من الالتزام بالقوانين المطبقة أصلاً ومن أمثلتها أن ينص في الاتفاق مع المستثمر الأجنبي ألا يسن أو يوضع تشريع يخالف أو يؤدي إلى الانتقاص من المزايا والحقوق الممنوحة للأجنبي بموجب ذلك الاتفاق، وهو ما يعرف بشرط الثبات التشريعي، في حين أن مثل هذا الأمر يغدو غير متصور إذا لم يكن مستحيلاً في حق المستثمر الوطني وهذا يدحض القول بمساواة المستثمر الأجنبي بالوطني وتصبح مسألة المساواة اصطلاحية وليست حقيقية.

(ج) حماية الاستثمارات الأجنبية من

الإجراءات الماسة بالملكية

كنا قد تناولنا فيما سبق حماية الأموال الأجنبية المستثمرة من الإجراءات الماسة بالملكية وفقاً للقواعد العامة، سواء كانت عن طريق حمايتها بنصوص دستورية، أو وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص، وهنا نبين حماية هذه الأموال وفقاً للتشريعات الخاصة بحماية الأموال الأجنبية ونقصد بها قوانين الاستثمار مع المقارنة بقوانين المناطق الحرة.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن معظم الدول النامية - ومنها بلادنا - التي أصدرت تشريعات

المستثمرة الركون لأحكام قانون الاستثمار لتتطبق على الاستثمارات المقامة في المناطق الحرة. ولقد أحسن المشرع المصري بتطبيق نفس الأحكام القانونية على كل الاستثمارات الواقعة في الإقليم المصري وعدم إفراد المناطق الحرة بأحكام خاصة بشأن حمايتها فقررت المادة (٤٦) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار أن يسري على الاستثمارات في المناطق الحرة أحكام المواد (٨، ٩، ١٠، ١١، ٢٠) منه.

وعدم التفرقة في الحماية القانونية بين الأموال المستثمرة في المناطق الحرة وغيرها، لاشك أنه مسلك حميد فالمساواة في مجال الحماية القانونية للأموال هي القاعدة، والاستثناء يكون في تقديم التسهيلات في الإجراءات أو الإعفاءات الضريبية أو غيرها مما لا يمس أصل الحق.

ومع ما سبق على المادة (١٦) من قانون المناطق الحرة اليمني من الملاحظات، فإن لها ما يسجل من فضل جعل اتخاذ أي من الإجراءات الواردة بها متوقفة على صدور حكم من السلطة القضائية، وهي ضمانات متناهية القوة في تقديم الحماية للأموال المستثمرة من المخاطر غير التجارية.

ومن استقراء النصوص السابقة نلاحظ أن إجرائي المصادرة وفرض الحراسة في التشريع المصري، يجب أن يتوقف اتخاذهما عن طريق السلطة القضائية بصدور حكم قضائي لا بغيره، ومن ثم لا يمكن الاعتداد بالإجراء المتخذ بموجب أمر قضائي بذلك وفقاً لصريح نص الدستور المصري الوارد في المادتين (٣٤)، (٣٦) وهذا الحكم ينطبق أيضاً في التشريع اليمني الذي قصر اتخاذ الإجراءات السابقين على السلطة القضائية بصدور حكم قضائي كذلك -وان لم يكن الدستور مصدر ذلك- حيث أن فرض الحراسة يرجع إلى نص المادة (١٦/ب)

تعويض حرمان مالك المال من الانتفاع به، وهذا ما استقر عليه العرف الدولي حيث تؤكد حق الدولة في الاستيلاء على أموال الأجانب لمقتضيات المصلحة العامة الموجبة له.

إلا أن المشرع اليمني يصبر إصراراً عجيباً على استبعاد الاستيلاء من ضمن الإجراءات التي يجوز للسلطة القضائية أن تتخذه، فمع تعديل المادة (١٣) أكثر من مرة، إلا أن تلك الإجراءات لم يطلها التعديل، ولم يضاف إليها إجراء الاستيلاء، وهذا الإصرار لا يقتصر على قانون الاستثمار بل امتد ليستبعد هذا الإجراء من القانون رقم (٤) لسنة ١٩٩٣م بشأن المناطق الحرة حيث نصت المادة (١٦/أ) على أنه (لا يجوز تأميم أو مصادرة المشاريع العاملة في المنطقة الحرة)، ونصت الفقرة (ب) من المادة على أنه (لا يجوز الحجز على أموال هذه المشاريع أو تجميدها أو فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائي). فقد قصر المشرع ما أورده من إجراءات على إجراءات ثلاثة، هي عدم الحجز على الأموال، أو تجميدها، أو فرض الحراسة عليها إلا بحكم قضائي، وهذا القانون بالإضافة إلى إغفاله لأحكام الاستيلاء، لم يتضمن إجراءين آخرين هما المصادرة والتحفظ على الأموال المستثمرة.

والسؤال المثار هو هل أراد المشرع الوصول إلى هذه النتيجة حقاً بحيث يكون للسلطة الإدارية في المنطقة الحرة حق اتخاذ الإجراءات غير الواردة في النص كالاستيلاء والتحفظ على الأموال؟

لا شك أن هذه النتيجة لم يقصدها ولا يريدتها المشرع، فالأموال في المناطق الحرة تتمتع بضمانات وامتيازات تفوق غيرها من الأموال الأجنبية المستثمرة داخل البلاد.

فكان الأجدر بالمشرع ان لم يأت بنص خاص بالمناطق الحرة يتجاوز ما يقدمه قانون الاستثمار من حماية قانونية للأموال

الحررة إلا بناء على حكم قضائي وفقاً لما حتم النص آنف الذكر، فكيف يتخذ خارجها؟.

ثانياً: حصانة الأموال

المستثمرة من الحجز الإداري:

الحقيقة أن الأموال المستثمرة سواء كانت يمنية أو أجنبية تتمتع بالحصانة ضد إجراءات الحجز الإداري، فوفقاً لأحكام قانون الاستثمار اليمني رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م، لا يكون اتخاذه إلا بأمر قضائي لا بغيره، ومن ثم فلا يصح تنفيذ الحجز على أموال المستثمر (الأجنبي) بناء على أمر صادر من النيابة العامة لاستيفاء ما للحكومة من ديون ضريبية مستحقة على ذلك المستثمر، وفقاً لما قضت به كل من المادة (٩٩) من قانون ضرائب الدخل رقم (٣١) لسنة ١٩٩١م وتعديلاته والمادة (٤١) من القانون رقم (٧٠) لسنة ١٩٩١م بشأن الضرائب على الإنتاج والاستهلاك والخدمات، اللتين تخولان للنسبة العامة الحجز التحفظي على أموال المدين بناء على طلب مصلحة الضرائب ويطلقان هذا الإجراء لو اتخذه السلطات الإدارية ممثلة بمصلحة الضرائب يقع في المناطق الحررة أو غيرها ذلك لصريح نصوص قانون الاستثمار، فالحجز الإداري على الأموال المستثمرة، يتعارض مع نصوص القانون، ويخالف قصد المشرع منه.

إذا كان مثل هذا الحجز يقع باطلاً في حق الأموال المستثمرة فإنها لا شك ضمانة لا تتمتع بها الأموال التي تمارس نشاطها خارج نطاق قانون الاستثمار، حيث تقضي القوانين الضريبية، بجوازه وفي هذا امتياز للمركز القانوني للمستثمر عن غيره.

نخلص مما سبق إلى أن تشريعات الاستثمار -ومنها اليمني- اتجهت إلى تقديم مزيد من الحماية القانونية للأموال المستثمرة إذ عمدت إلى توفير أقصى قدر من الحماية

من قانون المناطق الحررة وعليه فيكون اتخاذ إجرائي المصادرة وفرض الحراسة صحيحاً ومتفقاً مع أحكام الدستور المصري إن تم اتخاذ أي منهما بموجب حكم قضائي سواء داخل المنطقة الحررة أو خارجها، كما يكون صحيحاً اتخاذ السلطة القضائية لأي من الإجراءات الأخرى الواردة في المادة التاسعة من قانون الاستثمار بموجب حكم قضائي أو غيره ودون تفرقة بين إيقاع هذا الإجراء أو ذلك داخل المناطق الحررة أو خارجها.

وهذا على خلاف الحال في التشريع اليمني الذي أفرد حماية الأموال المستثمرة في المناطق الحررة بأحكام خاصة تضمنتها المادة (١٦/أ) -كما سبقت الإشارة- وعليه وبمقارنة ما تضمنه هذا التشريع مع أحكام القانون المصري آنفة الذكر، نجد أن إجراء المصادرة يتوقف اتخاذه على صدور حكم بذلك في كل من التشريعين اليمني والمصري أما الإجراءات التحفظية الأخرى التي تضمنها التشريع اليمني فيفترق الحكم فيها تبعاً لانطباقها على تلك الإجراءات في المناطق الحررة أو خارجها فيجب ألا يتخذ إجراء فرض الحراسة أو التجميد على أموال هذه المشروعات أو الحجز عليها في المناطق الحررة إلا بحكم قضائي وفق نص المادة (١٦/ب) من قانون المناطق الحررة رقم (٤) لسنة ١٩٩٣م بينما يجوز اتخاذ الإجراءات الثلاثة السابقة وفقاً للمادة (١٣/أ) من قانون الاستثمار اليمني بأمر على عريضة، إذ لا يتحتم اتخاذها بموجب حكم قضائي باستثناء الحراسة القضائية التي لا تتخذ في جميع الأحوال إلا بحكم مستعجل، أما الحجز التحفظي على الأموال أو تجميدها فيكون اتخاذ أيهما بأمر على عريضة يصدر من قبل السلطة القضائية لا من غيرها، وعليه فإذا كان إيقاع الحجز على أموال المشروعات الاستثمارية يجب عدم اتخاذه في المناطق

لتلك الأموال، فكفت يد السلطة العامة من اتخاذ أي من الإجراءات الماسة بملكية الأموال المستثمرة، وبذلك حصنتها من جميع الإجراءات التي يمكن أن تتخذها السلطة التنفيذية في الدولة المضيفة، وفي ذلك منتهى الحماية القانونية.

الجرائم التي تقع على العلامات التجارية في القانون اليمني

د. عبد المؤمن شجاع الدين
الأستاذ بكلية الشريعة والقانون
جامعة صنعاء

العلامة التجارية هي شعار يتخذ لتمييز منتجات مشروع صناعي أو زراعي أو تجاري أو صناعات استخراجية أو للدلالة على خدمات أحد المشروعات.

الفكري هذه الأحكام في المواد (٨٥، ٨٦، ٨٩، ٩٨) والجرائم التي تقع على العلامات التجارية وفقاً لأحكام القانون اليمني هي التقليد والتزوير واستعمال العلامات المقلدة أو المزورة ووضع العلامات المقلدة أو المزورة على المنتجات وبيع منتجات عليها علامات مقلدة أو مزورة أو حيازة منتجات عليها علامات مقلدة أو مزورة إذا كانت الحيازة بقصد بيعها.. حيث نصت المادة (١١٤) من قانون الحق الفكري على أن: (كل من قلد أو زور رسماً أو نموذجاً أو علامة مسجلة أو استعمل رسماً أو نموذجاً أو علامة مسجلة جرى تقليدها أو تزويرها مع علمه بذلك أو وضع على منتجاته أو قرن خدماته

وتتكون العلامة التجارية من عنصر واحد أو أكثر يكون إما رسماً أو لفظاً أو شكلاً أو مجسماً أو غير ذلك، ويجوز أن تتكون العلامة من رسم معين كالخطوط والنقوش والصور والرموز أو من ألفاظ محددة كالحروف والأرقام والكلمات والأسماء، كما يجوز أن تتركب العلامة التجارية من شكل جسم مميز ولو كان هذا الجسم هو الغلاف الخارجي للمنتجات، وينبغي ألا تنفصل العلامة التجارية عن المنتجات أو الخدمات المميزة لها، ولا يكفل القانون الحماية الجنائية للعلامات التجارية إلا إذا كانت مسجلة في سجل العلامات بوزارة الصناعة والتجارة، وقد نظم قانون الحق

العلامة التجارية حيث نصت المادة (١٢٤) من قانون الحق الفكري على أنه (دونما إخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في هذا القانون أو أي قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر أو بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف ريال كل من ارتكب فعلاً من الأفعال التالية:

أ- الاعتداء على حق من حقوق المؤلف أو المكتشف أو المخترع أو المقترح الواردة في هذا القانون.

ب- النسبة إلى النفس بالنشر أو الإعلان مؤلفاً أو مخترعاً أو اكتشافاً أو اقتراحاً إبداعياً وضعه الغير.

ج- التحريض أو الاشتراك في فعل مما منعه هذا القانون.

د- كل ذلك دون الإخلال بالحق في تعويض (المضرور)

في حين يصرح القانون المصري رقم (٥٧) لسنة ١٩٣٩م بشأن العلامات والبيانات التجارية وذلك في المادة (٣٣) على عقاب كل من يقلد أو يزور علامة تجارية أو يبيع أو يحوز منتجات عليها علامة تجارية مقلدة أو مزورة وكل من يضع هذه العلامات على المنتجات، وكان حرياً بقانون الحق الفكري اليميني أن ينهج هذا النهج، وإن لم يصرح قانون الحق الفكري اليميني بالمعاقبة على من يرتكب أياً من جرائم العلامات التجارية إلا أن قانون الجرائم والعقوبات اليميني ينص صراحة على أن تقليد العلامات التجارية جريمة ويعتبر ذلك طريقة من طرائق جريمة الغش حيث تنص المادة (٣١٢) من قانون الجرائم والعقوبات على أن: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة:

ثانياً: من زيف أو أنقص الموازين أو المكاييل أو المقاييس أو الدمغات أو العلامات أو الآت الفحص أو استعمل شيئاً منها مزيفاً أو مختلاً أو استعمل وسائل أياً كانت من شأنها أن تجعل

برسم أو نموذج أو علامة مسجلة للغير مع علمه بذلك أو باع أو عرض للبيع أو للتداول أو حاز بقصد البيع منتوجات عليها رسم أو نموذج أو علامة مسجلة جرى تقليدها أو تزويرها أو وضعها بغير حق مع علمه بذلك يعتبر مخللاً بالحماية القانونية المقررة للرسم والنماذج والعلامات الصناعية والتجارية وتسري أحكام المواد التالية) والمواد التالية لهذا النص هي المادتان ١١٥ و ١١٦ وقد نصت المادة ١١٥ على أنه: (يجوز لحائز شهادة التسجيل أن يطلب من القضاء واحداً أو أكثر من الأمور الآتية:

أ- رفع الاعتداء بالنشر في الصحف أو بأي طريقة عن الإخلال المرتكب

ب- توقيع الحجز على المنتوجات والسلع والأغلفة والأوراق وغيرها مما يكون قد وضع عليه الرسم أو النموذج أو العلامة أو جرى به التقليد أو التزوير

ج- مصادرة هذه الأشياء مع استنزال محصلة بيعها من التعويضات أو الغرامات

د- إتلاف هذه الأشياء عند الاقتضاء

هـ- أمر المعتدي بالامتناع عن استعمال العلامة مستقبلاً)..

وفي هذا السياق نصت المادة (١١٦) على أنه: (يجوز لحائز شهادة التسجيل أن يطلب أيضاً التعويض عن أي ضرر أصابه بسبب الإخلال بالحماية المقررة للرسم أو النموذج أو العلامة، وللقضاء ندب خبير لحصر الإيراد الناتج عن استعمال الرسم أو النموذج أو العلامة بغير حق وتوقيع الحجز على هذا الإيراد).

وبشأن العقوبات المقررة على من يرتكب أياً من جرائم العلامات التجارية نجد أن قانون الحق الفكري قد تناول ذلك في نص غامض لم يصرح فيه بالاعتداء على مالك العلامة التجارية المسجلة أو الحائز لشهادة تسجيل

٢٦١٠ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢١ س ١٤ ص ٤٣٨-.

وفي حكم آخر قضت محكمة النقض المصرية بأنه: (تختلف عناصر كل من جريمتي تقليد العلامة التجارية والغش عن الأخرى فالركن في الجريمة الأولى ينحصر في إتيان فعل من أفعال التقليد أو التزوير أو الاستعمال لعلامة تجارية أو وضعها على منتجات بسوء نية أو بيعها أو عرضها للبيع وعليها هذه العلامة المقلدة أو المزورة وكل من هذه الأفعال يكون في ذاته جرائم مستقلة لها مميزات الخاصة، بينما الركن المادي في جريمة الغش ينحصر في فعل خداع المتعاقد أو الشرع في ذلك وينصب على بضاعة معينة بذاتها). - الطعن رقم ١٢٨٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٢٢ س ١٠ ص ١٠٤٥-.

كذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: (المراد بالتقليد هو المحاكاة التي تدعو إلى تضليل الجمهور والعبارة في استظهاره هي بأوجه الشبه بين العلامتين الصحيحة والمقلدة دون أوجه الخلاف) - الطعن رقم ٨٨٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٢٣ س ١٧ ق ١٢٦ ص ٦٨٦-.

كما أن محكمة النقض المصرية قضت بأن (جريمة تقليد أو تزوير العلامة التجارية بطبيعتها جريمة وقتية تتم بمجرد تقليد العلامة بغض النظر عن الاستعمال الذي يأتي لاحقاً لها والذي هو بطبيعته جريمة مستمرة) - الطعن رقم ١٢٩٧ سنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٤ م ١٩٥٤- كذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (المادة (٣٧) من القانون رقم (٧) لسنة ١٩٣٩ م تنص على أربع جرائم خاصة بالعلامة التجارية وهي جريمة التقليد والتزوير وجريمة الاستعمال وجريمة وضع علامة مملوكة للغير على منتجات بسوء نية وجريمة بيع منتجات أو عرضها وعليها علامة مزورة أو مقلدة وكل هذه الجرائم مستقلة بذاتها ، والعبارة في

الوزن أو الكيل أو القياس أو الفحص غير صحيح).. إضافة إلى أن قانون الجرائم والعقوبات اليمني قد نص في المادة (٢١٠) على أن: (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات من اصطنع أو زيف ختماً أو علامة لأحد الأفراد أو إحدى الجهات أياً كانت أو الشركات المأذونة من قبل الحكومة أو أحد البنوك التجارية أو الجمعيات أو الاتحادات أو النقابات أو الأحزاب، ويعاقب بالعقوبة ذاتها من استعمل شيئاً مما ذكر) ويقابل هذا النص في قانون العقوبات المصري نص المادة (٢٠٨)، ومع انطباق هذا النص ونظيره المصري على تقليد وتزييف العلامات التجارية إلا أن الفقه والقضاء المصري يصرحان بعدم انطباق هذا النص على العلامات التجارية وأن تقليدها يدخل في جريمة الغش أكثر منه في جريمة التزوير^(١).

وتقليد العلامة التجارية هو اصطناع علامة مزيفة تقليداً للعلامة الصحيحة تكون مشابهة لها في شكلها سواء أكان التقليد متقناً أم غير متقن فكل ما يشترط فيه أن يكون كافياً لخداع الجمهور عن حقيقتها الزائفة، كما قد يكون التقليد باصطناع الآلات المحدث للعلامة التجارية^(٢).

وحتى تكتمل الفائدة ينبغي عرض بعض أحكام النقض في مصر بشأن الجرائم التي تقع على العلامات التجارية حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن (القاعدة القانونية المقررة في جرائم التقليد تقضي بأن العبارة هي بأوجه الشبه لا بأوجه الخلاف فإذا كان الحكم المطعون فيه لم يخالف هذه القاعدة واستند في قضائه بالبراءة ورفض الدعوى المدنية إلا أن أوجه الشبه مقصورة على بعض الخطوط مما يجعل المنتج لا يلتبس أو يتشابه مع المنتج المدعى به ولذلك فإن ما انتهى إليه الحكم صحيح) - الطعن رقم

تقليد العلامة هي بأوجه الشبه لا بأوجه الاختلاف ما دامت أوجه الشبه من شأنها أن تؤدي إلى الخلط بين العلامتين لا سيما أن جمهور المستهلكين لهذه السلعة تفوتهم ملاحظة الفروق الدقيقة بين العلامتين) طعن رقم (٢٩٧) ٢٢ ق جلسة ٤/٥/١٩٥٤م.

المراجع:

- (١) جرائم التزييف والتزوير -د- رؤوف عبيد - دار الفكر العربي القاهرة ص ٦٨ .
- (٢) المرجع السابق ص ٦٧ .

التنظيم القانوني لعقود التجارة الدولية

د/ طارق عبدالله المجاهد

أستاذ القانون الدولي الخاص بكلية الشريعة
والقانون- جامعة صنعاء

تؤدي التجارة الدولية دوراً هاماً في تنمية اقتصاديات كثير من دول العالم، التي حققت معدلات سريعة في نمو الناتج القومي، بالتزامن مع تحقيق معدلات نمو سريعة في حجم التجارة الدولية.. لذا يطلق على التجارة الدولية في كثير من الأحيان بأنها محرك النمو، كونها تساهم بشكل كبير في زيادة النشاط الاقتصادي للدول فهناك علاقة وثيقة بين التجارة الدولية والنمو الاقتصادي.

إيجاد نظام قانوني فاعل لحكم وتنظيم هذه العقود، ففاعلية النظام القانوني لا شك في أن له أثراً في زيادة حجمها واتساع نطاقها. فالدراسات العلمية كشفت مدى التطور والتنوع اللذين أصابا أنماط هذه العقود، واللذين أدبا إلى أن أصبحت غالبية التشريعات الوطنية عاجزة عن مجاراة هذا التطور بقواعد ونصوص تعالجها، إذ لم تعد هناك قيود تقف

وبالنظر إلى كون اليمن كغيرها من الدول النامية تسعى إلى توسيع نطاق التجارة الدولية، لا سيما في مجال التصنيع لتحقيق التنمية الاقتصادية التي تتدخل فيها التجارة الدولية، وذلك بعد فشل القطاعات التقليدية مثل الزراعة والتعدين في تحقيق التنمية المرجوة، فإن الأمر يتطلب إزالة العوائق التي تواجهها التجارة الدولية ومن أهم هذه العوائق

التنظيم القانوني لعقود التجارة الدولية

أصبح من المؤكد في الفقه القانوني أن قواعد القانون بصفة عامة تعد انعكاساً للأوضاع القائمة داخل كل دولة، كما أن الوضع الاقتصادي لكل دولة، من حيث مراكز القوة والضعف الكامنة فيها، يؤثر مباشرة في إعداد وتطوير القواعد القانونية المنظمة له.

وبالنظر إلى كون عقود التجارة الدولية تعد الركيزة الأساسية لاقتصاديات كثير من دول العالم، نجد أن التنظيم القانوني لهذه العقود كان ولا يزال من أهم المسائل التي أثارت وتشير جدلاً وخلافاً في نطاق الدراسات الفقهية والقضائية والتشريعية، كما جوبهت بمواجهات عنيفة بين الدول المتقدمة والدول النامية، ليس ذلك فحسب، وإنما أيضاً بين رجال القانون أنفسهم، كل يدافع عن مطالب ومصالح الوسط الاجتماعي والاقتصادي والقانوني الذي ينتمي إليه، وفقاً للعدالة التي يعتقد بها.

بل أن هذه المسألة ازدادت بعداً وعمقاً نظراً للتطور والتنوع الكبيرين اللذين أصابا صور وأنماط عقود التجارة الدولية، واللذين أدبا إلى أن أصبحت معظم النظم القانونية - لا سيما في الدول النامية - تقف عاجزة أمام الوثبات السريعة التي تحقّقها هذه العقود فضلاً عن التفاوت الفني والتقني بين أطراف هذه العقود، بسبب التفاوت في التخصص وفي المعلومات، حيث يكون أحد الأطراف متخصصاً والأخير قليل الخبرة غير متخصص، مما قد يعمد الطرف الأول للحصول على مزايا أكبر من جراء التعاقد، لا سيما عندما يكون محل العقد آلات متطورة أو منتجات تكنولوجية عالية التقنية، أو أداء خدمات مركبة ومعقدة، بحيث يكون الطرف الثاني هو الطرف الضعيف في العقد كونه خاضعاً للمعلومات والاستشارات التي يبديها له أو يرضها عليه

أمام تطورها الذي يلاحق التطور العلمي والتكنولوجي وظهور أنماط جديدة من العقود المستحدثة بالغة التعقيد، سريعة التطور، معظمها يمتد تنفيذها خلال فترة طويلة من الزمن، تقوم خلالها علاقات متبادلة بين أطراف متعددة، لذا تأتي المنازعات المتعلقة بهذه العقود في غاية الصعوبة من الناحيتين القانونية والفنية، وتواجه مسائل بالغة الدقة بحيث لم تعد تشريعاتنا الوطنية قادرة على تنظيمها. فضلاً عن تطور التبادل التجاري الدولي وازدهار الحياة الاقتصادية، فزادت أهمية المدن التجارية والصناعية والمناطق الحرة، وتعددت المعارض التجارية الدولية التي يتهافت عليها التجار من جميع أنحاء العالم بغية إبرام العديد من العقود.

وفي ضوء ما تقدم يثور التساؤل - أولاً - عن مدى قدرة قواعد التنازع المقررة حالياً في القانون المدني اليمني على مواجهة التطورات المستمرة في العلاقات التجارية الدولية، وهل يمكن لهذه القواعد أن تقدم حلاً منطقياً وعادلة لعقود لم تكن في بال المشرع اليمني عند وضعه لتلك القواعد؟

وإذا كان من المسلم به أن القاضي اليمني ملزم بتطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالنزاع، إلا أن التزامه بهذا التطبيق لا يعني في كل الأحوال جمود القواعد القانونية، فالمشرع في حالات خاصة يترك للقاضي مجالاً لحل النزاع بصورة عادلة وبما يتلاءم مع خصوصية العلاقة محل النزاع. وبالتالي يثور التساؤل - ثانياً - عن طبيعة التقاضي أمام القضاء اليمني في منازعات العقود والتجارة الدولية، لا سيما منها العقود ذات الطبيعة الفنية المعقدة؟

...

هذا ما سنتناوله تباعاً.

وبالعودة إلى التساؤلات السابقة نجد أن المشرع اليمني قد اعتبر بضابط إسناد أساسي هو إرادة الأطراف، وضوابط إسناد احتياطية نلاحظها في نص المادة (٢٩) من القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م والتي يجري نصها على النحو الآتي: (يرجع في الآثار المترتبة على العقود أن قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلف موطن كل منهما فإن قانون البلد الذي تم فيه العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على قانون آخر أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون واحد..).

يتضح من هذا النص أن المشرع اليمني اعتد أساساً بإرادة المتعاقدين الصريحة، فأطراف العقد متى اتفقوا صراحة على اختيار قانون ما ليحكم عقدهم بصورة لا تثير أي جدل ولا تخضع لأي تفسير من قبل قاضي النزاع، فإن القانون المختار يكون محل تقدير، وعلى القاضي أن يضع هذا القانون موضع التطبيق إعمالاً لقاعدة الإسناد التي منحت الأطراف مكنة الاختيار.

وفي حالة غياب الاختيار الصريح، فإن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق تبدو أكثر تعقيداً، إذ يتعين على القاضي اليمني أن يستخلص إرادة الأطراف الضمنية من ظروف التعاقد وملابساته، بالاستناد إلى مجموعة الضوابط أو القرائن التي تشير بطريقة مؤكدة إلى رغبة الأطراف بتطبيق القانون المتصل بها. فالقاضي اليمني يمكنه أن يستخلص إرادة المتعاقدين الضمنية من قرائن عدة أحدها وجود شرط في العقد يقتضي بأن يكون التنفيذ في إقليم دولة معينة، أو انتماء طرفي العلاقة بجنسيتها إلى دولة معينة، أو استعمال المتعاقدين لاصطلاحات معروفة في قانون معين، أو كتابة العقد بلغة معينة، أو اشتراط الدفع بعملة دولة محددة، أو جعل الاختصاص

الطرف القوي.

هذا التفاوت يمنح الدول المتقدمة مزايا عديدة، ويعرقل ويحد في الوقت ذاته الخطى المتعثرة للدول النامية. علاوة على ذلك هيمنة الشركات متعددة الجنسيات على واقع عملية التجارة الدولية سواء في مجال الإنتاج أو الاستخراج أو تبادل الخدمات، وما يعنيه ذلك من خضوع هذه العمليات الاستراتيجية لهذه الشركات القائمة على فكرة تحقيق الربح والسيطرة وتكريس التبعية الاقتصادية.

أمام هذا الوضع ليس أمام المشرع الوطني - في الدول النامية- إلا بناء أو وضع تنظيم قانوني قادر على مجابهة هذه الظواهر والحد من آثارها، وإقامة وسائل تسوية ناجحة على قدر كبير من المعرفة والإدراك بخصوصية ما قد تثيره هذه العقود من منازعات، وحتى يتحقق هذا الأمل المنشود، يظل التساؤل قائماً عن مدى فعالية قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص اليمني في تنظيم عقود التجارة الدولية؟ وما قدرة القواعد الموضوعية في القوانين اليمنية في حكم مثل هذه العقود، في الفرض الذي يكون فيه القانون اليمني هو القانون الواجب التطبيق وفقاً لما أشارت إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي؟

وقبل الولوج في تفاصيل هذه المسائل نود الإشارة إلى أن تعدد عناصر العلاقة العقدية في عقود التجارة الدولية، وارتباطها بأكثر من نظام قانوني يفتح المجال لتطبيق قواعد التنازع بغرض تحديد القانون الواجب التطبيق، الذي قد يكون قانون دولة القاضي، أو قانون دولة أجنبية، ففي هذه العقود لا يوجد قانون محدد سلفاً له الصدارة والسلابية المطلقة لحكمها، وإنما الأمر يتوقف على ماهية ضابط الإسناد الذي يعتمده قانون القاضي.

على مسلك المشرع اليميني عندما قام بتركيز العقد، ثم منح الاختصاص لقانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين، على اعتبار أن توطن طرفي العقد في إقليم دولة معينة يعد بذاته دليلاً على وجود مصالحهما فيها، ومن ثم من المناسب خضوعها لقانون هذه الدولة. مع الأخذ في الاعتبار أن اعتماد هذا الضابط وتطبيقه من قبل القضاء يعد أمراً نادراً في عقود التجارة الدولية، كون غالبية هذه العقود يختلف فيها موطن الأطراف.

وبالمقابل فإن ما يؤخذ على مشرعنا اليميني -في هذا الفرض- اعتناقه لضابط احتياطي ثان (مكان إبرام العقد) فمكان الإبرام غالباً ما يكون عرضياً، منبت الصلة بموضوع العقد، بل أن تحديد مكان الإبرام قد يعتمد على محض الصدفة، فالتجار الذين يقطنون دولاً مختلفة يلتقون عادة من أجل التفاوض النهائي والتوقيع على العقود في مكان معين، هذا المكان يتم الاتفاق عليه وفقاً لمصالحهم الشخصية، وليس له علاقة بعناصر العقد الموضوعية. علاوة على ذلك فإن السمة المميزة لغالبية عقود التجارة الدولية، في الوقت الحاضر، أنها تتم بين غائبين، بفضل تطور وسائل الاتصال الحديثة، الأمر الذي يصعب معه تحديد مكان إبرام مثل هذه العقود، لا سيما إذا أخذنا في الاعتبار اختلاف التشريعات الوطنية في تنظيم المسائل الأولية المتعلقة بمكان إبرام العقد، هل هو دولة إرسال الإيجاب، أو دولة مكان القبول، أو الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول، وهو ما يجعل التركيز المكاني لتحديد مكان الإبرام أمراً في غاية الدقة، كونه ينصب على حدث مهم هو تبادل الإرادات، واختلاف أماكن الإيجاب والقبول، وعلم الموجب بالقبول، الأمر الذي من شأنه تقليل الاعتماد على ضابط مكان الإبرام. لذا نرى أن المشرع اليميني لم يكن موفقاً

القضائي بنظر المنازعات المتعلقة بالعقد لحاكم دولة معينة مما يفيد انصراف نية المتعاقدين إلى إخضاع العقد لقانون دولة هذه المحكمة.

وما يجب ملاحظته هنا أن كافة تلك القرائن والضوابط ذات أهمية نسبية عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع، فهي تختلف من عقد إلى آخر، بحيث لا يمكن التحويل على أي منها بصورة عامة، حتى تنطبق على كافة أنواع العقود. فتطور حياة التجارة الدولية، أدى إلى اختلاف أنواع العقود، بل وظهور أنماط جديدة منها لم تكن موجودة في السابق. لذا فإن البحث عن حلول جامدة تنطبق على كافة أنواع العقود أن نراه متعديراً في ظل هذا التقدم. ومن هنا فإن البحث عن حلول الإرادة الضمنية لا يمكن استنتاجها من أحد تلك الضوابط أو القرائن، بل يتعين على القاضي اليميني النظر إلى كافة العناصر المحيطة بالعقد -في كل حالة على حدة- وتحليلها، ثم إجراء الموازنة والترجيح بهدف الوصول إلى أهم تلك الضوابط المرتبطة بالعقد والتي تؤلف مركز الثقل فيه، وهذا يعني أننا نرجح المنهج التحليلي لكل طائفة من طوائف العقود، والبحث عن الخصائص الذاتية لكل عقد على حدة، وتطبيق القانون الأكثر ملاءمة لحكمها.

أما إذا انعدم الاختيار، ولم يستطع قاضي النزاع الوصول إلى الإرادة الضمنية من ظروف التعاقد وملابساته -وفقاً للمنهج التحليلي الذي انتهينا إليه- فإن المشرع اليميني أوجب على القاضي الأخذ بضابطين احتياطيين يتم تطبيقهما على سبيل التدرج، وهما الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وإن اختلفا، يتعين الأخذ بقانون الدولة التي تم فيها إبرام العقد.

في هذا الفرض ليس لدينا ما نعترض به

القاضي اليمني في نطاق ضوابط إسناد جامدة تشير إلى تطبيق قانون معين على كافة أنواع العقود بصورة عامة، دون أن يأخذ في اعتباره الطبيعة الخاصة للعديد من عقود التجارة الدولية التي شهدت تطورات مذهلة، غالبيتها تحسن الاقتصاد الوطني.

لذا ندعو اعتماد منهج تحليلي يقوم على أساس مركز الثقل في كل عقد على حدة، أو منح القاضي اليمني سلطة تقديرية في استنباط مركز الثقل في العقد ليعمل بمقتضاه عند تحديد القانون الواجب التطبيق عليه.

فالميزة الظاهرة لما ندعو إليه تتمثل في منح القاضي اليمني مكنة البحث عن القانون الذي تربطه بالعقد أو وثق صلة من خلال ظروف التعاقد وملايساته، بمعنى أنه يتعين على القاضي النظر إلى كافة العناصر المحيطة بالعقد، في كل حالة على حدة، وتحليلها وإجراء الموازنة والترجيح، بهدف الوصول إلى أهم العناصر التي تؤلف مركز الثقل فيه، فإذا تم تحديد هذا المكان يتم إسناد العقد للنظام القانوني الذي يحكمه، ولكي نسهل مهمة القاضي في تحديد هذا القانون، يمكن النص على قرينه قانونية بسيطة، مقتضاها أن العقد يرتبط بصلة وثيقة بقانون دولة مكان تنفيذه الرئيسي.

وبناء على ما سبق ندعو مشرعنا اليمني الإسراع بتعديل نص المادة (٢٩) مدني، بما يتلاءم مع خصوصية غالبية عقود التجارة الدولية، ونقترح النص الآتي:

(١- يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من التزامات القانون الذي تم اختياره صراحة أو ضمناً.

٢- وفي حالة عدم الاختيار يتعين الأخذ بقانون الدولة التي يرتبط معها التصرف

في اعتناقه الضابط مكان الإبرام، يتم بموجبه تحديد القانون الواجب التطبيق عند عدم الاختيار، فهذا الضابط لا يعبر عن المصالح الحقيقية التي ترتبط بالعملية العقدية، وفيه افتئات من حقوق التجار ورجال الأعمال اليمنيين الذين يقومون بإبرام عقودهم في الخارج، وبصورة خاصة في الدول التي تتضمن قوانينها أحكاماً مجحفة، أو في الفرض الذي يضع فيه الطرف الأجنبي شروطاً وقيوداً غير عادلة في العقد، يقر بصحتها قانون دولة مكان الإبرام.

ونرى أنه إذا كان لا بد للمشرع اليمني أن يحصر نفسه في ضوابط إسناد جامدة، لا تواكب التطورات التي تشهدها التجارة الدولية، فأحرى به هجر ضابط مكان الإبرام، والاعتماد على ضابط مكان التنفيذ الرئيس للعقد. وهذا القول من شأنه أن يخضع العقود التي تنفذ كلياً أو في شقها الأكبر في اليمن، للقانون اليمني، خاصة إذا أخذنا في الحسبان المصالح الاقتصادية، وكون اليمن دولة نامية مستوردة للتكنولوجيا ومستقطبة للاستثمارات الأجنبية، وفيها تنفذ معظم العقود التي يكون أحد طرفيها يمينياً أو مستوطناً فيها، الأمر الذي يوفر حماية للطرف الضعيف في العقد في مواجهة الشركات الأجنبية التي جل همها الكسب ولو بصورة غير عادلة.

كما أن ما ندعو إليه سيسمح للمشرع اليمني -بدون شك- وضع سن القواعد القانونية الموضوعية في قوانينه على نحو يحمي الاقتصاد الوطني ويكفل في ذات الوقت قدراً من الحماية للطرف الضعيف في العقد.

وبالتالي لا يمكننا الإقرار بصحة ما ذهب إليه مشرعنا اليمني، في الفرض الذي لا يختار فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم فهذا المسلك من شأنه حصر

بصلة وثيقة.

٣- مع مراعاة الفقرة السابقة، يفترض أن
للتصرف القانوني الصلة الأوثق مع الدولة
التي يكون فيها التنفيذ الرئيس له).
أخيراً وليس بأخير في حالة الاستجابة
لهذا المقترح يكون قد سجل فضل السبق
للمشرع اليمني في تبنيه لمبدأ الصلة الوثيقة،
على كافة التشريعات العربية.

دراسة قانونية

عقد التأمين

هاني محمد البوعاني
مستشار قانوني

من خلال مطالعتي السريعة لنصوص القانون المدني (الجديد) ومقارنة نصوص بعض مواد القديمة بنصوصها الجديدة، وجدت أن المشرع قد أضاف إلى نص المادة (١٠٧٢) مدني قديم، عبارة جديدة -لا أدري ما هو الهدف منها- تنص على أنه (يجب أن تنص عقود التأمين على أن كل مؤمن متبرع بما تدفعه الشركة من ماله لغيره تعويضاً وهو من ضمنهم إن حصل عليه خطر). بحيث أصبح النص الجديد في المادة (١٠٦٥) مدني جديد، والخاص بعقد التأمين بالشكل التالي:

المؤمن له للمؤمن، كما يجب أن تنص عقود التأمين على أن كل مؤمن متبرع بما تدفعه الشركة من ماله لغيره تعويضاً وهو من ضمنهم إن حصل عليه خطر). هذا الأمر دعائي إلى التفكير في الكتابة حول عقد التأمين في محاولة متواضعة

(التأمين عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي أشرط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد أو أقساط دورية يؤديها

والتي أوردناها فيما سلف.

ويعتبر عقد التأمين من العقود الاحتمالية أيضاً بالنظر إلى أن الخطر المؤمن منه غير محقق الوقوع من حيث المبدأ^(١)، فقد يقوم المؤمن له بدفع الأقساط دون أن يحصل على أي مقابل مالي من المؤمن لديه في حالة عدم تحقق الخطر، وبالمقابل قد لا يدفع المؤمن له سوى أقساط قليلة بعد التعاقد ثم يتحقق الخطر ويقبض حينها مبلغاً كبيراً يفوق كثيراً ما دفعه.

وصفة الاحتمال هذه والتي تميز عقد التأمين تعد من الوجهة القانونية من أهم خصائصه ومقوماته لأن الاحتمال هو جوهر التأمين^(٢). وإن كان التأمين من الناحية الاقتصادية ومن وجهة نظر أطرافه يتصف بالثبات وتقدير العواقب ويرمي إلى درء المخاطر المحتملة.

■ ثانياً: عقد التأمين ملزم للجانبين:

بمعنى انه عقد تبادل يترتب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين فيلتزم المؤمن له بدفع قسط التأمين في مقابل أن يضمن له المؤمن لديه تعويضه عند وقوع الخطر أو الكارثة التي قد تصيبه، وكل من طرفي العقد يجب أن يفي بالتزاماته التي يفرضها عليه هذا العقد.

■ ثالثاً: عقد التأمين عقد معاوضة:

وذلك على اعتبار أن كل طرف من أطراف العقد لم يقصد من إبرامه إلا أن يحصل على مقابل لما يعطي، وهو مقابل مادي بلا شك، وذلك عند وقوع الخطر، ولعل هذه الخصيصة تحديداً هي ما ينفي صفة التبرع عن عقد التأمين، وهنا نعود إلى الإضافة التي أحدثها المشرع على تعريف عقد التأمين في القانون المدني الجديد، والتي قلنا بأننا لا نعلم ما

للمساهمة في نشر الوعي القانوني وخاصة فيما يتعلق بعقود التأمين باعتبارها من العقود الهامة في حياتنا والتي زاد انتشارها في الآونة الأخيرة وبشكل ملحوظ.

ولدراسة عقد التأمين كان لابد لنا من تناول الخصائص الرئيسية أو الأساسية التي تحدد ملامح هذا العقد الذي يعتبر بلا شك من العقود الاحتمالية أو عقود الغرر وإن أوردته المشرع تحت مسمى عقود التضامن الاجتماعي في القسم الرابع من القانون المدني.

وكان الأصلح أن يدرجه المشرع ضمن عقود الغرر كما فعل المشرع المصري والذي عرفه بنص المادة (٧٤٧) من القانون المدني المصري بأنه (عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن).

وبالنظر إلى النصوص القانونية السابقة فإن عقد التأمين يتميز بالخصائص التالية:-

■ أولاً: عقد التأمين عقد احتمالي:

والاحتمالية هي ما جعل عقد التأمين يندرج تحت مسمى عقود الغرر، حيث لا يستطيع أي من أطراف هذا العقد أن يحدد وقت إبرامه- مقدار ما يدفع ومقدار ما يعطى له أو ما يأخذه بالمقابل، ولذلك فقد أدرجه المشرع المصري ضمن عقود الغرر بعد المقامرة والرهان وذلك في الباب الرابع من القانون المدني، بينما أوردته المشرع اليمني ضمن عقود التضامن الاجتماعي، بالرغم من أن النص السابق الوارد في القانون اليمني ما هو إلا نسخة مطابقة تماماً لنص القانون المصري فيما عدا الإضافة الأخيرة في القانون الجديد

القوي والذي يتمتع بالقدرة على الاحتكار من الناحية الفعلية، إذ لا تتوافر للمؤمن له الحرية الكافية لمناقشة شروط العقد، الذي يتم وضعه من قبل المؤمن لديه، وهنا يقتصر دور المؤمن له على التسليم بتلك الشروط.

ولعل ذلك هو أهم خصائص عقد الإذعان^(٤)، ولا شك في أن المؤمن له عندما يطلب التأمين لا يوجد أمامه سوى الإذعان لشروط المؤمن لديه فهو إما أن يقبل شروط العقد كاملة وإما أن يرفضها كاملة، ولا مجال للتفاوض في شروط معينة دون شروط أخرى، وعلى ذلك فالتكافؤ معدوم بين الطرفين، ويظهر ذلك جلياً في عقود التأمين الإلزامي كالتأمين ضد حوادث السيارات وغيره.

ولا اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان أهميته من حيث تطبيق القواعد التي تحكمه بما يقتضيه ذلك من العمل لمصلحة الطرف المدع، حيث يفسر الشك لمصلحة الطرف المدعن باعتباره الطرف الأضعف كما يحكم أيضاً بتعديل الشروط التعسفية أو بطلان شروط أخرى.

■ سادساً: عقد التأمين من عقود حسن النية:

الحقيقة أن مبدأ حسن النية ينطبق على جميع العقود، وينبغي أن تتوافر الأمانة والثقة بين المتعاقدين ولذلك قد يقال بأن هذه الخصيصة لا ينفرد بها عقد التأمين فقط. وإذ نؤكد على ذلك إلا أن مبدأ حسن النية معنى خاصاً فيما يتعلق بعقود التأمين فالمؤمن لديه يعتمد بصفة أساسية على حسن نية المؤمن له في تنفيذ التعاقد والتزامه بالإدراك بالبيانات الصحيحة والمعلومات الحقيقية التي تبين حقيقة الخطر وآثاره، كما يلتزم بإعلان المؤمن لديه خلال فترة وجيزة بوقوع الخطر والظروف المحيطة به وأسبابه، ولذلك فالمؤمن له يجب أن يتخذ مسكلاً أميناً^(٥)، وأن لا يهدر الثقة

الهدف من وضعها، ذلك أنها لا تنفي صفة الاحتمال والغرر عن عقد التأمين إذا كان هذا هو هدف المشرع من هذه الإضافة في محاولة منه لإزالة الشبهة من الناحية الشرعية، فالمعاوضة أو هدف المعاوضة جلي تماماً في هذا العقد ولا نستطيع الإدعاء بأن المؤمن له يتبرع بأقساط التأمين للغير، حتى لو فرضنا إدراج هذا الشرط في العقد، فهو بطبيعة الحال سيكون شرطاً شكلياً لا أهمية لوجوده ولن يغير في طبيعة عقد التأمين باعتباره عقد معاوضة كما لا ينتقص من الصفة التجارية لهذا العقد.

■ رابعاً: عقد التأمين عقد مستمر:

فالرابطة العقدية في عقد التأمين هي رابطة تعاقدية مستمرة، حيث يقوم المؤمن له بدفع أقساط التأمين بانتظام وبشكل دوري ولمدة من الزمن قد تطول أو تقصر، ولو تم دفع الأقساط مرة واحدة -كما في بعض أنواع التأمين- كما يلتزم المؤمن لديه بالأعباء المالية الناتجة عن الخطر المؤمن منه بنفس الطريقة وللمدة ذاتها.

ولهذه الخصيصة (الاستمرار) أهميتها التي تظهر في حالة قيام أحد الأطراف بالإخلال بأي من التزاماته طوال فترة سريان العقد.

فإذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزاماته أثناء تنفيذ العقد، فإن العقد لا يلغى بأثر رجعي^(٣)، ولكنه ينحل من تلك اللحظة وبالنسبة للمستقبل فقط، فإذا تخلف المؤمن له عن دفع الأقساط بعد إبرام العقد اعتبر العقد منحللاً بالنسبة للمستقبل فقط، ولا يكون له أن يسترد ما دفع من أقساط.

■ خامساً: عقد التأمين من عقود الإذعان:

يعتبر عقد التأمين عقد إذعان بالنظر إلى العلاقة بين أطرافه فالمؤمن لديه هو الجانب

أولاً: أطراف العقد:

وأطراف عقد التأمين بحسب نص المادة (١٠٦٥) من القانون المدني الجديد والتي سبق وأن أوردنا نصها في العدد السابق هم المؤمن لديه والمؤمن له فهذان الطرفان هما المعنيان مباشرة بهذا العقد وهما من ينتج العقد آثاره في حقهما بحسب نص هذه المادة.

أما الطرف الأول وهو المؤمن فلم يعد لديه مقبولاً القول بأن يقوم بالتأمين فرد من الأفراد بصفته مؤمناً لديه (أو ضامن)، فالمؤمن لديه قد يكون شركة تأمين أو شركة إعادة تأمين. من تلك الشركات التي نص عليها القانون وأجاز لها مزاوله أعمال التأمين وإعادة التأمين وقد نصت المادة (٣) من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٢م بشأن الإشراف والرقابة على شركات ووسطاء التأمين والمعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧م على أن المقصود بالشركات التي يسري عليها هذا القانون هي جميع شركات التأمين وإعادة التأمين التي تزاول كل أو بعض عمليات التأمين على اختلاف أنواعها في الجمهورية.

واشترطت المادة (٥) الفقرة (أ) من نفس القانون في شركة التأمين التي يُرخص لها بمزاوله التأمين في اليمن أن تكون شركة يمنية مؤسسة أو تؤسس وفقاً لأحكام قانون الشركات وأن تكون شركة مساهمة بحد أدنى عشرة مساهمين وأن يكون مركزها الرئيسي في الجمهورية وألا يقل رأس مالها عن مائة مليون ريال لا يقل المدفوع منه عن النصف وأن تكون الأسهم اسمية ومملوكة بنسبة (٧٥٪) على الأقل لأشخاص يحملون الجنسية اليمنية سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين وأن يكون أغلبية أعضاء مجلس إدارة هذه الشركة والمسئولين عن إدارتها متمتعين بالجنسية اليمنية.

فإذا كانت شركات التأمين أجنبية فقد

المشروعة التي اعتمد عليها المؤمن لديه في التعامل معه.

ولأهمية الثقة وحسن النية في التعامل بين أطراف عقد التأمين فقد نص المشرع، على أنه يحق للمؤمن لديه أن يطلب فسخ العقد، وأن يطلب الحكم له بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب إذا ثبت أن المؤمن له قد كتم بسوء نية أمراً ما أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر أو تؤدي إلى تغيير في موضوعه أو إذا أخل عن غش بالوفاء بما تعهد به (المادة ١/١٠٧٣ من القانون المدني الجديد).

أخيراً فإن عقد التأمين من العقود التي تبنى على التعامل بحسن النية والثقة والصدق في التعامل بما ينافي الغش وإخفاء الحقيقة الذي قد يؤدي إلى بطلان العقد.

وبذلك نكون قد أوردنا باختصار الخصائص الأساسية لعقد التأمين في محاولة لتحديد ما هيته قبل الدخول في تفاصيل إنشاء هذا العقد كالأطراف والتزاماتهم وانقضاء العقد وآثاره.

أركان عقد التأمين:

عقد التأمين مثل سائر العقود الأخرى يُشترط لانعقاده أن يقوم على عدد من الأركان التي يوجب القانون توافرها في العقود، ولذلك فلن نخوض في تفاصيل تلك الشروط العامة وإنما سنركز على عدد من الأمور التي يختص بها عقد التأمين وما عداها فنحيل بخصوصها إلى القواعد العامة للعقد أياً كان.

وهنا لا بد من أن نتناول أركان عقد التأمين والتي تتلخص في التراضي والأطراف والمحل وعلى ذلك فسنحدث عن أطراف عقد التأمين أولاً ولما لعقد التأمين من خصوصية في هذا الصدد.

من القانون المدني الجديد بأن المؤمن له الذي يدفع أقساط التأمين، وهذا النص كما سبق وأن أشرنا مأخوذ عن نص المادة (٧٤٧) من القانون المدني المصري ومن هنا جاءت التسمية المحددة للطرف الثاني في عقد التأمين بأنه المؤمن له في حين يسميه المشرع اللبني (المضمون).

في حين يجب التفرقة بين طالب التأمين أو المتعاقد وبين المؤمن له وبين المستفيد فقد يتحقق أن تجتمع هذه الصفات الثلاث في شخص واحد وقد تتفرق على عدة أشخاص^(٨).

فقد يكون المتعاقد (طالب التأمين) هو نفسه المؤمن له وهو نفسه المستفيد أيضاً من التأمين وذلك في حالة التأمين ضد الأضرار حينما يؤمن الشخص على ماله مثلاً، ولهذا فالمشرع قد أسمى الطرف الثاني في عقد التأمين بالمؤمن له أو المستفيد كما هو الحال في القانون المصري.

وقد يكون المؤمن له والمستفيد شخصاً واحداً ويكون المتعاقد شخصاً آخر وذلك في حالة التأمين لحساب الغير كالتأمين ضد حوادث السيارات لحساب أي شخص يقود سيارة المتعاقد فيكون مالك السيارة هو المتعاقد والسائق هو المؤمن له والمستفيد.

كما قد يكون المتعاقد والمستفيد شخصاً واحداً والمؤمن له شخصاً آخر وذلك في حالة ما إذا أمن الشخص على حياة مدينه.

وقد يحدث أن يكون المتعاقد والمؤمن له شخصاً واحداً والمستفيد شخصاً آخر كالتأمين على الحياة لمصلحة الأبناء أو الزوجة.

ثانياً: وجود التراضي:

عقد التأمين - كما سبق وان اشرنا- عقد رضائي ووجود الرضى شرط أساسي لانعقاده فلا يتم انعقاده إلا بتوافق إرادتين على إحداث اثر قانوني، وهما إرادتا المؤمن والمؤمن له

أوجب القانون في الفقرة (ب) من المادة (٥) أن يقتصر عمل هذه الشركات في الجمهورية على مزاوله عمليات إعادة التأمين وذلك بواسطة فرع أو عن طريق وكالة.

وقد تقوم شركات التأمين المرخص لها بمزاوله العمل في الجمهورية بإبرام عقود تأمين مع العملاء مباشرة، كما قد تقوم بذلك عن طريق وسيط.

والوسيط هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يتوسط في عقد عمليات التأمين أو إعادة التأمين بصفته وكيلاً أو سمساراً للتأمين.

وقد اشترط قانون الإشراف والرقابة على شركات ووسطاء التأمين عدداً من الشروط يجب أن تتوافر في وسيط التأمين (م١٨) بالإضافة إلى استخراج إجازة رسمية لممارسة عمل الوسيط (م٢٠). وبحسب نصوص هذا القانون نجد انه لم يحدد مدى السلطة التي يتمتع بها الوسطاء في إبرام عقود التأمين مع العملاء، ذلك أن للوسطاء بحسب السلطة الممنوحة لهم -صوراً متعددة- فقد يكون الوسيط وكيلاً مفوضاً عن شركة التأمين وله سلطة واسعة في التعاقد عنها وفي هذه الحالة يكون له أن يبرم عقد التأمين كما يكون له إجراء أي تعديل فيه وأن يمهده أو يرجع فيه أو يفسخه^(٩) حيث يعتبر الوكيل المفوض نائباً عن الشركة يتعاقد باسمها ولحسابها.

وقد يكون الوسيط مندوباً ذا توكيل عام تقتصر سلطته على إبرام العقد مع المؤمن مقيداً في ذلك بالشروط العامة فلا يكون له تعديل العقد أو فسخه.

وقد يكون الوسيط سمساراً غير مفوض مهمته تتحدد بالبحث عن مؤمن له ويتم إبرام العقد بين المؤمن (الشركة) والمؤمن له مباشرة^(٧).

وبالنسبة للطرف الثاني من أطراف عقد التأمين فقد حدده القانون في المادة (١٠٦٥)

حيث حدد النص الأصلي محل عقد التأمين بأنه المصلحة التي يُخشى عليها من الخطر ويتم التأمين عليها ضد هذا الخطر، بالإضافة تحدد المحل في أموال شركات التأمين بمعنى أن المحل سيكون هنا التزام شركة التأمين بدفع التعويض.

أما إذا كان هدف المشرع من هذه الإضافة هو عدم إجازة أو منع شركات التأمين من استثمار أموالها فيما يخالف الشريعة الإسلامية فإن المشرع لم يكن موفقاً في اختيار المكان المناسب لهذه الإضافة ذلك أن هذا النص المضاف مكانه المناسب هو قانون الإشراف والرقابة على شركات التأمين وقد نص عليه هذا القانون فعلاً في المادة (٢) وهو يعرف عقد التأمين، وبالتالي فإنه لا داعي لوجود النص المضاف في المادة (١٠٦٦) من القانون الجديد.

وفي المادة (١٠٦٧) عدد المشرع مجموعة من الأخطار التي يجوز أن تكون محلاً للتأمين، وهي تدخل أيضاً ضمن نص المادة (١٠٦٦) طالما لم تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

كما أفرد الفصل الثالث من الباب الثاني من القسم الرابع للأحكام الخاص ببعض أنواع التأمين فأجاز التأمين ضد الحريق، التأمين على الحوادث المتعلقة بالحياة.

خلاصة القول بالنسبة لمحل عقد التأمين في القانون اليمني أن المشرع قد حدد محل عقد التأمين بالمصلحة المقصودة للتأمين حماية لها، وهو ما يؤيد بغض النظر عن الخلاف الفقهي القائم في هذا الصدد ذلك أن المصلحة هي محل عقد التأمين أيأ كان نوعه و لا نستطيع الفصل هنا بين عنصر المصلحة وبين محل العقد، وبهذا نرجو أن نكون قد أوجزنا هنا الأركان التي يقوم عليها عقد التأمين والتي بدونها لا يمكن لهذا العقد أن ينشأ.

باعتبارهما طرفي العقد، ويجب أن يكون التراضي صحيحاً بمعنى أن تتوافر الأهلية للمؤمن له عند إنشاء التأمين والمقصود بها أهلية الإدارة، أما بالنسبة للمؤمن فلا مجال هنا للحديث عن أهليتها ذلك أن القانون يشترط أن يكون المؤمن شركة خاصة بالتأمين وهي بطبيعة الحال تمتلك الأهلية لإبرام عقد التأمين كما يجب أن تكون ارادة الأطراف أيضاً خالية من أي عيب من عيوب الإرادة قد يشوبها.

ثالثاً: المحل:

نصت المادة (١٠٦٦) من القانون المدني الجديد على أنه: (لا يجوز أن يكون محلاً للتأمين كل ما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام، ولا يجوز لشركات التأمين أن تستثمر الأموال بطرق مخالفة للشريعة الإسلامية)^(٩).

فالمشرع هنا قد وضع حكماً عاماً وصريحاً بأنه لا يجوز أن يكون محلاً للتأمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام السائد في اليمن وهو بهذا النص يحول بيننا وبين الخوض في الخلاف الفقهي حول محل عقد التأمين، حيث ينقسم الفقه في هذا الصدد بين من يرى بأن محل عقد التأمين هو الالتزام الذي يلتزم له المؤمن (شركة التأمين) بدفع التعويض وبين من يرى بأن المحل هو التزام المؤمن له بدفع أقساط التأمين وبين من يرى بأن المحل هنا هو المصلحة من عقد التأمين.

غير أن ما يدعو للاستغراب هو تلك الإضافة التي جاء بها المشرع في القانون الجديد والتي لا مبرر لوجودها في نص المادة (١٠٦٦) ولا ندري ما هو المقصود بها فإذا كان المقصود منها: إكمال نص المادة فإن هذه الإضافة تناقض الأصل الوارد بالنص السابق

الأثار التي يربتها عقد التأمين

المقصود بالأثار هنا هو تحديد الالتزامات التي يفرضها هذا العقد على طرفيه وهما المؤمن له والمؤمن لديه (شركة التأمين) وعلى اعتبار أن هذا العقد كما سبق وأن أشرنا من العقود التبادلية التي ترتب على الأطراف التزامات متبادلة. وعليه.. فسنتناول أولاً التزامات المؤمن له ثم بعد ذلك التزامات المؤمن لديه على النحو التالي:

أولاً: التزامات المؤمن له

والتزامات المؤمن له لا تخرج عن ثلاثة التزامات أساسية هي الالتزام بدفع قسط التأمين وكذا الالتزام بالإدلاء بالبيانات الخاصة بالخطر المؤمن ضده، وأخيراً إخطار المؤمن لديه بوقوع الخطر، وقد تناول المشرع اليميني ضمن أحكام القانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م التزامات المؤمن له في مادتين فقط هما (١٠٧٢) (١٠٧٣).

١- الالتزام بدفع قسط أو أقساط التأمين: كما قلنا فإن عقد التأمين من العقود التبادلية، ولذلك فإنه يرتب التزاماً هاماً على عاتق المؤمن له، وهو دفع مقابل التأمين للمؤمن لديه في موعده، وهو ما قد يدفع مرة واحدة أو على أقساط تدفع في مواعيد معينة ومحددة، فقسط التأمين الذي يدفعه المؤمن له هو سبب التزام المؤمن لديه بدفع مبلغ التأمين أو التعويض.

ومحل الالتزام هنا هو مبلغ أو قيمة القسط الذي يلتزم المؤمن له بدفعه للمؤمن لديه مقابل التزام الأخير بضمان الخطر، أي دفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر المحتمل المؤمن ضده^(١٠).

وقد نصت المادة (١٠٧٢) من القانون المدني في فقرتها الأولى على أن من التزامات المؤمن له: (أن يدفع المبالغ المتفق عليها في الأجل

المحدد في العقد)

فقد ألزم المشرع المؤمن له أن يؤدي للمؤمن لديه (شركة التأمين) المبلغ أو المبالغ التي تمثل أقساط التأمين في الموعد المتفق عليه والمحدد في العقد.

فالعقد عادة هو الذي يحدد مبلغ القسط والوقت المحدد للوفاء به وكذا المكان الذي يدفع فيه.

ولكن ما هو الجزاء الذي يترتب على تخلف المؤمن له عن الوفاء بقسط التأمين؟

نصت المادة (١٠٧٣) من القانون المدني في فقرتها الأولى أن المؤمن له (إذا أخل عن غش بالوفاء بما تعهد به كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط المستحقة له قبل هذا الطلب).

وعليه فإن المشرع يعطي الحق للمؤمن لديه (شركة التأمين) في طلب الفسخ إذا لم يفي المؤمن له بقسط التأمين، وهذا الطلب يتم تقديمه إلى المحكمة بعد إعدار المؤمن له إعداراً قانونياً، فهل يظل المؤمن لديه (شركة التأمين) ملتزماً بضمان الخطر المؤمن ضده حتى تحكم المحكمة بفسخ العقد؟ تطبيقاً للنص السابق والذي يتوافق مع القواعد العامة، فإن هذا ما ستكون عليه الحال، فتظل شركة التأمين ملتزمة بدفع مبلغ التأمين أو التعويض عن الخطر حتى يصدر حكم المحكمة بالفسخ وهذا الحكم بطبيعة الحال لن يكون له أثر رجعي!!

وفي هذا إجحاف واضح بحق المؤمن لديه (شركة التأمين) الأمر الذي قد يؤدي إلى أن تقوم شركة التأمين بوضع شرط في عقد التأمين يعفيها من الالتزام بدفع مبلغ التأمين عند وقوع الخطر في حالة عدم دفع قسط التأمين بل ولمجرد التأخير وفي هذا تعسف كبير بحق المؤمن له.

وعليه فقد كان الأولى بالمشرع أن يحدد الإجراءات المتبعة عند توقف المؤمن له عن دفع

(يلتزم المؤمن له بما يلي:

- أن يقر وقت إبرام العقد بكل المعلومات التي يهيم المؤمن معرفتها لتقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه.

- أن يخطر المؤمن بما يطرأ أثناء مدة العقد من أمور تؤدي إلى زيادة هذه المخاطر).

ولكن ما هو جزاء الإخلال بهذا الالتزام؟ نصت المادة (١٠٧٣) من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه (إذا ثبت أن المؤمن له كتم بسوء نية أمراً أو قدم بياناً غير صحيح بصورة تقلل من أهمية الخطر المؤمن منه أو تؤدي إلى تغيير موضوعه..... كان للمؤمن أن يطلب فسخ العقد مع الحكم له بالأقساط المستحقة قبل هذا الطلب) ولكن وبموجب أحكام النص السابق هل يظل المؤمن لديه ملتزماً بالتعويض عن الخطر حتى صدور الحكم بالفسخ؟

في حين أنه كان الأحرى بالمشرع أن ينص على بطلان العقد إذا ثبت تعمد المؤمن له في كتمان أمر أو تقديم بيان غير صحيح أو كاذب إذا كان هذا البيان من شأنه أن يغير في موضوع الخطر أو يقلل من أهميته لدى المؤمن لديه.

ذلك أن عقد التأمين من عقود حسن النية كما سبق وأن أشرنا، والبطلان هنا كجزاء ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة بحسب نص المادة (١٧٩) مدني، ويترتب على إبطال عقد التأمين بسبب البيان الكاذب أو الكتمان الجوهري أن تصبح الأقساط المدفوعة من حق المؤمن لديه، وهو ما يؤخذ به في عقود التأمين ضمن الشروط العامة، مما يدعو إلى اعتبارها عرفاً تأمينياً.

٣- الالتزام بإخطار المؤمن لديه بوقوع الخطر المؤمن ضده:

مما لا شك فيه بأن المؤمن له لا بد من أن يخطر المؤمن لديه بوقوع الخطر المؤمن ضده لكن مضمون الالتزام هو متى يجب عليه

قسط التأمين بدءاً بالإعذار أو الإنذار الذي توجهه شركة التأمين إلى المؤمن له، ثم الوقف الذي يترتب إعفاء المؤمن لديه (الشركة) من ضمان الخطر في المستقبل كنتيجة لإعذاره ومن ثم الحكم بالفسخ.

٢- الالتزام بالإدلاء بالبيانات الخاصة بالخطر المؤمن ضده: والمقصود بهذا الالتزام هو وجوب قيام المؤمن له بتقديم البيانات الخاصة بالخطر المؤمن ضده إلى المؤمن لديه (شركة التأمين)، ذلك أن المؤمن لديه لا بد وأن يحاط بشكل كامل بماهية الخطر وظروفه وحالاته حتى يستطيع أن يضع تقديره لمبلغ التأمين وأقساطه بشكل صحيح قبل إبرام العقد.

ليس ذلك فحسب بل إن هذا الالتزام يوجب على المؤمن له أيضاً أن يدلي بكل ما يطرأ على هذا الخطر المؤمن ضده من ظروف بعد إبرام العقد وأثناء سريانه.

وهذا الالتزام هو جوهر حسن النية الذي يعتبر إحدى الخصائص الأساسية لعقد التأمين كما سبق وأن أشرنا.

غير أن المؤمن له لا يلتزم بتقديم كافة البيانات التي يعرفها عن الخطر صغيرها وكبيرها، وإنما يقتصر التزامه على البيانات الجوهرية التي قد تؤثر في تقديرات المؤمن لديه عند تحديد جسامته هذا الخطر وظروفه واحتمالات وقوعه والتي يبني عليها تحديده لقيمة القسط.

وتقدير جوهرية البيانات التي يفرضها عقد التأمين على المؤمن له تعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع^(١١).

ولأهمية هذا الالتزام الذي يقع على عاتق المؤمن له فقد نظمته المشرع ضمن أحكام التأمين بنصوص القانون المدني، حيث نصت المادة (١٠٧٢) على أن:

مقبولاً بعد هذا النص ولكن لا يجوز للمؤمن له أن يعتمد على هذا النص ولا يلتزم بإبلاغ المؤمن لديه بوقوع الخطر. لذلك يجدر بالمشرع أن ينص أيضاً على جزاء معين يوقع على المؤمن له طالما وقد حال بينه وبين خطر السقوط، ولعل الجزاء المناسب هو تعويض المؤمن لديه (شركة التأمين) عن أي ضرر يقع عليه من جراء التأخير في الإبلاغ عن الخطر.

تلك هي التزامات المؤمن له أوردناها بشكل موجز وبحسب المساحة المتاحة لنا، وفيما يلي سنتحدث عن التزامات المؤمن لديه.

ثانياً: التزامات المؤمن لديه:

تتضمن التزامات المؤمن لديه وتحدد في التزام رئيسي وأساسي هو التزام المؤمن لديه (شركة التأمين) بدفع مبلغ التأمين كتعويض عن وقوع الخطر.

فيلتزم المؤمن لديه عند وقوع الحادث أو الخطر المؤمن ضده بدفع مبلغ التأمين المستحق، وهذا الالتزام كما سبق وأن أشرنا في مقال سابق التزام احتمالي يتوقف على تحقق الخطر الذي يعتبر ركناً لقيام الالتزام.

وقد نصت المادة (١٠٧٤) من القانون المدني على أن: (على المؤمن أداء الضمان أو المبلغ المستحق إلى المؤمن له أو المستفيد على الوجه المتفق عليه عند تحقق الخطر أو حلول الأجل المحدد في العقد...)

وعليه يصبح مبلغ التأمين واجب الأداء متى تحقق الخطر المؤمن ضده أو متى حل أجل العقد.

فبعد أن يقوم المؤمن له بالقيام بالتزامه بإبلاغ المؤمن لديه بوقوع الخطر المؤمن ضده فللمؤمن لديه التثبت من صحة البلاغ وما يطالب به المؤمن له من حقوق ثم يؤدي له مبلغ التأمين في أجل معقول، حيث لم ينص

الإبلاغ بحادث الكارثة أو الخطر؟

من مصلحة المؤمن لديه (شركة التأمين) أن يعلم في أسرع وقت بوقوع الخطر الذي يرتب عليها التزاماً بدفع مبلغ التأمين، ذلك أن السرعة في وصول الخبر إليه قد يمكنه من استخدام قدراته وإمكانياته في معرفة السبب والمسبب في وقوع الخطر وخاصة في بعض أنواع التأمين كالتأمين ضد السرقة والحريق قبل أن تخفي معالمها.

لذلك يجب على المؤمن له أن يسرع قدر الإمكان في إبلاغ المؤمن لديه بوقوع الخطر وخلال مدة وجيزة على الأكثر وهو ما تنص عليه مادة عقود التأمين بالإضافة إلى التزامه أيضاً باتخاذ الإجراءات اللازمة للحيلولة دون تفاقم الخطر قدر المستطاع.

ولكن ما هو الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الالتزام؟

الجزاء التقليدي على عدم القيام بالإخطار بوقوع الحادث هو السقوط^(١٢)، غير أن هذا الجزاء والذي قد يدرج ضمن عقود التأمين يعد جزاء قاسياً في حق المؤمن له وخاصة إذا كان قد أوفى بجميع التزاماته السابقة لذلك حرصت التشريعات المختلفة على الحد من هذا الجزاء، وقد فعل المشرع اليمني ذلك عندما نص في المادة (١٠٦٩) أنه (يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:

٢- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى الجهات المطلوب إخبارها إلا إذا تبين أن التأخير كان لعذر مقبول).

ولا ندري ما أهمية أن يورد المشرع الفقرة الأخيرة والخاصة بالعذر سواء كان مقبولاً أو غير مقبول طالما وقد حكم ببطالان الشرط من أساسه!!

المهم هنا هو أن السقوط كجزاء لم يعد

■ مدة عقد التأمين:

الأصل أن عقد التأمين من عقود المدة كما سبق وأن أشرنا بما يستلزم اقتترانه بمدة معينة لسريانه، حيث يتفق الطرفان على هذه المدة ومضى تنتهي أو يتفقا على امتدادها كما اتفقا على انقضائها.

ومن مراجعة نصوص القانون المدني الخاصة بعقد التأمين نجد أنه قد أشار في نص المادة (١٠٧٢) وهو يعدد التزامات المؤمن له عندما ألزم المؤمن له بإخطار المؤمن لديه بما يطرأ على الخطر أثناء مدة العقد.

ومن خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع اليمني قد أشار إلى وجود مدة محددة لعقد التأمين.

وإن كان العرف التأميني قد جرى على أن يتم تحديد مدة العقد ضمن وثيقة التأمين الرسمية والتي تتضمن شروط العقد كاملة وضمن بياناته الأساسية، وعلى ذلك فلطرفي العقد تحديد المدة التي يرغبان فيها.

كما جرى العرف التأميني على إجازة إنهاء عقد التأمين نهاية كل خمس سنوات من مدته وذلك عند رغبة أحد الطرفين في ذلك متى أخطر الطرف الآخر قبل انقضاء الخمس سنوات وهو ما يسمى بالإنهاء الخمسي.

فالإنهاء الخمسي يتيح لأطراف العقد إنهاء سائر العقود التأمينية فيما عدا عقد التأمين على الحياة.

وعليه فإن عقد التأمين وباعتباره من عقود المدة يكون محدداً بمدة معينة تطول أو تقصر بحسب رغبة الطرفين ويكون منصوصاً عليه في وثيقة التأمين.

ومن النادر جداً أن تخلو وثيقة التأمين من ذكر المدة المتفق عليها حيث تحرص شركات التأمين على ذكر المدة في الوثيقة تضادياً لأي نزاع.

أما إذا لم تحدد المدة بطريقة واضحة أو لم

القانون على مدة معينة يجب على المؤمن لديه أن يدفع خلالها مبلغ التأمين وغالباً ما تنص عليها عقود التأمين.

■ إثبات عقد التأمين:

أشرنا إلى أن عقد التأمين عقد رضائي لا يشترط لانعقاده أن يرد في محور مكتوب وهو ما جرى عليه الفقه القانوني، إلا أن عدم استلزام الكتابة للانعقاد لا يعني عدم اشتراط الكتابة مطلقاً، ذلك أن الكتابة تعتبر شرطاً للإثبات.

والكتابة المشروطة لإثبات عقد التأمين، هي الكتابة التي تفيد قيام هذا العقد واعتبارها دليلاً لإثباته، فلا يشترط أن تكون محرراً رسمياً.

وعلى ذلك سار المشرع اليمني عندما نظم عقد التأمين ضمن نصوص القانون المدني فلم يستلزم الكتابة صراحة للانعقاد إلى أنه أشار في أكثر من مادة إلى ما يسمى بوثيقة التأمين وهو ما يعني اشتراط الكتابة للإثبات فقط كما أكد بنص المادة (١٠٩٥) أن يكون عقد التأمين مكتوباً باللغة العربية أو الإنجليزية وترجع العربية عند الاختلاف غير أن كل هذا الذي سبق يندرج ضمن الجانب النظري، أما على الصعيد العملي ولأن التأمين كوسيلة قانونية لمواجهة الكوارث والمخاطر قد أصبح في الوقت الحالي لا يمارس إلا من قبل شركات متخصصة، فإن هذه الشركات قد أنشأت عرفاً ثابتاً وهو إفراغ عقد التأمين وشروطه ضمن وثيقة رسمية أو محرر رسمي يمثل عقد التأمين أو ردت فيه كل ما يتعلق بالعملية التأمينية من شروط والتزامات ومواعيد.

وبالتالي فقد أصبح عقد التأمين ثابتاً بالكتابة ولم يعد مقبولاً لإثباته بأي طريقة أخرى سواها عملياً.

في الشيء المؤمن عليه.

٤- وكذا في حالة إفلاس المؤمن له فإنه يجوز للمؤمن لديه إنهاء العقد على اعتبار أن المؤمن له لن يفي بالأقساط المستحقة عليه لصالح المؤمن لديه.

٥- كما أجاز المشرع اليمني للمؤمن له والذي يلتزم بدفع أقساط دورية أن ينهي عقد التأمين في أي وقت شاء شريطة إعلام المؤمن لديه خطياً بذلك وتبرأ ذمته عن الأقساط اللاحقة (المادة ١٠٩١) مدني.

■ الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين:

نظم المشرع اليمني أحكام الدعاوى الناشئة عن عقود التأمين ضمن نصوص القانون المدني وتحديدًا بنص المادة (١٠٧٧)، حيث أكد على عدم سماع أي دعوى ناشئة عن عقد تأمين إذا انقضت خمس سنوات على حدوث الواقعة محل الدعوى، أما إذا ثبت عدم علم صاحب المصلحة في الدعوى بوقوع الواقعة في حينه فتسري مدة الخمس سنوات من تاريخ علمه بالواقعة.

وفي حالة كون الدعوى متعلقة بقيام المؤمن له بإخفاء بيانات الخطر أو تقديمه بيانات غير صحيحة فلا تسري مدة التقادم وهي الخمس سنوات المشار إليها إلا من تاريخ علم المؤمن لديه بفعل المؤمن له.

أما إذا كان سبب الدعوى التي يتقدم بها المؤمن له على المؤمن لديه ناشئاً عن رجوع الغير عليه فلا يبدأ سريان الميعاد إلا من تاريخ رفع الدعوى من هذا الغير على المؤمن له أو في تاريخ استيفاء الغير للتعويض من المؤمن له.

كما أن المشرع قد أجاز عدم سريان هذه المدة والمحددة بخمس سنوات عند وجود عذر شرعي يمنع صاحب المصلحة من المطالبة، وعند ذلك فلا يبدأ سريان المدة إلا من تاريخ زوال هذا العذر.

يرد ذكرها في الوثيقة فإن العقد لا يبطل، حيث تعتبر مدة العقد -عملياً- سنة واحدة باعتبار أن هذه المدة هي المدة الغالبة في معظم عقود التأمين.

■ انقضاء عقد التأمين:

بطبيعة الحال فإن عقد التأمين ينقضي أو ينتهي بانتهاء مدته المحددة في العقد والتي اتفق عليها الطرفان.

وقد ينتهي عقد التأمين بمرور خمس سنوات إذا كانت مدة العقد أطول من ذلك ومتى رغب أحد الطرفين في إنهائه بعد إخطار الطرف الآخر وهو ما يعرف تأمينياً بالإنهاء الخمسي كما سبق وأن أشرنا.

كما قد يتفق الطرفان على إنهاء هذا العقد مثلما يجوز لهما أن يتفقا على تمديده وهو ما يسمى بالإنهاء الاتفاقي أو الامتداد الاتفاقي.

غير أن هناك من الأسباب التي ينتهي عقد التأمين بموجبها في أحوال مختلفة وتعطي هذه الأسباب إذا توافرت الحق للمؤمن له أو المؤمن لديه في إنهاء عقد التأمين قبل انقضاء مدته، ومنها مثلاً:

١- يجوز للمؤمن لديه أن يطلب إنهاء عقد التأمين إذا ثبت أن المؤمن له قد كتم بسوء نية تقديم البيانات أو قدم بيانات غير صحيحة للتقليل من أهمية الخطر المؤمن ضده (المادة ١٠٧٣ / ١) من القانون المدني.

٢- يجوز للمؤمن لديه أن يطلب إنهاء عقد التأمين أيضاً إذا أخل المؤمن له عن غش بالوفاء بما تعهد به للمؤمن لديه (المادة ١٠٧٣ / ١) مدني.

٣- إذا تصرف المؤمن له بالشيء المؤمن عليه فلا يلتزم المؤمن لديه بالإبقاء على التأمين لصالح المالك الجديد وله إنهاء العقد، إلا إذا وافق على الإبقاء على التأمين بعد التصرف

أخيراً.. نرجو أن نكون قد وفقنا إلى تقديم فكرة سريعة ومختصرة عن عقد التأمين في حلقات هذه الدراسة الموجزة عن هذا العقد والذي يعتبر عن حق أحد أهم العقود في حياتنا العملية، وإن كان عقد التأمين لا يخلو أيضاً من بعض النقاط الهامة التي تحتاج أيضاً إلى دراسة متعمقة ونحتاج فعلاً إلى معرفتها والاطلاع عليها في سبيل الاستفادة التي لا غنى لأي منا عنها، فإننا سنحاول أن نتطرق بين الحين والآخر لهذه القضايا والمسائل إن شاء الله تعالى.

المراجع:

- (١) راجع، جلال محمد إبراهيم -التأمين وفقاً للقانون الكويتي- ١٩٨٩م ص.٤٢٨
- (٢) فتحي عبد الرحيم عبد الله - التأمين ١٩٩٧م ص ١٩٥،
- (٣) توفيق حسن فرج - أحكام التأمين في القانون اللبناني ١٩٨٥م ص. ٣٢١
- (٤) حول عقود الإذعان - وأحكامها انظر: محسن البيه- مشكلتان متعلقتان بالقبول: السكوت والاذعان - دار النهضة ١٩٨٥م.
- (٥) فتحي عبد الرحيم عبد الله - المرجع السابق ص ٢٠٣،
- (٦) أنظر: فتحي عبد الرحيم عبد الله -التأمين- ١٩٩٧م، ص.٢٠٥
- (٧) راجع توفيق حسن فرج- الضمان التأمين في القانون اللبناني، ص.٣٤٩
- (٨) أنظر: توفيق حسن فرج- المرجع السابق ص، ٣٥٥
- (٩) راجع: برهام عطا الله- التأمين ص. ٧٧
- (١٠) راجع حول هذا الموضوع بتفصيل أكثر: فتحي عبد الرحيم عبد الله - التأمين ص ٣١١
- (١١) انظر: سمير الشرقاوي - محاضرات في عقد التأمين ص٢٣
- (١٢) انظر: محمد شكري سرور - سقوط الحق في الضمان - دراسة في عقد التأمين البري.

جندی

المجلة
القضائية



العدالة الجنائية

الدكتور/

علي حسن الشرفي

أستاذ القانون الجنائي بجامعة صنعاء

بين يدي العدالة الجنائية

إن العدل هو الميزان الذي أقام الله عليه شئون الحياة، فضبط به العلائق بين الخلائق، وحدد به الأحكام ورتب الأعمال، به أرسل الرسل وانزل الكتب وسن الشرائع وعلى مقتضاه أثاب وجزاء، قال تعالى (لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط...).

وإذا كان العدل في جميع شئون الحياة لازماً بحيث لا تستقيم حياة الناس ولا تنتظم شئونها إلا به، فإنه في المجال الجنائي أُلزم وأوجب، لتعلقه بالدماء والأعراض والأموال، وهي حرمت شديدة الحرمة، إذ قد يحتمل الإنسان شيئاً من الحيف والجور إلا في ما يمس هذه الحرمت التي لا يحتمل الناس فيها جوراً ولا يقبلون فيها ظلماً ولا حيفاً. وللعديل في المجال الجنائي دعائم يستند

عليها وتوازيم لا ينهض إلا بها وهي أمور هامة وجليلة، ولكن قبل بيانها ينبغي ذكر الأمور التي تسبق العدل وتمهد له بحيث تكون البيئة المناسبة لنموه وإزدهاره، نتقدم بالإشارة إليها (بين يدي العدالة الجنائية) وأهمها:

١- منهج سليم يستجيب لدواعي

الفطرة ويوجهها:

لقد خلق الله الإنسان وجبله على حب ذاته فهو أناني بطبعه ميال إلى إشباع غرائزه ورغباته على نحو مفرط وتلك فطرة فيه قد كانت هي الثغرة التي نضد منها إبليس لعنه الله لإغواء آدم عليه السلام.

(فوسوس اليه الشيطان قال يا آدم هل أدلك على شجرة الخلد وملك لا يبلى).
وقال (ما نهاكما ربكما عن هذه الشجرة إلا أن تكونا ملكين أو تكونا من الخالدين).

فاستحيوا منهم وأكرمهم) .

■ وضع لكل أمر حكمه، فبين الحلال والحرام وما يقترب منهما، ووضع موازين الثواب والعقاب، وهدد العصاة الخارجين على مقتضى المنهج بنوعين من العقوبات: العقوبة الدنيوية الصارمة، والعقوبة الآخروية الماحقة، وجعل مجرد التهديد بالعقاب وحده رادعاً وزاجراً عن المعاصي.

٢- سلطة عادلة تضع لكل شيء حقه:

إن عدل السلطة هو أساس لوضع المنهج السليم موضع التنفيذ ولذا كان العدل مفترضاً لازماً لسيادة الشرع حتى انه يمكن القول أن الحكمة من وجود سلطة تدير شئون الناس هي رعاية مصالح الناس التي جاء الشرع لحمايتها وتظهر عدالة السلطة الحاكمة في تطبيق شرع الله الذي شرعه، ومنهجه الذي وضعه، فيكون ذلك التطبيق هو ضمان الأمن ومستنده، لأن تطبيق شرع الله يقيم ميزان العدالة بين الناس، فتصان الحقوق، وتعم المساواة وترتفع المظالم، فيأمن كل إنسان على نفسه وماله وعرضه، بل إن عدل السلطان يقوي مبدأ التكافل والتعاون، ويدفع إلى المحبة والإيثار الذي لا يكون معه مجال للجريمة أو محل للطغيان أو الظلم.

٣- سياسة حكيمة توازن بين المصالح:

وهي تعنى حسن إدارة شئون الأمة على مقتضى ذلك المنهج السليم، وبمعرفة تلك السلطة العادلة، ومن السياسة الحكيمة سد أبواب الفساد، وإغلاق منافذه، وهذا يقتضي وضع سياسة إعلامية وثقافية وتربوية واقتصادية ترسخ مبادئ الخير وتعمق الاخوة، وتركي جوانب التقوى والطهارة والعفة، ومن السياسة الحكيمة أيضاً إنزال الناس منازلهم، وإقالة ذوي الهيئات عثراتهم فقد قال رسول

غير أن الذي فطر هذه الفطرة وجبل الإنسان عليها قد وضع منهجاً من شأنه أن يوظف هذه الغريزة توظيفاً نافعاً يهديها ولا يلبغيها، وكان من صفات هذا المنهج أنه:

■ فتح للطمع الأدمي باباً واسعاً هو باب الآخرة، وهو باب من ولجه زهد في دنياه وقنع بما عنده، بل وآثر غيره على نفسه، رغبة في نيل نعيم الآخرة، وبذلك أفلح المنهج الإسلامي في قلب موازين الحياة يوم جاء، وحول الأمل العدواني التي صار الظلم والطغيان فيها شيمة تتفاخر بها إلى أمة متراحمة متعاونة هي خير أمة أخرجت للناس، فإذا كان الإنسان يريد إشباع رغباته فإن المنهج الإسلامي يقول له نعم، ولكنه يشده إلى نعيم الآخرة ويرغبه فيه ويوجه حرصه وطمعه إليه، حتى يتعلق به ويرى أنه خير له من رغبات الدنيا وإن عظمت، فيكون حرصه على توفير آخرته أكثر من حرصه على توفير دنياه وبهذا يقل اختصام الناس على الدنيا التي سماها العقلاء (حطاماً زائلاً).

■ زكى العقل وأحسن توجيهه، ونما جوانب المروءة، وفتح للمعروف والبر والإحسان ميداناً واسعاً، وجعل للأخلاق الكريمة مرتبة عظيمة، صارت بها أحد موازين التفاضل بين الناس فقد قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (إن من أحبكم إلى وأقربكم مني مجلساً يوم القيامة أحاسنكم أخلاقاً) ، ثم هو أحسن خطاب الناس الراغبين في الإجماع فيبصرهم بشناعة الذنب حتى قنعوا بتركه .

■ أقام من الشخص رقيباً عليه يحس أنه لا يمكن أن ينفرد أو يغيب عن عين الله ورقابته: قال تعالى (ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد) .

وقال تعالى (وإن عليكم لحافظين كراماً كاتبين، يعلمون ما تفعلون) .

وفي الحديث (إن معكم من لا يفارقكم

الحق والعدل الذي أخلت به الجريمة، أي أنها تكفي لرفع الظلم وتحقيق العدل، وتكفي لتمكين المضرور الذي نسميه (المجني عليه) - أو المظلوم - من استعادة حقه كاملاً ليعود كما كان قبل أن يتعرض للظلم، فإن لم تحقق هذه الغاية أو لم تكف لتحقيقها كاملة فإنها لا تكون قد حققت العدل ولا رفعت الظلم.

غير أن العدالة في مفهومها الجنائي - أي بالنظر إلى أحكام الجرائم والعقوبات - لا تعني الجبر المطلق للمجني عليه، بمعنى أنها لا تعني في كل حالاتها إعادة المظلمة إلى صاحبها أو إصلاح الفساد الذي أحدثه الجاني، إذ لا يمكن لها في جميع الحالات أن تحقق ذلك، نظراً إلى أن الجرائم (الجنائية) غالباً ما تؤدي إلى تفويت حق المجني عليه تفويتاً لا يمكن تداركه، أي أنها تحدث فساداً لا يمكن إصلاحه، فالقتل - مثلاً - هو جرم لا يمكن بحال من الأحوال تدارك ضرره، إذ يستحيل استحالة مطلقة جبر مصاب القتل، كون الجريمة قد فوتت الحق في الحياة تفويتاً مطلقاً لا مجال معه لاستعادة ذلك الحق، ومن ثم كانت العقوبة الجنائية - وهي القصاص - غير مجدية في إعادة ما فات، وأقصى ما تحققه هو إرضاء أولياء الدم وشفاء صدورهم، وإرضاء الشعور العام بالعدالة، ذلك الشعور الذي جرحته الجريمة وأثرت عليه، بالإضافة إلى ما تحققه من زجر للعامة من الناس، وهذا هو مقتضى قول الله تعالى: (ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب لعلكم تتقون). أما المجني عليه الحقيقي - وهو القتل - فإن القصاص لا يعني له شيئاً على الإطلاق إذ سيظل مظلوماً على كل حال، ولا تجدي تلك العقوبة في رفع الظلم عنه، أي في تحقيق العدل بالنسبة إليه، لأنها لن تعيد إليه حياته التي سلبت منه.

وحتى أقاربه الذين تضرروا بموته قد لا

الله صلى الله عليه وآله وسلم: (أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود) ومن السياسة الحكيمة أيضاً تطبيق ما يسمى في النظم القانونية (تفريد العقوبة) أي إنزالها على الجناة بحسب جنائياتهم وما أقترن بها من أحوال وظروف تدعو للتخفيف أو تدعو للتشديد ومنها ما تقرر في الشريعة الإسلامية من إعفاء المحارب إذا جاء تائباً قبل القدرة عليه، وذلك ترغيباً له في التوبة وترك المحاربة والاستسلام، قال تعالى بعد أن بين عقوبة المحارب (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) وغير ذلك من مظاهر الحكمة التي تفتح منافذ الخير وتسد منافذ الشر.

جوهر العدالة الجنائية

إن العدالة في معناها العام هي الاستقامة والتوازن ووضع الأمر في نصابه، وهي في معناها القضائي إعادة وضع الشيء في موضعه الصحيح بعد أن كان قد أزيح عنه، فهي تفترض - ابتداءً - خروج الأمر عن موضعه، أي وقوع شيء من الظلم والحيث ثم تأتي إجراءات العدالة لتعيد ذلك الأمر إلى نصابه وترفع الظلم الذي وقع، فهي إذاً - في جوهرها - إعادة للتوازن الطبيعي لميزان الحق بعد أن كان قد اختل بفعل فاعل.

فأصل المسألة هو أن الشارع الحكيم قد وضع لكل شيء حكمه، ولكل شخص حقه، فبيّن الحقوق الخاصة والعامة وأحاطها بالحماية والصيانة، ومنع التعرض لها بما ينقصها أو يؤثر عليها، وجعل ذلك التعرض جرماً وعاقب عليه باعتباره ظلماً، أي باعتباره إخلالاً بميزان الحق والعدل.

والأصل أن الحد الأدنى من العقوبة التي واجه بها الشارع ذلك الظلم أنها تكفي لجبر المصاب ورد المظلمة وإعادة التوازن إلى ميزان

فيه- بإذن الله تعالى- في العدد القادم، وحتى يكون ذلك أحب أن أشير إلى أن هذا الحكم الذي خلصنا إليه لا يتعارض مع كون بعض مظاهر العقوبة متشابهاً مع بعض مظاهر الضرر الذي أحدثته الجريمة، فالقصاص- وهو مؤاخذة الجاني بمثل ما فعل بالمجني عليه- لا يعنى الجبر المطلق للمصاب فقتل القاتل لا يجبر مصاب القتل ولا يعوضه في شيء، وقطع يد الجاني أو صلصم أذنه أو قلع عينه قصاصاً لا يمكن أن يرد المنفعة التي فوتتها الجريمة، ومثل ذلك يقال في قطع يد السارق وجلد الزاني وحبس الخائن ونحو ذلك ومن أجل ذلك صح القول بأن العدالة الجنائية ليست عدالة مطلقة بالمفهوم اللغوي لفظ العدل، وإنما هي عدالة نسبية يحكمها الممكن المستطاع وليس الانصاف المطلق. فهي- من ثم- تختلف عن العدالة في المسائل المدنية التي تعنى جبر الضرر، وإعادة الحق- ذاته أو بمقداره- إلى صاحبه. وسبب الاختلاف هو الامكان والاستطاعة في المسائل المدنية، والامتناع أو الاستحالة في المسائل الجنائية، ولكن هذا الحكم لا يسلب العدالة في المسائل الجنائية صفتها باعتبارها تمثل العدل الممكن وإن لم يكن هو المطلق.

ومن جهة أخرى فإن للعدالة الجنائية مفهوماً آخر يبدو عند النظر في استحقاق الجاني للجزاء الجنائي، وهذا المفهوم يقوم على فرضية لا تقبل إثبات العكس وهي أن الجاني عندما اقررت جريمته كان قد قبل ضمناً أن يتحمل عواقبها. وأساس هذه الفرضية هو أنه عندما يحدد القانون الأفعال المحرمة فإنه يقرن ذلك ببيان العقوبة التي سوف توقع على مقترفي تلك الأفعال، فالقانون عندما يحرم السرقة فإنه يبين عقوبتها وهي قطع اليد، وعندما يحرم القتل فإنه يبين عقوبته وهو القتل قصاصاً وهكذا.

تفيدهم العقوبة في شيء، إذ لا يمكن أن ترد إليهم ما افتقدوه وأقصى ما تفعله لهم تلك العقوبة هو أنها تشفي صدورهم، وتحقق لهم شيئاً من الرضاء. ومثل ذلك يقال في شأن الجرائم الماسة بالأعراض أو الحريات، بل وحتى جرائم الأموال، إذ أن العقوبة فيها لا تعني الإعادة والردة للمسلوب من العرض أو المسلوب من الحرية أو المسلوب من المال، وإنما تعني مجرد إرضاء الشعور بالعدالة وتحقيق قدر من الردع والزجر.

وقد يكون للمسألة بُعد آخر يبدو فيه عجز العقوبة الجنائية عن تحقيق العدالة المطلقة، ففي القتل- مثلاً- قد يكون بين القاتل الجاني وبين القتيل تفاوت كبير في القدر والمكانة والمنزلة الاجتماعية على نحو يجعل قتل القاتل قصاصاً غير كاف لإرضاء الشعور العام بالعدالة، فما عسى يجدي قتل ذلك الشقي الذي قتل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، أو أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنهما، وهكذا. ومثل هذا يقال في شأن الذي يقتل العشرات من الأختيار، بل المئات منهم، إلا أن تلك العقوبة التي قررها الشرع هي أقصى ما يمكن فعله، وأشد ما يمكن المعاقبة به وهي- على كل حال- أجل قدراً وأبلغ أثراً وأقرب إلى العدل من أي عقوبات وضعها البشر مما لا يتناسب مع العقوبات الشرعية أو لا يوازئها أو يكافئها، ومثل ذلك يقال في سائر العقوبات التي ابتغى بها الشارع الحكيم تحقيق أكبر أثر ممكن في هذا الشأن.

ومن هنا ندرك أن جوهر العدالة الجنائية ليس الانصاف المطلق، ولا الجبر المطلق ولا العدل المطلق، لأن ذلك مستحيل تماماً وإنما جوهرها (الإرضاء، والزجر) فقط، وللإرضاء وجهان وللزجر وجهان، وعلى هذه الوجوه الأربعة قامت أعراض العقوبة الجنائية، وإيها تهدف، ومن أجلها تقررت، وهو ما نبسط القول

هذا التأثير مانعاً زاجراً، يتعامل مع الدوافع التي تنزع بالشخص نحو الجريمة أو نحو العودة إليها فتكفه وتوقف شره. والثاني منهما يوجه إلى المضرور من الجريمة وإلى العامة من الناس ممن هم على الاستقامة الأصلية فترضي لديهم الشعور بالعدالة، إذ يجدون في العقوبة - وهم يرونها تنزل بالجاني - عزاءً لهم عما أصابهم من الجريمة، وشفاء لأنفسهم وتأكيداً بأن المسيء لن يسلم من الجزاء، فتطمئن نفوسهم إلى حسن مسلكهم السائر على الاستقامة، ويوقنون بأن الذي أذنب وأساء قد لقي عاقبة أمره جزاء بما اقترفت يدها.

وعند التأمل في هذه الآثار بنوعيتها نجد أنها تستند إلى حقيقة الفطرة التي فطر الله الناس عليها، تلك الفطرة التي تبدو هنا بجانبها النفسي والعقلي، أي وهي تتعامل مع النفس باندفاعها وطيشها ومع العقل في حزمه وتقديره لعواقب الأمور.

فمن المسائل البديهية في علم النفس أن الله قد جبل الإنسان على حب الذات، وجعل ذلك غريزة ثابتة فيه تنزع به إلى السعي لتحصيل المنافع ودفع المضار. هذه الغريزة التي توجه كثيراً من أعمال الإنسان وتصرفاته توجيهاً سببياً، سواء ظهر له ذلك وأحس به أو غاب عنه وخفي عليه. ونقطة البداية في هذه العملية الفطرية هي التصور الذهني للمنفعة ثم الرغبة في تحصيلها، فإذا قويت تلك الرغبة ثم لم نجد عوارض أو صوارف تقاومها أو تضعفها فإنها تقوى حتى تصير إرادة شديدة التأثير تدفع صاحبها نحو الفعل. وكلما زادت الرغبة وقويت، وغابت الصوارف أو ضعفت زاد اندفاع الشخص نحو الفعل حتى يفعلها، فإذا وجدت رغبة مضادة أو معارضة لتلك المنفعة التي تصورها ذلك الشخص وصارفة عنها إما لخوف من عقاب أو حياء من عتاب أو طمعاً في منفعة أعظم وكانت هذه الرغبة الصارفة

والأصل أن هذا البيان قد بلغ إلى علم الناس جميعاً فإذا ارتكب أحد منهم جريمة السرقة - مثلاً - فإنه يكون قد رضى ضمناً بقطع يده، فإذا قطعناها حداً فإننا لا نكون قد ظلمناه وهذا هو مفهوم آخر للعدالة الجنائية يظهر جوهرها ويبين أساسها.

إننا نعلم أن الجاني - في غالب الأحوال - إنما يندفع إلى الجريمة ظاناً أنه سوف ينجو من عقوبتها، ولكننا لا نبحث هنا في شأن الدوافع التي دعت الجاني إلى الجريمة وإنما في شأن العدل الذي تمثله العقوبة الجنائية كونها قد استندت إلى إنذار سابق بها، وقد كان هذا الإنذار كافياً لصرف الشخص عنها، فإذا لم ينصرف وتجراً عليها وقارفها فإنه يكون قد رضى بها أو على الأقل لا تمثل ظلماً له.

أغراض العدالة الجنائية

تتجه العدالة الجنائية بكل وسائلها وإجراءاتها إلى تحقيق أغراض محددة تدور معها حيث دارت وهي ما يمكن جمعها في كلمتين هما (الكف والترضية) ونعني بالأولى الردع والزجر، أي منع الجاني عن العودة إلى الجريمة مرة أخرى ومنع غيره عن الاقتداء به، وذلك كف للناس عن الجريمة. ونعني بالثانية إرضاء الشعور بالعدالة سواء لدى المجني عليه أو من يهمهم أمره أو لدى العامة من الناس. وهذا يعني أن العدالة الجنائية تحقق أغراضها بإحداث نوعين من الآثار.. النوع الأول: الألم الذي تكبح به جماح الدوافع الداعية إلى الإجرام فتميتها أو تضعفها. والنوع الثاني اللذة التي ترضي بها شعور الناس الذين أصابهم ضرر الجريمة أو الذين سمعوا خبرها، أي أن العقوبة الجنائية تبعث نوعين من التأثيرات: الأول منهما يوجه إلى الجناة ومن يرغب في الاقتداء بهم ممن تسول لهم أنفسهم السير في سبيل الجريمة، ويكون

بالنظر إلى ما تحدته العقوبة من (كف وترضية) ولتأكيد هذا المعنى يمكن الاستشهاد بالمبادئ القانونية التالية:

١- لا يعاقب جنائياً من وقع منه الجرم وهو غير عاقل، لأنه لا يدرك ما في العقوبة من ألم، ومن ثم فإن التهديد بالعقوبة لا يفيد شيئاً، كونه غير قادر على أن يجري مقارنة بين اللذة التي تحصلها الجريمة والألم الذي تحصله العقوبة، فهو لا يستطيع أن يفهم الأمر على النحو الذي يفهمه العقلاء من الناس ثم أن عقاب غير العاقل لا يحقق الترضية للناس، وليس فيه دليل على العدل، ومن ثم فإن العقوبة في هذه الحالة تفقد الغرض الذي وضعت من أجله وهو (الكف والترضية) فلا تلزم، رغم أن الجرم قد يكون عظيم الضرر.

٢- لا يعاقب جنائياً من كان وقت الفعل في حالة إكراه أو ضرورة، لأن هذا أيضاً لا يستطيع المقارنة بين المنفعة التي يحققها من الجريمة - وهي النجاة من الخطر الذي يهدده - وبين الألم الذي يلحقه من العقوبة فالذي يشتد به الظماً حتى يشرف على الموت عطشاً لا يردعه عن شرب الخمر الذي يراه مخرجاً وحيداً للنجاة من الموت تهديده بعقوبة الشرب والذي يسرق ما يسد به جوعته أو جوعته عياله لا يردعه عن السرقة تهديده بعقوبتها، والذي يهدده شخص قادر بالقتل إذا لم يفش سراً من أسرار الدفاع لا يردعه خوف العقاب وهو يرى الموت ماثلاً أمام عينيه ويوقن أن لا نجاة له منه إلا باقتراف جريمة الإفشاء.

فهؤلاء وأمثالهم لا يجدي التهديد بالعقوبة معهم شيئاً لأنهم لا يستطيعون الإصغاء إلى صوت العقل الذي يدعوهم للتوقف عن السير في سبيل الجريمة ويحذرهم من عقوبتها، فيكون مقتضى العدالة الجنائية أن نمنع عنهم المسؤولية لعدم جدوى العقاب في تحقيق أي من معاني (الكف

مكافئة في قوتها للرغبة الداعية أو أشد منها فإن الشخص قد ينصرف عن الفعل الذي هم به، ويعمل على اجتنابه، يهديه إلى ذلك عقله الذي يزن به النفع والضرر، ويقدر به عواقب الأمور فيكون - من ثم - تصور المنفعة أو اللذة دافعاً نحو الفعل، ويكون الإحساس بألم العقوبة المادية أو المعنوية والخوف منها صارفاً عن الفعل، وعلى هذا الأساس بنيت قواعد العدالة الجنائية، ومن هذا المنطلق جاءت فكرة وجوب الإعلان السابق عن العقوبة لتكون نذيراً للناس، وهي فكرة تستند إلى قول الله تعالى: (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) أي أن العدل الإلهي يقضي بأن لا يعاقب الناس على ما اقترفوه حتى يكونوا قد بلغهم أمر الله لهم باجتنابه وحدد لهم جزاء عصيانهم لذلك الأمر. وإلى هذا المعنى يستند مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) وعلى أساس ذلك استقرت قاعدة أن لا يبدأ في تطبيق نصوص القانون العقابي إلا بعد فترة معلومة من تاريخ نشره بالطرق الرسمية، وذلك ضمناً لعلم الكافة به، وذلك لأن الإعلان عن العقاب والتهديد به يكفي - عادة - لكف كثير من الناس عن مفارقة الجرائم وإن كانوا يرغبون فيها أو يرون أنها سبيل لتحقيق المنافع التي تزينها لهم أنفسهم.

واستناداً إلى هذه الحقيقة فقد تقررت مبادئ أساسية هامة في مجال العدالة الجنائية أهمها مبادئ امتناع المسؤولية الجنائية وامتناع العقاب والتخفيف والتشديد في العقوبة في ظروف معينة رغم وقوع الجريمة، ورغم جسامه نتائجها وشدتها ضررها، فقد تقع الجريمة ولا يعاقب فاعلها بشيء لا بأنه لم يذنب ولا لأن ذنبه كان يسيراً ولكن لأن العقاب لا يجدي شيئاً. وقد يعاقب بعقوبة مخفضة جداً أو شديدة جداً، لا بالنظر إلى جسامه الجريمة أو عدم جسامتها ولكن

الحالة مستنداً إلى خطورة الذنب ولا إلى شدة نتائجه أو جسامتها وإنما تستند إلى ظروف دلت على أن العقاب الخفيف غير نافع أو غير عادل، كما لو كان الجاني معروفاً بالشر أو عائداً إلى الإجرام. وقد يكون التشديد راجعاً إلى شدة الأثر السيئ الذي تركته الجريمة في نفوس الناس بحيث لا ترضيهم العقوبة الخفيفة، فالذي يشرب الخمر في نهار رمضان والذي يمد يده عمداً إلى عورة امرأة أثناء الطواف بالبيت الحرام في إحدى ليالي القدر، والذي يعتدي جنسياً على إحدى بناته، والذي يعتدي على موظف عام أثناء أدائه واجبه كل هؤلاء وأمثالهم تثير أفعالهم هذه غيظاً شديداً لدى الناس وتدل على خبث شديد، ومن ثم فإن العقوبة الشديدة تكون أحق وألزم من غيرها تحقيقاً للغرض الذي تهدف العدالة الجنائية إلى تحقيقه وهو (الكف والترضية).

مسائل في العدالة الجنائية

المسألة الأولى

مبدأ شخصية العقوبة

من المسائل المتفق عليها فقهاً وقانوناً أن العقوبة إنما تقر بعد وقوع الجريمة وبسببها، أي أنه لا بد أن يكون الذنب قد وقع فعلاً، وأن نسبه قد ثبتت إلى شخص معين من الناس، وأن ذلك الثبوت قد تم بدليل مقنع، فإذا كان الأمر كذلك فإن الجزاء الجنائي المقرر لذلك الذنب سيكون مستحقاً ولازماً. ومن أجل هذا فقد تم وصف ذلك الجزاء بأنه (عقوبة) أي أنه جزاء تقر عقب وقوع الذنب وبسببه، فالعقوبة والعاقبة والعقب هو ما جاء على إثر مجيء شيء آخر، وهذا يعني أنه إذا كان الذنب لم يقع أصلاً، أو وقع ولكن لم تصح نسبته إلى شخص معين فإنه لا يكون لذلك الجزاء محل، لعدم

والترضية) رغم جسامه الجرم الذي وقع منهم. ٣- تخفف العقوبة الجنائية على المجرم الذي اقترف جريمة في ظل ظروف تبعث على الاعتقاد بعدم خطورته، أي تشير إلى أنه قد وقع في الجريمة على سبيل العثرة، وأنه لن يعود إليها مرة أخرى، وفي هذا جاء قول النبي الكريم عليه أفضل الصلاة والتسليم: (أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود) إذ أن القصد من العقاب هو ردع ذلك الجاني وكفنه عن العودة إلى الجريمة مرة أخرى، ولذا فقد يكفيه القليل من العقاب، وهذا القليل قد يلزم بتنفيذه كاملاً، وقد يكتفى منه بتنفيذ بعضه فيستفيد من نظام الإفراج الشرطي الذي يعنى - في شأن العقوبة السالبة للحرية - الإفراج عن المحكوم عليه قبل نهاية المدة المحكوم بها عليه، إذا ظهر ما يدل على استقامة حاله على نحو يدل على أن العقوبة قد حققت أغراضها، وهذا هو مقتضى نص المادة رقم (٥٠٦) من قانون الإجراءات الجزائية إذ جاء فيها (يجوز الإفراج عن المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية إفراجاً مشروطاً بعد مضي ثلاثة أرباع المدة المحكوم بها... إذا ثبت أن سلوكه خلال المدة التي قضاها في المنشأة العقابية يدعو إلى الثقة في تقويم نفسه.

وقد لا ينفذ من العقوبة شيئاً إذا رأى القاضي أن مجرد الحكم بالعقوبة كافٍ لتحقيق الغرض فيقرر في حكمه وقف تنفيذ تلك العقوبة، وهذا هو مقتضى نص المادة (١١٨) التي جاء فيها (للقاضي عند الحكم بالغرامة أو بالحبس... أن يأمر بوقف تنفيذ العقوبة إذا تبين من فحص شخصية المحكوم عليه وظروف جريمته ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى ارتكاب جريمة أخرى...).

٤- تشدد العقوبة على الجاني إذا دلت ظروف الحال على أن العقوبة الخفيفة لا تكفي لردعه. وقد لا يكون التشديد في هذه

فقال الأمير: نعم، صدق الله وكذب القائل، ثم أمر بإطلاق سراحه.

ولكن - حتى يكون لهذا الحديث كله معنى مفيد، ولا يكون مجرد وعظ أو تذكير - لا بد من التأمل في مسائل تبدو في غاية الأهمية هي: ما ضابط المبدأ الذي يقضي بأن العقوبة شخصية؟ وما جزاء الخروج على هذا المبدأ؟ وما المشكلات العملية التي يثيرها هذا المبدأ؟ هذا ما سوف نبينه في ما يلي:

أولاً: ضابط المبدأ:

لا شك أن لمبدأ شخصية العقوبة ضابطاً يحدد حقيقته ويبين صفته ويظهر علته، فحقيقة هذا المبدأ تبدو في أن من العدل مجازاة السيئ بقدر إساءته، ومن العدل قصر ذلك الجزاء على مستحقه وحده، واستناداً إلى هذه الحقيقة، وتفريعاً عليها تؤكد على ما يلي:

١- لا توقع العقوبة بمقتضى التهمة، حتى تثبت تلك التهمة بالدليل، فالأصل في الناس العصمة، والأصل في المتهم البراءة، واستناداً إلى هذا الحكم فإن أي إجراء يتخذ في مواجهة المتهم قبل إدانته بما نسب إليه فإنه لا يكون عقاباً، ولا يمكن وصفه بأنه جزاء على ذنب، لأن الذنب لم يثبت بعد، ولذا فيجب أن يكون ذلك الإجراء في أضيق الحدود، ودون أن ينطوي على أي معنى من معاني العقاب.

٢- لا توقع العقوبة بمقتضى الصلة الشخصية بين الجاني وغيره، فهذه الصلة ليست سبباً لتعدية العقوبة إلى الغير مهما بلغت قوة تلك الصلة وعظمت درجتها، وذلك لأن العقوبة إنما تتعلق بالأفعال لا بالأنساب والصلات الشخصية مهما كانت.

ولا يتغير هذا الحكم حتى لو صح بالدليل أن الشخص الذي تربطه بالجاني صلة قد سره ما فعل الجاني، أو أنه استفاد من ذلك، أو كان

وجود سببه، أو لعدم تحديد المستحق له.

واستناداً إلى هذا الحكم الذي هو محور العدالة وجوهرها فإنه إذا وقع الذنب حقيقة، وتمت نسبتته إلى شخص معين فإن ذلك الشخص سوف يكون وحده مستحقاً للعقوبة، ولا يستحقها غيره، لأن ذلك الغير لم يذنب، أو لم تصح نسبة الذنب إليه.

وهذه هي حقيقة المبدأ القاضي بأن العقوبة شخصية، أي لا ينالها إلا مقارف الذنب فقط، ولهذا المبدأ سند شرعي في قول الله تعالى: (ولا تزر وازرة وزر أخرى)، وقوله تعالى: (كل امرئ بما كسب رهين)، وقول النبي الكريم صلى الله عليه وعلى آله وسلم: (لا يجني الجاني إلا على نفسه). وقد جاء هذا المعنى في نص المادة (٤٧) من الدستور ونص المادة (٣) من قانون الإجراءات الجزائية، ونص المادة (٢) من قانون العقوبات، وفيها أن (المسئولية الجنائية شخصية).

ولهذا المبدأ سند عقلي أيضاً، فمن المسلمات أنه لا تجوز مؤاخظة من لم يذنب، إذ لن يكون لتلك المؤاخظة سبب أو مبرر، ولو يؤاخذ الناس بما لم يفعلوا لتسدت العدالة واستحالت إلى ظلم وجور، لأن المؤاخظة ستكون عدواناً وظلماً وليست عقاباً أو جزاءً.

ومن الطرائف التي ذكرها الأوتون أن أميراً من أمراء الدولة الإسلامية أرسل في طلب شخص كان قد اتهم في واقعة جنائية فلم يجده الرسول المكلف بإحضاره ووجد أخاه فأخذه وأحضره إلى الأمير، فأمر بحبسه بدلاً عن أخيه، فقال الرجل: أصلح الله الأمير، كيف أحبس بذنب غيري؟ فقال له الأمير: هكذا، أما سمعت قول القائل:

ولرب ماخوذ بذنب عشيرة

ونجا المقارف صاحب الذنب

فقال الرجل ولكني سمعت الله يقول غير ذلك، سمعته يقول: (ولا تزر وازرة وزر أخرى).

ومقتضى هذا الحكم هو منع التعرض للناس مهما كانت صلتهم بالجاني أو بالمتهم، فتكون أفعال القبض على الأشخاص أو حجزهم لمجرد توافر صلة القرابة بالمتهم جرماً عظيماً، سواء ابتغى المحقق من ذلك الضغط على المتهم الضار من وجه العدالة، أو دفعه للاعتراف، أو إرضاء المجني عليهم أو غير ذلك، ولكن يصح التحفظ على أقارب المتهم لمنع ضرر متوقع منهم أو عليهم تحفظاً كريماً خالياً من معنى اللوم أو المؤاخذة أو الضغط أو الإيلاء.

وفي شأن حكم العمل بمبدأ شخصية العقوبة وشخصية الإجراءات ولزوم التقيد به نؤكد أن هذا المبدأ ملزم أشد الإلزام فمراعاته واجبة، وهذا يقتضي من القائمين على شؤون العدالة أن يتحروه في أعمالهم بدقة وشدّة، وأن يضعوا العواطف والأهواء جانباً وإن رأوا فيها الخير والصلاح، أي وإن رأوا أن اتخاذ الإجراءات في مواجهة غير المتهم ممن لهم صلة به سوف ييسر الوصول إلى الحقيقة أو يوفر الجهد والوقت أو غير ذلك، فهذا كله ممنوع شرعاً وقانوناً، ما دام ذلك الغير لا شأن له بالجريمة ولا علاقة له بشيء من الأفعال التي تمت بها.

ثانياً: جزاء الخروج

على هذا المبدأ

إن الخروج على هذا المبدأ هو جرم مؤكد باعتباره -أي الخروج- قد أوقع ضرراً مقصوداً ببريء، فأنشأ جريمة عمدية، ولكل جريمة عقوبتها، فصار الخارج على هذا المبدأ مجرماً، غير أنه يلبس ثوب الوظيفة العامة ويجلس على كرسيها ويحتمي بهيبتها، ويجب أن تمتد إليه يد العدالة، وأن يعاقب بالعقوبة المقررة للجريمة التي أحدثها، بل بعقوبة أشد، كون الفاعل موظفاً عاماً استغل وظيفته واعتدى بها على شخص بريء من الناس.

قد تمنى أن يرى الجاني يفعل ذلك، أو أنه قد توقع ذلك من الجاني ما دام لم يشاركه بقول أو فعل يجعله شريكاً معه، أو لم يقع منه ما يستحق المؤاخذة.

٣- يصح أن تتعدى العقوبة من الفاعل الأصلي المباشر للجريمة إلى الشريك الذي صدرت منه أفعال ذات صلة بنشاط الجاني، كالمحرض والمساعد والمتآمر الذي اتفق مع الجاني على القيام بفعل أو أكثر من الأفعال المنشئة للجريمة، إذ أن ذلك الشريك قد اتصل نشاطه بالجريمة بطريق غير مباشر، ومن ثم صار طرفاً فيها على نحو يجعله مستحقاً للعقوبة، بالتساوي مع الفاعل الأصلي أو بما دون ذلك بحسب نوع الجريمة التي شارك فيها وطبيعتها، وبحسب نوع ومقدار المشاركة التي جعلت ذلك الشريك طرفاً في الواقعة الإجرامية.

٤- يمتد حكم هذا المبدأ إلى الإجراءات التي يأمر القانون باتخاذها للتحقيق في الوقائع الجنائية، إذ لا يجوز اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق في مواجهة شخص غير المتهم بالواقعة، فلا يجوز القبض على قريب المتهم أو صديقه أو زميله أو أي شخص لا صلة له بواقعة الاتهام، لأن في إجراءات التحقيق مساساً بحريات الأشخاص، ونيلاً من مصالحهم الشخصية، وذلك لا يكون إلا لضرورة التحقيق، ولا ضرورة في التعرض لشخص لا تحوم حوله شبهات التورط في الجريمة، ولا تشير إليه أصابع الاتهام، وإن كان أباً أو ابناً أو أخاً أو زوجاً أو قريباً من أي درجة للمتهم المقبوض عليه أو المطلوب للعدالة. وهذا هو مقتضى نص المادة رقم (٣) من قانون الإجراءات الجزائية التي جاء فيها (المستولية الجزائية شخصية، فلا يجوز إحضار شخص للمساءلة الجزائية إلا عما ارتكبه هو من أفعال يعاقب عليها القانون).

بكل تلك المشكلات ومن ثم فإننا نقتصر على أهمها.

وأهم المشكلات التي نرى أنها قد تظهر عند تطبيق مبدأ شخصية العقوبة وقد تصنع قيماً على هذا المبدأ وتؤثر عليه ما يلي:

أولاً: الخطأ في شخص المتهم أو المحكوم عليه.

ثانياً: إلزام جهة غير الجاني بتحمل العبء الأكبر من تبعه الجريمة.

ثالثاً: امتداد أثر العقوبة أو الإجراء القانوني إلى الغير امتداداً غير مقصود. ونبدأ ببيان أولى هذه المشكلات:

أولاً: الخطأ في شخص المتهم أو المحكوم عليه.

وضابط هذه المسألة هو أن مأمور الضبط أو القاضي أو منفذ الحكم قد يقع في خطأ عندما يقوم بعمله، فيخرج عن مبدأ الشخصية دون قصد، إذ يظن أنه يتخذ الإجراء أو أنه يوقع العقوبة على الشخص المطلوب أو على المحكوم عليه، ولكن ظنه هذا لا يكون موافقاً للحقيقة، كمن يكلف بالقبض على شخص من الناس فيلقي القبض على أخيه أو جاره أو زميله، ظاناً أنه هو المطلوب، أو يقوم بتنفيذ العقوبة على غير المحكوم عليه، ظاناً أنه ينفذها على المحكوم عليه، وهذا الخطأ يجعل الإجراءات أو العقوبات واقعة على غير المقصود بها، وفي ذلك خروج على مبدأ شخصية العقوبة وشخصية الإجراءات. فما حكم هذا الخطأ؟

ابتداءً نحن نفترض أنه (خطأ)، بمعنى أنه ليس مقصوداً، إذ لو كان مقصوداً لكان خروجاً ظاهراً على مبدأ الشخصية، وقد سبق بيان حكم هذا الخروج المقصود في الحلقة السابقة.

أي أننا نعني هنا الخروج الذي يقع بحسن نية بسبب تشابه الأسماء أو تشابه الصور أو

واستناداً إلى أحكام قانون الجرائم والعقوبات فإن التعرض لغير المتهم، أو إيذاء الإيذاء الجسدي أو النفسي على غير المذنب إذا وقع من مأمور الضبط القضائي أو من المحقق أو من القاضي فإن ذلك يوجب الجزاءات التالية:

١- العقوبة التعزيرية بالحبس الذي قد تكون مدته أضعاف مدة عقوبة الحبس المقررة على غيرهم من عامة الناس إذا أحدثوا شيئاً من ذلك. وهذا هو مقتضى نصوص المواد (١٦٧ ، ١٦٨ ، ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، ٢٥٣) من قانون الجرائم والعقوبات. ومستند هذا التشديد هو أن هؤلاء الموظفين العموميين هم سند العدالة وهم حراسها والمؤتمنون عليها، فإن أساءوا استخدمها فقد أخلوا بشرف الوظيفة واستخدموها في غير ما وضعت له.

٢- عقوبة القصاص أو الديات أو الأروش عن الأضرار الجسدية التي أحدثوها في الأبرياء من الناس، وهي تقدر بحسب الجنائية ووضعها الشرعي.

٣- العقوبة التأديبية بالعزل من الوظيفة أو بغير ذلك من الجزاءات التأديبية التي يقرها القانون. هذا بالإضافة إلى عقاب الله عز وجل، باعتبار أن هذا الذنب هو اعتداء على حقوق العباد، وانتهاك لحرمة الدماء والأموال والأعراض والحريات وأن الله سينتقم ممن ظلم عباده وأذاهم بغير ذنب اقترفوه.

ولا شك أن هذا الجزاء بمراتبه المتعددة جدير بأن يجعل القائمين على شئون العدالة والعاملين في ميدانها شديدي الحذر من الوقوع في مغبة الظلم الموجب للعقوبة الدنيوية والأخروية.

ثالثاً: المشكلات التي يُثيرها

مبدأ شخصية العقوبة.

وابتداءً نؤكد أننا قد لا نستطيع الإحاطة

عدواناً، فهو جريمة، وبحسب قواعد الدفاع الشرعي فإنه يجوز الدفاع كلما تعرض الشخص لخطر من جريمة، ولو كانت جريمة غير عمدية، ولا شك أن هذا الحكم شديد الأثر وعظيم الخطر، ولكنه حكم صحيح مقبول شرعاً وقانوناً.

وحتى لا يستخدم هذا الحكم- أي حكم الدفاع الشرعي- في هذه الحالة استخداماً سيئاً فإنه يمكن أن نقيده بشرطين يخففان من خطورته.

الشرط الأول: أنه لا يحق للمعتدى عليه البريء أن يشرع في أعمال الدفاع الشرعي إلا بعد أن يبين للموظف الذي يباشر الإجراء ضده أنه ليس المعنى بذلك الإجراء، وأنه ليس الشخص المطلوب للعدالة ولا هو الذي صدر الحكم الجنائي ضده، وأن يجتهد في البيان قدر ما يستطيع، فإن أصر الموظف على فعله رغم ذلك فله أن يقاوم وأن يدافع، ومن حق الآخرين أن يعينوه على ذلك، وأن يدافعوا عنه وفق ضوابط وقواعد وشروط الدفاع الشرعي، ومعلوم أن إصرار الموظف على فعله الخاطئ رغم ذلك البيان وذلك التوضيح ينقله من حالة حسن النية إلى حالة سوء النية، وقد يصبح العدوان منه مقصوداً، ومن ثم لا نكون أمام حالة خطأ وإنما أمام حالة عمد، وقد سبق بيان حكمها.

الشرط الثاني: أن يكون فعل الموظف المخطئ منذراً بأضرار جسيمة لا يمكن تداركها، أو لا يمكن معالجتها أو إصلاحها، كما لو كان الفعل الصادر من الموظف ضد الشخص البريء من شأنه أن يؤدي إلى القتل أو إلى أضرار جسدية بليغة، إذ أن مشروعية المدافعة عندئذ ستكون ظاهرة كونها تهدف إلى منع ذلك الفعل الخطير، ومنع آثاره الضارة ضرراً مؤكداً.

أما إذا كان الخطر يسيراً والضرر خفيفاً

وقوع ملابسات في الإجراءات أو نحو ذلك، وفي هذه الحالة لا بد من اعتبار الموظف الذي اتخذ الإجراء أو نفذ العقوبة مخطئاً، ووصفه بأنه مذنب، لكون فعله قد أصاب بريئاً لا يستحق أن يقع عليه ما وقع.

أي أننا نكون أمام عدوان حقيقي وقع على شخص بريء لم يُذنب، ولم يتم اتهامه أو إدانته، ولم يكن هناك أي مسوغ يبرر التعرض له أو إيذائه.

ولكننا عندما ننظر إلى القوائم بذلك الاعتداء وهو الموظف الذي كان ظاهر حاله أنه يؤدي واجباً، وننظر إلى قصده ونيته لنحدد مسئوليته عما وقع منه فإننا نجد أنه لا يخلو من إحدى حالتين:

الحالة الأولى: أن يقع من الموظف إهمال أو تقصير في واجب التحري والتثبت، أي أن يقع ذلك الموظف في الخطأ بسبب سوء التدبير أو سوء التقدير، بحيث يبدو أنه لو بذل قدراً مناسباً من العناية والتحري لما كان وقع في ذلك الخطأ، وعندئذ لا بد من مؤاخذته مؤاخذاً جنائية خطئية، فننسب إليه جريمة اعتداء غير عمدي، وهي جريمة تقدر بقدر الضرر الذي وقع منها، ويسأل ذلك الشخص على مقتضاها إن كان القانون يعاقب على الخطأ في تلك الحالة، كما يمكن إلزامه بالتعويض المدني إن كان له محل، جبراً لما أصاب المجني عليه من أضرار مادية أو معنوية. ولا يشفع لذلك الموظف أنه كان حسن النية، إذ أن حسن النية لا يلغي حق الأبرياء الذين تضرروا من الفعل، ولا يبيح الاعتداء عليهم، ولا يمنع المسؤولية عن الفاعل ما دام فعله قد اقترن به شيء من الخطأ.

وتترتب على هذا الحكم نتيجة هامة جداً، هي أنه يحق للمعتدى عليه البريء أن يقاوم العدوان الواقع عليه من الموظف، وأن يدافع عن نفسه دفاعاً شرعياً، لأن فعل الموظف كان

حقيقتها وأحكامها تؤكد على أن هذا الأمر قاصر على العقوبة المالية المقررة في الحق الشخصي وهي الدية أو الأرش في القتل أو في الاعتداء على سلامة الجسد إذا وقع أي منهما على سبيل الخطأ المحض، أو الخطأ شبه العمد، وذلك فيما يعرف بأحكام العاقلة، وهو ما يضيف على هذه المسألة طابع الخصوصية، فهي ليست عامة في جميع الجرائم أو جميع العقوبات.

١- حقيقة المسألة وأساسها الشرعي

إن المسألة هنا تبدو كما لو كانت خروجاً على مبدأ شخصية العقوبة، إذ أن إلزام (العاقلة) -الذين هم عصابة الجاني، أي أقاربه من جهة أبيه- بشيء من تبعات فعله، مع أنهم لم يشاركوه فيه، وربما لم يعلموا به إلا بعد وقوعه، هو أمر فيه شيء من التعارض مع ذلك المبدأ الذي يقضي بجعل العقوبة شخصية، أي لا تنال غير الجاني، ولا تمتد إلى سواه ممن لم يشاركه في جريمته.

ولكننا إذا تأملنا حقيقة المسألة فسوف نرى أنها لا تخرج عن كونها سبيلاً من سبل التعاون المحمود، وأنها تكاد تكون خالية من معنى الجزاء الجنائي الذي يجعلها متعارضة مع مبدأ الشخصية، ولكي تثبت هذه الحقيقة نشير إلى الأمور الآتية:

أ- أن أحكام العاقلة لا تكون إلا في وقائع الخطأ وشبه العمد، وهي وقائع غير مقصودة، أي أنها غير عمدية، ومعلوم أن إذئاب الجاني في الجرائم غير العمدية لا يكون جسيماً، ومن ثم فإن الجاني يكون مستحقاً للتخفيف، أي أنه وإن كان مذنباً إلا أنه جدير بالرفقة والمراعاة، فإذا نظرنا إلى أن العقوبة المقررة أصلاً على الجاني هي الدية أو الأرش فإن ذلك يعني أننا سنخفف عنه في مقدار ما يتحمل من تلك العقوبة، فالتخفيف في العقوبات

كما لو استوقف مأمور الضبط القضائي- على سبيل الخطأ- شخصاً غير المطلوب، أو قام بتفتيشه أو القبض عليه أو اصطحابه إلى مخفر الشرطة، أو قام بمصادرة بعض المواد المحكوم بمصادرتها أو نحو ذلك من الأعمال التي يكون ضررها يسيراً ويمكن استدراكه وإعادة الأمور إلى حالتها فإن الدفاع الشرعي عندئذ لا يكون مباحاً، لأنه دفاع في مواجهة موظف عام يؤدي واجبه فينبغي الصبر عليه وإن كان مخطئاً ما دام ذلك لا يفوت حقاً هاماً ولا يؤدي إلى أضرار جسيمة لا يمكن تداركها.

الحالة الثانية: إذا وقع الموظف في الخطأ دون تقصير منه أو إهمال، بحيث كان قد تثبت وتحري وبذل العناية الفائقة، وأنه اعتقد صواب فعله وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، فإنه في هذه الحالة يعذر، ولا يتحمل تبعات فعله، لأن فعله لم يقترن بخطأ يبرر مؤاخذته. ولكن هذا العذر الذي يتمتع به ذلك الموظف المخطئ لا يعني الإباحة، بمعنى أن فعله ما يزال متصفاً بصفة (العدوان) لوقوعه على بريء لا يستحقه، وإنما تقرر عدم مؤاخذه ذلك الفاعل نظراً لانعدام الخطأ غير العمدي منه، أي نظراً لانعدام الركن المعنوي للجريمة بصورتها العمدية والخطئية، فانعدم بذلك سبب المسؤولية الجنائية. ولكن هذا لا يلغي حق الشخص البريء الذي تعرض للضرر من فعل الموظف، فيكون له حق في التعويض المدني، وحق في الديات والأروش تتحملها الجهة التي ينتمي إليها الموظف الذي قام بالإجراء غير القانوني، باعتباره كان يعمل لمصلحتها، وهي مسئولة عن أعماله التي تضر بالآخرين الأبرياء.

ثانياً: إلزام جهة غير الجاني بتحمل العبء الأكبر من تبعات الجريمة.

وقبل الدخول في تفصيل هذه المسألة لبيان

ملزمة به، فهو ليس صدقة، ولا هبة، ولا منحة.

ج- لا يتحمل من العاقلة إلا الذكور البالغون العاقلون الأغنياء، فلا يتحمل الفقراء منهم شيئاً، والغني هو من يملك ما يكفيه هو ومن يعول، ويستطيع الادخار، فيدفع مما يدخر.

د- أقصى ما يمكن أن يتحمله الفرد من العاقلة هو ربع عشر ثلثي دية أو أرش الخطأ مهما بلغ غناه، ومهما بلغ قربه من الجاني، ومعلوم أن دية الخطأ هي أقل من دية العمد بمقدار الخمس.

هـ- لا يلزم أحد من العاقلة بدفع حصته هذه دفعة واحدة، وإنما تقسط على أقساط ثلاثة، مدة كل قسط منها سنة كاملة.

وعند تطبيق هذه الأحكام يتضح أننا لم نخفف عن الجاني لنثقل كاهل غيره، فالفرد من العاقلة مهما بلغ غناه، ومهما بلغ قربه من الجاني لا يدفع إلا شيئاً يسيراً، أي أن المبلغ المطلوب لأولياء الدم سيوزع على أقساط يسيرة جداً يتحملها القادرون من العاقلة، فإذا كانت دية الخطأ هي خمسمائة وستون ألف ريال بحسب القانون النافذ، فإن ربع عشر ثلثها هو ما يقارب تسعة آلاف ريال، يدفعها الغني من العاقلة في سنوات ثلاث إذا كان مقتدرًا على ذلك، فإن كان لا يقدر إلا على نصف أو ربع أو عشر هذا المبلغ فإنه لا يلزمه إلا ما يقدر عليه فقط، فإن كان لا يقدر على شيء فإنه لا يلزمه شيء، بمعنى أن هناك من العاقلة من يدفع في السنة نحواً من ثلاثة آلاف ريال كحد أقصى، ومنهم من يدفع أقل من ذلك بكثير، ومنهم من لا يدفع شيئاً ما دام غير قادر على الدفع. وعندئذٍ قد يتعذر تحصيل مبلغ الدية، فيظهر حكم آخر هو إلزام طرف رابع بمعاونة الجاني في تحصيل مبلغ الدية أو الأرش، فإذا لم يكن للجاني عاقلة تعينه على دفع الدية أو الأرش، أو كانت له عاقلة قليلة العدد أو فقيرة، وكان

المالية هو إلغاؤها أو خفض مقدارها.

ب- أن عقوبات الديات والأروش إنما تقررت لمصلحة المجني عليه أو أولياء دمه، وهؤلاء لهم حق شرعي في تحصيل الدية أو الأرش كاملاً غير منقوص، جبراً لمصائبهم، ولا يهتمهم ما يكون لدى الجاني من عذر يجعله جديراً بالتخفيف، إذ أن كل ما يعينهم هو تحصيل مستحقهم على كل حال.

ج- وفي هذه الصورة من التعارض الظاهر بين مصلحة الجاني في التخفيف مراعاة لحالته كونه لم يقصد الجريمة، وبين مصلحة المجني عليه أو أولياء دمه في تحصيل الدية تامة كاملة، جاءت أحكام العاقلة، وفيها تقرر إلزام طرف ثالث بمعاونة الجاني حتى يتمكن من دفع ما تقرر عليه من ديات وأروش، وفي هذا تخفيف عنه، إذ لم نحمله إلا القدر اليسير إن كان قادراً عليه، وفي ذات الوقت وفينا حق أولياء الدم في الدية وجبرنا مصائبهم.

ولكن كيف نخفف عن الجاني وهو فاعل الذنب ونثقل على غيره ممن لم يكن له ذنب أصلاً؟

إن الإجابة على هذا السؤال هي بيت القصيد في المسألة المعروضة، وهي غير متيسرة إلا ببيان أحكام العاقلة.

٢- أحكام العاقلة

لقد قررت الشريعة الإسلامية، وسار على هديها المقتن اليميني في المواد (من ٩١ إلى ٩٩) من قانون الجرائم والعقوبات أن للعاقلة مراتب، وأن لتحملها شروطاً وأحكاماً نبيها فيما يلي:

أ- تتحمل العاقلة ثلثي دية أو أرش الخطأ، وعلى الجاني دفع الثلث الباقي، إلا إذا كان فقيراً فإن العاقلة تدفع عنه الدية أو الأرش كاملاً.

ب- أن هذا التحمل واجب، وأن العاقلة

العقوبة، أو من ضرر الإجراء القانوني الموجه إلى قريبهم، ولكنه ضرر غير مقصود، فهو أثر تلقائي لا سبيل إلى تجنبه، فاتهام شخص في واقعة جنائية، وحسه احتياطياً هو أمر يضر بمصلحة أقرابه من زوجة، وأبناء، وآباء، وأخوة، لما يصيبهم من ألم نفسي على قريبهم، وما يتعرضون له من انتقاص في سمعتهم وقدرهم بين الناس، بالإضافة إلى حرمانهم -ولو مؤقتاً- من عائلهم الذي كان بجهده يجمع لهم أرزاقهم. ويكون الضرر أبلغ بعد الإدانة والحكم بالعقوبة. فإذا كانت العقوبة هي الإعدام -مثلاً- فإن الضرر الذي يصيب أولئك الأقارب سيكون جسيماً للغاية مع أنهم لم يذنبوا ولم يشاركوا الجاني في جريمته. فهم بقتله سيفقدون أباً أو زوجاً أو ابناً أو أختاً.

وفي ذلك ضرر كبير من الناحيتين المادية والمعنوية، وإذا كانت العقوبة هي الحبس فكذلك، غير أنه سيكون فقداً مؤقتاً وإن طال أمده، ومع ذلك فهو ضار بهم على وجه الحقيقة.

وإذا كانت العقوبة هي الغرامة فإنها ستكون حرماناً لهم من مخصص مالي قد كانوا يعولون عليه في سد حاجة من حاجاتهم الضرورية.. وهكذا.

وبهذا يتضح أن ما يصيب أقارب الجاني، أو أقارب المتهم من ضرر بسبب العقوبة أو بسبب الإجراء القانوني قد يبدو متعارضاً مع مبدأ شخصية العقوبة، أو على الأقل يبدو على أنه قيد قد يحد من إطلاق ذلك المبدأ، أو ينقص من كماله وجماله، والحقيقة هي أن الأمر كذلك من الناحية الواقعية، ولا سبيل إلى الإنكار، ولكن هذا أمر اقتضته طبيعة الحياة بما فيها من صلات القرى، ومن تشابك في المصالح وترباط في العلاقات، وهو أمر غير مقصود في ذاته بمعنى أنه لا يجوز أن يكون المقصد من العقاب هو إلحاق الضرر بأقارب

ينتمي إلى قبيلة، أو كان صاحب حرفة أو وظيفة أو مهنة فإن أهل تلك القبيلة أو الحرفة أو الوظيفة أو المهنة هم عاقلته، فإن لم يكن له شيء من ذلك فالدولة هي التي تدفع عنه الدية باعتباره من الغارمين.

وبهذا يتضح أن نظام العاقلة هو نظام تعاوني عظيم، وأنه لا يمثل خروجاً ضاراً على مبدأ الشخصية، فأقصى ما فيه هو التعاون على جبر مصاب المجني عليه أو ورثته الذين هم في أمس الحاجة إلى المواساة في مصابهم، وأن هذا التعاون لا يخرج عن حد المستطاع المتيسر، فإذا رأى المجني عليه أو أولياء دمه أنهم ليسوا في حاجة لتغريم الجاني وعاقلته فإنهم يستطيعون العفو كلياً أو جزئياً، فيسقط من العبء عن الجاني وعاقلته بقدر ما أسقطه أولياء الدم وهكذا.

وعند مقارنة هذا الحكم الشرعي -أي حكم العاقلة- بما عليه الحال في الأنظمة والقوانين الوضعية ندرك حكمة الشريعة ورفقتها ومراعاتها للمجني عليه المتضرر من الجريمة، ومراعاتها كذلك لأولياء دمه عندما قررت لهم حقاً مالياً على العاقلة أو على الدولة، ففي القوانين التي لم تقتبس هذا الحكم من الشريعة لا يكون للمجني عليه شيء، ولا لأولياء دمه شيء، وأقصى ما يكون على الجاني هو عقوبة الحبس الذي يتقرر في الحق العام، وهي عقوبة لم تهملها الشريعة، ولم يهملها القانون الشرعي، إذ قرر تعزير الجاني في القتل الخطأ بالحبس مدة قد تصل إلى ثلاث أو خمس سنوات، بحسب الأحوال (م/٢٣٨) عقوبات.

ثالثاً: امتداد أثر العقوبة أو الإجراء القانوني إلى الغير امتداداً غير مقصود.

وحقيقة هذا الأمر هي أن أقارب الجاني، وأقارب المتهم قد يصيبهم شيء من ضرر

وخاصة في جرائم التعازير - في تحديد مقدار العقوبة، وفي اختيار نوعها ما دام مخيراً بين عقوبات متعددة، ولئن تكون العقوبة محققة أغراضها في الردع والزجر ما لم تتصف بأكثر قدر من التناسب، وذلك أن ضعف العقوبة أمام جسامة الجريمة يجعلها غير مؤلمة للجاني بما يكفي لردعه، ومن ثم فإنها تكون غير مانعة له من العودة إلى الجريمة مرة أخرى، وهي أيضاً ستكون مثيرة لمشاعر السخرية والاستهزاء لدى الناس، فلا يرى الأخيار من الناس في تلك العقوبة الضعيفة ما يحقق العدل الذي أهدرته الجريمة ومن ثم لا يجدون الرضاء ولا يشعرون بعدالة الجزاء، وكذلك لا يجد الأشرار في تلك العقوبة ما يكفي لزجرهم ومنعهم من الاقتداء بالجاني في إجرامه، ومن ثم تكون منفعة العقوبة غير محققة أو غير مؤكدة.

وكذلك فإن الشدة المفرطة في العقوبة بما يجعلها أكبر مما يستحقه الجاني تجعلها غير عادلة، وإنما ظالمة جائرة، إذ يصير بها الجاني مظلوماً بعد أن كان ظالماً، ومن ثم فهي لا تحقق الردع والزجر، وإنما تحقق الانتقام والتنكيل، وقد تدفع الجاني إلى رد فعل مضاد لا يحقق مصلحة العدالة في شيء، وقد تبعت في أنفس الناس شعوراً بالجور والطغيان، فيدفعهم ذلك إلى التعاطف مع الجاني بدلاً من احتقاره والاعتبار بما أصابه.

وللتناسب وجه آخر هو مراعاة الدوافع التي دعت الجاني إلى الجريمة، فإذا كان الدافع هو الرغبة في المال فإن الجزاء المناسب الذي يكف هذا الدافع أو يضعفه هو الجزاء المالي الذي يفوت على الجاني مصلحته التي سعى لبلوغها، ويضاعف الألم في نفسه. وإذا كان الدافع غير ذلك فبحسبه وعلى قدره ونوعه.

ثم إن التقدير القضائي للعقوبة المناسبة - في حالة تمتع القاضي بسلطة تقديرية مناسبة - يقتضي النظر فيما يصلح الجاني

الجاني أو إيلاهم أو التأثير عليهم، فإذا قصد بالعقاب أو الإجراء القانوني تحقيق شيء من ذلك الضرر فإنه سيكون اعتداء، وخاصة إذا كان في الإمكان تجنبه، وعندئذ تظهر حالة التعارض بين مبدأ شخصية العقوبة وبين ذلك الإجراء الذي امتدت آثاره إلى غير الجاني أو غير المتهم.

المسألة الثانية

شروط الردع العقابي

لقد وضعت العقوبة الجنائية لتحقيق أغراضاً متعددة، أهمها الردع والزجر، بما تحدثه من ألم نفسي أو جسدي يصيب الجاني فيكفه عن العودة إلى الجريمة، ويجعله عبرة لغيره ممن تعتمل في أنفسهم عوامل الإجرام، فيكفهم ذلك عن الاقتداء بالجاني في إجرامه. ولولا هذا الغرض الهام الظاهر لما تقرررت العقوبة الجنائية، وتنوعت صورها، وتعددت مراتبها ودرجاتها. ولكي تحقق العقوبة هذا الغرض ينبغي أن تتوفر لها شروط أساسية أهمها ما يلي:

الشرط الأول: التناسب مع الجرم الذي

أدين به الجاني.

ونعني بالتناسب: التوافق الذي يقبله العقل ولا يتعارض مع الشرع، بحيث يكون مقدار الجزاء ونوعه وغايته متعادلاً - ما أمكن - مع جسامة الذنب ونوعه وغايته.

وهذا الشرط مزدوج الصفة، فهو قانوني في أصل مصدره، أي أنه ذو صفة قانونية، إذ أن المثمن هو الذي يتولى تحديد مقدار العقوبة ونوعها في شأن كل جريمة على حدة.

فيجعلها جسيمة أو غير جسيمة، ويجعلها بدنية أو سالبة للحرية أو مالية، ولكنه - أي شرط التناسب - قضائي في تطبيقه، أي أن له صفة قضائية، إذ أن للقاضي سلطة تقديرية -

الحبس قصير المدة، تلك العقوبة التي قد يكون ضررها أكبر من نفعها.

الشرط الثاني: اليقين في تطبيق العقوبة.

إذا كان شرط التناسب هو أساس العدالة التي تحقق الردع والزجر، باعتبارها المستند القانوني لذلك، فإن شرط اليقين هو صمام الأمان لتحقيق تلك العدالة، وبدونه لا يكون للقانون ولا لأحكامه أي أثر مهما بلغ عدلها وعظمت حكماتها.

واليقين الذي نعنيه هنا هو أن يستقر في أذهان الناس أنه لن يفلت أحد من العقوبة إذا اقترب موجبها، مهما عظم أمره، ومهما كانت صفته. أي أن يطمئنوا إلى أن العقوبة حتمية الوقوع على كل من اقترب موجبها، وأنه لا يستطيع أحد في المجتمع أن يفلت منها بسبب جاهه أو مركزه الاجتماعي أو السياسي، أو صفته أو أي أمر آخر. كما أنه لا يستطيع أن يفلت منها بسبب هروبه (وحيلته) وأنه لا يستطيع أحد أن يحميه أو ينجيه أو يجيره.

إن هذا اليقين هو أهم الأسباب التي تجعل للعقوبة معناها الرادع، وبغيره لا يكون لحكم القانون ولا لحكم الشريعة أي أثر في الردع والزجر، وبيان ذلك هو أن أكثر المجرمين لا يخاطرون بالجريمة، ولا يجترئون عليها إلا لظنهم أنهم سيفلتون من تبعاتها، اعتماداً على مركزهم الاجتماعي، أو سلطانهم الوظيفي أو على حيلتهم وقدرتهم على الإفلات من الجزاء، أو اعتماداً على حماية غيرهم لهم.

إن التهديد بالعقوبة لا يمكن له أن يكون مجدياً في الردع عن المعاصي، والزجر عن الآثام إلا إذا اقترب به يقين مؤكد بأن أحداً لا يمكنه الإفلات من العقاب مهما عظم أمره واشتد خطره. وهذا هو ما حرصت الشريعة الإسلامية على تأكيده، فقد جاء في حديث المخزومية أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم

ويحقق له أكبر قدر من الردع، وقد يكون السبيل إلى ذلك هو تشديد العقوبة إن كان الجاني معروفاً بالشر أو عائداً إلى الإجرام، وقد يكون التخفيف أو التوسط هو السبيل المناسب إذا كان الجاني مبتدئاً، أو أنه وقع في الجريمة وقوعاً عارضاً يرجى معه أن لا يعود إلى الإجرام مرة أخرى، وهكذا.

واستناداً إلى هذه الفكرة فإنه يجب على المقتن أن يتحرى التوازن بين الجريمة والعقوبة، بحيث يضع بإزاء كل جريمة جزاء يناسبها في مقداره وفي نوعه، وأن يراعي في العقوبات التعزيرية التوسع والتنوع والتدرج ما أمكنه ذلك.

ولقد راعت الشريعة الإسلامية قاعدة التناسب التام في القصاص فجاءت العقوبات متوازنة مع الجرائم مقداراً ونوعاً، فالنفس بالنفس، والعين بالعين، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن والسن بالسن، والجروح القصاص، كما راعت هذه القاعدة في كثير من عقوبات الحدود، فأمرت بقطع يد السارق لأنها امتدت إلى مال الغير، وأمرت بقطع رجل المحارب لأنه سعى بها إلى قطع الطريق على الناس، وهكذا.

وإذا كانت الشريعة قد تركت أمر التعازير - وهي أكثر الجرائم عدداً - إلى ولي الأمر فإنه يجب عليه أن يراعي مسألة التوازن والتناسب عندما يضع العقوبات وعندما يحدد مقاديرها وأنواعها، مراعيًا في ذلك نوع الجريمة وجسامة الضرر الذي أحدثته، وظروف الجاني وماضيه الإجرامي وغير ذلك من الأمور التي تحقق التوازن والتناسب.

وإني في هذا الشأن أدعو إلى سرعة إعادة النظر في القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات، وترتيب أحكامه بما يحقق مزيداً من التناسب بين الجرائم وعقوباتها، ووضع بدائل مناسبة للعقوبات السالبة للحرية، وخاصة عقوبة

على خصيصة أن الجريمة تسبب -عادة- نوعين من الأضرار، أحدهما مادي يصيب مصلحة من المصالح التي حماها الشرع والقانون وصانها ورعاها، والآخر معنوي يصيب الناس في شعورهم بالعدالة، فيبعث في أنفسهم الحزن والغضب معاً. وسوف لا يجد المضرور ما يجبر مصابه ويرد إليه اعتباره، ولا يجد عموم الناس ما يرضي شعورهم بالعدالة غير العقوبة التي ينبغي أن يروها تقع على الجاني، وسيظل المضرور وغيره ممن سمع خبر الجريمة ينتظرون وقوع العقوبة على الجاني، وسوف يكون لانتظارهم أمد، فإذا تجاوزوه ولم يروا العقوبة فإنهم سوف يصيبهم اليأس ويعتريهم القنوط، وتنتابهم الظنون السيئة، ويغلب على ظنهم أن العدالة غائبة وأن الجاني لا ينال من الجزاء ما كانوا ينتظرونه.. وهذا سوف يعمق في أنفسهم الشعور بالظلم، ويقوي ظنهم بعدم جدية ونزاهة أجهزة العدالة. وتزداد المشكلة تعقيداً إذا تابعت الجرائم وتعاقبت، بحيث وقعت جرائم لاحقة قبل الفصل بأحكام باتة في الجرائم السابقة. فتطغى هذه على تلك، ويزداد الشعور بانعدام العدالة ومن ثم انعدام الردع العقابي.

إننا -وبكل تأكيد- لا نعني بالسرعة في توقيع العقوبة اعتساف الأمور وعدم التثبت ولكننا نعني الجدية والعزيمة والتتابع في الإجراءات دون إبطاء أو إهمال أو تقصير، أي أننا لا نعني بالسرعة هنا التسرع، فالتسرع طيش ورعونة واندفاع، ونحن إنما نعني الاهتمام والعناية والفورية في اتخاذ الإجراءات.

وللسرعة في توقيع العقوبة إجراءات محددة في القانون، إذا اتبعت فإنها تكفي للوصول إليها. كما أن للإهمال والتراخي عواقب محددة في القانون كذلك، تكون بمثابة الرد على ذلك الإهمال وذلك التراخي.

غضب عندما جاء من يشفع لها في حد السرقة، وقال: (إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها). وعليه فينبغي أن يكون للعدالة سلطانها الذي لا يغلب، وسلطتها التي لا تقهر ما دامت قائمة على الحق الذي ارتضاه الله لعباده وهذا يوجب أمرين هما: توفير القوة المناسبة لأجهزة الضبط، تمكيناً لها من القبض على كل مجرم مهما كانت صفته، ومهما اشتد خطرته أو عظمت حيلته. أو قويت الجهة التي يحتمي بها أو يعتمد عليها. ثم توفير القوة المناسبة لأجهزة العدالة بحمايتها وإعانتها وشد أزرها ومراقبتها والأخذ على يد المقصرين أو الخائفين أو العابثين من العاملين فيها، حتى تكون سلطة العدالة أقوى السلطات وأشرفها، وأكثرها التزاماً بالحق والعدل والحيادة والنزاهة، وأبعدها عن الجور والظلم والخيانة والميل والهوى عندئذ فقط تستطيع أن توفر اليقين التام من حتمية الجزاء على من قارف الجريمة وعصى.

الشرط الثالث: السرعة في توقيع العقوبة

ينبغي -لكي تحقق العقوبة أغراضها في الردع والزجر عن الجرائم وفي إرضاء الشعور العام بالعدالة- أن تقع عقب الجريمة مباشرة، أو بعد وقوعها بزمن غير بعيد، أي أن لا يفصل بينها وبين سببها -وهو الجرم- زمن طويل، لأن امتداد الزمن قد يكون سبباً في نسيان الناس لذلك السبب، وفي إحساسهم بعدم الجدية في توقيع الجزاء، فتبدو العقوبة التي تأتي متأخرة كما لو كانت بدون سبب وجيه، أو كما لو كانت غير ذات صلة مباشرة بالجريمة التي وقعت قبل زمن طويل.

ولهذا الشرط أساس واقعي ونفسي، يقوم

٢- سقوط حق الدولة في تنفيذ العقوبة المحكوم بها على الجاني إذا مضى على غيابه فترة طويلة بعد إدانته وبعد الحكم عليه وذلك لأن مضي تلك المدة يجعل العقوبة غير مرتبطة تماماً بالجريمة، وغير مفيدة في تحقيق الردع والزجر، ومرضية للشعور العام بالعدالة، ذلك الشعور الذي جرحته الجريمة ولم يجد عقوبة مناسبة سريعة تداوي جراحه، وتجبر كسره. أي أن مضي المدة الطويلة بعد وقوع الواقعة الإجرامية أو بعد صدور الحكم بالعقاب على فاعلها دون تحريك الدعوى، أو دون تطبيق العقوبة المحكوم بها سوف يحول دون تعقب المتهم ودون معاقبته، فيصبح بمنجى من الجزاء الجنائي، لأن معاقبته لم يعد لها أي معنى بعد مضي تلك المدة الطويلة، إذ لم يعد لها بالجريمة التي وقعت من قبل أي صلة في أذهان الناس، ومن ثم فلم تعد لها فائدة تذكر.

واستناداً إلى هذه الحقيقة فإننا نؤكد شدة الحاجة إلى سرعة الربط بين الجريمة وعقوبتها دون إبطاء أو تأخير، ونعتقد أن هذه الحاجة هي أمر ظاهر واضح، تعرفه الجهات المختصة في الدولة، ويعرفه عامة الناس، وقد سبقت التجربة في هذا الشأن، فهناك شواهد كثيرة، وقعت فيها وقائع جسيمة شغلت الرأي العام، ودفعت الجهات المختصة في السلطة القضائية إلى الإسراع في إجراءات الفصل فيها، سعياً منها إلى تهدئة مشاعر الغضب لدى الناس، وأصدرت أحكامها العاجلة السريعة ثم نفذت تلك الأحكام، فكانت بمثابة البلمس الذي شفى العلة وحقق الردع والزجر، وأرضى الشعور بالعدالة.

ثم إن للسرعة في اتخاذ الإجراءات القانونية فائدة أخرى تسهم في تحقيق أغراض العدالة هي تقصير فترة الحبس الاحتياطي الذي هو إجراء استثنائي تفرضه

فمن الإجراءات التي حددها القانون وألزم بها سرعة الإحالة من الشرطة إلى النيابة خلال ساعات، وسرعة الإحالة من النيابة خلال ساعات، وسرعة الإحالة من النيابة إلى المحكمة خلال أيام، وذلك يقتضي سرعة السير في أعمال جمع الاستدلال بمعرفة الشرطة، وأعمال التحقيق الابتدائي بمعرفة النيابة العامة، إذ حدد القانون لكل من الشرطة والنيابة أزمناً معلومة لإتمام الإجراءات القانونية المخولة لهما، فإذا التزمت تلك الجهات بهذه الأزمناً أمكنها إنجاز أعمالها في أوقات وجيزة، ثم أن على المحاكم سرعة الفصل فيما يعرض عليها من وقائع دون إبطاء، فإن فعلت ذلك فإنها ستكون أقدر على تحقيق شرط السرعة في توقيع الجزاء ومن الآثار السلبية التي جعلها القانون بمثابة الرد الجزائي على الإهمال والتراخي في الإجراءات أن قرر المبادئ التالية:

١- سقوط حق الدولة في رفع الدعوى الجزائية على المتهم بعد مضي فترة من الزمن على مقارفته للجريمة، وهو ما يعرف بتقادم الدعوى، أي سقوط الدعوى بمضي المدة. وقد تقرر هذا الأثر ليكون بمثابة الحرمان الجزائي الموجه إلى أجهزة العدالة والأجهزة المساعدة لها لما وقع منها من تقصير أو إهمال في متابعة المتهم وإحضاره في الوقت المناسب لينال جزاءه، وليكون ذلك شاهداً عملياً يؤكد بأن تقديم المتهم للمحاكمة بعد مضي فترة طويلة على وقوع الجريمة منه لا يفيد العدالة في شيء، فهو لا يحقق الردع ولا الزجر ولا الترضية، لأن الناس لم يعودوا قادرين على المقارنة بين الجريمة القديمة والعقوبة الجديدة، بل لم يعودوا قادرين على تذكر الجريمة ذاتها، أو لم يعد يهمهم من أمرها شيء، فقد صارت واقعة قديمة غير مؤثرة في ذاكرتهم وفي أنفسهم.

السيئ الذي أحدثته الجريمة في المحيط الذي وقعت فيه، فهو يحقق أعظم الأثر في الردع والزجر، وأعظم الأثر في الترضية. وبيان ذلك هو أعظم الأثر السيئ الذي أحدثته الجريمة عادة ما يكون محصوراً أو متركزاً في المنطقة التي وقعت فيها الجريمة، فعلم الناس في تلك المنطقة بخبر الجريمة، ومعرفتهم بحقيقة أضرارها السيئة يجعلهم أكثر الناس تضرراً منها، ولذا فهم أولى الناس بأن تشفى صدورهم بالعقوبة التي ينالها الجاني، فيكون توقيعتها عليه في محيط علمهم ومحل حضورهم سبباً في اتعاضهم بما أصابه وسبباً في تهدئة خواطرهم وإرضاء شعورهم بالعدالة. ونعتقد أن هذا الشرط هو أكثر الشروط توفراً في بلادنا أو غالباً ما يتم تطبيقه مادام ممكناً وكان مأموناً من الناحية الأمنية.

المسألة الثالثة

الأصل في الدماء العصمة

لقد أراد الله سبحانه وتعالى أن يكرم هذه الأرض وأن يشرفها بمخلوق كريم شريف هو الإنسان، فخلقه من طينتها، واستخلفه فيها، ووكله بعمارتها، وسخر له خيراتها، وفطره على حبها والتعلق بها، وأمهه بمنهج يوجه سيره، ويهدي خطاه على ظهرها.

وقد ظلت رسالات السماء في تتابع لا ينقطع، وتعاقب لا يفتر، تضع لهذا الإنسان البصائر ليبصر بها سبيل الحق والعدل والصلاح، وتحدد له الحدود ليقف بها عند أمر الله ونهيه، فحرم عليه -فيما حرم- قتل النفس الآدمية إلا بحقها، وأغلظ عليه في ذلك، فجعل جزاء القتل المحرم القصاص في الدنيا لتذهب نفس بنفس، ثم وعد القاتل بالعذاب المقيم في الآخرة، خالداً فيه مخلداً. وهذا هو مقتضى قول الله تعالى: «ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها

ضرورة الاتهام، وللضرورة حدود وقيود، فبقاء المتهم في الحبس الاحتياطي فترة طويلة قد يكون تظلماً، خاصة إذا ظهرت براءة المتهم بعد ذلك الحبس الطويل، أو ثبتت إدانته وتمت معاقبته بعقوبة قصيرة هي أقل من فترة الحبس الاحتياطي أو بعقوبة مدنية لا يمكن معها خصم فترة الحبس الاحتياطي، إذ سيكون الزمن الذي أمضاه المتهم في الحبس غير ذي معنى، فيكون أقرب إلى الظلم منه إلى العدل، وقد يحدث رد فعل سيئ لدى المتهم ولدى غيره ممن علم بحالته، وذلك أمر يضر بالعدالة ولا ينفعها في شيء، وكلما طال أمد الحبس الاحتياطي بسبب الإهمال والإبطاء في الإجراءات زادت أضراره وعظمت أخطاره.

واستناداً إلى هذه المعاني التي نعتبرها حقائق نؤكد أنه لا بد من العمل على جعل إجراءات التحقيق والمحاكمة سريعة وجادة، ولا يتم ذلك إلا باتباع الإجراءات التالية:

1- تقوية أجهزة الضبط القضائي ودعمها ومحاسبتها ومعاقبتها على أي إهمال أو تقصير أو تراخ.

2- توفير وتقوية أجهزة التحقيق والمحاكمة بفتح شعب جديدة للنياحة العامة والمحاكم. وزيادة عددها ورفع مستواها، وجعل عملها متواصل على مدى ساعات الليل والنهار.

إننا نأمل أن يأتي اليوم الذي تعمل فيه المحاكم في بلادنا على مدار الساعة في نوبات متعاقبة متصلة ليلاً ونهاراً، وفق نظام دقيق، كما تعمل المستشفيات، وكما تعمل أقسام الشرطة ومكاتب التحقيق والبحث وغيرها، سعياً إلى سرعة الفصل في القضايا، وخاصة الجنائية منها.

الشرط الرابع: تنفيذ العقوبة في الموقع

الذي وقعت فيه الجريمة

وتبدو فائدة هذا الشرط في انه يمحو الأثر

العقاب، حتى وإن كان فعله قد وقع صواباً في حقيقة الأمر، وتظهر فائدة هذا الحكم من وجوه متعددة منها:

الوجه الأول: من قتل آخر ثم ادعى أنه كان في حالة دفاع شرعي عن نفس أو مال أو عرض ليستفيد من حكم الإباحة الوارد في نص المادة (٢٧) من قانون الجرائم والعقوبات فدعواه مردودة عليه، إلا إذا أثبت بالدليل أنه قد تعرض من القتل لخطر حال غير مشروع، ولم يكن بوسعه النجاة منه إلا بالقتل، فإن عجز - لأي سبب - عن إقامة ذلك الدليل فلا مفر من العقوبة، ولا يشفع له أنه كان قد تعرض للخطر فعلاً ما دام لم يستطع التذليل عليه.

فمن اتهم في واقعة قتل، وقام عليه الدليل المثبت لتلك التهمة فإنه سيكون في ظاهر الحال مجرمًا مستحقاً للعقاب المقرر لجريمة القتل، ولكنه يستطيع أن يدفع عن نفسه ذلك العقاب إذ أثبت بالدليل القاطع أنه كان يمارس حق الدفاع الشرعي بشروطه المقررة شرعاً وقانوناً. وهذا يعني أن القاتل قد يكون في حالة دفاع شرعي بحق ولكنه لا يستطيع أن يثبت ذلك بالدليل، لأن الظروف التي أحاطت بواقعة القتل لا تسعفه في تقديم ذلك الدليل، وعندئذٍ سيكون هدفاً للعقاب الدنيوي الذي يقرره القانون، وينطق به حكم القاضي، وإن كان عند الله بريئاً لا ذنب عليه لأنه كان يدافع عن حقه الشرعي. وهذا مقتضى القول المشهور في الأثر «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء آخرين وأموالهم، ولكن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر». وذلك لأن العمل في الشرع والقانون على الظاهر، والله يتولى السرائر.

وفي هذا الشأن نؤكد على أن الشرع والقانون لا يخضعان للعواطف، كما أنهما لا يعتمدان على الحقائق التي لم يقم عليها دليل ظاهر يثبتها.

وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً» وبهذا الخطاب القرآني المبين يتضح أن الشارع الحكيم جل شأنه قد ضرب حول النفس البشرية سياجاً منيعاً من العصمة ليحميها من الاعتداء وجعل هذه العصمة هي الأصل العام، فقد صح أن من المعلوم بالضرورة أن الأصل في النفوس العصمة، وأن هذا الأصل لا يسقط إلا بمبرر شرعي يجيز القتل، وقد حصرت الآية القرآنية التالي المبرر الذي يخرج بنا عن الأصل العام في أمرين هما: القتل، والفساد في الأرض، فقال تعالى: «من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً» وهذا يعني أن من قتل نفساً بنفس أو قتلها لما أحدثت من فساد في الأرض فإنه يكون في حل من حكم الحرمة، وبما من من شر العقوبة، فيكون حكم الحرمة هو الأصل، وتكون هذه الحالات - إذا وقعت إحداهن وصح وقوعها - هي الاستثناء من ذلك الأصل، ثم جاء قول النبي الكريم صلى الله عليه وعلى آله وسلم «لا يحل دم امرء مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والقاتل عمداً عدواناً، والتارك لدينه المفارق للجماعة» فجاء الحديث محددًا حالات الإباحة ومفسراً معنى الفساد في الأرض المذكور في الآية السابقة.

وتقرير المبدأ القاضي بأن «الأصل في الدماء العصمة» ينتج عدداً من النتائج الهامة، وأهمها ما يلي:

أولاً: من ادعى موجباً للقتل لزمه إثبات ذلك بالدليل

أي أن من قتل ثم ادعى أنه كان له حق في أن يقتل فإنه يلزمه إقامة الدليل على صدق دعواه. وذلك لأن الأصل في فعله الحرمة، والأصل في المفعول به الصيانة والعصمة، فإذا عجز القاتل عن إثبات حقه في القتل لزمه

الوجه الثالث: من قتل آخر ثم ادعى أنه يستعمل حقه في القصاص ليستفيد من الحكم الوارد في قوله تعالى: «ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصوراً» فإنه يلزمه إقامة الدليل على صدق دعواه، وإلا استحق العقاب الشرعي، أي أن القاتل سيكون في حكم المعتدي، فادعائه أنه إنما قتل قاتل ولديه هو ادعاء على خلاف الظاهر، حتى تقوم البينة على صدقه. وهذا يعني أن القاتل يستطيع أن ينجو من عقوبة القتل إذا أثبت بالدليل أنه إنما قتل قاتل ولديه، بأن أثبت أن القاتل كان في الأصل قاتلاً عامداً لشخص معصوم الدم، وأن ذلك المعصوم هو قريب للمتهم، وأن المتهم هو ولي دم ذلك القاتل المعصوم، وأنه لم يحصل عفو عن ذلك القاتل من أي واحد من أولياء الدم، وعندئذ يكون ذلك المتهم مشمولاً بحكم تلك الآية المذكورة آنفاً ويعذر، لأنه استوفى حقه في القصاص الشرعي، وإن كان يستحق عقوبة تعزيرية لأنه افتات على السلطة العامة وأقام القصاص بنفسه.

ثانياً: أن وقوع القتل بحسن نية أو بدافع

شريف

كالقتل رحمة أو شفقة لتخليص القاتل من حالة بائسة كان يعيشها، أو إراحته من آلام وأسقام لا يرجى البرء منها فإن ذلك سيكون منشئاً لجريمة قتل عمد فيها القصاص إذا أصر عليه أولياء الدم وتوفرت شروطه، ولا يغير من هذا الحكم أن يكون القاتل هو الذي طلب القتل وألح في طلبه، أو حرر للقاتل ذناً خطياً بذلك قبل أن يباشره بضلع القتل، وذلك لأن الأصل في الدماء العصمة ولا يسقط هذا الأصل بسبب الرأفة والشفقة، كما أنه لا يسقط بإسقاط المجني عليه لحقه في الحياة بطلب القتل أو بالإبراء من تبعاته. وهذا يعني

الوجه الثاني: من قتل آخر -أو آذاه في جسده- ثم ادعى أنه وجده في حالة تلبس بالزنا مع أي من الأزواج أو الأصول أو الفروع ليستفيد من العذر المخفف الوارد في نص المادة (٢٣٢) من قانون الجرائم والعقوبات الذي يقول: «إذا قتل الزوج زوجته هي ومن يزني بها حال تلبسهما بالزنا أو اعتدى عليهما اعتداء أفضى إلى موت أو عاهة فلا قصاص في ذلك، وإنما يعزر الزوج بالحبس... ويسري ذات الحكم على من فاجأ إحدى أصوله أو فروعه أو أخواته متلبسة بجريمة الزنا» فدعواه مردودة عليه حتى يثبت بالدليل صدق قوله. فإن عجز فجزاؤه القصاص أو ما دونه من العقوبات الشرعية بحسب الأحوال وذلك لأن العبرة بالظاهر الذي دل عليه الدليل، وهو حصول واقعة القتل، أما ادعاء القاتل وقوع حالة التلبس بالزنا فهو ادعاء يخالف الظاهر ويحتاج إلى دليل يدل عليه، فإن أقام ذلك الدليل فإنه سوف يستفيد من العذر المخفف. أما إذا عجز فإنه سيكون هدفاً للعقوبة الشرعية. والدليل الذي سيفيد القاتل هو ما يكون مقنعاً للقاضي بأن واقعة التلبس بالزنا قد وقعت على وجه الحقيقة فلا يكفي وجود القاتل في منزل القاتل أو في غرفة نومه أو وقع خارج ذلك المكان، وأن القاتل قد نقل إليه نقلاً، أو أن يكون الجاني قد استدرج المجني عليه إلى داره ثم أدخله غرفة نومه ثم أجهز عليه ليلبسه التهمة، وقد يكون فعل بالزوجة أو البنت أو الأم أو الأخت مثل ذلك.

وفي الأثر أن سائلاً سأل الإمام علياً كرم الله وجهه عن رجل قتل آخر وادعى أنه وجده مع زوجته في حالة تلبس بالزنا، فقال الإمام علي: عليه أن يأتي بأربعة شهداء على واقعة الزنا وإلا فاليعط برمته، أي فليقدم رقبته للسيوف.

الموت إلا بقتل ذلك الرفيق فقتله فعلاً فإنه سيكون قاتلاً عامداً كذلك. وعلة هذا الحكم هو أنه من الأنايية المفرطة البغيضة أن يهلك الشخص نفساً معصومة بريئة استبقاء لنفسه أو لنفس غيره مهما كانت الأسباب، ولا يغير من هذا الحكم أن يكون الجاني قد قتل نفساً بريئة معصومة واحدة لينجي عدداً من الأنفس من خطر الموت، لأن النفس الواحدة كالأنفس المتعددة في القيمة الشرعية، وهذا ما عليه أئمة الفقه الشرعي.

أن من قتل إنساناً حياً لزمه جزاء ذلك القتل حتى ولو كان قد حصل قبل ذلك على إذن بالقتل من المقتول ذاته أو من أحد أقاربه مهما كانت الأسباب، أو كان قد أشفق على المقتول لسوء حالته التي هو عليها، وكان القتل قد وقع بقصد تخليص القتيل من تلك الحالة البائسة.

وتفريعاً على هذا الحكم فإنه لا يجوز لأحد أن يقتل نفسه، أو أن يأذن لغيره أن يقتلها، لأن الشخص لا يملك دم نفسه، ولا يستطيع التصرف في حياته. فإن قتل نفسه فهو آثم، وإن أذن لغيره فأذنه باطل ولا يجوز الاعتماد عليه.

ثالثاً: أن وقوع القتل تحت تأثير الإكراه أو

الضرورة لا يعفي القاتل من تبعات الجريمة

إذ سيكون في حكم القاتل العامد، وعليه القصاص في رأي كثير من الفقهاء. وذلك لأن الأصل في الدماء الحرمية. فلا يجوز لأحد أن يلجأ إلى قتل بريء لينجي نفسه أو ماله أو ولده من خطر يتهدهده، ولو كان ذلك الخطر ينذر بالقتل، وبيان ذلك هو أن الشخص قد يقع في خطر يهدد نفسه أو ماله، أو يهدد عزيزاً عليه بالموت أو ما دونه، ويرى أنه لا ينجيه من ذلك الخطر إلا أن يقتل شخصاً بريئاً كأن يطلب شخص قوي قادر إلى شخص آخر أن يقتل شخصاً ثالثاً بريئاً، ويهدده بالقتل إذا لم يقتله، فيخاف ذلك الشخص من التهديد، ويدافع الحرص على حياته يلجأ إلى القتل لينجي نفسه، فإنه سيكون مرتكباً جريمة القتل العمد، ومستحقاً لعقوبتها هو ومن أكرهه.

ومثل ذلك لو أن شخصاً اشتد به الجوع ولم يجد إلا إنساناً حياً فاستضعفه وقتله وأكل من لحمه ما أنجاه من خطر الموت جوعاً، أو كان مع رفيقه في حالة لا يمكن النجاة معها من

أحكام الغصب

د/ إسماعيل محمد الحاقري

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الشريعة والقانون-جامعة صنعاء

من هو الغاصب؟

يعرف القانون المدني الغصب بأنه (هو الاستيلاء على مال الغير أو حقه عدواناً بدون سبب شرعي (م ١١١٩).

فيكفي لقيام الغصب المدني الاستيلاء على مال الغير أو حقه بدون سبب شرعي فلا يشترط التعمد بل لا يشترط حتى سوء النية لقيام معنى الغصب، فيكفي في المنقول النقل وفي غيره وضع اليد عليه فيصير بذلك غاصباً ولو كان الفاعل لذلك جاهلاً أو ناسياً أو صيباً أو مجنوناً، فيلزمه أحكام الغصب الدنيوية وهي الضمان ولزوم الاستفداء والأجرة وسائر الأحكام لا الاثم فهو مرفوع عن هؤلاء، (انظر التاج المذهب ج ٣ ص ٣٤٣) والإمام أبو حنيفة يوجب لتحقق مفهوم الغصب الشرعي أن يكون فيه عنصران: إزالة يد محقة وإثبات يد مبطللة

والشافية يكتفون بإثبات اليد المبطللة لتحقق معنى الغصب وبذلك يختلف مفهوم الغصب عن الإتلاف ففي الإتلاف إزالة يد محقة وليس فيه إثبات يد مبطللة.

ويترتب على اختيار القانون المدني لهذا المفهوم للغصب أن الغاصب هو:

١- كل من استولى على مال الغير بدون سبب شرعي عن طريق نقل المنقول سواء كان الناقل مال الغير حسن النية أو سيئها المهم أنه غير مأذون من المالك أو من الشارع وشروط النقل الذي يتحقق به الغصب مبسوط في كتب الفقه المختلفة وكل خلاف في بعض صورته ومما اختلفوا فيه نقل الإنسان وحجزه فالجمهور أن من نقل صيباً عدواناً إلى مسيعة فهلك بدون سبب منه لا يضمن الناقل له ولا يعد غاصباً لأن القاعدة عندهم أن الحر لا

ويعتبر في حكم الغاصب ويتحمل بجميع مسئولياته إلا في بعض المسائل يراعى فيها نص التاج المذهب على أربع صور جـ ٢، ص ٤٥٥. ويلاحظ أن العقد الفاسد بالمفهوم المعروف عن الحنفية والزيدية لم يأخذ به القانون اليمني بل أخذ برأي الجمهور فساوى بين الفساد والبطلان في الحكم وبعد هذه المقدمة المختصرة نتكلم تباعاً عن أهم أحكام الغصب.

أولاً: ضمان الغاصب

١- ضمان العين المغصوبة

الغاصب يضمن العين المغصوبة ضماناً مطلقاً ولو كان الهلاك راجعاً إلى سبب أجنبي سواء حصل الهلاك والعين تحت يده أو في يد غيره شريطة أن تكون العين منقولاً أما العقار المغصوب فلا يضمنه الغاصب إلا إذا هلك تحت يده (١١٢١م) وضمن الغاصب هو: المثلي بمثله والقيمي بقيمته بأوفر القيم من تاريخ الغصب إلى تاريخ الوفاء (١١٤٤م) فيدخل في الضمان بناء على ذلك ضمان نقص القيمة نتيجة انخفاض السعر، وإذا تنوسخت العين المغصوبة كان قرار الضمان على الأخير ولو كان هذا الأخير هو المشتري من الغاصب حسن النية طبقاً لنص المادة (١١٤١) التي تنص على أنه (القرار في ضمان العين المغصوبة إذا تنوسخت على الأخير مطلقاً وإن لم يكن عالمًا...).

وهناك رأي يغاير هذا عند بعض فقهاء الشريعة حيث يرون أن من حق الغاصب تضمين المشتري من الغاصب ولو كان حسن النية لو هلكت العين تحت يده لكن قرار الضمان على الغاصب الأصلي إذا كان المشتري حسن النية أي لا يعلم أن العين مغصوبة (انظر التاج ص ٣٦٣).

ولكن ووفقاً لرأي القانون اليمني الذي اعتبر قرار الضمان على الأخير فإذا كان هذا الشخص حسن النية لا يستطيع أن يرجع

يضمن لأنه ليس بمال وكذلك لو نقل شخص يحمل مالاً فهلك هذا المال في يد المغصوب لا يضمنه الغاصب بسبب ذات القاعدة، ولكن إذا كان المغصوب عبداً فيضمن الغاصب هلاكه لأن العبد من الأموال. وهذا من وجهة نظري محل نظر عند الفقهاء المحدثين.

٢- ويعتبر غاصباً كل من وضع يده العادية (المبطللة) على عقار للغير سواء كان حسن النية أو سيئها ويجب لقيام الغصب وضع اليد حقيقة أو حكماً فلا يكفي التهديد والتخويف. ٣- ويعتبر في حكم الغاصب ويلتزم بجميع مسئولياته الآتي:

أ- كل أمين على مال كالوديع والمستعير والمستأجر ومن في حكمهم إذا تعدى على الأمانة أو قصر في حفظها أو جردها أو مات مجهلاً لها وهذه قاعدة واضحة في نصوص القانون المدني أكد عليها القانون في جميع التطبيقات ونص عليها كقاعدة عامة في المادة (١١٢٠) التي تقول (...ولا يلزم الغاصب إلا ما استولى عليه لفعله هو أو ما في حكمه كجحد الوديعة في مالها بعد المطالبة ونحو ذلك).

ب- سارق المال ولو قضى عليه بالعقوبة. ج- كل من وقع منه فعل يساوي الغصب في الاستيلاء على مال الغير أو حقه بوجه لا شبهة فيه.

د- المشتري من الغاصب ومن في حكمه سواء تلقى العين وهو حسن النية أو سيئها وهذا محل اتفاق أغلب فقهاء الشريعة وهو ما أخذ به القانون اليمني، بل أنه جعل قرار الضمان عليه لو حصل الهلاك تحت يده (١١٤١م) إلا أنه راعى حسن النية ببعض المسائل كما سنرى.

هـ- ويعتبر في حكم الغاصب المتلقي للعين بعقد باطل فالجمهور ما عدى المالكية يذهبون إلى أن العقد لا يرتب أثراً فيجب على المشتري بعقد باطل الالتزام بالرد ولو كان حسن النية

الغاصب من غصبه عندما يكون سيئ النية والقاعدة المعمول بها في القانون اليميني (ليس لعرق ظالم حق).

الحقيقة أن القانون حاول التوفيق بين هاتين القاعدتين وفرق بين الغاصب حسن النية والغاصب سيئ النية:

فبالنسبة للغاصب سيئ النية لا يلتزم سوى برد الفوائد الأصلية دون الفرعية (م ١١٣٠) مما يعني أنه يمتلك الفوائد الفرعية مقابل الضمان ولكن ونظراً لسوء نيته ألزمه الشارع والقانون بأجرة العين المغصوبة مدة الغصب بأوفر القيم ولو لم ينتفع بها ولو كانت مما لا يجوز تأكيده كالمسجد (م ١١٣١) (وهذا ما يعرف بضمان الحيلولة) مع أن الأصل عند البعض عدم أخذ العوض على المنافع) كما يضمن نقص القيمة بسبب انخفاض الأسعار ولو أن العين هلكت في يد الغاصب الأخير حسن النية (م ١١٣٤).

وبالنسبة للغاصب حسن النية هو أيضاً يمتلك الفوائد الفرعية مقابل الضمان ولكن لا يلتزم بالأجرة إلا في حدود أجر المثل وللمالك الرجوع على الغاصب الأول بالفرق بين غلة العين واجرتها بأوفر القيم (م ١١٣٧).

وكذلك إذا كان الغاصب حسن النية يستطيع الرجوع على الغاصب الأول (البائع مثلاً) بكل ما غرمه في العين المغصوبة وغرم أرش النقص وبأجرة مثله إن كان له أجر على ما قد فعل على أساس أنه غرمه ويستطيع أن يرجع حتى عما اعتاض عنه إذا كان البائع (الغاصب) قد ضمن له ضمان الدرك (م ١١٤٠).

وكل ما سبق يتفق في الجملة مع الفقه الإسلامي أما الفقه القانوني فهم وإن كانوا يضمنون الغاصب الهالك الناشئ بسبب أجنبي إلا أن الغاصب يستطيع أن يتخلص من الضمان إذا أثبت أن العين التي هلكت تحت يده كانت ستهلك لو ظلت تحت يد مالئها، كما

بالضمان الذي دفعه للمالك بسبب هلاك العين تحت يده على الغاصب (البائع) إلا أنه يستطيع أن يرجع إليه بدعوى ضمان الاستحقاق أي يرجع بالثمن على البائع (الغاصب الأول) وله أن يرجع عليه أيضاً لكل ما غرمه في العين المغصوبة وبأجرة مثله إن كان له أجر على ما قد فعل وفقاً لقاعدة معروفة تسمى (بالغرر) أي يرجع عليه لأنه غره وهي تقوم على فكرة الخطأ الموضوعي ولو كان الغاصب الأول هو أيضاً حسن النية يجهل أن العين التي باعها مملوكة للغير (م ١١٤٠ ، ١١٤١).

وللمالك تضمين من يشاء من الغاصبين عند تعددهم أو تناسخ العين المغصوبة ولو كان بعضهم حسن النية ولكن قرار الضمان على الأخير الذي هلكت العين المغصوبة تحت يده (م ١١٣٩ ، ١١٤٠).

٢- ضمان الفوائد (المنافع والزوائد)

يرى بعض فقهاء الشريعة أن فوائد العين المغصوبة غير مضمونة على الغاصب ويعتبرون يد الغاصب عليها يداً آمنة ولكن تتحول يده من يد آمنة إلى يد ضمان إذا تأخر عن ردها لما لكها منذ انفصالها عن العين أو تعدى بنقلها وقد سكت القانون اليميني عن بيان حكم الفوائد هل يد الغاصب عليها يد أمانة أم يد ضمان ولكني أرى أنها تأخذ حكم الأصل في الضمان. ولكن هل يضمن الغاصب للفوائد الفرعية والأصلية؟

الأصل وفقاً للقاعدة الواردة في المادة (١٦) أن الخراج بالضمان أن كل ضامن يمتلك الفوائد الفرعية دون الأصلية مقابل الضمان للعين وهذا ما أخذ به القانون اليميني كقاعدة وظهرت تطبيقاتها في رد غير المستحق (م ٣٢١) والشفعة (م ١٣٠٢) ولكن هل ينطبق هذا على الغاصب حسن النية أو سيئها وكيف يستفيد

ظاهر النصين يوحي بذلك حيث يرى أن القانون اليمني بموجب ذينك النصين قد فرق بين الحائز حسن النية وسيئها بخصوص ضمان والالتزام برد الفوائد، فهو يرى أن المشتري بعقد باطل لا يلتزم برد فوائد ما تسلمه بموجب العقد الباطل إلا بالنسبة للفوائد التي جناها بعد المطالبة لأنه أصبح سيئ النية أما قبل ذلك فهو حسن النية فتطبيق له الفوائد الأصلية والفرعية بمقتضى حسن نيته ولم يفرق بين الفوائد والأرباح بل اعتبرهما لفظين مترادفين.

وأرى أن ذلك التخريج غير مقبول في القانون اليمني وأن مفهوم النصين غير ذلك فيجب التفرقة أولاً بين مفهوم الفوائد ومفهوم الأرباح في القانون اليمني فالفوائد أو كما يسميها بعض فقهاء الشريعة بالزوائد هي: فوائد أصلية وهي ما تولد عن الشيء نفسه كالولد والصوف واللبن والثمار وما إليها (م ١١٥٨) والفوائد الفرعية هي ما نتج عن استعمال الشيء واستغلاله والتصرف في منافعه (م ١١٥٨).

والأرباح هي: أن يبيع الشيء ويشترى بثمنه شيئاً فباعه وريح فيه.

لذلك لا نقبل ذلك التخريج القانوني للأسباب التالية:

السبب الأول: أن الجمهور يذهب إلى أن يد المشتري بعقد باطل على العين وزوائدها يد ضمان طبقاً لقاعدة معروفة وهي (أن ما كان أوله مضموناً كان آخره مضموناً) وأن على المشتري الالتزام برد الفوائد الأصلية والفرعية أو ضمانها إذا هلكت بالقيمة يوم الهلاك ولم أجد مخالفاً سوى الحنفية الذين يذهبون إلى أن يد المشتري على الفوائد يد أمينة إلا إذا تعدى فيها أو جردها بعد المطالبة والفقهاء الزيدي يقرب من هذا الرأي ولكنه يرى أن على المشتري ضمان الفوائد إذا تعدى عليها أو لم

أنهم يعتبرون يد المشتري حسن النية يداً أمينة، ويملكون الحائز حسن النية الثمار ويعترفون بحيازته وتملكه بمضي المدة، فعندهم أن المشتري من الغاصب لا يلتزم برد الثمار إلا من تاريخ المطالبة سواء كانت فوائد فرعوية أو أصلية والمادة (٣٢٠) في القانون اليمني توهم بذلك.

مفهوم المادتين (٣٢٠ ، ٣٢١) من القانون

المدني وعلاقتها بالغصب

تنص المادة (٣٢٠) على أنه (إذا كان من تسلم ما ليس حقاً له كامل الأهلية فإنه يلزم برد ما تسلم مع الفوائد والأرباح. التي جناها من يوم المطالبة بالرد).

وتنص المادة (٣٢١) على أنه (إذا كان من تسلم ما ليس حقاً له كامل الأهلية وغير عالم بأنه تسلم ما ليس له بحق فيلزم برد الفوائد الأصلية دون الفرعية).

ورد غير المستحق طبقاً لنص المادة (٣١٨) هو كل من تسلم على سبيل الوفاء ديناً ليس مستحقاً له يلزمه رده ولو كان ما دفع بغير حق تنفيذاً لا لالتزام لم يتحقق سببه أو زال سببه.

لذلك فالذي يعيننا من هذا هو حكم ضمان ورد المقبوض بعقد باطل مع فوائده وأرباحه، بخصوص تفسير تلك المواد المتعلقة برد غير المستحق كالمقبوض بعقد باطل مع فوائده وأرباحه.

بخصوص تفسير تلك المواد المتعلقة برد غير المستحق كالمقبوض بعقد باطل نلاحظ أن تفسيرها قد يختلف تبعاً للاختلاف في فهم مصدر ومنهج هذه المواد فهناك منهج قانوني ومنهج شرعي وهذا الأخير هو المعتمد في القانون اليمني طبقاً لنص المواد (١)، (١٨).

فيلاحظ أن بعض الباحثين ممن يشار إلى بحثهم بالتميز قد اعتمد المنهج القانوني عند تفسير تلك النصوص وهو معذور في ذلك لأن

الإسلامي المصدر الأساسي للقانون اليمني وإنما نجد التفرقة بين حسن النية وسوءها فيما يتعلق بمسائل أخرى سنوضحها فيما بعد وبناء على ذلك نرى أن المتسلم ما ليس حقاً له يضمن ويلتزم برد الفوائد الأصلية والضرعية وإن حكمه حكم الغاصب في هذا الخصوص يلتزم برد الفوائد التي جناها قبيل المطالبة أو بعد المطالبة لذلك يجب فهم نص المادة (٣٢٠) عندما قالت (.. فإنه يلتزم برد ما تسلم مع الفوائد والأرباح التي جناها من يوم المطالبة بالرد) يجب فهم القيد أنه متعلق بالأرباح لأن القيمة في جناها متعلق بالأقرب وتتضح الصورة أكثر عند فهم ما ورد في نص المادة (٣٢١) التالية للنص السابق حيث أكد بقوله: (إذا كان من تسلم ما ليس حقاً له كامل الأهلية وغير عالم بأنه تسلم ما ليس له بحق فيلزم برد الفوائد الأصلية دون الضرعية) ولا يمكن القول أن المقصود من ذلك النص هو إعفاء الحائز من الفوائد الضرعية التي جناها بعد المطالبة لأننا لا نتصور أن يكون غير عالم (حسن النية بعد المطالبة) فبعد المطالبة يصبح عالمًا سيء نية وجاحداً تتحول يده إلى يد غصب وبعد ذلك يبرز تساؤل مهم هو كيف أننا اعتبرنا المتسلم بعقد باطل في حكم الغاصب سواء كان حسن النية أو سيئها وألزمناه برد الفوائد الأصلية والضرعية مع أن نص المادة (٣٢١) يعفي الحائز حسن النية من الفوائد الضرعية وكذلك المادة الواردة في باب الغصب لا تلزم الغاصب ولو كان سيئ النية إلا برد الفوائد الأصلية دون الضرعية؟ الحقيقة أنه بالنسبة للغاصب حسن النية وما في حكمه يملك الفوائد الضرعية ليس بسبب حسن نيته وإنما بسبب آخر هو مقابل الضمان وفقاً للقاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة (١٦) وهي أن الخراج بالضمان ولأنه يلتزم بمقابلها بالأجرة إن استعمل يقول

يردها إلى مالكها ولو قبل المطالبة كالغاصب انظر (مجمع الضمانات ص ٢١٦، ص ١٢٩، القواعد لابن رجب ص ٦٧، الفروق ج ٢ ص ٢٠٧). ولا أتصور أن القانون اليمني أخذ برأي الحنفية في هذا الخصوص لأن قواعد القانون المدني تفيد أن النماء يتبع الملك في الحكم كما في الرد بالعيب (٢٥٥م) وغيرها بل أن نصوص وأحكام الغصب تعامل القابض بغير حق معاملة الغاصب سواء كان حسن النية أو سيئها وبالذات فيما يتعلق بالضمان ورد الفوائد ولهذا نجد في التاج المذهب ما يؤكد ذلك حيث يقول (.... كذلك أي يكون حكم المال وهو المبيع في يد المشتري والتمن في يد البائع بعد المطالبة حكم الغصب في جميع أحكامه كما في الوجه الأول بلا استثناء وقبل المطالبة يكون مع فوائده كالغصب في جميع وجوهه الأربعة أحكام فإنه يخالف الغصب فيها: الأول أنه يطيب ربحه إذا باعه واشترى بثمنه شيئاً فباعه وربح فيه طاب له الربح لأنه في يده برضا مالكه وسلطه عليه بخلاف الغصب والثاني: أنه يبرأ من رد إليه.. والثالث أنه لا أجره عليه إن لم يستعمل.. والرابع أنه لا يتعين عليه الرد إلى المالك إلا بالطلب. وانظر مجمع الضمانات ص ٢١٦

فيتضح من ذلك أن هنالك فرقاً بين الأرباح والفوائد فبالنسبة للفوائد فيد المشتري بعقد باطل حكمها حكم الغاصب فيما يتعلق بالضمان والفوائد سواء كان المشتري حسن النية أو سيئها.

وبالنسبة للأرباح فلا يلتزم بردها إلا بالنسبة لما جناه بعد المطالبة لأنه قبل ذلك حسن النية.

والسبب الثاني: أن القانون اليمني لا يقر اعتبار الحيابة ولو بحسن نية سبباً لكسب الملكية ولو تعلق الأمر فقط بالفوائد فالقاعدة أن النماء للمالك وهذا هو السائد في الفقه

عن كل نقص فيدخل في ذلك النقص الناشئ بعناية أو بتقصير أو لفعل قاهر أو بالجفاف أو بتغيير الأسعار إلا أن المادة (١١٣٤) يظهر أنها بالنسبة لضمان نقص السعر تشتط تجدد الغصب كأن يتمكن من الرد ولم يرد، في هذه الحالة فقط يضمن الغاصب النقص الحاصل بانخفاض الأسعار أما في ذلك فلا يلتزم الغاصب بضمان نقص السعر كأن يغتصب سيارة قيمتها مائة ألف ثم يعيدها بحالتها وقيمتها (٨٠) ألف ريال والعللة عند الفقهاء بأن تراجع السعر يكون بفتور الرغبات لا بقوات جزء من العين ولكن إذا تحدد الغصب في وقت تغيرت فيه الأسعار لزم الغاصب النقص وإذا انتقلت العين المغصوبة إلى غاصب آخر وهلكت تحت يده فمن الذي يضمن النقص؟ إذا اختار المالك تضمين الغاصب الأخير فلا يلتزم إلا بأوفر قيمة من تاريخ غصبه هو إلى تاريخ الهلاك فلن يدخل الفرق في ضمانه لذلك يكون من حق المالك الرجوع إلى الغاصب الأول بضمان الفرق (١١٣٤م) أما إذا اختار المالك تضمين الغاصب الأول فسيحصل منه على أمر قيمة من تاريخ الغصب إلى تاريخ الهلاك فيدخل ضمان النقص في ضمانه، وكذلك الحكم لو هلكت العين المغصوبة بفعل الغير بدون غصب أي أن يتلفها قبل نقلها واختار المالك تضمين ذلك الغير فهو لا يضمن إلا ضمان التلف أي قيمتها وقت التلف ويرجع بالنقص الناشئ من انخفاض الأسعار على الغاصب. وإلى هذا الرأي يذهب بعض فقهاء الشريعة أما البعض الآخر الحنفية فيقررون عدم تضمين الغاصب شيئاً فليس للمغصوب منه سوى استرداد العين دون تضمين الغاصب شيئاً وهذا ما قرره مجلة الأحكام (٩٠م) والعللة هي أن تراجع السعر يكون بفتور الرغبات ونرى أن هذا التعليل غير وجيه في الوقت الحاضر لأن الغاصب في هذه الحالة قد

في التاج المذهب (... وكذا يجب عليه رد فوائده الأصلية والفرعية وإن كان عالماً وإن كان جاهلاً طابت له الفرعية يعني الكراء فقط كما يأتي لأنه مع الجهل يملك غلتها وعليه الأجرة..) ج ٢ ص ٤٤ ولن يلتزم بالأجرة هنا إلا إذا عاملناه معاملة الغاصب حسن النية لأنه ضامن لتفويت المنافع.

ولكن كيف نفهم نص المادة (١١٣٠) التي أعفت حتى الغاصب سيئ النية من رد الفوائد الفرعية وعلى أي أساس ملكها، الحقيقة أن الغاصب سيئ النية يضمن تفويت المنافع سواء انتفع أو لم ينتفع حتى ولو كان المغصوب مما لا يمكن تأجيله كالمسجد (١١٣١م) ولو كانت المنفعة بزيادة بفعل الغاصب (١١٣٣م) وهو يلتزم بالأجرة بأوفر القيم من تاريخ الغصب إلى تاريخ الوفاء فلا يصح أن يجتمع ضمان الفوائد الفرعية مع الأجرة لأن القاعدة (أن الضمان والأجرة لا يجتمعان) ولهذا السبب أعفى الغاصب سيئ النية من رد الفوائد الفرعية.

ضمان الغاصب للنقص والتغيير

والاستحالة في العين المغصوبة وحكم

ضمان نقص السعر وضمان الإنسان

أولاً: ضمان الغاصب لنقص المغصوب بثقة

نتيجة الجفاف والسعر

وردت نصوص متفرقة بالنسبة لضمان المرتهن (١٠١٢م) وضمان الغاصب عند التعدي (٨٦٥م) يظهر فيها عدم ضمان النقص الناشئ من السعر والجفاف ولكن القواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الضار (م ٣٠٤) وطبقاً لنص المادة (١١٣٣) الواردة في أحكام الغصب تعتبر كل نقص في العين المغصوبة ولو كان ناشئاً بقوة قاهرة مضموناً على الغاصب حيث جاء النص بصورة مطلقة عندما أوجب الأرض

إلا أن القانون اليمني لم يوجب على المالك قبول الأرض في كل الأحوال بل جعل له الخيار بين أخذ العين مع أرش النقص أو أخذ قيمتها صحيحة بأوفر القيم. ولكن هل يسري ذلك الحكم حتى ولو كان النقص يسيراً؟ هل يبقى الخيار للمالك وهل بإمكانه أن يختار قيمة العين بأوفر القيم ولو كان النقص يسيراً؟ يظهر من عموم نص المادة (١١٢٩) أن للمالك الخيار في الحالتين ولكن القاعدة بالنسبة لجميع المضمونات في الفقه الإسلامي والقانون اليمني هو الأخذ بتلك التفرقة وهذا ما جرى عليه قوانين الدول العربية كالقانون الأردني وبناء على ذلك فإن كان النقص يسيراً لزم المالك بأخذ العين مع الأرض فقط وعلى هذا أخذ القانون المدني بالنسبة لضمان المرتهن (١٠١٢م) والأخير المشترك (٨١٨م) وأمر تحديد النقص اليسير يرجع لتقدير القاضي، ويجب ملاحظة أن القانون اليمني قد أعطى المالك الحق بالحصول على أرش النقص ولو كان التغيير إلى غرض أنفع على خلاف ما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة حيث يرون أنه إذا كان التغيير غرضاً أنفع واختار المالك العين فلا يستطيع أن يجمع إلى جانب ذلك بأرش النقص.

ثالثاً: ضمان الغاصب للخلط والاستهلاك

الحكمي:

ينص القانون على أنه (إذا خلط الغاصب ما اغتصبه بملكه حتى لا يمكن تمييزه فعلياً أن يرجع من جنسه إن كان مثلياً أو قيمته بأوفر القيم إن كان قيمياً وإن فعل به ما يستحيل به شيئاً آخر أو غير معظم منافعه فإن المالك بالخيار بين استرجاعه مع أرش النقص أو أخذ قيمته موفورة وتصير العين المغصوبة للغاصب. وبناء على ذلك فإن القانون اليمني قد

فوت على المغصوب منه فرصة كان يستطيع فيها بيع المال المغصوب قبل تراجع السعر بفتور الرغبات والطلب وهذا ما هو معمول به وفقاً للقاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية تعرف بالمسؤولية عن تفويت الفرصة وهو ضرر محقق يدخل فيما فات على المالك من كسب.

وبالنسبة لضمان النقص الناشئ عن الاستعمال فإن الغاصب يضمنه وفقاً لنص المادة (١١٣٣) التي توجب على الغاصب ضمان النقص أيأ كان سببه.

ثانياً: الغاصب للنقص والتغيير في العين

المغصوبة:

تنص المادة (١١٣٣) على أنه (يلزم الغاصب أرض ما نقص من العين المغصوبة ولو بأمر غالب ولو كان الناقص من زيادة بفعل الغاصب كحفر بئر زادت به قيمة الأرض ثم ضمها فنقصت قيمة الأرض).

وتنص المادة (١١٢٩) على أنه (إذا غير الغاصب العين المغصوبة إلى غرض أو إلى غير غرض فللمالك الخيار بين أخذها مع أرش النقص أو أخذ قيمتها صحيحة بأوفر القيم من يوم الغصب إلى يوم التسليم ولو كان التغيير إلى غرض أنفع فيما لا يمكن فصله).

فيلاحظ من تلك النصوص أن القاعدة أن الغاصب يضمن أرض النقص الحاصل في العين المغصوبة ولو كان سببه أمراً غالباً (سبباً أجنبياً) ويضمن الغاصب حتى النقص الحاصل من زيادة بفعل الغاصب (١١٣٣م) وكذلك يضمن الغاصب النقص الحاصل بسبب ما يجريه الغاصب من تغيير في العين المغصوبة سواء كان التغيير إلى غرض أو إلى غير غرض فالأول كذبح الحيوان الذي يصلح للأكل وتقطيع الثوب وتخييطه قميصاً ونحو ذلك والثاني: التغيير إلى غير غرض كتمزيق الثوب عبثاً وتخييطه بما لا غرض يتعلق به،

لمدة لمثلها أجرة تلزمه الأجرة لأن منفعته تضمن بالإجارة فضمنت بالغصب كمنفعة المال، وأرى أنه ويقطع النظر عن الناحية الجنائية التي تعالجها قوانين العقوبات الرادعة يوجد في هذه العملية جانب حقوقي مدني يجب أن تتناوله القوانين المدنية في الفعل الضار من زاوية الغصب لأنه تعطيل له عن عمله وعن نشاطه الاكتسابي وأرى أن القواعد العامة في الفعل الضار تنظم هذه المسألة.

خامساً: ضمان الغرور

كما سبق أن قلنا أن المشتري من الغاصب هو في حكم الغاصب ولو كان حسن النية ولو هلك العين في يده كان قرار الضمان عليه ولكن نظراً لجهله وحسن نيته يستطيع أن يرجع على الغاصب الأول بدعوى الغرور فيرجع عليه بكل ما غرمه في العين المغصوبة وبأجرة مثله إن كان له أجر على ما قد فعل في العين المغصوبة إلا ما اعتاض عنه المغرور فلا يرجع به ما لم يكن الغاصب قد ضمن له ضمان الدرك الشرعي فيكون للمغرور الرجوع على الغاصب ولو اعتاض (م ١١٤٠) ولكن لا يستطيع المشتري من الغاصب إذا ملكت العين المغصوبة تحت يده وقام بالتعويض عنها لمالكها فلا يرجع بهذا التعويض على الغاصب الأول لأن قرار الضمان عليه كون العين دخلت عليه بالضمان.

وقد أخذ بفكرة الرجوع بضمان الغرور جميع فقهاء الشريعة ما عدا الظاهرية وهي تقوم في نظر البعض على فكرة الضمان وليس وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لأن الغاصب يضمن حتى مع جهله وحسن نيته أي يجهل أنه يبيع ملك غيره.

أخذ بقاعدة مشهورة في الفقه الإسلامي والتي تقول (يملك الغاصب ما استهلكه بخلطه سواء خلطه بملكه أو بملك غيره حتى تعذر التمييز شريطة أن يكون من المختلف نوعه أو صفته) أي أن الغاصب إذا خلط العين المغصوبة بملكه أو ملك غيره ملك ذلك المخلوط مقابل ضمان القيمة أو المثل وهذه هي الحالة الوحيدة التي يعتبر فيها الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية، ولكن بالنسبة للاستحالة المعروفة بالاستهلاك الحكمي كأن يحول الغاصب الشيء المغصوب إلى شيء آخر بأن فعل فيه فعلاً كان سبباً أزالته اسمه أو إذهاب معظم منافعه كالقطن بغزله وينسجه والحب بطحنه أو دقيق فخبزه ونحو ذلك فإن القانون اليمني ساير جمهور الفقه الإسلامي وخالف الحنفية والزيدية عندما اعتبر أن الغاصب لا يملك بالضمان ما استحاله بل جعل الخيار للمالك بين استرجاعه مع أرش النقص أو أخذ قيمته بأوفر القيم (م ١١٣٦).

رابعاً: ضمان الغاصب للنفس البشرية:

القاعدة عند فقهاء الشريعة أن الحر ليس بمال فلا يكون محلاً للضمان أي لا يضمن الغاصب هلاكه بسبب لا يرجع إليه كأن يغتصب شخص إنساناً حراً وحبسه فمات عنده بفعل قاهر فلا يضمنه وكذا لا يضمن هلاك المال الذي يكون بحوزته إلا إذا كان عبداً لأنه مال وقد خالف القانون التجاري اليمني ذلك عند ما نص على الالتزام بضمان السلامة واعتبر الناقل ضامناً لهلاك المسافر ابتداءً إلى أن يثبت الناقل السبب الأجنبي أي أن القانون عامل الناقل معاملة الأجير المشترك فجعله ضامناً لسلامة الراكب إلى أن يثبت السبب الأجنبي ولكن ما الحكم بالنسبة لضمان منافع المغصوب إذا كان إنساناً ذهب الشافعية والحنابلة أن الغاصب إذا غصب إنساناً وحبسه

التحقيق في جرائم الإرهاب والتخريب

القاضي /
إسحاق محمد صلاح

عرّفت

الإرهاب اتفاقية مكافحة العمليات الإرهابية بواسطة المتفجرات التي تبنتها الجمعية العمومية للأمم المتحدة في ١٥-١٢/١٩٧٠م بالنص على أنه: يرتكب جرماً كل شخص يقوم عمداً وبصورة غير مشروعة على تسليم أو وضع أو تفجير متفجرة أو قذيفة قاتلة في مكان عام أو إدارة رسمية أو منشآت عامة، أو سيلة نقل، أو بنية تحتية بقصد التسبب بوفاة أشخاص أو أضرار مادية بالغة الخطورة لإيقاع التخريب وإلحاق خسائر اقتصادية جسيمة (والارتكاب أو محاولة الارتكاب أو الاشتراك أو التدخل).

كما عرفت الإرهاب الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٩-١٢/١٩٩٢م بالنص على أنه «يشكل جرماً قيام أي شخص. بأية وسيلة، بصورة غير مشروعة وقصد بجمع أموال أو تقديم أموال بهدف استعمالها مع العلم لارتكاب جرم من جرائم الإرهاب، وكل عمل يرمي إلى قتل أو جرح مدني أو شخص لا يشترك مباشرة في أعمال حربية.»

ويعرف الغرب وفي مقدمتهم الولايات المتحدة الأمريكية الإرهاب بأنه كل نشاط ينطوي على عنف ويمارس عن سابق تصور وتصميم، يشكل خطراً على حياة الإنسان أو الأموال أو البنى التحتية. ويهدف إلى الضغط على المدنيين بالمنطق أو التهديد. أو بالضغط على سياسة وتصرف حكومة بلد ما، وإلى التأثير على الرأي العام ويرى الزميل الدكتور صلاح الدين هداش أن الإرهاب هو استخدام العنف سياسياً كوسيلة ضغط على الحكومة أو المجتمع من أجل أن تقبل الحكومة أو المجتمع بإجراء تغييرات سياسية أو اجتماعية جذرية تتفق ومبادئ الحركة الإرهابية.

ويرى أن الإرهابيين يمكن أن ينتموا لأي أيدولوجية سياسية سواء يمينية أو يسارية، دينية، علمانية، محافظة، أوراديكالية.

ويمكن إجمال العناصر التي تقوم عليها التعريفات المختلفة للإرهاب في العنف المفاجئ غير المتوقع وعدم الاعتداء بالضحايا والسرية والتنظيم، والأهداف والبواعث المختلفة عن تلك التي تتوافر في الإجرام العادي لجلب نفع شخصي مما يجعل جرائم الإرهاب تتميز بالخصائص الآتية:-

١- أن جرائم الإرهاب من صنع جماعات من الناس أو عصابات كثيراً ما ينتمي أفرادها إلى أكثر من دولة واحدة مما يجعل نشاطها شديد الخطورة.

٢- أن الوسائل التي تستخدم في اقتراح جرائم الإرهاب من شأنها نشر الرعب والذعر كالانفجارات وخطف الطائرات ونسف الخطوط الحديدية والجسور والمباني وتسميم مياه الشرب ونشر الأوبئة، ويمكن أن تشن جرائم إرهابية بالقرصنة الإلكترونية عبر اختراق الكود السري ونشر الفيروسات في الأجهزة الإلكترونية التي تخص الأسلحة الخطيرة أو التي تنظم أعمال محطات

ويعرف الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب، الإرهاب بأنه: «كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أياً كانت بواعثه أو أغراضه يقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي يهدف إلى إلقاء الرعب بين الناس أو ترويعهم بإيذائهم أو تعرض حياتهم أو حرياتهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبنية أو أحد المرافق أو الملاك العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر» كما عرفت الجريمة الإرهابية أنها أي جريمة أو شروع فيها ترتكب تنفيذاً لغرض إرهابي في أي من الدول المتعاقدة أو على رعاياها أو ممتلكاتها أو مصالحها يعاقب عليها قانونها الداخلي كما تعد من الجرائم الإرهابية الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقيات التالية عدا ما استثنته تشريعات الدول المتعاقدة أو التي لم تصادق عليها.

أ- اتفاقية طوكيو الخاصة بالجرائم والأفعال التي ترتكب على متن الطائرات والموقعة بتاريخ ١٤/٩/١٩٦٣م.

ب- اتفاقية لاهاي بشأن مكافحة الاستيلاء غير المشروع على الطائرات الموقعة بتاريخ ١٦/١٢/١٩٧٠م.

ج- اتفاقية مونتريال الخاصة بقمع الأعمال غير المشروعة الموجهة ضد سلامة الطيران المدني الموقعة بتاريخ ٢٣/٩/١٩٧١م والبروتوكول الملحق بها الموقع في مونتريال ١٠/٥/١٩٨٤م.

د- اتفاقية نيويورك الخاصة بمنع ومعاقبة الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المشمولين بالحماية الدولية بمن فيهم الممثلون الدبلوماسيون الموقعة في ١٤/١٢/١٩٧٣م.

هـ- اتفاقية اختطاف واحتجاز الرهائن الموقعة في ١٧/١٢/١٩٧٩م.

و- اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٣م ما تعلق فيها بالقرصنة البحرية.

عن السجن خمس عشرة سنة وتضاعف العقوبة وتصل إلى الإعدام إذا ترتب على الفعل إزهاق أرواح ومثل هذه المعالجة القانونية التوفيقية والمبعثة لا نعتقد صواب بقائها في ظل توقيعنا على الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب وتنامي ظاهرة الإرهاب في العالم. ناهيك عن خصوصية وخطورة جرائم الإرهاب وتعرض بلادنا للعديد من الجرائم الإرهابية مما يستلزم ضرورة صدور قانون خاص بمكافحة جرائم الإرهاب وهو ما أشار إلى قرب صدوره معالي وزير العدل مؤخراً وأن يواكب ذلك تطوير نوعي لدوائر الأدلة الجنائية وإدخال التكنولوجيا الحديثة في عملها الذي ما زال تقليدياً إن لم يكن متخلفاً.

وترجع حوادث التخريب والإرهاب إلى أسباب مختلفة منها الكراهية. والتطرف الديني، والمال والشار والاختلاف السياسي أو الدولي ونظراً لخطورة جرائم التخريب والإرهاب وتعقيداتها من حيث الإعداد واستخدام الجماعات والتنظيمات وشبكاتها الدولية أساليب وتقنيات متطورة في تنفيذها حيث درجت على تمويل تلك الجرائم تنظيمات دولية ذات قدرات فنية ومالية عالية.

لذا يجب على المحقق عند التحقيق في جرائم التخريب والإرهاب أن يستوفي الأمور التالية إلى جانب ما يراعيه في التحقيق في الجرائم العادية.

١- محاصرة مكان الجريمة وعزله حتى يتم منع أي عبث بمسرح الجريمة والأدلة التي يمكن أن تساعد في كشف الحقيقة ناهيك عن إمكانية إلقاء القبض على المشتبه بهم من منفذي الجريمة أو المساعدين الذين كثيراً ما يتواجدون بالقرب من الحادث.

٢- الاستعانة بالمرشدين وخاصة في تلك الجرائم ذات الأسباب السياسية والدولية كما حدث في التعاون بين رجال (FBI) والبوليس

الكهرباء الضخمة وحركة القطارات والطائرات.

٣- أن من شأن جرائم الإرهاب أن تولد أخطاراً عامة شاملة كما أوضحنا.

وقد صادقت بلادنا على الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب لذلك فإن القانون اليمني والذي استخدم مصطلح التخريب ولم يستخدم مصطلح الإرهاب يعاقب على أي من الأفعال الإجرامية المذكورة في الاتفاقية طبقاً للنصوص المتعددة في قانون الجرائم والعقوبات أو القرار بالقانون رقم (٢٤) لعام ١٩٩٨م بشأن مكافحة جرائم الاختطاف والتقطع أو قانون الطيران المدني رقم (١٢) لعام ١٩٩٣م الخاص بجرائم اختطاف الطائرات والجرائم الأخرى المرتبطة بها. بحسب نوع الجريمة وبالطبع فإنه في حال ارتكاب إحدى الجرائم المذكورة بالاتفاقية لغرض إرهابي فإن العقوبة ستكون هي القصوى في حال أن هناك نصاً يشير لوجود عقوبة اختيارية لها حد أدنى وأعلى في القوانين اليمنية الثلاثة ومراعاة القاعدة القانونية أن القانون الخاص يقيد العام.

وقد حرص المشرع اليمني أن تكون العقوبة أشد في القانون الخاص عنها في القانون العام فعلى سبيل المثال عقوبة جريمة الاختطاف المنصوص عليها في المادة (٢٤٩) من قانون الجرائم والعقوبات تصل إلى عشر سنوات في أقصى الظروف عدى القصاص أو الدية بينما في المادة (٢) من قانون جرائم الاختطاف تصل إلى خمس وعشرين سنة عدى القصاص أو الدية أما المادة (٢٨٠) من قانون الطيران المدني اليمني رقم (١٢) لعام ١٩٩٣م الذي يبين جرائم الإرهاب المتعلقة باختطاف الطائرات أو ذات العلاقة بسلامة الطيران مثل أي بلاغ بمعلومات كاذبة تعرض سلامة الطائرة وهي في حالة طيران للخطر أقل عقوبة به لا تقل

واحد كما هو الحال عندما تهاجم محطة قطار أو مجمعاً لمنازل أجانب يلزم سرعة وضع الاحتياطات على المحطات والمجمعات الأخرى للأجانب أو تفتيشها لكشف أية عبوة ناسفة مزروعة بجانبها أو داخلها.

٨- البحث باستعمال الكمبيوتر وقاعدة البيانات عن المخربين أو الإرهابيين الذين يمكن أن يرتكبوا ذلك الفعل حيث تخزن بالكمبيوتر قاعدة معلومات وبيانات عن المشتبهين والمتهمين تشمل العديد من المعلومات الشخصية عنهم وعن ارتباطاتهم وفي مقدمتهم البيانات الخاصة ببصماتهم وطبقات آثار أيديهم وأقدامهم والقياسات البيولوجية لأماكن ثابتة في أبدانهم ناهيك عن البصمة الوراثية (DNA) وبصمة العين وبصمة الصوت...إلخ.

٩- من الذي لديه الفرصة لارتكاب هذا العمل أو تسهيله ففي إحدى جرائم اختطاف الطائرات كان أحد عمال تنظيف الطائرة قد أدخل السلاح للخطافين كونه يستطيع صعود الطائرة دون تفتيش لذا فعلى المحقق أن يضع في دائرة الاشتباه والتحري الأشخاص الذين لديهم الفرصة لارتكاب الجرم الإرهابي أو المساعدة في ارتكابه.

١٠- بحث نقاط الضعف التي ساعدت على وقوع الحادث فقد ثبت أن من نقاط الضعف التي استغلها أعضاء تنظيم القاعدة في دخول الولايات المتحدة وبقائهم بها حتى قيامهم بأحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١ م بنيويورك هي ضعف الإمكانيات الأمنية بالمطارات الأمريكية وإهمال رجال الهجرة والجوازات.

الأسئلة التي يجب أن يوجهها المحقق إلى

الشهود والخبراء والمتهم في جرائم

الإرهاب والتخريب:

١- الطريقة التي أبلغ بها الحادث

الباكستاني في إلقاء القبض على بعض قيادات تنظيم القاعدة وتعاون الأمن السوداني مع الأمن الفرنسي في إلقاء القبض على الإرهابي الدولي (كارلوس) وتلعب اتفاقيات التعاون الأمني وتسليم المجرمين بين الدول دوراً مهماً في الحد من فرص إفلات مرتكبي الجرائم الإرهابية.

٣- البحث عن السبب في مهاجمة الهدف بالذات.

فجرائم تفجير أماكن اللهو مثلاً غالباً ما تكون هدفاً لجماعات التطرف الديني ونهب المصارف بالقوة كثيراً ما تكون هدفاً لمافيا لصوص المصارف فيمكن أن يستدل من الهدف عن الجهة أو التنظيم المرتكب للجريمة.

٤- هل سبق أن هوجمت أهداف مشابهة وهل توجد صلة بين الحوادث واتخاذ الاحتياطات للمحافظة على غيرها.

٥- من الذي يستفيد من تدمير الهدف.

فعلى المحقق أن ينطلق لحصر الاتهام والوصول إلى الجناة والمسئولين عن الجريمة وأن يعرف المستفيدين منها فتدمير محل للعبادة في أجواء تنافس بين عبادتين في بلد ما يمكن أن يستفيد منه المتطرفون من طائفة العبادة الثانية مثلاً.

٦- ما هي الطريقة التي اتبعت في التخريب.

هل هي عبوة ناسفة أم سيارة أو سيارات مضخخة أم حريق أو تلامس كهربائي فلكل تنظيم أو جماعة إرهابية ما يشبه البصمة يعكس قدرتها وإمكاناتها وهذا يساعد في تحديد الاتجاهات الأساسية لمسار التحقيق.

٧- البحث عن أسلوب الضاعل في ارتكاب

الجريمة وذلك للاهتمام إلى الضاعل أو لاتخاذ الاحتياطات اللازمة.

فمثلاً هناك بعض المنظمات الإرهابية تقوم بمهاجمة أو تفجير أكثر من هدف في وقت

ويطلق النار عليهم ويرمي ببندقيته لانتهاه ذخيرتها ويضر أو عندما يرمي بقنبلة يدوية ذات الصاعق المعدني أو اليد الخشبية الملساء وكذلك صاعق القنابل الحارقة أو حتى صاعق المفرقات إذا أمكن جمع أجزاءه المعدنية حيث يعرف من ذلك أيضاً مصدر العبوة الناسفة أو الصاعق على أن يتم مضاهاة البصمات المرفوعة من مسرح الحادث مع بصمات المشتبه بهم أو المتهمين بدقة متناهية حيث أن العشوائية أحياناً وعدم الدقة في أخذ البصمة يؤدي إلى عدم تطابق بصمة الجاني مع البصمة المرفوعة من مكان الجريمة.

٤- الاستفادة من الشهود في تحديد المكان الذي بدأت منه النار أو الانفجار ولون الدخان الذي ظهر في أول الأمر فلون الدخان يحدد مادة العبوة فالدخان الأسود يستفاد منه أن مادة العبوة الناسفة هي (TNT) أما إذا كان لون الدخان أبيض فيستفاد منه أن مادة العبوة الناسفة أو المفرقات هي الديناميت.

٥- كيف سعى المخرب أو الإرهابي إلى الهدف والطريق الذي سلكه ليتم التأكد من صواب عملية كشف الدلالة والتحري من الساكنين على جانبي الطريق الذي سلكه عمن كان مع الإرهابي أو من قدم له مساعدة في الوصول إلى الهدف.

٦- جمع المعلومات الكافية عن المشتبه فيهم والمتهمين حيث وتلك المعلومات تحدد أفكار ومعتقدات المشتبه بهم والمتهمين واختصاصاتهم العلمية أو الوظيفية وارتباطاتهم العائلية قد تؤكد الترابط بين الحلقات المكونة للجريمة.

٧- هل المتهم عضو في هيئة عسكرية أو نظامية؟

٨- من الذي دربه؟

٩- ما هي تفاصيل دراسته وتدريبه. فقد ثبت في عملية تدمير برجى التجارة بنيويورك

فهل كان المبلغ مرتبكاً أم طبيعياً وما هي لهجته أو لكنته وهل هو أجنبي وهل بلغ فور الحادث أو بعد فترة من الحادث وما مصلحة المبلغ وهل هناك أي علاقة ظاهرة بينه وبين وقائع الحادثة بمعرفة الأسباب التي دعت المبلغ إلى البلاغ ليتم الحكم على مقدار صحة البلاغ.

٢- تصوير الحادث مع توضيح معالم التخريب والأضرار الناتجة.

فالوصف بالتصوير يعتبر مكملاً للوصف بالكتابة لمعالم التخريب والأضرار الناتجة عن الحادث ويكون غالباً أحسن طريقة تسجل وتوضح مسرح الجريمة بتفصيلاته الدقيقة فتبين مواقع الأشياء في مسرح الجريمة وتستخدم كدليل لإسناد موقف المحقق لما وجد في المسرح وكل ما يتعلق بالشيء الموجود من حيث محله وطبيعته وشروطه الخاصة به.

فالتصوير يعطي صورة طبق الأصل لمسرح الجريمة بالحالة التي عليها دون زيادة أو نقصان ويكمل إثبات أي أمور أغفل عنها المحقق أو تناولها بالفاظ مبهمه أو تفهم بمعانٍ مختلفة ناهيك عن توثيق حقيقة الحادث للاستفادة من ذلك في مواجهة المتهمين الفارين عند إلقاء القبض عليهم أو مقارنة أقوال شهود تقدموا بشهادتهم بعد فترة من الحادث بحقيقة ما وثقه التصوير.

٣- البحث عن بصمات الأصابع على الأشياء التي استعملت في التخريب أو الجرم الإرهابي حيث والبصمات من أقوى الأدلة المادية التي تجمع قوانين الدول المتحضرة على اعتبارها دليل إثبات قاطعاً فيلزم جمع البصمات من على جميع الأجسام الملساء التي أمسكها الجناة خلال العملية الإرهابية من أبواب أو جدران ممرات أو نوافذ إضافة لأدوات الجريمة التي استخدموها كما يحصل عندما يقتحم إرهابي مكاناً به تجمع لأشخاص

في حال الضرورة القبض والتفتيش في حال الاشتباه ولو بأمر شفوي من مأمور الضبط أو وكيل النيابة وبالقوة اللازمة إذا كانت هناك مقاومة على أن يكون التفتيش دقيقاً دون انخداع بالمركز الاجتماعي أو المظهر الخارجي وأن يكون عاماً وشاملاً خاصة في القضايا الإرهابية الخطيرة فلا يكون مقصوراً على جيوب الشخص المراد تفتيشه فقط بل كافة ألبسته قطعة قطعة ولو أدى الأمر إلى نزع ملابس الشخص وتزويده بغيرها إلى أن تتم عملية التفتيش وتفتيش داخل الأحذية وفحص كعوبها وتجاويفها فكتيراً ما يحفظ بها التقارير السرية والخطط الإرهابية وتشكيل الخلايا أو توضع بها قطع من الديناميت لتنفيذ أعمال إرهابية ولا يمنع أن يصل التفتيش للضرورة القصوى إلى ربطات العنق وثنايا السراويل وشعر الرأس، وبعض تجاويف البدن إن لزم الأمر بواسطة خبير كما يرى بعض الفقهاء ويستحسن أن يتم تفتيش المشتبه به وهو واقف وكلتا يديه على الحائط وتكون قدماه متباعدتين ولا يتلفت يميناً أو يسرة مع الانتباه لأي خطر يمكن أن يصدر منه أثناء عملية التفتيش ويمنع تفتيش المرأة المشتبه بها إلا من قبل امرأة مكلفة بذلك.

١٧- وفي حال تفتيش أوكار الإرهابيين على المختص بالتفتيش النظر بشكل ثاقب إلى كل ما يقع عليه بصره ويمعن فيه الفحص والتأمل والتساؤل فقد يشاهد تغيراً في موضع من جدران الوكر الداخلية سواء في لون البياض أو ترميماً فيجب البحث في هذا الموضع وما شابهه فربما أخفى الإرهابيون في هذا المكان شيئاً ما كالسلاح والمتفجرات والأوراق السرية وقد يخفي الجناة تلك الأشياء أيضاً في السراديب أو تحت أرضية الحجرات مما يستدعي قوة الملاحظة ويفضل أن يكون خط السير في التفتيش على شكل دائري يبدأ

في ١١/٩/٢٠٠١م أن أمهر منفي الهجوم كان دارساً للهندسة المعمارية ثم تدرّب على قيادة الطائرات مما جعله يصوب اصطدام الطائرة التي يقودها بإحكام إلى مركز الثقل في البرج المستهدف وتهدمه.

١٠- هل صنع المفرقات بنفسه؟

١١- يطلب منه أن يشرح الطريقة التي تدرّب على استعمالها.

١٢- هل كان ماهراً في صنع متفجرات زمنية للاستدلال على الاحتراف وتكرار إعداده المتفجرات.

١٣- ما هي الأدوات والمواد التي استعان بها فهناك كثير من المفرقات المعدة من مكونات بسيطة كيميائية وطبيعية وطبية وتشكل عند مزجها مواد شديدة الانفجار فتلك المواد قد تظهر في أوكار الإرهابيين والمخربين وكأنها مواد غير تخريبية فعلى المحقق ملاحظة ذلك كونه أمراً في غاية الأهمية ولربما أن تلك المواد على تجانس مع المواد الناتجة من المتفجرات الإرهابية محل التحقيق ويلزم سرعة تحريزها هي وأية ساعات أو أنابيب.

١٤- كيف يحصل الإرهابيون على تلك المواد؟

١٥- كيف قدم المتهم إلى المنطقة التي باشر فيها فعله أو نشاطه الإجرامي لمعرفة من أوصله واكتشاف الخلايا المنتجة للإرهابيين ومن الذي يصدر لهم التعليمات؟ فقد ثبت أن خمسة من منفي الهجوم على برج التجارة في ١١ سبتمبر ٢٠٠١م دخلوا الولايات المتحدة بجوازات مزورة ولولا ضعف الإجراءات الأمنية بالمطارات الأمريكية ما تمكنوا من الدخول ولما تم تنفيذ العملية.

١٦- على المحقق أن يفتش المشتبهين والمتهمين في جرائم الإرهاب المحتمل أن يسفر التفتيش عن وجود أمور لها علاقة بالجرم الإرهابي فالمواد (٧٠ - ٧٦ - ٧٩ - ٨١) أ-ج تجيز

بيمين الباب الرئيسي وما يليه من الحجرات بمجمل ما تحويه إلى أن ينتهي إلى آخر نقطة بيسار الباب الرئيسي، وأن يشمل التفتيش كل الملحقات كحظائر المشاية والأسطح ومخزن الغلال والجراج و عش الدواجن ودورة المياه والحديقة مع ضرورة التحوط عند فتح الأبواب من أن تكون مرتبطة بأسلاك موصلة بمتفجرات، وكذا التحوط من فتح بعض الكتب فلربما كانت قد حوت في دفتيها خرماً عبي بمادة متفجرة تنفجر بمجرد فتح الكتاب وكذلك الحال بالنسبة لبعض القطع التي تظهر بشكل قطع موكيت وهي مبطنة بمادة (XDR) شديدة الانفجار يلزم الانتباه لخطورتها حال التفتيش.

حيث يظن البعض أنها مجرد قطع موكيت وهي تحمل الموت الزؤام.

١٨- حالة المتهم المعيشية ومظهره ونفقاته والأوساط التي يختلط بها.

١٩- ما هي موارده وهل تتلاءم مع مصروفاته لاكتشاف الإمدادات الخفية لتمويل العمليات أو الأنشطة الإرهابية وبالتالي معرفة الأشخاص والمصارف والأرصدة المرتبطة بذلك المتهم والتنظيم الإرهابي الذي ينتمي إليه.

المحكمة الجنائية الدولية التكامل ومدى حجية أحكام القضاء الوطني

القاضي / عيدروس محسن عطروش
عضو هيئة التفتيش القضائي

إنشاء المحكمة الجنائية الدولية حدثاً تاريخياً عظيماً
في تطور القانون الدولي والإنساني عامة والقانون
الجنائي الدولي على وجه الخصوص خلال مسيرته
الطويلة ولأول مرة تنشأ هذه المحكمة كآلية لملاحقة ومعاينة مرتكبي
أخطر أنواع الجرائم ضد البشرية تلك الجرائم التي في غالبها تهدد
السلم والأمن في العالم.
وفي روما انعقد مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين في
الفترة من (١٦-١٧ يوليو ١٩٩٨م) وفيه صوتت (١٢٠) دولة لصالح إقرار
النظام الأساسي لهذه المحكمة الدولية في الجلسة الختامية.
انضمت إلى هذه الاتفاقية (١٣٩) دولة من بينها (١٣) دولة عربية
وصادقت عليها (٥٠) دولة حتى ٢٠٠٢/٢/١م ليس من بينها دولة عربية.

أدرجت تحت الجرائم ضد الإنسانية واشترط لقيام هذه الجرائم تحقق كافة الأركان المادية والمعنوية للجريمة والتركيز على تمثيل العلم والإرادة الذي يستدل عليه من واقع الحال والظروف ذات الصلة وبالتالي فالمحكمة تختص بالجرائم التالية:

١- جريمة الإبادة الجماعية

وهي خمسة أفعال اعتبر مقترفها مرتكباً لجريمة الإبادة الجماعية إذا ما كان الفعل موجهاً ضد جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، ذلك بقصد إهلاكها كلياً أو جزئياً وذلك تأكيداً لما نصت عليه الاتفاقيات الدولية بالأخص منع اتفاقية إبادة الجنس البشري لعام ١٩٤٨م وتشمل الأفعال التي تشكل هذه الجرائم ما يلي:

- أ. قتل أفراد الجماعة.
- ب. إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة.
- ج. إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية بقصد إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً.
- د. فرض تدبير يستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة.
- هـ. نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جهة أخرى.

٢- الجرائم ضد الإنسانية

ويشترط لقيام هذه الجريمة أن ترتكب أثناء الحرب أو أن تكون مرتبطة بجريمة من الجرائم ضد السلام، ويعد إدراج هذا النوع من الجرائم في النظام الأساسي للمحكمة كجريمة مستقلة يعد بحق ميلاداً لتلك الجريمة وعلامة مضيئة أخرى في مسيرة القانون الجنائي الدولي وقد حددت المادة (٧) من النظام الأساسي للمحكمة هذه الجرائم وهي:

- أ. القتل العمد.
- ب. الإبادة.
- ج. الاسترقاق.

يعد موضوع التكامل بين المحكمة الجنائية الدولية والقضاء الوطني أحد أهم الركائز التي قامت عليها فكرة المحكمة، وقد كان من أهم الدوافع للأخذ به هو جعل المحكمة مقبولة لدى أكبر عدد من الدول حتى تتمكن من القيام بواجباتها وذلك بإعطاء القضاء الوطني للدول الأطراف الولاية المبدئية على الدعوى وذلك بالنسبة للجرائم الواردة في النظام الأساسي ولم يغيب عن واضعي هذا المبدأ (مفهوم السيادة) فيما يتعلق بمسائل التعاون والمساعدة القضائية التي تعد الذراع الحقيقية التي سوف تعمل المحكمة من خلالها وخاصة فيما يتعلق بتسليم المجرمين وما يثار بشأنه من إشكاليات ما إذا كان الشخص المطلوب تسليمه يحمل جنسية الدول المطلوب منها التسليم في ظل النصوص الدستورية التي تحظر تسليم المواطنين.

وقد أكد النظام الأساسي للمحكمة في ديباجته على مبدأ التكامل بنصه على أن المحكمة ستكون محكمة للولايات القضائية الجنائية الوطنية وتذكيره أيضاً بواجب الدول بمتابعة مرتكب الجرائم الدولية أمام قضائها الوطني كما نص النظام في مادته الأولى على اعتبار المحكمة محكمة للولايات القضائية الجنائية الوطنية.

بالنسبة للجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة

أعطى النظام الأساسي للمحكمة سلطة النظر في عدد من الجرائم الشديدة الخطورة وتتسم بصفة دولية إما بسبب تلك الجرائم كالإبادة الجماعية وجرائم الحروب وجريمة العدوان أو لسبب ظروف ارتكابها كالجرائم المتعلقة بحقوق الإنسان المحظورة بموجب القانون الدولي المطبق عموماً والتي تعترف به النظم القانونية الرئيسية في العالم والتي

٣- جرائم الحرب

وردت بنص المادة (٨) من النظام الأساسي للمحكمة وعلى اختصاص هذه المحكمة بمحاكمة جرائم الحرب بحسب ما أوردته المادة (٣) المشتركة من اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩م وكذلك لبروتوكولات عام ١٩٧٧م الإضافيين لتلك الاتفاقية وقد عدت المادة (٨ / ٢) من النظام تلك الأفعال التي تقع أثناء النزاعات الدولية المسلحة وأسبغت الفقرة (٢ / ج) من ذات المادة نفس الحكم على تلك الأفعال إذا ما ارتكبت أثناء النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي واستثنت هذه المادة حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية كأعمال الشغب أو أعمال العنف المنفردة والأفعال الأخرى ذات الطبيعة المماثلة والتي لا ترقى إلى وصفها بالنزاع المسلحة وهذا لا يمنع الدولة من ممارسة حقها السيادي على إقليمها والذي يتطلب منها حفظ النظام وتطبيق القانون والدفاع عن وحدة الدولة وسلامتها الإقليمية.

٤- جريمة العدوان

وتدخل هذه الجريمة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وقيد ممارسة المحكمة لهذا الاختصاص بوضع تعريف للعدوان، وقد أناطت الوثيقة الختامية لمؤتمر روما الدبلوماسي باللجنة التحضيرية التي أنشأها بإعداد مقترحات من أجل وضع (حكم) بشأن العدوان بما في ذلك تعريف أركان جرائم العدوان والشروط التي تمارس بموجبها المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة وتقدم المقترحات إلى جمعية الدول الأطراف في مؤتمر استعراضي بقصد التوصل إلى نص مقبول بشأن جريمة العدوان من أجل إدراجه في النظام الأساسي وتدخل الأحكام المتعلقة بجريمة العدوان حيز التنفيذ بالنسبة للدول الأطراف وفقاً للأحكام ذات الصلة من هذا

د. إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان.
هـ. السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية المدنية بما يخالف القواعد الإنسانية للقانون الدولي.
و. التعذيب.
ز. الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري أو التعقيم أو أي شكل من أشكال العنف الجسدي على نفس هذه الدرجة من الخطورة.
ح. اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو إثنية أو ثقافية أو دينية أو متعلقة بنوع الجنس على النحو المعروف في الفقرة (٣) أو لأسباب أخرى من المسلم عالمياً بأن القانون الدولي لا يجيزها وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو بأية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة.

ط. الاختفاء القسري للأشخاص.

ي. جريمة الفصل العنصري.

ك. الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تسبب عمداً في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية.

ان الأفعال الواردة في الفقرة (ز) والتي عادة ما يطلق عليها (الجرائم الجنسية) تعد كل منها جريمة مستقلة في مفهوم النظام الأساسي الأمر الذي استدعى أن يفرد لكل منها أركاناً محددة في الوثيقة الخاصة بأركان الجرائم.

وقد حددت المادة (٧) حالات انطباق هذه المادة وذلك باشتراطها أن ترتكب الأفعال المكونة للجرائم ضد الإنسانية.. في إطار هجوم واسع النطاق أم منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بالهجوم.

نجد أنه في حالة ارتكاب أحد رعايا دولة غير طرف تلك الجريمة على إقليم دولة طرف ولكنها قبلت باختصاص من المحكمة بالنسبة لهذه الجريمة فإن الاختصاص ينعقد.

ففيما يتعلق بممارسة الاختصاص والشروط المسبقة له فقد قررت المادة (١٢ / ١) مبدأ عاماً يقضي بقبول الدولة لاختصاص المحكمة بالنسبة لكافة الجرائم المنصوص عليها في المادة ٥ من ذات النظام وذلك إذا ما أصبحت طرفاً في هذا النظام كما نصت الفقرة (٢) من المادة (١٢) على الحالات التي يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها عليها وذلك عندما يتم تحريك الدعوى من قبل دولة طرف، أو من قبل المدعي العام من تلقاء نفسه وهذه الحالات هي:

- أ- إذا كان الفعل وقع في إقليم دولة طرف.
- ب- إذا كان الفعل وقع على ظهر سفينة أو باخرة مسجلة لدى دولة طرف.
- ج- إذا ارتكب الفعل أحد رعايا دولة طرف.
- د- إذا قبلت دولة غير طرف اختصاص المحكمة فيما يتعلق بجريمة معينة وذلك في حالة تحقق أي من الحالات المنصوص عليها في الفقرات (أ، ب، ج) ويترتب على ذلك القبول التزامها بالتعاون مع المحكمة وفقاً لأحكام التعاون والمساعدة القضائية المنصوص عليها في الباب التاسع من النظام الأساسي.

أما بالنسبة لقبول الدعوى أو (مقبوليته) وفقاً لتعبير النظام الأساسي فقد عدت المادة (١٧) الحالات التي لا تكون فيها الدعوى مقبولة أمام المحكمة وتصدرت تلك المادة عبارة (مع مراعاة الفقرة (١٠) من الديباجة والمادة (١) وهي إشارة إلى مبدأ التكامل وعلى الرغم من حصر المادة لحالات عدم القبول في أربع حالات إلا أن الاستثناءات التي أوردتها عليها أعطت المحكمة سلطة تقديرية واسعة لتقرير ما إذا كانت إحدى تلك الحالات محققة من

النظام الأساسي وقد عالجت المادتان (١٢١، ١٢٢) من النظام الأساسي الأحكام المتعلقة بكيفية اعتماد تعريف للعدوان والأغلبية المطلوبة لذلك في جمعية الدول الأطراف والاستثناءات بالنسبة للدول التي لا توافق على ذلك التعريف وباستقراء المادتين السابقتين يمكن القول بأنه يلزم لاعتماد تعريف العدوان وبالتالي مباشرة المحكمة لاختصاصها فيما يتعلق لهذه الجريمة ما يلي:

- أ- أن تنقضي سبع سنوات على بدء النظام الأساسي.
- ب- أن يتم ذلك في مؤتمر استعراضي للدول الأطراف.
- ج- أن يتم قبول ذلك التعريف بإجماع آراء الدول الأطراف أو بأغلبية ثلثي تلك الدول.
- د- لا تمارس المحكمة اختصاصها بخصوص هذه الجريمة إلا بعد مرور سنة واحدة من تاريخ إيداع صكوك التصديق أو القبول بالنسبة للدول التي وافقت عليه.
- هـ- بالنسبة للدول التي لم توافق على التعريف فإنه لا يحق للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة وذلك عندما ترتكب في إقليمها أو يرتكبها أحد مواطنيها.

وقد أعطت المادة ١٢ من النظام امتيازاً للدولة الطرف بحماية مواطنيها من تقديمهم إلى المحكمة عن جريمة العدوان في حالة رفضها اعتماد التعريف لجريمة العدوان وفي هذه الحالة تكون الدولة الطرف في وضع أفضل من الدولة غير الطرف التي تنظم إلى الاتفاقية بعد اعتماد التعريف والعمل به حيث ستكون ملزمة باختصاص المحكمة على جريمة العدوان، ويحتوي النص المذكور على مفارقة ففي الوقت الذي يمتنع فيه محاكمة رعايا الدولة الطرف التي لم توافق على تعريف العدوان نظراً لعدم اختصاص المحكمة بذلك

أن الإجراءات لم تباشر بشكل مستقل أو نزيه، فإنها تستطيع في تلك الحالات أن تقرر اختصاصها على الدعوى.

أما حالة عدم قدرة الدولة فيستدل من خلال:

- عدم تمكن الدولة من إحضار الشخص مرتكب الجريمة.

- أو عدم تمكنها من الحصول على الأدلة الضرورية لعدم وجود نظام قضائي وطني أو انهياره كلياً أو جزئياً أو لأي سبب آخر يجعل الدولة غير قادرة على القيام بإجراءاتها والذي يعود تقديره إلى المحكمة.

أما بالنسبة للحالة الرابعة: فإن تقدير خطورة الدعوى يخضع لإطلاقات المحكمة دون وضع ضوابط أو معايير تستهدي بها عند تقديرها ما إذا كانت الدعوى على درجة من الخطورة ومن ثم ينعقد الاختصاص لها أو أنها غير ذلك وبالتالي تترك الاختصاص للقضاء الوطني.

ويتعين على المحكمة عملاً بالمادة (٢١ / ١ - ب) عند بحثها في مقبولية الدعوى وللتقرير فيما إذا كانت المحكمة الوطنية قد التزمت بمعايير أصول المحاكمات التي يعترف بها القانون الدولي فإنه يتعين النظر إلى المبادئ التي استقرت في القانون الدولي الموجود في العديد من الوثائق الدولية ومن أهمها:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسة.
- اتفاقيات جنيف والبروتوكولات الإضافية الملحقه.

أما بالنسبة لعدم جواز المحكمة على الجريمة ذاتها مرتين:

أخذت المادة (١٠) من النظام الأساسي بهذا المبدأ القانوني غير أن المحكمة الجنائية الدولية أخضعت كافة المحاكمات التي تتم أمام

عدمه وما يترتب عليه من عدم قبول الدعوى أو قبولها تبعاً لذلك والحالات التي تقرر فيها المحكمة عدم قبول الدعوى هي:

١- إذا قامت الدولة التي لها ولاية على الدعوى بإجراء تحقيق أو المحاكمة إلا إذا لم ترغب هذه الدولة في ذلك أو أنها غير قادرة على القيام بذلك.

٢- إذا ما قامت الدولة التي لها ولاية بإجراء تحقيق في الدعوى وقررت عدم المضي في الدعوى ما لم يفهم من ذلك القرار عدم رغبة الدولة في إجراء المحاكمة أو عدم قدرتها على القيام بذلك.

٣- إذا كان الشخص قد سبق أن حوكم عن الواقعة المنسوبة إليه وليس للمحكمة سلطة إجراء محاكمته مرة أخرى عملاً بأحكام الفقرة (٣ من المادة ٢٠) من النظام الأساسي.

٤- إذا وجدت المحكمة أن الفعل المقترف ليس على درجة من الخطورة يبرر اتخاذ إجراء آخر.

وبالنسبة للحالات الثلاث الأولى: أعطى النص حق اختصاص المحكمة في أن تقبل الدعوى على الرغم من قيام الدولة بالتحقيق في الواقعة أو قيامها بإحالة الواقعة إلى المحاكمة أو حتى في حالة صدور حكم في الدعوى من المحكمة الوطنية التي لها ولاية عليها وذلك خلافاً للأصل الذي يقضي بعدم اختصاصها بالدعوى متى استنتجت المحكمة عدم رغبة الدولة في اتخاذ الإجراءات القانونية ضد مرتكب الجريمة وفقاً لأصول المحاكمات التي يعترف بها القانون الدولي أو عدم قدرة تلك الدولة على التحقيق معه أو مقاضاته ويستدل على عدم الرغبة من تقييم المحكمة لما تم من إجراءات وما إذا يقصد به حماية ذلك الشخص من المسؤولية الجنائية أو أنه ثمة تأخير في اتخاذ الإجراءات التي ينم عن عدم الرغبة في تقديم ذلك الشخص إلى العدالة أو

قياساً بالنظام الأساسي للمحكمة أو حالة ما إذا كان للدولة الطرف الولاية على الدعوى وينص قانونها الوطني على تجريم الفعل المرتكب ولكن ليس بنفس العناصر التي وردت في النظام الأساسي أو أغفل قانونها من إيراد الحقوق والضمانات التي يتعين على الشخص التمتع بها عند اتخاذ الإجراءات القانونية ضده.

فبالنسبة للحالة الأولى: عندما تقوم الدولة باتخاذ الإجراءات في حق الشخص على الرغم من علمها بأن الأفعال التي ارتكبتها الشخص لا تخضع للعقاب في ظل قوانينها الوطنية ويفسر ذلك بعدم رغبة الدولة في عقاب ذلك الشخص وأن القيام بتلك الإجراءات وسيلة لغرض حماية الشخص من المسؤولية الجنائية وبالتالي انطباق الفقرة (٢ / م من المادة ١٧) من ذات النظام التي تعطي الحق للمحكمة بقبول الدعوى أمامها وبسط سيطرتها عليها.

أما الحالة الثانية: التي يفترض أن القوانين الوطنية للدولة الطرف تجرم ذات الأفعال ولكن ليس بالكيفية التي وردت في النظام الأساسي وللإجابة على هذا الافتراض يتوقف على ما إذا كان نص التجريم في القانون الوطني أوسع أو أضيق من النص الوارد في النظام الأساسي.

- فإذا كان النص أسهل تطبيقاً من حيث الشروط والأركان ويجرم أفعالاً أشمل مما ورد في نص النظام الأساسي فإن احتمال تدخل المحكمة والقضاء بمقبوليتها للدعوى يكون ضعيفاً مع افتراض توفر كافة الضمانات والحقوق المعترف بها في المحاكمات الدولية.

- والعكس في حالة ما إذا كان القانون الوطني يضيّق مفهوم الجريمة محل البحث حيث أن ذلك قد يعد بمثابة إعطاء حصانة للشخص من المحاكمة وبالتالي تبسط المحكمة

المحاكم الأخرى لسلطتها التقديرية ولها الحق في محاكمة الشخص مرة أخرى أمامها وفقاً للمعايير التي وضعها النظام الأساسي في تقرير قبول الدعوى المتعلقة بعدم رغبة الدولة في التحقيق أو المقاضاة وقد سبق الإشارة إليها.

وسلطة المحكمة الجنائية الدولية التقديرية فيما يتعلق بعدم جواز محاكمة الشخص مرتين عن الجريمة ذاتها تقتصر على جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب وجرائم العدوان ولا تسري سلطة المحكمة الجنائية الدولية التقديرية على ما عداها من الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية.

التشريعات الوطنية ومدى ملاءمتها

للنظام الأساسي:

ثم يلزم النظام الأساسي للمحكمة الدول الأطراف على تضمين قوانينها الوطنية الجرائم التي تختص بها المحاكم والتي سبق الإشارة إليها غير أن الدول الأطراف ولكي تتجنب قيام المحكمة بسلبها الاختصاص القضائي عن الوقائع التي لها ولاية عليها عملاً بالمادة (١٧) من النظام الأساسي والمتعلقة بالمقبولية فإنه يتعين عليها أن تكون لديها مجموعة متنوعة من القوانين التي تستطيع بواسطتها من اتخاذ الإجراءات اللازمة بدءاً من تحقيق تلك الجرائم ومروراً بمحاكمة مرتكبيها وانتهاءً بضمان تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكمها في إطار النزاهة والاستقلالية.

ويثير موضوع التشريعات أو القضاء الوطني في مواجهة المحكمة العديد من التساؤلات ومن بينها قد يثار موقف الدولة الطرف التي تكون لها الولاية على الدعوى إلا أن قوانينها الوطنية لا تجرم الأفعال المرتكبة

عرضة للمساءلة القانونية أمام المحكمة.

الجوانب الدستورية للتصديق والانضمام إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

لعل هذا الموضوع يكتسب أهمية كبرى لأنه يتحدث عن المواثيق الدستورية للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ويغلب على القضايا المثارة في هذا الموضوع الطابع السياسي، وسنتناول المسائل الأكثر تعقيداً فيها التي أثارت نقاشاً كبيراً خلال الشهور الأخيرة في عواصم عديدة في أرجاء العالم، وأهم النقاط التي أثارت جدلاً واسعاً يمكن حصرها فيما يلي:-

- ١- اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، هل يشكل مساساً بالسيادة الوطنية؟
- ٢- الحصانة المرتبطة بالصفة الرسمية للأشخاص.
- ٣- تقديم الأشخاص للمحكمة الجنائية الدولية ومبدأ حظر تسليم المواطنين.
- ٤- سلطات المدعي العام فيما يتعلق بإجراء التحقيقات في إقليم الدولة الطرف.
- ٥- عدم سقوط الجرائم بالتقادم.
- ٦- عدم جواز المحاكمة عن الجريمة ذاتها مرتين.
- ٧- حق العفو .
- ٨- العقوبات .

لجأت بعض الدول إلى تفسير الأحكام الدستورية على نحو يتوافق مع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بهدف تضايف تعديل الدستور وما يترتب عليه من تأخير يعيق التصديق كما لجأت بعض الدول إلى طرح مسألة الجوانب الدستورية على المحاكم أو المجالس الدستورية المختصة التي حسمت الأمر بضرورة إجراء تعديل دستوري قبل التصديق.

ولايتها وقبولها واختصاصها بها .

الحالة الثالثة: التي تقصر القوانين الوطنية عن إيراد الحقوق والضمانات التي يتعين على الشخص التمتع بها وكذلك عدم إيراد المبادئ القانونية العامة التي تحكم الإجراءات القانونية المتبعة في ظل نظام القضاء الوطني مقارن بما ورد في النظام الأساسي فإن ذلك يؤدي إلى تحقق شرط عدم النزاهة والاستقلالية الفقرة (٢ / ج المادة ١٧) وعلى أساسها تقتضي بمقبولية الدعوى.

وبالرغم من إيجابية فكرة إنشاء هذه المحكمة وبالرغم من سلبيات النظام الأساسي التي تمت الإشارة إلى بعضها إلا أن هناك عدداً من الإيجابيات التي تترتب على قيام المحكمة ومباشرتها لاختصاصها وهي:

- قيام المحكمة بدور هام في إرساء المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان التي نصت عليها الشرائع السماوية والتي تعترف بها كافة الدول.
- قيام المحكمة بدور محرك للدول الأطراف وحافز لغيرها من الدول في إعادة النظر في قوانينها الجنائية الوطنية لكي تتماشى مع المعايير الدولية في ذلك الخصوص مما سيؤدي إلى تقديم حماية واسعة للأفراد والجماعات من العديد من الانتهاكات التي تتعرض لها في كثير من الأنظمة.

- ترفع المحكمة الحرج في العلاقات الدولية في حالة عدم رغبة الدولة الطرف في تسليم أشخاص مطلوبين إلى دول معينة لسبب أو آخر وذلك بتقديمهم إلى المحكمة وفي حالة عدم رغبتها في محاكمتهم لأسباب سياسية أو اجتماعية أو لأية أسباب أخرى.

- لقيام المحكمة أثر إيجابي في تحسين العلاقات الدولية لما تشكله من رادع يحول دون قيام أصحاب القرار بارتكاب أفعال تجعلهم

إطار القانون الوطني أو الدولي لا تحول دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص.

وذلك خلافاً لما تنص عليه بعض الدساتير بحصانة رئيس الدولة والمسؤولين الحكوميين والبرلمانيين ضد المقاضاة الجنائية. وبموجب المادة (٢٧) عاليه يخضع الأخيرون للمحاكمة إذا ما اقترفوا الجرائم المنصوص عليها باتفاقية ١٩٤٨م الخاصة بحظر الإبادة الجماعية، وكذلك اتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩م التي تلزم بمحاكمة كل من ارتكب أحد الانتهاكات الجسيمة الواردة فيها أياً كان موقعه.

لذلك فإنه يجب على كل دولة وفقاً لنظامها الدستوري بحث هذه المسألة للتقرير بدستورية أو عدم دستورية المادة (٢٧) من النظام الأساسي.

٣- تسليم الرعايا .

وهنا تثار مشكلة حظر تسليم رعايا الدولة إلى قضاء أجنبي ومدى تعارض هذا المبدأ مع الالتزام بتقديم رعايا الدولة إلى المحكمة الجنائية الدولية إذا انعقد لها الاختصاص في إجراء المحاكمة. وقد أوجب على هذا التساؤل بأن المحكمة الجنائية الدولية ليست محكمة أجنبية وفقاً لمبدأ الرضائية فالدساتير عندما منعت التسليم إلى ولايات القضاء الأجنبي كانت تقصد بذلك القضاء الوطني للدول الأخرى وليس قضاء دولياً لمحكمة تم إنشاؤها بإرادة هذه الدول ذاتها وفقاً للقانون الدولي.

إن الهدف من حظر تسليم رعايا الدولة ليس هو ضمان إفلاتهم من العقاب، فمعظم الدول تنص على إمكانية ممارستها لولاياتها القضائية على رعاياها إذا ما ارتكبوا أية جريمة في مكان ما من العالم. وإذا ما اضطلعت الدولة وفقاً لمبدأ التكامل المنصوص عليه في

إن اختلاف النظم الدستورية في كل دولة عن الأخرى يوصلنا إلى نتيجة مفادها عدم وجود احكام ثابتة تصلح للتطبيق بشأن التصديق على النظام الأساسي، وإنما تختلف الرؤية من دولة إلى أخرى. وسنتناول بشيء من التفصيل النقاط الثمان الأتفة الذكر.

١- هل يشكل اختصاص المحكمة الجنائية

الدولية مساساً بالسيادة الوطنية؟

ورغم الجدل الذي أثير في هذا الجانب، فقد شجع نظام روما الأساسي الدول على ممارسة سلطاتها القضائية على الجرائم الداخلة ضمن اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية، ولا يجوز للمحكمة ممارسة سلطاتها القضائية إلا إعمالاً للأحكام الواردة في المادة (١٧) ذات النظام الذي أنشئ بمعاهدة دولية الذي يتجسد فيه "مبدأ الرضائية" وفي هذه الحالة لا تتعامل الدول مع محكمة أجنبية أو ولاية قضاء أجنبي، وإنما تتعامل مع قضاء دولي شاركت في إنشائه كدولة طرف و باعتبارها أحد أعضاء جمعية الدول الأطراف كتعيين القضاة مثلاً. وفي هذه الحالة تعتبر المحكمة الجنائية الدولية امتداداً لولاية القضاء الوطني، ولا ينعقد الاختصاص للمحكمة الجنائية الدولية إلا في حالة عدم رغبة الدولة أو كانت غير قادرة على الاضطلاع بواجبها فإنها تحيل بذلك اختصاصها إلى المحكمة الجنائية الدولية.

٢- الحصانة المرتبطة بالصفة الرسمية

للأشخاص.

لا تعتبر المادة (٢٧) من ذات النظام بالصفة الرسمية للأعضاء من المسؤولية الجنائية أو جعلها سبباً لتخفيف العقوبة، كما أن الحصانة أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص سواء في

هذه الإشكالية أيضاً تحل فالجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي لا تتقدم فضلاً عن اتفاقية ١٩٦٨م صاغت قاعدة عرفية في اتفاقية دولية تحظر انطباق التقادم على مثل هذه الجرائم، ومن ثم ليس ثمة تعارض بين السيادة الوطنية وعدم سقوط الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالتقدم، ويمكن حل هذه الإشكالية عن طريق التصديق على نظام روما الأساسي وفي ضوء التشريعات الداخلية ومواءمتها مع نظام روما.

٦- عدم جواز المحاكمة عن ذات الجريمة

مرتين.

يرى البعض وجود تعارض بين المادة (٢٠) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مع القواعد الدستورية الخاصة بعدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الجرم مرتين، إذ أن هذه المادة في الفقرة (٣) منها أجازت محاكمة شخص يكون قد حوكم أمام محكمة أخرى عن ذات الفعل في الحالات الآتية:-

- إذا اتخذت الإجراءات في المحكمة الأخرى لغرض حماية الشخص المعنى من المسؤولية الجنائية من جرائم تدخل في اختصاص المحكمة.

- إذا لم تجر الإجراءات بصورة تتسم بالاستقلالية أو النزاهة وفقاً لأصول المحاكمات المعترف بها بموجب القانون الدولي، أو جرت في هذه الظروف على نحو لا يتسق مع النية لتقديم الشخص المعنى للعدالة، وقد حل هذا الإشكال من خلال المادة (١٧) فقرة (٢) من النظام الأساسي التي تعدد معايير اعتبار الدولة غير الراغبة في الاضطلاع باختصاصها في التحقيق والملاحقة وفقاً لمبدأ التكامل.

٧- حق العفو :

حق العفو المقصود في نظام روما في المادة (١١٠) هو العفو من العقوبة، وليس العفو الشامل عن الجريمة الذي لا يتقرر في معظم

النظام الأساسي بواجباتها، فإن المحكمة لن تكون لها ولاية قضائية ولن يكون عليها واجب الإحالة إلى المحكمة الجنائية الدولية. ويكون الاختصاص لهذه المحكمة عندما تكون الدولة عازفة أو غير قادرة على ذلك.

٤- سلطات المدعي العام فيما يتعلق بإجراء

التحقيقات في إقليم دولة طرف.

تجيز الفقرة (٤) من المادة (٩٩) من النظام الأساسي للمدعي العام أن يباشر بعض أعمال التحقيق دون حضور سلطات الدولة الموجه إليها الطلب وداخل إقليم هذه الدولة، وأن بوسعه على وجه الخصوص جمع إفادات من شهود وإجراء معاينة لموقع عام أو أي مكان آخر. وأنصار مبدأ التكامل لا يرون في ذلك تعارضاً مع الدستور لأن المادتين (٥٤: ٥٧/٣ د) وأحكام الباب التاسع من النظام الأساسي المتعلق بالتعاون الدولي والمساعدة القضائية قد صاغت أحكاماً إجرائية عديدة تكفل احترام السيادة الوطنية عند ممارسة المدعي العام لاختصاصاته، وما حكم الفقرة (٤) من المادة (٩٩) من النظام الأساسي إلا استثناء من القاعدة مشروط ب:-

أولاً: أن تكون الدولة الطرف الموجه إليها الطلب هي دولة أُدعي ارتكاب جريمة في إقليمها. وكان قرار بشأن المقبولية بموجب المادة (١٨) أو المادة (١٩) من ذات النظام.

ثانياً: أن المدعي العام ملزم بإجراء كافة المشاورات الممكنة مع الدولة الطرف الموجه إليها الطلب قبل مباشرة إجراءاته. وقد أخذت بعض الدول بهذا المبدأ.

٥- عدم سقوط الجرائم بالتقدم.

تقضي المادة (٢٩) من ذات النظام بعدم سقوط الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بالتقدم ويرى البعض. عدم توافق هذه المدة دستورياً. ولكن

دساتيرها، ولكن لا يمكن الأخذ بما سلف على إطلاقه وإنما على كل دولة أن تقر مدى الاتفاق من عدمه ٩ .

الدول إلا بالقانون، ومن ثم فلا تعارض بين حكم المادة (١١٠) من النظام الأساسي والأحكام الدستورية بما أن المحكمة الجنائية قد انعقد لها الاختصاص وأصدرت حكماً في الدعوى وبالتالي تنظر في إمكانية تخفيف العقوبة وإصدار أمر بالإفراج عن أي شخص صدر عليه حكم وفقاً للنظام الأساسي.

٨- العقوبات:

ثار التساؤل بشأنها فيما يتعلق بعقوبة السجن المؤبد وهي عقوبة غير مقررة في بعض الدول وفقاً لقوانينها الوطنية وكذلك بالنسبة للدول التي تأخذ بعقوبة الإعدام، حيث انتهى الأمر إلى أنه لا تعارض لأن المادة (٨٠) تسمح باستبعاد تطبيق العقوبات غير المنصوص عليها في التشريعات الوطنية كما أن المادة (١١٠) من النظام الأساسي تسمح بإعادة النظر في العقوبات بما يجعل الفترة الزمنية للعقوبات أكثر مرونة، أما الدول التي تأخذ بعقوبة الإعدام فقد حسمت هذه الإشكالية المادة (٨٠) من النظام التي تمنح الدول حق توقيع العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية إذا ما تمت محاكمة الشخص أمام المحاكم الوطنية.

وختاماً ما تقدم:

فإنه يلزم أن تقوم كل دولة بدراسة النظام الأساسي والانتهاج إلى أحد الأمور الثلاثة :-
- تفسير النصوص الدستورية .
- قطع الشك باليقين ويتبين أن هناك تعارضاً مع أحكام الدستور وهنا يتم التصديق الفوري على النظام الأساسي ويتبع ذلك إجراء تعديل .
- إجراء تعديل للدستور ومن بعد تقوم بالتصديق .

صادقت (٥٠) دولة على نظام روما الأساسي دون أن تتخذ أغلبها تعديلات دستورية لأنه لا يوجد تعارض بين النظام الأساسي وبين

تاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكمات الدولية من فرساي (١٩١٩) إلى رواندا (١٩٩٤) (*)

أ.د. / محمود شريف بسيوني

أستاذ القانون ورئيس المعهد الدولي لحقوق الإنسان

بجامعة دي بول بشيكاغو

رئيس الجمعية الدولية للقانون الجنائي

رئيس المعهد الدولي للدراسات الجنائية

تاريخ وسجل هيئات التحقيق والمحاكم الجنائية الدولية منذ صدور معاهدة فرساي وحتى إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا لأبرز دليل على مدى حاجة المجتمع الدولي إلى إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة، ففي ظل غياب مثل هذه المحكمة لم يقتصر الأمر على مجرد إفلات العديد من الاعتداءات الوحشية دون عقاب، بل تأثر كافة من شاركوا في التحقيقات والمحاكمات التي أجريت خصيصاً من أجل هذا الغرض بتعاير أو تباين الاهتمامات السياسية أو بالتغيير في المواقف السياسية الجغرافية، وبالرغم من جهود الأمم المتحدة لإنشاء محكمة جنائية دولية دائمة وقانون واضح للجرائم، فما زالت هذه الجهود محور بحث ومحل نقاش وجدل بالرغم من الأهمية الأساسية للدروس التي تلقاها المجتمع الدولي منذ انتهاء الحرب العالمية الأولى.

الوسائل البيروقراطية والصعوبات المالية لتوجيه وتجريد ووقف والقضاء على هذه الهيئات لأسباب سياسية، وغالباً ما تمرد السياسيون إضاعة الوقت حتى يضعف ضغط واهتمام الرأي العام بالعدالة، ومن ثم لا يكونون مرغمين على أن يضمنوا نجاح تلك الهيئات.

وخير مثال للتفاعل فيما بين القانون والسمات السياسية لهذه الهيئات هو توزيع السلطات خلال المراحل المختلفة للمحاكمة، فقد انفصل إنشاء هذه الهيئات مراراً وتكراراً عن إدارتها تماماً، كما انفصلت مرحلة التحقيق عن المحاكمة، وفي جميع الأحوال وبدون استثناء فقد تم إنهاء عمل كافة الهيئات القضائية التي أصدرت أحكاماً عقب المحاكمة مباشرة، أما عن مرحلة تنفيذ العقوبة - فيما يتعلق بالعضو والإفراج الشرطي - فقد كانت من اختصاص وتحت مسؤولية الإداريين السياسيين، ولم تكن قرارات هؤلاء بالطبع مدفوعة باعتبارات العدالة، كما أسهم ذلك التقسيم في صعوبة تقدير طبيعة وتأثير القرارات السياسية والقصد منها، وخاصة تلك التي أنشأت وأدارت وأنهت هذه الهيئات، فضلاً عن أن الوثائق المسجلة للمراحل المختلفة نادراً ما عكست النشاط الذي كان يحدث خلف الستار السياسي، فقد كان الأشخاص المشتركون في العملية السياسية مخلصين لؤلاء الذين رشحوهم لتلك المناصب فلم يفضحوا عن الاعتبارات السياسية التي أثرت في إدارة تلك الهيئات، ومن ثم كثيراً ما لم يكتمل التاريخ الحقيقي لهذه المؤسسات.

ومن هنا فإنه لجدير بالذكر أننا لو اعتبرنا أن الدروس المستفادة من الماضي لا بد وأن تحدد طريق المستقبل فإن إنشاء نظام دائم للعدالة الجنائية الدولية ذي قاعدة دائمة ومستمرة يعد أمراً حتمياً. بيد أن هذا النظام

ففي خلال الفترة ما بين عامي ١٩١٩ و ١٩٩٤ أنشئت خمس لجان تحقيق دولية خاصة وأربع محاكم جنائية دولية خاصة، وعقدت ثلاث محاكمات وطنية مفوضة دولياً عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية، وقد تمت تلك المحاكمات والإجراءات تحت مسميات قانونية مختلفة تبعاً لالتزامات متباينة، وجاء العديد منها بنتائج مغايرة لما كان منشوداً منها أصلاً.

ولقد كانت هذه التحقيقات والمحاكمات مجرد ترضية لمطلب عام بضرورة الاستجابة للأحداث المأساوية والسلوك المذهل خلال النزاعات المسلحة، وعلى الرغم من الضغوط التي مارسها المجتمع الدولي طالباً العدالة فلقد أنشئت هيئات تحقيق ومحاكم لبعض النزاعات الدولية فقط، أما عن النزاعات الأهلية - مهما كانت بشاعتها - فلم تجذب سوى القليل من اهتمام القوى العظمى التي كانت ملزمة بإنشاء مثل تلك الهيئات. وبالنظر إلى محكمة رواندا فإنها هي الوحيدة التي اختصت بنظر جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب التي ارتكبت خلال نزاع مسلح غير دولي، إلا أنها لم تحقق إلا نجاحاً محدوداً حتى تاريخه.

ولقد كان الهدف المعلن من إنشاء تلك المحاكم ولجان التحقيق هو تحقيق العدالة باتباع إجراءات ووسائل مستقلة ومؤثرة وعادلة، إلا أن ذلك نادراً ما حدث فقد كان إنشاء وإدارة تلك الهيئات خاضعاً لأهداف الواقع السياسي في تلك المرحلة بدرجات متفاوتة، وكانت تحت سيطرة وتأثير الاعتبارات السياسية، ففي بعض الأوقات كشفت عن ذلك بممارسات علنية وفي أوقات أخرى باستخدام طرق مأكرة. وغالباً ما أدت القرارات السياسية إلى صعوبات قانونية وشخصية ولوجيستكية تسببت في اختلال أداء تلك المحاكمات، فتم استخدام

١- المحاکمات التي أجرتها المحكمة العليا الألمانية (١٩٢١ - ١٩٢٣) بناء على الطلبات المقدمة من الدول المتحالفة، استناداً إلى معاهدة فيرساي (محاکمات لايبزج).
٢- المحاکمات التي أجراها الحلفاء الأربعة الكبار على الساحة الأوروبية (١٩٤٦ - ١٩٥٥) بموجب قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) (Control Council Law).

٣- المحاکمات العسكرية التي أجرتها الدول المتحالفة في الشرق الأقصى بناء على توجيهات لجنة الشرق الأقصى. (١٩٤٦ - ١٩٥١).

ولأن هذه الإجراءات كانت إما متصلة أو مرتبطة بأسباب النزاعات التي تسببت في إنشائها فإن التحليل التاريخي لها هو أنسب طريقة لفهمها.

المبحث الأول

لجنة عام ١٩١٩ لتحديد مسؤوليات

مبتدئي الحرب وتنفيذ العقوبات؛

لقد أنشأ الحلفاء المنتصرون أول لجنة تحقيق دولية في نهاية الحرب العالمية الأولى عندما دعت القوى المتحالفة والمشاركة إلى مؤتمر السلام التمهيدي في باريس عام ١٩١٩ وفي المؤتمر تفاوض ممثلو الحلفاء في استسلام ألمانيا ومعاهدة السلام التي تم إملاء شروطها. وقد أثارت المناقشات بين الحلفاء موضوعات كان أهمها محاكمة قيصر ألمانيا ويلهلم الثاني ومجرمي الحرب الألمان والمسؤولين الأتراك عن الجرائم ضد قوانين الإنسانية. وأخيراً وبعد كثير من توفيق وجهات النظر اتفق ممثلو الحلفاء على شروط معاهدة السلام بين الحلفاء والقوى المتحالفة وألمانيا وتم إبرامها في ٢٨ يونيو ١٩١٩ بفرساي، وقد نصت المادة (٢٢٧) من المعاهدة على إنشاء محكمة جنائية خاصة لمحاكمة قيصر ألمانيا

لا بد وأن يكون مستقلاً وعادلاً ومؤثراً لكي يتجنب الضجوة التي شهدتها الماضي، فضلاً عن أنه لا بد من توفير العملية الكافية له من أهواء السياسة الواقعية لأنه وإن كان التوفيق بين وجهات النظر من فنون السياسة فهو ليس من العدالة في شيء.

لقد تم تشكيل خمس لجان تحقيق دولية هي:

١- لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب وتنفيذ العقوبات (لجنة ١٩١٩).

٢- لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب (١٩٤٣).

٣- لجنة الشرق الأقصى (١٩٤٦).

٤- لجنة الخبراء المشكلة بناء على قرار مجلس الأمن رقم (٧٨٠) للتحقيق في جرائم الحرب وانتهاكات القانون الإنساني في يوغوسلافيا السابقة (لجنة الخبراء المعنية بيوغوسلافيا) (١٩٩٢).

٥- لجنة الخبراء المستقلة المشكلة وفقاً لقرار مجلس الأمن رقم (٩٣٥) للتحقيق في الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي التي ترتكب على أرض دولة رواندا (١٩٩٤) (لجنة الخبراء المعنية بدولة رواندا) (١٩٩٤).

كما تم تشكيل أربع محاكم دولية خاصة وهي:

١- المحكمة العسكرية الدولية لمحاكمة كبار مجرمي الحرب على الساحة الأوروبية (١٩٤٥).

٢- المحكمة العسكرية الدولية لمحاكمة كبار مجرمي الحرب في الشرق الأقصى (١٩٤٦).

٣- المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة (١٩٩٣).

٤- المحكمة الجنائية الدولية لرواندا (١٩٩٤).

بالإضافة إلى ثلاث محاكمات دولية رسمية منذ عام ١٩١٩ وهي:

حماية قواعد ونصوص قانون الدول حسبما جرت العادة التي نشأت بين الشعوب المتحضرة بما يمليه الضمير العام وقوانين الإنسانية.

وبناء على ما أورده بند مارتنز نصت المعاهدة على جزء من قوانين الإنسانية وبعض القواعد العامة للقانون والتي يجب أن تطبق في النزاعات المسلحة، ولكن هذا التقنين الجزئي لم يطرح باقي نصوص القانون الدولي الإيجابية جانباً وإنما تسبب في تأجيل صدور ذلك التقنين لحين إحراز رضاء سياسي أكبر في وقت آخر.

ولقد شعرت اللجنة بمشروعية الاستناد إلى توسع بند مارتنز في مفهوم الاتهام بارتكاب جرائم ضد قوانين الإنسانية، بينما عارضت الولايات المتحدة الأمريكية واليابان ذلك على وجه التحديد بناء على أن اللجنة كانت مكلفة بتحقيق انتهاكات قوانين وأعراف الحرب وليس حل مشكلة ما أطلقوا عليه (قوانين الإنسانية غير المقننة). وعلى الرغم من أنه كان لا بد من توجيه الاتهام إلى المسؤولين الأتراك بتهمة قتل الأرمن على نطاق واسع في غضون عام ١٩١٥ بتركيا إلا أنه لم يتخذ إجراء واحد حيال ذلك. وقد كان الأساس في تلك الاتهامات ما نصت عليه معاهدة سيفر لعام ١٩٢٠ بين الحلفاء والأتراك والتي تضمنت استسلام الأتراك المتهمين لمحاكمتهم بتهمة ارتكاب جرائم ضد قوانين الإنسانية، ولكن نظراً لعدم التصديق على هذه المعاهدة فضلاً عن عدم تطبيق أي من بنودها فقد تم تبديلها في عام ١٩٢٣ بمعاهدة لوزان والتي لم تتضمن أي مواد بشأن المحاكمات، بل والأدهى من ذلك أنها تضمنت ملحقاً غير معلن يضمن العفو عن المسؤولين الأتراك.

ونظراً لأهتمام الحلفاء باستقرار تركيا وشغفهم ببقاء مجموعة الأتراك الجديدة الحاكمة والمنحازة إلى قوى الغرب فقد منح

ويلهلم الثاني عن دوره في إشعال الحرب، كما نصت المادتان (٢٢٨) و (٢٢٩) من المعاهدة على محاكمة ضباط الجيش الألماني المتهمين بخرق قوانين وأعراف الحرب أمام المحاكم العسكرية لأي من الدول المتحالفة أو المحاكم العسكرية لأي من الحلفاء.

ولقد أطلق على لجنة الحكومات الرسمية التي أنشأها مؤتمر السلام التمهيدي لجنة تحديد مسؤوليات مبتدئي الحرب وتنفيذ العقوبات، وقد كان هدفها تحقيق وإعلان مسؤولية مبتدئي الحرب وكل من خالف قوانينها وأعرافها من أجل محاكمتهم.

وقد عقدت اللجنة اجتماعات مغلقة لمدة شهرين وأجرت تحقيقات مكثفة وكان من المفترض أن يتوج هذا العمل بتحديد أسماء الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم حرب محددة على سبيل الحصر، إلا أن ذلك لم يحدث نظراً لتأثر هدف تلك اللجنة ببعض التطورات في السياسة المتلاحقة، وهنا يثور تساؤل منطقي ومقبول وهو: هل كانت نوايا الحلفاء هي السعي من أجل العدالة أم أنهم تعمدوا استعمال رموز العدالة لكي يحققوا أهدافاً سياسية.

وقد انتهت اللجنة من إعداد تقريرها في ١٩٢٠ حيث قدمت قائمة تحوي أسماء (٨٩٥) مجرم حرب على أن يتم محاكمتهم أمام محاكم الحلفاء، وقد حاولت اللجنة اتهام بعض المسؤولين والأشخاص الأتراك بتهمة ارتكاب جرائم ضد قوانين الإنسانية مستندة إلى ما جاء بتمهيد معاهدة لاهاي لعام ١٩٠٧ والتي تضمنت بند مارتنز الذي نص على:

(حتى صدور تقنين أكثر إلزاماً بقوانين الحرب فإن الأطراف الموقعة على هذه المعاهدة تعتبر أنه من الضروري إعلان أنه في الحالات غير المنصوص عليها في اللوائح المعمول بها لديهم فإن المحاربين والسكان يبقون تحت

تلك كانت وسيلة لتجنب إنشاء محكمة بموجب المادة (٢٢٧) فضلاً عن أن الحلفاء لم يكونوا مستعدين لإرساء سابقة بمحاكمة رئيس دولة بسبب جريمة دولية جديدة وقد كان ذلك واضحاً في اختيارهم الكلمات التي استعملوها في صياغة المادة (٢٢٧) والتي تمت صياغتها بمعرفة ممثلي بريطانيا العظمى:

(الحلفاء والقوى المتحالفة يستدعون وليم الثاني إمبراطور ألمانيا السابق رسمياً لارتكابه جريمة عظمى لمبادئ الأخلاق العالمية وقديسة المعاهدات. وسوف تشكل محكمة خاصة لمحاكمة المتهم وبذلك تكفل له الضمانات اللازمة لحقه في الدفاع على أن تتبع المحكمة في حكمها أسمى بواعث السياسة الدولية مع مراعاة إثبات قديسة الالتزام بالتعهدات الدولية، ولسوف يوجه الحلفاء والقوى المتحالفة طلباً رسمياً لحكومة هولندا طالبين تسليم الإمبراطور السابق لهم لاحتمال تقديمه للمحاكمة).

ومما سبق يتضح أن النص لم يشر إلى جريمة دولية محددة ومعروفة ولكنه وصف مفهوم جريمة العدوان على أنها جريمة سياسية، ولذلك أصبح لدى حكومة هولندا أساس قانوني مشروع لرفض أي طلب رسمي يتقدم به الحلفاء محاولين طلب تسليم القيصر لمحاكمته. ولكن لم تقدم أية طلبات، فربما كان مطلوباً أن تكف المادة (٢٢٧) عن أداء دورها حيث أنها كانت بمثابة تصريح للتكتل الأوروبي الذي صور وسيلة لتجنب إنشاء محكمة بموجب المادة (٢٢٧).

وبحلول عام ١٩٢١ ضعف حماس الحلفاء لإنشاء المحاكم العسكرية - جماعية كانت أو حتى خاصة - وفقاً لما نصت عليه المادة (٢٢٨) من المعاهدة فضلاً عن تطورات جديدة حدثت في أوروبا أوجبت وقف إذلال ألمانيا حتى يمكن تجنب تعريض استقرار الجمهورية الألمانية

المسؤولون الأتراك حصانة ضد جرائم الحرب في ذات الوقت الذي جذبت فيه الثورة البلشفية عام ١٩١٧ أنظار إنجلترا وفرنسا حينما تسببت في قلب النظام القيصري، ومن ثم أصبحت تركيا مرتبطة حدودياً بالنظام الشيوعي الجديد فضلاً عن احكام سيطرتها على مضيقي البسفور والدردانيل اللذين يتحتم على البحرية الروسية عبورهما للوصول من البحر الأسود إلى البحر المتوسط لمساندة المعسكر الغربي آنذاك، وهكذا سادت المصالح السياسية على حساب تطبيق العدالة.

المبحث الثاني:

فشل الحلفاء في إجراء محاكمات بناءً

على اتفاقية فرساي

لم تربط معاهدة فرساي لجنة ١٩١٩ بالمحاكمات اللاحقة التي تمت بموجب مادتها رقمي (٢٢٨)، (٢٢٩) المشار إليهما آنفاً، مما تسبب في احداث فراغ بين مرحلتي التحقيق والمحاكمة، وبناء عليه إذا جاءت نتيجة التحقيقات غير مجدبة سياسياً فإن تجاهل التقرير ونسيانه يصبح أمراً يسيراً، ولو حدث أن جاءت النتيجة مجدبة سياسياً فيمكن استخدامها في محاكمات لاحقة.

وعلى الرغم من أن المادتين (٢٢٧، ٢٢٨) هما من أهم ما نصت عليه معاهدة فرساي، إلا أنه لم يتم تطبيقها على القيصر، فلم يتم محاكمته بموجب المادة (٢٢٧) حيث تقدم بطلب اللجوء إلى هولندا، فلجأ الحلفاء إلى بحث إمكانية التقدم بطلب تسليمه في وقت لاحق من خلال القنوات الدبلوماسية، إلا أن رد ملك هولندا جاء سلبياً حيث أنه ابن عم القيصر، فلم يطلب الحلفاء رسمياً تسليمه كمجرم ولم يتم رفض أي أمر قضائي رسمي أو أمر إداري بتسليمه مما أثار الحلفاء فألقى بعضهم اللوم على هولندا، بينما رأى آخرون أن

١٩٢٣ باءت رغبة الحلفاء السياسية في تطبيق العدالة بمحاكمة ومعاقبة كل من انتهكوا قانون الإنسانية بالفشل حيث تبعد الاهتمام الدولي العام وألقت الاهتمامات السياسية الوطنية لكل من دول الحلفاء بظلالها على ما تبقى من اهتمامات الأكاديميين والمفكرين في كل من بلجيكا وفرنسا وبريطانيا العظمى في ذات الوقت الذي كانت الولايات المتحدة تعاني فيه من آلام الانعزال السياسي وترفض آراء الرئيس وودرو ويلسون في التعاون السياسي الدولي، وقد برهن الكونجرس على ذلك برفضه لانضمام الولايات المتحدة لعصبة الأمم. ولقد مثلت محاكمات ليبزج التضحية بالعدالة على مذبح سياسة الحلفاء الإقليمية والدولية.

وقد ذهب التزام المعاهدة بمحاكمة وعقاب المتهمين لو لم تفضل ألمانيا أدرج الرياح نظراً لأن اهتمام قادة القوى العظمى السياسيين بمستقبل السلام في أوروبا كان أكثر من اهتمامهم بتطبيق العدالة.

ومن جماع ما تقدم يتضح جلياً أنه قد ساد اعتقاد شائع أن الحرب العالمية الأولى كانت آخر الحروب وأن عصبة الأمم تبشر بنظام دولي جديد يمنع أية حروب مستقبلية. ومع ذلك فقد فات على الحلفاء فرصة إنشاء نظام دولي للعدالة يؤدي عمله باستقلال بعيداً عن الاعتبارات السياسية بما يضمن عدالة غير مشبوهة.

ولم يقتصر فشل الإجراءات الواهنة للعدالة الجنائية الدولية التي أعقبت الحرب العالمية الأولى في ردع القادة العسكريين الذين بدأوا الحرب العالمية الثانية فقط بل تعدى ذلك إلى تقوية وتعزيز فكر هؤلاء القادة. وخير دليل على ذلك ما رده هتلر في خطبه عام ١٩٣٩ بشأن خطته لتطهير الرايخ الثالث من اليهود والعجبر: (من الذي يتحدث اليوم وبعد

المعرضة للسقوط بالفعل للخطر، ومن ثم طلب الحلفاء من ألمانيا محاكمة عدد محدود من مجرمي الحرب أمام المحكمة الألمانية العليا في ليبزج بدلاً من إنشاء محكمة للحلفاء طبقاً لما نصت عليه المادة (٢٢٨).

المبحث الثالث:

محاكمات ليبزج عام ١٩٣٣

استجابة لطلب الحلفاء بمباشرة المحاكمات فقد أقرت ألمانيا تشريعاً جديداً أخذت به على عاتقها محاكمة المتهمين بموجب قوانينها الوطنية وذلك بعد أن كانت أقرت قانوناً وطنياً يجيز تطبيق بنود المادتين (٢٢٧ ، ٢٢٨) من المعاهدة حتى يتم محاكمة المتهمين أمام المحكمة الألمانية العليا المنعقدة في ليبزج. وطبقاً للقانون الألماني فمن حق المدعي العام للمحكمة العليا أن يقرر أي القضايا سوف تقدم للمحاكمة، فكان يتعين على الحلفاء أن يتقدموا بدعواهم متضمنة الدلائل إلى المدعي العام الذي كان يتمتع بحرية التصرف في تلك الدعوى.

ولقد تقدم الحلفاء بأسماء (٤٥) فقط لمحاكمتهم من بين (٨٩٥) متهماً وردت أسماؤهم بالقائمة الأصلية التي أعدتها لجنة ١٩١٩ على الرغم من التقرير الشامل الذي قدمته لجنة ١٩١٩ وما نقله الحلفاء إلى المدعي العام الألماني من معلومات تكميلية فلم يتم في النهاية إلا تقديم اثني عشر ضابطاً عسكرياً للمحاكمة أمام المحكمة العليا الألمانية، ولم يتم اتخاذ أي إجراء سواء من الحلفاء أو ألمانيا ضد أي من الآخرين اللذين اتهمتهم لجنة ١٩١٩ بارتكاب جرائم ضد الحرب أو ممن رفض المدعي العام الألماني محاكمتهم.

وعلى الرغم من توقيع الهدنة بين ألمانيا والحلفاء في ١١ نوفمبر ١٩١٩ فإن محاكمات ليبزج لم تبدأ حتى ٢٣ مايو ١٩٢١، وبحلول عام

اعتمدت اللجنة على الحكومات في تقديم تقاريرها إلا أنها بنهاية عام ١٩٤٢ تسلمت سبعين قضية فقط تحتوي على معلومات غير مكتملة أو عديمة القيمة، وحتى بعد تحذير الرئيس لحكومات الحلفاء لم تخضع لذلك سوى حكومات قليلة جديدة.

ومن الجدير بالذكر أن الحلفاء لم يكتشفوا مدى فظاعة الأعمال الوحشية التي ارتكبها الألمان إلا بعد أن قاموا بتحرير تلك القطاعات التي كانت محتلة، ومن ثم بدأت القوات البريطانية والأمريكية في إعداد قائمة بأسماء مجرمي الحرب المشتبه فيهم حتى يمكن الفصل بينهم وبين السجناء المحررين الآخرين، ومن هنا بدأت حكومة بريطانيا تدفع لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب لاستكمال عملها.

وعلى الرغم من افتقار اللجنة للتعاون من وفيما بين الحكومات المختلفة فقد استطاعت تجميع (٨,١٧٨) ملفاً ضد مجرمي حرب متهمين وجمع المعلومات من الحكومات، وعلى الرغم مما جمعه اللجنة من معلومات خاصة بالاتهامات بجرائم الحرب إلا أنها لم تقدم للمحكمة العسكرية الدولية أو أي من الإجراءات التي أعقبتها قوات احتلال الحلفاء في ألمانيا بموجب قانون مجلس رقابة الحلفاء رقم (١٠) والذي كان لديه فرق تحقيق خاصة، فضلاً عن عدم تقديمها للمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى والمعروفة بـ (IMTFE) أو محاكم الحلفاء العسكرية أو أي من اللجان بالشرق الأقصى. وعلى أي حال فقد اعتمدت المحاكمات الوطنية اللاحقة التي أجرتها الحكومات المختلفة على المعلومات التي جمعتها لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب.

ولقد ضعف الدعم السياسي لهذه الآلية فيما بين (١٩٤٢ و ١٩٤٥) حينما بدأت الولايات المتحدة تسيطر على إجراءات المحكمة

كل ما حدث عن إبادة الأرمن (٩) ومما سبق يتضح أن كلمات هتلر تعكس وجهة نظر ما زالت سائدة حتى اليوم وهي أن حكم القوة دائماً ما يرجح على حكم القانون.

المبحث الرابع:

لجنة الأمم المتحدة لجرائم

الحرب عام ١٩٤٣

لقد فرضت الفظاعات الوحشية التي ارتكبت في الحرب العالمية الثانية الحاجة إلى محاكمات دولية عقب انتصار الحلفاء، وفي عام ١٩٤٢ وقعت القوى المتحالفة بقصر سانت جيمس، اتفافية إنشاء لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب (UNWCC)، وقد كان إعلان سانت جيمس أول خطوة على طريق إنشاء المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرج، وعلى الرغم من التوقعات والأمال الكبيرة التي كانت معقودة على (UNWCC) إلا أن هذه الاتفاقية الحكومية المتعددة الأطراف نشأت عنها هيئة تحقيق خاضعة لاعتبارات سياسية باشرت دوراً أقل بكثير مما توقعه لها الحلفاء.

ولقد تشكلت لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب (UNWCC) من ممثلين من سبع عشرة دولة كانت معظم حكوماتها تباشر سيطرة وقوى محدودة من المنفي، ولقد كان لهذه اللجنة تأثير ودعم سياسي محدود مما أوحى بمستقبل غير أكيد لتلك الحكومات المبعدة، وقد كان من المفترض أن تقوم اللجنة بالتحقيقات وتقصي الأدلة عن جرائم الحرب تحت حماية قوى الحلفاء، ولكن بالرغم من هذا فلم يزود الحلفاء اللجنة بالمحققين أو الموظفين الكافين أو الدعم المالي المناسب لكي تؤدي اللجنة عملها، وفي الواقع خلال أشهر قليلة من إنشائها أعلن أول رئيس لها سير سيسل هيرست أن اللجنة لن تستطيع أن تؤدي العمل المنوط بها على الوجه الأكمل. وقد

النهاية تحققت فكرة المحكمة العسكرية الدولية بفضل إصرار الولايات المتحدة من خلال الرئيس ترومان والقاضي روبرت جاكسون. إلا أن الإجراءات التي اتبعت لم تكن معصومة من الخطأ، فقد استغل الاتحاد السوفيتي المحاكمة لإعادة صياغة التاريخ. فعقدوا محاكمات لأمان متهمين بجرائم ارتكبها الاتحاد السوفيتي ومثال ذلك حادث اختفاء خمسة عشر ألف سجين بولندي تقريباً من بينهم من (٨,٣٠٠) إلى (٨,٤٠٠) ضابط بولندي، وعلاوة على ذلك تأيدت مخاوف بريطانيا من استغلال المتهمين لإجراءات المحكمة العسكرية الدولية كمنبر للدفاع عن أنفسهم حينما كان الدفاع يناقش روبرت جاكسون وراح يخاطب المحكمة لمدة يومين، ومع ذلك فقد أُلقت الدلائل على الممارسات الفظيعة التي ارتكبت بظلالها على أي شيء حاول المتهمون أو دفاعهم قوله، وفي النهاية انتصرت القيم العليا والأهداف التي حاولت الولايات المتحدة وفرنسا وبريطانيا العظمى إنجازها.

أما عن صياغة النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية فقد كان في غاية الصعوبة نظراً لاختلاف الإجراءات الجنائية الوطنية لكل من القوى العظمى الأربع للحلفاء، ففي الوقت الذي كانت الإجراءات الجنائية البريطانية على النقيض تماماً من مثيلتها الأمريكية من حيث الطبيعة والاعتماد على القانون العرفي كان لدى فرنسا نظام قانوني مدني وكان للاتحاد السوفيتي عدالة جديدة شيوعية، إلا أن ممثلي الحلفاء استطاعوا أن ينسقوا فيما بين أنظمتهم القانونية المختلفة بعملية توفيقية. ولقد تشكلت المحكمة العسكرية الدولية بموجب اتفاق لندن في (٨) أغسطس ١٩٤٥ وجاء بها ملحق يحتوي على النظام الأساسي للمحكمة الجديدة، ولقد علق

العسكرية الدولية، فراحت توجه إجراءاتها اللاحقة في محكمة نورمبرج مستندة إلى القانون رقم (١٠) لمجلس رقابة الحلفاء في ذات الوقت الذي تبخر فيه دعمها للجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب، أما عن تأثير اللجنة الأدبي على الحكومات لإرغامها على التعاون معها في ملاحقة مجرمي الحرب المتهمين ومحاكمتهم أو تسليمهم لحكوماتهم فقد اختفى إلى حد بعيد، وقد وضع هذا جلياً بشأن مجرمي الحرب الإيطاليين الذين لم يقدموا للمحاكمة مطلقاً.

المبحث الخامس:

المحكمة العسكرية الدولية

في نورمبرج عام ١٩٤٥

في ذات الوقت الذي كانت لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب تجمع فيه الأدلة كان على القوى العظمى الأربع للحلفاء أن يصلوا إلى قرار بشأن محاكمة عقاب مجرمي الحرب وخاصة قادة النظام النازي الذين وردوا في إعلان موسكو الذي وقع عليه كل من تشرشل وروزفلت وستالين في عام ١٩٤٣، حيث فضلت بريطانيا تعجيل إعدام أخطر مجرمي الحرب مثل هتلر وهملر نظراً لفساد الجرم الذي ارتكبه والذي كان هدفاً لأي إجراء قضائي.

وعلى سبيل المقارنة فمنذ بدأ المناقشات عام ١٩٤٢ في قصر سانت جيمس أيد ستالين إنشاء محكمة دولية خاصة لمحاكمة هتلر ومعاونيه وكبار القادة العسكريين بينما فضلت الولايات المتحدة وفرنسا إنشاء محكمة دولية لمحاكمة مجرمي الحرب. فقد أراد الأمريكيون والفرنسيون لهذه المحكمة أن تسجل التاريخ وترشد العالم وتكون بمثابة ردة مستقبلية. بينما كانت بريطانيا العظمى تخشى أن تسمح الإجراءات العادلة للمتهمين أن يستغلوا المحكمة كاجتماع للدعاية وتبرئة أنفسهم. وفي

الأشخاص المحددين وبخاصة المدنيين في وقت الحرب بين الدول المتحاربة في الوقت الذي وسعت فيه (الجرائم ضد الإنسانية) فقط نطاق تجريم جرائم الحرب لذات الأشخاص المحميين داخل دولة محددة بشرط أن تكون على صلة ببدء وخوض حرب عدوانية أو بجرائم حرب. ونتيجة لذلك التداخل تم استثناء الجرائم التي وقعت قبل عام ١٩٣٩ من المحاكمة.

وقد كان واضحاً من إقرار الفقرة (ج) من المادة السادسة أن الولايات المتحدة قد غيرت موقفها الذي اتخذته من (الجرائم ضد قوانين الإنسانية) قبل لجنة ١٩١٩ من أنها غير موجودة في القانون الدولي، علماً بأنه لم يحدث أي تطور قانوني بين ١٩١٩ و ١٩٤٥ تفسيراً لذلك التغير في الموقف، ففي قضية الفضائح النازية كانت الأحداث أو الوقائع مرشداً للقانون وكان للسياسة أيضاً دور في ذلك.

ولقد كانت محاكمة (الجرائم ضد السلام) الأولى من نوعها دون أي سابقة قانونية باستثناء المحاولة الفاشلة التي جرت عقب الحرب العالمية الأولى لمحاكمة القيصر بموجب المادة (٢٢٧) من معاهدة فرساي، حيث خصصت المادة الفقرة الأولى من المادة السادسة من النظام الأساسي للمحكمة لمحاكمة هؤلاء الذين أداروا أو شاركوا في حرب عدوان على دول أخرى بالمخالفة للمعاهدات ومبادئ القانون الدولي، وقد كان هذا هو أفضل الأسس القانونية التي توصل إليها الحلفاء.

وقد أراد الاتحاد السوفيتي أن يضيف إلى الفقرة الأولى من المادة السادسة عبارة (بواسطة أي من دول المحور الأوروبي) حتى يجعل جريمة بدء حرب عدوان مقتصرة على قادة المحور الأوروبي لكي يتجنبوا تطبيق ذات القاعدة على أي من الأفعال التي أتوا بها. إلا أنه تم الأخذ برأي القاضي جاكسون ممثل

القاضي جاكسون على هذا الاندماج القانوني بقوله أنه كان في مصلحة المدعى عليهم فعلى سبيل المثال كان لهم في معرض دفاعهم عن أنفسهم أن يشهدوا من على المنصة بعد حلف اليمين أو يقوموا في نهاية المحاكمة بتقديم بيان للمحكمة بدون حلف يمين أو بدون تقديمه لمناقشتهم فيه.

وقد واجه المكلفون بالصياغة حملة قاسية لتحديد الجرائم التي سوف يتم محاكمة المدعى عليهم عنها، بيد أن المادة (٦) من النظام الأساسي للمحكمة نصت على محاكمة مرتكبي الجرائم الأساسية الآتية:

(١) الجرائم ضد السلام.

(٢) جرائم الحرب.

(٣) الجرائم ضد الإنسانية.

من وجهة نظر أصولية قانونية كانت أسهل الجرائم تعريفاً هي (جرائم الحرب). وقد تضمن تعريفها في الفقرة (ج) من المادة السادسة: القانون المتعارف عليه (كما وضع في مؤتمر لاهاي ١٩٠٧)، والقانون التقليدي (كما أدل عليه في مؤتمر جنيف ١٩٢٩) منسوباً إلى معاملة أسرى الحرب). وقد واجهوا أيضاً موضوعاً قانونياً أكثر صعوبة وهو ما إذا كانت الجرائم ضد الإنسانية الواردة بالفقرة (ج) من المادة السادسة قد نص عليها في عدة مصادر للقانون الدولي وهي بعض الاتفاقيات المعنية والأعراف والمبادئ العامة للقانون، وترجع هذه الصعوبة إلى أن الجرائم ضد الإنسانية لم ترد في أي معاهدة فضلاً عن أن الحلفاء كانوا في حاجة إلى الابتعاد عن أي تفسير صارم لقواعد الشرعية لكي يتجنبوا سن أي تشريع لاحق يمكن الاعتراض عليه بسهولة في المحكمة. لذلك فإن الأساس المنطقي الذي تستند عليه الجرائم ضد الإنسانية هو نظرية الامتداد التشريعي لجرائم الحرب ويرجع السبب في ذلك إلى تطبيق جرائم الحرب على بعض

منطقياً وعملياً للفرق الأخرى.

وفي ذات الوقت كان أكثر من مليون جندي من الحلفاء قد احتلوا ألمانيا متمتعين بحرية كاملة في الوصول إلى سجناء الحرب والشهود المدنيين والوثائق الحكومية فتم جمع الأدلة بسهولة وقد أرجع تيلفورد تيلور ذلك إلى ما أطلق عليه (ولع الألمان بالدقة الشديدة في حفظ السجلات).

ولقد تمت محاكمة اثنين وعشرين شخصاً من بين أربعة وعشرين اتهمتهم المحكمة العسكرية الدولية، فحصل ثلاثة من المدعى عليهم على البراءة وحكم على اثني عشر بالإعدام شنقاً، وبالسجن مدى الحياة على ثلاثة، وصدرت على الباقين أحكام بالسجن مدد تتراوح ما بين عشرة إلى عشرين عاماً، فما كان من هيرمان غورينغ إلا أن انتحر في نهاية المحاكمة.

وقد كان كافة المدعى عليهم أمام المحكمة من الألمان فلم يتهم أو يحاكم أي مدعى عليهم من قوى المحور الأوروبي الأخرى أمام المحكمة العسكرية الدولية، ولم يحاكم أي عسكريين من الحلفاء عن جرائم الحرب التي ارتكبوها ضد الألمان، ومن ثم فإن هذه الإجراءات كانت من جانب واحد فيما يتعلق بالمتهمين.

المبحث السادس:

قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) الصادر

من الحلفاء الأربعة بصفتهم الحكام

العسكريين لألمانيا لعام ١٩٤٦

مارس الحلفاء سلطة مطلقة على ألمانيا بموجب استسلام الأخيرة غير المشروط، وإحاقاً لميثاق لندن قاموا بسن قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) الذي أجاز للحلفاء محاكمة الألمان في القطاعات الخاصة بالاحتلال، فجاءت محاكمات نورمبرج فعالة بسبب اتحاد

الولايات المتحدة في مؤتمر لندن بعدم إضافة هذه العبارة حيث قرر أن ممثلي الولايات المتحدة لن يشتركوا في صياغة قانون أشبه بقانون التجريم المحظور بموجب دستور الولايات المتحدة فضلاً عن أن حظر العدوان شيء عالمي ومن الممكن تطبيقه ضد الولايات المتحدة ذاتها.

ومما سبق يتضح أن الولايات المتحدة قد غيرت من موقفها من حرب العدوان قبل الحرب العالمية الأولى حيث كانت جريمة تقع تحت طائلة القانون الدولي. إلا أنها عدلت عن ذلك الموقف مرة ثانية في فترة لاحقة خلال الحرب الباردة حينما لم يعد هذا الموقف ملائماً سياسياً.

ولقد ساعد ميثاق المحكمة العسكرية الدولية في تطوير قانون النزاعات المسلحة بطريقة تدريجية، فقد أزلت المادة (٨) من ميثاق المحكمة مقولة الدفاع (إطاعة أوامر الرؤساء) فجعلتها عاملاً مخفضاً لا يعفي المدعى عليهم من مسؤوليتهم عما اقترفوه من جرم، وقد كان ذلك على النقيض تماماً مما نصت عليه أغلب القوانين العسكرية حينما بدأت الحرب العالمية الثانية فلم تتبع المحكمة العسكرية الدولية في أحكامها ما نصت عليه المادة (٨) في كل الأحوال، ومن ناحية ثانية أقرت للدفاع بحالة ما إذا كان ليس للتابع اختيار بديل أخلاقي في رفض إطاعة الأمر.

وبمجرد التوصل إلى حل المسائل الإجرائية والقانونية ألحق ميثاق المحكمة العسكرية الدولية باتفاقية لندن المنشئة لها والتي وقع عليها الحلفاء الأربعة الكبار في (٨) أغسطس ١٩٤٥، ثم انضم إليها تسع عشرة دولة في وقت لاحق، ولقد شكل الحلفاء الأربعة هيئات مستقلة للمحاكمة لكل منها فريق محققين، وكان الفريق الأمريكي قد أعد معظم المستندات التي استخدمها كدليل، وكانت دعماً

أهداف تلك المعاهدة، فقد رأت القوى الكبرى أن التشكيل المعدل للفاشيين هو أفضل معارض للشيوعية، ومن ثم توقفت محاكمتهم أو تسليمهم خشية الأثر السياسية الداخلية التالية وقد أعدت لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب قائمة شملت (٧٥٠) مجرم حرب إيطاليا اتهموا بارتكاب جرائم مختلفة من بينها: الاستخدام غير المشروع للغازات السامة ضد المدنيين والمقاتلين الأثيوبيين بالمخالفة لبروتوكول ١٩٢٩ جنيف، كذا قتل المدنيين الأبرياء أسرى الحرب وتعذيب وإساءة معاملة المسجونين وتفجير سيارات الإسعاف وتدمير الممتلكات الثقافية ومخالفات أخرى عديدة لقوانين النزاعات المسلحة خلال الحرب الإيطالية - الحبشية، فضلاً عن توافر دلائل قوية لدى لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب عن جرائم ارتكبتها عسكريون إيطاليون في اليونان وليبيا ويوغوسلافيا خلال الحرب العالمية الثانية، وقد طالبت حكومات أثيوبيا واليونان وليبيا ويوغوسلافيا تسليم مجرمي الحرب بمقتضى نص المادة (٢٩) من اتفاقية استسلام إيطاليا، إلا أن القوى المحتلة لإيطاليا - الولايات المتحدة والمملكة المتحدة - لم يوافقا على تلك الطلبات، وفي عام ١٩٤٦ رفضت الحكومة الإيطالية طلبات التسليم، ومن ثم وباختصار فقد انتصرت وجهات النظر السياسية مرة ثانية على اعتبارات العدالة.

المبحث الثامن:

لجنة الشرق الأقصى والمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى في طوكيو لعام ١٩٤٦

تمت الموافقة على تشكيل لجنة الشرق الأقصى (FEC) في ديسمبر ١٩٤٥ بموسكو استجابة لطلب الاتحاد السوفيتي وقد أعطت

اعتبارات عديدة أهمها الرغبة السياسية والمصادر الكافية والسيطرة على الإقليم وطبيعة أنظمة الخدمة المدنية والعسكرية الألمانية. وقد ساهمت ذات الاعتبارات في فعالية الإجراءات الأمريكية والبريطانية والفرنسية اللاحقة بموجب قانون مجلس الرقابة رقم (١٠).

ومع ذلك باشر الروس عملهم بطريقة موجزة بقليل أو بلا شيء من أدنى مراعاة للاعتبارات السياسية، وقد كانت المحاكمات في مناطق احتلال الحلفاء أقرب ما تكون إلى المحاكمات الوطنية في طبيعتها إذا ما قورنت بالمحاكمات الدولية لأن الحلفاء كانوا يشكلون القوى العليا في ألمانيا نتيجة استسلام الأخيرة غير المشروط، وعلى الرغم من ذلك شرع قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) على غرار ميثاق المحكمة العسكرية الدولية وما نصت عليه المادة الثانية من المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى من ذات الجرائم الثلاث الواردة في المادة السادسة من النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية. وقد كان الفارق الوحيد في المادة الثانية فقرة (ج) متعلقاً بالفصل ما بين الجرائم ضد الإنسانية وبين بدء الحرب أو جرائم الحرب.

المبحث السابع:

اتفاقية استسلام إيطاليا لعام ١٩٤٥

لم يطبق قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) في أي من دول المحور الأخرى التي هزمت واحتلتها الحلفاء منذ أن أعلن الحلفاء الأربعة الكبار تطبيقه بصفتهم السلطة العليا في ألمانيا، فعلى سبيل المثال احتلت الولايات المتحدة وبريطانيا العظمى إيطاليا بموجب معاهدة استسلام نصت على تسليم ومحاكمة مجرمي الحرب، وعلى الرغم من ذلك حل الخوف من الشيوعية المنتشرة في أوروبا محل

وفي ١٩ يناير ١٩٤٦ أعلن الجنرال ماك آرثر بصفته القائد الأعلى لقوات الحلفاء في منطقة الباسفيكي ونيابة عن لجنة الشرق الأقصى إنشاء (IMTFE) المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى، إلا أن هذه المحكمة لم تكن وليدة معاهدة مقارنة بالمحكمة العسكرية الدولية، ورداً على التساؤل الذي يثور هنا حول سبب تطلب المحكمة العسكرية الدولية لمعاهدة لإنشائها على العكس من المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى، فإنه يمكن القول بأن ذلك يرجع إلى العديد من الاعتبارات السياسية ذات الصلة بالموضوع وأولها أن الاتحاد السوفيتي قد دخل الحرب ضد اليابان التي هزمت بعدها بأسابيع قليلة مما أثار قلق الولايات المتحدة من مطامع الاتحاد السوفيتي في الشرق الأقصى، فضلاً عن رغبة الولايات المتحدة في منع أي تأثير للاتحاد السوفيتي على هذه الإجراءات واهتمامها بسياسات اليابان عقب الحرب العالمية الثانية، ولذلك كانت رغبات دوجلاس ماك آرثر مرشداً لكل ما جاء به لجنة الشرق الأقصى والمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى، ومثال ذلك إنشاؤه بمقتضى سلطته كقائد قوات الحلفاء في مسرح الأحداث باليابان الباسفيكي للجان الولايات المتحدة العسكرية لمحاكمة العسكريين اليابانيين في الفيليبين ومناطق أخرى من مسرح الأحداث العسكرية بالشرق الأقصى، وعلى الرغم من محاولاته للحفاظ على أن يظهر غير متحيز لأي من الإجراءات القانونية المختلفة إلا أنه كان واضحاً بجلاء أنه يحكم قبضة يده على كل شيء.

وفي الثالث من أبريل عام ١٩٤٦ أصدرت لجنة الشرق الأقصى قراراً سياسياً بشأن (القبض على المتهمين والمحاكمة وتنفيذ العقوبات على مجرمي الحرب في الشرق الأقصى. كما خولت الفقرة الأولى من المادة

اللجنة للاتحاد السوفيتي مقداراً ضئيلاً من السيطرة المستقبلية على اليابان كمكافأة على اشتراكه المتأخر في الحرب وتركت السيطرة على اللجنة للولايات المتحدة، وقد تكونت هذه اللجنة من إحدى عشرة دولة مع منح حق الفيتو للحلفاء الأربعة الكبار، وقد نقلت اللجنة توجيهاتها من مقرها بواشنطن إلى مجموعة استشارية عرفت باسم (مجلس الحلفاء لليابان) منعقداً في طوكيو، وقد انحصرت عضوية هذا المجلس في الولايات المتحدة وبريطانيا والصين والاتحاد السوفيتي حيث كانت هذه الدول تشرف على السياسات والممارسات الاحتلالية لليابان.

ولقد كانت لجنة الشرق الأقصى كياناً سياسياً وليس تحقيقياً، الغرض منه توطيد سياسة احتلال اليابان والتنسيق بين سياسات الحلفاء في الشرق الأقصى، ولقد لعبت اللجنة دوراً هاماً في توفير مظلة سياسية للحلفاء المتحدين في المحاكمات فضلاً عن سياسات أخرى متصلة بمحاكمة مجرمي الحرب المشتبه فيهم وتنفيذ العقوبات والإفراج عنهم.

وفي النهاية وعلى الرغم مما سبق أصبحت لجنة الشرق الأقصى كجمعية مناقشات، وعندما تم التوقيع في النهاية على اتفاقية سلام مع اليابان، ماتت اللجنة موتاً هادئاً.

ولقد أصبحت المسائل الاحتلالية من اختصاص الجنرال دوجلاس ماك آرثر القائد الأعلى لقوات الحلفاء ((SCAP)، فوجهت آراؤه ووجهات نظره السياسية من الناحية الفعلية كافة مظاهر العدالة في الشرق الأقصى، وعارض إنشاء اللجنة لأنها أعطت للاتحاد السوفيتي دوراً وحق الفيتو وعلق عليها قانلاً (إن طبيعة تركيب وإجراءات اللجنة جعلتها عقيمة في آخر الأمر).

وفي ١٩٤٩ أصدرت لجنة الشرق الأقصى تقريراً رسمياً إلى القوى المتحالفة التسع عشرة في الشرق الأقصى بضرورة انعقاد محاكمات مجرمي الحرب اليابانيين في موعد أقصاه ٣٠ سبتمبر، ١٩٤٩ إلا أنه في (٨) سبتمبر ١٩٥١ وقعت ثمانية وأربعون دولة على معاهدة السلام مع اليابان في سان فرانسيسكو ونصت المادة الثانية منها على نقل جميع مجرمي الحرب الذين صدرت أحكام بإدانتهم إلى اليابان لتنفيذ المدد المتبقية لهم تحت إشراف القائد الأعلى لقوات الحلفاء، وقد كان ذلك بغرض إطلاق سراحهم مبكراً، وعليه ففي الفترة ما بين ١٩٥١ و ١٩٥٧ تم الإفراج الشرطي عن كل مجرمي الحرب في الشرق الأقصى الذين صدرت ضدّهم أحكام بالإدانة وعدلت عقوبة البعض منهم. وعلى أية حال فقد سبق ذلك أن وقع الإمبراطور هيروهيتو مرسوماً إمبراطورياً في ٣ نوفمبر ١٩٤٦ بمناسبة إعلان الدستور الياباني الجديد - والملمهم من نظيره الأمريكي - متضمناً العفو عن أفراد القوات المسلحة اليابانية الذين ارتكبوا أي مخالفات أثناء فترة الحرب. وقد وافق الجنرال ماك آرثر ضمناً على هذا المرسوم إلا أنه لم ينشر تجنباً لمعارضة الرأي العام في دول الحلفاء. ثم تلا ذلك أن أقرت اليابان القانون رقم (١٠٣) لسنة ١٩٥٢ بإنشاء لجنة لمراقبة إعادة الأسرى والإفراج عن مجرمي الحرب الذين صدرت ضدّهم أحكام كمجرمي حرب. وقد باشرت هذه اللجنة أعمالها بموجب المادة الثانية من معاهدة السلام التي نصت على إعادة الأسرى اليابانيين الذين صدرت ضدّهم أحكام كمجرمي حرب إلى اليابان. وذلك على خلاف ما حدث في ألمانيا حيث أصبح هؤلاء المتهمون والذين صدرت ضدّهم أحكام بالإدانة كمجرمي حرب منبوذين في مجتمعاتهم. أما اليابانيون فكانوا ينظرون إلى هؤلاء الأشخاص كضحايا

السادسة من قرار اللجنة الجنرال بصفته القائد الأعلى لقوات الحلفاء أن ينشئ إدارة تعمل تحت قيادته للتحقيق في تقارير جرائم الحرب وجمع وتمحيص الأدلة وعمل الترتيبات اللازمة للقبض على المجرمين المشتبه فيهم، كما خولته أيضاً الحق في تقرير أي الأشخاص والمنظمات تتم محاكمته، والمحكمة التي سوف يمثلون أمامها.

وقد كان اختيار المشاركين في لجنة الشرق الأقصى والمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى بناء على أساس تمثيلي، فكان كل عضو يمثل حكومة دولته وليس بصفته الشخصية مما أدى إلى تسييس اللجنة والمحكمة، ومن ثم التأثير على العمل الداخلي لهاتين الآليتين وعلى طبيعة العدالة التي أقاموها. وقد كانت الإجراءات ذاتها مفعمة بالشدوذ الإجرائي ومشوهة بانتهاكات عديدة للمنطق القضائي، فقد تم اختيار المدعى عليهم بناء على معايير سياسية. وجاءت محاكمتهم غير عادلة بصفة عامة في الوقت الذي برز فيه جلياً غياب البعض من قائمة المدعى عليهم مثل العسكريين الحلفاء حيث لم تتم محاكمة أي منهم عن جرائم الحرب فضلاً عن تطبيق القانون على بعض المدعى عليهم كان مشكوكاً فيه - إن لم يكن خاطئاً.

كما أن تنفيذ العقوبات كان متضارباً ومحكوماً بنزوات الجنرال ماك آرثر السياسية بصفته صاحب السلطة في العفو وتقليل مدة العقوبات وإطلاق سراح مجرمي الحرب المدانين بشرط. وفي النهاية تم الإفراج عن الخمسة والعشرين متهماً الذين صدرت ضدّهم أحكام بالسجن بنهاية الخمسينيات حيث لم يقض أحد منهم فترة العقوبة كاملة. وقد انطبق هذا أيضاً على كافة من أصدرت ضدّهم المحاكم العسكرية للحلفاء في الشرق الأقصى أحكاماً بالإدانة كمجرمي حرب.

تافهاً أو لم يكن لهم أي دور، فقد كان الجنرال ياماشيتا آخر قائد ياباني في الفلبين قبل وصول قوى الحلفاء لها، وكان ماك آرثر قد أخذ على نفسه عهداً قبل فراره هارباً من الفلبين قبل سقوطها في أيدي القوات اليابانية بأن يعود إلى الفلبين ويعاقب اليابانيين على الممارسات الاحتلالية الوحشية وجرائم الحرب التي ارتكبوها، وبالفعل أمر ماك آرثر بمحاكمة ياماشيتا على الرغم من أن الأخير لم يصدر أمراً أو يعلم بأي من جرائم الحرب التي ارتكبت حيث كان قائداً للفلبين لأقل من شهر قبل استعادة قوات الحلفاء لها.

وفي ديسمبر ١٩٤٥ أنشأ الجنرال ماك آرثر لجنة عسكرية خاصة لمحاكمة مجرمي الحرب اليابانيين في الفلبين، وقام بالتأثير على القضاة العسكريين الذين طبقوا على ياماشيتا قاعدة قانونية غير ملائمة لم يسبق تطبيقها في حالات مسئولية القادة بأن جعلوه مسؤولاً عن أفعال تابعيه التي لم يكن على علم بها ولم يصدر عنه أمر بشأنها، ومما يؤسف له أن المحكمة العليا للولايات المتحدة رفضت التماس ياماشيتا بشأن أمر قضائي بإحضاره أمامها للنظر في قانون حبسه رهن المحاكمة ما عدا القاضيين ميرفي ورتليدج اللذين كتبا رأي المحكمة للأقلية المعارضة.

المبحث العاشر:

مقارنة بين القواعد المنشئة للمحكمة
العسكرية الدولية والمحكمة العسكرية
الدولية للشرق الأقصى وقانون مجلس
الرقابة رقم (١٠) ومحاكمات الحلفاء
العسكرية في الشرق الأقصى

لقد ترتب على استخدام وسائل قانونية مختلفة في إنشاء تلك المحاكم الخاصة نتائج مختلفة سواء بالنسبة للموضوع أو الإجراءات،

لا مجرمين، وأن هذه المحاكمات كانت بمثابة انتقام المنتصرين مصاغاً بلغة عدالة المنتصرين.

المبحث التاسع:

سياسة اختيار المدعى عليهم

في الشرق الأقصى

لقد كان تأثير السياسة في اختيار المدعى عليهم واضحاً بجلاء في القرار السياسي للجنة الشرق الأقصى الصادر في ٣ فبراير ١٩٥٠ بعدم محاكمة إمبراطور اليابان هيروهيتو كمجرم حرب، وقد كان الأساس في هذا القرار الحاجة الماسة لحفظ صورة الإمبراطور الذي سبق أن وافق على استسلام اليابان بدون شروط، وذلك لضمان تعاون سياسي أفضل من قبل المجموعة اليابانية الحاكمة في أعقاب الحرب العالمية الثانية وتقديم الدعم للإدارة القائمة على المناطق اليابانية المحتلة.

وقد لعبت السياسة دوراً هاماً في الفترة اللاحقة على محاكمات المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى حينما أجرت الولايات المتحدة محاكمات في الفلبين وأستراليا. وقد أجرت الصين وفرنسا وهولندا والفلبين والمملكة المتحدة والولايات المتحدة والاتحاد السوفيتي محاكمات عسكرية في مسرح الأحداث الباسفيكي لمحاكمة المتهمين بارتكاب جرائم حرب فقط. وذلك على عكس الإجراءات التي تمت في ألمانيا بموجب قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) والذي تضمن (الجرائم ضد الإنسانية) أيضاً. ولقد كانت محاكمة وإدانة وإعدام الجنرال تومويوكي ياماشيتا في الفلبين خير مثال على مدى تأثير الاعتبارات السياسية في إطلاق سراح مجرمي الحرب الذين صدرت ضدهم أحكام، وإدانة هؤلاء الذين كان دورهم في القطاعات التي ارتكبت

القانونية الممنوحة للحلفاء القيام بأعباء الحكومة في ألمانيا، أي قصد به أن تكون إجراءات قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) جزءاً من القانون المحلي لألمانيا، إلا أنه عندما طبق كل من الحلفاء نظامه القضائي عدا الولايات المتحدة -لأنه كان نظاماً ذا طبيعة عسكرية- انقلب التصور القانوني لإجراءات الوطنية رأساً على عقب.

إن تعريف الجرائم ضد الإنسانية المنصوص عليه بالفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) يختلف عن مثيله في ميثاق المحكمة العسكرية الدولية والمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى من ناحيتين، الأولى: أن الفقرة الثانية من المادة الثانية وسعت قائمة الجرائم لتضيف إليها السجن والتعذيب والاغتصاب والثانية: أنها أزالَت الشروط التي كانت تربط الجرائم ضد الإنسانية بالحرب وذلك بحذف عبارة (قبل أو أثناء الحرب) المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة السادسة من ميثاق المحكمة العسكرية الدولية، أما فيما يتعلق بالاضطهاد فقد جعلت الفقرة الثالثة من المادة الثانية نطاق الجرائم ضد الإنسانية فضفاضاً بتضييق الأسس القانونية من خلال تقليص الشروط الواجب توافرها في (الجرائم ضد الإنسانية) بأن تكون منفذة أو متصلة بأي جريمة داخلية في اختصاص المحكمة. وذلك على عكس حكم المحكمة العسكرية الدولية بالعقوبات، فعقوبات المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى كان من الممكن تخفيفها بالإرادة المنفردة للجنرال ماك آرثر إلا أنه لم يستخدم هذه السلطة مطلقاً.

وقد كانت الإجراءات التي اتبعت أمام المحاكم العسكرية المنفرقة في الشرق الأقصى تتم بموافقة لجنة الشرق الأقصى والتي كانت مشابهة إلى حد ما لقانون مجلس الرقابة رقم

حيث نص ميثاقا المحكمة العسكرية الدولية والمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى على محاكمة وعقاب المتهمين بارتكاب (جرائم ضد السلام وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، فهما متشابهتان من حيث الموضوع مع وجود بعض الاختلافات مثل ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من ميثاق المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى من اعتبار الاضطهاد القائم على أسس سياسية أو عنصرية من الجرائم ضد الإنسانية بينما تضمنت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من ميثاق المحكمة العسكرية الدولية الجرائم المبنية على أسس دينية أيضاً. وقد كانت تلك الإضافة مهمة جداً بالنسبة لميثاق الأخيرة بسبب جرائم إبادة اليهود والمعروفة باسم (الهولوكوست)، فضلاً عن أن ميثاق المحكمة العسكرية الدولية قد نص على تجريم الأفعال غير الإنسانية التي ترتكب ضد أي سكان مدنيين بينما حذف ميثاق المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى جملة (ضد أي سكان مدنيين) من الفقرة الثالثة من المادة الخامسة بغرض توسيع دائرة الأفراد محل الحماية عن المدنيين فقط، إلا أن التعريف جاء مبهماً «لمعاقبة القتل على نطاق واسع للعسكريين في حرب غير قانونية».

وقد نص قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) بصفته القانون الذي كان يحكم الإجراءات اللاحقة للحلفاء كل في منطقة احتلاله في ألمانيا- على محاكمة وعقاب (الجرائم ضد السلام) و (جرائم الحرب) و (جرائم ضد الإنسانية) وعلى أي حال لم يكن قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) صادراً بناء على اتفاقية أو أمر عسكري من القائد العام للقوات المحتلة بل أنشئ بناء على قرار مشترك من الحلفاء الأربعة الذين احتلوا ألمانيا بعد استسلامها غير المشروط وكان الغرض من السلطة

العدالة هي ضحية الحرب الباردة، إلا أنه ومع نهاية الحرب الباردة فقد تبلور العديد من المبادرات الجديدة من جراء النزاعات في يوغوسلافيا السابقة ورواندا فيما يتعلق بإنشاء محكمة جنائية دولية دائمة.

المبحث الثاني عشر

لجنة الخبراء المنشأة بموجب قرار مجلس الأمن رقم (٧٨٠) لعام ١٩٩٣ للتقصي عن جرائم الحرب في يوغوسلافيا السابقة
في ٦ أكتوبر عام ١٩٩٢ أصدر مجلس الأمن القرار رقم (٧٨٠) المنشئ للجنة الخبراء الخاصة بالتحقيق وجمع الأدلة عن المخالفات الجسيمة لمعاهدات جنيف والانتهاكات الأخرى للقانون الدولي الإنساني وذلك في الصراع الدائر بيوغوسلافيا السابقة. وبمطالعة تاريخ اللجنة وأعمالها يتبين بوضوح أنها كانت مفعمة بتأثير السياسة، فقد عرف القرار (٧٨٠) ما كلفت به لجنة الخبراء بما يلي:

طلب مجلس الأمن من السكرتير العام وبصفة عاجلة تشكيل لجنة محايدة من الخبراء تكون مهمتها تقييم وتحليل المعلومات المقدمة على أثر القرار (٧٧١) لسنة ١٩٩٢م والقرار الحالي، وللجنة الخبراء تنفيذاً للقرار (٧٧١) لسنة ١٩٩٢ جمع معلومات أخرى من خلال تحرياتها أو غيرها من الأشخاص أو الكيانات من أجل تقديم تقرير نهائي للسكرتير العام حول المخالفات الجسيمة لمعاهدات جنيف والانتهاكات الأخرى للقانون الدولي الإنساني والتي ارتكبت في أراضي يوغوسلافيا السابقة.

وقد فسرت لجنة الخبراء مهامها على أساس جمع المعلومات والأدلة الممكنة المتعلقة بانتهاكات القانون الإنساني الدولي وذلك في حدود إمكانياتها وقدراتها. وقد أسفرت جهود

(١٠) فكانت كل من دول الحلفاء تحاكم أسرى الحرب اليابانيين والأشخاص ذوي الجنسيات المختلفة برغم عدم وجود اتفاقية أو صدور قانون مشترك لتعريف الجرائم حيث وضعت كل دولة من دول الحلفاء لجانها أو محاكمها العسكرية الخاصة، وراحت كل من تلك الآليات تطبق إجراءاتها وقوانينها الخاصة. وعلى الرغم من أن لجنة الشرق الأقصى كانت كياناً سياسياً إلا أن الجنرال ماك آرثر كان هو المنفذ الوحيد لسياسات ذلك الكيان مستمداً سلطاته من الوضع القانوني القائم لقوات الحلفاء في الشرق الأقصى والتي كانت تحت قيادته بما في ذلك محاكم الحلفاء العسكرية، وعلى الرغم من استخدام لجنة الشرق الأقصى لتنفيذ أهداف وسياسات الحلفاء إلا أن الولايات المتحدة استخدمتها لتنفيذ سياساتها الاحتلالية، وقد ظهر هذا جلياً من قرار لجنة الشرق الأقصى بإنهاء تلك المحاكمات في عام ١٩٥٠ وإعادة جميع من أدينوا إلى اليابان بحلول ١٩٥٣ .

المبحث الحادي عشر:

سنوات الصمت من ١٩٥٥ إلى ١٩٩٣

بحلول عام ١٩٥٥ انتهت جميع إجراءات قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) في ألمانيا. ومن قبلها انتهت كذلك جميع المحاكم العسكرية بالشرق الأقصى، وبحلول ١٩٥٨ تم إطلاق سراح جميع من أدينهم المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى بارتكاب جرائم حرب، أما في الغرب فقد استمرت ألمانيا في محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم الناجمة عن الحرب العالمية الثانية وكذلك بعض الدول الأخرى. إلا أن ذلك الوضع ما زال قائماً منذ الحرب العالمية الثانية، حيث حدثت نزاعات مسلحة عديدة ولم تنشئ لأي منها أية آليات دولية للتحقيق أو المحاكمة، وبذلك أصبحت

الأمم المتحدة في طريق اللجنة مما حدا بالأخيرة إلى قبول مصادر تمويل خارجية ومساعدات مقدمة من بعض الحكومات. وعلى سبيل المثال قام معهد قانون حقوق الإنسان بجامعة دي بول بشيكاغو بالاشتراك مع المؤلف بتنظيم عملية جمع المستندات ونظم المعلومات عن طريق مصادر تمويل خاصة، وهو ما عارضته بيروقراطية الأمم المتحدة علماً بأن عمل معهد قانون حقوق الإنسان الدولي في المساهمة بهذا القدر الهائل من المعلومات كان من العناصر التي اعتمدت عليها اللجنة في وضع تقريرها النهائي وملحقاته.

وقد قامت لجنة الخبراء بخمس وثلاثين زيارة ميدانية تضمنت استخراج الجثث من المقابر الجماعية وإجراء أكبر تحقيق دولي حول جريمة الاغتصاب الجماعي، وكان معظم المشاركين في تلك الزيارات من مساهمات بعض الدول بالعاملين لديها أو المتطوعين عدا أعضاء اللجنة وثلاثة من طاقم السكرتارية، وقد توافرت نتيجة لعمل اللجنة والمعلومات التي تم جمعها بمعرفة معهد قانون حقوق الإنسان الدولي أدلة دامغة على أن الجرائم التي ارتكبت ما كان يتسنى لها أن تتم بدون ضلوع بعض القيادات السياسية والعسكرية فيها، الأمر الذي برزت فيه أعمال اللجنة وكأنها تشكل تهديداً للمفاوضات السياسية حيث أنه من الممكن تجاهل الاتهامات الواردة بالتقارير الإعلامية بشأن مسؤولية مرتكبي جرائم (التطهير العرقي) و (الاغتصاب المنظم) وغيرهما من الانتهاكات المنظمة للقانون الإنساني الدولي، إلا أن إقامة الدليل على تلك الاتهامات كان هو التهديد الحقيقي مما أدى إلى ضرورة إنهاء أعمال تلك اللجنة لاعتبارات سياسية مع محاولة تضادي النتائج السلبية لهذا العمل المباشر، فضلاً عن أنه كان من الصعب الالتفاف حول الفقرة العاشرة من

اللجنة عن (٦٥) ألف صفحة من المستندات، وقاعدة معلومات لتصنيف تلك المعلومات الواردة بالمستندات، وما يزيد على (٣٠٠) ساعة من شرائط الفيديو فضلاً عما تضمنته ملاحق التقرير النهائي للجنة الخبراء من (٣,٣٠٠) صفحة من التحليلات. وقد تم تسليم كل هذه المعلومات والأدلة إلى المدعي العام للمحكمة في الفترة ما بين أبريل وأغسطس ١٩٩٤،

وقد خلق المناخ السياسي وحدة الصراع في ذلك الوقت وضعاً كان من المحتم فيه أن تكون هناك أولوية للتسوية السياسية فقد كان السعي لتحقيق العدالة مجرد رد فعل للاهتمام الدولي الذي أظهرته وسائل الإعلام من هول وفضاعة الحرب أمام الرأي العام الدولي، ولكن نظراً لعدم رغبة القوى العظمى في التدخل عسكرياً فإن الوسطاء من الأمم المتحدة والاتحاد الأوروبي لم يكن لديهم الوسائل الكافية للوصول إلى وقف الأعمال العدائية بين الأطراف.

إن إنشاء كيان دولي للتحقيق له أوسع الاختصاصات الممكنة منذ محاكمات نورمبرج لم يكن المراد منه الوصول إلى تسوية سياسية نظراً لأن الزعماء المشاركين في المفاوضات قد يصبحون أيضاً هدفاً لتلك التحقيقات، ولذا فإن مفاوضات التسوية السياسية كان من غير الممكن الوصول إليها مع وجود تلك التحقيقات الجنائية واحتمال توجيه الاتهامات إليهم، وإزاء هذا المأزق تمت المفاضلة لصالح السياسة على حساب العدالة، وبناء على ذلك لم تحصل اللجنة على أي تمويل من الأمم المتحدة لإجراء التحقيقات من موقع الأحداث ولم تكف المصادر المحدودة التي قدمتها الأمم المتحدة إلا بعض المصاريف الإدارية ولفترة زمنية قصيرة فضلاً عن بعض العراقيل المالية والبيروقراطية التي وضعتها

العام تقريراً حول إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة خلال ستين يوماً. وتنفيذاً لذلك القرار أصدر السكرتير العام تقريراً تضمن مشروع النظام الأساسي للمحكمة وتعليقات على مواد النظام الأساسي.

وعلى أثر ذلك أصدر مجلس الأمن القرار رقم (٨٢٧) بإنشاء المحكمة وأقر مشروع السكرتير العام بدون تعديل، ومن ثم اكتسبت المحكمة وجودها القانوني في ٢٥ مايو ١٩٩٣ بمقرها في لاهاي، وفي ١٥ سبتمبر ١٩٩٣ تم انتخاب القضاة وشغل المدعي العام مكتبه في ١٥ أغسطس ١٩٩٤، وأطلق القضاة على المحكمة اسم (المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة).

وقد نصت المادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة على أن من سلطاتها محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي والتي ارتكبت في يوغوسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١ بما يتلاءم مع نصوص النظام الأساسي الحالي. كما نص النظام الأساسي أيضاً على المسؤولية الجنائية الفردية بما في ذلك رئيس الدولة بالنسبة لبعض الانتهاكات المحددة والتي ارتكبت خلال الاختصاص المؤقت للمحكمة وتلك الجرائم هي:

- ١- الانتهاكات الجسيمة لمعاهدات جنيف عام ١٩٤٩
- ٢- مخالفات قوانين أو أعراف الحرب
- ٣- الإبادة الجماعية
- ٤- جرائم ضد الإنسانية.

وقد كانت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة على خلاف المحاكم الخاصة مثل المحكمة العسكرية الدولية والمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى فلم تقصر الاتهام على بعض المجرمين ولكن امتد اختصاصها لكل من ينتهك القانون

ديباجة قرار مجلس الأمن رقم (٨٢٧) والذي نص على أنه (إلى حين تعيين مدع عام للمحكمة الدولية، فعلى لجنة الخبراء المنشأة تنفيذاً لقرار مجلس الأمن رقم (٧٨٠) لسنة ١٩٩٢ الاستمرار -ولأسباب عاجلة- في جمع المعلومات المتصلة بالانتهاكات الجسيمة لمعاهدات جنيف والمخالفات الأخرى للقانون الإنساني الدولي كما هو مقترح في تقريرها المؤقت).

وهكذا تم عرقلة العدالة بهدوء باستخدام وسائل بيروقراطية حيث صدر قرار إداري بإيعاز ومساندة من بعض الأعضاء دائمي العضوية - بدون ترك أثر قانوني لذلك- وتم إخطار رئيس اللجنة إدارياً بضرورة إنهاء اللجنة لأعمالها في مدة أقصاها ٣٠ ابريل ١٩٩٤، وحينما انتهت اللجنة من عملها كان لا يزال لديها مبلغ (٢٥٠,٠٠٠) مائتين وخمسين ألف دولار أمريكي ودائع قبل استكمال تقريرها النهائي، وفي خلال الفترة من ٣٠ ابريل وحتى ٣١ ديسمبر ١٩٩٤ قام الرئيس باستكمال التقرير النهائي وملحقاته واستكمل العمل حتى يوليو ١٩٩٥ حتى يتأكد من قيام الأمم المتحدة بنشر التقرير.

المبحث الثالث عشر

المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا

السابقة لعام ١٩٩٣

في ٢٢ فبراير ١٩٩٣ أصدر مجلس الأمن القرار رقم (٨٠٨) تعقيباً على أول تقرير مؤقت للجنة الخبراء والذي نص على ما يلي:

(قرر مجلس الأمن إنشاء محكمة جنائية دولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي والتي ارتكبت في أراضي يوغوسلافيا السابقة منذ عام ١٩٩١).

وقد تطلب القرار (٨٠٨) أن يعد السكرتير

الوصول إلى تسوية سياسية للنزاع، بينما رأى بعض أعضاء مجلس الأمن وبعض الدول الأعضاء أن إنشاء مثل ذلك الكيان القضائي كان ولا بد أن يكون من خلال الجمعية العامة أو اتفاقية متعددة الأطراف، بينما طالب أعضاء آخرون بضرورة إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة، ولكن كانت الغلبة لمجلس الأمن في إنشاء تلك المؤسسات الخاصة وذلك لما للتحكم فيها من مزايا سياسية عديدة.

وقد كان التراخي لمدة عام في تعيين ريتشارد جولدستون كمدع عام للمحكمة دليلاً آخر على محاولة تسييس تلك المحكمة، وذلك على الرغم من أن القرار رقم (٨٢٧) نص على أن تقوم لجنة الخبراء بمواصلة عملها حتى يتم تعيين مدع عام، إلا أنه تم إنهاء أعمال لجنة الخبراء مبكراً بقرار إداري صدر في ٣٠ ابريل ١٩٩٤، بينما لم يتم تعيين المدعي العام إلا في ١٥ يوليو ١٩٩٤ على الرغم مما قد يسببه التباطؤ البيروقراطي من قطع الصلات بين لجنة الخبراء والمدعي العام الذي كان مطالباً بالبدء فوراً في تحقيقاته مع تأجيل أي قرارات اتهام، إلا أن رئيس اللجنة والمدعي العام جولدستون استطاعا إرساء اتصال مباشر بينهما.

وفي خلال أشهر قليلة من توليه منصبه استطاع المدعي العام أن يصدر قراراً باتهام اثنين وعشرين شخصاً وذلك على الرغم من المصاعب التي واجهته. وحتى مايو سنة ١٩٩٥م تم توجيه الاتهام إلى خمسة وسبعين شخصاً. وقد رفضت حكومتا جمهورية يوغوسلافيا الفيدرالية (صربيا والجبل الأسود) الاعتراف باختصاص المحكمة ورفضتا التعاون سواء من خلال التحقيقات أو تسليم المتهمين، وقد أدى هذا القصور في التعاون إلى عرقلة قدرات المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة على إحضار مجرمي الحرب المتهمين

الإنساني الدولي بغض النظر عن انتمائه لأي من أطراف النزاع.

وطبقاً للمبادئ العامة للقانون فإن المحكمة ككيان قانوني يجب أن تكون مستقلة، وهنا يجدر القول أن تبعية هذا الكيان لمجلس الأمن لا ينال في حد ذاته من استقلال المحكمة حيث نصت المادة (١٦) من النظام الأساسي على استقلالية الادعاء في هذه المحكمة على الرغم من كونه معيناً من قبل مجلس الأمن، وفي الواقع فقد ابتعدت المحكمة عن مجلس الأمن من خلال إدارتها التابعة لمكتب الشؤون القانونية لسكرتارية الأمم المتحدة بينما خضعت أعمالها الداخلية لقواعد العمل الإداري بالأمم المتحدة، والأكثر من ذلك فإن مجلس الأمن لم يقيم بتمويل المحكمة وإنما طلب ذلك من الجمعية العامة من خلال ميزانيتها العادية، وقد كان ذلك بمثابة اختيار غريب لمجلس الأمن منذ صدور قراره بإنشاء المحكمة عملاً بسلطاته الواردة بالفصل السابع مما أدى إلى عرقلة عمل المحكمة بإدخالها في متاهة الإجراءات الخاصة بميزانية الجمعية العامة والتي انخفضت بشدة في تلك الأثناء، فقد كان يجب عليه تمويل المحكمة من خلال الميزانية الخاصة بحفظ السلام تجنباً لتلك الصعوبات، ونتيجة لذلك كان تمويل المحكمة غير كاف منذ نشأتها كما أن تجربة قيام بعض موظفي الأمم المتحدة بالإشراف الإداري والمالي على المحكمة وخاصة في بعض القرارات الهامة مثل تلك المتعلقة بالموظفين والسفر وحماية الشهود أدت إلى عرقلة وتأخير وإحباط الكثير من أعمال المحكمة خاصة فيما يتعلق بأعمال التحقيق والادعاء.

وفي واقع الأمر لم يؤيد جميع الأعضاء الدائمين بمجلس الأمن فكرة إنشاء المحكمة، فقد رآها البعض مجرد عرقلة تحول دون

الثلاثة أشهر أسبوعاً في موقع الأحداث بدون أي تحقيقات، وفي النهاية جاء التقرير النهائي للجنة على غرار التقرير النهائي للجنة خبراء يوغوسلافيا السابقة إلا أنه افتقد دقة الأخير، فكان تقرير لجنة الخبراء لرواندا مبنياً على تقارير مأخوذة من آليات أخرى وتقارير الصحف ووسائل الإعلام الأخرى، وفي ٤ أكتوبر قدمت اللجنة تقريرها المبدئي إلى السكرتير العام ثم قدمت التقرير النهائي في ٩ ديسمبر ١٩٩٤، وقد استند مجلس الأمن إلى هذين التقريرين في إنشائه للمحكمة الخاصة برواندا.

المبحث الخامس عشر المحكمة الجنائية الدولية

لرواندا لعام ١٩٩٤

نص قرار مجلس الأمن رقم (٩٥٥) على النظام الأساسي والوسائل القضائية لمحكمة رواندا، وقد جاءت المادة المتعلقة بالمسؤولية الجنائية للأفراد بالنظام الأساسي مطابقة لمثلتها بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، وفي الواقع فإن النظام الأساسي لمحكمة رواندا كان يعتبر مقتبساً من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا بما يتلاءم مع ظروف رواندا، فكان لمحكمة رواندا اختصاص مؤقت من ١ يناير ١٩٩٤ وحتى ٣١ ديسمبر ١٩٩٤، ومثلها مثل المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة كان لها الحق في محاكمة جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، إلا أن انتهاكات قوانين وأعراف الحرب واتفاقية جنيف لعام ١٩٤٩ الخاصة بالمنازعات الدولية لم تكن تخضع لاختصاص المحكمة نظراً لأن طبيعة النزاع في رواندا كان حرباً أهلية، بينما دخلت انتهاكات المادة الثالثة من اتفاقية جنيف لعام ١٩٤٩ والبروتوكول

إلى المحاكمة.

ومن جماع ما تقدم يتضح جلياً أن مستقبل المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة مرتبط بما يقرره مجلس الأمن للمحافظة على السلام على الرغم من أن مجلس الأمن هو الذي أنشأ المحكمة بموجب سلطاته المنصوص عليها في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، إلا أن المجلس لم يستخدم سلطاته العقابية لتطبيق قرارات المحكمة حيال أي من المتهمين، فضلاً عن عدم اتخاذه أي إجراء ضد جمهورية يوغوسلافيا الفيدرالية أو ما يسمى بسلطات جمهورية صربسكا. وبعد معاهدة دايتون ١٩٩٥ قبضت قوات الـ NATO وIFOR على خمسة من مجرمي الحرب ولكنها لم تقبض على كبار المسؤولين حتى الآن. وهكذا تتغلب الظروف السياسية على العدالة مرة أخرى.

المبحث الرابع عشر

لجنة الخبراء لرواندا لعام ١٩٩٤

أقر مجلس الأمن في يوليو ١٩٩٤ القرار رقم (٩٣٥) الخاص بإنشاء لجنة الخبراء للتحقيق في الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني والتي ارتكبت أثناء الحرب الأهلية في رواندا بما في ذلك جرائم الإبادة الجماعية والإبلاغ عنها للسكرتير العام للأمم المتحدة، وقد باشرت اللجنة عملها لمدة أربعة أشهر فقط، فكانت تلك المدة غير كافية لكي تقوم اللجنة بالمهام المسندة إليها على أكمل وجه.

وقد عمل مجلس الأمن جاهداً على أن يتأكد من عدم اتباع لجنة رواندا لذات النهج الذي سارت عليه لجنة خبراء يوغوسلافيا، فتم تكليف لجنة رواندا بمهام محددة عليها أن تنتهي منها خلال ثلاثة أشهر وبدون التحقيق في أي ادعاءات محددة، وقد أمضت لجنة

محكمة رواندا هي التي عانت بالفعل. محكمة رواندا مثل محكمة يوغوسلافيا خاضعة لإشراف الأمم المتحدة من الناحيتين المالية والإدارية، وقد تسبب ذلك في العديد من المصاعب المالية والإدارية، أما حكومة رواندا فهي ما زالت تحتجز خمسة وسبعين ألف شخص في انتظار محاكمتهم أمام محاكمها الوطنية والتي هي غير قادرة على استيعاب هذا الكم من العمل القضائي. ولقد واجه مجلس الأمن العديد من المشاكل السياسية والعملية من أجل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية لرواندا بسبب الدمار الشامل الذي أحدثته الحرب الأهلية في رواندا، فكان على مجلس الأمن أن يتفاوض مع الحكومة الرواندية الجديدة من أجل إنشاء المحكمة في الوقت الذي كانت رواندا تشغل فيه بالفعل مقعداً بمجلس الأمن. وقد أدى هذا الوضع إلى تعقيد مهمة مجلس الأمن وخاصة بسبب الاختلاف في وجهات النظر بين ما كانت تنتظره الحكومة الرواندية من إنشاء تلك المحكمة على خلاف بقية أعضاء مجلس الأمن. ومثال ذلك فني الوقت الذي كانت حكومة رواندا تريد فيه للمحكمة الجديدة أن تكون قادرة على تطبيق عقوبة الإعدام كان المجلس يعارض ذلك نظراً لسابقة معارضته لهذه العقوبة فيما يتعلق بالمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، فضلاً عن أن الأمم المتحدة تعرضت لبعض الصعوبات في إقناع حكومة رواندا للموافقة على أن تتولى المحكمة الفصل في اعتداءات التوتسي على الضحايا الهوتو. وفي النهاية اضطر المستشار القانوني للأمم المتحدة هانز كوريل أن يجري مفاوضات مكثفة مع حكومة رواندا الجديدة بشأن مكان إقامة المحكمة نظراً لعدم وجود البنية الأساسية اللازمة فضلاً عن أن الأمم المتحدة كانت تخشى أن تقع المحكمة في

الإضافي رقم (٢) ضمن اختصاص المحكمة. وعلى الرغم من الاختلاف في النظام الأساسي بين محكمتي رواندا ويوغوسلافيا إلا أنهما تقاسمتا ذات المدعي العام وذات الدائرة الاستئنافية، وهو ما يعتبر تركيبة غريبة لمحكمتين منفصلتين تم إنشاؤهما على حدة بمعرفة مجلس الأمن من خلال قرارات غير مرتبطين، وطبقاً لما قاله السكرتير العام فإن (الروابط المؤسسية تضمن وحدة النظرة القانونية وكذا وحدة المصادر الاقتصادية). وقد كان القرار يربط كلتا المحكمتين غير مبني على أية مبررات قانونية مقبولة، إلا أن الولايات المتحدة والتي كانت وراء تلك التركيبة أرادت أن تتفادى التأخر في اختيار المدعي العام كما كان عليه الحال في المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة، وكان السبب الوحيد وراء اشتراك المحكمتين في دائرة استئناف واحدة هو توفير النفقات، إلا أن اختيار مدع عام واحد لكلتا المحكمتين كان اختياراً غير موفق نظراً لأنه لا يمكن لأي شخص -بغض النظر عن مدى كفاءته- مراقبة عمل مكتبي ادعاء رئيسيين يفصل بينهما (١٠,٠٠٠) ميل، حيث أن مجرد فكرة سفره فيما بين لاهاي في هولندا وأروشا في تنزانيا لأداء عمله المعتاد يعتبر عملاً غير منطقي، وقد واجه اشتراك المحكمتين في دائرة استئنافية واحدة مشكلتين قانونيتين أولاهما أن القانون الموضوعي الواجب التطبيق بالنسبة للمحكمتين مختلف، ومن ثم فإن الدائرة الاستئنافية لن تلتزم بتفسير واحد (للجرائم ضد البشرية) طبقاً للنظام الأساسي للمحكمتين، وثانيتها أن قضاة المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة كانوا يتناوبون شغل مقاعد الدائرة الاستئنافية على خلاف قضاة محكمة رواندا فهم ثابتون، ومن ثم بات جلياً أنه مقدر لإحدى المحكمتين أن تعاني، وكانت

جهود الأمم المتحدة من أجل تأسيس

المحكمة الجنائية الدولية وتقنين

بعض الجرائم الدولية المحددة

من ١٩٤٦ إلى ١٩٩٨

استمرت الأمم المتحدة بين ١٩٤٦ و ١٩٩٨ في جهودها المضنية لتقنين بعض الجرائم الدولية وإنشاء محكمة جنائية دولية. وعلى الرغم من الارتباط بين الموضوعين ظلت هذه الجهود مشتتة ومنفصلة وذلك لوجود الحرب الباردة ما بين ١٩٤٦-١٩٨٩ وأدى ذلك إلى عراقيل سياسية وعرقلة إجراءات تقنين الجرائم الدولية، بيد أن تلك الإجراءات استعادت حيويتها منذ عام ١٩٩٠ ففي خلال انعقاد الدورة الأولى للجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٤٦ تبنت الولايات المتحدة القرار (٩٥) والذي أقر مبادئ القانون الدولي المنصوص عليها في ميثاق محكمة نورمبرج وأحكام المحكمة العسكرية الدولية (IMT).

وفي عام ١٩٤٧ كلفت الجمعية العامة للجنة المعنية بتقنين القانون الدولي -لجنة القانون الدولي سابقاً- بصياغة تقنين عام للانتهاكات الموجهة ضد السلام وأمن البشرية، وجاء القرار بإسناد الأعمال الآتية للجنة القانون الدولي:

- أ- صياغة مبادئ القانون الدولي المنصوص عليها في ميثاق محكمة نورمبرج وأحكامها.
- ب- إعداد مشروع قانون للانتهاكات الموجهة ضد السلام وأمن البشرية، مع الإشارة بوضوح إلى المواد المتفق عليها مع المبادئ المنصوص عليها في البند الفرعي (أ) المشار إليه بأعلاه.
- وتنفيذاً للقرار السابق فقد بدأت لجنة القانون الدولي بعد مرور عامين من صدوره في صياغة المبادئ المنصوص عليها في ميثاق محكمة نورمبرج وإعداد مشروع لقانون الانتهاكات الموجهة ضد السلام وأمن البشرية،

كيجالي تحت تأثير حكومة رواندا والتي كانت متمثلة في التوتسي المنتصرين ضحايا جرائم الهوتو، وعلى ذلك أقيمت المحكمة في مدينة أروشا بدولة تنزانيا.

وقد كان إنشاء المحكمة في دولة أخرى حدثاً غير مسبوق وتطلب عقد اتفاق بين الأمم المتحدة وتنزانيا، تستضيف الأخيرة بموجبه المحكمة، وهو الأمر الذي استغرق وقتاً للوصول إلى قرار فيه لأن أغلب المدعى عليهم والشهود كان يتعين عليهم الحضور من رواندا، وقد كان ذلك بمثابة مغامرة مفعمة بالمشاكل المنطقية والصعوبات العملية. وعلاوة على ذلك لم تكن مدينة أروشا بالمكان المثالي لإقامة المحكمة، ومن ثم اضطرت الأمم المتحدة إلى إنشاء البنية اللازمة للمحكمة بدءاً من لا شيء تحت ظروف شاقة.

ولقد أظهرت تلك الصعوبات قصوراً جوهرياً من جانب مجلس الأمن في مراقبة الإدارة والسياسات الموجهة لهذه الهيئات والتي كانت تتطلب اهتماماً مستمراً بكافة التفاصيل. وقد أدت هذه التجربة إلى أن أطلق ديفيد شيفر المستشار الأول لمادلين أولبريت سفير الولايات المتحدة لدى الأمم المتحدة آنذاك على مجلس الأمن: (المحكمة العليلة).

وفي النهاية وعلى الرغم من بعض الظروف المبشرة فقد جعلت الصعوبات المنطقية وعدم الكفاءة الإدارية احتمالات أن تصبح محاكمات المحكمة الجنائية الدولية لرواندا حدثاً مسبقاً بعهدده. وعلاوة على ذلك فقد يمنع فشلها مجلس الأمن من المشاركة في مساع خاصة مماثلة في المستقبل مما يجعل إقامة محكمة جنائية دولية دائمة أكثر ضرورة.

الإجرائي.

وفي عام ١٩٥١ أنهت اللجنة المعنية بصياغة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مهامها متبعة في ذلك ذات النهج الذي اتبعته محكمة العدل الدولية في ذات الشأن، وقد استبان من المناقشات والتعليقات -خاصة تلك التي أفصحت عنها الدول العظمى- أنه ليس هناك أي أمل لقبول ذلك المشروع سياسياً في ذلك الوقت، ونظراً لخشية تلك الدول من مغبة إلقاء اللوم عليها بسبب مسئوليتها السياسية عن فشل تلك المحكمة في خلال خمس أو ست سنوات مثلما لاقتة أحكام كل من المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى والمحكمة العسكرية الدولية، فقد أعادت اللجنة -بعد تغيير بعض أعضائها- مراجعة مشروع النظام الأساسي ١٩٥١ وانتهت منه تماماً في ١٩٥٣ حيث قدمت مشروع النظام الأساسي للجمعية العامة والتي رأت بدورها أهمية مراعاة أعمال لجنة القانون الدولي الخاصة بمشروع تقنين الانتهاكات، ولهذا فقد أرجئ البت في مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إلى حين الانتهاء من مشروع تقنين الانتهاكات، وفي عام ١٩٥٤ قدم للجمعية العامة مشروع تقنين الانتهاكات الذي أقرته لجنة القانون الدولي مكوناً من خمس مواد ورد بها ثلاث عشرة جريمة دولية. حيث تناولت المادة الثانية من مشروع تقنين عام ١٩٥٤ موضوع العدوان إلا إنها لم تضع تعريفاً له، نظراً لقيام لجنة أخرى خاصة بوضع تعريف للعدوان، ولذا فقد أرجأت الجمعية العامة النظر في مشروع تقنين عام ١٩٥٤ حتى تضع اللجنة الخاصة بمسألة تعريف العدوان تقريرها النهائي. وترتيباً على ذلك وكرد فعل مزدوج، لم يكن من الممكن اعتماد مشروع النظام الأساسي لعام ١٩٥٣ الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية قبل النظر في مشروع تقنين

فتم تشكيل لجنة فرعية وتعيين مقرر خاص لإعداد مشروع قانون الانتهاكات الموجهة ضد السلام وأمن البشرية، وفي ١٩٨٨ تم تغيير عنوان المشروع إلى مشروع قانون الجرائم الموجهة ضد السلام وأمن البشرية.

وفي ذات الوقت تم إسناد مهمة صياغة مشروع النظام الأساسي لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية إلى مقرر خاص آخر، والذي قدم بدوره تقريره الأول إلى لجنة القانون الدولي في مارس عام ١٩٥٠، ولقد ركز هذا التقرير على أن القانون الجنائي الوضعي والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مكملان لبعضهما البعض، وخلافاً لقواعد الصياغة المنطقية فقد ظل مشروع التقنين منفصلين، إلا أنه وبحلول عام ١٩٥٠ تم تعيين مقرر خاص ثالث لدراسة التطورات اللاحقة للمحكمة الجنائية الدولية، وقد اختلف المقرر الأخيران فيما إذا كان الوقت آنذاك ملائماً لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

وفي الوقت الذي رأت فيه دول عديدة مثل المملكة المتحدة أن فكرة إنشاء المحكمة الجنائية الدولية مقبولة من الناحية النظرية إلا أنه نظراً لغياب إجماع القوى العظمى فقد أجهضت الفكرة، ذلك إن الاتحاد السوفيتي قد خشي من أن إنشاء المحكمة سوف يؤثر على سيادته الوطنية، كما أن الولايات المتحدة لم تكن مستعدة لإنشاء مثل تلك المحكمة في ذروة الحرب الباردة، ومن ناحية أخرى ففي عام ١٩٥٠ كانت فرنسا هي العضو الوحيد الدائم بمجلس الأمن الذي أيد فكرة إنشاء المحكمة.

وفي عام ١٩٥١ شكلت الجمعية العامة لجنة خاصة مكونة من ممثلي سبع عشرة دولة، عنيت بصياغة معاهدة لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية، وقد وزعت اللجنة الخاصة المهام بين أليتين اختصت الأولى بالجوانب القانونية الموضوعية والثانية بالجانب

(١٩٨٢) تقدم مقرر جديد من لجنة القانون الدولي بتقريره الأول على مشروع التقنين، والذي اشتمل على مجموعة من القواعد العامة بشأن القانون الجنائي الدولي ومسؤولية الفرد والدولة وملاحظات على المحتويات اللاحقة على مثل ذلك التقنين، وقد بدأ المقرر الجديد عمله في المشروع وانتهى من صياغته في عام ١٩٩١ والذي عرف بعد ذلك بـ (الصيغة النهائية)، ونظراً لما لاقاه التقرير من نقد من قبل الحكومات والباحثين فقد أعيدت مراجعته وتم إقراره في ١٩٩٦ وفي عام ١٩٨٩ قامت لجنة القانون الدولي بالنظر في مسألة المحكمة الجنائية الدولية بصورة غير متوقعة حينما طلبت الجمعية العامة من اللجنة إعداد تقرير حول الاختصاص الجنائي الدولي لمحكمة تجار المخدرات، وفي ذات الوقت قامت لجنة خبراء تابعة لمنظمة غير حكومية برئاسة الأستاذ الدكتور محمود شريف بسيوني بإعداد مشروع آخر للنظام الأساسي في يونيو عام ١٩٩٠ تم تقديمه إلى المؤتمر الثامن للأمم المتحدة أن منع الجريمة ومعاملة المجرمين، وعندئذ أدرك المؤتمر الثامن مدى الحاجة إلى إنشاء محكمة جنائية دولية وساند الجهود المستمرة للجنة القانون الدولي في ذلك المجال.

وقد ناقشت لجنة القانون الدولي طبيعة المحكمة الجنائية الدولية، والمواد المنطقية الخاصة بها ومعايير الاختصاص ومبادئ الإجراءات الجنائية أمام المحكمة وقررت الاستمرار في مناقشة هذا الموضوع بالإضافة إلى مشروع تقنين الجرائم لعام ١٩٩١ معاً في جلسات لاحقة، وبذلك ربطت لجنة القانون الدولي أعمالها الخاصة بمشروع تقنين الجرائم مع المشروع اللاحق للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على الرغم من أن الجمعية العامة لم تكلفها بذلك إلا أن لجنة

الانتهاكات لعام ١٩٥٤ إلا أن الأخير لم يكن من الممكن الانتهاء منه قبل وضع تعريف نهائي للعدوان، ونتيجة لذلك فقد تم تعليق النظر في مشروع النظام الأساسي لعام ١٩٥٣ ومشروع تقنين عام ١٩٥٤ إلى حين الانتهاء من وضع تعريف للعدوان. بيد أنه لم يكن من السهل تعريف العدوان، فقد كلفت الجمعية العامة لجنة خاصة أولى لتعريف العدوان مكونة من خمسة عشر عضواً (١٩٥٢-١٩٥٤) ثم لجنة ثانية من تسعة عشر عضواً (١٩٥٤-١٩٥٧) ثم لجنة أخرى ثالثة من واحد وعشرين عضواً (١٩٥٩-١٩٦٧) وأخيراً لجنة رابعة من خمسة وثلاثين عضواً (١٩٦٧-١٩٧٤). وقد تم مناقشة تلك التقارير التي تقدمت بها اللجان الأربع باستفاضة من قبل اللجان والجمعية العامة، وبحلول عام ١٩٧٤ أنهت آخر تلك اللجان أعمالها وأقرت الجمعية العامة تعريف العدوان بموجب قرار بإجماع. ومن الجدير بالذكر أنه لم تتضمن أية معاهدة دولية متعددة الأطراف ذلك التعريف الخاص بالعدوان، بل ولم يتم التصويت عليه في القرار الذي تبناه، وذلك على الرغم من أنه استغرق أكثر من عشرين عاماً للوصول إليه.

ولقد قامت الجمعية العامة مسبقاً بإجراء النظر في كل من مشروع تقنين الانتهاكات لعام ١٩٥٤ والذي كان معلقاً على ضرورة تعريف العدوان أولاً، ومشروع عام ١٩٥٣ الخاص بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نظراً لعدم إقرار مشروع تقنين عام ١٩٥٤ مما تسبب في تعليقه أيضاً، حيث كان من المنطقي إعادة النظر في هذين المشروعين بعد تعريف العدوان في (١٩٧٤)، ومع ذلك فلم يكن بمقدور الجمعية العامة إعادة النظر في مشروع تقنين الانتهاكات لعام ١٩٥٤ حتى عام (١٩٧٨)، بل لم تعد النظر في مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام ١٩٥٣، وفي

جلسة الجمعية العامة رقم (٥١) التي عقدت في ٢٨ أكتوبر ١٩٩٦ متضمناً التوصية بأن تمد الجمعية العامة أعمال اللجنة التحضيرية بمهمة محددة وهي بحث المقترحات من أجل الوصول إلى نص موحد للمعاهدة والنظام الأساسي والأجهزة الملحقه في عام ١٩٩٨، وقد كان ذلك الجدول عائقاً لكل من كانوا يتمنون أن يكون مؤتمر عام ١٩٩٧ مطلق الصلاحية. إلا أن بعض القوى العظمى عارضت التحرك السريع أملين تأجيل المؤتمر الدبلوماسي لوقت لاحق.

وبالرغم من ذلك فهناك اعتبار واحد قد يكون هو الدافع لإنشاء محكمة جنائية دولية دائمة وهو أن تأسيس مجلس الأمن لمحکمتي يوغوسلافيا ورواندا بموجب سلطاته الواردة بالفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة يتعرض لصعوبات عديدة في الإبقاء على أعمال هاتين المحکمتين، حيث أنه لم يكن من الحكمة سياسياً إنهاء أعمال هذه المحاکم دون إنشاء محكمة دائمة يناط بها اختصاصات هاتين المحکمتين.

وقد قررت الجمعية العامة في قرارها رقم ٢٠٧/٥١ المؤرخ ١٧ ديسمبر ١٩٩٦ أن تجتمع اللجنة التحضيرية في ١٩٩٧ و ١٩٩٨ من أجل إنجاز صياغة مشروع إنشاء المحكمة لتقديمه إلى المؤتمر الدبلوماسي بروما (يونيو ١٩٩٨)، فواصلت اللجنة عملها من أجل إعداد نص موحد ومقبول على نطاق واسع من أجل إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.

وفي ١٥ ديسمبر طلبت الجمعية العامة في قرارها رقم (١٦٠/٥٢) من اللجنة التحضيرية مواصلة العمل من أجل التوصل إلى مشروع اتفاقية لإنشاء المحكمة يقدم إلى المؤتمر الدبلوماسي.

وفي أبريل ١٩٩٨ انتهت بالفعل اللجنة التحضيرية من أعمالها وتم إقرار مشروع

القانون الدولي والجمعية العامة فصلتا بين هذين المشروعين.

وبالرغم من تجاوز لجنة القانون الدولي للموضوع الخاص بتجارة المخدرات والذي كان الأساس الأصلي لتفويضها إلا أن الجمعية العامة لم تطرح أية تساؤلات في ذلك الشأن. وقد بدأت لجنة القانون الدولي عملها بتقرير مبدئي في عام ١٩٩٢، وحينما تسلمت الجمعية العامة ذلك التقرير قدمت لجنة القانون الدولي صيغة معدلة عام ١٩٩٣، ثم تم تعديله في ١٩٩٤ وقد استهدفت تلك التعديلات الأخيرة بمشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الرد على الاهتمامات السياسية التي أثارها بعض القوى العظمى، وعلى الرغم من ذلك فقد فصلت كل من لجنة القانون الدولي ولجنة الجمعية العامة السادسة بين مشروع قانون الجرائم ومشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وبالتالي انتهى المشروع في عام ١٩٩١، ولكن في ١٩٩٦ عدلت لجنة القانون الدولي مشروع تقنين الجرائم آخذة في الاعتبار خبرات المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الدولية لرواندا وكذا مناقشات اللجنة الخاصة واللجنة التحضيرية للمحكمة الجنائية الدولية.

وقد تطور تفويض عام ١٩٨٩ الخاص بالتجارة غير المشروعة في المخدرات إلى ما أطلق عليه (مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية)، وكان ذلك نتيجة مثابرة وبراعة لجنة القانون الدولي والتي استحقت عنهما التقدير والثناء. وقد كان مشروع النظام الأساسي لعام ١٩٩٤ هو الذي شكلت بموجبه الجمعية العامة اللجنة الخاصة بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية واللجنة التحضيرية لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية في عام ١٩٩٥ وقد قدم تقرير اللجنة التحضيرية في

ذلك تم إجراء بعض المحاكمات في ليبزج. وبالإضافة إلى ما سبق فقد كانت محاولات تحجيم وتقليص والتأثير على العدالة عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية واضحة جداً، وخاصة عندما تم إلغاء توصية لجنة ١٩١٩ بضرورة محاكمة المسؤولين الأتراك بعد الاعتراض الشديد عليها من قبل الولايات المتحدة واليابان، فضلاً عن عدم التصديق على معاهدة سيفر التي خولت الحلفاء الحق في مقاضاة المسؤولين الأتراك، والأكثر من ذلك أن معاهدة لوزان قد تضمنت في بروتوكول إضافي غير معلن العفو عن هؤلاء المسؤولين، وقد كانت سياسات العفو عقب الحرب العالمية الثانية ظاهرة واضحة وخاصة في الشرق الأقصى وألمانيا، حيث تم الإفراج عن كافة من أدانتهم أحكام المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى في غضون أعوام قليلة من صدورها، ففي اليابان مهد كل من مرسوم العفو الذي أصدره الإمبراطور عام ١٩٤٦ ومعاهدة السلام ١٩٥١ الطريق أمام الإفراج عن كل من تمت إدانتهم بموجب الإجراءات العسكرية للحلفاء. أما عن الجنرال ماك آرثر فقد نالت المحاكمات الرمزية التي جرت عقب الحرب رضاه حيث كان اهتمامه وحكومة الولايات المتحدة الأكبر يتمثل في استقرار اليابان لما في ذلك من تقوية السلام، أما في ألمانيا فقد تم احترام أحكام المحكمة العسكرية الدولية باستثناء الإفراج الشرطي المبكر عن بعض الحالات واستبدال بعض العقوبات الأخرى.

أما فيما يتعلق بأحكام الإدانة التي صدرت بموجب قانون مجلس الرقابة رقم (١٠) فقد تم تعديلها واستخدم بشأنها الإفراج الشرطي على نطاق أوسع، ومن ناحية أخرى كان الحلفاء في القطاعات الغربية للاحتلال شغوفين بالمساعدة في إعادة بناء ألمانيا سياسياً

إنشاء المحكمة الجنائية الدولية تمهيداً لمناقشته في المؤتمر الدبلوماسي بروما الذي تقرر انعقاده من ١٥ يونيو إلى ١٧ يوليو ١٩٩٨

الخاتمة

الحاجة إلى نظام دائم للقضاء

الجنائي الدولي

انه لمن المؤكد والطبيعي أن يحدث بعد كل حرب سخط شعبي من قبل الدول المنهزمة للمطالبة بالإفراج عن مواطنيها الذين أدينوا أو اتهموا بخرقهم للقانون الإنساني الدولي، ومع تصاعد الضغوط السياسية كان ينظر إلى المحاكمات كتنقيص للسلام إذا تم مقاضاة مرتكبي الجرائم فيها، حيث كان القليل من يتذكر ضحايا الماضي أو تأثير سياسة العفو مستقبلياً، وهنا يثور التساؤل حول إمكانية إنشاء نظام قضائي جنائي دولي دائم، خاصة بعد ظهور الثقافة السياسية الحالية والتي اعتبرت العدالة عنصراً لا غنى عنه في السلام. وبعد معاهدة فرساي، بدأ الشعب الألماني مقاومة المحاكمات حيث قرر رئيس وفد السلام الألماني في باريس والمرسل للحلفاء البارون فون لارزينر في تقريره أن:

(الشعب الألماني بأكمله، وبصرف النظر عن الطبقة الاجتماعية أو الحزب السياسي الذي ينتمي إليه أفراداه وجد أنه من المستحيل تسليم من أطلق عليهم مجرمو الحرب، بالإضافة إلى أنه لن يقوم أي مسؤول ألماني بالمساعدة في القبض على ألماني لتقديمه إلى عدالة الحلفاء، ومجرد اقتراح لنظام من هذا القبيل سوف يؤدي إلى خلق عاصفة سخط نائمة والتي ستؤدي بدورها إلى تهديد خطير لبنية السلام الكامل.

وهكذا ولأسباب سياسية لم تتحقق نوايا الحلفاء المعلنة لإنشاء نظام المحاكمة المنصوص عليه في معاهدة فرساي. وبدلاً من

لأن هذه المحاكم كانت تحاكم متهمين محددين في نزاعات محددة، فقد أثارت تلك المحاكم وقوانينها وعقوباتها تساؤلات جوهرية حول مدى اتفاتها مع مبادئ الشرعية والاعتبارات العامة الأخرى للعدالة، فقد شعر البعض عقب الحرب العالمية الثانية بأن الحلفاء يطبقون قانوناً خاصاً لأنفسهم وقانوناً آخر للمهزومين، فأطلق على محاكمات ألمانيا والشرق الأقصى (انتقام المنتصرين)، وبالتأكيد فإن القاعدة الرومانية (ما هو شرعي للمنتصرين ليس شرعياً للمهزومين) لم تكن مأخوذة في الاعتبار بكلا النصين.

فضلاً عن ذلك، فإن تلك المحاكم لم تقدم معاملة مساوية للأشخاص الذين توافرت لديهم ظروف مماثلة مرتكبين جرائم مماثلة. وبذلك خلقت مثل تلك المحاكم المظهر غير العادل أو غير المتوازن للعدالة حتى ولو كان المتهم يستحق المحاكمة، ولذا فإن وجود نظام جنائي دولي مبني على نظام أساسي جنائي دولي سابق يسمح باعتبار أي شخص -بغض النظر عن جنسيته- مسؤولاً عما يرتكبه من جرم، هو مما يضمن المساواة في معاملة المتهمين.

وقد أظهر التاريخ أن هيئات التحقيق لا بد وأن تتصل منذ البداية بجهة الادعاء للمحاكمة التي سوف تنظر الدعوى، فعلى سبيل المثال وبعد الحرب العالمية الأولى تم عملياً إنهاء أعمال لجنة التحقيق ١٩١٩ نظراً لنقل الادعاء من المستوى الدولي إلى المستوى المحلي، وقد أدت الاعتبارات السياسية - والمقصود بها رفض الولايات المتحدة الأمريكية التخلي عن سيطرتها على إجراءات المحاكمة العسكرية الدولية- إلى التقليل من شأن لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب لعام ١٩٤٣ فجعلتها تبدو وكأنها مقر لجمع وفحص المعلومات على الرغم من كونها آلية تحقيق،

واقتمادياً، فقد أدرك المعسكر الغربي آنذاك مدى الحاجة إلى ألمانيا لمواجهة تحدي التكتل الشرقي القوي، أما عن إيطاليا فلم يحم الحلفاء بمحاكمة مجرمي الحرب المتهمين أو تسليم هؤلاء إلى الدول التي طلبت تسليمهم لها وذلك بالمخالفة لما نصت عليه مواد اتفاقية استسلام إيطاليا لعام ١٩٤٥، ثم تلا ذلك أن رفضت إيطاليا تسليم أي من مجرمي الحرب المتهمين ومن بينهم أولئك الذين أعدت ملفاتهم بعناية بمعرفة لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب.

وبحلول عام ١٩٩٢ استخدمت الصعوبات البيروقراطية وقلة المصادر وعدم الكشف عن الأدلة ووسائل أخرى مأكرة في تجنب إجراء محاكمات، وخير مثال لذلك عدم تمويل لجنة الخبراء ليوغوسلافيا السابقة لإجراء التحقيقات اللازمة. وعندما لوحظ مدى خطورة الأدلة التي جمعتها على مباحثات السلام السياسي تم إنهاء عملها بشكل تعسفي. أما عن المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة فعلى الرغم من وضوحها العام فقد حاکمت متهماً واحداً من غير ذوي الرتب العليا من صرب البوسنة وأدانت متهماً واحداً اعترف أمامها بالجرائم المنسوب إليه. إلا أنها لم تستطع فرض اختصاصها على الخمسة والسبعين متهماً الذين رفضت الـ(IFOR) القبض عليهم.

ومن ناحية أخرى لم يتم توفير الموارد الكافية للجنة رواندا ١٩٩٤ فضلاً عن عدم منحها التفويض الكافي لإجراء أية تحقيقات في الوقت الذي حاکمت فيه محكمة رواندا شخصاً واحداً في عام ١٩٩٧ بسبب الصعوبات المالية والبيروقراطية.

ومن جماع ما تقدم من خبرات سابقة لمحاکم دولية يتضح بجلاء مدى الحاجة إلى نظام دائم للعدالة الجنائية الدولية. ونظراً

أولئك اللذين أفلتوا من المحاكم الخاصة والتي أنشئت عقب بعض النزاعات الدولية فإن هناك مجرمين آخرين لم يمثلوا أمام العدالة لما ارتكبوه من جرائم في منازعات داخلية. فكم من الأضرار البشرية التي حدثت منذ الحرب العالمية الثانية من جراء المنازعات ذات الطبيعة غير الدولية -نزاعات داخلية خالصة وضحايا للنظم المستبدة- تفوق حجم الخسائر الناتجة عن الحربين العالميتين الأولى والثانية معاً. فقد استفادت الغالبية العظمى من مرتكبي تلك الجرائم من نظام الحصانة.

على الرغم من أن نظام عدالة دولي قد لا يوقف النزاعات المستقبلية، إلا أنه سوف يحمي ضحايا الجرائم الدولية ويذكرنا والأجيال القادمة بضحايا محرضي ومرتكبي الجرائم، وخير توضيح لذلك شرح لما قاله الفيلسوف جورج سانتاينا: إذا لم نسجل دروس الماضي الأليمة وتتعلم منها فإنه لمحكوم علينا أن نكرر أخطاءنا، فعلى من يستطيع، أن يتكلم ناقداً القصور في العمليات السياسية والقانونية التي ظهرت في الماضي، مما يخدم العدالة كما يجب أن تكون عليها في المستقبل.

ولذا فإنه إذا ما أنشئ نظام دولي دائم للعدالة الجنائية فإن جهاز التحقيق الدولي يكون بعيداً عن سيطرة أي دولة، فضلاً عن أنه لو اتصل عمل جهاز الادعاء بالمحكمة لما أمكن الطعن في أعماله أو التغاضي عنها أو تحويله إلى دور ثانوي مثلما كان الحال عليه للجنة ١٩١٩ ولجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب ١٩٤٣ وهناك أيضاً عدة أسباب عملية للمطالبة بضرورة وجود نظام دائم للعدالة الجنائية الدولية. فمثل هذا النظام الدائم سوف يغني عن إنشاء محاكم خاصة كلما اقتضت الحاجة إلى ذلك، وبصرف النظر عن صياغة النظام الأساسي الذي سوف يطبق فإن قرار إنشاء تلك المحاكم يستغرق وقتاً طويلاً لإقراره مما يؤدي إلى صعوبة الحصول على أدلة الجرائم وتبدد الرغبة السياسية لإجراء تلك المحاكمات، وعلاوة على ذلك سوف يعاد فتح باب المناقشات حول بنود النظام الأساسي وشخص من يتولى الادعاء ومن يتولى المحاكمة، إلى أن مثل تلك الضغوط سوف تجعل المحاكم الخاصة عرضة للأهواء السياسية.

وقد واجهت أعمال لجنة القانون الدولي فيما بين عامي ١٩٤٧ و ١٩٩٦ -بصبر ومثابرة- العراقيل السياسية المستمرة، ففي عام ١٩٩٦ حققت اللجنة المعنية بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية وكذا اللجنة التحضيرية المعنية بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية بعض التقدم، إلا أنه قد حان الوقت لاتخاذ قرار سياسي صعب، حيث ينادي الرأي العام العالمي بضرورة إنشاء نظام عدالة جنائية دولية عادلة وناجزة في الوقت الذي لا تستطيع فيه الحكومات تجاهل الرأي العام إذا أرادت الاحتفاظ بمصداقيتها السياسية. فلا يمكن بعد ذلك أن تكون الحصانة هي المكافأة التي ينالها أولئك الذين يرتكبون أفظع الجرائم الدولية وانتهاكات حقوق الإنسان، فبالإضافة إلى العديد من

(❖) تم نقل الدراسة من كتاب المؤلف (المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي، مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية السابقة) ط٣/ ٢٠٠٢م، وهذه الدراسة ترجمت إلى هذا الكتاب عن مقالة باللفة الانجليزية سبق نشرها للمؤلف في مجلة هار فارد لحقوق الإنسان.

استفرد وعوائق

المجلة
القضائية



القاضي واستقلال القضاء ووسائل حمايته (*)

العلامة / عمر بن محمد بن حفيظ
عميد دار المصطفى - تريم للدراسات الإسلامية

الحمد لله أحكم الحاكمين، مالك يوم الدين، وما أدراك ما يوم الدين، ثم ما أدراك ما يوم الدين، يوم لا تملك نفس لنفس شيئاً، والأمر يومئذ لله، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، جامع الخلائق لفصل القضاء، وأشهد أن سيدنا ونبينا محمداً عبده ورسوله، أكرم وأطهر وأورع من حكم وقضى، ودعى إلى السبيل الموجب للعبد من ربه الرضا، اللهم صل وسلم عليه وعلى آله وصحبه ومن سار على سبيله ودربه إلى يوم الوقوف بين يديك والعرض عليك.

ولنستعرض متذكرين حقائق لا بد من رجوعنا إليها وأن يكون مصيرنا إلى ما فيها ضرورة لا نملك معها تقدماً ولا تأخيراً، ولنغتنم هذا الاجتماع متفائلين بقيام الحكومة الجديدة وصدور التوجيهات من فخامة الأخ الرئيس/ علي عبد الله صالح رئيس الجمهورية وقيام أشائر الاستصلاح والتقويم لسير الحكومة شاكرين لوزارة العدل ممثلة بوزيرها الدكتور/عدنان بن عمر الجفري وفقه الله

أما بعد: فإن شأن القضاء في شريعة الإسلام وأمة الإسلام وتاريخ أهل الإسلام وواقع المسلمين كبير الخطر عظيم الأثر تقوم عليه قواعد الصلاح والإصلاح مهما كان على الاستقامة، كما يترتب عليه أنواع من الفساد والإفساد مهما انحرف عن منهج الاستقامة ولعظيم ما يترتب عليه جاء الثواب العظيم للقائمين بحقه، والوعيد بالعذاب الشديد للمتهاونين بشأنه والمضيعين لواجباته،

يفرقون في أحكامهم بين غني أو فقير أو رئيس أو مرؤوس فالكل عندهم أمام شرع الله سواء وقصصهم في ذلك كثيرة فمنها:

ماروى أن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه افتقد درعاً له كانت أثيرة عنده ثم مالبت أن وجدها في يد رجل يهودي يبيعها في سوق الكوفة فلما رآها عرفها وقال: هذه درعي سقطت على جمل لي في ليلة كذا وفي مكان كذا، فقال الذمي: بل هذه درعي وفي يدي يا أمير المؤمنين، وبينى وبينك قاضي المسلمين، فقال علي أنصفت فهل علم إليه فلما صارا عند شريح القاضي في مجلس القضاء قال شريح لعلي رضي الله عنه: (لاريب عندي في أنك صادق فيما تقوله يا أمير المؤمنين ولكن لا بد لك من شاهدين) فقال علي: (نعم مولاي قنبر وولدي الحسن يشهدان لي، فقال شريح: ولكن شهادة الأبن لأبيه لا تجوز) فقال علي: (ياسبحان الله رجل من أهل الجنة لا تجوز شهادته، أما سمعت رسول الله يقول: الحسن والحسين سيذا شباب أهل الجنة)، فقال شريح: (بلى يا أمير المؤمنين غير أني لا أجزى شهادة الولد لوالده)، عند ذلك التفت علي إلى الذمي وقال: (خذا فليس عندي شاهد غيرهما) فقال الذمي ولكني أشهد بأن الدرع درعك يا أمير المؤمنين، ثم أردف قائلاً: يا الله أمير المؤمنين يقاضيه وقاضيه يقضى لي عليه أشهد أن الدين الذي يأمر بهذا لحق، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله)، فوهبها له علي وأجازه بسبعمئة ولم يزل معه حتى قتل يوم صفين، رواه الحاكم في الكنى، وأبو نعيم في الحلية.

ويذكر السيوطي في تاريخ الخلفاء أن الخليفة أبو جعفر المنصور كتب إلى سوار بن عبد الله قاضي البصرة كتاباً فيه: انظر الأرض التي تخاصم فيها فلان القائد وفلان التاجر فادفعها إلى القائد، فكتب إليه سوار: إن البينة

وثبت قدمه وخطاه على ما يحب ويرضاه، كما نشكر اللجنة التحضيرية للمؤتمر القضائي الفرعي لمحافظة حضرموت وشبوه والمهرة، على ما بذلوا ورتبوا لإنجاح فعاليات هذا المؤتمر، ونحن في ضوء هذا التفاؤل نستعرض ما ألمحنا إليه مشيرين إلى أمور يجب حسب إمكانياتنا أن نبادر إلى توفيرها في شأن القضاء ليتسنى لأهله القيام بحقه كما يجب وينبغي.

فضل القضاء والحكم بالحق

للقضاء منزلة عظيمة في دين الله عز وجل، إذ به ترد الأحكام إلى كتاب الله وسنة رسول الله، على الضوابط الشرعية من العدل والمساواة كما قال تعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعظكم به)، وقال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم: (إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر واحد) متفق عليه، وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من طلب القضاء حتى يناله فإن غلب عدله جوره فهو في الجنة، وإن غلب جوره عدله فهو في النار). رواه أبو داود.

وقال النبي عليه أفضل الصلاة والسلام منبهاً على علو منزلة القاضي الذي التزم الشرع النبوي وقضى به، وعظيم خطر من تساهل به واتبعه أغراضه ومصالحه الشخصية (القضاة ثلاثة اثنان في النار وواحد في الجنة: رجل علم الحق ففرضه به فهو في الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار) رواه أبو داود، والترمذي، والنسائي، وابن ماجه. فمضى الصالحون من الأمة ممن ولاهم الله هذه الأمانة العظيمة على القضاء بالعدل والورع والاحتياط والسعي لرضا الله تعالى لا

وقد قال الله عز وجل لنبيه داود : ﴿ياد داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذي يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب﴾. ولتحري القضاء بالحق أمر القاضي أن لا يقضي وهو غضبان لما روي أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: (لا يقضي القاضي وهو غضبان) متفق عليه، وذلك لأن الغضب يغير العقل والفهم وذلك يمنعه من الاجتهاد ويورثه النسيان، ويكره أن يقضي وهو في كل حالة تتغير فيها حاله ويتشوش فيها فهمه مثل الجوع الشديد أو الغم الشديد أو الفرح الشديد أو الحزن الشديد، وغيرها مما يكدر على القاضي حتى يكون متحرياً العدل في حكمه.

الخاتمة

وختاماً فالأمة في حاجة إلى إقامة القضاء وفق ضوابطه الشرعية الأصلية التي جاء بها ديننا الحنيف بعيداً عن التأثير بأي من السلطات والخضوع للأهواء وغيرها فالابد من وجود قضاة أفذاذ ناطقين بالحق آمرين بالمعروف لا يعصون الخالق في طاعة المخلوق إذ الأمة لا تحتاج إلى شيء من الأخلاق احتياجها إلى العدل والمساواة وعدم الإغضاء على تعدي حدود الله رهبة من السلطان، وقد أجتازت جمهوريتنا الفتية شوطاً كبيراً في هذا المضمار إذ جعلت مصدر القوانين والتشريعات مستمداً من روح الشريعة الإسلامية والهدى النبوي الذي به عزنا وسيادتنا واتخذت خطوة فريدة في تقنين الشريعة وتنفيذها على أرض الواقع، وما أحسن للقاضي من رجوعه إلى أهل العلم وأخذ رأيهم في كثير من الأمور كما هو دأب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، وليكن مراقباً لله عز وجل كل حكم ينطق به

قد قامت عندي أنها للتاجر فلست أعطيها لغيره إلا ببينة، فكتب إليه المنصور: والله الذي لا إله إلا هو لتدفعنها إلى القائد، فكتب إليه سوار: والله الذي لا إله إلا هو لا أخرجها من يد التاجر إلا بحق فلما وصل كتابه إلى المنصور قال: ملأتها والله عدلاً فصار قضاتي تردني إلى الحق.

خطر التساهل في القضاء

إن المكانة السامية التي يحتلها القضاء تفرض على متولييه أن يكون نزيهاً متحرياً العدل مراقباً الله عز وجل أتم المراقبة معظماً لحقوق المسلمين مؤدياً لها على الوجه المطلوب فقد قال صلى الله عليه وآله وسلم : (يؤتى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يود أنه لم يكن قاضي بين اثنين). رواه أحمد وابن حبان.

فالمسئولية على القاضي عظيمة وكبيرة وكان لزاماً عليه أن يحذر مما يوقعه في سخط الله تعالى فيما يقضيه من أحكام حتى لا يقع في الوعيد الشديد فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: (من جعل قاضياً بين الناس فقد ذبح بغير سكين). رواه ابن ماجه، وقد يتمادى بعضهم لينحط من مرتبة القاضي العادل الذي يحكم بين الناس بأمر الله ليتدنى لتحقيق مصالحه الخاصة وأغراضه الفانية وغير ذلك فيرضى لنفسه بأخذ الرشوة مثلاً التي حذر منها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بقوله: (لعن الله الراشي والمرتشي والرائش الذي يمشي بينهما) رواه الحاكم وأحمد، ومهما انتشرت الرشوة وضاعت حقوق الناس وتعطلت مصالحهم وظهر الفساد في المجتمع، حتى اشتد الوعيد من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذ قال في الحديث الآخر: (الراشي والمرتشي في النار) رواه الطبراني.

ويعلم أنه إن عدل فيه فهو طريق له إلى الجنة، وإن جار وظلم فهو طريقه إلى النار، وليترفح ويسمو بنفسه عن الدنيا واتباع الحطام ويعرض نفسه لسخط ربه سبحانه وتعالى وتجنب ذلك وجب إقامة قاعدة التواصي بالحق والتناصح فيما بين القضاة وليأخذ كل منهم بيد الآخر للوصول إلى الحق المنشود، ومواصلة اهتمام الدولة بالقضاء ونزاهته وبعده عن الأطماع فإننا نهيب بهم ونؤكد عليهم بأن عليهم واجباً في مراعاة حقوق القضاة وتوفير متطلباتهم وحاجاتهم وتقديمها أولاً بأول، فنلفت نظر الدولة إلى العناية بهذه المتطلبات القضائية لأن ذلك يمثل أساساً متيناً في الوصول إلى غاية الشريعة في انتظام أمر القضاء وقيامه بالعدل ذلك يعود بالآثار الطيبة على الأمن والاستقرار وطمأنينة النفوس والبلد وأهلها، اللهم إنا نتوجه إليك أن تعين إخواننا في القضاء في جمهوريتنا اليمنية خاصة وبلاد المسلمين عامة على العمل بما يرضيك في الحكم بشريعتك وأن تثبت أقدامهم وتأخذ بقلوبهم ونواصيهم إليك أخذ أهل الفضل عليك وتعيدنا وإياهم من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ومن شر كل شر، وأن تشكر المساعي التي تقوم بها وزارة العدل وتكتب لها النجاح وتعينهم على الصدق والثبات وتسدد خطاهم في الخير ولما فيه مصلحة البلاد والعباد وأن تكفيننا وإياهم الشرور والفساد وأن تصلح أحوالنا وأحوال الأمة وأن توفقنا لما تحب مع اللطف في جميع ما جرى به القضاء برحمتك يا أرحم الراحمين.

وصلى الله على المصطفى محمد وعلى آله وصحبه والحمد لله رب العالمين..

(❖) ورقة عمل قدمت للمؤتمر القضائي الفرعي

لمحافظات حضرموت ، شبوة والمهرة.

الحصانة ضد المسؤولية التأديبية «الحاسبة»

د / يحيى أحمد الخزان
أستاذ الفقه المقارن المساعد
كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

القضاء هو العلم بكيفية الفصل في الخصومات وتطبيق الأحكام الشرعية على الوقائع التي ترفع إلى القاضي، والقضاء في حقيقته فهم يحتاج إلى علم، وهذا يتطلب تنمية قرارات القضاة وصقل الملكة القضائية لديهم أسلوباً ومنهجاً، لئتمكنوا من فهم الخصومات وسياسة العملية القضائية، حفظاً للحقوق وإظهاراً للحقيقة.

وأعضاء النيابة العامة (القضاء الواقف)، وذلك كون النيابة العامة هيئة من هيئات السلطة القضائية تتمتع بالحقوق وتلتزم بالواجبات وهذا يستدعي مراجعة قانون السلطة القضائية فيما يخص إعفاء أعضاء النيابة العامة من بعض الحقوق (الشروط). وهذا قد يؤدي إلى نقص في المعرفة وبالتالي القصور أو التجاوز في تطبيق الإجراءات، خصوصاً وأن مهمة النيابة العامة

لذلك يقتضي تمتعهم بجملة من الحقوق مقابل تحميلهم بالواجبات، إضافة إلى تأمينهم وحمايتهم بعدة ضمانات، ومن ضمن الضمانات وأهمها تمتيعهم بالحصانة القضائية إضافة إلى الاستقلال في أعمالهم، مما يستوجب الالتزام بالحقوق كون الإخلال بها يترتب عليه عدم التمتع بالواجبات، والحديث ينصرف إلى أعضاء السلطة القضائية وهم قضاة الحكم (القضاء الجالس)

إجراءات تعسفية ضدهم حتى يتمكنوا من أداء الوظائف الملقاة على عاتقهم وهم مطمئنون على حقوقهم.

ولا يعني تمتع القضاة بالحصانة عدم المساءلة التأديبية إذا ما أخلوا بواجباتهم أو قصرُوا في التزاماتهم، أو خرجوا عن مسلكهم، بتوقيع الجزاء المناسب، ولكن وفق اتباع إجراءات معينة ومحددة، وذلك كون هذه الحصانة تهدف إلى:

- عدم جواز اتخاذ أي طريق تأديبي لمحاسبة القضاة خارج نطاق المنصوص عليه قانوناً، حفظاً لشرف الوظيفة القضائية.
- حفظ حقوق القضاة وصيانة كرامتهم.
- ضمانات للقضاة من الانتهاكات التي قد تستهدفهم، وحماية من كيد الخصوم بمنع تطاولهم بالشكاوى الكيدية.
- تمكين القضاة من تحقيق رسالتهم في أداء العدالة بحياد واستقلال، وتأمينهم على حقوقهم في الحاضر والمستقبل.
- تحول دون ممارسة الإجراءات التعسفية التي تتخذها السلطة التنفيذية ضد القضاة^(١).

وتأتي أهمية تطبيق إجراءات الحصانة ضد المسؤولية التأديبية كون القاضي يجب أن لا يشغل بحقوقه أو المساس بكرامته سواء من قبل السلطة أو الأفراد كونه مشغولاً أصلاً بقضايا الناس وبالتالي فالتأديب يعتبر الطريق المؤدي إلى عزل القاضي. فتطبيق إجراءات الحصانة يحقق التوازن بين التأديب ومبدأ عدم قابلية القضاة للعزل.

وتأتي أهمية التأديب من اهتمام الدستور بالنص عليه حيث جاء في المادة (١٤٩): (القضاة وأعضاء النيابة العامة غير قابلين للعزل إلا في الحالات وبالشروط التي يحددها القانون ولا يجوز نقلهم من السلك القضائي إلى أية وظائف غير قضائية إلا برضاهم

محددة بنص القانون، وهذا يتطلب أن لا يعين في سلك النيابة إلا المتحصل على شهادة المعهد العالي للقضاء، شأنه شأن قضاة الحكم. وذلك رفعاً لمستوى أعضاء النيابة والإمام بنفس التكوين الذي يتلقاه القضاة، إضافة إلى تحقيق المساواة في الحقوق والواجبات والضمانات، ومن هذه الضمانات الحصانة ضد المسؤولية التأديبية أو ما أطلق عليها (بالمحاسبة) والحصانة بصفة عامة: ضمانات تلمئن القضاة في أعمالهم وحماية لهم من أي اعتداء أو تعسف قد يلحق بهم.

وحماية القضاة ضد التأديب ضمانات كفلها الدستور وقررها صلب المادة (١٤٩) بالنص على عدم جواز عزل القاضي إلا عن طريق المسألة التأديبية، كذلك نص قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩٠م على تنظيم أحكام تأديب القضاة ومحاكمتهم التأديبية في الفصل الثالث من الباب الخامس في المواد (١١١-١١٩) وأطلق عليهم محاسبة القضاة وأعضاء النيابة العامة، وقد تناولت الموضوع في قسمين:

القسم الأول

مفهوم الحصانة ضد المسؤولية التأديبية وأسبابها وسلطة التأديب

المفهوم: تعني الحصانة ضد المسؤولية التأديبية (المحاسبة) خضوع القضاة لقواعد خاصة وتمييزة تحدد الشروط التي يجب توافرها والإجراءات التي يجب اتباعها عند محاسبتهم تأديبياً لإخلالهم بواجبات وظيفتهم سواء عن طريق الخطأ أو الإهمال، وهي تعني تمتع القضاة عند محاسبتهم تأديبياً بحماية ضد الإجراءات التعسفية التي تتوجه ضدهم نتيجة لإخلالهم بواجبات المهنة وشرف الوظيفة، منعاً للخصوم من التطاول على القضاة بالشكاوى الكيدية ومنعاً للسلطات الأخرى في الدولة من اتخاذ أي

على سبيل الحصر، فعبارة (بصفة خاصة) توحى بوجود حالات أخرى يترتب عليها محاسبة القضاة، ويدعم ذلك ما جاء في نص المادة (٩٠) التي أجازت لرئيس المحكمة تنبيه القضاة عند مخالفتهم لواجباتهم أو تكرار المخالفة والذي يعتبر إخلالاً وبالتالي ترفع الدعوى الأدبية.

كذلك فواجبات الوظيفة أمر مهم وإن كان المقصود بالواجبات الوظيفية قد يتجه إلى مخالفة القاضي للواجبات سواء كانت إيجابية أو سلبية المفروضة عليه، بل إن المنع قد يتجه إلى مخالفة مقتضيات العمل القضائي ولو لم يكن النص قد تضمن ذلك.

إضافة إلى ذلك توجد حالات أخرى يترتب عليها مسؤولية القاضي الأدبية ومنها: رجوع الشاهد عن الشهادة في مجلس القاضي وعدم أخذ القاضي بهذا الرجوع وإصداره الحكم مستنداً إلى الشهادة، حيث يترتب عليه مسؤولية القاضي الأدبية^(٣).

كذلك وردت حالات في قانون المرافعات ومنها: النص على محاكمة القاضي الأدبية إذا أخل بأصول مهنته وآدابها وأخل بشرفها، كذلك محاسبته بالآداب القضائية مثل: عدم التسوية بين الخصوم والإشارة إلى أحدهم وتلقيه الحجة أو تلقي الشهود والامتناع عن الحكم.

ويتأكد عدم الحصر إذا ما تم الرجوع إلى قضايا محاسبة القضاة والتي تظهر فيها أسباب أخرى للمخالفات الأدبية والتي قد تعتبر سوابق قضائية ومنها: تجاوز الاختصاص، نقص الكفاءة في فهم القانون، مخالفة قانون الإجراءات الجزائية، إيقاف التنفيذ لقضايا يجب تنفيذها، مخالفة القانون بعدم تحصيل الرسوم.. إضافة إلى أن هناك أسباباً أخرى يظهر منها التعسف والاجتهادات في تصنيف المخالفات.

وبموافقة المجلس المختص بشؤونهم ما لم يكن ذلك على سبيل التأديب، وينظم القانون محاكمتهم التأديبية).

أسباب المسؤولية الأدبية

ترتكز مسؤولية القضاة الأدبية على معيار تصنف به المخالفة التأديبية، يتصف بالوضوح والدقة، وأن يتم النص على المخالفات بأسلوب الحصر، لذلك حددت المسؤولية الأدبية للقضاة بقيامها على فكرة الخطأ وهو انحراف في السلوك يقاس بمقياس موضوعي فمعيار محاسبة القضاة يقوم على أساس أرقى قواعد السلوك لسمو الرسالة التي يقومون بها، ولتحليلهم بأرقى الفضائل والابتعاد عن مواطن الشبهات^(٤).

وقد تضمنت القوانين المنظمة لتأديب القضاة والمواثيق الدولية الحالات أو الأسباب التي يحاسب بموجبها القضاة، حيث نص قانون السلطة القضائية في المادة (١١١) على: (يختص مجلس القضاء الأعلى وحده بتأديب القضاة وأعضاء النيابة العامة عند إخلالهم بواجبات وظيفتهم، وللمجلس أن يحيل محاسبتهم على مجلس محاسبة يتكون من ثلاثة أعضاء من المجلس أو من ثلاثة من القضاة، ويعد بصفة خاصة إخلالاً بواجبات الوظيفة ما يلي:

أ- ارتكاب القاضي جريمة مخلة بالشرف، أو بجريمة الرشوة، أو ثبوت تحيزه إلى أحد أطراف النزاع.

ب- تكرار التخلف عن حضور الجلسات دون عذر.

ج- تأخير البت في الدعاوى.

د- عدم تحديد مواعيد معينة لإتمام الحكم عند ختام المناقشة.

هـ- إفساء سر المداولة.

ويلاحظ على النص عدم تحديد الأسباب

من المادة (١٠٩) من قانون السلطة القضائية. وعندما ينعقد لهذا الغرض، ينعقد كمجلس تأديب، إلا أن القانون قد سمح بإحالة هذا الاختصاص إلى مجلس محاسبة من الهيئة القضائية نفسها، وذلك حفاظاً على استقلال القضاء ونزاهته، لهذا أصبح مجلس المحاسبة هو المختص بتأديب القضاة بعد صدور قرار مجلس القضاء الأعلى رقم (٥) لسنة ١٩٩٨م الذي نص على تشكيل مجلس محاسبة للقضاة وأعضاء النيابة العامة من رئيس المحكمة العليا وعضوين آخرين هما نائب رئيس المحكمة وعضو آخر من أعضاء المحكمة.

وتثار حول القرار تساؤلات منها: عدم تحديده من يخلف رئيس المحكمة عند غيابه خصوصاً والقرار لم يحدد قانونية انعقاد المجلس بمن تتم، فهل يلزم حضور جميع من ذكر بالقرار، كذلك عدم تحديد وقت محدد لمحاسبة القضاة، إضافة إلى أن القرار لم ينص على وجود مقرر للمجلس مما قد يعطل المحاسبة وذلك نظراً لكثرة مشاغل أعضاء المجلس وخصوصاً إذا ما تزايدت قضايا المحاسبة.

كذلك منح القانون سلطات رئاسية تأديبية لرئيس المحكمة ولوزير العدل وهو ما نصت عليه المادتان (٩١ و ٩٠) من قانون السلطة القضائية بتحويلهم حق تنبيه القضاة حيث يعتبر التنبيه عقوبة تأديبية.

القسم الثاني:

إجراءات رفع الحصانة التأديبية:

يطرح موضوع تطبيق إجراءات الحصانة ضد المسؤولية التأديبية عندما تثار المسؤولية التأديبية للقضاة، مما يستلزم عدم اتخاذ أي إجراء ضدهم إلا وفق إجراءات ذات طبيعة قضائية، وتتم هذه الإجراءات وجوباً بمراحل

إن عدم حصر المخالفات التأديبية وترك الاجتهادات فيها للسلطة يمكن من النيل من القضاة والتعسف ضدهم، ويؤدي إلى عدم الاستقرار في العمل القضائي.

وهذا يقتضي التركيز على معيار الالتزام بواجبات الوظيفة، وتحديد هذا الالتزام وعدم الخروج عليه وعدم التوسع في مفهوم الواجبات ضابط معين لذلك، بما لا يخل باستقرار القضاة وجعلهم عرضة للأهواء والاجتهادات التي تصدر عن السلطة المخولة بتصنيف المخالفات التأديبية، وبالتالي يجب أن يكون الضابط في كل ما يرتكبه القاضي ويستحق عليه المساءلة التأديبية هو التقصير والإهمال.

وضرورة التحديد والحصر للحالات التي يحاسب عليها القضاة أكدته المادة (١٩) من توصيات مؤتمر ميلانو الذي عقدته الأمم المتحدة في ٨/١٦ وحتى ١٩٨٥/٩/٦ بإيطاليا حيث جاء فيها: (تحدد جميع الإجراءات التأديبية أو إجراءات الإيقاف أو العزل وفقاً للمعايير المعمول بها للسلوك القضائي)^(٤).

ومع ذلك فسلوك القاضي يمثل أهمية كبيرة في عمله وخارج عمله، فهو ليس كأى موظف فسلوكه محسوب عليه أثناء ممارسة عمله أو خارجه، وهذا يقتضي بيان السلطة المخولة بتأديب القضاة لما فيه من ضمانة للحفاظ على هيبة القضاء واستقلاله.

سلطة تأديب القضاة:

بتتبع نصوص قانون السلطة القضائية يلاحظ اشتراك عدة جهات قضائية في تأديب القضاة إلا أن أصل الاختصاص يعود إلى مجلس القضاء الأعلى الهيئة الإدارية العليا للسلطة القضائية الحامي للضمانات التي يتمتع بها القضاة، ومن ضمن صلاحياته تأديب القضاة وهو ما نصت عليه الفقرة (ج)

بالسلطة، وهذا يقتضي توضيح أسباب التحقيق مع القاضي:

أسباب التحقيق:

ترجع أسباب التحقيق مع القاضي إلى الشكوى والإخلال بواجبات الوظيفة القضائية.

السبب الأول

الشكوى

تكاد تكون الشكوى السبب الرئيسي لقيام المسؤولية التأديبية، إذ غالباً ما تكشف المخالفة التأديبية عن طريقها، وتمر الشكوى بعدة خطوات وتكتنفها ضمانات عديدة. إذ بعد تقديمها من الشاكي، يتلقى مكتب الشكاوى الذي يقوم بفحصها والتحقق من استكمالها لجميع الشروط، ويتم التحقيق أولاً في الشكوى الهامة المتعلقة بسلوك القضاة أو تصرفاتهم أو قضائهم، وتعرض الشكاوى على رئيس هيئة التفتيش القضائي أو نائبه، ثم تعرض على القاضي المشكوك به، أما إذا تم التحقيق فيها عن طريق أحد أعضاء هيئة التفتيش، فإن ذلك يستلزم موافقة مجلس القضاء الأعلى على إجراءات انتقال العضو المكلف بالتحقيق، وأن يكون المحقق أعلى درجة من القاضي الذي يجري معه التحقيق.

وهذا الإجراء لا يعتبر في حقيقته تحقيقاً بالمعنى الذي نقصده في هذا السبب وإنما هو استيضاح وقد منح القاضي عدة ضمانات في هذه المرحلة ومنها: حق رفض المحقق وطلب استبداله بمحقق آخر، ولكن هذا الحق يعطى لمرة واحدة، وأن يكون طلب الرفض مسبباً، أما طلب الرفض في المرة الثانية فإن للسلطة المختصة حرية تقرير هذا الأمر بالاستجابة للطلب أو الرفض وهذا الحق مقرر في قانون الخدمة المدنية في لائحته التنفيذية.

كذلك يجب أن لا تودع في ملف القاضي

ثلاث، تتسم بالتدرج فلا يتم الانتقال من مرحلة إلى أخرى إلا بعد استكمال المرحلة السابقة، وإن تتوفر الضرورة لمواصلة السير في الإجراءات وهذه المراحل هي:

المرحلة الأولى: التحقيق

يتسم التحقيق مع القاضي بالخطورة وذلك كونه يؤدي إلى زعزعة استقرار القاضي واضطراب العدالة وإسقاط هيبة القضاء، ولذلك اقترنت إجراءات التحقيق بعدة ضمانات، وقد تمثلت الضمانات في الأسباب التي يقوم عليها التحقيق، إضافة إلى وجوب تحديد حالات المسؤولية التأديبية وإن كانت هذه الحالات لم ترد في القانون على سبيل الحصر، ولعل ذلك يعود إلى:

1- الجريمة التأديبية لا تخضع كالجريمة الجنائية لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فطبيعة الجريمة التأديبية تستعصي على التحديد الجامع المانع.

2- قوام الجريمة التأديبية مخالفة القاضي لواجبات الوظيفة ليس فقط التي نصت عليها القوانين والأنظمة، بل تلك التي يقتضيها حسن انتظام العمل.

3- هذه الحالات تنصرف إلى عدة أمور:

أ- منها ما يتصل بعمل القاضي، لتخلفه عن الإقامة في البلد الذي يعمل دون إذن.

ب- إفشاء أسرار المداومات.

ج- ما يتعلق بحياته الخاصة، كقيامه بأعمال تمس الشرف والكرامة، لأن حياة القاضي تنعكس على عمله وتؤثر فيه.

د- ما يتعلق بنشاط القاضي كمزاولته التجارة أو أي عمل لا يتفق وكرامة القضاء⁽⁵⁾.

كل ذلك لا يمنع من التحديد للحالات وحصرها في إطار قواعد وضوابط تعتمد الكفاية والقدرة للاستمرار في أداء الوظيفة والخلق الشخصي وعدم الانحراف الجسيم

المخصص لمحاسبة القضاة باعتبارهما أقرب إلى المحاسبة والتأديب، خصوصاً وأن المادة (١١١) قد تضمنت النص على إخلال القضاة بواجبات وظائفهم، وعزت حق البت في تلك الإخلالات إلى مجلس المحاسبة.

- توحى المادتان بأن يوقع على القاضي ثلاثة تنبيهات من ثلاث جهات وهي: رئيس المحكمة ووزير العدل ومجلس المحاسبة.

- لقد حشرت هاتان المادتان في هذا الفصل وكأننا أراد بهما استثناء على الحصانة المقررة للقضاة ولذلك نرى تعديلهما بما يتناسب والضمانات المخصصة للقضاة.

ضمانات التحقيق:

إضافة إلى ما سبق فقد تثار حول التحقيق مع القاضي إشكالات باعتبار التحقيق يؤدي إلى رفع الدعوى التأديبية مما استوجب ضرورة تقرير عدة ضمانات عند التحقيق مع القاضي لعل أهمها:

١- استعانة القاضي بمحام أثناء التحقيق: أن من حق القاضي أثناء فترة التحقيق الاستعانة بمحام مرسوم بجدول المحكمة العليا أو بأحد زملائه، ويكون له الاطلاع على الوثائق، وقد قرر القانون تقرير هذا الحق أثناء المحاكمة.

٢- الاطلاع على التقرير ونقله: للقاضي أو لموكله الحق في الاطلاع على الأبحاث التي أجريت فيما هو متهم به من إخلال بواجبات وظيفته، وذلك لكي يتمكن من الرد عليها، وله الحق في استنساخ الملف ليتمكن من الرد وتفنيد ما نسب إليه.

٣- مدة التحقيق مع القاضي: يعتبر تحديد مدة التحقيق مع القاضي من الأمور المهمة، وقد نصت على المدة المادة (١١٣) من قانون السلطة القضائية جاء فيها: (على مجلس القضاء الأعلى إذا قرر السير في

أية ملاحظات أو شكاوى قبل الانتهاء من الإجراءات بصفة نهائية وباتة، وأن يكون ذلك باطلاع مجلس القضاء الأعلى.

السبب الثاني:

الإخلال بواجبات الوظيفة

الإخلال بواجبات الوظيفة هو المعيار الذي نصت عليه القوانين كسبب للتحقيق مع القاضي وتأديبه، إلا أن قانون السلطة القضائية قد منح اتخاذ هذا الإجراء لأكثر من جهة، فقد نصت المادة (٩٠): (لرئيس المحكمة الحق في تنبيه القضاة على ما يقع منهم مخالفاً لواجباتهم أو مقتضيات وظيفتهم بعد سماع أقوالهم ويكون التنبيه شفاهاً أو كتابة...). أما المادة (٩١) فقد نصت على إجراء صدور التنبيه للقضاة من وزير العدل، واقتصرت على التنبيه الكتابي، وهي تكرار للمادة السابقة، فلرئيس المحكمة ووزير العدل تنبيه القضاة عن الإخلال بواجبات وظيفتهم، وإن كان القانون قد قرر للقاضي ضمانات الاعتراض على التنبيه والتوجه بالاعتراض إلى مجلس القضاء الأعلى خلال أجل اسبوعين من تاريخ إبلاغه التنبيه إذا كان من رئيس المحكمة وأسبوع إذا كان من وزير العدل.

كذلك حول القانون مجلس القضاء إجراء تحقيق عن الواقعة التي وجه التنبيه بمناسبة ذلك بواسطة أحد أعضاء المجلس، أو أحد قضاة المحكمة العليا، ولا يجوز إجراء التحقيق إلا بعد الاستماع إلى أقوال القاضي، ومن ثم فللمجلس تأييد التنبيه أو إلغاؤه.

وإذا كانت هذه الإجراءات تعتبر ضمانات للقضاة، إلا أن ما يعيبها أنها جعلت حق توجيه التنبيه لأكثر من جهة، ونورد على ذلك بعض الملاحظات:

- كان يقتضي النص عليهما -إذا ما سلم بهاتين المادتين- وتقريرهما صلب الفصل

تحقيق ومحاسبة ومحاكمة على أن لا تتجاوز الشهرين.

المرحلة الثانية:

رفع الدعوى التأديبية

إذا تبين من التحقيق ثبوت المخالفة التأديبية على القاضي أقيمت الدعوى التأديبية، وقد أعطى القانون هيئة التفتيش القضائي حق إقامة الدعوى والسير في إجراءاتها بعد موافقة مجلس القضاء بناء على طلب وزير العدل، ويشترط في طلب إقامة الدعوى:

- ١- أن يسبق الطلب تحقيق أولي.
- ٢- أن تتولى التحقيق هيئة التفتيش القضائي.

إلا أن تقدير الحالات التي ترفع فيها الدعوى إذا ما وجدت يعود:

أ- للسلطة التي تقيم الدعوى التأديبية (هيئة التفتيش).

ب- مجلس التأديب، ليقدر مدى وجود وجه للسير في دعوى التأديب.

إن توجيه المسؤولية التأديبية ورفع الدعوى التأديبية على القاضي يقتضي استدعائه من قبل مجلس القضاء، وله حق الحضور خلال شهرين من تاريخ إعلانه، على أن تكون هيئة التفتيش قد قامت برفع الدعوى بعريضة مشتملة على الوقائع وعناصر الاتهام والأدلة، وأن يمكن القاضي من إبداء أقواله والدفاع عن نفسه.

ويجوز لمجلس التأديب أن يجري تحقيقاً إضافياً، وذلك في حالة ما إذا كان القاضي قد قدم طلب رد المحقق ولم يتم الاستجابة لطلبه، كذلك عندما يرى المجلس وجهاً لإعادة التحقيق أو استكمالها، وهنا يكلف أحد أعضاء مجلس المحاسبة بإعادة التحقيق مع القاضي، ويوجب القانون حضور القاضي بنفسه أمام

إجراءات المحاكمة إيقاف القاضي عن مباشرة أعمال وظيفته، أو أن يحيله إلى إجازة جبرية مؤقتة، على أن لا تزيد مدة الإيقاف أو الإجازة عن ثلاثة أشهر، وللمجلس الحق في إعادة النظر في قراره هذا في أي وقت).

يفهم من النص أن فترة الإيقاف أو الإجازة الجبرية خاصة بفترة المحاكمة ولا تدخل فيها فترة إجراءات التحقيق، أو أن تحسب مدة التحقيق ومدة المحاكمة بفترة واحدة إلا أن المادة (١١٨) تنص على: (ينبغي لمجلس القضاء الأعلى في أحوال المسألة التأديبية أو الجزائية أن يأمر بإيقاف القاضي عن مباشرة أعمال وظيفته أثناء إجراءات التحقيق أو المحاسبة أو المحاكمة، وذلك من تلقاء نفسه أو بناء على طلب وزير العدل أو رئيس المحكمة التي يتبعها القاضي).

النص جعل الأمر اختيارياً لمجلس القضاء الأعلى فيما يخص وقت إصدار قرار الإيقاف، فقد ترك الأمر جوازياً، إلا أنه فيما يخص التوقيف في حد ذاته فقد جعله وجوبياً. إلا أن عدم تحديد مدة الإجراءات يخل بضمانات التحقيق وذلك لأن عدم تحديد المدة:

أ- يخلق لدى القاضي جواً من عدم الاستقرار النفسي والطمأنينة اللذين لا بد منهما للقاضي في عمله.

ب- ينعكس على المتقاضين ويخل بقضاياهم واستيفاء حقوقهم.

ج- إن إيقاف القاضي عن العمل وإعطائه إجازة جبرية مؤقتة لمدة ثلاثة أشهر تعتبر من العقوبات التأديبية المنصوص عليها في المادة (١١٥) من قانون السلطة القضائية. فهل توقع العقوبة قبل انتهاء المحاكمة؟ ولذا يجب حذف ما جاء في المادة (١١٣) فيما يخص إيقاف القاضي أو منحه إجازة جبرية، وتجديد المدة في المادة (١١٨) بالنسبة لجميع الإجراءات من

آثار المحاكمة التأديبية:

تترتب على المحاكمة التأديبية وصدور القرار عدة آثار لعل أهمها:

١- أن الدعوى التأديبية لا تحول دون إقامة الدعوى الجنائية إذا ارتكب القاضي جريمة جنائية كالرشوة أو الاختلاس أو خيانة الأمانة، ويعاقب بالعقوبة المقررة قانوناً.

٢- أن الدعوى التأديبية تنقضي باستقالة القاضي وقبولها أو ببلوغه سن التقاعد، وتعتبر الاستقالة إحدى مسقطات الدعوى التأديبية، وتقدم إلى مجلس القضاء الأعلى، وله حق قبولها أو رفضها، ولا يعتبر القاضي مستقياً إلا من تاريخ تبليغه قرار مجلس القضاء بقبول الاستقالة

٣- لا يترتب على إيقاف القاضي عن عمله أثناء إجراءات الدعوى التأديبية حرمانه من مرتبه مدة الإيقاف.

٤- يتخذ قرار مجلس التأديب بأغلبية الأصوات، وعند تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً.

٥- يعتبر قرار مجلس التأديب غير قابل للطعن فيه، بشرط أن يكون متضمناً للتعليل، أما إذا ما اعتبر القرار قابلاً للطعن، وذلك إذا ما صنفت قضايا محاسبة القضاة بكونها قضايا إدارية، فإن الجهة المختصة بتلقي الطعون هي الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا حيث جاء في المادة (٢٤) من قانون السلطة القضائية: (تفصل الدائرة الإدارية في: ١- الطعن بطريق النقض في الأحكام والقرارات الصادرة في القضايا الإدارية)

المراجع:

- (١) يعبى أحمد الخزان: الحصانة القضائية في الفقه والقانون اليمني والتونسي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الزيتونة، تونس، ١٣٤

مجلس المحاسبة، وذلك للاستماع إلى أقواله وتمكينه من الدفاع عن نفسه، وإذا لم يحضر بعد التأكد من إبلاغه ينظر المجلس الدعوى في غيابه.

وإذا ما انتهت إجراءات الدعوى التأديبية وترتب ثبوتها ضد القاضي يتم الانتقال إلى مرحلة المحاكمة.

المرحلة الثالثة:

إجراءات المحاكمة:

إذا ما وصلت الإجراءات إلى مرحلة المحاكمة فيجب أن يكون القاضي في حالة إيقاف عن ممارسة عمله أو في إجازة جبرية، وبالتالي فإن أي عمل يقوم به أثناء هذه الفترة يعتبر باطلاً ولا يترتب عليه أي أثر.

ويعقد مجلس المحاسبة جلساته بصورة سرية وتسري السرية أيضاً على النطق بالحكم، ويجب أن يتضمن الحكم الأسباب التي بني عليها، وإذا ما صدر القرار التأديبي بتوقيع عقوبة تأديبية على القاضي فيجب أن يشمل على الأسباب التي أدت إلى توقيع العقوبة التأديبية وإلا اعتبر باطلاً. والعقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها على القاضي لا تخرج عما ورد في نص المادة (١١٥) حيث جاء فيها العقوبات التأديبية التي يجوز توقيعها هي:

أ- التنبيه

ب- اللوم

ج- الإنذار

د- الحرمان من العلاوات الدورية

هـ- التوقيف عن العمل وإعطاؤه إجازة

جبرية مؤقتة لا تتجاوز (ثلاثة أشهر)

و- تأخير الترقية، ز- النقل إلى وظيفة غير

قضائية

ح- العزل مع استحقاق المعاش أو المكافأة.

- (٢) عبد الفتاح مراد: المسؤولية التأديبية للقضاة وأعضاء النيابة العامة، ٢٢٣
- (٣) يحيى أحمد الخزان: الرجوع عن الشهادة في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الزيتونة، تونس، ١٦٢
- (٤) المجلة العربية للفقهاء والقضاة، الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، الرباط المغرب، ٥٤٣ .
- (٥) فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، ١٧١

القاضي / عبد القوي الخرساني

معوقات تنفيذ الأحكام والحلول المقترحة لها

لا شك فيه أن موضوع تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة من المحاكم أصبح يكتسب أهمية بالغة في المرحلة الراهنة بل ويحتل الأولوية في اهتمامات معالي الوزير وقيادة هيئة التفتيش القضائي مما يستوجب ذلك مشاركة رجال القضاء بفعالية في بلورة أفكار وملاحظات حول ما هية الصعوبات التي تكتنف عملية تنفيذ الأحكام والسبل الكفيلة بمعالجتها على النحو الأكمل.

مما

وفي اعتقادنا أن وضع خطة زمنية لتنفيذ أمر المشاركة في إعداد الملاحظات المتصلة بعملية تنفيذ الأحكام على النحو المشار إليه هو أنسب طريق للوصول إلى حل سليم ونهائي لمعوق رئيسي من معوقات سير عملية الإصلاح القضائي كما أن ضمان سلامة الإجراءات الواجبة الاتباع في المحاكم المختلفة سيؤدي بلا ريب إلى كفاءة النهوض بأجهزة القضاء وترسيخ أسس بنائها التنظيمي وتعزيز الثقة بالأحكام والقرارات والأوامر والتصرفات الأخرى الدائرة في إطار أجهزة العدالة

بل يمكن القول أن عمليتي تنفيذ الاحكام وسلامة الإجراءات القضائية بالمحاكم مرتبطتان إذ يتعذر الفصل بينهما فالقاضي الموكل إليه أمر تنفيذ الحكم لا يستطيع أن يسير في إجراءات التنفيذ على أفضل وجه ما لم يكن الحكم المراد تنفيذه صحيحاً من حيث الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع وبالتالي من المفيد أولاً معالجة مسألة سلامة الإجراءات المتبعة في المحاكم وقياس مدى تطابقها مع القوانين المعمول بها قبل الشروع في بيان وسائل وطرق معالجة معوقات تنفيذ الأحكام والعوامل المؤثرة على سير عملية تنفيذ الأحكام حيث لوحظ أن بعض الأحكام الصادرة عن بعض قضاة المحاكم تفتقر إلى حسن الصياغة والبيانات والقواعد القانونية التي ينبغي أن تشمل عليها الأحكام لأسباب متعددة أهمها وجود قصور في عملية البحث والتدقيق التي تجري أثناء نظر المنازعات ببعض المحاكم وإسناد مهمة صياغة الأحكام وترتيب بياناتها إلى أمناء السر أو كتاب المحاكم وانتفاء الإشراف الفعال من قبل رؤساء بعض المحاكم على أولئك الكتبة خلال مرحلة تحرير الأحكام وصياغتها وأثناء عملية القيام بتنفيذها وبالتالي من الطبيعي أن تأتي بعض الأحكام أحياناً مشوبة أو موصومة بالقصور أو البطلان كما يمكن أن تكتنف عملية تنفيذ الأحكام بعض الصعوبات الناجمة عن تراخي الجهات المعنية بالضبط بالقيام بأداء الدور المناط بها على النحو المرسوم في القانون وعدم إحاطة القائم بالتنفيذ بوسائل أو قواعد تنفيذ الأحكام المضمنة في القوانين السارية مع تسليماً بأن أمناء السر ببعض المحاكم المؤهلين تأهيلاً قانونياً لديهم إلمام تام بأحكام القوانين الواجب إعمالها عند تحرير الأحكام وأثناء النهوض بعملية تنفيذ الأحكام ويقومون بأعمالهم بكفاءة واقتدار.

والحقيقة أن معوقات تنفيذ الأحكام في بلادنا كثيرة ويصعب حصرها في سطور محددة غير أنه بالإمكان التطرق إلى أهم المعوقات أو العوامل المؤثرة على سير عملية تنفيذ الأحكام والحلول المقترحة لها على النحو التالي:

أنه ينبغي على المحكمة المعنية تحرير أو توجيه إعلان تنفيذ اختياري للمحكوم عليه بتنفيذ المطلوب منه المبين في الحكم المراد تنفيذه خلال مدة أسبوع ويرفق بالإعلان صورة الحكم المذيلة بالصيغة التنفيذية السالفة البيان بحيث إذا لم ينفذ المحكوم عليه ما قضى به الحكم خلال هذه المدة جاز لرئيس المحكمة أو قاضي التنفيذ بها الشروع في اتخاذ خطوات التنفيذ الجبري للحكم إعمالاً لحكم المادة (٣٣١) من نفس القانون التي تنص على أنه (لا يجوز البدء في إجراءات التنفيذ الجبري إلا بعد مضي أسبوع على الأقل من تاريخ إعلان السند التنفيذي (الحكم أو القرار) وثلاثة أيام بالنسبة للتنفيذ المعجل).

وغنى عن البيان أن نص المادة (٣٢٩) من قانون المرافعات المذكور قد أوجب على المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم الواجب تنفيذه تسليم نسخة من الحكم لأطراف الخصومة وتسليم الصورة التنفيذية من الحكم للمحكوم له كما أوجب إيداع حكم المحكمين المحكمة الاستئنافية المختصة وتقوم هذه المحكمة بإعطاء صورة تنفيذية من الحكم ومن أمر التنفيذ للمحكوم له وأيضاً تسليم نسخة من الحكم لكل طرف في الخصومة وللمحكوم له تقديم طلب تنفيذ حكم المحكمين الى المحكمة الاستئنافية المعنية مشفوعاً بصورة من الحكم وصورة من اتفاق التحكيم وصورة من محضر إيداع الحكم وذلك تطبيقاً لحكم المادة (٣٢٩) من قانون المرافعات الساري وكذا المادة (٥٩) من قانون التحكيم المعمول به.

ثانياً:- تبين من خلال إمعان النظر في الأحكام الصادرة من بعض المحاكم عدم تطابق المواضع المحكوم بها مع حقيقة الواقع مما يترتب عليه إشكالات تنفيذية خلال مرحلة تنفيذ الأحكام - مما يعني ذلك وجوب العمل

أولاً: عدم قيام بعض قضاة المحاكم بتبليغ كل طرف من أطراف الحكم النهائي أو البات بصورة من الحكم قبل السير في تنفيذه بالإضافة إلى عدم تفيد أولئك القضاة بالضوابط والإجراءات الواجب اتباعها عند الخوض في عملية تنفيذ الأحكام مما يدفع الخصوم أو أحدهم إلى اللجوء إلى دائرة الشكاوى بهيئة التفتيش القضائي لتقديم شكوى بالمحكمة التي تتولى التنفيذ لتسليمه نسخة من الحكم الواجب التنفيذ أو أن المحكمة المناط بها التنفيذ لا تلتزم بإجراءات التنفيذ المشمولة بالقانون، مع أنه من المفترض في هذا الصدد أن تكون بيد كل طرف في المنازعة نسخة من ذلك الحكم على أن تكون بيد المحكوم له صورة طبق الأصل من الحكم المراد تنفيذه مذيلة بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة (٣٢٧) من قانون المرافعات النافذ الصادر برقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م الآتي نصها: (بقوة الشرع والقانون فإن السلطة القضائية تقرر فرض تنفيذ هذا السند التنفيذي جبراً وعلى السلطة العامة أن تعين على إجرائه ولو باستعمال القوة المسلحة متى طلب قاضي التنفيذ منها ذلك).

كما أن الفقرة الثانية من المادة (٣٢٦) من ذات القانون تنص على أنه: (لا يجوز التنفيذ إلا بموجب صورة تنفيذية تتمثل في السند التنفيذي مذيلاً بالصيغة التنفيذية ما لم ينص القانون على غير ذلك) على أن تظل نسخة الحكم الأصلية محفوظة بملف القضية بالمحكمة، والحكمة من وجود الصورة التنفيذية للحكم على النحو السالف الذكر هي تمكين المحكوم له من اقتضاء حقه بموجبها وتمكين القائم بالتنفيذ من مزاولة وظيفته على أكمل وجه.

وفيما يتصل بالضوابط والإجراءات الواجب مراعاتها عند إجراء التنفيذ فالمعلوم

القاضي على نفسه في معاينة موضوع النزاع سواء كان عقاراً أو منقولاً لأن السير في هذا الطريق سيؤدي بحق إلى استقرار الحقوق وتقريب العدالة بين المتقاضين وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد وغواية المطل والتسويق وسرعة حسم المنازعات.

ثالثاً:- قيام بعض المحاكم الابتدائية بالسير في إجراءات تنفيذ الحكم الابتدائي غير النهائي بالرغم من ثبوت تقديم المحكوم عليه عريضة طعن بالحكم بالاستئناف أو أن القضية المطعون بالحكم الصادر بشأنها أصبحت منظورة بالفعل أمام الشعبة المعنية بالمحكمة الاستئنافية.

- مع أنه من المتعين على المحكمة الابتدائية في هذا الشأن أن ترفع ملف القضية إلى محكمة الطعن الأعلى درجة وهي محكمة الاستئناف المختصة إذا كان الطاعن قد تقدم بالطعن أثناء سريان الميعاد القانوني للطعن بالاستئناف ما لم يكن الحكم غير قابل للطعن فيه بإحدى طرق الطعن العادية أو غير العادية إذ أن الأحكام الابتدائية تقف حجيتها بمجرد الطعن فيها بالاستئناف على أساس أن هذا الطريق من طرق الطعن يفضي إلى إعادة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه وبالتالي لا يسوغ للقاضي السير في تنفيذ حكم مطعون فيه أمام محكمة الاستئناف للاعتبار المذكور وهذا الموقف ينسجم مع حكم المادة (٢٨٨) من قانون المرافعات الصادر برقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م التي تنص على أنه (يطرح الاستئناف للقضية المحكوم فيها أمام محكمة الاستئناف للفصل فيها من جديد في الواقع والقانون.. إلخ) وأيضاً حكم المادة (٢٨٠) من ذات القانون التي تنص على أنه (يعتبر الطعن مرفوعاً من تاريخ تقديم عريضته مرفقاً بها سند دفع الرسوم).

على تفعيل أدلة أو طرق الإثبات المنصوص عليها في قانون الإثبات الساري وعلى الأخص طريقة معاينة المواضع المتنازع عليها أثناء نظرها بالمحاكم باعتبار أن الانتقال إلى محل المنازعة أثناء تسيير النزاع بالمحكمة يفضي إلى الإلمام الكامل بطبيعة وظروف وملابسات الخصومة ومعرفة الأوصاف الفعلية لمواضع النزاع عن قرب والتحقق من مدى صحة ما يدلي به الخصوم من عدمه بل يمكن القول أن سلوك سبيل المعاينة يؤدي في الغالب إلى حسم المنازعات وقنوع أطراف الحكم بما قضى به.

وقد أولى واضعو قانون الإثبات الصادر برقم (٢١) لعام ١٩٩٢م اهتماماً بالغاً بمسألة المعاينة حيث أجاز القانون في المواد (١٦٠-١٦٤) للمحكمة المطروح أمامها النزاع أن تقرر من تلقاء نفسها الانتقال إلى موضع المنازعة للكشف عن المتنازع فيه أو تندب لذلك أحد أعضائها كما أجاز القانون للمحكمة أن تستعين بخبير أو عدل أثناء إجراء المعاينة وينظم محضر بذلك حتى لا تترك المحكمة كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة أو مجادلة الخصوم أو بمشيتتهم بوجهون الدعوى حسب هواهم ووفق مصالحهم وليس أوقع في تكوين القاضي عقيدته عن محل النزاع من مشاهدته بنفسه حيث يعطيه ذلك فكرة مادية محسوسة عن الواقع لا يمكن أن تعطيها له أوراق الدعوى ولا أقوال الشهود ولا تقارير الخبراء بالإضافة إلى ما يوفره له ذلك من ثقة تامة وطمأنينة كاملة عند تسيير النزاع أمامه أو الفصل فيه لأن تقرير الخبير مهما بلغ من الحيطة والدقة لن يستطيع أن ينقل إلى القاضي الصورة الكاملة للواقع كما لو رآها بعينه فضلاً عما يشوب تقارير الخبراء أو العدول من محاباة أو ميل لأحد أطراف النزاع فليس من سمع كمن رأى وبالتالي من الضرورة بمكان أن يعتمد

مباشرة.

وفيما يخص الأحكام المطعون فيها بالنقض أمام المحكمة العليا فقد أفرد لها قانون المرافعات النافذ أحكاماً خاصة تتسم بالوضوح والمرونة وتتلاءم مع الواقع الاجتماعي والبيئة اليمنية فقد أوجب هذا القانون وقف تنفيذ الأحكام الاستثنائية المطعون فيها بالنقض أمام المحكمة العليا والصادرة في المنازعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والعقارية والإزالة والحق المدني في القضايا الجنائية والأمور الإدارية وأعطى ذات القانون للمحكمة العليا سلطة تقديرية في وقف تنفيذ الحكم في المسائل الأخرى باستثناء الأحكام المطعون فيها أمامها الصادرة في مسائل النفقات الشرعية والحضانة فقد نصت المادة (٢٩٤) من القانون آنف الذكر على أنه:-

أ- يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الأحكام وآثارها إذا كانت صادرة في المنازعات الآتية:-

١- مسائل الأحوال الشخصية ما عدا ما استثنى في هذه المادة.

٢- المنازعات العقارية.

٣- المنازعات المتعلقة بالإزالة.

٤- المنازعات المتعلقة بالحق المدني في القضايا الجنائية.

٥- المنازعات المتعلقة بالمسائل الإدارية.

ب- فيما عدا ما تقدم لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم وللمحكمة العليا أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب ذلك في صحيفة الطعن ورأت المحكمة مبرراً لذلك.

ج- يمنع على المحكمة العليا الأمر بوقف التنفيذ في الأحكام الآتية:-

١- الأحكام الصادرة في مسائل النفقات الشرعية.

٢- الأحكام الصادرة في مسائل الحضانة.

وقد أحسن واضعو قانون المرافعات الجديد صنفاً في وضع القواعد المنظمة لطرق الطعن بالأحكام وبيان أسس وإجراءات رفع ملفات القضايا المطعون بالأحكام الصادرة بشأنها إلى محكمة الاستئناف والمحكمة العليا بما يكفل التعجيل برفع الأحكام المطعون فيها إلى محكمة الطعن الأعلى وسرعة الفصل في المنازعات فقد نصت المادة (٢٨٥) من قانون المرافعات المذكور على أنه (على المحكمة الابتدائية التي طعن في الحكم الصادر منها بالاستئناف أن تؤشر بالطعن في سجل قيد القضايا المطعون فيها وأن ترسل ملف الطعن وكل ما قدم من أوراق إلى محكمة الاستئناف خلال ثلاثة أيام وعلى محكمة الاستئناف قيده يوم وصوله في جدول القضايا واتخاذ إجراءات إعلانه للخصم أو استدعائه لاستلامه في اليوم الثاني).

ومؤدى هذا النص وجوب قيام المحكمة الابتدائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه بالاستئناف باستيفاء إجراءات تسجيل وقيد ملف الطعن المشتتم على عريضة الطعن والحكم المطعون فيه والوثائق والمستندات ذات الصلة بموضوع النزاع ورفعها إلى محكمة الاستئناف المختصة خلال مدة أقصاها ثلاثة أيام وكذا لزوم قيام المحكمة الاستئنافية بقيد القضايا المطعون في الأحكام الصادرة بشأنها في جدول القضايا بذات المحكمة بعد وصولها ثم استكمال إجراءات إعلان المطعون ضده بهدف المثول أمام المحكمة وتقديم ما يعين له من دفوع ودفاع أوجبها القانون تمهيداً لنظر القضية كما نصت المادة (٢٧٩) من القانون السالف الذكر على أنه (يرفع الطعن بعريضة تقدم أمام محكمة الطعن..) ومقتضى هذا النص أن للمحكوم عليه أو الطاعن تقديم صحيفة الطعن بالحكم الابتدائي الصادر لصالح خصمه أمام محكمة الاستئناف المعنية

اعتبار أن ما قضي به في الحكم يرمي إلى أعداد المنازعة المنظورة أمام المحكمة تهيئاً للفصل في موضوعها وهذا الموقف يتفق مع المنحى التشريعي في بلادنا ويؤيده المنطق الصحيح والفطرة السليمة والواقع القانوني العملي حيث تنص المادة (٢٣٧) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني الصادر برقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م على أنه (الأحكام تقرر ثبوت الحقوق أو عدم ثبوتها وتنشئ المراكز القانونية أو تزيلها أو تغيرها... حسب مقتضى الحال المنصوص عليه في الحكم) وبالتالي لا مناص من التقيد بالأوضاع والإجراءات المرسومة في القانون عند إصدار الحكم أو القرار ليتسنى للمحكمة المعنية اتخاذ الخطوات الكفيلة بتنفيذه بعد صدوره نهائياً بمقتضى القانون.

خامساً: لوحظ من خلال إمعان النظر بمضامين بعض الشكاوى التي ترد من المواطنين أو من واقع دراسة أوراق القضايا التي تعرض على القضاة بدائرة الشكاوى بهيئة التفطيش القضائي أو من خلال النزول إلى مقار بعض المحاكم أن الإجراءات الأول المتبع في عملية تنفيذ الأحكام هو قيام رئيس المحكمة أو قاضي التنفيذ بها بإصدار قرار تنفيذ للحكم مستقل عن الحكم البات أو النهائي المراد تنفيذه ويشتمل هذا القرار في العادة على مضامين الأحكام الابتدائية والاستئنافية والحكم الصادر من المحكمة العليا وغير ذلك من القرارات والأوامر القضائية ذات الصلة بالنزاع المحكوم فيه ويكون منطوق القرار التنفيذي إما تأكيداً لما قضي به بتلك الأحكام أو القرارات وإما مغايراً لمنطوق الحكم النهائي أو البات الواجب الاعتداد به عند الشروع في عملية التنفيذ مما يؤدي ذلك إلى إطالة أمد النزاع أمام المحكمة الموكول إليها تنفيذ الحكم ونشوء نزاع جديد بين أطراف التنفيذ وإرهاق

كما أوضح القانون السالف الذكر في نفس المادة ميعاد نظر طلب وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه بالنقض أمام المحكمة العليا والصادر في شأن المنازعات التي تندرج ضمن الصلاحيات المخولة لها بإصدار أمر بوقف تنفيذ ذلك الحكم وكذا فترة الفصل بطلب وقف التنفيذ كما أبانت المواد التي تليها كيفية الطعن بالنقض وميعاد رفعه وقواعد تنظيم قبول وتداول القضايا المطعون بالأحكام الصادرة فيها أمام المحكمة العليا.

رابعاً: استبيان من واقع الاطلاع على بعض الأحكام النهائية عدم اشتغالها على قضاء قطعي في النزاع أو في المواضع المتنازع عليها حيث تتضمن تلك الأحكام في منطوقها على القضاء بخروج عدول إلى المحل المتنازع عليه لتقدير قيمة أو ثمن الموضوع المتنازع عليه مما يعني ذلك تعليق حسم النزاع الصادر بشأنه الحكم على نتيجة تقرير العدول وجعل هذه الأحكام بمثابة أحكام تهديدية وليست أحكاماً نهائية مما يصعب على المحكمة التي تتولى التنفيذ السير في إجراءات تنفيذ تلك الأحكام مع أنه من المتعين في مثل هذه الحالة والحالات المشابهة أن يتم تكليف العدول لتقدير ثمن المحل المتنازع عليه خلال مرحلة نظر النزاع بالمحكمة وليس بعد صدور الحكم كما هو جارٍ في بعض المحاكم منعاً من تناقض الأحكام وتوفيراً للوقت والجهد والنفقات ولأن الحكم الذي لا يتضمن قضاءً قطعياً في موضوع الدعوى لا يكتسب الحجية المطلقة يضاف إلى ذلك أن الحكم الصادر في الدعوى على نحو مؤقت وغير فاصل في أساس الموضوع المطروح أمام المحكمة كما هو الحال في الحالة المعروضة لا يعدو أن يكون بمثابة أمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات لا يفيد المحكمة في العدول عنه ولا تستنفذ ولايتها بصده على

بات في المواضع المتنازع عليها فيما بينهم - مع أن أحكام القانون في هذا الشأن واضحة وجلية حيث تتطلب هذه الحالة من أطراف الحكم رفع الحكم المعيب بالغموض إلى المحكمة التي أصدرته لإزالة ما شابه من غموض وتفسيره على النحو المبين في القانون على أن تراعي المحكمة التي أنيط بها تنفيذ الحكم الأوضاع والإجراءات الواجبة الاتباع في هذه الحالة، كما يتعين على المحكمة مصدرة الحكم القيام بتفسيره وإصدار قرار بذلك على أساس أن هذا الأمر يندرج ضمن الصلاحيات المخولة لها بموجب قانون المرافعات السابق وقانون المرافعات الحالي الصادر برقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م والذي تنص المادة (٢٥٦) منه على أنه (للمحكمة بناءً على طلب الخصوم أن تفسر ما غمض في حكمها بقرار تصدره بعد سماع أقوال الخصوم ويثبت القرار على نسخة الحكم الأصلية... إلخ).

أما إذا صدر حكم معيب بالتناقض بأن كانت حيثياته أو أسبابه تتناقض مع منطوقه صار الحكم باطلاً وغير قابل للتنفيذ عملاً لحكم الفقرة الأولى من المادة (٢٣١) من نفس القانون التي تنص على أنه (يجب أن تكون الأحكام مسببة والا تتناقض الأسباب مع بعضها أو مع المنطوق والا كانت باطلة).

أما إذا تبين عند تنفيذ الحكم وجود تناقض في منطوقه جاز لأطراف الحكم الطعن فيه بطريق التماس إعادة النظر أمام المحكمة التي أصدرته عملاً بحكم المادة (٣٠٤) من قانون المرافعات المعمول به التي تنص على أنه (التماس إعادة النظر في الأحكام طريق استثنائي للطعن فيها لا يجوز للخصوم اتباعه إلا عند تحقق إحدى الحالات الآتية ومنها:

٨- إذا ظهر عند تنفيذ الحكم تناقض بعض منطوقه مع البعض الآخر) كما تنص المادة (٣٠٥) من ذات القانون على أنه (إذا

القاضي وتحميله أعباء جسيمة لا مسوغ لها - مع أنه من المقرر قانوناً في هذا الصدد أن تكتفي المحكمة عند إجراء التنفيذ بتدبير الصورة التنفيذية للحكم بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في قانون المرافعات الجديد الصادر برقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م حسبما أشرنا إليه في مطلع هذه الدراسة ثم يعلن المحكوم عليه أو المنفذ ضده بتلك الصورة التنفيذية بقصد تنفيذ ما تضمنه الحكم الواجب تنفيذه اختيارياً خلال مدة أقصاها أسبوعاً ولا تعرض بعد انقضاءها لإجراءات التنفيذ الجبري المشمولة في القانون تطبيقاً لأحكام المواد المنصوص عليها في الفصل الثاني من الكتاب الثاني من قانون المرافعات الساري.

بيد أن الأحكام القضائية تحوز على الحجية المطلقة بعد صدورها وبالتالي يمنع الخروج عنها بعد صيرورتها نهائية أو بآلة لأن المحكمة المعنية بالتنفيذ لا تملك الحق بالتمسك بقضاء الحكم الذي يتم التنفيذ بمقتضاه وأن الحكم الذي ينطوي على أخطاء مادية أو غموض ينبغي تصحيحه أو تفسيره عن طريق المحكمة التي أصدرته وفق الإجراءات والقواعد المنصوص عليها في القانون وليس عن طريق المحكمة التي تتولى تنفيذه.

سادساً: تراخي بعض قضاة المحاكم في وضع المعالجات السليمة لأوجه التناقض أو الغموض في منطوق الحكم الواجب تنفيذه مما يتسبب في ترك أطراف الحكم يترددون على دائرة الشكاوى بهيئة التفتيش القضائي بهدف الحصول على أمر بالسير في تنفيذه أو العكس بحسب الأحوال أو البحث عن حل نهائي يحسم النزاع فيما بينهم ويجنبهم الخسائر والأضرار الناتجة عن استمرار عدم حسم النزاع بالرغم من صدور حكم نهائي أو

أعمال تنفيذ الأحكام لا تندرج في الأصل ضمن المهام الفعلية أو الأساسية الموكولة إلى الكاتب أو أمين سر المحكمة أو أن هذا الموظف سهل التطوع لصالح أحد أطراف الحكم المراد تنفيذه مما يؤدي ذلك إلى عرقلة تنفيذ الأحكام بل وإلى إطالة أمد تنفيذها وتكبيد الخصوم خسائر مادية كبيرة وخلق أعباء جسيمة على عاتق رئيس المحكمة بدون مبررات سائغة.

وفي تقديرنا أن عملية تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية تنطوي على خطورة بالغة ينبغي على رئيس المحكمة المعنية أن يوليها الاهتمام الكافي فمن المعلوم فقهاً وقضياً وقانوناً أن إجراءات التنفيذ للأحكام والقرارات القضائية يقوم بها كاتب أو معاون رئيس المحكمة أو قاضي التنفيذ وتحت إشراف أي منهما بحسب الأحوال بحيث يعرض ملف التنفيذ على القاضي المعني عقب كل إجراء تنفيذي فيتلقى الكاتب توجيه القاضي بشأن الخطوة التالية إعمالاً لحكم المادة (٣١٦) من قانون المرافعات الصادر برقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م التي تنص على أنه (يكون في دائرة كل محكمة ابتدائية قاضٍ للتنفيذ فإذا لم يوجد فيقوم بالتنفيذ رئيس المحكمة، ويساعد قاضي التنفيذ عدد من معاوني المؤهلين تأهيلاً شرعياً وقانونياً يقومون بأعمالهم تحت سلطته كما ينبغي على الكاتب أو المعاون أن يعرض كل صعوبة تصادفه في العمل على القاضي المختص بل للقاضي أن يوجه الكاتب أو المعاون بالإجراء الواجب اتباعه فالأخير لا يعدو أن يكون بمثابة معاون القاضي في التنفيذ التي تنص على أنه (يباشر التنفيذ عملياً معاونو قاضي التنفيذ وهم ملزمون بإجرائه بناءً على أوامر قاضي التنفيذ).

وغني عن البيان أن من واجب المعاون أثناء

تحقق بعد صدور الحكم حالة من الحالات المحددة في المادة (٣٠٤) فللخصم أن يلتمس من المحكمة التي أصدرت الحكم إعادة النظر فيه وذلك على التفصيل الآتي:-

١- إذا صار الحكم الابتدائي واجب النفاذ بضوات مدة الطعن فيه فيتم الالتماس إلى المحكمة الابتدائية.

٢- إذا صار الحكم الاستئنافي واجب النفاذ بضوات مدة الطعن بالنقض فيتم الالتماس إلى محكمة الاستئناف.

٣- إذا صار الحكم باتاً لصدوره من المحكمة العليا فيقدم الالتماس إليها لتفصل فيه من حيث الشكل فإذا رأت قبول إحالته إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، أما إذا كانت المحكمة العليا قد خاضت في موضوع الحكم محل الالتماس فعليها الفصل في الالتماس شكلاً وموضوعاً).

وفي جميع الأحوال يتعين على أطراف الخصومة تقديم عريضة الالتماس بإعادة النظر في الميعاد القانوني المحدد بثلاثين يوماً ابتداءً من نفس اليوم الذي يظهر فيه لقاضي التنفيذ أن منطوق الحكم المراد تنفيذه مناقض لبعضه البعض طبقاً لحكم المادة (٣٠٦) من قانون المرافعات الساري.

سابعاً: قيام بعض قضاة المحاكم بإسناد عملية تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية برمتها إلى أمين سر المحكمة أو كاتبها مما يجعل المحكوم عليهم أو طالبي التنفيذ يترددون بشكل مستمر على مكتب الوزير ودائرة الشكاوى بهيئة التفتيش القضائي بقصد رفع شكاوى بالمحكمة التي تتولى تنفيذ الأحكام لعدم ثقتهم بكفاءة وقدرات أمين سر المحكمة أو كاتبها في النهوض بعملية التنفيذ الواجبة للأحكام النهائية أو الباتة الصادرة في شأن منازعاتهم على النحو المرسوم في القانون أو أن

لحجية الأحكام والقرارات القضائية وهذا الموقف ينسجم بحق مع موقف المشرع الوطني حيث نصت المادة (١٤٧) من الدستور على أنه (لا يجوز لأي جهة وبأية صورة التدخل في القضايا أو في شأن من شئون العدالة ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون ولا تسقط الدعوى بالتقادم).

وبالرجوع إلى نصوص القانون الواجب التطبيق على فعل التدخل في شئون القضاء يتضح لنا مدى خطورة وجسامة العقوبة المادية والأضرار المعنوية التي تصيب مرتكب جريمة التدخل وما تولده من آثار غير محمودة على سير المنازعات وسلامة أعمال المحاكم وحقوق الناس ومن شعور بالكرهية وعدم الثقة بأجهزة العدالة حيث تنص المادة (١٨٧) من قانون العقوبات الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لعام ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل موظف أو ذي وجهة تدخل لدى قاضٍ أو محكمة لصالح أحد الخصوم أو إضراراً به بطريق الأمر أو الطلب أو الرضاء أو التوصية).

قاسعاً: وجود نقص ملموس في وسائل المواصلات الواجب توفيرها للقضاة وعلى الأخص لأولئك القضاة الذين يعملون في مناطق وعرة أو بعيدة أو في ظل ظروف اجتماعية غير ملائمة مما يؤثر ذلك على أداء القضاة أثناء قيامهم بأعمال تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية فالنهوض بمهام التنفيذ في هذه المناطق ليس بالأمر اليسير كما هو معلوم وبالتالي فمن الضرورة بمكان السعي إلى توفير سيارة للقاضي بصفة دائمة لكي يستطيع من خلالها الانتقال إلى مقار المواضع المتنازع عليها لمعاينتها عند اللزوم وأثناء نظر النزاع المطروح أمامه بالمحكمة بسهولة ويسر أو متابعة تطبيق وتنفيذ الأحكام النهائية أو البتة على الواقع يضاف إلى ذلك ما تحمله

مرحلة التنفيذ إيداع كافة التوجيهات والأوامر الصادرة من القاضي في ملف التنفيذ المعد بالمحكمة لهذا الغرض وذلك إعمالاً لحكم المادة (٣١٩) من نفس القانون التي تنص على أنه (على معاون التنفيذ تحت إشراف قاضي التنفيذ إعداد سجل خاص يقيد فيه طلبات التنفيذ ويخصص ملفاً لكل طلب تنفيذ يودع فيه أصل سند التنفيذ وجميع الأوامر المتعلقة به وتدون فيه جميع الإجراءات والأوامر الصادرة من قاضي التنفيذ ويعرض الملف عقب كل إجراء على قاضي التنفيذ لتوقيعه مع معاون).

ثامناً: يستبين من واقع عرائض الشكاوى التي يتقدم بها بعض المتقاضين في المحاكم إلى دائرة الشكاوى بهيئة التفتيش القضائي حدوث تدخلات غير مبررة في أعمال قضاة المحاكم من قبل بعض المسؤولين في أجهزة الدولة المدنية أو العسكرية لصالح أحد أطراف الحكم المراد تنفيذه أو لإلحاق الضرر به عند قيام القاضي بالسير في إجراءات تنفيذ الحكم النهائي أو البتة مما ينجم عن هذا التصرف أو السلوك عرقلة تنفيذ الحكم أو إطالة أمد تنفيذه.

والحال أنه يتعين الوقوف بحزم أمام ظاهرة تفشي تدخل المسؤولين في أعمال القضاة للحد من انتشارها أو استئصالها من أجهزة السلطة القضائية في الحاضر والمستقبل وذلك من خلال تفعيل النصوص الدستورية والقانونية التي توجب التصدي لمسألة التدخل في شئون القضاء بل ومنع التدخل من الخوض في مسار النزاع المعروض أمام القاضي خلال نظره بالمحكمة وأثناء مرحلة تنفيذ الحكم أو القرار القضائي على اعتبار أن التدخل يؤثر على حسن سير القضاء واستقامة كيان المجتمع ويخل بمبدأ استقلال القضاء في أعماله وقاعدة الاحترام الواجب

موضوع الدعوى كما أدى أمر عدم توافر الحماية الأمنية للقضاة إلى تثبيط الهمم لديهم في العزم على النهوض بالواجبات المنوطة بهم في شأن المنازعات المنظورة أمامهم وبالتالي أصبح لزاماً على الدولة توفير الحماية الأمنية للقضاة في مفاصل أعمالهم وفي مواقع مساكنهم عند الاقتضاء وكذا إجراء التنسيق والاتصال بالأجهزة الأمنية بصفة منتظمة بشأن هذا الأمر بقصد بعث الأمان والاطمئنان في نفوس القضاة وتشجيعهم على الاستقرار في مفاصل أعمالهم وعلى رفع مستوى أدائهم وإنتاجهم في العمل وترتيب حياتهم بعيداً عن عوامل القلق والاضطراب والارتباك التي تؤثر بالفعل على تادية القضاة لأعمالهم. ومما يجدر الإشارة إليه هنا هو أن من واجب أفراد المجتمع الحفاظ على سمعة وهيبة وجمال وظيفه القضاة وتهيئة الظروف الملائمة لعمل القضاة لما يمثله هذا الموقف من قيمة معنوية للقضاة وما يترتب عليه من آثار إيجابية في تعزيز دور العدل وتقريبه إلى المواطنين وفي تدعيم بناء دولة النظام والقانون وغني عن البيان أن القضاة العاملين في المناطق الحضرية أو في المدن أو في عواصم المحافظات بحاجة إلى توفير الحماية الأمنية لهم فهؤلاء القضاة شأنهم شأن القضاة العاملين في المناطق التي تعاني من تدني أو ضآلة تواجد الأجهزة الأمنية فيها وقد يتعرضون في معظم الأحيان إلى اعتداءات أو تهديدات غير مأمونة العواقب من قبل أحد أطراف النزاع أو من الغير المرتبطة مصالحهم بالنزاع المنظور أمام القاضي بل أن من واجب الدولة شأنها شأن الدول الأخرى المحيطة بها والدول الإسلامية والأجنبية أن تحرص دوماً على توفير المناخ الملائم لتادية القضاة لأعمالهم وتوفير الضمانات اللازمة للنهوض بأعمالهم على أحسن وجه واتخاذ التدابير

وسيلة المواصلات من قيمة معنوية وبعده إنساني للقاضي وما توفره له من أمان واستقرار في الانتقال إلى مقر عمله والعودة منه بعيداً عن الاحتكاك المباشر بالمتقاضين أو المواطنين أو الصعود إلى سيارات أو باصات الأجرة التي لا تليق بهيبة القضاء وكيانه فالسيارة تحفظ للقاضي كرامته ومركزه الاجتماعي بين أوساط المتقاضين والمواطنين عامة.

وفي اعتقادنا أن توفير وسيلة المواصلات المناسبة والإمكانيات المادية اللازمة للقاضي سيسهم إلى حد كبير في تنظيم وتحسين وتطوير مستوى أعماله والتفرغ التام للنهوض بواجباته وعلى الأخص واجب القيام بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية ذات الصلة النهائية أو البتة وفق الإجراءات والقواعد المنصوص عليها في القوانين النافذة.

عاشراً: وجود قصور ملحوظ في الحماية الأمنية لقضاة المحاكم وعلى الأخص حماية أولئك القضاة الذين يعملون في المناطق أو المديرية التي تعاني من انخفاض مستوى التعليم والوعي فيها وكذا من تدني أو غياب خدمات الأجهزة الأمنية أو مأموري الضبط القضائي.

والواقع أن عدم توافر الحماية الأمنية الكافية لقضاة المحاكم قد أفضى بحق إلى بروز ظاهرة تراخي القضاة في الانتقال إلى المواضع المتنازع عليها لمعرفة الأوصاف الفعلية لها والوقوف على ما تضمنته الدعوى المطروحة أمام المحكمة وما اشتملت عليه الوثائق والأدلة والمستندات المقدمة من الخصوم وأيضاً الانتقال إلى المواضع المحكوم بها لتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الصادرة بشأنها وذلك خشية وقوع الاعتداء عليهم من قبل أحد أطراف النزاع أو من أصحاب المصالح في

اختصاصها باحكام الرقابة والإشراف على مضامين عقود الضمان والعقود المشابهة التي يجري تحريرها بواسطة الموظفين القائمين على هذا العمل والتحقيق الضعلي من مدى مطابقتها للأحكام الواردة في القوانين السارية لما تمثله هذه العقود من أهمية بالغة في استقرار المعاملات بين المواطنين والحفاظ على حقوقهم وتقيد كل طرف فيها بالتزاماته وما يتبع ذلك من تحمل أطراف العقود لمسئولية الإخلال بها في جميع الأحوال.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن واضعي قانون المرافعات والتنفيذ المدني الصادر برقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م قد أحسنوا صنعا باستبعاد المحررات الموثقة من مجمل السندات التنفيذية القابلة للتنفيذ فور صدورهما والتي كان المشرع في قانون المرافعات السابق قد أضفى عليها صفة الرسمية واعتبرها بمثابة السندات التنفيذية وبالتالي زال ما كان لهذه المحررات من قوة تنفيذية للسند التنفيذي واستقام الوضع القانوني الملثم لطبيعة أعمال وأنشطة مكاتب وأقلام التوثيق بالمحاكم على النحو الذي ينبغي لأن تكون عليها في الحاضر وفي المستقبل ولا يعني ذلك أن أعمال التوثيق قد اكتنفها الجمود وعدم الأهمية بل على العكس فهي تتطور بانتظام وتزداد حيوية ونشاطاً باطراد بفعل جهود القائمين عليها وفي تقديرنا أن من واجب القاضي الذي يتولى عملية تنفيذ محررات الضمان تحري الدقة واستقصاء الحقيقة بشأنها وتمحيص ما اشتملت عليه من بيانات وقواعد والتحقق من مدى مطابقتها للقانون من عدمه قبل السير في إجراءات تنفيذها كما أن من واجب القاضي أيضاً في حالة قيام بعض أطراف عقود الضمان برفع دعوى أو طلب أمامه بخصوص إخلال الأطراف الأخرى بأحكام تلك العقود أن يمعن في ظروف وملابسات النزاع وموجبات

والإجراءات الكفيلة بعدم تعرضهم لأي اعتداء ينشأ بمناسبة قيامهم بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الواجبة التنفيذ بمقتضى القانون.

حادي عشر: يامعان النظر في بعض الشكاوى المتصلة بأعمال التوثيق والتي ترفع من قبل المتقاضين بالمحاكم إلى دائرة الشكاوى بهيئة التفيتش القضائي تبين أن بعض أقلام ومكاتب التوثيق بالمحاكم يقوم بتحرير عقود ضمان بين أشخاص يحضرون إليها لهذا الغرض دون أن يتثبت الموظف المختص بها من البيانات والقواعد التي تحكم العلاقة بين أطراف تلك العقود وموجبات نشأتها مما يترتب عليها في نهاية المطاف عدم تنفيذها وإقدام بعض أطرافها إلى تجاوز البنود والعبارات المضمنة فيها بل وخروجهم عنها مما ينشأ عن ذلك حدوث منازعات بينهم تصل في الغالب إلى المحاكم ويستغرق نظرها والفصل فيها مدة طويلة.

والحقيقة أن عقود الضمان المبرمة في مكاتب وأقلام التوثيق كثيرة في المرحلة الراهنة وبالتالي أضحي من واجب الموظفين بهذه المكاتب التزام الحذر وتوخي الحيطة عند إجراء عقود الضمان والعقود المشابهة والعمل على الإلمام التام بموجبات تحريرها والتحقق من سلامة موقف كل طرف فيها وعلى الأخص موقف الضامن بحيث ينبغي معرفة أحواله المالية وممتلكاته ومدى قدرته على الوفاء بالالتزامات المضمنة فيها ومدى استيفاء تلك العقود للأوضاع والإجراءات والقواعد الموضوعية المبينة في القانون المدني والقوانين الأخرى ذات الصلة.

وفي هذا المقام من المفيد القول بأنه بات من الضرورة بمكان قيام المحكمة التي يقع مكتب أو قلم التوثيق المعني في نطاق

والقرارات القضائية الصادرة ضدها لصالح المواطنين المحكوم لهم وعدم القبول بتنفيذها وكذا عدم قيام بعض المسئولين بتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة لصالح خصومهم في منازعات ذات طابع شخصي بل والتصدي للمعنيين بالسير في إجراءات التنفيذ ومقاومتهم بوسائل وطرق شتى مما يفضي هذا النمط من السلوك إلى تأخير تنفيذ الأحكام بل وتعثر تنفيذها والحاق أضرار بالمحكوم لهم من المواطنين بدون مقتضى من القانون.

والحقيقة أن من واجب المسئولين ورؤساء المرافق الحكومية الإذعان لأحكام القضاء وإيلاء الاعتبار لها وللمبادئ الدستورية والقواعد القانونية التي تنظم وتحكم أعمال القضاة بأجهزة السلطة القضائية والامتناع عن التأثير بأي شكل من الأشكال في سير العدالة فمن المعلوم أن أحكام المحاكم تعمل على تأمين وحماية حقوق الأشخاص وتوفير الضمانات التي لا غنى عنها من أجل إقامة العدل على النحو السليم فإذا جاءت هذه الأحكام متنافية مع التزامات وواجبات أولئك المسئولين وأن تطبيقها سيؤدي إلى إلحاق الضرر بجهاز الدولة أو المسئول المعني أو أن الحقوق المطالب بها قد سبق الوفاء بها للمحكوم له وبمعنى آخر بأنه قد تم الوفاء بالالتزامات المترتبة على صدور تلك الأحكام فلا غبار عندئذٍ من الوصول إلى المحكمة المختصة للمطالبة بمحاكمة منصفة وتقديم الدفوع وأوجه الدفاع المناسبة في هذا الصدد وفق الإجراءات والأوضاع المرسومة في القانون فالقضاء يكفل توفر سبيل فعال للتظلم لأي شخص انتهكت حقوقه حتى لو صدر الانتهاك عن أشخاص يتصرفون بصفتهم الرسمية كما يكفل لكل متظلم أن يفصل في الحقوق التي يدعى انتهاكها من قبل أي سلطة من سلطات

إبرام عقود لضمان ومنشأ الخلاف بين الخصوم.

والحقيقة أنه يتعين على الحكومة إيلاء الاهتمام بمكاتب وأقلام التوثيق بالمحاكم برفدها بالكوادر البشرية المؤهلة والكفؤة وتزويدها بالإمكانات اللازمة لتسيير الأعمال المنوطة بها وتوفير الدورات التدريبية والتأهيلية للعاملين بها في الداخل والخارج للاستفادة من خبرات ومعلومات ونظم الأجهزة المماثلة في الدول العربية والإسلامية في مجال تنظيم وتطوير وتحديث مكاتب وأقلام التوثيق بالمحاكم المختلفة كما ينبغي العمل على كفاءة إشراف رؤساء المحاكم المعنيين كل في نطاق اختصاصه على أعمالها لضمان خلو التصرفات الدائرة في إطارها من المخالفات وكفاءة حسن سير أداء العاملين بها باعتبار أن أعمال التوثيق ذات صبغة قضائية وأن من يتولى إدارتها ينبغي أن يكون معيناً في درجات السلم القضائي حسب مقتضى القانون وهذا الموقف يتسق بحق مع المنحى التشريعي وخطة الإصلاح القضائي ومضامين لائحة تنظيم العمل بالمحاكم الاستئنافية والابتدائية الصادرة بالقرار الوزاري رقم (٢٤٥) لعام ٢٠٠٠م حيث اشتمل هذا القرار على بنود تنظم إدارة وتسيير مكاتب وأقلام التوثيق بالمحاكم الابتدائية والاستئنافية على أساس أنها جزء لا يتجزأ من الهيكل التنظيمي للمحاكم وبالتالي أضحى من الضرورة بمكان العمل على تجسيد أسس هذا القرار على الواقع بتحويل رؤساء المحاكم صلاحية الإشراف المباشر على أعمال وأنشطة أقلام ومكاتب التوثيق للاعتبارات السالفة ولل مصلحة العامة في جميع الأحوال.

ثاني عشر: عدم انصياع بعض أجهزة الدولة المحكوم عليها لما قضت به الأحكام

المحكمة في بداية الخصومة نتيجة تراخي قلم المحضرين ببعض المحاكم بالقيام بإبلاغ أحد أطراف الخصومة بورقة التكليف بالحضور في الميعاد القانوني المناسب أو إهمال عاقل الحارة أو أحد أقرباء المدعى عليه بإبلاغ المدعى عليه بورقة التكليف بالحضور إلى المحكمة المنظورة أمامها الدعوى مما ينجم عنه تسيير النزاع أمام هذه المحكمة وصدور حكم ابتدائي نهائي لعدم إخطار ذات الشخص المدعى عليه أو المحكوم عليه في الميعاد القانوني المحدد للطعن بالحكم بالاستئناف وصيرورة هذا الحكم نهائياً وقابلاً للتنفيذ بموجب القانون وبالتالي تنشأ هنا إشكالية غير متوقعة إذ يتصدى الطرف المحكوم عليه للحكم المراد تنفيذه بالامتناع عن تنفيذه لعدم تحقق حضوره شخصياً أو من يمثله تمثيلاً قانونياً صحيحاً مرحلة نظر أو سير النزاع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم وعدم تحقق علمه بنسخة من الحكم فور صدوره لكي يتمكن من الطعن فيه بالاستئناف في الميعاد المحدد للطعن بالاستئناف كما أن المحكوم له يحرص في مرحلة تنفيذ الحكم على التمسك بتنفيذ ما قضى به في الحكم مما يوقع هذا الإشكال القاضي الموكل إليه تنفيذ الحكم في الحرج والحيرة الشديدة حيث تنشأ أمامه صعوبة حقيقية في السير بإجراءات التنفيذ للحكم الواجب تنفيذه.

والواقع أن قانون المرافعات الجديد الصادر برقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م قد أبان عن الحل الواجب الاتباع في هذا الشأن حيث أجاز للقاضي المعروض أمامه النزاع ان يتمعن في أطراف الدعوى الذين يتعين مثولهم أو حضورهم أمامه ليتفادى الوقوع في خطأ السير في نظر الدعوى دون تحقق علم كافة أطرافها بماهية وموجبات وأسباب رفع صحيفة الدعوى إلى المحكمة كما أوجب نفس القانون

الدولة وتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية لمصلحة المتضررين وذلك بهدف فرض العدالة المحتومة والمساواة في المعاملة بين أطراف الخصومة.

وعلى ذلك يمكننا القول أن الامتناع عن تنفيذ الحكم يعني في واقع الأمر أن هناك تشكيكاً في حسن نية القضاة في إقامتهم للعدل من ناحية وعدم احترام لسلطان القانون من ناحية أخرى مع أن المفترض في الأشخاص والمسئولين وأجهزة الدولة المختلفة احترام حجية الأحكام القضائية والخضوع لما تقرره من حقوق وواجبات فتطبيقها أو تنفيذهما يحقق الطمأنينة ويوفر العدالة والمساواة لجميع الأفراد لأن المسئولين وأجهزة الدولة معنيون بالامتثال لأحكام القضاء أكثر من الأشخاص العاديين لما يمثله مبدأ سيادة القانون من ضمانة كبرى لحماية قيم المجتمع واستتباب الأمن وصون النظام وتوطيد الاستقرار وإحقاق الحقوق ورفع الظلم وإزالة الضرر والجور والعسف عن كافة فئات المجتمع.

فالدولة القانونية أو دولة سيادة القانون يميزها أن المسئولين فيها يجب أن يحترموا سلطات الدولة وما تفرضه من قرارات وينسحب هذا الأمر على ما تقرره السلطة القضائية ممثلة بالمحاكم من أحكام وقرارات قضائية فالقضاء يظل دائماً بحكم طبيعة وظيفته ملزماً بتطبيق القانون تطبيقاً كاملاً وسليماً فيما يعرض عليه من منازعات بين الفرد والفرد أو بين الفرد والحكومة أو المسئول، وهؤلاء متساوون في الحقوق والواجبات بمقتضى مبادئ الدستور وقواعد القانون الشرعية.

ثالث عشر: عدم إعلان ورقة التكليف بالحضور إلى جميع أطراف الدعوى أو إلى كل شخص له صلة بالموضع المتنازع عليه أمام

تشجيعية مناسبة للملتحقين بهذه الدورات على أساس أن إجراءات تنفيذ الأحكام تتصف بالدقة والتشعب في موضوعاتها وبالتالي فهي تقتضي سبر أغوار القوانين والنظم وتناولها بالبحث والدراسة لفهم قواعدها واستيعاب دلالات الألفاظ والعبارات المتصلة بها، كما ينبغي في تقديرنا ألا يقتصر الأمر على إجراء الدورات العلمية العملية للقضاة فحسب بل ينبغي إمداد دور المحاكم بالقوانين والموسوعات والكتب الفقهية الشارحة للإجراءات القضائية بصفة مستمرة لإكسابهم المزيد من المعارف القانونية والفقهية.

ومما يجدر التنويه إليه هنا هو أن واضعي قانون المرافعات والتنفيذ المدني الحالي الصادر برقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م قد توقفوا إلى حد كبير في إزالة الغموض وتدارك بعض أوجه النقص والقصور في قانون المرافعات السابق في أمور تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية فقد وضع التشريع الجديد العديد من الحلول القانونية لمسائل تنفيذ الأحكام التي ستقود بالفعل إلى استقامة عملية تنفيذ الأحكام وتيسير على القاضي الذي يتولى إجراءات تنفيذ الحكم في القيام بواجباته على النحو السليم كما أنها ستوفر للقاضي الجهد والوقت والعناء والشفافية في إدارة وتيسير إجراءات تنفيذ الأحكام بل أنها ستعمل على الحد من إطالة أمد حسم منازعات التنفيذ وإشكالاته وهو منحى متقدم جدير بالذكر والإشادة.

وأياً كان الأمر فمن خلال استقراء صعوبات تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية السالفة البيان يتضح لنا بجلاء مدى ارتباطها الوثيق بمستوى الأداء بالمحاكم وبمقدار تمتع القاضي المنوط به بنظر النزاع والفصل فيه بحكم صفات الكياسة والفتنة والإلمام الكامل بالعلوم القانونية المختلفة الواجب توفرها في القاضي إذ يصعب الحديث عن قضاء حديث ومتطور ما

على القاضي أن يلزم المدعى عليه أو أي طرف له صلة بالنزاع المطروح أمامه بالحضور إليه لتقديم ما يعين له من دفوع أو دفاع بصدد المواضع المتنازع عليها وأن يتخذ القاضي الجزاءات القانونية لإجبار من يتخلف عن الحضور أو يثبت غيابه أو تهريبه من الحضور إلى المحكمة في المواعيد المنصوص عليها في القانون حيث نصت المادة (١١٦) من القانون المذكور على أنه (إذا حضر المدعي ولم يحضر المدعى عليه رغم إعلانه إعلاناً صحيحاً أمرت المحكمة بإعلانه مرة أخرى فإذا لم يحضر بعد إعلانه إعلاناً صحيحاً للمرة الثانية بدون عذر شرعي مقبول أمرت المحكمة باستدعائه بواسطة الشرطة القضائية مع توقيع غرامة مناسبة عليه فإذا ثبت غيابه أو فراره نصبت المحكمة منصوباً عنه من أقاربه أو أصحابه حتى الدرجة الثالثة إن أمكن وإلا فمن المحامين وإلا ممن تراه المحكمة وتنظر الدعوى في مواجهة المنصوب الذي يعتبر نائباً عن المدعى عليه ويكون للمنصوب الرجوع على المدعى عليه بأجره الذي تقدره المحكمة بناءً على طلبه، وإذا حضر الخصم أثناء نظر الدعوى نظرت في مواجهته وله حق الدفاع وينحى المنصوب إلا أن يقره الخصم وكيلاً عنه.

رابع عشر: وجود قصور بين لدى بعض قضاة المحاكم في مسألة الإحاطة الفعلية بأحكام القوانين ذات الصلة بإجراءات تنفيذ الأحكام وماهية الخطوات الواجب الاعتداد بها في مرحلة تنفيذ الحكم مما يتطلب ذلك العمل على عقد دورات مكثفة في الداخل والخارج للقضاة العاملين في المحاكم الاستئنافية والابتدائية والهيئات القضائية الأخرى ذات العلاقة في مجال القوانين الإجرائية والنظم والأساليب الحديثة في تسيير المنازعات والحكم فيها وكذا رصد حوافز

لم تكن الأحكام الصادرة عنه منبثقة من التشريعات السارية المستمدة أصلاً من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء كما أن العمل القضائي في المحاكم لن يستقيم على النحو المطلوب إلا إذا حسنت النوايا وصدق العزم على السير في طريق الإصلاح والتحديث القضائي الشامل وتنفيذ الخطط والبرامج المقررة في هذا الصدد.

ونختتم حديثنا بالقول بأنه قد حان وضع الضوابط والوسائل الناجعة والحاسمة لمعالجة معوقات تنفيذ الأحكام المعروضة سلفاً عبر طريقة توجيه منشورات قضائية تحت توقيع الأخ الوزير تكشف فيها أوجه الأخطاء الدائرة في المحاكم الاستثنائية الابتدائية وتضع سبل تصحيحها ومعالجتها على النحو المبين في القانون على أساس أن قانون السلطة القضائية النافذ قد خول الوزير صلاحية توجيه تلك المنشورات إلى المحاكم الاستثنائية والابتدائية بحسب الأحوال استناداً إلى القانون مع ملاحظة أن هذا الأسلوب متبع في أجهزة العدالة بالدول العربية والإسلامية والأجنبية ولا ضير من انتهاجه في بلادنا في المرحلة الراهنة لتلافي تكرار حدوث أخطاء غير مبررة من قبل قضاة بعض المحاكم وتحقيقاً لمصلحة العمل.

■...

