



مجلة

البحوث والدراسات القضائية والقانونية

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

- في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بين الشريعة والقانون
وأسباب تعديل القانون المدني اليمني رقم (19) لسنة 1992م
القاضي / عبد العزيز البغدادي
- إثبات الوقف في اليمن
الأستاذ. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
- تأهيل مخرجات معهد القضاء للعمل القضائي
(قراءة للمقاربة بين التدريب والتجريب)
الدكتور/ خالد عبد الله الجمرة
- إشكالية الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصاً والإعدام تعزيراً
(دراسة تحليلية نقدية)
القاضي. الدكتور/ صالح عبد الله المرهفي
- جرائم الشيك في التشريع اليمني، التجاري والعقوبات،
(دراسة مقارنة بالتشريع المصري)
الدكتور/ محمد يحيى السلمي
- السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالبشر
القاضي / محمد شرف الوريث
- حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري
في قانون الاستثمار المصري واليمني والتشريعات الوضعية
الدكتور/ عبد الكريم يحيى الصوملي



مجلة

البحوث والدراسات القضائية والقانونية

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

العدد (9) شوال - ذي الحجة 1444هـ

الإشراف العام

القاضي / نبيل ناصر العزاني

وزير العدل

لا تعبر البحوث المنشورة عن رأي المجلة وإنما عن رأي كاتبها

رقم الإيداع: 2022 / 1444 / 460

الهيئة الاستشارية

القاضي. الدكتور/ عصام عبدالوهاب السماوي

الأستاذ. الدكتور/ محمد حسين الشامي

القاضي/ سعد أحمد هادي

القاضي/ عبدالعزيز ضياء الدين البغدادي

القاضي. الدكتور/ عبدالملك عبدالله الجنداري

الأستاذ. الدكتور/ عبدالمؤمن شجاع الدين

الدكتور/ محمد عبدالملك المحبشي

الأستاذ/ عبدالله محمد راجح

الأستاذ. الدكتور/ محمد سعد نجاد

هيئة التحرير

رئيس التحرير - رئيس المكتب الفني
القاضي / خالد عبدالعزيز البغدادي

مدير التحرير
الأستاذ / إبراهيم محمد أحمد زايد

سكرتير التحرير
معتصم عبدالرحمن شرف الدين

المدير الفني (إخراج)
عابد عبدالله سالم عزان

المراجع والمصحح اللغوي
محمد عبداللطيف المهدي

صف ضوئي وطباعة
نجوى عبدالجليل احمد

قواعد النشر في المجلة

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

إرشادات متعلقة بالطباعة

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

البريد الإلكتروني: jjlrs@moj.gov.ye

موقع المجلة الإلكتروني:

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

محتويات العدد

٦	افتتاحية العدد رئيس التحرير
٩	في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بين الشريعة والقانون وأسباب تعديل القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م القاضي / عبد العزيز البغدادي
٢٩	إثبات الوقف في اليمن الأستاذ. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
٤٩	تأهيل مخرجات معهد القضاء للعمل القضائي (قراءة للمقاربة بين التدريب والتجريب) الدكتور/ خالد عبد الله الجمرة
٦٣	إشكالية الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا والإعدام تعزيرًا (دراسة تحليلية نقدية) القاضي. الدكتور/ صالح عبد الله المرادي
٧٩	جرائم الشيك في التشريع اليمني "التجاري والعقوبات" (دراسة مقارنة بالتشريع المصري) الدكتور/ محمد يحيى السلمي
١٣٣	السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالبشر القاضي / محمد شرف الوريث
١٧٥	حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري في القانون المصري واليمني والتشريعات الوضعية المشجعة للاستثمار الدكتور/ عبد الكريم يحيى الصوملي

افتتاحية العدد

رئيس التحرير

منذ الوهلة الأولى لإعادة إصدارها بحلتها الجديدة؛ دأبت مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية على تقديم مادة علمية بحثية قضائية وقانونية متميزة، يسهم في رسم ملامحها كتاب وباحثون من ذوي الاختصاص والخبرة في مجال القضاء والقانون، وفي عددها التاسع هاهي المجلة تعاود إطلالتها الفصلية على قرائها الكرام، وقد حملت بين دفتيها العديد من الموضوعات المفيدة والنافعة.

ويسعدنا أن نستهل هذا العدد ببحث ممتع لفضيلة القاضي عبد العزيز ضياء الدين البغدادي بعنوان: (في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بين الشريعة والقانون وأسباب تعديل القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م) تناول فيه القاضي البغدادي (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه) بأبعادها الفلسفية، والتاريخية، والشرعية، والقانونية، ومستعرضاً الأساس النظري الذي قام عليه مبدأ (مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه)، والأسباب التي حدت بالمشرع اليمني إلى تعديلها في القانون المدني.

أما البحث الثاني فقد جاء بعنوان: (إثبات الوقف في اليمن)، للأستاذ الدكتور عبد المؤمن شجاع الدين ألقى من خلاله الضوء على طرق إثبات الوقف الخاصة التي تضمنها قانون الوقف اليمني وأسباب تعذر تطبيقها.

وفي قراءته للمقاربة بين التدريب والتجريب أفصح الدكتور خالد عبد الله الجمرة في بحثه الذي حمل عنوان: (تأهيل مخرجات معهد القضاء للعمل القضائي) عن استغرابه من عدم وجود آلية فعالة لتدريب مخرجات المعهد العالي للقضاء، وتقييم مدى فعالية هذه المخرجات وصلاحياتها للعمل القضائي.

وفي "دراسة تحليلية نقدية" تناول القاضي الدكتور صالح عبد الله المرفدي (إشكالية الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصاً والإعدام تعزيراً)، وموقف الشريعة والقانون من هذه الإشكالية، والمذاهب المؤيدة والمعارضة للجمع بين العقوبتين.

وفي بحثه عن (جرائم الشيك في التشريع اليمني "التجاري والعقوبات" - دراسة مقارنة بالتشريع المصري) استعرض الدكتور محمد يحيى السلمي الطبيعة التي يتميز

بها الشيك عن غيره من الأوراق التجارية (الكمبيالة، السند لأمر... إلخ)، والحماية الجنائية التي وضعها المشرع للشيك في التداول وقبوله في المعاملات.

أما البحث السادس فقد حمل عنوان: (السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالبشر) للقاضي محمد شرف الوريث، تحدث فيه الباحث عن صور وأشكال جريمة الاتجار بالبشر، واستعرض الوسائل المختلفة التي يتم استخدامها لارتكاب الأفعال المكونة للسلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر.

وعن (حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري في قانون الاستثمار المصري واليميني والتشريعات الوضعية) تناول الدكتور عبد الكريم يحيى الصوملي الموقف القانوني من حق الأجانب بتملك وإدارة المشاريع الاستثمارية العقارية، ومدى تمتع المستثمر الأجنبي بالحق في التملك والانتفاع بالعقارات في الدولة المضيفة لغرض الاستثمار في التشريعين المصري واليميني والتشريعات المقارنة.

وبعد هذا العرض الموجز لما تضمنه العدد التاسع من بحوث ودراسات، نتمنى أن تنال مواضيع هذا العدد القبول لدى القارئ الكريم، وأن نكون قد وفقنا في اختيارها بما يلبي ولو قدراً يسيراً من طموحاتنا في خلق وعي قضائي وتوعية قانونية متميزة.



المجلة العراقية للدراسات والبحوث القانونية

مجلة

في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بين الشريعة والقانون وأسباب تعديل القانون المدني اليمني رقم (19) لسنة 1992م

القاضي / عبد العزيز البغدادي

المجلة العراقية للدراسات والبحوث القانونية

مقدمة في مفهوم المسؤولية:

المسؤولية أصلها من سأل والحياة في مجملها سؤال كبير تتفرع منه الأسئلة تبحث عن إجابات في مختلف جوانبها والبحث عن إجابة لكل الأسئلة مسألة مثلما تعبر عن حقيقة الكون والأشياء تعبر عن كينونة الإنسان وعن وجوده في هذه الحياة كما تعبر عن مستوى الإحساس بالمسؤولية لدى إنسانٍ ما وانعدامها لدى إنسانٍ آخر، والتفاوت بين الناس في الإحساس بالمسؤولية والقيام بواجب الرعاية ممن يرى في نفسه القدرة على القيام بها ويحس بأمانة حمل الرسالة لمن هم بحاجة إليه هذا التفاوت سنة من سنن الحياة ترجع إلى البيئة والتربية والثقافة والعقائد والفلسفات والنظريات والأفكار الفردية والجماعية التي تختلف نسبياً بين مجتمع وآخر ﴿ولايزالون مختلفين﴾ [هود: ١١٨] وإلى عوامل وراثية يصعب تحديدها وقد بذل العلماء والفلاسفة والفقهاء الأحرار القدامى والمعاصرون قصارى جهودهم وقدموا في سبيل ذلك أنواع التضحيات بل وأرواحهم، وبات موضوع المسؤولية المدنية والسياسية من مواضيع البحث لدى علماء القانون والنفس والاجتماع، ومن البديهي أن الشخص لا يُسأل عن عمل قام به لنفسه فسبب له ضرراً لأن عمله في هذه الحالة يبقى في نطاق حرية الاختيار وحرية العمل والتصرف المحددة في قواعد القانون والأخلاق، فحدود حرية الانسان وحقوقه كقيمة إنسانية وقانونية وأخلاقية كما هو معروف تنتهي عند حدود حرية الآخرين وحقوقهم وتتعاظم مسؤوليته وهذا بات اليوم من المسلمات نظرياً على الأقل، وباختلاف المجتمعات والحضارات يختلف نطاق المسؤولية القانونية والأخلاقية، وقد أنتجت اجتهادات فقهاء القانون كثيراً من قواعد تنظيم الحقوق والواجبات المواكبة للتطورات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية، وأخذت كثير من المصطلحات طريقها نحو التطبيق على أرض الواقع بما يعكس مدى تمسك المجتمعات بدولة القانون من عدمه، كما ظهرت نظريات ومصطلحات قانونية جديدة مثل - الشخص الاعتباري والشخصية القانونية - وبتطبيقات متعددة تشمل الدولة وسلطاتها والهيئات والمصالح والأحزاب والمنظمات وكل أنواع الشخصيات الاعتبارية سواء الممثلة للنشاط العام أو الخاص تمييزاً له عن الشخص الطبيعي، وهذا كله في إطار البحث في المسؤولية كعنوان رئيس من عناوين تنظيم العلاقات بين الناس بعضهم ببعض كشخصيات طبيعية وبينهم وبين الشخصيات الاعتبارية وظهرت بعد ذلك نظرية مصادر الحقوق التي بدأت بالمسؤولية الشخصية أي مسؤولية الشخص نفسه عن تبعات أفعاله وتصرفاته ثم مسؤوليته عن

غيره ومنها: مسؤولية المتبوع عن أعمال من يتبعه في القيام بعمل ما كمصدر استثنائي للالتزام الأصلي وهي مسؤولية الشخص الطبيعي المباشرة وحده عما يقوم به من عمل سواء لمصلحته أو بالإنابة أو الوكالة عن غيره، وتبعاً لهذا التطور يترتب على كل عمل غير مشروع أو تصرف نتج عنه ضرر عام أو خاص سواءً قام به الشخص نفسه أو تابعه، المسؤولية القانونية الجنائية التي يترتب عليها العقوبة والتعويض أو المدنية التي يترتب عليها التعويض المدني وفي الحالتين يجب أن يكون التعويض المترتب عن الضرر تعويضاً منصفاً وسواءً كان ناتجاً عن تصرف الشخص أو تابعه، والمسؤولية الشخصية أو بالتبعية تثبت لكل إنسان وفي مواجهة أي إنسان آخر بصورة مطلقة وبما يحقق العدالة بين الناس، وطبقاً لما يحدده القانون الله وحده الذي ﴿لا يُسأل عما يفعل وهم يُسألون﴾ [الأنبياء: ٢٣]، ولا بد من التفريق بالمعنى الديني والقانوني والأخلاقي بين تبعات المسؤولية في الدنيا سواء بالعقوبة الجنائية المحددة عما يرتكبه الإنسان من جرائم أم التعويض المدني عن الأضرار المدنية، وتنظيم المسؤولية الدنيوية جعل الله تنظيمها للإنسان باتباع الوسائل العلمية وعدم الاعتماد على العنعات والقلقات إلا على سبيل الاستئناس لا الجزم لأن لكل زمان أهله وظروفه، لذلك، فقد جعل الله تنظيم مسؤولية المخلوق أمام غيره من المخلوقات للناس بواسطة السلطات الدستورية والقانونية وبهدف إقامة العدل في الدنيا بشأنها بما يوجب الإتيان في ذلك وإعمال العقل والعلم وعدم التهاون في حقوق الناس تحت أي ذريعة أما المسؤولية الدينية في الآخرة فهي لله وحده وهو أرحم الراحمين وأعدل العادين والخط بين المسؤولية الدينية والدنيوية ضياع للمسؤوليتين وتعطيل وتخدير للمجتمع.

المطلوب الشعور العالي بالمسؤولية ونبذ كل صور الاتكال والاستسلام للظلم أو للجهل الذي يعبر عنه الاستخدام السيئ لبعض المقولات التي تستخدم كالمخدرات مثل: (اليوم دنيا وبكرة آخرة) و(الدنيا فانية)، و(ما أحد عيشل معه شئ) فمثل هذه المقولات يفهما العامة على أنها للسكوت على الباطل وعدم بذل الجهد للتمسك بالحق، والاستهانة بالدنيا لأنها دار امتحان وفناء والآخرة دار بقاء وخلود، لأن الاستهانة تنافي الحكمة من الامتحان لأن الله قد ربط الفوز في الآخرة بالنجاح في الدنيا حيث قال: ﴿رَخِّقْ الموتَ والحياةَ ليلبوكم أيكم أحسن عملاً﴾ [الملك: ٢] والمسؤولية عموماً هي مرتكز تقوم عليه العلاقة الحقوقية بين الناس بعضهم البعض وبينهم وبين مؤسسات الدولة والوظيفة العامة والمال العام باعتبارها جميعها ملك جميع أفراد الشعب وهذا ما تؤكد

عليه أصول جميع الأديان والفلسفات والأعراف القبلية ولهذا (فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه، والضابط في تقييد التصرفات مصدره القانون أو الاتفاق) « والضابط في كل هذا هو عدم القابلية للتعامل إنما يرجع إلى الغرض الذي خصص الشيء له فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز^(١) ومن خلال تبين الموقف من المال العام والوظيفة العامة يتبين مدى الشعور بالمسؤولية أمام الله عالم الغيب والشهادة وهذه المسؤولية مؤجلة لله، وأما مسؤولية الناس أمام الناس فمعيار ضبطها العلم واحترام مبدأ سيادة القانون في الدنيا.

١- ملامح من المسؤولية قبل الإسلام ونواة الحكمة التي غيبها الجهل:

تقوم المسؤولية وتحدد واجباتها في الدولة القديمة بواسطة السلطة المتمركزة غالباً في يد حاكم فرد (هو المصدر بل والوحيد في الغالب للمسؤولية وللالتزام الجماعي والفردى) وتكتسب بناءً على الغزو والغلبة وعلى هذا الأساس تنشأ شرعيتها، وقائد الغلبة بالقوة هو من كان يملك الدور الأساس في توزيع السلطة وتنظيم قواعد ممارستها بناءً على قراره، وعلى مسؤوليته، وتعد الحضارة الرومانية من أقدم الحضارات التي أسست نظاماً وقواعد قانونية مكتوبة نشأت في ظلها الملامح الأولى لقواعد القانون المكتوب وبدايات توزيع المسؤوليات والحد من السلطات المطلقة للحاكم الفرد إلى أن ظهرت بالتدرج الدعوة إلى ضرورة التمسك بالقوانين كمعيار يتمسك بتطبيقه الحاكم والمحكوم، بل وظهور المبدأ الذي أصبح اليوم مبدأ منصوصاً عليه في مختلف الدساتير وهو أن السلطة ملك الشعب والسلطات المنتخبة من الشعب تمارسها نيابة عنه وتحمل المسؤولية إذا أخلت بواجباتها عند ممارستها لها باعتبارها أمانة هذا على مستوى المبدأ العام للمسؤولية، ويتفرع عن هذا المبدأ مبادئ فرعية متعلقة بتحديد سلطات الدولة التشريعية والقضائية والتنفيذية وتنظيم العلاقات بين هذه السلطات وحدود الفصل بينها وحالات التنسيق والتكامل في أدائها لواجباتها، ومن أهم المبادئ القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية ما يعرف اليوم بنظرية الالتزام ولعل الحضارة الرومانية من أقدم الحضارات التي ظهرت فيها بدايات هذه النظرية كمدخل للخروج من كون الحاكم الفرد هو صاحب السلطة ومصدرها وموزعها وهو نفسه المصدر الوحيد للالتزام أما

(١) السنهوري- عبد الرزاق- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- المجلد الأول - نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام - الطبعة الثالثة - الجديدة ص (٤٣٣).

استشارته لغيره من أصحاب العلم والحكمة فإنما هو متروك لمحض إرادته وحرية، فقد قال جايوس في نظامه: «إن كل التزام يولد إما من عقد وإما من جريمة» ففي رأي جايوس إذاً، مصادر الالتزام نوعان: العقد والجريمة. لكن القول بأن جميع الالتزامات إما أن تنشأ عن عقد وإما تنشأ عن جريمة قول يخالف الواقع، فهناك التزامات لا يمكن ردها إلى فكرة العقد كما لا يمكن ردها إلى فكرة الجريمة، وقد أدرك جايوس ما في عبارته السابقة من بعد عن الحقيقة ولذلك نجده يضيف في مؤلف لاحق - مصدرًا ثالثًا إلى المصدرين السابقين، أطلق عليه عبارة «أنواع مختلفة من المصادر *variae Causarum figurae*» وقد ضرب جايوس بعض الأمثلة للالتزامات التي تتولد عن هذه المصادر المختلفة منها الالتزامات التي تقع على عاتق الفضولي والتزام المالك الذي يسقط من بيته شيء يصيب أحد المارة والتزام صاحب الفندق الذي يسرق تابعه أحد النزلاء وقد لاحظ جايوس أنه يمكن التمييز، فيما يتعلق بهذه المصادر بين طائفتين تقترب إحداها من العقود بينما الأخرى بالجرائم أشبهه^(١) وقد نشأت الأعراف الحاكمة تدريجياً لتحد نسبياً من السلطة المطلقة لمن يمارسها وتتفاوت الحكام تتفاوت أمزجتهم ونزعات التسلط لديهم كما تختلف القبائل وهي المجتمع البدائي الأول في مدى تمسكها بالأعراف باختلاف قوتها وقوة متولي قيادتها (الشيخ أو القيل أو النقيب) أو أي تسمية أخرى، والغالب الأعم أن ما يربط أفراد القبيلة ببعضهم هو مبدأ التضامن والتكافل الذي ينظمه العرف ومعلوم أن العرف هو المصدر الأول للقوانين وللشرائع، ولهذا ما زال التضامن وحفظ التوازن بين المصالح هو الجوهر الأول الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية والجنائية، ويتأسس حفظ التوازن على واجب تحقيق العدالة باعتبارها محور كل حكم، إلا أنه قبل أن يصبح واجباً كما هو الحال في الدولة الحديثة كان هبة من الحاكم الفرد الذي يستمد سلطته كما أشرنا من قوة السيف أو لاحقاً من الوحي الإلهي الذي يتم التحايل عليه بشتى الوسائل، وتدرجياً تطورت نظرة الناس حول مصدر العدالة إلى أن أصبحت واجباً دستورياً وقانونياً هو الأساس لشرعية أي سلطة معاصرة، ومبدأ تضامن القبيلة كمجتمع بدائي يجعلها كتلة واحدة في مواجهة وتحمل مسؤولية وتبعات المنتمين إليها وفي الانتقام ممن يعتدي على أحد من أفرادها جميعاً له ما لهم وعليه ما عليهم أي أن المسؤولية جماعية تضامنية، ولهذا فمن يتسبب بضرر لشخص أو أشخاص من قبيلة أخرى فقد جر القبيلة بكاملها معه في تحمل المسؤولية وعليها أن ترده أو تتحمل تبعات فعله الضار سواءً بالدفاع المسلح

(١) الدكتور محمود سلام زياتي - نظم القانون الروماني - الأستاذ المساعد بكلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٦٦ - ملتزم الطبع والنشر - دار النهضة العربية - ٣٢ شارع عبد الخالق ثروت ص - ١١١، ١١٢).

عنه أو التعويض الذي يحكم به عرفاً، وبهذا تصبح القبيلة جسداً واحداً (تابعاً ومتبوعاً)، هذه هي الصورة البدائية للمسؤولية الشخصية أو بالتبعية وقد كانت في وقتها كما هو واضح صورة بسيطة قابلة للتنفيذ وفقاً للقواعد العرفية غير المدونة غالباً والمطبقة في حياة الفرد والقبيلة طبقاً لقاعدة (العُثم بالْعُرم) وكان التضامن الكامل هو السائد في كل تفاصيل الحياة الاقتصادية والاجتماعية للقبيلة والمعمول به في تنظيم العلاقات بين أفرادها وكذلك في علاقة القبيلة بغيرها من القبائل المجاورة وغير المجاورة (الشؤون الخارجية للقبيلة).

وأفراد القبيلة مثلما هم شركاء فيما يغنمون من الحروب والغزوات هم كذلك شركاء فيما يتوجب على القبيلة من غرامات أو ديات أو أي واجبات تتحملها القبيلة سواء مما ينتج عن الحروب أو أي التزامات أخرى، أي أن القبيلة باختصار أشبه بشركة تضامنية عامة، أي في جميع المجالات الداخلية والخارجية التي تخص القبيلة بمقتضى الأعراف السائدة فيها كمجتمع مُصغر قبل أن تنشأ المدن وتتكون المجتمعات المدنية الكبيرة الحديثة والمعاصرة، والقبيلة اليمنية في ظروف نشأتها القديمة من أغنى القبائل العربية بتراتها العرفي وتقاليدها وعاداتها وربما تتميز عن غيرها بأنها القبائل الوحيدة التي وُجد بها عُرف مكتوب والمعروف (قواعد السبعين) ولكن هذا التراث القبلي لا يعني أنه يصلح ألياً للتطبيق على مستوى الدولة الحديثة فالدولة بمعناها الحديث لها دستور وقوانين تنظم مختلف جوانب الحياة، وكل القبائل عليها أن تنصهر في الإطار الجديد إلزاماً، أما الاحتكام إلى الأعراف فهو بالاختيار وبما لا يخالف النظام العام والآداب العامة والذي أصبح مضمناً في الدستور والقوانين النافذة.

٢- عن مبدأ المسؤولية في الشريعة الإسلامية:

من المعلوم أن باب الاجتهاد في الإسلام مفتوح وهذا وفقاً للآراء الفقهية المستنيرة وبخاصة في المعاملات باعتبارها الأكثر ارتباطاً بتطور الحياة الذي لا يتوقف عند حد في الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وفي مختلف الجوانب ما يعني أن تطوير القوانين وتعديلها حاجة مستمرة بناءً على متطلبات المجتمع وتطورات الحياة المعاصرة مع الالتزام بقواعد الدستور ومبادئه وليس وفق أهواء الأنظمة الحاكمة أو نزوات الحكام أو رؤاهم الخاصة، ورغم الاختلافات المعروفة في الفقه الإسلامي في مختلف المسائل الفقهية ومنها اختلافهم بين من يرى بأن الإنسان مسيرٌ في أعماله وتصرفاته منذ ميلاده

وحتى وفاته انطلاقاً من مفهوم أصحاب هذا الرأي للآية الكريمة: ﴿وما تشاؤون إلا أن يشاء الله إن الله كان عليماً حكيماً﴾ [الإنسان: ٣٠]، ومن يرى بأن الإنسان مُخير انطلاقاً من مفهومهم لقوله تعالى: ﴿بل الإنسان على نفسه بصيرة* ولو ألقى معاذيره﴾ [القيامة: ١٥، ١٤]، وقد قسم فقهاء المسلمين التصرفات والمسؤوليات من حيث الغرض منها إلى تصرفات فيها حق لله وتصرفات الحق فيها للناس، وتصرفات الحق فيها لله وللناس وحق الله فيها غالب، وأخرى لله وللناس وحق الناس فيها غالب كما توزعت اجتهاداتهم بين ما يعرف بفقهِ العبادات وفقهِ المعاملات، وتنازع رواد الفقهاء على محاولة الإجابة على سؤال ما تزال الإجابة عليه حتى الآن مع الأسف الشديد بعيدة عن البحث الجاد وهو: هل يكون الاحتكام للنقل أم للعقل؟ والمنقسمون حول الإجابة بلا بحث علمي جاد منهم من غلب العقل على النقل ومنهم من غلب النقل وتقولب حول الروايات والعنعنات، إلا أن المفيد أن غالبية الآراء المستنيرة ذهبت إلى أن الأقرب للصواب في البحث من خلال قيد النص والرواية مع بعض محاولة عقلنتها هو التفريق بين القرآن، وبين ما يعرف بالسنة، وحول ذلك إشكالات كثيرة نشأت مع كثرة الروايات والأحاديث، والمُرجح في المفاضلة بين الروايات المختلفة وجوب قياس الحديث على النص القرآني وعلى المعقول والمصلحة، فما وافق القرآن والمصلحة التي يجب أن تقدر بقدرها وبحسب ظروف الزمان والمكان فهو الأولى بالتطبيق لأن النص القرآني في الغالب عام ومُجمل، وهذا تيسير للإنسان عبر كل الأزمنة والأمكنة للتأكيد على أن (القرآن صالح لكل زمان ومكان) و(حمال أوجه) وفي مواجهة هذا التناقض يتوجب إعطاء العقل حقه ودوره لإنعاش الحياة واستمرار السير في طريق التطور والنماء، ورغم كل الاختلافات الفقهية فقد صار من المعمول به غالباً قانوناً وقضاءً أن الإنسان مسؤول عن كل تصرفاته الشخصية ومسؤول كذلك عن تصرفات من يجب عليه التحري في حسن اختياره للقيام بأي عمل وفي مراقبته وتوجيهه والإشراف عليه.

ولما كان هذا هو الأصل الفقهي في الشريعة الإسلامية فإنه يعني فتح المجال للاستفادة من تجارب الآخرين ممن لهم السبق في تطبيق هذه المسؤولية وإخراجها في الثوب القانوني الجديد وهو ما يتفق تماماً مع مقاصد الشريعة الإسلامية ويوجب الأخذ به والتفاعل معه والمساهمة في تطويره، ومن الأحاديث ذات المعنى الشمولي في الفقه الإسلامي الحديث المروي عن الرسول الكريم صلوات الله وسلامه عليه قوله: (إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق)، ومن مكارم الأخلاق بالتأكيد قاعدة التضامن والتكافل التي تحكم القبيلة افتراضاً وفقاً لمبدأ الغنم بالغرم، وهو المبدأ الذي يفترض أنه قد حل محله

في الشريعة الإسلامية مبدأ الحث على عدم العدوان والتعاون على البر والتقوى والنهي عن التعاون على الإثم والعدوان كما جاء في قوله تعالى: ﴿لِيَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَاتَحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقُلَائِدَ وَلَا آمِينَ الْبَيْتِ الْحَرَامِ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَانًا وَإِذَا حُلِّمْتُمْ فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَنْ تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ۝﴾ [المائدة: ٢] وفي الحديث: (المؤمن للمؤمن كالبنان أو كالبنيان يشد بعضه بعضاً)، ويفهم الحديث الذي يقول: (انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً) في إطار التضامن الإيجابي وتمازج مكارم الأخلاق من خلال الحوار بين الرسول ﷺ في رده على سؤال أحد الحاضرين: أنصره إن كان مظلوماً بدفع الظلم عنه فكيف أنصره إن كان ظالماً بالتعدي على غيره؟ فقال النبي ﷺ: (تمنعه من ظلمه لغيره) وهذا المبدأ كان سائداً قبل الإسلام وإلا فبأي منطق يسأل الرجل رسول الله هذا السؤال لو لم يكن قد استغرب نصره الأخ ظالماً أو مظلوماً، وهذا المبدأ يقابله اليوم في الدستور والقانون الحديث مبدأ موازنة الحقوق مع الواجبات حيث نص الدستور اليمني على: (المواطنون جميعهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة)^(١) ونظم الباب الثاني من دستور الجمهورية اليمنية كامل حقوق وواجبات المواطنين الأساسية في مختلف مجالات الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية وحررياتهم الأساسية، فكل مواطن له حقوق وعليه واجبات وجذر المسألة والمسؤولية وعمقها البحث عن القاسم المشترك للمجتمع سواء في شكله البدائي (الأسرة - الجماعة - العشيرة - القبيلة) أم في شكله الحديث (المجتمع المدني) بهدف الاستفادة في الحاضر والمستقبل لا التقوقع والانكفاء على الذات عند محطة تاريخية معينة والنصوص الجامدة أو بالأصح المجردة، فبعد أن اتسعت المدن وكبرت الدول صار من الضروري بل والمحتم البحث عن صيغة جديدة للشراكة في المسؤولية حيث انتهى عصر الدولة والسلطة الجابية والمالكة وأصبحت الصيغة المعمول بها والأكثر واقعية وملاءمة هي دولة المواطنة المتساوية المحكومة بالدستور ودولة القانون والمبنية على حرية الفرد ومسؤوليته تجاه مجتمعه؛

والمسؤولية في الفقه الإسلامي ترتب عقوبة دينية أخروية لسنا بصدد بحثها ولكنها أيضاً ترتب مسؤولية وعقوبة دنيوية على كل عمل ضار سواءً المسؤولية الجنائية المترتبة على ارتكاب الجرائم بمختلف أنواعها أو المسؤولية المدنية التي توجب تعويض

(١) المادة (٤١) من دستور الجمهورية اليمنية.

المضرور تعويضاً منصفاً عما أصابه من ضرر وما فاته من خسارة نتيجة الفعل الضار الذي تسبب به المسؤول عن فعله الشخصي أو تسبب به تابعه باعتباره مسؤولاً عنه بالتبعية مسؤولية مفترضة.

٣- في المفهوم الحديث لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه:

تعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه استثناءً للمبدأ الدستوري والقانوني حيث ينص دستور الجمهورية اليمنية المستفتى عليه على: (المسؤولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص شرعي أو قانوني وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدوره)^(١) ودلالات النص واضحة من حيث كون المسؤولية شخصية كقاعدة ومبدأ دستوري إلا أن تقديم الشرعي قبل القانوني في النص الدستوري وإن كان يبقى باب الاجتهاد مفتوحاً إلا أنه كذلك لا يعطله بإعطاء الحق في تفسيره لمن ينفذه سواء بحكم قضائي أو بقرار إداري أو تنفيذي لأن التقديم والتأخير هنا ليس للمفاضلة بين الشرعي والقانوني وكأن بينهما اختلافاً يتيح للقاضي أو المسؤول التنفيذي حرية الاجتهاد خارج النص القانوني فكل القوانين اليمنية قد مرت على مجلس النواب وجميع أعضاء المجلس مسلمون كما أن هذه القوانين قد مرت على لجنة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وهم من خيرة فقهاء اليمن وأكثرهم دراية بالفقه الإسلامي وحرصاً عليه، أي أن النص القانوني نفسه أصبح نصاً شرعياً ولا داعي للمفاضلة بين الشرعي والقانوني باستخدام حرف (أو)، ووفق هذا المبدأ فإن الأصل أن كل إنسان بالغ عاقل مسؤول عن أعماله وتصرفاته غير المشروعة سواء كانت فعلاً أو امتناعاً عن فعل نتج عنهما جريمة أو ضرر مادي أو هما معاً في حال توافرت شروط المسؤولية عن الفعل أو الامتناع اللذين تنبني عليهما المسؤولية، وتصرفات الإنسان إما أن تنبني على المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، أي على مخالفة عقد أو اتفاق أو نص في القانون، وأبرز ما يميز المسؤولية التقصيرية عن المسؤولية العقدية أن المتعاقدين في المسؤولية العقدية يمكنهما التعاقد بشأن أي تصرف مشروع ويمكنهما تغيير بنود العقد وفق ما يرونه محققاً لمصلحتهما سواء بالزيادة أو الحذف أو غيره انطلاقاً من حرية التعاقد المؤكدة بقاعدة: (العقد ملزم للمتعاقدين والأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها والغش يبطل العقود والضرر اليسير فيها الذي لا

(١) المادة (٤٧) من دستور الجمهورية اليمنية.

يمكن الاحتراز عنه عادة لا يكون مانعاً من صحة العقد^(١) مع الالتزام بضابط أن لا يتضمن العقد أو التعديل بنوداً تخالف النظام العام أو الآداب العامة أو تمس المال العام لعدم جواز الاتفاق على ما يخالفها لأنها حينئذٍ قد تجاوزت مصلحة المتعاقدين المشروعة إلى المساس بحقوق المجتمع المتعلقة بالالتزام القانوني الذي يقضي باحترام النظام العام والآداب العامة أو المال العام أو الماسة بحقوق غير المتعاقدين، والأصل أن الشخص الطبيعي، أي الإنسان ككائن حي وحده قبل أن ينشأ إلى جانبه الشخص الاعتباري هو: المؤهل للقيام بالواجبات والتمتع بالحقوق، إلا أن التطورات التاريخية حتمت وجود شخصية اعتبارية (مؤسسة عامة أو خاصة) تمثل شخصاً أو أشخاصاً طبيعيين، ونظرية الشخصية الاعتبارية «تنسب إلى الفقيه الألماني سافيني «savigny» إذ أن له الفضل الأكبر في صياغتها وإن كان قد عرفها من قبله فقهاء العصور الوسطى، ونقطة الابتداء في هذه النظرية تقرر أن الإنسان هو الذي يجوز أن يكون محلاً للحق ومحلاً للتكليف، لأنه وحده صاحب الإرادات الشاعرة المدركة أما الجماعات فليست بطبيعتها ذات إرادة منفصلة عن الإرادات الفردية، وإذا فافتراض الجماعة وحدة مستقلة صالحة لتلقي الحقوق وتحمل التكاليف لا يمكن أن يكون سدى وتحايل ومجاز يخالف الواقع، ولا يمكن أن يقع هذا المجاز إلا إذا تدخل المشرع وجعل منها شخصاً قانونياً^(٢) ومبدأ إلزامية العقد يتقيد به القاضي في قضائه طبقاً لقاعدة: (العقد شريعة المتعاقدين) فبعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد نطاقه لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه، مادام العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً. وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا في الدائرة التي يجيزها القانون أي في نطاق ألا يصطدم مع النظام العام ولا مع الآداب^(٣).

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه مسؤولية مفترضة لماذا؟

وإذا كانت مسؤولية الإنسان التعاقدية عن فعله غير المشروع الذي شكل خطأ من قبله سبب إضراراً بالغير أو بالمجتمع عموماً، فإن المسؤولية التقصيرية قد تنشأ عن فعل الغير المخالف للقانون وهنا تصبح أطراف المسؤولية ثلاثة، الطرف الأول: من ارتكب الخطأ،

(١) المادة (١٣) من القانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م.

(٢) الدكتور/ عبد المنعم البدرابي - عميد كلية الحقوق - جامعة القاهرة سابقاً ورئيس جامعة المنصورة وعميد

كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء سابقاً - مبادئ القانون، ص (٤١٨)، طبعة ١٩٨٥م.

(٣) السنهوري - عبد الرزاق - المصدر السابق، ص (٦٩٧).

أي مباشر الفعل (التابع)، الطرف الثاني: هو صاحب العمل سواءً كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، عاماً أم خاصاً طالما توفر عنصر التبعية وشروطها بين التابع والمتبوع وسواء كان بناء على قانون أو اتفاق، أي إن التابع قد يقوم بعمل لمصلحة من كلفه بالعمل أياً كانت صورة التكليف طالما كان المتبوع هو صاحب المصلحة من عمل التابع المسبب للضرر لذلك فالمتبوع هو المسؤول عن عمل تابعه، والمدير أو العامل أو الموظف المباشر للعمل في المؤسسات الحكومية تسأل الإدارات التي يتبعونها قانوناً عما يقومون به من أخطاء ينتج عنها أضرار ومسؤوليتهم هذه مسؤولية مفترضة لا تقبل إثبات العكس وهذه الفرضية هي الأساس الذي قامت عليه مسؤولية المتبوع عن أعمال تابع، وهي فرضية أكدت عليها جميع القوانين المدنية الحديثة حماية لمبدأ الثقة في التعامل بين الناس تجاه من يمارس أي عمل أو نشاط تجاري أو صناعي خاص أو عام وأياً كان نوعه، فالمتضرر بحاجة ماسة للحماية والضمان وهو ما لا يمكن توفره إلا بتحميل المؤسسة العامة أو الخاصة مسؤولية ما يحدثه تابعوهم من إضرار بالغير نتيجة ما يقومون به من أعمال لأن من يتعامل مع أي قائم بعمل إنما يتعامل معه معتمداً على الثقة في المؤسسة أو في صاحب العمل.

أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه:

وترتيب مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع تنازعتها عدة آراء واختلافات في مختلف القوانين والشروح القانونية وبدراسة هذه المسؤولية في مختلف القوانين نجد أنها بصورة أساسية قد قامت على نظريتين:

النظرية الأولى: اعتبرت مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه مسؤولية شخصية: قائمة على الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس وهو خطأ إما في اختيار تابعه أو في توجيهه أو في رقابته وقد انتقدت هذه النظرية لسببين:

السبب الأول: أن المتبوع بإمكانه نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ولا يجوز أن تبني المسؤولية على خطأ دون وجود علاقة سببية بينه وبين الضرر.

السبب الثاني: أن غير المميز لا ينسب إليه خطأ.

أما الأساس الذي قامت عليه نظرية المسؤولية الشخصية للمتبوع فهو تحمل التبعة: وتعني أن المتبوع يستفيد مما يقوم به تابعه لمصلحته ولهذا يتوجب تحمل ما قد يسببه من ضرر استناداً للقاعدة العرفية (الغرم بالغنم) وهذا الرأي انتقد من وجوه منها:

- ١- أن أساس تحمل التبعة هذا يؤدي إلى الضرب بشرط وجود الخطأ من التابع عرض الحائط فيسأل المتبوع ولولم يوجد خطأ.
- ٢- القانون أجاز للمتبوع الرجوع على التابع بما دفع للمضروع ووفقاً لتحمل التبعة لا يجوز الرجوع لتحميل المتبوع المسؤولية شخصياً.
- ٣- أن القانون بنى مسؤولية المتبوع على سلطته الفعلية على التابع في الرقابة والتوجيه والإشراف.

النظرية الثانية: ذهبت إلى أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه مسؤولية عن الغير. كونها مسؤولية مفترضة لا تقبل إثبات العكس وتقوم على شروط حددها القانون وقد اختلف أنصار هذا الرأي على ثلاثة مذاهب يتلخص مضمونها في الآتي:

- ١- الأول: تأسيس هذه المسؤولية على فكرة النيابة القانونية أي باعتبار التابع نائب المتبوع ولذلك يقع عليه تعويض الضرر ويُعاب على هذا الرأي أو المذهب أن النيابة إنما تكون في عمل قانوني في حين أن التابع يقوم بعمل مادي.
- ٢- تأسيس مسؤولية المتبوع على فكرة الحلول أي أن التابع يحل محل المتبوع فيما يقوم به من عمل وتبعاً لذلك فأى خطأ يرتكبه التابع في أدائه للعمل كأنه صادر عن المتبوع ويؤخذ على هذا المذهب أنه يقوم على الظن وليس على اليقين والخطأ ينسب إلى الشخص بناء على اليقين لا الظن.

٣- أن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع تتأسس على كونه ضامناً أو كفيلاً للتابع بتكليفه القيام بالعمل الذي أخطأ في القيام به فأحدث ضرراً بمن تعامل معه، ومذهب الضمان أو الكفالة يقوم على كون أن المضروع يكون له الخيار إما بالرجوع بالمطالبة بالتعويض على الضامن أو المضمون، وللمتبوع حق الرجوع على التابع بما دفعه للمضروع من تعويض، وقد حكمت محكمة النقض المصرية بهذا تطبيقاً لنص المادة (١/١٧٤) مدني مصري التي نصت على: (يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حالة تأديته أو بسببها) كما نصت المادة (١٧٥) من القانون المدني المصري المشار إليه على: (أن للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر فقد دل على أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضروع تقوم على فكرة الضمان القانوني فالمتبوع يعتبر في حكم

الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم فإن للمتبوع الحق في الرجوع على تابعه بما يكفي من التعويض للمضروع لا على أساس أنه مسؤول معه، بل لأنه مسؤول عنه^(١).

وتوصف مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بأنها:

أولاً:

- ١- مسؤولية كل قائم بعمل عن اختيار العامل أو الموظف الذي أوكل إليه القيام بهذا العمل.
- ٢- مسؤولية كل قائم بعمل عن الإشراف على العامل أو الموظف الذي أوكل إليه القيام بهذا العمل.
- ٣- مسؤوليته عن مراقبته.
- ٤- مسؤوليته عن توجيهه.

وبتأمل مختلف القوانين المدنية في البلدان العربية وغيرها نلاحظ أنها قد أسست مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة على مبدأ إلزام المتبوع بالتحري الكامل في اختيار العامل أو الموظف، وفي الإشراف عليه، ومراقبته وتوجيهه خلال أدائه لعمله.

ثانياً: رابطة التبعية بين العامل والموظف وبين القائم بالعمل الذي أوكل إليه القيام بالعمل ثابتة ولو لم يكن المتبوع حُرّاً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في مراقبته وتوجيهه.

آثار مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه:

ويترتب على قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه نتائج وفوائد مهمة في الحفاظ على المصلحة العامة والخاصة كونها تقوم على المسؤولية المفترضة أي التي لا تقبل إثبات العكس ومن ذلك:

- ١- تحفيز المتبوع على اليقظة التامة سواء في التدقيق في اختيار العامل أو الموظف الذي سيسند إليه مهمة القيام بأي عمل سواء بصورة دائمة أو مؤقتة لأنه مسؤول عما قد يسببه من أضرار نتيجة ممارسته لعمله أو وظيفته.
- ٢- يؤدي تقرير هذه المسؤولية على المتبوع إلى الحد من تفشي الفساد الناتج عن التواكل والتهاون في اختيار من يقوم بالعمل أو الوظيفة وعدم الحرص على إنجازها وعلى حسن أدائها.

(١) حكم نقض مدني مصري- الطعن رقم (٦٥٧)- جلسة ١٩٨٧/٥/٨ غير منشور.

٣- حسن الأداء في المؤسسات العامة والخاصة يؤدي بالضرورة إلى تحسين مستوى الأداء الاقتصادي والحد من ارتفاع نسبة الجريمة في المجتمع وتحقيق العدالة والسلام الاجتماعي.

٤- أن تقرير مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه يؤدي إلى حماية من يتعامل مع التابع ثقة في المتبوع سواء كان (شخصاً اعتبارياً - مؤسسة عامة أو خاصة) أو (شخصاً طبيعياً) وفقاً لقاعدة حماية الغير حسن النية.

مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون المدني اليمني وإشارة إلى بعض القوانين العربية:

أولاً: النصوص القانونية في القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢ بشأن إصدار القانون المدني اليمني:

تضمن الفصل الثاني من الباب الثالث من القانون المشار إليه أربع مواد تتعلق بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هي المواد (٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨) وقد نصت على ما يأتي:

المادة (٣١٥): (كل من تولى بنص أو اتفاق رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصر سنه أو حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً في ماله بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، وإذا لم يكن له مال فيكون التعويض من مال الشخص الذي يتولى رقبته، ويعتبر القاصر في حاجة إلى رقابة إذا لم يبلغ سن الرشد ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرعاية أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً بأمر غالب ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية.

المادة (٣١٦): (كل قائم بعمل، مسؤول عن اختيار العامل الذي أوكل إليه القيام بهذا العمل ومسؤول عن الإشراف عليه ورقابته وتوجيهه في تنفيذ هذا العمل ويعتبر العامل تابعاً له في ذلك وتقوم رابطة التبعية بين القائم بالعمل والعامل ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في مراقبته وتوجيهه).

المادة (٣١٧): (يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان ناتجاً عن تأدية عمله لدى المتبوع أو بسببه).

المادة (٣١٨): (للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر).

ثانياً - النصوص القانونية المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م:

تضمنتها نصوص المواد (٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤) وعلى النحو الآتي:

المادة (٣١١): (مطابقة لنص المادة (٣١٥) من القرار بقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م عدا استبدال كلمة (الرشد) في جملة (سن الرشد) في القرار بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م بكلمة (البلوغ) في القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م.

المادة (٣١٢): مطابقة تماماً للمادة (٣١٦) من القرار بقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م.

المادة (٣١٣): (يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمل غير مشروع أمره به فإن عمل التابع عملاً غير مشروع أضر بالغير ولم يأمره به المتبوع كانت المسؤولية على التابع وعلى المتبوع أن يحضر العامل لتعويض الضرر الذي أحدثه).

المادة (٣١٤): (للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر).

ثالثاً: ١- المقارنة، ٢- إشارة إلى بعض القوانين العربية، ٣- وأسباب التعديل:

١- المقارنة بين مواد القانون المدني اليمني الصادر بالقرار الجمهوري رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م والقانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م المعمول به:

أ- المادة (٣١٥): من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م تتطابق تماماً مع القرار بقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م عدا استبدال جملة (سن الرشد) في القرار بالقانون رقم ١٩٩٢م بجملة (سن البلوغ) في قانون ٢٠٠٢م.

ب- المادة (٣١٢): من القرار بقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م تطابق تماماً نص المادة (٣١٧) من القانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م.

ج- المادة (٣١٣): من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م خالفها المادة (٣١٧) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م مخالفة جوهرية بتعليق مسؤولية المتبوع بأمر التابع حيث جاء في المادة ما يلي: (يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمل غير مشروع (أمره به) فإن عمل التابع عملاً غير مشروع أضر بالغير ولم يأمره المتبوع كانت المسؤولية على التابع وعلى المتبوع أن يحضر العامل لتعويض الضرر الذي أحدثه).

وهنا يجدر التأكيد على ما يلي:

(١) - بتعليق المادة (٣١٧) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م المذكورة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه على صدور أمر من المتبوع للتابع أنهت تماماً مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه المعمول بها في كل قوانين العالم والتي تضمنها القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م كما هو موضح في نصوص القانون المشار إليها سابقاً.

(٢) - أن شرط صدور أمر من المتبوع للتابع قد ألغى كون مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه مسؤولية مفترضة لا تقبل إثبات العكس، وفتح الباب للنزاع حول وجود الأمر من عدمه مع أن كونها مسؤولية مفترضة هو جوهر هذه المسؤولية والأساس الذي تقوم عليه.

(٣) - أن اشتراط صدور أمر من التابع للمتبوع بالقيام بعمل غير مشروع أمر غريب هدفه فقط إخراج المتبوع من مسؤولية لامجال لإخراجه منها إلا في الحالات التي حددها القانون أي بعد أن يتحمل المسؤولية في تعويض المضرور عما أحدثه تابعه بعمله غير المشروع من ضرر يمكن للمتبوع العودة على التابع بما دفعه.

(٤) - إذا تحقق شرط صدور أمر من المتبوع للتابع يدخله كمسؤول مسؤولية أصلية ومباشرة مدنياً وجنائياً عما أصدره من أمر سواء نتج عنه جريمة تستوجب العقاب المادي أو الجسدي أو التعويض المدني لأنه بذلك.

(٥) - هذا الشرط الغريب الوارد في المادة (٣١٧) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م الهادف إلى إلغاء مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه يشكل سابقة خطيرة من سوابق التلاعب بالقوانين بصورة فجحة ومسيئة للسلطة التشريعية ولليمن كما سيتبين من خلال توضيح بعض أسباب تعديل القرار بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م على النحو الذي تم.

(٦) - بعد أن نفت المادة (٣١٧) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م مسؤولية المتبوع المفترضة عن أعمال تابعه أكدت ذلك بالنص على أن المتبوع الذي لم يأمر تابعه بعمل غير مشروع أن يحضر العامل لتعويض الضرر الذي أحدثه، وهذا يعني أن مسؤوليته تقتصر على إحضار العامل، وعلى المتضرر أن يستعد لنزاع طويل الأمد قد يكون في مواجهة عامل فقير؛

ومن المعلوم أن تقرير المسؤول عن أعمال تابعه جاء لحماية من يتعامل مع المؤسسات العامة التي تستخدم عمالاً وموظفين على مسؤوليتها وغالباً ما يكونون غير قادرين على التعويض عما يتسببون به من أضرار، ولهذا فإن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه مسؤولية مفترضة لا تقبل إثبات العكس، وقد أكدت المادة (٣١١) من القرار

الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م على أن (من تولى بنص أو اتفاق رقابة شخص بحاجة إلى رقابة بسبب قصر سنه أو حالته العقلية أو الجسمية يكن ملزماً في ماله بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع) ونصت المادة (٣١٢) منه على: (كل قائم بعمل، مسؤول عن اختيار العامل الذي أوكل إليه القيام بهذا العمل ومسؤول عن الاشراف عليه ورقابته وتوجيهه في تنفيذ هذا العمل، ويعتبر العامل تابعاً له في ذلك وتقوم رابطة التبعية بين القائم بالعمل والعامل ولولم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية في مراقبته وتوجيهه).

ثانياً: إشارة مقتضبة إلى بعض القوانين العربية:

لا تختلف معظم القوانين العربية ومنها القانون المدني الجزائري والمصري والسوري والعراقي واللبناني عن القانون المدني اليمني في النصوص المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ففي القانون الجزائري والمصري مثلاً جاء في كتاب الواضح في شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزامات - ما يلي: (تنص المادة (١٣٦) مدني جزائري على أنه (يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعاً في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها، وتتحقق علاقة التبعية ولولم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا التابع يعمل لحساب المتبوع، وكانت المادة (١٣٦) مدني جزائري تنص على: (يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها)، وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه «والنص منقول حرفياً من النص المصري» ويطابق النص أيضاً كما في هامش كتاب محمد صبري السعدي المادة (١٧٤) مدني مصري، والمادة (١٧٥) مدني سوري، والمادة (١٧٧) مدني ليبي، والمادة (٢١٩) مدني عراقي، والمادة (١٢٧) مدني لبناني مقارب، والمادة ٢/٨٨ مدني أردني موافق وجعل الحكم بالضمان في هذه الحالة متروكاً لتقدير المحكمة إذ رأته مبرراً له^(١)، وبالعودة إلى القرار الجمهوري بالقانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م نجد أن المواد (٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨) المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه مطابقة لما ذكر من القوانين العربية، ومن المعلوم أن القانون المدني اليمني وكثيراً من القوانين العربية مأخوذة أو متأثرة كثيراً بالقانون المدني المصري،

(١) المادة (٨٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات اليمني.

والقانون المصري بدوره أخذ وتأثر بالقانون الفرنسي، وهذا هو السياق الطبيعي للحضارة الإنسانية لا يوجد مجتمع مغلق لا يتأثر ولا يؤثر.

ثالثاً: أسباب تعديل القرار بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م:

في عام ٢٠٠٠م وقعت في كلية الطب جامعة صنعاء جريمة بشعة التي عرفت بقضية مجزرة آدم نسبة إلى مرتكب الجريمة محمد آدم عمر إسحاق - سوداني الجنسية - عامل مشرحة في الكلية - وبينت التحقيقات أنه فر من أم درمان بالسودان حيث كان يعمل في مشرحة هناك وارتكب جرائم بحق طالبات سودانيات هناك، وحين وصل إلى اليمن سرعان ما تم قبوله بمشرفة كلية الطب جامعة صنعاء، بل وفي أسرع وقت أصبح له صولة وجولة في الكلية لممارسته السمسرة في إنجاز أي معاملة للطلاب وبالذات التوسط في التلاعب بنتائج الامتحانات ورفع الدرجات وبالذات وبالذات! وتحت هذا الغطاء ارتكب عدة جرائم خطف بالحيلة ثم اغتصاب وقتل وتقطيع طالبات وسرقة محتويات حقائبهن .

وقد بلغت الجرائم التي اعترف بارتكابها - اغتصاب وقتل وتقطيع حوالي (١٦) ست عشرة طالبة سرد تفاصيل كل منها بأسلوب درامي مرعب ومقزز نشر عبر صحيفة ستة وعشرين سبتمبر التي كانت تصدر عن دائرة التوجيه المعنوي للقوات المسلحة فور الإدلاء باعترافاته وتالياً مختلف الصحف المحلية والعربية والدولية، ونشرت مجلة سيدتي تحقيقاً قال معده بأنه تحقيق ميداني تقصى حكايات عن قرية المتهم المدان باعترافاته ودراسة نفسية تشير إلى أن كثيراً من أبناء قريته يشتهرون باصطناع حكايات خرافية عن بطولات ومغامرات قاموا بها وأنه يحتمل أنه من بين هؤلاء، وأن الصحافة نتيجة مبالغاته ساهمت في تضخيم ما جرى .

وقد نسبت إلى رجال الضبط جهود خارقة في الوصول إلى اعترافات المتهم ولكوني كنت رئيس هيئة الادعاء ضد المتهم فقد تقدمت بدفع ببطان قرار الاتهام نظراً لعدم وجود أي أدلة أخرى تسند اعترافاته وطلبت إعادة القضية إلى النيابة للتحقيق حول بقية الضحايا التي وردت أسماؤهن ومصير جثثهن وأولياء الدم لأن الخوف من العار في كل هذا العدد غير معقول خاصة وأن الاغتصاب تشكل جريمة بشعة لا دخل للمغتصبة فيها كونها ضحية عمل بشع ولا أعتقد أن أولياء دم كل هذا العدد على هذا المستوى من الجهل والغباء، والحقيقة أن اعترافات المتهم كانت نتيجة مفاجأة أم المجني عليها زينب العراقية للمتهم في غرفة التحقيق وبصوت فيه حزم الواثق بقولها له: (لماذا قتلت بنتي

يا مجرم ويا ويا، وبصوت مرتفع مع نحيب أروع المتهم والمحقق، شعر المتهم معه بأن أمره بات مكشوفاً ما دفعه إلى الاعتراف بارتكاب الجريمة ثم لاحقاً سرد بقية الجرائم، ولعل عوامل أخرى قد ساعدت على ذلك مثل السهر واستخدام أنواع من الحبوب قيل أنه كان يستخدمها بحجة أنه مريض، وكانت الأم وابنتها على تواصل مع المتهم حول نتائج الامتحانات، وقد اعتبرت هيئة الادعاء أن اعترافات المتهم لا تكفي وحدها للكشف عن الحقيقة، بل إن بعض الاعترافات يهدف من يدلي بها إلى إخفاء جرائم أخرى أو إلى تضليل العدالة، لذلك لا بد من توفر أدلة أخرى مساندة لاعترافاته تزيل أي التباس أو تناقض بعضها بعضاً باعتبار الحكم في أي قضية عنوان الحقيقة أو هكذا ينبغي أن يكون، ولعدم وجود هذه الأدلة حول عدد الضحايا تتعدى الضحيتين المعروفتين - العراقية زينب - وح.ع من ضلوع همدان، وبعد وصول الإجراءات القضائية وأجهزة الضبط إلى طريق مسدود توقفت عند هذا الحد بناءً على طلب من هيئة الادعاء نظراً لما يلي:

١- وضع حد لمزيد من البلبلة في الرأي العام حيث كثرت الإشاعات وتشعبت بصورة غير مسبوقة وحاول البعض استخدامها سياسياً وفي رأبي أن تعمد تسييس القضاء أخطر ما يمس استقلاله وإساءة استخدامه.

٢- هذه القضية كشفت عن حالة عجز غريبة وكبيرة في مستوى أداء أجهزة الضبط والعدالة أبرز أدلتها عدم وجود الأجهزة الفنية اللازمة لإجلاء أي غموض بحاجة إلى أجهزة فنية لإجلائه وأهمها جهاز كشف الحامض النووي لمعرفة هوية الجثث الموجود والمحرزة في المشرحة وما أثار دهشة وزير الداخلية الألماني أن وزير الداخلية لبلادنا اتصل به يطلب منه التدخل لدى جهاز من الأجهزة الفنية الألمانية لقبول فحص عينة من جثتي الضحيتين اليمنية والعراقية للتعرف على الحامض النووي مع أن مثل هذا الجهاز يوجد في أي دائرة بحث جنائي في العالم بل وتوجد أجهزة صغيرة لهذا الغرض على مستوى أقسام الشرطة.

٣- من خلال تفتيش مشرحة كلية الطب تبين أن حالة الفوضى والعشوائية داخل المشرحة كانت بيئة مساعدة لاستهتار المجرم وتماديه وهي صورة مصغرة لحالة الإهمال والتسيب التي تعاني منها الكلية كما أن كلية الطب لم تكن سوى نموذج لحال الجامعة الإداري والتنظيمي ثم لما هو أوسع نطاقاً من ذلك، ونظراً لما أحدثته القضية فقد تم انتقال حوالي خمسة وأربعين عضواً من أعضاء مجلس النواب قاموا بتحقيق ميداني وصدروا عنهم تقرير تكون من أكثر من (٤٨) صفحة يصف حالة

التسبب والفوضى والفساد الإداري والمالي داخل الجامعة.

ما علاقة هذه القضية بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ؟

سبق أن أوضحنا بأن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه مسؤولية مفترضة أي أنها تقوم على افتراض أن المتبوع وهو هنا مسؤولو الجامعة قد قصر في اختيار عامل المشرحة (محمد آدم) وفي إهمال الإشراف عليه وتوجيهه ما ساعد على ارتكاب جرائمه الموصوفة، لذلك واستناداً إلى المواد القانونية المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م وإلى ما نص عليه قانون العقوبات اليمني (يجوز الجمع بين الدية والأرش وبين تعويض المجني عليه أو ورثته عما أنفق في علاج المجني عليه وما فاتته من كسب أثناء مدة العلاج)^(١).

وغيرها من القوانين بتحميل الجامعة (المتبوع) المسؤولية عن جرائم محمد آدم (التابع) ومطالبتها بتعويض أولياء دم الضحيتين ح.ع من ضلاع همدان، وزينب العراقية مبالغ كبيرة إلى جانب الحكم على الجاني بالإعدام قصاصاً وتعزيراً، وقد قررت المحكمة الحكم بالقصاص والتعزير كما حكمت على الجامعة بتعويض أولياء دم المجني عليهما مبلغ عشرة ملايين ريال خمسة ملايين ريال لكل منهما، ولعل هذا الحكم الأول من نوعه يحمل جهة حكومية المسؤولية باعتبار الجامعة وهي شخص معنوي (متبوع) ولثبوت مسؤوليتها عما ارتكبه تابعها انطلاقاً من مقتضيات القانون وانطلاقاً من قاعدة أن: (الشخص المعنوي يمثله أشخاص طبيعيون يقومون بنشاطه فإذا ارتكب أحد ممثليه خطأ «في أي مجال وعلى أي مستوى طالما أنه يعمل لدى المتبوع» لذلك فإن العنصر المعنوي يكون متوافراً فيه وهو التمييز، ويكون ممثل الشخص المعنوي مسؤولاً مسؤولية شخصية ويسأل الشخص المعنوي تبعياً)^(٢) - «مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، ومعلوم أن الدية حين صدور الحكم وتنفيذ القصاص والتعويض في قضية كلية الطب كانت حوالي سبعمائة وخمسين ألف ريال وهو مبلغ يؤكد ما يراه المتابعون بأن الإنسان في اليمن هو أرخص سلعة.

(١) الدكتور/ محمد صبري السعدي- الجزائر- الواضح في شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزامات- المسؤولية التقصيرية- الفعل المستحق للتعويض- دراسة مقارنة في القوانين العربية- دار الهدى- عين مليلة- الجزائر ص (١٩٢).

(٢) الدكتور محمد صبري السعدي- المصدر السابق- ص (٤٥).



المجلة
البحوث والأبحاث
القانونية

إثبات الوقف في اليمن

الأستاذ. الدكتور / عبدالمؤمن شجاع الدين
الأستاذ بكلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء

مجلة
البحوث والأبحاث
القانونية

أولاً: ملخص البحث:

يتم إثبات الوقف بطرائق الإثبات المقررة في المادة (١٣) من قانون الإثبات وهي: الشهادة والإقرار والكتابة والقرائن الشرعية والقضائية والمعائنة وتقارير الخبرة واستجواب الخصم، ولا مشكلة في ذلك غير أن قانون الأوقاف قد تضمن طرق إثبات خاصة بالوقف كالشهرة ومسودات الأوقاف دون أن يحددها، كما تضمن قانون الوقف نصوصاً تتضمن تقييد إثبات الوقف إضافة إلى أنه يتعذر تطبيق طرق الإثبات الخاصة بالوقف كاعتبار مسودات الوقف سندات تنفيذية حسبما ورد في المادة (٣٢٨) من قانون المرافعات، ولأهمية هذه المسألة ودورها في حفظ أموال الوقف فقد تعرض لها هذا البحث الموجز بغرض تفعيل النصوص القانونية الخاصة بإثبات أموال الوقف.

• ثانياً: الكلمات المفتاحية للبحث:

وقف - إثبات الوقف - خصوصية إثبات الوقف - كيفية إثبات الوقف - طرق إثبات الوقف.

• ثالثاً: مشكلة البحث:

تظهر مشكلة البحث في خصوصية إثبات الوقف وخطورة ذلك خاصة فيما يتعلق بإثبات الوقف عن طريق الشهرة الذي يفتح الباب واسعاً أمام مصادرة أموال المواطنين إذا تم استعمال هذه الطريقة من غير ضوابط، إضافة إلى تضارب نصوص قانون الوقف الناظمة لإثبات الوقف مع النصوص العامة الواردة في قانون الإثبات المنظم لطرق الإثبات العامة، كما أنه في الواقع العملي من الصعب تنفيذ (مسودات الأوقاف) على أنها سندات تنفيذية حسبما ورد في قانون المرافعات.

• رابعاً: نطاق البحث:

يتحدد نطاق البحث المكاني في اليمن إضافة إلى أن نطاق البحث من حيث الموضوع يتحدد في إثبات الوقف دون غيره من المسائل التي تناولها قانون الوقف، فضلاً عن أن هذا البحث لن يتعرض لأقوال الفقهاء في إثبات الوقف إلا بحسب مقتضيات البحث، فلن يتوسع البحث في ذلك، أما من حيث النطاق الزمني للبحث فسوف يتناول البحث إثبات الوقف في ضوء القوانين النافذة، ولن يتعرض لإثبات الوقف في القوانين السابقة أو القوانين السائدة في العصور السابقة على العصر الحاضر.

• خامساً: مناهج البحث:

اعتمد البحث على المنهجين الوصفي والاستقرائي، حيث يتم وصف طرائق إثبات الوقف وكيفية معالجة القانون لها ثم يتم استنباط النتائج من خلال دراسة النصوص والتعليق عليها.

• سادساً: تقسيمات البحث:

يشتمل هذا البحث على مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة تتضمن نتائج البحث وتوصياته، وبيان ذلك كما يأتي:

١- المقدمة: وتتضمن ملخص البحث والكلمات المفتاحية ومشكلة البحث ونطاقه ومناهجه وتقسيماته.

٢- المبحث الأول: إثبات الوقف عن طريق وسائل الإثبات العامة المقررة في قانون الإثبات.

٣- المبحث الثاني: إثبات الوقف وفقاً للمادة (٨) من قانون الوقف.

٤- المبحث الثالث: إثبات الوقف بالشهرة.

٥- المبحث الرابع: إثبات الوقف بالمسودات.

٦- المبحث الخامس: اعتبار مسودات الوقف سنداً تنفيذية.

المبحث الأول: إثبات الوقف بطرق الإثبات العامة المقررة في قانون الإثبات

نظم قانون الإثبات طرق الإثبات العامة الجائز استعمالها في إثبات الأموال والحقوق والوقائع والتصرفات بصفة عامة بما في ذلك إثبات الوقف باعتباره تصرفاً من التصرفات، وفي هذا الشأن نصت المادة (١٣) من قانون الإثبات على أن (طرق الإثبات هي:

- ١- شهادة الشهود -٢- الإقرار -٣- الكتابة -٤- اليمين وردها والنكول عنها
- ٥- القرائن الشرعية والقضائية -٦- المعاينة (النظر) -٧- تقرير الخبرة
- ٨- استجواب الخصم)، ومن المؤكد أن هذا النص المتضمن طرق الإثبات يسري على القوانين الأخرى بما فيها قانون الوقف، وبيان ذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: إثبات الوقف بالشهادة.

المطلب الثاني: إثبات الوقف بالإقرار.

المطلب الثالث: إثبات الوقف بالكتابة.

المطلب الرابع: إمكانية إثبات الوقف باليمين.

المطلب الخامس: إثبات الوقف بالقرائن الشرعية والقضائية.

المطلب السادس: إثبات الوقف بالمعاينة (النظر).

المطلب السابع: إثبات الوقف بتقارير الخبراء.

المطلب الثامن: إثبات الوقف عن طريق استجواب خصم الوقف.

المطلب الأول

إثبات الوقف عن طريق الشهادة

من خلال مطالعة نص المادة (١٣) من قانون الإثبات نجد أن ذلك النص قد جعل الشهادة الوسيلة الأولى لإثبات الوقف بصفة عامة، ولذلك فإن الوقف يثبت بالشهادة التي عرفها قانون الإثبات في المادة (٢٦) بأن (الشهادة إخبار في مجلس القضاء من شخص بلفظ أشهد لإثبات حق لغيره)، ويمكن إثبات أموال الوقف عن طريق الشهادة

إذا لم يكن مال الوقف ثابتاً عن طريق مسودات الأوقاف التي سوف يأتي بيانها في المبحث الرابع، ونصاب الشهادة في إثبات الأموال بصفة عامة في الأموال والحقوق هي شاهدان عدلان أو رجل وامرأتان حسبما هو مقرر في المادة (٤٥. إثبات)، ويكون موضوع الشهادة عند إثبات الوقف أن الشاهد يشهد أن المال المدعى به من قبل هيئة الأوقاف هو مال وقف، وينبغي أن تكون الشهادة مفصلة بمعنى أنه يجب استفصال الشاهد لبيان كيفية معرفته بأن الأرض وقف، كأن يشهد أن الحائز أو الحائزين السابقين للوقف كانوا يسلمون عائدات المال إلى الأوقاف، لأن الشهادة حسبما هو مقرر في القانون تنصب على مشاهدة الشهادة لأفعال أو تصرفات شاهدها الشاهد، وهناك إشكالية في إثبات الملكية العقارية بالشهادة بصفة عامة، لأن قانون التوثيق وقانون السجل العقاري قد حدا الوسيلة القانونية الوحيدة لإثبات الملكية العقارية وهي المحررات الكتابية (وثائق ملكية العقار)، كما أن المحكمة العليا في اليمن قد استقر قضاؤها على أن ما ثبت كتابة لا يدحض إلا كتابة، وهذا يعني أن هيئة الأوقاف لا تستطيع إثبات ملكية العقار في مواجهة الحائز للعقار الذي بيده وثائق ملكية إلا عن طريق الطعن بزوريتها (التعليق على أحكام المحكمة العليا، أ.د. عبدالمؤمن شجاع الدين، ١٠/٦٣١).

المطلب الثاني

إثبات مال الوقف عن طريق الإقرار

الإقرار حسبما سبق بيانه من وسائل الإثبات العامة، ولذلك يتم إثبات الوقف عن طريق الإقرار، والإقرار حسبما عرفه قانون الإثبات هو (الإقرار هو إخبار الإنسان شفاهة أو كتابة عن ثبوت حق لغيره على نفسه)، فيتم إثبات الوقف عن طريق إقرار المنازع للوقف أو خصم الوقف الذي يقرب أن المال المتنازع عليه ليس حقه وإنما حق الوقف، وبحسب قانون الإثبات لا يشترط أن يصدر الإقرار أمام القضاء كما هو الحال في الشهادة وإنما يقع الإقرار أمام القضاء أو خارجه، ويتم إثبات الإقرار بوسائل الإثبات المقررة شرعاً وقانوناً كالشهادة والكتابة، والإقرار قد يكون صريحاً بأن يتلفظ المنازع للوقف بأن المال حق الوقف، كما قد يكون الإقرار ضمناً كأن يقوم المنازع بالوقف بسداد غلات الوقف إلى هيئة الأوقاف (طرق وأدلة الإثبات، المستشار أنور طلحة، ص ٣٠٤).

المطلب الثالث

إثبات الوقف عن طريق الكتابة

الكتابة هي الوسيلة التي تأتي في المرتبة الثالثة وفقاً للمادة (١٣. إثبات)، والمقصود بالكتابة في قانون الإثبات غير مسودات الوقف المنصوص عليها في قانون الوقف وقانون المرافعات باعتبار تلك المسودات وسيلة إثبات خاصة بأموال الوقف، أما الكتابة كوسيلة إثبات عامة حسبما نظمها قانون الإثبات اليمني فهي تنقسم إلى محررات عرفية ومحررات رسمية، فالمحررات الرسمية هي تلك الصادرة عن الموظفين الرسميين ولها الحجية القانونية وكذا المحررات العرفية المحررة بخط الشخص نفسه المعروف وكذا المحررات المكتوبة بخط الغير المشهود عليها، وتكون لها حجيتها القانونية حسبما هو مقرر في المواد (٩٧ وحتى ١٢٨) من قانون الإثبات، ولا ريب أن أغلب المحررات في اليمن هي محررات عرفية أي ليست مسجلة في السجل العقاري أو موثقة بأقلام التوثيق، وفي حالات كثيرة يتم إثبات أموال الوقف عن طريق المحررات العرفية أو الرسمية عندما لا تكون لدى هيئة الأوقاف وثائق ملكية الوقف (مسودات الوقف)، فتحصل هيئة الأوقاف على وثائق عرفية أو رسمية من الغير تثبت أن المال من أموال الوقف، بيد أنه ينبغي دراسة هذه الوثائق والتأكد من صحتها وعدالة كاتبها والحائز لها والتمسك بها، فقد حصل في حالات كثيرة أن قام بعض الخصوم المتنازعين بإقحام الأوقاف في نزاعاتهم، حيث يحاول بعض الخصوم الاستقواء بالأوقاف على خصومهم، فضلاً عن قيام بعض الخصوم بالانتقام من خصومهم عن طريق التزوير المادي أو المعنوي في الوثائق لتضمينها أن الأرض محل النزاع فيما بينهم هي أموال الوقف بقصد إقحام الأوقاف في تلك النزاعات (الإثبات بالكتابة، د. علي بن صالح القعيطي، ص ٤٨).

المطلب الرابع

إمكانية إثبات الوقف عن طريق اليمين

اليمين على أنواع: اليمين الحاسمة أو اليمين المردودة أو النكول عن اليمين أو يمين الصحة ويمين الاستظهار واليمين المتممة، وقد صرح قانون المرافعات أنه لا يجوز طلب اليمين أو ردها إلا بتوكيل خاص يصرح فيه الخصم أنه يطلب اليمين أو يردها على خصمه نظراً لخطورة اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات والآثار المترتبة عليها، وعلى هذا الأساس

فلا يجوز إثبات الوقف أو نفيه عن طريق اليمين، وقد استقر قضاء المحكمة العليا في اليمن على ذلك، وقد أخذت المحكمة العليا في هذا الشأن بقول غالبية الفقهاء الذين ذهبوا إلى عدم جواز إثبات الوقف أو نفيه عن طريق اليمين، لأن المالك الأصيل للوقف هو الله تعالى، فلا يستقيم القول بصدور توكيل من الأصيل في هذه الحالة (الوجيز في مبادئ الإثبات والبيّنات، د. صلاح الدين الناهي، ص ٢٥).

المطلب الخامس

إثبات الوقف عن طريق القرائن الشرعية والقضائية

الإثبات بالقرائن الشرعية والقضائية وسيلة عامة في الإثبات، حسبما هو مقرر في قانون الإثبات، والقرائن الشرعية والقضائية حسبما ورد في المادة (١٥٤) من قانون الإثبات هي: (القرينة هي الأمارات التي تدل على إثبات ما خفى من الوقائع ودلائل الحال المصاحبة للواقعة المراد إثباتها)، في حين بينت المادة (١٥٥). إثبات أنواع القرائن، إذ نصت هذه المادة على أن (القرائن وهي كما يلي: -أ- قرينة شرعية: تعني في إثبات الواقعة عن أي دليل آخر كقرينة الولد للفرش وحمل المرأة غير المتزوجة وحجية الحكم -ب- قرينة قضائية: وهي ما تستنبطه المحكمة من الأمور الواقعية أو المعاينة التي تدل على صور الحال في القضية كخروج شخص من دار في يده سكين تقطردماً أو سلاح ناري عليه أثر الاستعمال مع وجود قتيل في تلك الدار وليس بها غيره، والنكول عن اليمين ممن وجبت عليه -ج- قرينة بسيطة: وهي التي لا تصلح دليلاً مستقلاً ولكن تستأنس بها المحكمة)، وبينت المادة (١٥٦). إثبات حجية القرينة فقد نصت على أنه (كل قرينه قاطعة قانونية لا يجوز نقضها، ويتعين الأخذ بها والحكم بمقتضاها).

وعلى أساس أن الإثبات بالقرائن وسيلة عامة فإنه يمكن إثبات الوقف عن طريق القرائن مثل قرينة قيام الشخص أو سلفه بسداد غلات الأرض أو العقار إلى هيئة الأوقاف (الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم محمد الفائز، ص ١٧).

المطلب السادس

إثبات الوقف بالمعاينة (النظر)

المعاينة وسيلة من وسائل الإثبات العامة المقررة في قانون الإثبات بمقتضى المواد (١٣ و ١٦٠ و ١٦٥. إثبات)، وقد بينت المادة (١٦٠. إثبات) ماهية المعاينة فقد نصت هذه المادة على أنه (للمحكمة أو من تنتدبه من قضاتها أو من قضاة المحاكم الأخرى أن تجري معاينة بأن تنظر في الأشياء التي تفيد في إثبات الدعوى، وتطلع عليها وتفحصها لكي تصل إلى الحقيقة في شأنها ويجوز لها أن تستعين بخبير (عدل) أو أكثر أثناء قيامها بالمعاينة)، وحددت المادة (١٦٢. إثبات) إجراءات المعاينة، حيث نصت هذه المادة على أنه (يدعى الخصوم للحضور أثناء المعاينة ويجوز الانتقال إلى المكان الذي يوجد به الشيء أو الأثر المراد معاينته بطلب الخصم أو من تلقاء نفس المحكمة مع تحقيق المصلحة ويكون على الخصم الذي تعينه المحكمة دفع ما تقدره المحكمة أمانة (عدال) لانتقال الخبراء وأجورهم) وحددت المادة (١٦٤. إثبات) حجية المعاينة، فقد نصت هذه المادة على أن (تثبت المحكمة ما عاينته وتراءى لها المعاينة في محضر يوقعه الحاضرون من الخصوم أو من يمثلهم والخبراء ومن رئيس المحكمة وال كاتب، ويجب أن يبين في المحضر يوم وساعة ومكان إجراء المعاينة ووصف الشيء أو الأثر الذي جرى معاينته (نظره) وتحديد به حسب الحال، فإن امتنع أحد الخصوم عن التوقيع أثبتت المحكمة ذلك واكتفي بتوقيع الآخرين).

وتستعمل المعاينة لإثبات أموال الأوقاف عن طريق تطبيق مستندات الوقف أو مسودات الوقف، حيث يتم تطبيقها أثناء معاينة المحكمة للعقار محل النزاع وتطبيق المستندات لتحديد مساحة الأرض وحدودها واسم الأرض وأسماء الأراضي المحادة لها (المعاينة في الدعوى المدنية، د. أوان عبدالله الفيضي، ص ١٨٤).

المطلب السابع

إثبات الوقف عن طريق أعمال الخبرة

أعمال الخبرة من ضمن وسائل الإثبات العامة المقررة في قانون الإثبات بموجب المواد (١٣ و ١٦٥ و ١٦٧ و ١٧٠ و ١٧١ و ١٧٣ و ١٧٥) من قانون الإثبات، ولا يتم اللجوء إلى الإثبات عن طريق أعمال الخبرة إلا في المسائل الفنية الدقيقة التي لا يفهما القاضي،

وفي هذا الشأن نصت المادة (١٦٥، إثبات) على أنه (على المحكمة في المسائل الفنية كمسائل الطب والهندسة والحساب وغيرها مما يدق فهمه أن تعين خبيراً (عدلاً) أو أكثر من المؤهلين علمياً وفنياً أو ممن لهم خبرة خاصة المشهورين بذلك لتستعين بهم في كشف الغامض من هذه المسائل مما يفيد إثبات الواقعة المراد إثباتها ويجب على المحكمة أن تذكر في قرارها بياناً دقيقاً لمأمورية الخبير والأجل المضروب لإيداع تقريره فيه ويكلف الخبير بتقديم تقرير بما أدت إليه أبحاثه في الموعد المحدد، ويجوز أن يتفق الخصوم على خبير (عدل مرجح) أو أكثر تعينهم المحكمة بناء على طلبهم كما يجوز أن يختار كل من الخصمين خبيراً (عدلاً) مرجحاً على أن تختار المحكمة خبيراً عدلاً (مرجحاً)، في حين بينت المادة (١٦٧، إثبات) طريقة تعيين الخبراء، فقد نصت هذه المادة على أنه (يكون تعيين الخبراء (العدول) من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على طلب الخصوم وتعين المحكمة الخصم الذي يلزم بأداء الأمانة (العدال) التي تقدرها لصرف أتعاب الخبراء منها ويجب على الخصم الذي عينته المحكمة أن يدفع الأمانة في الميعاد الذي تحدده المحكمة فإن لم يفعل سقط حقه في الاستشهاد بالخبراء (العدول) ما لم يقم خصمه بدفعها ويجوز للمحكمة أن تقسم الأمانة بين الخصوم)، وفي السياق ذاته بينت المادة (١٧٣، إثبات) مدى إلزامية أعمال الخبرة حيث نصت هذه المادة على أنه (للمحكمة أن تأخذ بتقدير الخبراء أو الخبير الذي تطمئن إليه مع بيان الأسباب إذا خالف التقرير الذي أخذت به تقريراً آخر ولها أن تستمع إلى مناقشات الخصوم في شأن التقارير المقدمة وملاحظاتهم عليها وأن تكلف الخبير أو الخبراء مرة أخرى لاستكمالها أو تصحيحها إذا لزم الأمر أو ترفض طلبات الخصوم)، وأوضحت حجية أعمال الخبرة في الإثبات المادة (١٧٥، إثبات) التي نصت على أنه (تعتبر النتيجة التي توصل إليها الخبير أو الخبراء وتطمئن إليها المحكمة دليلاً كاملاً في المسائل التي يعينون فيها)، ويتم الاستعانة بأعمال الخبراء لإثبات الوقف عن طريق إحالة وثائق خصوم الوقف إلى الإدارة العامة للأدلة الجنائية للتأكد من عمر هذه الوثائق والحبر المستعمل فيها وبيان مدى صحة نسبة الخط إلى كاتبه، كما تتم الاستعانة بالخبراء العدول عند تطبيق مستندات الوقف على محل النزاع حسبما سبق بيانه في الإثبات بالمعاينة (الإثبات بتقرير الخبير، أ.عبدالكريم المطري، ص ٧٦).

المطلب الثامن

إثبات الوقف عن طريق استجواب خصم الوقف

الاستجواب طريقة إثبات عامة مقررة بموجب المادة (١٣. إثبات)، إذ تقوم المحكمة بتوجيه الأسئلة إلى الخصم وسؤاله عن تفاصيل الشيء المتنازع للوقوف على الحقيقة من خلال إجابات الخصم، وفي هذا المعنى نصت المادة (١٧٦. إثبات) على أنه (يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم استجواب خصمه للإحاطة بجوانب المسألة المتنازع عليها ويكون توجيه الأسئلة للخصم عن طريق المحكمة أو من تنتدبه لذلك من قضاتها أو قضاة المحاكم الأخرى ويبدأ بتوجيه الأسئلة التي ترى المحكمة أو القاضي المنتدب توجيهها ثم أسئلة الخصم وللخصم المستجوب الإجابة فإن امتنع أثبت امتناعه في المحضر وسببه إن وجد ولا يخل ذلك بما تستنبطه المحكمة من قرائن تفيد في إثبات أو نفي الحق المتنازع عليه) وبناءً على ذلك فبالإمكان إثبات الوقف عن طريق استجواب خصم الوقف خاصة عندما لا تتوفر لدى هيئة الأوقاف الأدلة والمستندات على ملكية الوقف لمحل النزاع، سيما أن إجابات الخصم على أسئلة المحكمة تعد من قبيل الإقرار الصادر من خصم الوقف (الإثبات في المواد المدنية والتجارية، أستاذنا المرحوم الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفاء، ص ١٢٥).

المبحث الثاني: إثبات الوقف وفقاً للمادة (٨) من قانون الوقف

نصت المادة (٨) من قانون الوقف على أنه (إذا تم الوقف قولاً أو كتابة أو إشارة وجب الإشهاد عليه ما لم يكن بخط الواقف).

الذي يحتاج إلى إثبات هو الوقف الشفوي الذي يقع بمجرد تلفظ الواقف بالعبارة التي تفيد بأنه قد أوقف أو حبس أو سبّل بعض ماله وفقاً للمادة (٧) من قانون الوقف التي نصت على أن: (يتم الوقف قولاً أو كتابة بلفظ صريح أو كتابة أو بالفعل كما يتم بالإشارة المفهمة من الأخرس، ويكون الوقف بلفظ صريح كقوله: وقفت أو حبست، ولفظ الكتابة كقوله: تصدقت، ويكون بالفعل كأن يفعل الواقف شيئاً ظاهره السبيل مع النية كنصب جسر لمرور الناس عليه أو تعليق باب في مسجد أو تركيبه) ومن خلال استقراء هذا النص نلاحظ أن الوقف يجوز أن يكون شفاهة أو فعلياً من غير تحرير ووقفية مكتوبة أو من غير التلفظ بصيغة الوقف المعتمدة شرعاً (أوقفت أو حبست أو سبلت)، وما ورد في المادة (٨) من قانون الوقف يتعارض مع نص المادة (٧) من القانون ذاته.

وهناك إشكالية بشأن المادة (٨. وقف) التي نصت على أنه: (إذا تم الوقف قولاً أو كتابة أو إشارة وجب الإشهاد عليه ما لم يكن بخط الواقف)، فهذا النص اشترط (الإشهاد) الذي يفهم منه بحسب صيغته في النص السابق أن الواقف يطلب من الشهود أن يشهدوا على تلفظه بالوقف أو إشارته أو كتابة الغير للوقفية، أما إذا لم يستشهد أو يطلب شهادتهم على ذلك فلا يثبت الوقف بالشهادة العادية حينما يتصادف سماع أشخاص لقول الواقف بأنه قد أوقف ماله من غير أن يشهدهم عليه، مثل أن يقول أو يحكي ذلك في المسجد أو مكان من غير أن يشهد الواقف الحاضرين أو يطلب شهادتهم على ذلك، وقد أشار إلى هذا الفرق الدقيق بين الشهادة والإشهاد الأستاذ الدكتور عطية الجبوري في كتابه القيم (أحكام الشهادة في العقود والتصرفات، ص ١٣٥) والأخطر في نص المادة (٨. وقف) أنها قصرت إثبات الوقف على (الإشهاد) فقط دون وسائل الإثبات الأخرى الكثيرة المقررة في قانون الإثبات، علماً بأن قانون الوقف قانون خاص وقانون الإثبات قانون عام، والقاعدة أن الخاص مقدم على العام عند التطبيق، ولا ريب أن هذا النص معيب جداً، فكان الواجب أن يحيل هذا النص إثبات الوقف إلى قواعد ووسائل الإثبات العامة المقررة في قانون الإثبات، لأن ذلك يحقق الحماية الفعلية والأكيدة لأموال الوقف، فقانون الإثبات يتضمن

وسائل إثبات كثيرة تحفظ الحقوق والمصالح (الشهادة - اليمين - الإقرار - المحررات ... إلخ) في حين اقتصرَت المادة (٨. وقف) على إثبات الوقف بالإشهاد فقط!!!!، ولا ريب أن في ذلك تفريطاً كبيراً بأموال الوقف وحقوقه ومصالحه.

ولذلك فأنا أوصي هيئة الأوقاف بتعديل هذه المادة وتضمينها عبارة: ((يثبت الوقف بوسائل الإثبات المقررة في قانون الإثبات إضافة إلى إثباته بالشهرة)) وأجزم بأن تعديل هذه المادة واجب شرعي وقانوني وأخلاقي على هيئة الأوقاف، وأنا على ثقة مطلقة بأن الهيئة حريصة على حفظ أموال الوقف.

المبحث الثالث: إثبات الوقف بالشهرة (الاستفاضة)

الشهرة أو الاستفاضة تعني أن يشتهر ويستفيض العلم بين أهل المحلة كالقرية بأن عقاراً معيناً من أموال الوقف، ولا يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة إلا عند انعدام المسودات أو المستندات التي تدل على أن العقار محل النزاع وقف، والظاهر من النص الوارد في قانون الوقف أنه قد اشترط أن تكون الشهرة أو الذبوع بأن العقار وقف عند غالبية أهل المحل أو المحلة وليس بعضهم، إضافة إلى أن قانون الوقف لم يكتف بشهادة العدلين على الشهرة والاستفاضة بأن العقار وقف، فقد صرح قانون الوقف إلى أنه يجب استطلاع أقوال أهل المحل لمعرفة ما إذا كان غالبية أهل المحل قد أفادوا بأن العقار وقف، فعندئذ يتم العمل بهذه الإفادة الجماعية التي تكون عبارة عن إفادة مكتوبة مذيلة بأسماء وتوقيعات أهل البلدة المنسوبة لهم الإفادة، وفي هذا المعنى نصت المادة (٨٧) من قانون الوقف على أنه (إذا كانت عين الوقف مدونة في دفتر حصر الأوقاف المسودة الحاصلة بخطوط أمناء معتبرين وظهر ما يخالفها فالعبرة بالمسودة ويثبت الوقف بالشهرة المستفيضة والذبوع في المحلة ولا يكتفي الحاكم بشهادة شاهدين على الشهرة حتى يبعث من يثق به إلى المحلة فإذا كان أهلها كلهم أو أغلبهم مجمعين عليها عمل بها)، وقد أحسن قانون الوقف صنفاً في تنظيمه لإثبات الوقف بالشهرة، حيث راعى خصوصية الواقع اليمني الذي يختلط فيه مفهوم الذكاء بالتذكي أو المغالطة، ففي حالات كثيرة يلجأ بعض الخصوم إلى الانتقام من خصومهم عن طريق الشهادة بأن العقار وقف مع أنه ليس كذلك، ولذلك اشترط القانون استطلاع رأي أهل البلدة ولم يكتف بشهادة الشهود (الجامع لأحكام الوقف، الموسوعة الكويتية، ٢١٢/٣).

المبحث الرابع: إثبات الوقف عن طريق مسودات الأوقاف

وفقاً للمادة (٨٧) من قانون الوقف فإن المقصود بمسودات الأوقاف هي الدفاتر المتضمنة حصر أعيان الوقف المتضمنة البيانات اللازمة عن الأعيان الموقوفة كأسمائها وأماكنها ومساحتها وأسماء الواقفين وتاريخ الوقفيات وأسماء المستأجرين لها وغير ذلك من البيانات، كما أن مصطلح المسودات يشمل أيضاً وثائق الوقفيات الصادرة من الواقفين إضافة إلى عقود الإجراءات فيما بين الأوقاف والمستأجرين منها وغير ذلك من المستندات التي بحوزة هيئة الأوقاف التي تدل على ملكية الوقف للأعيان، وقد صرح قانون الوقف بأن مسودات الأوقاف تكون حجيتها هي المعتمدة إذا ظهرت مستندات تثبت خلافها طالما أن مسودات الوقف محررة بخطوط أمناء معتبرين، وفي هذا الشأن فقد نصت المادة (٨٧) من قانون الوقف على أنه (إذا كانت عين الوقف مدونة في دفتر حصر الأوقاف المسودة الحاصلة بخطوط أمناء معتبرين وظهر ما يخالفها فالعبرة بالمسودة، ويثبت الوقف بالشهرة المستفيضة والذيع في المحلة، ولا يكتفي الحاكم بشهادة شاهدين على الشهرة حتى يبعث من يثق به إلى المحلة فإذا كان أهلها كلهم أو أغلبهم مجتمعين عليها عمل بها).

المبحث الخامس: اعتبار مسودات الوقف سندات تنفيذية

ينص قانون المرافعات على أن مسودات الأوقاف مستندات تنفيذية أي أنها غير قابلة للمنازعة بشأنها مثلها في ذلك مثل الأحكام القضائية الباتة أو النهائية الصالحة للتنفيذ الاختياري والجبري، وهذه المسألة لها أهميتها في التطبيق العملي.

ماهية مسودات الوقف:

مع أهمية هذا الأمر فإن قانون الوقف الشرعي لم يعرف مسودات الوقف ضمن تعاريف ألفاظ وعبارات القانون الواردة في المادة (٢) من قانون الوقف، حيث اكتفى القانون بالإشارة إليها دون تعريف أو بيان لماهيتها حيث نصت المادة (٨٧) من قانون الوقف على أنه: (إذا كانت عين الوقف مدونة في دفتر حصر الأوقاف المسودة الحاصلة بخطوط أمناء معتبرين وظهر ما يخالفها فالعبرة بالمسودة، ويثبت الوقف بالشهرة المستفيضة والذيوخ في المحلة، ولا يكتفي الحاكم بشهادة شاهدين على الشهرة حتى يبعث من يثق به إلى المحلة فإذا كان أهلها كلهم أو أغلبهم مجتمعين عليها عمل بها)، ومن خلال هذا التعريف يظهر أن المسودات هي دفتر حصر الأوقاف المعد بموجب الوقفيات المحررة بخطوط أمناء معتبرين وهي الخطوط المعروفة والمشهورة التي كانت تحرر بها الوثائق والمحركات القديمة في ذلك الوقت والتي يمكن التعرف عليها في العصر الحاضر من خلال مقارنتها بالمستندات المحررة في ذلك المكان والزمان، وقد سبق لنا التعليق على كيفية التعرف على الخطوط المشهورة والمعروفة القديمة في الأماكن والأزمنة المختلفة، حيث يحتفظ غالبية الناس في المناطق المختلفة بمحركات مختلفة للكتابة المشهورين في مختلف الأزمنة للاستدلال بها والتعرف على الخطوط عن طريق مضاهاتها بالخطوط المنسوبة للكتابة المشهورين أو المعروفين المتقدمين في المنطقة، خاصة أن الكتابة في العصور الماضية كانوا قلة من الناس.

مسودات الأوقاف سندات تنفيذية وفقاً لقانون المرافعات:

نصت المادة (٣٢٨). مرافعات) على أنه: (تحدد السندات التنفيذية فيما يأتي:
٦- مسودات أراضي وعقارات الأوقاف القديمة والتي هي بخط كاتب مشهور)، ومن

خلال هذا النص يظهر أن المقصود بمسودّات الوقف هي (الوقفيات) أي الوثيقة التي تتضمن أن الواقف قد حبس ماله أو وقفه حيث تتضمن الوقفيات بيان العين الموقوفة وأوصافها ومصارف الوقف وشروط الواقف وغير ذلك وقد تكون الوقفية محررة بخط الواقف نفسه كما قد تكون بخط الكاتب المشهور في المنطقة التي يقيم بها الواقف أو الكاتب في المنطقة التي تقع فيها العين الموقوفة، فمن خلال استقراء النص القانوني الوارد في قانون المرافعات يظهر أنه لا يقصد بمسودّات الوقف دفاتر حصر الوقف وإنما يقصد الوقفيات على النحو السابق بيانه، إضافة إلى أن نص قانون المرافعات قد اشترط أن تكون مسودّات الوقف بخط كتبة مشهورين أي الذين اشتهروا بكتابة العقود والتصرفات في الأزمنة القديمة، وعلى هذا المعنى فلا تعد مسودّات الأوقاف الحديثة سندات تنفيذية لأن نص قانون المرافعات اشترط لاعتبار المسودّات سندات تنفيذية أن تكون قديمة، ومن الملاحظ أيضاً أن قانون المرافعات استعمل مصطلح (كاتب مشهور) في حين استعمل قانون الوقف مصطلح (بخطوط أمناء معتبرين) وربما أن قصد قانون الوقف من مصطلح الأمناء المعتبرين هم الكتبة المشهورون في مجال كتابة الوقفيات وغيرها، ومن مجموع هذا نخلص إلى أن تعاطي قانون الوقف مع قانون المرافعات غير متطابق وغير منسجم في هذه المسألة.

التكييف القانوني للوقفية:

الوقفية: هي عبارة عن وثيقة تتضمن إقرار الواقف بأنه قد حبس وأوقف وسبل العين المبينة أوصافها في الوثيقة لله سبحانه وتعالى، وقد يكتب هذه الوثيقة الواقف بخطه للتأكيد على صدورها منه، كما أنه قد يملئ إقراره على الكاتب المعروف أو المشهور الذي يقوم بكتابة إقرار الوقف وتدوينه في الوثيقة التي تسمى (وقفية)، ومن خلال ما سبق نجد أن الوقفية عبارة عن: وثيقة تتضمن إقرار الواقف بالوقف، فليست الوقفية عقداً وإنما عبارة عن تصرف من تصرفات الإرادة المنفردة إذ لا يلزم قبول الوقف حتى يكون عقداً.

مسودّات الوقف بين الدليل والسند التنفيذي:

بحسب ما سبق بيانه نلاحظ أن قانون الوقف قد تناول مسودّات الوقف في سياق الأدلة المثبتة للوقف وحدد شروط الاستدلال بالمسودّات مثل وجوب أن تكون بخطوط

أمناء معتبرين - علماً بأن الأمناء لا وجود لهم في العصور السابقة فلم يتم استحداث وظيفة الأمين إلا في الوقت المعاصر أما في الأزمنة الماضية فقد كانت المحررات يتم تحريرها من قبل القضاة والفقهاء وكل من يجيد الكتابة، وبناء على ذلك فقد نظم قانون الوقف الشرعي المسوّدات على أنها أدلة يستدل بها على أموال الوقف، أما قانون المرافعات فمن خلال استقراء نص المادة: (٣٢٨. مرافعات) السابق ذكره نجد أنه نظم مسوّدات الأوقاف ضمن السندات التنفيذية التي يجوز التنفيذ الاختياري والإجباري بمقتضاها، حيث يخضع المسوّدات للإجراءات المقررة في التنفيذ الاختياري والجبري في قانون المرافعات، في حين أن قانون الوقف الكسيح لم يتعامل مع المسوّدات على أنها سندات تنفيذية بل تعامل معها على أنها مجرد دليل لإثبات الوقف فحسب.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، الذي وفقني إلى الانتهاء من هذا البحث الذي خلصت فيه إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: نتائج البحث:

- ١- هناك وسائل إثبات عامة مقررة في قانون الإثبات لإثبات الحقوق والأموال وغيرها وهي (الشهادة والإقرار واليمين والكتابة والمعاينة والخبرة والاستجواب والقرائن)، وهذه الوسائل العامة يتم استعمالها في إثبات الوقف عدا اليمين فلا يجوز اللجوء إليها لإثبات الوقف أو نفيه.
- ٢- تضمن قانون الوقف وسيلة خاصة لإثبات الوقف وهي إثبات الوقف عن طريق الشهرة التي تعني استفاضة العلم وانتشاره بين أهل البلدة بأن العقار وقف، وقد اشترط قانون الوقف استطلاع رأي أهل البلدة للوقوف على حقيقة ما إذا كان المال وقفاً.
- ٣- يفهم من صيغة المادة (٨) من قانون الوقف أنها قصرت إثبات الوقف على الشهادة فقط دون الوسائل الأخرى وهذا عيب في القانون ينبغي تلافيه.
- ٤- مصطلح (مسودات الوقف) المنصوص عليها في قانون الوقف غير مناسب وغير محدد، ولذلك فهذا المصطلح لا يحقق للوقف الفائدة المبتغاة من النص على أساس التعامل مع مسودات الوقف باعتبارها سندات تنفيذية.
- ٥- مصطلح (مسودات الوقف) الوارد في قانون الوقف وقانون المرافعات ورد في بصيغة غامضة هلامية، لأن المقصود بهذه المسودات ليس منضبطاً وغير محدد في قانوني الوقف والمرافعات.

ثانياً: التوصيات:

يوصي الباحث بالآتي:

- ١- تعديل المادة (٨) من قانون الوقف الشرعي والتصريح فيها بأن الوقف يتم اثباته بالشهرة وبوسائل الإثبات المقررة في القانون عدا اليمين.

٢- تحديد المقصود بمسودات الأوقاف التي تكون سندات تنفيذية حتى تستفيد هيئة الأوقاف من النص الوارد في قانون المرافعات على اعتبار مسودات الأوقاف سندات تنفيذية، لأنه في الواقع العملي يتعذر تطبيق هذا النص من غير تحديد وضبط هذا المصطلح.

٣- التفكير في تعديل مصطلح المسودات الذي يعني أنها ليست وثائق نهائية وإنما محرر مسودات، لأن معنى (المسودة) معروف.

٤- عقد ورش وندوات ودورات تدريبية للمعنيين في هيئة الأوقاف في موضوع وسائل وطرق إثبات الوقف لأهمية هذا الموضوع.

والحمد لله في البدء والختام والصلاة والسلام على نبينا محمد بدر التمام وعلى آله الكرام.

قائمة أهم المراجع

- ١- الإثبات في المواد المدنية والتجارية، أ.د. أحمد أبو الوفاء، الدار الجامعية، مصر، ١٩٨٣م.
- ٢- الوجيز في مبادئ الإثبات والبيئات، د. صلاح الدين الناهي، المؤسسة العربية للدراسات، بيروت، ١٩٨٥م.
- ٣- الجامع لأحكام الوقف، الموسوعة الكويتية، وزارة الأوقاف الكويتية.
- ٤- قواعد وإجراءات الإثبات في القانون اليمني، عائدة عبد الملك الشامي، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ٢٠١٠م.
- ٥- المعاينة في الدعوى المدنية، د. أوان عبدالله الفيضي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٤م.
- ٦- الإثبات بالكتابة في المواد المدنية والتجارية، د. علي صالح القعيطي، مركز الصادق، صنعاء، ٢٠١١م.
- ٧- الإثبات بتقرير الخبير، أ. عبد الكريم المطري، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ٢٠١٣م.
- ٨- الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، د. إبراهيم محمد الفائز، دار النفائس الأردن، ٢٠١٣م.
- ٩- طرق وأدلة الإثبات، المستشار أنور طلبية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- ١٠- التعليق على أحكام المحكمة العليا، أ.د. عبد المؤمن شجاع الدين، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ٢٠٢٠م.
- ١١- أحكام الشهادة في العقود والتصرفات، الأستاذ الدكتور عطية الجبوري، دار النفائس، الأردن، ١٩٨٩م.

تأهيل مخرجات معهد القضاء للعمل القضائي

(قراءة للمقاربة بين التدريب والتجريب) (*)

الدكتور / خالد عبد الله الجمرة
رئيس دائرة التدريب والتأهيل - مكتب النائب العام

* هذه القراءة قدّمت كإحدى كراي للجنة تطوير برامج تدريب القضاة المشكلة بقرار فضيلة رئيس هيئة التفتيش القضائي رقم (٤٥) لسنة ٢٠٢٢م - ١٤٤٤هـ وتاريخ ١ / شعبان / ١٤٤٤هـ، الموافق ٢١ / فبراير / ٢٠٢٣م.

عرض

أعرض هذه المقاربة كقراءة تقريبية حاولت أن تستقصي، ما وسعها الاستقصاء كل رأي وجدته أمامها من ضمن مناسبة إعدادها. وأما المراجع التي أطرت هذه المقاربة فكانت موزعة بين القوانين النافذة وبالخصوص قانون المعهد القضائي النافذ وتعديلاته، وقانون السلطة القضائية وتعديلاته، وقرار فضيلة الأخ رئيس هيئة التفيتش القضائي بشأن تشكيل لجنة تطوير برامج تدريب القضاة المعينين حديثاً ومرفقاته من أوراق، وهي المناسبة التي تليت أمامها هذه القراءة، ولا بد في الافتتاح من الإفصاح عن حقيقة مرة طالما سُكت عنها بقصد أو بدون قصد! وهي أنه لا يُعرف كيف استقر الحال على منح مخرجات معهد القضاء الأعلى الولاية القضائية وتوزيع عناصرها للعمل القضائي في المحاكم لتقضي بين الناس في دمائهم، وأموالهم، وأعراضهم، دون أن يسبق ذلك تمييز الجيد من الرديء، منها، والصالح من غير الصالح. فما تفتقر إليه المنظومة القضائية في هذه الجزئية ليست آلية فعالة لتدريب مخرجات المعهد مدخلات الهيئات القضائية فحسب وفق ما تسعى إليه هيئة التفيتش القضائي مشكورة، بل تفتقر في كنه الحقيقة وقلبها إلى آلية لتقييم هذه المخرجات وتحديد صلاحيتها قبل توزيعها لتولي القضاء والحكم بالعدل!! ووفق هذا التناول ينبغي قبل كل شيء التساؤل حول هل هناك لوائح، أو أنظمة، أو تعليمات تنظّم قواعد التدريب داخل السلطة القضائية بهيئاتها وأجهزتها المختلفة؟ وهل تشكيل اللجنة وفقاً لغرضها المحدد بقرار تشكيلها، جاء لأجل سد ثغرة قانونية؟ أم لتنسيق علاقة مؤسسية؟ أم جاء كمحاولة لسد فجوة عملية أكدها الواقع وأثبتتها الأيام؟!، إن هذه الجزئية مع ضآلتها الشكلية بالمقارنة مع أحجام وكلفة أفكار أخرى لتطوير وتحديث السلطة القضائية، ومراجعة منظومة الاختيار التي تقف عليها عملية اختيار القاضي، تبقى الخطوة الأولى الحقيقية الصحيحة للتفكير في طريقة انتقاء القضاة من مجموع مخرجات علمية ليست كلها تصلح لأن تجلس على منصة الحكم؛ وتصحيح وضع للأسف تراكم إلى أن تحول لواقع سلبي لا يُلتفت له مع أنه يمثل في طبيعته سبباً لمشاكل أفضلت مشاريع عديدة الأغراض والمصادر لتطوير وتحديث وإصلاح السلطة القضائية إدارة وحكم!!!

تحليل عام

بمراجعة قانون المعهد النافذ سيتبين أن التعليمات المتعلقة بنظام التدريب ومواده وإجراءاته وكيفية تقييم الطلاب المتدربين، عهد المشرع بترتيبها إلى اللائحة التنفيذية لقانون المعهد النافذ؛ إلا أن اللائحة لم تصدر! مما يعني أن هذه التعليمات هي كذلك لم تخرج حتى الآن بالشكل القانوني المصرح به! وإن صدرت بها تعليمات! أو سارت عليها عادة فإنها تبقى مجرد موجّهات اقتضتها لوازم تنظيمية! وهذا وضع يسحب معه سؤالاً آخر، حول كيف تتم عمليات التدريب حالياً داخل المعهد؟ وعلى أي أساس مرجعي صدرت تعليمات تنظيمها وأحكامها، وما يترتب عليها من نتائج؟

من المعلوم أن معهد القضاء مؤسسة تعليمية معني بمجالات التدريب والتأهيل داخل السلطة القضائية، إذ ينصب دور المعهد العالي للقضاء في تأهيل الملتحقين ببرامجه العلمية للعمل القضائي من خلال مسابقات علمية، يلتحق بها من انطبقت عليهم ما يفترض أنها معايير للقبول محددة وفق القانون، وهم في كل الأحوال على فئتين:

- الفئة الأولى (للتأهيل) وهم الذين يشترط القانون أن يلتحقوا بالعمل القضائي بناءً على إجازة في مسابقات علمية أكاديمية تكوينية من المعهد.
- الفئة الثانية (للتدريب) وهم من يعمل المعهد على تدريبهم من منتسبي السلطة القضائية ليكتسبوا مهارات علمية نظرية وفق برامج تدريبية مستمرة.

ما يعيننا في هذه القراءة هي الفئة الأولى؛ التي يشترط القانون أن يقوم المعهد بتأهيلهم للعمل القضائي، وهم على قسمين الأول: من يخضعون للتأهيل للعمل كقضاة في المحاكم، والثاني: من يخضعون للتأهيل للعمل كأعضاء نيابة في النيابة، وسير عملية التأهيل تتم عبر الالتحاق بمسابقات علمية تخصصية بالمعهد العالي للقضاء وفق شروط قانونية تنافسية محددة، بحيث تكون مخرجاتها مدخلات للعمل القضائي في المحاكم والنيابات؛ ومن الطبيعي أن تتم هذه العملية وفق ما سبق ضمن مسابقات علمية، يسير في تنفيذها معهد القضاء كمعهد تكويني وأكاديمي وفق سياسة، عهد القانون في رسمها إلى مجلس المعهد ويوافق عليها مجلس القضاء، ومن هنا لا يتصور وفقاً للأطر الأكاديمية أن يكون للمعهد في تنفيذ هذه المسابقات شريك بما فيها مساق «التدريب» الميداني، إلا أنه لا يتصور كذلك أن تتم عمليات التدريب خارج المؤسسة الأكاديمية، وفي مؤسسات أخرى، دون أن تقوم المؤسسة الأكاديمية بأعمال التنسيق

الإداري والعلمي مع المؤسسات التي يجري فيها التدريب الميداني، ومن ثم فإن اعتبار هذه المؤسسات جزءاً من العملية التعليمية لهذا المساق باعتبارها متعاونة في التنفيذ، هو واقع تفرضه احتياجات علمية ومتطلبات إدارية لضمان اكتمال عملية تنفيذ المساق التدريبي.

فالمعهد كمؤسسة أكاديمية معني وحده بتنفيذ مساقاته التدريبية وعليه تقع مسؤولية ذلك، لكن ولأنه يختلف عن المؤسسات الأكاديمية المحضة نتيجة لطبيعته المزدوجة -التكوينية والأكاديمية-، فإن الهيئات القضائية كمؤسسات مسؤولة قانوناً عن استيعاب مخرجات مساقاته العلمية، لا يمكن أن تقوم فقط بدور المتفرج أثناء تنفيذ مساق التدريب، ثم ولأن معهد القضاء ليس هيئة قضائية فإنه يفتقد بالتأكيد للبيئة المناسبة للتدريب الميداني التقييمي؛ لهذا فالهيئات الحاضنة لمخرجات المعهد عند هذه المرحلة سيكون دورها في هذا أوسع من مجرد التنسيق الإداري!، حيث سيرتقي لمستوى المتعاون المسؤول، الذي سيفرض دوره كمشارك أساس عند صياغة خطط تنفيذ المساق التدريبي مع عدم إغفال التوزيع المنطقي والعاقل للمسؤوليات الناتجة عن ذلك!!، وعلى هذا فإن هذا التعاون المشترك تفرضه الأسباب الآتية:

١- هيئات الحكم القضائية هي كمؤسسات من ستحتضن مخرجات مساقات التدريب للمؤسسة التعليمية أو التكوينية، فمدخلاتها القضائية هي مخرجات المعهد الأكاديمية التكوينية، لهذا لها أن تبحث مع معهد القضاء في ترتيب تنفيذ مساقاته التدريبية وفق صلاحيات ومسؤوليات متناسبة مع حجم الأدوار التي يقوم بها كل طرف.

٢- والهيئات القضائية وهي تحتضن هذه المخرجات، فهي تقوم بذلك وفق إلزام قانوني، لهذا فهي معنية بإعداد قواعد تضمن لها تناسب المخرجات العلمية مع معاييرها العملية حتى لا تصدم بمدخلات تتعارض مع احتياجاتها كمّاً ونوعاً.

وإذا كان هذا المنطق يمثل رؤية هيئة التفتيش القضائي وفق ما يظهر في مرجعيات مناسبة هذه القراءة!!، فكأنها بهذا تريد أن تمنع المعهد ابتداءً من إرسال مخرجاته غير الصالحة وفق نظرها للعمل القضائي قبل أن يعرضها المعهد عليها كمدخلات ملزمة وفق القانون!، وهذا يتعارض مع حقيقة أن تقييم المعهد لمخرجاته وإجازته لها هو تقييم وشهادة لهذه المخرجات باستيعابها العلمي النظري للعلوم القضائية في أحسن الأحوال،

وليس تقييماً وشهادةً لصلاحيّة المخرجات للعمل القضائي، ولو قيل غير هذا فهو قول فيه تجنّ وظلم على المنطق والواقع لسببين الأول: طبيعة المعهد الأكاديمية والتكوينية والتي يجب أن لا تمتد مسؤوليته لأبعد من ذلك، والثانية: إن قياس الصلاحيّة القضائيّة لمخرجاته لا يتم حقيقة إلا من الواقع العملي، عبر مجموعة عمليات، وشروط، ومعايير موضوعية بالغة التعقيد، وطويلة الأمد. ومن الطبيعي أن هذا من منطقيات سياسات معهد القضاء بواقعه اليوم، ولأن مجلس القضاء من يعتمد هذه السياسات وفقاً للقانون، فإن هذا من الناحية النظرية ضمان كاف لأن تكون مخرجات المعهد متوافقة مع معايير الاحتياج الموضوعي والكمي حتى تكون صالحة كمدخلات، لكن كيف سيتم قياس هذا التوافق والتحقق منه ومن سيقوم بذلك؟! خاصة أن كثيراً من المخرجات السابقة وفق تقييمات أعمال التفتيش القضائي لا يتوافق مستوى أدائها مع معايير وجودة العدالة المرجوة عند هيئة التفتيش القضائي!! ولأن معهد القضاء وفق ما سبق مسؤول عن مخرجاته بما فيها برامج التدريب أثناء الدراسة، حتى منحها الإجازة وتحويلها لمدخلات قضائية فهذا يعني عملياً إعفاء هيئة التفتيش القضائي (كمنظومة) من عملية صنع القاضي، ومن ثمّ إعفاؤها من مسؤوليات قياس أداء المخرجات ابتداءً، وهذا يطرح أكثر من سؤال لإجاباتها وجاهة كبيرة في تحديد مخرج للإشكالية التي نبحت فيها!!، هل أداء مخرجات المعهد في الهيئات القضائية هو مقياس حقيقي لنجاح أو فشل تنفيذ معهد القضاء لمساقاته التعليمية والتكوينية بما فيها التدريب؟! ثم هل هيئة التفتيش القضائي مع فرضية تعاونها مستقبلاً مع معهد القضاء في تنفيذ مساقاته التدريبية ستقبل بتحمل مسؤولية ضمان توافق مستوى المخرجات مع معاييرها؟! وكيف سيتم قياس هذا التطابق أو التوافق والتحقق منه؟! ومع افتراض أن هيئة التفتيش القضائي ستتحمل مسؤولية التقييم! فلنفترض أن التوافق بين أداء مخرجات المعهد، ومعايير العدالة عند التفتيش القضائي لم تتم وفق ما ستظهره تقارير معتمدة! فما هي حدود مسؤولية هيئة التفتيش القضائي هنا مع افتراض التعاون المُسبق بينها وبين معهد القضاء في تنفيذ مساقاته التدريبية؟! أم بعد ذلك سيكون موضوع تقييم أداء هيئة التفتيش ضمن المواضيع الحرجة للسلطة القضائية!!!؟

حتى نصل للنتيجة المرجوة لا بد من وضع النقاط على الحروف!، فالعملية التعليمية للمرشحين للقضاء بجميع مساقاتها النظرية والعملية تبدأ من المعهد، ويجب أن تنتهي عنده؛ وعليه تحمل مسؤولية كفاءة مخرجاته وحيداً، لأنها تمت استناداً إلى القانون، ووفق

قواعده، وبموجب إدارته التعليمية المستقلة لتنفيذ مساقاته العلمية؛ لكن مع تحديد دقيق لهذه المسؤولية سيبقى المعهد مسؤولاً فقط عن نتيجة تأهيل مخرجاته، لا عن صلاحية المدخلات للعمل القضائي! وبالتمعن في النظر فإن هذه الجزئية تمثل مسارا قصيرا في منظومة مهام طويلة ومتداخلة! لهذا فتقييم التفيتيش القضائي لمستوى الأداء القضائي لمخرجات المعهد يجب أن يكون شاملاً ومحاطا بقياسات عادلة، بحيث توزع درجات المسؤولية بين عديد من العوامل وليس على عامل واحد فقط؛ فبيئة العمل القضائي، وطبيعة التقاليد التي تحكمها، وقدرات هذه المخرجات المكتسبة من عمليتي التأهيل والتكوين المنفذة من المعهد، وما قبله من تأثير لمستويات التعليم المتعاقبة، مع عدم إغفال كذلك مسؤولية عملية اختيار المدخلات ابتداءً! كلها عوامل تدخل في تقييم أداء مخرجات معهد القضاء التي هي مدخلات هيئات الحكم القضائي؛ وحتى تكتمل أبعاد الصورة كاملة واستمراراً لسلسلة الافتراضات التي تحكم هذه المقاربة، ومع افتراض أن لهيئة التفيتيش القضائي باعتبارها المسؤولة عن تسيير عمليات إدارة مدخلات العمل القضائي حق مشاركة المعهد في أعمال التنسيق أثناء تنفيذ المعهد لمساقه التدريبي باعتبارها وفق ما سبق بيئة التدريب وحاضنة المخرجات، فإن المعهد وفقاً لهذا سيفتقد للصلاحيات المطلقة في عمليات التدريب لما تتم بالمحاكم والنيابات!!!، إذ يجب أن تسبق هذه العملية مجموعة تفاهات إدارية وفنية بين المعهد وبين هيئة التفيتيش القضائي، لتحقيق مصلحة الجميع من تنفيذ هذه المهام، ولا حاجة للتأكيد أن هذا التعاون لا يعني أبداً أن هيئة التفيتيش ستتدخل في العملية التعليمية للمعهد، إنما سيتوقف دورها عند معاونة معهد القضاء بتصميم برامج التدريب وتقييمها وفق معايير الاحتياجات العملية لا النظرية العلمية الذي يُعنى بها المعهد فقط، وهيئة التفيتيش بهذا من حيث تدري أو لا تدري تدفع بنفسها كضامن لنجاح المساق التدريبي! أو في أحسن الأحوال كشاهد «تلقائي» سيشهد أمام مجلس القضاء بصلاحية هذه المخرجات كمدخلات للعمل القضائي، لا سيما أن المعهد لا يمتلك الصلاحيات القانونية والموضوعية الكافية حتى يكون صالحاً ليشهد أن مخرجاته صالحة للعمل القضائي؟! وإلا ما جدوى هذا التعاون المُبكر في تنفيذ المساق التدريبي إذا لم تقم بهذه الوظيفة هيئة التفيتيش!!!؟ لكن هل فعلاً مشاركة المعهد أو معاونته في تنفيذ مساقه التدريبي وفق الاعتبارات الأكاديمية والتكوينية التي يلتزم بها المعهد كمؤسسة تعليمية، كافٍ لتمكين هيئة التفيتيش من معرفة حقيقة مستوى المخرجات حتى تتمكن من تقييم

صلاحيتها كمدخلات؟! إذ من المعلوم والمفروض منه أن الشراكة في تنفيذ مساق التدريب سيعني شراكة في النتيجة والمسؤولية. فنجاح التدريب هو إلزام للشريك بنتيجته وما يترتب عنها من التزامات أمام القانون، وأمام المجلس، وأمام الله سبحانه قبل كل شيء؛ ومع افتراض أن هذا التعاون لم يحدث! فهل لهيئة التفتيش حق رفض مخرجات المعهد كمدخلات للعمل القضائي إذا ما خلت تقاريرها (مقترحات التوزيع) من التأكيد على صلاحية هذه المخرجات كمدخلات؟! ثم كيف ستقوم هيئة التفتيش بدورها، وتقدم تقاريرها إلى مجلس القضاء بصلاحية المخرجات ومن ثم توزيعهم، وهي لم تقم أساساً بتقييم صلاحيتهم لتقلد الولاية القضائية؟ وهو دور بعد هذا إن تم سيكون غير مفهوم وفق قواعد المنطق والأمانة والموضوعية وأحكام الشرع، وسيُشكك في نزاهة هيئة التفتيش وسلامة معاييرها؟! وهذه طامة كبرى كفيلة بنسب حقيقة دقة معايير وضمانات عناصر العدالة عند السلطة القضائية! وهل لو قيّمت هيئة التفتيش أن مستوى مخرجات معهد القضاء التي هي مدخلات العمل القضائي يتعارض مع معايير العدالة! أو اعترفت أنها لا تمتلك معلومات كافية لتقييم صلاحية هذه المخرجات!، هل تستطيع بعد ذلك أن تمتنع عن تقديم اقتراحات لمجلس القضاء بالتعيين والتوزيع؟!

بمراجعة للقانون لا يمكن القول إلا إن نتائج مخرجات المعهد العلمية بمختلف مساقاته بما فيها مساقا التدريب ملزمة لمجلس القضاء من حيث استيعابها «كقوى عمل» ضمن استحقاق قانوني وظيفي، مع أنها وفق ما سلف يفترض أن هذه النتائج لا تزيد من حيث طبيعتها عن كونها مؤشرات فقط تحتاج لمعايير موضوعية أخرى لتسندها حتى تكون كافية لمباشرة هيئة التفتيش مهمة الدراسة والاقتراح بالتعيين والتوزيع؛ لكن بالنظر لمبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، وللمعايير العدالة المتعارف عليها لا يمكن لهيئة التفتيش القضائي أن تستقبل مخرجات المعهد التي لم تجربها وتشهد لها زوراً بالصلاحية!، على اعتبار أن مقترح التوزيع المرفوع منها هو شهادة قائمة بصلاحية هذه المخرجات لتحمل الولاية القضائية، ومن ثم صلاحيتها للعمل القضائي وهذا لا جدال فيه! لكن الإشكالية في كيف تستطيع هيئة التفتيش أن تحدد صلاحية هذه المخرجات من عدمها قبل توزيعها للعمل القضائي وهي لم تقم بأي عملية تقييم عملي فعلي لها بالمطلق؟! كما أن فترة تنفيذ المعهد لمساقه التدريبي غير كافية، وغير صالحة للقيام بعملية التقييم، حتى لو شاركت في تنفيذها؟! وهذا يعني أنه ليس أمام هيئة التفتيش القضائي إلا حل واحد هو أن تتولى قياس أداء هذه المخرجات عبر برامج تجريب عملية

ميدانية حقيقية تتبناها وتصممها وتنفذها وفق معايير احتياجاتها الموضوعية والكمية، وعلى ضوءها ترفع لمجلس القضاء تقييمها للمخرجات، وتحدد صلاحها للعمل القضائي، ومن ثم توزيعها أو عدم توزيعها، مع افتراض أن هذا البرنامج امتداد مكمل وطبيعي لتعاونها مع معهد القضاء في مرحلة تنفيذ مساقته التدريبية؛ فإذا لم يقيم القاضي ويمحص، ويختبر، ويجرب قبل توليته القضاء، وتوزيعه للحكم بين الناس في دماهم، وأعراضهم، وأموالهم فمتى يتم ذلك؟!

لهذا نخلص مما سبق، أن ما يفتقر إليه القضاة بعد تخرجهم من معهد القضاء، وتعيينهم بقوة القانون كقضاة حكم يباشرون مهامهم بالقضاء بين الناس، هو برنامج تجريبي تخضع فيه مخرجات المعهد لبرنامج عملي واقعي، تقيس به هيئة التفتيش القضائي مستوى صلاحهم لتقلد الولاية القضائية، ويقصد بالصلاحية هنا ليس الصلاح المعرفي فهذا ضمنه المعهد وفق قانونه، بل وكذلك الصلاح العملي والسلوكي وهما الأكثر صعوبة من حيث القياس، فهذا يفحصه ويمحصه البرنامج التجريبي الذي تنفذه هيئة التفتيش القضائي وتخضع به مخرجات معهد القضاء للقياس الدقيق بواسطة قضاة خبرة، مشهود لهم بالكفاءة والنزاهة، والعدل، تقع عليهم مسؤولية التقييم الذي ترتب هيئة التفتيش القضائي أسسه وقواعده، وفق برنامج مزمّن ومحدد الإجراءات يمكنها من تقييم هذه المخرجات، والعرض بعد ذلك إلى مجلس القضاء بتوزيع الصالح منها لتولي القضاء مستنده في ذلك لإجازات عالقة في الذمة من هيئات حكم أشرفت على أعمالهم خلال فترة تنفيذ البرنامج، وهذا البرنامج لن يكون مقطوع النسب فهو امتداد للمساق التدريبي الذي تعاونت في تنفيذه مع معهد القضاء أثناء فترة التحصيل والتكوّن، والذي من خلاله تمكنت من جمع معلومات كافية ساعدها بتصميم البرنامج التجريبي وتنفيذه، لا سيما فيما يتعلق ببيانات عناصر المخرجات من الناحية العلمية والمعرفية والشخصية، وإن كانت محدودة أو غير كافية إلا أنها يمكن أن تساعد في ترتيب بعض الإجراءات التمهيدية لتنفيذ البرنامج التجريبي لهؤلاء الذين سيكونون أمام الواقع وبينه، وسيعيشون ظروف العمل القضائي الحقيقي بإرهاقه، وهمومه، ومشاكله، وإغراءاته، وحمله الثقيل، وخصوصياته، ومجموع عناصر مسؤولياته، وحتى يتضح أكثر هذا الرأي مرفقا بهذا مقترح لبرنامج تجريبي، يمكن أن يكون نواة لبرنامج أدق وأفضل وأطول زمناً، تعدّه مستقبلاً هيئة التفتيش القضائي، والتوفيق من الله سبحانه.

- مقترح بألية مرحلة - البرنامج التجريبي -

مما سبق وتأسيسًا على المرجعيات القانونية المحددة لأدوار ومسؤوليات معهد القضاء والهيئات القضائية، وبالخصوص قانون السلطة القضائية وتعديلاته، وقانون معهد القضاء النافذ وتعديلاته، ليس أمام الهيئات القضائية الحاضنة لمخرجات المعهد لتتمكن من التمييز بين جيدها ورديتها إلا أن تنفذ برنامجا تجريبيا قضائيا عمليا فاحصا يمكن اقتراحه في تفصيل الآتي:

- إن تعاون التفتيش القضائي مع معهد القضاء في تنفيذ مساقه التدريبي هو لضمان نجاح التدريب العملي لتأهيل مخرجات المعهد؛ ويتم هذا عبر التفاهم المبدئي بين المعهد كمؤسسة أكاديمية تكوينية معنية بتنفيذ مساقها التدريبي وبين الهيئة القضائية المعنية باحتضان تنفيذ برنامج المساق، سواء كانت هيئة التفتيش القضائي أو هيئة النيابة العامة بحسب الأحوال.
- تعمل هيئة التفتيش على إعداد برنامج تجريبي لتهيئة وإعداد مخرجات المعهد للعمل القضائي، عبر آلية عملية تستهدف سد الفجوة التي وقفت عليها في أداء المخرجات أثناء تعاونها مع معهد القضاء لتنفيذ المساق التدريبي، وترفع بنتائج ذلك لمجلس القضاء، مع مراعاة مسألة أن منح الدرجة القضائية لمخرجات المعهد وفق إجازته الأكاديمية والتكوينية محل تقدير لمجلس القضاء بعد توصيات من هيئة التفتيش، مع اعتبار الإلزام القانوني حتى يزال بمراجعة تشريعية عاجلة.
- ما جاء في النقطة السابقة ينبغي أن يتم بمفصل عن غاية مستقلة بذاتها تتمثل في منح الولاية القضائية التي تعني صلاحية هذه المخرجات للعمل القضائي؛ فشهادة المعهد وفقاً للقانون هي شهادة باستكمال دراسة مساقاته العلمية وفقاً لوظيفته العلمية، وتصريح بحلول الاستحقاق القانوني لمخرجاته للدرجة القضائية كاستحقاق معاشي وفقاً (لوظيفته التكوينية)، وليست شهادة بصلاحية هذه المخرجات لتقلد الولاية القضائية التي تحتاج لها برنامج اختبار بطبيعة قضائية محضه وشهادة من قضاة مختبرين يمتلكون التجربة والنزاهة والقدرة والتمكّن!!
- إن برنامج الاختبار التجريبي الذي ستنفذه هيئة التفتيش مختلف، عن مساقات التدريب الأكاديمية من كل النواحي، حيث تتركز فكرته في توزيع مخرجات المعهد ابتداءً خلال مدة تدريب عملي حقيقية في أمانة سر محاكم الاستئناف، كون محاكم

الاستئناف محاكم موضوعية وتتضمن أحكامها نقدا لأحكام قضاة أول درجة، وكذلك لإجراءات التحقيق والتصرف بالقضايا الجنائية (قرارات لا وجه)، إضافة إلى أن قضاة الاستئناف من القضاة الذين خبروا التجارب المتعددة واطّلعوا على أحكام قضاة أول درجة ويعملون على نقدها بالتأييد أو الإلغاء أو التعديل، ووفق إجازة من هيئة الاستئناف بعد انتهاء فترة التجريب بأمانة السريتم توزيع المخرجات للعمل القضائي في الهيئات القضائية بالمديريات النائية ذات القضايا المحدودة ضمن نطاق هيئات الاستئناف المشرفة على التدريب، وهذا سيمكنها من الاهتمام بجودة ونوعية مخرجاتها القضائية على حساب الكم؛ واستناداً لنتائج تقييم مخرجاتها القضائية تتم إعادة توزيع مخرجات المعهد ضمن هيئات قضائية أكبر أو أقل وهكذا، وعلى هذا فإن مراحل البرنامج التدريبي ستكون كالآتي:

أولاً: تقوم هيئة التفتيش القضائي بتحديد الهيئات القضائية الاستئنافية المختارة لتنفيذ البرنامج التدريبي للمدخلات، عبر تحديد محاكم الاستئناف المناسبة والملائمة لتنفيذ برنامجها التدريبي وبعد موافقة أعضاء هذه الهيئات، على اعتبار أن التدريب عمل شاق ومرهق ويحتاج لصبر، وتفريغ، وبذل، والكثير لا يصبرون عليه لدوام ملازمة المتدرب كظله، بمراقبة سلوكه، وسؤال الناس عن نزاهته، وحيده، وعدله. ثم فحص عمله بأناة ودقة، وتسجيل انطباعه عن ذلك، ونقله بتفاصيله، ويزيد عليها برأيه، وهذا جهد كبير، ومرهق، وفيه مسؤولية، وأمانة، ويحتاج الكثير اليوم من القضاة للتدرب على تنفيذ مثل هذه المهام، وتحضيرهم لإنجازها.

ثانياً: تعمل الهيئة على توزيع مخرجات المعهد على أمانة سر مختلف شعب محاكم الاستئناف بعموم محافظات الجمهورية، وفق اختيارات محددة بناء على ما حصلت عليه من بيانات ومعلومات في مرحلة تعاونها مع معهد العالي للقضاء، وعلى هذا فإن هيئة التفتيش في مرحلة تنفيذ المساق التدريبي للمعهد ستركز على جزئيات تساعد على تنفيذ مختلف مراحل برنامجها التدريبي منها اختيار الهيئات القضائية المناسبة (أشخاصاً - ونوعية) لتكون البيئة الحاضنة لبرنامجها، وتحديد التخصصات القضائية التي ستستقبل هذه المدخلات، لهذا ستنشئ هيئة التفتيش آليات معينة تستطيع من خلالها إعداد قاعدة بيانات تفصيلية للبرنامج التدريبي ستجمع فيها معلومات وبيانات شخصية وفنية أثناء تعاونها مع المعهد في تنفيذ مساقه التدريبي تمكنها من تنفيذ البرنامج.

ثالثاً: إن تحديد الهيئات القضائية الاستئنافية المعنية بتنفيذ المرحلة الأولى من البرنامج التجريبي ينبغي أن يتم وفق آلية تخدم عملية تنفيذ البرنامج، عبر آلية اختيار تعدّها هيئة التفتيش، ويكون الاختيار بموافقة القضاة المشرفين وهذا من أهم لوازم نجاح البرنامج.

رابعاً: توزع المدخلات للعمل في أمانة السر تحت نظر وإشراف هيئات الحكم الاستئنافية المختارة، وتعمل هيئة الحكم على توجيه هذه المدخلات وتدريبها من خلال نقد الأحكام الابتدائية الصادرة من قضاء أول درجة، مع توضيح أوجه النقد بمختلف أسبابه وتفصيلها، سواء كانت المكتوبة بمسودات الأحكام، أو غيرها من الانطباعات التي لا تكتب، وهي تقوم بهذا تعمل على تقييم هذه المدخلات، وتحدد بدقة مستوى استيعابها، وتطويرها، ونقاط قوتها وضعفها، ورغبتها في التعلم والتطور، وغيرها من الجوانب المساعدة للتقييم.

خامساً: بعد انتهاء فترة التجريب الأولى (العمل بأمانة السر) المحددة بما لا يقل عن سنة كاملة، ترفع هيئة الحكم الاستئنافية تقريراً لهيئة التفتيش فيه إجازة بصلاحيته المدخلات للتعين كقضاة حكم نوعي لفترة مضاعفة عن فترة التجريب الأولى وذلك في محاكم ابتدائية يقع اختصاصها ضمن نطاق هيئة الحكم الاستئنافية المشرفة، بحيث تخضع أحكام ومقررات هذه المدخلات خلال هذه المرحلة لرقابة وإشراف ونقد هيئة الاستئناف، حيث تصدر بهم قرارات تعيين من مجلس القضاء في محاكم أول درجة بنظر القضايا المستعجلة، ونوعية من القضايا مختارة بدقة؛ من ذوات الاختصاصات المحددة إجراءاتها في القانون بدقة ولا تحتاج بطبيعتها لاجتهاد واسع وخبرة سابقة، وترفع مخرجاتهم القضائية لهيئة الحكم الاستئنافية المختصة بحيث تخضع للقواعد الإجرائية العامة للطعن بالاستئناف من هذه الهيئات، على أن تعرض نتائجها على الهيئات الاستئنافية المشرفة على البرنامج، إن كانت هيئة الاستئناف غير الهيئة الملتزمة بالإجازة وبعد انتهاء فترة التجريب المحددة سلفاً تصدر هيئة الحكم الاستئنافية المشرفة شهادة إجازة شرعية وقانونية لهيئة التفتيش، بصلاحيته أو عدم صلاحية هؤلاء للاستمرار في القضاء، والانتقال لمرحلة الولاية القضائية الاعتيادية بمختلف قضاء ومحاكم الجمهورية وفق الأحكام العامة للتعين الواردة بقانون السلطة القضائية كقضاة حكم معتبرين.

سادسًا: تخضع الإجراءات السابقة لمراجعة هيئة التفتيش من خلال النزول الميداني، وتفتيش أعمال المدخلات، ومطابقة تقييم هيئات الاستئناف المشرفة على واقع المخرجات القضائية للخاضعين للبرنامج التجريبي، وفي حال تطابق نتائج التفتيش مع ما جاء في إجازات هيئات الإشراف على التجريب، تقوم هيئة التفتيش بعرض نتيجة تقييمها لقدرات المتدربين متضمنة اقتراح التوزيع لمن رأت صلاحيته لهذا في المكان الذي يتلاءم مع مقدرته، بينما تتم إعادة من لم يدخل ضمن التقرير في دورة جديدة من عملية التجريب، وفي إطار محكمة استئناف أخرى، وعلى ذات التدوير السابق، ولكن لمدة أقل على اعتبار أن خبرتهم لم تعد كما كانت بعيد التخرج فقد زادت بما تلقوه خلال برنامج التجريب الأول، وفي حال صدرت الإجازات بعدم الصلاحية مجددًا بأي مرحلة من المراحل تمتنع هيئة التفتيش القضائي على توزيعهم بالعمل القضائي، وتعرض على المجلس بذلك للنظر بشأنهم.

سابعًا: إن تعارضت تقارير هيئة التفتيش مع تقارير هيئات حكم الاستئناف المشرفة على البرنامج التجريبي فيرفع ذلك بتفاصيله ومؤكداته لمجلس القضاء للبت فيه بجلسات مغلقة، وتعاد التقارير لهيئة التفتيش لتنفيذ ترجيحات المجلس مهما كانت.

ثامنًا: تخضع هيئات الحكم المشرفة على البرنامج التدريبي لورشة تأهيل دقيقة بحسب ما يقره برنامج التجريب المعد من هيئة التفتيش، تشرح الهيئة من خلالها أساليب البرنامج التدريبي من إشراف، وغايات، وآليات التزمين، وإجراءات التنفيذ، ونماذج العمل وغيرها. وعلى أن تلاحظ هذه الإجراءات عمليات التنقلات القضائية والانتدابات وغيرها بما يضمن ديمومة واستمرارية العملية خلال مدتها الزمنية كاملة.

تاسعًا: تقدّر هيئة الحكم الاستئنافية المشرفة نظير جهودها في تنفيذ البرنامج بمقابل مالي مُعتبر، وتحدد الهيئة في لائحة مالية لبرنامج التجريب مقداره، وطريقة دفعه، وغيرها من تفاصيل تكاليف التنفيذ.

الخاتمة

إن هذه المقاربة اعتمدت على تأكيد الواقع باستفسارات افتراضية على اعتبار أنها موجّهة للمهتمين والمعنيين بما سبق، لعلها تحرك المياه الراكدة وتنشط عملية التفكير أكثر في هذه التعقيّدات، كما هدفت لتوضيح التمايزات بين مصطلحات للأسف لا تجد الاهتمام بالمراجعة المنتبهة مع أنه ينبغي الوقوف عندها بترو، ومراجعتها بدقة لتحليل الوضع الراهن لهذه المعضلة، والوقوف على نقاط القوة والضعف بالمؤسسة القضائية في جزئية تأهيل مخرجات معهد القضاء وتجربتهم، ليكونوا أهلاً لولاية القضاء علماً وعملاً وسلوكاً، فالصفات الإنسانية والأخلاقية من صبرٍ وزهد، ونزاهة، والعملية من ذكاء، وتفنن في الذهن، وفراسة، واستنباط للمسائل، ومقارنة للفقهاء، وبذل الجهد في مراجعة السوابق، وتدقيق النوازل، وتطوير الذات كل هذه لا تمنح بشهاد من الجامعات، ولا المعاهد، لهذا التدريب الأكاديمي وحده غير كاف لتكوين القاضي، وبناء ملكته، وخبر جوهريه، وكشف معدنه، ولا يمكن معرفة صلاح الزاهد الفاضل العالم في القضاء، ما لم يُختبر، فكيف بالمقبل المتلهف المتعجل لاعتلاء منصة الحكم؟!، وليس أدق وأجدى اختباراً إلا التجريب؛ فيُسلط عليه إشرافاً، ومتابعة، وتجريباً، قضاءً، بينه وبينهم بون شاسع في كل شيء، حتى يخضع، ويتعلم، ويخشى، ويتقي، وينجح، كما ينبغي التمييز كذلك بين مخرجات المعهد، وبين المدخلات القضائية، فاختلف المراكز له تأثير في تنفيذ برامج التدريب والتأهيل، فإن يتدرب ويختبر وهو ما زال طالب قضاء!! غير الاختبار والتجريب وهو ما بينه وبين المنصة إلا نظرة قاضٍ قدير مجرب، وإمضاء قاضٍ فقيه خبير، كما أن مشرّع القانون سقط في الغفلة فلم يفرق بين مخرجات المعهد، وبين مدخلات العمل القضائي فاعتبرها مركزاً واحداً، مع أنه كان يلزم التفريق بينهما لأن ما تحتاجه مخرجات المعهد علمياً لتقفز إلى منصات القضاء هو برنامج تدريبي سريع في المحاكم أو النيابة، بينما المدخلات تحتاج لبرنامج تجريبي عملي لتتمكن من مباشرة الولاية القضائية التي الأصل وكما عهدت البلاد خلال عهود قديمة أن لا تمنح لأحد من الفقهاء والعلماء!! إلا بعد فترة تراجع خلالها قدراته العلمية، ومقدرته العملية، وتفحص مبادئه، ويختبر سلوكه / وتقاس تصرفاته، وهو مالك السلطة، والقرار، وخاتم الحكم بيده، ثم يلهث وراء تزكية من كبار القضاة، ممن عكفوا على تعليمه وتجربته، فالكثير مما يجب أن يتسم به القاضي عملاً ومسلماً، وسياسة، لا تكتشف خلال الدراسة، ولا

تعرف حينها إلا لماما؛ أتمنى أن تكون هذه القراءة قد وفّت بوعودها، وتحلل صاحبها من أمانتها، وأجدني بها قد أفرغت ذمتي من حمل أمانة إبداء النظر والشهادة في هذا الموضوع الشائك والخطير، فلا أجد ما هو أخطر من رأي في آلية تعيين اختبار وتجريب القاضي، إلا الحكم والقضاء نفسه، والله الموفق ...



المجلة
البحوث والأبحاث
القانونية

إشكالية الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا والإعدام تعزيرًا

« دراسة تحليلية نقدية »

القاضي. الدكتور/ صالح عبد الله المرفدي
قاضي محكمة نقض - دكتوراه في القانون الجنائي -
جامعة عين شمس

مجلة
البحوث والأبحاث
القانونية

تمهيد:

عرفت الشريعة الإسلامية والتشريعات العقابية الوضعية، ومنها التشريع اليمني «تعدد الجرائم والعقوبات المترتبة على إثرها بمنظار واحد»، سواءً كان هذا التعدد مادياً أم معنوياً، فتعدد الجرائم يعني في الإجمال، ارتكاب الجاني لعدة جرائم قبل أن يحكم عليه في إحداها، وهذا ما يقتضي تطبيق العقوبة الأشد لإحداها؛ في حال تعدد الجرائم.

- وعلى هذا الأساس، فإن الشريعة لا تقبل فكرة الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا والإعدام تعزيرًا؛ لأنها تخالف فكرة تعدد العقوبات، باعتبار عدم جواز معاقبة المجرم في حالة تعددت جرائمه، قبل أن يحكم عليه في إحداها - ولو أن ارتكابه لهذه الجرائم المتعددة، يدل على ميوله الإجرامية - فمن باب أولى، ألا نعاقب المجرم بجمع أكثر من عقوبة بسبب ارتكابه جريمة واحدة، بفعل واحد، ونتيجة إجرامية واحدة.

- ومن هذا المنطلق، كان من الأهمية دراسة موضوع الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا والإعدام تعزيرًا، الأمر الذي يتطلب تقسيم هذه الدراسة إلى خمسة محاور: نستعرض في الأول النصوص القانونية اليمنية المتعلقة بالدراسة، وتتناول في المحور الثاني شرح وتحليل تلك النصوص القانونية، وتتطرق في الثالث للمذهب المؤيد لجمع العقوبات، وتتحدث في المحور الرابع عن المذهب المؤيد للعقوبة البديلة، ونخصص الخامس لموقف الشريعة والقانون، ونختم الدراسة بوضع النتائج، مع طرح بعض المقترحات والتوصيات قدر الإمكان.

المحور الأول: النصوص القانونية:

١- عقوبة التعزير كبديل لعقوبة القصاص:

مادة (٦٩): لا يحول سقوط القصاص أو امتناعه لغير موت الجاني، دون تعزير الجاني في الحق العام، فإذا كان السقوط أو الامتناع بعد الحكم، وجب رفع الأمر للمحكمة المختصة للحكم بالعقوبة التعزيرية طبقاً للقانون.

٢- القتل العمد:

مادة (٢٣٤) وتشمل ثلاث فقرات:

أ- من قتل نفساً معصومة عمداً يعاقب بالإعدام قصاصاً، إلا أن يعفو ولي الدم، فإن

كان العفو مطلقاً، أو بشرط الدية، أو مات الجاني قبل الحكم، حكم بالدية، ولا اعتبار لرضاء المجني عليه قبل وقوع الفعل.

ب- ويشترط للحكم بالقصاص أن يطلبه ولي الدم، وأن يتوافر دليله الشرعي، فإذا تخلف أحد الشرطين، أو كلاهما، وأقتنع القاضي من القرائن بثبوت الجريمة في حق المتهم، أو إذا امتنع القصاص، أو سقط بغير العفو، يعزّر الجاني بالحبس، مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات.

ج- ويجوز أن يصل التعزير إلى الحكم بالإعدام؛ إذا كان الجاني معروفاً بالشر، أو ارتكب القتل بوسيلة وحشية، أو على شخصين فأكثر، أو من شخص سبق أن ارتكب قتلاً عمداً، أو توطئة لارتكاب جريمة أخرى، أو لإخفائها، أو على امرأة حامل، أو على موظف، أو مكلف بخدمة عامة، أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته أو خدمته، حتى لو سقط القصاص بالعفو.

٣- التعزير عند عفو ولي الدم:

مادة (٢٣٥): إذا عفا ولي الدم مطلقاً أو مجاناً أو بشرط الدية، جاز للمحكمة تعزير الجاني بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات، ويجوز أن تصل العقوبة إلى الإعدام في هذه الحالة، إذا توافر مع القتل أحد الظروف الواردة في الفقرة الثالثة من المادة السابقة.

٤- وقف تنفيذ القصاص:

مادة (٤٩٣): إذا أوقف تنفيذ الحد أو القصاص لأسباب شرعية تبرز ذلك، يعاد عرض القضية على المحكمة التي أصدرت الحكم؛ لتقرير العقوبات التعزيرية البديلة وفقاً لأحكام قانون العقوبات.

المحور الثاني: شرح وتحليل النص القانوني:

تناول المشرع جريمة وعقوبة القتل العمد في المادتين (٢٣٤ و٢٣٥)، حيث قسمها إلى ثلاث فقرات:

* الفقرة الأولى:

تطرق فيها المشرع للركنين المادي والمعنوي لجريمة القتل، ثم نص على عقوبة الإعدام قصاصاً، على أن تنطبق هذه العقوبة بتحقق شرطين:

- الأول: عدم ثبوت وجود عفو من أحد أولياء الدم قبل النطق بالحكم، سواءً كان العفو مطلقًا أو بشرط الديه.
 - الثاني: عدم وفاة المتهم قبل الحكم عليه، وإذا تحقق هذا الشرط، يحكم عليه بالدية، بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة (٢٣٥)، من جواز تطبيق عقوبة الحبس بما لا يقل عن خمس سنوات، مع جواز تطبيق عقوبة الإعدام تعزيرًا؛ إذا ما توافر ظرف مشدد من الظروف الثمانية المذكورة في الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤).
- * الفقرة الثانية:**

بالإضافة إلى الشرطين السابقين، اشترط المشرع قبل النطق بحكم بالإعدام قصاصًا، شرطين آخرين هما:

- الشرط الأول: أن يطلب القصاص أولياء الدم، وهم ورثة المجني عليه.
- الشرط الثاني: أن يتوافر دليله الشرعي المتمثل، إما بالإقرار «الاعتراف» الصريح من المتهم، أو بشهادة شاهدي عيان شاهدا فعل القتل نفسه الذي ارتكبه الجاني بحق المجني عليه.

- ومن الملاحظ أن المشرع ربط تطبيق العقوبة المذكورة في هذه الفقرة من المادة (٢٣٤)، وهي «التعزير بالحبس مدة تتراوح من ٣ إلى ١٠ سنوات»، بتوافر إحدى الحالات الثلاث:

- الحالة الأولى / ألا يطلب أولياء الدم القصاص، أو أن تثبت الجريمة بغير اعتراف المتهم أو بالشاهدين. بمعنى أدق، إن ثبتت بالقرائن القاطعة.
- والحالة الثانية / أن يمتنع القصاص لأي سبب كان!
- والحالة الثالثة / أن يسقط القصاص بغير العفو!

وعلى هذا الأساس، في حال تخلف إحدى الحالات الثلاث المذكورة سابقًا، تكون العقوبة بالحبس، وهذا يدل دلالة واضحة، أن عقوبة الحبس التعزيرية المذكورة في هذه الفقرة، ما هي إلا عقوبة (وجوبية بديلة) عن العقوبة الأصلية، وهي الإعدام قصاصًا؛ في حال توافر إحدى الحالات الثلاث السابقة، مع التنويه، أن هذه العقوبة التعزيرية، تكون في حال ارتكاب جريمة القتل بشكل مُجرد، بمعنى أوضح، دون توافر أي ظرف من الظروف المشددة التي سيأتي ذكرها بالفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤).

* الفقرة الثالثة:

وحكمها مرتبط بالفقرة الثانية وجودًا وعدمًا، وبمعنى آخر، إنه لا يجوز تطبيق حكم هذه الفقرة، إلا بتوافر إحدى الحالات الثلاث المشار إليها في الفقرة الثانية، لكن الاختلاف يكمن في أن العقوبة في هذه الفقرة وهي (الإعدام تعزيرًا)، جوازية التطبيق وليست وجوبية، بشرط أن يتوافر أحد الظروف المشددة الثمانية المذكورة في الفقرة نفسها، كالقتل بوسيلة وحشية وما تلاها من ظروف...

- وتأسيسًا على ما تقدم، وعند جمع النصين المتعلقين بجريمة القتل العمد (٢٣٤ و٢٣٥)، يتضح بما لا يدع مجالاً للشك، إن العقوبة التعزيرية في جريمة القتل العمد، ما هي إلا عقوبة بديله عن عقوبة الإعدام قصاصًا، على أن يكون تطبيقها على ثلاث حالات:

- الحالة الأولى: السقوط بالعضو:

ويمكن أن يتحقق العضو قبل الحكم أو بعد الحكم، وإلى ما قبل تنفيذ عقوبة الإعدام قصاصًا! فإذا عفا ولي الدم، فترتب عليه تطبيق العقوبة التعزيرية (الجوازية) المذكورة في المادة (٢٣٥).

- الحالة الثانية: السقوط بغير العضو:

ويرتبط تحققه قبل صدور الحكم، فإذا سقط القصاص بعدم طلبه من ولي الدم، أو بعدم توافر الدليل الشرعي، أو في حال امتناعه لأي سبب كان، فتطبق العقوبة التعزيرية (الوجوبية) المذكورة في الفقرة الثانية من المادة (٢٣٤).

- الحالة الثالثة: توافر ظرف مشدد:

ويتحقق في حال توافر أحد الظروف المشددة الثمانية، كالقتل بوسيلة وحشية ونحو ذلك... لكن بشرط، أن تتوافر إحدى الحالات الثلاث المذكورة سابقًا في الفقرة الثانية المشار إليها سلفًا، فإذا ما تحقق ذكره، فتطبق عقوبة الإعدام تعزيرًا.

- وتكمن الإشكالية دائمًا، عندما تتوافر الشروط الشرعية للحكم بالإعدام قصاصًا، مع توافر شروط الإعدام تعزيرًا، وبعبارة أخرى، في حال توافرت شروط القصاص بالكامل، وحيث لا يوجد مسقط ولا مانع للقصاص، وفي نفس الوقت، تصادف بحق القاتل عند ارتكابه للجريمة، توافر أحد الظروف المشددة الثمانية المذكورة في الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤)، كالقتل بوسيلة وحشية... إلخ، فما هو الحل للخروج من هذه المعضلة

والإشكالية؟ هل تطبق عقوبة الإعدام قصاصًا لوحدها؛ باعتبار أن القصاص حق خاص بالبعد؟ أم تطبق عقوبة الإعدام تعزيرًا لوحدها لخطورة الجريمة؛ وباعتبار تعلقها بحق الجماعة والمجتمع؟ وفي حال تم الحكم بالإعدام قصاصًا لوحده، ثم أفضى ولي الدم عن القاتل قبل التنفيذ؟ فهل تكون عقوبة الإعدام تعزيرًا بديلًا عنها؟ أم أنه يجوز الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا وتعزيرًا؟

- واستنادًا لما سبق ذكره، وللإجابة على جميع هذه التساؤلات، ينبغي علينا دراسة هذا الإشكال بالتفصيل على مذهبين: سنتناول في الأول مذهب الجمع بين العقوبتين، وهو المطبق على أرض الواقع وعند أغلب المحاكم، ونخصص المذهب الثاني لتبديل العقوبة، وهو المذهب الأقرب للتشريع اليمني.

المحور الثالث: مذهب الجمع بين العقوبتين:

ويقوم هذا المذهب على جواز الاجتهاد، بالجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا والإعدام تعزيرًا، وأساس هذا المذهب، منقول من مجلة الأحكام العدلية، التي كانت سارية كتشريع نافذًا في ظل حكم الدولة العثمانية لشمال اليمن، وظل القضاة هناك يتناقلون حكم جواز الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا وتعزيرًا، حتى أصبح تقليدًا قضائيًا متوارثًا ومتعارفًا عليه، الأمر الذي أقرته المحكمة العليا للجمهورية «بصنعاء»، وأرست على أساسه قاعدة ومبدأ قضائيًا استقر تطبيقه، منذ عشرات السنين وحتى اللحظة، فأجازت الاجتهاد بالجمع بين العقوبتين، ومن ذلك الحكم الصادر في جلستها المنعقدة بتاريخ ٨/١٠/٢٠١٢م في الطعن رقم (٤٣٨٠٦)، وعلى هذا الأساس، وضعت شروطًا وضوابط أهمها:

- ١- أن يتوافر بحق المتهم أثناء ارتكابه للجريمة أحد الظروف المشددة الثمانية، والمذكورة في الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤).
- ٢- ألا يتوفر الدليل الشرعي للحكم بالقصاص، ويقتنع القاضي بالقرائن القاطعة من ارتكاب الجريمة من قبل المتهم.
- ٣- أن تكتمل الشروط الشرعية لطلب القصاص من أولياء الدم.
- ٤- ألا يعفو ولي الدم عن المتهم قبل الحكم.
- ٥- ألا يثبت وجود صلح بين ولي الدم والمتهم قبل الحكم.

٦- ألا يكون هناك مانع من موانع القصاص قبل الحكم.

- وبناءً على ما تقدم، يرى أصحاب هذا المذهب، إذ ما توافرت الشروط الستة المذكورة، فإنه يجوز للمحكمة أن تجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا وتعزيرًا، حتى لو تحقق عفو ولي الدم عن المتهم، أو ثبت وجود صلح بين ولي الدم والمتهم بعد الحكم، فإن الأمر لا يفرق عند أصحاب هذا المذهب بسقوط الإعدام قصاصًا، وحتى لو لم يتوافر الدليل الشرعي لإثبات الجريمة، فيكفي ثبوتها بالقرائن القاطعة، فيترتب على ذلك، تطبيق عقوبة الإعدام تعزيرًا؛ تعويضًا عن سقوط الإعدام قصاصًا لأي سبب من الأسباب؛ شريطة أن يتوافر أحد الظروف المشددة المذكورة في الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤).

- ولعله من المفيد التأكيد أنه، في حال تحقق الشروط الثلاث الأخيرة بعد الحكم والى ما قبل تنفيذه؛ فيجب تطبيق عقوبة الإعدام تعزيرًا؛ لأن الحكم صدر بالجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا وتعزيرًا. ويستثنى من ذلك، توافر الدليل الشرعي للحكم بالقصاص، فإذا ما تحقق ذلك، تحكم المحكمة بالإعدام قصاصًا، حتى لو توافر في الجريمة ظرف من الظروف المشددة للعقوبة.

- ومن نافلة القول أن عيوب هذا المذهب تكمن في الآتي:

- أولاً: أن الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا وتعزيرًا لا أصل شرعي له، لا في الكتاب، ولا في السنة، ولا بإجماع الصحابة، ولا بفعل بالتابعين.. كما لم يرد حكم الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا وتعزيرًا في كتب الفقه الإسلامي، لا المتقدمة ولا المتأخرة.

- ثانيًا: أن الأصل في الحكم بالإعدام قصاصًا لوحده عند أصحاب هذا المذهب، يكون بتوافر الدليل الشرعي، حتى لو توافر بالجريمة ظرف من الظروف المشددة المذكورة في الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤)، وبالتالي يسقط الحكم بالإعدام تعزيرًا، الأمر الذي سيؤدي أحيانًا إلى إفلات الجاني من جواز تطبيق حكم الإعدام تعزيرًا عليه؛ في حال تحقق عفو ولي الدم، قبل تنفيذ حكم الإعدام قصاصًا، لاسيما إذا كانت جريمته قد ارتبطت بجرائم متعددة، كدخول منزل، ثم سرقة، ثم قتل من فيه، أو كان عائدًا على ارتكاب الجرائم، وأصبح خطرًا على المجتمع.

- ثالثًا: إن الضابط أو المعيار عند هذا المذهب، للجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا وتعزيرًا، هو توافر أحد الظروف المشددة، حتى لو لم تثبت الجريمة بالدليل الشرعي،

فيكفي إثباتها بالقرينة القاطعة، وهذا مبرر غريب ومتناقض؛ لأن أصحاب هذا المذهب يهدرون الدليل الشرعي للحكم بالإعدام قصاصًا بالاجتماع مع الإعدام تعزيرًا؛ بحجة توافر الظرف المشدد بالجريمة، وفي نفس الوقت، يسقطون عقوبة الإعدام تعزيرًا، ولو توافر ظرف مشدد بالجريمة، ويكتفون على أساس ذلك، بالحكم بالإعدام قصاصًا لوحده؛ طالما وتوافر الدليل الشرعي للحكم به! والتساؤل المثار، كيف يسقطون عقوبة الإعدام تعزيرًا، بتوافر الظرف المشدد؛ ويتم الاكتفاء بحكم الإعدام قصاصًا؛ طالما وقد توافر الدليل الشرعي؟! وبالمقابل، كيف يحكمون بجمع الإعدام قصاصًا وتعزيرًا؛ بحجة توافر الظرف المشدد؛ القائم على القرائن لإثبات الجريمة، في مقابل إهمالهم للدليل الشرعي بالقصاص...؟! وعلى هذا الأساس، كيف نحل هذا التناقض الواضح والغريب؟!!

المحور الرابع: مذهب تبديل العقوبة:

يتجه أنصار هذا المذهب إلى التشريع العقابي نفسه، حيث أنه بالعودة إلى شرح وتحليل نص المادتين (٢٣٤ و ٢٣٥)، يتضح أن المشرع اليمني، قصد أن عقوبة التعزير عقوبة بديلة عن القصاص، ويختلف مقدار تطبيق هذه العقوبة وفق ثلاث صور:

- الصورة الأولى: السقوط بالعضو:

فقد يكون سقوط القصاص بالعضو من ولي الدم مطلقًا، أو مجانًا، أو بشرط الدية، ويدخل في حكم ذلك، الصلح بين ولي الدم والمتهم، سواءً كان هذا العفو أو الصلح قبل الحكم، أو بعده، فإذا ما توافر أحد هذين السببين، تكون العقوبة التعزيرية (بديلة وجوازية)، بالحبس الذي لا يقل عن خمس سنوات ولا يزيد على عشر سنوات؛ لأنها العقوبة الأقصى في القانون، في حال لم يحدد النص القانوني الحد الأعلى للعقوبة.

- الصورة الثانية: السقوط بغير العفو:

وقد يكون سقوط القصاص قبل الحكم بالقضية، سواءً بغير العفو، أو لأي سبب من أسباب السقوط المذكورة في الفقرة الثانية من المادة (٢٣٤). وحينئذٍ تكون عقوبة التعزير بالحبس (بديلة ووجوبية)، وبمدة تتراوح ما بين ثلاث إلى عشر سنوات.

- الصورة الثالثة: توافر الظرف المشدد:

ونعني بتحقيق هذه الصورة قبل الحكم بالقضية، فإذا توافر أحد الظروف المشددة

المذكورة في نص الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤)، كالقتل بوسيلة وحشية أو نحو ذلك من ظروف... وفي نفس الوقت، توافرت حالة من حالات سقوط القصاص المذكورة في الفقرة الثانية من المادة (٢٣٤)، وأهمها السقوط بغير العفو، فمن الطبيعي أن تكون العقوبة البديلة، هي الإعدام تعزيرًا، ولكن على سبيل (الجواز لا الوجوب)، وإذا ما رأى القاضي عدم وجوب تطبيق عقوبة الإعدام، فوجب عليه أن يعزّر الجاني، طبقًا للعقوبة الواردة في الفقرة الثانية من المادة (٢٣٤)، أما إذا كان السقوط بالعفو، قبل الحكم، أو بعده، فكما ذكرنا سابقًا، تطبق العقوبة الواردة في المادة (٢٣٥).

- وبناءً على ذلك، يتفرع من الصورة الثالثة تساؤل يمكن وضعه بالشكل الآتي: (بعد الحكم)، هل يمكن أن تكون عقوبة الإعدام تعزيرًا عقوبة بديلة عن عقوبة الإعدام قصاصًا؛ في حال تحقق سقوط القصاص، أو امتناعه لأي سبب من الأسباب المذكورة في الفقرة الثانية من المادة (٢٣٤)؟

في حقيقة الأمر، يمكن الإجابة على هذا التساؤل، بالرجوع إلى المادة (٦٩)، حيث تطرقت وبشكل صريح، بأن سقوط أو امتناع القصاص لا يحول دون تعزير الجاني بعد الحكم عليه، فيجب رفع الأمر للمحكمة المختصة؛ للحكم عليه بالعقوبة التعزيرية طبقًا للقانون. ولا أعلم لماذا يفهم البعض من تفسير هذا النص، بأنه ينطبق على عقوبة التعزير بالحبس، ولا يشمل عقوبة التعزير بالإعدام!؟ فقد أثبتت التطبيقات العملية هذا التفسير، فلا تعاد ملفات القضايا إلا لغرض تطبيق عقوبة الحبس تعزيرًا، ولا تعاد لأجل تطبيق الفقرة الثالثة من حكم المادة (٢٣٥).. وهي جواز تطبيق حكم الإعدام تعزيرًا لتوافر الظرف المشدد. وما يعزز قولنا هو تأكيد المشرع في نص المادة (٤٩٣ إجراءات) ومفادها أنه إذا أوقف تنفيذ القصاص لأسباب شرعية تبرر ذلك، يعاد عرض القضية على المحكمة التي أصدرت الحكم؛ لتقرير العقوبات التعزيرية البديلة وفقًا لأحكام قانون العقوبات.

- وتنطوي وجهة نظرنا هذه في أن الأمر يحتمل سببين:

- السبب الأول:

قد يعتقد البعض أنه لا يتصور ولا يستساغ إعادة ملف القضية إلى المحكمة الابتدائية؛ لإعادة محاكمة المتهم، لتقرير جواز أو عدم جواز تطبيق عقوبة الإعدام تعزيرًا، كما هو مذكور صراحة في الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤).. والتساؤل الذي يجب

أن نطرحه: هل هناك سبب أو مبرر متعلق بقانون الإجراءات الجزائية؟ بمعنى أدق، هل إن هذا القانون لا يجيز إعادة محاكمة المتهم بارتكابه جريمة قتل عمد، مرتبطة بظرف مشدد؟ لذلك نرى «ومن وجهة نظرنا المتواضعة»، أن قانون العقوبات كان واضحًا وصريحًا، حيث جاءت المادتان (٦٩ عقوبات و٤٩٣ إجراءات) عامة في خطابها ولم تخصصه وتقيده، وتؤكد على إعادة الملف للمحكمة الابتدائية للحكم بالتعزير، ويشمل هذا الحكم بالإعدام تعزيرًا، ولا يقتصر الأمر على التعزير بالحبس، وعلى هذا الأساس، لا يجوز تخصيص النص القانوني أو تقييده على الحبس التعزيري؛ طالما وأن النص كان عامًا، ولم يخص بنص آخر يقيد.

- السبب الثاني:

إذا كان يعتقد البعض باستحالة إعادة الملف للمحكمة للحكم بجواز التعزير بالإعدام، وأن الأفضل هو الحكم بجمع عقوبتي الإعدام قصاصًا تعزيرًا، فهذا خطأ صريح في تطبيق الشرع والقانون؛ لأن الجمع بين العقوبتين كما ذكرنا سابقًا، لا أصل شرعي له، ولم يرد في كتب الفقه، ولم يذكره القانون نفسه لا صراحة ولا ضمناً، وبنفس الوقت، يخالف مشروعية التجريم والعقاب، فلا عقوبة إلا بنص صريح!! فكيف يتم الاجتهاد القضائي والتوسع في تفسير القواعد العقابية، لا سيما إذا كانت في غير صالح المتهم، ويصل الأمر إلى جمع عقوبتين للإعدام في جريمة واحدة، وعلى متهم واحد، ونتيجتها واحدة، والحكم الصادر بشأنها ذو معنى واحد، وهو إزهاق النفس، وهذا بلا شك أمر محظور شرعًا وقانونًا.

المحور الخامس: موقف الشريعة والقانون:

١- موقف الفقه الإسلامي:

إذا كان الأصل في الشريعة أن عقوبة التعزير، يجب ألا تصل إلى حد الإتلاف، فمن باب أولى ألا تصل إلى حد التعزير بالقتل، على الرغم أن القلة من الفقهاء أجازوا ذلك؛ إذا اقتضت المصلحة، أو كان استئصال الجاني ضروريًا لدفع شره وفساده، أو إذا تكررت جرائمه، أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله، «كقتل الجاسوس، والعميل، والساحر، واللوطي، والداعي إلى البدع الخطيرة، ومعتاد الجرائم المضرة بالمجتمع.. لذلك، إذا كان القتل بالتعزير قد جاء استثناء من القاعدة، فإنه لا يتوسع فيه ولا يترك أمره للقاضي ككل العقوبات التعزيرية، بل يجب أن يعين ولي الأمر الجرائم التي يجوز فيها التعزير بالقتل

نصًا. (التشريع الجنائي / عبد القادر عوده، ج ١، ص ٦٨٨).

- وفي هذا الإطار، لم تعرف الشريعة مسألة الجمع بين القصاص والتعزير، خاصة إذا كانت تلك العقوبتان ذاهبتان للنفس، أما إذا كانت عقوبة القصاص فيما دون النفس، فيسوّغ للحاكم أو من ينوبه أن يجمعها مع عقوبة التعزير بالحبس، إذا كان في ذلك مصلحة وفائدة تعود على الفرد والمجتمع، بحيث لم تجد فيهم العقوبات المقدرّة من الشارع جدوى من الاكتفاء بها. ومن هذا المنطلق، نرى أن الأمثلة التي أوردها الفقهاء لجواز القتل تعزيرًا، إما راجعة إلى حد من الحدود، وإما ليست بدرجة تقتضي القتل، ولكن بسبب العواطف السياسية، والمصلحة المرسلّة، والقياسات الفاسدة، فتح بعض الناس باب القتل بغير حق. لذلك، فإن ارتكبت معصية من المعاصي، وأورد التشريع نصًا بقتل مرتكبها، فعقوبتها مقدرّة، وإذا لم يرد فيها نص، فلا ينبغي التعدي على محارم الله بالمصالح المزعومة، بل إن الخطأ في العفو أهون من الخطأ في المعاقبة، وعلى هذا الأساس، لا يجوز أن يتشهى رجل أن يكون أرحم من الشريعة، كما لا تجوز الغيرة والتشديد أكثر منها، تحت مبرر «القتل سياسة»، واستنادًا لقاعدة سعي القضاء على الفساد في الأرض.

- وفي المحصلة، لا يجوز التوسع بالقتل تعزيرًا، إلا بنص صريح قاطع ويترتب على ذلك، أن عقوبة الإعدام قصاصًا هي الأصل لجريمة القتل العمد؛ متى ما توافرت شروط القصاص الشرعية، وحيث لا مسقط ولا مانع له، فأما عقوبتا الدية والتعزير، فهما عقوبتان بدليتان، ومن ثم، لا يجوز للقاضي أن يحكم بالعقوبة البدلية، إلا إذا امتنع الحكم بالعقوبة الأصلية، وتوافر أحد الأسباب الشرعية التي تمنع القصاص، ما لم فوجبه الحكم بالعقوبة الأصلية، وتبعاً لذلك، فلا يجوز الجمع بينها وبين التعزير بأي حال من الأحوال.

٢- موقف التشريعات الوضعية:

إن القصد بتعدد الجرائم، هو حالة ارتكاب الشخص لعدة جرائم، قبل أن يحكم عليه نهائياً في واحدة منها، وتتعدد العقوبات بتعدد الجرائم، إلا ما استثني منها بنص خاص، كما تتعدد الجرائم بتعدد الركنين المادي والمعنوي، وهذا يقتضي تعدد السلوك والنتيجة، فلا يرتكب الشخص سوى جريمة واحدة، إذا قام بسلوك واحد، سواءً تكوّن هذا السلوك من فعل واحد، أو من جملة أفعال، ولو ترتب على ذلك أكثر من نتيجة، وكذلك

تكون الجريمة واحدة؛ متى كانت النتيجة واحدة، ولو تعدد السلوك الذي أدى إليها.

- وتفسيراً لذلك، فإن التشريعات القانونية تقرر لكل جريمة عقوبة، فإذا كانت الجريمة المرتكبة واحدة، فلا محل لتعدد العقوبات، أما إذا ارتكب المتهم عدداً من الجرائم، فالأصل أن يوقع عليه عدد من العقوبات بقدر عدد جرائمه، فإذا ارتكب الشخص جريمة، ثم ارتكب أخرى، فلا يجوز أن تكون إحداها سبباً للإعفاء من العقوبة المقررة للأخرى، فإذا كوّن الفعل الواحد جرائم متعددة، وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد للحكم بعقوبتها، دون غيرها من العقوبات الأخرى، إذ يعتبر الجاني كأنه لم يرتكب غير هذه الجريمة الأخيرة. وحرصاً على ذلك، تستخدم التشريعات العقابية طريقة الجب للعقوبات، ومعنى هذا، أن تقضي العقوبة الأشد على غيرها من العقوبات، وبمقتضاها يوقع على الجاني أشد العقوبات المقررة للجرائم التي يرتكبها. (د. أحمد فتحي سرور/ شرح قانون العقوبات العام، ج ٢، ص ٥٤٣).

- وفي هذا المقام، حري بنا التطرق لموقف المشرع اليمني في مسألة تعدد الجرائم والعقوبات، حيث عالج القسم العام، هذا الموضوع (من المواد ١١٠ وحتى المادة ١١٧)، وفي هذا الشأن، تناولت المادة (١١٠) تعدد العقوبات؛ في حال تعدد ارتكاب جرائم القصاص لوحدها، وبيّنت المادة (١١١) مسألة تعدد عقوبات الحدود؛ في حال تعدد ارتكابها لوحدها، كما تطرقت المادتان (١١٣ و١١٤) لكيفية تطبيق تداخل وتزامن عقوبات الحدود والقصاص؛ في حال ارتكاب جريمة حدية أو أكثر، مع ارتكاب جريمة قصاص أو أكثر، أو العكس، بينما استعرضت المادة (١١٣) موضوع تعدد الجرائم التعزيرية لوحدها وأثرها في العقاب. وينبغي التأكيد هنا، أن المشرع اليمني لم يعالج موضوع دراستنا وهو «الجمع بين عقوبة القصاص وعقوبة التعزير بصفة عامة»، كما لم يذكر مسألة جواز الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصاً والإعدام تعزيراً بصفة خاصة، على الرغم أن المادتين (٦٩ عقوبات و٤٩٣ إجراءات)، أكدتا بشكل صريح وجازم، أن عقوبة التعزير عقوبة «بديلة» للقصاص في حال سقوطه، ولم تشر لا صراحة ولا ضمناً «بجواز الجمع بين عقوبتي القصاص والتعزير معاً».

النتائج والتوصيات:

١- النتائج:

مما سبق ذكره، يمكن إبراز أهم نتائج الدراسة على النحو الآتي:

أ- فيما يتعلق بمذهب جمع العقوبتين:

كما ذكرنا سابقاً، أن الجمع بين العقوبتين استند لمجرد اجتهادات لا تتعدى قرناً من الزمن، بورود حكم الجمع في «مجلة الأحكام العدلية»، وأخذ به القضاة في شمال البلاد؛ حتى أصبح تقليداً قضائياً متوارثاً، وعلى ضوئه أرست المحكمة العليا «بصنعاء»، قاعدة قضائية تجيز الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصاً وتعزيراً، وارتكزت هذه القاعدة على ضابط توافر أي ظرف مشدد في الجريمة، ولو ثبتت الجريمة بالقرينة القاطعة، وأهملت بالمقابل الدليل الشرعي؛ كشرط جوهرى للحكم بالقصاص. وكما نوهنا سابقاً، أن هذا تناقض واضح وصريح، فكيف نحكم بالإعدام قصاصاً ونهمل الإعدام تعزيراً؛ إذا توافر ظرف مشدد؛ بمبرر توافر الدليل الشرعي، ثم نعود ونجمع الحكم بالإعدام قصاصاً وتعزيراً؛ بمبرر توافر الظرف المشدد الثابت بالقرينة القاطعة، وبالمقابل نهمل الدليل الشرعي...!! الأمر الذي يعد مخالفة واضحة للحكم بالقصاص بدون دليل شرعي؟!!

ب- فيما يتعلق بمذهب تبديل العقوبة:

سبق وأن أكدنا، أن المشرع اليمني كان صريحاً وواضحاً، وأخذ بحكم الشريعة الإسلامية، باعتبار العقوبة التعزيرية عقوبة بديلة عن عقوبة القصاص، الأمر الثابت في حكم المادتين (٦٩ عقوبات و٤٩٣ إجراءات) اللتين صرحتا بجلاء بأن عقوبة التعزير عقوبة بديلة عن عقوبة القصاص؛ في حال سقوطه أو امتناعه، (ويجب) رفع القضية إلى المحكمة الابتدائية للحكم به. وتبعاً لذلك، وطبقاً لنص المادة (٢٣٥)، تبقى عقوبة الإعدام تعزيراً (جائزة وبديلة) عن حكم الإعدام قصاصاً؛ في حال سقوط الأخير بالعفو، وإلى ما قبل تنفيذ الحكم! شريطة توافر ظرف من الظروف المشددة المذكورة في الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤).

ج- فيما يتعلق بموقف الشريعة:

تؤكد الشريعة على عدم جواز الجمع بين عقوبة أصلية وعقوبة بديلة؛ إذا كانت الأخيرة مقررة بدلًا من الأولى، أو بمعنى آخر، لا يجوز الجمع بين العقوبة الأصلية وبدلها، ولكن يجوز الجمع بين بدلين، كالجمع بين الدية والتعزير وكلاهما بدل من عقوبة القصاص، كما يجوز الجمع بين عقوبتين أصليتين، كالجمع بين القصاص والكفارة وكلاهما عقوبة أصلية، وتبعاً لذلك، تؤكد مرارًا وتكرارًا على عدم جواز الجمع بين عقوبتي الإعدام قصاصًا وتعزيرًا، ولا جدال في أنه يجوز الجمع بين العقوبات الأصلية والعقوبات التبعية، حيث لا يوجد ما يمنع من ذلك عقلاً وشرعاً.

د- فيما يتعلق بموقف القانون:

تتفق التشريعات الوضعية وشرح الفقه القانوني مع أحكام الفقه الإسلامي، بعدم جواز الجمع بين عقوبتين أو أكثر، ولو تعددت الجرائم، ومن باب أولى، لا يجوز تطبيق أكثر من عقوبة في جريمة واحدة، وعلى فاعل واحد؛ لأن تطبيق أكثر من عقوبة يقتضي تعدد السلوك والنتيجة معاً، فلا يرتكب الشخص سوى جريمة واحدة، إذا قام بسلوك واحد، سواءً تكوّن هذا السلوك من فعل واحد، أو من جملة أفعال، ولو ترتب على ذلك أكثر من نتيجة.

هـ- فيما يتعلق بحل الإشكالية:

فنرى حلها وفق صورتين:

- الأولى / عدم توافر الدليل الشرعي:

وفيها إذا رفعت دعوى القصاص بالنفس، وتحققت كامل الشروط الشرعية للحكم به، ما عدا توافر الدليل الشرعي، وتصادف في نفس الوقت، توافر ظرف مشدد من الظروف المذكورة في الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤)، وتم إثبات الجريمة بالقرائن القاطعة، لا سيما «كاميرات المراقبة دون تحريف أو تلاعب»، فهنا يجب الحكم بالإعدام تعزيرًا، وعدم الجمع بين الإعدام قصاصًا وتعزيرًا؛ بحجة توافر الظرف المشدد، وبالاستناد للقرائن القاطعة.

- والثانية / توافر الدليل الشرعي:

وفيها إذا رفعت دعوى القصاص بالنفس، وتحققت كامل الشروط الشرعية

للحكم به، بما فيه توافر الدليل الشرعي، وتصادف في نفس الوقت، توافر ظرف مشدد من الظروف المذكورة في الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤)، فيجب هنا الحكم بالإعدام قصاصًا (لوحده وجوبًا)؛ ويؤجل الحكم في مصير الحق العام (التعزير بالإعدام جوازًا)، فلا يتم النطق به! فتسير القضية إلى مرحلة الاستئناف والنقض حتى استكمال إجراءات السير بتنفيذ القصاص، فإذا ما تحقق ثبوت سبب من أسباب سقوط تنفيذ القصاص أو امتناعه؛ فحينئذٍ تعرض القضية على المحكمة الابتدائية المختصة -حتى لا نفوت درجة من درجات التقاضي للخصوم- لإعادة محاكمته إجرائيًا؛ إذا توافرت الظروف المشددة -وبنفس طريقة إجازة القانون لإعادة محاكمة المتهم الفار وفق نص المادة (٢٨٩ إجراءات)- ولكن بعد منح فرصة للنيابة ومحامي الدفاع لنظر دعوى الحق العام؛ ولإثبات أو نفي الظرف المشدد للجريمة، وللمحكمة بعد ذلك وفق سلطتها التقديرية تحديد العقوبة، بعد دراسة كافة الظروف المشددة والمخفضة للجريمة، وكل ذلك، تطبيقًا لنص المادتين (٦٩ و١٠٩ عقوبات)، والمادة (٤٩٣ إجراءات)، مع ضرورة مراعاة صور العقوبة الذي سنضعها في التوصيات والمقترحات.

٢- التوصيات والمقترحات:

نوصي ونقترح تحديد صور العقوبة؛ في حال تحقق الإشكالية الواردة في الفقرة (هـ) من النتائج، وعلى النحو الآتي:

- الصورة الأولى/ سقوط القصاص بدفع الديتين:

وتكون العقوبة فيها الحبس الذي لا يقل عن خمس سنوات ولا يزيد على خمس عشرة سنة، بشرط أن يكون القتل مع سبق الإصرار أو التردد، -الذي نقترح بإضافته للقانون- كالقتل بوسيلة وحشية، أو قتل موظف عام، أو مكلف بخدمة عامة، أثناء أو بسبب تأدية وظيفته.

- الصورة الثانية/ سقوط القصاص بالعفو:

وتكون العقوبة هي الحبس الذي لا يقل عن عشر سنوات ولا يزيد على خمس وعشرين سنة، أو الإعدام (جوازًا)، بشرط توافر نفس الظروف المشددة المذكورة في الصورة الأولى.

- الصورة الثالثة/ الحكم بالإعدام وجوبًا:

وفيها تكون عقوبة الإعدام البديلة (وجوبية)؛ إذا توافرت الظروف المشددة الأخرى المذكورة في الفقرة الثالثة من المادة (٢٣٤)، غير ما ذكر من ظروف مشددة في الصورتين الأولى والثانية من هذه التوصيات، ولو سقط القصاص لأي سبب كان! هذا اجتهادنا وتصورنا، والله أعلم وهو الموفق للصواب.



البحر في الفقه والقانون

مجلة

جرائم الشيك في التشريع اليمني «التجاري والعقوبات»

(دراسة مقارنة بالتشريع المصري)

الدكتور / محمد يحيى السلمي

البحر في الفقه والقانون

مقدمة

الحمد لله الذي علم الإنسان ما لم يعلم، والصلاة والسلام على معلم البشرية سيدنا محمد الصادق الأمين، ثم أما بعد،،،

1- أهمية موضوع البحث:

لا شك بأن النقص في بني البشر يتبعه القصور في التشريعات الوضعية التي يتولى تقنينها بين حين وآخر لتنظيم شؤون حياته في مجالاتها المختلفة، الأمر الذي مؤداه دائماً وجود فجوة قائمة بين الواقع والقانون من شأن اتساعها شيوع الاضطراب في المجتمع بما يهدد النزول عن الحد الأدنى لضمان اقتضاء الحقوق واستقرار المعاملات وزعزعة الثقة في كفاءة القانون.

وهنا يأتي دور الفقه القانوني للقيام بوظيفته نحو البحث والدراسة لتلك المشكلات لإيجاد الحلول الملائمة لها بما غايته الحد منها إن لم يكن القضاء عليها برمتها، ويأمل الباحث قيام جهة الاختصاص ذات العلاقة بدورها نحو الأخذ بالنتائج والتوصيات المقترحة محل هذه الدراسة المتواضعة محل السطور لتحقيق ذات الغاية المنشودة وراء كل بحث علمي وقانوني.

ولما كانت البيئة التجارية تتطلب السرعة والثقة والائتمان في وقت واحد فقد تولى التجار أنفسهم خلق وسائل وأدوات تتفق وطبيعة نشاطهم التجاري ومن ذلك على سبيل المثال لا الحصر الأوراق التجارية «الكمبيالة - الشيك - السند لأمر» كأدوات بديلة عن النقود للوفاء بالالتزامات كرسها المشرع بقواعد خاصة بأحكام القانون التجاري والتي وإن كانت تبدو في ظاهرها بسيطة وسريعة أن لها ما يضمن حسن تنفيذها من أحكام وقواعد تعتبر قاسية في جوهرها مما لا يتناسب وطبيعة الحياة المدنية، وذلك كما هو الحال في القواعد الخاصة بافتراض التضامن بين المدنيين بدين تجاري ومنع المهلة القضائية والتنفيذ المعجل ووجود نظام شهر الإفلاس والخضوع لنظام قضائي متخصص للفصل في المنازعات التجارية.

ولما كان الشيك يختلف عن غيره من الأوراق التجارية (الكمبيالة، السند لأمر) فهذه الأخيرة أدوات ائتمان بطبيعتها لا تستحق السداد إلا بعد مضي فترة من الزمن قد

تطول وقد تقصر، في حين أن الشيك - بحسب طبيعته الأصلية - أداة وفاء دائماً واجب الدفع بمجرد تقديمه إلى المسحوب عليه فهو كالنقود سواء بسواء لأنه ليس إلا إيصال بنقود موضوعه تحت تصرف حامل الإيصال في أي وقت يقبضها لذلك يقبل الأفراد على استخدام الشيك في معاملاتهم التجارية والمدنية أيضاً.

ولهذا كان من المنطقي ألا يكتفي المشرع بما يترتب على الإخلال بتلك الورقة التجارية (الشيك) من جزاء مدني، فقد يطول الأمد للحصول على الحق عن طريقها إن أمكن الوصول إليه، وقد لا يحقق الجزاء المدني غاية المشرع هذا فضلاً عما يترتب عليه من انكماش انتشار استعمال الشيكات وسط المجتمع.

لذلك كان من اللازم تدخل المشرع الذي لجأ إلى التهديد بوضع الجزاء الجنائي عند الاعتداء على الشيك بما غايته إحاطته بحماية جنائية تحقق الردع الخاص العام معاً، فمراد الشارع من العقاب هو حماية الشيك في التداول وقبوله في المعاملات على اعتبار أن الوفاء به كالنقود ولا عبرة بعد ذلك بالأسباب التي دعت صاحب الشيك إلى إصداره، إذ إنها لا أثر لها على طبيعته، كونها من قبيل البواعث التي لا تأثير لها في قيام المسؤولية الجنائية وإن كان لها أثر في تقدير العقوبة وفق ما يراه قاضي الموضوع في ظل ظروف الواقعة وشخصية الفاعل والتي تختلف من واقعة لأخرى بطبيعة الحال.

ولا ريب أن الرصيد يعد أهم الضمانات التي يعتمد عليها حامل الشيك في الحصول على قيمته، فلولا اطمئنانه إلى وجود هذا الرصيد طرف المسحوب عليه لما رضي ابتداء بتسوية حقه عند الساحب بطريق الشيك، ولهذا كان من حسن التشريع تمكين الحامل من الرصيد بالاعتراف له بحق خاص عليه وإجبار الساحب بطريق الزجر والعقاب على تجهيزه وإبقائه تحت تصرف الحامل إلى حين الوفاء بقيمة الشيك، وهو ما ذهبت إليه التنظيمات التشريعية لغالب دول العالم إن لم تكن جميعها نحو تنظيم أحكام الشيك وتأثير الأفعال المخالفة لها ومنها تشريعات الدولتين محل البحث والدراسة، وحقيقة الأمر أن مثل هذا التهديد لا يقطع دابر الإجرام ولكن من شأنه التقليل منه.

٢- المشكلة محل البحث والدراسة:

تكمن المشكلة البحثية في تلك الفجوة القائمة بين الواقع والقانون الوطني نحو تفشي ظاهرة جرائم الشيكات في المجتمع والتي من أجلها قام المشرع بتعديل أحكام

القانون التجاري بتقرير جزاء جنائي ملائم بنصوصه لجرائم الشيكات، ولكن بالرغم من ذلك ما زالت هذه الظاهرة منتشرة من خلال اكتظاظ المحاكم والنيابات العامة بالمنازعات المتعلقة بهذه الورقة التجارية، ونعتقد أن سبب ذلك يكمن في الفروض الآتية:

١. استمرار قيام التعارض في التشريع الوطني بين نصوص كل من القانون العام (قانون الجرائم والعقوبات) والقانون الخاص (القانون التجاري) لتولي كل منهما تنظيم مسألة واحدة وهي جرائم الشيكات.

٢. تنصل الجهة المعنية (المؤسسة القضائية) الوطنية عن العمل على تطبيق النص الملائم الوارد بالقانون الخاص بالمادة (٨٠٥) من القانون التجاري بشأن جرائم الشيكات والتي من شأن تطبيق الجزاء محل هذا النص هو قيامها بأداء وظيفتها المرسومة نحو تحقيق الردع العام والخاص معاً.

٣. استمرار العمل بتطبيق نص المادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات الوطني والبين من ذلك عدم التناسب بين الجزاء المقرر والفعل المؤثم عليه لجرائم الشيكات وهو ما يحول دون أداء العقوبة لوظيفتها للقضاء على هذه الظاهرة الإجرامية أو الحد منها على الأقل في المجتمع.

٤. عدم دقة صياغة النصوص بالتشريع التجاري الوطني بشأن العقوبات المقررة بمواجهة «الشخص المعنوي» البنك المسحوب عليه حال مخالفته قواعد وأحكام الشيك.

٥. ضعف وعدم تناسب العقوبة المقررة بأحكام القانون التجاري «الوطني» لتلك الأفعال المؤثمة التي يرتكبها موظف البنك «المسحوب عليه».

وعلى الرغم من قيام المشرع الوطني مؤخراً وهو أمر محمود تولاه لمواكبة التطورات الاقتصادية - بوضع نصوص عقابية ملائمة لجرائم الشيكات بقواعد القانون الخاص بأحكام المواد (من ٨٠٥ إلى ٨١٠) من القانون التجاري. إلا أن المشكلة تثور من جديد كما يحكي به الواقع العملي نحو استمرار ظهور تلك الفجوة بين الواقع والقانون بتفشي الظاهرة الإجرامية (جرائم الشيكات)، ونعتقد أن سببه كامن في عدم العمل بهذه النصوص الجديدة وبالمقابل استمرار العمل بالنص غير المناسب للعقاب نحو تطبيق النص الجزائي «القديم» بالمادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات دون تطبيق النص الجزائي (الجديد) بالمادة (٨٠٥) من القانون التجاري وهو ما يثير التعارض والاضطراب وعدم الثقة في كفاءة القانون وظهور تلك الفجوة بطبيعة الحال.

٣- منهج البحث:

لقد اخترنا أن نعالج موضوع البحث من خلال اتباع نهج الدراسة المقارنة ونهج الدراسة التحليلية لجرائم الشيكات التي وضع لها المشرع الوطني تنظيمًا بالقانون العام من جانب، والقانون الخاص من جانب ثانٍ ومقارنتها بما يجب أن تكون عليه كما هو كائن بالفعل بالتشريع المقارن محل البحث (التشريع المصري) من أجل بيان القوة والضعف في كل منهما للمناداة عقب ذلك بالأخذ بالنصوص التشريعية المناسبة الملائمة لسد الفجوة القائمة بين الواقع والقانون مسترشدين بآراء الفقه وأحكام القضاء للوصول إلى نتائج وتوصيات هامة إن تم الأخذ بها بشكل جاد كنا بصدد القضاء على تفشي ظاهرة جرائم الشيك في المجتمع.

٤- خطة البحث:

محل البحث هي جرائم الشيك ومن هذا اللفظ المركب يتبين أنها جرائم متعددة غير محصورة في تلك الجريمة العالقة بذهن الغالب من أشخاص المجتمع المعروفة بجريمة إصدار شيك بدون رصيد؛ إذ إن هذه الجريمة وإن كان لها الصدارة في الهرم الإجرامي للاعتداء على الشيك فإن هناك جرائم أخرى قد يقوم بها صاحب الشيك أو المظهر أو حامل الشيك وكذلك قد يتم الاعتداء على هذه الورقة من موظف البنك المسحوب عليه وهو ما يحول دون تحقيق الشيك لوظيفته كأداة تقوم مقام النقود للوفاء بالالتزامات، لذلك سنقوم بتقسيم هذا البحث على النحو الآتي:

مقدمة

المبحث الأول: الشيك محل الحماية الجنائية

المطلب الأول: ماهية الشيك

المطلب الثاني: الشروط اللازمة لتوافرها لتقرير الحماية الجنائية للشيك

المبحث الثاني: أركان جرائم الشيك

المطلب الأول: جرائم الساحب ومن في حكمه

المطلب الثاني: جرائم المسحوب عليه والمستفيد

الخاتمة: النتائج والتوصيات

المبحث الأول الشيك محل الحماية الجنائية

تمهيد وتقسيم

يعد الشيك أهم الأوراق التجارية وإن كان آخرها ظهوراً، ولهذا اهتمت كافة التشريعات بوضع تنظيم قانوني مفرد لهذه الورقة لما لها من أهمية بالغة في الحياة الاقتصادية والتجارية، فتناولت تلك التشريعات أحكام الشيك من كافة جوانبه بما في ذلك كيفية إنشائه ابتداءً، وما هي البيانات التي يجب أن يتضمنها وكيفية تداوله وافترض التضامن بين المدنيين الواردة توقيعاتهم عليه وغير ذلك من الأحكام بما في ذلك النصوص العقابية المقررة بمواجهة كل من يخالف أحكامه، بيد أنه قبل الخوض في تلك البيانات والشروط التي بتوافرها يمكن القول إننا بصدد ورقة تجارية شيك صحيح توافرت له مقوماته ليكون محلاً للحماية الجنائية يجدر أولاً بيان المقصود بالشيك ثم خصائصه وأحكام تنظيمه الواردة بقواعد التشريع محل الدراسة، وتفصيل ما أجملناه وتناوله من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول بالمطلب الأول ماهية الشيك، بينما نتناول بالمطلب الثاني الشروط اللازمة لتوافرها لتقرير حماية الشيك من الناحية الجنائية على النحو الآتي:

المطلب الأول

ماهية الشيك

سنتناول بهذا المطلب تعريف الشيك مع بيان مميزاته وعيوبه، وكذلك الخصائص التي ينفرد بها عن غيره من الأوراق التجارية (الكبيالة-السند لأمر) كما سنتناول تنظيم أحكامه بالتشريعات محل الدراسة من الناحية المدنية والجنائية، وبيان ذلك يتجلى من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

تعريف الشيك وخصائصه

سنتناول بهذا الفرع تعريف الشيك أولاً، ثم بيان خصائصه (مميزاته وعيوبه) على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الشيك:

إن أغلب التشريعات إن لم يكن جميعها على الرغم من قيامها بوضع تنظيم مفرد لأحكام الشيك في قوانينها الوضعية إنها مع ذلك لم يذهب المشرع فيها نحو وضع تعريف جامع مانع للشيك، لكونه أي المشرع يؤدي وظيفة التشريع تاركاً التعريف لرجال الفقه والفكر القانوني الذين يقع على عاتقهم تأصيل هذه الموضوعات والذين يقومون بدورهم للتصدي لهذا النقص التشريعي بوضعهم العديد من التعريفات للشيك ومن ذلك تعريفهم ورقة الشيك بأنه محرر مكتوب ينص على أمر صادر عن محرره ويسمى الساحب موجهاً إلى المسحوب عليه بدفع مبلغ محدد لأمر شخص معين أو لحامله، وذلك فور اطلاع المسحوب عليه على هذا المحرر ومطالبتة بالوفاء.

ويتضح أن تعريفات فقهاء القانون للشيك - وإن كانت تختلف في اللفظ - أنها جميعاً تتحد في المعنى وتصب في مجرى واحد؛ إذ إنها تؤكد أن الشيك محرر شكلي ذو بيانات خاصة يقوم بوظيفة النقود في الوفاء بالالتزامات وغيرها من التصرفات.

ونعتقد أن الشيك هو محرر شكلي أحادي التاريخ ثلاثي الأطراف عند نشأته "متعدد عند تداوله" مضمونه أمر من الساحب إلى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين من النقود للمستفيد بمجرد الاطلاع.

وما يجدر الإشارة إليه أن القضاء بالدول محل الدراسة كان له دور ملحوظ في تعريف الشيك بكل من الأحكام التجارية والجنائية الصادرة عن المحاكم الأعلى درجة.

فقد أشارت المحكمة العليا للنقض والإقرار ببلادنا إلى بيان تعريف الشيك فقضت: [من المقرر أن الشيك في حكم م (٣١١) من قانون الإجراءات والعقوبات هو ذات الشيك المعروف في القانون التجاري بأنه أداة دفع ووفاء ويستحق الأداء بمجرد الاطلاع عليه م (٥٤٩. تجاري)، ويغني عن استعمال النقود في المعاملات ما دام قد استوفى المقومات التي تجعل منه كذلك في نظر القانون] طعن رقم ١٤٢٩١ لسنة ١٤٢٣هـ جلسة ٢٥ شعبان ١٤٢٤هـ الموافق ٣١/٩/٢٠٠٣م، القواعد القضائية المستخلصة من أحكام المحكمة العليا، العدد الثالث، الجزء الثاني «جزائي» المكتب الفني، المحكمة اليمنية العليا للنقض والإقرار، طعن رقم ٢١٧٦٠ لسنة ١٤٢٦هـ / ٢٠٠٥م جلسة ٢٩ محرم سنة ١٤٢٦هـ الموافق ١٠/٣/٢٠٠٥م، الدائرة التجارية، المحكمة العليا للنقض والإقرار.

كما أشارت محكمة النقض المصرية في العديد من الأحكام الصادرة عنها إلى بيان

تعريف الشيك ومن ذلك ما قضت به: [الشيك أداة وفاء تقوم فيه الورق مقام النقد ومن ثم يجب أن يكون مستحق الدفع لدى الاطلاع وهو المعبر عنه في م (١٩١) من قانون التجارة بالحوالة المستحقة الدفع بمجرد الاطلاع والذي جاءت المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات حماية لصاحب الحق فيه] طعن رقم ٩٩ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٧/١/٢م، طعن رقم ١١٧٠ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٦م، طعن رقم ١٩٣٠ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٠م مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية والتجارية ودائرة الأحوال الشخصية، المكتب الفني، محكمة النقض والإقرار المصرية.

ثانياً: خصائص الشيك (مميزاته وعيوبه):

أصبح التعامل بالشيك ظاهرة منتشرة في مختلف بلدان العالم فانتشار تداوله بدولة ما يدل على تطورها اقتصادياً، وشيوع الشيك والإقبال على استخدامه يرجع تفسيره إلى ما يظلم به من حماية جنائية يفرد بها عن غيره من الأوراق التجارية فأغلب دول العالم إن لم تكن جميعها تنص في تشريعاتها الوطنية على تنظيم أحكام الشيك وتأثيم الأفعال المخالفة لتلك الأحكام، ومن هنا يتضح أن الشيك يحظى بمميزات عديدة وعيوب طفيفة وإن كانت غير لصيقة به إلا أنها تلاحقه، وسنتناول ذلك ابتداءً بالمميزات ثم العيوب وذلك على النحو الآتي:

- مميزات الشيك وخصائصه:

١. إن أول ما يتميز به الشيك عن غيره من الأوراق التجارية أنه أداة وفاء لا أداة ائتمان، فالشيك واجب الوفاء بمجرد الاطلاع عليه، ولهذا كان الإقبال عليه لتسوية الديون كونه ينتقل من ذمة إلى أخرى كأداة تقوم مقام النقود في الوفاء بالدين بدلاً لأوراق البنكنوت.
٢. كذلك يتميز الشيك بأنه يستخدم لتسوية الديون بين الأشخاص الذين تفصل بينهم مسافات طويلة كالمعاملين في التجارة الدولية فبواسطة الشيك تتم تسوية ديون أشخاص كثيرين دون أن تتناول أيديهم نقوداً معدنية أو ورقية كذلك.
٣. الشيك يتمتع بالحماية الجنائية، وتمتد هذه الحماية للشيك بغض النظر عن صفته المدنية أو التجارية، بخلاف الأوراق التجارية الأخرى «الكمبيالة، والسند لأمر، والسند الإذني» فهذه الأخيرة لا تتمتع بأي حماية جنائية تذكر.
٤. الشيك دائماً يكون مسحوباً على بنك ما، بينما الكمبيالة قد تكون كذلك وإن كانت في

الغالب تسحب على شخص عادي غير البنك كما هو الشأن كذلك بالنسبة للسند لأمر.

إن استخدام الشيك كوسيلة بديلة عن النقود يؤدي إلى التقليل من سرقتها أو نهبها أو ضياعها.

٥. يتم بواسطة الشيك الوفاء بالالتزامات عدة مرات إذا ما تم تداوله من مستفيد إلى آخر؛ إذ قد يحدث أن يتعامل المستفيد مع شخص آخر ويوفي دينه عن طريق تظهير الشيك إلى هذا الأخير، ويسمى المستفيد الأول بالمظهر والمستفيد الثاني بالمظهر إليه ويستطيع هذا الأخير تظهير الشيك إلى ثالث وهكذا.

٦. من أهداف المشرع لتحقيق تقدم اقتصادي الإقلال من استخدام النقود، ومن ثم فإن قيام الشيك بدور النقود في الوفاء بالديون عدة مرات كلما انتقلت من مستفيد إلى آخر يؤدي إلى الإقلال من استخدام النقود ومن ثم تحقيق ما رمى إليه المشرع اقتصادياً.

٧. الشيك محرر شكلي يتضمن بيانات حددها المشرع على سبيل الحصر ومن ثم لا يمكن تصويره إلا وهو محرر مكتوب بحيث تكفي مجرد النظرة إليه لتحديد الحقوق التي يتضمنها ومداهها، وتعرف هذه الخاصية عند فقهاء القانون بالكفاية الذاتية للورقة التجارية.

٨. يخضع الشيك لقواعد قانونية خاصة تسمى قانون الصرف أو القانون المصرفي، ويعرف الالتزام فيها بالالتزام المصرفي الذي ينفرد بخصائص يمكن إجمالها في حرفية الالتزام أو كفايته الذاتية بتجرد الالتزام عن سببه واستقلال الالتزامات الناشئة عن الورقة التجارية (الشيك) عن سبب إصداره.

٩. الشيك ورقة تجارية قابل للتداول من شخص إلى آخر بالطرق التجارية السريعة المنصوص عليها في قانون التجارة (التظهير- المناولة) دون أن تخضع للإجراءات الجامدة الواجب اتباعها في تداول وانتقال الحق في الحوالات المدنية.

عيوب الشيك:

كما ذكرنا آنفاً بأن هناك عيوباً تطرأ على الشيك وإن لم تكن جوهرية إلا إنها تقلل من استخدامه وتؤدي أحياناً إلى فقدان الثقة به وتتناول ذلك على النحو الآتي:

١- من العيوب التي تلاحق الشيك ضياعه أو سرقة أو تزويره وهي عيوب تلاحقه ما دام

التعامل به قائماً، إلا أن المشرع في أغلب التشريعات لم يغيب عن ذهنه - وهو بصدد التشريع - ما قد يتعرض له الشيك من مخاطر عند استعماله؛ فقام بوضع الحلول الملائمة عند تنظيم أحكامه تفادياً وتقليلاً من تلك المخاطر وبما يحفظ للشيك هيئته، وحتى لا يفقد ثقة المتعاملين عند التعامل به.

ومن تلك الحلول قيام المشرع بمنح صاحب الحق في الشيك ضمانات يمكن من خلالها التقليل من عيوب الضياع أو السرقة فأعطى صاحب الحق سلطة الاعتراض على الوفاء بقيمة الشيك أمام البنك المسحوب عليه في حالتين فقط هما ضياع الشيك أو إفلاس حامله.

وأما بالنسبة لحالة تزوير الشيك فيقع على عاتق البنك تحمل تبعة الوفاء في حالة شيك يحمل توقيعاً مزوراً على الساحب؛ إذ على البنك - وهو تاجر محترف - واجب التحري والفحص متقناً لإمضاء المحرر المحفوظ طرفه من قبل العميل «الساحب».

كذلك نص المشرع على أنواع من الشيكات كالشيك المسطر، والشيك المقيد في الحساب، وهذان النوعان من الشيكات لا يستطيع الحائز لهما سواء في حالة السرقة أم الضياع القيام باستلام المبلغ المحرر بالشيك من البنك المسحوب عليه، ويرجع سبب ذلك إلى منع المشرع البنك من الوفاء بمبلغ الشيك المسطر إلا إلى أحد عملائه أو إلى بنك آخر، ولهذا يعتبر الشيك المسطر إحدى الضمانات التي تلجأ إليها البنوك للحد من مخاطر ضياع أو سرقة أو تزوير الشيكات.

وكذلك هو الحال بالنسبة للشيك المقيد في الحساب؛ إذ يمنع البنك صرف المبلغ المحدد به، ويظل دوره فقط في القيام بقيد الشيك في حساب المستفيد أو النقل المصرفي بين حساب الساحب وحساب المستفيد، أو المقاصة بين الحسابين.

٢- إن نهاية مطاف الشيك تكون بينك ما سواء تم تداوله بين أكثر من مستفيد أو تم التوجه به مباشرة للبنك من قبل المستفيد الأول، ولهذا فإنه من السهل على سيئ النية من الأفراد اتخاذ الشيك أداة لخديعة الجمهور استغلالاً للعقيدة التي في نفوس الناس من أن وجود الشيك يشعر بوجود الرصيد في البنك نظراً لاستحالة الاستعلام من البنوك عن حقيقة وجود الرصيد من عدمه نظراً لسرية المعاملات وحسابات العملاء التي تحرص عليها البنوك.

٣- يلجأ البعض لاستعمال الشيكات وسيلة للحصول على مال الغير دون وجه حق، أو

على الأقل تسفر إساءة استعمال الشيكات من قبل الأفراد - بالرغم من حسن نيتهم - إلى الإضرار بهم (كتزوير الشيكات)، ولهذا لزم الأمر تدخل المشرع لحماية تلك المعاملات المستحدثة بتقرير الجزاء الجنائي.

٤- إن قبول الشيك للوفاء بالدين لا يضمن للدائن "المستفيد" أن البنك المسحوب عليه سيقوم بالوفاء بالمبلغ محله؛ ذلك أن ضمان المستفيد في قبوله الشيك كأداة للوفاء يكمن فقط في ثقته الشخصية في أمانة الساحب الذي من الواجب عليه ألا يسحب الشيك إلا إذا كان له رصيد قائم وكاف للوفاء طرف البنك، لأن البنك قد يستجيب لأمر الساحب ويقوم بوفاء قيمة الشيك، وقد لا يستجيب فيمتنع عن الوفاء حال لم يكن للساحب رصيد يكفي للوفاء بقيمته.

الفرع الثاني

التنظيم التشريعي للشيك من الناحيتين: المدنية والجنائية

تناولت التشريعات محل الدراسة بكل من تشريع الجمهورية اليمنية، والتشريع المقارن بجمهورية مصر العربية تنظيم أحكام الشيك من شقين: الجانب المدني والجانب الجزائي لكل منهما، وهو ما سنتناول بيانه في تشريعنا الوطني أولاً ثم لدى نظيره المصري ثانياً على النحو الآتي:

أولاً: تنظيم أحكام الشيك في التشريع اليمني:

تولى المشرع الوطني تنظيم أحكام الشيك من الناحية المدنية بأحكام القانون التجاري ومن الناحية الجزائية بأحكام قانون الجرائم والعقوبات وبيان ذلك كما هو آت:

١- قواعد الشيك في القانون التجاري:

انفرد الشيك بتنظيم قواعده بأحكام القانون التجاري الصادر بالقرار الجمهوري رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م وتعديلاته بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٨م في (٤٢) مادة بهذا القانون (من ٥٢٧ إلى ٥٦٩) والمواد (من ٨٠٥ إلى ٨١٠)، وقد تناولت تلك المواد تنظيمه في الجوانب الآتية:

- المادة (٥٢٧) تناولت الرجوع إلى أحكام الكمبيالة فيما لم يتم تنظيمه بالقدر الذي لا يتعارض مع ماهية الشيك.

- وتناولت المواد (من ٥٢٨ إلى ٥٤٠) إنشاء الشيك وبياناته.
 - وتناولت المواد (من ٥٤١ إلى ٥٤٨) تداول الشيك بالتظهير والضمان الاحتياطي.
 - وتناولت المواد (من ٥٤٩ إلى ٥٦٥) انقضاء الالتزام الثابت بالشيك.
 - وتناولت المواد (من ٥٦٦ إلى ٥٦٩) أحكام التقادم.
- فيما تناولت المواد (٨٠٥ - ٨١٠) من نفس القانون بيان العقوبات الجزائية المتعلقة بجرائم الشيك من جوانب متعددة.

وما تجدر الإشارة إليه هو بيان الأمرين الآتيين:

الأمر الأول: ما قرره المشرع الوطني بالمادة (٨٢٤) من القانون التجاري التي تنص: (يلغى القرار بقانون رقم (٣٩) لسنة ١٩٧٦م بشأن القانون التجاري الصادر في صنعاء وما يقابله من أحكام في القانون المدني رقم (٨) لسنة ١٩٨٨م الصادر في عدن وكذا يلغى أي حكم أو نص يتعارض وأحكام هذا القانون).

الأمر الثاني: تقرير المشرع بقواعد القانون الخاص بالقانون التجاري الأحكام الجزائية لجرائم الشيك، كما هي بالمواد: (٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠) والتي هي محل التعديل للقانون التجاري بالقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٨م، وستتناول نصوص تلك المواد بالمكان المخصص بصفحات هذا البحث.

٢- قواعد الشيك في قانون الجرائم والعقوبات:

كان سبق للمشرع الوطني «اليمني» في قيامه بتنظيم الجزاء المقرر لمخالفة قواعد الشيك بالمادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م التي تنص: (يعاقب بالحسب مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة كل من أعطى شيكاً وهو يعلم أن ليس له مقابل وفاء كافٍ وقابل للتصرف فيه أو من استرد بعد إعطائه كل المقابل أو بعضه بحيث لا يفي بقيمته أو من أمر المسحوب عليه بعدم الدفع، أو من تعمد توقيع الشيك بغير التوقيع المعتمد لدى المسحوب عليه، ويعاقب بالعقوبة ذاتها من ظهر لغيره شيكاً أو سلمه لحامله وهو يعلم أن ليس له مقابل يفي بقيمته أو أنه غير قابل للصرف، ولا تقع الجريمة إلا إذا لم يسدد الفاعل قيمة الشيك لحائزه خلال أسبوع من تاريخ إعلانه بالسداد).

ثانياً: تنظيم أحكام الشيك في التشريع المصري:

تولى المشرع المصري بتشريعاته المقارنة (الجزائي والتجاري) ذات الأمر والذي تولاه نظيره اليمني فقد تولى تنظيم أحكام الشيك من جانبين وبيان ذلك في الآتي:

١- قواعد الشيك في قانون التجارة الجديد:

أفرد المشرع المصري تنظيم قواعد الشيك بالفصل الثالث من الباب الرابع من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م في (٦٧) مادة بالمواد (من ٤٧٢ إلى ٥٣٩) وجاء بالفصل الرابع بالأحكام المشتركة للأوراق التجارية بنصوص المواد (من ٥٤٠ إلى ٥٤٩) حيث تناولت تلك المواد الآتي:

١- إصدار الشيك بالمواد (٤٧٢ - ٤٩٦).

٢- مقابل الوفاء في الشيك بالمواد (٤٩٧ - ٤٩٩).

٣- الضمان الاحتياطي بالمواد (٥٠٠ - ٥٠٢).

٤- الوفاء بالمواد (٥٠٣ - ٥١٧).

٥- الرجوع بالمواد (٥١٨ - ٥٢٨).

٦- التحريف بالمواد (٥٢٩ - ٥٣٠).

٧- التقادم بالمواد (٥٣١ - ٥٣٢).

٨- العقوبات بالمواد (٥٣٣ - ٥٣٩).

٩- أحكام مشتركة بالمواد (٥٤٠ - ٥٤٩).

وما تجدر الإشارة إليه هو بيان الأمرين الآتيين:

الأمر الأول: ما قرره المشرع بالمادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م. نحو تقريره الإلغاء الصريح لنص المادة رقم (٣٣٧) لجرائم الشيك المنصوص عليها بأحكام قانون العقوبات الصادر سنة ١٩٣٧م - التي تنص: ([يلغى قانون التجارة الصادر بالأمر العالي في ١٣ من نوفمبر ١٨٨٣م عدا الفصل الأول من الباب الثاني منه والخاص بشركات الأشخاص، ويستعاض عنه بالقانون المرافق، ويلغى نص المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات اعتباراً من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٥م، كما يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام القانون المرافق].

الأمر الثاني: تقرير المشرع المصري الأحكام الجزائية لجرائم الشيك المنصوص

بقواعد قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م بالمواد (من ٥٣٤ إلى ٥٣٩).

٢- أحكام الشيك بقانون العقوبات المصري:

وهو ما سبق للمشرع المصري القيام بتنظيمه بالمادة [الملغاة] رقم (٣٣٧) من قانون العقوبات الصادر سنة ١٩٣٧م التي تنص على: (أن سحب شيك لا يقابله رصيد قائم أو غير قابل للسحب، أو إذا كان الرصيد أقل من قيمة الشيك، أو القيام بسحب كل أو جزء من الرصيد بحيث أصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك، أو القيام بأمر المسحوب عليه بعدم الدفع - جريمة يعاقب عليها بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً مصرياً أو بإحدى العقوبتين).

ولما كان المشرع المصري قد قام بإلغاء النص العقابي المذكور أعلاه إلغاءً صريحاً بالمادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م والاستعاضة عنه بالجزاء المقرر بأحكام هذا القانون فإن ذلك أمر صائب تولاه يشهد به الواقع العملي فقهاً وقضاءً نحو دقته وتدقيقه وهو بصدد التشريع لمنع ما قد ينشأ من تعارض بين الأحكام التشريعية (السابقة واللاحقة) التي تتولى تنظيم مسألة واحدة ومثالها محل الدراسة (جرائم الشيكات) فكان منه ذلك الإلغاء الصريح الفصيح للنص الجزائي بالمادة (٣٣٧) بقانون العقوبات واستبدل بها الجزاء المقرر بقانون التجارة الجديد، وهو ما يأمل الباحث من المشرع اليمني السير على نهج نظيره المصري في هذه المسألة لتدارك تلك العيوب المستمرة نحو تعارض الأحكام القانونية (السابقة واللاحقة) بتشريعاتنا الوطني المقررة كل منها الجزاء لجرائم الشيكات الواردة في كل من القانون العام (قانون الجرائم والعقوبات)، والقانون الخاص (القانون التجاري).

المطلب الثاني

البيانات والشروط اللازم توافرها لتقرير الحماية الجنائية للشيك

لما كان الشيك أكثر الأوراق التجارية استعمالاً في الحياة العملية، ولما كان شيوع استعماله مرهوناً على مقدار الثقة فيه، لذلك فإن المشرع اليمني ونظيره المصري قد أفرد كل منهما تنظيماً مستقلاً للشيك من كافة جوانبه وذلك في أحكام القانون التجاري لكل منهما، وأمام تلك الأهمية فقد أحاطاه بحماية جنائية بذات أحكام القانون الخاص حتى لا يستخدم بصورة مغايرة لإنشائه وإصداره، وهنا يمكن القول إن الشيك يكون محلاً

للمحماية الجنائية حال كان مشتملاً للبيانات القانونية المحددة على سبيل الحصر وحال كان مسحوباً على بنك، ناهيك عن ضرورة التقيد بتقديم الشكوى الجزائية خلال المدة المحددة قانوناً حتى لا يخرج عن محيط الحماية الجنائية، وتتناول تفصيل ذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

البيانات الإلزامية في الشيك

حرص المشرع على تمييز الشيك عن غيره من الأوراق التجارية فاستلزم احتواءه على بيانات معينة حددها حصراً رتب على إغفالها قابلية الشيك لبطلان، وإذا كان المشرع قد أكد على احتواء ورقة الشيك بيانات شكلية على سبيل الوجوب فإنه في مقابل ذلك الإلزام أعطى للأطراف حرية إدراج بيانات أخرى ما دامت لا تتعارض مع طبيعته تعرف لدى الفقه بالبيانات الاختيارية فإن كانت تتعارض مع طبيعة الشيك فإنها محل لحظر إدراجها فيه بحكم القانون، وتعرف لدى الفقه بالبيانات الممنوعة، وتتناول بيان ذلك في الآتي:

- يقصد بالبيانات الإلزامية أنها تلك البيانات التي استلزم المشرع إدراجها وجوباً في محرر ورقة الشيك وتعرف لدى الفقه «بالبيانات الشكلية».

والمشرعان اليمني ونظيره المصري أشارا بالتشريع التجاري لكل منهما إلى تلك البيانات بالنصوص المنظمة أحكام الشيك، فالمادة (٥٢٨) من القانون التجاري اليمني تنص: [يشتمل الشيك على البيانات الآتية:

١- لفظ شيك مكتوب في متن الصك وباللغة التي كتب بها.

٢- تاريخ ورقم الشيك ومكان إنشائه.

٣- اسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه).

٤- اسم من يجب الوفاء له أو لأمره وفقاً للمادتين (٥٣١، ٥٣٣).

٥- أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود.

٦- مكان الوفاء.

٧- توقيع من أنشأ الشيك (الساحب).

- كما بينّ المشرع المصري البيانات الإلزامية في الشيك بالمادة (٤٧٣) من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م تجاري مصري التي تنص: [يجب أن يشتمل الشيك على البيانات الآتية:

١. كلمة شيك مكتوبة في متن الصك وباللغة التي كتب بها.
٢. أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود مكتوبة بالحروف والأرقام.
٣. اسم البنك المسحوب عليه.
٤. مكان الوفاء.
٥. تاريخ ومكان إصدار الشيك.
٦. اسم وتوقيع من أصدر الشيك].

وما تجدر الإشارة إليه أن بيانات الشيك سواء أكانت الإلزامية منها أم الاختيارية- وإن كانت محررة كتابة في مجموعها لا يتصور غيرها ظهور شيك في الواقع العملي، بيد أن بعض تلك البيانات يأتي محرراً طباعة من المسحوب عليه بينما بعضها الآخر محرر بخط اليد كتابة أو طباعة سواء من الساحب نفسه أو من يقوم مقامه قانوناً؛ الأمر الذي يمكن القول معه أن البيانات القانونية "الشكلية" للشيك يقوم بتدوينها طرفان هما الساحب والمسحوب عليه.

- البيانات الإلزامية التي يتولى الساحب تدوينها بالشيك:

يقع على عاتق الساحب أو من يقوم مقامه قانوناً تدوين بيانات بمحرر الشيك علي سبيل الوجوب كتابة أو طباعة تتمثل في الآتي:

- أ- تاريخ إصدار الشيك.
- ب- مبلغ الشيك.
- ج- اسم المستفيد ما لم يكن الشيك صادراً لحامله.
- د- التوقيع على الشيك.

- البيانات الإلزامية التي يتولى المسحوب عليه تدوينها بالشيك:

لما كان المشرع قد خص البنوك وحدها دون غيرها القيام بتسليم عملائها دفاتر شيكات مشروطاً أن تكون تلك الدفاتر محررة وفقاً لنماذج معينة معدة منه سلفاً؛ بمعنى احتواء كل ورقة من تلك الدفاتر على بيانات معينة حددها المشرع حصراً مما مفاده

اشترك المسحوب عليه وجوباً إلى جانب الساحب في تدوين بعض بيانات الشيك، يقع على عاتق هذا الأخير تدوين عدد من البيانات الإلزامية طباعة في كل ورقة بدفتر الشيكات التي يقوم بتسليمها للعميل؛ كونها تتعلق بمهام أعماله البنكية ومن صميم اختصاصه، وتتمثل في البيانات الآتية:

- أ- لفظ شيك.
- ب- اسم الساحب.
- ج- اسم «البنك» المسحوب عليه.
- د- الأمر بالدفع.
- هـ- رقم الحساب ورقم الشيك.
- و- مكان الإصدار ومكان الوفاء.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذين البيانيين (مكان الإصدار ومكان الوفاء) - على الرغم من ورودهما ضمن البيانات الإلزامية بكل من التشريعين محل البحث بالمادة (٥٢٨). تجاري يميني)، والمادة (٤٧٣). تجاري مصري) فإنهما لا يعتبران من البيانات الإلزامية التي يترتب على إغفالها بطلان ورقة الشيك، فقد استثنى المشرع على سبيل الحصر عدم بطلان الشيك عند إغفال مكان الإصدار أو مكان الوفاء؛ إذ تنص المادة (٥٢٩) تجاري يميني: [الصك الخالي من أحد البيانات المذكورة في المادة السابقة لا يعتبر شيكاً إلا في الحالتين الآتيتين:

- ١- إذا خلا الشيك من بيان مكان الإنشاء اعتبر منشأً في المكان المبين بجانب اسم الساحب.
- ٢- إذا خلا من بيان مكان وفائه، فالمكان المعين بجانب اسم المسحوب عليه يعتبر مكان وفائه، فإذا ذكرت عدة أمكنة بجانب اسم المسحوب عليه اعتبر الشيك مستحق الوفاء في أول مكان مبين، وإذا خلا الشيك من هذه البيانات أو من بيان آخر اعتبر مستحق الوفاء في المكان الذي يقع فيه المحل الرئيس للمحسوب عليه].

- وكذلك هو الحكم بالمادة (٤٧٤) تجاري مصري التي تنص: [الصك الخالي من أحد البيانات المذكورة بالمادة (٤٧٣) من هذا القانون لا يعتبر شيكاً إلا في الحالات الآتية:

أ- إذا كان الشيك خالياً من بيان مكان الوفاء اعتبر مستحق الوفاء في المكان الذي يوجد

به المركز الرئيس للبنك المسحوب عليه .

ب- إذا خلا الشيك من بيان مكان إصداره اعتبر أنه صدر في موطن الساحب .]

الفرع الثاني

أثر الإخلال بالبيانات الإلزامية على صحة الشيك

تناولنا أنفاً البيانات القانونية اللازم تدوينها في الشيك على سبيل الوجوب حتى يحوز القيمة القانونية ليتمكن من أداء وظيفته كأداة وفاء تقوم مقام النقود في المعاملات التجارية أو المدنية، ومن ثم فهي ليست محل اختيار للترك بيد طرفي الشيك الساحب والمسحوب عليه ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو عن الأثر المترتب على إغفال تدوين أحد البيانات القانونية السالف ذكرها في الشيك أو الإخلال بها؟ وهو ما سنتناول إيضاحه وبيانه على النحو الآتي:

أولاً: أثر الإغفال أو الإخلال بالبيانات الإلزامية على صحة الشيك من الناحية المدنية:

مما لا شك فيه أن البيانات الشكلية التي اشترط المشرع تدوينها في الشيك وردت بنصوص قانونية بصيغة الوجوب فهو ما يعني أن إدراجها في الشيك أمر وجوبي؛ لا جوازي، كون النصوص المتعلقة بتلك البيانات نصوص مرة إذ لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها كونها تتعلق بالنظام العام ومن ثم فإن الإخلال بالبيانات القانونية (الشكلية) لا يتصور وقوعه إلا في حالات ثلاث (الترك - الصورية - التحريف)، وتتناول بيان ذلك في الآتي:

الناحية الأولى: الترك:

يستفاد من النصوص المنظمة لأحكام الشيك بصفة عامة ونص كل من المادة (٥٢٩. تجاري يميني) والمادة (٤٧٤. تجاري مصري) بصفة خاصة أن الأثر المترتب على ترك أحد البيانات الإلزامية في الشيك لا يخرج عن أحد أمرين:

الأمر الأول: يظل الصك ممتنعاً بوصفه شيكاً وترتب عليه آثاره القانونية بالرغم من فقدانه بعض البيانات الإلزامية، وهذا الأمر يتضح في الصور الآتية:

١- الشيك الخالي من بيان مكان الإصدار يعد شيكاً صحيحاً؛ حيث يعتبر مكان إصداره

المكان المبين بجانب اسم الساحب .

٢- الشيك الخالي من بيان مكان الوفاء- يعد شيكاً صحيحاً، حيث يعتبر مكان الوفاء المقر الرئيسي للمسحوب عليه .

٣- الشيك الخالي من بيان اسم المستفيد- يعتبر شيكاً لحامله .

الأمر الثاني: يترتب على الترك البطلان وتتناول ذلك البطلان من وجهين هما:

الوجه الأول: بطلان الشيك كتصرف قانوني:

يكون الشيك باطلاً كتصرف قانوني عند إغفال أحد أمرين: توقيع الساحب أو إغفال كتابة مبلغ الشيك، فبدون التوقيع يفقد الشيك قيمته القانونية؛ فبدونه لا يبطل الصك وصفه شيكاً فقط وإنما يبطل كتصرف قانوني ويبطل الالتزام الثابت فيه، ولذلك فإن التوقيع شرط لصحة الالتزام أصلاً وليس شرطاً لصحة الشيك فقط.

وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض المصرية في قواعدها القضائية بتقريرها:

[لا يوجد في القانون ما يلزم أن تكون بيانات الشيك محرره بخط الساحب يتعين فقط أن يحمل الشيك توقيع الساحب؛ لأن خلوه من هذا التوقيع يكون ورقة لا قيمة لها ولا يؤبه بها في التعامل].

الوجه الثاني: بطلان الصك بوصفه شيكاً فقط:

قد تفقد الورقة «الصك» وصف الشيك ولكن تبقى لها قيمتها القانونية كسند عادي يخضع للقواعد العامة ويتجلى هذا الأمر في الصور الآتية:

١- إذا جاء الشيك مشتملاً للبيانات القانونية ولكنه مسحوب على غير بنك أو على غير نماذج البنوك، فإن هذا الصك يفقد وصفه شيكاً ولكن يمكن اعتباره سند دين عادياً تحكمه القواعد العامة الواردة بالقانون المدني.

٢- إذا جاء الشيك مديلاً بتوقيع الساحب، ولكن الأمر بالدفع ليس مبلغاً من النقود؛ ففي هذه الحالة يفقد الصك وصف الشيك ويتحول إلى سند عادي يخضع للقواعد العامة.

٣- إذا جاء الشيك مديلاً بتوقيع الساحب مشتملاً على أمر بالدفع لمبلغ معين من النقود غير أنه خالٍ من أحد البيانات الأخرى كالتاريخ أو اسم المستفيد... «وهنا يختلف الأمر فإذا قام المستفيد باستكمال البيان الناقص اعتبر الصك عندئذ شيكاً صحيحاً

وتنعطف عليه الحماية القانونية التي أسبغها المشرع له، أما إذا لم يقيم المستفيد بذلك التصرف فإن الورقة تفقد وصف الشيك مع إمكانية اعتبارها سند دين عادياً لإثبات التزام الساحب تجاه المستفيد بالمبلغ الثابت في الورقة فيعد ذلك اعترافاً بالدين.

الناحية الثانية: الصورية:

يقصد بالصورية هنا ذكر بيانات الشيك على خلاف الحقيقة وأغلب حالات الصورية تقع على تاريخ الشيك ولا يترتب على الصورية بطلان الصك إلا إذا قصد بها الغش، وغالباً ما تقع الصورية على التاريخ حيث يحاول الأطراف جعل التاريخ سابقاً على التاريخ الحقيقي لإخراج الشيك من فترة الريبة التي تسبق إفلاس الساحب أو يجعله سابقاً لتوقيع الحجر- أو لمحاولة جعل تاريخ الشيك لاحقاً للتاريخ الحقيقي الذي صدر فيه حتى يتمكن الساحب من إيداع مقابل الوفاء لدى البنوك لتفادي الوقوع في الاتهام بجريمة إصدار شيك بدون رصيد.

والأصل أن الصورية بقصد الغش تخرج الشيك عن طبيعته ويترتب عليها بطلانه، كما في حالة إخفاء الأهلية أو نقصها أو إخراج الشيك من فترة الريبة. ومن ثم يستطيع صاحب المصلحة التمسك ببطلان تحرير الشيك.. أما إذا انتفى قصد الغش عن الصورية كحالة تأخير التاريخ لتمكين الساحب من إيداع مقابل الوفاء فلا أثر للصورية على صحة الشيك، والأصل أن بيانات الشيك صحيحة حسب ظاهرها حتى تثبت صوريته وعلى من يدعي الصورية إثباتها بأي من طرق الإثبات.

الناحية الثالثة: التحريف:

من الأهمية بمكان بيان الفارق بين التحريف والتزوير في الشيك:

- ١- فالتحريف يقصد به تعديل بعض البيانات - بمعنى أن هذه البيانات تكون محررة أولاً ثم يقع عليها التعديل «التحريف» ثانياً، وينصرف التحريف في الغالب على مبلغ الشيك حيث يتم تعديل مبلغ الشيك أو تحشير كلمات وهو ما يترتب عليه دفع مبلغ أكبر من المبلغ الحقيقي الذي انصرفت إليه إرادة الساحب عند إصداره الشيك.
- ٢- أما التزوير فيقصد به أن يضع الشخص المزور التوقيع على محرر بإمضاء ليس لصاحبه ولا يشترط أن يقلد المزور إمضاء الشخص الذي زور عليه بل يكفي وضع

اسمه بطريقة عادية لا تقليد فيها ما دام كان من شأن ذلك أن يندفع فيه بعض الناس فيوهمهم بصدور المحرر عن صاحبه فيتم تداوله على ذلك النحو.

تحديد المسؤولية عند التحريف أو التزوير لبيانات الشيك:

١- التحريف: إذا وقع تحريف على بيان الشيك التزم الموقعون اللاحقون للتحريف بما ورد في المتن المحرف - أما الموقعون السابقون فيلتزمون بما ورد في المتن الأصلي، وهو الأمر الذي قرره المشرع اليمني بالمادة (٤٣٧. تجاري يميني)، وأكدته نظيره المصري بالمادة (٥٢٩. تجاري مصري).

بيد أن النص السالف ذكره لا يمكن تطبيقه في الواقع العملي إلا إذا أمكن تحديد تاريخ التغيير ويقع عبء إثبات ذلك على من يدعي أن التغيير قد حدث بعد توقيعه.

٢- التزوير: لا مسؤولية على الساحب المزور توقيعه في الشيك عملاً بما قرر المشرع اليمني بالمواد: (٤٢٩، ٤٤٨، ٥٤٠. تجاري يميني)، وما قرره المشرع المصري بالمواد: (٤٨٠، ٤٩٤، ٥٢٨. تجاري مصري)؛ حيث يتحمل المسحوب عليه وحده المسؤولية في حالة الوفاء بقيمة الشيك ذي التوقيع المزور أو المحرفة ببياناته، كونه تاجراً محترفاً لا شخصاً عادياً ما لم يكن الخطأ من الساحب، ويستطيع الساحب المزور توقيعه الدفع بالتزوير أمام الكافة بما في ذلك الحامل الحسن النية - ويعد هذا استثناء لقاعدة تظهير الدفع.

ثانياً: أثر الإخلال أو ترك البيانات الإلزامية على صحة الشيك من الناحية الجنائية:

إن الشيك في مفهوم التجريم هو أمر يصدر عن الساحب إلى المسحوب عليه بوفاء مبلغ من النقود إلى المستفيد - فإذا توافرت للصك هذه المقومات اعتبر شيكاً خاضعاً للحماية الجنائية ولو تخلف عنه بعض البيانات الإلزامية باستثناء توقيع الساحب الذي يعد بياناً جوهرياً يترتب على إغفاله فقدان الورقة وصف الشيك سواءً من الناحية التجارية أو من الناحية الجنائية على حدٍ سواء؛ ذلك أن خلو الشيك من توقيع صاحبه يجعله ورقة لا قيمة لها قانوناً وإن كانت لا تعدو أن تكون مشروع شيك لا يعتد به.

ومن ثم فإن أثر تخلف أحد البيانات الشكلية في الشيك ينبغي أن يرتبط بالحكمة من التجريم والفائدة المرجوة من التعامل بالشيكات، ذلك أن المشرع قد هدف إلى حماية الثقة في ذلك الصك ليسهل تداوله، وفي هذه المسألة بالذات يبدو استقلال القانون الجنائي عن القانون التجاري لاختلاف الغاية من تنظيم الشيكات في كل منهما ومن ثم

فإن البيانات الشكلية التي ينبغي توافرها في الشيك ليتوافر له الحماية الجنائية هي التي من شأنها أن تجعله أمراً بالدفع بمبلغ معين من النقود بمجرد الاطلاع عليه ومن ثم فإن أي بيان ناقص أو زائد بعد ذلك لا أثر له ولا يغير من هذه الصفة في الورقة باعتبارها شيكاً يصلح محلاً للمساءلة الجنائية مهما كانت نظرة القانون التجاري إليها، والقول بغير ذلك يؤدي إلى هروب كثير من الجناة الذين سيتخذون الشيك وسيلة للنصب على الغير بوضع عيوب شكلية فيه عند تحريره ابتداءً.

ولما كان ذلك فإن السؤال هنا هو ما مدى خضوع الشيك المتضمن للبيانات الشكلية التي نص عليها القانون للحماية الجنائية المقررة له حال سحبه على غير بنك أو المحرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه؟.

إن ذلك الصك في هذه الحالة لا يعتبر شيكاً من الناحية التجارية ومن الناحية الجنائية معاً؛ لورود نصوص صريحة قضت بذلك بالتشريعات محل البحث بالمادة (٥٣٠. تجاري يمني) وما يقابلها بالمادة (٤٧٥. تجاري مصري) اللتين تضمنتا حظر سحب شيك على غير بنك وأن الصك المسحوب في صورة شيك على غير بنك أو المحرر على غير نماذج البنك المسحوب عليه لا يعتبر شيكاً.

ولذلك نعتقد أن الشيك يكون محلاً للحماية الجنائية إذا ما توافرت فيه ثلاثة شروط مجتمعة هي:

الشرط الأول: أن يكون الشيك مسحوباً على بنك.

الشرط الثاني: أن يكون الشيك محرراً على نماذج البنك المسحوب عليه.

الشرط الثالث: إمهار الساحب التوقيع على الشيك.

فإذا ما توافرت هذه الشروط في الصك أصبح عندئذٍ شيكاً صحيحاً قابلاً للحماية الجنائية المقررة له، ومن ثم فإنه لا تأثير بعد ذلك لإغفال أي من البيانات الإلزامية الأخرى التي تقع على عاتق الساحب أو من يقوم مقامه قانوناً تدوينها كتابةً أو طباعةً بورقة الشيك في صحته مدنياً أو جنائياً.

ذلك أنه بفرض إغفال الساحب تدوين اسم المستفيد في الشيك فإن مؤداه أنه شيك صادر لحامله ومن ثم يكون الصك شيكاً صحيحاً صالحاً للحماية الجنائية.

كما أن فرض إغفال الساحب تدوين تاريخ إصدار الشيك وكذلك إغفال تدوين

مبلغه فإن مؤداه أن الساحب قد فوّض المستفيد القيام بهذا الأمر ومن ثم اعتبار الصك شيكاً صحيحاً صالحاً للحماية الجنائية في هذا التصور أيضاً.

وهو الأمر الذي يراه الفقه بأن الشيك المتضمن توقيع الساحب والخالي من بعض بيانات الشيك الأخرى التي يقع على عاتق الساحب إدراجها في الصك بما في ذلك مبلغ الشيك تحديداً فإن ذلك الشيك لا يعتبر باطلاً بل يعد شيكاً صحيحاً وتترتب عليه آثاره القانونية؛ ذلك أن قيام الساحب بتوقيع الشيك على بياض وتسليمه للمستفيد على ذلك النحو إنما يدل ضمناً على تفويض الساحب المستفيد كتابة مبلغ الشيك المتفق عليه وتملئة البيان الناقص.

وقد تصدت محكمة النقض المصرية لهذا الأمر في العديد من أحكامها، ومن ذلك ما قضت به في هذا الشأن: [إن توقيع الساحب الشيك على بياض دون أن يدرج القيمة التي يحق للمستفيد تسلمها من المسحوب عليه أو دون إثبات تاريخ به لا يؤثر في صحة الشيك ما دام قد استوفى تلك البيانات قبل تقديمه للمسحوب عليه، إذ إن إعطاء الشيك للصادر لمصلحته بغير إثبات القيمة أو التاريخ يفيد أن مصدره قد فوض المستفيد وضع هذين البيانين قبل تقديمه للمسحوب عليه... ومن ثم لا يجدي الطاعن ما يتذرعه به لنفي مسؤوليته الجنائية أن المدعي بالحقوق المدنية قد خان أمانة التوقيع وملاً بيانات الشيك على خلاف الواقع].. طعن جزائي رقم [٤٤٣٨٩] لسنة [٥٩] ق جلسة ٢ أكتوبر ١٩٩٦م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر الجنائية، السنة السابعة والأربعون من يناير إلى ديسمبر ١٩٩٦م، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

- وأما بالنسبة للفرض بقيام الساحب التوقيع على الشيك بتوقيع مغاير لتوقيعه المحفوظ طرف البنك المسحوب عليه. ففي هذا التصور أيضاً يكون الصك شيكاً صحيحاً صالحاً للحماية الجنائية.

بل إن الساحب بهذا الفرض يكون محلاً للمساءلة الجنائية، لاقترافه هذا الفعل الذي من شأنه تعطيل الشيك عن أداء وظيفته التي أنشئ من أجلها؛ حيث سيمتتع البنك عن الوفاء بمبلغ الشيك بسبب اختلاف توقيع الساحب بورقة الشيك عن نموذج التوقيع المحفوظ لديه، وهو الأمر الذي قرره تشريعات الدول محل الدراسة وكرسته أحكام القضاء معاً كما هو منصوص عليه بالمادة (٣١١). عقوبات يميني)، والمادة (٥٣٤). تجاري مصري)، كما سنتناوله تفصيلاً بالمبحث المخصص لأركان جرائم الشيك.

وقد كانت نظرة قضاء النقض المصري قبل صدور قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م على أن بطلان الشيك كورقة تجارية وبطلان الالتزام المصرفي الوارد فيه نتيجة الإخلال ببياناته الإلزامية لا يسلبه الحماية الجنائية المقررة له قانوناً، ومما قضت به محكمة النقض المصرية في هذا الشأن: [أن توقيع الساحب الشيك على بياض دون أن يدرج القيمة التي يحق للمستفيد تسلمها من المسحوب عليه أو دون إثبات تاريخ به لا يؤثر في صحة الشيك ما دام قد استوفى تلك البيانات قبل تقديمه للمسحوب عليه؛ إذ إن إعطاء الشيك للصادر لمصلحته بغير إثبات القيمة أو التاريخ يفيد أن مصدره قد فوض المستفيد وضع هذين البيانيين قبل تقديمه للمسحوب عليه... ومن ثم لا يجدي الطاعن ما يتذرع به لنفي مسؤوليته الجنائية أن المدعي بالحقوق المدنية قد خان أمانة التوقيع وملاً بيانات الشيك على خلاف الواقع].. طعن جزائي رقم [٤٤٣٨٩] لسنة [٥٩] ق جلسة ٢ أكتوبر ١٩٩٦م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر الجنائية، السنة السابعة والأربعون من يناير إلى ديسمبر ١٩٩٦م، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

وأما بعد صدور قانون التجارة المصري الجديد- فإن محكمة النقض المصرية قد قضت في حكم حديث لها بتاريخ ٢٧ فبراير ٢٠٠٥ بالآتي: [من المقرر أن جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تتم بمجرد إعطاء الشيك إلى المستفيد مع علمه بعدم وجود مقابل وفاء له قابل للسحب في تاريخ الاستحقاق؛ إذ يتم بذلك طرح الشيك في التداول ويكفي أن تكون هذه الورقة بحسب ظاهرها شيكاً بالمعنى القانوني بغض النظر عن حقيقة الواقع مما ذكر فيها من بيانات شكلية خاصة بأطراف الشيك الثلاثة ليقبل في المعاملات على أساس أنها تجري فيها مجرى النقود، وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يفتن إلى هذا النظر المتقدم وخلص إلى عدم توافر جريمة إصدار شيك بدون رصيد رغم منازعة الطاعنة في هذا الأمر ولم يقسط هذا الاتفاق حقه بل اطرحه ولم يحققه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه فإنه يكون قاصراً في بيان سائر الأركان القانونية لجريمة إصدار شيك لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب وهو ما يعيبه ويوجب نقضه والإعادة في خصوص ما قضى به في الدعوى المدنية]. طعن رقم ١٣٩٧٩ لسنة ٦٩ ق جلسة الأحد ١٨ محرم ١٤٢٦هـ الموافق ٢٧ فبراير ٢٠٠٥م، الدائرة الجنائية، الأحد (ب)، محكمة النقض المصرية.

المبحث الثاني أركان جرائم الشيك

تمهيد وتقسيم:

لما كان الشيك أكثر الأوراق التجارية استعمالاً في الحياة العملية ولما كان شيوع استعماله مرهوناً على مقدار الثقة فيه، ولما كان المشرع قد أفرد للشيك تنظيمًا مستقلاً من كافة جوانبه وحتى لا يستخدم الشيك بصورة مغايرة للغاية من إنشائه فإنه كان من اللازم - حتماً وبالضرورة - إحاطة الشيك بحماية جنائية موسعة تكفل حماية الأفراد لاستيفاء حقوقهم وتحقق الردع الخاص والعام في آن واحد، وأمام تلك الأهمية للشيك قامت أغلب التشريعات - إن لم يكن جميعها - بتجريم عدد من الأفعال التي تمثل اعتداء على الشيك.

والمشرعان اليمني والمصري كغيرهما لم يغب عن ذهنهما تلك الأهمية فأحاط كل منهما الشيك بحماية جنائية كافية وهما بصدد تشريع أحكامه بالقانون التجاري كما أن كلا من المشرعين سبق لهما تجريم أفعال الشيك بتشريعاتهما بأحكام القانون الجزائي (العقوبات).

وإذا كنّا بالمبحث السابق قد بينّا الشيك الخاضع للحماية الجنائية شروطه وبياناته فإننا سنتناول بهذا المبحث الجرائم المتعددة المرتبطة بالشيك والجزاء المقرر لها الواجب تطبيقه عند الإخلال بأحكامه لتعطيلها الشيك عن أداء وظيفته كأداة تقوم مقام النقود للوفاء بالالتزامات.

هذا وعلى الرغم من أن التصور لدى غالب أشخاص المجتمع بأن جريمة الشيك تنحصر بذلك الفعل الإجرامي المتمثل بإصدار شيك بدون رصيد أو رصيد ناقص وليس غير ذلك، فإنه إن كان هذا الفعل له الغلبة في الظهور واقعاً للإخلال بوظيفة الشيك فإن هناك أفعالاً أخرى كذلك من شأنها تعطيل الشيك عن أداء دوره الذي خلق له، وهو ما أدركه المشرع فجرّمها وعاقب عليها جنائياً وتمثل في تلك الأفعال الإجرامية الأخرى المتصور وقوعها من أحد أطراف الشيك الثلاثة (الساحب - المسحوب عليه - المستفيد)، أضف إلى ذلك تلك الأفعال الإجرامية التي قد يقوم بها مظهر الشيك أو حامله عند التداول والذي يقع أي منهما في هذه الحالة بمركز الساحب ويأخذ حكمه.

بمعنى أن الأفعال الإجرامية في الشيك متعددة بأحكام القانون؛ فهناك جرائم قد يرتكبها الساحب من جهة أولى وهناك جرائم قد يرتكبها أحد موظفي البنك المسحوب عليه من جهة ثانية، وهناك جرائم قد يقوم بها المستفيد من جهة ثالثة، وكذلك هناك جرائم المظهر والحامل التي قد تظهر حال تداول الشيك في الواقع العملي، وهو ما سنتولى بحث تلك الجرائم بالتشريعيين محل الدراسة لبيان مدى التناسب والملاءمة بين العقوبة المقررة والأفعال محل التأثيم، وهل حققت العقوبة الردع العام والخاص للحد من تفشي هذه الظاهرة الإجرامية بما غايته سد الفجوة القائمة بين الواقع والقانون، لذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين هما:

المطلب الأول

جرائم الشيك التي يقوم بها الساحب ومن في حكمه

لم يغيب عن ذهن المشرع - وهو بصدد تشريعه الجزاء المقرر لمخالفة أحكام الشيك - تصوره تلك الأفعال المتعددة التي قد يتجرأ الساحب القيام بإحداها والتي من شأنها فقد الثقة في الشيك وتعطيل وظيفته لا سيما أن الساحب يُعد الشخص الأساسي المُحرك للشيك؛ كونه الشخص المعني بتولي إصداره ووضعه للتداول أمام أفراد المجتمع الذين يقبلون وبحسن نية منهم - التعامل به لاستيفاء أموالهم على ذلك النحو، كما قد يقوم مظهر الشيك أو حامله بالتصرف فيه سواءً بتظهيره أو تسليمه للغير مع علمهما أنه لا رصيد له أو أنه غير قابل للسحب من البنك لسبب ما فعندئذ يكونان في مركز الساحب ويأخذان حكمه .

وأمام تعدد جرائم الساحب ومن يأخذ حكمه فإننا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتناول بالفرع الأول الركن المادي لجرائم الساحب، ثم نتناول بالفرع الثاني أركان جرائم الشيك التي يرتكبها المظهر أو الحامل على النحو الآتي:

الفرع الأول

أركان جرائم الشيك التي يقوم بها الساحب

من أجل إزكاء الثقة في الشيك وحماية المتعاملين به فإن المشرعين محل البحث قد جرماً أفعال الساحب المتعددة والتي من شأن القيام بأحداها تعطيل الشيك عن أداء

وظيفته وذلك في كل من أحكام القانون العام والقانون الخاص وفي تشريعات كل منهما وتمثل تلك الأفعال إجمالاً في الآتي:

- القيام بإصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف.
- القيام باسترداد كل الرصيد أو بعضه أو التصرف فيه بعد إصداره الشيك بحيث يصبح الرصيد الباقي لا يفي بقيمة الشيك.
- القيام بإصدار أمر للمسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانوناً.
- القيام بتحرير شيك أو التوقيع عليه على نحو يحول دون صرفه.

١- النصوص التشريعية لجرائم الساحب في القانون اليمني:

قام المشرع الوطني بتجريم الشيك من جانبين في كل من القانون العام بأحكام قانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م والقانون الخاص بأحكام القانون التجاري رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١م وتعديلاته النافذة وتتناول ذلك:

أ- جرائم الساحب في قانون الجرائم والعقوبات:

كما هو مقرر ذلك بحكم المادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات التي تنص:

[يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة من أعطى شيكاً وهو يعلم أن ليس له مقابل وفاء كافٍ وقابل للتصرف فيه أو استرد بعد إعطائه كل المقابل أو بعضه بحيث لا يفي بقيمته أو أمر المسحوب عليه بعدم الدفع أو تعمد توقيع الشيك بغير التوقيع المعتمد لدى المسحوب عليه ويعاقب بالعقوبة ذاتها من ظهر لغيره شيكاً أو سلمه لحامله وهو يعلم أن ليس له مقابل يفي بقيمته أو أنه غير قابل للصرف، ولا تقع الجريمة إلا إذا لم يسدد الفاعل قيمة الشيك لحائزه خلال أسبوع من تاريخ إعلانه بالسداد].

ب- جرائم الساحب في القانون التجاري:

تم تنظيمها بأحكام المواد الآتية:

- تنص المادة (٨٠٥. تجاري يمني):

[كل من أصدر وأثبت سوء نيته شيكاً لا يكون له مقابل وفاء قائم وقابلًا للمسحب أو يكون له مقابل وفاء أقل من قيمة الشيك، وكل من استرد بسوء نية بعد إعطاء الشيك مقابل الوفاء أو بعضه بحيث أصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك أو أمر وهو سيئ النية

المسحوب عليه الشيك بعدم دفع قيمته، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن ١٠٪ من قيمة الشيك].

- كما تنص المادة (٨٠٩. تجاري يميني): [يعاقب بغرامة لا تزيد على عشرة آلاف ريال:

١. كل من أصدر شيكاً لم يؤرخه أو ذكر تاريخاً غير صحيح بسوء نية.
٢. كل من سحب شيكاً على غير بنك.
٣. كل من سحب شيكاً ليس له مقابل وفاء كامل سابق على سحبه وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها بالمادتين (٨٠٥، ٨٠٦. تجاري يميني).

٢- النصوص التشريعية لجرائم الساحب في القانون المصري:

ما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع المصري قام بإلغاء نص المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات بشأن جرائم الشيكات واستعاض عنها بأحكام قانون التجارة الجديد، وكما هو مقرر ذلك بالمادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م التي تنص: [يلغى قانون التجارة الصادر بالأمر العالي في ١٣ من نوفمبر ١٨٨٣م عدا الفصل الأول من الباب الثاني منه والخاص بشركات الأشخاص ويستعاض عنه بالقانون المرافق، ويلغى نص المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات اعتباراً من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٥م كما يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام القانون المرافق].

- ولهذا فقد تولى المشرع المصري تنظيم جرائم الشيكات ومنها جرائم الساحب بأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م بالمواد الآتية:

تنص المادة (٥٣٤. تجاري مصري): [١. يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية:

- أ- إصدار شيك ليس له مقابل وفاء قابل للصرف.
- ب- استرداد الرصيد أو بعضه أو التصرف فيه بعد إصدار الشيك بحيث يصبح الباقي لا يفي بقيمة الشيك.
- ج- إصدار أمر للمسحوب عليه بعدم صرف الشيك في غير الحالات المقررة قانوناً.
- د- تحرير شيك أو التوقيع عليه بسوء نية على نحو يحول دون صرفه.

٢- يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة كل من ظهر لغيره شيكاً تظهيراً

ناقلاً للملكية أو سلمه شيكاً مستحق الدفع لحامله مع علمه أنه ليس له مقابل وفاء يفي بكامل قيمته أو أنه غير قابل للصرف.

٣- إذا عاد الجاني إلى ارتكاب إحدى هذه الجرائم خلال خمس سنوات من تاريخ الحكم عليه نهائياً في أي منها تكون العقوبة الحبس والغرامة التي لا تتجاوز مائة ألف جنيهه].

- كما تنص المادة (٥٣٦. تجاري مصري): [يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز نصف قيمة الشيك أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ادعى بسوء نية تزوير شيك وحكم نهائياً بعدم صحة هذا الادعاء] فالإصدار يدخل الشيك دائرة التداول بتسليمه للمستفيد تسليمًا ماديًا وعليه يسأل الساحب جنائياً عن إصدار شيك بدون رصيد أو أي من الأفعال الإجرامية الأخرى المذكورة بنصوص المواد أعلاه عند ذلك.

- كما تنص الفقرة الثانية من المادة (٥٣٧. تجاري مصري): [٢- ويجوز للمحكمة في حالة العود أن تأمر بسحب دفتر الشيك من المحكوم عليه ومنع إعطائه دفاتر شيكات جديدة لمدة تعينها، وتتولى النيابة العامة تبليغ هذا الأمر إلى جميع البنوك].

- وجريمة الشيك التي يرتكبها الساحب كغيرها من الجرائم تقوم على ركنين، هما: الركن المادي والركن المعنوي:

أولاً: الركن المادي:

نستطيع القول بقيام الركن المادي لأي من تلك الجرائم التي يقوم بها الساحب سواء قام بإصدار شيك ليس له مقابل وفاء أم قام باسترداد كل الرصيد أو بعضه أو التصرف فيه بعد إصداره الشيك بحيث صار الرصيد الباقي لا يفي بقيمة الشيك أو قام بأمر المسحوب عليه بعدم صرف الشيك أو قام بتحريك شيك أو التوقيع عليه على نحو يحول دون صرفه. ولهذا يتجسد الركن المادي لأي من تلك الأفعال عند توافر عنصرين، العنصر الأول: يتمثل في إصدار الشيك، والعنصر الثاني: يتجسد في أي من تلك الأفعال أعلاه المؤامم عليها قانوناً التي تحول دون صرف قيمة الشيك وبيان ذلك في الآتي:

العنصر الأول: إصدار الشيك:

إن الشيك لا يمكن أن يحدث أثره القانوني سواءً من الناحية المصرفية أم من الناحية الجنائية إلا بإصداره - فماذا يقصد بالإصدار؟

يقصد بالإصدار بث الحياة في الشيك من خلال طرحه للتداول وذلك بطريق قيام

الساحب اختياراً بتسليمه للمستفيد.

أما مسألة تحرير بيانات الشيك وبقائه بحوزة محرره فتظل أعمالاً أولية تسبق عملية الإصدار، ذلك أن الساحب له أن يلغيه أو يتلفه أو يعدمه بأي وسيلة ومن ثم لا تقوم الجريمة هنا.

وكذلك الحصول على الشيك بطريقة مغايرة لما نظمه القانون كسرقته أو تزويره أو غير ذلك فلا يتحقق عنصر الإصدار ومن ثم لا تقوم الجريمة بمواجهة مالك الرصيد في حالة عدم وجود الرصيد أو عدم كفايته.

وقد أكدت المحكمة العليا للنقض ببلادنا هذا المعنى عندما قضت: [بأن الثابت في الأوراق قيام المتهم بإصدار الشيك محل الدعوى للمسحوب له على المسحوب عليه وهو يعلم أن لا رصيد له، وقد اعترف بذلك ثم أعيد الشيك من البنك لعدم وجود رصيد للساحب وهنا تتحقق أركان الجريمة بنص القانون بالمادة (٣١١. عقوبات)] طعن رقم [١٤٢٩١] لسنة ١٤٢٣هـ جزائي جلسة ١٤٢٤/٧/٢٥هـ الموافق ٢١/٩/٢٠٠٣م، القواعد القضائية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الثالث، الجزء الثاني، جزائي، طبعة ٢٠٠٥م، المكتب الفني، المحكمة العليا للنقض والإقرار (اليمنية).

وهو الأمر كذلك الذي كرسته محكمة النقض المصرية التي قضت: [بأن إعطاء الشيك بتسليمه للمستفيد إنما يكون على وجه يتخلى فيه الساحب نهائياً عند حيازته بحيث تنصرف إرادة الساحب إلى التخلي عن حيازة الشيك، فإذا انتفت تلك الإرادة لسرقة الشيك من الساحب أو فقده له أو تزويره عليه انهار الركن المادي للجريمة وهو فعل الإعطاء] طعن رقم [٣٦٢٩] لسنة ٦٢ ق جلسة ١٦ يناير ١٩٩٥م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد الجنائية والدوائر الجنائية، السنة السادسة والأربعون من يناير إلى ديسمبر ١٩٩٥م، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى في العديد من أحكامها حين قضت بأن: [جريمة إعطاء شيك بغير رصيد تتم بمجرد إعطاء الساحب الشيك إلى المستفيد مع علمه بأنه ليس له رصيد قابل للسحب تقديراً بأن الجريمة إنما تتم بهذه الأفعال وحدها دون غيرها من الأفعال التالية لذلك.....] طعن رقم [٤٦٤٦٨] لسنة ٥٩ ق جلسة ١١ يناير ١٩٩٦م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد الجنائية والدوائر

الجنائية، السنة السابعة والأربعون من يناير إلى ديسمبر ١٩٩٦م، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

وفي حكم آخر قضت بأن: [جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تتم بمجرد إعطاء الساحب الشيك إلى المستفيد مع علمه بعدم وجود مقابل وفاء له قابل للسحب في تاريخ الاستحقاق؛ إذ يتم بذلك طرح الشيك في التداول فتنعطف عليه الحماية القانونية التي أسبغها الشارع على الشيك بالعقاب على هذه الجريمة باعتباره أداة وفاء تجري مجرى العقود في المعاملات]. طعن رقم [٢٧٨٧] لسنة ٥٧ ق جلسة ١٢ أكتوبر سنة ١٩٨٨م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر الجنائية، السنة التاسعة والثلاثون من يناير إلى ديسمبر ١٩٨٨م، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

وفي حكم آخر قضت: [بأن جريمة إعطاء شيك لا يقابله رصيد تتم بمجرد إعطاء الساحب الشيك إلى المستفيد مع علمه بعدم وجود مقابل وفاء له قابل للسحب في تاريخ الاستحقاق] طعن رقم [٢١٢٦١] لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٦م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية، السنة السابعة والأربعون من يناير إلى ديسمبر سنة ١٩٩٦م، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

وفي حكم حديث لها قضت: [أن الأصل أن إعطاء الشيك بقصد التداول - بتسليمه للمستفيد إنما يكون على وجه يتخلى فيه الساحب نهائياً عن حيازته بحيث تنصرف إرادة الساحب إلى التخلي عن حيازة الشيك فإذا انتفت تلك الإرادة بسرقة الشيك من الساحب أو فقدته له أو تبيده أو تزويره عليه انهار الركن المادي للجريمة وهو فعل الإعطاء بقصد التداول] طعن رقم [٢٧٠٢٤] لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٧ ديسمبر ١٩٩٨م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر الجنائية، السنة التاسعة والأربعون من يناير إلى ديسمبر ١٩٩٨م، ص ١٥٢٩، س ٣، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

العنصر الثاني: والذي يتجسد بسلوك الفاعل «الساحب» في أي من الحالات الآتية:

١- عدم توافر الرصيد «مقابل الوفاء» لدى المسحوب عليه:

لا يكفي لقيام الركن المادي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد قيام الساحب بتسليم الشيك للمستفيد - بل يلزم إلى جانب ذلك أن يكون الشيك لا رصيد له قائماً طرف المسحوب عليه كافٍ للوفاء، وعدم توافر الرصيد «مقابل الوفاء» يتحقق في صورتين:

الصورة الأولى: عدم توافر مقابل الوفاء كلياً

وتظهر هذه الصورة في الواقع العملي في أن الساحب لم يكن دائماً للمسحوب عليه أصلاً، أو كان له رصيد طرف المسحوب عليه ولكنه نفذ قبل إصدار الشيك أو أن له رصيداً غير قابل للتصرف فيه كالمحجوز عليه .

الصورة الثانية: توافر مقابل الوفاء جزئياً

وتظهر هذه الصورة في الواقع العملي في أن المسحوب عليه مدين للساحب بمبلغ من النقود لا يفي للوفاء بقيمة الشيك الصادر عن الساحب - أو أن الرصيد كان كافياً لقيمة الشيك ولكن الساحب تصرف بمقابل الوفاء بعد الإصدار بحيث أصبح الباقي لا يفي للوفاء بقيمة الشيك، ومن ثم فإن هذا العنصر يتحقق عند عدم توافر مقابل الوفاء سواءً أكان ذلك الانعدام كلياً أو جزئياً؛ فالرصيد الناقص يأخذ حكم الرصيد المنعدم كلياً من الناحية الجنائية فيتحقق الركن المادي وتقوم عندئذ جريمة إصدار شيك بدون رصيد بمواجهة الساحب .

٢- إصدار الساحب أمراً للمسحوب عليه بعدم صرف قيمة الشيك

هناك حالات حددها المشرع على سبيل الحصر للاعتراض على صرف قيمة الشيك، وذلك في حالة ضياع الشيك أو إفلاس حامله أو الحجر عليه ومن ثم فإن قيام الساحب بإصدار أمر للمسحوب عليه بعدم صرف قيمة الشيك في غير أي من تلك الحالات المذكورة يجعله محلاً للمسؤولية الجنائية .

فهذا الفعل المكون لجريمة الأمر إلى المسحوب عليه بعدم دفع قيمة الشيك في غير الحالات المقررة قانوناً لا يندرج تحت جريمة الشيك بدون رصيد وهذا سببه أن مثل هذا الشيك قد يكون له رصيد ولكن البنك يرفض الدفع استجابة لأمر الساحب بعدم الوفاء .

٣- قيام الساحب بالتصرف في الرصيد بعد إصداره الشيك

وتتجسد هذه الصورة في قيام الساحب أولاً بإصدار الشيك وتسليمه للمستفيد أو لحامله، وبقيامه ثانياً بسحب الرصيد من البنك خلال المدة الزمنية المقررة للمستفيد تقديم الشيك للبنك المسحوب عليه لصرفه واستلام المبلغ محله والمحددة في التشريع اليمني بشهر للشيك المحلي وثلاثة أشهر للشيك الخارجي عملاً بالمادة (٥٥٠) . تجاري يماني) والمحددة كذلك لدى نظيره المصري بستة أشهر للشيك المحلي وثمانية

أشهر للشيك الخارجي عملاً بالمادة (٥٠٤. تجاري مصري)، فإذا ما قام الساحب خلال تلك الفترة بسحب الرصيد كلياً أو جزئياً بحيث صار الرصيد المتبقي غير كافٍ للوفاء بقيمة الشيك أصبح عندئذٍ محلاً للمسؤولية الجنائية.

٤- قيام الساحب بالتوقيع على الشيك على نحو يحول دون صرفه

قد يقوم الساحب أحياناً بإصدار الشيك مستوفياً كافة البيانات القانونية وتسليمه للمستفيد ولكن لسبب أو لآخر يقوم الساحب بالتوقيع على محرر الشيك على نحو مغاير لذلك التوقيع المحفوظ طرف البنك المسحوب عليه؛ الأمر الذي مؤداه بلا شك امتناع البنك عن صرف مبلغ النقود محله لاختلاف التوقيعين.

فالعمل المكون لجريمة تحرير شيك أو توقيعه على نحو يحول دون صرفه لا يندرج تحت جنحة الشيك بدون رصيد، والسبب أن مثل هذا الشيك قد يكون له رصيد قائم ولكنه تحرر أو تم توقيعه على نحو يحول دون صرفه فيرفض البنك المسحوب عليه عندئذٍ الوفاء للمستفيد؛ إذ قدم له مثل تلك الشيكات وهذه الإفادات استحدثها المشرع وهي لا تتعلق بمسألة الرصيد، ومن ثم ففي هذه الصورة يكون الساحب محلاً للمسؤولية الجنائية لتعطيله كذلك وظيفة الشيك عن الوفاء بالالتزامات.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى فقضت: «بأن الأصل الذي جرى عليه قضاء محكمة النقض أن جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تتحقق متى أعطى الساحب شيكاً لا يقابله رصيد أو أعطى شيكاً له مقابل ثم أمر بعدم السحب أو سحب الرصيد أو سحب من الرصيد مبلغاً بحيث أصبح الباقي غير كافٍ لسداد قيمة الشيك، إذ إنه بمجرد إعطاء شيك على وضع يدل مظهره وصيغته على أنه مستحق الأداء بمجرد الاطلاع وأنه أداة وفاء لا أداة ائتمان يتم طرحه في التداول فتتعطف الحماية القانونية التي أسبغها الشارع على الشيك بالعقاب على هذه الجريمة باعتباره أداة وفاء تجري مجرى النقود في المعاملات [طعن رقم [٤٨٣١٩] لسنة ٥٩ ق جلسة ٩ أبريل سنة ١٩٩٦م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر الجنائية، السنة السابعة والأربعون من يناير إلى ديسمبر سنة ١٩٩٦م، ص ٤٨٨، س ٧، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

ثانياً: الركن المعنوي:

لا يكفي لقيام الجريمة وتقرير المسؤولية الجنائية بمواجهة الساحب عنها أن يصدر عن الجاني سلوك إجرامي «الركن المادي» بل يلزم إلى جانب ذلك توافر الركن المعنوي. والركن المعنوي للجريمة بصفة عامة يأخذ صورتين هما: - العمد، ويطلق عليه القصد، والإهمال ويسمى بالخطأ غير العمدي.

وجرائم الشيكات المنصوص عليها في قانون التجارة من الجرائم العمدية التي اشترط فيها المشرع توافر القصد الجنائي العام، والقصد الجنائي في الجرائم العمدية هو اتجاه إرادة الفاعل نحو الفعل المجرم ابتغاء تحقيق نتيجته.

إذ يقسم غالبية الشراح القصد الجنائي في الجرائم العمدية إلى قسمين: القصد العام والقصد الخاص والأول هو الذي يتوافر حينما يكتفي المشرع بمجرد قيام العلم عند الفاعل بما يؤدي إليه فعله من نتائج وأنه راغب في تحقيقها، والقصد الخاص لا يكون إلا حينما يعتمد المشرع بنية زائدة عن القصد العام بصورته السالفة ويشترطه لقيام الجريمة، ومثال ذلك اشتراط المشرع لقيام جريمة التزوير في المحررات توافرية استعمال المحرر المزور فيما زور من أجله.

والمشرع في الجرائم المعاقب عليها بكل من نص المادة (٨٠٥. تجاري يمنى)، ونص المادة (٥٣٤. تجاري مصري) لم يتطلب قصداً خاصاً؛ إذ لو كان كذلك للزم أن تتوافر لدى الساحب نية الإضرار بالمستفيد ولكن الواقع غير ذلك - فلم يشترط المشرع إلا مجرد العلم بالواقع مع اتجاه إرادة الساحب إلى تحرير الشيك وهذه هي عناصر القصد العام فلا يشترط توافر أي نية خاصة لذلك فالقصد العام في هذه الجريمة يكفي.

وتدعيماً للثقة في الشيك حتى يتمكن من أداء وظيفته فقد استقر القضاء المصري على أن القصد الجنائي في جرائم الشيكات هو القصد الجنائي العام.

وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: [القصد الجنائي في هذه الجريمة هو القصد الجنائي العام والذي يكفي فيه علم من أصدره بأنه إنما يعطل الوفاء بقيمة الشيك الذي أصدره من قبل فلا يُستلزم فيها قصد جنائي خاص - ويتوافر هذا القصد الجنائي بإعطاء الشيك مع علمه بعدم وجود رصيد قائم له وقابل للسحب.....] طعن رقم [٤٨٣١٩] لسنة ٥٩ ق جلسة ٩ أبريل سنة ١٩٩٦م، مجموعة الأحكام الصادرة

عن الدوائر الجنائية، السنة السابعة والأربعون، من يناير إلى ديسمبر ١٩٩٦م، ص ٤٨٨ س ١٥، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

وفي حكم آخر قضت: [بأن جريمة إعطاء شيك لا يقابله رصيد تتم بمجرد إعطاء الساحب الشيك إلى المستفيد مع علمه بعدم وجود مقابل وفاء له قابل للسحب في تاريخ الاستحقاق ذلك العلم المفترض في حق المتهم الذي يعلم من قبل عند إصدار الشيك أنه لا يوجد له حساب أصلاً بالبنك كما يجب على المتهم متابعة حركة الرصيد لدى المسحوب عليه للاستيثاق من قدرته على الوفاء بقيمة الشيك حتى يتم صرفه، لما كان ذلك وكان الثابت أن المتهم كان عالماً وقت إصدار الشيك أنه لا يوجد له رصيد فإن قصده الجنائي عن جريمة إعطاء شيك لا يقابله رصيد قابل للسحب ثابت في حقه وهو ما توافر معه أركان الجريمة المسندة إليه] طعن رقم [١٢٢٦١] لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٦م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر الجنائية، السنة السابعة والأربعون، من يناير إلى ديسمبر سنة ١٩٩٦م، ص ١٢٠٨ س ٣، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

- أثر السبب «الباعث» في قيام المسؤولية الجنائية في جرائم الشيكات:

القاعدة العامة أن الباعث لا أثر له في قيام المسؤولية الجنائية وإن كان لقاضي الموضوع الاعتداد بالباعث للتشديد أو التخفيف في العقوبة.

وسحب الشيك وتسليمه للمستفيد يعتبر كالوفاء بالنقود سواء بسواء وتكون قيمة الشيك من حق المستفيد ولا يجوز للساحب أن يستردها من البنك أو يعمل على تأخير الوفاء بها لصاحبها ومن ثم لا يجدي المتهم ما يثيره من الجدل عن الظروف التي أحاطت به وأدت إلى سحب الرصيد.

وأكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى في العديد من الأحكام التي قضت فيها: [لما كان من المقرر أن المسؤولية الجنائية في المادة (٣٣٧. عقوبات) لا تتأثر بالسبب أو الباعث الذي من أجله أعطي الشيك، ومن ثم فلا جناح على الحكم أن هو أعرض عما تثيره الطاعنة بشأن العلاقة التي حدثت بها إلى إصدار الشيك ويكون منعى الطاعنة في هذا الخصوص غير مقبول] طعن رقم [١١٨٢٣] لسنة ٦١ ق جلسة ١ أكتوبر سنة ١٩٩٨م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر الجنائية، السنة التاسعة والأربعون من يناير إلى ديسمبر سنة ١٩٩٨م، ص ٩٧٤ س ١٧، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

وفي حكم آخر قضت: [.... إذ إن مراد الشارع من العقاب هو حماية الشيك في التداول وقبوله في المعاملات على اعتبار أن الوفاء به كالنقود سواء ولا عبرة بعد ذلك بالأسباب التي دعت صاحب الشيك إلى إصداره، إذ إنها لا أثر لها في طبيعته وتعد من قبيل البواعث التي لا تأثير لها في قيام المسؤولية الجنائية التي لم يستلزم الشارع لتوافرها نية خاصة] طعن رقم (٤٨٣١٩) لسنة ٥٩ ق جلسة ٩ أبريل ١٩٩٦ م.

تاريخ قيام الجريمة:

لما كان الغالب أن المستفيد يتوجه للبنك لاستيفاء قيمة الشيك في تاريخ لاحق لتاريخ إصداره فإن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما التاريخ الذي يعتد به لقيام الجريمة هل تاريخ الإصدار أم تاريخ تقديم الشيك للبنك؟

- اعتد المشرع لقيام الجريمة بوقت «تاريخ» إعطاء الشيك للمستفيد لا بوقت تقديم الشيك للبنك لاستيفاء قيمته - فالمشرع أراد حماية الشيك منذ لحظة إصداره «تسليمه» للمستفيد بكونه أداة وفاء وأمام هذا المعيار فإنه لا يمكن العلم في أي وقت يتقدم به المستفيد للبنك المسحوب عليه فقد يقدمه في اللحظة التالية لصدوره وقد يتراخى عن ذلك بحسب ظروفه - وتحوطاً للأمر فقد اعتد المشرع بلحظة الإعطاء كتاريخ لقيام الجريمة، أما مسألة تقديم الشيك للبنك فلا تعد وأن تكون سوى أمر كاشف للجريمة.

وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: [إن جريمة إعطاء شيك بدون رصيد تتم بمجرد إعطاء الشيك إلى المستفيد مع علمه بعدم وجود مقابل وفاء له قابل للسحب في تاريخ الاستحقاق - إذ يتم بذلك طرح الشيك في التداول فتتعطف عليه الحماية القانونية التي أسبغها الشارع على الشيك بالعقاب على هذه الجريمة باعتباره أداة وفاء تجري مجرى النقود في المعاملات، أما تقديم الشيك إلى البنك فلا شأن له في توافر أركان الجريمة بل هو إجراء مادي متجه إلى استيفاء مقابل الشيك، وما إفادة البنك بعدم وجود الرصيد إلا إجراء كاشف للجريمة التي تحققت بإعطاء الشيك للمستفيد].

طعن رقم [٦٤٩٢] لسنة ٦٠ ق جلسة ١ فبراير سنة ١٩٩٥ م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر الجنائية، السنة السادسة والأربعون من يناير إلى ديسمبر سنة ١٩٩٥ م، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية.

- جرائم الشيك الأخرى التي يرتكبها الساحب

هناك جرائم أخرى قد يقوم بها الساحب عاقب عليها كل من المشرع اليمني ونظيره المصري؛ إذ ذهب المشرع اليمني إلى تجريم فعل الساحب بإصدار شيك على غير بنك أو إصداره شيكاً لم يؤرخه أو ذكر فيه تاريخاً غير صحيح وكما هو منصوص علي ذلك بالمادة (٨٠٩. تجاري يمني) السالف ذكرها أنفاً، في حين أن نظيره المصري استحدث أفعالاً قد يقوم بها الساحب من شأنها تعطيل الشيك عن وظيفته للوفاء بقيمته للمستفيد فجرّمها وعاقب عليها بالمادة (٥٣٦. تجاري مصري) التي تنص: [يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز نصف قيمة الشك أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ادعى بسوء نية تزوير شيك وحكم نهائياً بعدم صحة هذا الادعاء].

هذا وتقوم هذه الجريمة على ركنين هما:

١- الركن المادي: هو ذلك السلوك أو النشاط الذي يقوم به الساحب بالادعاء بتزوير الشيك محل الدعوى بغية التخلص من المسؤولية الجنائية أو من أجل إطالة أمد الفصل في الدعوى الجنائية المقامة عليه، ولا أهمية للبيان المدعي بتزويره في صلب الشيك فقد يتعلق بالتوقيع أو بالمبلغ أو بأي بيان آخر.

أما مسألة صدور الحكم بعدم صحة الادعاء بتزوير الشيك فهو ليس داخلًا في ماهية الركن المادي وإنما هو شرط فقط لتوقيع العقوبة.

٢- الركن المعنوي: اشترط المشرع أن يتم الادعاء بسوء نية ويقصد به ليس فقط علم مدعي التزوير بعدم صحة ادعائه بل قصده الإضرار بالحامل وحرمانه من الحصول على قيمة الشيك، وفي الواقع العملي فإن المحاكم ستلجأ من الناحية العملية إلى استخلاص القصد الجنائي من مجرد ثبوت عدم صحة هذا الادعاء.

وإذا كان قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م قد استحدث تجريم الادعاء بسوء نية تزوير الشيك محل الدعوى فإن القضاء المصري قبل ذلك قد تصدى لمسألة الادعاء بتزوير الشيك نظراً لجديده هذا الادعاء وما يترتب عليه في حالة صحة الدفع بالتزوير من تغيير لمسار الدعوى الأصلية.

وأكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى في حكم حديث صادر بتاريخ ١٣ نوفمبر ٢٠٠٥: [لما كان الحكم المطعون فيه لم يعرض لطلب الطاعن وجاء مقصوراً على تعديل الحكم المستأنف أخذاً بأسبابه على الرغم من أنه أقام قضاءه على أدلة من بينها

إطلاق القول: إن الشيك صادر عن الطاعن وعلى الرغم مما أثاره الأخير من تزوير الشيك وهو دفاع جوهرى لتعلقه بتحقيق الدليل المقدم في الدعوى؛ بحيث إذا صح هذا الدفاع لتغير وجه الرأي منها، فكان لزاماً على المحكمة أن تعرض في حكمها لهذا الدفاع وأن تمحصه وأن تبين العلة في عدم إجابته إن هي رأت اطراحه، أما أنها لم تفعل والتفتت عنه كلية فإن حكمها يكون معيباً بما يبطله ويوجب نقضه والإعادة [طعن رقم (٢٣٣٠٠) لسنة ٦٥ ق جلسة ١١ شوال ١٤٢٦ هـ الموافق ١٣ نوفمبر سنة ٢٠٠٥م، الدائرة الجنائية، الأحد (ب)، محكمة النقض المصرية].

وفي حكم آخر قضت: [لما كان ذلك وكان الدفع بتزوير الشيك هو دفاع جوهرى لتعلقه بتحقيق الدليل المقدم في الدعوى؛ بحيث لو صح هذا الدفاع لتغير وجه الرأي فيها، فكان على المحكمة أن تحققه بلوغاً إلى غاية الأمر فيه فإن هي استغنت عن تحقيق هذا الدليل فعليها أن تبين علة ذلك بشرط الاستدلال السائغ وكان رد الحكم بأن التأخير في الطعن بالتزوير يجعل الدفع به غير جدي لا يصلح رداً على هذا الدفع ولا يسوغ اطراحه لما هو مقرر من أن التأخير في الإدلاء بالدفع لا يدل حتماً على عدم جديته ما دام منتجا من شأنه أن تدفع به التهمة أو يتغير به وجه الرأي في الدعوى [طعن رقم [٣٥٣٩] لسنة ٥٩ ق جلسة ١١ أكتوبر ١٩٨٩م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر الجنائية السنة الأربعين من يناير إلى ديسمبر ١٩٨٩م، ص ٧٥٩ س ٢، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية].

وفي حكم آخر قضت: [لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يعرض لطلب الطاعن وجاء مقصوداً على تأييد الحكم الابتدائي لأسبابه على الرغم من أنه أقام قضاءه على أدلة من بينها إطلاق القول: إن الشيك صادر عن الطاعن وعلى الرغم مما أثاره الأخير من تزوير الشيك وهو دفاع جوهرى لتعلقه بتحقيق الدليل المقدم في الدعوى بحيث لو صح هذا الدفاع لتغير وجه الرأي فيها- فكان على المحكمة أن تعرض في حكمها لهذا الدفاع وأن تمحصه وأن تبين العلة في عدم إجابته إن هي رأت اطراحه، أما أنها لم تفعل والتفتت عنه كلية فإن حكمها يكون معيباً بما يبطله ويستوجب نقضه والإعادة دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن [طعن رقم [٥٧٣٥] لسنة ٥٧ ق جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٨٨م، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر الجنائية، السنة التاسعة والثلاثون من يناير إلى ديسمبر ١٩٨٨م، ص ١١٣١ س ٦، المكتب الفني، محكمة النقض المصرية].

الفرع الثاني

أركان جرائم الشيك التي يرتكبها المظهر أو حامله

من جانب آخر قد يقوم متلقي الشيك بتظهيره للغير تظهيراً ناقلاً للملكية أو القيام بتسليمه للغير بالنسبة للشيك لحامله أي جعل الشيك محلاً للتداول سواءً أكان اسماً أو لحامله، فإذا ما قام أي منهما بذلك التصرف وهو يعلم أن الشيك ليس له مقابل وفاء يفي بقيمته أو أنه غير قابل للصراف لسبب ما ففي هذه الحالة يكون محلاً للمسؤولية الجنائية ويعاقب بذات العقوبة المقررة للساحب.

وعلى الرغم من قيام المشرع الوطني بتعديل أحكام القانون التجاري رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١م لمرات متعاقبة ابتداءً بالقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٨م ثم بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٧م ثم بالقانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٤م وأخيراً بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٨م فعلى الرغم من تلك التعديلات المتلاحقة لبعض مواد القانون التجاري إلا أننا لم نجد المشرع يقرر بتلك النصوص المعدلة نصاً جزائياً ينظم جرائم الشيك التي قد يقوم بارتكابها المظهر أو حامله.

ويبدو أن المشرع الوطني كان قد اكتفى في هذا الشأن بالنص النافذ المقرر بالمادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات التي تنص: [يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة من أعطى شيكاً..... ويعاقب بالعقوبة ذاتها من ظهر لغيره شيكاً أو سلمه لحامله وهو يعلم أنه ليس له مقابل يفي بقيمته أو أنه غير قابل للصراف، ولا تقع الجريمة إلا إذا لم يسدد الفاعل قيمة الشيك لحائزه خلال أسبوع من تاريخ إعلانه بالسداد].

وأمام هذا النص يكرر الباحث القول إن النص السالف ذكره يزجج الشيك عند أداء وظيفته الأصلية المتمثلة بكونه أداة وفاء تقوم مقام النفود واستخدامه كأداة ائتمان وهو أمر واضح لا يحتاج إلى بيان - ذلك؛ إن ربط المشرع قيام الجريمة بعدم الوفاء خلال أسبوع من تاريخ الإعلان بالسداد يجعل من الشيك أداة ائتمان لا أداة وفاء - فالساحب أو المظهر سيقوم بدفع قيمة الشيك خلال أسبوع من إعلانه بالوفاء وهو تاريخ لاحق على التاريخ المبين بالشيك كموعده لاستحقاقه فضلاً عن أنه عندئذٍ لن تقوم المسؤولية الجنائية بمواجهة الساحب أو المظهر وهو ما يترتب عليه تحول الشيك من أداة وفاء إلى أداة ائتمان بحكم القانون.

وأمام ذلك القصور فإننا نرى لزوم قيام المشرع الوطني بتعديل بعض أحكام القانون التجاري بوضع نص صريح لإلغاء المادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات والاستعاضة عنها بالجزاءات المقررة بالقانون التجاري ومن جانب ثان فإنه يلزم قيام المشرع كذلك بتعديل نص المادة (٨٠٥) من القانون التجاري وذلك بإضافة فقرة ثانية للنص بالصيغة التالية: [٢- يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها بالفقرة الأولى كل من ظهر لغيره شيكاً تظهيراً ناقلاً للملكية أو سلمه شيكاً مستحق الدفع لحامله مع علمه أنه ليس له مقابل وفاء يفي بكامل قيمته أو أنه غير قابل للصرف].

- من جانب آخر تبين تميز المشرع المصري عن نظيره اليمني بالدقة وهو بصدد التشريع وعلى وجه الخصوص تلك النصوص الجزائية التي تناول فيها أيضاً تجريم أفعال مظهر الشيك أو حامله عند تنظيمه أحكام الشيك بقواعد قانون التجارة الجديد قم ١٧ لسنة ١٩٩٩م وذلك بتقريره الفقرة (٢) من المادة (٥٣٤) التي تنص: [٢- يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة كل من ظهر لغيره شيكاً تظهيراً ناقلاً للملكية أو سلمه شيكاً مستحق الدفع لحامله مع علمه أنه ليس له مقابل وفاء يفي بكامل قيمته أو أنه غير قابل للصرف].

ولما كانت أركان جرائم الشيك التي يرتكبها المظهر أو الحامل له عند قيام أي منهما بطرحه للتداول بالطرق المقررة قانوناً تتجلى بأنها ذات أركان جرائم الشيك التي يرتكبها الساحب في صورتها المحددة نحو إصداره الشيك أولاً وثانياً بتوافر العلم لديه بأن الشيك لا رصيد له طرف المسحوب عليه، وأنه غير قابل للصرف، ولما كنا قد تناولنا أركان تلك الجريمة على النحو السالف ذكره آنفاً فإننا نكتفي ببيانها على ذلك النحو التفصيلي منعاً للإطالة وتجنباً للتكرار.

هذا ونخلص من دراستنا السابقة بهذا المطلب إلى استنتاج أمرين هما:

الأول: قيام التعارض بين القانون العام والقانون الخاص بالتشريع الوطني لتلك النصوص النافذة المنظمة لجرائم الشيكات بين كل من المادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات والمادة (٨٠٥) من القانون التجاري.

الثاني: قصور ظاهر في التشريع الوطني «القانون التجاري» بشأن عدم تقرير عقاب للمظهر أو حامل الشيك حال قيام أي منهما بالاعتداء على الشيك.

- ومن خلال تلك النصوص العقابية بالقانونين الوطنيين (العقوبات والتجاري) يتبين ذلك القصور والاضطراب والتناقض؛ الأمر الذي يرى الباحث معه إزالة ذلك التعارض بطريق العمل فقط بنص المادة (٨٠٥. تجاري) ووقف العمل بتطبيق المادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات بشأن جرائم الشيكات للأسباب والمبررات الآتية:

١- أن قانون العقوبات قانون عام بينما القانون التجاري قانون خاص، والقانون الخاص أولى بالتطبيق عملاً بالقاعدة الأصولية (الخاص يقيد العام) ولكن ما يشهده الواقع العملي يحكي عكس ذلك؛ إذ يتم العمل بالقانون العام لا القانون الخاص في مسألة جرائم الشيكات التي يرتكبها الساحب دون أي مبرر مفهوم، وما يؤكد قولنا هذا بشأن استمرار العمل بتطبيق النص العام الوارد بقانون العقوبات ما تقرره أحكام القضاء المتعاقبة ومن ذلك ما حكمت به المحكمة العليا للنقض والإقرار ببلادنا في حكم حديث لها والتي قضت:

[- أن الثابت في الأوراق قيام المتهم بإصدار الشيك محل الدعوى للمسحوب له على المسحوب عليه وهو يعلم أن لا رصيد له، وقد اعترف بذلك ثم أعيد الشيك من البنك المذكور لعدم وجود رصيد للساحب وهنا تتحقق أركان الجريمة بنص القانون بالمادة (٣١١) عقوبات] طعن رقم [١٤٢٩١] لسنة ١٤٢٣هـ جزائي جلسة ١٤٢٤/٧/٢٥هـ الموافق ٢١/٩/٢٠٠٣م، القواعد القضائية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الثالث، الجزء الثاني، جزائي، طبعة ٢٠٠٥م، المكتب الفني، المحكمة اليمنية العليا للنقض والإقرار.

٢- أن الجزاء المناسب والملائم لتقوم العقوبة بوظيفتها في هذا الشأن من أجل تحقيق الردع العام والخاص هو توقيع الجزاء المقر بنص المادة (٨٠٥) من القانون التجاري، والسبب أن العقوبة وجوبية لكل من الحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن ١٠٪ من قيمة الشيك. في حين أن الجزاء المقر بنص المادة (٣١١. عقوبات) غير مناسب البتة؛ كونه جزاء تخييراً جوازيّاً بين عقوبة الحبس أو الغرامة.

٣- أن إلغاء نص المادة (٣١١. عقوبات) والعمل فقط بنص المادة (٨٠٥. تجاري يمني) بالنسبة لجريمة إصدار الشيك بدون رصيد من شأنه إلغاء التناقض بين أحكام القانون العام والخاص والحد من تشتت ذهن المعني بتطبيق القانون.

٤- أن نص المادة (٣١١. عقوبات) أزاح الشيك عن أداء وظيفته المتمثلة بالوفاء وجعله

أداة ائتمان - ذلك أن المشرع قد علق قيام الجريمة «جريمة إصدار شيك بدون رصيد» برفض الفاعل الوفاء بقيمة الشيك لحائزته خلال أسبوع من تاريخ إعلانه بالسداد - بمعنى أن المدين سيقوم بإصدار شيك لا رصيد له وهو مطمئن سلفاً أن يد القانون لن تطاله بالعقاب طالما سيقوم بالدفع خلال المهلة التي منحها القانون وهي أسبوع من تاريخ إنذاره بالوفاء؛ الأمر الذي يترتب على هذا صيرورة الشيك أداة ائتمان لا أداة وفاء بحكم القانون وهو ما يتعارض مع وظيفة الشيك الأصلية والغاية التي أنشئ من أجلها وهذا السبب كافٍ بذاته لإلغاء نص المادة (٣١١. عقوبات) والاستعاضة عنه بنص المادة (٨٠٥. تجاري يميني) إلى جانب ما أسلفنا بيانه.

٥- أن المشرع المصري كانت له نظرة ثاقبة وهو بصدد تشريعه للأحكام المنظمة لقواعد الشيك بقانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، وعلى وجه الخصوص عند وضعه العقوبات للاعتداء على الشيك بتقريره إلغاء النص العقابي بقانون العقوبات، والاستعاضة عنه بالعقوبات المقررة في القانون الجديد (التجاري) كما هو مقرر بنص المادة الأولى منه: [.... ويلغى نص المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات اعتباراً من أول أكتوبر سنة ٢٠٠٥م كما يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام القانون المرفق]، وصدور هذه المادة بهذه الدقة في الصياغة على النحو السالف ذكره هو أمر قصده المشرع المصري؛ حتى لا يحدث التناقض والاضطراب على وجه الخصوص بين نص المادة (٣٣٧. عقوبات مصري) وبين النصوص الجزائية (الجديدة) لجرائم الشيك المنصوص عليها بقانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م بالمواد من ٥٣٣ إلى ٥٣٩) وهو ما كان له تحقيقه فعلاً وواقعاً، وما يأمل الباحث هو تولي المشرع الوطني السير على نهج نظيره المصري في هذه المسألة وذلك من خلال القيام بإصدار تعديل تشريعي جديد لأحكام القانون التجاري يتضمن وضع نص صريح لا غموض فيه ولا جدال بإلغاء نص المادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات والاستعاضة عنها بالعقوبات المقررة لجرائم الشيكات بأحكام القانون التجاري.

٦- على الرغم من أن نص المادة (٨٢٤) من القانون التجاري اليمني وتعديلاته النافذة تضمنت إلغاء أي حكم أو نص يتعارض وأحكام هذا القانون، بيد أن الملاحظ واقعاً كما أسلفنا بيانه هو استمرار العمل بالنص المعارض لقواعد القانون التجاري المنصوص عليه بالمادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات وهو ما يؤكد صدق وصحة مناداتنا بضرورة التدخل التشريعي لإلغاء حكم هذه المادة محل التعارض والتضارب.

٧- الثابت أن نص المادة (٨٠٥. تجاري) جاءت ضمن تشريع لاحق (حديث) بالتعديلات المؤخرة للقانون التجاري بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨م بينما المادة (٣١١. عقوبات) جاءت بتشريع سابق (قديم) بقانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م، والمعلوم أنه يتم العمل بالقانون اللاحق الجديد دون العمل بالقانون السابق القديم عند قيام التعارض بينهما حال تنظيمهما مسألة واحدة (جرائم الشيكات) وهو ما يأمل الباحث من الجهات المعنية تطبيقه والعمل به في الواقع العملي؛ لما من شأنه القضاء على ظاهرة جرائم الشيكات.

المطلب الثاني

جرائم الشيك التي يقوم بها موظف «البنك» المسحوب عليه أو المستفيد

إلى جانب جرائم الشيك التي يرتكبها كل من الساحب أو المظهر أو الحامل للشيك فإن هناك جرائم أخرى مرتبطة بالشيك قد يقوم بارتكابها أحد موظفي البنك المسحوب عليه أضف إلى ذلك ما استحدثه المشرع المصري بجريمة الشيك التي يقوم بها المستفيد وهو ما سنتناوله على النحو الآتي:

الفرع الأول

جرائم موظف «البنك» المسحوب عليه

يري المرحوم أستاذنا الدكتور محمود مختار بريري أن ضمان استخدام الشيك كأداة وفاء وفرض احترام أدائه لهذه الوظيفة وحدها استلزم معه ضبط سلوك الجهاز المصرفي بوضع الجزاء لموظف البنك المسحوب عليه لمخالفته قواعد الشيك. ولذلك فقد تولى المشرع اليمني ونظيره المصري وضع النصوص العقابية بمواجهة موظف المسحوب عليه في تشريعات كل منهما وبيان ذلك في الآتي:

أولاً: جرائم المسحوب عليه في التشريع اليمني:

استحدث المشرع الوطني بأحكام القانون التجاري رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١م وتعديلاته النافذة نصوصاً تناولت تجريم أفعال من شأنها ضبط سلوك موظفي الجهاز المصرفي على نحو يكفل احترام قواعد وأحكام الشيك، وهو ما لم يكن منصوصاً عليه بجرائم

الشيكات بالمادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات، رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م. وجرائم المسحوب عليه تتمثل إجمالاً في قيامه بأحد الأفعال الآتية:

١- الرفض بسوء نية وفاء شيك مسحوب سحياً صحيحاً وله مقابل وفاء ولم تقم بشأنه أي معارضة.

٢- التصريح كتابةً على خلاف الحقيقة بوجود مقابل وفاء وهو أقل مما لديه.

٣- القيام بوفاء شيك خالٍ من بيان التاريخ.

٤- تسليم العميل شيكات على نحو مخالف لنص المادة (٨١٠). تجاري يميني).

- إذ تنص المادة (٨٠٧). تجاري يميني) [يعاقب بغرامة لا تزيد على خمسين ألف ريال كل مسحوب عليه رفض بسوء قصد وفاء شيك مسحوب سحياً صحيحاً على خزائنه وله مقابل وفاء ولم تقدم بشأنه أي معارضة وهذا مع عدم الإخلال بالتعويض المستحق للساحب عما أصابه من ضرر بسبب عدم الوفاء وعملاً لحق ائتمانه من أذى].

- كما تنص المادة (٨٠٨). تجاري يميني): [يعاقب بغرامة لا تزيد على خمسين ألف ريال كل مسحوب عليه صرح كتابةً عن علم بوجود مقابل وفاء وهو أقل مما لديه وذلك مع عدم الإخلال بتوقيع أي عقوبة أشد منصوص عليها في قوانين أخرى].

- كما تنص المادة (٨٠٩ / ٣). تجاري يميني): (يعاقب بغرامة لا تزيد على عشرة آلاف ريال كل من وقى شيكاً خالياً من التاريخ وكل من تسلم هذا الشيك على سبيل المقاصة).

- كما تنص المادة (٨١٠). تجاري يميني): [يجب على كل مصرف لديه مقابل وفاء وسلم لدائنه دفتر شيكات على بياض للدفع بموجبها من خزائنه أن يكتب على كل شيك منها اسم الشخص الذي تسلمه وكل مخالفة لحكم هذه المادة يعاقب عليها بالغرامة لا تزيد على خمسة آلاف ريال].

ثانياً- جرائم المسحوب عليه في التشريع المصري:

وكذلك استحدث المشرع المصري بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م تجريم عدد من الأفعال التي يقوم بها موظف المسحوب عليه الشيك والتي تمثل اعتداءً على الأحكام المنظمة للشيك، وبيانه في الآتي:

تنص المادة (٥٣٣). تجاري مصري): [١- يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف

- جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه كل موظف بالبنك ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية:
- أ- التصريح على خلاف الحقيقة بعدم وجود مقابل وفاء للشيك أو بوجود مقابل وفاء أقل من قيمته.
- ب- الرفض بسوء نية وفاء شيك له مقابل وفاء كامل أو جزئي ولم يُقدّم بشأنه اعتراضاً صحيحاً.
- ج- الامتناع عن وضع أو تسليم البيان المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (٥١٨) من هذا القانون.
- د- تسليم أحد العملاء دفتر شيكات لا يشتمل على البيانات المنصوص عليها في المادة (٥٣٠) من هذا القانون.
- ٢- ويكون البنك مسؤولاً بالتضامن مع موظفيه المحكوم عليهم عن سداد العقوبات المالية المحكوم بها].
- والجرائم السالف ذكرها يتجسد الركن المادي فيها بقيام موظف البنك بأي من تلك الأفعال التي من شأنها تعطيل وظيفة الشيك، وأما الركن المعنوي فهي من الجرائم العمدية لطبيعة ذلك النشاط المادي، والتي يكفي لتوافرها وجود القصد الجنائي العام، أي توافر الدليل على علم الموظف وتوجيه إرادته نحو تحقيق الركن المادي وذلك دون الاعتداد بباعث الموظف على ارتكاب الجريمة.

الفرع الثاني

جرائم الشيك التي يقوم بها المستفيد

- كالعادة ينفرد المشرع المصري عن نظيره اليمني بتجريمه الفعل الصادر من المستفيد المتمثل في حصوله على شيك لا رصيد له بسوء نية.
- وقصد المشرع المصري من تجريم واقعة حصول المستفيد على شيك مع علمه بعدم وجود رصيد الإقلال من إصدار الشيكات بدون رصيد وهي الشيكات التي اعتادت البنوك وغيرها من الدائنين على استكتاب مدينيهم لشيكات كنوع من الإكراه أو التهديد للوفاء بما عليهم- اعتماداً على الجزاء الجنائي المقرر لجريمة إصدار شيك بدون رصيد ويستوي لقيام هذه الجريمة أن يكون الفاعل شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً.

وقد خرج المشرع المصري بهذا النص على القواعد العامة في قانون العقوبات والتي تقضي بعدم مساءلة الأشخاص الاعتبارية جنائياً وكما نصت عليه المادة (٥٣٥) من القانون التجاري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م: [يعاقب بغرامة لا تتجاوز ألف جنيه المستفيد الذي يحصل بسوء نية على شيك ليس له مقابل وفاء سواءً في ذلك أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً].

ونخلص من دراسة هذا المطلب إلى أن المشرع المصري قد انفرد عن نظيره اليمني في تجريمه امتناع موظف البنك إعطاء المستفيد «حامل الشيك» بيان بشأن الامتناع عن الدفع وسببه وتاريخه.

فإذا كان المشرع الوطني قد قرر بالمادة (٥٦٢. تجاري يماني) إلزام المسحوب عليه القيام بمنح المستفيد بيان بشأن الامتناع عن دفع قيمة الشيك وسببه وتاريخه حتى ولو كان الشيك مشمولاً بشرط الرجوع بلا مصروفات، إلا إن الملاحظ أن هذا الإلزام هو إلزام أدبي فقط - بمعنى أنه لا مسئولية ولا جزاء يفرض على المسحوب عليه إن هو رفض منح المستفيد بيان بشأن الامتناع عن الدفع وما يؤيد قولنا هذا هو إغفال المشرع الوطني وضع نصاً جزائياً يعاقب موظف البنك المسحوب عليه إن هو امتنع عن القيام بالفعل (إعطاء المستفيد بياناً بشأن امتناعه عن دفع قيمة الشيك وسببه وتاريخه).

وعلى ذلك فإن رفض البنوك التجارية الوطنية منح حامل الشيك بياناً بشأن الامتناع عن الدفع لا يترتب عليه أي مسئولية تذكر بمواجهة البنوك أو موظفيها، وهو أمر يؤخذ عليه المشرع الوطني إذ كان اللازم عليه السير على نهج نظيره المصري في هذا الشأن بوضع نص جزائي يعاقب المسحوب عليه وموظفه إن هما امتنعا عن منح المستفيد في الشيك بياناً بشأن الامتناع عن الدفع.

من جانب آخر فالملاحظ أن المشرع الوطني وهو بصدد وضع العقاب لجرائم الشيك قد نص على معاقبة الشخص المعنوي «البنك» أي المسحوب عليه، وهذا يخالف قواعد التشريع العقابية كون المسئولية الجزائية شخصية وكان الأولى منه تقرير العقوبة بمواجهة موظف البنك لمخالفته قواعد وأحكام الشيك ثم تقريره المسئولية التضامنية للبنك لسداد العقوبات المالية وذلك وفقاً لما سار عليه نهج نظيره المصري في هذا الشأن كذلك.

من جانب ثالث فإن الملاحظ - أيضاً - ضعف ووهن تلك العقوبات المالية المقررة

بمواجهة المسحوب عليه بالتشريع الوطني بأحكام المواد: (٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠) من القانون التجاري (الجزء هو معاقبة البنك دفع غرامة مالية خمسين ألف ريال، بل إن المادة (٨١٠) العقوبة هي خمسة آلاف ريال) وهو أمر ينكره العقل والمنطق؛ إذ لن تؤدي هذه العقوبة الهزيلة وظيفتها لتحقيق الردع العام والخاص وهو ما نطالب المشرع الوطني بتعديل تلك النصوص العقابية مع مراعاة دقة صياغتها عند التعديل لتفادي العيوب والقصور لا سيما أن المشرع منزه عن اللغو.

الخاتمة

الحمد لله الذي هدانا لهذه الدراسة المتواضعة التي توصلنا فيها إلى عدد من النتائج على إثرها نضع عدداً من التوصيات أمام الجهات ذات العلاقة والتي من شأن الأخذ بها على نحو جاد هو القضاء على الفجوة القائمة بين الواقع والقانون نحو تفشي ظاهرة جرائم الشيكات في المجتمع، ونتناول تلك النتائج أولاً ثم التوصيات ثانياً على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

١- جرائم الشيك متعددة غير محصورة بجريمة إصدار شيك بدون رصيد كما هو غالب بذهن كثير من أفراد المجتمع والتي قد يرتكبها أي من أطراف الشيك الثلاثة: (الساحب- المستفيد- موظف البنك المسحوب عليه)، أضف إلى ذلك جرائم مظهر الشيك أو حامله كما تم تقنينه بالتشريعات محل الدراسة.

٢- وضع المشرع المصري بقواعد القانون التجاري عقاباً بمواجهة المسحوب عليه وموظفه عند عدم القيام بمنح المستفيد بياناً بشأن الامتناع عن دفع قيمة الشيك وسببه، بينما لم يشر نظيره اليمني إلى وضع نص مماثل بأحكام القانون التجاري وتعديلاته النافذة.

٣- قيام التعارض في التشريع الوطني بين نص المادة (٣١١) بقانون الجرائم والعقوبات وبين نص المادة (٨٠٥) من القانون التجاري بشأن عقوبة الاعتداء على الشيك.

٤- عدم دقة صياغة بعض النصوص في التشريع الوطني التجاري، الأمر الذي مؤداه تطبيق النص في اتجاه مغاير لغاية المشرع من التقنين.

ثانياً: التوصيات:

إن ما سنبينه من توصيات كأثر لتلك النتائج السالف ذكرها هي في حقيقتها ليس من شأنها التأثير أو التقليل من قيمة التشريع الوطني أو نظيره المصري بقدر ما الغاية منها تفادي تلك السلبيات الواردة بالتشريع الوطني بما غايته وليس غيره سد الفجوة القائمة بين الواقع والقانون نحو الحد من ظاهرة جرائم الشيكات في المجتمع إن لم يكن القضاء عليها برمتها، لذلك يوصي الباحث بضرورة قيام المشرع الوطني بوضع تعديل تشريعي بأحكام القانون التجاري في المواضع الآتية:

أولاً: وضع نص صريح يتضمن بذاته إلغاء نص المادة (٣١١) من قانون الجرائم والعقوبات الخاصة بجرائم الشيكات، والاستعاضة عنها بالعقوبات المقررة بأحكام القانون التجاري وذلك لإزالة التعارض بين نصوص القانونين للأسباب الجدية الآتية:

أ- كون الجزاء الوجوبي (الحبس والغرامة) المقرر بأحكام القانون التجاري هو الملائم وهو المناسب لتقوم العقوبة بوظيفتها نحو تحقيق الردع العام والخاص للقضاء على ظاهرة جرائم الشيكات في المجتمع.

ب- كون القانون التجاري قانوناً خاصاً بينما قانون العقوبات قانون عام، والمعلوم أن الخاص يقيد العام لذلك يلزم العمل بنصوص القانون التجاري دون غيرها بشأن عقوبة جرائم الشيكات.

ج- كون القانون التجاري قانوناً حديثاً تم إصداره للنصوص العقابية لجرائم الشيكات بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨م، بينما قانون العقوبات قانون سابق صدر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م، والمعلوم أن النص اللاحق الحديث يلغي النص القديم السابق حال تولي كل منهما تنظيم مسألة واحدة.

د- اهتداء وسيراً على نهج المشرع المصري في هذا الشأن على وجه الخصوص وتحديداً بإلغائه النص الجزائي لجرائم الشيكات الوارد بالمادة (٣٣٧) من قانون العقوبات المصري الصادر عام ١٩٣٧م والاستعاضة عنه بالجزاء المقرر بأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م.

ثانياً: وضع نص جديد بأحكام القانون التجاري اليمني يعاقب المظهر أو حامل الشيك الذي يقوم بتظهيره أو تسليمه للغير بطريق التداول وهو يعلم أنه لا رصيد له أو أنه غير قابل للصيغة وذلك من خلال إضافة فقرة ثانية بنص المادة (٨٠٥. تجاري) بالصيغة الآتية: [٢- يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها بالفقرة الأولى كل من ظهر لغيره شيك تظهيراً ناقلاً للملكية أو سلمه شيكاً مستحق الدفع لحامله مع علمه أنه ليس له مقابل وفاء يفي بكامل قيمته أو أنه غير قابل للصرف].

ثالثاً: وضع نص جديد بأحكام القانون التجاري اليمني يعاقب موظف البنك المسحوب عليه حال مخالفته قواعد وأحكام الشيك، ويكون بالصيغة الآتية: [١- يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن مليون ريال ولا تتجاوز ثلاثة ملايين ريال كل موظف بالبنك ارتكب عمداً أحد الأفعال الآتية:

أ- التصريح على خلاف الحقيقة بعدم وجود مقابل وفاء للشيك أو بوجود مقابل وفاء أقل من قيمته.

ب- الرفض بسوء نية وفاء شيك له مقابل وفاء كامل أو جزئي ولم يُقدّم بشأنه اعتراضاً صحيحاً.

ج- الامتناع عن وضع أو تسليم البيان المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (٥١٨) من هذا القانون.

د- تسليم أحد العملاء دفتر شيكات لا يشتمل على البيانات المنصوص عليها في المادة (٥٢٨) من هذا القانون.

٢- ويكون البنك مسؤولاً بالتضامن مع موظفيه المحكوم عليهم عن سداد العقوبات المالية المحكوم بها].

رابعاً: يوصي الباحث بتعديل الجزاء «العقوبة» بشأن الاعتداء على الشيك الواردة بأحكام المواد (٨٠٧، ٨٠٨، ٨١٠) من القانون التجاري اليمني وتعديلاته النافذة بما غايته قيام العقوبة بوظيفتها للقضاء على تفشي ظاهرة جرائم الشيكات في المجتمع.

خامساً: يوصي الباحث بإضافة مادة جديدة كعقوبة تكميلية تقضي بمعاينة الساحب في حال العود لارتكاب جريمة إصدار شيك بدون رصيد كما هو الشأن لدى نظيره المصري بتقرير العقوبات الآتية: [أ- سحب دفاتر الشيكات من الساحب.

ب- منع إعطاء الساحب دفاتر شيكات جديدة مدة تعيينها المحكمة وتبليغ هذا الحظر لجميع البنوك].

- وأخيراً فإن كان الباحث قد أصاب في هذه الدراسة المتواضعة فذلك بفضل من الله تعالى وحده وإن كانت الأخرى فذلك هو النقص في الإنسان حال بني البشر، والحمد لله من قبل ومن بعد.

قائمة بالمراجع

أولاً: المؤلفات القانونية:

- ١- د. محمود الكيلاني، القانون التجاري «الأوراق التجارية»، جمعية عمال المطابع، عمان، الأردن، طبعة ١٩٩٠م.
- ٢- د. ثروت حبيب، القوانين التجارية، «الأوراق التجارية»، دون دار نشر، طبعة ١٩٩١م.
- ٢- د. أكرم ياملكي، الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقية جنيف الموحدة، دون دار نشر، ط ١٩٩٩م.
- ٣- حمدي عبد المنعم، الأوراق التجارية في قانون المعاملات التجاري الاتحادي بدولة الإمارات العربية المتحدة، منشورات المجمع الثقافي، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م.
- ٤- د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري في الأوراق التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة ١٩٩٧م.
- ٥- د. عبد القادر العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري للأوراق التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون سنة نشر.
- ٦- د. أبو زيد رضوان، د. رضا السيد عبد الحميد، الأوراق التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٤م.
- ٧- د. أكثم أمين الخولي، دروس في الأوراق التجارية، مطبعة نهضة مصر، طبعة ١٩٥٨م.
- ٨- د. سميحة القليوبى، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٥م.
- ٩- د. محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٥م.

- ١٠- د. رضا عبيد، القانون التجاري، دون دار نشر، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣.
- ١١- د. عبد الحميد الشواربي، القانون التجاري «الأوراق التجارية»، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، دون سنة نشر.
- ١٢- د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديد للنشر، طبعة ١٩٩٧م.
- ١٣- د. علي جمال الدين عوض، الأوراق التجارية، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة ١٩٩٥م.
- ١٤- د. سميحة القليوبي، الوسيط في القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، الجزء الأول، بدون سنة نشر.
- ١٥- د. فايز نعيم رضوان، القانون التجاري طبقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، ٢٠٠٢-٢٠٠٣م.
- ١٦- د. عبد الرحمن شمسان، أحكام المعاملات التجارية "الأوراق التجارية في القانون اليمني، جرافيكس للطباعة، طبعة ٢٠٠٥م.
- ١٧- د. محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠١م.
- ١٨- د. محمود سمير الشرقاوي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٣م.
- ١٩- د. سميحة القليوبي، الأوراق التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ١٩٩٩م.
- ٢٠- د. فريد العريني، د. محمد دويدار، "أساسيات في القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة طبعة ٢٠٠٤م.
- ٢١- د. علي سيد قاسم، قانون الأعمال ووسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع في القانون التجاري في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، الجزء الثالث، الطبعة الثانية.
- ٢٢- د. فايز نعيم رضوان، القانون التجاري- الأوراق التجارية وعمليات البنوك طبقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، ٢٠٠١-٢٠٠٢م.
- ٢٣- د. علي البارودي، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دار المطبوعات الجامعية، دون سنة نشر.
- ٢٤- د. علي حسن يونس، الأوراق التجارية، دار الفكر العربي، دون سنة نشر.

- ٢٥- د. فايز نعيم رضوان، العقود التجارية، عمليات البنوك- الأوراق التجارية طبقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دون سنة نشر.
- ٢٦- د. فايز نعيم رضوان، د. نجيب بكير، د. نادية محمد معوض، الوجيز في القانون التجاري وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠م.
- ٢٧- د. حسن على مجلي، المبادئ القانونية للقضايا التجارية، مكتبة خالد بن الوليد، طبعة ٢٠٠٤م.
- ٢٨- د. هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات- القسم الخاص- جرائم الاعتداء على الأموال، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٦م.
- ٢٩- د. علي جمال الدين عوض، الشيك في قانون التجارة وتشريعات البلاد العربية، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠م.
- ٣٠- د. محسن شفيق، نظرات في أحكام الشيك في تشريعات البلاد العربية، محاضرات ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية عام ١٩٦٢م، دون سنة النشر.
- ٣١- د. زهير عباس كريم، النظام القانوني للشيك، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، دون سنة نشر.
- ٣٢- المستشار/ محمد محمود المصري، أحكام الشيك مدنياً وجنائياً في ضوء قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م - المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٠م.
- ٣٣- د/ حسن صادق المرصفاوى، المرصفاوى في جرائم الشيك، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، دون سنة نشر.
- ٣٤- د. أحمد محمد محرز، "السندات التجارية، الكمبيالة والسند الإذني - الشيك"، دون دار نشر، طبعة ١٩٩٥م.
- ٣٥- د. حماد مصطفى عذب، الشيكات المسطرة، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٥م.
- ٣٧- عبد العزيز سليم المحامي، الشرح التفصيلي للشيك في ظل القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دون دار نشر، طبعة ٢٠٠٠م.
- ٣٨- المستشار/ مصطفى مجدي هرجه، المشكلات العملية في جرائم الشيك، دار محمود للنشر والتوزيع، طبعة ٢٠٠٥م.

- ٣٩- د. هشام فضلي، الشيك في قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
- ٤٠- د. أميرة صدقي، الشيكات السياحية طبيعتها ونظامها القانوني، دار النهضة العربية، الطبعة ١٩٩٤م.
- ٤١- د. محمود مختار بريري، القواعد الخاصة بالشيك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، الطبعة ٢٠٠٥م.
- ٤٢- د. رضا السيد عبد الحميد، الشيك في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٦م.
- ٤٣- المستشار/ عبد الفتاح سليمان، طرق اكتشاف تزوير الشيكات والمسؤولية عنه، دار الكتب القانونية، الطبعة ٢٠٠٥م.
- ٤٤- د. عزيز العكيلي، انقضاء الالتزام الثابت في الشيك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، دون سنة نشر.
- ٤٥- د. نادية محمد معوض، مقابل الوفاء في الشيك وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠١م.
- ٤٦- د. محمود كيبش، الحماية الجنائية للشيك في ظل قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠م.
- ٤٧- د. محمد جمعة عبد القادر، جريمة إعطاء شيك بدون رصيد علماً وعملاً، دون دار نشر، دون سنة نشر، طبعة ٢٠٠٢-٢٠٠٣م.
- ٤٨- د. أسامة عبد الله قايد، جرائم الشيك في قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.

ثانياً: الرسائل العلمية:

- ٤٩- د. نضال فرج العلي، إصدار الشيك في قانون التجارة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥م.
- ٥٠- د. زهير عباس كريم، مقابل الوفاء في الشيك، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩١م.

- ٥١- د. عبد الغفار إبراهيم الحكماوى، مسؤولية المصرف عن الوفاء بقيمة الشيك، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ٥٢- مهند محمد عوض، البيان الاختياري في الورقة التجارية، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠١م.
- ٥٣- فايز خالد موسى الصغير، تنازع القوانين في الأوراق التجارية، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠٠٤م.

ثالثاً: الأحكام القضائية:

- ٥٤- الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا للنقض والإقرار.
- ٥٥- الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض المصرية.

رابعاً: التشريعات القانونية:

- ٥٦- القانون التجاري اليمني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١م وتعديلاته النافذة.
- ٥٧- قانون الجرائم والعقوبات رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م.
- ٥٨- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م.



المجلة الأردنية للقضاء والقانون

السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالبشر

القاضي / محمد شرف الوريث
كبير اختصاصيي المكتب الفني بوزارة العدل
رئيس وحدة مكافحة الاتجار بالبشر

مجلة
البحوث
الدراسات
القانونية
والاجتماعية

الملخص:

أصبحت جريمة الاتجار بالبشر بمختلف صورها وأشكالها موضوعاً خصباً وثيراً كونها تنتهك بصورة أساسية حقوق الإنسان وكرامته وحرية، وعلى رأسها حقه في أن يكون متحرراً من كافة أشكال سوء المعاملة والاستغلال، وتتسم بأنها جرائم واقعة على الإنسان؛ ذلك أن محل هذه الجرائم وموضوعها هو الإنسان نفسه، وهي ليست مقصورة على جنس معين أو سن معين، بل تشمل الأطفال والنساء والرجال وتمتد إلى جميع الفئات البشرية وتشمل جميع الفئات العمرية، فهي جريمة تمس حياة الأفراد والمجتمعات عموماً وتؤدي إلى الانهيار الاجتماعي والاقتصادي والثقافي لدى مختلف الشعوب، ومما زاد في تعقيدها تطور صورها ووسائل ارتكابها بين الحين والآخر، خاصةً وأن هناك الآلاف من الرجال والنساء والأطفال الذين دفعتهم ظروفهم الاجتماعية أو نتيجة للكوارث الطبيعية والحروب والأزمات الاقتصادية والظروف المعيشية الصعبة إلى أن يكونوا فريسة سهلة للوقوع في عمليات الاتجار بالبشر من قبل العصابات الإجرامية التي تتولى غالباً الإشراف على تنظيمها ومراقبة تنفيذ عملياتها المختلفة، وذلك عن طريق تجنيد الضحايا ونقلهم واستلامهم وتسليمهم واستقبالهم وإيوائهم بصورة مشروعة أو غير مشروعة وسواء داخل حدود الدولة نفسها أو عبر حدودها الوطنية إلى دولة أخرى، بغرض استغلال الضحايا في أعمال السخرة والخدمة القسرية أو أعمال الدعارة وسائر صور الاستغلال الجنسي أو نزع الأعضاء البشرية والمتاجرة بها وغيرها من صور الاستغلال بغرض تحقيق أرباح ومنافع مادية أو معنوية، ويستوي في ذلك أن يكون استغلال الضحية طوعية باستخدام وسائل الاحتيال والتغريب أو قسراً عن طريق الإكراه باستعمال القوة أو التهديد بها أو الاختطاف وغيرها من الوسائل، وغالباً ما تتسم أفعال السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر بأنها أفعال مادية مختلفة الصور والأشكال تبعاً لاختلاف الوسائل المستخدمة من قبل الجناة والتي يتم من خلالها تحقيق النتيجة المجرمة المتمثلة في الاستغلال والاتجار بالبشر، ويُشكل كل فعل من تلك الأفعال جريمة مستقلة ومنفردة بذاتها، كما أن الوسائل المستخدمة لارتكاب أفعال السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر تتنوع بحسب أداة التنفيذ فقد تكون وسائل مادية أو وسائل معنوية، وقد تكون وسائل قسرية وأخرى غير قسرية، لذلك كان علينا كباحثين أن نتطرق لهذه الجريمة بصورها وأشكالها ووسائلها المختلفة والمتطورة وصولاً إلى المساهمة في إيجاد الحلول والمعالجات المناسبة للتصدي لهذه الجرائم والحد من انتشارها وتوسعها،

Criminal Behavior in Human Trafficking Crime

Research submitted by / Muhammad Sharaf Ahmed Al-Wareeth

PhD researcher – College of Sharia and Law – Sana'a University –

Yemen

:Summary

The human trafficking crime in its various forms and manifestations has become a fertile and rich subject, as it fundamentally violates human rights, dignity and freedom, foremost of which is the right to be free from all forms of abuse and exploitation. It is described as a crime committed against human beings, because the object and subject of this crime is the human being himself. It is not limited to a specific gender or age, but rather includes children, women and men and extends to all human groups and includes all age groups. It is a crime that affects the lives of individuals and societies in general and leads to the social, economic and cultural collapse of different peoples. What added to its complexity was the development of its images and means of committing it from time to time, especially since there are thousands of men, women and children whose social conditions or as a result of natural disasters, wars, economic crises and difficult living conditions pushed them to be easy prey to fall into human trafficking by criminal gangs; mostly supervising its organization and monitoring the implementation of its various operations. This is done by recruiting victims, transferring them, receiving them, handing them over, receiving them, and sheltering them, legally or illegally, whether within the borders of the state itself or across its national borders to another state, with the aim of exploiting the victims in forced labor and compulsory service, prostitution and all other forms of sexual exploitation, or the removal and trafficking of human

organs, among others; a form of exploitation for the purpose of realizing material or moral profits and benefits. Moreover, it is equal to exploit a victim voluntarily by using means of deception and deceit, or forcibly through coercion, by using or threatening force, or by kidnapping and other means. Acts of criminal behavior in human trafficking crimes are often characterized as physical acts of different shapes and forms depending on the different means used by the perpetrators through which the criminalized result of exploitation and human trafficking is achieved. Each of these acts constitutes an independent and separate crime in itself. The means used to commit acts of criminal behavior in human trafficking crimes vary according to the execution tool. It may be material means or moral means, and it may be coercive or non-coercive means. Therefore, as researchers, we had to address this crime in its various and advanced forms and means, in order to contribute to finding appropriate solutions and treatments to address these crimes and limit their spread and expansion.

المقدمة:

ظهرت مؤخراً أعمال إجرامية تستهدف الإنسانية عامة، وتعيد إلى الأذهان تجارة العبيد واسترقاقهم كما كانت سائدة في العصور الوسطى، ولكن بأشكال متنوعة وصور مختلفة يطلق عليها الرق الحديث، يجمعها هدف واحد هو استغلال الإنسان والتريح من ورائه، وسميت تلك الأفعال بجرائم الاتجار بالبشر التي يعد الرق هو الأساس التاريخي والقانوني لها، فالاتجار بالبشر عمل غير قانوني وجريمة ضد الإنسانية تنهى عنه تعاليم ومبادئ الشريعة الإسلامية الغراء التي تكفل حقوق الإنسان واحترام حرياته الأساسية، كما أنها قد كرمت الإنسان تكريماً عظيماً وفضلته على كثير من المخلوقات التي خلقها الله سبحانه وتعالى وذلك في قول الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾ [الإسراء: ٧٠].

إن ظاهرة الاتجار بالبشر ظاهره تاريخية قديمة قدم الإنسانية ذاته، فلا يمكن تحديد محطة تاريخية محددة يمكن الوقوف عندها في هذا الصدد، فقد تناقلت العديد من الحضارات القديمة نصوصاً تفيد أن ظاهرة استعباد البشر وشرائهم وبيعهم من الظواهر التجارية السائدة بين الدول في ذلك الوقت، وأن الملوك والسلاطين وأصحاب المال كانوا يملكون عبيداً وإماء، ولم يكن هناك حدود عمرية أو جنس معين لشرائهم أو بيعهم كعبيد فقد يكونون كباراً أو صغاراً أو حتى أطفالاً وقد يكونون نساءً أو رجالاً، فكانت الحروب تعد أكثر المصادر لاستعباد البشر إلى جانب مصادر أخرى، ويُعد الرق والاسترقاق وتجارة العمالة والدعارة أفعالاً وجدت في كافة المجتمعات بغض النظر عن طبيعة أنظمتها الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية.

وقد جاء الإسلام على أمم وشعوب قد استحكمت فيها ثقافة الرق والعبودية والبقاء، وباتت جزءاً من مرتكزات حياتها الاجتماعية والاقتصادية، لا يستنكرها أحد ولا يفكر في إمكان تغييرها أحد، وكانت تلك الثقافة راسخة في مختلف المجتمعات خصوصاً في الجزيرة العربية التي كانت تعج بالعبيد والجواري وأسواق النخاسة^(١)، فلم يكن من الحكمة أن يقرر الإسلام إلغاء هذا النظام المستحکم بشكل مفاجئ وذلك حتى لا تصطدم دعوته مع مألوف المجتمع ولكي لا تضطرب الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية، لذلك فإن الإسلام لم يبادر إلى إلغاء الرق الذي كان سائداً دفعة واحدة بشكل تام، بل أوجد حلولاً

(١) عبدالله ناصح علوان، نظام الرق في الإسلام، دار السلام للطباعة والنشر، ٢٠٠٤م، ص ٦.

لمشكلة الرق التي كانت قائمة ومستشرية في العصر الجاهلي ودعا إلى إلغائه والحد منه تدريجياً^(١)، وهذه هي من خصائص الإسلام المتمثلة بالتدريجي في التشريع للتغيير الاجتماعي التدريجي، ومنه تحريم شرب الخمر وتحريم فائدة الربا على القروض فكليهما حُرماً تدريجياً في مطلع عهد الإسلام، وتمت معالجة الإماء المسترققات ضمن إطار مؤسسة الزواج^(٢).

ويُعد الإنسان محل جريمة الاتجار بالبشر وموضوعها^(٣)، كون الحق المعتدى عليه في جريمة الاتجار بالبشر هو الإنسان وحقه في الحرية والكرامة، لذا فهي جريمة تقع على الإنسان ولصيقة به وهذا ما استقر عليه الموثيق الدولية والإقليمية والتشريعات الوطنية، وقد أصبحت جريمة الاتجار بالبشر بمختلف صورها وأشكالها موضوعاً خصباً وثرياً لا سيما في الآونة الأخيرة كونها تمس حياة الأفراد والمجتمعات المختلفة، ومما زاد في تعقيدها تطور صورها ووسائل ارتكابها بين الحين والآخر، وتشرف على تنظيمها والقيام بتنفيذها جماعات إجرامية منظمة، حيث تتم عمليات تجنيد الضحايا ونقلهم واستلامهم وتسليمهم بصورة مشروعة أو غير مشروعة وقد يتم ذلك داخل حدود الدولة نفسها أو عبر حدودها الوطنية إلى دولة أخرى، بغرض استغلالهم في أعمال السخرة والخدمة القسرية أو أعمال الدعارة وسائر صور الاستغلال الجنسي أو نزع الأعضاء وغيرها من صور وأشكال الاستغلال لتحقيق أرباح ومنافع مادية أو معنوية، ويستوي في ذلك أن يكون استغلال الضحية طواعية باستخدام وسائل الاحتيال والتغريب أو قسراً عن طريق الإكراه باستعمال القوة أو التهديد بها أو الاختطاف وغير ذلك من الوسائل القسرية^(٤).

ويتعرض الضحايا وخصوصاً النساء والأطفال في جريمة الاتجار بالبشر إلى شتى أنواع الإذلال والامتهان لكرامتهم وإنسانيتهم خلال عمليات الاستغلال والاتجار بهم، ويتم التعامل معهم كبضاعة منزوعة الإنسانية يتم تداولها من قبل مجموعات إجرامية منظمة تنشط بشكل سرّي في مختلف أنحاء العالم، فهذه الجريمة لا تقف عند حدود دولة ما بل تتعداها لتنفت سمومها وأثارها لتتخطى الحدود الجغرافية لتشمل العديد من الدول والمجتمعات، وقد نُشرت دراسة صادرة عن مركز دراسات اللاجئين بجامعة

(١) د. طارق عفيفي صادق، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٢) د. محمد يحيى مطر، مكافحة الاتجار بالبشر وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٩.

(٣) د. دهام أكرم عمر، جريمة الاتجار بالبشر (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، ٢٠١١م، ص ٧٢.

(٤) حامد سيد محمد حامد، الاتجار بالبشر كجريمة منظمة عابرة للحدود بين الأسباب، التداعيات، الرؤى الاستراتيجية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر ٢٠١٣م، ص ٢٠.

أكسفورد اعتبرت تجارة البشر ثالث أكبر نشاط إجرامي وأهم مصادر الدخل غير المشروع والاقتصاد الخفي بعد تجارتي السلاح والمخدرات، وتعتبر جريمة الاتجار بالبشر مشكلة عالمية تؤثر على معظم البلدان في العالم، وتعد من أخطر المفاصد التي أصيبت بها المجتمعات نتيجة تفاعل عدد من الأسباب والعوامل الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، جعلت من الضحايا فريسة سهلة للاتجار بهم واستغلالهم، لذلك فهي تحظى باهتمام بالغ الأهمية من المجتمع الدولي.

تساؤلات البحث:

- ما هو السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر؟
- ما هي صور السلوك الإجرامي التي يتم ارتكابها؟
- ما هي الوسائل المستخدمة لارتكاب السلوك الإجرامي؟

أهمية البحث:

تشكل جريمة الاتجار بالبشر تحدياً كبيراً أمام البشرية وتفوق في حجمها أغلب النماذج والأشكال الإجرامية الأخرى، وبالتالي تفرض على المجتمع الدولي بذل أقصى الجهود لاتخاذ التدابير وإصدار التشريعات اللازمة في مواجهة هذه الظاهرة الخطيرة، كون هذه الجريمة لا يقتصر نطاقها على المستوى الوطني، بل يمتد لتصبح مشكلة إقليمية ودولية عابرة للحدود، والمقلق أكثر هو سهولة تمكن العصابات الإجرامية من الإيقاع بالضحايا في الوقت الذي يصعب فيه على القانون حمايتهم من الوقوع في شباك هذه العصابات، كما أن عدم استقرار مفهوم هذه الجريمة بأركانها وصورها وأحكامها المختلفة في أذهان الكثير من الناس وذوي العلاقة من العاملين في السلك القضائي ورجال القانون يؤثر على سير الإجراءات القانونية عند النظر تلك الجرائم بأنماطها الحديثة من قبل جهات إنفاذ القانون وتوصيفها كجريمة اتجار بالبشر معاقب عليها وفقاً لنصوص قانونية خاصة.

ويكتسب هذا البحث أهمية بالغة تتمثل في تسليط الضوء على السلوك الإجرامي وصوره في جرائم الاتجار بالبشر، باعتبارها جرائم تجاوزت في السنوات الأخيرة حدود إمكانيات الحكومات والمنظمات الدولية، خاصة وأن هناك الآلاف من الرجال والنساء والأطفال الذين دفعتهم ظروفهم الاجتماعية أو نتيجة للكوارث الطبيعية والحروب

والأزمات الاقتصادية والظروف المعيشية إلى أن يكونوا فريسة سهلة للاتجار بهم واستغلالهم من قبل العصابات الإجرامية المنظمة، ونظراً لخطورة الأضرار والآثار المترتبة عن جريمة الاتجار بالبشر التي تُصيب الفرد والمجتمع والمصالح الخاصة والعامة في مختلف النواحي الاجتماعية والاقتصادية والإدارية، فقد صار من الأهمية بمكان التصدي لهذه الجريمة والتعرض لبعض جوانبها الموضوعية خصوصاً ما يتعلق بالسلوك الإجرامي وصوره ووسائل ارتكابه في ضوء القوانين الوطنية والتشريعات العربية والاتفاقات الدولية.

أهداف البحث:

طبقاً لموضوع البحث فإن الهدف يتمثل في تقديم دراسة تحليلية للسلوك الإجرامي وصوره في جرائم الاتجار بالبشر على المستويين الوطني والإقليمي، مع استعراض الوسائل المختلفة التي يتم استخدامها لارتكاب الأفعال المكونة للسلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر، والتي يجمعها وحدة الحق المعتدى عليه ووحدة الغرض الإجرامي، وذلك في ضوء نصوص القانون اليمني رقم (١) لسنة ٢٠١٨م بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر والأحكام الواردة في بروتوكول باليرمو لمنع وقمع ومعاينة الاتجار بالأشخاص وخاصة للنساء والأطفال لعام ٢٠٠٠م وبعض القوانين العربية المقارنة الخاصة بمكافحة الاتجار بالبشر.

تقسيم البحث:

- المطلب الأول: ماهية السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر.
- المطلب الثاني: وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر.

المطلب الأول

ماهية السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر

الركن المادي لأي جريمة هو كيانها المادي أو مظهرها الخارجي أو الماديات المحسوسة للجريمة التي تظهر في العالم الخارجي^(١)، فكل جريمة لابد لها من ماديات تتجسد فيها الإرادة الإجرامية لمرتكبها، وبها يتحقق اعتداء الفاعل على المصلحة التي يحميها القانون، ومن ثم لا سلطان للقانون الجنائي أو الحديث عن مسؤولية جنائية لما يضره الإنسان بداخله من أفكار أو نوايا إجرامية، إلا إذا اتخذت تلك النوايا والأفكار الإجرامية مظهراً خارجياً ملموساً تدركه الحواس ويمكن تحديده والوقوف عليه^(٢)، وفي ذلك حماية للأفراد من العقاب دون أن يصدر عنهم سلوك مادي مجرم^(٣).

ولا يختلف الأمر بالنسبة لجريمة الاتجار بالبشر إذ يتطلب القانون للعقاب عليها توافر الركن المادي لها بعناصره الثلاثة وهي السلوك الإجرامي سواء كان فعلاً إيجابياً أو سلبياً والنتيجة الإجرامية لذلك السلوك والعلاقة السببية التي ترتبط بينهما، مع ملاحظة أن هذه العناصر تختلف في الجريمة التامة عنها في الجريمة الناقصة أو الشروع فيها، فالأولى تقع مستكملة لكافة عناصر الركن المادي فيها، بينما تتميز الثانية بتخلف عنصر النتيجة الإجرامية لها^(٤).

وقد يكتمل الركن المادي في بعض الجرائم، بمجرد ارتكاب السلوك الإجرامي فقط دون تحقق النتيجة باعتبارها من جرائم الخطر، والتي تعني تلك الجرائم التي يُكتفى فيها بأن يترتب على السلوك الإجرامي مجرد خطر يهدد الحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية^(٥).

ويقصد بالسلوك الإجرامي: هو ذلك النشاط المادي الذي يصدر من جانب الجاني

(١) د. محمود نجيب حسني، القانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ١٢٣.

(٢) د. شريف سيد كامل، شرح قانون العقوبات الاتحادي، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠م، ص ١٢٣.

(٣) د. أحمد شوقي أبو خطوة، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص ١٤١.

(٤) د. مأمون سلامة، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٠م، ص ١٢٣.

(٥) د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ٤٠.

ويكون من شأنه إحداث النتيجة المجرمة، ولكي يتوافر الركن المادي في جريمة الاتجار بالبشر فيجب أن يصدر من الفاعل سلوك إجرامي قد يكون إيجابياً بارتكاب الفعل وقد يكون سلبياً بالامتناع عن الفعل^(١)، وغالباً ما يتسم السلوك في هذه الجريمة بالسلوك الإيجابي عن طريق قيام الجاني باستغلال المجني عليه بقصد الاتجار به، وتتعدد صور السلوك الإجرامي المكون للركن المادي في جريمة الاتجار بالبشر تبعاً لاختلاف الوسائل التي يتم من خلالها تحقيق النتيجة المجرمة المتمثلة باستغلال المجني عليه، ويمكن القول بأن أي وسيلة يتبعها الجاني لتحقيق غرض الاستغلال كافية بحد ذاتها لقيام السلوك الإجرامي^(٢)، وسوف أتناول هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين على النحو الآتي:

- الفرع الأول: السلوك الإجرامي في بعض التشريعات العربية المقارنة.
- الفرع الثاني: صور السلوك الإجرامي.

الفرع الأول

السلوك الإجرامي في بعض التشريعات العربية المقارنة

نصت أغلب التشريعات العربية المقارنة الخاصة بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر محل الدراسة، على أفعال السلوك الإجرامي المرتكب في تلك الجرائم بمختلف أشكاله وصوره، والتي أستعرض منها:

١. القانون اليمني: أحسن المشرع اليمني حينما حدد صور السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالبشر والتي تشمل مختلف أوجه التعامل في البشر، والمتمثلة في نص المادة رقم (٤) الفقرة (١) من القانون اليمني رقم (١) لسنة ٢٠١٨م بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، وهي النقل أو التنقل أو الإيواء أو التسلم أو التسليم أو الاستقبال لشخص أو أكثر- سواء داخل الجمهورية أو عبر حدودها الوطنية- بقصد استغلالهم وكذلك بيع أو عرض للبيع أو الشراء شخصاً أو أكثر أو وعد بهما.

(١) د. محمد زكي أبو عامر، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٦م، ص ١١٦.

(٢) يجب ألا ينتظر المشرع وقوع الضرر حتى يتدخل بالحماية، بل يضرب على السلوك الخطر في مراحل الأولى بأدواته في التجريم والعقاب، حتى لا يتحول ذلك الخطر إلى ضرر فعلي بالمصالح والحقوق محل الحماية الجنائية.

٢. القانون المصري: نلاحظ أن المشرع المصري قد عدد الصور المجرمة للسلوك المحظور وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، والمتمثلة في التعامل مع شخص طبيعي بالبيع أو العرض للبيع أو الشراء أو الوعد بهما أو الاستخدام أو النقل أو التسليم أو الإيواء أو الاستقبال أو التسلم سواءً في داخل البلاد أو عبر حدودها الوطنية.

٣. القانون العراقي: ولم يخرج المشرع العراقي عن النهج التشريعي السالف ذكره إذ إنه يجرم سلوك الاتجار بالبشر عبر بيان الأفعال الإجرامية المتمثلة في التجنيد والنقل والإيواء والاستقبال وفقاً لنص المادة الأولى من القانون العراقي رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٢م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.

٤. القانون الكويتي: كما أن المشرع الكويتي سارع على ذات النهج في بيان صور السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالبشر، وذلك وفقاً لما تناولته المادة الأولى من القانون الكويتي رقم (٩١) لسنة ٢٠١٣م بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص وتهريب المهاجرين، والتي تتمثل في:

- بيع الأشخاص أو عرضهم للبيع أو الشراء أو الوعد بهما.
- استقطاب الأشخاص أو استخدامهم أو تجنيدهم أو نقلهم أو ترحيلهم أو إيوائهم أو استقبالهم أو تسليمهم أو استلامهم، سواءً داخل البلاد أم عبر حدودها الوطنية.
- إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا، لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر.
- استخدام طفل أو نقله أو ترحيله أو إيوائه أو استقباله.
- بيع طفل أو عرضه للبيع أو الشراء.

٥. القانون القطري: حيث تناولت المادة (٢) من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١١م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر الاتجار بالبشر، صور السلوك الإجرامي من خلال استخدام شخص طبيعي أو نقله أو تسلمه أو إيوائه أو استقباله أو تسليمه، سواءً في داخل الدولة أم عبر حدودها الوطنية.

٦. القانون الموريتاني: نصت المادة الأولى من القانون رقم (٥) لعام ٢٠٠٣م بشأن قمع الاتجار بالأشخاص على السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر بأنها: (تجنيد أو نقل أو تنقيط الأشخاص عن طريق التهديد بالقوة أو باستعمالها أو بأي شكل آخر من

القسر أو اختطاف أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو حالة الضعف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا وذلك بغرض الحصول على موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر من أجل الاستغلال ويشمل الاستغلال في حده الأدنى العمل بدون أجر أو العمل أو الخدمات قسراً أو الممارسات المماثلة أو نزع الأعضاء نظير ربح مادي أو استغلال دعارة الآخرين أو الأشكال الأخرى للاستغلال الجنسي).

٧. القانون الأردني: تناول المشرع الأردني في المادة الثالثة الفقرة (أ) رقم (٩) لسنة ٢٠٠٩م بشأن منع الاتجار بالبشر السلوك الإجرامي بأنه: (استقطاب أشخاص أو نقلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بغرض استغلالهم عن طريق التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة ضعف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على هؤلاء الأشخاص...)^(١).

٨. القانون البحريني: نصت المادة الأولى الفقرة (١) من القانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص بأن السلوك الإجرامي يتمثل في: (تجنيد شخص أو نقله أو تنقيله أو إيوائه أو استقباله بغرض إساءة الاستغلال، وذلك عن طريق الإكراه أو التهديد أو الحيلة أو باستغلال الوظيفة أو النفوذ أو بإساءة استعمال سلطة ما على ذلك الشخص أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، وتشمل إساءة الاستغلال استغلال ذلك الشخص في الدعارة أو في أي شكل من أشكال الاستغلال أو الاعتداء الجنسي أو العمل أو الخدمة قسراً أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء).

ومن خلال النصوص التشريعية الخاصة بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر السابق ذكرها، يتضح تعدد صور السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر والتي تضم أغلب أشكال التعامل مع الضحية لغرض المتاجرة بها واستغلالها، كما يظهر أن تلك التشريعات قد تأثرت بالأحكام الواردة في بروتوكول باليرمو لمنع وقمع ومعاينة الاتجار بالأشخاص وخاصة للنساء والأطفال لعام ٢٠٠٠م والذي يقتضي تجريم كل أشكال السلوك المشمولة في تعريف الاتجار بالأشخاص المنصوص عليها في المادة (٣) منه، كما أن المادة (٥) من البروتوكول توجب على الدول الأطراف تجريم الاتجار بالأشخاص بحسب تعريف الوارد في المادة (٣) منه.

(١) المادة الثالثة من قانون منع الاتجار بالبشر الأردني رقم (٩) لعام ٢٠٠٩م.

وليس بالضرورة أن تتفق الصياغة التشريعية لنصوص القوانين الوطنية مع التعريف الوارد بالبروتوكول، باعتبار أن النص الدولي يضع مفهوماً عاماً للسلوك المحظور والمعطيات الأساسية للتجريم، ليوفر أساساً مشتركاً لصياغة القوانين الوطنية الداخلية^(١)، ويكون الخيار للمشرع الوطني في صياغة تلك النصوص سواء باستخدام أسلوب الصياغة المرنة الذي يتسم بالسرد التفصيلي والحصص الدقيق لكثير من الأفعال التي يتشكل منها السلوك الإجرامي للجريمة، أو بإدراج نصوص واسعة تتسم بالعمومية بصورة تستوعب الأخطار الحديثة التي تتنوع وتتطور من حين لآخر لتهدد الحقوق والمصالح محل الحماية الجنائية.

الفرع الثاني

صور السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر

إن الأفعال المتعددة للسلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر، يجمعها وحدة الحق المعتمد عليه ووحدة الغرض الإجرامي^(٢)، كما أن الموائيق الدولية والتشريعات العربية المقارنة جعلت من وسائل ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر عنصراً من عناصر السلوك الإجرامي الذي لا تقوم الجريمة إلا به^(٣).

وعلى الرغم من تعدد صور السلوك الإجرامي المذكورة في البروتوكول وكذلك في التشريعات الوطنية المقارنة محل الدراسة، إلا إنه لا يشترط أن يأتي الجاني بكل تلك الأفعال لتكون أمام جريمة من جرائم الاتجار بالبشر، بل يكفي لقيامها ارتكاب فعل واحد منها أو أكثر مع توافر العناصر الأخرى لها^(٤)، مما يتعين بيان تلك الصور الإجرامية بشيء من الإيجاز وذلك على النحو الآتي:

١. التجنيد:

- (١) المستشار عادل ماجد، مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني، ط١، معهد التدريب والدراسات القضائية، الشارقة، ٢٠٠٧، ص ٧٣.
- (٢) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، ٢٠١٥م، ص ٥٢٩.
- (٣) د. ماجد حاوي علوان الربيعي، حظر الاتجار بالبشر في القانون الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١٥م، ص ١٦٥.
- (٤) د. أحمد عبدالظاهر، القوانين الجنائية الخاصة، النظرية العامة، دار النهضة العربية بالقاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٣٠.

التجنيد في اللغة هو جمع الجنود، فجدد الجنود: جمعها وحشدها، يقال: جنود مجندة، كما يقال: ألوف مؤلفة، ومادة الكلمة (جند) والجدد هم الأعوان والأنصار، والجدد: العسكر، والجمع أجناد^(١).

وفي الفقه يُعد التجنيد مصطلحاً له مدلولان ضيق وواسع، ويراد به وفقاً للمدلول الضيق جمع الأشخاص طوعاً أو جبراً لإعدادهم عسكرياً، وبمعنى آخر الانخراط في التجنيد الإجباري، ويقصد به في مدلوله الواسع ذلك النشاط الذي يتم بمقتضاه إدخال شخص أو أكثر في عمل أو خدمة معينة ولا عبء بنوع العمل الذي يتعلق بالتجنيد^(٢)، ومن ذلك جمع الأشخاص واستخدامهم ترغيباً أو ترهيباً للانضمام إلى مكونات محلية أو دولية تزاوّل أنشطة إجرامية متعددة منها المتصلة بالاتجار بالبشر، حيث يفترض التجنيد خضوع الضحية طوعية أو جبراً لسيطرة الجاني الذي يسعى لاستغلالها بهدف الحصول على منافع مادية أو معنوية^(٣).

وفي إطار جرائم الاتجار بالبشر فقد استخدم بروتوكول (باليرمو) مصطلح التجنيد عند تعريفه لجريمة الاتجار بالبشر، وتباينت التشريعات الوطنية المقارنة في استخدامها للمصطلحات الدالة على أفعال الاتجار بالبشر، فعالية التشريعات قد نصت صراحة على مصطلح التجنيد كفعل من أفعال الاتجار بالبشر، وهي كل من التشريع الفرنسي والعراقي والكويتي والجزائري، في حين لم تستخدم بعض التشريعات أو تذكر مصطلح التجنيد صراحة كفعل من أفعال الاتجار بالبشر عند تعريفها لهذه الجرائم، ومنها التشريع اليمني الذي استخدم مصطلح التطبيع بدلاً عنه وهو في ذلك يتفق مع القانون العربي الاسترشادي لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، أما المشرع المصري فقد استخدم مصطلح البيع والشراء والوعد بهما في بداية المادة التعريفية للاتجار بالبشر، ويعد البيع والشراء أقصى صور السلوك الإجرامي والتطبيق التقليدي لجريمة الرق^(٤)، وبعض التشريعات استخدمت مصطلح الاستدراج بدلاً عن التجنيد هما القانون السوداني رقم

(١) المعجم الصحيح، مرجع سابق، ص ١٠٣، ولسان العرب، مرجع سابق، باب الجيم، ص ٢١٤.

(٢) د. فتحية قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، مجلة الشريعة والقانون، العدد الأربعون، ٢٠٠٩م، ص ١٩١.

(٣) د. وجدان سليمان أرتيمه، الأحكام العامة لجرائم الاتجار بالبشر، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط ١، ٢٠١٤م، ص ١٨٤.

(٤) د. طارق عفيفي صادق، الجماعة الإجرامية المنظمة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٩٨.

(٣) لسنة ٢٠١٤م والقانون السوري رقم (٣) لسنة ٢٠١٠م، كما أن التشريع اللبناني في المادة (١/٥٨٦) من قانون العقوبات اللبناني قد استخدم مصطلح الاجتذاب بدلاً عن التجنيد كأول فعل من الأفعال الإجرامية للاتجار بالأشخاص.

ويُعد التجنيد أول مرحلة من مراحل ارتكاب الجريمة، وذلك بتطويع (الضحايا) المجني عليهم داخل الحدود أو خارجها تمهيداً للاتجار بهم، سواءً تم ذلك باستخدام وسائل قسرية أو غير قسرية لغرض المتاجرة بهم^(١)، فالتجنيد عمل مادي يتجلى في جمع عدد من الأشخاص لإلحاقهم بإعمال غير مشروعة كالدعارة أو السخرة وغيرها من صور الاتجار بالبشر، ويقصد به أيضاً تطويع شخص أو عدد من الأشخاص واستخدامهم كسلعة قابلة للتداول بالمخالفة للقوانين والأعراف الدولية، بغرض الاستغلال وجني الأرباح أيضاً كانت الوسائل المستخدمة مشروعة أو غير مشروعة، وبصرف النظر عن ارتكابها داخل الدولة أو عبر حدودها الإقليمية^(٢).

وقد يستعين الجاني بضحية سابقة لتجنيد الضحية الجديدة، ويتم إرسال الضحايا إلى بلدانهم لتجنيد ضحايا جدد وإقناعهم بالسفر إلى الخارج تحت إغراءات ووعود كاذبة، وقد يتم التجنيد عن طريق مؤسسات تجارية شرعية للحصول على الضحايا تحت ستار مكاتب التوظيف، التي تقوم بالإعلان عن وظائف في خارج البلاد في الصحف والمجلات وعبر الإنترنت بعروض مغرية للإيقاع بالضحية^(٣)، أو تحت ستار وكالات فنية للعمل في المجال الفني كتمثلات أو راقصات أو عارضات أزياء أو أعمال ترفيهية، إلا أن الهدف يكون هو العمل في ميدان الدعارة والأفلام الإباحية^(٤)، وبناء على ذلك فإن التجنيد في جرائم الاتجار بالبشر يأخذ إحدى الصور الآتية:

أ. التجنيد القسري: وهو الذي يقترن بالإكراه المادي أو المعنوي، سواء عن طريق الاختطاف أو القوة أو العنف أو التهديد^(٥)، حيث تكون الضحية واقعة تحت الخوف

(١) المستشار. عادل ماجد، مكافحة جرائم الاتجار بالبشر في الاتفاقيات الدولية والقانون الوطني، مرجع سابق، ص ٨٧، د. إسرار محمد علي سليم / مرجع سابق، ص ٥٩.

(٢) بهاء الدين محمد، أحمد عبد الكريم، الاتجار بالبشر في مصر بين الدولة والإعلام، دراسة منشورة بمركز أهداف التنمية والدراسات، ديسمبر ٢٠١٢، ص ٥.

(٣) د. عبد السلام الترماتيني، الرق ماضيه وحاضره، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت ١٩٧٩م، ص ٢٢٣.

(٤) مكتب مراقبة الاتجار بالبشر ومكافحته، الولايات المتحدة الأمريكية، التقرير الصادر في ٤ يونيو ٢٠٠٤م، ص ١٠.

(٥) د. وجدان أرتيمه، المرجع السابق، ص ١٨٥.

والرعب من العنف الجسدي والنفسي، الأمر الذي يجعلها مُسخرة لعمل ما يراد منها، وأغلب الفئات المستهدفة في هذا النوع من التجنيد هم العمال وذلك بتشغيلهم في أعمال شاقة جداً وإرغامهم على الاستمرار في العمل لساعات طويلة، وتعرضهم للمعاملة القاسية أو عدم حصولهم على الحدود الدنيا من حقوقهم، فضلاً عن استعبادهم ومنعهم من العودة إلى أوطانهم ولا يكون أمامهم خيار بديل لذلك^(١)، وأيضاً من الفئات المستهدفة الأطفال (ذكوراً وإناثاً) من أجل تزويد شبكة التبني العالمية، وهي من أخطر صور التجنيد وذلك باتجاه عصابات الإجرام المنظم إلى دور الأيتام وتبني عدد كبير من الأطفال بالاستعانة بأشخاص يدعون أنهم عائلة تبحث عن طفل للتبني، وفي واقع الحال هم سماسرة أو وسطاء في جرائم الاتجار بالبشر، وتعتبر الصين من الدولة الرئيسية في تقديم أطفال التبني، فقد أرسلت (٥٠٧٨) طفلاً للتبني إلى الخارج عام ٢٠٠٩م^(٢).

ب. التجنيد غير القسري: ومن ذلك التجنيد الخادع سواء كان بشكل كلي أو جزئي، ويتم فيه تجنيد الضحايا مباشرة بالغش والخداع والإغواء بالوعود الكاذبة^(٣)، خاصة مع الضحايا الذين يعانون من ظروف صعبة وينخدعون بالعروض المغرية، حيث يتم إغواء الضحية وخداعها واستدراجها بأفعال كالإغراء بالأموال أو الوظيفة المرموقة أو الاحتيال النفسي بغرض استغلالها بوجه أو أكثر من أوجه الاتجار بالبشر، وفي هذا النوع من التجنيد لا يمارس على الضحية القوة ابتداء وإنما تنقاد تحت تأثير الخداع الكلي الذي يمارس عليها، ومن تطبيقاته إغراء الضحايا بأنهم سيحصلون على أعمال محترمة ومستقبل أفضل، كمدرسين أو كمدرّاء لفنادق مثلاً وبرواتب مغرية، ولكنهم يفاجؤون في بلد المقصد أنهم سيعملون في المجالات الجنسية^(٤)، أو يفاجئون

(١) هيلين هاروف، تاغيل وأليكس نصري، عالقون في الفخ (الاتجار بالبشر في الشرق الأوسط)، نشر بواسطة منظمة العمل الدولية، المكتب الإقليمي للدول العربية، بيروت، منظمة العمل الدولية ٢٠١٤م، ص ٣٦.

(٢) جريدة الإمارات اليوم، 11 مارس 2018م، الموقع الإلكتروني: www.emaratalyout.com.

(٣) ضحى نشأت الطالباني، دراسة تحليلية لقانون منع الاتجار بالبشر في القانون الأردني والقوانين المقارنة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد (٤٣)، ملحق ٣، للعام ٢٠١٦م، ص ١٢٨.

(٤) من أمثلة ذلك ما أشارت إليه إحدى القضايا أمام المحاكم الإماراتية، حكم محكمة دبي الابتدائية، جلسة ٢٠٠٧/٢/١٦م، القضية رقم ١٣٢٠٠ لسنة ٢٠٠٧م جزاء، مشار إليه لدى د. فتحه محمد قوراري، المواجهة الجنائية لجرائم الاتجار بالبشر، دراسة في القانون الإماراتي والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات المتحدة، السنة ٢٣، العدد ٤٠ أكتوبر ٢٠٠٩م، ص ٢١٦.

بخضوعهم لعمليات اتجار بالأعضاء البشرية، أو لأعمال السخرة^(١)، ومن أساليب الخداع غير المباشرة التي يستخدمها الجناة مع النساء وتسمى Lover Boy وتعني إيقاع الضحية في التجنيد عبر الإنترنت، ثم يعرض عليها السفر إلى الخارج لتحقيق حياة أفضل، فتجد نفسها بعد سحب جواز سفرها والتعدي عليها مجبرة على العمل في مجال الدعارة^(٢).

٢. النقل:

نصت غالبية التشريعات المقارنة على مصطلح النقل كإحدى صور السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر دون أن يرد فيها تعريف محدد لهذا المصطلح، بخلاف القانون اليمني الذي عرف النقل وسائر أشكال السلوك الإجرامي ما عدا التطويع^(٣).

والنقل هو: تحويل الشيء من موضع إلى آخر، نقله ينقله نقلاً فانتقل، والتنقل هو التحول^(٤)، ويُقصد به النشاط الذي يأتي به الجاني والذي بمقتضاه يغير مكان إقامة الضحية ووجودها، وبمعنى آخر هو قيام الجاني بتحريك الضحية من مكان إلى آخر ليغير مكان إقامتها، ويُعد النقل إحدى صور السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالبشر، سواءً أكانت حركة النقل داخل الحدود الوطنية للدولة كنقل الضحايا من محافظة إلى أخرى أو من المناطق الريفية إلى المناطق الحضرية، أو كانت حركة النقل للضحية خارجية عابرة للحدود الوطنية من دولة المصدر إلى دولة المقصد، وأياً كانت وسيلة النقل المستخدمة براً أو بحراً أو جواً ليتحقق الاستغلال المرجو من الضحية^(٥)، وبغض النظر عن الطريقة التي يتم بها النقل سواءً أكانت مشروعة من خلال حمل وثائق سفر صحيحة وباستعمال وسائل نقل معتادة أو كانت غير مشروعة باستخدام وثائق سفر مزورة ووسائل نقل غير

Laurel Fletcher K.B Stover (E) and S> Lize, Hidden Slaves Forced Labour in United. (1) States<by free slaves, Washington, D.C, and the Human Rights Center of the University of P54 ,Blo23 ,2005 ,California, Berkeley Journal of International Law

.91.p, 2011, S. Barley, L esclavage sexual, Dalloz, Paris. (2)

(٣) النقل كما جاء في الفقرة (١٦) من المادة (٢) من قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر بأنه (نقل الشخص المتجر به بأي وسيلة من وسائل النقل البرية أو الجوية أو البحرية بمقابل أو بدون مقابل من مكان إلى آخر داخل الحدود الوطنية أو عبرها بقصد الاتجار به أو مع العلم بغرض الاتجار به).

(٤) المعجم الصافي في اللغة العربية، صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، مطابع الشرق الأوسط، الرياض، ١٤٠١هـ، ص ٦٨٧.

(٥) د. إسرار محمد علي سليم، جريمة الاتجار بالبشر لأغراض التجارب الطبية (دراسة مقارنة)، العراق، ٢٠١٦م، ص ٦٠.

معتادة، ويفضل المتاجرون بالبشر نقل ضحاياهم جواً لأنه أقل الطرق خطورة^(١)، ويستوي لقيام السلوك الإجرامي أن يكون نقل الضحية قد تم باستخدام أساليب الغش والخداع والحيلة، أو أنه تم باستخدام إحدى وسائل الإكراه، كما يستوي أن يكون النقل مكانياً بنقل الضحية من مكان إلى آخر، أو يكون النقل مهنيًا وذلك بنقل الضحية بواسطة الجاني من مهنة مشروعة إلى مهنة غير مشروعة بقصد استغلالها فيها^(٢).

٢. التنقيط:

إذا كان النقل كما أوضحت هو تحريك الجاني للضحية من مكان إلى آخر لتغيير مكان إقامتها، فإن التنقيط يقصد به: النقل الجبري للضحية من مكان لآخر أو لأكثر من مكان، أو بتحويل الضحية من شخص لآخر، فالسلوك الإجرامي لفعل التنقيط يمثل عملية المتاجرة بالضحية كسلعة متحركة يتم تداولها جبراً بين الأماكن أو تحويلها بين الأشخاص بغرض استغلالها، وفعل التنقيط يُعد عملية لاحقة ومرتبطة على فعل النقل، ولكن يجب أن تقترن هذه العملية باستخدام أي وسيلة من الوسائل الإجرامية تجاه الضحية سواء بالقوة أو التهديد بها أو الإكراه أو الاختطاف، ويستوي أن يتم التنقيط باستخدام أي وسيلة للنقل سواء كانت برية أو بحرية أو جوية وذلك بهدف استغلال الضحية^(٣).

وقد نصت غالبية التشريعات المقارنة على مصطلح التنقيط كإحدى صور السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر، ويوجد هناك رأي يعارض فكرة إيراد مصطلح (التنقيط) إلى جانب (النقل) واعتبر كل منهما يعبر عن الآخر ويحملان ذات المعنى، مسبباً ذلك بأن كلا الفعلين النقل والتنقيط في جريمة الاتجار بالبشر لا بد أن يكون جبراً عن الضحية، لذلك عرف أصحاب هذا الرأي التنقيط بأنه النقل المتكرر للضحية^(٤).

أما المشرع اليمني فقد أضاف فعل التنقيط ضمن صور السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالبشر بعد أن كان هذا الفعل مستبعداً في مشروع القانون، لحدوث التباس لدى اللجنة المختصة بإعداد مشروع القانون الذي كنت أحد أعضائها، وذلك باعتقادها أن

(١) د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ١٦٨، د. وجدان سليمان أرتيمه، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٢) المستشار عادل ماجد، المرجع السابق، ص ١٦٠.

(٣) أحمد لطفي السيد مرعي، إستراتيجية مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠١٦م، ص ٣٥.

(٤) د. إسراء محمد علي سليم، المرجع السابق، ص ٩٢، وضحي نشأت الطالباني، مرجع سابق، ص ١٢٨٨.

كلا المصطلحين (النقل والتنقل) يأخذان المعنى ذاته، وقد تم استدراك ذلك بعد أن تبين للجنة وجود اختلاف في المعنى المقصود لكل واحد منهما والذي يرجع إلى الإرادة والرضا في كلا الفعلين، فالتنقل يتم جبراً بالإرادة المنفردة للجنة مع انتفاء رضا الضحايا المجني عليهم أو ذويهم، بينما فعل النقل يتم دون إكراه ويمكن أن يكون طواعيةً برضا الضحية نفسها، ولا يعني ذلك موافقة الضحية على المتاجرة بها بقدر ما يوضح ذلك أنماط الأفعال لتلك المتاجرة، وقد عرف المشرع اليمني مصطلح التنقل في الفقرة (١٧) من المادة (٢) من قانون مكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

٣. الاستقبال:

الاستقبال هو ذلك النشاط الذي يتضمن تلقي ومقابلة المجني عليه عند وصوله من نقطة انطلاقه، ثم القيام بعد ذلك بإيواءه وتوفير مكان لإقامته^(١)، كما يقصد به تلقي الأشخاص الذين يتم نقلهم أو تنقلهم دخل الحدود الوطنية للدولة أو عبرها بقصد الاتجار بهم واستغلالهم، مع العلم بغرض الاتجار والاستغلال^(٢).

وفعل الاستقبال يمكن أن يقترن بعده فعل الإيواء كما قد يكون مستقلاً عنه، ويستوي أن يقوم به شخص طبيعي أو معنوي كالشركات والمنظمات وغيرها من جماعات الإجرام المنظم التي تقوم بدور الوسيط في جرائم الاتجار بالبشر، حيث يتم استقبال وتلقي المجني عليهم والتعرف عليهم ومحاولة تذييل العقوبات التي تعترض وجودهم في بلد المقصد بغض النظر عن الوسيلة المستعملة لذلك^(٣).

وقد جرمت العديد من التشريعات المقارنة فعل الاستقبال ومنها التشريع الفرنسي والمصري واليمني والكويتي والقطري والإماراتي، بخلاف المشرع الأمريكي الذي جرم واقعة الحصول على شخص بأية وسيلة للعمل أو الخدمة وبالتالي فالتوسع الذي سارع عليه يشمل فعل الاستقبال حتماً^(٤).

٤. الإيواء:

(١) د. محمد علي العريان، عمليات الاتجار بالبشر وآليات مكافحتها، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٧٢.

(٢) الفقرة (١٩) من المادة الثانية من القانون اليمني رقم (١) لسنة ٢٠١٨م لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

(٣) د. طارق عفيفي صادق، مرجع سابق، ص ١٩٩.

(٤) د. فتحية محمد قوراري، مرجع السابق، ص ١٩٥.

الإيواء لغة من فعل (أوى) وهو التجمع والإشفاق، يقال أوى الرجل إلى منزله وأوى غيره أويًا وإيواءً، قال تعالى: (إذ أوى الفتية إلى الكهف فقالوا ربنا آتنا من لدنك رحمة وهي لنا من أمرنا رشداً) [الكهف: ١٠٠]، وقال تعالى: (وجعلنا ابن مريم وأمه آية وآيينهما إلى ربوة ذات قرار ومعين) [المؤمنون: ٥٠٠].

وفعل الإيواء يقصد به تدبير وتوفير مكان (سكن أو مخبأ أو ملجأ) من قبل الجناة لإقامة الضحايا المجني عليهم بصورة مؤقتة أو دائمة، بقصد الاتجار بهم مع العلم بغرض الاتجار^(١)، وسواء تم ذلك داخل حدود الدولة نفسها أو في دولة المقصد، والإيواء يكون غالباً في أماكن لا تليق بالكرامة الآدمية وقد لا تتوفر فيها أبسط مستلزمات السكن الملائمة^(٢)، رغم إمكانية توفير بعض مقومات الحياة الأساسية للضحايا من مأكّل ومشرب، ويتحقق فعل الإيواء بإخفاء الضحية عن أنظار السلطات في أي مكان يخصص لإيوائها لتتقضي فيه أوقاتها ليلاً أو نهاراً تمهيداً لاستغلالها^(٣)، ويستوي أن يكون المأوى الذي يستخدمه الجناة مملوكاً لهم أو تم استئجاره لهذا الغرض، فإذا كان مالك المنزل (المؤجر) على علم بغرض استئجاره ويعلم بالجريمة القائمة فإنه يُعد مساهماً في ارتكاب الجريمة، أما إن كان لا يعلم وثبت حسن نيته فلا مسؤولية عليه في ذلك^(٤)، وتطبيقاً لذلك تم القبض على شخصين بالعين بالقاهرة وتمت أدانتهم بتهمة الاتجار بالبشر لقيامهما بإيواء عدد من الأطفال وإخفائهم عن ذويهم بقصد استغلالهم جنسياً بشكل متكرر^(٥).

وقد حرصت الكثير من التشريعات على إدراج فعل الإيواء في قوانين مكافحة الاتجار بالبشر تماشياً في ذلك مع بروتوكول باليرمو الذي نص على فعل الإيواء في تعريفه لجرائم الاتجار بالبشر، ومن تلك التشريعات الفرنسي والمصري والجزائري وغالبية التشريعات العربية والقانون العربي الاسترشادي لمكافحة الاتجار بالبشر^(٦)، وكذا الاتفاقية الأوروبية لحظر الاتجار بالبشر التي جرمت الإيواء بشكل مستقل لأن النشاط الإجرامي قد يتخذ صورة توفير السكن للضحية دون باقي صور النشاط المجرم^(٧)، وقد ورد فعل الإيواء في

(١) الفقرة (٢١) من المادة الثانية من القانون اليمني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

(٢) د. طارق عفيفي صادق، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٣) د. إسرار محمد علي سليم، د. نيماء حسين مهدي، مرجع سابق، ص ٦٠.

(٤) د. فتية محمد قوراري، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٥) القضية رقم (٣٥٢) لسنة ٢٠١٤م، محكمة جنايات الطفل بالقاهرة.

(٦) المستشار عادل ماجد، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٧) د. محمد محمود الشناوي، إستراتيجية مكافحة جرائم الاتجار في البشر، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٤م، ص ٧٥.

القانون اليمني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر في نص المادة الرابعة منه عند تعريفه الاتجار بالبشر بأنه (تطويع أو نقل أو تنقيح أو إيواء...) فضلاً عن تعريف مصطلح الإيواء الوارد في الفقرة (٢١) من المادة (٢) منه.

٥. التسليم والتسليم:

المقصود بذلك هو استلام الأشخاص المُتجر بهم وتسليمهم من شخص إلى آخر، سواء داخل الحدود الوطنية أو عبرها بقصد الاتجار بهم واستغلالهم مع العلم بغرض الاتجار^(١)، حيث يتم استلام الضحية وإحكام القبضة عليها بعد أن تمت مراحل التجنيد والاستقبال والإيواء، ليتم بعد ذلك تسليم ضحايا الاتجار إلى أيادٍ إجرامية آثمة بغرض استغلالها بأي صورة من صور الاستغلال التي يقرها الجناة تجار السلع البشرية، وقد تعتبر هذه العملية محصلة لمراحل الجريمة التي مرت بها ليتم تسليم الضحية البشرية واستلامها من قبل الجناة للمتاجرة بها واستغلالها^(٢).

ويلاحظ أن فعلي (التسليم والتسليم) لم يرد ذكرهما في بروتوكول الاتجار بالأشخاص وقد سار على هذا النهج عدد من التشريعات، إلا أن بعض الدول قد أدرجت هذين الفعلين ضمن القوانين الوطنية لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر وذلك حرصاً منها على اكتمال مراحل التعامل مع الضحية وتداولها بحصر تلك الأفعال وتجرئها كي لا يفلت من العقاب الجاني الذي يرتكب أي فعل منها، ومن تلك الدول التي قامت بذلك مصر واليمن والإمارات، أما قطر فقد أدرجت فعل التسليم دون التسليم^(٣).

٦. البيع أو الشراء أو الوعد بهما:

البيع والشراء يقصد به: مبادلة مال بمال بقصد الاكتساب أو هو عقد معاوضة مالية تفيد ملك العين والمنفعة على وجه التأيد بين طرفين متعاقدين بإرادتهما الحرة^(٤)، وقد عرف القانون المدني اليمني عقد البيع بأنه (تمليك مال بعوض على وجه التراضي بين العاقدين)^(٥)، ويشمل البيع المطلق وهو مبادلة العين بالنقد، والمقايضة وهي مبادلة

(١) الفقرتان (١٨ و٢٠) من المادة الثانية من القانون اليمني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

(٢) طارق عفيف صادق، المرجع السابق، ص ١٩٩.

(٣) القاضي د. أطفاب عبدالله سهيل، المسؤولية الجنائية عن جرائم الاتجار بالبشر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية. ٢٠١٩م، ص ٣٣٩.

(٤) د. محمد علي العريان، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٥) المادة (٤٥١) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني.

العين بالعين والصرف الذي هو مبادلة النقد بالنقد والسلم وهو مبادلة مال مؤجل التسليم بثمن معجل^(١).

أما عن بيع وشراء الشخص في مجال جريمة الاتجار بالبشر محل الدراسة، فيقصد به: كل فعل أو تعامل يأخذ شكل المبادلة أو العوض أو التسليم، يقع على إنسان مقابل عوض مالي أو لقاء منفعة غير مالية، متى كان ذلك بغرض الاستغلال^(٢)، وعرفه بعض الفقهاء بأنه: كل نشاط يتم بمقتضاه استغلال شخص مقابل ثمن معين يدفع إلى الجاني، وبهدف ملاحقة الأفعال التي تسبق عملية البيع ذاتها فقد تم تجريم السلوك المتمثل في عرض الشخص للبيع والشراء والذي يقصد به الإعلان عن الشخص المراد بيعه وتقديمه للبيع بطريقة تتيح لشخص آخر من الجمهور العلم به مع الحث على شرائه، وتقع الجريمة سواء تم العرض في مكان عام أو مكان خاص، وتقع الجريمة كذلك بمجرد تقديم الجاني وعداً للغير ببيع الضحية أو شرائها^(٣)، واستناداً لذلك فإن عقد البيع يهدف إلى نقل ملكية المبيع إلى المشتري مقابل دفع الأخير المقابل المتفق عليه، ويلتزم البائع في جريمة الاتجار بالبشر بتسليم المجني عليه إلى المشتري ونقله إليه، مقابل دفع المشتري المقابل المتفق عليه أو حصول البائع على المنفعة المتفق عليها^(٤).

ويتفق المشرع اليمني مع المشرع المصري في هذا السلوك الإجرامي في جريمة الاتجار بالبشر، وهذه الأفعال (البيع والشراء والوعد بهما) أوردها المشرع المصري في بداية المادة الثانية من القانون المصري رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م لمكافحة الاتجار بالبشر عند تعريفه للاتجار بالبشر، بينما وردت تلك الأفعال في نهاية الفقرة (أ) من المادة الرابعة من القانون اليمني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر رقم (١) لسنة ٢٠١٨م، وهذه الأفعال يتجسد فيها معنى الاتجار بالبشر في صورته المباشرة، ويبلغ القصد الجنائي فيها منتهاه وتُعد أقصى صور السلوك الإجرامي والتطبيق التقليدي لجريمة الرق، وكأن الإنسان أصبح مجرد سلعة يتم تداولها بطريقة مباشرة من قبل الجناة أو من خلال الوسطاء^(٥).

ومن وجهة نظر الباحث أنه لا يوجد ما يستدعي وضع تعريف في القانون لأي فعل

(١) د. عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٥/، ص ٢٣.

(٢) د. محمد نور الدين سيد عبدالمجيد، مرجع السابق، ص ١٢٢.

(٣) د. محمد علي العريان، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٤) د. محمد نور الدين سيد عبدالمجيد، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٥) د. مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر، ص ١٠٦.

من أفعال السلوك الإجرامي السالف ذكرها، والاكتفاء بالتعريفات التي أوردها فقهاء القانون بخصوص تلك الأفعال، وعلى النحو المعمول به في الكثير من التشريعات الوطنية والدولية باعتباره أسلوباً من الأساليب المرنة للصياغة التشريعية الحديثة، وفي اعتقادي أن النص على تعريف في القانون يُشكل قيداً لذلك الفعل مما قد يؤدي إلى إفلات الجاني من المسؤولية في حالات معينة لم يتناولها التعريف القانوني.

المطلب الثاني

وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر

إن جرائم الاتجار بالبشر لا تكون محلاً للعقاب إلا إذا اقترنت بإحدى الوسائل الواردة في نص التجريم^(١)، وتختلف الوسائل غير المشروعة التي تتحقق باستخدامها تلك جرائم من جريمة إلى أخرى، بحسب أداة التنفيذ فقد تكون وسائل مادية أو وسائل معنوية، وبالنسبة لاشتراط استخدام وسائل بعينها من عدمه ففي ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول: تبنى هذا الاتجاه التعريف الواسع للوسائل غير المشروعة التي يتم بواسطتها ارتكاب السلوك الإجرامي، وهو الاتجاه المتبع في بروتوكول باليرمو لمنع وقمع الاتجار بالأشخاص والذي جعل من وسائل ارتكاب جرائم الاتجار ركناً فيها، واستثنى من ذلك إذا كانت الضحية طفلاً فلم يشترط في هذه الحالة أن يتم ارتكاب الجريمة بوسائل معينة^(٢)، وقد سارت غالبية التشريعات المقارنة في هذا الاتجاه وجعلت من وسائل ارتكاب جريمة الاتجار بالبشر عنصراً في السلوك الإجرامي لا تتم الجريمة بدونه، وقد نصت تلك التشريعات على أشكال متعددة لتلك الوسائل غير المشروعة وذلك على سبيل المثال لا الحصر، حيث يمكن أن تقوم الجريمة بأي وسيلة مادية أو معنوية أخرى غير منصوص عليها^(٣).

(١) ورقة مناقشة مفهوم الاستغلال، إعداد قسم مكافحة الاتجار بالبشر وتهريب المهاجرين التابع لمكتب الأمم المتحدة المعني بمكافحة المخدرات والجريمة، ٢٠١٥م، ص ٨٥.

(٢) نص المادة الثالثة من بروتوكول باليرمو.

(٣) انظر كلاً من المادة الأولى من القانون العراقي رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٢م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر والمادة الثانية من القانون القطري رقم (٥) لسنة ٢٠١١م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، والمادة الأولى من القانون الكويتي رقم (٩١) لسنة ٢٠١٣م بشأن الاتجار بالأشخاص والمادة الثانية من القانون المصري رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر والمادة الثانية من القانون التونسي رقم (٦٦) لسنة ٢٠١٦م بشأن منع الاتجار بالأشخاص ومكافحته.

والاتجاه الثاني: يرى أن الجريمة تقوم بالأفعال الإجرامية المرتكبة والغايات غير المشروعة لها، وأن الوسائل غير المشروعة لا تعتبر عنصراً في جريمة الاتجار بالبشر ولكنها ظروف مشددة للعقوبة، ومن تلك التشريعات التي سارت في هذا الاتجاه القانون السوري والقانون البلغاري والفلبيني^(١).

أما المشرع اليمني فقد حدد في الفقرة (أ) من المادة الرابعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٨م بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي في تلك الجرائم وهي (... بواسطة استعمال القوة أو التهديد أو بهما، أو بواسطة القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع، أو إساءة استعمال السلطة، أو استغلال حالة الضعف أو الحاجة، أو الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص على الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه...).

ووفقاً لنص الفقرة (أ) من المادة (٢٨) منه فإنه لا يُعتد برضا وموافقة الضحية على الأفعال الاستغلال في أي من هذه الجرائم، ومن ثم فتتعدد المسؤولية الجنائية لمرتكب جرائم الاتجار بالبشر، إذا ما تم ارتكابها بموافقة الضحية أو برضاها، ودون استخدام أي من وسائل الإكراه المادي أو المعنوي المذكورة سلفاً، وهو موقف محمود من المشرع اليمني يدعم حقوق الإنسان ويكافح جرائم الاتجار بالبشر، فقد يفلت الجاني من العقاب إذا اشترط لارتكاب تلك الجرائم حصول الموافقة من المجني عليه أو رضائه^(٢).

أما إذا كانت الضحية طفلاً أو عديم الأهلية، فتتحقق المسؤولية الجنائية لمرتكب جرائم الاتجار بالبشر، حتى ولو لم تستخدم أي من وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي^(٣)، وتقرر هذا الحكم بموجب نص المادة الفقرة (ب) من (٢٨) من القانون اليمني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر، وذلك على أساس أن الشخص في مرحلة الطفولة تكون إرادته غير حرة ومعيبة بقوة القانون، فالشخص في هذه المرحلة العمرية لم يصل إلى النضج العقلي أو الفكري الذي يؤهله إلى تقييم الأمور ووضعها في نصابها السليم^(٤).

(١) ورقة مناقشة مفهوم الاستغلال، المرجع السابق، ص ٨٥.

(٢) نصت المادة (٢٨) الفقرة (أ) من القانون اليمني رقم (١) لسنة ٢٠١٨م بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر على (لا يُعتد برضا وموافقة الضحية على الاستغلال في أي من جرائم الاتجار المنصوص عليها في هذا القانون).

(٣) د. محمد السعيد عبدالفتاح، أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٦٠.

(٤) نصت المادة (٢٨) الفقرة (ب) على أنه: (لا يشترط لتحقق جريمة الاتجار بالطفل أو عديم الأهلية

بينما تذهب بعض التشريعات الجنائية إلى عدم قيام المسؤولية الجنائية لمرتكب جرائم الاتجار بالبشر إذا ما ارتكب الجاني إحدى صور السلوك الإجرامي لتلك الجرائم، دون استخدام أي من وسائل الإكراه المادي أو المعنوي^(١)، وذلك باعتبار أن إرادة المجني عليه هنا تكون حرة غير معيبة، وإن كان يمكن أن تتقرر مسؤوليته الجنائية عن تلك الأفعال عند توافر أركان جرائم أخرى، وتتعدد وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر، وسوف أقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الوسائل القسرية.

الفرع الثاني: الوسائل غير القسرية.

استعمال أي وسيلة من وسائل الاستغلال المنصوص عليها في الفقرة (٤) من المادة (٢) من هذا القانون ولا يعتد في جميع الأحوال برضاه أو برضا المسئول عنه أو وليه، القانون رقم (١) لسنة ٢٠١٨ بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر، لجريدة الرسمية، العدد الأول، الصادر بتاريخ ٢٨/ربيع الثاني/١٤٣٩هـ الموافق ١٥/يناير/٢٠١٨م.

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٩٢١.

الفرع الأول

الوسائل القسرية

تتمثل الوسائل القسرية حسب غالبية التشريعات المقارنة في استخدام الجاني للقوة، أو التهديد باستعمالها، والاختطاف وغير ذلك من الأشكال القسرية، ولما كانت تلك الوسائل تدخل تحت مصطلح الإكراه بنوعيه المادي والمعنوي، فسوف أتناول تلك الوسائل تحت مظلة الإكراه على النحو الآتي:

١. الإكراه:

الإكراه لغة: أصلها كره، مصدر أكره ويكره إكراهها، إذا غصبته وحملته على أمر هو له كاره، فاصل الكلمة يدل على خلاف الرضا والمحبة^(١)، وهو ما أكره الشخص عليه وحُمل على فعل ما لا يريده^(٢)، وأيضاً هو حمل الشخص على عمل أو تركه بغير رضاه، ولو ترك بدون إكراه لما قام به، بمعنى الحمل على ما يكره الإنسان طبعاً أو شرعاً فيقدم على عدم الرضا ليرفع ما هو أضر^(٣).

ويتحقق الإكراه بكل وسيلة قسرية تستخدم على المجني عليه بقصد تعطيل قوة المقاومة أو إعدامها لديه بقصد ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر، والإكراه نوعان: نوع يعدم الإرادة لدى الضحية ويسمى بالإكراه المادي والنوع الآخر يضعف إرادته ويسمى بالإكراه المعنوي^(٤)، والإكراه بأنواعه المادية والمعنوية ينطبق على وسيلتي استخدام القوة أو التهديد بها وهما من الصور الواردة في بروتوكول (باليرمو) لمنع وقمع الاتجار بالأشخاص وفي غالبية التشريعات الوطنية المقارنة لمكافحة الاتجار بالبشر.

الإكراه المادي: يتمثل في (استخدام القوة) كوسيلة من وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي لجرائم الاتجار بالبشر، وهي التي يمارسها مرتكب الجريمة على الضحية، وتتم بإيقاع الإيذاء البدني على جسد الضحية نفسه أو أحد أقاربه سواء بالضرب أو التعذيب

(١) محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الرويضي الأفريقي، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٥م، حرف الكاف.
(٢) المعجم الصافي في اللغة العربية، المرجع السابق، ص ٥٦٤.
(٣) علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات للجرجاني، تحقيق إبراهيم الانباري، دار الكتب العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ، ص ٥٠.

(٤) الإكراه بنوعيه هو عمل قسري يأتيه الجاني بهدف إحباط مقاومة المجني عليه، أو غيره، اعتراضاً على تنفيذ الجرائم أو تهديد المجني عليه أو غيره بشر حال مقاومته لارتكاب الجرائم، د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٩٢١.

أو العنف أو إحداث جروح به أو غير ذلك من صور المعاملة القاسية والمؤذية، وعرفت محكمة النقض المصرية الإكراه المادي بقولها: (هو الفعل الذي يتم بكل وسيلة قسرية تقع على الأشخاص بقصد تعطيل قوة المقاومة أو إعدامها عندهم تسهياً لارتكاب الجريمة)^(١)، ويفهم من خلال هذا التعريف أن الإكراه المادي لا يؤدي فقط إلى عدم قيام المسؤولية الجنائية على الشخص الذي تم إكراهه بل ويمنع عنه المسؤولية المدنية^(٢)، وذلك لتخلف التناسب النفسي بين السلوك وبين من قام به، فينعدم بالنسبة لمن وقع عليه الإكراه الركن المعنوي في سلوكه وكذلك الركن المادي^(٣)، فلا ينسب إليه سلوك إجرامي بل مجرد حركة عضوية^(٤).

والإكراه المعنوي: وهو يعني التهديد وذلك إيقاع الرعب والخوف في نفس الضحية من خطر جسيم وشيك الوقوع عليها أو على أحد أقاربها أو على مالها على نحو يجردها من حرية الاختيار ولا يكون في وسعها دفعه^(٥)، كما يقصد بالإكراه المعنوي ذلك الضغط أو التهديد الواقع على الشخص دون المساس بجسمه، فيخلق لديه حالة نفسية من الخوف والفرع تجعله يقدم على ارتكاب ما يؤمر به حتى يدفع عن نفسه الخطر الناتج عن هذا الضغط أو التهديد^(٦)، ومثال على ذلك تهديد الجاني للضحية نفسها أو أحد أقاربها بالقتل لإجبارها على الاستغلال الجنسي أو تهديد صاحب الشركة لأحد العاملين لديه بفصله وتسريحه من العمل إذا لم يقيم بتنفيذ ما يطلبه، فماديات الجريمة وإن كانت تبدو في ظاهرها أنها صادرة عن المكره الذي أتى الفعل، لكنها في الحقيقة ناتجة عن الجاني مصدر ذلك التهديد، بمعنى أن النتيجة المجرمة وقعت بسبب من صدر عنه الإكراه وليس بسبب من نسب إليه الفعل^(٧).

ويشمل الإكراه المعنوي التهديد باستخدام القوة وقد تتمثل في أداة يستخدمها

-
- (١) نقض ٣١/ أكتوبر/ ١٩٦٣م، مجموعة أحكام محكمة النقض، رقم ١١٧، س ١٤، العدد ٣، ص ٦٤١.
 (٢) د. علي حسن الشرفي، النظرية العامة للجريمة، مرجع سابق، ص ٤٩٠.
 (٣) د. رمسيس بنهام، الجريمة والمجرم والعقاب، منشأة المعارف الإسكندرية، ط ١٩٧٦م، ص ٤٩٠.
 (٤) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٨٩١.
 (٥) د. سوزي عدلي ناشد، الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي والاقتصاد الرسمي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨م، ص ٤٢٠.
 (٦) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ٨٩٣، د. علي حسن الشرفي، النظرية العامة للجريمة، المرجع السابق، ص ٣٢٠.
 (٧) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م، ص ٢١١.

الجاني كتهديد الضحية بالسلاح، أو التهديد بغير القوة كالتهديد بفضح أسرار تخصص الضحية أو نشر صور لها أو الإبلاغ عن حالة الهجرة غير الشرعية بقصد الاستغلال في العمل القسري، والإكراه المعنوي لا يعدم الإرادة بصورة مطلقة ولكنه ينفي اختيارها^(١)، وعادةً ما يلجأ الجناة إلى استخدام الإكراه المعنوي لتعطيل مقاومة الضحية وجعلها تنصاع إلى تنفيذ الأوامر التي تطلب منها، ومثال على ذلك أن تأتي امرأة الفعل المادي لجريمة البغاء تحت تأثير الإكراه من قبل الجاني بالتهديد بقتل ولدها مثلاً فترتكب ذلك الفعل تحت تأثير ذلك التهديد، ويشترط للتعويل على الإكراه الواقع تحته الضحية أن يسبق ارتكاب الفعل المجدد لأجله أو بعناصره، إذ لا يتصور أن يتم الإكراه بعد أن ترتكب الضحية ما يطلب منها^(٢)، وقد نصت غالبية التشريعات المقارنة لمكافحة الاتجار بالبشر على صورة التهديد بالقوة كإحدى الوسائل التي يتحقق بها السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر، مسايرة بذلك بروتوكول باليرمو، ومنها تلك التشريعات كل من القانون المصري واليميني والجزائري، بخلاف القانون البحريني الذي ذكر مصطلح التهديد والإكراه معاً^(٣).

٢. الاختطاف:

الاختطاف لغة: أصلها (خطف) وهو الاستلاب^(٤)، والاختطاف مصدر اختطف، والخطف: خطف يخطف خطفاً، فهو خاطف، والمفعول مخطوف، خطف عقله: استلبه، اجتذبه، وخطف الشيء: مر سريعاً، خطف الأضواء جذب الانتباه، خطف نفسه: تحرك أو تنقل بسرعة، خطف الشخص: أخذه قسراً، محتجزاً إياه في مكان ما طمعاً في فدية أو ابتغاء أمر ما^(٥).

والاختطاف يجمع بين السيطرة على الضحية وبين نقله عن الموقع الذي وقعت فيه تلك السيطرة، فالخطف يُعد قبضاً وتحكماً وسيطرة ثم نقلاً وإبعاداً، وإذا تم القبض فقط دون النقل فالواقعة تكون قبضاً لا خطفاً، والخطف يقع بدون رضا أي بدون إرادة الشخص المخطوف، سواء تم بالقوة أو بالحيلة أو الاستدراج أو باستخدام أي وسيلة تؤدي إلى إعدام الإرادة، ويمكن تعريف الخطف بأنه: (انتزاع الشخص بأي وسيلة رغماً عن إرادته بغرض

(١) د. علي حسن الشرفي، النظرية العامة للجريمة، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

(٢) د. فتحية قوراري، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٣) الفقرة (١) من المادة الأولى من القانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص.

(٤) لسان العرب، المرجع السابق، حرف الخاء.

(٥) المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

إخفائه واحتجازه ومن ثم نقله إلى بيئة أخرى ليسهل استغلاله^(١)، وفي إحدى القضايا قضت محكمة جنايات القاهرة على بئعين متجولين بتهمة ارتكابهما جريمة الاتجار بالبشر في واقعة خطف الطفلين المجني عليهما دون إكراه أو تحايل وإنما كانت وسيلتهما في ذلك استغلال حالة ضعف الطفلين وحاجتهما للإيواء وقيامهما باستغلال الطفلين في أعمال التسول^(٢).

والاختطاف في إطار جرائم الاتجار بالبشر لا يُعد جريمة مستقلة، وإنما هو وسيلة من وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي أي إنه عنصر من عناصر الركن المادي في تلك الجرائم، فإذا كان القصد من الاختطاف هو استغلال المجني عليه في إحدى صور الاستغلال المجرمة والانتفاع من ورائه، فعند ذلك يشكل الاختطاف جريمة متاجرة بالبشر، سواء تحقق ذلك الانتفاع المرجو بالفعل أم لم يتحقق^(٣)، أما في حالة إذا كان اختطاف المجني عليه قد تم لأجل الاختطاف ذاته بقصد إبعاده عن مكان إقامته من بين أهله ورفاقه دون أن يتوفر قصد الاستغلال، ففي هذه الحالة تُعد جريمة الاختطاف جريمة مستقلة ويكون الجاني مرتكباً لجريمة الاختطاف التي يعاقب عليها قانون الجرائم والعقوبات اليمني^(٤).

وغالبية التشريعات المقارنة بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر قد نصت على الاختطاف كوسيلة من وسائل ارتكاب تلك الجرائم، أيّاً كان المجني عليه ذكراً أو أنثى إلا أنها قد أولت عناية خاصة بالنساء والأطفال باعتبارهم الشرائح الاجتماعية الأضعف في جرائم الاتجار بالبشر^(٥)، ومن تلك التشريعات القانون اليمني موافقاً بذلك القانون المصري والأردني والجزائري والتونسي والإماراتي، بخلاف المشرع السوري الذي لم يدرج الخطف ضمن الوسائل ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر وإنما اعتبره فعلاً من أفعال السلوك الإجرامي لجريمة الاتجار وليس وسيلة من وسائل ارتكابه^(٦)، وبعض التشريعات لم تذكر صراحة فعل الاختطاف في جرائم الاتجار بالبشر سواء كفعل من أفعال الاتجار أو كوسيلة من وسائل ارتكابه ومن تلك التشريعات القانون البحريني لمكافحة الاتجار بالبشر، ورغم أن القانون أورد وسائل لارتكاب الأفعال الإجرامية إلا أنه أدرج عبارة عامة وهي (أي وسيلة

(١) د. إسرار محمد علي سليم، د. نوري أحمد كدهوم، المرجع السابق، ص ٦١.

(٢) القضية رقم (١١٠٧٦) لسنة ٢٠١٤م، ٢١/ديسمبر/٢٠١٥م، محكمة جنايات القاهرة، دائرة عابدين.

(٣) القاضي د. أطف الله عبد الله سهيل، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

(٤) المادة رقم (٢٤٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

(٥) د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ١٧١.

(٦) المادة الرابعة من القانون السوري رقم (٣) لعام ٢٠١٠م بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص.

الفرع الثاني

الوسائل غير القسرية

هناك من الوسائل التي يرتكب بها السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر دون أن يستخدم فيها القوة أو التهديد، وبالتالي يمكن أن يطلق عليها بالوسائل غير القسرية، وهي تلك الوسائل التي تتمثل في الخداع أو استغلال حالة الضعف أو استغلال السلطة أو إعطاء وتلقي مبالغ مالية أو الحصول على مزايا لغرض الاستغلال، وسوف أتناولها على النحو الآتي:

١. استخدام الاحتيال أو الخداع:

الحيلة لغة: اسم وجمعها: حيلات وحيل وحول، ومن معانيها الحذق وجودة النظر والقدرة على التصرف في الأمور، يقال: (ما باليد حيلة) أي لا يمكنه فعل شيء، وواسع الحيلة: خبيث بارع في الخروج من المأزق، والحيلة اسم من الاحتيال: وهو الغش، يقال: تحايل على الرجل: سلك معه مسلك الحذق ليبلغ مأربه^(١).

أما الخداع فهو: إظهار خلاف ما تخفيه، خدعته: ظفرت به، وهو إخفاء الشيء ومنع الحق، والخدعة ما يُخدع به الإنسان^(٢)، كما يعني أي تصرف يقصد منه الاحتيال على شخص ما، ومن خلال تلك المعاني للمصطلحين يتبين أن هذه الوسيلة تنطوي على الغش والخدعة، حيث يستعين الجاني بأساليب ووسائل مضللة لخداع المجني عليه وتصور الأمور له على غير حقيقتها^(٣)، وقد عرف البعض الاحتيال في إطار جرائم الاتجار بالبشر بأنه: (كل قول أو فعل يُوهم المجني عليه أو من له أي سلطة عليه بغير الحقيقة، مما يجعله ينساق ويرضخ لإرادة الجاني، بهدف السيطرة عليه بقصد استغلاله والاتجار به)، وعرفه آخرون بأنه: قيام الجاني بالكذب المدعوم بأعمال مادية أو مظاهر خارجية، لإيهام المجني عليه بصدق مزاعمه وصحة ما أدعاه ليقع ضحية الاستغلال^(٤).

ومن وسائل الاحتيال قيام الجاني بأفعال ومظاهر مشروعة توهي بصدق أقواله

(١) لسان العرب، مرجع سابق، حرف الحاء، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص ٢١٢.

(٢) المعجم الصافي، مرجع سابق، ص ١٤٢، المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٣) رامي متولي القاضي، مكافحة الاتجار بالأعضاء البشرية، في التشريع المصري، الطبعة الأولى، دار الكتب المصرية، ٢٠١١، ص ١١٩.

(٤) سالم إبراهيم بن أحمد النقبي، جرائم الاتجار بالبشر واستراتيجيات مكافحتها، دار الأمم المتحدة للطباعة، الطبعة الأولى، ٢٠١٢م، ص ٦٦.

وتخدم الحيل التي يريد إيقاع الضحية بها، فضلاً عن تقديم الوعود الزائفة التي يتم إغراء الضحايا بها، كما لو قام بفتح وإنشاء مكتب للتوظيف مرخص بصورة قانونية ورسمية، وتظهر عليه الفخامة والمصداقية لما يقدمه من خدمات وعروض لأعمال ووظائف وهمية، تجعل المجني عليه يصدق وينبهر بتلك العروض والوعود المعلن عنها، من خلال منح تصاريح عمل وإقامة قانونية في بلد وجني أجور مالية مجزية، ولكن عند وصول المجني عليه إلى بلد المقصد يكتشف أن الغرض هو استغلاله في أعمال أخرى^(١)، وينتهي به الحال إلى عدم حصوله على أجره، أو إجباره على العمل لساعات طويلة، أو تجريده من وثيقة السفر، أو الهوية الخاصة به، أو حرمانه من حرية الحركة، أو تهديده بالانتقام إذا ما حاول الهرب^(٢).

ومثال ذلك ما قام به صاحب محل تجاري في شركة (ميرلاند الأمريكية) بالإعلان في الصحف عن حاجته لبائعات أجنبيات، فتقدمت له ثماني سيدات وقام باحتجازهن وأخذ جوازاتهن وأجبرهن على ممارسة الدعارة دون حصولهن على أجر مقابل ذلك^(٣)، ومن أساليب الخداع ما يستخدمها الجناة مع النساء وتسمى Lover Boy وتعني إيقاع الضحية في حب أشخاص كصديق أو عشيق، ثم يعرض عليها السفر إلى الخارج لتحقيق حياة أفضل، فتجد نفسها أنها قد خدعت وأصبحت مجبرة على العمل في مجال الخدمة القسرية^(٤).

وقد ورد مصطلح (الاحتيال والخداع) في قانون الجرائم والعقوبات اليمني في الجرائم الواردة تحت الفصل الثالث بعنوان: (أكل أموال الناس بالباطل) وتحديدًا في جريمتي النصب والغش^(٥)، وفي إطار جرائم الاتجار بالبشر فقد ذكرت هذه الوسيلة (الاحتيال والخداع) في المادة الثالثة من بروتوكول باليرمو لمنع وقمع الاتجار بالأشخاص، وكذا في اتفاقية مجلس أوروبا لمكافحة الاتجار بالبشر لسنة ٢٠٠٥م، وسارت على ذات النهج غالبية التشريعات المقارنة لمكافحة الاتجار بالبشر بما فيها المشرع اليمني والمصري

(١) د. دهام أكرم عمر، جريمة الاتجار بالبشر، ط١، القاهرة، دار الكتب القانونية، ٢٠١١م، ص ١٠٣.
 (٢) القانون النموذجي لمكافحة الاتجار بالأشخاص الصادر عن مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، الأمم المتحدة، فيينا، ٢٠١٠م، ص ١٢، ١٣.
 (٣) د. فتحية قوراري، المرجع السابق، ص ٢٠٠.
 (٤) د. إيناس محمد البهيجي، جرائم الاتجار بالبشر، المركز القومي للإصدارات القومية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م، ص ٨٤.
 (٥) المادة (٣١٠ و ٣١٢) من القانون اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الجرائم والعقوبات.

والقطري، وحرصت تلك التشريعات على إدراج هذه الوسيلة ضمن وسائل ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر لأن الكثير من تلك الجرائم تتم بهذه الوسيلة، غير أن جانباً من الفقه قد انتقد ذلك كون تعبير الخداع مرادفاً لتعبير الاحتيال ويرى أنه من الأجدر الاكتفاء بإيراد مصطلح واحد^(١)، وقد أخذ بهذا الرأي القانون البحريني لمكافحة الاتجار بالأشخاص بالنص على وسيلة واحدة فقط وهي الحيلة ولم يذكر الخداع^(٢).

٢. إساءة استعمال السلطة:

تعد إساءة استعمال السلطة أو استغلال النفوذ من وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر، والسلطة جمعها سلطات وتعني التسلط والتحكم، كما تعني حق اتخاذ القرارات التي تحكم تصرفات الآخرين^(٣)، ويقصد بإساءة استعمال السلطة - بصفة عامة - أن يقوم صاحب السلطة باستعمالها على نحو يخالف مقتضياتها، وفي جرائم الاتجار بالبشر يقصد بها أن يستخدم صاحب السلطة سلطته بقصد تطويع أو نقل أو استقبال أو استلام أو إيواء الضحايا لغرض استغلالهم^(٤).

وإساءة استعمال السلطة في محل هذه الدراسة هي سلطة شخص تربط بينه وبين شخص أو أشخاص آخرين علاقة التبعية، فيستوي في ذلك أن تكون السلطة قانونية مصدرها القانون أو أن تكون سلطة فعلية مصدرها الواقع، والسلطة القانونية قد تكون سلطة وظيفية أو إدارية يحكمها قانون الوظيفة العامة أو قوانين العمل، كسلطة الرئيس أو المدير على مرؤوسيه وموظفيه، وسلطة رب العمل على عماله، وإساءة استعمال السلطة الوظيفية تعني أن صاحب السلطة التي خولها له القانون لا يستعمل سلطته لتحقيق الأهداف التي رسمها له القانون والمتمثلة في تحقيق المصلحة العامة، بل ينحرف عن تلك الأهداف لتحقيق مصلحة خاصة به أو غيره، ومن صور إساءة استعمال السلطة الوظيفية أن يجبر صاحب السلطة الموظف على العمل لديه أو لدى غيره من دون أجر وقد يكون لفترات طويلة، أو يقوم رب العمل بتشغيل عماله بالمخالفة لقانون العمل، سواءً من حيث ظروف العمل، أو مدته، أو أجره، واستغلالهم بذلك في أعمال السخرة^(٥).

(١) د. علي عبدالقادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مقارنة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨م، ص ٥٤٣.

(٢) د. وجدان ارتيمه، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

(٣) المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص ٢٦٥.

(٤) د. فتحية محمد قوراري، المرجع السابق، ص ١٩٩.

(٥) د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة الاتجار بالبشر، المرجع السابق، ص ١٧٢.

ومن صور السلطة الفعلية التي يكون مصدرها الواقع أو المكانة الأدبية، كسلطة الطبيب على مريضه، وسلطة المدرس على تلاميذه، وسلطة الأب على أولاده، وسلطة صاحب المنزل على خادمته، وسلطة متولي التربية على من هم في رعايته وتحت كنفه، ويقتضي إساءة استعمال هذه السلطة الفعلية من قبلهم أن تستخدم على نحو يدفع بالأشخاص الخاضعين لسلطتهم ليصيروا ضحايا لجرائم الاتجار بالبشر، كأن يدفع الأب بما له من سلطته على ابنته القاصر التي لم تبلغ الرابعة عشرة من عمرها إلى الزواج من رجل أعمال مقابل مبلغ مالي، أو يقوم صاحب المنزل باستغلال خادمته والمتاجرة بها في أعمال الدعارة، بدلاً من استخدامها في الخدمة المنزلية المخصصة لها^(١).

وقد قضت محكمة جنابات الجيزة بإدانة والدين لمتاجرتهم بابتنتهما التي لم تبلغ الثامنة عشرة عاماً من العمر بأن قاما مع آخرين ببيعها بعد عرضها على راغبي المتعة من دولة مجاورة نظير مبالغ مالية، حيث استخدم الوالدان في ذلك سلطتهما كأصول لابتنتهما الضحية وبصفتهم المتولين تربيتها^(٢).

وقد ذُكرت (إساءة استعمال السلطة) كوسيلة من وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي في البروتوكول الدولي لمنع وقمع الاتجار بالأشخاص وكذا في غالبية التشريعات الوطنية المقارنة، والتي تباينت مواقفها بشأن هذه الوسيلة وذلك بإدراجها بعدة مصطلحات مختلفة، فعلى سبيل المثال وردت في بروتوكول باليرمو بلفظ (استغلال السلطة) وذلك ما سار عليه كل من القانون المصري والأردني والعراقي واللبناني والقطري والتونسي، وبمصطلح (إساءة استعمال السلطة) في القانون اليمني والجزائري والإماراتي، أما القانون العماني فقد أورد مصطلح (استغلال الوظيفة والنفوذ) فجمع بين مصطلحي الوظيفة والنفوذ، موافقاً بذلك المشرع الكويتي الذي أدرج لفظ (استغلال السلطة أو النفوذ)، كما أن المشرع السوري قد أورد مصطلح (استغلال المركز الوظيفي)^(٣).

وقد عرف المشرع اليمني مصطلح إساءة استعمال السلطة بأنه (كل وضع يتمتع فيه الجاني بسلطة قانونية أو فعلية تمكنه من السيطرة على شخص آخر واستغلاله أو تمكين آخرين من ذلك)، ومن خلال هذا التعريف نجد أن مصطلح (إساءة استعمال السلطة)

(١) د. سالم إبراهيم بن أحمد النقيي، جرائم الاتجار بالبشر واستراتيجيات مكافحتها، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٢) القضية رقم (٣٥٥٣) لسنة ٢٠١٤م، محكمة جنابات الجيزة دائرة انبائه.

(٣) د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لمكافحة الاتجار بالبشر، المرجع السابق، ص ١٧٢، د. فتحة قوراري، المرجع السابق، ص ١٠٢.

قد جاء بشكل مطلق في القانون اليمني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر^(١)، وفي اعتقادي أن المشرع اليمني كان موفقاً في إطلاق مصطلح (إساءة استعمال السلطة) على عمومه ليشمل ذلك أي انحراف أو إساءة من صاحب السلطة في استعمال نفوذه أو سلطته أياً كانت قانونية أو فعلية أو وظيفية تجاه من له سلطة عليه بقصد استغلاله والمتاجرة به، وبالتالي إمكانية محاصرة الجناة في هذه الحالة وردعهم عن ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر.

٣. استغلال حالة الضعف أو الحاجة:

استغلال حالة الضعف كما يعرفه جانب من الفقه بأنه (استغلال أي حالة من الضعف يوجد فيها المجني عليه، بحيث يضيق أمامه المجال فيضطر للخضوع والاستسلام للجاني)^(٢)، وعرفه جانب آخر بأنه (وضع لا يكون فيه لدى الشخص المعني أي بديل حقيقي أو مقبول سوى الخضوع للاستغلال المتوخى)، ويعني أيضاً (الاستغلال الذي يعتقد الشخص المعني أنه ليس لديه بديل معقول سوى الخضوع للعمل المطلوب أو الخدمات المطلوبة منه)^(٣)، وقد نص القانون اليمني صراحة على استغلال حالة الضعف كوسيلة من وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر^(٤)، كما عرف القانون اليمني هذه الوسيلة بأنها (استغلال أي حالة عجز جسدية أو عقلية أو نفسية أو وضع قانوني معين أو أية حالة تؤثر على إرادة الضحية أو تصرفاتها، بحيث لا يكون لديها أي بديل حقيقي ومقبول سوى الخضوع للاستغلال الواقع عليها)^(٥).

ويشير عدد من الدراسات إلى تنوع حالات الضعف التي قد تعترى الإنسان وتجعله سلعة سائغة للمتاجرة والاستغلال، ومن ذلك استغلال حالة الضعف الناجمة عن كبر السن أو صغره حال كون الضحية طفلاً، أو الناتجة عن الحالة الصحية وما قد يصاحبها من مرض عضوي أو نفسي أو عقلي أو عجز أو عاهة أو حمل لدى المرأة، وكذا استغلال حالات الضعف الناتجة عن سوء الأوضاع الاقتصادية والمعيشية للأسرة، أو الوضع غير

(١) انظر الفقرة (٥) من المادة رقم (٢) من القانون اليمني رقم (١) لسنة ٢٠١٨م بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

(٢) ورقة مناقشة مفهوم الاستغلال الواردة في البرتوكول، تحليل المفاهيم الأساسية للبرتوكول، إعداد الأمانة العامة للفريق العامل المعني بالاتجار بالأشخاص، فيينا ١٠-١٢/أكتوبر/٢٠١١م، ص ٥-٦.

(٣) القانون النموذجي الخاص بوزارة الخارجية بالولايات المتحدة الأمريكية بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص للعام ٢٠٠٣م. والقانون النموذجي لمكافحة الاتجار بالأشخاص، مرجع سابق، ص ٩، www.unodc.org/documents/human--trafficking/TIP-ModelILaw-Arabic_ebookPDF

(٤) المادة الثانية من القانون اليمني رقم (١) لسنة ٢٠١٨م بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

(٥) المادة (٢) الفقرة (٦) من القانون اليمني رقم (١) لسنة ٢٠١٨م.

القانوني للضحية كدخول الدولة بطريقة غير قانونية، أو من دون وثائق صحيحة، أو عدم معرفة اللغة الأجنبية لتلك الدولة^(١).

وقد نص البروتوكول الدولي لمنع وقمع الاتجار بالأشخاص على (استغلال حالة الضعف) كوسيلة من وسائل ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر، وأطلق عليها مصطلح (استغلال حالة استضعاف)^(٢)، وسارت على هذا النهج الكثير من التشريعات الوطنية المقارنة، حيث نص المشرع المصري على هذه الوسيلة بعبارة (استغلال حالة الضعف أو الحاجة) إلا أنه لم يعرفها^(٣)، كما أن المشرع العماني في القانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨م بشأن الاتجار بالبشر قد أدرج في نص المادة الثانية الفقرة (أ) عبارة (وسيلة استغلال حالة الاستضعاف) ويمثله المشرع الكويتي في نص المادة الأولى الفقرة (٤) من القانون رقم (٩١) لسنة ٢٠١٣م، أما المشرع السوري فأورد في نص المادة (٤) من المرسوم التشريعي رقم (٣) لسنة ٢٠١٠م بشأن مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص لفظ (استغلال الجهل والضعف)، بينما يلاحظ أن بعض التشريعات قد استبعدت هذه الوسيلة ولم تذكرها صراحة ضمن وسائل ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر، كالقانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م، إلا أنه ذكر في التعريف عبارة (أو بأية وسيلة غير مشروعة مباشرة أو غير مباشرة) مما يجعل استغلال حالة الضعف داخله ضمن تلك الوسائل لورودها على سبيل المثال لا الحصر^(٤)، أما المشرع العراقي فقد استبعد وسيلة استغلال حالة الضعف من بين الوسائل الواردة لارتكاب جرائم الاتجار بالبشر^(٥).

وحسناً فعل المشرع اليمني إذ عرف حالة الضعف ضمن نصوصه، ورغم أن التعريف المشار إليه لازال واسعاً ويدخل فيه الكثير من الحالات إلا أنه أفضل من عدم التعريف الذي سارت عليه غالبية التشريعات المقارنة، وأرى أنه كان يتعين أن يذكر في التعريف (أن الضحية اعتقدت أنه ليس لديها أي بديل حقيقي ومقبول سوى الخضوع)، وذلك على اعتبار أنه نتيجة لحالة الضعف التي تعاني منها الضحية راودها هذا الاعتقاد الذي

(١) د. دهام أكرم عمر، جرائم الاتجار بالبشر، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٢) المادة الثانية من القانون المصري رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.

(٣) المادة (٢) الفقرة (٦) من القانون اليمني رقم (١) لسنة ٢٠١٨م، والمادة (٢) من القانون المصري رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م والمادة رقم (٢) من القانون القطري رقم (١٥) لسنة ٢٠١١م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.

(٤) المادة الأولى الفقرة (أ) من القانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص.

(٥) المادة الأولى من القانون العراقي رقم (٢٨) لسنة ٢٠١٢م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر.

ليس بالضرورة أن يكون صحيحاً، فقد يكون أمامها بديل آخر للخلاص من أن تقع فريسة للمتاجرة بها، إلا أن حالة الضعف التي تعترها قد أوجدت في قرارة نفسها هذا الاعتقاد.

٤. إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر:

إن هذه الوسيلة من وسائل ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر قد نُص عليها في بروتوكول منع وقمع الاتجار بالأشخاص والقانون المصري رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م والقانون اليمني رقم (١) لسنة ٢٠١٨م، وكذلك في معظم التشريعات الوطنية المقارنة باستثناء القانون البحريني رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م بشأن مكافحة الاتجار بالأشخاص، وتتمثل هذه الوسيلة حسب بروتوكول باليرمو في إحدى الصورتين التاليتين:

الصورة الأولى: تكون بإعطاء مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، وفي هذه الصورة يقوم الجاني بدفع مبالغ مالية أو أي مزايا من أي نوع لشخص مقابل موافقته على استغلال شخص آخر له سيطرة أو سلطة عليه من أي نوع لغرض استغلال الأخير، أي أن يسهل شخص معين المتاجرة بشخص المجني عليه الذي يكون تحت سيطرته بما له من سلطة عليه أياً كان نوعها قانونية أو فعلية، كأن يسهل ولي الأمر استغلال ابنته أو ابنه أو أحد من أولاد أخيه أو إخوته الذي يكون وصياً عليهم أو مسئولاً عن تربيتهم، وقد يكون المعلم عندما يسهل عملية المتاجرة بأحد تلاميذه واستغلاله، كل ذلك في مقابل إعطائه مبالغ مالية أو منافع أو مزايا من أي نوع مقابل ذلك^(١).

الصورة الثانية: فتكون بتلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال، وفيها يتلقى الجاني من أحد المتاجرين مبالغ مالية أو مزايا أياً كان نوعها للحصول على موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر بغرض الاتجار به واستغلاله، وتظهر في هذه الصورة عملية الوساطة أو السمسرة في عملية الاتجار، ويكون الجاني فيها هو الوسيط، كأن يأخذ الوسيط أو السمسار مبالغ مالية أو مزايا ليقنع زوجاً ما على استغلال زوجته في أعمال الدعارة^(٢).

وكلتا الصورتين تجمع بين فعل الإعطاء والتلقي، إلا إنه في الأولى يكون الإعطاء فيها

(١) القاضي د. أَلطاف عبد الله سهيل، المرجع السابق، ص ٣٧٤.

(٢) د. وجدان أرتيمه، المرجع السابق، ص ٢٣٦.

للجاني التي تكون الضحية تحت سيطرته، بينما في الصورة الثانية يكون الإعطاء فيها للوسيط بين الجاني والشخص الذي تكون الضحية تحت سيطرته، ويستوي في هذه الوسيلة أن تكون السيطرة على الضحية مصدرها سلطة قانونية كسلطة الولي أو الوصي، أو سلطة فعلية وما قد يصاحبها من مكانة أدبية للشخص المُسيطر في نفس الضحية، كسلطة المدرس على تلاميذه، ولا شك أن تقرير قيام أو انتفاء المسؤولية الجنائية للشخص صاحب السيطرة على الضحية المُتجر بها يتم حسب سلامة إرادته، فإذا كان على علم بطبيعة الجريمة حال كونها اتجاراً بالشخص الخاضع تحت سيطرته، واتجهت إرادته للقيام بصورة السلوك الإجرامي التي تلي تلك الإرادة، والمتمثلة في استغلال السلطة أو استغلال حالة الضعف عند ذلك تقوم مسؤوليته الجنائية ويُسأل عن جريمة اتجار بالبشر، أما في حال ثبت عدم علمه بغرض الاتجار بأن كان واقعاً تحت تأثير غش أو خداع أو إكراه، انعدمت نتيجة لكل ذلك إرادته وبالتالي انتفاء مسؤوليته الجنائية تجاه الجريمة، كأن يوافق الأب على سفر ابنته بغرض الدراسة والإقامة لدى أسرة محترمة، فإذا بها قد وقعت ضحية تُستغل في أعمال الدعارة أو العمل بالسخرة^(١).

ويرى جانب من الفقه أن لفظ (الإعطاء أو التلقي) يوحي بأن النموذج القانوني لا يقوم إلا بتمام الفعل الذي هو الإعطاء أو التلقي للمبالغ المالية أو المزايا، بينما يرى جانب آخر أن الاستغلال في جريمة الاتجار بالبشر من الممكن أن يتم عن طريق الوعد بإعطاء المبالغ المالية أو المزايا أياً كان نوعها^(٢)، وقد سار مع هذا الرأي الأخير كل من المشرع المصري ونظيرييه القطري واليميني، وذلك من خلال إدراج هذه الوسيلة ضمن وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر وإيرادها بعبارة (الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا مقابل الحصول على موافقة شخص من الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه...) ^(٣)، بمعنى أن القانون المصري وكذا اليميني والقطري واليميني قد جرم حتى مجرد الوعد بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا، وجعل ذلك الفعل (الوعد) من ضمن وسائل ارتكاب جرائم الاتجار بالبشر، وذلك من باب الزيادة من درجة الحماية

(١) د. سالم إبراهيم بن أحمد النقيي، جرائم الاتجار بالبشر واستراتيجيات مكافحتها، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٢) د. وجدان ارتيمه، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(٣) المادة رقم (٢) من القانون المصري رقم (٦٤) لسنة ٢٠١٠م والمادة رقم (٢) من القانون القطري رقم (١٥) لسنة ٢٠١١م بشأن مكافحة الاتجار بالبشر، والمادة الرابعة من القانون اليميني لمكافحة الاتجار بالبشر.

للضحايا والمكافحة لهذه الجرائم، بينما سار مع الرأي الأول كل من المشرع العراقي ونظيره الجزائري، وذلك باشتراطهما لقيام الجريمة أن يتم الفعل كاملاً وهو إعطاء أو تلقي الأموال أو المزايا فعلياً، وبالتالي لا يكون الوعد بإعطاء أو الوعد بتلقي مزية أو مبلغ مالي كافياً لقيام الجريمة لديهما، أما المشرع الكويتي فقد حدد نوع المزايا بكونها عينية وذلك في نص المادة الأولى من القانون رقم (٩) لسنة ٢٠١٣م، كما أن المشرع السوري قد استخدم عبارة (أو بالتواطؤ أو تقديم مساعدة ممن له سلطة على الشخص الضحية) في نص المادة الرابعة من القانون رقم (٣) لسنة ٢٠١٠م^(١)، ويلاحظ أن المشرعين العماني والبحريني قد استبعدا هذه الوسيلة واستبدالها بعبارة (أي وسيلة أخرى غير مشروعة سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة).

(١) د. فتحيه محمد قوراري، المرجع السابق، ص ٢٠٦، ود. محمد علي العريان، المرجع السابق، ص ٧٨.

الخاتمة

أحمد الله سبحانه وتعالى حمداً كثيراً طيباً مباركاً وأشكره جل ثناؤه أن وفقني وأعانني على إتمام هذا البحث الذي هو بعنوان: (السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر)، وما ذلك إلا بفضل من الله تعالى، وقد خرجت هذه الدراسة بعدد من النتائج والتوصيات، أوضحها كالآتي:

أولاً: النتائج: لقد كشفت هذه الدراسة العديد من النتائج، أهمها:

١- تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وبروتوكول الاتجار بالأشخاص الملحق بها المسمى (بروتوكول باليرمو) هو الأساس العام الدولي أو الدستور العالمي لجرائم الاتجار بالبشر، الواجب على الدول الأعضاء مراعاة ما جاء به عند وضع تشريعاتها الوطنية.

٢- تعدد أفعال السلوك الإجرامي المرتكبة من قبل الجناة في جريمة الاتجار بالبشر، وتأخذ سلسلة من الصور والأشكال المادية المختلفة، بحيث يشكل كل فعل منها جريمة مستقلة ومنفردة بذاتها ولذلك أطلقت التشريعات المختلفة عليها وصف جرائم الاتجار بالبشر، ومن أهم خصائصها أنها جريمة واقعة على الإنسان، ذلك أن محل هذه الجريمة وموضوعها هو الإنسان نفسه، وليست مقصورة على جنس معين أو سن معين، بل تشمل الأطفال والنساء والرجال، فهي تمتد إلى جميع الفئات البشرية وتشمل جميع الفئات العمرية.

٣- تتنوع الوسائل المستخدمة لارتكاب أفعال السلوك الإجرامي في جرائم الاتجار بالبشر، بحسب أداة التنفيذ فقد تكون وسائل مادية أو وسائل معنوية، ويمكن تقسيم تلك الوسائل إلى قسمين وسائل قسرية وأخرى غير قسرية.

٤- تنتهك جرائم الاتجار بالبشر بصورة أساسية حقوق الإنسان وكرامته وحرية، وعلى رأسها حقه في أن يكون متحرراً من كافة أشكال سوء المعاملة والاستغلال الذي يؤدي إلى الانهيار الاجتماعي والاقتصادي.

٥- جريمة الاتجار بالبشر من الجرائم المنظمة التي تمارسها في الغالب عصابات منظمة احترفت الجريمة وجعلتها محوراً ومجالاً لنشاطها ومصدراً لدخلها، بهدف الحصول

على أرباح مالية أو منافع مادية.

٦- تشكل جرائم الاتجار بالبشر تهديداً للدول واستقرارها وسيادتها الوطنية، من خلال خرقها لحدود الدولة الإقليمية حيث يتم ارتكاب هذه الجرائم داخل الحدود الوطنية للدولة وتكون غالباً عابرة للحدود الوطنية إذا وقعت في أكثر من دولة، ويتم من خلالها نقل ملايين من البشر عبر الحدود الدولية سنوياً ليتم الاتجار بهم.

٧- يعتبر الفقر من العوامل الرئيسية للاتجار بالبشر، فغالبية الضحايا هم ممن يعانون أوضاع اقتصادية متدنية ويفتقرون للموارد المالية ولا يملكون دخلاً ثابتاً، مما يجعلهم فريسة سهلة للعصابات الإجرامية للإيقاع بهم وذلك من خلال منحهم الوعود الكاذبة لتوفير المعيشة المغربية.

ثانياً: التوصيات:

١- تفعيل نصوص الصكوك والاتفاقيات الدولية التي أبرمت لمكافحة جريمة الاتجار بالبشر، والسعي لإنشاء سياسة عمل مشتركة بين الدول الإقليمية والدولية، بالتعاون مع المنظمات الحكومية والدولية المنوط بها مكافحة هذه الجريمة.

٢- التصديق على اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وبروتوكول الاتجار بالأشخاص الملحق بها من قبل الدول التي لم توقع عليها بعد، ودعم وتطوير التشريعات الوطنية لتشديد عقوبة المتاجرين بالأشخاص.

٣- حث الدول الأعضاء على مواكبة تطورات التكنولوجيا والمعلوماتية خاصة في مجال تحصين وضبط الحدود ومراقبته، والعمل على إنشاء شبكة معلومات خاصة بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر ترتبط بها الجهات ذات العلاقة في تلك الدول المتمثلة في وزارات العدل والنيابة العامة وحقوق الإنسان والداخلية والشؤون الاجتماعية والعمل.

٤- حث الدول على إنشاء وإقامة مراكز إيواء خاصة لضحايا الاتجار بالبشر في مراكز المحافظات والمدن الرئيسية، وإقامة ورش عمل متخصصة تهدف إلى تدريب وتأهيل المعننين والمختصين في كافة الجهات ذات العلاقة بمكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

٥- التوعية الإعلامية من خلال النشر في الوسائل المختلفة المسموعة والمقروءة والمرئية للتوعية بمخاطر جرائم الاتجار بالبشر، على مستوى الفرد والمجتمع والتعريف بالعقوبات الرادعة لمرتكبيها وضمان حقوق ضحايا هذه الجرائم، فضلاً عن تضمين المناهج الدراسية بمادة حول هذه الجريمة لتوعية الأطفال لأنهم أكثر الفئات عرضة لهذه الجرائم.

ملخص

يعد حق التملك من الحقوق التي يختلف مركز الأجنبي عن مركز الوطني من حيث التمتع بها والاعتراف بها من الدول المضيفة والمجتمع الدولي، وبالأخص الاعتراف بمدى تمتع الأجنبي بالحق في تملك العقارات والأراضي وهل هو حق يقره القانون الدولي ويفرضه على الدول بمعاملة الأجنبي بالحد الأدنى من الحقوق المقررة للأجانب في المواثيق والأعراف الدولية والدول المتمدنة أم أنها رخصة من الدولة تنظم ملكيتها بما يحقق مصالحها؟

والقانون الدولي العام يعترف لكل دولة ذات سيادة بالحرية الكاملة في تنظيم ملكية وحيازة الأموال بصفة عامة داخل إقليمها، سواء أكان المال المستثمر وطنياً أم أجنبياً؛ ومع ذلك فإنه يجب على الدول النامية الساعية نحو التنمية والتقدم الصناعي وهي تخطط لمستقبل واعد لبلدها عليها أن توجه سياساتها الوطنية تجاه التوسع في ملكية وحيازة واستثمار الأجانب في قطاعاتها الاقتصادية المختلفة ومنها مجالات الاستثمار العقاري، لخلق مزيد من فرص العمل وتقليص الفقر.

وستتطرق لحق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري محل الدراسة انطلاقاً من القوانين المشجعة للاستثمار أهمها التشريعات المصري واليميني مع الإشارة إلى الأنظمة الخليجية وبعض التشريعات العربية والأجنبية بحسب مقتضيات البحث وتوفر المادة العلمية؛ وعلى تنوع العقارات والأراضي والغرض من تملكها والانتفاع بها تم تقسيم الدراسة إلى محورين أولاً: التعرف على موقف التشريعات الوضعية في مدى حق الأجانب بتملك وإدارة المشروع الاستثماري العقاري في قوانين الاستثمار بداية بالتشريع المصري ثم مقارنته بالتشريع اليميني، مع الاهتمام بالأنظمة الخليجية وبعض التشريعات المشجعة للاستثمار، وثانياً: دراسة شاملة نتعرف من خلالها على الاستثمار العقاري، ومدى تمتع المستثمر الأجنبي بالحق في التملك والانتفاع بالعقارات في الدولة المضيفة لغرض الاستثمار في التشريعين المصري واليميني والتشريعات المقارنة، ويسبق ذلك بيان مفهوم حق الأجنبي في الاستثمار العقاري وتطرق لمعرفة الاستثمار الأجنبي والاستثمار العقاري للأجانب وبيان أنواع وصور ومجالات الاستثمار العقاري لدى الاقتصاديين والقانونيين وغيرهم وختام البحث بيان ما توصل إليه البحث من نتائج وما يقترحه من توصيات.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين حمداً يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن اتبع سنته واهتدى بهديه إلى يوم الدين.

أما بعد:

باعتبار أن أهم ركائز البيئة الاقتصادية والاستثمارية والمتمثلة في ضرورة تشييد بنية قانونية تحتية قادرة على وضع إطار قانوني مناسب تنتعش في ظله الاستثمارات المختلفة، فبدون تشريعات وقوانين تساهم في روح العصر وتتلاءم مع التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها العالم الآن، فلن يمكن جذب المزيد من الاستثمارات الوطنية والأجنبية؛ لذا كان لزاماً على المشرع المصري واليمني أن يميل إلى إصدار قوانين استثمارية تساهم في العصر وتواكب التطور الملحوظ لجذب الاستثمارات لتحقيق ما تصبو إليه الدولة المضيفة من الاستثمار لدعم اقتصادها الوطني وتوفير مناخ استثماري وتشريعي مناسب يحقق الهدف المنشود، وهو يبيث الطمأنينة في نفس المستثمر وذلك بإزالة العوائق القانونية والاقتصادية وتيسير وتقرير المزيد من الإعفاءات والحوافز للشركات المستثمرة، ومنها إقرار أحقية الشركات الأجنبية في تملك الأراضي والعقارات لغرض مزاولة النشاط الاستثماري، وتخصيص أراضٍ للشركات لإقامة المشاريع عليها، سواء بمقابل أو بدون مقابل، وتقرير أحقية الأجنبي في ملكية المشروع وإدارته، سواء بالإنفراد أو المشاركة مع إقرار الضمانات الكافية لحماية أمواله من المخاطر غير التجارية كما سنرى في ظل قانوني الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م، وقانون الاستثمار اليمني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠م.

وعلى ضوء ذلك سعى المشرع المصري واليمني لتشجيع الاستثمار في المجالات ذات الأولوية القومية في الدولة ومنها مجالات الاستثمار العقاري. ممثلة في مشروعات الإسكان والتعمير وذلك ببناء الوحدات السكنية في مختلف المستويات سواءً بقصد الإيجار أو التمليك أو (حق الانتفاع) وذلك بإقامة المدن السكنية وإنشاء المناطق ذات الطبيعة الخاصة، وإقامة المجمعات العمرانية الحديثة أو المناطق الصناعية الجديدة بما في ذلك تهيئة الأرض وتجهيزها بالمرافق والخدمات الأساسية بغرض تقسيمها وبيعها أو تقرير حق الانتفاع بها أو تأجيرها^(١).

(١) د عبد الفتاح مراد، موسوعة الاستثمار، شرح تفصيلي مقارن لتشريعات الاستثمار في مصر والدول العربية، دار الكتب والوثائق المصرية، بدون سنة نشر، ص ١٠٣٧.

أولاً: موضوع البحث وأهميته وأسباب اختياره:

يعد موضوع البحث: (الاستثمار العقاري) من أهم الموضوعات، وذلك لأنه يتناول حقاً أصيلاً هو حق الاستثمار في مجال العقارات، ولأن الدول - خاصة النامية منها - تحتاج إلى مزيد من تدفق الاستثمارات في مجال العقارات من أجل تحقيق النمو الاقتصادي وخلق مزيد من فرص العمل وتقليص الفقر، إذ يعد الاستثمار في مجال العقارات بالنسبة للدول النامية والأسواق الناشئة ضرورة أكثر منها في اقتصاديات الدول المتقدمة.

إن العقارات مخزن الثروة ورمز القيمة ومظهراً لوجاهة الفرد في المجتمع، وهي باستقرارها في حيزها أحد أهم مظاهر سيادة الدولة في النظام الدولي العام^(١).

وعلى ضوء ذلك تسعى الدول المضيفة إلى تشجيع الاستثمار في المجالات ذات الأولوية القومية في الدول ومنها مجالات الاستثمار العقاري المتمثل في مشروعات الإسكان والتعمير، وذلك ببناء الوحدات السكنية بمختلف المستويات سوء بقصد التمليك أو الإيجار وذلك بإقامة المدن السكنية وإنشاء المناطق ذات الطبيعة الخاصة، وإقامة المجمعات العمرانية الحديثة أو المناطق الصناعية الجديدة بما في ذلك تهيئة الأرض وتجهيزها بالمرافق والخدمات الأساسية بغرض تقسيمها وبيعها أو تقرير حق الانتفاع بها أو تأجيرها^(٢).

وتكمن أهمية البحث في موضوع: الاستثمار العقاري دراسة مقارنة في القانون اليمني والمصري في أن هذا الحق يرتبط بطبيعة الإنسان ذاته وما جبل عليه من حب المال ورغبته في التملك والانتفاع في مجال الاستثمار العقاري، وبالرغم من أهميته تلك لكنه لم يحظ بالدراسة الكافية والوافية على مستوى الفقه القانوني أو على مستوى التشريعات المشجعة للاستثمار.

ويعد الاستثمار العقاري من أهم مجالات الاستثمار في العصر الحديث؛ نظراً لحاجة الإنسان للعقار بقصد السكنى له ولأسرته، وحرية الانتفاع بالسكن أو حرية استعماله. - يقصد بها استعمال المسكن بحرية، من حيث ترتيبه أو تنظيمه كما يحلو له -^(٣).

(١) د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجنبي في التملك في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، لسنة ١٩٩٩م، دار النشر: المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص ١، ٢.

(٢) د. عبدالفتاح مراد، موسوعة الاستثمار المرجع السابق، ص ١٠٣٧.

(٣) Jacques (R): Les libertés pubiques, pécis, Domat, Deuxième Edition, paris .٢٧١. p, ١٩٧٧.

بقصد مزاوله المهنة التجارية أو الصناعية التي يبتغي منها اكتساب الرزق والعيش الكريم، أو لغرض الاستثمار لتحقيق الربح، ولأنه يعد من آمن أنواع الاستثمارات؛ لعدم تعرض رأس المال للهلاك أو الضياع بالكلية؛ ولوجود نسبة ضمان عالية ضد مخاطره، فضلاً عن وجود نسبة عالية للربحية تزداد دوماً بمرور السنين، علاوة على أن رأس المال فيها غالباً لا يتأثر بانخفاض الأسعار إلا في حالات قليلة وعند حدوث أزمات اقتصادية بعينها^(١).

وفي الغالب فإن معظم الناس يفضلون الاستثمار العقاري الذي يضمن لهم ثلاثة أمور وهي: المحافظة على رأس مالهم، تقديم أكبر نسبة ممكنة من الربح، وبقاء مالهم في متناول أيديهم ليستعملوه متى شاءوا^(٢) إما ببيعه أو إجارته أو رهنه.

ثانياً: سبب اختيار البحث وأهم إشكالاته:

إن تشريعات الاستثمار في غالبية الدول لم تضع قيوداً على حرية المستثمر الأجنبي، فيما يتعلق بمقدار رأس المال المستثمر، تشجيعاً لانسياب الاستثمارات الأجنبية، ذلك أن فرض حد أدنى للاستثمارات يقود إلى إجماع المشروعات الصغيرة عن الدخول في مجالات الاستثمار، أما فرض حد أقصى للمبالغ المستثمرة « هو تحديد نسبة مشاركة العناصر الأجنبية في رأس المال المستثمر فمن شأنه أن يؤدي إلى تحجيم الاستثمارات الأجنبية بالوقت الذي تكون فيه الدولة المضيفة في أمس الحاجة للمزيد من هذه المشروعات الاستثمارية^(٣).

وما دامت تلك الشركات الأجنبية القادمة إلى مصر واليمن لإقامة مشروعها الاستثماري الراغبة فيه ضمن إحدى المجالات المحددة سلفاً في ظل قانوني الاستثمار المصري واليمني فإنه يتطلب من تلك الشركة الراغبة في مزاوله نشاطها على الإقليم المصري واليمني:

وهذه الحرية يرد عليها بعض القيود، وهي قيود تجد سببها إما في احترام الجار، أو مقتضيات الأمن، أو للمحافظة على الصحة العامة

.367. Colliard: Libertes publiques , op. cit. , p

.271. Jacques (R): op. cit. , p

(١) David (S) : Essentials of Real Estate Investment , ٢٠٠٧ , P. ٢ - ٣.

(٢) إبراهيم بن محمد العلوان، الجريدة الاقتصادية الإلكترونية تحت موضوع اختيار الموقع المناسب أول شروط نجاح الاستثمار العقاري على الرابط التالي:

<http://www.aleqt.com/20/06/2009/article - 242320. html>.

(٣) د. أحمد عبد الحميد عشوش، د. أحمد محمد الهواري، د. محمد بهنسي، القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجانب، ج٢، مرجع سابق، ص ٢٤، ٢٥.

١- تحديد موقفها بدايةً هل تريد أن تملك الشركة والمشروع الاستثماري معاً وبالكامل (حصص وأسهم الشركة) بصورة منفردة أي السيطرة الفعلية على المشروع المزمع إنشاؤه مالياً وإدارياً دون مشاركة وطنية، أم أن هذه الشركة الاستثمارية ترغب بمشاركة الدولة المضيفة أو إحدى قطاعاتها العامة والخاصة أو مشاركة القطاع الخاص أو مواطني الدولة وهل هذا الحق مقرر في قانون الاستثمار المصري واليمني أي وقبل كل ذلك هل يسمح المشرعان المصري واليمني بانفراد المستثمر الأجنبي بالمشروع الاستثماري ليصبح له حرية الاختيار في الانفراد أو المشاركة بملكية المشروع وإدارته.

٢- وكذلك يتطلب من تلك الشركة للبدء في إقامة مشروعها الاستثماري أرضاً يقف عليها المشروع سواء لإقامة الشركة أو لمزاولة المشروع الاستثماري لذلك يجب على المستثمر الأجنبي شراء أرض أو عقار ليقوم مشروعه الاستثماري عليه أو إقرار حق الانتفاع على هذا العقار لمدة طويلة أو حتى إجارتها سواء لإقامة الشركة أو المنشأة ذاتها أو لإنشاء المشروع الاستثماري ككل.

لذلك كان اختيارنا لهذا الموضوع، بالإضافة لعدة أسباب أهمها^(١):

- ما يؤدي إليه حق التملك والانتفاع بالعقارات دون ضوابط من المساس بركن من أركان الدولة أو هو ركن الإقليم، إذا السماح للأجانب بتملك العقارات والاستثمار في مجال العقارات في دولة ما معناه تملك جزء من إقليم هذه الدولة، والإقليم هو: (ذلك الحيز المكاني الذي تستأثر به الدولة لتمارس عليه سيادتها)^(٢)، وهذا يؤدي إلى المساس أو الانتقاص من سيادة الدولة على إقليمها.
- ويهدف البحث إلى تكوين رؤية واضحة عن المناخ الاستثماري في البلدان

(١) د. عبد الكريم يحيى الصوملي، حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري واليمني مع الاهتمام بالأنظمة الخليجية والفقهاء الإسلاميين دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، القاهرة، لسنة ٢٠١٦م، ص ٤، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس بعنوان: حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين - لسنة ٢٠١٥م. ص ٤، للمزيد من التفاصيل حول أهمية دراسة تنظيم ملكية الأجانب في الدول المضيفة والقانون الدولي الخاص راجع د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجانب في التملك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٣، ٤.

(٢) د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الأول، الجامعة الدولية، الطبعة الخامسة، ١٩٩٦م، دار الجامعيين لطباعة الأوفست والتجليد، الناشر: دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية، ص 126.

محل الدراسة والتي تعد من أكثر البلدان التي تحاول جذب الاستثمارات الأجنبية وخاصة في مجال الاستثمارات العقارية، ويتمثل ذلك في حفظ حقوق المستثمرين ومنحهم أفضل الضمانات والحوافز، فلكي تجذب هذه البلاد المستثمر للاستثمار فإنها تقوم بمنحه عدداً من حوافز ومزايا الاستثمار ومن أهم تلك الحوافز أن تسمح للأجنبي بتملك العقارات أو تقر له الانتفاع بها بمقابل أو بالمجان، وإعفائه من الضرائب، وذلك بهدف إقامة المشروعات الاستثمارية العملاقة في البلد المضيف بالإضافة إلى الاستفادة من تقنيات المستثمرين، ولتطوير المستوى التكنولوجي لدى هذه البلدان، والحد من البطالة لديها، وتحسين مستوى أدى ميزان مدفوعاتها، وحل قضايا المشاكل السكانية.

ثالثاً: الصعوبات التي واجهت الدراسة:

مع الاعتراف بالجهود المبذولة للفقهاء المصري في محاولة تسليط الضوء على ما أتى به قانون الاستثمار المصري رقم (٨/١٩٩٧م) من ضمانات وإعفاءات وحوافز تشجيعية للاستثمار في المجال العقاري على الإقليم المصري لكنه لا توجد دراسة مفصلة حول الموضوع في القانون اليمني إلا في جزء من الرسائل العلمية فإن هذه الدراسة تهدف إلى إبراز مزايا وعيوب الاستثمار العقاري لاسيما مع صدور تشريع حديث في اليمن قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م، أضيف إلى ذلك الاستفادة من مقارنتهما بقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة (١٩٩٧م).

رابعاً: منهج الدراسة وتقسيم الرسالة:

لقد دققنا النظر في عنوان بحثنا هذا حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري لوجدناه يتضمن عنصرين هامين الأول: حق الأجنبي في التملك العقاري لغير غرض الاستثمار، ويقصد به تملك العقارات للأجنبي الراغب بالإقامة لغرض المأوى والسكن له ولأسرته أو لمزاولة النشاط المهني والتجاري الذي لا يخضع لقانون الاستثمار ويكون الغرض منه أحقية الأجنبي بالعمل في البلد المضيف ليققات منه ويعيش حياة كريمة في البلد المضيف وليس بقصد جني الأرباح والأموال الطائلة.

وينظم أحكامها قانون تملك غير المواطنين للعقارات كالقانون رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٩٦م بشأن تنظيم ملكية غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء، وكذلك القانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٩م الخاص بتملك غير اليمنيين للعقارات، أما القوانين

المتبعة في هذا البحث والتي سنستعرض فيها لمعرفة مدى حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري وفقاً لأحكام القوانين المشجعة للاستثمار في مصر واليمن وبالأخص قانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار المصري وقانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م وسنعمد في هذا البحث الدراسة الرأسية المباشرة.

- بالقيام بدراسة الوضع القانوني في التشريع المصري ثم تتبعه في ذات الموضوع في التشريع اليمني حتى نصل لمقارنتها بشكل تنبؤي ورأسي في التشريعات المقارنة مع الاهتمام بالأنظمة الخليجية والتشريعات العربية والأجنبية بحسب المادة المتوفرة وبحسب مقتضيات البحث^(١).

(١) فضلاً عن ذلك سوف نعتمد بالتفصيل على التشريعات اليمنية والمصرية الآتية:
أولاً: ولملاء الفراغ التشريعي الحاصل بقانون الاستثمار اليمني الجديد رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م وإن كان ألقى القانون رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م بموجب المادة (٣٣) منه لكنه لم يبلغ اللائحة التنفيذية رقم (٢٨٢) لسنة ٢٠٠٣م من القانون رقم (٢٢) سنة ٢٠٠٢م وكونه حتى الآن لم تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار من رئيس مجلس الوزراء كما أوضحت المادة (٣٢) من قانون الاستثمار رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م خلال مدة أقصاها ٦ أشهر من تاريخ صدور هذا القانون لذا سوف نتعرض لبعض أحكام اللائحة التنفيذية رقم (٢٨٢) لسنة ٢٠٠٣م بشأن قانون الاستثمار اليمني الملغى رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م لملاء الفراغ التشريعي في ظل قانون الاستثمار الجديد لسنة ٢٠١٠م فيما لا يتعارض مع أحكامه كما نصت عليه المادة (٣٤) من هذا القانون والتي نصت على «أن يلغى أي حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون». فضلاً عن ذلك سوف نستعرض بعض نصوص قانون الاستثمار الملغى رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م فيما لم نجد نصوصاً حاكمة ومنظمة في ظل قانون الاستثمار اليمني الجديد رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م وذلك لسببين الأول ملء الفراغ التشريعي والثاني كون القانون السابق عليه رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م يحكم وينظم المشروعات التي أنشئت في ظلها وهذا ما نصت عليه الفقرة (ج) من المادة (٤) من قانون الاستثمار الجديد رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م والتي نصت بأنه «لا تسري أحكام هذا القانون إلا على المشاريع التي أقيمت وفقاً لأحكامه» بمفهوم المخالفة فإن الأحكام السابقة عليه تخضع لقانون الاستثمار الذي أسس المشروع الاستثماري في ظلها، وبذلك لا يحكمه هذا القانون ولا يتمتع بالمزايا والضمانات المنظمة له إلى إذا إنشاء المشروع الاستثماري وفقاً لأحكامه وبعد صدور هذا القانون.

ثانياً: وقد أتى القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار المصري الصادر في الجريدة الرسمية، العدد ١٩ مكرر في ١١ مايو ١٩٩٧م وصدرت لائحته التنفيذية برقم (٢١٠٨) لسنة ١٩٩٧م.... ثم ألغيت بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (١٢٤٧) لسنة ٢٠٠٤م نشر بالوقائع المصرية العدد ١٥٢ تابع في ٨ / ٧ / ٢٠٠٤م. في نهاية سلسلة قوانين الاستثمار التي صدرت في مصر والذي صدر قبله قانون الاستثمار الملغى رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٨٩م الصادر في الجريدة الرسمية العدد ٢٩ تابع (أ) بتاريخ ٢٠ يوليو ١٩٨٩م وكان هذا القانون قد ألقى قانون الاستثمار رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤م بشأن استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة والذي كان قد عدل قبل إلغائه بالقانون رقم (٢٢) سنة ١٩٧٧م كما كان قد سبقه قانون الاستثمار رقم (٦٥) لسنة ١٩٧١م بشأن استثمار المال العربي والمناطق الحرة، والذي سبقه قانون الاستثمار رقم (٣١٥) لسنة ١٩٥٥م. وبالرجوع لتشريع الاستثمار المصري رقم (٨ / ١٩٩٧م) فقد نصت المادة (٤) من قانون إصداره

- انطلاقاً من النصوص القانونية المنظمة للموضوع في التشريعين المصري واليمني، ولهذا سنعتمد في هذا البحث المناهج الآتية:
- **المنهج التحليلي:** لتحليل النصوص وشرحها، وبيان العلاقة فيما بينهما، ومدى إمكانية مساهمتها في تحقيق الدور الذي استهدفه المشرع منها لتنظيم حق الأجنبي في التملك والانتفاع بالعقارات وعرض موجز للآراء الفقهية.
 - **المنهج الاستقرائي:** وذلك بعرض النصوص القانونية محل الدراسة واستقرائها واستنباط مدلولاتها والتعليق عليها.
 - **المنهج التاريخي والمقارن:** لمقارنة النصوص القانونية القديمة والحديثة في التشريعات محل البحث في البلد الواحد للاستفادة من التطور التشريعي المتلاحق، وكذلك مقارنة بمثيلاتها في التشريعات المقارنة لمعرفة عناصر الاتفاق والاختلاف بما يمكننا من تكوين تصور واضح ودقيق ومحدد للكيفية التي عالجت بها التشريعات محل الدراسة الاستثمار العقاري.

على إلغاء قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٨٩م؛ عدا الفقرة (٣) من المادة (٢٠) من القانون سالف الذكر. كما تلغى المادتان (٥ و٥ مكرر) من القانون رقم (١) لسنة ١٩٧٣م بشأن المنشآت الفندقية والسياحية؛ والمواد (٢١، ٢٤، ٢٥) من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٩م بشأن المجتمعات العمرانية الجديدة؛ والمادة (٣٠) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥م في شأن التأجير التمويلي؛ كما يلغى كل حكم آخر يخالف أحكام هذا القانون المرفق.

وتطبيقاً لذلك صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢١٠٨) لسنة ١٩٩٧م بشأن اللائحة التنفيذية بقانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م ثم ألغيت تلك اللائحة التنفيذية وحل محلها في تنظيم أحكامها اللائحة التنفيذية الجديدة الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (١٢٤٧) لسنة ٢٠٠٤م والتي قضت في مادتها الثانية من قرار الإصدار «يلغى قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢١٠٨) لسنة ١٩٩٧م باللائحة التنفيذية بقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م وتعديلاته، كما يلغى كل نص يخالف أحكام هذه اللائحة».

لهذا سنعتمد في بحثنا هذا على قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م مع الاعتماد على المواد المستبدلة والمعدلة منه بالإضافة إلى ما تم من شرح شروط وأحكام هذا القانون بما يقابلها من اللائحة التنفيذية الجديدة رقم (١٢٤٧) لسنة ٢٠٠٤م بشأن شروط أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) وتعديلاتها والتشريعات المتصلة بها مع مقارنتها إذا لزم الأمر باللائحة التنفيذية الملغاة رقم (٢١٠٨) لسنة ١٩٩٧م وذلك لأن هذه اللائحة تنطبق على المشروعات التي أنشئت في ظلها حتى إلغائها بمقتضى المادة الثانية إصدار من اللائحة التنفيذية الجديدة السارية حالياً بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (١٢٤٧) لسنة ٢٠٠٤م وقد أوردناها سلفاً وبحسب مقتضيات البحث بعمل مقارنة طفيفة في بعض مواد اللائحة التنفيذية الملغاة، لأنها تسري زمانياً على المشروعات التي تم إنشاؤها أثناء سريان اللائحة، راجع د. / عبد الفتاح مراد، الطبعة الأولى دار العدالة للنشر والتوزيع، الإسكندرية التعليق على قانون الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م المعدل بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٢م ولانحته التنفيذية رقم (١٢٤٧) لسنة ٢٠٠٤م المعدلة بقرار رئيس الوزراء رقم (١٦٢) لسنة ٢٠٠٧م والتشريعات المكمل لها وهذا ما سيعتمده الباحث في بحثه.

خامساً: تقسيم خطة البحث والدراسة:

ولتنوع الاستثمار في مجال العقارات والأراضي والغرض من تملكها والانتفاع بها وإدارتها؛ تم تقسيم البحث إلى مبحثين ويسبقهما مقدمة ومبحث تمهيدي على النحو التالي:

- المقدمة:
- المبحث التمهيدي: ماهية حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري؟
- المبحث الأول: مدى حرية المستثمر الأجنبي في الانفراد بملكية وإدارة المشروع الاستثماري.
- المبحث الثاني: مدى تمتع المستثمر الأجنبي بحق تملك العقارات والأراضي اللازمة لإقامة المشروع الاستثماري.
- الخاتمة.
- النتائج.
- التوصيات.

المبحث التمهيدي ماهية حق الأجنبي^(١) في التملك والاستثمار العقاري

المطلب الأول مفهوم الاستثمار الأجنبي

أولاً: تعريف الاستثمار في ظل التشريعات الوضعية المشجعة للاستثمار:

لم تتضمن تشريعات الاستثمار في مختلف الدول تعريفاً دقيقاً للاستثمار وإنما لجأت بعض الدول منها مصر إلى تعريف رأس المال الأجنبي لتمييزه عن رأس المال الوطني، وذهبت تشريعات أخرى إلى تحديد الاستثمار بصورة مباشرة وغير مباشرة في

(١) الأجنبي في الفقه القانوني هو كل من لا يتمتع بالصفة الوطنية في الدولة، أي من لا يحمل جنسية الدولة وفقاً لأحكام قانون الجنسية الوطنية، وبعبارة أخرى فإنه يكفي لمعرفة الأجنبي في أي دولة أن نرجع إلى تشريعها الذي يحدد الوطني حتى يمكن تحديد الأجنبي، فصفة الأجنبي صفة سلبية تقابل صفة الوطني، فيكفي أن تحدد الصفة الأخيرة حتى يمكن تحديد الأولى.

للتفاصيل: يراجع: د. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، في الجنسية ومركز الأجنبي، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، مكتبة دار النهضة المصرية بالقاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٥٥م، ص ٢٨٤ وما بعدها؛ د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الحادية عشرة، ١٩٨٦م، ص ٦٠٢ وما بعدها؛ د. أحمد قسنت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجنبي، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٨م، ص ٣٢٣؛ د. هشام علي صادق، الجنسية والمواطن ومركز الأجنبي، المجلد الثاني، مركز الأجنبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٧٧م، ص ٥؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الجاني وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١م - ١٩٩٢م، ص ٨. د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجنبي في التملك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، هامش و متن ص ٨، ٧.

أما مفهوم الأجنبي (المستأمن) في الفقه الإسلامي، فينحصر بالمستأمن وهو الحربي الذي يدخل إقليم الدولة الإسلامية بأمان أو المعاهد الذي يمتلك أماناً جماعياً بعقد معاهدة بين دولته ودولة الإسلام، ويقوم فيها إقامة مؤقتة بمقتضى عقد الأمان، فهو ليس من أهل دار الإسلام، بل هو من أهل دار الحرب، وإنما دخل دار الإسلام بأمان مؤقت لا يزيد على عام عند جل الفقهاء، وذلك لقضاء حاجته ثم يعود إلى وطنه إن كان مستأمناً، وبذلك يخرج الذمي من مدلول كلمة أجنبي في الفقه الإسلامي، وهذا ما أكده الإمام السرخسي في مبسوطه إذ قال: «لأنه يقبل عقد الذمة يصير من أهل دارنا، كما أكد ذلك ابن الهمام بقوله لأنه بعقد الذمة صار من أهل الدار وبما قاله ابن قدامة الحنبلي: «هي لكم - أي لأهل دار الإسلام - والذمي من أهل الدار التي تجري عليه أحكامها»، وبما قاله الشيخ البهوتي الحنبلي: «وأما كون الذمي فيه كالمسلم فلعوم الخبر لأنه من أهل دار الإسلام ومن ذلك يمكننا القول: إن الذمي مرتبط بالدولة الإسلامية برابطة الجنسية وهذه الجنسية تقوم على الإيمان والأمان المؤبد أي بإسلام الشخص أو بعقد الذمة.

ظل القوانين .

ويتضح من ذلك أن المشرع المصري قد أغفل عن عمد في قانون الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م تعريف الاستثمار أو تحديده أو إدراجه ضمن رأس المال الأجنبي بل إن المشرع المصري قد سوى بين المستثمر الأجنبي والمستثمر المصري فيما يتعلق بالاستفادة من المزايا والضمانات التي قررها القانون، وإن لم يعرف المشرع المصري الاستثمار لكنه بدلاً عن ذلك ذكر مجالات الاستثمار على نحو من التفصيل حتى إنه لم يشأ المشرع التضييق من مفهوم الاستثمار لتمكين السلطة التنفيذية من الاستفادة من أحكامه أو بالزيادة في مجالاته حسبما تقتضيه ظروف البلاد السياسية والاجتماعية والاقتصادية^(١)، وبالرجوع إلى العديد من قوانين الاستثمار في الدول المضيفة وخاصة

للتفاصيل يراجع الكاساني، وهو الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء (ت: ٥٨٧هـ). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، الجزء الخامس، ص ٢٨١؛ السرخسي، وهو شمس الأئمة الإمام أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، (ت: ٤٩٠هـ) المبسوط، طبعة مطبعة السعادة بمصر، الجزء العاشر، ص ٧٨؛ ابن الهمام وهو الإمام كمال الدين المعروف بابن الهمام الحنفي (ت: ٨٦١هـ)، فتح القدير، الطبعة الأولى، ١٣١٦هـ، المطبعة الكبرى بمصر، الجزء الرابع، ص ٣٧٥؛ ابن قدامة، وهو الإمام أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد قدامة (ت: ٦٣٠هـ)، والشرح الكبير، طبعة الكتاب العربي للنشر والتوزيع ببلنجان، دار الريان للتراث، الطبعة الثالثة، ١٩٨٣م، الجزء السادس، ص ١٥٠ وما بعدها؛ البهوتي وهو الشيخ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، (ت: ١٠١٥هـ)، شرح منتهى الإرادات، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ أو تحديد للطبعة، الجزء الثاني، ص ٤٢٩؛ د. عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٦٢م، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٨م، ص ١٠ وما بعدها؛ د. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٣٦٢هـ - ١٩٤٣م، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، الناشر، مكتبة دار النهضة لمصرية، ص ٢٠٩ وما بعدها؛ د. حامد سلطان، أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، طبعة مصورة، سنة ١٩٨٦م، مطبعة الفتح التجارية، مصر، الناشر دار النهضة العربية، ص ٢١٧ وما بعدها؛ أحمد طه السنوسي، فكرة الجنسية في التشريع الإسلامي المقارن، مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، العدد ٢٨٨، السنة ٤٨، أبريل ١٩٥٧م، ص ٢٨ وما بعدها؛ أبو العلاء المودودي، أهل الذمة، دار الأنصار بالقاهرة، ١٩٨٧م، ص ٣ وما بعدها؛ د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، مركز الأجنبي بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الخاص المصري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، ١٩٧١م، مكتوبة على الآلة الكاتبة، ص ٢١ وما بعدها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٩م، ص ١٧؛ د. عصام الدين القصي، الأصول الإسلامية للقانون الدولي الخاص، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون تصدر عن كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس، مايو ١٩٩١م، ص ٤٢٨؛ د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجنبي في التملك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، هامش ص ٧، ٨.

(١) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون الاستثمار المصري رقم ٨ / ١٩٩٧م على أنه

النامية منها وجدنا منها ما يشير إلى تعريف الاستثمار ومنها ما يشير إلى تعريف المال المستثمر حيث اتفقت بدرجة أو بأخرى على اعتبار ما يلي مالا مستثمراً في قانون الاستثمار^(١).

وقد بينت المادة (٢) فقرة (١٧) من قانون الاستثمار اليمني رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م أن المقصود بمصطلح المال المستثمر- في تطبيق هذا القانون- القيمة المقدرة بالمال الأجنبي أو المحلي المستثمر بالمشروع^(٢).

أما قانون الاستثمار اليمني الجديد رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م فقد أخضع مفهوم

«يجوز لمجلس الوزراء إضافة مجالات أخرى تتطلبها حاجة البلاد». وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون شروط وحدود المجالات المشار إليها. وفي ذلك يقول أستاذنا الدكتور / أبو العلا النمري، أن المشرع المصري اعتنق مفهوماً واسعاً للاستثمار يتميز بالمرونة مخلوفاً مجلس الوزراء إضافة مجالات استثمارية حسبما تقتضيه ظروف البلاد الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، راجع أستاذنا الدكتور / أبو العلا النمري، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، نشر هذا البحث بالمؤتمر السنوي السادس بعنوان: «التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي» والذي نظم تحت إشراف كلية الحقوق جامعة المنصورة في الفترة من ٢٦ / ٢٧ مارس ٢٠٠٢م، كما نشر في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية لكلية الحقوق جامعة عين شمس العدد الثاني السنة ٤٤ يوليو ٢٠٠٢م، ص ٧٧؛ د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٣ للمتن والهامش؛ د. أحمد عبد الحميد عشوش؛ د. أحمد محمد الهواري؛ د. محمد بهنسي، القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومركز الأجانب)، القسم الثاني، مركز الأجانب، بدون دار نشر، لسنة ٢٠٠٢ / ٢٠٠٣م، ص ١١، ١٢. وقد ورد في هذا المرجع بأنه قد أحسن المشرع المصري صنعا عندما قرر المساواة بين المستثمرين بغض النظر عن جنسياتهم حتى لا يكون المستثمر الأجنبي في وضع أفضل من نظيرة المصري، وهو ما يشجع المصريين المقيمين بالخارج الذين يملكون رؤوس أموال ضخمة على الاستثمار في مصر، ذات المرجع السابق، ص ١٢.

(١) راجع نص المادة الثالثة من قانون الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار، والمادة (٢٣) من قانون الاستثمار السوري الصادر عام ١٩٩١م، والمادة (٥) من قانون الاستثمار السوداني لعام ١٩٩٠م.

(٢) وتحدد المال المستثمر في نص الفقرة ١٧/١ من المادة (٢) من قانون الاستثمار اليمني السابق رقم ٢٢/٢٠٠٢م على النحو التالي: أ - رأس المال الأجنبي: النقد الأجنبي الحر بقصد الاستثمار في إنشاء المشروعات أو التوسع فيها أو تطويرها، وكذا السندات المالية القابلة للتحويل إلى عملة حرة والمحوطة إلى الجمهورية من شخص أو أشخاص عرب أو أجانب لتوظف في المشروع. ب - الموجودات الثابتة الواردة من الخارج بقصد الاستثمار في المشروع. ج - الحقوق المعنوية العربية أو الأجنبية كالترخيص وبراءة الاختراع والعلامات التجارية المستمرة في المشروع والمسجلة في الجمهورية أو التي تحمي وفقاً لاتفاقية دولية أو ثنائية تكون الجمهورية طرفاً فيها. د - أرباح ومكاسب استثمار الأموال الأجنبية داخل الجمهورية والمحوطة إلى رأس مال عن طريق استثمارها للمشروع. هـ - التكلفة الاستثمارية للأراضي والمباني التابعة للمشروع.

الاستثمار لتعريفين فعرفه أولاً تعريفاً مباشراً في الفقرة (١١) من المادة (٣) والتي نصت على أن الاستثمار هو «توظيف رأس المال في المشروع من قبل المستثمر للحصول على فائدة أو حقوق ملكية فكرية أو فوائد مادية أو غير مادية، بما في ذلك نفقات التأسيس والحفاظ على المشروع أو صيانتها».

وعرفت الفقرة الثانية عشرة من المادة الثالثة من قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م المشروع بأنه «المشروع الاستثماري الذي يقوم بإنشائه المستثمر وفقاً لهذا القانون»^(١).

وقد عرف الاستثمار ضمن مدخلات وعناصر رأس المال في نفس نص المادة الثالثة الفقرة (٩) والتي عرفت رأس المال بأنه: رأس المال المحلي أو الأجنبي المستثمر في المشروع بما في ذلك.

أ- العملة الأجنبية والعملة المحلية، وأي شكل من أشكال الأصول النقدية (السائلة).

ب- الأصول وأي ممتلكات منقولة خاصة بالمشروع.

ج- الممتلكات غير المنقولة بما في ذلك الأراضي والمباني.

د- حقوق الملكية الفكرية أو أي حقوق معنوية أخرى مثل التراخيص وبراءة الاختراع والعلامات التجارية والحقوق الأدبية الأخرى والمسجلة داخل الجمهورية أو المسجلة خارج الجمهورية متى كانت محمية بموجب اتفاقية دولية أو ثنائية تكون الجمهورية طرفاً فيها.

هـ- أرباح المشروع المعاد استثمارها^(٢).

ثانياً: التعريفات المختارة التي يريدها الباحث لمفهوم الاستثمار الأجنبي:

سنقوم هنا بعرض وترجيح بعض التعريفات الخاصة بالاستثمار الأجنبي والتي وجدناها تشمل معظم عناصر الاستثمار الأجنبي ومجالاته وتقسيماته وأنواعه والمراد منه وبما يحققه من مصلحة المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، باعتبار أن هذه التعريفات تصلح أن تكون مرجعاً أساسياً لكل باحث قانوني أو اقتصادي يريد أن يتوسع

(١) الفقرة ١١ و١٢ من المادة (٣) من قانون الاستثمار اليمني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠م الصادر في الجريدة الرسمية العدد ١٦، ج١ الصادر بتاريخ ٢١ رمضان لسنة ١٤٣١هـ / ٣١ أغسطس ٢٠١٠م.

(٢) نص الفقرة التاسعة من المادة الثالثة من قانون الاستثمار اليمني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠م.

في تعريف مفهوم الاستثمار الأجنبي.

ونوصي التشريعات الوضعية بالاعتباس منها قدر الإمكان لشمولها وإحاطتها جُل العناصر القانونية والاقتصادية للاستثمار؛ وحيث إن الفقه لم يصل أو يتفق على تعريف جامع مانع للاستثمار فإننا نرى مع البعض أن وضع تعريف شامل وعام وجامع للاستثمار يستوجب أن يحتوي على جميع عناصر الاستثمار والمتمثلة في أموال مملوكة لأجانب وإسهام تلك الأموال في المجالات التنموية المحدودة في البلد المضيف ووفقاً للقانون وبقصد تحقيق عوائد مجزية^(١).

وفي محاولة لوضع تعريف يحتوي على كل عناصر الاستثمار ذهب البعض إلى أن الاستثمار الأجنبي وبحق هو: «إسهام غير الوطني في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية للدولة المضيفة بمال أو عمل أو خبرة، بمشروع محدد، بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقاً للقانون^(٢)».

يتبين من هذا التعريف بأنه^(٣).

- ١- يقصر صفة المستثمر على المستثمر الأجنبي دون المستثمر الوطني سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً.
- ٢- يشمل جميع الأموال بجميع صورها مهما كانت طبيعتها (مادية أو معنوية، نقدية أو عينية، حقاً فكرياً أو حقاً صناعياً).
- ٣- يفرق هذا التعريف بين الأموال المستثمرة والأموال التي تقدم من الدول والهيئات والمؤسسات الدولية كالإعانات والقروض وغيرها من الأغراض التي لا تهدف إلى الربح.
- ٤- قرر هذا التعريف حق الدولة المضيفة للاستثمار في التوجيه والرقابة على الاستثمارات الأجنبية بما يتفق مع قوانينها ويتلاءم مع خطط التنمية الاقتصادية لها وذلك بما أورده من عبارة وفقاً للقانون.

وبذلك يتسع مدلول القانون الذي يطبق على الأموال المستثمرة ليشمل التشريعات الوطنية، أو العقود أو المعاهدات التي ترتبط بها الدولة المضيفة للاستثمار والتي تنظم

(١) د. عبد العزيز سعد يحيى النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دراسة قانونية مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، لسنة ٢٠٠٢م، ص ٢١.

(٢) تعريف الدكتور/ عبد العزيز سعد يحيى النعماني، المرجع السابق، ص ٢١، ٢٢.

(٣) ماتم تفصيله في بيان تعريفه للاستثمار من قبل سيادة الدكتور. عبد العزيز سعد يحيى النعماني، المرجع السابق، ص ٢١، ٢٢.

جميع أحكام الاستثمار سواء كانت موضوعية أو إجرائية بدءاً من الحصول على ترخيص الاستثمار، ومروراً بالحماية التي تقدم للاستثمارات الأجنبية وما يتقرر لها من امتيازات وتسهيلات، وانتهاء بتنظيم وكفالة تحويل وإخراج الأموال الخاصة بالمستثمر الأجنبي^(١).

ومن التعاريف المختارة ما اقترحه البعض من تعريف الاستثمار الأجنبي بأنه: «قيام شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري، بنقل أصول مالية أياً كانت طبيعتها من دولة تدعى الدولة المصدرة لرأس المال إلى دولة أخرى تدعى الدولة المضيفة بهدف تنميتها اقتصادياً، وذلك بإقامة مشروع اقتصادي أو المشاركة برأس مال مشروع قائم بقصد تحقيق عوائد مجزية، وفقاً لقانون الدولة المضيفة^(٢). ونلاحظ من هذا التعريف أنه يكاد يتفق مع التعريف السابق باستثناء أن التعريف الأول كان مجملاً وعماماً ولم يتوسع في الألفاظ والمعاني الداخلة في تعريف الاستثمار حيث ضيق من تعريف المستثمر الأجنبي بقوله: إسهام غير الوطني، أما التعريف الثاني فقد بين وأوضح ما أجمله التعريف الأول بالتوسع في مدلولات تعريفه للاستثمار، فمثلاً عرف المستثمر الأجنبي بأنه: قيام شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري، وكذلك وفقاً لقانون الدولة المضيفة، فقد حدد الأجنبي بشكل واضح كما حدد القانون بأنه قانون البلد المضيف، وبذلك فإن التعريف الثاني أكمل التعريف الأول بصياغة تفسيريته متوسعة لمعاني مفردات التعريف الأول، وعليه فإن كلاهما اشترك في احتواء أهم عناصر الاستثمار والمتمثلة في.

١- أموال مملوكة للأجانب أياً كانت طبيعتها.

٢- مشاركة تلك الأموال في مجالات التنمية المحددة في قانون البلد المضيف.

٣- قصد المستثمر من الاستثمار تحقيق عوائد مجزية له.

٤- التزام المستثمر والدولة المضيفة بالقانون.

ومما تقدم نصل إلى أن بعض قوانين الاستثمار العربية قد تجنبت وضع تعريف محدد للاستثمار، واكتفت بأن تعرف المال المستثمر، وحسناً ما فعل المشرع في تلك الدول بعدم إيراد تعريف للاستثمار، ذلك أن وضع تعريف محدد للاستثمار ليس من مهام

(١) د. عبد العزيز سعد يحيى النعماني، المرجع ذاته، ص ٢٢، ٢٣.

(٢) د. غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦م، ص ٢٩، ولمراجعة تفاصيل التعريف ارجع لنفس الصفحة.

المشرع^(١).

وعلى هذا النحو يمكن القول إن الفقه لم يتوصل إلى تعريف محدد للاستثمار الأجنبي، وهناك من يرى أنه ليس من الحكمة في شيء حصر مفهوم الاستثمار بتعريف فقهي يتسم بالثبات والجمود، حيث لا يتلاءم ذلك مع كون مفهوم الاستثمار يتغير ويتطور حسب مستجدات العصر خصوصاً الاقتصادية^(٢).

وصفوة القول يرى الباحث بأنه لا يمنع من الاسترشاد بمفهوم الاستثمار في تعريفات الفقه القانوني كما في التعريفات السابقة وبالأخص التعريفات المختارة وذلك ليسترشد بها كل باحث يريد أن يتزود بالمعرفة والاطلاع على الاستثمار وعناصره كما يمكن لكل دولة أن تسترشد بهذه التعريفات بما يحقق مصالحها الاقتصادية والسياسية.

(١) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣١.

(٢) د. صفوت أحمد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص ٣١.

المطلب الثاني

التعريف المجمل للاستثمار العقاري

عند فقهاء الشريعة والقانون والاقتصاد والمحاسبين القانونيين

من خلال ما سبق ذكره من بيان مدلول الاستثمار والعقار وأنواعهما يمكن تقسيم هذا المطلب لعدة بنود تشمل ما يأتي:

أولاً: تعريف الاستثمار العقاري عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

يمكن تعريف الاستثمارات العقارية عند فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها «تنظيم تنمية استخدام الأراضي وما يتصل بها تنميةً بهدف الزيادة في إطار ما شرع الله سبحانه وتعالى»^(١).

ثانياً: تعريف الاستثمار العقاري عند فقهاء القانون:

ومن خلال العرض السابق لمفهوم كل من الاستثمار والعقار، يمكن لنا تعريف الاستثمار العقاري بأنه «توظيف للمال بقصد التنمية وزيادة رأس المال في كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف»^(٢).

كما عرف البعض الاستثمار الأجنبي في العقارات بأنه: «انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي وبما يكفل زيادة الإنتاج والتنمية في كل شيء ثابت لا يمكن نقله دون تلف داخل الدولة المضيفة»^(٣).

ثالثاً: تعريف الاستثمار العقاري عند الاقتصاديين:

١ - تعريف الاستثمار العقاري:

عرف البعض الاستثمار العقاري من وجهة اقتصادية وخاصة في ظل الأزمة المالية العالمية (الرهون العقارية) بأنه: «توظيف الأموال في تملك عين، سواء كانت أرضاً أو مبنى؛ بغرض رفع سعره في المستقبل، أو استغلاله بالحصول على قيمة مادية عند رهنه أو تأجيله».

(١) د. شكري صالح إبراهيم الصعيدي، تنظيم الاستثمارات العقارية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، لسنة ١٩٩٠م، ص ٧.

(٢) د. محمد سويلم، الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات، المرجع السابق، ص ٣٣.

(٣) د. محمد سويلم، المرجع ذاته، نفس الصفحة ٣٣.

وقيل أنه «عبارة عن مبنى أو ممتلكات أخرى، التي تولد الدخل عن طريق الإيجار أو إعادة البيع»^(١).

٢- شروط الاستثمار العقاري عند الاقتصاديين:

اشترط الاقتصاديون عدة شروط لنجاح الاستثمار في مجال العقارات، وهي:

- أ- بالنسبة للأراضي: يراعى أن يتم شراء الأرض في الأماكن الجديدة قبل انتشار أعمال البناء بها؛ حيث يساهم ذلك بالارتفاع الكبير لرأس المال بالإضافة إلى الحفاظ على قيمتها من الانخفاضات عند حدوث التقلبات الاقتصادية في الأسواق الأخرى^(٢).
- ب- بالنسبة للعقار: يراعى أن يتم تحديد طرق الاستفادة منه عند البناء بتحديد نوعه: سكني، أم إداري، أم تجاري؛ والموقع، وطريقة البناء؛ فكلما كان الموقع والتصميم أنسب للغرض، أصبح العقار يُغَلَّ عائدًا مناسباً، مع الاحتفاظ بالقيمة الاستثمارية للأرض وارتفاعها بمرور السنين^(٣).

رابعاً: تعريف الاستثمارات العقارية عند المحاسبين والاقتصاديين:

فقد تم تعريف الاستثمارات العقارية بأنها «ملكية أرض أو بناية أو الاثنان معاً أو جزء منهما تعود للمالك أو المستأجر بموجب عقد إيجار تمويلي يكسب الاتجار أو الارتفاع في قيمتها أو الاثنان معاً بدلاً من استخدامها في الإنتاج أو توريد البضائع والخدمات وللإغراض الإدارية، أو البيع ضمن النشاط المعتاد للمنشأة»^(٤)، يتبين من هذا التعريف

(١) د. حاتم جعفر، منظومة التمويل ودورها في تحسين السوق العقاري، طبعة ٢٠٠٣م، ص ٣؛ سامي سويلم، الاستثمار العقاري، الموسوعة الحرة، لسنة ٢٠٠٩م، ص ٩٨؛ د. محمد ندا لبد، الاستثمار العقاري... المرجع السابق، ص ٩٨

(٢) الاستثمار العقاري، لرجل الأعمال الفلبيني ريبورت كيوساكي، الموسوعة الحرة، شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، بتاريخ: ١٥ / ١٠ / ٢٠٠٩، ص ١؛ للمزيد راجع د. محمد ندا لبد، المرجع السابق، ص ٩٨، ٩٩.

(٣) الاستثمار العقاري لسامي سويلم، الموسوعة الحرة، المرجع السابق، ص ٢.

(٤) المحاسب الأول خالد طاهر الحبابي، على موقع تواصل الإنترنت

<http://www.almohasb1.com/>

تعرض د. عبد الرزاق قاسم، محامي في جمعية المحامين القانونيين السوريين لمفهوم المعيار الدولي رقم ٤٠ الخاص بالاستثمارات العقارية والذي عرف الاستثمارات العقارية بأنها «أرض أو مبنى أو جزء من مبنى أو كلاهما محتفظ بهما من قبل المالك أو المستأجر بموجب عقد إيجار تمويلي لتحصيل الإيجار وليس للاستخدام في إنتاج وتوريد السلع والخدمات أو للأغراض الإدارية أو للبيع في سياق الأعمال العادية». وعرف أيضاً العقار المشغول من مالكة «هو العقار الذي يحتفظ به المالك أو المستأجر بموجب عقد إيجار تمويلي لاستخدامه في إنتاج أو توريد السلع أو الخدمات أو

أنه خصص الاستثمار العقاري في أحد مجالاته ألا وهو مجال الإيجار التمويلي .

خامساً: التعريف الراجح للاستثمار العقاري وملكية الأجانب للعقارات:

جمعاً بين التعريفات السابقة لمفهوم الاستثمار العقاري الأجنبي يرى الباحث أن المقصود بالاستثمار العقاري هو: «الاستثمار المباشر في مجالات استصلاح الأراضي (لزراعتها) وتشيد المباني والعقارات، ومثيلاتها، وما تحتاجه، وما يتبعها، وما يتفرع منها، لغرض إنماء الاقتصاد الوطني، وبقصد تحقيق الربح للمستثمر».

أما بخصوص تعريف ملكية الأجانب للعقارات فيقصد به «بشرط اتباع القيود القانونية يحق للأجنبي التملك العقاري في البلد المضيف بقصد السكنى أو مزاولته النشاط غير الاستثماري المرخص به، بدون نية مضاربهته بقصد تحقيق الربح».

المطلب الثالث

أنواع الاستثمار العقاري

يتنوع الاستثمار العقاري عند القانونيين إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: شراء الممتلكات، سواء كانت أراض أو عقارات.

النوع الثاني: شراء أسهم في شركات الاستثمار العقاري.

النوع الثالث: الاستثمار في صناديق الاستثمار المشتركة التي تركز على قطاع العقارات^(١).

وبعد ذكر أنواع الاستثمار العقاري إجمالاً سوف نفضل تلك الأنواع بإيجاز على النحو التالي:

النوع الأول: شراء الممتلكات، هذا النوع من الاستثمار العقاري يتيح الاختيار بين

(١) صناديق الاستثمار، المجموعة المصرية للخدمات المالية، ٢٠٠٩م، ص ٢. راجع الموقع الإلكتروني على الرابط:

<http://books.esgmarkets.com>.

هذه الأنواع معلومة ومعروفة بالنسبة للاقتصاديين لكن قد يختلط على الكثير من المهتمين بالقطاع العقاري، أنواع الاستثمار العقاري في الغالبية يعتقد أنها تجارة الأراضي سواء كان بيع أراض أو شراءها والبعض يعتقد أنها التطوير بالإنشاء ولكن في الواقع هي متنوعة وليست واحدة. إن مصطلح الاستثمار العقاري مصطلح شامل وجامع لثلاثة أنواع من الاستثمارات العقارية تدخل جميعها تحت مسمى الاستثمار العقاري وهي: ١ - تجارة الأراضي والعقارات (أراض للبيع، فلل وشاليهات للبيع، شقق للبيع بالتقسيط، عقارات للبيع، قطعة أرض للبيع، شقق وأراض للإيجار). ٢ - التطوير العقاري. ٣ - الاستثمار في عقارات الدخل السنوي. إن تلك الأنواع أعلاه هي أساس عمل أي مستثمر عقاري سواء كان مؤسسياً أو فردياً ومن أهم ما يميزها عن بعضها هو درجة المخاطرة ومدة الاستثمار ونسبة العائد السنوي فالنوع الأول يمتاز بمخاطرة عالية ومدة قصيرة وعائد مرتفع ومثال على هذا النوع الاستثمار في الأراضي الخام والمضاربة في أسعارها وقد تصل أرباح هذا النوع من الاستثمار إلى أكثر من ٢٠٠٪ سنوياً في أوج نشاط السوق، أما النوع الثاني فهو يمتاز أنه متوسط المخاطرة متوسط المدة ومتوسط العائد ومثال على هذا النوع تطوير المشاريع بالتشييد وبناء المشاريع العقارية بجميع أنواع وحداتها وهذا النوع يعتبر متوسط المخاطر ومتوسط الربح والذي يصل إلى أكثر من ٣٠٪ سنوياً، أما عقارات الدخل السنوي فهو يمتاز بتدني المخاطرة ولكنه أيضاً متدني العوائد وطويل المدى مثال ذلك شراء مبنى أو عقار مؤجر يدر دخلاً سنوياً وتصل العوائد السنوية فيه إلى أكثر من ٧٪ ولكن المخاطرة فيه قد لا تذكر، إن التوجه باستثمار والاختيار بين تلك الأنواع من قبل المستثمرين يعتمد على أمرين هامين وهما سياسة المستثمر، والوضع العام الاقتصادي راجع الموقع الإلكتروني جريدة الرياض على الرابط:

<http://www.alriyadh.com/502450>.

أهم خمسة أنواع يتم فيها استغلال الملكية العقارية بطرق مختلفة بيانها كآتي^(١):

١- الملكية السكنية: وهي عبارة عن استثمار أموال في تملك المنشآت السكنية كالشقق، والمنازل، والعمارات والفيلات وحتى نصل إلى إنشاء المدن والمجمعات العمرانية.

٢- الملكية الصناعية: وهي عبارة عن استثمار أموال في تملك المنشآت الصناعية كالمصانع، والمستودعات، والمجمعات الصناعية وصولاً إلى إنشاء المدن الصناعية.

٣- الملكية السياحية والفندقية: وهي عبارة عن استثمار الأموال في تملك الفنادق والمكاتب السياحية، والحدائق والمنتزهات والشاليهات والمنتجعات السياحية إلى أن نصل إلى إنشاء المدن السياحية.

٤- ملكية الأراضي البور؛ تمهيداً لتقسيمها بغرض إقامة أحد المشروعات الاستثمارية أو استصلاح واستزراع الأراضي الصحراوية والبور أو القابلة للزراعة كأحد مجالات الاستثمار المهمة.

٥- إنشاء البنى التحتية: كبناء الكباري والسدود وتوصيل الكهرباء والمواصلات والطرق والمياه للمدن الاستثمارية والعمرانية لتهيئتها ولخلق بيئة استثمارية مناسبة.

النوع الثاني: شراء أسهم في شركات الاستثمار العقاري: وهذه الأسهم يمكن المضاربة بها في البورصات عن طريق البيع والشراء^(٢).

النوع الثالث: الاستثمار في صناديق الاستثمار العقاري^(٣) وهذه الصناديق عبارة عن كيانات تجارية تنشأ خصيصاً للاستثمار في مجال العقارات (كالبيع، والإجارة، والتسويق، والتطوير العقاري) يتم فيها جمع رؤوس الأموال من هذه الصناديق عدة أشخاص وتقسيمها على وحدات يمتلك كل شخص فيها وحدة حسب رأس ماله المدفوع. وتعمل هذه الصناديق على توفير مجموعة من الخدمات العقارية: بدءاً بتحديد مكان العقار، نهاية بإنشاء العقود لقاء أجر، وتعتبر هذه الصناديق مصدراً للدخل؛ حيث

(١) د. محمد ندى ليدة، الاستثمار العقاري ودوره في حدوث الأزمة المالية العالمية، المرجع السابق، ص ١٠٠، ١٠١.

(٢) صناديق الاستثمار، المجموعة المصرية للخدمات المالية، ص ٣، الموقع السابق.

(٣) المصدر السابق، ص ٤؛ الاستثمار العقاري، لسامي سويلم، مرجع سابق، ص ٢، د. محمد ندى ليدة، الاستثمار العقاري...، المرجع السابق، ص ١٠٠، ١٠١؛ أ/ عبد المحسن يحيى الجهيمي، حماية حقوق المستثمرين في المساهمات العقارية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط ١، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م، ٥١، وما بعدها.

يقوم المستثمر بشراء وحدة في صندوق ما، ثم تحدد له بعد ذلك طريقة حصوله على الدخل بصورة منتظمة بواقع مرة أو مرتين في العام^(١).

وبعد هذا العرض الموجز يتبين للباحث أن الاستثمار العقاري يجمع بين الاستثمار المباشر وغير المباشر، فضلاً عن أنه بعد الأزمة العقارية العالمية بدأت تتبلور أنواع جديدة للاستثمار العقاري، قد يكون لها تأثيرات جذرية على أسواق العالم في غضون سنوات قليلة، ومن هذه التحولات توجه الاستثمار العقاري إلى التداول في البورصة بحيث يتعامل المستثمر على حصص عقارية يشتريها ويبيعها في مناخ من السيولة العالية ومن دون أن يتوجه إلى السوق لإجراء عمليات الشراء الفعلي لهذه العقارات.

وينمو الآن قطاع صناديق الاستثمار العقاري المنافس في أسواق العقار بالنيابة عن المستثمرين في هذه الصناديق كنوع آخر من الاستثمار العقاري، وذلك بغرض بيع وشراء وتداول العقار ثم توزيع العوائد والأرباح.

وقبل عدة سنوات كانت حصة هذه الصناديق من السوق الأوروبية نحو مليار يورو، زادت في العام ٢٠٠٢م إلى ٤,٢ مليار يورو، وتشهد الأسواق الأوروبية بصفة عامة نمو هذا النوع من الصناديق الاستثمارية، التي تعمل بأسلوب الاستثمار العقاري المباشر بالنيابة عن المساهمين فيها وهو نموذج جديد يوفر السيولة والمرونة في التعامل والكثير من أساليب واستراتيجيات الاستثمار، كما أنها تعمل كعامل استقرار وتعميق لأسواق العقار، وتساهم في حمايتها من التقلبات المفاجئة لأنها مهياة للاستثمار على المدى البعيد.

ويجذب هذا النوع من الاستثمار الكثير من الحكومات وكبار المستثمرين العرب والأجانب، بالإضافة إلى صناديق التقاعد وشركات التأمين العالمية، وهي تتميز بنسبة جيدة من العوائد مع الاستقرار بعيداً عن تقلب أسهم البورصات العالمية في المجالات الأخرى ويمكن اعتبار هذه الصناديق نوعاً من الاستثمار غير المباشر في العقار الذي يعرض للمستثمر فيه من إدارة شؤون العقار على نحو يومي أو متابعة عمليات البيع والشراء في توقيت يضمن الأرباح ويتجنب الخسائر، ويقتصر اهتمام المستثمر في صناديق الاستثمار العقاري على الاختيار بين ما يناسبه من حجم ونوع الاستثمار الذي يرغب فيه، ويترك مهمة إدارة المحفظة العقارية للشركات النشيطة والمتخصصة في هذا المجال، وتشمل

(١) الاستثمار العقاري لربرت كيوساكي، ص٢؛ صناديق الاستثمار، المجموعة المصرية للخدمات المالية، ص٣، الموقع السابق.

الصناديق أنواع الاستثمار العقاري كافة من سكني وتجاري وصناعي، ويزداد الطلب على هذا النوع من الاستثمار في الأسواق الأمريكية والأوروبية ضمن محافظ تشمل أيضاً أسهماً أخرى وعقارات بالشراء المباشر، ويقدر حجم الاستثمار العقاري العالمي في مجال الصناديق في الشق التجاري وحدة بنحو ٦٠٠ مليار دولار. تزداد إلى ٨٠٠ مليار دولار بإضافة القطاع السكني، ويبلغ هذا المعدل ضعف ما كان عليه في عام ٢٠٠٣^(١).

(١) تقرير جريدة الشرق الأوسط يوم السبت ١١ رمضان ١٤٣١ هـ / ٢١ أغسطس ٢٠١٠م، العدد ١١٥٨٩، موقع الشرق الأوسط الإلكتروني على الرابط:
issue&583275=article&47=http://archive.aawsat.com/details.asp?section.Vbbz2LNViko.#11589=no

وهناك نوع من الاستثمار العقاري ظهر على السطح في الآونة الأخيرة يسمى بالملكية الجزئية لاقتناء العقارات الفاخرة، ويعتبر أسلوب الملكية الجزئية أحد الابتكارات لتسهيل دخول المستثمرين إلى قطاع العقارات الفاخرة، وهو أسلوب يسهل العقبات لتوزيع المخاطر على المساهمين، ولكنه أيضاً يحد من العوائد لتقسيمها أيضاً، وهو أسلوب يفتح الطريق نحو ملكية عقارية كانت ستظل حلاً من دونه ومن خلال هذا الأسلوب يجمع عدداً من المستثمرين موارد معاً من أجل شراء عقار غالي الثمن ثم يقومون بتقسيم الملكية في المنفعة من حيث العوائد الإيجارية وثمان البيع النهائي. هذا الأسلوب الجديد للملكية الجزئية نما أيضاً خلال السنوات الأخيرة إلى درجة أنه أصبح صناعة قوامها عشرات الملايين من الدولارات، خصوصاً في الولايات المتحدة وهو ينتقل الآن تدريجياً إلى أوروبا. هذا الأسلوب لا يحتم أن يعرف الشركاء بعضهم بعضاً معرفة شخصية، والفائدة الواضحة من هذا الأسلوب أن المشتري يستطيع أن يملك نصفاً، أو نسبة معينة، من عقار فاخر لم يكن يستطيع أن يملكه من دون المشاركة، كما أن المشتري يكون شريكاً في رأس المال وفي ملكية العقار، وليس مستخدماً للعقار فقط خلال فترة محددة كل عام، فهو يستفيد من نمو أسعار العقار عندما يحين وقت البيع، وتقوم عدة شركات استثمارية في الوقت الحاضر بتسويق هذا النوع من ملكية العقار بينها شركة (بوست غروب) التي تعتبر من مبتكري هذا النوع من الاستثمار العقاري ومن بين مبيعات هذه الشركة فللاً كاريبية فاخرة يبلغ ثمنها نصف مليون دولار فقط، لكنها موزعة على خمسة مستثمرين اختارتهم الشركة من بين زبائنهم لأن رغبتهم في الشراء وفي حجم رأس المال المتوافر لهم متماثلة إلى درجة كبيرة، ويدفع كل مستثمر من الخمسة خمس الثمن، وفي المقابل يمتلك أحد أخماس الفل أو نسبة ٢٠٪ مما يتيح له استخدامها استخداماً شخصياً أو تأجيرها لمدة عشرة أسابيع كل عام. ولا تربط الملكية الجزئية المساهمين فيها بموعد بيع محدد أو بقرارات استثمارية غير مناسبة لهم، فمن يريد من الشركاء بيع حصته يستطيع ذلك بسهولة عبر شركة الإدارة التي توفر مستثمرين جدد يشترون الحصة المعروضة بسعر السوق. وهذا من مزايا هذا النوع من الاستثمار والذي يوفر أعباء الشراء، مثل التسجيل والتأمين وتكاليف شركات البيع والمحامي، موقع الشرق الأوسط الإلكتروني السابق على نفس الرابط:

[#11589.Vbbz2LNViko](http://archive.aawsat.com/details.asp?section=47&article=583275&issue=no)

فضلاً عن الموقع الإلكتروني على الرابط:

<http://akarak.com/showpost.php?p=2832&postcount=1>

المطلب الرابع

أهم أشكال وصور ومجالات الاستثمار العقاري

يستثمر العديد من الأشخاص أموالهم في تجارة العقارات ويقصد بذلك شراء العقارات ثم بيعها وتحقيق أرباح من مباشرة هذا النشاط، ويأخذ ذلك النشاط صوراً مختلفة، منها شراء الأراضي وإعادة بيعها أو تقسيمها إلى قطع صغيرة تصلح للبناء ثم إعادة بيعها، أو شراء عقارات مبنية سواءً أكانت عمارات سكنية أو شققاً أو محلات أو معارض ثم إعادة بيعها، وكذلك تشييد وتعمير المدن السكنية والصناعية والسياحية، وكل هذه الصور تمثل الاستثمار في العقارات المبنية، وتعد الاستثمارات العقارية من الأنشطة المستحدثة والتي يوظف فيها حجم كبير من الأموال، وقد يكون قصد المستثمر السكنى والمأوى أو مزاوله المهنة أو تقديم الخدمات الاجتماعية والدينية أو الاستثمار بهدف تحقيق الأرباح والمكاسب، أو التأجير والانتفاع بالريع أو الوساطة أو السمسرة أو لأي أغراض أخرى تخدم الاستثمارات العقارية.

وبعد التعرض لأهم أنواع الاستثمارات العقارية عند القانونيين والاقتصاديين لا بد أن نستعرض أيضاً:

أولاً: أهم أشكال وصور الاستثمار العقاري

التي تتشكل على أرض الواقع وبصور قانونية ومعايير محاسبية واقتصادية معترف بها رسمياً عند الكافة (دول ومنظمات ومستثمرين) وأهم تلك الصور والأشكال المنطوية في الاستثمار العقاري ما يأتي:

- 1- شراء أراض وبيعها بهدف تحقيق الربح (تجارة الأراضي).
- 2- شراء الأراضي وتقسيمها وتهيتها للبناء ثم بيعها بهدف تحقيق الربح (تقسيم وتجارة الأراضي).
- 3- شراء العقارات المبنية بهدف تحقيق الربح عند بيعها (تجارة العقارات).
- 4- عمليات البناء والتشييد المعماري لحساب الغير.
- 5- عمليات تأجير العقارات والانتفاع من ريعها.
- 6- عمليات الوساطة في تجارة وتسويق العقار^(١).

(١) د. حسين حسين شحاتة، زكاة شركة المقاولات والاستثمارات العقارية، موسوعة فقه ومحاسبة الزكاة، ص ١٢، ١٥، والمنشور على الموقع الإلكتروني على الرابط:

ويقصد بالتسويق العقاري كافة الأنشطة والأعمال والمعاملات والخدمات التي تبذل في الوساطة بين البائع والمشتري لإتمام إبرام عمليات البيع أو الإجارة نظير عمولة يحصل عليها الوسيط (السمسار) من البائع أو من المشتري أو من المؤجر أو من المستأجر حسب الاتفاق والتراضي بين الأطراف أو بتحديد نسبة معينة يحددها القانون لأعمال السمسرة في مجال العقارات.

ويشمل نشاط التسويق العقاري الأعمال الآتية:

- ١- تنظيم وتنفيذ معارض التسويق العقاري.
- ٢- الدعاية والإعلان عن العقارات المعروضة للبيع أو الإيجار.
- ٣- تحفيز الأطراف المعنية على بيع وشراء وتأجير العقارات أو نحو ذلك.
- ٤- المساعدة في إبرام عقود بيع أو تأجير العقارات.
- ٥- تحصيل إيجارات العقارات لحساب الغير نظير عمولة أو أجر أو أتعاب.
- ٦- تقويم العقارات بقصد المساعدة لاتخاذ القرارات المختلفة.
- ٧- تقديم شهادات وتقارير عن العقارات إلى الجهات المختصة واستكمال إجراءات البيع والشراء لديها.

ثانياً: أهم مجالات الاستثمار العقاري:

هناك عدة مجالات استثمارية تقدم لها الدول العديد من المزايا لجذب المستثمرين الأجانب تندرج ضمن مجال الاستثمار العقاري ولعل أهمها المجالات الاستثمارية الآتية:

- ١- الاستثمار في المجال السياحي: وذلك بالعمل على تكوين شركات لسفر أو لنقل السياح براً أو بحراً أو جواً في مختلف بلدان العالم، وكذلك إنشاء الفنادق والشاليهات والمدن السياحية وتعد هذه الإنشاءات ضمن الاستثمار العقاري.
- ٢- الاستثمار في المجال الصناعي: وذلك بالعمل على إقامة المصانع المختلفة لبعض الصناعات المهمة التي يحتاجها واقع السوق فضلاً عن إنشاء المدن الصناعية وهي في ذاتها استثمار عقاري.
- ٣- الاستثمار في المجال الزراعي: وذلك بإقامة مشروعات زراعية مختلفة، بقصد استصلاح أو استزراع الأراضي الصحراوية والأراضي البور أو القابلة للزراعة، وتعد تلك المشروعات استثماراً عقارياً للأراضي.

٤- الاستثمار العقاري: وهذا النوع يعد من أهم مجالات الاستثمار؛ حيث يتم فيه استثمار الأموال عن طريق بناء المساكن، أو بيع وشراء واستبدال العقارات، وهذا النوع من الاستثمار تقوم به مؤسسات نقدية كبرى وبصورة مباشرة عن طريق تقديم قروض للأفراد بضمان العقار، أو عن طريق الدولة نفسها^(١).

(١) د. حامد الخضيرى، تقييم الاستثمارات، دار الكتب العلمية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٤؛ د. محمد ندا ليدة، الاستثمار العقاري، المرجع السابق، ص ٧٧.

المبحث الأول مدى حرية المستثمر الأجنبي في الإنفراد بملكية وإدارة المشروع الاستثماري

من الملاحظ أن لتركيبة رأس مال المشروع الاستثماري أهمية كبيرة، سواء بالنسبة لرسم سياسة المشروع الاستثماري أو إدارته وتوجيهه ومراقبة أعماله، ذلك لأن هذه المسائل تخضع بدرجة أساسية لأغلبية الأصوات للمشاركين أو المساهمين في المشروع الاستثماري، وترتبط الأصوات بقيمة الحصص أو الأسهم، فمالك الحصص أو الأسهم الأكثر يتمتع بحق الإدارة ورسم سياسة المشروع بصفة رئيسية، وبالتالي يسيطر على تسيير نشاط المشروع وتوجيهه^(١).

لذا سنتطرق لدراسة هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول مدى حرية المستثمر الأجنبي في الإنفراد بملكية وإدارة المشروع الاستثماري في التشريع المصري

يعد قانون الاستثمار المصري الجديد رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار خطوة من خطوات عديدة اتخذها المشرع المصري، في محاولة منه لجذب الاستثمارات الأجنبية واستثمارها في اقتصاد يعاني من التضخم، رغم ما تبذله الحكومة من جهود في سبيل تحقيق نمو مستدام وذلك بتشجيعها للأجانب كي يحلوا ضيوفاً على مصر باستثماراتهم، للحد من مشكلة بطالة الأيدي العاملة المصرية والنهوض بالاقتصاد المصري وبما يحقق قفزة نوعية في الاقتصاد المصري عبر تلك الاستثمارات.

(١) د. محمد أحمد علي، شروط تمتع الاستثمار الأجنبي بالتسهيلات والامتيازات والقيود المفروضة عليه، بحث منشور في مجلة اليمن الجديد، وهي مجلة شهرية ثقافية جامعة تصدر عن وزارة الإعلام والثقافة في الجمهورية اليمنية، السنة الثامنة عشرة، يونيو ١٩٨٩م، ص ٤٨. وجدير بالإشارة أن الاستثمارات الأجنبية المباشرة قد يتخذ النوع الأخير من الاستثمارات الأشكال الآتية: ١- عقود الترخيص. ٢- عقود التسويق. ٣- عقود التصنيع. ٤- مشروعات (أو عمليات) تسليم المفتاح. ٥- عقود الإدارة. ٦- عقود أو اتفاقات الوكالة. ٧- عقود المشروعات مع الإنتاج. للتفصيل في هذا الشأن يراجع: د. عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الاستثمار الدولي، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٢م، مطبعة الإشعاع الفنية، المكتب العربي الحديث بالإسكندرية، ص ٢٩ وما بعدها.

فالفلسفة التي أتى بها قانون الاستثمار المصري هو إعطاء ضمان وحماية لأموال المستثمر الأجنبي مقابل المحافظة على المصلحة العليا للدولة، للوصول إلى وضع قانوني يمكنه من خلاله تهيئة المناخ المحلي في مصر للحاق بركب التنمية العالمية^(١) وجعل مصر مناخاً استثمارياً يجذب إليه الاستثمارات من كل حذب وصوب في عالم تتحرك فيه السلع والخدمات ورأس المال عبر الدول وأصبحت سمته العولمة^(٢).

لم يعد قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م بصفة الأموال وإما إذا كانت محولة من الخارج من عدمه، ولا بصفة مالكها (المستثمر) وما إذا كان مصرياً أم أجنبياً وإنما اعتد بصفة عامة بأن تكون الأموال المتمتعة بالضمانات والإعفاءات المقررة فيه مستثمرة في المجالات التي حددها هذا القانون^(٣).

وبذلك أقر المشرع المصري مبدأ المساواة بين الأجانب والمواطنين بالتمتع بالحقوق والمزايا والضمانات والإعفاءات والالتزام بالواجبات التي يفرضها القانون وبالأخص التسوية بين الأجانب والوطنيين بشأن حق التملك العقاري وملكية المشروع الاستثماري بصفة منفردة أو بالمشاركة في ملكية المشروع وتأسيس الشركات وتملك الأرض التي يقف عليها المشروع اللازم لإنشاء مشروع استثماري طبقاً لأحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨ / ١٩٩٧م).

وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى عدة فروع:

- (١) د. بسيوني عبد الله البسيوني، تقييم فعاليات القانون بخصوص ضمانات الاستثمار، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٤٩ - ٤٥٠ السنة ٨٩، القاهرة يناير - إبريل ١٩٩٨م؛ د. عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، الطبعة الأولى الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، لسنة ٢٠١٠، ص ٣٥؛ للتفاصيل بشأن العولمة يراجع أستاذنا الدكتور. أبو العلا النمر، العولمة والنظام العالمي الجديد، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، لسنة ٢٠٠٤م. ص ٣٠؛ هانس - بيترمارتين وهارالدتشومان، فخ العولمة، ترجمة د. عدنان عباس، مراجعة وتقديم د. رمزي زكي، سلسلة كتب عالم المعرفة - الكويت، العدد «٢٣٨» في أكتوبر ١٩٩٨م. د. علي علي حبيش، العولمة والبحث العلمي، كتاب ملحق بمجلة الأهرام الاقتصادي الأسبوعي، العدد الصادر في أول ديسمبر ١٩٩٧م؛ د. محمد الرميحي، العولمة وفخاها، مقال منشور في مجلة العربي الكويتية، العدد رقم (٤٨٤) الصادر في مارس ١٩٩٩م، ص ١٨ وما بعدها.
- (٢) د. رضا عبد السلام، محددات الاستثمارات الأجنبية المباشرة في عصر العولمة، دراسة مقارنة لتجارب كل من دول شرق وجنوب آسيا وأمريكا اللاتينية مع التطبيق على مصر، منشور في مجلة جامعة المنصورة، مصر سنة ٢٠٠٢م ص ٨٢.
- (٣) د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، د. حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجنبي، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

الفرع الأول: مبدأ مساواة الأجانب بالوطنيين في التمتع بالمزايا والضمانات طبقاً لأحكام قانون الاستثمار المصري رقم (٨ / ١٩٩٧م):

أقر المشرع المصري مبدأ المساواة^(١) بين المستثمرين أياً كانوا مواطنين أم أجانب بحق الاستثمار في مصر وبالخصوص في مجالات الاستثمار المعتمدة في المادة الأولى من هذا القانون، وتحقيقاً لمبدأ المساواة نصت المادة (٣) من هذا القانون بأن «يكون تمتع الشركات والمنشآت ذات الأغراض والأنشطة المتعددة لضمانات وحوافز الاستثمار بما في ذلك من إعفاءات ضريبية مقصوراً على نشاطها الخاص بالمجالات المحددة في المادة السابقة وتلك التي يضيفها مجلس الوزراء».

وتأكيداً على ذلك أقر المشرع المصري صراحة مبدأ المساواة في ملكية العقارات والأراضي بين مواطنين أم أجانب شركات أو منشآت، أحقيتهم في ملكية الأرض والمشروع الاستثماري والتوسع فيه دون تمييز بين مستثمر وطني أم عربي أم أجنبي ولم يحدد نسبة مشاركته للمشروع وجنسية المستثمر ومكان إقامته وهذا ما أقرته المادة (١٢) من هذا القانون والتي قضت بأنه «مع عدم الإخلال بالتصرفات التي تمت قبل تاريخ العمل بهذا القانون، يكون للشركات والمنشآت الحق في تملك الأراضي والعقارات اللازمة بمباشرة نشاطها أو التوسع فيه أيا كانت جنسية الشركاء أو المساهمين أو مكان

- (١) إلى جانب أن المشرع المصري أيضاً ساوى المستثمرين الأجانب والمواطنين في المزايا والضمانات المقررة وفقاً لأحكام هذا القانون ونذكر أهمها على النحو الآتي:
- ١ - المساواة في منح التراخيص اللازمة لإقامة المشروعات الاستثمارية.
 - ٢ - المساواة في إجراء تأسيس الشركات طبقاً لأحكام هذا القانون ولإئحته التنفيذية لسنة ٢٠٠٤م.
 - ٣ - بدون تمييز اشترط على المستثمرين بالنشاط الذي يزاول فيه أحد المجالات المحددة أن يستوفي ما يتطلبه القانون رقم ٨ / ١٩٩٧م ووفقاً للإئحته التنفيذية ليحصل على التراخيص اللازمة بحسب طبيعة النشاط ومكانه، المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لسنة ٢٠٠٤م.
 - ٤ - سمح المشرع المصري أن يتضمن غرض الشركة أو المنشأة، مجالاً أو أكثر من المجالات المحددة في المادة (١) دون تمييز بين شركة أجنبية ووطنية، راجع المادة (٣) من هذا القانون وذات المادة من اللائحة التنفيذية لسنة ٢٠٠٤م.
- و ضماناً وتأكيداً على تحقيق المساواة بين المستثمرين الأجانب والوطنيين على أرض الواقع وليطمئن الجميع شركات ومستثمرين قرر القانون مبدأ المساواة في التمتع بضمانات الاستثمار وفقاً للباب الثالث من هذا القانون في المواد ٨، ٩، ١٠، ١١ وذلك بتسوية المعاملة بين الجميع للتشجيع على جلب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في مصر، يتمتع المستثمر ومشروعه بالضمانات الكافية بعدم تأميم الممتلكات أو نزع ملكيتها لإلحاق المنفعة العامة وبحكم قضائي وبالتعويض العادل وغيرها من الضمانات ويلاحظ أن القانون لم يحدد صفة المستثمر عند سرد أحكامه وبالأخص في تمتع المستثمر بالمزايا والضمانات والحوافز والإعفاءات التي قررها هذا القانون.

إقامتهم أو نسب مشاركتهم أو مساهمتهم في رأس مالها»^(١).

ويستفاد من نصوص قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م أن المشرع المصري جعل المستثمر الأجنبي على قدم المساواة مع المستثمر المصري في ما يتعلق بالاستثمار في جميع المجالات المنصوص عليها في المادة الأولى والمادة الثانية عشرة من هذا القانون ولائحته التنفيذية لسنة ٢٠٠٤م.

وكان حرياً^(٢) بالمشرع المصري أن يحتاط لما تقتضيه المصلحة العامة، ويخول رئيس مجلس الوزراء تحديد مجالات معينة لا يسمح لرأس المال الأجنبي بالاستثمار فيها دون مشاركة رأس المال المصري، وذلك لضمان سيطرة الأموال الوطنية على القطاعات الاقتصادية الهامة للدولة.

الفرع الثاني: السماح للمستثمر الأجنبي بالإفراء بملكية المشروع، أو المشاركة فيه طبقاً لأحكام قانون الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م:

من الملاحظ تمتع المشروعات الاستثمارية التي تزاوّل نشاطها في أحد المجالات المحددة في المادة الأولى من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ / ١٩٩٧م وذات المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لسنة ٢٠٠٤م بالإعفاءات والمزايا والضمانات المقررة للاستثمارات طبقاً لأحكام هذا القانون دون اشتراط أن يكون المستثمر الأجنبي ملزماً بمشاركة محلية (الوطنيين أو الدولة.. أو القطاع الخاص) في مزاولة النشاط الاستثماري المزمع إقامته في مصر.

وبمعنى آخر فقد سمح قانون الاستثمار المصري بتملك المستثمر الأجنبي المشروع الاستثماري بنسبة ١٠٠٪ وذلك بجميع المشروعات المصرح لهم بمزاولة الاستثمار فيها

(١) واستثناءً من تلك المساواة في الملكية بين الأجانب والوطنيين في ملكية الأراضي والعقارات استثنت الفقرة الأخيرة من المادة (١٢) من هذا القانون تملك الأجانب لهذه الأراضي في مناطق يقرها مجلس الوزراء ونصت على «عدا الأراضي والعقارات الواقعة في المناطق التي يصدر بتحديد قرار من مجلس الوزراء، على أن يحدد هذا القرار شروط وقواعد التصرف فيها، وهذا على خلاف قانون الاستثمار السابق رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٨٩م والذي كان يميز المستثمرين المصريين بالاستثمار في بعض المجالات دون غيرهم وفرض القانون في بعض مجالاته اشتراك الأجنبي مع المستثمر المحلي المصري في مجالات بعينها ومن ذلك تخويل المشرع المصري لرئيس مجلس الوزراء في ظل المادة (٥) من قانون الاستثمار السابق رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٨٩م تحديد مجالات بعينها لا يسمح للاستثمار فيها لرأس المال العربي أو الأجنبي دون مشاركة رأس المال المصري.

(٢) أ. د. أبو العلا النمر، تملك الأجانب، مرجع سابق، ص ١٨٥؛ د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجنبي في التملك، المرجع السابق، ص ١٩٢ وما بعدها.

وفقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية^(١).

ونتيجة لذلك يسمح للمستثمر الأجنبي أن ينفرد بملكية رأس مال المشروع الاستثماري وبأن تكون الشركة المستثمرة مملوكة بجميع حصصها وأسهمها للأجانب وعليه يعامل المستثمر الأجنبي معاملة المستثمر الوطني سواء بسواء^(٢).

ومن الملاحظ مما سبق أن المشرع المصري لم يفرض على المستثمر الأجنبي أن يساهم بنسبة معينة في المشروعات الاستثمارية بل له أن يملك مشروعات بنسبة ١٠٠٪ كما أن له الحق في المساهمة في مشروعات مشتركة بأي نسبة كانت، سواء كانت مع مواطنين أم أجانب مثله، مادام نشاطه الاستثماري خاضعاً لمجالات المادة الأولى من القانون ولائحته التنفيذية لسنة ٢٠٠٤م أو ما يضيفه مستقبلاً مجلس الوزراء من مجالات أخرى تخضع لأحكام هذا القانون ومادام المشرع المصري أقر بأحقية المستثمر الأجنبي بالانفراد بملكية وإدارة المشروع الاستثماري فإنه من باب أولى يقر له ما دون ذلك بأحقية الأجنبي المستثمر بالمشاركة في ملكية وإدارة المشروع على الإقليم المصري وبأي نسبة كانت.

لكن هناك رأياً يخالف أغلب فقهاء القانون ونحن لا نؤيده بأنه استنتج بأن قانون الاستثمار المصري لم يمنح المستثمر الأجنبي حق الانفراد بملكية المشروع الاستثماري بالكامل!^(٣)

(١) د. عبد العزيز سعد يحيى النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، المرجع السابق، ص ٤٥.

(٢) د. مصطفى ياسين الأصبحي، المرجع السابق، ص ٤٣٩ وما بعدها. ونتيجة لذلك فإن للمستثمر الأجنبي أن ينفرد بمزاولة النشاط في المشروع الاستثماري بأن يكون المالك الوحيد لجميع حصص أسهم المشروع الاستثمارية ملكية كاملة (١٠٠٪) دون أدنى مشاركة من جهة رأس المال الوطني، كما يمكن للمستثمر الأجنبي أن يشارك رأس المال المحلي بنسبة معينة في رأس مال المشروع يتفق عليها بين الطرفين الأجنبي والوطني، راجع د. عبد العزيز سعد يحيى النعماني، المرجع السابق ص ٤٦، ٤٧.

وبغض النظر عن مقدار نسبة ملكية أحد الطرفين فإنه تنشأ صورة من صور الاستثمار تعرف بالمشروع المشترك وتلك الصورة هي أكثر الأنواع قبولاً لدى المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، راجع د. عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الاستثمار الدولي، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٩١م، ص ٣٦٦. والمقصود بالمشروعات المشتركة هي التي تتكون نتيجة اتفاق بين الحكومة أو المستثمر الوطني سواء كان فرداً أو شركة، وبين المستثمر الأجنبي أو أكثر لإقامة مشروع على إقليم الدولة المضيفة، راجع د. عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات...، المرجع السابق، ص ١٤.

(٣) راجع د. بدر علي الجمرة، رسالة دكتوراه مقدمة لنيل درجة الدكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة

واستدل بالمادة الرابعة من قانون الاستثمار المصري (٨ / ١٩٩٧م) وهي في الأساس لم تحدد نسبة معينة للأجانب وإنما بينت بأنه يجب أن يذكر في عقود تأسيس الشركات وأنظمتها الأساسية (أسماء الأطراف المتعاقدة، والشكل القانوني للشركة واسمها وموضوع نشاطها ومدتها ورأسمالها ونسب مشاركة الأطراف المصرية وغير المصرية ووسائل الاكتتاب فيها وحقوق والتزامات الشركاء)^(١).

المطلب الثاني

مدى حرية المستثمر الأجنبي في الانفراد بملكية

وإدارة المشروع الاستثماري في التشريع اليمني

أما في ظل قانون الاستثمار اليمني الجديد رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م فقد كفل المشرع اليمني في هذا القانون للمستثمرين الأجانب المعاملة المتساوية مع الوطنيين وأحقته كمستثمر أياً كانت جنسيته الانفراد أو المشاركة في ملكية المشروع أو إدارته وبحرية الاستثمار في أي من المجالات الاستثمارية كأحد أهم ضمانات وحوافز الاستثمار وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٥) من هذا القانون والتي نصت على أن «تضمن الدولة

بعنوان: ضمانات الاستثمار وفقاً للقانونين المصري واليمني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٢م، ص ٣٦ وما بعدها والذي قام باستنتاج ما وصل إليه استنتاجاً في غير محله وهذا ما ذكره بالنص «ولم يرد في القانون المصري نص يمنح المستثمر الأجنبي حق الانفراد بتملك المشروع الاستثماري بالكامل؟ فالمادة (٤) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م، أن تلك المادة لم تحدد نسبة معينة للأجانب، وإنما أوجبت أن يذكر في عقود تأسيس الشركات وأنظمتها الأساسية أسماء الأطراف المتعاقدة، والشكل القانوني للشركة واسمها وموضوع نشاطها ومدتها ورأس مالها ونسبة مشاركة الأطراف المصرية وغير المصرية ووسائل الاكتتاب فيها وحقوق والتزامات الشركة بشأن ما تضمنته اللائحة التنفيذية بالمواد من (٥ - ١٢) منها ويقصد باللائحة التنفيذية الملغاة رقم (٢١٠٨) لسنة ١٩٩٧م.

ونحن من جانبنا نقول أن المادة (٤) التي استشهد بها (سيادته) هي في الأصل ملغية بالقانون رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٥م ولم يستدل بها. وثانياً لا يدل استشهد سيادته من قريب ولا من بعيد على أنه لا يجوز للأجنبي المستثمر الانفراد بملكية المشروع بل على العكس من ذلك كما أشارت إليه المادة (١٢،١) من هذا القانون اللتان لم يحددا صفة المستثمر عند البدء بتأسيس الشركات التي تعمل في أحد مجالات الاستثمار وأثناء إقامة المشروع أو إلزام الأجنبي صراحة بمشاركة الوطني في ملكية المشروع الاستثماري أو مشاركته في ملكية العقارات لغرض إقامة المشروع الاستثماري كما إن المادة (٤) تكفلت بتنظيم الاستثمار ببيان شكل الشركة ومنتسبها ومقدار حصصهم فقط ولم تنص على منع انفراد الأجنبي المستثمر من ملكية المشروع.

(١) هذه المادة مستبدلة بالقانون رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٥م، المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٢٤ (مكرر) بتاريخ ٢١/٦/٢٠٠٥م.

للمستثمرين الأجانب المعاملة المتساوية دون تمييز مع المستثمرين المحليين لكافة الحقوق والالتزامات وحرية الاستثمار في أي من القطاعات الاقتصادية، بما في ذلك الانفراد أو المشاركة في تملك المشروع الاستثماري وفقاً لأحكام هذا القانون»^(١).

نتيجة لذلك فإن الأجنبي له حق الاختيار في الاستثمار في أحد المجالات أو بعضها وله كذلك أن ينفرد بملكية المشروع وإدارته، وله فضلاً عن ذلك أن يشارك الدولة المضيفة أو أحد قطاعات الدولة الخاصة والعامة أو القطاع الخاص أو احد مواطنيها دون إلزام من الدولة المضيفة بتقييده بمشاركة محلية مادام منح الترخيص اللازم لمزاولة النشاط الاقتصادي ولم يتعد الغرض من الترخيص المخصص للاستثمار ويجب ألا يخالف الأجنبي المستثمر القوانين النافذة في البلد المضيف أو اللوائح المتبعة في تنظيم الاستثمار.

وكميزة لجلب رؤوس الأموال الأجنبية أقر المشرع اليمني كحافز للاستثمار الانفراد في ملكية المشروع بالكامل للشركات والمشروعات الأجنبية دون مساهمة محلية؛ لإقامتها مشروعاً في المناطق الحرة ويتمتع على ضوء ذلك بكامل المزايا والضمانات وهذا ما أوجبه المادة (١٨) من قانون المناطق الحرة اليمني رقم (٤ / ١٩٩٣م) والتي قضت بأنه «يجوز أن يكون المشروع ملكية أجنبية خالصة ويتمتع بكامل المزايا والضمانات التي يمنحها هذا القانون».

من الملاحظ أن قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م والقانون المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار نصا على التمتع بالإعفاءات والامتيازات المقررة للاستثمارات بموجب أحكامهما دون اشتراط أن يكون المستثمر الأجنبي ملزماً بمشاركة الوطنيين في مزاولة النشاط الاستثماري في أي من البلدين.

وصفوة القول: فقد سمح كلا القانونين (المصري واليمني) بتملك المستثمر الأجنبي ملكية المشروع وإدارته والانفراد به فضلاً عن تملك منشآته بنسبة (١٠٠٪) وذلك في جميع المشروعات الاستثمارية المصرح لهم بمزاولة الاستثمار فيها وفقاً للتشريعات

(١) للمزيد من التفاصيل بخصوص ما أقرته قوانين الاستثمار اليمنية المتعاقبة والسابقة على إصدار قانون الاستثمار اليمني الجديد رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م بشأن مدى أحقية المستثمرين الأجانب بحرية الاستثمار في جميع المجالات أم لا، أو عن مدى أحقيتهم بالانفراد بملكية المشروع الاستثماري أو المشاركة في المشروع مع شريك محلي يمني أو مع الدولة راجع في كل ذلك د. عبد العزيز سعد يحيى النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، المرجع السابق، ص ٤١ وما بعدها؛ د. مصطفى ياسين الأصبحي، المرجع السابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

الاستثمارية والقوانين المنظمة لها ذات العلاقة^(١).

المطلب الثالث

مدى حرية المستثمر الأجنبي في الانفراد بملكية

وإدارة المشروع الاستثماري في التشريعات المقارنة

ولم يقتصر حق الأجنبي المستثمر بالانفراد بملكية وإدارة المشروع الاستثماري في القانون اليمني والمصري، بل إن هذا النوع من الملكية للمشروعات الاستثمارية قد أقر به وأخذ به كثير من^(٢) التشريعات الوضعية التي سمحت للمستثمرين الأجانب بحرية الانفراد أو المشاركة في ملكية وإدارة المشروع الاستثماري.

وقد أخذ بهذا النوع من التملك القانون الأردني بشأن تشجيع استثمارات غير الأردنيين رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٧م، حيث سمح هذا القانون للمستثمر الأجنبي بتملك ما نسبته ١٠٠٪ من مشاريع خمسة قطاعات هي: الزراعة، والاتصالات، والبنوك، والتأمين، والنقل البري والجوي، والاستثمار في سوق عمان المالية^(٣). والقانون الصومالي الخاص

(١) قريب من هذا المعنى راجع د. عبد العزيز سعد يحيى النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، المرجع السابق، ص ٤٤، ٤٥؛ د. عبد الكريم أحمد الثلثيا، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠١٤م، ص ١٧٢.

(٢) ويفهم من بعض قوانين الاستثمار المقارنة أنها لا تستلزم مشاركة الوطنيين للمستثمر الأجنبي لتملك المشروعات المستثمرة، من ذلك القانون الليبي رقم (٥) لسنة ١٩٩٧م بشأن تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية الذي يقرر أن المال هو القيمة المالية الإجمالية التي تدخل إلى الجماهيرية «سواء كان مملوكاً لليبيين أو أجانب تنفيذاً لنشاط استثماري» وفي نفس السياق قانون الاستثمار السوداني رقم (٦٤) لسنة ١٩٩٠م في (الفقرة ١/ و) من المادة الخامسة والتي بينت أنه يعد أي نشاط اقتصادي استثمارياً أياً كان شكله القانوني، ولا يشترط أن يكون إنشاء المشروعات بمشاركة سودانية. للمزيد راجع د. عبد العزيز سعد يحيى النعماني، المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها.

(٣) ووفقاً لقانون الاستثمار الأردني رقم (٣٩) لسنة ١٩٩٧م أصبحت مشاريع معظم القطاعات الاستثمارية مفتوحة للتملك بالكامل من قبل المستثمر الأجنبي باستثناء قطاعات التعدين والتجارة والمقاولات التي يجب ألا تزيد نسبة ملكية غير الأردنيين فيها عن ٥٠٪. تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية لسنة ١٩٩٧م، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، كتاب الأهرام الاقتصادي، العدد رقم (١٢٥)، الصادر في أول يونيو سنة ١٩٩٨م، مطابع الأهرام التجارية بمصر، ص ٥١. للمزيد راجع د. عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها؛ أما قانون الاستثمار الأردني لسنة ٢٠١٤م فقد نصت المادة (١٠) من هذا القانون، بأنه «مع مراعاة أحكام أي تشريع آخر:

أ - يحق لأي شخص غير أردني أن يستثمر في المملكة بالتملك أو بالمشاركة أو بالمساهمة وفقاً للأسس وشروط تحدد بمقتضى نظام يصدر لهذه الغاية على أن تحدد بموجبه الأنشطة الاقتصادية والنسبة

بالاستثمار الأجنبي لعام ١٩٨٧م حيث سمح للمستثمر الأجنبي بالتمتع بنفس المعاملة التي يتمتع بها نظيره المحلي^(١).

أما بعض التشريعات الاستثمارية لم تسمح للأجنبي بالانفراد بالملكية في إدارة وملكية المشروع ولم تقر بمبدأ مساواة المستثمر الوطني مع الأجانب إلا في مجالات بعينها وبقيود وضوابط مختلفة بحسبما تصبو إليه كل دولة من مكاسب وبما يتواءم مع السياسة العامة لها وخطط التنمية الاقتصادية من هذا الاستثمار.

واستلزم بعض هذه التشريعات مشاركة المستثمر الأجنبي في ملكية وإدارة المشروع الاستثماري بنسب متفاوتة مع الدولة المضيفة أو المستثمرين المحليين، فمثلاً القانون الكويتي رقم (٨) لسنة ٢٠٠١م بشأن الاستثمار الأجنبي المباشر والتي نصت المادة الثانية من هذا القانون بأنه «مع عدم الإخلال بأحكام المادة الثالثة من هذا القانون، يحدد مجلس الوزراء الأنشطة والمشروعات الاقتصادية التي يجوز للمستثمر الأجنبي مزاولتها داخل البلاد، إما بصفة مستقلة أو بمشاركة رأس المال الوطني، وبما يتواءم مع السياسة العامة للدولة وخطط التنمية الاقتصادية المعتمدة»^(٢).

التي يحق للمستثمر غير الأردني المشاركة أو المساهمة في حدودها.
ب - مع مراعاة أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة، يعامل المستثمر غير الأردني معاملة المستثمر الأردني». منشور في الجريدة الرسمية رقم (٥٣٠٨) بتاريخ ١٦ / ١٠ / ٢٠١٤م. فضلاً عن ذلك أجاز المشرع الأردني في هذا القانون «للمستثمرين نقل ملكية المشروع الاستثماري لمستثمر آخر (من نص الفقرة ب بنداً من المادة ٩ من قانون الاستثمار الأردني لسنة ٢٠١٤م) راجع مواد هذا القانون على الموقع الإلكتروني لجريدة الدستور الأردنية يومية سياسية عربية مستقلة تصدر عن الشركة الأردنية للصحافة والنشر العدد رقم ١٧١٣٨ السنة ٤٩ - السبت ١٤ جمادى الآخرة، ١٤٣٦هـ - الموافق ٤ نيسان ٢٠١٥م، على الرابط:

<http://www.addustour.Com>.

(١) ويمكن للمستثمر الأجنبي وفقاً لقانون الاستثمار الصومالي لعام ١٩٨٧م أن يستثمر في مجالات الزراعة وتربية المواشي والصيد البحري والمواد المعدنية والصناعة والسياحة، أو أية نشاطات أخرى مساعدة أو مشجعة على الاستثمارات التي من شأنها أن تؤدي إلى زيادة إنتاجية الموارد البشرية والطبيعية وتنمية الصادرات للحصول على العملات الأجنبية، تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية لعام ١٩٩٧م، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٢) ونتيجة لذلك فإن المشرع الكويتي قد خول في القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١م بشأن الاستثمار الأجنبي المباشر مجلس الوزراء بتحديد الأنشطة والمشروعات الاقتصادية التي يجوز للمستثمر الأجنبي مزاولتها النشاط فيها بصفة مستقلة وتلك التي يشارك رأس المال الكويتي فيها. فضلاً عن ذلك فقد أصدر مجلس الوزراء الكويتي قراراً رقم (١٠٠٦ / ٢) لسنة ٢٠٠٣م بشأن تأسيس شركات كويتية تبلغ حصة الأجانب فيها ١٠٪ من رأس المال والتي نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه «يجوز بقرار من وزير التجارة والصناعة بناءً على توصية لجنة الاستثمار الترخيص في تأسيس شركات مساهمة كويتية مقلدة تبلغ حصة الأجانب فيها ١٠٪ من رأس المال، وذلك وفقاً للشروط

وكذلك نظام الاستثمار الأجنبي السعودي الصادر بالأمر الملكي رقم م / ١ بتاريخ ٥ / ١ / ١٤٢١هـ والتي نصت المادة الخامسة من هذا القانون على أنه «يجوز أن تكون الاستثمارات الأجنبية التي يرخص لها بموجب هذا النظام بإحدى الصورتين الآتيتين:

١- منشآت مملوكة لمستثمر وطني ومستثمر أجنبي.

٢- منشآت مملوكة بالكامل لمستثمر أجنبي ويتم تحديد الشكل القانوني للمنشأة طبقاً لللائحة والتعليمات.

تبين لنا من قانون الاستثمار السعودي السالف الذكر بأنه يسمح بأن تكون المنشآت «مملوكة بالكامل للمستثمر الأجنبي»^(١).

وهناك من الدول التي لا تجيز للمستثمر الأجنبي بالانفراد بملكية المشروع إلى استثناء وتقيد المستثمر الأجنبي بمشاركة وطنية لإدارة المشروع لاستثماري كمبدأ عام ومن تلك الدول دولة قطر والتي أوجبت اشتراك الأجنبي بنسبة معينة مع المستثمر المحلي لإقامة المشروع الاستثماري وحددت بدورها لمجالات يعينها نسبة معينة

والأوضاع التالية: أن يكون رأس مال الشركة كافياً لتحقيق أغراضها، وأن يكون مكتتباً فيه بالكامل من المؤسسين في شأن هذه الشركات.

أن يتبع في تأسيسها الإجراءات والقواعد والشروط المبينة في القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٦٠ المشار إليه في شأن هذه الشركات.

أن تباشر الشركة نشاطها أو المشروعات المبينة في قرار مجلس الوزراء رقم (١/ ١٠٠٦) لسنة ٢٠٠٣م المشار إليه، ومع مراعاة أن يترتب على تأسيس الشركة تحقيق أحد الأهداف التالية أو أكثر:

أ - نقل التقنية والإدارة الحديثة والخبرة العلمية والفنية والتسويقية.

ب - توسيع وتنفيذ دور القطاع الخاص الكويتي.

ج - خلق فرص عمل للعمالة الوطنية والمساهمة في تدريبها.

د - العمل على تشجيع تصدير المنتجات الوطنية.

للمزيد راجع المستشار/ أشرف أحمد هلال، دليل إجراءات الاستثمار الأجنبي بالمملكة العربية السعودية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م، ص ٦٠ وما بعدها، راجع بنود القانون في ذات المرجع السابق، أو على الموقع الإلكتروني على الرابط:

3709=LawID&1=http://www.gccllegal.org/BrowseLawOption.aspx?country

(١) مع ذلك استثنى النظام السعودي بتحويل المجلس الاقتصادي الأعلى بعض المجالات التي لا يسمح للأجانب بمزاومتها تماماً في المملكة طبقاً لما نصت عليه المادة (٣) من هذا القانون والتي نصت بأن «يختص المجلس بإصدار قائمة أنواع النشاط المستثنى من الاستثمار الأجنبي...» راجع بنود القانون على الرابط:

<https://www.boe.gov.sa/printsystem.aspx?lang=ar&systemid=50&versionid=60>

لمشاركة الأجنبي في رأس المال المستثمر وهذا ما فصلته المادة (٢) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٠م بشأن تنظيم رأس المال لغير القطريين في النشاط الاقتصادي والتي قضت بأنه:

١- مع مراعاة أحكام البند (٣) من هذه المادة، يجوز للمستثمرين غير القطريين الاستثمار في جميع قطاعات الاقتصاد الوطني بشرط أن يكون لهم شريك أو شركاء قطريون لا تقل مساهمتهم عن ٥١٪ من رأس المال، وأن تكون الشركة قد أسست على وجه صحيح وفقاً لأحكام القانون.

٢- ومع ذلك يجوز بقرار من الوزير السماح للمستثمرين غير القطريين بتجاوز نسبة مساهماتهم (٤٩٪) وحتى (١٠٠٪) من رأس مال المشروع، في مجالات الزراعة والصناعة والصحة والتعليم والسياحة وتنمية واستغلال الموارد الطبيعية أو الطاقة أو التعدين وخدمات الأعمال الاستشارية والفنية وتقنية المعلومات والخدمات الثقافية والرياضية والترفيهية وخدمات التوزيع.

ويجوز بقرار من مجلس الوزراء إضافة أي مجال آخر إلى المجالات المشار إليها في الفقرة السابقة.

٣- يحظر على الاستثمارات غير القطرية الاستثمار في المجالات الآتية:

أ- البنوك وشركات التأمين، عدا ما يستثنى منها بقرار من مجلس الوزراء.

ب- الوكالات التجارية وشراء العقارات.

٤- يجوز للمستثمرين غير القطريين تملك نسبة لا تزيد على (٢٥٪) من أسهم شركات المساهمة القطرية المطروحة للتداول في سوق الدوحة للأوراق المالية، ما لم يتضمن عقد تأسيس أي من تلك الشركات ونظامها الأساسي نسبة تجاوز النسبة المشار إليها. ويجب في هذه الحالة الأخيرة أن يصدر بالموافقة على النسبة المحددة في عقد التأسيس والنظام الأساسي قرار من مجلس الوزراء، بناءً على اقتراح الوزير^(١).

من الملاحظ أن المشرع القطري حظر الاستثمار الأجنبي في مجال التملك والاستثمار العقاري (الوكالات التجارية وشراء العقارات) وأقر كما سنرى لاحقاً حق الانتفاع والإجارة دون التملك وبشروط.

(١) راجع بنود القانون على الموقع الإلكتروني الميزان البوابة القانونية القطرية على الرابط:
<http://www.almeezan.qa/Default.aspx?language=ar>.

ولقد كان المنظم العماني أكثر تشدداً من سابقه بأن حظر على الأجانب كأصل عام مزاوله مجالات الاستثمار في سلطنة عمان والاستثناء، إلا بترخيص من وزارة التجارة والصناعة يصدر وفقاً لأحكام هذا القانون. واشترط للترخيص عدة شروط منها ضرورة مشاركة الأجنبي بنسب متفاوتة في كل مجال استثماري مع نظيره المستثمر المحلي طبقاً لما أوجبه المادتان ١، ٢ من قانون استثمار رأس المال الأجنبي المرسوم العماني رقم (١٠٢) لسنة ١٩٩٤م واللتان نصتا على: «مع عدم الإخلال بأحكام المرسوم السلطاني رقم ٥٧/٩٣ المشار إليه يحظر على غير المواطنين العمانيين سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً مزاوله أية أعمال تجارية أو صناعية أو سياحية أو المشاركة في شركة عمانية داخل السلطنة، إلا بترخيص من وزارة التجارة والصناعة يصدر وفقاً لأحكام هذا القانون (م/١)».

و «يشترط لمنح الترخيص المشار إليه بالمادة السابقة استيفاء الشروط التالية.

أ) أن تجري الأعمال بواسطة شركة عمانية لا يقل رأسمالها عن ١٥٠ ألف ريال عماني ولا تزيد حصة الأجانب فيها على ٤٩٪ من رأس المال.

ويجوز تجاوز النسبة السابقة وحتى ٦٥٪ من رأسمال الشركة بقرار من وزير التجارة والصناعة بناء على توصية لجنة استثمار المال الأجنبي.

كما يجوز تجاوز النسبة المشار إليها في البند السابق وحتى ١٠٠٪ من رأسمال الشركات في المشروعات التي تساهم في تنمية الاقتصاد الوطني بموافقة مجلس التنمية بناء على توصية وزير التجارة والصناعة شريطة ألا يقل رأسمال المشروع عن ٥٠٠ ألف ريال عماني.

ب) عند مساهمة شركة مشتركة قائمة في شركة مشتركة جديدة تحسب نسبة الأجانب على أساس مجموع مساهماتهم في كل شركة بحيث لا تقل نسبة العمانيين عن النسب الواجب تملكها للعمانيين وفقاً للفقرة السابقة (م/٢).

ويتبين لنا مما سبق عرضه أن المرسوم العماني رقم (١٠٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن استثمار رأس المال الأجنبي سمح بأن تصل ملكية الأجانب في المشروعات الاستثمارية إلى ١٠٠٪ وذلك في المشروعات التي تساهم في تنمية الاقتصاد الوطني بموافقة مجلس التنمية بناء على توصية لجنة استثمار رأس المال الأجنبي^(١) شريطة ألا يقل رأسمال المشروع عن ٥٠٠ ألف ريال عماني.

(١) تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية لسنة ١٩٩٤م، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ص ٢٠٣. راجع بنود القانون على الرابط:

أما بعض التشريعات فقد فرضت مشاركة الأجنبي مع القطاع العام للدولة المضيفة وبنسبة محددة سلفاً تحدد كيفية المشاركة مع المستثمرين الأجانب اعتباري أم طبيعي ومنها على سبيل المثال قانون الاستثمار السوري الذي حدد مشاركة القطاع العام بألا يقل عن ٢٥٪ من رأس مال المشروع المشترك^(١).

وبعض تشريعات الاستثمار تحدد بأن يكون ملكية المستثمر الأجنبي لنصف رأس مال المشروع الاستثماري ويقصد بهذا النوع من المشاركة تملك كل من الطرف الأجنبي والمحلي لنسبة ٥٠٪ من حصص رأس مال المشروع الاستثماري. ولقد كان استعمال هذا النوع من المشاركة نادراً نسبياً في السنوات الأولى لاستعمال صيغة المشروع الدولي المشترك في العلاقات الاستثمارية الدولية.

ولقد كان قانون الاستثمار المصري - الملغى - لسنة ١٩٧٤م يأخذ بهذا النمط من المشاركة في مجال واحد فقط هو مجال «نشاط المقاولات الذي تقوم به شركات المساهمة» حيث أوجب ألا تقل مشاركة رأس المال المصري فيها عن خمسين في المائة^(٢).

وكذلك أوجب قانون - أو ميثاق - الاستثمار التونسي رقم (٦٩ / ٣٥) الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٦٩م عدم زيادة ملكية رأس المال الأجنبي عن ٥٠٪ من رأس مال المشروع^(٣)، وكذلك نفس الاتجاه في اليابان^(٤).

وبعض الدول تسمح للمستثمر الأجنبي بملكية أغلبية رأس مال المشروع الاستثماري، يقصد بهذا النوع من الملكية أن المستثمر الأجنبي يملك نسبة تتجاوز ٥٠٪ من رأس مال المشروع الاستثماري، وتتراوح هذه النسبة في رأي بعض الفقه بين ٥١ إلى ٩٥٪ بحيث إذا تجاوزت ملكية الأجنبي لرأس مال المشروع النسبة الأخيرة فإن ملكيته تكون كاملة للمشروع أو يقترب من وضع الملكية الكاملة في رأي بعض آخر من الفقه^(٥).

(١) تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية لسنة ١٩٩٤م، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ص ٢٠٦. راجع بنود القانون على الرابط:

<http://www.startimes.com/f.aspx?t=6856790>

(٢) الفقرة (٨) من المادة الثالثة من قانون الاستثمار الملغى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤م.

(٣) نشر في الجريدة الرسمية العدد (٢٠) الصادر في ٢٧ يونيو سنة ١٩٦٩م.

(٤) د. فاضل حمة صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار، رسالة دكتوراه

مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٤م، هامش رقم (٣) ص ١٧٦.

(٥) فاضل حمة صالح الزهاوي، المرجع السابق، ص ١٦١.

وقد أخذ بهذا النوع من التملك القانون السوداني رقم (٦٤) لسنة ١٩٩٠م بشأن تشجيع الاستثمار^(١)، والقانون السعودي السابق رقم (م/٤) الصادر في ٢/٢/١٣٩٩هـ^(٢)، والقانون الليبي بشأن تشجيع الاستثمار الصادر سنة ١٩٥٨م، وقانون ساحل العاج ومالي وموريتانيا والنيجر والسنغال والكاميرون وتشاد وأثيوبيا والجاون وفنزويلا وتركيا^(٣).

إن قانون تشجيع الاستثمار في كوريا الجنوبية يؤكد على أن يعامل المستثمرون الأجانب بنفس المعاملة التي يلقاها المستثمرون الكوريون. كما قدمت كوريا الجنوبية مختلف التسهيلات المتعلقة بمنح الأراضي والعقارات وشدت على القضاء على العوائق الإدارية وحتى المالية من خلال تقديم القروض المختلفة من طرف البنوك الوطنية^(٤).

وتؤكد لأئحة نظام ضمان الاستثمار الخاص في بيرو على عدم التمييز بين المستثمرين فيما يتعلق بحق الملكية الخاصة أو نوع النشاط أو أوضاع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، والحق في ممارسة أي نشاط اقتصادي وحق المستثمر في استلام الأرباح والعوائد وحقه في اكتساب الأسهم والمشاركات وحقه في استخدام أفضل سعر صرف في السوق المالي^(٥).

وحرص قانون الاستثمار الموزمبيقي رقم ٩٣ / ٣ على عدم التمييز بين المستثمرين المحليين والأجانب، بل جعل نصوصه عامة تشمل الجميع ودون تمييز وأسمائها بالمعاملة المتساوية^(٦).

وأقر المشرع الباكستاني في قانون الاستثمار الأجنبي الخاص لسنة ١٩٧٦م مبدأ المعاملة المتساوية للمستثمرين^(٧).

(١) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانون الداخلي والقانون الدولي، دار الطبع بدون، دار نشر بدون، ص ٢٣٨ وما بعدها.

(٢) د. ثروت عبد الرحيم، الملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية، الناشر عمادة شئون المكتبات بجامعة الملك سعود، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٧م، ص ٥٨ وما بعدها وص ٢١٤ وما بعدها؛ د. محمد حسين إسماعيل، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مطبوعات معهد الإدارة، طبعة سنة ١٩٩٥م، ص ٨ وما بعدها.

(٣) د. عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدولة الآخذة في النمو، المرجع السابق، ص ٦١ وما بعدها.

(4) Upali (K): Investment Industrialization and TNCs in selected Asian regional (4) .36 p 1993 4 .N 14 .Development Dialogue vol

.1996 , UNCTAD World Investment Report (5)

.1993 , UNCTAD World Investment Report (6)

.1979 , UNCTAD World Investment Report (7)

وأوجب قانون الاستثمار الأجنبي المباشر رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٧م في اندونيسيا، أن يتخذ المشروع أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر في إندونيسيا في شكل شركة ذات مسؤولية محدودة، على أن يحمل المستثمر الأجنبي أسهماً في الشركة. فإن جميع الشركات الإندونيسية المسجلة تخضع لقانون الشركات الإندونيسية (القانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٧م بشأن الشركات ذات المسؤولية المحدودة). كما يقوم مجلس تنسيق الاستثمار الإقليمي بالموافقة على جميع الاستثمارات الأجنبية.

وفي ظل المرسوم الرئاسي رقم ٣٩ لسنة ٢٠١٤م قد يصل سقف تملك الأجانب لبعض الصناعات إلى ١٠٠٪، في حين أن بعض القطاعات الأخرى قد تتراوح ما بين ٢٠ - ٩٥٪^(١).

ووفقاً إلى قائمة الاستثمار لسنة ٢٠١٠م (القائمة السلبية ٢٠١٠م)، والمعدلة بالقائمة السلبية لسنة ٢٠١٤م، يتم إغلاق بعض القطاعات الإندونيسية أمام الاستثمار الأجنبي، والبعض الآخر يخضع لحدود الملكية الأجنبية أي «الفتح المشروط». وتؤكد المادة (٣) من القائمة السلبية لسنة ٢٠١٤م أن القطاعات التي لم يتم ذكرها على وجه التحديد هي دون قيد أو شرط مفتوحة للاستثمار الأجنبي.

كما تم رفع حد الملكية الأجنبية للشركة من ٨٠٪ إلى ٨٥٪، وذلك لتشجيع رأس المال الاستثماري باعتباره شكلاً من أشكال الاستثمار الأجنبي. ويضع المشرع الإندونيسي من جهة أخرى مدة زمنية قصوى لعمر المشروع هي ٣٠ سنة، وجاء القرار الجمهوري الإندونيسي رقم ٣١ / ١٩٩٥م محددًا للقوائم المرفقة به القطاعات المحظور على الأجانب الاستثمار فيها^(٢).

أما قانون استثمار وحماية رأس المال الأجنبي في اليونان ٢٦٨٧ / ١٩٥٣م جاء بمفهوم جديد وهو مفهوم منح الاستثمار التي تعطى من قبل اليونان في شكل مساعدات رأسمالية مجانية بشروط من بينها عدم تلقي مساعدات أو منح من جهات أخرى وألا يقل الحد الأدنى لمساهمة المستثمر الأجنبي في المشروع عن نسبة تتراوح بين ٢٥٪ - ٤٠٪ حسب نوع الاستثمار والمنطقة الواقع فيها وتدفع هذه المنح على أقساط وتتراوح نسب المنح من قيمة المشروع بين ١٠٪ و ٤٥٪ وتصل أحياناً في الاستثمارات الخاصة إلى نسبة

(1) ((www.transasialawyers.com/ publicfiles/ N2 - MelliDarsa - E. pdf

(2) ((http://www.financeasia.com/ News/ 387232 foreign - investment - changes - in - indonesia. asp

٥٥٪ مثل مشاريع المحافظة على البيئة والمياه والطاقة.^(١)

يمكن تفسير انتعاش التصنيع في ماليزيا بداية منتصف الثمانينات من القرن الماضي إلى التدفقات الكبيرة للاستثمارات الأجنبية المباشرة خاصة بعد إقرار قانون تشجيع الاستثمارات الصادر في عام ١٩٨٤م الذي ألغى قانون حوافز الاستثمار لسنة ١٩٦٨م، حيث قدم هذا القانون العديد من الحوافز التنافسية المتنوعة، حيث أن الدافع الرئيسي للنمو في قطاع التصنيع هو الاستثمار الأجنبي المباشر.

قامت دولة ماليزيا بتحرير كل من البيئة الاقتصادية وبيئة الأعمال التي تعمل من خلالها الشركات الأجنبية، فقد تم تحرير التعليمات والقيود الخاصة بحقوق الملكية في الشركات، كما تم السماح في إطار قانون تشجيع الاستثمارات للأجانب بالاستحواذ على نسبة ١٠٠٪ من حقوق الملكية في شركاتهم وذلك عند قيامهم بتصدير ٨٠٪ أو أكثر من منتجات تلك الشركات. حيث سمح قانون تشجيع الاستثمارات للشركات التي تصدر ما بين ٥١٪ - ٧٩٪ من منتجاتها بنسبة مناظرة من ٥١٪ - ٧٩٪ مساهمة من الملكية الأجنبية. أما بالنسبة للشركات التي تستطيع تصدير ما بين ٢٠٪ - ٥٠٪ من منتجاتها فإن الشركاء الأجانب يسمح لهم القانون بتملك حتى ٥١٪ من ملكية تلك الشركة، أما الشركات التي تستقطع فقط ٢٠٪ فقط من منتجاتها فإن الملكية الأجنبية يسمح لها بحد أقصى ٣٠٪ من حقوق الملكية لتلك الشركات.

صفوة القول: فإن الغالب في الآونة الأخيرة أن تحرص الدول على تشجيع قدوم رؤوس الأموال الأجنبية إليها، فأطلقت حرية الاستثمار في ملكية وإدارة المشروع الاستثماري فلم تحدد تلك النسبة مثل القانون المصري رقم (٨ / ١٩٩٧) وقانون الاستثمار اليمني الجديد رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م^(٢) كما سلف أن بيناه.

(1) ((Wenhua (S): The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study. Bloomsbury Publishing, 2012 , p. 183

ويؤكد المرسوم التشريعي اليوناني رقم ٢٦٨٧ لسنة ١٩٥٣ على أنه حتى في حالة وجود فرق في المعاملة بين مشروع قديم وأخر جديد فإن الشروط الأفضل تنطبق عليهما معاً بالتساوي..
(٢) راجع نص المادة الأولى من قانون وضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م؛ راجع أيضاً نص المادة رقم (٤) من قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م وبعد مراجعة النصين تبين لنا بما لا يدعو مجالاً للشك أن المشرعين المصري واليمني أقر للمستثمر أياً كان أجنبياً أم محلياً مطلق الحرية بالانفراد بإدارة وملكية المشروع أو المشاركة في ملكية وإدارة المشروع الاستثماري.

أما أحقية المستثمرين في ملكية وإدارة المشروع الاستثماري في ظل الاتفاقيات الدولية فقد أقرت الاتفاقية الموحدة للاستثمار لرؤوس الأموال العربية من قبل الدول العربية في مادتها الخامسة والتي حددت نسبة المشاركة بقولها: «يتمتع المستثمر العربي بحرية القيام في إقليم أي دولة طرف في المجالات غير الممنوعة على مواطني تلك الدولة وغير المقصورة عليهم، وذلك في حدود نسب المشاركة في الملكية المقررة في قانون الدولة» ويقصد بذلك قانون الدولة المضيف للاستثمار^(١).

أما اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي والموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ أول محرم ١٤١١هـ الموافق ٢٣ / ٧ / ١٩٩٠م والتي سمحت للمستثمرين لدول المغرب العربي بالاستثمار في كافة المجالات الاستثمارية غير الممنوعة على مواطني البلد المضيف وفي حدود نسب المشاركة الدنيا والقصوى في أنظمة البلد المضيف للاستثمار وهذا ما أقرته المادة الأولى من هذه الاتفاقية والتي نصت على أن «يشجع كل بلد من بلدان اتحاد المغرب العربي وفي إطار أحكامه انتقال رؤوس الأموال المملوكة لمواطنيه إلى الدول الأخرى للاتحاد، وانتقال رؤوس الأموال المملوكة لمواطني الدول الأخرى للاتحاد إليه، ويشجع استثمارها فيه بحرية، في كافة المجالات غير الممنوعة على مواطني البلد المضيف وغير المقصورة عليهم، وفي حدود نسبة المشاركة الدنيا والقصوى المقررة في أنظمة البلد المضيف، كما تتعهد بتأمين المستثمر من الحصول على التسهيلات والضمانات المقررة بموجب هذه الاتفاقية، وتقديم للاستثمار معاملة عادلة ومنصفة.

فضلاً عن ذلك قضت المادة (٨) من الاتفاقية سالفه الذكر بأن «يكون للمستثمر في حالة اشتراط أنظمة البلد المضيف وجود شركاء محليين في مجالات معينة، الحق في اختيار هؤلاء الشركاء بحرية وبدون تدخل من الطرف المتعاقد للبلد المضيف للاستثمار^(٢).

(١) راجع هذه الاتفاقية التي أبرمت عام ١٩٧٠م برقم ٤٦٥ بتاريخ ٩٢ / أغسطس ١٩٧٠م، والتي وافق مجلس الوحدة الاقتصادية العربية عليها وصدقت عليها بلدان المجلس وعلى نصوص هذه الاتفاقية المنشورة في مجموعة معاهدات عام ١٩٧٣م من وزارة الخارجية المصرية، إدارة الشؤون القانونية.

(٢) وأقرت أيضاً المادة (٥) من الاتفاقية المشجعة للاستثمار بين دول الاتحاد المغربي بأنه «يحق للمستثمر أن يتصرف بحرية في الاستثمار بجميع أوجه التصرف القانونية التي تسمح بها طبيعته من ذلك نقل ملكيته كلياً أو جزئياً لمواطني دول اتحاد المغرب العربي وفي زيادته أو إنقاصه أو تصفيته أو ترتيب حقوق الغير عليه.

وغالباً ما يكون الدافع لإجازة تملك المستثمرين الأجانب لأغلبية رأس مال الشركة أو منحه حقاً بالانفراد بملكية المشروع الاستثماري، هوندره رأس المال المحلي والخبرات الفنية والمهارات الإدارية المحلية اللازمة لإنشاء وتشغيل المشروعات التي تحتاجه البلاد للتنمية الاقتصادية لا سيما في المجالات الفنية المعقدة، التي تحتاج إلى استثمار أموال كبيرة وخبرة فنية وإدارية متقدمة^(١).

ويرى البعض^(٢) أن الدولة تحقق باتباعها لهذه السياسة فوائد متعددة، فبالإضافة إلى توفير رأس المال المحلي لاستثماره بمجالات اقتصادية أخرى، سيتدفق على الدولة المضيفة رأس المال الأجنبي بنسبة أكبر مما لو فرضت قيود مشددة على ملكية الأجانب، ويؤدي ذلك إلى المساعدة على تنفيذ برامج الدولة الإنمائية وتدعيم ميزان مدفوعاتها.

وكما أن عدم تقيد الأجانب بنسبة له مميزات عدة بالمقابل ومما لا شك فيه فإن انفراد الأجانب بملكية المشروعات الاستثمارية يترتب عليه عدة مخاطر وسلبات أهمها^(٣):

١- يؤدي إلى سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على ثروات ومقدرات الدولة المضيفة.
٢- يؤدي إلى حرمان الدولة المضيفة للاستثمار في ممارسة الرقابة الفعلية على هذا النوع من الاستثمارات.

٣- يؤدي كذلك إلى إخفاء البيانات والمعلومات الصحيحة عن الشركة المستثمرة مالكة المشروع كإخفاء الدفاتر والسجلات الخاصة بها وتعميمها على الدولة المضيفة بما يؤدي إلى التهرب من دفع الضرائب واجبة الدفع، وصرف المشروع عن أهدافه الاقتصادية والتنموية.

٤- وكذلك فإن هذا النوع من الاستثمارات يؤدي إلى زيادة الالتزامات المالية الخارجية الناشئة عن تحويلات الأرباح والفوائد ومصاريف استخدام التكنولوجيا واستعادة رأس المال، إذ كلما زاد نصيب مساهمة الشريك الأجنبي في رأس مال المشروع الاستثماري كان مقدار تلك الالتزامات كبيراً^(٤).

(١) د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجنبي في التملك، المرجع السابق، ص ٤٣٣.

(٢) د. فاضل حمه صالح الزهراوي، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، لسنة ١٩٨٤م، ص ١٦٣، ١٦٨.

(٣) لمزيد من التفاصيل راجع د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجنبي في التملك، المرجع السابق، ص ٤٤٢ وما بعدها.

(٤) د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجنبي في التملك، المرجع السابق، ص ٤٤٢.

هذا من ناحية، أما الإيجابيات من ناحية أخرى، فإنه يؤدي إلى زيادة فرص انتشار الموارد التكنولوجية الجديدة، مع التقليل من نزوح العملة الأجنبية من خلال تحويلات الأرباح والعوائد الأخرى للاستثمار الأجنبي، وكذلك فإن هذه الصيغة تجنب الدولة المضيفة للاستثمار مخاطر الضغوط الاقتصادية والسياسية من قبل الشركات الأجنبية المتعددة الجنسيات. أضف إلى ذلك فإن هذه الصيغة تمكن الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي من تحقيق قدر كبير من السيطرة والرقابة الفعلية على هذا النوع من الاستثمار^(١)..

لذا يرى البعض^(٢) أن أنسب الصيغ التي تحقق تلك الصفات والخصائص التي تخدم الاقتصاد الوطني للدولة المضيفة هي صيغة المشروع الاستثماري المشترك الذي تساهم الدولة فيه بنسبة لا تقل عن ٥١٪ من رأسمال المشروع (أو شركة) لأن هذه الصيغة تتسم بالعديد من الإيجابيات، حيث أنها تمكن البلد الآخذ بالنمو من الحصول على التكنولوجيا والخبرات الإدارية التي تمتلكها الشركات الأجنبية، دون التخلي عن حق الرقابة والسيطرة على الاستثمار الأجنبي.

صفوة القول يرى الباحث من خلال ما سبق توافق المشرعين في اليمن ومصر بمنح المستثمر الأجنبي حرية الانفراد بملكية المشروع أو المشاركة في ملكية المشروع وإدارته؛ فأجاز القانون اليمني ذلك في نص المادة (٥) من قانون الاستثمار (١٥ / ٢٠١٠م) والتي سمحت للمستثمر الأجنبي الانفراد بمزاولة النشاط في المشروع الاستثماري ويصبح هو المالك لجميع حصص أو أسهم المشروع الاستثماري ملكية كاملة دون شريك من رأس المال الوطني بينما أحجم المشرع المصري فلم يرد فيه نص صريح يجيز انفراد المستثمر الأجنبي بتملك المشروع كاملاً وهذا ما تميز به المشرع اليمني عن المشرع المصري بوضع نص صريح بجواز أحقية الأجنبي بالانفراد في ملكية المشروع أو المشاركة فيه بأي نسبة

(١) د. محمد أحمد علي، إطار استثمار رأس المال الأجنبي الخاص (المشروع المشترك)، مقال منشور في مجلة دراسات يمنية، يصدرها مركز الدراسات والبحوث اليمني بصنعاء، العدد (٣٥)، يناير/ مارس ١٩٨٩م، ص ١٨٩.

(٢) د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجنبي في التملك، المرجع السابق، ص ٤٤٢. واقترح سيادته أن يحدد في قانون الاستثمار وبالأخص في الدول الآخذة بالنمو بأن يكون من الواجب على المستثمر الأجنبي الراغب إقامة مشروع الاستثماري بأن تشترط عليه الدولة المضيفة أن يدخل معه شريكاً محلياً في رأس مال المشروع بنسبة لا تقل عن ٥٠٪ من رأسمال المشروع أو بأن تشترط الدولة على هذا المستثمر إدخال شريك له مستثمر محلي في المشروع بعد مرور ٥ سنوات من تشغيل المشروع أو بدء الإنتاج حسب الأحوال، وهو مقترح من د. مصطفى ياسين الأصبحي في مرجعه السابق، ص ٤٤١؛ أثناء انتقاده لقانون الاستثمار اليمني السابق لكن الباحث قام بتعميمها على الدول الآخذة بالنمو استصحاباً للواقع الواحد لجميع الدول النامية.

كانت خلاف المشرع المصري الذي لم يشرع بالنص لكنه مع ذلك أقر هذا المبدأ بصورة ضمنية في مادتيه (١، ١٢) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري (٨ / ١٩٩٧ م) كما سبق وأن بيناه.

وغير خاف على أحد، «أن تشجيع قدوم رؤوس الأموال الأجنبية يمكن أن يؤدي دوراً محموداً بالنسبة للدول المستقبلية لهذه الأموال فيما لو تم ذلك في المجالات التي تخدم التنمية في هذه الدول، وفي إطار لا يؤدي إلى السيطرة الأجنبية على الاقتصاد الوطني من ناحية، ولا ينتقص في الوقت نفسه من القدرة الذاتية للدخار القومي على المساهمة في التنمية الاقتصادية من ناحية أخرى»^(١).

(١) د. هشام علي صادق، مركز الأبحاث، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

المبحث الثاني مدى تمتع المستثمر الأجنبي بحق تملك العقارات والأراضي اللازمة لإقامة المشروع الاستثماري

ولتوفير المناخ الخصب للاستثمار في البلد المضيف لا بد أن تتضمن تشريعاتها الاستثمارية على ضمان حق المستثمر في تملك ما يلزم لإقامة مشروعه الاستثماري، والذي من أجله أقدم الأجنبي برأس ماله ليستثمر في تلك البلد ليعامل أسوةً بالمستثمرين المحليين، ويدخل في ذلك حق التملك أو الانتفاع بالأراضي والعقارات اللازمة لإنشاء المشروعات الاستثمارية أو التوسع فيها، ومن ثم فلا يجوز للجهة الإدارية إلغاء أو إيقاف تراخيص الانتفاع بتلك العقارات والمباني والأراضي الممنوحة من الدولة المضيفة، دون مسوغ قانوني^(١).

يعترف القانون الدولي العام لكل دولة ذات سيادة بالحرية الكاملة في تنظيم ملكية وحياسة الأموال بصفة عامة داخل إقليمها، سواء أكان المال المستثمر وطنياً أم أجنبياً ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، ومع ذلك فإنه يجب على الدول النامية الساعية نحو التنمية والتقدم الصناعي وهي تخطط لمستقبل واعد لبلدها عليها أن توجه سياساتها الوطنية تجاه التوسع في ملكية وحياسة واستثمار الأجانب في قطاعاتها الاقتصادية المختلفة ومنها مجالات الاستثمار العقاري.

وقد تضمنت تشريعات الاستثمار الحديثة في غالبية الدول المتقدمة منها والنامية، بالاهتمام بشأن تنظيم مسألة تملك المستثمرين الأجانب للمشروع والأرض معاً بكافة أنواعها وصورها.

وبعد هذا العرض سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

(١) قريب من هذا المعنى د. بدر علي الجمرة، ضمانات الاستثمار وفقاً للقانونين المصري واليميني، المرجع السابق، ص ١١٨، ١١٩.

المطلب الأول

مدى حق الأجنبي في تملك العقارات والأراضي اللازمة لإنشاء وإقامة المشروع الاستثماري في التشريع المصري

الأصل في التشريع المصري هو حظر تملك غير المصريين للعقارات والأراضي (الزراعية والصحراوية والحدودية..) داخل جمهورية مصر العربية باستثناء جواز تملك الأجانب للعقارات والأراضي لغرض إقامة المشروعات الاستثمارية؛ ويسمح بقيود مخففة تملك الأجنبي غير المستثمر بتملك العقارات المبنية والأراضي الفضاء مع التقيد بتملك عقارين على الأكثر بغرض السكنى له ولأسرته أو لمزاولة النشاط (العمل) المرخص به وفقاً لقانون تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٩٦م^(١).

أما مدى حق الأجنبي المستثمر في تملك العقارات والأراضي بغرض إقامة المشروع الاستثماري وفقاً لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م ولأئحته التنفيذية لسنة ٢٠٠٤م، فقد سمح المشرع المصري في هذا القانون بحق تملك الشركات والمنشآت (المستثمرة) للأراضي والعقارات اللازمة لإقامة وإنشاء المشروعات الاستثمارية عليها، وهذا ما صرحت به المادة (١٢) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م التي نصت على أن «يكون للشركات والمنشآت الحق في تملك العقارات والأراضي اللازمة لمباشرة نشاطها والتوسع فيها أي كانت جنسية مالك الشركات أو محال إقامتهم أو نسب مشاركتهم»، وهذا النص كرر حكماً كان وارداً بالقانون رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٨٩م والذي كان يقضي بحق المشروعات التي تقام وفقاً لأحكامه بتملك الأراضي والعقارات اللازمة لنشاطها أي كانت جنسية مالكيها أو محال إقامتهم وذلك بشرط الحصول على موافقة مجلس إدارة الهيئة العامة للاستثمار.

إلا أن القانون الجديد رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م كان أكثر سخاءً في منح هذه الميزة وهذا الضمان فأجاز منحها دون اشتراط الموافقة الأولية من قبل الهيئة العامة للاستثمار

(١) راجع في تفاصيل ذلك المبحث الأول من الفصل الأول ضمن الباب الأول الخاص بتملك الأجانب للعقارات المبنية والأراضي الفضاء في مصر القانون رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٩٦م، وراجع الفصل الأول من الباب الثاني بشأن حظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها وبالأخص منها قانون رقم (١٥) لسنة ١٩٦٣م بشأن حظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها؛ وقانون تملك الأراضي الصحراوية رقم (١٤٣) لسنة ١٩٨١م.

وأيضاً دون مقابل إذا قامت الشركات والمنشآت بإنشاء المشروع الاستثماري في مناطق معينة، رغبة من المشرع المصري في توطين الصناعة والمشروعات الجديدة خارج الوادي، رعاية للمناطق الأقل حظاً في العمران، وقد جاء هذا الضمان بعد سلسلة القوانين المتعاقبة التي كانت تحظر تملك الأراضي والعقارات على الأجانب^(١).

وحالياً سوف نستعرض بالتفصيل لأحكام نص المادة (١٢) الحاكمة والمنظمة لملكية الأجانب للعقارات والأراضي لغرض إقامة المشروعات الاستثمارية وشرحها وتفنيدها بحسبما تبين للباحث، من نص المادة السالف ذكرها من القانون رقم ٨ / ١٩٩٧م والتي قضت «مع عدم الإخلال بالتصرفات التي تمت قبل العمل بهذا القانون، يكون للشركات والمنشآت الحق في تملك الأراضي والعقارات اللازمة لمباشرة نشاطها أو التوسع فيه أي كانت جنسية الشركاء أو المساهمين أو محال إقامتهم أو مشاركتهم أو مساهمتهم في رأسمالها، وذلك عدا الأراضي والعقارات الواقعة في المناطق التي يصدر بتحديددها قرار من مجلس الوزراء، على أن يحدد هذا القرار شروط وقواعد التصرف فيها. وبهذه المثابة يكون القانون المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م قد أقر بمبدأ مساواة الأجانب بالوطنيين على صعيد التمتع بهذا الحق الخاص الذي عادة ما يتمتع به الوطنيون وحدهم^(٢)، وهذه القاعدة المتبعة في قانون الاستثمار.

ومن الملاحظ أن المشرع المصري استثنى من المساواة بين الأجانب والوطنيين في تملك العقارات والأراضي فيما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة (١٢) السالفة الذكر من القانون رقم ٨ / ١٩٩٧م والتي نصت بأنه «يكون للشركات والمنشآت الحق في تملك الأراضي والعقارات اللازمة... أي كانت جنسية الشركاء... (وذلك عدا الأراضي والعقارات الواقعة في المناطق التي يصدر بتحديددها قرار من مجلس الوزراء على أن يحدد هذا القرار شروط وقواعد التصرف فيها)^(٣).

(١) للتفاصيل راجع بحثنا هذا في المبحث الأول من الفصل الأول ضمن الباب الأول عند عرض تنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء في القانون رقم ٢٣٠ / ١٩٩٦م.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، مرجع سابق، ص ٤٨٥.

(٣) المادة (١٢) من قانون الاستثمار المصري (٨ / ١٩٩٧) معدلة بالقانون رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٥م المنشور في الجريدة الرسمية العدد (٢٤ مكرر) في ٢١ / ٦ / ٢٠٠٥م وقد تم تعديل نص المادة (١٢) بموجب نص المادة الأولى من هذا القانون السالف الذكر والتي أضافت المساهمين في المشروع أو الشركات أيضاً كانت جنسيتهم وذلك عدا الأراضي والعقارات الواقعة في المناطق التي يصدر بتحديددها قرار من مجلس الوزراء على أن يحدد هذا القرار شروط وقواعد التصرف فيها. وفعلا صدر هذا القرار من مجلس الوزراء برقم (٣٥٠) لسنة ٢٠٠٧م بشأن تنظيم حق الشركات والمنشآت في

ويكشف نص المادة (١٢) من القانون ٨ / ١٩٩٧م أن المشرع المصري أعطى الشركات الخاضعة لقانون الاستثمار الحق في تملك العقارات والأراضي اللازمة لمباشرة أنشطتها الاقتصادية أو التوسع فيها، سواء أكانت هذه الشركات أجنبية ١٠٪ أم شركات مشتركة وأياً كانت جنسية الشركاء أو محال إقامتهم، مادامت تلك الشركات أقيمت وفقاً لهذا القانون^(١).

كذلك لم يشترط المشرع المصري في ظل قانون الاستثمار المصري رقم (٨ / ١٩٩٧م) تمتع الشركة بالجنسية المصرية أو خضوع نظامها للأحكام العامة في القانوني المصري.

ولاحظ البعض أن المشرع لم يسمح للأجانب أنفسهم كأشخاص طبيعيين بتملك العقارات المبنية وإنما قصر هذا الحق على الشركات والمنشآت كأشخاص اعتبارية^(٢).

لكن الباحث يرى غير ذلك كون قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ / ١٩٩٧م لم يقصر تمتع المشروعات بالمزايا والضمانات والإعفاءات للشركات الإستثمارية فقط بل أقر تلك المزايا والإعفاءات للمنشآت الفردية (للأشخاص الطبيعية) التي تعمل في ظل مجالات الاستثمار المعتمدة في المادة الأولى من هذا القانون، وهذا ما صرحت به المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لسنة ٢٠١٤م والتي أوجبت صراحةً أحقية المنشآت الفردية والأشخاص الطبيعيين من التمتع بتلك المزايا والضمانات المقررة في ظل هذا القانون^(٣) استثناءً من القاعدة المنصوص عليها في المادة (١) من قانون الاستثمار المصري رقم (٨ / ١٩٩٧م).

تملك الأراضي والعقارات اللازمة لمباشرة نشاطها أو التوسع فيه في بعض مناطق الإقليم المصري. (١) بموجب حكم المادة (٢،١) من هذا القانون أقرت تمتع الشركات والمنشآت اياً كان شكلها القانوني بجميع المزايا والضمانات والإعفاءات ولا يتطلب لإنشائها القواعد العامة والمشروطة في قانون الشركات المصري لتأسيسها.

(٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش، د. أحمد محمد الهواري؛ د. محمد بهنسي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ج٢، مركز الأبحاث ص ٤٧، ٤٦.

(٣) نصت المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار لسنة ٢٠٠٤م على «كل شخص طبيعي يزاول نشاطاً في أي من المجالات المحددة في المادة (١) من هذه اللائحة ويرغب في التمتع بأحكام هذا القانون أن يخطر الهيئة ببيان كاف عن هذا النشاط موضعاً به مقره ورأس المال المخصص له وغير ذلك من البيانات اللازمة لتقيد النشاط في السجل التجاري، وكذا عن أي تعديل في هذه البيانات، وعليه أن يقدم إلى الهيئة صورة التقيد بالسجل. ويجب إفراد حسابات مستقلة ومركز مالي خاص للنشاط المشار إليه».

ويقصد بالتملك طبقاً لحكم المادة (١٢) من هذا القانون الملكية التامة، التي تعطي صاحبها الحق في التصرف فيها بكل أنواع التصرفات، سواء كان التصرف بعوض أو بدون عوض، كما تعطيه حق استعمال ما يملك أو استغلاله، لأن من يملك التصرف في الشيء (ملكية الرقبة) يملك استعماله واستغلاله من باب أولى.

فمن حق المستثمر وفقاً لهذا النص أن يشتري الأراضي أو العقارات التي يرغب في ممارسة نشاطه عليها، سواء كان الشراء من الدولة وفقاً لقوانين بيع عقارات وأراضي الدولة عن طريق المزاد العلني أو عن طريق العقد أو غيره، أو تخصيصها بأي صورة كانت بمنحه حق الانتفاع أو الإجارة أو أن تهبه الدولة أرضاً بالمجان.

وهناك رأي فقهي يرى أن الدولة لا تملك المستثمر (الشركة أو المنشأة) العقارات والأراضي بل تعطيه حق الانتفاع بالعقارات على الأكثر وتبقى ملكية الرقبة للدولة مدة الانتفاع، ثم تعود عند انتهاء المشروع كملكية تامة غير ناقصة للدولة مرة أخرى^(١).

وتبين للباحث بأن نص المادة (١٢) والمعدلة بالقانون رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٥م قد استحدثت عدة أحكام جديدة منها:

١- أن هذا التملك هو مقرر خصيصاً للمستثمرين بأي صفة كانوا عليها أشخاصاً طبيعية مصرية أو أجنبية، شركات أو منشآت، وأياً كانت جنسياتهم أو نسب مشاركتهم.... إلخ. مادامت تعمل في مجالات الاستثمار المحددة في المادة الأولى أو ما يضيفه مستقبلاً مجلس الوزراء من مجالات تخدم الاقتصاد الوطني.

٢- توسع المشرع المصري في تملك الشركات المستثمرة وفقاً لأحكام هذا القانون فبدلاً من اقتصرها على تملك العقارات المبنية والأراضي الفضاء قبل التعديل إلى التوسع في أحقية تملك الشركات والمنشآت للعقارات والأراضي اللازمة لمباشرة

(١) قريب من هذا المعنى د. أحمد عبد الحميد عشوش، د. أحمد محمد الهواري، د. محمد بهنسي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ج٢، ص٤٧، ٤٨. لكن الباحث يرى أنه يوجد تفرقة بخصوص تملك المستثمر عن طريق الشراء من الدولة فيعد هذا تملكاً تاماً للمستثمر وفقاً لنص المادة (١٢)، أما إذا تم تخصيص الأراضي من قبل الدولة ليطم من ثم توزيعها على المستثمرين بمقابل أو بدون مقابل في مجالات وأماكن بعينها فهذا التخصيص من قبل الدولة للمستثمر يعد حق انتفاع وهو في الغالب؛ ليس حق ملكية وتبقى ملكية الرقبة للدولة ويحق للمستثمر استعماله واستغلاله مدة المشروع الاستثماري ثم تعود الأرض للدولة وقد يعود للدولة كذلك المشروع إن تم الاتفاق بين الدولة والمستثمر على ذلك مسبقاً في بنود العقد؛ وحق الانتفاع بتخصص الأراضي لإقامة المشروع الاستثماري نظمت أحكامه المادتان (٥، ٢٨) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م.

نشاطها.... بعد التعديل... إلخ، وعلى ضوء ذلك التغيير تم تبديل بعض أحكام القانون لصالح المستثمر وذلك بالتوسع في تملك الأراضي والعقارات على الإقليم المصري.

إذ أصبح من المفترض بموجب هذا التعديل الجديد، من حق الأجنبي تملك كافة أنواع الأراضي ومنها الزراعية وما في حكمها في شكل شركات ومنشآت أياً كانت جنسية الشركاء أو نسب مشاركتهم في رأس المال إذا كان ذلك التملك لازماً لممارسة نشاط الشركة أو لغرض التوسع في المشروع الاستثماري^(١).

من الملاحظ من نص المادة (١٢) من القانون السالف الذكر ومن الوهلة الأولى أنه قد أطلق للأجانب حرية تملك الأراضي والعقارات طالما كان ذلك في مجال مشروعات الاستثمار المحددة في المادة الأولى منه وهو ما يخالف، الأصل الثابت بمقتضى القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٩٣م بحظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها، وأيضاً يخالف الاستثناء المقرر للأجانب بمقتضى قانون تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٩٦م والذي قيد ملكية الأجانب بعقارين على الأكثر وبمساحة كلية لا تتجاوز ٨٠٠٠ متر مربع لكليهما وفقاً لنص المادة (٢) من هذا القانون.

صفوة القول: من الملاحظ بعد العرض السابق لكي يسمح بتملك المستثمرين الأجانب للأراضي والعقارات الأزمة لمباشرة نشاطهم الاستثماري في مصر لا بد أن يخضعوا بداية لشروط تأسيس الشركات وأن يلتزموا بإجراءات منح التراخيص اللازمة

(١) د. أسامة جمال الدين ناصف، المرشد القانوني والعملي لغير المصريين في مصر، المرجع السابق، ص ٥٩؛ لكن البعض يرى أن الحظر قائم بالنسبة للشركات غير الخاضعة لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م، فلا يجوز للأجانب شركات أم أشخاص عاديين تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها طبقاً لأحكام قانون رقم ١٥ / لسنة ١٩٦٣م بشأن حظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية وما في حكمها والتي قضت المادة الأولى منه على أن يحظر على الأجانب سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين تملك الأراضي الزراعية وما في حكمها، من الأراضي القابلة للزراعة والبور والصحراوية في الجمهورية العربية المتحدة ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة أو حق الانتفاع د. أحمد عبد الحميد عشوش وآخرون، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ج٢، ص ٤٧، ٤٨. وإذا كان هذا الوضع بالنسبة للأشخاص الطبيعيين ما زال قائماً فهو بالنسبة للشركات الاستثمارية كما رأينا قد تغير، بالإضافة إلى أن تملك الشركات الأجنبية للأراضي الصحراوية قد تقرر في ظل قانون تملك الأراضي الصحراوية بالمجان لسنة ١٩٩٥م. فضلاً عن ذلك فقد أقر قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ / ١٩٩٧م حق المستثمرين بتملك الأراضي الصحراوية بغرض استصلاحها واستزراعها وهذا طبقاً للمجال الأول المعتمد كأحد أهم المجالات التي نصت عليه المادة (١) مجال استصلاح واستزراع الأراضي البور والصحراوية.

لإقامة مشروعهم الاستثماري في المواد رقم (١، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٤، ١٥) إلى جانب تطبيق المواد الخاصة بعمل التراخيص اللازمة للتملك وإقامة المشروعات الاستثمارية في المواد رقم (١٦ - ٢٢).

المطلب الثاني

مدى تمتع المستثمر الأجنبي بحق تملك العقارات

والأراضي اللازمة لإقامة المشروع الاستثماري في التشريع اليمني

أما في ظل قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م فقد كفل للمستثمرين الأجانب كأحد أهم الضمانات والمزايا حق التملك أو الإجارة أو حق الانتفاع على الأراضي والعقارات سواء المملوكة ملكية خاصة أو عامة لغرض إنشاء مشروعه الاستثماري المرخص له بإقامته في الجمهورية اليمنية وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٦) من هذا القانون والتي قضت بأنه «يحق للمستثمر أن يشتري أو يستأجر أو يحصل على حقوق الانتفاع للأراضي والمباني سواء المملوكة ملكية خاصة أو عامة وفقاً للقوانين النافذة لغرض إقامة المشروع الاستثماري بموجب هذا القانون»^(١).

ويتبين لنا من هذا النص بأنه قد أباح للمستثمر يمينياً كان أم أجنبياً حق تملك الأراضي والمباني اللازمة لإقامة مشروعه الاستثماري عبر شرائها من ملاكها سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين كما أجاز له أيضاً حق الانتفاع بالأراضي والمباني عامة كانت أم خاصة وقيد حقه في كلا الحالتين بأن يكون وفقاً للقوانين النافذة، وأن يكون لغرض إقامة مشروعه الاستثماري وفقاً لقانون الاستثمار، ومؤدى ذلك أن ما يجريه المستثمر من شراء أو استئجار أو حق الانتفاع في العقارات والأراضي لا بد أن تكون تصرفاته تلك مطابقة لأحكام القوانين الوطنية المنظمة لها.

وتعد هذه الميزة حسنة أن يتساوى المستثمر أياً كانت جنسيته محلية أو أجنبية بالمواطن العادي في أسباب كسب الملكية وبما تحمله من التزامات ناشئة عن عقد الشراء أو الاستئجار، لولا أنها قيدت بالنسبة للمستثمر عموماً بأن تكون لغرض إقامة

(١) للمزيد من التفاصيل بشأن موقف المشرع اليمني من تملك الأجانب للعقارات والأراضي لغرض إقامة المشروع الاستثماري وفقاً لتشريعات الاستثمارات اليمنية المتعاقبة والسابقة على إصدار قانون الاستثمار الجديد رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠م راجع د. مصطفى ياسين الأصبحي، مرجع سابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

مشروعة الاستثمار لا فرق في ذلك وفق النص بين الوطني والأجنبي إلا أن ذلك الشرط محمول بالأخص على المستثمر الأجنبي بألا يتعدى الغرض من تملكه للعقار، وهو مذهب يحمده عليه المشرع اليمني لما فيه من تطبيق حق الدولة في السيادة وتوجيه الأنشطة الاستثمارية فيما يخدم التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

من الملاحظ أن المادة (٦) من هذا القانون أقرت صراحة ثلاث حالات تمكن المستثمرين أياً كانوا وطنيين أم أجانب من الانتفاع بالأراضي والعقارات على الإقليم اليمني لغرض مزاولة مشروعاتهم الاستثمارية عليها وهي:

١- إما عن طريق شراء تلك الأراضي أو العقارات بالطرق المعتادة ووفقاً للقواعد العامة للبيع والشراء سواء كان الشراء من قبل الدولة ضمن أملاكها الخاصة عن طريق المزاد العلني أو البيع عن طريق التقييط أو عن طريق العقد مبيعة بتملكها بشرائه الأرض أو العقار من ملاكها مواطني الدولة أو حتى من أجنبي مثله إن كان مالكاً للعقار وفقاً للقوانين النافذة أو من القطاع الخاص.

٢- وكذلك أقر للمستثمر الانتفاع بالعقارات والأراضي بقصد إقامة مشروعه الاستثماري عن طريق إجارة المستثمر للأرض أو العقار من مالك العقار سواء كان مالكاها الدولة أو أحد قطاعاتها العامة والخاصة (وفقاً لقواعدها الخاصة) أو أحد مواطني الدولة... وفقاً للقواعد العامة للإجارة والقوانين المنظمة لها.

٣- وإقامة المشروع الاستثماري المرخص به للمستثمر رخص المشرع اليمني للأجانب حق الانتفاع بالأراضي والعقارات، وفي الغالب لا يقر حق الانتفاع بالأرضي إلا عن طريق الدولة وذلك بتخصيص أراض تابعة لها بمقابل أو بدون مقابل لتقوم بتوزيعها على المستثمرين لغرض إقامة مشروعات استثمارية محددة بعينها تنهض بالاقتصاد الوطني، وفي أماكن خاصة ومجالات محددة يلتزم المستثمر بأن لا يحدد عن الغرض المرخص له المشروع، وإلا أصبح من حق الدولة استرداد الأرض وإلغاء المشروع أو إيقافه بالطرق القانونية لمخالفته فيما خصصت له الأرض وعدم التزامه بالترخيص، وهذا الحق الذي تمنحه الدولة للمستثمر (حق الانتفاع) لا يمكن للمستثمر من التصرف بالأرض ببيعها، لأنه لا يملك رقبتها، فليس له، سوى حق الانتفاع بالأرضي فيما خصصت له.

لذا فليس له سوى حق الاستعمال والاستغلال لتلك الأراضي فقط وتبقى ملكية رقبته للدولة.

وبهذا «تضمن الدولة للمستثمرين الأجانب المعاملة المتساوية دون تمييز مع المستثمرين المحليين في كافة الحقوق والالتزامات وحرية الاستثمار في أي من القطاعات الاقتصادية. بما في ذلك الانفراد أو المشاركة في تملك المشروع الاستثماري وفقاً لأحكام هذا القانون»^(١).

أضف لذلك إن من المزايا التي اشتمل عليه قانون الاستثمار اليمني ١٥ / ٢٠١٠م ما نصت عليه المادة (٢٧) من صرف النزاع عن المستثمر بشأن الأراضي والعقارات على الهيئة العامة للمساحة والأراضي والتخطيط العمراني باعتبارها الجهة المختصة بأي نزاع قائم بين المستثمر والدولة أو غيرها. فأوجب لها أن توجه الدعوى عليها إذا كانت الأراضي المخصصة للمشروع الاستثماري من أراضي الدولة واستكمل المستثمر جميع العقود والتراخيص اللازمة لإنشاء المشروع^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن المشروعات التي أنشئت وفقاً لأحكام قانون الاستثمار (٢٠١٠/١٥م) لا تخضع لأحكام قانون تملك غير اليمنيين للعقارات رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٩م مادامت ليست مخصصة للسكن ومزاولة الأنشطة غير الاستثمارية.

وبالعكس فقد استثنى المشرع اليمني في ظل قانون تملك غير اليمنيين للعقارات رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٩م الخضوع من أحكامه في الأنشطة التي ينظمها قانون الاستثمار والمناطق الحرة، ونتيجة لذلك فلا يخضع الأجنبي المستثمر في ملكيته للعقارات والأراضي في الإقليم اليمني لأحكام هذا القانون ويخضع تملكه مباشرةً لقانون الاستثمار مادامت الشركات تعمل في مجالات استثمارية مرخص بها في قانون الاستثمار^(٣).

وهذا ما أكدته صراحةً المادة (١١) من قانون تملك غير اليمنيين للعقارات رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٩م والتي قضت بأن «يعمل بأحكام هذا القانون فيما يتعلق بتملك غير اليمنيين

(١) نص المادة الخامسة من قانون الاستثمار اليمني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠م.

(٢) فهذه المادة وإن كانت قد أتت بخلاف الأصل بالادعاء وهو توجيه الدعوى على واضع اليد، إلا أن ذلك يعد تعبيراً من الدولة عن حسن نيتها بهدف طمأنة المستثمر، إلا أنه لم تواجهها أية مصاعب من ذلك القبيل، وقد أريد بذلك النص الحيلولة بين المستثمر وبين الزج به في أتون النزاع على الأرض أمام المحاكم الوطنية د. بدر علي الجمرة، المرجع السابق، ص ١٢٢، ١٢٣.

(٣) فضلاً عن ذلك تم تعريف النشاط كإحدى مفردات قانون تملك غير اليمنيين للعقارات رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٩م والذي نصت المادة (٢) منه «لأغراض تطبيق أحكام هذا القانون، يكون للألفاظ والعبارات الواردة أدناه المعاني المبينة أمام كل منها ما لم يقتض سياق النص معنى آخر: ... النشاط: الأعمال المهنية أو الحرفية أو التجارية المسموح بمزاومتها في الجمهورية وفقاً للقوانين النافذة باستثناء الأنشطة التي ينظمها قانوني الاستثمار والمناطق الحرة».

للعقارات السكنية أو مزاوله الأنشطة المرخص بها وما عدا ذلك فيرجع فيه إلى قانوني الاستثمار والمناطق الحرة.

أما وفقاً لقانون المناطق الحرة رقم (٤ / ١٩٩٣ م) فقد اعتبر من أهم مهام واختصاصات الهيئة العامة لمناطق الاستثمار إصدار التراخيص والوثائق وتخصيص الأراضي اللازمة لمزاولة الأنشطة فيها ولها فضلاً عن ذلك الحق في أن تملك وتستأجر وتؤجر الأراضي والعقارات اللازمة لها، أو لمزاولة الأنشطة المسموح بممارستها في حدود المنطقة الحرة، وهذا ما نصت عليه المادتان (٥، ٦) من قانون المناطق الحرة (٤ / ١٩٩٣ م) اللتان أوجبتا على التوالي بأن:

تتولى الهيئة في معرض تطبيقها لهذا القانون ما يأتي:

أ- إصدار التراخيص والوثائق والمستندات القانونية اللازمة للأعمال ولمختلف النشاطات والمهن المسموح بها داخل المنطقة الحرة.

ب- تخصيص المساحات والمستودعات والأرصفة اللازمة لأصحاب المشاريع وذلك في نطاق المساحات المحددة للمنطقة الحرة.

ج- تمكين أصحاب المشاريع من التزود بمختلف الخدمات والتسهيلات اللازمة لنشاطهم في المنطقة الحرة. (م / ٥).

و«يكون للهيئة في سبيل تحقيق أغراض هذا القانون الحق في أن تملك وتستأجر وتؤجر الأراضي والعقارات التي تلزمها (م / ٦).

وصفوة القول: يتبين مما سبق عرضه بشأن مدى حق التملك العقاري للمستثمرين لغرض إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً للتشريعات المشجعة للاستثمار في اليمن ومصر أنهما متفقان من حيث إطلاق حق التملك للأراضي والمباني لكافة المستثمرين وطنيين كانوا أم أجانب وفقاً للمادة السادسة من قانون الاستثمار اليمني والمادة (١٢) من قانون الاستثمار المصري وكلاهما قيد حق التملك بالغرض منه وهو أن يكون لازماً لإقامة المشروع الاستثماري، غير أن النص المصري اقتصر على الحق بالتملك في حين اشتمل النص اليمني على ذلك الحق وعلى الحق في الانتفاع والإجارة في صلب المادة السادسة وبذلك يكون النص اليمني أشمل وأعم وهو ما يجب معه الاقتداء به من قبل المشرع المصري، مع ذلك المشرع المصري لم يغفل عن ذلك فقد نظم أيضاً في المادتين (٥، ٢٨) من قانون الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ م حق الانتفاع بتخصيص الأراضي

المملوكة للدولة لتقوم بتوزيعها على المستثمرين لغرض مزاولة نشاطهم الاستثماري بمقابل أو بدون مقابل، كما سنرى في المطلب الذي يلي.

المطلب الثالث

مدى تمتع المستثمر الأجنبي بحق تملك العقارات

والأراضي اللازمة لإقامة المشروع الاستثماري في التشريعات المقارنة

وبدراسة مقارنة لقوانين بعض الدول العربية والأجنبية يتجلى لنا بوضوح ظهور عدة اتجاهات الاتجاه الأول: يقضي بأنه لا يسمح للمستثمرين الأجانب بتملك العقارات، للاتجار فيها أو لاستخدامها في الإقامة الخاصة أو حتى اللازمة لمباشرة المشروعات الاستثمارية لأنشطتها الاقتصادية، وتظل هذه العقارات من القطاعات المحظورة على هؤلاء المستثمرين^(١).

ومن تلك الدول التي تحظر على الأجنبي المستثمر تملك العقارات لغرض إقامة المشروع الاستثماري دولة ألبانيا إذ لا يجوز طبقاً لتشريعاتها تملك الأجانب للعقارات من المباني والأراضي الزراعية والأراضي الفضاء، وإنما يسمح لهؤلاء الأجانب استئجار العقارات بشرط الحصول على ترخيص مسبق من الوزارات المختصة، ويقضي القانون الألباني بأنه يحق للأجانب استئجار العقارات مدة لا تتجاوز ٤٩ سنة وهذه مدة قابلة للتجديد^(٢).

مع ذلك قد تكتفي الدولة المضيضة بإقرار حق الانتفاع بالعقار أو إجارته لمدة طويلة لغرض إقامة المشروع الاستثماري عوضاً عن حرمان الأجنبي المستثمر من تملك العقارات.

ومن تلك التشريعات المصرية التي أقرت فقط حق الانتفاع للمستثمر لمدة تصل إلى ٩٩ عاماً لإجارة الأراضي لغرض إقامة المشروع الاستثماري مع السماح بتجديد المدة، وحرمت ملكيتها بشأن ما نظمته القرار الصادر من مجلس الوزراء رقم (٣٥٠) لسنة ٢٠٠٧م بشأن تنظيم حق الشركات والمنشآت في تملك الأراضي والعقارات اللازمة لمباشرة

(١) د. احمد عبد الحميد عشوش، د. أحمد محمد الهواري، د. محمد بهنسي، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ج٢، ص٤٤ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، نفس الصفحة.

نشاطها أو التوسع فيه في بعض مناطق الإقليم المصري والذي حظر على الأجانب في بعض المناطق الحدودية أو القريبة من المنشآت العسكرية تملك العقارات لكنها أجازت في تلك المناطق استثناءً وبترخيص مسبق من الجهات المختصة للدولة إقرار حق الانتفاع بالعقارات لمدة ٩٩ عاماً في مناطق شبة جزيرة سيناء وبالأخص شرم الشيخ^(١).

ومن تلك الدول التي أجازت حق الانتفاع بالأراضي أو إيجارها لمدة طويلة دون تملكها لغرض مزاوله النشاط الاستثماري سلطنة عمان في المادة (١٠) من قانون استثمار رأس المال الأجنبي بالمرسوم السلطاني رقم ٩٣ / ٥٧ الصادر في ١١ من جمادى الأولى سنة ١٤١٥هـ الموافق ١٦ أكتوبر سنة ١٩٩٤م والتي نصت بأنه «يجوز تخصيص الأراضي اللازمة لمشروع الاستثمار سواء بمنحها حق الانتفاع بها أو بطريق الإيجار لمدة طويلة».

أما الاتجاه الثاني: والذي يرخص من قبل الدولة المضيفة للمستثمرين الأجانب تملك العقارات والأراضي وكذا كافة الحقوق الضرورية لممارسة الأنشطة الاقتصادية، أيًا كان الشكل القانوني للمشروع وسواء أكان مشروعاً مشتركاً أم مشروعاً أجنبياً خالصاً، مشروعاً أسسه المستثمر الأجنبي أو مشروعاً اشتراه جاهزاً للتشغيل. ومن تلك الدول المجيزة للتملك لغرض الاستثمار، فرنسا والتي سمحت للأجانب بصفة عامة تملك العقارات أسوة بالوطنيين، شريطة الحصول على إذن مسبق من وزير المالية، دون تطلب توافر شروط المعاملة بالمثل، ذلك أن هذا الحق يعتبر من الحقوق الطبيعية للإنسان^(٢).

كما أن قانون تشجيع الاستثمار في كوريا الجنوبية لسنة ١٩٨٤م يؤكد على أن يعامل المستثمرون الأجانب بنفس المعاملة التي يلقاها المستثمرون الكوريون. كما قدمت كوريا الجنوبية مختلف التسهيلات المتعلقة بمنح الأراضي والعقارات وشددت على القضاء على العوائق الإدارية وحتى المالية من خلال تقديم القروض المختلفة من طرف البنوك الوطنية^(٣).

ومن تلك الدول التي أقرت أحقية المستثمرين الأجانب بتملك العقارات والأراضي لغرض إقامة المشروع الاستثماري باعتبارها دول موسعة للتملك العقاري في ظل

(١) في تفاصيل ذلك راجع رسالتي للدكتوراه في المبحث الخاص بمدى تملك الأجانب في الأراضي الحدودية في التشريع المصري المبحث الثالث من الفصل الأول ضمن الباب الثاني.

(٢) راجع في ذلك د. أحمد عبد الحميد عشوش وآخرون، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ج٢، ص ٤٤.

(3) 36 Upali Kumara , Op. Cit. , p

قوانينها المشجعة للاستثمار من تلك الدول مصر واليمن اللتان أقرتا صراحة في ظل قوانينهما المشجعة للاستثمار تملك الأجانب للعقارات والأراضي.

أما ما تم تنظيمه في مدى أحقية المستثمر الأجنبي في تملك العقارات والأراضي في بعض الأنظمة الخليجية والتشريعات العربية والأجنبية لغرض إقامة المشروعات الاستثمارية فمنهم من أقره للمستثمر الأجنبي بقيود ومنهم من خصه في عقارات بعينها ومنهم من خصه لغرض مزاوله مجالات محددة ومنهم من امتنع عن تملك العقارات لإقامة المشروع تماماً وأقره لجنسيات معينة^(١) ومنهم أقر بأحقية الانتفاع وإجارة الأرض دون حقه بالتملك وفي الغالب اشترطت تشريعات الاستثمار على المستثمر ألا يخرج عن الغرض المرخص له من هذا التملك.

ففي المملكة العربية السعودية سنجد أن المادة الثامنة من نظام الاستثمار الأجنبي السعودي رقم (م/١) لسنة ١٤٢١هـ قد أقرت بأنه «يجوز للمنشآت الأجنبية^(٢) المرخص لها بموجب هذا النظام تملك العقارات اللازمة في حدود الحاجة لمزاولة النشاط المرخص أو لغرض سكن كل العاملين بها أو بعضهم وذلك وفقاً لأحكام تملك غير السعوديين للعقار^(٣)».

ومنحت فضلاً عن ذلك المادة (٥) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون بالسماح بأن «تتمتع منشآت الاستثمار الأجنبي بالمزايا والحوافز والضمانات التي تتمتع بها المنشآت الوطنية ومنها على سبيل المثال... تملك العقارات اللازمة لمزاولة النشاط المرخص أو لسكنه أو لسكن العاملين لديه وفقاً لأحكام نظام تملك غير السعوديين للعقار

(١) معظم دول الخليج العربي لم تمنح الأجنبي غير الخليجي حق تملك العقارات للسكنى أو مزاوله النشاط الاستثماري أو غير الاستثماري واكتفت بمنحهم بحق الانتفاع وإجارة الأراضي في مناطق استثمارية محددة بعينها واستثنت خلاف الأصل بحظر التملك العقاري في إقليمها، بأن سمحت بتملك العقارات لمواطنيها ومواطني دول الخليج العربي ومن أهم تلك الدول الخليجية التي منعت تملك العقارات للأجانب غير الخليجيين دولة الإمارات العربية المتحدة والتي أقرت هذا المنع في إمارتها السبع بقوانين خاصة بذلك. للتفاصيل راجع المبحث الأول من الفصل الثاني ضمن الباب الأول من رسالتي للدكتوراة.

(٢) ويفهم من هذا النص اقتصار المنح للمنشآت والشركات أي الأشخاص المعنوية دون منح حق الشخص الطبيعي الأجنبي تملك العقارات لغرض الاستثمار للمزيد رجع المستشار/ أشرف أحمد هلال، مرجع سابق، ص ٦١.

(٣) للمزيد راجع أحكام نظام تملك غير السعوديين للعقار والاستثمار وفقاً للنظام الملكي رقم (م/١٥) لسنة ١٤٢١هـ. ضمن الباب الأول في المبحث الأول من الفصل الثاني من رسالتي للدكتوراة.

واستثماره الصادر بالرسوم الملكي رقم (م / ١٥) لسنة ١٤٢١هـ»^(١) - ... عدم جواز مصادرة الاستثمارات كلاً أو جزءاً إلا بحكم قضائي أو نزع ملكيتها كلاً أو جزءاً إلا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل ... ٧ - كفالة المستثمر الأجنبي وموظفيه غير السعوديين تكون على المنشأة المرخص لها.

وفي نفس السياق وذات اللائحة التنفيذية أقرَّ للمستثمر الأجنبي الحق في التملك والاستثمار العقاري في المملكة والتي نصت عليه المادة (٨) من اللائحة سالفة الذكر بأنه «يجوز للمستثمر الأجنبي شراء منشآت استثمار محلي أو أجنبي أو مشترك أو تملك حصص بها، على أن تتوافر بشأنه الشروط الواردة بالمادتين السادسة والسابعة من هذه اللائحة»^(٢).

هذا وأجاز نظام توزيع الأراضي البور السعودي رقم (م / ١٦) سنة ١٣٨٨هـ للشخص الأجنبي استثمار الأراضي البور في الإنتاج الزراعي والحيواني وله أن يملكها في حال قيامه بالري أو تهيئة جزء محدد من مساحتها خلال فترة محددة^(٣).

(١) وبالرجوع لنظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره المذكور أعلاه نجده يسمح للأشخاص الطبيعيين الأجانب بشكل عام تملك عقار لسكنهم الخاص وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من هذا النظام بأنه «يسمح للأشخاص غير السعوديين ذوي الصفة الطبيعية المقيمين في المملكة إقامة نظامية لتملك العقار لسكنهم الخاص وذلك بعد الترخيص لهم من وزارة الداخلية، وكذلك يسمح للأجنبي المرخص له بمزاولة أي نشاط مهني أو اقتصادي لتملك العقار اللازم لمزاولة ذلك النشاط ولسكنه وسكن العاملين لديه بعد موافقة الجهة التي أصدرت الترخيص وبالشروط التي نصت عليها المادة الأولى من نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره رقم ٨٩ لسنة ١٤٢١هـ على أنه «أ - يجوز للمستثمر غير السعودي من الأشخاص ذوي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية المرخص له بمزاولة أي نشاط مهني أو حرفي أو اقتصادي تملك العقار اللازم لمزاولة ذلك النشاط ويشمل العقار اللازم لسكنه وسكن العاملين لديه، وذلك بعد موافقة الجهة التي أصدرت الترخيص. كما يجوز استئجار العقار المشار إليه مع مراعاة ما ورد في المادة الخامسة من هذا النظام. ب - إذا كان الترخيص المشار إليه يشمل شراء مبان أو أراضٍ لإقامة مبان عليها واستثمارها بالبيع أو التأجير فيجب ألا تقل التكلفة الإجمالية للمشروع أرضاً وبناءً عن ثلاثين مليون ريال ويجوز لمجلس الوزراء تعديل هذا المبلغ. كما يشترط أن يتم استثمار ذلك العقار خلال خمس سنوات من ملكيته.

(٢) المادتان (٦، ٧) من اللائحة حددت بعض الشروط والضوابط لمنح التراخيص للازمة لإقامة المشروع الاستثماري.

(٣) د. محمد حسن إسماعيل، المرجع السابق، ص ١٤١ - ١٥٥؛ د. ثروت عبد الرحيم، الملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية، الناشر: عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧، ص ٥٨.

أما في دولة قطر فإن قانون استثمار رأس المال غير القطري رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٠م وتعديلاته لم يقر للأجنبي المستثمر حقه في التملك العقاري لغرض إقامة المشروعات والمنشآت الاستثمارية واكتفى بالسماح له باستئجار العقارات لهذا الغرض ولمدة لا تزيد على ٥٠ سنة قابلة للتجديد وهذا ما نصت عليه المادة (٥) من قانون استثمار رأس المال غير القطري رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٠م والتي نصت بأنه «يجوز تخصيص الأرض اللازمة للمستثمر غير القطري لإقامة مشروعه الاستثماري، وذلك بطريق الإيجار لمدة طويلة لا تزيد على ٥٠ سنة قابلة للتجديد»^(١).

فضلاً عن ذلك نصت المادة العاشرة من القانون سالف الذكر على أنه «يحق للمستثمر غير القطري نقل ملكية استثماره لمستثمر آخر غير قطري أو وطني أو التخلي عنه لشريكه الوطني في حالة المشاركة، على أن يتم ذلك وفقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها. وفي هذه الحالات تستمر معاملة الاستثمار طبقاً لأحكام هذا القانون، على أن يواصل المستثمر الجديد العمل في المشروع، ويحل محل المستثمر السابق في الحقوق والالتزامات.

أهم معوقات الاستثمار العقاري والسياسات المقترحة لحلها وعلاجها^(٢).

أولاً: معوقات الاستثمار العقاري:

١- المعوقات التشريعية والقانونية بعدم الثبات التشريعي.

إن الاستقرار الذي ينشده المستثمر في تعاملاته مع الدولة المضيفة ليس الاستقرار الاقتصادي فقط وإنما يسعى المستثمر إلى الاستقرار التشريعي أيضاً، والذي يكون له أحياناً مردود اقتصادي، فالتغييرات التشريعية التي تقدم عليها الدولة تزيد من المخاطر التي يتعرض لها المستثمر^(٣)، وتتركز هذه المخاوف عند البعض تجاه الدول النامية تحديداً^(٤)، كما أن ثبات النظام القانوني واستقرار تعامل الدولة المضيفة مع الاستثمارات

(١) راجع مواد هذا القانون على الموقع الإلكتروني الميزان البوابة القانونية القطرية على الرابط:

<http://www.almeezan.qa/Default.aspx?language=ar>

(٢) للمزيد من التفاصيل راجع د. فريد أحمد قبلان، الاستثمار الأجنبي في الدول العربية الواقع والتحديات، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، لسنة ٢٠٠٨م، ص ٣٢٧ وما بعدها.

(٣) د. عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٧٩؛ د. أحمد شرف الدين، طرق إزالة المعوقات القانونية، مرجع سابق، ص ٢١-٢٢.

(٤) "The current eagerness for the development world to attract foreign investment"

الأجنبية يمكن أن يكون أكثر جاذبية للمستثمرين من حشد مجموعة من الحوافز تكون عرضة لتغيرات متلاحقة^(١) حتى لو كانت هذه التغيرات في صالحهم، حيث إن ذلك قد يدفعهم إلى التأني في الإقدام على الاستثمار أملاً في الحصول على المزيد من المنافع في المستقبل^(٢).

٢- عدم الاستقرار السياسي والأمني.

٣- سعة وانتشار المخاطر غير التجارية، وعلاجها توفير الأمان القانوني للمستثمر بعدم التعدي على أملاكه وتوفير الضمانات الكافية.

٤- صعوبة الحصول على التمويل بشروط وتكاليف ميسرة وارتفاع تكلفة المعاملات المرتبطة بإجراءات الاستثمار العقاري.

ثانياً: السياسات المقترحة لمعالجة معوقات الاستثمار العقاري:

١- تهيئة البيئة التشريعية والقانونية والثبات التشريعي للقوانين المشجعة للاستثمار.

٢- توفير الاستقرار الأمني والإصلاح السياسي.

٣- تحسين النظام الضريبي وتحصيل الإيرادات.

٤- تنمية مهارات الترويج لجذب الاستثمار وتوفير البنية الأساسية.

٥- وحدة الجهة التي يتعامل معها المستثمر وهي الهيئة العامة للاستثمار في كلا البلدين،

بأن يجعل المشرعان المصري واليميني الهيئة العامة للاستثمار هي الجهة المنوط بها

الحصول من جهات الاختصاص بمصر واليمن بالنيابة عن المستثمرين على جميع

التراخيص وفقاً للقوانين واللوائح لإنشاء وإدارة وتشغيل المشروعات، فضلاً عن أن

1970s 1960s and early could easily fade and the more hostile LCD attitudes of towards MNEs could return again". Cynthia (D) and Contributors: Foreign direct investment in the 1990s, 1990, p. 25.

(١) د. عصام الدين القصيبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، المرجع السابق، ص ١٧٩.

(٢) "A restrictive but stable investment climate may not deter an MNC if it has found a profit making opportunity, while an investment environment that is in flux but generally improving may encourage an enterprise to delay investing in the hopes of getting a better deal later on". Cynthia (D) and Contributors: Foreign direct investment in the 1990s, 1990, p. 7. Op. Cit.

يوكلا للهيئة تخصيص الأراضي اللازمة للمشروعات بمقابل أو بدون مقابل وإبرام العقود اللازمة في هذا الشأن، وذلك بالتنسيق مع مكاتبها في المحافظات ومع ممثلي المحافظة (المحافظ) ليقوموا بتجهيز الأرض المناسبة للمشروع، ومقابل ذلك تقوم الهيئة بتحديد بدء تاريخ الإنتاج للمشروعات أو تاريخ مزاولة النشاط.

الخاتمة

أما وقد تم الانتهاء بحمد الله تعالى من دراسة موضوع البحث - بعد إفراغ الوسع وبذل الطاقة - يمكن تسجيل أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة، وكذلك رصد أهم التوصيات التي توصي بها الدراسة، وذلك على النحو التالي.

أولاً: أهم النتائج.

أ- أهم النتائج المشتركة:

١- أشارت الدراسة بخصوص التشريعين المصري واليمني إلى أن الأجنبي يسمح له بالتملك العقاري على إقليم الدولة وبصفتين مستقلتين أولاً بصفته أجنبياً عادياً يرغب في التملك العقاري بقصد الإقامة لغرض السكن والمأوى، أو لمزاولة النشاط المهني والتجاري غير الاستثماري المرخص به بقصد الاستقرار وجلب الرزق، وهذا يحكمه وينظمه القانون المصري رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٩٦م والقانون اليمني رقم (٢٣) / ٢٠٠٩م) بشأن تملك غير اليمنيين للعقارات، أما الصفة الثانية هي صفته كمستثمر أجنبي يحتاج لحوافز وضمانات كفيلة بحماية رأس ماله للقدوم والاستثمار بقصد تحقيق الربح المجزي، وذلك لن يكون إلا بأن يسمح له بتملك الأراضي والعقارات أو الانتفاع بها لغرض إقامة مشروعه الاستثماري، وهذا يحكمه وينظمه قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م وقانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م.

٢- كشفت الدراسة أن قانون حوافز وضمانات الاستثمار المصري يبيح للأجانب الاستثمار في مجال استصلاح واستزراع الأراضي البور والصحراوية، وتكون مزاولة أنشطتهم في هذا المجال بطريق الإيجار طويل الأجل الذي لا تزيد مدته على خمسين عاماً، ويجوز مدها لمدة أو لمدد أخرى لا تتجاوز في مجموعها خمسين عاماً، وإذا اتخذ المشروع شكل شركة مساهمة جاز له مزاولة نشاطه بطريق التمليك، أما قانون الاستثمار اليمني فلم يدرج نشاط استصلاح واستزراع الأراضي الصحراوية ولا أي مجال آخر ضمن مجالات الاستثمار، بل حصر أنشطة لا يسمح للمستثمر بمزاومتها وما عداها سمح بإقامته على شكل قوائم، وكان يفضل ذكر مجالات الاستثمارات

الحيوية، ثم تحويل الهيئة العامة للاستثمار بإضافة بعض المجالات مستقبلاً أو عن طريق مجلس الوزراء كما صنع نظيره المشرع المصري بصورة صريحة في الفقرة (٢) من المادة الأولى من قانون الاستثمار المصري، لأن التعداد الوارد في هذه المادة لم يكن على سبيل الحصر بل جاء على سبيل المثال.

٣- كشفت الدراسة عن وجود اختلافات فيما بين قوانين الاستثمار في الدول العربية، ويرجع ذلك إلى عدم وجود قانون نموذجي موحد لتشجيع الاستثمار تعتمد عليه تلك الدول في صياغة تشريعاتها الخاصة بالاستثمار.

٤- كشفت الدراسة أن المنظم السعودي والأنظمة الخليجية الست إلى جانب التشريعيين اللبناني والأردني خصصوا قانوناً لتنظيم تملك الأجنبي غير المستثمر للعقارات لغرض السكن أو لمزاولة النشاط غير الاستثماري إلى جانب تنظيمه لتملك المستثمر الأجنبي لغرض الاستثمار، وهذا ما تميزت به تلك التشريعات عن المشرع المصري واليمني اللذين لم ينظماها في قانون واحد، بل جعلوا قانوناً خاصاً لتملك الأجانب للعقارات لغرض السكن أو لمزاولة النشاطات غير الاستثمارية المرخص بها، بينما اختص قانون الاستثمار لكليهما بتنظيم التملك العقاري لغرض الاستثمار.

٥- أشارت الدراسة إلى ما تم تنظيمه في دول الخليج العربي بخصوص تنظيم ملكية الخليجيين للعقارات والأراضي في دول المجلس تبعاً لما أقرته الاتفاقية الخليجية لسنة ٢٠٠٢م بشأن تنظيم تملك مواطني دول المجلس للعقار في الدول الأعضاء بمجلس التعاون وإقرار المعاملة المتساوية في التملك العقاري والاستثمار وبعض الأنشطة الأخرى، لكن تبين لنا عدم وجود تلك المساواة المنشودة في المعاملة مع مواطني الدولة وخاصة في مجال التملك العقاري، وخير مثال على ذلك أنهم يضعون قيوداً ملزمة على الخليجي بعدم التصرف في العقار أو الأرض الفضاء إلا بعد فترة من الزمن، واشترط البناء، وغيرها كثير، فضلاً عن تحديد معظم الأنظمة الخليجية مناطق استثمارية خاصة لتملك الخليجيين وغيرهم من الأجانب، وحظر التملك والانتفاع في بعض المناطق وقصرها على مواطنيها، وهذا يجافي روح الاتفاقية الخليجية في المعاملة المتساوية بين كل دولة خليجية ورعايا الدول الأعضاء الأخرى بما يوصلنا إلى حقيقة مهمة هي أن الخليجي مازال أجنبياً خارج بلده وموطنه حتى وإن أقام أو تملك العقار في بعض الدول الأعضاء من دول الخليج العربي، مع تميزه بحسن المعاملة وتسهيل تملك العقار بغير إبطاء في أرض الواقع، فضلاً عن أن

الباحث توصل لعدة نتائج بهذا الخصوص منها ما يأتي .

أ- أن الخليجي المتملك العقار في إحدى الدول الخليجية لا يعامل معاملة متساوية مع المواطنين لكن بالتأكيد مركزه أفضل من الأجنبي غير الخليجي .

ب- ووفقاً للنتيجة الأولى فإن الخليجي أجنبي في أي دولة خليجية عضو غير بلده .

ج- وباعتبار الخليجي أجنبياً فإن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة أنه يخضع للقوانين المنظمة لتملك الأجانب للعقارات والأراضي، ويستفيد من المناطق الاستثمارية التي يجوز للأجانب تملك العقارات فيها .

د- يتميز الخليجي عن الأجنبي غير الخليجي بأنه يحق له التملك في عموم إقليم الدولة الراغب في التملك فيها فضلاً عن المناطق الاستثمارية المخصصة للتملك والاستثمار العقاري إلا ما تم استثناءه صراحة من قبل الدولة المضيفة مانحة العقار، أما الأجنبي فلا يسمح له بالتملك إلا في المناطق الاستثمارية المحددة بعينها والمرخص بها من قبل الجهات الحكومية المختصة في معظم دول الخليج إن لم يكن كلها وبشروط مشددة وفي الغالب لا يسمح لهم سوى بالانتفاع واستئجار العقارات دون تملكها .

٦- كشفت الدراسة أن المشرعين المصري واليميني رفعوا القيود عن مشاركة رؤوس الأموال الأجنبية في المشروعات المختلفة، بل إنهما سمحا بتكوين مشروعات وشركات مملوكة بالكامل لأجانب .

٧- كشفت الدراسة المقارنة في التشريعين المصري واليميني عن نتائج مشتركة بشأن مدى حق المستثمرين الأجانب في التملك والاستثمار العقاري لغرض إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً للتشريعات المشجعة للاستثمار، حيث إنهما متفقان في إطلاق حق تملك الأراضي والمباني لكافة المستثمرين وطنيين كانوا أم أجانب وفقاً للمادة (٦) من قانون الاستثمار اليميني والمادة (١٢) من قانون الاستثمار المصري، وكلاهما قيد حق التملك بالغرض المخصص له (المشروع) وهو أن يكون لازماً لإقامة المشروع الاستثماري، غير أن المشرع المصري اقتصر في هذه المادة على الحق في التملك، أما بالنسبة لحق الانتفاع فقد نظمته المادتان (٥، ٢٨) من قانون الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م اللتان تفران للدولة منح الأجنبي حق الانتفاع بالأراضي المملوكة لها بمقابل أو بدون مقابل بحسب الأهمية المرجوة

من المشروع، في حين اشتمل النص اليمني على ذلك الحق وعلى الحق في الانتفاع والإجارة في مادة واحدة هي المادة السادسة، وبذلك جمع النص اليمني جميع تلك الحقوق في مادة واحدة وهو ما يفضل أن يحذو المشرع المصري فيه حذو المشرع اليمني.

٨- أما بالنسبة لتشريعات الاستثمار المنظمة لمدى أحقية المستثمر الأجنبي في تملك العقارات والأراضي في الأنظمة الخليجية وبعض التشريعات العربية والأجنبية لغرض إقامة المشروعات الاستثمارية فمنهم من أقره للمستثمر الأجنبي بقيود، ومنهم من خصصه في عقارات بعينها، ومنهم من خصصه لغرض مزاولة مجالات محددة، ومنهم من امتنع عن تملك العقارات لإقامة المشروع تماماً وأقره استثناءً لجنسيات معينة^(١)، ومنهم من أقر بأحقية في الانتفاع وإجارة الأرض دون حق الأجنبي في التملك، وفي الغالب اشترطت تشريعات الاستثمار على المستثمر ألا يخرج عن الغرض المرخص له من هذا التملك.

٩- كشفت الدراسة أن المشرعين المصري واليمني قدما الضمانات الكافية وذلك بعدم تأميم المشروعات أو الاستيلاء عليها أو نزع ملكيتها وغيرها من القيود التي تقيد ملكية المستثمر في مشروعه وعقاره؛ ومنح حوافز وإعفاءات عديدة لتشجيع وجذب رؤوس الأموال الأجنبية إلى مصر واليمن^(٢).

ثانياً: نتائج خاصة بالتشريع المصري:

١- كشفت الدراسة أيضاً أن قانون الاستثمار المصري استحدث عدة مجالات جديدة

(١) معظم دول الخليج العربي لم تمنح الأجنبي غير الخليجي حق تملك العقارات للسكنى أو مزاولة النشاط الاستثماري أو غير الاستثماري واكتفت بمنحه حق الانتفاع وإجارة الأراضي في مناطق استثمارية محددة بعينها واستثنت مواطنيها ومواطني دول الخليج العربي من حظر التملك العقاري في إقليمها ومن أهم تلك الدول الخليجية التي منعت تملك العقارات للأجانب غير الخليجين دولة الإمارات العربية المتحدة حيث حظرت في تشريعاتها تملك الأجنبي غير الخليجي للعقارات في إماراتها السبع.

(٢) وقد تضمن الباب الثاني من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨٩ لسنة ١٩٩٧م أهم الضمانات والحوافز والإعفاءات في المواد (٨، ٩، ١٠، ١١، ١٢، ١٣، ١٤، ١٥). واهتم الباب الثالث بحوافز الاستثمار والإعفاءات الضريبية وأهمها ما ورد في المواد ٢٠ و ٢٨، أما قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م فقد ذكر في الباب الثالث أهم الضمانات والمزايا الاستثمارية وذلك في المواد (٥، ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠).

للاستثمار وهي مجالات فرضتها ظروف ضرورة التوسع في الرقعة الزراعية واستصلاح الأراضي الصحراوية، وتشجيع الصناعات التحويلية والتعدينية، وتوجيه الاستثمارات إلى مشروعات البنية الأساسية (من طرق وجسور وكهرباء ومواصلات وغيرها كثير) والتي تعد عماد أي تنمية اقتصادية والتي تتميز بحاجتها إلى رؤوس أموال ضخمة تعجز الدولة عن تديرها في ظل مسؤوليتها عن قطاع الخدمات الأساسية من تعليم وصحة وأمن وغيرها من قطاعات الخدمات المختلفة^(١).

٢- كذلك كشفت الدراسة أن المشرع المصري توسع - وفقاً لأحكام قانون الاستثمار- في منح الشركات المستثمرة حق تملك العقارات لغرض مزاولة مشروعاتها الاستثمارية، فبدلاً من اقتصار حق التملك على العقارات المبنية والأراضي الفضاء قبل تعديل المادة (١٢) من قانون الاستثمار المصري توسع في أحقية تملك الشركات والمنشآت للعقارات والأراضي اللازمة لمباشرة نشاطها بعد تعديل المادة (١٢)، وعلى ضوء ذلك التغيير تم تعديل بعض أحكام القانون لصالح المستثمر وذلك بالتوسع في تملك الأراضي والعقارات على الإقليم المصري بدون تحديد.

٣- انفرد قانون الاستثمار المصري عن اليمني بمنح الشركات ذات الشهرة العالمية حوافز ومزايا إضافية لمشروعاتها المقامة في مصر لخدمة الاقتصاد الوطني، وأهم تلك المزايا تخصيص الأراضي المملوكة للدولة بدون مقابل أو بمقابل رمزي تشجيعاً لقدمها ومزاولة نشاطها الخدمي والتكنولوجي.

ثالثاً: نتائج خاصة بالتشريع اليمني:

١- كشفت الدراسة أن أحكام قانون تملك غير اليمنيين للعقارات رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٩م يسري على أراضي وعقارات الدولة والعقارات المملوكة ملكية خاصة، في كل ما يخص لغرض السكن أو لمزاولة الأنشطة المهنية والحرفية والتجارية عدا ما ينظمه قانوناً الاستثمار والمناطق الحرة، أو الانتفاع بأراضي وعقارات الأوقاف التي ينظم أحكامها قانون الوقف الشرعي لسنة ١٩٩٢م.

٢- وكشفت الدراسة أنه يحق للأجانب في اليمن تملك العقارات اللازمة لمزاولة الأنشطة غير الاستثمارية وفقاً لأحكام القانون (٢٣ / ٢٠٠٩م) بشرط أن يحصل بداية على

(١) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر، المرجع السابق، ص ٨، ٩.

الترخيص اللازم من الجهة المختصة لمزاولته النشاط في أي عمل تجاري أو حرفي أو مهني في اليمن مادام ليس محظورا على الأجانب ممارسته في القوانين النافذة وغير مخالف للشريعة الإسلامية وليس من ضمن الأنشطة الاقتصادية المنظمة بقانوني الاستثمار والمناطق الحرة؛ ويشترط أن يكون العقار المراد تملكه ضمن المخططات العمرانية المعتمدة من الهيئة العامة للأراضي والمساحة والتخطيط العمراني.

٣- كما كشفت الدراسة أن المشرع اليمني خول الهيئة العامة للمناطق الحرة بإضافة تراخيص مزاولة أنشطة في أية مهن وحرف وأعمال أخرى تتطلبها النشاطات في المنطقة الحرة دون الرجوع حتى لمجلس الوزراء، ونوصي مشرعنا اليمني أن يحدد في قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥ / ٢٠١٠م) مجالات الاستثمار كقانون المناطق الحرة اليمني، مع تخويل مجلس الوزراء تحديد مجالات أخرى مستقبلاً بناءً على اقتراح الهيئة العامة للاستثمار بشرط أن تخدم الاقتصاد الوطني وذلك كنظيره المشرع المصري في قانون الاستثمار (٨ / ١٩٩٧م) في مادته الأولى.

ثانياً: أهم التوصيات.

أ- أهم التوصيات المشتركة:

١- توصي الدراسة المشرع اليمني والمصري بضرورة إدراج الاستثمار في مجال إحياء الموات ضمن مجالات الاستثمار المسموح للمستثمر الأجنبي بالاستثمار فيها شريطة ألا يملك هذا المستثمر الأرض الموات لإحيائها بل يكون ذلك عن طريق التأجير، وذلك بهدف ضمان عودتها بعد استصلاحها واستزراعها وانتهاء فترة المشروع الاستثماري إلى الحكومة.

٢- توصي الدراسة حكومات الدول العربية بإبرام اتفاقية في إطار الجامعة العربية تنظم تملك أبناء الأمة العربية للعقارات والمنقولات في الدول الأعضاء في الجامعة العربية، وذلك بهدف استقدام واجتذاب الأموال العربية المهاجرة خارج الدول العربية وبالذات في الدول الغربية من أجل الخلاص من أخطار التبعية للعالم الخارجي تجارياً وغذائياً ومالياً وتكنولوجياً، تلك التبعية التي تغذي باستمرار قوى التخلف وتعوق نماء وتطور اقتصاديات الوطن العربي^(١).

(١) د. مصطفى ياسين الأصبحي، المرجع السابق، ص ٧٢٨.

٣- تدعو الدراسة الحكومتين اليمنية والمصرية إلى رفع درجة الوعي الاستثماري لدى المواطنين حتى يمكن تمويل عملية التنمية الاقتصادية بأموال وطنية مستقرة لا تعاني من التقلبات والاهتزازات، وتضع المصلحة القومية في اعتبارها، لأن الإفراط في الانفتاح على رأس المال الأجنبي في عملية التنمية الاقتصادية يؤدي إلى مخاطر جمة^(١)، وما الأزمة الاقتصادية والعقارية التي حدثت قبل سنوات إلا دليل على ذلك.

٤- تدعو الدراسة حكومتى الجمهورية اليمنية وجمهورية مصر العربية إلى وضع مبدأ أساسي للاستثمار الأجنبي في البلدين وهو السماح بالاستثمار مقابل التكنولوجيا.

٥- يوصي الباحث المشرعين اليمني والمصري بتحديد مجالات الاستثمار في التشريعين اليمني والمصري وذلك بتعديل نصي المادة الرابعة من قانون الاستثمار اليمني والمادة الأولى من قانون الاستثمار المصري، لتضمنها المشروعات ذات الأهمية في المجالات الحيوية التي تتطلبها التنمية الاقتصادية والاجتماعية ومنها الاستثمار في مجال الاستثمار العقاري كاستصلاح الأراضي الصحراوية والبور، وإنشاء المدن العمرانية والمجمعات السياحية وإقامة المدن الصناعية، لتوفير السكن لعموم الشعب وبالأخص الطبقة الكادحة والشباب، وتخصيص المدن السياحية لتملك الأجانب وأصحاب الدخول العالية من عامة الشعب، فضلاً عن الاستثمار في مجال البنى التحتية من شق الطرق وإنشاء السدود وتوصيل الخدمات كالكهرباء.. كعامل أساسي وأولي لإنشاء المدن العمرانية والسياحية والصناعية إلى جانب إضافة الصناعة التعدينية والاستخراجية ونحو ذلك لفعالية جدواها الاقتصادية في دعم الخطط التنموية سواء من حيث إيجاد فرص عمل أو ضمانات التأهيل والتدريب للأيدي العاملة وتنمية وتطوير المواهب والقدرات المحلية بإكسابها خبرة في مجال عملها وحل المشكلة السكانية وعدم تفاقمها.

فتحديد مجالات الاستثمار ذات الأهمية في المجالات الحيوية التي تتطلبها التنمية الاقتصادية والاجتماعية يساعد على دعم ميزان المدفوعات والميزانية العامة، وكذلك ضرورة وضع قوائم توضح ترتيب الأولويات للمجالات الاستثمارية التي يحتاج إليها الاقتصاد نظراً لما في التوسع والإطلاق من نتائج عكسية تتمثل في قيام المستثمرين باختيار مشروعات بسيطة لا تحقق الأهداف المرجوة من وراء سن قوانين مزايا وحوافز الاستثمار.

(١) المرجع السابق، نفس الصفحة.

٦- ينبغي على المشرعين اليمني والمصري أن يضعوا قيوداً على خضوع المستثمر لقانون الاستثمار وتمتعه بضماناته وحوافزه، بالنص على أن يكون رأس المال لديه يسمح له بالاستثمار في المجال الذي يريد الاستثمار فيه سواء في الصناعة التعدينية والاستخراجية واستصلاح الأراضي وزراعتها وإنشاء المدن السكنية وغيرها، فالواجب تحديد مقدار رأس المال ووضع شروط للاستثمار في المجالات الاستراتيجية^(١).

٧- العمل على إيجاد قانون نموذجي موحد للاستثمار ينظم ويحكم العمليات الاستثمارية في الدول العربية، بحيث تعتمد عليه تلك الدول في صياغة قوانينها الخاصة بالاستثمار، ثم في مرحلة تالية توحيد قوانين الاستثمار العربية بناء على ذلك القانون النموذجي وذلك بهدف تيسير الاستثمار في المنطقة العربية بما يحقق الشفافية للمستثمر العربي والأجنبي على حد سواء.

٨- ونوصي المشرع المصري واليمني أن ينحو نحو ما أقرته دول الخليج بإفراد قانون واحد يشمل في طياته تنظيم ملكية الأجانب للعقارات والأراضي سواء أكان لغرض السكنى أو لمزاولة العمل والأنشطة غير الاقتصادية، أو لغرض إقامة المشروع الاستثماري، وتوحيد الجهة المختصة بذلك، إلى جانب أن يقتصر تملك الأجانب على إقليمهما على العقارات المبنية وفي مناطق استثمارية محددة أو مخططات عمرانية بعينها، كما نوصي بأن يلغي المشرعان ملكية الأراضي الفضاء وخاصة للأجانب غير المستثمرين، ويكتفى بإقرار حق الانتفاع بها أو إجارتها لمدد تطول أو تقصر حسبما يراه المشرعان يحقق مصالحهما العليا وينهض بالاقتصاد القومي.

٩- نوصي المشرعين المصري واليمني أن يضعوا حداً أقصى لملكية العقارات لغرض مزاولة النشاط الاستثماري، وأن يحددوا الضمانات الكافية التي تكفل أن يكون امتلاك المباني والأراضي - وفقاً لأحكام قانوني الاستثمار- في إطار نشاط التعمير السكني والسياحي والصناعي ومجالات البنى التحتية وغيرها من المجالات التي تعود بالنفع العام فقط، وليس بهدف تحقيق مكاسب شخصية للمستثمر الأجنبي على حساب الاقتصاد القومي أو في مجالات ليس لها أي مردود اقتصادي على البلدين في الأمد القريب أو البعيد^(٢)؛ لأنه ليس هناك ما يدعو لتقديم المزايا والتيسيرات لإقامة

(١) د. بدرعلي الجمرة، ضمانات الاستثمار، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

(٢) د. محمد سويلم، الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات، مرجع سابق، ص ٣٤١، ٣٤٢.

مشروعات لا تلزم لتحقيق التنمية الزراعية أو الصناعية أو الاقتصادية اللازمة لتدعيم المصالح الأساسية للدولة .

ونظراً لتعلق التعمير والإسكان بمجال الاستثمار بالعقارات فيحسن قصره على مواطني الدول العربية، إلا أنه يجب التفرقة بين الاستثمارات الأجنبية بصفة عامة والاستثمارات العربية بصفة خاصة، وذلك بتمييزها في جميع مجالات الاستثمار، فيجدر بالمشرعين المصري واليمني أن يمنحا الاستثمارات العربية مزايا أفضل وذلك ليتدفق المزيد من رؤوس الأموال العربية لعدم خشية التبعية السياسية من جانب، وإذكاء للاعتبارات القومية من جانب آخر^(١).

ب: التوصيات الخاصة بالتشريع المصري.

يوصي الباحث المشرع المصري بالآتي:

- نوصي المشرع المصري بتعديل نص المادة (١٢) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م وذلك بإبقاء أحقية المستثمرين بتملك العقارات المبنية والأراضي الفضاء فقط، ولا يتعداه إلى غيره من الأراضي الزراعية وما في حكمها باعتبارها ثروة وطنية وقومية مهمة للوطن والمواطنين معاً لا يصح التفريط فيها والاكتفاء بالسماح لهم بحق الانتفاع أو الإجارة لغرض استصلاح الأراضي الصحراوية والبور.

ج: التوصيات الخاصة بالتشريع اليمني.

نوصي المشرع اليمني بالآتي:

١- بضرورة الإسراع إلى إصدار اللائحة التنفيذية لقانون تملك غير اليمنيين للعقارات رقم (٢٣ / ٢٠٠٩م) والمفترض أن ترى النور وفقاً للمادة (١٧) من هذا القانون خلال ستة أشهر من إصداره شريطة تلافى الصياغات الفضفاضة والغامضة والمقتضبة التي تشوب القانون الحالي.

٢- نوصي المشرع اليمني أن يكون قانون تملك الأجانب للعقارات (٢٣ / ٢٠٠٩م) وقانون الاستثمار (١٥ / ٢٠١٠م) مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية، لأنها مصدر جميع التشريعات في الجمهورية اليمنية طبقاً لنص المادة الثالثة من الدستور كما كان

(١) د. أحمد عبد الحميد عشوش وآخرون، المرجع السابق، ج٢، ص ٣٩ وفي نفس هذا المعنى هشام صادق وآخرون، المرجع السابق، ص ٥٢٣، ٥٢٤.

منصوصاً عليه في تشريع الاستثمار السابق رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م.

٣- إصلاح قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م بتعديل وإلغاء بعض نصوصه وإزالة ما فيها من تنافر وتضارب ليكون منظومة منسجمة مع بعضها، فهو لم يعالج مشاكل النشاط الاستثماري، وإنما كان الغرض من إخراجه بتلك الصورة- حسبما ذكرت مذكرته الإيضاحية- إعادة هيكلة الهيئة العامة للاستثمار بقصد إدخال مزيد من الأعضاء من القطاع الخاص لتشكيل أغلبية، ولذلك يجب إعادة النظر فيه وفقاً للآتي^(١):

أ- تشكيل لجنة متخصصة في الهيئة العامة للاستثمار يناد بها مهمة الفصل في التظلمات الإدارية على قرارات الإدارة المتعلقة بشئون الاستثمار والمستثمرين، وتكون محايدة وغير خاضعة للجهات الإدارية.

ب- إصدار لائحة قانون الاستثمار اليمني لتوقف العمل ببعض أحكامه على ما ستتضمنه من إجراءات.

ج- دمج الهيئة العامة للاستثمار والهيئة العامة للمناطق الحرة في هيئة واحدة.

د- دمج قانون الاستثمار وقانون المناطق الحرة في قانون واحد توحيداً للقاعدة العامة الحاكمة للاستثمار.

هـ- إنشاء لجنة مختصة في الهيئة العامة للاستثمار تكون مهمتها القيام بتقدير التعويضات إدارياً عن الانتزاع أو الاستيلاء، وتقدير ما ينشأ عن ذلك من ضرر وتكون قراراتها قابلة للطعن فيها أمام القضاء في حال المنازعة فيها.

و- تحديد اختصاصات مجلس إدارة الهيئة العامة للاستثمار على سبيل الحصر والنص عليها دون تلك الألفاظ التي هي أقرب إلى العمل الفقهي منها إلى العمل التشريعي، فالقانون يجب أن يكون واضح الدلالة منضبط الصياغة على المراد منه، فما يؤخذ على تلك الاختصاصات أنها أعطت الصلاحية الكاملة لمجلس الإدارة لاقتراح تعديل أي قوانين مع أن تلك القوانين تخص جهات أخرى، وهو ما يعني عدم وجود استقرار تشريعي وهو ما يعد عائقاً من عوائق الاستثمار، كون المستثمر لا يقدم على الاستثمار في بلد تتقاصر مدد التعديلات القانونية فيه؛ لأنه ليس مستعداً لأن يفاجأ بين آونة وأخرى بصدور تعديل قانوني خاصة فيما

(١) د. بدر علي الجمرة، المرجع السابق، ص ٣٠١، ٣٠٢.

يتعلق بمجال نشاطه الاستثماري، وذلك بخلاف قانون الاستثمار المصري (٨/ ١٩٩٧م) الذي أقر قانوناً استمر أكثر من ٢٠ عاماً ولم يرقم المشرع المصري بإلغائه، لكنه مع ذلك اكتفى بتعديل وإضافة بعض مواد القانون لتواكب التطورات وتزيد من الضمانات والحوافز التشجيعية لاستجلاب الأموال والاستثمارات الأجنبية.

٤- كما توصي الدراسة المشرع اليميني أن يخول الهيئة العامة للمساحة والأراضي بتخطيط كل عقارات وأراضي الدولة وبالأخص الأراضي الموات وغير المخططة عمرانياً لتقوم بحصرها بالكامل وتخطيطها وتحديد نوعية الأرض (زراعية - صحراوية بور- أرض فضاء- مناطق استثمارية- مناطق صناعية) ثم تقوم بتوزيعها سنوياً بحسب الحاجة لكل جهات الدولة بحسب الاحتياج، فمثلاً تقوم الهيئة بحصر الأراضي الخاصة بمجالات الاستثمار وبموجب ما تم رفعه للهيئة من احتياج للأراضي في كل عام لتقوم بعدها الهيئة العامة للاستثمار نيابة عن هيئة الأراضي بتوزيع الأراضي على المستثمرين لإقامة الأنشطة الاستثمارية ذات الأولوية الاقتصادية.

وأرى كذلك أن توزع الأراضي الموات من قبل الهيئة المختصة، لتقوم بتوزيع تلك الأراضي على الطبقات الفقيرة والمتوسطة لفئات المجتمع اليميني الذي يكون المواطن في أمس الحاجة لبناء مسكن له ولأفراد أسرته أو لاستصلاح واستزراع الأراضي الصحراوية والبور لغرض العمل وجلب الرزق له ولعائلته.

٥- وأوصي كذلك المشرع اليميني أن يتم توجيه الهيئة العامة للمساحة والأراضي بحصر وتوزيع بعض أراضي وعقارات الدولة سنوياً أيضاً كان نوعها وبحسب الغرض لكل جهة من الجهات الحكومية لتقوم بتوزيعها على الجهات الحكومية لغرض تخطيط الأراضي الموات أو غيرها، ثم لتقوم كل جهة من تلك الجهات نيابة عن الهيئة بتوزيع تلك الأراضي على موظفيها لغرض السكنى أو غير ذلك، فضلاً عن إقامة منشأتها ومشروعاتها الخاصة بها.

- التوصيات الخاصة بالأنظمة الخليجية.

يوصي الباحث الأنظمة الخليجية أن تترجم الاتفاقيات الموقعة بين أعضائها على أرض الواقع وذلك بالمساواة التامة في تملك مواطني المجلس مع مواطني أي دولة عضو في المجلس ملكية العقارات والأراضي، وتمييز رعايا دولهم عن غيرهم من الأجانب.

قائمة المراجع

- د. أبو العلا النمر، العولمة والنظام العالمي الجديد، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، لسنة ٢٠٠٤م.
- د. أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م.
- هانس - بيترمارتين وهارالدتشمومان، فخ العولمة، ترجمة د. عدنان عباس، مراجعة وتقديم د. رمزي زكي، سلسلة كتب عالم المعرفة - الكويت، العدد "٢٣٨" في أكتوبر ١٩٩٨م.
- أ/ عبد الستار أحمد مجيد الحوري، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والمصري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣م.
- إبراهيم بن محمد العلوان، الجريدة الاقتصادية الإلكترونية تحت موضوع اختيار الموقع المناسب أول شروط نجاح الاستثمار العقاري على الرابط التالي: <http://www.aleqt.com/article/٢٠/٠٦/٢٠٠٩/> - ٢٤٢٣٢٠.html.
- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية أحكام الجنسية والمواطن ومركز الأجنب دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، بدون دار نشر، لسنة ٢٠٠٧م.
- تقرير مناخ الاستثمار في الدول العربية لسنة ١٩٩٤م، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.
- د. مصطفى ياسين الأصبحي، حق الأجنب في التملك في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، لسنة ١٩٩٩م، دار النشر: المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- د. هشام صادق، د. عكاشة محمد عبدالعال، د. حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجنب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- د. أحمد شرف الدين، طرف إزالة المعوقات القانونية، - تشخيص الحالة المصرية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.

- د. أحمد عبد الحميد عشوش؛ د. أحمد محمد الهواري؛ د. محمد بهنسي، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومركز الأجنبي)، القسم الثاني، مركز الأجنبي، بدون دار نشر، لسنة ٢٠٠٢ / ٢٠٠٣ م.
- د. أسامة جمال الدين ناصف، المرشد القانوني والعملي لغير المصريين في مصر، الطبعة الثانية، مكتبة الدكتور/ أسامة ناصف للمحاماة والاستشارات القانونية، بدون سنة نشر.
- د. بدرعلي الجمرة، رسالة دكتوراه مقدمة لنيل درجة الدكتوراه بكلية الحقوق جامعة القاهرة بعنوان ضمانات الاستثمار وفقاً للقانونين المصري واليمني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٢ م.
- د. بسيوني عبد الله البسيوني، تقييم فعاليات القانون بخصوص ضمانات الاستثمار، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد ٤٤٩ - ٤٥٠ السنة ٨٩، القاهرة يناير - إبريل ١٩٩٨ م.
- د. ثروت عبد الرحيم، الملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية، الناشر: عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م.
- د. رضا عبد السلام، محددات الاستثمارات الأجنبية المباشرة في عصر العولمة، دراسة مقارنة لتجارب كل من دول شرق وجنوب آسيا وأمريكا اللاتينية مع التطبيق على مصر، منشور في مجلة جامعة المنصورة، مصر سنة ٢٠٠٢ م.
- د. سامي عبد الباقي أبو صالح، الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣ م.
- د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانون الداخلي والقانون الدولي، دار الطبع بدون، دار نشر بدون.
- د. عبد العزيز سعد يحيى النعماني، القانون الدولي الخاص مركز الأجنبي المبادئ القانونية العامة في ظل القانون اليمني دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، سلسلة إصدارات جامعة صنعاء، لسنة ٢٠٠٦ م.
- د. عبد العزيز سعد يحيى النعماني، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر، دراسة قانونية مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، لسنة ٢٠٠٢ م.

- د. عبد الكريم أحمد الثلايا، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية في منازعات عقود الاستثمار، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠١٤م.
- المستشار/ أشرف أحمد هلال، دليل إجراءات الاستثمار الأجنبي بالمملكة العربية السعودية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٣٤هـ / ٢٠١٣م، راجع بنود القانون في ذات المرجع السابق، أعلى الموقع الإلكتروني على الرابط:
http: // www. gcclegal. org/ BrowseLawOption. -
LawID&١=aspx?country=٣٧٠٩.
- د. عبد الكريم يحيى الصوملي، حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري واليمني مع الاهتمام بالأنظمة الخليجية والفقهاء الإسلامي دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، جمهورية مصر العربية، القاهرة، لسنة ٢٠١٦م) رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس بعنوان: حق الأجنبي في التملك والاستثمار العقاري في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي - لسنة ٢٠١٥م).
- د. عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، لسنة ٢٠١٠م.
- د. عصام الدين القسبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- د. عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الآخذة في النمو، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، المطبعة العالمية، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، لسنة ١٩٧٢م.
- د. علي علي حبيش، العولمة والبحث العلمي، كتاب ملحق بمجلة الأهرام الاقتصادي الأسبوعي، العدد الصادر في أول ديسمبر ١٩٩٧م.
- د. فاضل حمة صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٤م.
- د. فريد أحمد قبلان، الاستثمار الأجنبي في الدول العربية الواقع والتحديات، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، لسنة ٢٠٠٨م.
- د. محمد أحمد علي، شروط تمتع الاستثمار الأجنبي بالتسهيلات والامتيازات

- والقيود المفروضة عليه، بحث منشور في مجلة اليمن الجديد، وهي مجلة شهرية ثقافية جامعة تصدر عن وزارة الإعلام والثقافة في الجمهورية اليمنية، السنة الثامنة عشرة، يونيو ١٩٨٩م.
- د. محمد أحمد علي، إطار استثمار رأس المال الأجنبي الخاص (المشروع المشترك)، مقال منشور في مجلة دراسات يمنية، يصدرها مركز الدراسات والبحوث اليمني بصنعاء، العدد (٣٥)، يناير/ مارس ١٩٨٩م
- د. محمد الرميحي، العولمة وفخاخها، مقال منشور في مجلة العربي الكويتية، العدد رقم (٤٨٤) الصادر في مارس ١٩٩٩م.
- د. محمد السعيد رشدي، إحياء الأرض الموات كسبب من أسباب كسب ملكيتها، مطبعة دار قاصد كريم للطباعة، لسنة ١٩٩٢م، دار النهضة العربية.
- د. محمد حسن إسماعيل، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة للبحوث، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٤م.
- د. محمد سويلم، الاستثمارات الأجنبية في مجال العقارات، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، منشأة المعارف، بالإسكندرية.
- د. حسين حسين شحاتة، زكاة شركة المقاولات والاستثمارات العقارية، موسوعة فقه ومحاسبة الزكاة، المنشور على الموقع الإلكتروني على الرابط:
www. Darelmashora. com
- د. عبد السلام أبو قحف، اقتصاديات الاستثمار الدولي، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٩١م.
- د. شكري صالح إبراهيم الصعيدي، تنظيم الاستثمارات العقارية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، لسنة ١٩٩٠م.
- د. عبد الفتاح مراد، موسوعة الاستثمار، شرح تفصيلي مقارن لتشريعات الاستثمار في مصر والدول العربية، دار الكتب والوثائق المصرية، بدون سنة نشر.
- د. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، في الجنسية ومركز الأجانب، مطابع دار الكتاب العربي بمصر، مكتبة دار النهضة المصرية بالقاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٥٥م.

- د. عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الحادية عشرة، ١٩٨٦م.
- د. أحمد قسمت الجداوي، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٧٨م.
- د. هشام علي صادق، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، المجلد الثاني، مركز الأجانب، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٧٧م.
- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الجانب وتنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١م - ١٩٩٢م.
- د. غسان علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦م.
- د. محمد سامي عبدالحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الأول، الجماعة الدولية، الطبعة الخامسة، ١٩٩٦م، دار الجامعيين لطباعة الأوفست والتجليد، الناشر: دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية.
- د. عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٦٢م، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٨م.
- د. محمد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، ١٣٦٢هـ - ١٩٤٣م، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، الناشر، مكتبة دار النهضة المصرية.
- د. حامد سلطان، أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، طبعة مصورة، سنة ١٩٨٦م، مطبعة الفتح التجارية، مصر، الناشر دار النهضة العربية.
- أحمد طه السنوسي، فكرة الجنسية في التشريع الإسلامي المقارن، مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، العدد ٢٨٨، السنة ٤٨، أبريل ١٩٥٧م.
- أبو العلاء المودودي، أهل الذمة، دار الأنصار بالقاهرة، ١٩٨٧م.
- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، مركز الأجانب بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي الخاص المصري، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون جامعة

- الأزهر، ١٩٧١م، مكتوبة على الآلة الكاتبة.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، ١٩٨٩م.
- د. عصام الدين القصي، الأصول الإسلامية للقانون الدولي الخاص، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون تصدر عن كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الخامس، مايو ١٩٩١م.
- د. حاتم جعفر، منظومة التمويل ودورها في تحسين السوق العقاري، طبعة ٢٠٠٣م.
- سامي سويلم، الاستثمار العقاري، الموسوعة الحرة، لسنة ٢٠٠٩م.
- الاستثمار العقاري، لرجل الأعمال الفلبيني ريبورت كيوساكي، الموسوعة الحرة، شبكة المعلومات الدولية (الانترنت)، بتاريخ: ١٥ / ١٠ / ٢٠٠٩م.
- المحاسب الأول خالد طاهر الحبابي، على موقع تواصل الإنترنت
/com.http://www.almohasb\
- د. عبد الرزاق قاسم، محام في جمعية المحامين القانونيين السوريين لمفهوم المعيار الدولي رقم ٤٠ الخاص بالاستثمارات العقارية.
- صناديق الاستثمار، المجموعة المصرية للخدمات المالية، ٢٠٠٩م راجع الموقع الإلكتروني على الرابط:
http://books.esgmarkets.com
- أ/ عبد المحسن يحيى الجهيمي، حماية حقوق المستثمرين في المساهمات العقارية، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ط١، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.
- د. محمد حسين إسماعيل، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية، مطبوعات معهد الإدارة، طبعة سنة ١٩٩٥م.

القوانين والأعمال التحضيرية:

١. قانون تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضي الفضاء، رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٩٦م.
٢. قانون تملك غير اليمنيين للعقارات رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٩م.

٣. قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م، ولائحته التنفيذية لسنة ٢٠٠٤م.
٤. قانون الاستثمار اليمني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠م.
٥. قانون الاستثمار اليمني رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٢م.
٦. الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م.
٧. الدستور اليمني لسنة ٢٠٠١م.
٨. قانون أراضي وعقارات الدولة اليمني رقم (٢١) لسنة ١٩٩٥م.
٩. نظام حماية وتشجيع الصناعات الوطنية السعودي رقم (٥٠) لسنة ١٣٨١هـ.
١٠. التنظيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م / ١٥) بتاريخ ١٧ / ٤ / ١٤٢١هـ وبقرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٨٩) بتاريخ ٨ / ٤ / ١٤٢١هـ بشأن نظام تملك غير السعوديين للعقار واستثماره.
١١. قانون الاستثمار السعودي رقم (١) لسنة ١ / ٥ / ١٤٢١هـ.
١٢. القانون رقم (٧٤) لسنة ١٩٧٩م بشأن تنظيم تملك غير الكويتيين للعقارات.
١٣. القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٥م بشأن الملكية العقارية لإمارة أبوظبي.
١٤. القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٦م بشأن التسجيل العقاري في إمارة دبي.
١٥. القانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦م بشأن تحديد مناطق تملك غير المواطنين للعقارات في إمارة دبي.
١٦. القانون رقم (٥) لسنة ٢٠١٠م بشأن التسجيل العقاري في إمارة الشارقة.
١٧. قانون رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦م بشأن الملكية العقارية في إمارة أم القيوين الإماراتية.
١٨. المرسوم السلطاني رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٦م في شأن نظام تملك غير العمانيين للعقارات في المجمعات السياحية المتكاملة.
١٩. قانون إيجار الأموال غير المنقولة وبيعها لغير الأردنيين والأشخاص المعنويين رقم (٤٧) لسنة ٢٠٠٦م.
٢٠. قانون اكتساب غير اللبنانيين للحقوق العينية العقارية في لبنان بموجب المرسوم رقم (١١٦١٤) بتاريخ ٤ / ١ / ١٩٦٩م، المعدل بموجب القانون الجديد رقم (٢٩٦) لسنة ٢٠٠١م.

٢١. القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٤م بشأن تملك وانتفاع غير القطريين بالعقارات والوحدات السكنية.
٢٢. القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١م بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي لدولة الكويت.
٢٣. المرسوم العماني رقم (١٠٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن استثمار رأس المال الأجنبي.
٢٤. القرار رقم (٤٣) لسنة ٢٠٠٣م بشأن تملك غير البحرينيين للعقارات المبنية والأراضي.
٢٥. قانون الاستثمار القطري رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٠م.
٢٦. قانون الاستثمار السوري بالمرسوم التشريعي رقم (٨) لسنة ٢٠٠٧م.
٢٧. قانون تشجيع الاستثمار السوداني لسنة ١٩٩٩م.
٢٨. قانون الاستثمار الأردني لسنة ٢٠١٤م.
٢٩. قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ والمعدل بقانون الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠١٠م.
٣٠. الاتفاقية الاقتصادية المشتركة لدول مجلس الخليج العربي تم التوقيع على هذه الاتفاقية في ١٦ / شوال / ١٤٢٢هـ الموافق ٣١ ديسمبر ٢٠٠١م خلال انعقاد الدورة ٢٢ للمجلس.
٣١. الاتفاقية الخليجية المشتركة المنظمة لملكية العقارات بين رعاياها في الدورة الثالثة والعشرين للمجلس الأعلى لدول مجلس التعاون الخليجي في الدوحة، ديسمبر ٢٠٠٢م.
٣٢. المستشار/ احمد إبراهيم عطية، مجموعة التشريعات المصرية للقانون المدني معلقاً عليه بأحدث أحكام محكمة النقض، شركة ناس للطباعة، الطبعة السادسة، ٢٠١٤م.

المراجع الأجنبية:

- () Upali (K): Investment. Industrialization and TNCs in selected Asian, regional Development Dialogue vol. 14, N. 4 1993, p 36.
- () UNCTAD World Investment Report, 1996.
- () UNCTAD World Investment Report, 1993.
- () UNCTAD World Investment Report, 1979.
- ((www. transasialawyers. com/ publicfiles/ N2 – MelliDarsa – E. pdf
- ((http: / / www. financeasia. com/ News/ 387232, foreign – investment – changes – in – indonesia. aspx
- ((Wenhua (S): The Legal Protection of Foreign Investment: A Comparative Study. Bloomsbury Publishing, 2012,
- «The current eagerness for the development world to attract foreign investment could easily fade and the more hostile LCD attitudes of 1960s and early 1970s towards MNEs could return again”. Cynthia (D) and Contributors: Foreign direct investment in the 1990s, 1990.,
- « A restrictive but stable investment climate may not deter an MNC if it has found a profit making opportunity, while an investment environment that is in flux but generally improving may encourage an enterprise to delay investing in the hopes of getting a better deal later on”. Cynthia (D) and Contributors: Foreign direct investment in the 1990s, 1990, Op. Cit.

Contents

Editorial of the issue	6
Editor	
Subordinated responsibility for his subordinate's act – A comparison between Islamic Law and the law and the reasons for amending the Yemeni Civil Law No. (19) of 1992	9
Judge Abdul-Aziz Al-Baghdadi	
Endowment Proof in Yemen	29
Professor Dr. Abdul-Mu'min Shujaa El-Din	
Qualifying the graduates of the Higher Judicial Institute to be ready for judicial work (A reading aimed at comparing training to practical experience)	49
Dr. Khaled Abdullah Al-Jamra	
The dilemma posed by combining the two punishments, the death punishment as mandatory "Qesas" and the death punishment as discretionary "Ta'zir" (Critical Analytical Study)	65
Judge Dr. Saleh Abdullah Al-Marfadi	
Cheque crimes in Yemeni "Commercial and Penalties" Legislation (A Comparative study with Egyptian Legislation)	107
Dr. Muhammad Yahya Al-Selmi	
Criminal behavior in the crime of human trafficking	191
Judge Muhammad Sharaf Al-Wareeth	
Foreigners' Right to Possess Property and Invest in Real Estate in the Egyptian and Yemeni Investment Acts as well as in the statutory legislation	205
Dr. Abdul-Kareem Yahya Yahya Al-Sawmali	

Editorial Board

Editor - Head of technical office

Judge/ Khaled Abdulaziz Al-Baghdadi

Managing editor

Mr. Ibrahim Mohammed Ahmed Zayed

Editorial Secretary

Mutasim Abdul Rahman Sharaf Al-Deen

Artistic Director (Director)

Abed Abdullah Salem Azzan

References and proofreader

Mohammed Abdul Lateef Al Mahdi

Photocopy and printing

Najwa Abdel Jaleel Ahmed

advisory body

the judge. Dr. Essam Abdel Wahab Al-Samawi

the professor. Dr. Muhammad Hussain Al-Shami

Judge/ Saad Ahmed Hadi

Judge/ Abdulaziz Dia Al-Deen Al-Baghdadi

the judge. Dr. Abdulmalik Abdullah Al-Gendari

the professor. Dr. Abdul-Momen Shuja Al-Deen

Dr. Mohammed Abdul-Malik Al-Mahbashi

Mr. Abdullah Mohammed Rajeh

the professor. Dr. Mohammed Saad Nejad

اليمن - صنعاء



jjlrs@moj.gov.ye



<https://www.facebook.com/almjalh.alqadaeh>



<https://twitter.com/almjalhalqadaeh>



t.me/almjalhalqadaeh



771791511





Journal of Judicial and Legal Studies and Research

***A quarterly journal for judicial and legal research and studies,
issued by the Technical Office of the Ministry of Justice***

Issue (9) 2023

General supervision

**Judge /Nabil Naser Al-azani
Minister of justice**

***The published research does not express the opinion of the Journal, but
rather the opinion of its writers***

Deposit NO: 460/ 1444 | 2022

Journal of Judicial and Legal Studies and Research



***A quarterly journal for judicial and legal research and studies,
issued by the Technical Office of the Ministry of Justice***

- **Subordinated responsibility for his subordinate's act – A comparison between Islamic Law and the law and the reasons for amending the Yemeni Civil Law No. (19) of 1992**
Judge Abdul-Aziz Al-Baghdadi
- **Endowment Proof in Yemen**
Professor Dr. Abdul-Mu'min Shujaa El-Din
- **Qualifying the graduates of the Higher Judicial Institute to be ready for judicial work (A reading aimed at comparing training to practical experience)**
Dr. Khaled Abdullah Al-Jamra
- **The dilemma posed by combining the two punishments, the death punishment as mandatory "Qesas" and the death punishment as discretionary "Ta'zir" (Critical Analytical Study)**
Judge Dr. Saleh Abdullah Al-Marfadi
- **Cheque crimes in Yemeni "Commercial and Penalties" Legislation
(A Comparative study with Egyptian Legislation)**
Dr. Muhammad Yahya Al-Selmi
- **Criminal behavior in the crime of human trafficking**
Judge Muhammad Sharaf Al-Wareeth
- **Foreigners' Right to Possess Property and Invest in Real Estate in the Egyptian and Yemeni Investment Acts as well as in the statutory legislation**
Dr. Abdul-Kareem Yahya Yahya Al-Sawmali