



مجلة

البحوث والدراسات القضائية والقانونية

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

- الطريق إلى العدالة الانتقالية في الجمهورية اليمنية
القاضي / عبد العزيز ضياء الدين البغدادي
- أجور السمسرة (السعاية) في القانون اليمني
الأستاذ. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
- تداول الأوراق المالية في القانون اليمني
الأستاذ. الدكتور/ عبد الخالق صالح عبد الله معزب
- سلطات مأمور الضبط القضائي والأخطاء الشائعة
في مرحلة جمع الاستدلالات
الأستاذ. الدكتور/ منير محمد الجوبي
- المبادئ الأساسية لحقوق المتهم في مرحلة المحاكمة
في القانون اليمني وأهم المبادئ العالمية لحقوق الإنسان
القاضي / أحمد محمد الجندي
- استشكالات التنفيذ
الدكتور/ عبدالوهاب محمد عبدالوهاب السادة
- الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي في القانون اليمني
«دراسة مقارنة بالقانون المصري»
المحامي. الدكتور/ مجدي عبدالملك محمد قيس
- دور المؤسسات الدولية واليمنية المعنية بحقوق الإنسان
في تعزيز وحماية حقوق الإنسان
الدكتور/ أحمد عبدالوهاب عبدالواحد الأكوغ



مجلة

البحوث والدراسات القضائية والقانونية

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

العدد (10) محرم - ربيع أول 1445هـ

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

قواعد النشر في المجلة

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

إرشادات متعلقة بالطباعة

١- أن يكون البحث مطبوعاً بخط: (Simplified Arabic)،

وبخط الخط (١٤) بالنسبة للمتن، وبالنسبة لهوامش يكون بخط الخط (١٢)، وبخط 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	الطريق إلى العدالة الانتقالية في الجمهورية اليمنية القاضي / عبد العزيز ضياء الدين البغدادي
٤٣	أجور السمسرة (السعاية) في القانون اليمني الأستاذ. الدكتور/ عبد المؤمن شجاع الدين
٦٥	تداول الأوراق المالية في القانون اليمني الأستاذ. الدكتور/ عبد الخالق صالح عبد الله معزب
٨٥	سلطات مأمور الضبط القضائي والأخطاء الشائعة في مرحلة جمع الاستدلالات الأستاذ. الدكتور/ منير محمد الجوبي
١١٣	المبادئ الأساسية لحقوق المتهم في مرحلة المحاكمة في القانون اليمني وأهم المبادئ العالمية لحقوق الإنسان القاضي / أحمد محمد الجندبي
١٥٧	استشكالات التنفيذ الدكتور/ عبدالوهاب محمد عبدالوهاب السادة
٢١١	الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي في القانون اليمني «دراسة مقارنة بالقانون المصري» المحامي. الدكتور/ مجدي عبد الملك محمد قيس
٢٤١	دور المؤسسات الدولية واليمنية المعنية بحقوق الإنسان في تعزيز وحماية حقوق الإنسان الدكتور/ أحمد عبدالوهاب عبدالواحد الأكوع

افتتاحية العدد

رئيس التحرير

في عامها الثاني.. وبعد إعادة إصدارها في حلتها الجديدة؛ ها هي "مجلة البحوث والدراسات القضائية والقانونية" تمضي في طريقها بثبات وبخطى واثقة في سبيل تحقيق أهم هدف من أهدافها وهو "خدمة العدالة" من خلال الإسهام في نشر المعرفة والثقافة القانونية والحقوقية لدى العاملين في الحقل القضائي والقانوني، ولا يفوتني هنا التنويه إلى الدور الكبير الذي تبذله قيادة الوزارة ممثلة بمعالتي وزير العدل فضيلة القاضي نبيل ناصر العزاني؛ في سبيل تذليل الصعاب التي تعترض إصدار المجلة وحرص معاليه شخصياً على استمرارية إصدارها، إيماناً منه بأهمية التوعية والتثقيف القضائي والقانوني، والدور الذي يلعبه في سبيل رفع مستوى المعرفة والثقافة القانونية والقضائية لدى العاملين في مجال القضاء، وهذا الاهتمام وتلك العناية الكريمة من معاليه تمثل بالنسبة لنا دافعاً قوياً لبذل المزيد من الجهد وتحقيق أعلى مستويات الجودة في الأداء والإنجاز.

ويطيب لنا أن نستهل العدد العاشر ببحث لفضيلة القاضي عبد العزيز ضياء الدين البغدادي بعنوان: (العدالة الانتقالية في اليمن)، تناول فيه الباحث العدالة الانتقالية بكل أبعادها الفلسفية والإنسانية والحقوقية، ليقف القارئ الكريم على مفاهيم العدالة الانتقالية ومعانيها المختلفة.

أما البحث الثاني فقد جاء بعنوان: (أجور السمسرة "السعاية" في القانون اليمني) لفضيلة الدكتور عبد المؤمن شجاع الدين، أستاذ الشريعة والقانون، الذي سلط الضوء على أجور السمسرة والسعاية في القانون اليمني وهو من المظاهر الأكثر شيوعاً في مجتمعنا اليمني، ولأن مهنة السمسرة والسماصرة لازالت في اليمن من المهن العشوائية التي لم يتم تنظيمها من حيث تحديد الأشخاص الذين يقومون بها والشروط والواجبات التي يجب توفرها فيهم وغير ذلك من المسائل التنظيمية لمهنة السمسرة (السعاية)، جاءت فكرة إعداد هذا البحث كما يقول مؤلفه.

أما البحث الثالث فقد حمل عنوان: (تداول الأوراق المالية في القانون اليمني) لفضيلة الدكتور عبد الله الخالق معزب، أستاذ القانون التجاري المشارك، تناول فيه تعريف الأوراق المالية، وهي الأسهم بمختلف أنواعها، وهو بحث مهم لا غنى عنه للعاملين في مجال القضاء التجاري.

وبما أن مرحلة جمع الاستدلالات تعد من أهم مراحل تحقيق العدالة فقد جاء البحث الرابع بعنوان: (سلطات مأمور الضبط القضائي والأخطاء الشائعة في مرحلة جمع الاستدلالات) لفضيلة الدكتور منير الجوبي، أستاذ القانون الجنائي المشارك، بين فيه سلطات واختصاصات مأمور الضبط القضائي وأهمية ذلك الدور في تحقيق العدالة وكيفية تجنب الأخطاء الشائعة في مرحلة جمع الاستدلالات، وقد رُفد بحثه بمجموعة لا بأس بها من النماذج الجاهزة التي يمكن لمأمور الضبط القضائي الاستفادة منها في عمله.

أما الموضوع الخامس وهو دراسة بعنوان: (المبادئ الأساسية لحقوق المتهم في مرحلة المحاكمة في القانون اليمني وأهم المبادئ العالمية لحقوق الإنسان) للأستاذ أحمد الجندبي، استعرض فيها هذه المبادئ التي تضمنتها أحكام قانون الإجراءات الجزائية والمعتضدة بالقواعد الدستورية المستقاة في الأساس من شريعتنا الإسلامية والمبادئ والاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

وعن الاستشكال في التنفيذ، جاء بحث الدكتور عبد الوهاب السادة، أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد بعنوان: (استشكالات التنفيذ)، تطرق فيه إلى تعريف منازعات التنفيذ وأقسامه، وطرقه، وقال إنها عقبات قانونية تطرح بصدها خصومة على القضاء.

أما الموضوع السابع من مواضيع هذا العدد فهي دراسة بعنوان: (الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي في القانون اليمني "دراسة مقارنة بالقانون المصري") لفضيلة الدكتور مجدي قيس، المحامي في القانون الجنائي، ركز فيها على مفهوم الحبس الاحتياطي، وشروطه، وضماناته، وطبيعة الدفع ببطلانه وآثاره.

ومسك ختام مواضيع هذا العدد دراسة بعنوان: (دور المؤسسات الدولية واليمنية المعنية بحقوق الإنسان في تعزيز وحماية حقوق الإنسان) لفضيلة الدكتور أحمد الأكوع، الأستاذ الجامعي، سلط الضوء فيه على الإطار القانوني والتنظيمي

للمؤسسات الدولية واليمنية لبيان مدى استقلاليتها وصلحياتها، وصولاً إلى تحديد طبيعة هذه المؤسسات ودورها وأدواتها، ومدى فعاليتها في أداء المهام الموكلة إليها، والتعرف على النقص والقصور الذي يعتري هيكل تلك المؤسسات، ومن ثم الخروج بتوصيات لمعالجتها.

وبعد هذه الإطالة السريعة على محتويات هذا العدد تتمنى أن نكون قد وفقنا في اختيار المواضيع التي حملها بين دفتيه، سعياً لإرضاء الله تعالى أولاً، ثم القارئ الكريم ثانياً.



البحوث والأبحاث القضائية والقانونية

الطريق إلى العدالة الانتقالية في الجمهورية اليمنية

القاضي / عبد العزيز ضياء الدين البغدادي

مجلة
البحوث والأبحاث
القضائية والقانونية

مقدمة

نعم العدالة حُلم والعدالة الانتقالية جزء من هذا الحلم الكبير للإنسان الباحث عن الحرية والعدالة والكرامة الإنسانية، وهو حُلم بطول الحياة وعرضها على المستوى العام والخاص للفرد والمجتمع.

وحين نصف العدالة بالحلم لانقصد بذلك التئيس من السعي نحو تحقيقه وإنما التحفيز للعمل من أجل ذلك، لأن الأحلام عند الأحرار ملح حياتهم وعنوان أي نشاط إبداعي يقومون به أو ينوون القيام به فالنوايا أحلام وهي الخطوة الأولى نحو العمل حسب الحديث النبوي الشريف: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)، والمعنى هنا اقتران النية بالعمل مع التأكيد بأن العمل هو الأصل أي أنك إذا نويت القيام بعمل ما وبذلت وسعك في إنجازه ثم حالت بينك وبين هدفك أو تحقيق حلمك معوقات خارجة عن إرادتك، فالقاعدة هنا: قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾.

وهذا لا يعني أن النية وحدها تغني، العمل يحتوي على المضمون الذي باتت النية ضمن تكوينه بعد أن تجاوزت النية إلى الفعل، ولذلك لا يعاقب القانون على النوايا مهما كان سوءها وإنما يعاقب على كل فعل قام به الإنسان بهدف إحداث فعل مجرم وحدثت عنه نتيجة ما، كما يعاقب على جرائم الشروع إذا لم تتحقق النتيجة لأسباب خارجة عن إرادة الفاعل أو التارك لأن الجريمة تكون بالفعل المباشر كما تكون بالترك أي بالسلب أو الإيجاب.

والعدالة الانتقالية من خلال جمع مفهومها بين القانون والسياسة والعدالة فإن انتهاكها للحقوق والحرية يكون بكل الوسائل والإجراءات والسياسات المخالفة للقانون وللسياسات الحكيمة ولا جريمة ولا عقوبة حسب المبدأ الدستوري والقانوني: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون) وكل الجرائم يجب أن تدرج ضمن الأفعال المعاقب عليها سواء كانت السياسة متجهة نحو العقاب أو نحو العفو بالشروط الواجب الالتزام بها والتي يجب أن توضع في الاعتبار عند البدء بالصياغة النهائية لقانون العدالة الانتقالية والعمل على تنفيذه، وهذا مرهون بتحقيق شروط إصدار القانون وأهمها:

- ١- حدوث الانتقال الفعلي من حالة الثورة أو الاضطراب والفوضى والحكم المستبد الذي ارتكب التجاوزات وانتهاكات حقوق الإنسان إلى حالة الاستقرار.
- ٢- انتخاب سلطة جديدة تعبر عن إرادة الشعب وتبني مطالبه في عدالة انتقالية تتوفر فيها كل الشروط والأركان المتفق عليها دولياً والتي طبقت بإشراف الأمم المتحدة

في العديد من تجارب الدول التي مرت بأحداث وثورات وانقلابات وتجاوزتها. ٣- ولأن هذه الشروط لم تتوفر في التجربة اليمنية لأسباب داخلية وخارجية عديدة بعضها معلوم والبعض الآخر مازال قيد التكتّم، ورهن النفاق السياسي السائد المسير للسياسة الدولية فإن صدور ما أسمى بقانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية في اليمن عام ٢٠١٣ صار في حكم العدم.

في هذا البحث تناولت حسب المتاح مفهوم العدالة الانتقالية كمصطلح من مصطلحات القانون الدولي الجديدة نسبياً وشروطها وأركانها، كما قدمت قراءة أولية متواضعة لمشروع القانون المشار إليه آنفاً نشرته فور إصداره بصورة مستعجلة بدفع بعض القوى والأحزاب السياسية التي كان بعضها كما تبين حينها مدفوعاً بدافع الحرص على إخراج اليمن من دوامة العنف التي كانت مؤشراتنا واضحة من خلال تكثيف التدخل السعودي في الشأن اليمني وعدم تمكن اليمنيين مع الأسف من جعل مبادرة حل القضية اليمنية بأيديهم وهو سر نجاح كل الحلول في كل مراحل الصراع سواء في اليمن أو في أي بلد في العالم عملاً بالمثل الشعبي اليمني والعربي: (ماحك جلدك مثل ظفرك).

وقد بينت الأحداث والوقائع على الأرض منذ ذلك الحين وحتى اللحظة أن الاستعجال المخل الذي حرك المشروع والعمل على دفن الحقائق والإخلال بمبادئ العدالة وعدم مواجهتها بصدق وصبر وشفافية وروح جهادية حقيقية، وتقديم كل ذلك قرباناً للسياسة والحكمة المزعومة تبين أن كل ذلك هو أساس المشكلة التي دفننا رؤوسنا جميعاً في الرمال وما زلنا كي لا نرى الحقيقة التي هي مفتاح العدالة الانتقالية وقلبها.

في المفهوم:

مصطلح العدالة الانتقالية من أحدث مصطلحات القانون الدولي وهو مصطلح يتكون من كلمتين يرتبط وجود أحدهما بالآخر هما: العدالة، والانتقال فالعدالة مفهوم عام إذا تبعه الانتقالية حوله إلى معنى خاص هو: (العدالة الانتقالية) المعروف اليوم كمصطلح قانوني سياسي يعطي للعدالة معنىً ظرفياً للعدالة ذا معنى تتداخل فيه فروع القانون العام والخاص الدولي والوطني والسياسي بالقانوني، ولكن بما يجعل السياسة خادماً للعدالة وليس العكس!، ولهذا فإننا سنقسم هذه القراءة إلى جزأين الأول: المفهوم العام الدولي للعدالة الانتقالية ويتضمن الجزء الثاني فيتضمن: قراءة أولية لمشروع قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية:

أولاً: المفهوم العام الدولي للعدالة الانتقالية؛

يبدو أن محاولة جادة للإجابة على السؤال الذي تضمنته العبارة: (كيف نحول الأخطاء البشرية عدلاً؟)، التي كتبها كبير أساقفة جنوب إفريقيا "ديزموند توتو" على جدار منزله في - كيب تاون- العاصمة، ومعلوم أن جنوب إفريقيا عاشت في ظل نظام التمييز العنصري للحكام الذين هم أقلية من البيض أصولهم هولندية وبريطانية وبرتغالية، وقد استمر نظام الفصل العنصري المعروف ب (الأبارتايد) - مصطلح أصله انجليزي من عام ١٩٤٨م وهو عام احتلال اليهود الصهاينة لفلسطين، وقد انتهت مأساة جنوب إفريقيا عام ١٩٩٠م عام تحقيق الوحدة السياسية اليمنية المهددة بمخاطر عديدة من الداخل والخارج!

أما مأساة فلسطين فإنها تزداد نمواً وتعقيداً، بفضل السلطات العربية الفلسطينية التي تدار وتغذى انقساماتها وممارساتها السرية والعلنية ضد الشعب الفلسطيني والشعوب العربية من مطابخ معلومة مجهولة يساعدها مستوى ضعف الوعي بحجم المأساة وأبعادها وكيفية مواجهتها، ويبدو أن من الواجب أن ترتبط محاولة الإجابة على سؤال الأسقف الجنوب إفريقي عميق الدلالة بمحاولة جادة وفاعلة للإجابة على سؤال مفترض مهم هو: كيف العمل لتحقيق عدالة انتقالية حقيقية وفق معايير الأمم المتحدة والمجلس الدولي لحقوق الإنسان وكل الدول التي طبقت هذه المعايير تطبيقاً فعلياً ولم تتلاعب بالعدالة خدمة للسياسة كما هو حاصل في معظم بلدان إن لم يكن جميع البلدان التي عانت وما تزال من الاضطرابات واستمرار السياسات الخاطئة والاستبداد وممارسة العديد من أشكال التمييز العنصري والعرقى والديني والمذهبي والانتهاكات القاسية لحقوق الإنسان وتغذية النزعات الانفصالية والمناطقية وغيرها من الممارسات؟.

ومن الواضح أن تعاطف شعب وحكومة جنوب إفريقيا ومواقفهم الشريفة الداعمة للشعب الفلسطيني وقضيته العادلة في كل المحافل والمناسبات تأتي من إدراك ووعي شعب جنوب إفريقيا ثم حكومته بخطورة العنصرية التي عانى منها، ومن المؤكد أن من علامات الدول الحرة والقوية أن يكون الشعب على وعي تام بأنه صاحب السلطة يمنحها من يشاء ويسحب الثقة عن أي حكومة لا تحقق مصالحه ولا تقدم له الخدمة اللازمة ولا تحترم الدستور ومبدأ سيادة القانون، هذا هو المؤشر لوجود شعب مؤهل لفرض وتحقيق عدالة انتقالية بكامل الشروط والمعايير الدولية التي ترسم معالمها وتدعم خطوط سيرها نحو تحقيق السلام- الغاية المرجوة منها.

وهناك تجارب كثيرة للدول التي عانت من انتهاكات حقوق الإنسان وما صنعتها في مجال تطبيق العدالة الانتقالية وهي تجارب تختلف من دولة لأخرى إلا أن أقسى تجربة كما هو واضح ما جرى ويجري في اليمن وسبب ذلك في الجزء الثاني من هذه القراءة.

محاولة للتعريف:

عرّفت الأمم المتحدة، والمجلس الدولي لحقوق الإنسان والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وبعض فقهاء القانون والسياسة والباحثين العدالة الانتقالية بأنها:

١- في ٢٠١٠م تبنت الأمم المتحدة التعريف التالي للعدالة الانتقالية: (مجموعة كاملة متكاملة من الآليات المرتبطة بالمجتمع التي تهدف إلى إزالة إرث من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان التي ارتكبت على نطاق واسع في الماضي، يكون تطبيق هذه الآليات من شأنه ضمان المساءلة وخدمة العدالة وتعزيز المصالحة)^(١).

٢- ويرى المستشار عادل ماجد أن من أهم الأحكام التي أسست لمفهوم العدالة الانتقالية: (في شكلها المعاصر حكم المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان في قضية رودريجز ضد هندوراس عام ١٩٨٨م حيث أكدت أنه تقع على الدول أربعة التزامات أساسية في مجال حقوق الإنسان وهي:

أولاً: اتخاذ خطوات معقولة لمنع انتهاكات حقوق الإنسان.

ثانياً: إجراء تحقيقات جادة بشأن الانتهاكات عند وقوعها.

ثالثاً: فرض عقوبات ملائمة على المسؤولين عن الانتهاكات.

رابعاً: ضمان تقديم التعويض لضحايا الانتهاكات.

وقد أكدت المحكمة هذه المبادئ صراحةً في قراراتها اللاحقة كما تم التأكيد عليها في قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وهيئات الأمم المتحدة ومنها المجلس الدولي لحقوق الإنسان)^(٢).

(١) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة "نهج الأمم المتحدة في شأن العدالة الانتقالية": مذكرة توجيهية، مارس ٢٠١٠م رقم الوثيقة (٣٨٥٧٦-١٢-ص٠٤) نقلاً عن: العدالة الانتقالية كمصدر لتعزيز الحماية الدولية المعيارية لحقوق الإنسان أطروحة قدمت لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق مقدمة من الطالبة سامية يتوجي جامعة محمد خيضر - بسكرة - الجزائر ص(٣٧).

(٢) المستشار عادل ماجد نائب رئيس محكمة النقض المصرية في كتابه - الإصدار الأول من سلسلة إصدارات العدالة الانتقالية في العالم العربي - معايير تطبيق العدالة الانتقالية في العالم العربي - ص (٢٣-٢٤).

أهم أسباب غموض مصطلح العدالة الانتقالية وجذورها التاريخية:

لا يزال مفهوم العدالة الانتقالية محاطاً بكثير من الغموض والالتباس لعوامل عديدة منها:

١- أن المصطلح ما زال حديثاً نسبياً أقصد مفهومه المعاصر أما جذور العدالة الانتقالية حسبما يرى كثير من المؤرخين فهي قديمة قدم التأريخ البشري لارتباطه بالصراع وضرورة تحقيق السلام بعد كل دورات العنف الممتدة امتداد التأريخ، وكذلك الحاجة إلى التعايش لضمان استمرار الحياة والصورة البدائية الأولى لتطبيق المبدأ تعتمد على مدى سماحة القادة المنتصرين في المعارك أو الاجتياحات والغزو وما يجودون به تفضلاً منهم أي أنه مرتبط كلياً بمبدأ قانون القوة، ومع تطور الصراعات والحروب واتساع آثارها الكارثية وبالذات بعد الحربين العالميتين تطورت أساليب البحث عن صيغ جديدة للحوار من أجل تحقيق السلام فحدث تطور هائل من خلال بروز القانون الدولي ومع إنشاء عصبة الأمم ثم منظمة الأمم المتحدة وميثاقها وأصبح للتدخل الدولي في فض النزاعات وحل المشاكل بين الدول قواعد متفق عليها تتطور باستمرار رغم كل المآخذ على آليات فضها والمعايير المزدوجة التي تتحكم في سير العدالة الدولية التي ما تزال تراوح عند نقطة توازن القوة الذي أعطى ما يطلق عليه حق الفيتو في رفض أي النقض أو الاعتراض على أي من القرارات التي تراها الدول صاحبة هذا الحق، وبذلك بقيت شريعة الغاب أو قانون البقاء للأقوى هي السائدة. ومع ذلك يبقى الأمل كبيراً في تطور منتظر يعطي مكانة أكبر لعدالة دولية لها معنى العدالة الكاملة وهو أمل يحتاج تحقيقه لجهد إنساني ونضال مستمر لكل أحرار العالم.

٢- قلة البحوث والسياسات الناجحة حول طرق النجاح في مشروع العدالة الانتقالية التي تتمكن من خلالها المجتمعات من إحداث التغييرات الضرورية الممكنة وبناء أنظمة تنهي آثار الانتهاكات والتجاوزات والمظالم التي كانت سبباً رئيساً في الصراعات والحروب بصيغتها القديمة أسباباً وأسلوباً وشكلاً ومضموناً، ثم ما طرأ على التأريخ البشري من تطور في كل ذلك مع ظهور الثورات المسلحة والسلمية والحروب الجديدة التي استخدمت فيها الأسلحة الحديثة والفتاكة بما فيها أسلحة الدمار الشامل بحثاً عن أساليب جديدة للسيطرة عن تغيير أنظمة الحكم بكل الوسائل ووفق النماذج والتجارب التي شهدتها العالم في القرون الماضية وأكثرها حركة القرن

العشرين الذي شهد تطورات هائلة ومدهشة بقدر ما شهد من مأس وويلات نتيجة حربين مدمرتين (الحربين العالميتين الأولى والثانية المشار إليهما في البند السابق) راح ضحيتها عشرات الملايين من الضحايا نتيجة تطور وسائل القتل وأسلحة الدمار الشامل والفتاك.

٣- عدم وجود قانون عالمي واضح للعدالة الانتقالية ملزم لجميع الدول يشكل مرجعية الاحتجاج الاجرائي ومركز للتوعية بمضامين متفق عليها عالمياً يتضمن على الأقل إلزامية القواسم المشتركة التي وردت تعريف الأمم المتحدة للعدالة الانتقالية، وعدم إفساح الدول المهيمنة على النظام الدولي العالمي المجال أمام الشرعية الدولية المحايدة الحقيقية ليكون لها القدرة على التقدم خطوات أكثر عدلاً في فرض السلام في العالم بعيداً عن المعايير المزدوجة، والتوقف عن توظيف العدالة وحقوق الإنسان لأصحاب النفوذ والمصالح المتوحشة ما يعيق تحقيق الأمن والاستقرار بمفهوم أساسه تحقيق العدالة.

ومفهوم العدالة الانتقالية طبقاً لما أسلفنا (يعني الاستجابة للانتهاكات المنهجية الواسعة النطاق لحقوق الإنسان بهدف تحقيق الاعتراف الواجب بما كابده الضحايا من انتهاكات وظلم وقمع وتعزيز إمكانيات تحقيق السلام والمصالحة والديمقراطية، أي أنها تكييف للعدالة بمفهومها العام على النحو الذي يلائم مجتمعات تخوض مرحلة من التحولات في أعقاب حقبة من تفشي انتهاكات حقوق الإنسان سواء حدثت فجأة أو على مدى عقود طويلة، بعبارة أخرى يربط مفهوم العدالة الانتقالية بين مفهومين هما: العدالة، والانتقال، بحيث يعني تحقيق العدالة أثناء المرحلة الانتقالية التي تمر بها دولة من الدول فوصف العدالة بالانتقالية يعني أنها عدالة متعلقة بفترة محددة هي مرحلة انتقال الدولة والمجتمع من حالة طارئة مؤقتة إلى حالة مستقرة مثل الانتقال من حالة الحرب إلى حالة السلام أو من حال الاحتلال والنزاع الداخلي المسلح إلى حال الاستقلال أو حالة التصالح بين القوى المتصارعة أو انتقال السلطة من سلطة مستبدة إلى مرحلة ديمقراطية حقيقية تفرز سلطة من صنع الشعب واختياره الحر.

في البعد الفلسفي للمصطلح:

ولمفهوم العدالة الانتقالية بعد فلسفي، وممن أشار إلى هذا البعد الأستاذ / عبد القادر الهواري في بحثه القيم الموسوم بـ: (فقه العدالة الانتقالية) مؤكداً على أن: (جذور العدالة الانتقالي وبعدها الفلسفي قديمة حيث نجدتها في فلسفة الأنوار من خلال

فلسفة (هوبز) ونظريته حول المجتمع المتصارع، مروراً ب: جان جاك روسو ونظرية العقد الاجتماعي التي تفرض عدة تنازلات من جميع الأطراف، وصولاً إلى الفلسفة الميكافيلية) التي حاولت العدالة الانتقالية من خلالها إيجاد حلول ظرفية لمشاكل معقدة لماضي المجتمعات، وهذا ما أدى إلى فشل أغلب هذه التجارب من خلال إعادة فتح ملفات الانتهاكات الجسيمة في العديد من الدول لأن الضحية يعيش مرة واحدة لكن التأريخ تتقاذفه أمواج المستقبل^(١).

ومن يستفيد من التأريخ هو من يتعمق في استخراج إيجابياته والاستفادة منها في أي مجال ومعرفة السلبيات وتجنبها لأن التأريخ يجب أن يكون ملك الإنسان لا عبئاً عليه. من المبادئ والاستراتيجيات التي تتأسس عليها العدالة الانتقالية:

أولاً: المبادئ:

١- مبدأ المساواة: وهو المدخل لتحقيق العدالة عموماً والعدالة الانتقالية صورة من صور تحقيق العدالة، وشروط العدالة الانتقالية تعطي المجتمع المدني المعبر عن الروح الإيجابية المحبة للسلام بكل تفاصيله دوراً في تحقيقها، ولأن العدالة الانتقالية تتصل بداهة بالمرحلة الانتقالية لأي دولة لارتباطها كما أسلفنا بالانتقال من حالة اللااستقرار والفضوى وانتهاكات حقوق الإنسان بكل صورها وأسبابها ومسببها فإنها تقتضي دائماً درجة عالية من الحرص على تحقيق العدالة نظراً للخشية من روح الانتقام التي تسيطر غالباً في هذه المرحلة، ومن المؤكد أن تحقيق مبدأ المساواة لا يتم إلا بواسطة سلطة قضائية مستقلة عادلة كفؤة تمتلك ثقافة قانونية وسياسية وفكرية تمكنها من استيعاب شروط ومتطلبات العدالة الانتقالية القانونية والسياسية ومعرفة دقيقة بكيفية التعامل مع منظمات المجتمع المدني وقواه الحية عموماً لأن هذا النوع من العدالة يقوم على الحوار الجاد حول كيفية طي صفحة الماضي ونسيانها وبدء صفحة جديدة.

يقول المحامي محمود داوود يعقوب في دراسة نشرت على الإنترنت (هناك بصيص نور جاء من محكمة التعقيب (المحكمة العليا) التي أقرت أخيراً في قرارها الجزائي عدد (٨٧٨٠٧ / ٨٧٨٠٨) بتاريخ ٢ / نوفمبر / ٢٠١١م مبدأ غير معمول به في القضاء الجزائي التونسي (وهو مبدأ المساواة أمام القضاء والقانون بالنسبة لكل المتدخلين في ارتكاب الجريمة) يقصد

(١) عبد القادر الهواري فقه العدالة الانتقالية ص ٩، ١٠.

بالمتداخلين هنا - المتهم والمجني عليه أو من يمثلهم قانوناً وكذلك النيابة العامة).

والمساواة في المرحلة الانتقالية من أكثر الأمور تعرضاً للانتهاك نظراً لما يصاحبها عادة من انفلات أمني وتفشي الملاحقات الانتقامية ما يتوجب جهوداً خاصة لمحاولة ضمان توفير محاكمة عادلة ولذلك فإن الجهود الدولية مطلوبة لتعزيز قدرة الدولة على الحد من آثار تلك الملاحقات والانفلات الذي يطغى في البلاد التي تمر بحالة الانتقال، ويقول يعقوب: (ويلاحظ العديد من المتابعين للشأن المحلي أن مبدأ المساواة هذا الذي يفترض أنه قاعدة دستورية عامة لم يقع دائماً تطبيقه على الوجه المرض من قبل القضاء ويشير هؤلاء إلى أن العديد من المسؤولين والمقررين من الرئيس السابق يقصد (زين العابدين بن علي) لم يقع توجيه اتهام لهم ومن باب أولى لم يقع إيقافهم رغم ثقل الجرائم المنسوبة إلى بعضهم ومظاهر الثراء الفاحش المنسوبة إلى البعض الآخر أما من تم إيقافهم فإنهم يؤكدون خلال المواقع الاجتماعية أنهم أوقفوا فقط بحكم أسمائهم ووظائفهم ولم يوقفوا بحكم ثقل جرائمهم أو حجم انتفاعهم بالمال العام).

ويؤكد (إن المساواة التي أقرتها محكمة التعقيب تقتضي معاملة الجميع على قدم المساواة وذلك بالعمل بالمبدأ (حتى وإن اشتمل على استثناءات مبررة قانوناً) وهو إيقاف جميع المتورطين أو إحالة جميعهم في حالة سراح حتى لا يترك المجال لتأويلات قد تمس بمصادقية مؤسسات الدولة).

ويعلق على ما ذهبت إليه المحكمة بقوله: (يمكن القول أن هذا القرار يعيد الأمل في أن يعمل القضاء على تحقيق مبادئ الثورة التي جاءت لتهدم النظام الديكتاتوري القمعي ثم لتبني مكانه نظاماً ديمقراطياً حراً فالثورة لا يجب أن تهدم فقط مثلما يريد لها بعض من ركبوا عليها من فاقدى الشرعية خدمة لأجندات سياسية معروفة في مرجعياتهم الأيديولوجية لا خدمة للشعب وتحقيقاً لطموحاته حدث كل هذا في ظل حكومات انتقالية سابقة متقدمة هي أيضاً للشرعية فحاولت من خلال تصفية بعض الحسابات والزج ببعض المسؤولين السابقين في السجن لتهدئة الشارع وخدمة لطموحات سياسية أصيبت بخيبة أمل منذ بدء تركيز أجهزة الدولة الشرعية.

وتحدث الكاتب عن ضرورة سرعة الفصل في قضايا العدالة الانتقالية مع ضبط آليات تحقيقها عبر كشف الحقيقة في أسرع وقت مشيراً إلى أن لب الإجراءات الجزائية يقوم على فكرة ارتباطها بمصلحتين لا تقل كل منهما عن الأخرى أهمية (مصلحة المتهم ومصلحة المجتمع).

ويضيف: (طبيعة القوى التي حملت الثورة منذ البداية وأدواتها المستخدمة هذه القوى كانت ذات طابع نخبوي- لم تسمح بتشكيل الثقافة السياسية للمجتمع بعيداً عن رقابتها وتدخلها بشروط غالباً ما حاصرت المسار الثوري بقوائم المنوعات والمحرمات والخطوط الحمراء وهي القوائم التي كان هدفها في الأساس حماية نخب الحكم من الثورات المصادرة غير أنه وإن كانت هذه النخب قد حمت نفسها من احتمالات إعادة إنتاج الثورة وذلك بالتحكم في مسارات الحياة السياسية اللاحقة بصورة قمعية إلا أنها لم تستطع أن تحمي نفسها من نزعة إنتاج الزعيم بما رافقها من صراعات وتصفيات وهكذا فقد كان إنتاج الزعيم الأوحده على حساب الثورة سواءً من داخلها أو من خارجها هي السمة الغالبة التي آلت إليها هذه الثورة والثورة التي آلت إلى قبضة الزعيم لا بد من إعادة بنائها في الوعي على أنها لا تشبه الثورات الحقيقية وأن خلافاً ما جعلها عرضة لمثل هذا الاغتصاب).

٢- ضرورة التفاعل بين العدالة الانتقالية وهيئات صياغة الدستور: لأن الدستور هو محور بناء الدولة وهو أساس تحقيق الشرعية الدستورية وكل نشاط عام للأفراد والمجتمعات والسلطات كذلك، ولذلك: (حيثما تعمل هيئات صياغة الدستور ولجان تقصي الحقائق (أو هيئات العدالة الانتقالية المماثلة) بشكل متزامن، ينبغي أن تسعى بشكل استباقي إلى البحث عن فرص لمناقشة نتائجها ومساراتها مع بعضها البعض، وأن تتشارك الفرص لتقديم هذه المعلومات لعامة الشعب والسعي للحصول على مساهمات شعبية)^(١).

أين هذا مما حصل في اليمن، لقد تم تهريب لجنة صياغة الدستور إلى ألمانيا ثم إلى الإمارات لعزلها عن أي تواصل مع أطراف شعبية أو منظمات مجتمع مدني بل حجب عنها التواصل مع أي شخص عدا عبد ربه منصور هادي وأحمد عوض بن مبارك من اليمنيين أما غيرهم فالله والراسخون في... من هم!!؟

وهذه واحدة من أهم عوامل وعلامات السعي لإعاقه عملية انتقال السلطة، الشرط الأساس أو الخطوة الأولى الممهدة لعدالة انتقالية حقيقية التي لا يمكن أن تتحقق بدون التسليم الفعلي بأهميتها والعمل الجاد على تحقيقها وعدم إجهاضها بالصفقات المشبوهة لتقاسم السلطة بين مراكز القوى النافذة والقوى التي تسيئ استخدام القبيلة والدين لتحقيق مصالح ذاتية!

(١) المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات - تخطي عمليات الانتقال نحو التحول التفاعل بين العدالة الانتقالية وبناء الدستور- ورقة السياسات الرقم ٢٢ الصادرة عن المؤسسة - ص ٨- التوصيات.

٣- ومن المؤكد أنه لا يمكن أن يتم بشكل إيجابي وبما يصون المصلحة العامة ويحقق السلام الاجتماعي إلا بنظرة واعية والوصول إلى يقين بأنه: (لا يمكن التقدم للأمام وتحقيق أي انتقال ديمقراطي ما لم تتم معالجة ملفات الماضي فيما يتعلق بتلك الانتهاكات؛ وهذا الأمر يجب أن لا يقوم على الثأر والانتقام ولا على الطي العشوائي لملفات الماضي ونسيانها، وإنما من خلال الوصول إلى حقوق عادلة تركز على مسلّمة مفادها، أن السياسة القضائية المسؤولة عن تلك الملفات يجب أن تتوخى هدفاً مزدوجاً وهو: المحاسبة على جرائم الماضي ومنع الجرائم الجديدة من الوقوع وفق استراتيجية تعتمد إعادة بناء لمستقبل يسع الجميع قوامه احترام حقوق الإنسان والديمقراطية وسيادة القانون)^(١).

٤- ومن الأمثلة التي تؤكد دور السياسة في خدمة العدالة الانتقالية ما جرى في تجربة إندونيسيا، ونيبال حيث: (تم استخدام المعايير والقواعد الدولية في القضايا المعروضة على المحاكم للبت في مشروعية تشريعات العدالة الانتقالية وفي كلتا الحالتين ألغى القضاة بعض التشريعات المتعلقة بالعضو مما أدى إلى توقف عمليات العدالة الانتقالية توفقاً تاماً).

كما رفض المجتمع الدولي على الأقل في حالة نيبال دعم عملية العدالة الانتقالية حتى يتم تعديل القانون ذي الصلة، مما أدى إلى حرمان لجنة الحقيقة والمصالحة واللجنة المعنية بالتحقيق بشأن الأشخاص المختفين قسرياً الضعيفة بطبيعتها من الناحية المؤسسية، من الدعم المالي أو التقني وكان الضحايا هم الأكثر تضرراً من هذا النقص في الدعم.

من الضروري تحقيق توازن بين النظرية والاعتبارات العملية عند دعم العمليات الانتقالية وعدم الإصرار على جانب "الكمال" على حساب جانب الجودة، بوضع هذا التقرير، دون اقتراح الخروج عن المعايير والالتزامات الأساسية المتعلقة بحقوق الإنسان، كيف يمكن للتفاعل بين العدالة الانتقالية وبناء الدستور أن يساعد في خلق توازن بعض المطالب المتضاربة الملقاة على عاتق العمليات الانتقالية، ويوضح كذلك مدى أهمية التسوية السياسية الأساسية^(٢).

٥- كما أن الاعتقاد بأن المبالغة في العفو والمساواة في منح الحصانات لمن ارتكبوا

(١) عبد القادر الهواري- فقه العدالة الانتقالية- ص (١٠).

(٢) المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات- تحيطي عمليات الانتقال نحو التحول- التفاعل بين العدالة الانتقالية وبناء الدستور- ورقة السياسات الرقم: ٢٢ الصادرة عن المؤسسة- ص ٩- التوصيات.

جرائم جسيمة خلال حكمهم أو ممارستهم لوظائفهم عقب أي محطة صراع، وأنا هنا لأخصص أحداً بعينه ولكني أتحدث عن مبدأ مؤداه أن هذا الاعتقاد بسلامة المبالغة في العفو لأي سبب اعتقاداً خاطئاً لا يفيد المجتمع ولا الحاكم المغادر للسلطة أو القادم إليها، بل هو تفریط يبلغ حد اعتباره جريمة غايتها وركنها المادي يؤدي إلى تحقق الركن المادي لجريمة إنكار العدالة ويبقى سبب المشكلة بالمحاولة الفاشلة والباءة في إخفاء جرائم لا تنتهي بالتقادم، وأي تصرف من هذا القبيل لا يلغي صفة الجرائم المرتكبة ولا صفة من ارتكبها أو يخفف من آثارها وإنما على العكس يؤدي إلى تعليق تحقيق السلام الاجتماعي واتساع تداعيات وآثار روح الانتقام التي لم تعالج بالبحث الجاد عن لغة وآليات مقبولة للمحاسبة والمساءلة أو الوصول إلى قبول بالمسامحة من قبل الضحايا مع ضرورة جبر الضرر لبث روح التسامح بديلاً عن المحاكمة العادلة عدالة تامة!

ثانياً: الاستراتيجيات:

ومن خلال المواثيق الدولية والمعاهدات والاتفاقات واصل القانون والفقهاء القانوني الدولي والوطني يتبين أن برنامج العدالة الانتقالية وفقاً للمفهوم العام يرمي إلى تحقيق مجموعة من الأهداف تشمل:

- ١- وقف الانتهاكات المستمرة لحقوق الإنسان.
 - ٢- التحقيق في الجرائم الماضية.
 - ٣- تحديد المسؤولين عن انتهاكات حقوق الإنسان ومعاقتهم.
 - ٤- تعويض الضحايا.
 - ٥- منع وقوع انتهاكات مستقبلية.
 - ٦- الحفاظ على السلام الدائم.
 - ٧- الترويج ودعم المصالحة الفردية والوطنية.
- قراءة أولية في مشروع قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية:

قبل القراءة:

هذه القراءة كتبت ونشرت عقب تقديم مشروع القانون إلى مجلس النواب في ٢٠١٣م أي قبل تحقق الشرط الأساس لقانون فاعل للعدالة الانتقالية وهو الانتقال

الفعلي للسلطة من السلطة التي قامت الثورة من أجل تغييرها، وكانت القوى والعناصر المسؤولة عن الجرائم والتجاوزات وانتهاكات حقوق الإنسان ما تزال مسيطرة على مفاصل الدولة والقوات المسلحة والأمن وما تزال أيديها على الزناد أي أن الشرط الأساس لوجود عدالة انتقالية لم يتوفر، بل ولم يتحقق الشعار المثير للجدل الذي رددته ساحات ما عرف بثورات الربيع العربي في فبراير ٢٠١١م (الشعب يريد إسقاط النظام) تقليداً لما رددته الثورة التونسية في ديسمبر ٢٠١٠م ثم الثورة المصرية في ٢٥ يناير ٢٠١١م فاليمينية في ١١ فبراير ٢٠١١م لتأتي الثورة الليبية في ١٥ فبراير ٢٠١١م، وما جرى بعد ذلك من تحركات في كل من سوريا والجزائر والبحرين والمنطقة الشرقية من المملكة العربية السعودية وهي التحركات التي أخذت بسرعة وبقسوة ووحشية مسكوت عنها من دعاة رعاية وحماية حقوق الإنسان في العالم، وكلها أحداث وثورات بحاجة إلى دراسة معمقة للتعرف على العوامل الداخلية لتحريكها واندلاعها وأسبابها الحقيقية التي اختفت نتيجة التحريك الموجه باسم الثورة على حساب الثورة الحقيقية التي اجهضت، وعلاقة كل ذلك بما أطلقت عليه مستشارة الأمن القومي حينها كونداليزا رايس: (الفوضى الخلاقة) وهل كانت عملية إجهاض لثورات حقيقية كانت عوامل انفجارها تعتمل وتتفاعل ربما لتكون ثورات ناجحة تؤدي إلى تغيير فعلي تستقر بعدها الأوضاع على حال تتحقق من خلاله أحلام من خرجوا طلباً للحرية والعدالة والكرامة الإنسانية والسلام بمفهومها العام والشامل.

هذه إشارة فقط إلى المشهد العام لساحة ما أطلق عليه ثورات الربيع العربي، وهي الساحة التي كانت اليمن إحدى صفحاتها بكل تجلياتها وإخفاقاتها والتي ما تزال تداعياتها مستمرة، وكان كثير من المراقبين في الإقليم والعالم يأمل أن تكون تحركات الشعب اليمني تعبيراً فعلياً عن حقيقة (الحكمة اليمنية) وهي حقيقة تاريخية تحفظها تفاصيل التراث والآثار التي أشار إليها الأستاذ الدكتور المؤرخ العربي العراقي جواد علي رحمه الله في كتابه العظيم (المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام) والذي أشار فيه إلى أن تأريخ اليمن لو كشف عن أسراره لغير كثير مما علق بالتأريخ العربي من تزوير ولأعطي لليمن المكانة الرفيعة التي يستحقها.

لا نقول هذا من باب التعصب أو الاستمرار في ترديد المفاخر التي تلهي عن العمل والبقاء أسيري الماضي وإنما للبحث الجاد في كيفية النهوض والخروج من هذه الحالة الوجودية الغريبة والمخجلة فالتأريخ ملك الإنسان لا العكس وهكذا يجب أن تكون النظرة إليه.

نعم (الحكمة اليمانية) بحاجة لمن يبحث عن أسباب غيابها أو تغييبها وهذا حلم كل محبي اليمن من العرب والإنسانيين المخلصين وعشاق هذا البلد العريق.

لقد تبين من خلال الوقائع على الأرض منذ اندلاع ما أطلق عليه ثورات الربيع العربي أن القاسم المشترك بين هذه الأحلام الثورية، هو افتقارها لقيادة مؤسسية موحدة وأهداف واضحة وخطط مدروسة تحققها تحقيقاً منجزاً وكاملاً يمنع الانزلاقات التي وقع فيها أغلبها.

طبعاً الأحكام العامة المطلقة خطأ مطلق، لأن التفاصيل والاختلافات النسبية بين هذه الثورات والأحداث والاضطرابات بحاجة إلى دراسات موضوعية مفصلة تتناول الظروف السياسية والثقافية والاجتماعية والعوامل والأسباب الداخلية والخارجية لكل بلد والتي ساهمت في إفشالها وإعاقة تحقيق أهدافها.

وفيما يلي القراءة الأولية في المشروع المنشورة عام ٢٠١٣:

جاء مشروع القانون استجابة سريعة للاتفاق السياسي المسمى بالمبادرة الخليجية ولهذا فقد اتسم في عمومها بمحاولة التجاوب مع رغبات التكتيك السياسي دون مراعاة أسس العدالة بمعناها المطلق بحيث طوع العدالة للسياسة وتبين ذلك من خلال:

١- الإطار العام للمشروع:

نلاحظ أن المشروع قد قام على افتراض إمكانية الفصل من حيث المضمون بين العدالة بمعناها العام وبين المصالحة الوطنية والجمع بينهما من حيث الشكل الأمر الذي يمكن أن يؤدي كما سنرى إلى ضياع العدالة والمصالحة معاً فمن حيث تسمية المشروع حضرت العدالة الانتقالية في البداية مشروع (قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية)؛

وحين تتأمل مواد المشروع لا نجد أي مادة من المواد التي تحكم بوضوح كيف يتم تحقيق العدالة الانتقالية باعتبارها طريق تحقيق المصالحة الوطنية بل ونلاحظ أن المشروع يوحي بأنه قد تم الابتعاد كلياً عن مجرد الإشارة إلى أهمية المحاكمة العادلة كركن أساس من أركان العدالة الانتقالية ويرجع هذا كما يبدو إلى أن مفهوم الحصانة الذي صدر بشأنها قانون أثار ولا يزال يثير جدلاً واسعاً على المستوى الوطني والإقليمي والدولي باعتبار أن مثل هذا القانون لم يسبق له مثيل في التأريخ على مستوى العالم من حيث خروجه على النظام العام الدولي ومخالفته مبادئ المشروعية الدولية بل والقانون الطبيعي فبالعودة إلى أغلب المرجعيات المتعلقة بالعدالة الانتقالية مثل قرار الجمعية

العامة للأمم المتحدة حول العدالة الانتقالية لعام ٢٠٠٦م ونظام محكمة روما للمحكمة الجنائية الدولية والعدالة الانتقالية ١٩٩٨م ووثيقة مؤتمر الديمقراطيين العرب في مايو ٢٠٠٧م وبالرجوع إلى الأهداف الاستراتيجية السبعة المستخلصة من تلك الوثائق والاتفاقات التي أوردنا بعضها في المفهوم العام الدولي للعدالة الانتقالية نلاحظ أن مفهوم العدالة الانتقالية يقوم على تحقيق جملة الأهداف المذكورة.

أي أن المصالحة الوطنية التي اختصها المشروع لتكون معطوفة على العدالة الانتقالية ليست إلا الهدف الأخير لاستراتيجية العدالة الانتقالية وكأن موقعها هذا يبين لنا ضمناً أن المصالحة الفردية والاجتماعية والوطنية الشعبية والرسمية إنما تأتي كمحصلة أو تويج لتحقيق باقي أهداف تحقيق العدالة الانتقالية.

ومن المفترض ونحن نتحدث عن العدالة الانتقالية أن نكون فعلاً بصدد الانتقال السلمي والسلس من وضع ديكتاتوري تسلطي إلى وضع ديمقراطي دون أي موارد أو تهديد أو التباس وأن الانتهاكات يجب أن تتوقف نهائياً وأن يتم القبول بتحقيق شفاف لمعرفة مرتكبيها وتقديمهم للعدالة، فقد ركز قانون روما وكل الاتفاقات وقرار الجمعية العمومية حول العدالة الانتقالية على ضرورة توفير المحاكمة العادلة في المراحل الانتقالية وتجنب المحاكمات غير العادلة وممارسات الانتقام وهنا يجب أن تتضافر الجهود الدولية والوطنية لتحقيق هذا الهدف منعاً لفوضى الانتقامات، وفي سبيل ذلك أنشئت محكمة الجنايات الدولية أي تلافياً لعدم الإفلات من العدالة.

حول العدالة والمصالحة الوطنية بين الوصل والفصل :

جاء في تعريف العدالة الانتقالية المصطلح الأخير من المادة (٢) من المشروع أنها (العدالة التصالحية غير القضائية) للكشف عن الحقيقة وجبر ضرر الضحايا وحفظ الذاكرة الوطنية ومنع تكرار الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في المستقبل).

وفي رأبي أن هذا التعريف رغم شموله لعناصر مهمة من شروط وعناصر العدالة الانتقالية إلا أنه فيما يتعلق بما أطلق عليه (العدالة التصالحية غير القضائية) غير موفق وغير دقيق من عدة وجوه.

فالعدالة أولاً هي العدالة، لا يوجد تعريف للعدالة غير التعريف العتيق الذي يعني أنها تعني: إحقاق الحق وإبطال الباطل وهي بالضرورة لا تتحقق إلا بالمحاكمة العادلة كما أوضحنا أما التصالح فهو مفهوم يعود إلى تحقيق عدة عوامل منها رضا المجني عليهم أو من انتهكت حقوقهم أو نهبت ممتلكاتهم أو كانوا ضحايا للنزاعات بأي شكل وتحقيق

العدل بمعنى عدم إفلات أحد من العقاب أو على الأقل الاعتراف بالخطأ أو بالفعل المجرم المرتكب بحق الضحايا ولهذا ارتبطت المصالحة في كل التجارب الفردية والوطنية في الدنيا كلها بالمصارحة أي بالكشف البين والواضح عن الحقيقة إما عن طريق القضاء أو من خلال اعتراف من أذنب بذنبه وطلب الصفح ومن خلال جبر الضرر ولا بد كذلك أن يكون من ارتكب الجرائم أو الانتهاكات قد ترك السلطة والعمل الرسمي أو العام أو السياسي.

ولا أدري لماذا استخدمت عبارة العدالة غير القضائية في المادة (٢) المذكورة؛ ومن الواضح من مجمل المشروع المكون من (١٨) مادة أن الهدف من المصالحة الوطنية أن معد المشروع قد رأى إمكانية الفصل بينها وبين العدالة ولهذا نرى أنه وقع في عدة أخطاء مع الأسف لا تؤدي إلى المصالحة الوطنية الحقيقية ولا إلى العدالة لأن محركه نحو تلك الغاية كان محركاً سياسياً بحتاً شأنه شأن المبادرة الخليجية، ولذلك لم يراع قواعد العدل والإنصاف والمساواة، لكنه حاول أن يتمثل إرادة معد المبادرة الخليجية بغض النظر عما وقعت فيه من أخطاء جوهرية إنسانياً وحقوقياً وأخلاقياً وهو الخروج على مكتسبات حقوق الإنسان وقواعد العدالة والقانون الطبيعي، لهذه العوامل وغيرها من شروط وقواعد العدالة الانتقالية المتعارف عليها والمتفق عليها وفقاً للقانون الدولي والقانون الدولي الإنساني واتفاقات حقوق الإنسان فإن أساس القانون ينتهك بشكل صارخ النظام العام الدولي.

ولما كانت العدالة بمفهومها العام غير قابلة للتسييس بمعنى إخضاعها للطلبات السياسية، لا بل إن كثيراً من العقائد تجعلها مقدسة لذاتها أي غير قابلة للتعصب الديني أو أي نوع من الانحياز باعتبارها استخلاصاً لكل القيم الدينية والأخلاقية وحقوق الإنسان، وعلى سبيل المثال فإن الآية القرآنية: (يا أيها الذين آمنوا لا يجرمنكم شنآن قوم على أن لا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى) [المائدة: ٨]، الآية ربطت التقوى وفق أي دعوى بعدم جواز أن يخص بالعدل قوم لموالاتهم ويحرم منه آخرون لعدم موالاتهم أو لأن بينك وبينهم عداوة أو بغضاء أي التأكيد على حيادية العدالة مطلقاً.

وطبقاً لهذا المبدأ لا يمكن أن تقوم العدالة على أي نوع من المجاملة أو المناورة السياسية بغرض توظيفها في خدمة السياسة أو إغماط الحقوق بحجة دفن الماضي لأن التجارب الإنسانية في البلدان التي طبقت العدالة الانتقالية قامت على المكاشفة والوضوح وبناء المصالحة على المصارحة ومن ثم جبر الضرر وقد نُظر إلى أهداف العدالة الانتقالية السبعة التي أوردنا باعتبارها ساندة لبعضها، وتأكيداً لأهمية السير في طريق

بناء وطن يخلو من الحقد والغل والبغضاء ويقوم على الحب والتسامح.

وإذا كان الناس يختلفون في فهم قيمة التسامح فإن الواجب أن يكون هناك جهد واضح ليكون مبنياً على أسس متينة وقوية كي يبني السلام الدائم ويتم المحافظة عليه من الجميع أما سياسة إغلاق الملفات أو إحراقها دون وضوح ودون مكاشفة فإن هذه السياسة لا تؤدي إلا إلى ترحيل الأزمات واستمرار دوامة العنف التي عانى منها اليمن، وواضح من مجمل المشروع أنه قد ركز على المصالحة وأهمل العدالة أو لم يعطها ما تستحق وكأنه أراد تأجيل المسألة لحساسية الأوضاع.

لذلك كان بإمكان واضع المشروع أن يتجنب تسميته بقانون العدالة الانتقالية وأن يكتفي بالشطر الأخير بحيث تكون التسمية (مشروع قانون المصالحة الوطنية) وأن يدع تحقيق العدالة لحين تتهياً الظروف لأن العدالة غير قابلة للتحويل السياسي، ونرى أن المصالحة الوطنية أيضاً بحاجة إلى توفير روح العدالة وإلى وضوح في المفاهيم وأن يتوخى القانون أياً كان الاسم تحقيق أهداف العدالة الانتقالية أو بعضها على الأقل ولو بصورة مرحلية ولكن هذه المرحلة تحتاج كذلك إلى خطوات جادة وتتسم بقدر من السرعة والدقة والوضوح والحرص على ضبط المصطلح النظري بالواقع العملي وهذه المعادلة على درجة كبيرة من الصعوبة!

وحيثما نقول بأن مشروع قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية يغلب عليه الطابع السياسي على الطابع القانوني والحقوقى فإننا لا نقصد ضرورة الفصل الآلي والقطعي بين السياسة والقانون لأن هذا مستحيل بل يخالف معنى المصطلح الذي يجمع بين القانون والعدالة والسياسة ويتطلب جهازاً قضائياً وقضاه على مستوى من الكفاءة والقدرة والثقافة الواسعة، وما نرمي إليه هو أن السياسيين عليهم أن يفسحوا المجال ليكون القانون مبنياً أصلاً على أصول الفقه القانوني ومبدأ المشروعية، وأن يكون لديهم الاستعداد لأن يكونوا عوناً لبناء منظومة قانونية سليمة تصب في نهاية المطاف في مصب التأسيس لبيئة سياسية وقانونية وقضائية قائمة على أسس متينة غير قابلة للاهتزاز وتكرار الأزمات!

إن سلق القوانين والدراسات لتبلي رغبات وأمزجة من قفزوا في مراحل معينة إلى مواقع هامة في السلطة قد جعل من هذه القوانين والدراسات مجرد أدوات في يد الحاكم المستبد.

وبذلك فقدت القاعدة القانونية خصائصها المعروفة في الفقه القانوني كونها عامة

ومجردة وتنظم علاقات وأنشطة اجتماعية وملزمة.

فهذه العناصر أو الخصائص هي المرتكز الذي يقوم عليه واجب احترامها.

وواضح أن سلق القوانين والتشريعات والدساتير وعدم احترام وجود بيئة قانونية تتسم بالاستقرار النسبي على الأقل ويتوفر فيها المناخ الملائم لتكون صادرة بناءً على دراسة علمية كل ذلك ناتج عن المناخ السياسي المضطرب الذي انعدمت فيه الرؤية الوطنية تغلبت فيها رغبات الحاكم الذي استباح كل مقدرات الوطن المادية والثقافية والمعنوية، بل والأخلاقية وصار بحكم الصلاحيات المطلقة التي سطا عليها هو الأمر الناهي القادر على كل شيء والعياذ بالله، وهو من يجب أن يعبر القانون عن ضميره ولهذا فإن وزارة الشئون القانونية وكل مهتم بالشرعية الدستورية والعدالة تقع عليهم مهام بالغة التعقيد.

إلا أنني أكثر تفاؤلاً وأملًا في أن يبذل المختصون في وزارة الشئون القانونية الجهود المطلوبة منهم وأن يجدوا الدعم اللازم لتذليل الصعاب كي يجدوا الطريق سالكاً للبدء بجعل أساس التشريع هو الالتزام بمقتضيات علم القانون وفي مقدمة كل ذلك أن تكون مشاريع القوانين التي تقدمها الوزارة أو تساهم في تقديمها مبنية على البعد الوطني العام وأن تكون كل قاعدة قانونية ملتزمة بخصائص القاعدة القانونية العامة والأمل والتفاؤل يرجع لسببين رئيسيين أولهما أن النظام في طريقه للتغيير بفضل تضحيات شهداء الثورة وثانيها وجود زملاء جاؤوا من بيئة وخلفية علمية ومجتمع مدني ولديهم مقدرة وروح مثابرة على الابداع واحترام مبدأ العدالة وفي ظل المناخ الجديد ربما يجدون من خلال هذا المناخ مجالاً لإطلاق قدراتهم وطاقتهم التي قيدها بنية السلطة غير المؤسسية أي القائمة على الأمزجة والأهواء.

ولاشك بأن وزارة الشئون القانونية ستجد نفسها غير قادرة على تأكيد هذا المنطلق ما لم توجد سلطة تشريعية لديها علم بمبادئ التشريع على الأقل ولذلك فإن على الأحزاب والقوى السياسية الفاعلة ومنظمات المجتمع المدني مسؤولية أيضاً في الدفع بالعناصر المؤهلة قانونياً ومن تتمتع بالحس الوطني المسؤول إلى قبة البرلمان في ظل انتخابات نزيهة طبعاً فقد عانينا أكثر من جيل كان فيه التزوير منهجاً ممولاً بالمال العام!

٢- ملاحظات حول بعض مواد المشروع:

الملاحظات العامة السابقة إذاً قد ركزت أساساً على قضية جوهرية وهي محاولة واضع المشروع الفصل بين العدالة والمصالحة من خلال ابتكار ما أسماه بالعدالة غير

القضائية اعتقاداً منه أن ذلك قد يلبي السياق العام والبعد السياسي الذي بدى أن واضع المشروع قد حرص من خلاله أن يبدو ملتزماً بالمبادرة.

وقد رأينا أن الفصل شكلاً وموضوعاً بين العدالة والمصالحة ربما كان فيه بعض الاحترام للعدالة وهو أمر أكثر قبولاً سياسياً وأخلاقياً وفيما يلي ملاحظات أولية على بعض مواد المشروع انطلاقاً من هذا الرأي وما بني عليه من أسباب:

١- المادة (٢) أرى أن تحذف الفقرات الخاصة بالعدالة الانتقالية.

٢- المادة (٣) الفقرة (٢) أرى أن تصاغ كما يلي:

(اتخاذ الإجراءات اللازمة نحو المكاشفة والوضوح في بيان تصرفات الأطراف السياسية خلال الفترة المشمولة بأحكام هذا القانون وضمان التعويض المادي والمعنوي لمن عانوا خلال تلك الفترة وجبر الضرر المعنوي من أجل إنصافهم والمصالحة معهم.

٣- (المادة ٦/أ) المتعلقة بتشكيل هيئة الإنصاف من (٩) أفراد من الرجال والنساء)

لم توضح الفقرة كم عدد النساء وعدد الرجال كما أن الفقرة (١) من الشروط التي ينبغي أن تتوفر في عضو الهيئة تقول: أن يكونوا من ذوي التخصص والتأهيل في مجال عمل الهيئة هذا الشرط غير دقيق إذ كان ينبغي تحديد التخصص.

٤- في المادة (٧) جاء في الفقرة (أ) من المهام واختصاصات هيئة الإنصاف والمصالحة التحقيق في كل الادعاءات ذات المصادقية بكل انتهاكات لحقوق الإنسان حدثت بسبب النزاع بين الحكومة والمعارضة أثناء الفترة من يناير ٢٠١١م إلى آخر الفقرة.

وعلى هذه الفقرة أسجل الملاحظات التالية:

١- حبذا لو يعاد صياغتها بحيث يراعى الاختصار واستيعاب الملاحظات التالية:

٢- النزاع الذي حدث أقدر أن اطلاق كلمة نزاع ناتج عن تجنب كلمة الثورة وهذا محكوم بكون الحكومة المقدمة للمشروع هي حكومة وفاق طبق المبادرة إلا أن النزاع لم يكن بين الحكومة والمعارضة فقط بل بين السلطة بالأصح وليس الحكومة لأن السلطة أشمل من الحكومة وبين المعارضة والشباب والفئات الشعبية المشاركة في الثورة أو الانتفاضة أو الاحتجاجات.

٣- حبذا لو أزيلت كلمة (الضعيفة) التي وردت في نهاية الفقرة (أ).

على النحو التالي: (اهتماماً خاصاً بالقضايا التي أثرت على الفئات الضعيفة في

- المجتمع من النساء والأطفال وغيرهم) ويمكن أن يعاد صياغة العبارة كما يلي:
- (التي أثرت على النساء والأطفال وغيرهم من الفئات الأكثر تضرراً بحكم الواقع الاجتماعي) فالمرأة ليست عنصراً ضعيفاً كأمراً.
- ٥- المادة (٩) فقرة (ب) توضح الأغلبية بأنها الأغلبية المطلقة النصف + ١.
- ٦- المادة (١٠) فقرة (ج) تقوم الحكومة بتسديد التعويضات المحددة بقرارات الهيئة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تأريخ صدور قرار الهيئة بمنحها.
- ٧- (المادة (١١) فقرة (٢) حذف كلمة الضعيفة واستبدالها بعبارة الفئات الأكثر تعرضاً للانتهاكات).
- ٨- (المادة (١٣) فقرة (د) دراسة وضع الفئات الأكثر تعرضاً للانتهاكات واقتراح الخطوات التي تضمن تمتعها بكافة الحقوق وتمكنها من أداء دورها في التنمية وبناء الدولة المدنية الحديثة).

يبقى أن أشير إلى أن القانون فيما خص المصالحة الوطنية طبقاً للظروف السياسية القائمة بذل فيه جهد يستحق التقدير والنقاش أما مدى قابليته للتطبيق فإنه رهن بما سيبدل من جهود في سبيل الوصول إلى وعي بأهمية المصالحة القائمة على المصارحة لدى الفرد والمجتمع والمؤسسات وفهم جوهر القانون وأهدافه والعمل من أجل إنجاحه من خلال التعاون مع هيئة الإنصاف والمصالحة وقبل ذلك في اختيارها من عناصر على مستوى المهمة الوطنية الكبيرة وبعيداً عن أي محاصصة من هنا يمكن أن يكون القانون منطلقاً نحو حوار جاد يحقق العدالة والتفاهم للوصول إلى مصالحة جادة تخرج اليمن من دوامة العنف مما يساعده على البدء الفاعل للسير في طريق البناء والتنمية الحقيقية الشاملة.

أخيراً: من خلال هذه القراءة الموجزة لمشروع قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية تبين لنا استحالة الفصل بين العدالة والمصالحة وأنه لا يستقيم الجمع بينهما من حيث التسمية والتفريق من خلال عدم وضع ضوابط وأحكام واضحة لكيفية تحقيق العدالة وقبل ذلك لا بد أن تؤخذ صرخة الشباب الذين وصلوا من ساحة التغيير إلى فندق سبأ حيث تعقد الندوة التي أقامتها وزارة الشؤون القانونية للبدء في فتح حوار بشأن مشروع القانون والتي محتواها استنكارهم للبدء في مناقشة قانون العدالة الانتقالية قبل رحيل النظام هذه الصرخة الشبابية تُبين أن لديهم وعياً عميقاً بمفهوم العدالة الانتقالية إذ بالفعل كيف يمكن الحديث عن عدالة انتقالية في حين أن المسؤولين عن الجرائم

التي ارتكبت على مدى أكثر من ثلاثة عقود لا زالوا ممسكين بالمفاصل الأساسية في سلطات الدولة المدنية والعسكرية وليسوا على استعداد حتى اللحظة ليس فقط للإقرار بجرائمهم بل و متمسكين بمواقعهم في السلطة تحت يافطة ضروريات التوافق الذي أسفرت عنه المبادرة الخليجية أو ما أسمى كذلك!

ثم أتساءل ما جدوى مناقشة مشروع القانون إذا كان سيُقدم إلى مجلس نواب أغلبه مشارك في أغلب الجرائم التي ارتكبتها النظام الذي قامت الثورة الشعبية والشبابية تنادي برحيله من السلطة!

إن العدالة الانتقالية في بلادنا لا يمكن أن تكون مناقشتها مجدية إلا برحيل رموز وأدوات النظام السابق و إعادة فورية لهيكله القوات المسلحة والأمن وتخليصها من قبضة العائلة التي كانت ولا تزال حاكمة ومن كل العناصر المتورطة في قضايا الفساد والجرائم المرتكبة من قبل النظام!

صحيح أن الأطراف الموقعة على المبادرة الخليجية أو معظمها ربما كانت لها حسابات تتعلق بقراءتها للبدائل وأنها ذهبت لهذا الخيار اعتقاداً منها بأنه الطريق الوحيد الذي يجنب البلاد المزيد من الدماء والمعاناة، ولكن هناك آراء تخالف هذا الرأي خاصة وأنه كان بإمكان أنصار المبادرة كما أشرت سابقاً في أكثر من مقال أن يضعوا هذا الخيار للنقاش الجاد أمام الشركاء في ساحة التغيير أو على الأقل / أمام الشركاء الفاعلين ومنهم الحراك الجنوبي والحوثيون وشباب التغيير قبل الإقدام عليه، وهناك سبب جوهري يطرحونه على الضاغطين وهو أنهم بعد انضمامهم لثورة الشباب أو الثورة الشعبية تغيرت همومهم واهتماماتهم ولذلك لم يهتموا بذلك أو أنهم لم يدركوا أهميته .

وما من شك أن غالبية هذه الأطراف السياسية الموقعة على المبادرة الخليجية يتمتعون بقدر كبير من الإخلاص والوطنية وهذا ليس من باب توزيع الصكوك لأن ذلك ليس من حق أحد تجاه أحد من شركاء الوطن، إلا ما يؤكد هذه الفرضية هو ما ستؤول إليه الأمور!

كما أن حجم هذه الأطراف السياسية والحزبية في الساحات كبير ولكن منهج الاستقواء بالعدد أو بأي عنصر من عناصر القوة أيضاً يجب تجنبه والتركيز على تحقيق الهدف الجوهري من الثورة وهو بناء دولة مدنية ديمقراطية تنهي دوامة العنف والصراع الدموي على السلطة .

ومن يلجأ إلى القوة للوصول إلى السلطة في أي محطة سياسية عليه أن يعيد النظر

في نظرتة لمفهوم الثورة وأبعادها باعتبارها وسيلة وليست غاية، وسيلة لتحقيق أهداف التغيير للأفضل.

القضايا الوطنية تحتاج إلى حرص تام على تحصيل إجماع وطني وإلا فإننا نكون قد توجهنا للإضرار بأنفسنا وبالوطن من حيث قصدنا المصلحة ونحن هنا لا نستغي أحدًا ولا نخونه، وأملنا كبير في أن نرفض استخدام لغة التكفير أو التخوين وأية لغة اتهام مطلق في المستقبل المشرق بمشيئة الله لأن تلك اللغة في نظري كانت من أهم الأسلحة التي استخدمها النظام الذي لا يزال الناس يطالبون برحيله رحيلًا محققًا وكاملًا وفق مبادئ العدالة الانتقالية وبعيدًا عن الوسائل الحاقدة!!

إذاً فالمصالحة الوطنية الفردية أو الجماعية ترتبط بتحقيق العدالة الانتقالية ولن يتحققا بنظري إلا بمحاكمة عادلة أو بالصفح والصفح مشروط في كل التجارب الإنسانية إما بالاعتراف بالذنب من المجرمين بحق الضحايا أو من خلال كشف الحقيقة عن طريق تحقيق حكومي تقوم به سلطة قضائية مستقلة استقلالاً حقيقياً تساعد جميع الأجهزة التنفيذية التي لديها سجلات أو وثائق على كشف الحقائق، ولو أنني أعتقد أن الفترة الزمنية من بداية ثورة التغيير وإطلاق المبادرة الخليجية قد ساعدت النظام على تهريب وإتلاف أغلب الوثائق الهامة!!

بقي أن أشير إلى أهمية الملاحظة التي وردت في مُداخلة الأستاذ جمال بن عمر في الورشة وهي أن قضية العدالة الانتقالية قضية حساسة وأن مشروع القانون بحاجة إلى إجماع وطني وأن هذا الإجماع صعب ولكنه ضروري، ومعنى ذلك أن مشروع العدالة الانتقالية مشروع استراتيجي طويل المدى هدفه النهائي إغلاق ملفات الماضي ليس بمعنى تجاهل المظالم ولكن بالحرص الكامل على تحقيق العدالة.

ولا بد من التأكيد في الختام على أن الحوار الجاد هو المدخل لهذه القضية الحساسة وأنه يحتاج إلى جهود متواصلة وحريصة على الوقت وعلى ما يحقق التوافق الصادق القائم على الصراحة والحزم واحترام إرادة الشعب وتضحيات الشهداء والإقرار بأهداف الثورة التي توصل إلى التحرر وبناء يمن جديد حر وديمقراطي وهو ما لا يتم إلا بإعادة بناء مؤسسات الدولة بناءً وطنياً خالصاً.

لقد كان أول تصريح للأستاذ محمد سالم باسندوة عقب تشكيل حكومة الوفاق ينبئ عن تفاؤل قوي حيث قال: (إن الحكومة سوف لن تعمل إلا كفريق واحد) وهذا هو المفهوم الحقيقي للوفاق والسؤال هو هل لدى كل الشركاء في الحكومة نفس المفهوم عن

الوفاق أم أن مفهومهم له أنه التقاسم أو الشراكة بالمفهوم التجاري؟^{١٩}

أنا لا أشكك ولكني أعبر عن مخاوف وأعتقد أن هذا من حقي كمواطن خاصة وأن التجارب الماضية مع كل الأحزاب التي ولدت من رحم السلطة والتي دمجت في إدارتها للدولة بين الحزب والدولة، أسوأ مما وجد المصريون من الحزب الوطني الذي حكم القضاء المصري بحله لإفساده الحياة السياسية في مصر وأعتقد أن الفساد في مصر على ضخامته لا يساوي ربع الفساد في أرض السعيدة طيلة ممارسة النظام على مدى العقود السابقة، وهو ما لا يعفي أحداً مارس السلطة على أي مستوى من المسؤولية، وهذا جزء من المصارحة الواجبة لإفساح الطريق أمام المصالحة وبديهي أن هناك عناصر في المؤتمر كأفراد لهم مواقفهم الوطنية التي لا تنسى!

وبهذا نجد أن العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية مصطلحان في مصطلح تتطلبان لتحقيقهما أولاً وجود إرادة سياسية وطنية موحدة تدرك حجم المخاطر والطموحات الواجب تحقيقها وتمتلك الصلاحيات والقدرة والفهم لأهمية مشاركة المجتمع في صنع القرار جدياً وإنهاء مرحلة التضليل الإعلامي الذي لعب دوراً خطيراً في تزييف وعي الناس وتجهيلهم ومن هنا يمكن لليمن الوصول إلى بوابة الحرية والعدالة والسلام والسعادة!

العدالة الانتقالية في اليمن رهن الانقسام:

من خلال القراءة السابقة للمشروع، وما جرى من أحداث ووقائع وحروب منذ العام ٢٠١٣م أي من تأريخ استصداره بصورة عاجلة والدفع ببعض أعضاء مجلس النواب لتكون مناقشته صورية وغير شفافة لتمرير التعديلات الجوهرية التي أدخلها عبد ربه منصور هادي على المشروع بدلاً عن المشروع الأصل، وأبرز التعديلات حسبما جاء في مقابلة وزير الشؤون القانونية مع قناة الجزيرة حينها إزالة مادة الكشف عن الحقيقة وحفظ الذاكرة الوطنية وحصر تطبيق القانون زمنياً بعام واحد خلال الثورة التي أطلق عليها الثورة الشبابية السلمية وبالتحديد من ١/ يناير ٢٠١١م وحتى ٢١ فبراير ٢٠١٢م في حين أن المشروع الأصل الذي أعدته الوزارة تضمن إنصاف ضحايا الصراعات والحروب خلال الفترة الممتدة منذ قيام الجمهورية اليمنية ١٩٩٠م وحتى يوم إعداد المشروع^(١).

الأحداث المتلاحقة أكدت ما ذهبنا إليه من أن كلما يبدأ قبل الأوان ينتهي قبل الأوان، هذه القاعدة شغلتنني ولا تزال تشغلني منذ طرح ما أسمى: (قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية) في اليمن والذي دفعت به الأحزاب والمكونات والقوى السياسية

(١) مقابلة د. محمد المخلافي مع قناة الجزيرة عام ٢٠١٣م على موقع قوقل ويوتيوب.

التي كانت حاکمة أو شريكة في الحكم أو منتظرة لجزء من كعكة وجود بها عليهم الحكام أو بالأصح من شغلوا مواقع السلطة العليا، وما زال هذا هو العقل المهيمن على السلطة في اليمن ومن يسعى للوصول إليها والتمسك بها، وهو عقل تقاسم المصالح وليس عقلاً تحمل المسؤولية، وعلاقة الحكام بالحكم تبعاً لذلك في هذا البلد ما تزال علاقة ملك أو بالأصح فيد ونهب وليست علاقة تحمل أمانة ومسؤولية.

وما زال هذا العقل المهيمن مشغولاً بكيفية تقاسم شركاء الحكم المصالح غير المشروعة أو الغنائم فالسلطة عندهم فعلاً غنيمَةً لمن يصل إليها، وإن رددوا خلاف ذلك في تصريحاتهم الإعلامية، إنه حال اليمن الجريح وهو حال يتم التمسك به وتكريسه كثقافة رغم كل محطات انتقال السلطة التي كان من المناسب اغتنامها كفرص للتغيير نحو الأفضل، وهذا هو الاتجاه الذي يعيق أي توجه جاد وصادق نحو العدالة الانتقالية بمفهومها الناجح الهادف إلى عدم تكرار الماضي المظلم والمؤلم وفتح صفحة جديدة مشرقة تطوى معها كل الممارسات التي أدت وتؤدي إلى الاضطرابات والعنف والثورات وتحقق العدل والسلام والتسليم بحق الشعب في السلطة والثروة باعتباره صاحبها.

إن ممارسات الأنظمة والقوى السياسية المتعاقبة ترفض القبول بذلك ولذلك لا يمكن أن تستقر الأوضاع وتهدأ.

لقد تركز النزاع أو الخلاف بين هذه القوى خلال مناقشة غير جادة للقانون المشار إليه حول نقطة بداية المحاسبة والعقاب أو العفو وهي نقطة يرتبط تحققها كما أسلفنا بحدوث انتقال حقيقي للسلطة من أدواتها القديمة التي قامت ضدها الثورة التي سميت بالسلمية إلى سلطة جديدة منتخبة انتخاباً حراً ونزيهاً بعيداً عن أي ضغوط أياً كان مصدرها داخلياً كان أو خارجياً.

ومن البديهي أن السلطة الجديدة المنتخبة هي من لها الحق في إصدار قانون العدالة الانتقالية مراعية خصوصيات المجتمع في صياغتها للقانون وضرورة أن تتضمن أحكامه الجمع بين متطلبات السياسة التي تحقق السلام وموجبات وشروط تحقيق العدالة هذه القواسم المشتركة بين العدالة والقانون والسياسة أهمها وأبرزها كما أشرنا مراراً أن يتحقق الانتقال من حالة الحرب والاضطراب إلى حالة الأمن والسلام والاستقرار، ومن حالة الشرعية الثورية الاستثنائية إلى حالة إعادة الشرعية الدستورية الطبيعية الأصلية أي المؤسسة على الدستور، هذا أولاً أما ثانياً فإن مجلس النواب المنتخب بموجب هذا المبدأ هو المعنى بمناقشة وإقرار القانون.

والرئاسة والحكومة المنتخبتان هما المكلفتان بتنفيذه، ومن ثم يكون ما أطلق عليه قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية الصادر في اليمن عام ٢٠١٣م قد صدر من سلطة تشريعية وتنفيذية غير معنيتين به ببساطة لأنهما غير منتخبتين، ولأنهما كذلك جزء من النظام الذي قامت الثورة ضده، وبالتالي فإن من بين عناصرهما من يجب أن تشملهما المساءلة والمحاسبة أو العفو ويلزم بالتعويض أو تتحمل خزينة الدولة التعويض عن ليس له مال يتم التعويض منه، والقبول بأن يتولى صياغة القانون سلطة بينها من ارتكب جرائم يجعلنا نتساءل: وفق أي شرع أو قانون يحق للإنسان أن يكون خصماً وحكماً في نفس الوقت؟!

(عندما تنتهي حرب أهلية، أو إبادة جماعية أو ديكتاتورية وحشية، يطرح السؤال المحتوم المتمثل في كيفية التعامل مع أولئك الذين ارتكبوا انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، منذ نهاية الأربعينات وحتى أواسط الثمانينات، كان الجواب هو تحاشي مثل تلك التركات المؤلمة، اتخذت هذه السياسة أحياناً شكل الصمت المفروض ذاتياً، كما كان الحال في كمبوديا بعد الخمير الحمر. في مناطق أخرى، مثل أسبانيا بعد زوال نظام فرانكو، وتم التوصل إلى حالة النسيان نتيجة تسوية تفاوضية بين النخب التي خلفته، أو تم ترسيخ الإفلات من العقاب من خلال قوانين عفورية رسمية)^(١).

وقد تبلورت بعض الرؤى حول مفهوم العدالة الانتقالية بعد أن تم إنشاء المحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا في ١٩٩٤م ثم في ١٩٩٨م وتم إقرار النظام الأساس للمحكمة الجنائية الدولية وقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٢٠٠٦م حول العدالة الانتقالية.

هذه التطورات أثرت في الكثير من اتفاقات السلام التي عقدت والتي أشارت إلى المحاكمات الدولية باعتبارها جزءاً من عملية التسوية السلمية من ذلك اتفاقية أروث المتعلقة ببوروندي واتفاقية ليناس ماركو سيبس الخاصة بساحل العاج وفي هذه المرحلة التي لا تزال مستمرة حتى الآن تتم الإحالة دائماً إلى القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان بالإضافة إلى العودة لاستلها م نموذج محاكمات (نورمبرج) لا سيما مع دخول ميثاق روما الخاص بالمحكمة الجنائية الدولية حيز التنفيذ في ٢٠٠٤م وإقرار وجود المحكمة كآلية دائمة لمحاسبة مرتكبي الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان. لاحظوا أن التسويات التي تمت أو تتم إنما يكون التفاوض بشأنها بين النخب التي

(١) التقرير الصادر عن المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات - ٢٠١٧م - العدالة والمصالحة التقليديتان بعد الصراعات العنيفة - التعلم من التجارب الإفريقية - ص ٢.

(خلفت النظام) أي أن النظام الذي قامت الثورة ضده قد غادر السلطة، لأن من غير المنطقي أن يكون التفاوض بين شركاء الحكم الذي يدعي البعض أنه ثار عليه ويساوم في إعادة تقاسم السلطة والمصالح معه مع بقائه متمسكاً بها حتى آخر رمق^١، بل وما زال فساده وسياساته تحكم وإن تغيرت الرموز، وهم كل من يسعى لاستمرار الشراكة هو البقاء في السلطة بأي ثمن، وليس وضع أسس سليمة لمرحلة جديدة تمهيداً لعدالة انتقالية حقيقية بشروطها وقواعدها الدولية المعروفة التي يستفيد منها الجميع بكل تأكيد.

ومع كل محاولات الإفلات من العقاب فقد: (حدث تحول رئيسي، على أساس أخلاقي وسياسي معاً، من أواسط ثمانينات القرن العشرين وما بعد. ازدهر التنامي العالمي لثقافة حقوق الإنسان وتحول إلى معركة جديدة، باتت أوسع بكثير الآن، ضد الإفلات من العقاب) وأشار التقرير أن هذا التحول يتمثل في قوله: (تعاونت المنظمات الدولية، مثل الأمم المتحدة والمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان، إضافة إلى منظمات حقوق إنسان غير حكومية كبيرة لوضع أعراف وممارسات واجب الملاحقة القضائية للجرائم ضد الإنسانية والإبادة الجماعية وجرائم الحرب، ونجم عن هذا بدوره تأسيس محاكم خاصة في لاهاي (ليوغسلافيا السابقة) وأروشا (لرواندا) والمحكمة الجنائية الدولية، وفي الانتشار التدريجي لمبدأ الولاية القضائية العالمية. علاوة على ذلك فإن اختيار العدالة الجزائية كاستراتيجية بات جزءاً من اتفاقيات السلام التي يتم التوصل إليها بوساطة دولية، كما في غواتيمالا وسيراليون وبوروندي)^(١).

ومع أهمية هذا التحول من الناحية النظرية والأمثلة العملية المشار إليها إلا أن بعض ممارسات المعايير المزدوجة في السياسة الدولية التي تسيرها الضغوط والمصالح الدولية للدول المتحكمة بالقرار الدولي يعطي انطباعاً سلبياً عن مدى السير الإيجابي في الاتجاه الداعم دعماً دولياً محايداً لعدالة انتقالية حقيقية.

واليمن من أسوأ أمثلة المعايير المزدوجة إن لم تكن أسوأها في مسار الدعم الدولي لإنجاز عدالة انتقالية في البلدان التي عانت من الانتهاكات والعدوان والحروب ويتمثل ذلك فيما آلت إليه الثورة اليمنية في ٢٠١١م ضمن ما أطلق عليه ثورات الربيع العربي ثورة الشباب السلمية كما كان يردد والتي سرعان ما أصبحت رهن اعتقال المبادرة الخليجية وبدعم دولي مناوئ ومخاتل منذ صيغتها الأولى التي لم تعترف بالثورة والمكونات الأوسع من مكونات دعاة التغيير الذين يرون أن هذه المبادرة إنما جاءت لإنقاذ النظام الذي كان سبباً في الثورة أو التي اعتبرت ثورة؛ لتبين الأحداث اللاحقة أنها لم تكن سوى ثورة مضادة

(١) (نفس المرجع السابق ونفس الصفحة).

لإعادة إنتاج النظام بما اعتقده رعاة المبادرة الاقليميون والدوليون ملبياً لمصالحهم.

ومن خلال ممارسات السعودية تبين للثوار الحقيقيين أنها استخدمت عنوان المبادرة التي أسمتها (الخليجية) شر استخدام في دعم وتغذية وتمويل انقسام اليمنيين لتبرير استمرار تدخلها في شؤون اليمن وكان على شركاء العمل السياسي إدراك ذلك من الوهلة الأولى والاستفادة من تجارب التأريخ وبالذات تأريخ التدخل السعودي وأطماع السعودية المشهودة في اليمن، وهو ما لا يحتاج البحث عن حقيقته أي عناء، وفي السياسة بمفهومها السائد لا ينبغي أن نستمر في توجيه اللوم للسعودية، إنما علينا قراءة التأريخ والاستفادة من عبره وسنصل إلى النتيجة المنطقية الدامغة وهي أن اليمنيين هم من يجب أن يسعوا لحل قضاياهم، وأن لا يستمروا في محاولة تطمين السعودية بحسن نواياهم تجاهها فاليمن هي من تحتاج لأن تطمئن على مستقبل العلاقة مع هذا الجار الذي تمادى في جوره وسوء نواياه بتدخله المستمر في خلق المشاكل لليمن واليمنيين، وللتأكد من ذلك علينا فقط مراجعة من يعتدي على من منذ أن وجدت السعودية، وما هي الدول المجاورة التي سبق أن اعتدت عليها اليمن في مقابل سجل علاقات السعودية مع جيرانها واعتداءاتها المتكررة عليهم والاستيلاء على أراضيهم فهل نحن بعد كل هذا نحتاج لمعرفة من يعتدي على من؟ إن كل يمني يؤمن بالسلام وأهمية حسن الجوار سيظل يأمل أن يستوعب حكام السعودية أن ممارسات التكبر والاستعلاء لا تجدي ولا تغني عن الحق شيئاً؟!!

ومن العبر والدروس التي يجب أن يستفيد منها اليمنيون كل اليمنيين ضرورة إعادة قراءة تأريخ علاقة اليمن مع السعودية لمعرفة من قتل الحجاج اليمنيين؟ وهم مرتدون لزي الإحرام أي شبه عراة في منطقة تنومة، ومن غذى حرب الملكيين ضد الجمهوريين؟ أي حرب اليمنيين ضد اليمنيين، والتي استمرت ثمان سنوات ولم تنته إلا بالمفاوضات المباشرة بين اليمنيين ما يعني أن لديهم من الحكمة الفعلية لو فعلوها ما يجعل وطنهم بالفعل وطن الحكمة والایمان والطريق إلى ذلك إن تمسكوا بحريتهم وإرادتهم!

اللوم كل اللوم على من يفرط في سيادة وطنه ويبحث عن الاستقواء على شركاء هذا الوطن دون رؤية ولا هدى ولا أدنى علامات الحرص على العدالة والشراكة الوطنية والسلام.

ومن البديهي أن البحث عن رعاة حقيقيين محايدین أمر مشروع، لكننا نعتقد أن تجاهل اليمنيين لمكمن مصلحتهم ناتج بالتأكيد عن حالة الاستلاب للخارج التي كانت البلاد قد وصلت إليها من خلال القبول بوجود نظام يفرط باستقلال الوطن اليمني ولا

يدرك ضرورة المواءمة بين المصالح الداخلية والخارجية، ولا يرفض أي ضغوط تهدف لإبقاء اليمن في حالة تبعية مذلة ومبتذلة تؤدي إلى رهن العلاقات اليمنية الخارجية بالمحاور الإقليمية أو الدولية والخلط بين المصلحة العامة والمصالح الشخصية، ومن فعل أو يفعل ذلك بكل تأكيد لا شرعية له البتة سواء من سلم السلطة ظاهراً أو من استلمها شكلاً وسرعان ما ظهر فسادُه وتلاعبه بها من خلال الاستعداد لرهن السيادة الوطنية أو بتجاهل خطورة ذلك على كيان اليمن ووجوده بل وبصورة أوضح مما كان عليه الحال والارتقاء العلني المطلق في أحضان الشقيقة!؛

وهذا التجاهل كما نعتقد لن يؤدي سوى إلى عدم الاستقرار ومن ثم تهديد جميع المصالح ولهذا فإن رعاة المبادرة كان عليهم أن يبذلوا جهداً صادقاً ومكثفاً لرعاية حوار وطني شامل ليس فقط خدمة لليمن بل لكل الجزيرة والخليج والمنطقة والعالم.

ولا يستبعد أي طرف سياسي أو ثوري يؤمن بإمكانية التحقيق المرحلي لأهداف الثورة ودون أي خطوط حمراء كما وعد بذلك الأستاذ جمال بن عمر ممثل الراعي الأممي إن لم يتم ذلك فإن كل المؤشرات تؤكد أن الوحدة الوطنية اليمنية ستكون في خطر مؤكداً نظراً لتعقيدات المشهد السياسي في اليمن من قبل الثورة الشبابية ولما أحدثته المبادرة من انشقاقات إضافية بين شركاء الثورة!

أهم شروط البدء بتحقيق عدالة انتقالية ناجحة:

أولاً: إن الهدف من الإشارة السابقة إلى ما أطلق عليه ثورات الربيع العربي وما تعرضت له التجربة الثورية اليمنية التي اختطفتها المبادرة التي أسميت المبادرة الخليجية، ومحاولة سلق قانون العدالة الانتقالية بالتحايل من خلال إصدار مشروع القانون موضوع القراءة السابق إيرادها تفصيلاً والذي سرعان ما انتهى بمجرد بروز الانقسام بين اليمنيين وتطوره إلى صراع دموي غذته السعودية التي أظهرت بأنها راعية للحوار وللسلام في اليمن ولا تزال تغذيه حتى كتابة هذه الدراسة.

هذه المعطيات بكل وقائعها والتي يطول شرحها أكدت أن المشروع قدم في الظرف الخطأ والوقت غير المناسب ببساطة شديدة لأن الانتقال كما كررنا لم يتحقق بعد، وإذا كان الأمر كذلك حين تقديم المشروع لمجلس النواب، فإن ظروف المشهد اليمني اليوم باتت أشد تعقيداً حيث صارت تتحكم في اليمن حوالي خمس سلطات أمر واقع ذاق منها الوطن اليمني الذي يفترض أنه توحد عام ١٩٩٠م الويلات وما زال!

وأبرز تداعيات استباحة السعودية لنفسها حق التدخل المباشر بالعدوان على اليمن

وهو العدوان الذي شنته بحجة دعم الشرعية قد استخدمت فيه التذليل والتضليل الإعلامي بصورة مقززة، أبرز علاماتها استخدام مزعوم طلب هادي وفرقة التذليل السياسي من المملكة المباركة القيام بالعدوان على اليمن وإن لم تسمه عدواناً فهو عدوان بشع بكل المعايير القانونية والدينية والأخلاقية واليا فطة التي رفعتها إعادة الحال على ما هو عليه لإبقاء شرعية التوافق البديع كأنها ولي أمر اليمن واليمنيين!!

والحقيقة الأكثر مرارة أن نتائج التدخل لم يتضرر منها أحد سوى الشعب اليمني لا غير أما أطراف الصراع فإنها تحولت إلى مستثمر بشع لدماء اليمنيين ومعاناتهم!

إن مسرحية الطلب المزعوم من الرئيس الشرعي جداً عبد ربه وما نتج عنه من تدخل سافر ما زالت كل العقول حيرى حول الادعاء وبكل صلافة أنه تدخل شرعي!!، ولا ندري متى كان من حق رئيس أي دولة في العالم أن يطلب من دولة أخرى العدوان على وطنه لكي تعيده رئيساً عليها أو بالأصح كي تنصبه، إن هذا التصرف لو افترضنا أن لعبد ربه أي شرعية كرئيس حينها أو قبلها فإن طلبه لو صح أقل ما يوصف به أنه خيانة عظمى تستوجب الحكم عليه مجدداً بالإعدام والمعروف أنه سبق الحكم عليه بالإعدام لدوره في ممارسة القتل في أحداث ١٣ يناير المشنومة في الجنوب، وإذا كان قد تم العفو عنه بعد الوحدة كما قيل فإن العفو يلغي العقوبة ولا ينفي الجريمة أي كونه قاتلاً، وبناءً على هذه الحقيقة فإن تعيينه كنائب للرئيس يصبح باطلاً ويبطل تبعاً لذلك القرارات المتعلقة بتعيينه نائباً ثم التوافق المسرحي بين القوى المسماة بالسياسية على اختياره رئيساً سمته الرئيس التوافقي وبنيت عليه السعودية كل آمالها وركزت كل جهودها بأنها مستميتة من أجل إعادة شرعية فخامته!

ولعل هذه حالة استثنائية تنطبق بحالة علاقة اليمن مع السعودية، وعلى كون الدولة المتدخلة هي السعودية لما لها من تأريخ محترم ونزيه وحريص على حسن وليس حزن الجوار في تعاملها مع اليمن بدليل احتلالها لجيزان ونجران وعسير والربع المسمى بالخالي وهلم جراً.

في ظل هذا الانقسام المقيت بين اليمنيين يستحيل البدء بمشروع العدالة الانتقالية لعدم تحقق شروطها التي أكدناها سابقاً في أكثر من موضع لعدم تحقق شرطها الأساس وهو الانتقال من الوضع الاستثنائي إلى الوضع الطبيعي.

وإذا كانت الأطراف السياسية عند الدفع بمشروع القانون تتحدث وتنطلق من مزعوم الشرعية والحكومة الانتقالية التي أطلقت عليها الشرعية التوافقية وهي الشرعية التي

دلست بعض قيادات الأحزاب والقوى السياسية على الشعب من خلال المسرحية السخيفة التي روجت لاختيار عبد ربه منصور هادي وحشد الناس عن طريق التدليس ليبدو اختيارهم لهذه الشخصية انتخاباً واستخدمت السلطة والمال العام في هذا التدليس والتزوير المعنوي والمادي لتصبح أغرب مسرحية انتخابية في التاريخ تنافس فيها عبد ربه مع عبد ربه ففاز أحدهما بأغلبية ساحقة ماحقة تقودها الحكمة اليمنية التي لا تجارى وليس لها نظير بين تجار الديمقراطية!!

ثانياً: إن حالة اللاسلم واللاحرب التي تعيشها اليمن الآن تشكل إحدى وسائل استمرار العدوان والحرب التي تجمع بين البرودة والسخونة إن جاز التعبير، فالشعب يبدو شبه معتقل إن لم يكن معتقلاً بالكامل من القوى المتصارعة والمنقسمة ومن يدعم صراعا وانقسامها، ويعاني من التجويع والأزمات الاقتصادية وغلاء المعيشة، وفي ظل هذا الوضع يعيش الوطن في حيرة واضحة تحت وطأة ممارسات لا تدرك الأطراف التي تمارسها بأن ما تفعله خطر على السفينة بأكملها ولعلمهم من ركابها!

ثالثاً: قبل بدء العدوان على اليمن في ٢٦ / ٣ / ٢٠١٥م والذي قام به ما أطلق عليه كذباً وزوراً: (التحالف العربي) بزعم إعادة الشرعية وأطلقت عليه السعودية قائدة العدوان الظاهر ومموله الرئيس (عاصفة الحزم) وكأنها تتعامل مع أطفالها أو عبيدها في إشارة واضحة إلى استمرار هذا الجار في التعامل مع جارتها اليمن باستهتار بالحقوق التاريخية والقانونية والأخلاقية، قبل هذا التاريخ كان البعض قد تفاعل بإطلاق هذه المبادرة على أمل أن تكون بداية تعبير عن حسن نوايا لفتح صفحة جديدة من العلاقات الطبيعية التي يملئها الدين وحقوق الجوار والوعي بالمصالح المشتركة التي لا تحمى بالعنجهية والغرور والتهديدات واستمرار الاعتداءات ونهب الأراضي، ومن هذا المنطلق تعشم هذا البعض أن تكون المبادرة حينها طوق نجاة من إخوة يقدرون حقيقة أهمية أمن واستقرار اليمن لاستقرار وأمن منطقة الجزيرة والخليج بل والوطن العربي بأكمله.

وهي فرضية تقوم كما أشرنا إلى حسن الظن، إلا أن واقع الحال يبين أنه مستمر في انتهاج سياسة الخداع والغدر وفق مفهوم خاطئ لمقولة: (السياسة مصالح)، وأن من يتبع هذه السياسة لا يفرق بين المصالح المشروعة وغير المشروعة، وهذا المفهوم ينزلق بأصحابه من حيث يدرون أو لا يدرون إلى هاوية من يفترض أن الحياة كلها قائمة على الشر، وهؤلاء إما عميان أو متعامون عن رؤية الحقيقة الكبرى التي يدار بها الكون كله وهي: أن الخير والشر لا يفترقان أبداً ودائماً ما دامت الحياة وهو مطالب بأن ينتصر للخير ولهذا عرّف السياسة بأنها فن الممكن.

والممكن في السياسة إنما يكون من خلال العمل على إنجاز أعمال الخير ومغالبة النزعات والنزوات الشريرة ومقاومتها، والعمل على تحويل مكارم الأخلاق المتفق عليها إلى فعل وإلى قانون واجب التطبيق ببذل أقصى جهد ممكن.

إن الجدل الذي دار حول المبادرة الخليجية وصياغتها الأولى ثم الثانية فالثالثة، والأحداث التي وقعت قبل التوقيع عليها وبعده والتفاوض بشأن ما أطلق عليه قانون الحصانة الذي لم يسبق له مثيل من حيث مخالفته لمبادئ الدستور وسيادة القانون والعدالة والمساواة على الجميع.

كل ذلك بين أن المبادرة إياها لم تكن في الحقيقة سوى وسيلة للحيلولة دون انتقال سلمي حقيقي للسلطة يعبر عن إرادة اليمنيين، فقد أدت الممارسات والأحداث والمؤامرات منذ قيام ثورة أو الحكم بالثورة في ٢٠١١م وما قبلها إلى صراع دموي على السلطة وانقسامات متعددة تديرها السعودية بين الأطراف المتصارعة، وكلها سلطات أمر واقع لاشريعية لها بما فيها ما يطلق عليها البعض بالشرعية الأبعد عن الشرعية!

كان من بديهيات العمل السياسي ومقتضيات الوعي الوطني، أن تدرك معه الأحزاب والقوى السياسية وبه بأن فن الممكن لا يمكن أن تكون ممارسته على النحو الذي تم والذي ما زال مستمراً، من خلال كل هذا الاستلاب للسعودية وللعامل الخارجي عموماً، لأن أي دولة لا يمكن أن تقوم لها قائمة مادامت مرتبهة لدولة أخرى أو للعامل الخارجي، فهو عامل مساعد إذا كان الخارج محايداً أو داعماً حقيقياً حريصاً على حسن الجوار، أما من استقوينا بهم على بعضنا أو استعنا بهم للتأمر على بعضنا فقد حولوا اليمن مع الأسف والأسى إلى ساحة حرب لتصفية حساباتهم والتنازع على مصالحهم في ظل غياب تام للإرادة والقرار اليمني المستقل وهو أول شرط من شروط ممارسة حق السيادة لأي دولة وعنوان شخصيتها الدولية المعترف بها ولو قرأنا التاريخ بوعي لأدركنا حجم أخطائنا الحاضرة وخطورة تسليم قيادنا للغير بل للأعداء الذين نهبوا أراضي اليمن، ومن خلال التبعية لهم سيبقى نشاطهم يهدف لحراسة أتباعهم أو أحفاد أتباعهم كي لا نستيقظ ونحاول استعادة حقوقنا المشروعة وأراضي المنهوبة!

إن الحقيقة التي يتعamy عن رؤيتها الجار الجائر هي أن استمرار معاناة الشعب اليمني ستؤدي عاجلاً أم آجلاً إلى تفجير الأوضاع بصورة دموية لن يسلم منها أحد إذا غابت الحكمة في التعامل مع قضايا الثورات والصراعات المسلحة على السلطة وعلى الحدود والنفوذ، وفي اعتقادي أن مشكلة الحدود بين اليمن والسعودية من أعقد المشاكل لأنها تجاوزت حد الاستيلاء على الأرض اليمنية إلى المحاولات المستمرة للاستيلاء على

القرار اليمني منعاً في اعتقاد السعودية لأي تفكير في الاستقلال الحقيقي وهو ما سيظل يقاومه اليمنيون باستمرار ولذلك: (يعتبر مفهوم العدالة الانتقالية مفهوماً حديث العهد، ظهر مع بروز الصراعات في المجتمعات التي تعرف انتقالاً نحو الديمقراطية ليتم ربطه بالقضايا المتعلقة بالانتهاكات والاعتداءات الخطيرة للقانون الدولي والقانون الإنساني الدولي ولحقوق الإنسان، حيث تسعى العدالة الانتقالية إلى كشف الحقيقة وتعويض ضحايا العنف والأعمال الوحشية المرتكبة في محاولة لترميم الجراح وضمان عدم العودة لمآسي الماضي والغرض من وراء ذلك يتمثل في استعادة الأمن والسلم المدني وإقامة دولة القانون والديمقراطية).

تشير فكرة العدالة الانتقالية إلى مجموعة التدابير القضائية وغير القضائية التي تسمح بمعالجة الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان في مجتمعات خارجة من نزاعات مسلحة أو من نظم استبدادية إلى السلام والديمقراطية ودولة القانون. تهدف فكرة العدالة الانتقالية إلى تحقيق جملة من الأهداف أهمها: التحقيق في الجرائم التي ارتكبت في الماضي، وتحديد المسؤولين عن هذه الجرائم، وتقديم التعويضات للضحايا، وإصلاح المؤسسات واستعادة ثقة المواطنين بالدولة ومنع انتهاكات حقوق الإنسان في المستقبل، والحفاظ على السلام الاجتماعي، وتعزيز المصالحة وسيادة القانون في إطار مبادئ الديمقراطية^(١)، وهذا النهج يخالف ما هدفت إليه المبادرة الخليجية لعدة أسباب منها ثلاثة أسباب:

الأول: لأن من وراء المبادرة وبالذات السعودية قد دعمت كثيراً من انتهاكات النظام لحقوق الإنسان وحروبه منها حرب ١٩٩٤م وحروب صعدة الست وورطته في مزيد من الحروب والانتهاكات، وتورطت بشكل مباشر في جريمة اغتيال الرئيس الوطني الشهيد إبراهيم الحمدي وبصور غير مباشرة في تصفية واغتيال كثير من المعارضين الوطنيين، ولذلك فقد حاولت بكل ما تستطيع من خلال المبادرة إغلاق الملفات أو إحراقها دون تحقيق جاد ومحايدي لا يكتشف دورها ودور أتباعها وعملائها في الداخل اليمني.

الثاني: الحيلولة دون التأسيس لديمقراطية حقيقية لأن رعاة المبادرة وبالذات السعودية ترى فيها خطراً يهدد نظامها الملكي الوراثي وأنظمة الخليج كاملة.

مع أن بعض دول الخليج مثل الكويت وعمان ترى أن العلاقة السوية بين اليمن وجيرانها تكمن في ترك اليمنيين وشأنهم يقررون مصيرهم بأيديهم وإيرادتهم الحرة

(١) مجلة المعيار- تجارب العدالة الانتقالية في دول ما بعد الصراع- ص-٤٢٠.

المستقلة بل ويرون ضرورة دعم هذا الاستقلال لأن من شأنه وحده بناء دولة يمنية محترمة ستكون داعماً مهماً لدول الخليج وضماناً لأمنه واستقراره.

الثالث: سعت السعودية من خلال ما أطلق عليه الآلية المزمّنة لتنفيذ المبادرة لأن تكون بعض الإجراءات وما تم في مؤتمر الحوار وبالذات كيفية التعامل مع تشكيل لجنة صياغة الدستور ولجنة الأقاليم وسيلة لتفجير الخلافات واحتدامها بين الأطراف السياسية المتربّصة كل وفق أجندته الخاصة، وكانت السعودية ومن يديرها على دراية تامة ربما أكثر ممن أطلق عليها القيادة والحكومة الانتقالية.

كانت ترعى وتغذي الخلافات بنشاط واضح ما أدى إلى تفجير الأوضاع، والتدخل السريع للسعودية عقب الاشتباك المسلح وهروب عبد ربه هادي بشن العدوان الذي أطلقت عليه عاصفة الحزم بدعوى دعم شرعيته، هذا التدخل وما أعقبه من تحركات على الأراضي اليمنية وبالأخص الجنوبية والشرقية دليل واضح على ضلوعها في كل ما جرى ويجري من اعتداءات وتدخل سافر في شئون اليمن يفوق كل تصور مع إظهار مخاوفها على أمنه واستقراره في حين أنها هي من يهدد أمن اليمن واستقراره تساعدها في ذلك حالة الارتهاق والارتزاق من بعض المحسوبين على اليمن.

خاتمة

لكي تتحقق عدالة انتقالية ناجزة كاملة الأركان والشروط في اليمن إذاً لابد أولاً: من تكثيف جهود اليمنيين المخلصين للعمل الجاد من أجل إنهاء حالة الانقسام بين القوى المتصارعة (سلطات الأمر الواقع) ولا يمكن إنهاء هذه الحالة دون استشعار هذه القوى لمسئولياتها ولأن من غير المتوقع حدوث ذلك، فإنه لابد من إرجاع الشرعية لمالكها وهو الشعب طبقاً لما تملّيه الشرعية الدولية ولأن هذه الشرعية إنما هي داعم للشرعية الوطنية التي يحدد تفاصيل كينونتها الشعب فإن وعي هذا الشعب ليس فقط بخطورة ما وصلت إليه الأوضاع في الوطن اليمني وإنما أيضاً بأهمية التمسك بحقه في السلطة والمشاركة الفاعلة في إيجاد سلطة تعبر عن مصالحه يترسخ فيها مبدأ سيادة القانون.

لقد كان حلم اليمنيين بالثورة في ١١ فبراير ٢٠١١م ضمن ما أسمي ثورات الربيع العربي محطة مفصلية في تاريخ اليمن الحديث لو لم يتم إعاقتها بالعوامل التي تناولناها في هذا البحث أبرزها التدخل السعودي الخليجي الذي اختطف الثورة بثورة مضادة وثيقتها الأولى ما أسمي بـ(المبادرة الخليجية) حيث جرى الترتيب لتهريب كثير من ثروات اليمن

التي نهبها رموز النظام الذي قامت الثورة من أجل تغييره في ظل المماحكات وتمطيط المرحلة الانتقالية وعدم إتمام عملية الانتقال السلمي للسلطة كما نصت عليها المبادرة رغم ما عليها وفيها من ملاحظات، وبعد تهريب تلك الثروات وبعض الرموز المشاركة في الفساد وانتهاكات حقوق الإنسان تم إصدار ما أسمى قانون الحصانة الذي مرره مجلس النواب في يناير ٢٠١٢م، والذي (نص رأس النظام الحصانة التامة من الملاحقة القانونية والقضائية وتنطبق الحصانة من الملاحقة على المسؤولين الذين عملوا مع الرئيس في مؤسسات الدولة المدنية والعسكرية والأمنية فيما يتصل بأعمال ذات دوافع سياسية قاموا بها أثناء أدائهم لمهامهم الرسمية ولا ينطبق ذلك على أعمال الإرهاب المرتكبة أثناء أداء الخدمة على مدار حكمه لمدة ٣٣ عاماً)^(١).

وقد نجحت المبادرة إياها في تحويل الثورة إلى أزمة بالفعل ثم إلى صراع دموي ما زال مستمراً، السعودية هي المستفيد الأول منه وبعدها الإمارات وترتب على ذلك إهدار مادي ومعنوي لخيرات اليمن وطاقاته ومقدراته، وإعاقة التحول المفترض نحو دولة مدنية ديمقراطية لجميع اليمنيين تكون علاقتها بالجوار والإقليم والعالم علاقة الاحترام والمصالح المشتركة، والبداية الحقيقية إما الاستعداد الذاتي لاعتراف جميع الأطراف بما ارتكبه من جرائم وأخطاء، ولأن هذا مستحيل فإن التحقيق الجاد والحرص على العدالة الكاملة هو الطريق نحو استقرار اليمن وبناء دولته المدنية الديمقراطية كضمان للسلام والاستقرار والتنمية الشاملة.

(١) المرجع على صفحة الويكيبيديا- الحصانة التي نصت عليها المبادرة الخليجية - المبادرة الخليجية- اتفاقية سياسية خليجية لحل الأزمة اليمنية.



البحر في الفقه والقانون

أجور السمسرة (السعاية) في القانون اليمني

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

مجلة
البحر في الفقه والقانون

مع أن القانون التجاري اليمني قد صرح بأن السمسرة (السعاية) من ضمن الأعمال التجارية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته حسبما ورد في الفقرة (٤) من المادة (١٠) من القانون، ومع أن القانون ذاته قد نظم عقد السمسرة في المواد (من ٣٢٦ إلى ٣٤٢) ومع أنه من المقرر في القانون التجاري أن السمسار لا يكتسب صفة التاجر إلا إذا اتخذ السمسرة حرفة معتادة يتكسب ويتربح منها إلا أن مهنة السمسرة والسماسرة لازالت في اليمن من المهن العشوائية التي لم يتم تنظيمها من حيث تحديد الأشخاص الذين يقومون بها والشروط والواجبات التي يجب توفرها فيهم وغير ذلك من المسائل التنظيمية لمهنة السمسرة (السعاية)، ولذلك تحدث نزاعات وخلافات بشأن أعمال السمسرة والسماسرة، وبما أن القانون قد نظم عقد السمسرة فإن إثبات قيام السمسار بالسمسرة والتوفيق بين البائع والمشتري يخضع للقواعد العامة في الإثبات، فعقد السمسرة ليس من العقود الشكلية حتى يشترط القانون إثبات السمسرة بوسيلة معينة، لذلك يجوز إثبات عقد السمسرة وأعمال السمسرة بأية طريقة من طرق الإثبات، وسوف نعرض تقديراً مقابل السمسرة والسعاية إثبات ذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: ماهية السمسرة.

المبحث الثاني: الأعمال التي يقوم بها السمسار والتزاماته.

المبحث الثالث: الوضعية القانونية للسمسار.

المبحث الرابع: تقدير أجرة السمسار.

المبحث الخامس: تقدير أجرة السمسار بحسب قواعد العرف السائد.

المبحث السادس: شروط استحقاق السمسار للأجرة.

المبحث السابع: حق السمسار في استرداد المصاريف والمطالبة بالتعويض

المبحث الثامن: تعديل أجر السمسار.

المبحث التاسع: مسئولية السمسار.

المبحث العاشر: طرق إثبات عقد السمسرة.

المبحث الحادي عشر: موقف الشريعة الإسلامية من عقد السمسرة.

المبحث الأول ماهية السمسرة (السعاية)

مصطلح (السمسرة) في اليمن مصطلح مذموم يستنكف منه غالبية اليمنيين لأن هذا يرتبط بأذهان اليمنيين بالسمسرة وهي الخان الذي كان يأوي إليه المسافرون، وعند بعض اليمنيين فإن مصطلح السمسرة يوحي بمهنة يأنف منها غالبية اليمنيين، ولذلك فإنه عند تعديل القوانين اليمنية يطرح بقوة تعديل هذا المصطلح إلى مصطلح الوسيط.

وقد عرفت المادة (٣٢٦) من القانون التجاري اليمني عرفت السمسرة بأنها (عقد يتعهد بموجبه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين في مقابل أجر)، ومن خلال استقراء هذا النص يظهر أن السمسرة عقد يلتزم به طرف يدعى بالسمسار بأن يرشد الطرف الآخر ويبدله إلى إبرام عقد أو صفقة ما أو أن يكون وسيطاً له في مفاوضات التعاقد مع طرف آخر وذلك مقابل أجر.

فالسمسرة عقد يتعهد بموجبه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والتوسط لإبرامه في مقابل أجر، ويقتصر عمل السمسار على التقريب بين شخصين لإبرام الصفقة دون أن يكون وكيلاً أو طرفاً في العقد فهو لا يمثل أحد المتعاقدين في إبرام العقد بوصفه طرفاً في العقد .

فعقد السمسرة يكون بين طرفين فأكثر، يفوض أحدهم (العميل) الطرف الآخر ويسمى السمسار لأن يرشده ويبدله أو يتوسط له في إبرام عقد أو صفقة، أو يكون وسيطاً بين طرفين لمساعدتهما على إبرام صفقة أو تصرف قانوني والتوفيق بين وجهات نظر المتعاقدين المتضاربة مقابل أتعاب تتناسب مع الجهد والوقت المبذول من السمسار.

والسمسار: شخص مفوض من قبل طرف أو أطراف العقد لأجل التوسط بينهم أو للتوسط أمام طرف ثانٍ لإتمام صفقة أو تسهيل عقد الصفقات التجارية بين أشخاص لا تربطهم علاقة سابقة وإرشاد من تعاقد معه إلى صفقة رابحة أو يكون وسيطاً في مفاوضات بين مصدر الأمر وما يلائمه للوصول لحل وسطي، لإبرام هذا العقد فينشأ له بشكل صريح أو ضمني أن يقبض أجراً بسبب طبيعة عمله، عند نجاح وساطته بإبرام الصفقة على يديه دون أن يتحمل أي أضرار عن هذا العقد

وبما أن السمسرة عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والتوسط في إبرامه، فالسمسار ليس وكيلاً، فهو لا يتفاوض ولا يبرم

العقد، فيقتصر جهده على مجرد إيجاد طرف آخر لسمسرة عمل تجاري أيّاً كان محلها. (عقد السمسرة بين الواقع والقانون، عادة غالب، ص ١٣).

المبحث الثاني الأعمال التي يقوم بها السمسار والتزاماته

تتلخص الأعمال التي يقوم بها السمسار والتزاماته فيما يأتي:

- ١- إرشاد العميل لصفقة رابحة وتقديم ما في خبرته من معلومات تسهم في إبرام التصرف.
- ٢- التوسط في مفاوضات العقد ومحاولة إقناع الأطراف والتوصل لحلول وسطية مرضية.
- ٣- تنفيذ الالتزامات بما يعود بالنفع الأكثر على المتعاقد الذي كلف السمسار، وأن يقوم السمسار بإنجاز المهمة في المدة المحددة إن وجدت، وإن لم تحدد المدة فيكون له إنجازها في وقت غير محدد شريطة ألا يتضرر المتعاقدون من ذلك.
- ٤- البحث عن متعاقد يرتضي بالتعاقد والتفاوض مع هذا المتعاقد.
- ٥- يلتزم السمسار بأداء ما تم تكليفه به بنفسه، فلا يحق له أن ينيب أحداً دون موافقة العميل.
- ٦- ضمان عدم تضارب المصالح وبقاء السمسار مستقلاً.
- ٧- تقديم حساب كامل بكافة المصروفات والنفقات المبذولة في سبيل تحقيق ما تم تكليفه به.
- ٨- مراعاة الأمانة والاهتمام وعدم التقصير.
- ٩- النصيحة لطرفي العقد، فالسمسار في الأصل يستأجره أحد أطراف العقد وإن لجأ له الطرفان فكلهما يبرم معه عقد سمسرة، وعلى السمسار ولولم يكن مكلفاً إلا من أحد طرفي العقد أن يعرض الصفقة على الطرفين وأن يبين لهما جميع الظروف والبيانات والخبرات التي يعلمها عن الصفقة المزمع عقدها.
- ١٠- على السمسار تنفيذ أعمال السمسرة بنفسه دون إنابة غيره لوجود اعتبار شخصي في تكليفه بهذه المهمة، فإذا أناب السمسار غيره عنه دون إذن من الأصيل يكون

السمسار مسئولاً عن أعمال هذا الغير كأنها صدرت منه شخصياً، أما إذا أذن الأصيل للسمسار بإنابة غيره ففي هذه الحالة يكون السمسار مسئولاً عن خطئه في اختيار هذا الغير.

المبحث الثالث الوضعية القانونية للسمسار

صرح القانون التجاري اليمني بأن عقد السمسرة من ضمن الأعمال التجارية وفقاً للمادة (١٠) التي نصت على أنه (تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأمر التالي بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته: ٤- السمسرة والوكالة بالعمولة)، ومع أن القانون التجاري قد صرح بأن السمسرة من الأعمال التجارية بصرف النظر عن صفة الشخص الذي يقوم بالسمسرة أي سواء أكان تاجراً أم غير تاجر حسبما ورد في النص القانوني السابق إلا إن السمسار لا يعد تاجراً ولا يكتسب صفة التاجر إلا إذا كان قد بلغ سن الأهلية التجارية المحددة في القانون التجاري اليمني وهي ١٨ سنة وإذا كان يزاول أعمال السمسرة على وجه الاحتراف باسمه وحسابه أي إنه يتخذها حرفة ومهنة يتكسب منها بصفة معتادة.

ويجوز أن تزاول أعمال السمسرة كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات إذا كانت أعمال السمسرة من ضمن أغراضها المنصوص عليها في قرار إنشاء الشركة أو نظامها الأساسي، وفي هذا المعنى نصت المادة (١٨) تجاري على أن (كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة واتخذ هذه المعاملات حرفة له يكون تاجراً، وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة تجارية وكل شركة تتخذ الشكل التجاري، ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجارية).

فإذا اتخذ الشخص الطبيعي السمسرة حرفة له وهي عمل تجاري حسبما ورد في المادة (١٠) السابق ذكرها فإنه يكتسب صفة التاجر إذا كان قد بلغ سن الأهلية التجارية وهي ١٨ سنة، وكذا يكتسب السمسار صفة التاجر إذا قام بالإعلان عن محله الذي يستخدمه في أعمال السمسرة، وفي هذا الشأن نصت المادة (١٩): تجاري على أن (كل من أعلن للجُمهور عن طريق الصحف أو النشرات أو بأية طريقة أخرى عن محل أسسه للتجارة يعد تاجراً وإن لم يتخذ التجارة حرفة مألوفة له، وتثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار- أو مستتر وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص

الظاهر وإذا زاول التجارة أحد الأشخاص المحظور عليهم الاتجار بموجب قوانين أو أنظمة خاصة عد تاجراً وسرت عليه أحكام هذا القانون)، وعلى أساس ما تقدم فإن الأشخاص الذين لا يتخذون السمسرة حرفة لهم ولا يقومون بالإعلان عن محلاتهم الخاصة بأعمال السمسرة لا يكتسبون صفة التاجر، بيد أن السمسار لا يكون تاجراً إلا إذا كان قد اتخذ السمسرة حرفة له يتكسب منها بصفة معتادة، أما إذا قام بأعمال السمسرة بصفة عارضة فلا يكون عمله في هذه الحالة عملاً تجارياً وفقاً للمادة (٢٠) تجاري التي نصت على أنه (لا يعد تاجراً من قام بمعاملة تجارية عارضة دون أن يتخذ التجارة حرفة له ومع ذلك تخضع المعاملة التجارية التي يقوم بها لأحكام قانون التجارة)، فالسمسار يكتسب صفة التاجر لأنه يقوم بأعمال السمسرة كمهنة وحرفة له، فهو أثناء قيامه بعمله هذا لا يكون تابعاً لأحد الطرفين الذي يقوم بالتوسط بينهما، فالسمسار التاجر يمارس مهنة السمسرة على وجه الاستغلال والتربح، فالسمسرة تساهم في تداول الأموال ولذلك فإن عمل السمسار يعد عملاً تجارياً، وهناك من يذهب إلى أن عمل السمسار لا يكون تجارياً إذا تعلق بأعمال تجارية أما إذا تعلق بعمل مدني فإن عمله يعد مدنياً، ولكن هذا التخريج غير مقبول في القانون التجاري اليمني، لأن المادة (١٠) من القانون التجاري اليمني صريحة، فقد اعتبرت عمل السمسار أيضاً كان عملاً تجارياً دون تمييز الصفقات التي يبرمها تجارية كانت أم مدنية .

وبما أن السمسرة عمل تجاري بصرف النظر عن صفة القائم بها حسبما سبق بيانه في المادة (١٠) تجاري السابق ذكرها فإن القضاء التجاري يختص بنظر المنازعة بشأنها حتى لو لم يكتسب السمسار صفة التاجر، فقد لاحظنا أن الحكم محل تعليقنا قد صدر من القضاء التجاري مع أن السمسار في القضية التي تناولها الحكم لم يكتسب صفة التاجر.

المبحث الرابع تقدير أجره السمسار

غالبية القوانين العربية لا تحدد أجره السمسار، وإنما تنص على أنه يتم تحديد الأجره في عقد السمسرة ذاته فإن لم يتم تحديده في عقد السمسرة فيقوم القضاء بتقديره في ضوء الجهد الذي بذله السمسار والوقت الذي صرفه في سبيل إنجاز المهمة وفي ضوء العرف السائد المستقر، بحسب ما ورد في الحكم محل تعليقنا، وفي هذا المعنى نصت المادة (٣٢٧) من القانون التجاري اليمني على أنه (إذا لم يعين أجر السمسار في القانون

أو في الاتفاق عين وفقاً لما يقضي به العرف، فإذا لم يوجد عرف قدره القاضي تبعاً لما بذله السمسار من جهد وما صرفه من وقت في القيام بالعمل المكلف به)، وكذا أشار القانون المدني في المادة (٨٥٥) إلى أجره السمسرة أو السعاية فقد نصت تلك المادة على أن (أجرة الدلال إن باع العين بنفسه ويأذن صاحبها على البائع، ويعتبر العرف أنه سعى بين البائع والمشتري وباع المالك بنفسه).

ولا يستحق السمسار أجره إلا إذا أدت وساطته إلى إبرام العقد، ويستحق السمسار الأجر بمجرد إبرام العقد طالما وقد تحققت الغاية من العقد، أما إذا كان العقد معلقاً على شرط واقف فلا يستحق السمسار الأجر إلا إذا تحقق الشرط حسبما ورد في المادة (٣٢٨) تجاري التي نصت على أنه (لا يستحق السمسار أجره إلا إذا أدت وساطته إلى إبرام العقد ولو لم ينفذ كله أو بعضه وإذا كان العقد معلقاً على شرط واقف لم يستحق السمسار أجره إلا إذا تحقق الشرط).

ويتم في عقد السمسرة تحديد الطرف الذي يدفع أجره السمسار، فإذا لم يتضمن عقد السمسرة ذلك فإن الطرف الذي يجب عليه دفع الأجرة هو الطرف الذي قام بتكليف السمسار بحسب ما ورد في المادة (٣٢٩) تجاري التي نصت على أنه (إذا كان السمسار مفوضاً من طرفي العقد، استحق أجراً من كل منهما ويكون كل من العاقدين مسئولاً تجاه السمسار بغير تضامن بينهما عن دفع الأجر المستحق عليه ولو اتفقا على أن يتحمل أحدهما جميع نفقات السمسرة).

المبحث الخامس تقدير أجره السمسار بحسب قواعد العرف السائد

بما أن القانون التجاري اليمني وغيره من القوانين العربية لم يحدد أجره السمسار وأحال تحديدها إلى الاتفاقات الثنائية والقواعد العرفية، إضافة إلى سلطة القاضي في تقديرها بحسب العرف السائد والجهد المبذول من قبل السمسار، لذلك ينبغي الإشارة إلى دور العرف في تحديد أجره السمسار، سيما أن الحكم محل تعليقنا قد صرح بأنه لا يتم العمل بالعرف في تحديد أجره السمسار إلا إذا كان العرف قد استقر على تحديد أجره السمسار، ولذلك من المناسب الإشارة بإيجاز إلى دور العرف في هذا الشأن.

فالعرف مصدر أساسي تستمد منه الكثير من المعاملات أساسها، ويظهر دور العرف في بعض المجالات والتعاملات أكثر من غيرها لقدمها أو لكثرة تعامل أفراد المجتمع بها،

فنتيجة لذلك نشأت قواعد عرفية تعارف أفراد المجتمع عليها وشعروا بإلزاميتها اتجاهه، ويعرف بعض الفقه العرف أنه درج الناس - عامة أو فئة منهم - على اتباع سلوك معين بصدد مسألة معينة لمدة طويلة مع رسوخ الاعتقاد لديهم بإلزام هذا السلوك، وبأن مخالفته تستتبع توقيع جزاء مادي.

وبشأن أجرة السمسار، فقد صرح القانون التجاري بإحالة تقديرها إلى القواعد العرفية، لأن القانون ذاته لم يحدد أجرة السمسار ولم يبين طرق احتسابها، فأحال إلى العرف الذي وجب على القاضي في حالة النزاع الحكم وفقه، وهنا نقول أنه في حالة عدم نشوء النزاع واتفق الأطراف على الأجرة المحددة عرفاً، أو عدم اتفاقهم ولكن قبول المتعاقد لمبلغ الأجرة الذي يطلبه السمسار، ففي هذه الحالة فلا مشكلة، لكن الإشكال يظهر عندما ينازع الطرف المتعاقد في الأجرة التي يطلبها السمسار، فيتم رفع النزاع إلى القاضي للبت فيه، فعندئذٍ يجب على القاضي عند تحديده لأجرة السمسار بحسب قواعد العرف يجب القاضي الانطلاق من قواعد أساسية تحكم العرف، أولها قاعدة أن من يدعي وجود عرف يجب عليه إثباته، فكما هو معروف أن قواعد العرف هي قواعد معنوية غير مكتوبة في وثائق رسمية كما هو الحال بالنسبة للقوانين والنظم، وتبعاً لذلك يمكن لأي شخص الادعاء بأن العرف يحدد أجرة السمسار بنسبة معينة مثلما وقع في القضية التي تناولها الحكم محل تعليقنا، لأجل ذلك يجب على كل من يدعي العرف أن يثبت وجوده أمام المحكمة ووجود شروط العرف الشرعية والقانونية، وفي الحكم محل تعليقنا كان القاضي قد ألزم السمسار بإثبات العرف ومن خلال محاولة السمسار إثبات العرف وجدت المحكمة أن العرف المدعى به غير مستقر أو ثابت، وإثبات العرف مسألة صعبة، وفي بعض الأحيان يتم الاعتماد على الخبراء من أهل الحرفة للشهادة على أجرة السمسار بحسب ما هو متبع في العرف.

كما أنه يجب على القاضي العلم بالعرف، فادعاء السمسار بأن أجرته مبلغ معين أو نسبة معينة، فعندئذٍ يجب على القاضي أن لا يمتنع عن البت في النزاع، بعلّة عدم معرفة العرف والعلم به، وإلا كان القاضي منكرًا للعدالة، وهذه المسألة صعبة عملياً على القاضي، فكيف له أن يعرف كل القواعد العرفية وشعبها واختلافها، لكن القاضي يستعين بذوي الخبرة في مجال السمسرة، وأساس ذلك المادة (٣٢٧) من القانون التجاري اليمني التي أحالت القاضي إلى العرف. (أجرة السمسار بين القواعد العرفية والتدخلات - دراسة في ضوء أبرز النسب العرفية وأحدث التوجهات القضائية غير المنشورة، د. معاذ فخصي، ص ٣).

وبما أن المادة (٣٢٧) من القانون التجاري اليمني قد نصت على أنه (إذا لم يعين أجر السمسار في القانون أو في الاتفاق عين وفقاً لما يقضي به العرف فإذا لم يوجد عرف قدره القاضي تبعاً لما بذله السمسار من جهد وما صرفه من وقت في القيام بالعمل المكلف به)، وبما أنه قد سبقت الإشارة إلى النصوص الشرعية والقانونية التي تقرر أن يتم تقدير أجره السمسار على أساس الجهد الذي بذله السمسار وهي نصوص صريحة لا تحتاج إلى تأويل أو تفسير إلا أن ثقافة الفساد في اليمن أبت إلا أن تخالف تلك النصوص وأن تقرر نسبة مبالغاً فيها من قيمة المبيع كأجره السمسار وقد أشارت إلى هذه النسبة المذكرات المقدمة من السمسار المشار إليها في الحكم محل تعليقنا التي أوصلها السمسار إلى ١٠٪ من قيمة المبيع، مع العلم أن النسب المعمول بها في بعض الدول العربية لا تزيد على ٢،٥٪ كالمغرب، وتقدير أجره السمسار بـ ١٠٪ ونسبة هذا التقدير إلى العرف يخالف الشريعة والقانون - حيث أن العرف المخالف للشريعة والقانون لا اعتبار له على أساس أنه عرف فاسد حسبما يقرر علماء الأصول ولذلك فقد التفت الحكم محل تعليقنا عن الأخذ بهذه النسبة التي طلبها السمسار وقد ذكر الحكم محل تعليقنا أن العرف غير مستقر على تحديد أجره السمسرة بنسبة ١٠٪ من قيمة الصفقة محل عقد البيع حيث قام الحكم بتقديرها على أساس الجهد الذي بذله الساعي والجهد الذي صرفه في سبيل إنجاز المهمة حسبما هو مذكور في الحكم محل تعليقنا.

ولذلك فنحن نوصي بتعديل المادة (٣٢٧) من القانون التجاري اليمني حتى يتم تقدير السمسرة على أساس الجهد المبذول من السمسار والوقت الذي صرفه وليس بحسب العرف حسبما ورد في المادة (٣٢٧) تجاري التي نصت على أنه (إذا لم يعين أجر السمسار في القانون أو في الاتفاق عين وفقاً لما يقضي به العرف فإذا لم يوجد عرف قدره القاضي تبعاً لما بذله السمسار من جهد وما صرفه من وقت في القيام بالعمل المكلف به) لذلك فإننا نوصي بحذف عبارة (عين وفقاً لما يقضي به العرف فإذا لم يوجد عرف) من النص القانوني السابق فيتم الاقتصار على تقدير أجور السمسار عند عدم الاتفاق على تقدير القاضي لها بحسب جهد السمسار والوقت الذي صرفه في إنجاز المهمة التي تم تكليفه بها.

المبحث السادس شروط استحقاق السمسار للأجرة

عقد السمسرة من عقود المعاوضة، وعلى هذا الأساس فمتى كان على السمسار القيام بالمهمة المنوطة به لأجل إيجاد طرف متعاقد فإن من حقوقه أخذ مقابل عن تلك المهمة واستحقاق أجر عنها، وهذا الأجر إما أن يكون نسبة مئوية متفقاً عليها بينه وبين الشخص الذي قام بتوكيله أو مبلغاً محدداً يتم الاتفاق عليه، على أنه إذا لم يتم تعيين الأجرة في عقد السمسرة، فإن السمسار يستحق أجراً بحسب الجهد الذي بذله والوقت الذي صرفه أو بحسب العرف الجاري به العمل في مهنة السمسرة وإذا لم يوجد عرف ترك ذلك للقضاء لتعيين هذا الأجر.

على أن السمسار أو الوسيط لكي يستحق الأجر يتعين عليه أن ينجز التعاقد بين الطرفين الأصليين، أما في حالة إذا لم يتم العقد فإنه لا يستحق الأجر حسبما هو مقرر في القانون اليمني، أما في القانون المغربي فإن السمسار يستحق أجراً ولو لم يبرم العقد الذي توسط فيه وإنما فقط نتيجة للمعلومات التي قدمها للأطراف.

وهناك من يذهب إلى توجه القانون المغربي توجهاً محموداً يتوافق وما تتطلبه مهنة السمسرة من خبرة وحنكة، والتي تشجع السمسار بضرورة إحاطة المتعاقدين بكل المعلومات الدقيقة التي تخص موضوع التعاقد حتى يكونوا على بينة من الأمر، وحتى لا يبقى الهاجس الأكبر أمام السمسار هو إبرام العقد من أجل الحصول على الأجر وبالتالي كتم مجموعة من الأسرار والمعلومات التي تهم محل العقد والتي قد يكون لها أثر كبير على أحد المتعاقدين، وقد جاء في إحدى قرارات محكمة النقض المغربية عدد ١٢٠٢م المؤرخ في ٣/١١/٢٠٠٤م ملف تجاري رقم ١٠٦٧-٣/١/٢٠٠٢م «أجرة السمسار قد يكون مبلغاً معيناً، وقد يكون نسبة معينة من الصفقة التي تقع على يد السمسار، وإذا لم يقع الاتفاق على تعيين الأجر، فعلى القاضي أن يحدده مستعيناً في ذلك بالعرف، فإن لم يجد قام بتقديره حسب ما بذله السمسار من جهد ووقت لإبرام الصفقة»، وهو ما سارت عليه محاكم الموضوع، حيث جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف التجارية بفاس ما يلي: «وحيث إنه لما كانت حقوق والتزامات الوسيط محددة بنص القانون المومي إليه أعلاه، إلا أنه يبقى الأجر الذي يستحقه مقابل الأعمال والمجهودات التي قام بها وكذا المعلومات التي قدمها للأطراف والكل من أجل التوفيق بين الإرادتين لإحداث أثر قانوني، طالما لم يثبت من الاتفاق ولا من العرف تحديده - المادة (٤١٩) من مدونة التجارة - أن

يوكل للمحكمة هذا الأمر وأنها بما لها من سلطة تقديرية في ملاءمة الأجر المستحق للوسيط مقابل الجهود المبذولة من طرفه ترى تحديده في مبلغ ٤٠٠٠٠ درهم» (قرار رقم ٢٥٩ الصادر في الملف عدد ١٧٩٣ / ٠٧ - بتاريخ ١٤ فبراير ٢٠٠٨) (قرار غير منشور)).

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة ذاتها جاء فيه: «لكن حيث إن ظهير ١٢/١٢/١٩٤٥م الصادر بشأن مهنة الوسطاء لم يحدد أجرة السمسار عند المنازعة، وإنما أسند الفصل الأخير منه أمر تحديدها إلى مرسوم سيصدر فيما بعد، ولم يصدر هذا المرسوم إلى الآن. لذلك يرجع في تحديدها إلى تقدير المحكمة طبقاً للمادة (٤١٩) من مدونة التجارة ويقضي بها طبقاً للفصل ٥١٠ من ق ل ع، وحيث إن محكمة الاستئناف وبما لها من سلطة تقديرية في هذا الصدد ومراعاة منها لظروف العملية الخاصة التي قام بها السمسار والوقت الذي تطلبه وطبيعة الخدمة التي قام بها لفائدة بائع العقار، ارتأت أن الحكم المستأنف بتحديد الأجرة في ١٠٠٠٠ درهم قد علل تعليلاً كافياً وصادف الصواب، الأمر الذي ينبغي معه تأييده، وحيث يتعين تحميل كل مستأنف مصاريف استئنافه» (قرار رقم ٢٨٠ الصادر في الملف عدد ١١٩ / ٩٩ بتاريخ ٢٦/٤/١٩٩٩م، (قرار غير منشور)).

وهذا هو التوجه ذاته الذي أكدته المحكمة التجارية بمراكش في قرار لها جاء فيه: «وحيث إن الوساطة من أجل القيام بشراء منزل للمستأنف ثابتة من خلال رسالته الجوابية الموجهة إلى دفاع المستأنف عليه لذلك فإن المستأنف يكون محقاً في المطالبة بأجرة وساطته، إلا أنه في غياب ما يفيد تحديد الأجرة باتفاق أو عرف فإنه يبقى من حقه تقديرها في إطار سلطتها التقديرية طبقاً للفصل ٤١٩ من مدونة التجارة...» (قرار رقم ٢٥٣ صادر بتاريخ ٩/٣/٢٠٠٤م (قرار غير منشور)).

وعلى هذا الأساس فإن استحقاق السمسار للأجور يستوجب توافر شرطين أساسيين:

١- أن يؤدي السمسار المهمة المكلف بها: فمن البديهي أن استحقاق السمسار لأجرته يفرض عليه بداية الوفاء بالالتزام الذي على عاتقه والمتمثل في البحث عن المتعاقد الآخر والعمل على التقريب بين عميله وهذا الأخير لإتمام العقد، إذ أن استحقاقه للأجر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بأداء ما عليه من التزامات، وفي هذا المعنى نصت المادة (٣٢٨) من القانون التجاري اليمني على أنه (لا يستحق السمسار أجرة إلا إذا أدت وساطته إلى إبرام العقد ولو لم ينفذ كله أو بعضه وإذا كان العقد معلقاً على شرط واقف لم يستحق السمسار أجره إلا إذا تحقق الشرط).

٢- أن لا يتوقف استحقاق الأجر على شرط واقف: فيستحق السمسار الأجر بمجرد إبرام

العقد الذي توسط فيه، ما لم يكن هذا الأخير معلقاً على شرط واقف، حيث لا يستحق السمسار الأجر إلا بعد حصول ذلك الشرط، ومن الاجتهادات القضائية بهذا الشأن ما جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى بالمغرب بقوله:

«إن العقد المبرم بتاريخ ١٦ يناير ١٩٦٤م يتضمن شرطاً واقفاً وهو أن العمولة تؤدي للسمسار يوم إمضاء رسم البيع، وحيث إن محكمة الاستئناف أبعدت تطبيق هذا الشرط لعله أنه أضيف إلى العقد تعسفياً ودون موافقة السمسار دون أن تبين الأسباب والمستندات التي اعتمدها لتكوين اقتناعها هذا، الأمر الذي يجعل قرارها غير معلل تعليلاً كافياً» (قرار رقم ٢٠١ الصادر في الملف المدني عدد ٢٩٦٧٨ بتاريخ ٢٠ ماي ١٩٧٧م منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد ٢٥ الإصدار الرقمي ٢٠٠٠، ص ٩٤).

٣- ضرورة وجود تفويض من قبل المتعاقد الذي قام بتوسيط السمسار: فقد ذهب القضاء المغربي إلى ضرورة توفر هذا الشرط لاستحقاق السمسار للأجر، بالإضافة إلى شرطي قيام السمسار بمهمته وأن ينعقد العقد نتيجة سعي السمسار، وقد اعتبرها شروطاً ضرورية ومتلازمة يترتب على تخلفها حرمان السمسار من الأجر لكن يحق له المطالبة بالتعويض عما بذله من جهد إذا كان لهذا الجهد أثر في التعاقد.

ونشير إلى أنه يمكن أن يتفق الطرفان على أداء أجور السمسار حسبما هو مقرر في المادة (٣٢٩) تجاري يمني التي نصت على أنه (إذا كان السمسار مفوضاً من طرفي العقد، استحق أجراً من كل منهما ويكون كل من العاقدين مسئولاً تجاه السمسار بغير تضامن بينهما عن دفع الأجر المستحق عليه ولو اتفقا على أن يتحمل أحدهما جميع نفقات السمسرة)، (حق السمسار في الأجرة والإشكالات المرتبطة بها، (دراسة عملية، الأستاذ عبد القادر بنعدو، قاض بالمحكمة التجارية بفاس بالمغرب، ص ٣).

المبحث السابع

حق السمسار في استرداد المصاريف والمطالبة بالتعويض

أولاً: حق السمسار في استرداد المصاريف: أما مصير المصاريف التي سبق للسمسار أن دفعها في سبيل إنجاز الصفقة أو العقد فقد بينت ذلك المادة (٣٣٠) تجاري يمني التي نصت على أنه (لا يجوز للسمسار استرداد المصروفات التي تحملها في تنفيذ العمل المكلف به إلا إذا تم الاتفاق على ذلك، وفي هذه الحالة تستحق المصروفات ولو لم يبرم العقد).

فيلتزم المتعاقد الذي كلف السمسار برد كل المصاريف الضرورية التي أنفقها السمسار لمباشرة المهام الموكولة إليه بمقتضى عقد السمسرة، غير أنه يجب التمييز بين المصاريف العادية وبين المصاريف غير العادية، فالأولى تعني تلك المصاريف التي يتطلبها عمل السمسرة دائماً والتي يرد عليها الاتفاق بينه وبين عميله، فالمصاريف العادية هي التي يتطلبها القيام بأعمال السمسرة، وبالتالي فالسمسار ملزم بنفقات السمسرة ويأخذها من الأجر الذي يحصل عليه في حالة إبرام العقد وفي حالة عدم إبرامه فإنه لا يمكن مطالبة العميل بها لأنها تدخل في المصاريف العادية، إلا أنه في حالة ما إذا تم الاتفاق على ذلك فإنه يحق للسمسار الرجوع على عميله بالمطالبة بالمصاريف غير العادية التي أنفقها ولو لم يتم إبرام العقد.

في حين أن المصاريف غير العادية هي تلك المصاريف التي أنفقها السمسار لأجل القيام بمهامه غير أن الاتفاق لا يشملها، وفي هذه الحالة إما أن يتم قبولها من لدن العميل، وفي حالة العكس يسوغ للسمسار الرجوع على هذا الأخير ومطالبته قضائياً.

ثانياً: حق السمسار في التعويض: إن إبرام العقد الذي توسط فيه السمسار، أو بذل جهداً ومساعي على أحسن وجه من أجل التقريب بين المتعاقدين، حتى ولو لم يتم إبرام العقد المراد الوصول إليه يجعل لهذا الأخير الحق في الأجر، هذا على خلاف التشريع اليمني الذي اشترط تحقق النتيجة وهي إبرام العقد لاستحقاق السمسار للأجر، إلا أنه قد يؤدي السمسار المهمة الموكولة إليه دون أن يتم إبرام العقد ويتكبد في سبيل إنجاح وساطته خسائر أو قد يتصرف الموكل الذي كلفه بنحو قد يسبب له ضرر، ففي هذه الحالة يحق له المطالبة بالتعويض. (حق السمسار في الأجرة والإشكالات المرتبطة بها، دراسة عملية، الأستاذ عبدالقادر بنعدو، قاض بالمحكمة التجارية بفاس بالمغرب، ص ٣).

المبحث الثامن تعديل أجر السمسار

ولا يجوز للقاضي تعديل أجرة السمسار إلا إذا تم تقدير الأجرة بعد قيام السمسار بإنجاز المهمة أو الصفقة، حيث يجوز تخفيض الأجر وليس زيادتها، وفي هذا الشأن نصت المادة (٣٣٣) تجاري يمني على أنه (لا يجوز للمحكمة أن تخفض أجر السمسار إذا كان غير متناسب مع الخدمات التي أداها إلا إذا تعين مقدار الأجر أو دفع الأجر المتفق عليه بعد إبرام العقد الذي توسط فيه السمسار).

وكذا القانون المغربي أجاز تخفيض أجرة السمسار ولم يجز زيادتها فقد نصت المادة ٤١٥ من مدونة التجارة المغربية في فقرتها الثالثة على أنه: «إذا كان الأجر المتعهد به للسمسار يفوق ما تتطلبه الخدمة فيمكن طلب تخفيضه ما لم يكن الأجر قد تم تحديده أو دفعه بعد إبرام العقد»، فنجد أن النص القانوني قد أعطى للمحكمة حق تخفيض أجر السمسار، ولكنه أوقف ذلك على شرط وحيد ألا هو أن يكون الأجر يفوق ما تتطلبه الخدمة. ويلاحظ أن القانون المغربي لم يحدد معنى ما تتطلبه الخدمة الواردة بالمادة ٤١٥ من مدونة التجارة، مع العلم أنه أشار من خلال المادة ٤١٩ من نفس المدونة عند تقدير المحكمة لأجر السمسار أن تراعي ظروف العملية الخاصة كالوقت الذي تطلبته وطبيعة الخدمة التي قام بها.

ومع أن القانون لم يكن صائباً في الجزء الأول من المادة المذكورة، إلا أنه كان منصفاً في الجزء الثاني بالنسبة للسمسار عندما نص على أنه إذا كان أجر السمسار المطالب تخفيضه قد تم تحديده أو دفعه بعد إبرام العقد الذي توسط فيه فلا يجوز تخفيض الأجر، وفي صدد هذه الجزئية كان يحدد ترك الحرية للقاضي في تقدير الحالات المستجدة التي قد تعرض عليه عند النظر في حالة المطالبة بتخفيض الأجر. (حق السمسار في الأجرة والإشكالات المرتبطة بها، دراسة عملية، الأستاذ عبدالقادر بنعدو، قاض بالمحكمة التجارية بفاس بالمغرب، ص ٣).

المبحث التاسع مسئولية السمسار

في حال تسبب السمسار بضرر لأحد أطراف الصفقة التي توسط فيها فيجب عليه الضمان والتعويض، وقد يلحق الضرر بالطرف الذي فوض السمسار بهذا العمل ويخضع في تحمله الجزاء حال الإضرار للمسؤولية العقدية، وقد يلحق الضرر بالطرف الذي لم يفوض السمسار ويخضع في تحمله الجزاء للمسؤولية التقصيرية.

ويكون السمسار مسؤولاً قبل الطرفين عما يصدر منه من غش أو خطأ جسيم «فالخطأ العادي البسيط لا يرتب مسؤولية السمسار يلتزم بعدم التعاقد من نفسه ويجوز له ذلك إن كان مأذوناً له من الطرف الآخر في هذه الحالة لا يستحق أجرة» .

وفي هذا الشأن نصت المادة (٣٣٤) تجاري يماني على أن (يكون السمسار مسؤولاً عن الخطأ الذي يرتكبه في تنفيذ العمل المكلف به)، وفي السياق ذاته نصت المادة

(٣٣٨) تجاري يمّني على أنه (إذا أناب السمسار غيره في تنفيذ العمل المكلف به دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسؤولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ويكون السمسار أو نائبه متضامنين في المسؤولية. وإذا رخص للسمسار في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب لم يكن السمسار مسؤولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات وفي جميع الأحوال يجوز لمن تعاقد مع السمسار ونائب السمسار أن يرجع على كل منهما).

المبحث العاشر طرق إثبات عقد السمسرة

عقد السمسرة عقد رضائي لا يُشترط لإبرامه شكل معين حسبما ورد في الحكم محل تعليقنا، فقد يتم عقد السمسرة شفاهة أو كتابة، والكتابة هنا «للإثبات» وليست «لانعقاد العقد»، فيجوز إثبات عقد السمسرة بكافة طرق الإثبات، بما فيها قرائن الأحوال وشهادة الشهود، حسبما ورد في الحكم محل تعليقنا، فعقد السمسرة مثله مثل باقي العقود التجارية يخضع في إثباته لمبدأ «حرية الإثبات»، فيجوز إثباته بغير الكتابة، بل يجوز إثبات ما يخالف الكتابة بغير الكتابة (أي إثبات عكس ما جاء به بغير الكتابة إذا كان مكتوباً).

ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية: «جواز الإثبات في المواد التجارية بكافة طرق الإثبات إلا ما استثني بنص خاص». (نقض مدني في الطعن رقم ٢٣٢٠ لسنة ٥٩ قضائية - جلسة ١٣ يونيو ١٩٩٦م. وفي الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٦٠ قضائية - جلسة ١٠ أبريل ١٩٩٧م).

ونبين طرق إثبات عقد السمسرة كما يأتي:

أولاً: شهادة الشهود:

وقد أثبت الحكم محل تعليقنا عقد السمسرة عن طريق شهادة كاتب البصيرة وشهود البصيرة، وذلك جائز طالما كان من الجائز إثبات عقد السمسرة بكافة طرق الإثبات، ومن ثم فيجوز إثباته بالبينة (أي بشهادة الشهود)، لأن الشهادة في قانون الإثبات اليمني تحتل المرتبة الأولى في مراتب طرق الإثبات حسبما هو مقرر في المادة حسبما هو مقرر في المادة (١٣) من قانون الإثبات اليمني.

وقد قضت محكمة النقض الكويتية بأن (تعليق العقد على شرط إجرائي - حتى وإن صح هذا الزعم - فلا شأن ولا علاقة للسمسار به، فكما بينا آنفاً فالسمسار يستحق أجرته بمجرد إبرام العقد الابتدائي دون توقف على إبرام العقد النهائي أو استيفاء أي إجراء شكلي أو إداري أو تسجيل العقد أو خلافه).

أن العقد المتوسط فيه غير معلق على شرط واقف، حيث أن الثابت بالأوراق أن العقد الموقع عليه في ١٤/٣/٢٠٠٥م وهو العقد المتوسط فيه بين شركة «لاروزا» المطعون ضدها و«الشركة الأمريكية»، غير معلق على أي شرط، ولا أدل على ذلك من أن ذلك العقد ذاته نص في نهايته على أنه: «اتفق الطرفان المذكوران أعلاه على التقيد تماماً بالبنود والشروط المذكورة أعلاه، وبموجب هذا يوقعان لجعل هذا العقد نافذاً في تاريخ التوقيع».

أن العقد المتوسط فيه قد أبرم بالفعل مستوفياً كافة أركانه، بل وبدئ في تنفيذه بالفعل، وقد سبق أن بينا ذلك من خلال شهادة السيد / سائلة الذكر (الذي كان يعمل مديراً عاماً للشركة المطعون ضدها في وقت إبرام عقد السمسرة و صفقة عقد العمالة مع الشركة الأمريكية)، وكذلك تقديمنا لشهادة من البنك الذي تتعامل معه الشركة المطعون ضدها تفيد التأمين على العقد المتوسط فيه لصالح الشركة الأمريكية (فضلاً عما سلف بيانه من أن السمسار لا يضمن تنفيذ العقد المتوسط فيه، ولا هو مسئول عن هذا التنفيذ، بل هو يستحق أجرته حتى ولو تم فسخ العقد أو إبطاله).

مع ملاحظة أن سماع شهادة ذلك الشاهد تمت بالمخالفة للقانون، حيث أنه لم يحلف اليمين القانونية قبل الإدلاء بشهادته، وهذا كفيلاً وحده وفي حد ذاته بإبطال شهادته (بل وإبطال الحكم ذاته الذي عول في قضائه على هذه الشهادة)، استناداً إلى القاعدة الأصولية القاضية بأن: «ما بني على باطل فهو باطل».

حيث تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٤ من قانون الإثبات الكويتي رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠م على أنه: «ويحلف الشاهد اليمين بأن يقول: أقسم بالله العظيم، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بدينه إن طلب ذلك».

هذا، ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أن: «التحقيق الذي يصح اتخاذ سنداً أساسياً للحكم، إنما هو الذي يجري وفقاً للأحكام التي رسمها القانون لشهادة الشهود، تلك الأحكام التي تقضى بأن التحقيق يحصل أمام المحكمة ذاتها أو بمعرفة قاض تنديبه لذلك، وتوجب أن يحلف الشاهد اليمين إلى غير ذلك من الضمانات المختلفة التي تكفل حسن سير التحقيق توصلاً إلى الحقيقة، أما ما يجريه الخبير من سماع الشهود ولو أنه يكون

بناء على ترخيص من المحكمة لا يعد تحقيقاً بالمعنى المقصود إذ هو مجرد إجراء ليس الغرض منه إلا أن يستهدي به الخبير في أداء مهمته». (نقض مدني في الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٣٨ قضائية - جلسة ٢٠/١١/١٩٧٣م مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٤ - ص ١١١٤). كما قضت محكمة النقض المصرية بأن: «العبرة بالشهادة التي يدلى بها الشاهد أمام المحكمة بعد حلف اليمين ولا قيمة لما يقدمه الشهود من إقرارات مكتوبة لأحد طرفي الخصومة». (نقض مدني في الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٣٧ قضائية - جلسة ٢١/٣/١٩٧٢م مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٣ - ص ٤٣٩ - فقرة ٣).

ومن المقرر قانوناً أن سماع شهادة الشاهد بدون أن يحلف اليمين يبطل شهادته، ويبطل الحكم إذا استند إليها. لأن ما بني على باطل فهو باطل.

فمن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أنه: «جرى قضاء محكمة النقض على أن ورقة الحكم من الأوراق الرسمية التي يجب أن تحمل تاريخ إصداره وإلا بطلت لفقدها عنصراً من مقومات وجودها قانوناً. وإذا كانت هذه الورقة هي السند الوحيد الذي يشهد بوجود الحكم على الوجه الذي صدر به وبناء على الأسباب التي أقيم عليها فبطلانه يستتبع حتماً بطلان الحكم ذاته لاستحالة إسناده إلى أصل صحيح شاهد بوجوده بكامل أجزائه بما في ذلك المنطوق الذي هو في واقع الحال الغاية من الحكم والنتيجة التي تستخلص منه وبدونه لا تقوم للحكم قائمة، وذلك لما هو مقرر من أن الحكم يكون مجموعاً واحداً يكمل بعضه بعضاً. ولما كان الحكم المطعون فيه إذ أحال منطوقه إلى منطوق الحكم المستأنف على الرغم من بطلانه لخلوه من تاريخ إصداره قد انصرف أثره إلى باطل، وما بني على باطل فهو باطل، وكان لا يعصم الحكم المطعون فيه استيفأؤه لشرائط صحته واستكمال ما فات الحكم المستأنف من نقص في بياناته الجوهرية وإنشائه لقضائه أسباباً خاصة به ما دام أنه أحال إلى منطوق الحكم المستأنف الباطل مما يؤدي إلى استتالة البطلان إلى الحكم المطعون فيه ذاته بما يعيبه ويوجب نقضه». (نقض مدني في الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٣٦ قضائية - جلسة ١٣/٦/١٩٦٦م. وفي الطعن رقم ١١٠٥ لسنة ٤٣ قضائية - جلسة ١٥/١/١٩٧٤م).

ومن ثم تكون الشركة الطاعنة قد نجحت في إثبات دعواها على النحو المتطلب قانوناً، وتكون الشركة المطعون ضدها قد عجزت عن نفي ما أثبتته الشركة الطاعنة قانوناً، وعليه تكون دعوى الشركة الطاعنة قد جاءت على سند من حقيقة الواقع وصحيح القانون). (طرق إثبات عقد السمسرة كما حددها القانون الكويتي - نشر بواسطة محاماة نت، ص ١٠).

ثانياً: الإثبات بقرائن الأحوال:

كذلك استند الحكم محل تعليقنا في قضائه إلى القرائن حسبما ورد في الحكم ذاته، فيجوز إثبات عقد السمسرة بكافة طرق الإثبات، بما فيها القرائن. ولما كان الإثبات بالقرائن ينصب على واقعة أخرى متصلة بمحل النزاع وليس على واقعة النزاع نفسها، حيث يعتبر أن إثبات هذه الواقعة ذات الصلة، في ذات الوقت، إثباتاً للواقعة محل النزاع. ولذلك فهي من طرق الإثبات غير المباشرة.

والقرائن نوعان فهي إما قرائن قانونية، أي قرائن أوردها القانون ونص عليها. وإما قرائن قضائية حيث يستنبطها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها في كل حالة على حدة. والقرينة القضائية يستخلصها القاضي مما هو مطروح أمامه من وقائع الدعوى، فيصل منها بطريق الاستنباط إلى الاقتناع بصحة وقائع أخرى واعتبار هذه الوقائع ثابتة. والقرينة القضائية تعد من قبيل الأدلة غير المباشرة، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها ثبوت الواقعة المراد إثباتها أصلاً. ومن أمثلة ذلك: أن يكون السند في يد المدين قرينة على الوفاء. فالواقعة المعلومة هي وجود سند الدين في يد المدين. ويستدل القاضي من هذه الواقعة على واقعة الوفاء، سيما وأنه من المقرر قانوناً: «أن من يتحمل عبء الإثبات ليس مطالباً بإثبات كامل وقاطع، ولا هو مكلف بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة مصدر الحق المدعى به، وليست الحقيقة القضائية التي يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا يداخلها الشك، فالقانون لا يطلب المستحيل، وإنما يكتفى ممن يتحمل عبء الإثبات أن يُقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلاً. وينفي القاضي ما بقي من شك يحوم حول الأمر بأن ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر [لكي ينفي ما أثبتته خصمه]». (الوسيط في شرح القانون المدني - للدكتور العلامة / عبد الرزاق أحمد السنهوري - الجزء الثاني - طبعة ٢٠٠٦م، القاهرة - بند ٥٦ - ص ٧٣: ٧٥).

وفي هذا الصدد، تنص المادة (١٥٦) من قانون الإثبات اليمني على أن: «كل قرينة قاطعة قانونية لا يجوز نقضها ويتعين الأخذ بها والحكم بمقتضاها» كما تنص المادة (١٥٧) إثبات يمني على أن «للمحكمة أن تأخذ بالقرينة القاطعة القضائية التي يمكن استنباطها من وقائع الحال وأن تعتبر دليلاً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، فالقرينة تعني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرائن بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك. وللقاضي أن

يستنبط قرائن أخرى للإثبات وذلك في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود». هذا، ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أنه: «لقاضى الموضوع أن يستنبط من وقائع الدعوى ومن مسلك الخصوم فيها القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته». (نقض مدني في الطعن رقم ١٧٩٩ لسنة ٦٢ قضائية - جلسة ١٧/٦/١٩٩٣م مجموعة المكتب الفني - السنة ٤٤ - ص ٧١٢ - فقرة ٥).

لما كان ما تقدم، وكان الثابت بأوراق الدعوى أن ممثل الشركة الطاعنة كان قد أرسل لممثل الشركة المطعون ضدها (قبل إبرام الأخير عقد «العمالة» مع الشركة الأمريكية، نتيجة وساطة الشركة الطاعنة)، كان قد أرسل إليه رسالة بالبريد الإلكتروني في تاريخ ٦/٣/٢٠٠٥م يحثه على توقيع العقد «الوساطة والسمسرة» قبل أن يوقع مع الشركة الأمريكية، فرد ممثل الشركة المطعون ضدها (بذات الطريقة) قائلاً: لا مانع من توقيع العقد فور انتهاء محامينا من دراسة بنوده.

وبعد قيام الشركة المطعون ضدها بتوقيع عقد العمالة مع الشركة الأمريكية (بفضل وساطة الشركة الطاعنة)، ذهب ممثل الشركة الطاعنة إلى مقر الشركة المطعون ضده ليوم ممثلها ويطلبه بحقه، فطلب منه ممثل الشركة المطعون ضدها: إمهاله عدة أيام سيتم بعدها إنجاز ما تم الاتفاق عليه بينهما؛ إلا أنه وبعد عدة أيام أرسل ممثل الشركة المطعون ضدها إلى ممثل الشركة الطاعنة رسالة بالبريد الإلكتروني (الإيميل) - في تاريخ ١٩/٣/٢٠٠٥م يخطره فيها: بأنه لن يدفع إليه إلا بعد استلامه الدفعات من الشركة الأمريكية.

ومن هذه الوقائع الثابتة يقيناً - وغيرها كثير - يمكن استخلاص واستنباط وجود عقد السمسرة بين الشركة الطاعنة وبين الشركة المطعون ضدها، مقابل الأجرة التي ذكرتها الشركة الطاعنة وشهد بصحته أكثر من شاهد عدل وثقة.

ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أنه: «إذا ما استندت محكمة الموضوع في قضائها إلى جملة قرائن يكمل بعضها بعضاً وتؤدي في مجموعها إلى النتيجة التي خلصت إليها، فإنه لا يقبل من الخصم مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها بذاتها». (نقض مدني في الطعن رقم ١١٣٦ لسنة ٥٥ قضائية - جلسة ٢٣/٦/١٩٩٤م مجموعة المكتب الفني - السنة ٤٥ - ص ١٠٩٨ - فقرة ٥).

علماً بأن ممثل الشركة المطعون ضدها ذاته قد أقر بصحة إرساله هذه الرسائل الإلكترونية إلى ممثل الشركة الطاعنة، ولكنه حاول التنصل من التزاماته الناشئة عن عقد السمسرة بادعاء أنه كان يقصد في هذه الرسائل صفقة أخرى مع شخص آخر، وهو

قول مرسل يدحضه المنطق السليم، إذ لو صح زعمه هذا فلماذا أرسلها إلى ممثل الشركة الطاعنة، ولماذا في إحدى هذه الرسائل - المؤرخة ٢٩ مارس ٢٠٠٥م - يقول صراحة ما نصه: «بخصوص العمولة، لن أتمكن من دفع المبلغ إلا بنسبة كل شهر بشهره، ابتداء من ثاني دفعة استلمها، وذلك من قيمة المشروع بدون الأوفرتايم».

كل هذا يؤكد صحة الوقائع كما ذكرتها الشركة الطاعنة، ويدحض المزاعم التي يزعمها ممثل الشركة المطعون ضدها، فضلاً عن أن الشركة الطاعنة قد قامت بالفعل بتقديم شهادة رسمية (إلى محكمة أول درجة بجلسة ١٧/١١/٢٠٠٨م) صادرة من البنك الذي تتعامل معه الشركة المطعون ضدها، تفيد هذه الشهادة بأن الشركة المطعون ضدها قد قامت بالفعل بالتأمين على عقد العمالة بموجب حوالة إلى شركة لويذر للتأمين، مبين فيها اسم المستفيد وسبب الحوالة. وهذه قرينة قاطعة الدلالة على أن عقد العمالة الذي توسطت فيه الشركة الطاعنة قد أبرم بين الشركة المطعون ضدها وبين الشركة الأمريكية وأنه دخل حيز التنفيذ بالفعل.

ثالثاً: إثبات عقد السمسرة بالكتابة:

مبدأ الثبوت بالكتابة هو عبارة عن «كتابة صادرة ممن يراد الإثبات ضده، ليست سنداً كاملاً بما يراد إثباته، وإنما تجعله قريب الاحتمال». فهي في حقيقة الأمر لا تعدو أن تكون «دليلاً كتابياً» ولكنه دليل كتابي «ناقص» لا يتوافر فيه شروط الدليل الكتابي «الكامل» على النحو الذي يتطلبه القانون. ولكن إذا توافر مبدأ الثبوت بالكتابة، فإنه يجوز في هذه الحالة إثبات التصرف القانوني بشهادة الشهود أو بالقرائن أو بهما معاً، أي أن الإثبات بتلك الوسائل يساند ويعاضد الدليل الكتابي الناقص فيكمله، بحيث يرقى به إلى مرتبة الدليل الكامل في إثبات ما كان يجب إثباته أصلاً بالكتابة.

ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أن: «نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات (المصري المقابل لنص المادة ٤١ من قانون الإثبات الكويتي) يدل - وعلى ما جرى به قضاء النقض - على أن المشرع قد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة، ما للكتابة من قوة في الإثبات، حين أكمله الخصوم بشهادة الشهود أو القرائن، واشترط لتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون هناك ورقة مكتوبة، صادرة من الخصم المراد إقامة الدليل عليه أو ممن يمثله أو ينوب عنه قانوناً، وأن يكون من شأنها أن تجعل الالتزام المدعى به أو الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال. وأن تقريراً ما إذا كانت الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال من عدمه، يعتبر من مسائل

الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع بشرط أن يكون ما استخلصه وبنى عليه قضاءه سائغاً». (نقض مدني في الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٤٩ قضائية- جلسة ٢٨/٢/١٩٨٤م مجموعة المكتب الفني- السنة ٣٥- ج١- ص ٥٨١).

لما كان ذلك، وكانت رسائل البريد الإلكتروني الصادرة من ممثل الشركة المطعون ضدها تجعل الالتزام المدعى والواقعة المراد إثباتها «قريبة الاحتمال»، ومن ثم فيمكن اعتبار ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة، وطالما أكملته الشركة الطاعنة بقرائن الأحوال وشهادة الشهود على النحو السالف ذكره، فيكون لهذا الدليل قوة الدليل الكتابي الكامل في الإثبات، ناهيك عن أن القانون لا يشترط إثبات عقد السمسرة (بوصفة من العقود التجارية) بالكتابة أصلاً. وإن كان ذلك يعتبر بمثابة دليل تكميلي يضاف إلى ما سبق التدليل به على صحة ادعاء الشركة الطاعنة في دعواها. (طرق إثبات عقد السمسرة كما حددها القانون الكويتي، نشر بواسطة محاماة نت، ص ١٠).

المبحث الحادي عشر موقف الشريعة الإسلامية من عقد السمسرة

السمسرة في الشريعة الإسلامية هي السعاية، وهي العمل الذي يقوم به الشخص ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ (٣٩) وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَى ﴿٤٠﴾ ثُمَّ يُجْرَنُهُ جَوْزَاءً الْأَوْفَى ﴿النجم: ٣٩-٤١﴾، وكذا قوله تعالى: ﴿إِنْ سَعَيْكُمْ لَشَيْءٌ﴾ [الليل: ٤]، وعلى هذا فإن السعاية في مجال بيع وشراء العقارات وغيرها هي قيام الشخص بإعداد قاعدة بيانات تتضمن البيانات والعناوين اللازمة للأراضي والعقارات المراد بيعها أو شراؤها وعناوين الراغبين بالبيع والشراء وشروطهم ومتطلباتهم وتقديم الاستشارات اللازمة لهم من حيث استكمال الوثائق والمستندات اللازمة لإتمام التصرفات في العقارات وغيرها المراد التصرف فيها، كما أن الساعي يقوم بتنظيم وتنسيق المواعيد والمقابلات فيما بين البائع والمشتري ومتابعتها لهذه الغاية، كما أن الساعي يقوم بالتوفيق بين البائع والمشتري وتقريب وجهات النظر مستفيداً من المعلومات والخبرات التي اكتسبها من خلال عمله في مجال السمسرة حيث إن لديه البيانات اللازمة عن الأسعار ومتوسطها بحسب الزمان والمكان.

والسعاية في الشريعة الإسلامية يجب أن يتم تقديرها على أساس الجهد والسعي الذي بذله الساعي فعلاً عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ (٣٩) وَأَنَّ سَعْيَهُ،

سَوْفَ يُرَى ﴿٤١﴾ ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَى ﴿٤٢﴾ [النجم: ٣٩-٤١]، فهذه الآية الكريمة تقرر أن الأجر ينبغي أن يكون مساوياً للسعي الذي يبذله الإنسان، كما أن الله تبارك وتعالى يقرر أن مساعي الناس وجهودهم تختلف من حيث ثمارها وعائداتها ومقاديرها وأوقاتها وان الأجر ينبغي أن يكون متناسباً معها فقد قال تعالى: ﴿إِنَّ سَعْيَكُمْ لَشَتَّى﴾ [الليل: ٤]، كما أنه قد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة: (أجرك على قدر نصبك) أي أن أجرها على قدر تعبها وجهدها كما أنه من الأصول المقررة في فقه الشريعة الإسلامية (التقابل أو المساواة بين الأجر والعمل) أي أنه ينبغي أن يكون العوض مساوياً إلى حد ما لما يقابله، وقد خرج بعض الفقهاء منها قاعدة: (تقابل العوضين) بمعنى المساواة بينهما، والنصوص والقواعد في هذا الباب كثيرة لا يتسع المجال لمجرد الإشارة إليها في هذا التعليق الموجز، وبناء على ذلك فإن تحديد نسبة معينة من قيمة المبيع تدفع للسعاة بصرف النظر عن الجهد الذي قاموا به فعلاً أمر غير مقبول في الشريعة الإسلامية، كما أن الشريعة الإسلامية ترفض بشدة أن يكون ثمن كلمة الساعي: (هذا البيت للبيع) ثمنها عشرة مليون ريال على افتراض أن قيمة البيت (٢٠٠) مليون، فوفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية يجب على الساعي أن يثبت الجهد الذي قام به والوقت الذي أمضاه في سبيل التوفيق بين البائع والمشتري وكذا المال الذي دفعه في سبيل التوفيق وفي ضوء ذلك يتم تقدير السعاية التي يستحقها نظير سعيه كما فعل القاضي الشجاع في الحكم محل تعليقنا.

القواعد الشرعية والقانونية المعتبرة تشترط أن تكون هناك مساواة فيما بين الالتزامات المتقابلة بمعنى ينبغي أن تكون هناك مساواة فيما بين الجهد الذي يبذله الساعي وبين مبلغ السعاية المستحقة للساعي ولا بأس من حدوث تفاوت يسير لا يزيد عن ٠.١٪ حتى لا يكون هناك غبن، لأن الغبن من عيوب الإرادة.

ومن خلال دراسة النصوص والقواعد التي تناولت السعاية نجد أن هناك معايير لتقدير السعاية ومنها الجهد المبذول من الساعي المتمثل في حضوره إلى مقر البائع والمشتري واتصالاته ومتابعته لهما والأشخاص الذين استعان بهم والخدمات والاستشارات التي قدمها للبائع والمشتري والنتيجة التي توصل إليها في سعيه والوقت الذي استغرقه في التوفيق بين البائع والمشتري ومساعيه للتوفيق بينهما عند اختلافهما في مسائل وتفصيل البيع وكذا المبالغ التي صرفها خلال الفترة التي أمضاها في سبيل التوفيق بين البائع والمشتري، وتبعاً لذلك قد تزيد أو تنقص السعاية بحسب السعي فلا تكون مبلغاً معلوماً أو نسبة محددة من قيمة المبيع حسبما هو مقرر في العرف الفاسد المخالف للشريعة والقانون.



المجلة
البحوث والأبحاث
القانونية

تداول الأوراق المالية في القانون اليمني

الأستاذ. الدكتور/ عبد الخالق صالح عبد الله معزب
نائب عميد كلية الشريعة والقانون
أستاذ القانون التجاري المشارك
جامعة صنعاء والجامعات اليمنية

مجلة
البحوث والأبحاث
القانونية

مقدمة

تتشعب العلاقات التجارية حيث تشمل كافة النشاطات والمعاملات التجارية بغض النظر عن أطراف تلك العلاقات أكانوا تجاراً أفراداً أم مؤسسات أم شركات تجارية، كما تمتد تلك العلاقات لتشمل بعض الأعمال التي تعد تجارية بطبيعتها حتى ولو لم يكن أطرافها تجاراً أو تكن نيتهم تجارية كما فصلها القانون التجاري اليمني، وبطبيعة تلك العلاقات فإنها تتضمن عقوداً تجارية تبرم بين طرفين أساسيين معنيين بتنفيذ التزاماتهما التي حتمها عليهما العقد، ومع ذلك توجد بعض العقود التي تتطلب دخول أطراف أخرى ليست ذات علاقة مباشرة بالعقد التجاري المبرم بين طرفيه، لكنها تعمل على تسهيل تنفيذه وتوفير الضمانات اللازمة لتيسير إتمام العلاقات التجارية بين أطرافها كمدخل البنوك في تسهيل تنفيذ عقود المقاوله أو التجارة الخارجية وغيرها.

وقد نظم المشرع اليمني أحكام عمليات البنوك والمصارف بوصفها أعمالاً تجارية في العديد من التشريعات والقوانين الخاصة بتلك العمليات، كما نظم أيضاً أحكاماً خاصة بالأعمال المالية التجارية ضمن تشريعات خاصة أخرى.

وسوف نتناول في هذه الدراسة تداول أحكام الأوراق المالية وأحكامها في القانون اليمني، في مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: أنواع الأوراق المالية، وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: الأسهم
 - المطلب الثاني: أسناد القرض
 - المطلب الثالث: الصكوك الإسلامية
 - المطلب الرابع: الشهادات المؤقتة
- المبحث الثاني: تداول الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية، وفيه مطلبان:
- المطلب الأول: مفهوم وأهداف سوق الأوراق المالية
 - المطلب الثاني: العوامل المؤثرة في إنشاء واستمرار سوق الأوراق المالية

المبحث الأول أنواع الأوراق المالية

يقصد بالأوراق المالية عامة: الصكوك التي تصدرها شركات الأموال، وهي (الأسهم وأسناد القرض أو سندات القروض، الصكوك الإسلامية والشهادات المؤقتة) وسوف نفصل ذلك تباعاً على النحو الآتي:

المطلب الأول: الأسهم

تعريف السهم:

لم يرد في القانون اليمني تعريفاً معيناً للأسهم، لكن من خلال الأحكام التي نظمت السهم في قانون الشركات نستطيع القول بأن السهم هو: صك مالي ينظم حقاً لصاحبه في الشركة يتمثل هذا الحق بالتمتع بكافة الحقوق وتحمل الالتزامات التي تترتب على ملكية ذلك السهم.

خصائص الأسهم:

(١) تحمل الأسهم قيمة معينة: حيث تكون القيمة الاسمية للسهم عشرة آلاف ريال، فلا يجوز أن تقل القيمة الاسمية للسهم الواحد أو تزيد على هذا المبلغ، م(٩٤/أ) (شركات تجارية يمني)^(١)، لكن عادة تصدر الأسهم في شركات المساهمة بأكثر من عشرة آلاف ويمثل المبلغ المضاف تكاليف الإصدار ولا يدخل ضمن القيمة الاسمية للسهم، حيث ينص القانون على أنه: (لا يجوز عند تأسيس الشركة إصدار السهم بأقل من قيمته الاسمية ولا بأكثر من هذه القيمة مضافاً إليها مصاريف الإصدار) م(٩٤/ب) (شركات تجارية يمني)، ولعلنا نشير هنا إلى أن القانون اليمني لم يكن موفقاً في تعديل ٢٠٠٤م الذي حدد قيمة السهم بـ (عشرة آلاف ريال) حيث كانت قيمة السهم قبل هذا التعديل محدودة بحد أدنى هو (مائة ريال) وحد أعلى هو (ألف

(١) كانت القيمة الاسمية للسهم في قانون الشركات رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م لا تقل عن مائة ريال ولا تزيد على ألف ريال، وتم تعديل نص المادة (٩٤/أ) في قانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٤م لتصبح القيمة الاسمية للسهم بعد التعديل لا تقل ولا تزيد على (عشرة آلاف ريال).

ريال)، وهذا التعديل أصبح يقف عائقاً أمام استثمار الأموال في شركات المساهمة نظراً لارتفاع قيمة السهم.

(٢) تساوي قيمة الأسهم: كما يجب أن تكون الأسهم متساوية القيمة بحيث لا يجوز أن ترتفع قيمة السهم الاسمية أو تقل عن قيمة سهم آخر، ولا يجوز أن تصدر الشركة أسهماً تعطي أصحابها امتيازاً من أي نوع، م(٩٣/ج) (شركات تجارية يمني)، لكي تكون لكافة الأسهم في الشركة حقوق متساوية وتخضع جميعها لالتزامات متساوية أيضاً إذ لا يجوز أن يتحمل أحد الأسهم التزامات أكثر أو أقل من بقية الأسهم، م(٩٧/ب) (شركات تجارية يمني).

(٣) فئات الأسهم: تصدر شهادات الأسهم بثمان فئات معينة هي: سهم واحد، خمسة أسهم، عشرة أسهم، عشرين سهماً، خمسون سهماً، مائة سهم، خمسمائة سهم وألف سهم، فلا يجوز أن تصدر صكوكاً تحتوي على فئات أسهم غير الفئات المذكورة وبالقيمة المحددة لكل سهم، م(٣٢) اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني.

(٤) الأسهم غير قابلة للتجزئة: حيث يعتبر السهم وحدة واحدة لا يجوز تجزئتها إلى وحدات أصغر، فلا يجوز أن يمتلك شخص على سبيل المثال خمسين سهماً ونصف السهم أو ثلاثة أرباع السهم، م(٩٤/ج) (شركات تجارية يمني)، وعدم قابلية السهم للتجزئة لا تعني عدم جواز ملكية الشخص لجزء من السهم، إنما يقصد بها عدم تجزئة السهم عينه، إذ يجوز أن يشترك شخصان فأكثر بملكية سهم واحد على الشيوع، وفي هذه الحالة يجب على ملاك السهم على الشيوع أن يختاروا أحدهم لينوب عنهم في استعمال الحقوق المتصلة بالسهم، ويكون بقية الشركاء في السهم مسؤولين بالتضامن فيما بينهم عن الالتزامات الناشئة عن ملكية السهم، م(٩٤/ج) (شركات تجارية يمني).

(٥) الأسهم قابلة للتداول: الأسهم قد تكون اسمية يكتب اسم مالكيها على صك السهم ويدون في سجل الأسهم، وقد تكون لحاملها، غير أنه لا يجوز أن يصبح السهم لحامله إلا بعد استيفاء قيمته الاسمية كاملة، أي بعد أن تدفع قيمة السهم الاسمية المخصصة لرأس المال الشركة كاملة لحساب الشركة في رأس مالها المكتتب، م(٩٨/أ) (شركات تجارية يمني).

وكقاعدة عامة فإن كافة الأسهم تكون قابلة للتداول، م(١٠٠/أ) (شركات تجارية

اليميني)، والتداول يقصد به أن يكون السهم قابلاً للتصرف به كالبيع والرهن وغير ذلك، لكن القانون قد قيد تداول الأسهم بطرقٍ معينة بحسب نوع السهم؛ فإن كان السهم اسمياً فيتم تداوله عن طريق قيد التصرف في سجل الأسهم، والتأشير به على السهم نفسه، ويصبح التداول سارياً من تاريخ قيد التصرف في السجل، وليس من تاريخ التأشير به على الصك (السهم)، م(١٠٠/ب) (شركات تجارية يمني)، أما الأسهم لحاملها فيتم تداولها بمجرد تسليمها بالمناولة. أضيف إلى ذلك أن القانون قد جعل قيدهم أيضاً على تداول الأسهم سواء أكانت أسهماً اسميةً أم أسهماً لحاملها وهو قيد زمني، بحيث لا يجوز تداول الأسهم في السنة الأولى من تأسيس الشركة وقبل نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنة مالية (اثني عشر شهراً) على الأقل، م(١٠٢/أ) (شركات تجارية يمني)، غير أن هذا القيد لا يسري على تداول الأسهم بين المؤسسين فيما بينهم بحيث يجوز نقل ملكية الأسهم النقدية التي يكتتب بها المؤسسون فيما بينهم أو من أحدهم إلى أعضاء مجلس الإدارة لتقديمتها كضمان للإدارة أو من ورثة المؤسس في حالة وفاته إلى الغير. م(١٠٢/ب) (شركات تجارية يمني).

أنواع الأسهم:

تتنوع الأسهم التي تصدرها الشركة التجارية كالتالي:

- أ) من حيث طبيعة الحصة التي قدمها الشريك تنقسم الأسهم إلى أسهم نقدية وأخرى عينية.
- ب) من حيث قابلية الحصة للاستهلاك تنقسم الأسهم إلى أسهم رأسمال وأسهم تمتع.
- ج) من حيث شكل السهم تنقسم الأسهم إلى أسهم اسمية وأسهم لحاملها، ونفصل ذلك فيما يأتي:

أ) الأسهم النقدية والأسهم العينية:

الأسهم النقدية: وهي تلك الأسهم التي تمثل حصة من النقود، والتي بموجبها أسهم الشريك بنقوده ودفع قيمتها للشركة نقداً، ويجب في هذا النوع من الأسهم أن يذكر نوع السهم في الصك الذي يمثله ويكتب على الصك ما يفيد أن المساهم قد دفع قيمته نقداً، م(٩٧/أ) (شركات تجارية يمني).

وقد أوجب القانون في شركات المساهمة المقفلة دفع رأس المال (قيمة الأسهم)

بالكامل عند تأسيسها أو زيادة رأسمالها ولم يجز تقسيط قيمة الأسهم في هذا النوع من الشركات، م(٧٦) (شركات تجارية يمني) بصيغتها المعدلة بقانون ٢٠٠٤م. أما شركات المساهمة ذات الاكتتاب المفتوح فقد أجاز أن تدفع قيمة السهم دفعة واحدة أو على أقساط، لكن القانون قد اشترط في حالة دفع قيمة السهم على أقساط ما يأتي:

١. ألا يقل القسط الواجب تسديده عند الاكتتاب عن (٢٥٪) من قيمة السهم .
٢. أن تسدد كامل قيمة السهم خلال سنتين من تاريخ تأسيس الشركة في المواعيد التي يعينها نظام الشركة أو مجلس إدارتها^(١)، م(٧٦) (شركات تجارية يمني)، حيث يلتزم المساهم بدفع قيمة السهم في المواعيد المعينة لذلك، وتستحق الغرامات عن التأخير في الوفاء بمجرد حلول ميعاد الاستحقاق دون حاجة إلى إنذار، م(١٠٦/أ) (شركات تجارية يمني)، فإذا تخلف المساهم عن دفع القسط المستحق عليه من قيمة السهم في ميعاد الاستحقاق جاز لمجلس الإدارة التنفيذ على السهم وذلك بإنذار المساهم بدفع القسط المستحق بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، فإذا لم يقم بالوفاء خلال عشرة أيام من تاريخ وصول الإنذار جاز للشركة بيع السهم في سوق الأوراق المالية، ولأنه لا توجد في اليمن سوق للأوراق المالية حتى اليوم فإن القانون قد أجاز للشركة بيع السهم في مزاد علني، ولا يجوز للمساهم دفع القيمة المستحقة عليه في اليوم المحدد لإجراء المزادة، م(١٠٦/ب) (شركات تجارية يمني)، ولم يحدد القانون ما إن كان للمساهم الاشتراك بالمزاد من عدمه لكننا نرى أن الأكثر صواباً هو اشتراك المساهم بالمزاد مع تغريمه كافة المصروفات التي

(١) وقع المشرع اليمني هنا في خلل تشريعي حيث نظم في قانون الشركات التجارية النافذ رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م كيفية تقسيط قيمة السهم فنص في المادة (٧٦) منه على أنه: (لا يجوز أن يقل المدفوع من قيمة كل سهم نقدي عند الاكتتاب عن (٢٠٪) من قيمته الإسمية ويجب أن يدفع الباقي من قيمة السهم خلال أربع سنوات من تاريخ تأسيس الشركة في المواعيد التي يعينها نظام الشركة أو مجلس إدارتها ويؤشر على السهم بالقدر المدفوع من قيمته) ونص أيضاً في المادة (٩٥) من ذات القانون على أنه: (تدفع قيمة الأسهم النقدية دفعة واحدة أو على أقساط ولا يجوز أن يقل القسط الواجب تسديده عند الاكتتاب عن (٢٠٪) من قيمة السهم ويجب أن يسدد كامل قيمة السهم خلال أربع سنوات من تاريخ قرار إعلان التأسيس)، ونلاحظ هنا وجود تكرار لنفس الحكم في نصي المادتين السابقتين، ثم عدل المادة (٧٦) السابقة وفق القانون رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٤م فأصبحت المادة (٧٦) بعد التعديل تنص على أنه: (لا يجوز أن يقل المدفوع من قيمة كل سهم نقدي عند الاكتتاب عن (٢٥٪) من قيمته الإسمية ويجب أن يدفع الباقي من قيمة السهم خلال سنتين من تاريخ تأسيس الشركة في المواعيد التي يعينها نظام الشركة أو مجلس إدارتها ويؤشر على السهم بالقدر المدفوع من قيمته، عدا شركات المساهمة المقفلة فيجب دفع رأس المال بالكامل عند تأسيسها أو زيادة رأسمالها) ومع ذلك ما زال هنالك تعارض بين نص المادة (٧٦) بعد التعديل ونص المادة (٩٥) والذي ينبغي على المشرع معالجة هذا الاختلال.

ترتبت على ذلك لأن الغرض الأساسي من بيع السهم هو استيفاء قيمة السهم وليس إيقاع العقوبة على المساهم وتستوفي الشركة من الثمن الناتج عن البيع ما يستحق لها من أقساط متأخرة وغراماتها والمصاريف وترد الباقي لصاحب السهم، فإذا لم يكف الثمن للوفاء بالثمن والمصروفات والغرامات جاز للشركة الرجوع بالباقي على المساهم بالطريقة العادية، وتحرير محضر بكل ذلك، م(١٠٦/ج، د) (شركات تجارية يمني)، وتلغي الشركة السهم الذي حصل التنفيذ عليه وتعطي المشتري سهماً جديداً يحمل رقم السهم الملغى ويؤشر في سجل الأسهم بوقوع البيع مع بيان اسم المالك الجديد، م(١٠٦/هـ) (شركات تجارية يمني).

الأسهم العينية: وهي تلك الأسهم التي تمثل حصة من مال أو حق قابل للتقويم، م(٩٧/أ) (شركات تجارية يمني)، ويقصد بالمال هنا كل شيء له قيمة مالية غير النقود، كالمجوهرات أو الأصول الثابتة كالعقارات أو الأموال المنقولة وغيرها.

ولا تختلف قيمة السهم العيني عن السهم النقدي إذ أن جميع الأسهم تحمل قيمة متساوية- كما أسلفنا- بقطع النظر كانت عينية أم نقدية، م(٥٩) (شركات تجارية يمني)، كما أن جميع الأسهم تتمتع بحقوق متساوية، وتحمل التزامات متساوية، م(٩٧/ب) ((شركات تجارية يمني)).

ب) أسهم رأس المال وأسهم التمتع:

أسهم رأس المال: وهي الحصص التي يقدمها المساهمون في رأسمال الشركة، والتي تعتمد عليها الشركة في مباشرة نشاطاتها واستثماراتها، والوفاء بالتزاماتها، ولا يجوز للمساهم طلب استرداد هذه الحصة، م(١٠٩) (شركات تجارية يمني).

وتثبت للمساهم جميع الحقوق المتصلة بالسهم الذي قدمه كحصة في رأسمال الشركة، وعلى وجه الخصوص الحق في الحصول على نصيب من الأرباح التي تقرر توزيعها ومن موجودات الشركة عند التصفية، وحق حضور الجمعيات العامة والاشتراك في مداولاتها، والتصويت على قراراتها، وحق التصرف في السهم وحق طلب الاطلاع على أوراق الشركة ودفاتها، ومراقبة أعمال مجلس الإدارة، وإقامة دعوى المسؤولية على أعضائه والطعن في قرارات الجمعية العامة فيما لا يتعارض مع النظام الأساسي للشركة أو قانون الشركات التجارية، م(١١٠) (شركات تجارية يمني).

أسهم التمتع: قد يكون غرض الشركة التجارية تنفيذ مشروع معين لمدة معينة، وقد ينص نظام الشركة على انتقال ملكية الشركة بعد ذلك من المساهمين لشخص آخر، كالدولة أو غيرها، وقد يتم تأسيس الشركة لغرض مؤقت كاستثمار مشروع يهلك تدريجياً، كالشركة التي تؤسس لاستثمار امتياز إحدى المنتجات التجارية المشهورة وعلامتها التجارية في منطقة معينة لمدة معينة، على أن تؤول ملكية الشركة بعد ذلك لصاحب لمانح الامتياز صاحب المنتج والعلامة التجارية، وبالتالي يستحيل على المساهمين استرداد قيمة أسهمهم أو التصرف فيها بالبيع أو غيره، وفي مثل هذه الحالة أجاز القانون للشركاء استرداد قيمة أسهمهم تدريجياً وفقاً للضوابط الآتية:

١. يكون الاستهلاك من الأرباح أو من الاحتياطي فقط دون المساس برأسمال الشركة الأساسي، م(١١٢/ب) (شركات تجارية يمني)، وقد منع القانون استرداد قيمة الأسهم من رأسمال الشركة لكيلا يؤثر ذلك على نشاط الشركة أو قدرتها على الوفاء بالتزاماتها القائمة، كما أن رأسمال الشركة يعتبر ضماناً عاماً للدائنين يتم الوفاء من خلاله عند حلها وتصفياتها.

٢. يكون استهلاك الأسهم بإحدى الطرق القانونية الآتية:

- القرعة السنوية: حيث يتم استهلاك أسهم نسبة من المساهمين عن طريق قرعة تجرى سنوياً، ويتم تكرارها حتى يتم استيفاء قيمة كافة أسهم المساهمين في الشركة، م(١١٢/ب) (شركات تجارية يمني)، وفي هذه الحالة يجوز أن تكون هذه الأسهم اسمية أو لحاملها، ويحدد نظام الشركة الحقوق التي تعطى لأصحابها، ومع ذلك يجب أن تخصص نسبة مئوية من الربح السنوي الصافي للأسهم التي لم تستهلك ليوزع عليها بالأولوية على أسهم التمتع، وفي حالة انقضاء الشركة يكون لأصحاب الأسهم التي لم تستهلك حق الحصول بالأولوية من موجودات التصفية على ما يعادل القيمة الاسمية لأسهمهم، م(١١٢/د) (شركات تجارية يمني).

- أي طريقة أخرى تحقق المساواة بين الشركاء المساهمين: كأن ترد الشركة سنوياً نسبة معينة من القيمة الاسمية لكل سهم حتى يتم استهلاك جميع الأسهم في نهاية المدة أو المشروع^(١).

- شراء الشركة لأسهمها في سوق الأوراق المالية (البورصة) بشرط أن يكون

(١) د. أماني أحمد عبد الله، الوجيز في القانون التجاري، جامعة النيلين، الخرطوم، ٢٠٠٦م، ص ١٤٣.

سعرها أقل من قيمتها الاسمية أو مساوياً لهذه القيمة وتعدم الشركة الأسهم التي تحصل عليها بهذه الطريقة، م(١١٢/ج) (شركات تجارية يمني).

ج) الأسهم الاسمية والأسهم لحاملها:

الأسهم الاسمية: وهي الأسهم التي تكون باسم مالكةا، حيث يكتب اسم المالك على الصك الذي يمثل السهم كما يقيد في سجل الأسهم في الشركة.

الأسهم لحاملها: وهي الأسهم التي لا يذكر اسم صاحبها عليها بل تكون ملكيتها لحاملها.

وعلى الرغم من عدم وجود تفرقة قانونية بين السهم الاسمي والسهم لحامله من حيث قيمة السهم أو الحقوق التي يتمتع بها السهم والالتزامات التي تقوم على صاحب السهم تجاه الشركة أو الغير، غير أن ثمة اختلافات بين هذين النوعين نوجزها فيما يأتي:

١. علمنا فيما سبق أنه يجوز دفع قيمة السهم على دفعة واحدة أو على أقساط، وفي حالة دفع قيمة السهم على أقساط لا يجوز إصدار السهم لحامله قبل استيفاء قيمة السهم كاملة، وعلى العكس من ذلك في حالة الأسهم الاسمية التي يجوز إصدارها قبل استيفاء قيمة السهم كاملة، م(٩٨/أ) (شركات تجارية يمني).

٢. يجوز تحويل السهم الاسمي إلى سهم لحامله بناء على طلب من صاحب السهم بعد دفع قيمة السهم كاملة للشركة إذا كان النظام الأساسي للشركة يسمح بذلك، م(٩٨/ب) (شركات تجارية يمني).

٣. يجب على الشركة أن تعد سجلاً خاصاً لقيد الأسهم الاسمية وأسماء المساهمين وجنسياتهم ومواطنهم ومهنتهم وأرقام الأسهم والقدر المدفوع من قيمتها وتبلغ صورة من هذه البيانات إلى وزارة الصناعة والتجارة، في حين أن عدم ضرورة ذلك الإجراء تكون في حالة الأسهم لحاملها، م(٩٩) (شركات تجارية يمني).

٤. في حالة إذا انتقلت ملكية السهم الاسمي بطريق الإرث أو الوصية وجب على الوارث أو الموصى له أو من يقوم مقامهما أن يطلب قيد نقل الملكية في سجل الأسهم ومن ثم تعدل الشركة البيانات الخاصة بصاحب السهم الاسمي في سجل الأسهم الخاص لديها، م(١٠١/أ) (شركات تجارية يمني).

المطلب الثاني: أسناد القرض

قد تلجأ الشركة إلى زيادة رأسمالها والتوسع في استثماراتها، الأمر الذي يزيد من حاجة الشركة للأموال، فعندئذ يكون أمام الشركة خياران؛ إما إصدار أسهم جديدة والاكتتاب فيها، وبالتالي زيادة عدد الأسهم وعدد المساهمين، وفي هذه الحالة تقل نسبة الأرباح المخصصة للسهم الواحد، وهو الأمر الذي لا يرغب به المساهمون عادةً، فتلجأ الشركة للخيار الآخر وهو الاستدانة والاقتراض عن طريق إصدار صكوك مالية غير الأسهم تسمى أسناد القرض، ونستطيع تعريف أسناد القرض على أنها: صكوك مكتوبة تصدرها شركة المساهمة بغية الاقتراض تخول مالكيها حقاً مالياً على الشركة لا تبرأ ذمة الشركة إلا بعد سداد أصل الدين والفوائد المترتبة على ذلك الدين.

ويجيز القانون اليمني إصدار مثل هذا النوع من الأوراق المالية بشرط أن تكون مشروعة، م(١١٣/أ) (شركات تجارية يمني)، وتتميز أسناد القرض بالأحكام التالية:

١) تكون الأسناد التي تصدرها الشركة إما اسمية أو لحاملها، غير أن القانون قد اشترط في هذه الأخيرة عدم إصدار السند لحامله أو تغيير نوع السند من سند اسمي لسند لحامله إلا بعد الوفاء بقيمته كاملة، م(١١٣/ب) (شركات تجارية يمني).

٢) لا يجوز إصدار أسناد قرض إلا بعد موافقة الجمعية العامة العادية ويجوز للجمعية العامة أن تخول مجلس الإدارة سلطة تعيين مقدار القرض وشروطه، كما لا يجوز إصدار أسناد القرض إلا إذا كان رأس مال الشركة قد دفع بأكمله وبشرط ألا تزيد قيمة الأسناد على رأس المال الموجود فعلاً، م(١١٤/أ، ب) (شركات تجارية يمني).

٣) لا يجوز إصدار أسناد قرض جديدة إلا إذا دفع المكتتبون بأسناد قرض سابقة قيمة تلك الأسناد كاملة وبشرط ألا تزيد قيمة أسناد القرض الجديدة بالإضافة إلى ما بقي في ذمة الشركة من قيمة أسناد القرض السابقة على رأس المال الموجود فعلاً، م(١١٤/ج) (شركات تجارية يمني).

٤) لا يجوز للشركة إصدار أسناد القرض قبل إقرار ميزانية سنتها المالية الأولى إلا إذا كفل الوفاء بهذه الأسناد أحد المصارف المعتمدة أو كانت الأسناد مضمونة بصكوك أصدرتها إحدى الجهات المذكورة، م(١١٥) (شركات تجارية يمني).

٥) إذا طرحت أسناد قرض للاكتتاب العام وجب أن يتم عن طريق أحد المصارف المعتمدة، م(١١٨) (شركات تجارية يمني).

الاكتتاب:

يقصد بالاكتتاب: طرح الأسهم أو أسناد القرض للمساهمين أو للجمهور للمشاركة في رأسمال أو إقراض الشركة، وقد حدد القانون اليمني نوعين من الاكتتاب:

النوع الأول: الاكتتاب المفتوح: ويكون بعرض الأسهم أو أسناد القرض على الجمهور العام، مع إعطاء الأولوية للمساهمين، غير أن القانون قد قيد طرح الأسهم للاكتتاب العام بعدة قيود من أهمها:

- ١) أن يصدر بالاكتتاب ترخيص من رئاسة الوزراء.
 - ٢) أن يكون الاكتتاب عن طريق مصرف معتمد.
 - ٣) أن تعد لجنة المؤسسين (وهي لجنة تتكون من ثلاثة— خمسة أشخاص من بين المؤسسين يتم انتخابهم من قبل جميع المؤسسين) نشرة الاكتتاب وتدعو الجمهور للاكتتاب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور قرار رئيس الوزراء بالتأسيس، م(٢١) (اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني).
- أما عند طرح الشركة أسناد القرض للاكتتاب العام فيجب عليها التقيد بالأحكام التالية:

- ١) أن يصدر بالاكتتاب ترخيص من وزير الصناعة والتجارة.
- ٢) يتم ذلك عن طريق مصرف معتمد ويتم دعوة الجمهور للاكتتاب في الأسناد قبل موعد الاكتتاب بخمسة عشر يوماً على الأقل.
- ٣) أن يوقع نشرة الاكتتاب أعضاء مجلس الإدارة.
- ٤) أن تتضمن نشرة الاكتتاب اسم الشركة المقترضة، رأسمالها، معلومات عامة عن وضعها المالي، عدد الأسناد وقيمتها الاسمية ونوعها اسمية أم لحاملها، تاريخ اقفال الاكتتاب، مواعيد الوفاء بالقيمة الاسمية للسند و ضمانات الوفاء، الغرض من القرض، تقرير مراقب حسابات الشركة عن ميزانية الشركة للعام السابق على إصدار الأسناد وغير ذلك من الضوابط التي يجب على الشركة التقيد بها عند إصدارها أسناد قرض وطرحها للاكتتاب العام، م(٣٣) (اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني).

النوع الثاني: الاكتتاب المغلق، أو المقفل وهو طرح الأسهم أو أسناد القرض على الشركاء المساهمين فقط للاكتتاب فيها دون الجمهور العام، وعند الاكتتاب بالأسهم يجب مراعاة الضوابط الآتية:

- ١) يقدم الطلب إلى وزير الصناعة والتجارة موقعاً عليه من خمسة مؤسسين على الأقل، م(٣٦/أ) (اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني).
- ٢) يرفق بالطلب المقدم بعض البيانات مثل: مشروع العقد والنظام الأساسي للشركة، شهادة من المصرف الذي تم إيداع المبلغ المدفوع من رأس المال من قبل المؤسسين باسم الشركة تحت التأسيس، أسماء أعضاء مجلس الإدارة والمحاسب القانوني وبياناتهم، م(٢٦، ٢٨) (اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني).
- ٣) صدور قرار وزير الصناعة والتجارة بالترخيص للاكتتاب بالأسهم وقيام الشركة، م(٢٩/ج) (اللائحة التنفيذية لقانون الشركات التجارية اليمني).

وعلى الرغم مما سبق، ومن الطبيعة الاقتصادية لأسناد القرض التي تقتضي سعي المقرض إلى فرض فوائد ربوية على أصل القرض إلا أن نظام الفوائد بات ممنوعاً في أي معاملات مدنية أو تجارية أو إدارية في الجمهورية اليمنية ابتداءً من ١ رمضان ١٤٤٤هـ الموافق ٢٣ مارس ٢٠٢٣م بصدر القانون رقم (٤) لسنة ١٤٤٤هـ الذي منع التعاملات الربوية فعرّف الفائدة على أنها: الزيادة التي يتم اشتراطها مقابل الحصول على القرض أو مقابل تأجيل فارق قيمة النقود الورقية بين تاريخ الوفاء بالدين وتاريخ التسليم قياساً على الوفاء بالدين تحت أي مسمى^(١)، حيث نص القانون السابق على منع التعاملات الربوية بكل صورها في جميع المعاملات المدنية والتجارية التي تجري بين الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين وجعل كل ما يترتب على هذه المعاملات من فوائد ربوية ظاهرة أو مستترة يتم الحصول عليها مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير بالوفاء باطل بطلاناً مطلقاً، وعلى سبيل المثال الفوائد التي يتم اشتراطها بأي طريقة يتم الاتفاق عليها مقابل القرض أو التسهيلات أو الودائع أو السندات أو أذون الخزانة أياً كان نوع القرض أو الوديعة أو السند، وكذلك الفوائد المترتبة على خطاب الضمان والاعتماد المستندي وخصم الأوراق التجارية وأياً كان مسمى الفائدة سواء تم تسميتها فائدة أو مساهمة أو أرباح أو غيرها^(٢)، كما ألغى القانون السابق أي نص في أي قانون يتعارض مع أحكام قانون منع التعاملات الربوية وبالتالي تم تعطيل أي نص في القانون التجاري أو قانون الشركات التجارية أو أي قانون آخريجيز التعامل بالفائدة، وعليه فإن التعامل بنظام أسناد القرض بات ضيقاً في المعاملات التجارية داخل الجمهورية اليمنية.

(١) المادة (٢) من قانون منع التعاملات الربوية رقم (٤) لسنة ١٤٤٤هـ.

(٢) المادة (٣) من القانون السابق.

المطلب الثالث: الصكوك الإسلامية

تصدر البنوك والشركات الإسلامية أسهمها وتضعها للاكتتاب وفق عملية تسمى (التصكيك أو التوريق أو التسنيد)، والتصكيك عبارة عن: وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو نشاط استثماري معين^(١).

وعلى الرغم من أن هذه الوثائق أو الأوراق لا تختلف عن الأسهم وأسناد القرض من ناحية الهدف من إصدارها وهو الحصول على التمويل اللازم للبنك أو المنشأة وتقوية رأسمالها ومركزها المالي والاستثماري، ولا تختلف في كثير من خصائصها عن خصائص الأسهم فالصكوك الإسلامية تحمل قيمة اسمية معينة، وتمثل ملكية حصة شائعة، وتصدر بفئات متساوية القيمة وتكون قابلة للتداول من حيث المبدأ^(٢)، وأيضاً عدم قابليتها للتجزئة، وتستحق الربح وتحمل الخسارة، ويتحمل أصحابها تبعات ملكيتها من حيث قيمتها السوقية ومصاريف استثمارها، إلا أن الصكوك الإسلامية تنفرد بأحكام تميزها عن كل من الأسهم وأسناد القرض نلخصها فيما يأتي:

(١) لا ضمان لرأس مال حامل الصك نتيجة لقابليتها تحمل الخسارة، كما أنها لا تصدر إلا بناء على عقد شرعي يخضع في أحكامه لأحكام العقود التي تمثلها هذه الصكوك.

(٢) يشارك مالكو السهم أو الأسهم في إدارة الشركة بينما لا يشارك مالكو الصكوك الإسلامية في إدارة الشركة إذ ليس لهم أي مناصب في مجلس الإدارة والصكوك الإسلامية تتشابه بهذه الخاصية بذلك مع أسناد القرض.

(٣) يعد السهم أداة مشاركة دائمة في الشركة، فلا يوجد للسهم تاريخ استحقاق في حين أن الصكوك الإسلامية قد تتضمن تاريخ استحقاق، وقد تصدر بطريقة الإيجار التمويلي الذي يبدأ العقد معه بالإيجار وينتهي بالتمليك^(٣).

(١) د. زياد جلال الدماغ، الصكوك الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢م، ص ٦٨.

(٢) فهناك صكوك قابلة للتداول بطبيعتها مثل صكوك المضاربة، المشاركة والإجارة، وهناك صكوك أخرى غير قابلة للتداول إلا إذا اعتبرت سلعة، أما إن أصبحت ديوناً في ذمة الغير فلا يجوز تداولها، مثل صكوك المرابحة وصكوك السلم وصكوك الاستصناع.

(٣) د. زياد جلال الدماغ، مرجع سابق، ص ٧٦.

المطلب الرابع: الشهادات المؤقتة

هي عبارة عن صكوك تصدرها شركات المساهمة بعد تأسيسها مباشرة ويتم تسليمها للمساهمين عوضاً عن إيصالات الاكتتاب التي يتم سحبها منهم، وبالتالي فإن هذه الشهادات تعتبر صكاً مالياً يحفظ حقوق المساهمين لحين إصدار الأسهم.

وقد نص القانون اليمني على بعض الأحكام الخاصة بهذا النوع من الصكوك نلخصها فيما يأتي:

(١) ألزم القانون الشركة عند إصدارها شهادات مؤقتة أن تصدرها وفق أرقام سلسلة ويتم التوقيع عليها من رئيس مجلس إدارة الشركة وتسلم للمساهم.

(٢) تتضمن هذه الشهادات اسم المساهم وعدد الأسهم التي اكتتب بها المساهم وأرقامها، والطريقة التي سيتم بها الوفاء بقيمة الأسهم سواء أكانت عينية أم نقدية تدفع كدفعة واحدة أم على أقساط بحسب الاتفاق بين الشركاء المساهمين، كما يجب أن تتضمن هذه الشهادات مقدار رأسمال الشركة ومكان مركز الشركة الرئيسي، م(٩٦/أ) (شركات تجارية يمني).

(٣) وبطبيعة هذه الشهادات التي تتسم بأنها مؤقتة فلا يتجاوز عمرها ستة أشهر تبدأ من تاريخ إشهار الشركة، بقطع النظر عن تاريخ إصدار الشهادة نفسها، وبالتالي فإنه لا يجوز إصدار مثل هذه الصكوك إذا مر على تأسيس وإشهار الشركة مدة ستة أشهر بأي حال، م(٩٦/ج) (شركات تجارية يمني).

(٤) تكتسب هذه الشهادات قوة قانونية كالأسهم غير أنه لا يجوز إصدارها لحاملها، فلا تصدر الشهادات المؤقتة إلا اسمية، وتظل كذلك حتى يتم استبدالها بالأسهم، م(٩٦/ب) (شركات تجارية يمني).

المبحث الثاني تداول الأوراق المالية في سوق الأوراق المالية (البورصة)

المطلب الأول: مفهوم وأهداف سوق الأوراق المالية

يقصد بسوق الأوراق المالية مجموعة المؤسسات المالية التي يلتقي من خلالها طالبو الأوراق المالية من أسهم وأسناد قرض وعارضوها، والتي تتحدد فيها الأسعار وفق معيار العرض والطلب^(١).

ويقوم المستثمرون في سوق الأوراق المالية بتداول عمليتي بيع وشراء الأسهم وأسناد القرض وفق شروط معينة، وضوابط قانونية محددة، ويتم ذلك بإحدى طريقتين: إما داخل قاعة مخصصة للتداول وفي أوقات معينة للتداول عن طريق الوسطاء الماليين المرخص لهم رسمياً بالعمل في هذه السوق، كسماسرة الأوراق المالية والوسطاء وغيرهم، ويطلق على هذه السوق سوق «البورصة»، وإما خارج القاعة المحددة عن طريق وسطاء آخرين كالبنوك والسيارفة وتسمى بالسوق غير المنتظمة أو الموازية^(٢).

ولا خلاف حول قانونية كل من السوقيين السابقتين غير أن تداول الأسهم والسندات وفق سوق منظمة عبر «البورصة» له فوائد اقتصادية عديدة سواء للمستثمرين أنفسهم الذين يعظمون أرباحهم عن طريق حركة الأسهم المتزايدة بيعاً وشراءً - نظراً لوجود السماسرة والوسطاء المتخصصين وارتباط أسعار الأوراق المالية بألية العرض والطلب - أو للمركز الاقتصادي للدولة بشكل عام؛ حيث يؤدي تداول الأوراق المالية عبر قنوات منظمة «البورصة» إلى استمرار سوق الأوراق المالية وتنشيط حركة استثمار القطاعين الخاص والمختلط فيها، وبالتالي تستطيع الدولة الوقوف على مؤشرات اقتصادية حقيقية لحركة الاستثمار في الأوراق المالية واستخدام ذلك في بناء الخطط الاقتصادية المستقبلية.

(١) نبيل محمد الطيري، سوق الأوراق المالية في اليمن، الفرص المتاحة والمخاطر المحتملة، رسالة ماجستير،

جامعة صنعاء، ٢٠٠٦م، ص ٨.

(٢) المرجع السابق، ص ١٠.

أهداف سوق الأوراق المالية:

- تنشأ سوق الأوراق المالية لتحقيق مجموعة من الأهداف يمكن إيجازها فيما يأتي:
- (١) إتاحة الفرصة للمواطنين لاستثمار مدخراتهم في الأوراق المالية فيما يخدم الاقتصاد الوطني.
 - (٢) ضمان إتمام عمليات بيع وشراء الأوراق المالية في جو من النزاهة والحياد من خلال اتباع سياسة الإفصاح عن معلومات الأسهم المتداولة.
 - (٣) العمل على تطوير السوق المالي على نحو يخدم جهود التنمية الاقتصادية، ويساعد في تحقيق أهداف السياسة الاقتصادية للدولة.
 - (٤) ترشيد وتطوير أساليب وإجراءات التعامل في الأوراق المالية في السوق بشكل يكفل سلامة المعاملات ودقتها ويوفر الحماية للمتعاملين.
 - (٥) العمل على تشجيع إنشاء شركات جديدة، وتطوير وتنظيم إصدار الأوراق المالية في السوق الأولية وتحديد المتطلبات الواجب توافرها في نشرة الإصدار.
 - (٦) قيد الأوراق المالية الجديدة في السوق، والسرعة في تسييل الأموال المستثمرة في الأوراق المالية، مع ضمان تفاعل العرض والطلب.
 - (٧) إصدار النشرات والتقارير التي تتضمن جميع المعلومات المتعلقة بأسعار الأسهم اليومية والأسبوعية والشهرية والسنوية، وجميع البيانات الأخرى التي من شأنها أن توضح للمستثمرين الأوضاع المالية للشركات^(١).

(١) د. عبد الوهاب عبد الله المعمري، التشريعات المالية والمصرفية، ط٢، مركز الكتاب الجامعي، جامعة العلوم والتكنولوجيا، صنعاء، ٢٠١٦م، ص ١٩١.

المطلب الثاني: العوامل المؤثرة في إنشاء واستمرار سوق الأوراق المالية

كما هو معلوم أنه لا توجد سوق لتداول الأوراق المالية في اليمن حتى اليوم على الرغم من وجود مشروع قانون ينظم تداول الأوراق المالية وإنشاء قواعد سوق الأوراق المالية في اليمن، لكن عدم الاستقرار السياسي والاقتصادي لليمن منذ العام ٢٠١١م أدى إلى ركود الاستثمار والذي أثر سلباً على خطوات الحكومة في إصدار القانون المنظم لتداول الأسهم وأسناد القرض وتنظيم «البورصة».

وبالإضافة إلى ما سبق فإن هنالك عوامل اقتصادية تؤثر في إنشاء واستمرار سوق الأوراق المالية في اليمن، ومن أهم هذه العوامل ما يأتي:

- الناتج المحلي الإجمالي:

حيث يؤكد الاقتصاديون أن ارتفاع الناتج المحلي الإجمالي عن معدل النمو السكاني يؤثر إيجاباً في إيجاد بيئة ملائمة لسوق الأوراق المالية؛ ذلك لأن ارتفاع الناتج المحلي الإجمالي يعني تحسن مستوى الدخل السنوي للفرد والذي يقود بدوره إلى زيادة الطلب نظراً لزيادة معدل الاستهلاك لدى الفرد، فينتج عن ذلك حركة للمشروعات الاستثمارية لتلبية احتياجات الفرد المتزايدة، وذلك يرفع من أسعار الأسهم في سوق الأوراق المالية وزيادة الإقبال على شرائها والاستثمار فيها^(١).

- الموازنة العامة للدولة:

حيث يؤدي العجز في الموازنة العامة للدولة إلى اتباع السياسات الانكماشية في مصروفات الدولة، فتلجأ الدولة عندها إلى زيادة الدخل عن طريق رفع الضرائب، الأمر الذي يؤدي إلى إحجام المستثمرين عن الاستثمار في المشروعات عامةً ومنها الأوراق المالية. والعكس صحيح فإن الفائض في الموازنة العامة للدولة يدعو الدولة إلى تسهيل الاستثمار عن طريق منح التسهيلات الحكومية للمستثمرين وتخفيض الضرائب، وبالتالي يزيد الإقبال على الاستثمارات في مختلف المشروعات.

(١) أمين طاهر عبد الحق الحميري، التطورات الحديثة في سوق الأوراق المالية ومتطلبات وجدوى إنشاء سوق الأوراق المالية في اليمن، رسالة ماجستير، معهد الدراسات والبحوث العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ١٣.

- ميزان المدفوعات:

إن ارتفاع ميزان المدفوعات يؤدي إلى زيادة ديون الدولة، سواء كانت ديوناً خارجية بالعملة الأجنبية، أو ديوناً عامة داخلية بالعملة الوطنية أو أي عملة أخرى، والديون بشكل عام تؤثر سلباً على أسعار العملة الوطنية (الريال) أمام العملات الأجنبية (الدولار الأمريكي وغيره)، حيث ينخفض سعر صرف العملة الوطنية أو المحلية أمام العملات الأجنبية الأخرى، وبالتالي تهتز ثقة المستثمرين بالأداء الاقتصادي، مما يجعل الاستثمار في سوق الأوراق المالية يتضاءل وينكمش، والعكس صحيح، حيث يؤثر انخفاض ميزان المدفوعات في دعم مركز الدولة المالي، وينتج من ذلك زيادة احتياطي الدولة العام مما يعزز مركز الدولة المالي ويدعم العملة المحلية أمام العملات الأجنبية، وذلك بدوره يقود إلى تهيئة الظروف المناسبة للالتعاش الاقتصادي وتشجيع المستثمرين على الإقبال على سوق الأوراق المالية والاستثمار فيها.

- الخبرة والدراية في كيفية دخول السوق والاستثمار فيها:

حيث يعتمد تداول الأسهم وأسناد القرض في سوق الأوراق المالية (البورصة) على الخبرة والدراية الكافيتين لدخول السوق والاستثمار فيها، ومعرفة جميع التفاصيل عن المتعاملين فيها سواء كانوا متعاملين رئيسيين كصناديق الاستثمار والشركات القابضة أو التجار الأجانب والشركات والهيئات المحلية والسماسة وغيرهم أو كانوا متعاملين مضاربين أو مغامرين أو مستثمرين^(١)، لكن يرى البعض أنه لا يوجد حد فاصل وواضح بين مضاربي البورصة ومستثمري الأسهم، ف«المضارب» يشتري سهمًا ما ليس بسبب احتمال نمو الشركة على المدى الطويل، وإنما لأنه يتوقع زيادة سعر السهم في المستقبل القريب، ومن ذلك فإن المضارب لا يسعى للاستثمار في الشركات الناجحة، بل يبحث عن أسهم مسعرة بأقل من قيمتها ليحقق ربحًا سريعًا عن طريق بيعها بعد زيادة أسعارها، فشعاره «اشترِ بسعر منخفض، وبع بسعر أعلى». أما المستثمر فيمكن أن يشتري حصصًا من الأسهم في شركة واحدة أو عدة شركات، وهو بذلك يأمل في أن تزداد القيمة السوقية لاستثماراته بمرور الوقت، إما بسبب مدفوعات أرباح الأسهم التي سيحصل عليها بصفة منتظمة أو بسبب ارتفاع القيمة السوقية لأسهم تلك الشركة، أو كليهما معًا، وكثير من الأفراد يستثمرون جزءاً على الأقل من مدخراتهم في أسهم الشركات، لأنها تقدم نسبة عائد أعلى من السندات، وبذلك فإن الاستثمار في الأسهم أمر جدير بالتقدير، بل ملمح

(١) د. طارق عبد العال حماد. دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، الدار الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٢٩.

أساسي من ملامح الاقتصاد، بينما تعد المضاربة في الأسهم عملاً ضاراً وغير أخلاقي وهذا الاستهجان الشائع للمضاربة يعجز عن تقدير المساهمة الحقيقية لهذا النشاط^(١).

سوق الأوراق المالية في اليمن:

اهتم المشرع اليمني مؤخراً بتنظيم موضوع سوق الأوراق المالية في اليمن حيث صدر قرار جمهوري رقم (٢١٦) لسنة ٢٠١٠م بشأن إنشاء هيئة عامة لتنظيم التعاملات المتعلقة بالأوراق المالية حيث منح المشرع هيئة الأوراق المالية التي نص على إنشائها وفق القانون السابق الشخصية الاعتبارية المستقلة تحت إشراف رئاسة الوزراء، وألزم المشرع هذه الهيئة بالإعداد والتهيئة لإنشاء سوق للأوراق المالية بالجمهورية اليمنية والإشراف عليها، وتنظيم ومراقبة إصدار الأوراق المالية والتعامل بها والرقابة على أعمال المستثمرين المتعلقة بإصدارهم للأوراق المالية، ومنح التراخيص اللازمة للاستثمار في سوق الأوراق المالية اليمنية وتم نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية في العدد (٢٣) لسنة ٢٠١٠م، إلا أنه في الواقع ونظراً للتقلبات السياسية التي مر بها اليمن بعد إصدار القانون السابق بشهرين من أحداث بداية العام ٢٠١١م وما بعدها قد حالت دون إنشاء سوق للأوراق المالية في اليمن، إلا أنه يمكننا القول أن إصدار مثل القانون السابق يعد خطوة جيدة في إنشاء وتنظيم سوق لتداول الأوراق المالية في الجمهورية اليمنية.

(١) روبرت ميرفي، دروس مبسطة في الاقتصاد، ترجمة رحاب صلاح الدين، ط١، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، ٢٠١٣م، ص ٢٠١.

أهم المراجع والمصادر:

أولاً: كتب القانون:

١. أمين طاهر عبد الحق الحميري، التطورات الحديثة في سوق الأوراق المالية ومتطلبات وجدوى إنشاء سوق الأوراق المالية في اليمن، رسالة ماجستير، معهد الدراسات والبحوث العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
٢. د. أماني أحمد عبد الله، الوجيز في القانون التجاري، جامعة النيلين، الخرطوم، ٢٠٠٦م.
٣. د. زياد جلال الدماغ، الصكوك الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢م.
٤. د. طارق عبد العال حماد. دليل المستثمر إلى بورصة الأوراق المالية، الدار الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
٥. د. عبد الوهاب عبد الله المعمرى، التشريعات المالية والمصرفية، ط٢، مركز الكتاب الجامعي، جامعة العلوم والتكنولوجيا، صنعاء، ٢٠١٦م.
٦. روبرت ميرفي، دروس مبسطة في الاقتصاد، ترجمة رحاب صلاح الدين، ط١، مؤسسة هنداوي للتعليم والثقافة، القاهرة، ٢٠١٣م.
٧. نبيل محمد الطيري، سوق الأوراق المالية في اليمن، الفرص المتاحة والمخاطر المحتملة، رسالة ماجستير، جامعة صنعاء، ٢٠٠٦م.

ثانياً: القوانين:

١. القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١م وتعديلاته.
٢. قانون الشركات رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م وتعديلاته.
٣. قانون منع التعاملات الربوية رقم (٤) لسنة ١٤٤٤هـ.



البحر الأدبي والقضائي

سلطات مأمور الضبط القضائي والأخطاء الشائعة في مرحلة جمع الاستدلالات

الأستاذ. الدكتور / منير محمد الجوبي
أستاذ القانون الجنائي المشارك بأكاديمية الشرطة
رئيس قسم العلوم الجنائية بكلية الدراسات العليا

مجلة
البحر الأدبي والقضائي

المقدمة

الحمد لله رب العالمين القائل في كتابه الكريم: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْبِسُوا إِيمَانَهُمْ بِظُلْمٍ أُولَئِكَ لَهُمُ الْأَمْنُ وَهُمْ مُهْتَدُونَ﴾. (الأنعام: ٨٢)، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه الأخيار المنتجبين، أما بعد:

ما من مخلوق أكرمه الله تعالى و رفع قدره مثل الإنسان، إذ خلقه ونفخ فيه من روحه، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾. (الإسراء: ٧٠)

ومن مظاهر تكريم الإنسان أن تظل حرিতে مكفولة وكرامته مصانة ولا تمس إلا وفقاً للضوابط والأحكام والحالات التي تنظمها التشريعات.

وواقع الحال يؤكد أن القضاء وحده لا يستطيع تحمل عبء الجريمة منذ لحظة وقوعها وحتى صدور حكم بات فيها، لذلك باتت الحاجة ماسة إلى وجود عدد من الأجهزة التي تعين القضاء على النهوض بعمله، ومن بين هذه الأجهزة جهاز الضبطية القضائية الذي يتولى القيام بوظيفته موظفون عامون يطلق عليهم اسم «مأموري الضبط القضائي»، ويختلف دور مأمور الضبط القضائي ضيقاً واتساعاً من تشريع لآخر تبعاً للتنظيم القضائي والنظام الإجرائي المعمول به.

ويختص مأمور الضبط القضائي أساساً بمرحلة تمهيدية تسبق مرحلتي التحقيق الابتدائي والمحاكمة تهدف إلى اكتشاف الجرائم وجمع دلائل إثبات التهمة أو نفيها وضبط مرتكبيها واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة، ويطلق على هذه المرحلة وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية مرحلة جمع الاستدلالات.

وإذا كان هذا هو الاختصاص الأصيل لمأموري الضبط القضائي فإن القانون قد منحهم بصفة استثنائية الحق في القيام ببعض الإجراءات التي تختص بمباشرتها أصلاً النيابة العامة، مثل: إجراءات القبض والتفتيش لما فيها من معنى الاعتداء على حرمة الشخص وما يتصل به قانوناً أو حرمة مسكنه، وذلك في أحوال الجريمة المشهوده أو بناءً على أمر الندب من النيابة العامة.

وترتيباً على ما سبق، فقد حرصت التشريعات الإجرائية على تحديد نطاق اختصاص كلاً من سلطة الضبطية القضائية وسلطة التحقيق، وذلك لاستقرار النظام القانوني وتحقيق التوازن الاجتماعي بين حقوق الأفراد وواجبات السلطة.

الأهداف

الهدف العام:

يهدف برنامج سلطات مأمور الضبط القضائي والأخطاء الشائعة في مرحلة جمع الاستدلالات إلى تزويد المشاركين بالمعارف والمهارات والاتجاهات اللازمة لتمكينهم من إدراك السلطات الأصلية والاستثنائية التي منحها القانون لمأمور الضبط القضائي وكيفية مباشرتها دون المساس بحقوق وحيات المتهمين إلا وفق الضوابط القانونية.

الأهداف التفصيلية:

- في نهاية البرنامج التدريبي سيكون المشارك قادراً على أن:
- يعرف حقيقة الضبطية القضائية والفرق بينها وبين الضبطية الإدارية.
- يحدد من هم مأموري الضبط القضائي.
- يدرك مفهوم مرحلة جمع الاستدلالات وطبيعتها القانونية.
- يظهر المعرفة بأهم وسائل جمع الاستدلالات القولية والمادية.
- يحلل النصوص القانونية المتعلقة بالإجراءات المقيدة للحرية في مرحلة جمع الاستدلالات.
- يفسر النصوص القانونية والاتجاهات القضائية المتعلقة بإجراءات التحقيق الابتدائي.
- يستنبط حالات الجريمة المشهودة من النصوص القانونية ويسقطها على الوقائع القضائية.
- يشرح الضوابط الموضوعية والشكلية للندب للتحقيق.
- يوظف النصوص القانونية والاتجاهات الفقهية في تحقيق التوازن بين سلطة مأمور الضبط القضائي والضمانات المقررة للمتهم.
- يباشر إجراءات التحقيق من قبض وتفتيش وفق الضوابط القانونية.
- يعمل بروح الفريق الواحد عند مباشرة اختصاصاته القانونية.

المبادئ الدستورية والقانونية الحاكمة لإجراءات الضبط القضائي

- المسؤولية الجنائية شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص شرعي أو قانوني، وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ويفسر الشك لمصلحة المتهم.
- تكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وأمنهم، ويحدد القانون الحالات التي تقيد فيها حرية المواطنين.
- لا يجوز القبض على أي شخص أو تفتيشه أو حجزه إلا في حالة التلبس أو بأمر توجبه ضرورة التحقيق وصيانة الأمن، يصدره القاضي أو النيابة العامة وفقاً لأحكام القانون.
- لكل إنسان تقيد حريته بأي قيد يجب أن تصان كرامته، ويحظر التعذيب جسدياً أو نفسياً أو معنوياً، ويحظر القسر على الاعتراف أثناء التحقيقات، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شيء مما ذكر يهدر ولا يعول عليه.
- كل من يقبض عليه بصفة مؤقتة بسبب الاشتباه في ارتكابه جريمة يجب أن يقدم إلى القضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه على الأكثر، وعلى القاضي أو النيابة العامة تبليغه بأسباب القبض واستجوابه وتمكينه من إبداء دفاعه واعتراضاته، ويجب على الفور إصدار أمر مسبب باستمرار القبض أو الإفراج عنه.
- عند إلقاء القبض على أي شخص لأي سبب يجب أن يخطر فوراً من يخته المقبوض عليه، كما يجب ذلك عن صدور كل أمر قضائي باستمرار الحجز، فإذا تعذر على المقبوض عليه الاختيار وجب إبلاغ أقاربه أو من يهمله الأمر.
- حق الدفاع أصالة أو وكالة مكفول في جميع مراحل التحقيق أو الدعوى أمام جميع المحاكم وفقاً لأحكام القانون.
- للمسكن ودور العبادة ودور العلم حرمة ولا يجوز مراقبتها أو تفتيشها إلا في الحالات التي يبينها القانون.
- حرية وسرية المراسلات البريدية والهاتفية والبرقية وكافة وسائل الاتصال مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو تفتيشها أو إفشاء سريتها أو تأخيرها أو مصادرتها إلا في الحالات التي يبينها القانون وبأمر قضائي.
- يلتزم مأمور الضبط القضائي والنيابة العامة والمحكمة بالاستيثاق من وقوع الجريمة ومن أسبابها وظروفها ومن شخصية المتهم.

- يجب على مأموري الضبط القضائي والنيابة العامة والمحكمة أن ينبهوا المتهم إلى ما له من حقوق تجاه التهمة الموجهة إليه، وإلى وسائل الإثبات المتاحة له، وأن يعملوا على صيانة حقوقه الشخصية والمالية.
- الحرية الشخصية مكفولة ولا يجوز اتهام مواطن بارتكاب جريمة ولا تقييد حريته إلا بأمر من السلطات المختصة وفق ما جاء في هذا القانون.
- لا يجوز المساس بحرية الحياة الخاصة للمواطن في غير الأحوال المصرح بها في القانون.
- تكون الأعمال والقرارات والأحكام الصادرة من مأموري الضبط القضائي والنيابة العامة أو المحكمة في مواجهة ذوي الشأن من المواطنين والهيئات قابلة للطعن بالطرق المقررة في القانون ما لم ينص على غير ذلك.
- يحجز المقبوض عليه في مكان منفصل عن المكان المخصص لمحكوم عليه ويعامل بوصفه بريئاً، ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً للحصول على اعتراف منه أو لأي غرض آخر.

مفاهيم قانونية

- الشرطة: هيئة مدنية نظامية، مكلفة بحماية النظام والأمن العام والآداب العامة وضبط الجريمة.
- الجريمة: فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدييراً احترازياً.
- الشكوى: الادعاء الشفهي أو الكتابي المقدم إلى النيابة العامة بأن شخصاً ما معلوماً كان أم مجهولاً قد ارتكب جريمة.
- البلاغ: إخطار الجهة المختصة بوقوع الحادث.
- إجراءات التحقيق: هي كافة الإجراءات التي تتخذها النيابة العامة أثناء مباشرتها لوظيفتها في تحقيق القضايا.
- الاستجواب: هو علاوة على توجيه التهمة إلى المتهم مواجهته بالأدلة المختلفة قبله ومناقشته فيها تفصيلاً، وهو من إجراءات التحقيق الابتدائي.

- محل التوقيف: هو المكان المخصص بقسم الشرطة للتحفظ على المقبوض عليه مؤقتاً حتى يعرض على النيابة العامة أو المحكمة خلال أربع وعشرين ساعة.
- الاستيقاف: هو قيام رجل السلطة العامة أو مأمور الضبط عند الاشتباه في أحد الأشخاص في غير الحالات التي يجيز فيها القانون القبض بسؤاله عن اسمه ومهنته ومحل إقامته، وقد يشمل اصطحابه إلى قسم الشرطة.
- استعمال القوة: استعمال الطاقة الجسدية أو استعمال العصي والهراتات والغاز المسيل للدموع أو أي شيء آخر مما لا يقتل عادة.
- استعمال السلاح: استعمال حراب البنادق والآلات القاطعة.
- إطلاق النار: استخدام الذخيرة الحية من البنادق والمسدسات والمدافع الرشاشة والمتفجرات بأي طريقة من الطرق.

المجاور:

المحور الأول:

حقيقة الضبط القضائي.

المحور الثاني:

الاختصاصات الأصلية لمأمور الضبط القضائي (مرحلة جمع الاستدلالات).

المحور الثالث:

الاختصاصات الاستثنائية لمأمور الضبط القضائي (بعض إجراءات التحقيق الابتدائي).

المحور الرابع:

الأخطاء الشائعة في مرحلة جمع الاستدلالات.

المحور الأول حقيقة الضبط القضائي

أولاً/ تعريف الضبط القضائي:

عرفته المادة (٩١) من قانون الإجراءات الجزائية بأنه: «استقصاء الجرائم وتعقب مرتكبيها وفحص البلاغات والشكاوى وجمع الاستدلالات والمعلومات المتعلقة بها وإثباتها في محاضرتهم وإرسالها إلى النيابة العامة».

وعرفه بعض الفقهاء بأنه: «مجموعة من الإجراءات التي تهدف إلى التحري عن الجريمة والبحث عن مرتكبيها وجمع كافة العناصر والدلائل اللازمة للتحقيق في الدعوى الجزائية، ورفع محضر بذلك إلى النيابة العامة صاحبة الاختصاص الأصلي بالدعوى الجزائية للتصرف على ضوءه».

ثانياً/ خصائص الضبط القضائي:

- ١) تباشر إجراءات الضبط القضائي بصدده واقعة ينطبق عليها وصف الجريمة.
- ٢) لاحقة على وقوع الجريمة.
- ٣) وظيفة قضائية تساهم في تحديد سلطة الدولة في العقاب.
- ٤) تساهم في استكمال مرحلة التحقيق الابتدائي.

ثالثاً/ الفرق بين الضبط الإداري والضبط القضائي:

م	المعيار	الضبط الإداري	الضبط القضائي
١	الهدف	منع وقوع الجريمة	كشف الجريمة وضبط مرتكبيها
٢	الزمن	قبل وقوع الجريمة	بعد وقوع الجريمة
٣	القائم به	مأمورو الضبط الإداري (رجال السلطة العامة)	مأمورو الضبط القضائي

م	المعيار	الضبط الإداري	الضبط القضائي
٤	الطبيعية	إجراءات وقائية	إجراءات عقابية
٥	التبعية	يتبعون جهاتهم الإدارية	يتبعون النيابة العامة
٦	القانون المطبق	القوانين الإدارية للجهات المنفذة	قانون الإجراءات الجزائية

رابعاً/ من هم مأمورو الضبط القضائي :

حددت المادة (٨٤) من قانون الإجراءات الجزائية مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم فيما يأتي:

- (١) أعضاء النيابة العامة.
- (٢) المحافظون.
- (٣) مديرو الأمن العام.
- (٤) مديرو المديریات.
- (٥) ضباط الشرطة والأمن.
- (٦) رؤساء الحرس والأقسام ونقط الشرطة ومن يندبون للقيام بأعمال الضبط القضائي من غيرهم.
- (٧) عقال القرى.
- (٨) رؤساء المراكب الجوية والبحرية.
- (٩) جميع الموظفين الذين يخولون صفة الضبط القضائي بموجب القانون.
- (١٠) أية جهة أخرى يوكل إليها الضبط القضائي بموجب القانون.

خامساً/ تبعية مأموري الضبط القضائي :

نصت المادة (٨٥) إجراءات جزائية على أنه: «يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه في نطاق صلاحيات الضبط القضائي، وللنائب العام أن يطلب من الجهة المختصة النظر في أمر كل من تقع منه مخالفة واجباته أو تقصير في عمله، وله أن يطلب رفع الدعوى التأديبية عليه، وهذا كله لا يمنع من رفع الدعوى

الجزائية»، كما ينص قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩٠م على هذه التبعية في المادة (٥٢) بقولها: «يكون مأمورو الضبط القضائي فيما يتعلق بوظائفهم تابعين للنيابة العامة...»، وهذا يعني أن طبيعة عمل مأموري الضبط القضائي تتحدد من خلالها التبعية، وهي:

أ- تبعية وظيفية.

ب- تبعية إدارية.

سادساً/ الاختصاص النوعي لمأموري الضبط القضائي؛

ينقسم مأمورو الضبط القضائي ذوو الاختصاص النوعي إلى قسمين:

١- مأمورو الضبط القضائي ذوو الاختصاص النوعي العام، وهم المذكورون في المادة (٨٤) في الفقرات من (١-٨) وتختص هذه الفئة بضبط جميع الجرائم، كون القانون لم يعتمد اختصاصهم النوعي.

٢- مأمورو الضبط القضائي ذوو الاختصاص النوعي الخاص، وهم المحددون في الفقرتين (٩، ١٠) من المادة (٨٤)، واختصاصهم في جرائم معينة تتعلق بالوظائف التي يؤديونها، ولا تشمل كافة أنواع الجرائم، مثل: مفتشي الصحة ومفتشي الأشغال العامة، ومفتشي الضرائب، ومأموري الضبط القضائي في الجرائم العسكرية، ومأموري الضبط القضائي في جرائم أمن الدولة.

سابعاً/ الاختصاص المكاني لمأموري الضبط القضائي؛

يتحدد نطاق الاختصاص المكاني طبقاً لنص المادة (١/١٣٤) من قانون الإجراءات الجزائية بأحد معايير ثلاثة يكفي أحدها للقول بتوافر الاختصاص، وهي:

(١) مكان وقوع الجريمة.

(٢) مكان ضبط المتهم.

(٣) محل إقامة المتهم.

المحور الثاني الاختصاصات الأصلية لمأموري الضبط القضائي (مرحلة جمع الاستدلالات)

الفرع الأول: مفهوم مرحلة جمع الاستدلالات

أولاً/ تعريف مرحلة جمع الاستدلالات:

هي: «مجموعة من الإجراءات التمهيدية السابقة على تحريك الدعوى الجزائية، تهدف إلى جمع المعلومات في شأن جريمة ارتكبت عن طريق التحري عنها والبحث عن فاعلها بشتى الطرق والوسائل القانونية ورفعها إلى النيابة العامة لاتخاذ إجراءاتها وفقاً للقانون».

ثانياً/ أهمية مرحلة جمع الاستدلالات:

- لمرحلة جمع الاستدلالات أهمية كبيرة، من أبرزها:
- تعطي صورة واضحة عن كيفية وقوع الجريمة.
- تحافظ على مسرح الجريمة من العبث وتحرز الآثار الموجودة به.
- توفر الوقت والجهد من خلال منع تكرار الإجراءات في مرحلة التحقيق الابتدائي.
- تحافظ على الحقوق والحريات بكشف البلاغات الكاذبة والشكاوى الكيدية.
- تساهم في تكوين الاقتناع القضائي للقاضي.

الفرع الثاني: واجبات مأموري الضبط القضائي في مرحلة جمع الاستدلالات:

حول المشرع لمأموري الضبط القضائي سلطة جمع الاستدلالات من خلال العديد من الإجراءات، أهمها:

أولاً/ تلقي البلاغات والشكاوى وفحصها:

- أ- تعريف البلاغ: هو إخطار الجهة المختصة بوقوع حادث.

ب- عناصر البلاغ:

- ١- المبلغ.
- ٢- مبلغ عنه (معلوم أو مجهول).
- ٣- الواقعة الجنائية محل التبليغ عنها.
- ٤- تحرير محضر البلاغ وقيده في السجل.
- ٥- إثبات البلاغ بمعرفة مأمور الضبط القضائي.
- ٦- الأدوات المستخدمة في الواقعة. ٧- آثار الجريمة.
- ٨- الشهود.
- ٩- الإجراءات المتخذة.

ثانياً/ الاستقصاء (التحريرات):

أ- تعريف التحريات:

هي «جمع المعلومات عن أشخاص أو أشياء أو أماكن من مصادر مختلفة (الجمهور، المراقبة، المرشدين، المخبرين، صحيفة التسجيل الجنائي، المعلومات المسجلة، كاميرات المراقبة...)».

ب- ضمانات الاستقصاء (التحريرات):

- ١) إثباتها في محاضر مستوفية الشروط الشكلية والموضوعية.
- ٢) وجود مبرر قانوني يسمح بها، وبهدف استقصاء الجريمة وكشف غموضها.
- ٣) تمارس في إطار الاختصاص النوعي والمكاني.
- ٤) تكون متعلقة بجريمة وقعت فعلاً.
- ٥) عدم التعرض لحرية الأفراد أو المساس بحرمة مساكنهم إلا في حدود القانون.

ثالثاً/ معاينة مسرح الجريمة:

مسرح الجريمة هو المكان الذي وقعت فيه الجريمة، ويحتوي على الآثار الناتجة عنها والأدوات المستخدمة فيها، وقد يكون مفتوحاً أو مغلقاً.

أ- تعريف المعاينة:

هي «إثبات مادي للحالة التي عليها شخص أو مكان أو شيء بواسطة المشاهدة أو الفحص المباشر؛ بهدف جمع الآثار المادية التي تدل على وقوع الجريمة وتحدد مرتكبها.

ب- أهمية المعاينة:

(١) تسهم في التأكد من وقوع فعل إجرامي، ونوعه، ومكان وقوع الجريمة، وسببها، وكيفية حدوثها.

(٢) تكشف الآثار المادية التي تخلفت من ارتكاب الجريمة.

(٣) تبين كيفية دخول الجاني إلى مسرح الجريمة وكيفية خروجه.

(٤) تنقل لجهة التحقيق والمحاكمة صورة واضحة لموقع الجريمة.

(٥) تساند وتعزز باقي أدلة الإثبات الجنائي.

ج- واجبات مأموري الضبط القضائي عند المعاينة:

(١) سرعة الانتقال إلى مسرح الجريمة لمعاينته.

(٢) إغلاق مسرح الجريمة والمحافظة عليه، ووضع الشارات المحددة له.

(٣) فتح محضر بالمعاينة لحظة الوصول إلى مسرح الجريمة.

(٤) عدم السماح للأشخاص المتواجدين في مسرح الجريمة بالخروج منه إلا بعد سماع أقوالهم وعدم السماح لأي شخص بالدخول إليه.

(٥) تصوير مسرح الجريمة بكاميرا فوتوغرافية وفيديو أو بأي آلة تحقق ذلك.

(٦) إثبات حالة الأماكن والأشخاص والأشياء وإسعاف المصابين الموجودين في مسرح الجريمة.

(٧) الاستعانة بخبراء المعمل الجنائي لفحص مسرح الجريمة ورفع الآثار.

(٨) ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة وتحريزها في مكان ضبطها من قبل الخبراء.

(٩) إجراء المعاينة الدقيقة والشاملة لمكان الجريمة.

(١٠) سماع أقوال المتواجدين في مسرح الجريمة أو بالقرب منه بحسب مقتضيات الجريمة.

(١١) أن يوقع على المحضر كل من سمع أقواله ويوقع الخبراء الذين استعان بهم.

- ١٢) أن يختم المحضر بالقرارات المترتبة على الانتقال والمعaine.
- ١٣) أن يذيل المحضر بتوقيعه مع كتابة اسمه كاملاً ورتبته وصفته.
- ١٤) وضع الأختام على مسرح الجريمة إن لزم.
- ١٥) تسليم المحضر لعضو النيابة فور حضوره إلى مسرح الجريمة أو إرساله رسمياً إلى النيابة العامة خلال أربع وعشرين ساعة.

رابعاً/ سماع الأقوال:

- يعد سماع الأقوال مصدراً هاماً للمعلومات التي تقوم سلطة الاستدلالات بجمعها.
- أ- **صلاحيات مأموري الضبط القضائي عند سماع الأقوال:**
 - ١) تكليف من يراه بالحضور متهماً أو شاهداً.
 - ٢) احتجاز من توافرت قبلة دلائل كافية بارتكاب جريمة، والتصرف في أمره خلال أربع وعشرين ساعة بالإفراج أو بإرساله إلى النيابة العامة.
 - ب- **الأمر بالحضور:**

الأمر بالحضور هو دعوة المتهم للظهور أمام المحقق في الموعد الذي يحدده، وأهم ما يميز هذا الأمر أنه لا ينطوي على قهر أو إجبار، فتنفيذه متروك لمشئنة المتهم إن شاء استجاب، وإن شاء لا يستجيب.
 - ج- **ضوابط سماع الأقوال في مرحلة جمع الاستدلالات:**
 - ١) أن تدون في محضر مكتمل الشروط الشكلية والموضوعية.
 - ٢) عدم إكراه أي شخص رفض الحضور إلا بأمر من النيابة.
 - ٣) عدم جواز تحليف الشهود أو الخبراء اليمين إلا إذا خيف ألا يستطيع فيما بعد ذلك سماع الشهادة بيمين.
 - ٤) عدم جواز استجواب المتهم إلا في أحوال الضرورة التي يخشى معها الوقت متى كان ذلك لازماً لكشف الحقيقة.
 - ٥) الالتزام بحقوق المشتبه به المنصوص عليها في الدستور والقانون عند سماع أقواله.

خامساً / سؤال المشتبه به:

يقصد بسؤال المشتبه إثبات أقواله بشأن الجريمة دون مناقشته فيها تفصيلاً، ولا مواجهته بالأدلة القائمة قبله؛ كون ذلك استجواباً، وهو من اختصاص النيابة العامة.

أ- حالات سؤال المشتبه به:

- ١) عند قيام مأموري الضبط القضائي بجمع الاستدلالات في الجرائم.
- ٢) عقب إلقاء القبض على المشتبه به في حالات الجريمة المشهودة.
- ٣) عقب صدور أمر النيابة العامة بناءً على طلب مأمور الضبط القضائي.
- ٤) في حالة ندب مأموري الضبط القضائي للقبض على المتهم أو تفتيشه.

ب- الشروط الشكلية لمحضر سماع الأقوال:

- ١) كتابة ساعة وتاريخ تحرير المحضر ومكان تحريره، واسم محرره ورتبته ووظيفته.
- ٢) أن يكون المحضر واضحاً ومشملاً على البيانات اللازمة.
- ٣) أن يكتب باللغة العربية حتى ولو كان من تم سؤاله أجنبياً فتكتب الترجمة.
- ٤) عدم الكشط أو الشطب في المحضر، وتقوس العبارات الملغاة مع التوقيع.
- ٥) ترقيم صفحات المحضر.
- ٦) مراعاة التسلسل الزمني للأحداث التي تدون في المحضر.
- ٧) استخدام المصطلحات القانونية والعبارات المفهومة الواضحة، وتدوين الإجابات بنفس الألفاظ التي صدرت من صاحب الأقوال.
- ٨) يجب أن تكون الأسئلة واضحة ومتعلقة بأركان الجريمة وبصيغة يفهمها الموجه إليه السؤال دون استجواب.
- ٩) إذا حضر المحامي مع المتهم يثبت ذلك في المحضر.
- ١٠) يفضل اصطحاب كاتب للمحضر ليتفرغ مأمور الضبط القضائي لتوجيه الأسئلة.
- ١١) تلاوة المحضر على من سمعت أقواله قبل التوقيع وإثبات ذلك في المحضر.
- ١٢) توقيع المحضر ممن تم سماع أقواله وكتابة اسمه بنفسه ومن ثم يضع بصمته تحتها بطريقة سليمة، وفي حال الرفض يثبت ذلك، وكذلك يوقع مأمور الضبط القضائي مع بيان اسمه كاملاً ورتبته وصفته، وكذلك الكاتب إن وجد.
- ١٣) تدوين القرارات.

الفرع الثالث: الإجراءات المقيدة للحرية في مرحلة جمع الاستدلالات:

أولاً/ الاستيقاف:

يقصد بالاستيقاف قيام الشرطة عند الاشتباه في أحد الأشخاص في غير الحالات التي يجيز فيها القانون القبض بطلب التوقف وسؤاله عن اسمه ومهنته ومحل إقامته ووجهته واصطحابه إلى قسم الشرطة إذا تطلب الأمر ذلك.

أ- حالات الاصطحاب إلى مركز الشرطة:

- ١) إذا رفض الشخص تقديم البيانات المطلوبة أو كذب في ذلك أو قدم بياناً غير مقنع.
- ٢) إذا قامت قرائن قوية على ارتكابه جريمة جسيمة.
- ٣) إذا لم يكن له محل إقامة معروف.
- ٤) إذا رفض التوجه إلى مركز الشرطة بدون مبرر.
- ٥) إذا كان في حالة سكرين.
- ٦) إذا وجد في تجمهر أو تشاحن أو مشادة مما يندر بوقوع تعدي أو حصول جريمة لا يمكن تلافيها إلا بذلك.
- ٧) كل من يحمل سلاحاً نارياً ظاهراً خلافاً للقانون.

ب- ضوابط الاستيقاف:

- ١) ضرورة توافر الدلائل الكافية.
- ٢) الالتزام بحدود الغاية منه.
- ٣) عدم التعرض للمادي لشخص المستوقف.
- ٤) عدم تجاوز الوقت اللازم لإجرائه.
- ٥) تحرير محضر بإجراءات الاستيقاف يوضح فيه مبرراته والإجراءات المتخذة.

ثانياً/ التحفظ على الأشخاص:

التحفظ إجراء استدلالي لا يرقى إلى القبض بالمعنى القانوني، منحه القانون لمأمور الضبط القضائي لمنع المتهم من الهرب والحفاظ على آثار الجريمة، ويتضمن قدراً من المساس بالحرية الشخصية.

أ- خصائص التحفظ:

- (١) إجراء من إجراءات الاستدلال.
- (٢) إجراء احتياطي تطلبته الضرورة العملية ولمدة لا تتجاوز الأربع والعشرين ساعة.
- (٣) يباشره مأمور الضبط القضائي المختص.
- (٤) إجراء مقيد للحرية.
- (٥) إجراء استثنائي يستند إلى نظرية الضرورة الإجرائية.
- (٦) لا يحرك الدعوى الجزائية كونه من إجراءات الاستدلال.
- (٧) يجيز لمأمور الضبط القضائي تفتيش المتحفظ عليه تفتيشاً وقائياً.

ب- ضوابط التحفظ:

- (١) أن يثبت في محضر مستوفياً لشروطه الشكلية والموضوعية.
- (٢) سماع أقوال الشخص المتحفظ عليه على الفور وإحاطته مع المحضر إلى النيابة خلال مدة لا تتجاوز الأربع والعشرين ساعة.
- (٣) ضرورة توافر الدلائل الكافية على ارتكاب الجريمة.
- (٤) لا يخول مأمور الضبط القضائي استخدام القوة إلا بالقدر اللازم لمنع المقاومة.

ثالثاً/ التعرض المادي:

هو إجراء يستهدف الحيلولة بين شخص صدر أمر بإحضاره أو القبض عليه وفقاً للقانون أو ارتكاب جريمة مشهودة وبين الفرار وتسليمه للسلطات المختصة.

حالاته:

خول المشرع لأي شخص التعرض المادي وتسليمه إلى أقرب رجل من رجال السلطة العامة في الحالات الآتية:

- (١) إذا صدر إليه أمر من المحكمة أو النيابة العامة.
- (٢) إذا طلب القبض عليه بواسطة الإعلان أو النشر ممن ملكه قانوناً.
- (٣) إذا كان المتهم قد قبض عليه ثم فر أو حاول الفرار.
- (٤) إذا رؤي المتهم بالجريمة المشهودة.
- (٥) إذا كان قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية وفر.

المحور الثالث الاختصاصات الاستثنائية لمأموري الضبط القضائي

تنحصر اختصاصات مأموري الضبط القضائي في جمع الاستدلالات، ولا يجوز لهم القيام بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي هي من اختصاص النيابة العامة إلا في حالتين، هما:

- الجريمة المشهودة.
- النذب للتحقيق.

الفرع الأول: الجريمة المشهودة (التلبس):

هي حالة واقعية يعبر عنها مجموعة من المظاهر الخارجية يتصل بها مأمور الضبط القضائي بحواسه تدل بذاتها على أن الجريمة تقع أو بالكاد قد وقعت، وقوامها انعدام الزمن أو تقاربه بين وقوع الجريمة واكتشافها.

أولاً/ حالات الجريمة المشهودة:

حددت المادة (٩٨) من قانون الإجراءات الجزائية حالات الجريمة المشهودة كالاتي:

- (١) إدراك الجريمة حال ارتكابها.
- (٢) إدراك الجريمة عقب ارتكابها ببرهنة يسيرة.
- (٣) ملاحظة الجاني من قبل المجني عليه أو العامة بالصياح إثر وقوع الجريمة.
- (٤) مشاهدة أدلة الجريمة بعد وقوعها بوقت قريب على الجاني أو معه يستدل منها على أنه فاعلها أو شريك فيها.

ثانياً/ خصائص الجريمة المشهودة:

تتميز الجريمة المشهودة بسمتين أساسيتين:

- (١) الطابع العيني للجريمة المشهودة.
- (٢) حالات الجريمة المشهودة واردة في القانون على سبيل الحصر.

ثالثاً/ شروط صحة تحقق الجريمة المشهودة:

- اشترط لصحة تحقق الجريمة المشهودة الشرطان الآتيان:
- (١) إدراك مأمور الضبط القضائي بنفسه لحالة الجريمة المشهودة.
 - (٢) اكتشاف حالة الجريمة المشهودة بطريق مشروع.

رابعاً/ واجبات مأمور الضبط القضائي في حالة الجريمة المشهودة:

- (١) سرعة الانتقال إلى محل الواقعة.
- (٢) إخطار النيابة العامة.
- (٣) فتح محضر يؤكد على أن الجريمة مشهودة.
- (٤) معاينة الآثار المادية للجريمة وضبط الأشياء والأدلة والمحافظة عليها.
- (٥) إثبات حالة الأماكن والأشخاص والأشياء وكل ما يفيد في كشف الحقيقة.
- (٦) سماع أقوال من كان حاضراً أو من يمكن الحصول منه على إيضاحات في شأن الواقعة ومرتكبها.
- (٧) منع أي شخص موجود في المكان الذي وقعت فيه الجريمة من الخروج أو الابتعاد عنه حتى يتم تحرير المحضر.
- (٨) أن يستحضر في الحال من يمكن الحصول منه على إيضاحات في شأن الواقعة، ومن يخالف يوضع في محل التوقيف.
- (٩) في الجرائم المشهودة المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ستة أشهر يحق لمأمور الضبط القضائي القبض على كل شخص يستدل بالقرائن على أنه الفاعل للجريمة أو له علاقة بها إن كان حاضراً وأن يأمر بإحضاره إن كان غائباً.
- (١٠) لمأمور الضبط القضائي في الجرائم المشهودة المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ستة أشهر أن يفتش المتهم ومنزله ويضبط الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة متى وجدت أمارات قوية تدل على وجودها فيه.

الفرع الثاني: الندب للتحقيق؛

هو التكليف الصادر من النيابة المختصة إلى أحد مأموري الضبط القضائي بالقيام بإجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق عدا استجواب المتهم ويكون للمندوب في حدود ندبه كامل السلطات التي لعضو النيابة النادب.

أولاً/ مبررات الندب:

- (١) كثرة الأعمال الملقاة على النيابة العامة.
- (٢) ضيق وقت النيابة العامة.
- (٣) تميز مأموري الضبط القضائي بسرعة الحركة وامتلاكهم للإمكانيات البشرية والمادية اللازمة.

ثانياً/ الضوابط الموضوعية للندب للتحقيق:

- (١) صفة الأمر بالندب: عضو النيابة المختص نوعياً ومكانياً.
- (٢) صفة المندوب: مأمور الضبط القضائي المختص نوعياً ومكانياً.
- (٣) موضوع الندب: يكون محدداً للقيام بعمل معين من أعمال التحقيق الابتدائي.

ثالثاً/ الضوابط الشكلية للندب:

- (١) ثبوت قرار الندب بالكتابة.
- (٢) صراحة أمر الندب، فالإحالة لا تكفي.
- (٣) شمول أمر الندب كامل البيانات، أهمها: من أصدره، ووظيفته وتوقيعه، وتاريخ الإصدار، ومدته، ونوع الإجراء المطلوب اتخاذه.

رابعاً/ القيود الواردة على سلطة النيابة في إصدار أمر الندب:

- (١) يحظر ندب مأمور الضبط القضائي لتحقيق قضية برمتها.
- (٢) يحظر ندب مأمور الضبط القضائي لاستجواب المتهم إلا في حالة الضرورة.
- (٣) يحظر ندب مأمور الضبط القضائي لإصدار أمر بالحبس الاحتياطي.

الفرع الثالث: سلطة مأمور الضبط القضائي في القبض؛

القبض هو ضبط الشخص وإحضاره أمام المحكمة أو النيابة أو مأمور الضبط القضائي في الحالات المنصوص عليها قانوناً، ويكون بموجب أمر صادر من الأمر بالقبض ممن يملكه قانوناً أو شفويّاً إذا كان الشخص الأمر حاضراً أمامه ويترتب على ذلك حرمان المقبوض عليه من حريته حتى يتم التصرف في أمره.

أولاً/ واجبات مأمور الضبط القضائي عند القبض؛

- (١) إعلام المقبوض عليه على الفور بأسباب القبض عليه.
- (٢) سماع أقوال المقبوض عليه وإحاطته مع المحضر إلى النيابة العامة خلال أربع وعشرين ساعة.
- (٣) وجوب معاملة المقبوض عليه بما يحفظ كرامته.
- (٤) تمكين المقبوض عليه من الاتصال بأسرته ومحاميه.
- (٥) إثبات جميع حالات القبض في محل خاص بمركز الشرطة.

ثانياً/ أغراض القبض؛

- (١) ضمان إحضار المقبوض عليه أمام القضاء لاستجوابه.
- (٢) الحصول على أدلة جديدة.
- (٣) حماية المقبوض عليه.
- (٤) ضمان سلامة الأدلة من العبث.

ثالثاً/ الحالات التي يجب على مأمور الضبط القضائي القبض على

الأشخاص؛

نصت على تلك الحالات المادة (١٠٣) من قانون الإجراءات الجزائية، وذلك على النحو الآتي:

- (١) إذا صدر لهم أمر بذلك ممن يملكه قانوناً.

- ٢) في حضور الأمر بالقبض وتحت إشرافه إذا استعان بهم.
- ٣) إذا طلب القبض على الشخص بواسطة الإعلان أو النشر ممن يملكه قانوناً.
- ٤) حالات الجريمة المشهودة.
- ٥) إذا كان مرتكباً لجريمة جسيمة وقامت على ارتكابها دلائل قوية وخيف هربه.
- ٦) إذا كان مرتكباً لجريمة غير جسيمة معاقب عليها بالحبس وقامت على ارتكابه لها دلائل قوية ومعلومات موثوقة وتوافرت في حقه إحدى الحالات الآتية:
 - أ) إذا لم يكن له محل إقامة معروف في البلاد.
 - ب) إذا قامت قرائن قوية على أنه يحاول إخفاء نفسه أو الهرب.
 - ج) إذا رفض بيان اسمه وشخصيته أو كذب في ذلك أو قدم بياناً غير مقنع أو رفض التوجه إلى مركز الشرطة بدون مبرر.
- ٧) إذا كان في حالة سكريين.
- ٨) إذا اشتبه لأسباب جدية أنه هارب من إلقاء القبض عليه.

الفرع الرابع: سلطة مأمور الضبط القضائي في التفتيش:

أولاً/ تعريف التفتيش:

هو «إجراء من إجراءات التحقيق يقوم به موظف يختص طبقاً للإجراءات المقررة قانوناً في محل يتمتع بالحرمة بهدف الوصول إلى أدلة مادية لجريمة تحقق وقوعها لإثبات ارتكابها أو نسبتها إلى المتهم».

ثانياً/ خصائص التفتيش:

- ١) إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي.
- ٢) يتميز بالجبر والإكراه.
- ٣) يمس بالحق في السرية.
- ٤) البحث عن الدليل.

ثالثاً/ شروط صحة التفتيش:

(أ) الشروط الموضوعية:

(١) سبب التفتيش.

(٢) محل التفتيش.

(٣) الغاية من التفتيش.

(ب) الشروط الشكلية للتفتيش:

(١) أن يتم التفتيش من بعد شروق الشمس إلى غروبها إلا في حالة الجريمة المشهودة أو مطاردة شخص هارب من وجه العدالة وأن يسبب التفتيش ليلاً.

(٢) أن يقوم بالتفتيش مأمور الضبط القضائي المختص.

(٣) أن يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينوب عنه وبحضور شاهدين من أقاربه أو جيرانه.

(٤) تحرير محضر التفتيش.

رابعاً/ صور التفتيش:

(أ) تفتيش الأشخاص.

(ب) تفتيش المساكن.

(ج) تفتيش المركبات.

المحور الرابع الأخطاء الشائعة في مرحلة جمع الاستدلال

أولاً/ الأخطاء العملية في إجراءات تلقي البلاغ أو الشكوى:

- ١) اكتفاء متلقي البلاغ بسماع أقوال المبلغ شفويًا أو كتابيًا دون إثبات بلاغه بمحضر رسمي فور البلاغ.
- ٢) القصور في بيانات محضر إثبات البلاغ إن وجد.
- ٣) عدم إثبات ما يفيد عرض البلاغ على مدير قسم الشرطة باعتباره المسؤول الأول في المركز وخلو المحاضر مما يفيد إحالة البلاغ من رئيس المركز لضابط الشرطة لإجراء التحري وجمع الاستدلالات في البلاغ المرفوع للمركز.
- ٤) عدم قيد البلاغ في سجل البلاغات فور تلقي البلاغ وتدوين رقمه الذي قيد به في السجل بمحضر إثبات البلاغ.
- ٥) مباشرة جمع الاستدلالات دون إخطار النيابة المختصة بما تبلغ به المركز وكانت الواقعة جريمة جسيمة.
- ٦) عدم إيضاح البلاغ في الأوليات المرسلة إلى النيابة المختصة إن تم تدوينه.
- ٧) تأجيل قيد البلاغ إلى أن ترسل الأوليات إلى النيابة أو القبض على المشتبه به.
- ٨) عدم إرفاق نصف القسيمة التي دون البلاغ في سجل البلاغات بالأوليات المرسلة إلى النيابة المختصة.
- ٩) اكتفاء رجل الشرطة بإيراد مضمون البلاغ في تقريره المرفوع لرؤسائه في نهاية محاضر جمع الاستدلالات دون إرفاق محضر البلاغ الذي أجراه مع المبلغ.
- ١٠) خلو نهاية محضر البلاغ من أي قرارات ومن ذلك القرار بإخطار النيابة المختصة بالبلاغ الذي تلقاه مركز الشرطة وبالذات في الجرائم الجسيمة.
- ١١) مباشرة التحري وجمع الاستدلالات من قبل أحد الضباط العاملين في المركز دون تكليف من مدير المركز.
- ١٢) مباشرة جمع الاستدلالات من قبل بعض الأفراد في المركز دون صفة لهم في ذلك

وبالمخالفة لنص المادة (٨٤) من قانون الإجراءات الجزائية التي حصرت ذلك في مأموري الضبط القضائي الواردة صفتهم على سبيل التحديد.

(١٣) قبول مركز الشرطة للبلاغات المتعلقة بالدعاوى المدنية المتعلقة بالإجراءات أو الديون.

ثانياً/ الأخطاء الشائعة في إجراءات الانتقال إلى مسرح الجريمة ومعاينته:

- (١) عدم الانتقال السريع إلى مسرح الجريمة فور تلقي البلاغ.
- (٢) عدم المحافظة على مسرح الجريمة وإغلاقه.
- (٣) الانتقال من قبل أفراد أوصف ضباط إلى مسرح الجريمة للمعاينة دون صفة قانونية لهم بالقيام بهذا الإجراء.
- (٤) الانتقال إلى مسرح الجريمة دون حضور خبراء مسرح الجريمة.
- (٥) القصور الشديد في محضر المعاينة من الناحية الشكلية والموضوعية؛ يفقد ذلك المحضر قيمته القانونية.
- (٦) عدم إجراء المعاينة الدقيقة وفحص كافة الجزئيات التي لها علاقة بالجريمة مما يترتب عليها ضياع آثار الجريمة.
- (٧) عدم وصف مسرح الجريمة وصفاً دقيقاً في محضر المعاينة.
- (٨) عدم تحريز المضبوطات في مسرح الجريمة ونقلها دون تحريز وإرسالها إلى النيابة العامة دون تحريز.
- (٩) الاكتفاء بالمعاينة دون سماع أقوال المتواجدين في مسرح الجريمة عن الواقعة.
- (١٠) عدم بيان اسم وصفة ورتبة القائم بالانتقال وتوقيعه في نهاية كل محضر من محاضر الانتقال.
- (١١) عدم تحديد زمن الانتقال بالدقيقة والساعة واليوم، وعدم تحديد زمن المعاينة بالدقيقة والساعة واليوم والاكتفاء بالتاريخ.
- (١٢) خلو محاضر المعاينة من القرارات التي يتوجب اتخاذها على ضبط ما عثر عليه في مسرح الجريمة.

ثالثاً/ الأخطاء التي تشوب إجراءات القبض والإحضار:

- ١) عدم إثبات إجراءات القبض أو الإحضار بمحضر رسمي من قبل القائم بالضبط والإحضار، وإن وجد فإن المحضر يكون غير مستوفٍ الشروط الشكلية والموضوعية.
- ٢) المسارعة في القبض والإحضار من قبل رجال الشرطة فور تلقي الشكوى أو البلاغ دون التحقق من حصول الجريمة من عدمه.
- ٣) الإحضار والقبض دون وجه حق قانوني.
- ٤) استعمال القوة والعنف أثناء القبض والإحضار.
- ٥) عدم تحرير محضر القبض أو الإحضار في مكان مباشرته.
- ٦) القبض أو الإحضار لأحد أقارب المطلوب وحبسه كرهينة.
- ٧) استصدار أمر القبض على المتهم في توقيت لاحق على القبض، ومثل هذا العمل يعد تزويراً في محررات رسمية.
- ٨) استخدام السلاح الناري أثناء إجراء القبض دون مقتضى.
- ٩) الاستيلاء على متعلقات المقبوض عليه أو من استيقافه أو إحضاره.
- ١٠) تجاوز القائم بالقبض حدود الاختصاص العام.
- ١١) إجراء القبض دون إظهار شخصية القائم به.
- ١٢) استفزاز المتواجدين من الناس بمكان القبض.
- ١٣) مغادرة مكان إلقاء القبض على المتهم قبل استكمال بقية الإجراءات القانونية.
- ١٤) القبض على شخص أو أشخاص تصادف تواجدهم في مسرح الجريمة.
- ١٥) القبض أو الإحضار على ذمة التحريات.
- ١٦) القبض أو الاحتجاز في جرائم يعاقب عليها بأقل من ستة أشهر.
- ١٧) عدم إحالة المقبوض عليه إلى النيابة في المدة الممنوحة لمأمور الضبط القضائي المحددة بـ ٢٤ ساعة.
- ١٨) القبض أو الإحضار للأشخاص قبل أن تتوافر ضده دلائل قوية على ارتكابه جريمة معاقباً عليها.
- ١٩) عدم قيام مدراء المراكز أو البحث إثبات جميع حالات القبض والإحضار والضبط التي

ترد إلى المركز بمحرر خاص مقرون باسم وصفة من قام بالقبض أو الضبط وكيفيته وتاريخه وساعته وسببه ووقت انتهائه .

٢٠) عدم عرض أسماء من تم ضبطهم أولاً بأول على النيابة المختصة مع بياناتهم.

رابعاً/ الأخطاء الشائعة في إجراء التفتيش:

- ١) قيام المحقق بالتفتيش دون إذن من النيابة العامة المختصة.
- ٢) القيام بالتفتيش في أوقات غير مسموح التفتيش فيها.
- ٣) إجراء التفتيش من قبل مأمور الضبط القضائي دون مشاركة الخبراء المختصين للقيام بإجراء المعاينة والتفتيش.
- ٤) القيام بالتفتيش من قبل أفراد أو صف ضباط دون صفة تخولهم القيام بالإجراء.
- ٥) إجراء التفتيش دون حضور المتهم أو حضور شاهدين.
- ٦) عدم عرض المضبوطات على المتهم لاستفساره شخصياً عند العثور عليها وعلاقته بها.
- ٧) عدم تحريز المضبوطات التي يتم ضبطها.
- ٨) عدم تحديد ما يتم ضبطه وأماكن الضبط والشخص الذي عثر عليها.
- ٩) استخدام لفظ مادة مخدرة لما يتم ضبطه من محرزات بدلاً من استخدام لفظ يشتبه أنه مادة مخدرة وترك التأكيد على ذلك على خبراء المعمل الجنائي.
- ١٠) عدم إرسال المضبوطات المعثور عليها في مسرح الجريمة إلى النيابة عند إرسال الأوليات إليها.
- ١١) عدم إثبات إجراء التفتيش بمحضر رسمي موضح فيه أسماء من قاموا بإجراء التفتيش وصفاتهم وتاريخ ووقت التفتيش وأسباب التفتيش والجهة الآمرة به وأسماء الشهود الحاضرين أثناء التفتيش وتوقعاتهم وما تم ضبطه أو عثر عليه.

المراجع

أولاً/ المؤلفات القانونية العامة:

- ١) د/ أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٢) د/ محمد عيد الغريب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة.
- ٣) د/ محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٤) د/ مطهر أنقع: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء.

ثانياً/ المؤلفات القانونية المتخصصة:

- ١) د/ أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٢) د/ أسامة عبدالله قايد: حقوق وضمائم المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٣) د/ عبدالفتاح الصيفي: التلبس بالجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- ٤) د/ عبدالله القيسي: سلطات مأمور الضبط القضائي في التشريع والقضاء، أوان، صنعاء.
- ٥) د/ عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، القاهرة.
- ٦) د/ محمد زكي أبو عامر: الحماية الجنائية للحريات الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٧) د/ محمد عيد الغريب: الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي في الظروف العادية والاستثنائية.
- ٨) د/ منير محمد الجوبي: سلطات مأمور الضبط القضائي الأصلية والاستثنائية.

ثالثاً/ الرسائل العلمية:

- ١) د/ إبراهيم حامد طنطاوي: سلطات مأمور الضبط القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٣م.
- ٢) د/ أحمد محمد العلفي: تأثير الإكراه في الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ١٩٩٧م.
- ٣) د/ جمال جرجس: الشرعية الدستورية لأعمال الضبطية القضائية، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٥م.
- ٤) د/ رضا عبدالحكيم رضوان: الضبط القضائي بين السلطة والمسؤولية، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ١٩٩٢م.
- ٥) د/ منير محمد الجوبي: حقوق المتهم أثناء مباشرة مأموري الضبط القضائي إجراءات التحقيق الابتدائي، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، ٢٠٠٨م.

رابعاً/ التشريعات:

- ١) الدستور اليمني الصادر سنة ١٩٩١م والمعدل في ١٩٩٤م و٢٠٠١م.
- ٢) قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩٠م.
- ٣) قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م.
- ٤) قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.



البحر والدرر
القضاء والقانون

المبادئ الأساسية لحقوق المتهم في مرحلة المحاكمة في القانون اليمني وأهم المبادئ العالمية لحقوق الإنسان

القاضي / أحمد محمد الجندبي
رئيس المكتب الفني بالنيابة العامة

مجلة
البحر والدرر
القضاء والقانون

مقدمة

إن ثبوت صفة المتهم في شخص معين يترتب عليه ثبوت حقوق عديدة يقررها له القانون ذلك أن المتهم هو الطرف الثاني في الدعوى الجزائية وهو الذي تقدمه النيابة العامة حين تقيم الدعوى أمام القضاء على أساس أنها تتهمه بارتكاب الجريمة الأمر الذي يجعلنا نتطرق في دراستنا هذه إلى ماله من حقوق في التشريعات الوطنية مقارنة بما هو سائد في التشريعات العربية والدولية والاتفاقيات والمعاهدات التي رعتها منظمة الأمم المتحدة.

ولامراء في أن المتهم يمثل الطرف الأضعف أمام سلطات الدولة وهو الأحق بالحماية الجنائية ورعاية حقوقه الإنسانية ولاشك أن كفالة وتعزيز حقوق الإنسان ليست مجرد أمر يجب أن تسعى إليه منظمة بعينها (الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة مثلاً) وإنما يجب أن تتضافر في هذا الخصوص جهود الجميع أفراداً / جماعات / وهيئات ومؤسسات معنية وحكومات وسلطات مختصة ومنظمات دولية.

وقد لاقت حقوق الإنسان وتلاقي دائماً اهتماماً متزايداً على الصعيد الوطني (بإصدار تشريعات داخلية بخصوصها) وعلى المستوى الدولي خصوصاً في إطار المنظمات الدولية، وقضية حقوق المتهم كإنسان تطرح نفسها على كافة الأصعدة الوطنية والدولية بحيث يستقر الرأي إلى القول بأن المتهم في حاجة ماسة إلى الحماية القانونية بدرجة تفوق الإنسان مجرداً من هذا الوصف، ومن ثم فإن الضرورة تحتم الاستعانة بقانون الإجراءات الجزائية بحسبانه الفرع القانوني الذي يوضح حدود تدخل الدولة في حقوق المتهم بحيث لا تستطيع وفقاً لأحكامه أن تسرف في هذا التدخل وإلا عد ذلك افتئاتاً على حقوق الإنسان.

وإن العدالة هي الوسيلة الأسمى لتحقيق هذه الحماية وهي الغاية لمشتمل الحريات والحقوق وصون كرامة الإنسان ولا نبالغ إذا قلنا أن العدالة تعتبر مرآة التحضر البشري والرقي الإنساني وهي المعيار الدال على الاحترام المكفول لأدمية الإنسان وإنسانيته بحسبانها أسمى وأجل ألقابه.

وتحقيق العدالة هو نتيجة طبيعية ومنطقية لوجود قضاء نزيه ومؤهل لكفالة مفترضاتها.

لكن وجود هذا الأخير مرهون بسيادة المناخ القانوني الذي تؤمن تحت مظلته ضمانات عدالة المحاكمة لكل من يتوجه إليه الاتهام من قبل النيابة العامة بدعوى اقترافه لفضل يجرمه القانون.

وإذا كانت حقوق المتهم إبان المحاكمة حقيقة جسدتها المبادئ الأساسية لأحكام قانون الإجراءات الجزائية والمعتزدة بالقواعد الدستورية المستقاة في الأساس من شريعتنا الإسلامية والمبادئ والاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي اهتدى إليها الفكر الإنساني عبر مراحل نضاله الطويل في إعلاء حقوق الإنسان والانتصار للعدالة.

فمن هنا يكون منطقياً أن نلج إلى بيان هذه الحقوق محل الدراسة في حق محاكمة المتهم أمام قاضيه الطبيعي بما يتوافر له من استقلال وتخصص وحقه في أن تتم هذه المحاكمة في مواجهته كما يمكن من الدفاع عن نفسه.

وإذا كانت محاكمة المتهم حضورياً تهيئ له سبيل الدفاع عن نفسه بالأصالة أو بالاستعانة بمحام فإن ما يحقق هذه الغاية إجراؤها علناً لأن علانية المحاكمة تبث الطمأنينة لدى الكافة - المتهم من ناحية وجمهور الناس من ناحية أخرى، ولا تجعل قضاة الحكم في معزل عن رقابة الناس باعتبارهم أصحاب حق في الإحاطة بما تظطلع به أجهزة العدالة في الدولة.

كما أن حق المتهم في الصمت قد كفلته العديد من الدساتير والقوانين صراحة أو ضمناً باعتباره حقاً طبيعياً للإنسان وشكلاً آخر لممارسة حق الدفاع يواجه به المتهم السلطة التي تتسلح بالعديد من أشكال القوة حين يختار المتهم الصمت.

وعندها يتعين على سلطات الادعاء احترام وسيلة المتهم في الدفاع عن نفسه بالصمت دون أن يفسر ضده فلا يمكن أن ينسب لساكت قول.

ويتفرع عن هذه الحقيقة نتيجة هامة مؤداها افتراض براءة المتهم والتي هي في الأساس محل إجماع فقهي على وجودها بخلاف حق الصمت، بل إنها تجاوزت هذا الإقرار الفقهي إلى حد تقنينها ويستتبع الاعتراف بقرينة البراءة التسليم بنتائجها التي من بينها إلقاء عبء إثبات الاتهام على من يدعي عكسها وهي نتيجة لا تتفق بالقطع مع مطالبات المتهم بالمشاركة في إدانة نفسه وهو الأمر الذي اكتسب طابعاً دستورياً فيما يعرف بحق أو امتياز عدم تجريم النفس أو عدم جواز شهادة المتهم ضد نفسه.

ولذلك سأرتب بحثي هذا في أقسام ثلاثة على النحو الآتي:

القسم الأول : المبادئ الأساسية لحق المتهم في محاكمة عادلة

أولاً: المبادئ المتعلقة بالقضاء:

- ١- مبدأ استقلال القضاء.
- ٢- مبدأ تخصص القضاء.
- ٣- مبدأ حياد القضاء.

ثانياً: المبادئ المتصلة بسير إجراءات المحاكمة:

- ١- علانية المحاكمة.
- ٢- حضور المتهم إجراءات المحاكمة.
- ٣- شفوية المرافعات.
- ٤- مباشرة القاضي جميع إجراءات الدعوى.
- ٥- تقييد المحكمة بحدود الدعوى.
- ٦- تدوين الإجراءات.

القسم الثاني: المبادئ المتصلة بالدفاع

أولاً: ضمانات الدفاع:

- ١- الإحاطة بالتهمة والاطلاع على ملف الدعوى.
- ٢- الاستجواب.
- ٣- الاستعانة بمحام
- ٤- اتصال المتهم بمحاميه
- ٥- إبداء الطلبات والدفع.
- ٦- حق الاستعانة بمرجم.
- ٧- حق الصمت.
- ٨- الحق في عدم تحليف المتهم اليمين.

القسم الثالث : قرينة البراءة

القسم الأول

المبادئ الأساسية لحق المتهم في محاكمة عادلة

عديدة هي المبادئ المتصلة بحق المتهم في مرحلة المحاكمة وهي نوعان: مبادئ تتصل بالقضاء وأخرى بسير إجراءات المحاكمة، ولعل الصنف الأول هو البوابة لحماية الحريات ومن ذلك حرية المتهم في كفالة محاكمته أمام قاض مستقل ومحام متخصص والأخرى هي الطريق لحق المتهم في أن يحاكم أمام قاضيه الطبيعي في علانية ووجوب حضوره كافة جلسات المحاكمة.

لهذا سنتناول هذه المبادئ تتالياً على النحو الآتي:

أولاً: المبادئ المتعلقة بالقضاء:

القضاء هو بوابة حماية الحريات والحقوق ومن تلك الحقوق حماية حق المتهم أثناء المحاكمة فينبغي إحاطته بسياج منيع من الضمانات ليتحقق حق المجتمع في العقاب بعد كفالة حق المتهم في محاكمة عادلة.

وهذه الحقوق جسدها المبادئ الأساسية لقانون الإجراءات الجزائية والقواعد الدستورية المستقاة من الشريعة الإسلامية والمعاهدات الدولية التي اهتدى الإنسان إليها، ومن هنا يكون منطقياً أن ندلف إلى بيان هذه الحقوق، حق المتهم للمثول أمام قاضيه الطبيعي بما تتوافر له من استقلال وتخصص وحيدة.

١- استقلال القضاء:

خلال توالي الحقب والعصور حظي القضاء باهتمام بالغ إدراكاً لخطورة رسالته في إعلاء سيادة القانون وحماية الشرعية وصيانة حقوق الإنسان.

فقد حمل القضاء أمانة تحقيق العدل منذ فجر التاريخ واستشعرت الجماعة البشرية منذ وعت حاجتها الماسة إليه سبيلاً إلى تحقيق الأمن والطمأنينة ونصفة المظلوم وقمع الظالم وأداء الحق إلى مستحقه.

وتجلى ذلك الاهتمام في الخلافة الإسلامية فيما سجلته رسالة عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري عندما ولاه الكوفة بقوله: (بسم الله الرحمن

الرحيم... من عبد الله عمر بن الخطاب إلى عبد الله بن قيس السلام عليكم أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة) تعبيراً عن قدم القضاء ونهوضه برسالة تحقيق العدل الذي كان وما يزال مبتغى الإنسان في كل زمان ومكان والقضاء هو الضمان الأساسي لحرية المواطنين وهو السياج الواقي في مواجهة كل من بغى ومن العسير عليه النهوض برسالته إلا في ظل نظام قانوني يحترم استقلاله ويصون مقرراته، وهذا ما قصده المحكمة الدستورية العليا في مصر بقولها: (..... ولأن الدولة القانونية هي التي تتوافر لكل مواطن في كنفها الضمانة الأولية لحماية حقوقه وحياته وتنظيم السلطة وممارستها في إطار من المشروعية وهي ضمان يدعمها القضاء من خلال استقلاله وحصانته لتصبح القاعدة القانونية محوراً لكل تنظيم وحداً لكل سلطة ورادعاً ضد العدوان)^(١).

ومن هنا فقد حق لمنسكيو القول: (إن الحرية تنعدم أن لم تكن سلطة القضاء منفصلة عن سلطة التشريع لأن حرية أبناء الوطن وحياتهم تصبحان تحت رحمتها ما دام القاضي هو المشرع أما إذا كانت السلطة القضائية متحدة مع السلطة التنفيذية فإن القاضي يكون طاغياً).

ويعتبر استقلال القضاء عنصراً هاماً في شرف القضاء وبدونه يفقد القضاء قيمته وجدواه في حماية الحريات، ولهذا نصت المادة (١٤٩) من دستور الجمهورية اليمنية على أن (القضاء سلطة مستقلة قضائياً ومالياً وإدارياً والنيابة العامة هيئة من هيئاته وتتولى المحاكم الفصل في جميع المنازعات والجرائم والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأي جهة وبأي صورة التدخل في القضايا أو في شأن من شئون العدالة ويعتبر مثل هذا التدخل جريمة يعاقب عليها القانون ولا تسقط الدعوى فيها بالتقادم) وهو نفس نص المادة (١) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩١م.

ويقتضي استقلال القضاء توافر عدة ضمانات للقضاة في شأن تعيينهم بأن يعهد أمر ذلك لمجلس القضاء الأعلى وفي ذلك نصت المادة (٢٥٩) من قانون السلطة القضائية على أن (... يكون التعيين في وظائف السلطة القضائية الأخرى عدا المحكمة العليا بقرار جمهوري بناءً على ترشيح وزير العدل وموافقة مجلس القضاء الأعلى...) ونصت المادة (٧) من قانون المرافعات على أن (يعين القاضي طبقاً للمنصوص عليه بقانون السلطة القضائية) ومن الضمانات ضمان حق القاضي في عدم النقل غير المبرر ويجب أن يمكن

(١) المحكمة الدستورية العليا في ١/٤/١٩٩٤م - القضية رقم (٢٢) لسنة ٨ قضائية دستورية إ.ج.

القاضي من التظلم في حالة عدم موافقته على النقل وتسمع أقواله ومن الضمانات ضمان أن يكون القاضي غير قابل للعزل، وفي ذلك نصت المادة (١٥١) من الدستور على أن (القضاة وأعضاء النيابة العامة غير قابلين للعزل إلا في الحالات وبالشروط التي يحددها القانون....) ونصت المادة (٨٦) من قانون السلطة القضائية على أن (القضاة غير قابلين للعزل من مناصبهم إلا إذا كان العزل عقوبة تم توقيعها في دعوى محاسبة بموجب أحكام هذا القانون).

كما أن من ضمانات الاستقلال أن ينظم مجلس القضاء الأعلى طريقة محاسبة القضاة وندبهم وأن يختص دون غيره بهذه الصلاحيات وأن يتولى إصدار الموازنة العامة للسلطة القضائية دون تدخل أي من السلطتين التشريعية والتنفيذية.

وفي ذلك نصت المادة (١٥٢) من الدستور على أن (يكون للقضاء مجلس أعلى ينظمه القانون ويبين اختصاصاته وطريقة ترشيح وتعيين أعضائه ويعمل على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة من حيث التعيين والترقية والفصل والعزل وفقاً للقانون، ويتولى المجلس دراسة وإقرار مشروع موازنة القضاء تمهيداً لإدراجها رقماً واحداً في الموازنة العامة للدولة).

ولا يفوتنا الإشارة إلى أن استقرار القاضي يساوي استقلاله فيجب أن يضمن له العيش الكريم لحياة آمنة مستقرة توفر له درعاً متيناً في مواجهة أي تأثير خارجي أو مصلحة شخصية بتجديد جدول راتب القضاة ألياً بارتفاع أسعار المعيشة وفقاً للمعايير الدولية المعترف بها (على النحو المقرر في منظمة الأمم المتحدة) بقرار يصدره مجلس القضاء الأعلى بعيداً عن تدخل السلطة التنفيذية.

وتجسيدا لمبدأ الاستقلال تعين إلحاق هيئة التفتيش القضائي بمجلس القضاء الأعلى.

ولعل المشرع اليمني في تأكيده لاستقلال القضاء ينهج خطى المقتن الدولي بما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المادتين (١٠،١١) وبما ورد في المادة (١/١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي ينص على أن (من حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلمي من قبل محكمة مختصة مستقلة ونزيهة منشأه بحكم القانون).

وقد أكدت اللجنة المعنية لحقوق الإنسان على نحو لا لبس فيه أن (حق الفرد في أن

يحاكم من طرف محكمة مستقلة ومحايده حق مطلق ولا يخضع لأي استثناء).

وهو ما يتوافق مع المبادئ الأساسية بشأن استقلال السلطة القضائية التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٨٥م، ومما عنت به هذه المبادئ التأكيد على استقلال السلطة القضائية (المبدأ الأول) وتحديدًا في مفهوم الاستقلال المؤسسي للسلطة القضائية الذي أكد على كفالة الدولة استقلال السلطة القضائية وينص عليه دستور البلد أو قوانينه، ومن واجب جميع المؤسسات الحكومية وغير الحكومية احترام ومراعاة استقلال السلطة القضائية) وتتضمن المبادئ التوجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة تدابير وقائية لضمان استقلال أعضاء النيابة العامة في مهنتهم ومن هذه الأحكام ما هو موجه إلى الدول، فقد جاء في المبدأ الرابع (تكفل الدول تمكين أعضاء النيابة العامة من أداء وظائفهم المهنية دون ترهيب أو تعويق أو مضايقه أو تدخل غير لائق ودون التعرض بلا مبرر للمسئولية المدنية أو الجنائية أو غير ذلك من المسؤوليات. وتحتوي معايير الاتحاد الدولي لأعضاء النيابة على فقرات خاصة بالاستقلال بالفقرة (١/٢) تنص على أنه (ينبغي ممارسة السلطة التقديرية في الولاية القضائية التي يسمح فيها بذلك بشكل مستقل ودون تدخل) وتنص الفقرة (١) منه بشأن السلوك المهني لأعضاء النيابة العامة (على أعضاء النيابة العامة (...)) أن يحموا على الدوام حق المتهم في محاكمة عادلة وأن يتأكدوا بالأخص من أن الأدلة التي في صالح المتهم يتم الإفصاح عنها وفقاً للقانون أو متطلبات المحاكمة العادلة.

علاوة على ذلك ووفقاً للمبدأ السابع من المبادئ الأساسية نجده أكد على أن من واجب كل دولة عضو أن توفر الموارد المالية الكافية لتمكين السلطة القضائية من أداء مهامها بطريقة سليمة.

وفي شأن تعيين القضاة أكد المبدأ العاشر على أن (يتعين أن يكون من يقع عليهم الاختيار لشغل الوظائف القضائية أفراداً من ذوي النزاهة والكفاءة وحاصلين على مؤهلات مناسبة في القانون ..) وقد نص قانون السلطة القضائية في مادته (٥٧) شروط التعيين بوظائف السلطة القضائية وهي لا تخرج عما نص عليه في هذا المبدأ. ويلاحظ أن المعاهدات الدولية والإقليمية لم تتناول صراحة الجانب المالي لأعضاء السلطة القضائية، بيد أن المبدأ الحادي عشر من المبادئ الأساسية ينص على (أن تدفع للقضاة أجور ومعاشات تقاعدية ملائمة). وفيما يتعلق بالترقيات يلاحظ على أن المبدأ الثالث عشر أكد على ضرورة أن يستند نظام الترقية للقضاة حيثما وجد هذا النظام إلى العوامل الموضوعية ولاسيما الكفاءة والنزاهة والخبرة وتنص معايير الاتحاد الدولي لأعضاء

النيابة العامة في المعيار(٦) على أن يحصل أعضاء النيابة على أوضاع عمل معقولة وأجر كاف يتناسب مع الدور الهام الذي يؤديه (...) وأن يخضع معاشهم وتحديد سن تقاعدهم لشروط التعيين أو الانتخاب في حالات معينة وأن يكون تعيينهم وترقيتهم بناءً على عوامل موضوعية وبالأخص المؤهلات المهنية والقدرة والنزاهة والأداء والخبرة وأن يتم الحكم على هذه العوامل وفقاً لإجراءات نزيهة ومحايدة.

أما الدستور اليمني فقد نص في مادته (١٥٠) على أن (...) يحدد القانون الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى القضاء وشروط وإجراءات تعيين القضاة ونقلهم وترقيتهم والضمانات الخاصة بهم (...).

٢- مبدأ تخصص القضاء الجنائي:

الاختصاص معناه منح سلطة لجهة معينة للفصل بما قد يطرح عليها من قضايا وتختص المحاكم الجزائية بالفصل في شأن الجرائم التي تطرح عليها.

ولا شك أن المشرع اليمني يهدف إلى تحقيق العدالة فيما يطرح على القضاء من وقائع جنائية وهو في هذا السبيل يخول سلطة الفصل في القضايا لمحاكم مختلفة واضعاً نصب عينية مصلحة الجماعة وعلى هذا وزع الاختصاص بين مختلف المحاكم الجزائية.

فيجب أن تكون المحكمة مختصة بالفصل في الجريمة المطروحة عليها واختصاصها يتحدد بأمر ثلاثة: الشخص - النوع - المكان، فينبغي أن يدخل في اختصاصها سلطة محاكمة المتهم في الدعوى وأن تختص بالفصل في الجريمة المطروحة عليها، وأخيراً يتعين أن تكون المحكمة مختصة مكانياً فيما يتعلق بشخص المتهم، فقد نصت المادة (٩) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩١م على أن (المحاكم هي الجهات القضائية التي تختص في الفصل في جميع المنازعات والجرائم ويبين القانون الاختصاص النوعي والمكاني للمحاكم) ونظم ذات القانون درجات المحاكم واختصاصاتها كما نظم الفصلان الثالث والرابع من الباب الأول الكتاب الأول من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م الاختصاص النوعي والمكاني للمحاكم ونصت المادة (٩) منه على أن (يتقيد القاضي في ولايته طبقاً لقرار تعيينه أو ندبه أو نقله إلا ما استثني بنص خاص في هذا القانون ونصت المادة (١٣) منه على أنه (لا يجوز للقاضي أن يحكم بعد انتهاء ولايته أياً كان سببها...) ورتبت المادة (١٥) منه على مخالفة المادتين السابقتين انعدام

العمل القضائي وكل ما يترتب عليه ونصت المادة (٤٦٩) إجراءات جزائية على أنه (لا يجوز تنفيذ العقوبات والتدابير المقررة بالقانون لأية جريمة إلا بمقتضى حكم قضائي نهائي واجب التنفيذ صادر من محكمة مختصة).

ولا شك أن المشرع بتوزيعه للاختصاص وتوزيعه بين مختلف المحاكم قصد منه الوصول إلى تحقيق العدالة سواء كان الاختصاص مبناه الشخص أو النوع أو المكان، فإن خولفت تلك القواعد كانت المحكمة غير مختصة، وبالتالي تبطل الأحكام الصادرة عنها.

ولا مراء في أن تخصص القضاة من شأنه حصر ولاية الفصل في المنازعات برجال قانونيين منقطعين لهذا العمل ولديهم المؤهلات اللازمة للنهوض به ونظراً للاهتمامات الإنسانية بالحقوق الأساسية للمتهم نتيجة للتطورات التي شهدتها السياسة الجنائية أضحت تخصص القاضي الجزائي ضرورة حتمية تملئها ضرورات تحقيق العدالة الجنائية ذلك أن القضاء الجنائي فن من نوع خاص لا يقدر على الاضطلاع بمهامه غير المتخصصين وبما يحقق ضمانات خضوع المتهم أمام قاضيه الطبيعي الذي ينبغي أن يحاكم أمامه.

وأية ذلك ما أوصى به المؤتمر الثالث لقانون العقوبات - روما سنة ١٩٣٣م بضرورة توجيه التنظيم القضائي نحو الأخذ بتخصص القاضي الجنائي على نحو أوسع في كل بلد، منبهاً إلى ضرورة التعليم الجامعي كبدائية لهذا التخصص، ومثله ما وصى به المؤتمر الثامن لقانون العقوبات في لشبونة سنة ١٩٦٦م بتعديل النظم القضائية على نحو يفضي إلى كفاءة نوع من التخصص للقاضي الجنائي. وفي ذلك نص قانون السلطة القضائية في المادة (٥٧/ج) على أن من شروط من يعين في وظائف السلطة القضائية ابتداءً أن يكون حائزاً على شهادة المعهد العالي للقضاء بعد الشهادة الجامعية في الشريعة والقانون أو في الحقوق من إحدى الجامعات المعترف بها في الجمهورية اليمنية.

ويساعد تخصص القاضي الجنائي بالنسبة لحقوق المتهم - بما في ذلك حقه في محاكمة عادلة على فهم حقيقة ظروف المتهم الذي يتولى محاكمته استجابة لمواجهة السياسة الجنائية المعاصرة بشأن ضرورة الاهتمام بشخص المجرم سعياً لتحديد مسؤولية المتهم عن جرمه، ومن ثم انتقاء الجزاء الذي يناسبه وإنزال القانون منزله الصحيح بما يحقق إحدى الضمانات المكفولة للمتهم كما أن من شأن تخصص القاضي الجنائي أن يمكنه الوقوف على الاعتبارات التي قادت المشرع إلى وضع القاعدة التجريبية ذاتها والمصالح التي استهدفها بالحماية كما أن تخصص القاضي الجنائي أيضاً يساعد عملياً في إتمام محاكمة المتهم في وقت كافٍ. ونرى أن أسلم طريق لذلك أن يتم تعيين القاضي الجنائي من بين أعضاء النيابة العامة لما لأعضاء النيابة العامة من خبرة

في الدعاوى الجنائية، ويجب أن يستمر القاضي الجنائي عاملاً في القضاء الجنائي وأن لا ينقل للعمل في القضاء المدني والتجاري أو العكس لما في ذلك من هدر لمبدأ تخصص القضاء الجنائي.

وأخيراً فإن تخصص القضاء الجنائي يساعد على توحيد الحلول القضائية أو على الأقل تضييق هذا التباين بينها والذي عادة ما ينسب إلى قلة خبرة ودراية غير المتخصصين من القضاة وكما قيل: (إن القاضي الجنائي يجب أن يكون متخصصاً حتى يباشر نظريات الدفاع الاجتماعي الحديث ويجري عملية التفريد والتصنيف من واقع ملف شخصية المتهم القائم على دراسة ظروفه وأحواله).

وتأكيداً لذلك فقد جاءت المادة الرابعة عشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية واضحة في النص على أن (الناس جميعاً سواسية أمام القضاء، ومن حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أي دعوى مدنية أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلمي من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية نشأت بحكم القانون) وينص المبدأ الخامس من مبادئ الأمم المتحدة بشأن استقلال السلطة القضائية على أن لكل فرد الحق في أن يحاكم أمام المحاكم العادية أو الهيئات القضائية التي تطبق الإجراءات القانونية المقررة وهو ما أكدت عليه المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، كما نصت المادة الثامنة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على أن (لكل شخص الحق في محاكمة تتوافر فيها الضمانات الكافية وتجريها خلال وقت معقول محكمة مختصة مستقلة غير متحيزة أسست وفقاً للقانون).

ونصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من مشروع حقوق الإنسان والشعب في الوطن العربي على أن (المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي من محكمة مختصة). وقد اهتمت دساتير كثيرة بالنص على وجوب أن ألا يحاكم شخص إلا أمام قاضية الطبيعي.

فقد نصت المادة (٤٨) من دستور الجمهورية اليمنية على أن (تكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وأمنهم.... ولا يجوز تقييد حرية أحد إلا بحكم من محكمة مختصة).

وفي الأخير يحق لنا القول بأن من السمات الأساسية لكفالة حق المتهم في محاكمة عادلة نزيهة أن يمثل أمام قاضية الطبيعي القاضي المتخصص بالقضاء الجزائي ومختص

بإصدار الأحكام وأن تكون ولايته في نظر القضية تمت وفقاً للقانون ما لم فنحن أمام لغو وهوى ولا سبيل للقول بحقوق المتهمين في ظل مخالفة قواعد الاختصاص ومبدأ تخصص القاضي الجزائي.

٣- مبدأ حياد القضاء

لا يكفي أن تكون المحكمة مختصة بنظر الدعوى المطروحة عليها وفقاً لقواعد الاختصاص الشخصي والنوعي والمكاني وإنما يجب أن تكون فوق هذا مشكلة تشكيباً قانونياً وفوق هذا أن تتوفر في القاضي الجزائي صلاحية الفصل في الدعوى.

وحتى يطمئن المتهم إلى أن الحكم الصادر في الدعوى قد جاء مطابقاً للحقيقة والعدل لا يكفي أن يكون من نطق به قاضياً ولكن يجب أن يتقيد القاضي بمبدأ الحياد وفي ذلك نصت المادة (٢١) من قانون المرافعات على أن (يتقيد القاضي في قضاؤه بمبدأ الحياد)، وفي ذلك ينص المبدأ الثاني من مبادئ الأمم المتحدة لاستقلال القضاء (على أن تفصل السلطة القضائية في المسائل المعروضة عليها دون تحيز على أساس الوقائع ووفقاً للقانون ومفاد ذلك يتعين أن لا يكون القاضي قد أبدى رأياً في موضوع الدعوى قبل نظرها ولا يتوافر فيه وجه من أوجه الرد التي نص عليها القانون ويقصد بحياد القاضي في هذا الصدد تجرده حيال النزاع المعروض عليه من أية مصلحة ذاتية كي يتسنى له البت فيه بموضوعية، ولكي يحافظ القاضي على حيده يتعين عليه أن يتجرد من ميوله الذاتية وأن يكون قصباً عن الانتماءات الحزبية والتأثيرات الاجتماعية وأن يتوافق مع طبيعة دوره في الدعوى الجزائية.

ومن دواعي اطمئنان المتهم إلى قاضيه يقينه من حيده وشعوره أنه غير متأثر في قضاؤه برأي معين أو فكرة سابقة على نظر الدعوى.

ولذا فمن المسائل الأولية وجوب أن يكون القاضي الذي يطرح عليه موضوعها بعيداً عن أي علم سالف بها أو أن يكون قد كون له رأياً فيها فإذا كان للقاضي رأي سابق في الدعوى المطروحة عليه اقتضت العدالة منعه من نظرها والفصل فيها خشية تأثره في حكمه بما كون من رأي أو تناهى إليه من علم. ولذلك نصت المادة (١٠) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني على أنه (لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه إلا ما وصل إليه عن طريق مجلس قضاؤه فيجب عليه أن يقضي على أساسه).

وفي ذلك نجد محكمة النقض المصرية تقول أن (أساس وجوب امتناع القاضي عن

نظر الدعوى هو قيامه بعمل يجعل له رأياً في الدعوى أو معلومات شخصية مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوع الدعوى ليستطيع أن يزن الحجج وزناً مجرداً^(١).

وإذا كان القاضي قد قام في الدعوى بعمل مأمور ضبط قضائي أو بوظيفة النيابة العامة أو سبق له أن كان مدافعاً عن أحد الخصوم أو أدلى بشهادة فيها أو باشر عملاً من أعمال الخبرة، أو إذا كان الحكم المطعون فيه صادراً من القاضي نفسه أو وقعت الجريمة عليه شخصياً، فعندئذ يمتنع عليه الاشتراك في نظر الدعوى أو الفصل فيها إذا توافرت أية حالة من الحالات السابقة، ولاشك أن مخالفة هذه القاعدة توجب بطلان قضاؤه بحكم القانون فهو بطلان متعلق بالنظام العام إذ قصد بالتحريم تحقيق العدالة والاطمئنان إلى الأحكام القضائية مادة (٢٧٠) إجراءات جزائية.

وقد نشرت لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان دراسة بعنوان: (الحق في محاكمة عادلة) وتقول في الفقرة (٢٧): تفتقر المحاكمة إلى الحيادية إذا كان القاضي الذي ينظر القضية سبق ضمن جملة أمور أخرى إن كان عضواً في النيابة العامة أو محامياً وشارك بصفته تلك في قضية سابقة تخص أحد الأطراف أو إذا شارك قاضي الموضوع بفاعلية في التحقيق السري والتحضير لقضية ما أو كانت هناك صلة أخرى للقاضي بالقضية من شأنها أن تؤثر على حيادية قراره.

التدابير الإجرائية المضادة لعوارض حييدة القاضي: يمكن إجمال التدابير المضادة لعوارض حييدة القاضي في التنحي والرد والمخاصمة:

أ- تنحي القضاة وردهم عن نظر الدعوى:

لما كان عماد الأحكام القضائية اطمئنان الخصوم إلى قاضيهم فإنه إذا قام من الأسباب ما يمس هذا الاطمئنان تعين على القاضي أن يتنحي عن نظر الدعوى وللخصوم أيضاً أن يطلبوا رده عن نظر الدعوى المطروحة أمامه.

وقد تناولت المادة (٢٧١) إجراءات جزائية تحريم دخول قضاة في تشكيل إحدى المحاكم بينهم قرابة أو مصاهرة إلى الدرجة الرابعة، أو أن يكون القاضي في مركز المجني عليه أو يكون قد اشترك في القضية بصفته مأمور ضبط قضائي أو عضو نيابة عامة أو ممثلاً قانونياً لأحد أطرافها أو كان قد جرى سماعه باعتباره شاهداً أو خبيراً أو شارك في اتخاذ قرار أو حكم جرى الطعن فيه.

(١) أحكام النقض ٣/٥/١٩٦١م - س ١٣ق ١٢٧ و ٣/٥/١٩٦٦م س ١٦.

أما قانون المرافعات فقد شمل أمرين: الأول منهما ما يمتنع على القاضي النظر فيه وبينته المادة (١٢٨) ورتبت المادة (١٢٩) الانعدام على مخالفة الأحكام الواردة في المادة السابقة ويمتنع القاضي من النظر في القضية بطلب من الخصم الذي تعلق سبب المنع بمصلحته يقدمه للقاضي المادة (١٣٠) مرافعات.

وقد بينت المادة (١٣٢) مرافعات أحوال الرد وأوضحت المواد من (١٣٥ إلى ١٤٣) إجراءات الرد تحت عنوان: (إجراءات المنع) ومثلها جرت أحكام المواد (٢٧٤) إلى (٢٧٧) إجراءات جزائية.

ولاشك أن مفهوم الرد وأحكامه على نحو سالف البيان له أصل في النظام القضائي الإسلامي حيث جاء في المعنى لأبن قدامه: (ليس للحاكم أن يحكم لنفسه كما لا يجوز له أن يشهد لنفسه فإن عرضت له حكومة مع بعض الناس جاز أن يحاكمه بعض حلفائه أو بعض رعيته).

وقد ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه اختصم لديه رجلان فقال أحدهما: أنت شاهدي، فقال: إن شئتما شهدت ولا أحكم أو احكم ولا أشهد.

ب- مخاصمة القاضي:

لقد أعطي للمتهم مكنة مخاصمة القاضي إذا أخل بواجب الحياد الملقى على عاتقه فاحترف عملاً أو اتخذ إجراءً أو أصدر حكماً يجافي العدالة وهي وسيلة تعقيبيه رُصدت لكشف ومواجهة العمل الخاطئ الذي وقع فعلاً من القاضي خروجاً على مقتضيات حيده ويقصد بها استدراك آثاره الظاهرة وإبطال الإجراء أو الحكم الذي أصدره بالإضافة إلى تقرير مسئوليته المدنية جبراً لما تخلف عنه من أضرار.

وهي المكنة التي تقررت لأول مرة في القانون الفرنسي بموجب الأمر الصادر سنة ١٥٤٠م الذي فرق بين مخاصمة القاضي لمواجهته لانحرافه في قضائه عن غايته وبين طرق الطعن التي يستهدف بها تخليص حكمه من الشوائب التي علقت به وقد أجملت المادة (١٤٥) مرافعات الحالات التي يجوز فيها مخاصمة القاضي.

ثانياً: المبادئ المتصلة بسير إجراءات المحاكمة.

تمهيد:

لاشك أن العلانية في المحاكمة تبث الطمأنينة لدى الكافة بما في ذلك المتهم ولن

تتحقق العلانية وتؤتي ثمارها ما لم تكن بحضور المتهم لتجسيد حقه في الدفاع وهو ما سنتناوله على النحو الآتي:

١ - علانية المحاكمة:

علانية المحاكمة مقدمة لازمة للحقيقة سعى القدامء إليها كما أولها المحدثون اهتمامهم وحرصت الإعلانات العالمية والإقليمية على النص عليها وبالمثل فعلت دساتير معظم الدول وهي إحدى القواسم المشتركة بين التشريعات الإجرائية الحديثة.

ولا شك أن محاكمة المتهم بجلسة علنية يحضرها من يشاء من الأفراد يبث الطمأنينة في قلبه فلا يخشى من انحراف في الإجراءات أو تأثير في مجريات الدعوى أو على الشهود فيها فشعور المتهم بأن المحاكمة تباشر في حضور كل من يريد من الأفراد الحضور تجعله يطمئن إلى تحقيق العدالة ومعرفة الحق في التهمة المسندة إليه فضلاً عن أن فيها حماية لذات أحكام القاضي من احتمال انصراف الذهن إلى خضوعه لمؤثرات خارجية في قضائه.

كما أن من شأن العلانية إشباع الرغبة في المشاركة الشعبية في المسائل التي تهم العدالة حيث يتاح لمن يحضر الوقوف على ما يتخذ من إجراءات تطبيقاً للقانون لكونه يعتبر المقنن لإرادة مجموع الشعوب.

كما أنه يحول دون الإجراءات القسرية التي تنسب لما يتخذ سراً في المجالات التي تتم في غير علانية.

ومن هنا يكون (ميرابو) - خطيب الثورة الفرنسية - قد صادف الصواب حين قال: (جيئوني بقاضٍ كما تشاؤون متحيزاً أو مرتشياً أو عدوانياً إذا شئتم ذلك لا يهم ما دام أنه لا يفعل شيئاً إلا أمام الجمهور).

وحق (لبنتام) أن يقول: (إن العلنية عنصر أساسي للعدالة وروحها).

كما أن العلانية تدعم الأثر الردعي للقواعد القانونية من خلال الوقوف على ما يواجه به الخارجون على مقتضاها علاوة على أنها تعتبر رافداً أساسياً لتزكية روح التوبة لديهم وعاملاً معجلاً لإرجاعهم للتعايش سلماً مع المجتمع.

وقد اهتم المشرع اليمني بقاعدة علانية المحاكمة فجعلها قاعدة دستورية، حيث نص دستور الجمهورية اليمنية في صدر المادة (١٥٤) على أن (جلسات المحاكمة علنية

إلا إذا قررت المحكمة جعلها سرية مراعاة للنظام العام والآداب العامة) ونص قانون الإجراءات الجزائية على ذلك في المادة (١/٢٦٣) ونص قانون المرافعات على ذلك أيضاً في المادة (٢٣/أ) والمادة (١٦١) وكذلك فعل قانون السلطة القضائية في المادة (٥/أ) ورتبت المادة (٣٩٧) إجراءات البطلان لعدم مراعاة قواعد هذه المبدأ.

وتبلورت الفكرة واضحة في إعلانات الحقوق التي نصت صراحة على وضع ضمانات لاستقلال القضاء حماية لحق التقاضي للحيلولة دون الاعتداء عليها أو إهدار مفترضاته.

ومن هنا فقد جاءت المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨م التي قررت بأن (كل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين وله الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايده نظراً منصفاً وعلنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أي تهمة جزائية توجه إليه) وتنص المادة (١/١١) منه على أن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية...).

ولقد فصل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعتمده الأمم المتحدة سنة ١٩٦٦م في استقلال القضاء بما أورده في المادة الرابعة عشرة منه (أن الناس جميعاً سواء أمام القضاء ومن حق كل فرد لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أي دعوى مدنية أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة محايدة منشأة بحكم القانون).

كما لاحظت المحكمة الأوروبية أن الهدف المتوخى من المادة (١/٦) في مجال علانية الأحكام الصادرة وكفالة فحص الجمهور لما يصدر عن السلطة القضائية بغية صيانة الحق في محاكمة عادلة، وتؤكد معناه في المادة (٢/٢٢) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا والمادة (٢/٢٣) من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة .

٢- حضور المتهم إجراءات المحاكمة؛

لما كانت الحكمة من علانية المحاكمة هي بث الاطمئنان في النفوس نحو سير إجراءات التحقيق النهائي من غير مؤثر فإنه مما يزيد الاطمئنان أن تتخذ تلك الإجراءات في حضور المتهم ولا يقتصر هذا على ما يتم بقاعة الجلسة بل يشمل أيضاً ما قد يتخذ خارجها من الإجراءات كالمعاينة أو الانتقال لسماع شاهد لم يستطع المثل أمام المحكمة.

فالمتهم ينبغي سماعه قبل الحكم عليه أو على الأقل يتعين أن يدعى لغرض سماع دفاعه بشأن ما يسند إليه وأن يمكن من الرد على ما يواجهه من أدلة.

وهو ما أجمله البعض بالقول: (أن مفاد المبدأ المذكور هو حق الخصم في أن يعلم علماً تاماً في وقت معين بكافة إجراءات الخصومة وما تحتويه من عناصر واقعية وقانونية يمكن أن تكون أساساً لاقتناع القاضي).

كما أن حضور المتهم قد يساعد القاضي على تكوين عقيدته على نحو صائب ومن ثم الاهتداء إلى حكم عادل.

وهذا الحق أضحي قاعدة عامة في النظم الإجرائية المعاصرة تأسيساً على أن هذا الحضور يعتبر حقاً من حقوق المتهم بما تصدرته المادة (١٤/٣/د) من العهد الدولي التي تنص على أن (لكل متهم بجريمة أن يحاكم حضورياً)، وكذلك نصت عليه الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في المادة (٦) ونصت عليه المادة (٢٠/٤/د) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بروندا والمادة (٢١/٤/د) من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة.

وتكريساً لهذه القاعدة فقد أوجب المشرع اليمني في المادة (١٥/٣١٥) إجراءات جزائية على أن (أي متهم في جريمة أن يحضر المحاكمة بنفسه على أنه يجوز للمحكمة أن تكتفي بحضور وكيل عنه إذا كانت الجريمة معاقباً عليها بالغرامة فقط).

لذا قضي بأنه إذا اتخذت بعض الإجراءات وكان في الإمكان إتمامها بحضور المتهم لانعدام المبرر لإبعاده ورغم هذا أبعاد عن حضور الجلسات كان القضاء معيباً^(١).

ونص كذلك في المادة (٣٤٩) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه (لا يجوز إبعاد المتهم أثناء نظر الدعوى إلا إذا وقع منه ما يخل بنظام الجلسة وتستمر الإجراءات في مواجهة وكيله أو منصوب عنه إلى أن يمكن السير فيها بحضوره وعند عودته على المحكمة أن تحيطه علماً بما تم في غيبته من إجراءات).

٣- شفوية المرافعة؛

المقصود بشفوية المرافعة أن تكون كافة إجراءات المحاكمة بالجلسة شفوية ولا يجوز أن تكتفي المحكمة بمحاضر الاستدلالات والتحقيقات ويجب عليها أن تسمع

(١) حكم صادر من محكمة النقض المصرية برقم (١٩٣٢/١٢/٢٧).

الخصوم بنفسها، وكذلك شهادة الشهود والخبراء ولا يجوز لها أن تبني عقيدتها في الحكم على دليل لم يطرح في الجلسة، وفي ذلك نصت المادة (٢٦٤) إجراءات جزائية على أن (تكون الإجراءات أمام المحاكم شفافة وتلتزم المحكمة عند نظر القضية أن تبحث بنفسها مباشرة الأدلة فتستجوب المتهم والمجني عليه والشهود والمدعي بالحق المدني والمسئول مدنياً وتستمع إلى تقارير الخبراء وتفحص الأدلة المادية وتتلو المحاضر وغير ذلك من المستندات وتخضعها للمناقشة الشفوية). وأوجبت المادة (٢٦٧) إجراءات (ان تكون المرافعات الختامية من قبل جميع الأطراف شفافة). ونصت المادة (٣٦٧) إجراءات جزائية على أن (يحكم القاضي في الدعوى بمقتضى العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته من خلال المحاكمة، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة).

٤- مباشرة القاضي جميع إجراءات الدعوى:

الأصل في الأحكام الجنائية أن تبني على المرافعة التي تحصل أمام ذات القاضي الذي أصدر الحكم وعلى التحقيق الشفوي الذي أجراه بنفسه، ولذلك لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة وإلا كان الحكم باطلاً وهو ما نصت عليه المادة (٣٦٨) إجراءات جزائية.

٥- تقيد المحكمة بحدود الدعوى:

تنص المادة (٣٦٥) إجراءات جزائية على أنه (لا يجوز معاقبة المتهم عن واقعة غير التي وردت بصحيفة الاتهام أو ورقة التكليف بالحضور كما لا يجوز الحكم على غير المتهم المقامة عليه الدعوى). فعلى المحكمة أن تتقيد بحدود الوقائع التي رفعت بها الدعوى وبالأشخاص المرفوعة عليهم فإذا تجاوزت ذلك ففصلت في واقعة لم تكن معروضة عليها أو على شخص لم يتهم في صحيفة الاتهام فإن حكمها يكون واجباً نقضه.

٦- تدوين الإجراءات

تتميز إجراءات المحاكمة بضرورة تدوينها في محضر ليكون حجة على كافة الخصوم لذلك نصت المادة (٣٢٠) إجراءات جزائية على أن (يتولى أمين سر الجلسة تحرير محضر جلسة المحاكمة، وعليه أن يدون في المحضر كافة الإجراءات والقرارات الصادرة من

المحكمة وكذلك أقوال الشهود وقرارات الخصوم وطلباتهم أو اعتراضاتهم وبصفة عامة كل ما يجري في الجلسة).

ونصت المادة (١٥٨) مرافعات على أنه (يجب أن يحضر في الجلسة (وجميع الإجراءات المتعلقة بالإثبات) كاتب محرر المحضر ويوقعه مع رئيس الجلسة...).

والأصل أن الإجراءات قد روعيت أثناء الدعوى ولصاحب الشأن (المتهم) أن يثبت بكافة الطرق أن تلك الإجراءات قد أهملت، إما إذا ذكر في المحضر أنها قد اتبعت فلا يجوز إثبات عدم اتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير.

القسم الثاني حق المتهم في الدفاع

تمهيد:

هذا الحق أصله مستند من حق الإنسان الطبيعي في الدفاع عن نفسه ضد كل أذى يتهدد حياته أو ماله أو حريته .

كما هو مستمد أيضاً من تلك القاعدة الحكيمة التي استقرت في كافة الشرائع الحديثة وهي (أن الأصل في الإنسان البراءة) وهي قاعدة جوهرية ترتب أخطر النتائج لتحقيق العدالة القضائية .

ولا شك أن دور المحكمة هو أخطر أدوار الدعوى . وهو يتميز بإجراءات دقيقة متعددة هدفها الوصول بسفينة العدل إلى بر الأمان وسط الأخطار التي قد تتهددها ومنها خطر احتمال تسرع القاضي في اقتناعه بالثبوت أو بالنفي بأدلة خادعة .

وكفالة حق الدفاع على صوره الحاسمة هي صخرة النجاة التي تقيمها الشرائع الحديثة وتضعها في الوضع اللائق بها من الاعتبار بل التقديس لتزيل المخاوف من احتمال خطأ القضاء . فتحفظ له في أعين الكافة جلاله وسموه وهي كل الفارق الذي يميز في الدولة الحديثة عمل السلطة عن عمل القضاء .

ولقد أقرته شرائع السماء ورددته إعلانات الحقوق استقاءً من أفكار الشرفاء وجرت به معظم الدساتير والتشريعات الإجرائية بعد بذل الكثير من العرق والدماء .

ويبدو ذلك جلياً في المادة (١١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة (١٤/٣/د) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة (١٧/١/ج) من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والمادة (٨/٢/د) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والمادة (٦/٣/ج) من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان جميعها تتضمن (حق الشخص المتهم بارتكاب جريمة جنائية في الدفاع عن نفسه بنفسه أو من خلال المساعدة القانونية التي اختارها هو) ونفس هذا الحق تضمنته كذلك المادة (٢٠/٤/د) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا والمادة (٢١/٤/د) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة والمادة (٥/١) من مشروع حقوق الإنسان والشعب في الوطني العربي، وأكدت اللجنة المعنية بحقوق

الإنسان في تعليقها العام رقم (١٣) بشأن المادة (١٤) من العهد ما يلي: (يجب أن يتاح للمتهم أو لمحاميهِ الحق في التصرف اليقظ ودون خوف في اللجوء إلى كافة الدفوع المتاحة والحق في الطعن في سير القضية إلى مكان يعتقد أنها تنطوي على إجحاف به).

وفي الدساتير العربية نجد ذلك واضحاً في المادة (٣١) من الإعلان الدستوري الليبي سنة ١٩٦٩م والمادة (٦٧) من الدستور المصري سنة ١٩٧١م والمادة (٣٤) من الدستور الكويتي والمادة (١٠) من الدستور السوري والفصل الثالث عشر من الدستور التونسي، كما أن المشرع اليمني أفصح عن هذا الحق وأكد عليه في صدر المادة (٤٩) من الدستور بقوله: (حق الدفاع أصالةً أو وكالة مكفول في جميع مراحل التحقيق والدعوى وأمام جميع المحاكم وفقاً لأحكام القانون وتكفل الدولة العون القضائي لغير القادرين وفقاً للقانون).

كما تنص المادة (٤) من قانون الإجراءات الجزائية على أن (لا يقضى بالعقاب إلا بعد محاكمة تجري وفق أحكام هذا القانون وتضمن فيها حرية الدفاع). وهذا الذي أوردته المادة الرابعة يمثل في الواقع كل الضمانات التي يرسمها قانون الإجراءات الجزائية.

فإذا كان الاتهام يسلط على الشخص ويضعه في موقف دقيق فإن خطورة الأمر قد تبدو أشد جلاءً في مرحلة المحاكمة التي تعتبر الفرصة الأخيرة له للتقدم بدفاعه فإذا لم يُمكن من الإدلاء به كاملاً فقد ينتهي به الأمر إلى إدانته وخاتمة المطاف لا يسعنا إلا أن نتذكر ما يقال دائماً (خير للمجتمع أن يفلت مرتكب الجريمة من العقاب على أن يحكم بإدانة شخص بريء).

أهمية حق الدفاع:

يعتبر حق الدفاع من قبيل الحقوق الطبيعية ومن أهم ضمانات المحاكمة وهو حق أصيل يمثل الصدارة بين الحقوق الفردية العامة فهو لم يتقرر لمصلحة الفرد بل لمصلحة المجتمع في تحقيق العدالة وفي هذا قالت محكمة التمييز اللبنانية: (إن حق الدفاع ليس ميزة أقرها القانون ولا تديراً أوصت به شرعة إنسانية وإنما هو حق طبيعي للفرد ولل قانون أن يحدده وينظمه ولكن ليس له أن يمحوه. إذاً هذا الحق لم يوجد لمصلحة المتهمين وحسب بل وجد أيضاً لمصلحة العدالة ولا عدالة حيث لا يكون حق الدفاع كاملاً وحيث يتعذر التثبت من الحقيقة).

وتبدو أهميته ناصعة البيان بما يمكن المتهم عملاً لحقه في الدفاع من أن يعرض

على قاضيه حقيقة ما يراه في الواقعة الجزائية المسندة إليه يستوي في هذا أن يكون منكراً مقارفته للجريمة أو معترفاً بارتكابها.

وتمكين المتهم من دفع التهمة التي تجري المحاكمة عنها لا يعني معاونته على الإفلات من المجازاة عن فعل ارتكبه وإنما هي أساس العدالة، ولعل الحماية التي يمكن إجمالها لممارسة حق المتهم في الدفاع تنحصر في إحاطته بالتهمة وتمكينه من الاطلاع على ملف الدعوى ومعرفة حدود استجواب المتهم أثناء المحاكمة وحقه في الصمت وعدم جواز تحليفه اليمين، وأخيراً حقه في الاستعانة بمحامٍ.

ضمانات الدفاع

تمهيد:

أحاط المشرع حق المتهم في الدفاع بضمانات عدة لإقرار حقه في محاكمة عادلة خالية من الإخلال بحق الدفاع وستتناول جملة من الضمانات على النحو الآتي:-

١- الإحاطة بالتهمة والاطلاع على ملف الدعوى:

لا ريب أن العلم بالتهمة أمام المحكمة يعتبر من الضمانات الأساسية لحق الدفاع. إذ يتعين إحاطة المتهم علماً بسائر الإجراءات المتخذة ضده والتهمة المسندة إليه وبسط أدلة الإثبات أمامه كي يتسنى له إعداد دفاعه على هديها وحتى لا يؤخذ على غرة بتهمة لم تتح له الفرصة الكاملة لدحضها ولاشك أن استعداد المتهم بإعداد دفاعه يحتاج إلى فسحة من الوقت ينبغي أن تكون كافية للتمكن من ذلك، ولهذا كان طبيعياً أن تعنى التشريعات ببيان وجوب التكليف بالحضور إلى المتهم قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى بوقت كاف ولقد تحدثنا عن حق المتهم في حضور جلسات المحاكمة غير أننا لا نجد غضاضة من إيراد أحكامه بصورة موجزة لأهميته في سياق حق إحاطة المتهم بما هو مسند إليه من جرم، حيث نجد أن المادة (٣١٢) إجراءات جزائية تنص على أن (يكون تكليف الخصوم بالحضور أمام المحكمة قبل انعقاد الجلسة بثلاثة أيام كاملة غير مواعيد مسافة الطريق ما لم تقرر المحكمة الاستعجال للمصلحة فتقرر تقصير الميعاد إلى ما تراه مناسباً بناءً على طلب النيابة العامة أو غيرها من الخصوم) فإذا تم إعلان التكليف بالحضور في موعد أقل مما هو منصوص عليه قانوناً فللمحكمة منح المتهم فسحة من الوقت إذا طلب ذلك ويتعين على المحكمة إجابته إلى طلبه فإن هي رفضت كان هذا منها إخلالاً بحق الدفاع. وفي ذلك نصت المادة (١٤/٣/أ) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن (لكل متهم بجريمة ... أن يتم إعلامه سريعاً وبالتفصيل وبلغة يفهمها بطبيعة التهمة الموجهة إليه وأسبابها)، ونصت المادة (١٤/٣/ب) على أن (يعطى من الوقت ومن التسهيلات ما يكفيه لإعداد دفاعه وللاتصال بمحام يختاره بنفسه).

وضمن إحاطة المتهم بالتهمة المسندة إليه هي ضمانة قررها الدستور (المادة

(٤٨/ج من دستور الجمهورية اليمنية) والمشرع في ذلك ساير العهود الدولية المادة (١٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وقد بينت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في هذا الصدد أنه (يجب تفسير هذا الحق على أنه يقتضي عدداً من الشروط مثل تكافؤ السلاح واحترام مبدأ تداعي الخصمين في الإجراءات وإن هذه الاشتراطات لا تحترم حيثما يحرم المتهم من فرصة حضوره شخصياً الدعوى القضائية أو حيث يتعذر عليه إبلاغ من يمثله قانوناً بتعليماته على النحو السليم ويلاحظ بخاصة أن مبدأ تكافؤ السلاح لا يحترم عندما لا يسلم المتهم لأثمة اتهام على النحو الصحيح) وذات الحكم يفهم أيضاً بما أورده المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

ولعل تمكين المتهم أو محاميه من الاطلاع على أوراق الدعوى أو الحصول على صورة كاملة منها أو نسخة من أوراق الدعوى المقامة ضده يعد رافداً أساسياً لإحاطته بالتهمة المنسوبة إليه وبأدلتها توطئة للاستعداد للدفاع عنه وهو حق من حقوق الدفاع الأساسية، ويعتبر عدم تمكين المتهم أو محاميه من الاطلاع على ملف الدعوى أو الحصول على نسخة منه وجهاً للإخلال بحق الدفاع، وقد جاءت المادة (٣١٤) من قانون الإجراءات الجزائية صريحة في النص على أن (للخصوم الحق في الاطلاع أوراق الدعوى بأنفسهم أو بوكلائهم بمجرد إعلانهم بالحضور أمام المحكمة) ويؤخذ على المشرع اليمني في هذا الشأن عدم النص صراحة في قانون الإجراءات الجزائية على حق حصول المتهم أو محاميه على صورة كاملة من ملف الدعوى الجنائية وأوراق ومستندات الدعوى وما ندعو إليه هو تلافي هذا القصور ليتسق أداء المشرع اليمني مع العهود والمواثيق الدولية.

وإن كان المشرع تلافي ذلك بما نص عليه في قانون المحاماة المادة (٥١) وقانون المرافعات المادة (٦٤) إلا أن تأكيده على هذا الحق في قانون الإجراءات الجزائية له أهمية بالغة بالنظر إلى طبيعة قانون الإجراءات الجزائية باعتباره قانون حماية الحريات.

٢- الاستجواب:

يعتبر الاستجواب من إجراءات الإثبات التي لها طبيعة مزدوجة الأولى هي لكونه من إجراءات التحقيق - وهذه لا تعيننا في هذا المقال - والثانية هي اعتباره من إجراءات الدفاع بحسابه وسيلة يتم من خلالها إحاطة المتهم بجوانب التهمة المنسوبة إليه وسائر أدلتها على نحو تفصيلي بما يتاح له تنفيذها دفاعاً عن نفسه، ولذا نصت المادة (٣٦٠) إجراءات جزائية على أنه (لا يجوز للمحكمة أن تستجوب المتهم إلا إذا قبل ذلك). وهذا

النص عام يسري على التحقيق النهائي أياً كانت المحكمة التي تجريه سواءً في الجرائم الجسيمة أو غير الجسيمة .

ويلاحظ أن الاستجواب المحظور هو مناقشة المتهم بالتفصيل في الأدلة القائمة في الدعوى إثباتاً ونفيّاً سواءً كان ذلك من المحكمة أو من الخصوم ومحاميهم فمثل هذا الاستجواب من شأنه أن يربك المتهم وربما يستدرجه إلى الإدلاء بما ليس في صالحه .

وفي ذلك نجد أن محكمة النقض المصرية تقرر أن نص المادة ٢٧٤ من قانون الإجراءات الجنائية في فقرتها الأولى: (لا يجوز استجواب المتهم إلا إذ قبل ذلك) بما مفاده أن الاستجواب بما يعنيه من مناقشة المتهم على وجه مفصل في الأدلة القائمة في الدعوى إثباتاً أو نفيّاً أثناء نظرها سواءً كان ذلك من المحكمة أو من الخصوم أو المدافعين عنهم... لما له من خطورة ظاهرة... لا يصح إلا بناءً على طلب المتهم نفسه بيديه في الجلسة بعد تقديره لموقفه وما تقتضيه مصلحته باعتباره صاحب الشأن الأصلي في الإدلاء بما يريد الإدلاء به لدى المحكمة)^(١) .

وإذا سلمنا باعتبار الاستجواب وسيلة للدفاع فإنه يتعين على المحكمة أن تستجيب إلى طلب المتهم في شأن استجوابه وإلا فإن حكمها يقع باطلاً لإخلالها بحق الدفاع، وإذا رغبت في استجوابه فلا سبيل لها عليه إن رفضه فإن أرغمته كان استجوابه باطلاً.

٣- الاستعانة بمحام:

إذا كان الأصل أن صاحب الشأن هو الأجدر بإظهار حقه وهو أعلم به وبحقيقته من غيره ومن ثم فهو أولاهم بالدفاع عن هذا الحق .

غير أن الإنسان حين يوضع موضع الاتهام قد تعوزه الحجة وتظن عليه قريحة الكلام بحيث يقصر عن الدفاع عن نفسه مهما كانت قوة حجته ومهما بلغت درايته بأحكام القانون وتكون النتيجة أن يؤخذ بجرم هو منه برئ وهذا هو الظلم الذي يراد دفعه .

ولا سبيل لمغالبة هذه المشكلة سوى أن يكون إلى جانبه محام يعضده ويدفع ما يجد له مدافعاً . ويدعم هذه الفكرة التسليم بأن حق الدفاع ليس من حقوق المتهم وحده بل إنه يدخل ضمن حقوق المجتمع أيضاً ويحتل منزلة الواجب بحسبانه أحد روافد العدالة .

وتظهر مصلحة المجتمع واضحة بالحرص على أن لا يبدان برئ والأصل أن حق المتهم

(١) طعن ٤٩/٢٩٤ ق جلسة ١٤/٦/١٩٧٩م .

في الاستعانة بمحام مرده الأنظمة القانونية فقد نصت المادة (٤٩) من دستور الجمهورية اليمنية على كفالة حق الدفاع أصالة أو وكالة في جميع مراحل الدعوى. ويتطابق ذلك الحكم القانوني الوارد في المادة (١/٩) من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: (حق الدفاع مكفول وللمتهم أن يتولى الدفاع بنفسه كما أن له الاستعانة بممثل للدفاع عنه في أي مرحلة من مراحل القضية الجزائية) وهذا الحق رسخته المواثيق الدولية وأوصت به المؤتمرات الدولية أيضاً ذات العلاقة بحقوق الإنسان المادة (١٤) من العهد الدولي والمادتين (٦)، (٨) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان جميعها تضمن حق الشخص المتهم بارتكاب جريمة جنائية في الدفاع عن نفسه بنفسه أو من خلال المساعدة القانونية التي يختارها هو وهذا الحق تضمنته كذلك المادة (٢٠) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة برواندا والمادة (٢١) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا السابقة وأكدته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في تعليقها العام رقم (١٣) بشأن المادة (١٤) من العهد.

وتجلى ذلك فيما أوصى به مؤتمر حقوق الإنسان في القانون الجنائي وإجراءاته في الفلبين سنة ١٩٥٨م بالقول: (إذا كان المتهم غير مستطيع دفع أجور المحاماة تحملتها عنه الدولة).

ولما كان حق الاستعانة بمحام متعلق بالحقوق الأساسية للمتهم في مرحلة المحاكمة فالدولة لما لها من حقوق تجاه مواطنيها فعليها واجبات نحوهم بتقديم العون القضائي لغير القادرين من المتهمين ويبدو ذلك واضحاً فيما صدرته المادة (٤٩) من دستور الجمهورية اليمنية بتأكيد كفالة الدولة للعون القضائي لغير القادرين إنفاذاً للعقد الاجتماعي مع مواطنيها، وتجلى هذا الالتزام بما سطعت به المادة (١/٩) إجراءات جزائية غير أن الواقع العملي يثبت عكس ذلك حيث لم نجد تفعيلًا لأحكام النصين (الدستوري والقانوني) وإن ما يتيسر للمتهم من دفاع يتحقق بما توفره لهم نقابة المحامين بتقديم المساعدة طوعاً، حيث أوجبت المادة (٨٣) من قانون المحاماة على مجلس النقابة أو الفرع أن يكلف أحد المحامين في الدفاع عن المحتاجين من المعسرین والفقراء بعد موافقتهم في القضايا التي يكونون طرفاً فيها وحتى لا يقال بأن تلك النصوص ترف قانوني فإن المتعين المسارعة إلى إصدار اللائحة التنظيمية والمنوه إليها في المادة (٩) إجراءات جزائية ولا شك إن الأمر منوط بوزارة العدل بتفعيل ذلك النص.

ولا مراء أن حق المتهم في المساعدة القانونية والعون القضائي المجاني مقرر في الصكوك الدولية والإقليمية بما يوجب علينا المبادرة إلى جعل هذا الحق واقعاً عملياً

بتأكيد مثالية الحقوق الأساسية للمواطن حيث نجد المادة (١٤/٣/د) من العهد الدولي تنص على أن (كل متهم بجريمة الحق أثناء النظر في قضيته في أن تزوده المحكمة كلما كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك بمحام يدافع عنه دون تحميله أجراً على ذلك إذا كان لا يملك الوسائل الكافية لدفع هذا الأجر).

كما تنص المادة (٦/٣/ج) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان على (حق كل شخص لا يملك الوسائل الكافية لدفع أجرة المساعدة القانونية أن يمنح هذه المساعدة مجاناً حيثما كانت مصالح العدالة تقتضي ذلك). وينص على ذلك المبدأ (١٧) والمبدأ (١٨) من المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، كما نص المبدأ (٧) من المبادئ الأساسية بشأن دور المحامين على أن تكفل الحكومات لجميع الأشخاص المقبوض عليهم إمكانية الاستعانة بمحام فوراً.

ومن الملاحظ أن المشرع اليمني صمت عن تقرير وجوب حضور محام مع المتهم في الجرائم غير الجسيمة لا سيما وأغلبها مقرر العقوبة فيها بالحبس وهو ما يلزم تداركه. ودور المحامي في مرحلة المحاكمة دور هام بما يقع على عاتقه من عبء ثقل هو مناقشة الأدلة المطروحة على بساط البحث بعد أن تم جمعها وتعزيزها في مواجهة المتهم.

ولكي تتحقق الفائدة من الاستعانة بمحام فإن المتعين مراعاة اتصال المتهم بمحاميه وتمكينه من إبداء الطلبات والدفع ما لم فدونها البطلان.

٤- الاتصال بين المتهم ومحاميه:

إن المشرع اليمني تحقيقاً لكفالة حق الدفاع أوجب في المادة (٢/١٨٠) من قانون الإجراءات الجزائية عدم الفصل بين المتهم ومحاميه الحاضر معه التحقيق وذلك في جميع الأحوال وهذا الوجوب الذي عناه المشرع هو ثمرة لما أولى به الدستور اليمني عناية خاصة بكفالة حق الدفاع وما أجازته للمتهم عند القبض عليه أن يكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الاستعانة به المواد (٤٨/ب-٤٩) من الدستور.

والمشرع اليمني في تأكيده على هذا الحق نهج على خطى المقنن الدولي بما ورد في الفرع (٦-٤) من الفصل المتعلق بالحق في المساعدة القانونية التي أوجبت أن يكفل للمتهم ما يكفي من الوقت والتسهيلات للتشاور مع محاميه في كنف السرية.

كما أن هذا الحق تحكمه قاعدة (الأصل في الإنسان البراءة) ومن شأنه بث الطمأنينة في نفس المتهم بما يحول بينه وبين يأس العزلة الذي قد يدفعه إلى الاعتراف بجرم لم يقترفه علاوة على أنه ييسر لمحاميه الوقوف على وجهة نظر موكله والإحاطة بأوجه دفاعه التي يعز عليه البوح بها علناً لغير من يأنس إليه.

لذلك فلا يجوز إعاقة هذا الاتصال بأي صورة ومهما كان الدافع فلا يسوغ لسلطة الاتهام أو رجال الشرطة حضور مقابلة المتهم بمحاميه وإذا ما أخل بهذا الحق فإن جزاءه البطلان.

كما أن من مظاهر حق اتصال المتهم بمحاميه عدم جواز إخضاع هذا الاتصال لأية رقابة محسوسة أو مستورة كي لا تنتهك سرية اتصالات الدفاع بموكليه مما يفقدها قيمتها، وعلى ذلك فإن ما يتم التقاطه خلسة من هذا الاتصال لا يصلح دليلاً ضد المتهم، فالقاضي وإن كان حراً من حيث الأصل في تحقيق وسائل الإثبات غير أنه مقيد من حيث أنه لا يجوز له أن يلجأ إلى وسائل غير مشروعة أو محرمة أو غير معترف بها بغية الوصول إلى الحقيقة وإثباتها، ويترتب على الاستناد إلى دليل من هذا القبيل في الإثبات البطلان لعدم مشروعيته وهذا ما نصت عليه المادة (٣٢٢) إجراءات.

وفي هذا الصدد قالت المحكمة العليا الأمريكية: (إن اتصال المتهم بمحاميه يقتضي تمكين المتهم من تناول المشورة مع محاميه في سرية، ومن ثم فإن بقاء ضابط الشرطة على بعد خمس أو ثمان خطوات بين المتهم ومحاميه في حجرة مساحتها ١٢×٢٠ قدماً بمثابة إنكار لحق المتهم في الاتصال بمحاميه على انفراد ولا يوفر للمتهم محاكمة عادلة إذ لا ينبغي أن تكون فترة حبس المتهم احتياطياً أثناء المحاكمة ستاراً خافياً يحجب عون الدفاع ويعرقل مساعيه ويحبط معه العدالة). وتفرعاً على أهمية ثمره هذا الاتصال كفل المشرع حماية ما يصل إلى علم المحامين من أسرار تخصص موكله وفي ذلك نصت المادة (١٥٤) إجراءات جزائية على (عدم جواز ضبط الأوراق والمستندات التي سلمها المتهم للمدافع عنه أو للخبير الاستشاري لأداء المهمة التي عهد إليه بها ولا المراسلات المتبادلة بينه وبين أي منهما) وقد نص المبدأ (٨) من المبادئ الأساسية بشأن دور المحامين على أن توفر لجميع المقبوض عليهم أو المحتجزين أو المسجونين فرص وأوقات وتسهيلات تكفي لأن يزورهم محام ويتحدثون معه ويستشيرونه دونما إبطاء ولا تدخل ولا مراقبة وبسرية كاملة ويجوز أن تتم هذه الاستشارات تحت نظر الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين ولكن ليس تحت سمعهم.

وقررت محكمة النقض الفرنسية أن هذه الحصانة تمتد إلى ما يرسله المتهم لمحام

عن متهم آخر معه في القضية بطريق البريد أو بأي طريق آخر.

وبالبناء على ذلك يقع باطلاً ضبط هذه الأوراق أو المستندات ومن ثم لا يجوز التعويل عليها توصيلاً لإدانة المتهم.

وفي رأينا أن المشرع اليمني قد غفل في لحظة إعدادة لقانون الإجراءات الجزائية عن هذه الضمانة الإجرائية لحق المتهم في الاتصال بمحاميه في سرية حيث يلاحظ في كثير من القضايا منع سلطات التحقيق أو المحكمة للمحامي من أن ينفرد بموكله بل وإمعاناً في امتهان الدفاع يصير رجال الشرطة على الحضور مع المتهم حين اتصاله بمحاميه بل وقد يمنع المحامي من ممارسة هذا الحق وهنا يجب على المشرع أن ينص على هذا الحق بما يتوافق مع القواعد الدولية لحق المحاكمة العادلة وأن يضع جزاءً إجرائياً وموضوعياً يعقاب من يخالف هذا الحق.

٥- الطلبات والدفع:

هذا الحق هو جوهر الدفاع فهو الذي يمكن كل خصم من تقديم ما لديه من أدلة وإبداء ما لديه من دفع وطلب الإجراءات اللازمة والتحقيق في كل منها.

ويقع على عاتق محكمة الموضوع الرد على كل دفع جوهرى أو طلب هام استند إليه الدفاع وإلا كان عدم الرد عليه قصوراً في التسبب بما يعيب الحكم ويبطله وبالمثل إذ كان الرد غير سائغ وغير كافٍ. وفي ذلك أوجبت المادة (٣٧٦) إجراءات: (على المحكمة أن تفصل في الطلبات التي تقدم لها من الخصوم وتبين الأسباب التي تستند إليها...) ونصت المادة (٢٣١/ب) على أنه (يعتبر عدم مناقشة القاضي لوسائل الدفاع الجوهرية ورده عليها ومخالفة الأسباب للنصوص أو الوقائع قصوراً في التسبب يجعل الحكم باطلاً).

وينبغي أن يكون الدفع قد أثير فعلاً على وجه ثابت بأوراق الدعوى وعلى صعيد آخر فإنه ينبغي أن يصير المتهم على دفعه بحيث تكون مطالبته به جازمة وذلك الطلب الذي تلتزم محكمة الموضوع بإجابته أو بالرد عليه هو الطلب الجازم الذي يقرع سمع المحكمة ويشتمل على بيان ما يرمى إليه به ويعرض عليه مقدمه في طلباته الختامية.

كما يتعين أن يكون الدفع ظاهر التعلق بموضوع الدعوى أي أن يكون الفصل فيه لازماً للفصل في الدعوى.

وملاك القول إن إبداء الطلب أو الدفع هو إجراء جوهرى يتمكن من خلاله الخصم أن يقدم إلى المحكمة كل ما لديه من طلبات وأدلة، وييدي لها كل ما يريد من دفعات تأييداً لوجهة نظره أو تنفيذاً لوجهة نظر خصمه وهو يشكل في حق الدفاع عصبته وركيزته الأساسية. ولذلك نصت المادة (٢/٨) إجراءات على (للمتهم الحق في المساهمة في الاستيثاق من الحقيقة وله التقدم بطلبات لإثبات براءته في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة ويجب في كل الأحوال إثباتها وتحققها) ونصت المادة (٣٢٥) إجراءات جزائية على (وجوب إجابة المحكمة على كافة الطلبات المتعلقة بالإثبات في الواقعة المنظورة أمامها ما دام أن الدليل المطلوب إثباته يعاون على كشف الحقيقة).

وكفالة حرية الدفاع يوجب استماع المحكمة إلى ما يبديه المتهم من أقوال وطلبات وأوجه مشروطة بإبدائها قبل إقفال باب المرافعة ولا يسوغ للمتهم إبداء طلبات جديدة أو أوجه دفاع بما يقدمه بعد ذلك من مذكرات وفي ذلك نصت المادة (٣٣٣) إجراءات على أن (للمتهم ولغيره من الخصوم حتى قبل قفل باب المرافعة طلب سماع من يريد من الشهود أو اتخاذ أي إجراء آخر...)

والمتهم هو صاحب الشأن الأول في الدفاع عن نفسه فيما هو مسند إليه فلا يسوغ محاكمته إلا إذا كان في مكنته هو أن يتولى بذاته هذا الدفاع وأن يسهم مع محاميه - الموكل أو المنتدب - في تخطيط أسلوب دفاعه، ومراميه، وهو متمتع بكامل ملكاته العقلية ومواهبه الفكرية.

وبناءً على ذلك قضت محكمة النقض المصرية (إن محكمة الموضوع وقد قعدت عن النهوض بذلك الواجب، وخلا حكمها في الوقت ذاته مما ينفي طروء عاهة في عقل الطاعنة - رغم إصابتها بحالة اكتئاب مع الاضطراب الوظيفي في الذاكرة والإحساسات التي سجلها الحكم أو مما يثبت زوال هذه الحالة عنها فإن الحكم يكون منطوياً على إخلال بحقها في الدفاع).

وهنا سواءً كان المحامي الحاضر منتدباً من المحكمة أو موكلاً من المتهم فما هو إلا نائب عنه ويظل المتهم دائماً هو الخصم الأصلي في الدعوى الجزائية وحضور محام معه لا ينفي حقه في أن يتقدم بما يعن له من دفاع أو طلبات وعلى المحكمة أن تستمع له ولو تعارض ما يبديه مع وجهة نظر محاميه، وعليها أن ترد على هذا الدفاع طالما كان جوهرياً. وفكرة الدفع رداً لغائلة الاتهام فكرة سبق لها القصص القرآني في أشهر واقعة عرف فيها الظلم والافتراء على الأبرياء ممثلة في قصة سيدنا يوسف - عليه السلام - . حيث

دفع التهمة عن نفسه بأن زوجة فرعون هي التي راودته عن نفسه وأنه اعتصم وبلمحة ذكية من قبل أحد أفراد أسرة امرأة العزيز تحقيقاً لدفع سيدنا يوسف اهتدى إلى قرينة براءته حيث أثبت أن قميصه قُد من دبر قال الله تعالى: (واستبقا الباب وقدت قميصه من دبر وألفيا سيدها لدى الباب قالت ما جزاء من أراد بأهلك سوءاً إلا أن يسجن أو عذاب اليم، قال هي راودتني عن نفسي وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلم رءا قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم) صدق الله العظيم^(١).

٦- الاستعانة بمترجم:

إن إجراءات المحاكمة تتم باللغة الرسمية للدولة توافقاً مع سيادتها واحتراماً لإقليمية قواعدها الجنائية وهو ما أكدته المشرع اليمني في قانون السلطة القضائية بالنص على أن لغة المحاكم هي العربية. المادة (٣).

والاستعانة بمترجم قاعدة وردت صراحة في التشريعات الإجرائية حيث أوجبت على المحكمة أن تعين مترجم حينما يكون المتهم غير ملم باللغة العربية.

كما حرصت الإعلانات العالمية عليها، بل إنها وضعتها في مصاف القواعد الدستورية في بعض الأنظمة القانونية.

حيث جاءت المادة (١٤/٣/و) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية صريحة بالنص على أنه (يجب أن يوفر للمتهم مترجم يوفر له مساعدة مجانية إذا لم يكن قادراً على تفهم اللغة المستعملة في المحكمة أو التحدث بها.....).

وصرحت المادة (٦/هـ) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بالنص على ضرورة مساعدة المتهم بمترجم مجاناً إذا كان لا يفهم أو لا يتكلم اللغة المستعملة في المحكمة. وبالمثل جرت المادة (٨/٢/أ) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وتؤكد هذا الحق بالمادة (٧/١) من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان. وتناوله مشروع الميثاق العربي لحقوق الإنسان في المادة (٦/١).

وقد ثار خلاف فقهي في بيان الصفة الإجرائية للمترجم حول ما إذا كان المترجم شاهداً على ما يقرره المتهم بلغته أم إنه يعد خبيراً في مدلول تلك اللغة.

(١) سورة يوسف الآيات (٢٥، ٢٨).

إلا أن المستقر عليه أن الترجمة هي نوع من الخبرة.

فالمترجم ليس إلا مساعداً للقاضي والمحقق تتوافر لديه كفاءة خاصة هي معرفة اللغة المطلوب ترجمتها لنقل مضمون الأقوال أو الكتابة المقدمة إلى اللغة العربية ولا بد في هذه الحالة من تدخل عنصر التقدير الشخصي فالاصطلاح الواحد قد يكون له معان متعددة.

ولذلك فالترجمة الحرفية المحضة تكون عديمة الجدوى ولا تحقق الغرض المرجو، بل كثيراً ما تكون مضللة في فهم المطلوب فالعناصر التقديرية في هذه الحالة هو فهم مراد المتهم المقر وتحويل ما يريد أن يدلي به إلى اللغة العربية الأمر الذي يقطع بأن الترجمة بعيدة كل البعد عن الشهادة وأنها عمل فني له طبيعة مماثلة لأعمال الخبرة تكمل نقص معرفة القاضي والمحقق اللغوية.

وما دام عمل المترجم هو نوع من الخبرة فلا بد من تحليفه اليمين القانونية قبل مباشرة مأموريته والتأكد من إجادته للغة المتهم واللغة العربية.

وقد أحسن المشرع اليمني في هذا الصدد حين اعتبر الترجمة من مسائل الخبرة وأعطى للمتهم الحق في أن يندب له مترجماً يفهم لغته ونص على ذلك المادة (٣٣٥) من قانون الإجراءات الجزائية بأنه إذا كان المتهم أو أحد الشهود غير ملم باللغة العربية فللمحكمة أن تستعين بمترجم وتسري على المترجمين أحكام الخبراء.

والدفع بالجهل باللغة الرسمية المعتمدة أمام المحكمة يعتبر من الدفوع الموضوعية التي يتعين إثارتها أمام محكمة الموضوع بحيث لا يقبل ذلك لأول مرة أمام المحكمة العليا.

٧- حق الصمت:

حق المتهم في الصمت هو أحد مظاهر حرية المتهم في الدفاع عن نفسه، لذلك نصت المادة (٣٥٣) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه (إذا أنكر المتهم أو رفض الإجابة أو لم تقتنع المحكمة بإقراره تشرع المحكمة في التحقيق لسماع الشهود)، كما نصت المادة (٣٦٠) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه (لا يجوز استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك) كما نصت المادة (٣٦١) من ذات القانون على أنه (إذا امتنع المتهم عن الإجابة أو إذا كانت أقواله في الجلسة مخالفة لأقواله في محضر الاستدلالات ومحضر التحقيق جاز للمحكمة أن تأمر بتلاوة أقواله الأولى). والمادة (٣٦٣) أيضاً نصت على (أن لا يكون المتهم عرضة للعقاب إذا رفض الإجابة عما وجه إليه من الأسئلة).

وتقرر هذا الحق أيضاً في حكم المادة (١٧٨) إجراءات جزائية حين أوجبت عدم جواز

تحليف المتهم اليمين الشرعية ولا إجباره على الإجابة ولا يعد الامتناع قرينة على ثبوت التهمة ضده.

وعلى هذا جرى قضاء محكمة النقض المصرية بقولها: (على أن للمتهم إذا شاء أن يمتنع عن الإجابة أو الاستمرار فيها ولا يعد هذا الامتناع قرينة ضده وإذا تكلم فإنما ليبيدي دفاعه ومن حقه دون غيره أن يختار الوقت والطريقة التي يبيدي فيها هذا الدفاع فلا يصح أن يتخذ الحكم من امتناع المتهم عن الإجابة في التحقيق الذي تباشره النيابة العامة قرينة على ثبوت التهمة ضده).

وإذا كان هذا الحق قد أفصح عنه المشرع في المواد السالف بيانها فإن بعض التشريعات وزيادة في تكريس هذا الحق أوجبت على المحقق أن يخبر المتهم بحقه في الصمت مثال ذلك: قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي المادة (٧٨).

واتجه القانون الهندي زيادة في ضمان هذا الحق إلى وجوب تنبيه المتهم الذي يعلن استعداداه للاعتراف بأن أقواله قد تستخدم ضده أثناء المحاكمة مع منحه مهلة للتفكير لمدة أربع وعشرين ساعة.

وعلى الرغم من أهمية هذا الحق إلا أنه لم يرد نص صريح عليه في الاتفاقيات الدولية، بينما حرص المشرع الجنائي الدولي على التأكيد عليه في النظامين الأساسيين لمحكمتي يوغسلافيا السابقة ورواندا، وكذلك النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (نظام روما) المعتمد في ١٧/ يوليو/ ١٩٩٨م في حقوق الأشخاص أثناء التحقيق المادة (١٥٥/٢/ب) بتقرير (حق الشخص التزام الصمت دون أن يعتبر هذا الصمت عاملاً في تقرير الذنب أو البراءة).

وطالما كان صمت المتهم وامتناعه عن الإجابة استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون يستمد منه حريته في إبداء أقواله فلا يجوز للمحكمة أن تستخلص من صمت المتهم قرينه ضده. ولذلك عدت المادة (٣٦٣) إجراءات جزائية رفض المتهم الإجابة عما وجه إليه من الأسئلة إنكاراً تسمع بعده البينة.

٨- عدم تحليف المتهم اليمين:

القاعدة العامة هي أنه لا يجوز إرغام أي شخص متهم بارتكاب فعل جنائي على الاعتراف بالذنب أو الشهادة على نفسه.

وقد كان القانون الفرنسي القديم يوجب هذا الحلف أثناء الاستجواب على أثر

إلغاء التعذيب المادي ثم عدل عنه القانون الحديث، وذهب الفقه الفرنسي إلى بطلان الاستجواب بعد تحليف المتهم اليمين باعتباره نوعاً من التأثير الأدبي على إرادته.

وقد جسد هذا المعنى في المادة (٣/١٤) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بالقول: (كل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته وعلى قدم المساواة التامة بالضمانات الدنيا التالية:

(أ) ألا يكره على الشهادة ضد نفسه أو الاعتراف بالذنب).

ونجد هذا الحكم أيضاً في الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان المادة (٥) منها في تقريرها لحق المتهم في أن لا يجبر على أن يكون شاهداً ضد نفسه أو أن يعترف بالذنب.

فلا يجوز للمحكمة عند استجوابها للمتهم أن تحلفه اليمين بقول الحق لأن ذلك اعتداء على حرية المتهم في الدفاع عن نفسه أو إبداء أقواله كما أنه يضعه في مركز حرج، ومن القسوة أن تضع المتهم في موقف تخيير بين مصلحته في حلف اليمين كذباً فيخالف ضميره الديني والأخلاقي وبين أن يقرر الحقيقة ويدين نفسه ويتعرض للجزاء، ويرى جانب من الفقه الوضعي أن مبادئ الأخلاق تسمح بأن يكذب المتهم أمام العدالة ولكنها تنكر عليه أن يحلف يمينا كاذباً، ويبررون ذلك بحق المتهم في الدفاع عن نفسه.

غير أن الملاحظ في هذا الصدد إغفال التشريعات الإجرائية في دول العالم على تحريم تحليف المتهم اليمين وهو ما انتهت إليه اللجنة المعنية بحقوق الإنسان بهيئة الأمم المتحدة فقامت بالتعليق على ذلك فيما يعرف بالتعليق العام سنة ١٩٨٤م الفقرة (١٤) بقولها أن نص الفقرة الفرعية (٣) على أنه لا يكره المتهم على الشهادة ضد نفسه أو الاعتراف بالذنب ولدى النظر في هذا التدبير الوقائي ينبغي عدم إغفال أحكام المادة (٧) فقرة (١) من المادة (١٠) فبغية إكراه المتهم على الاعتراف أو على الشهادة ضد نفسه غالباً ما تستخدم طرق تنتهك هذه الأحكام، وينبغي أن ينص القانون على أن هذه الإثباتات الموفرة بواسطة مثل هذه الطرق أو بأي شكل آخر من أشكال الإكراه غير مقبولة البتة. وقد تنبه المشرع اليمني إلى ذلك وحسناً فعل فنص في المادة (١٧٨) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: (لا يجوز تحليف المتهم اليمين).

وعلى ذلك فإذا وجهت المحكمة اليمين للمتهم عند استجوابها له وحلفها فإن ذلك يعتبر من قبيل الإكراه المعنوي على ذكر الحقيقة وهو ما يترتب عليه بطلان الاستجواب وجميع الأدلة المستمدة منه ومنها الاعتراف، وهذا البطلان متعلق بالنظام العام ومن ثم فلا يجوز للمتهم أن يتنازل عنه.

القسم الثالث قرينة البراءة

تعد قرينة البراءة حجر الزاوية للعدالة الجنائية في العصر الحديث. ذلك إنه إذا كان صحيحاً أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات هو دستور قانون العقوبات فإن من الصحيح كذلك أن قرينة البراءة هي دستور قانون الإجراءات الجزائية، وتتفرع عنها سائر القواعد التي يقوم عليها هذا القانون وبعبارة أخرى تعد قرينة البراءة ركناً أساسياً من أركان الشريعة الإجرائية، وتمثل درعاً يحول دون الحيف بحقوق الإنسان وضماناته أثناء الدعوى الجزائية.

وإذا كانت قرينة البراءة تهدف أساساً إلى حماية المتهم سواء كان ذلك فيما يتعلق بالمعاملة التي يخضع لها أو فيما يتعلق بإثبات إدانته فإنها لا تغفل في الوقت ذاته عن مراعاة مصلحة المجتمع لذلك فقد أباح الدستور والقانون الحد من حرته الشخصية، بل وتعطيها أحياناً إذا اقتضت ذلك ضرورات التحقيق والفصل في الدعوى فقد أجاز القانون ضبط المتهم وإحضاره والقبض عليه وتفتيشه أو تفتيش مسكنه، بل وحبسه احتياطياً. غير أن ذلك يجب أن يكون ضرورياً لمصلحة التحقيق وبقدر هذه الضرورة فقط مع مراعاة القواعد القانونية لكل إجراء من تلك الإجراءات.

وإذا كانت قرينة البراءة تعني أن المتهم بجريمة مهما بلغت جسامتها ومهما كانت خطورته يعد بريئاً حتى تثبت إدانته قانوناً.

فإن لهذه القرينة أساسها المنطقي والقانوني. ذلك أن الجريمة عمل شاذ خارج عن المألوف ولا يمثل قاعدة عامة، لأنه إذا كان طبيعياً أن يرتكب أحد أفراد المجتمع جريمة ما فإنه من غير الطبيعي أن يجرم جميع أفراد هذا المجتمع فالأصل أن كل إنسان إنما يتصرف وفقاً للقانون. ويحترم قيم المجتمع الذي يعيش فيه. لذلك فقد عنيت معظم الدول بالنص على قرينة البراءة سواء كان ذلك في دساتيرها أم في قوانين الإجراءات الجزائية الخاصة بها مما يوفر لها سنداً دستورياً وقانونياً فضلاً عن أساسها المنطقي المشار إليه.

وعلى الرغم من الأهمية الكبرى لقرينة البراءة - بحسبانها الأساس الضروري لممارسة المتهم لحقوقه أثناء نظر الدعوى الجزائية فإن القانون الوضعي الذي عرفها مؤخراً - كان يعرف حلولاً وسطاً بين البراءة والإدانة - وقد جاء اعترافه بها نتيجة لجهود فلاسفة عصر التنوير والنهضة أمثال بيكاريا وفولتير ومنوتسكيو الذين نددوا بالتجاوزات

الخطيرة التي كان يتعرض لها المتهمون فتم النص عليها في المادة التاسعة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في سنة ١٧٨٩م إبان الثورة الفرنسية.

وإذا كان لقرينة البراءة أهميتها الكبرى كأساس لحماية الحرية الشخصية للمتهمين فإنها لم تسلم من النقد فقد هاجمها أنصار المدرسة الوضعية بسبب طابعها المطلق حيث يستفيد منها جميع المتهمين دون تمييز- على خلاف مذهبهم في ضرورة تقسيم المتهمين إلى فئات - وسبب النتائج المبالغ فيها- وبحسب رأيهم- تلك التي استخلصها منها المشرع والقضاء.

وفضلاً عن ذلك فقد حاول البعض الآخر النيل من قرينة البراءة سواء أكان ذلك باقتراح وضع محايد للمتهم بحيث لا يستفيد من أي قرينة أم بقطع الصلة بين قرينة البراءة وقواعد الإثبات حيث يرون أن قاعدة حمل المتهم عبء الإثبات يكفي بذاتها دون ما حاجة إلى تفسيرها بالرجوع إلى قرينة البراءة وأن مبدأ ضرورة بناء الحكم بالإدانة على الجرم واليقين وتفسير الشك لصالح المتهم إنما يرجع إلى اعتبارات العدالة التي تأبى أن تستند الإدانة على خطورتها إلى مجرد الظن والاحتمال وقد تصدى أنصار قرينة البراءة للرد على هذه الانتقادات وأوضحوا فساد الأساس الذي تقوم عليه.

أساس المبدأ:

يعتبر هذا المبدأ عنصراً أساسياً في الشرعية الإجرائية فإن تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني أو شرعي يفترض حتماً وجود قاعدة أخرى هي افتراض البراءة في المتهم، وقد عنى البعض عند التعليق على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بأن يشير صراحة إلى أن المعنى الحقيقي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يتمثل في ضمان قرينة البراءة لكل متهم.

هذا وقد أكد المؤتمر الذي عقدته الجمعية الدولية لرجال القانون في نيودلهي عام ١٩٥٩م أن تطبيق مبدأ الشرعية ينطوي على الاعتراف بقاعدة أن المتهم تفترض براءته حتى تتقرر إدانته.

والواقع في الأمر أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يؤكد أن الأصل في الأشياء الإباحة وأن الاستثناء هو التجريم والعقاب.

واستنتاجاً من إباحة الأشياء يجب النظر إلى الإنسان بوصفه بريئاً فكلاهما وجهان لعملة واحدة ولهذا قيل بأن البراءة تتفق مع طبيعة الأشياء، ولا تنتفي هذه البراءة إلا عندما

يخرج الإنسان من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم وهو ما لا يمكن تقريره إلا بمقتضى حكم قضائي فهذا الحكم هو الذي يقرر إدانة المتهم فيكشف عن ارتكابه الجريمة. لذا حق القول بأن المتهم بريء حتى تتقرر إدانته والاعتماد على الحكم وحده لدحض قرينة البراءة ينبني على أن القضاء هو الحارس الطبيعي للحرية فيملك بناءً على هذا الأصل تحديد الوضع القانوني للمتهم بالنسبة إلى هذه الجريمة.

تاريخ المبدأ:

كانت المجتمعات البدائية تخضع لتأثير بعض المعتقدات لذلك كان المتهم تفترض فيه الإدانة وكان إثبات البراءة يعتمد عليه ونظراً لشدة عقوبة اليمين الكاذبة فقد كان العقاب يعتمد أساساً على نتيجة اليمين التي يحلفها المتهم مؤيدة ببعض التعاويذ الدينية وفي كثير من الأحيان كان العقاب يتم في اتخاذ إجراءات ماسية بالحرية مثل التعذيب والتقاتل.

وفي القانون الروماني حينما كانت المحاكمة تتم بإجراءات شفوية علنية كان الأصل في المتهم البراءة وعلى سلطة الاتهام إثبات العكس، وعندما اختفى نظام الإجراءات الشفوية العلنية وحلت محلها الإجراءات المكتوبة أصبح من سلطة القاضي أن يطلب من المتهم تقديم إيضاحات عن موقفه وإلقاء عبء إثبات البراءة عليه وذلك عن طريق افتراض الجرم في حقه.

ففي ظل النظام الاتهامي كان مجرد توجيه الاتهام يمثل مساساً بالحرية الفردية ويلزم ممثل الاتهام بتقديم الدليل على صحة دعواه.

فالغرض في المتهم البراءة حتى يثبت عكسها ولذلك كانت ضمانات الحرية الفردية هي السمة التي يتطبع بها هذا النظام.

ومنذ القرن الثالث عشر بدأ النظام الاتهامي في الاضمحلال ليفسح المكان لنظام التحري والتنقيب الذي تأكد تطبيقه بصورة كاملة منذ القرن السادس عشر الميلادي ووضحت معالمه بشكل خاص في القرن السابع عشر. وفي ظل هذا النظام حلت قرينة الجرم محل قرينة البراءة وقد تغلبت مصلحة المجتمع في جمع الدليل لمعرفة الحقيقة على مصلحة الفرد في حماية حريته الأساسية فكان الغرض في المتهم هو الجرم.

على أن هذا الغرض لم يصل إلى حد القرينة القانونية فكان عبء الإثبات يقع

على النيابة العامة وعلى القاضي ولم يكن على المتهم عبء إثبات براءته إلا في الجرائم الجسيمة مثل الشعوذة والسحر.

والواقع أن هذا النظام رغم إلقائه عبء الإثبات في معظم الجرائم على عاتق النيابة العامة والقاضي إلا أنه لم يفترض براءة المتهم فيما يتعلق بالإجراءات الماسة بالحرية، ففي هذا افتراض ثبوت التهمة فكان الأصل في التحقيق هو القبض عليه وحبسه احتياطياً حتى قيل بأن (من لا يبدأ بالقبض سوف يفقد المجرم) وعلى الرغم من تمتع المتهم ببعض الضمانات في هذا النظام الإجرائي إلا أن افتراض ثبوت التهمة في حقه أدى إلى مصادرة جانب كبير من حريته الفردية لصالح الاتهام.

ويمكن القول بأن هذا النظام قد أخذ بكل من قرينتي البراءة والجرم في حدود معينة فبالنسبة إلى عبء الإثبات الأصل في المتهم البراءة.

ومن ثم فهو ليس مكلفاً بإثبات براءته، أما بالنسبة إلى الحرية الفردية فالأصل في المتهم الإدانة، ولذلك أجاز إهدار حريته أثناء التحقيق حتى يثبت عكس هذا الأصل.

ومنذ القرن الثامن عشر بدأت انتقادات توجه إلى مظاهر المساس بالحرية الفردية في النظام الإجرائي وانتشرت الأفكار الفلسفية التي تنادي باحترام هذه الحرية.

ففي إيطاليا نادى بيكاريا في كتابه الجرائم والعقوبات لسنة ١٧٦٤م بأنه لا يجوز وصف شخص بأنه مذنب قبل صدور حكم القضاء وأنه لا يجوز للمجتمع أن يسحب حمايته قبل إتمام محاكمة الفرد عن الجريمة المنسوبة إليه وانتقد بيكاريا بشدة استعمال التعذيب عند التحقيق مع المتهم قائلًا بأن من نتائج الغريبة أن يكون المتهم تحت وطأة التعذيب فتقرر إدانته. وقال منتسكيو في كتابه (روح القوانين) بأنه عندما لا تضمن براءة المواطنين فلن يكون للحرية وجود.

وقد جاء إعلان حقوق الإنسان الصادر في سنة ١٧٨٩م إبان الثورة الفرنسية مؤكداً مبدأ: الأصل في الإنسان البراءة حتى تتقرر إدانته، ثم تأكد هذا المبدأ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨م ويعتبر هذا المبدأ من الأصول الأساسية في النظم الإجرائية المعاصرة.

علة المبدأ:

ساق الفقه بعض الاعتبارات تأييداً لهذا الأصل العام يمكن إجمالها فيما يلي :-

- ١- حماية أمن الأفراد وحریتهم الفردية ضد تحكم السلطة عند افتراض الجرم في حق المتهم.
- ٢- تفادي ضرر لا يمكن تعويضه إذا ما ثبتت براءة المتهم الذي افترض فيه الجرم وعمول على هذا الأساس.
- ٣- يتفق هذا الأصل العام مع الاعتبارات الدينية والأخلاقية التي تهتم بحماية الضعفاء.
- ٤- يسهم هذا الأصل في ملافاة ضرر الأخطاء القضائية بإدانة الأبرياء وخاصة وأن هذه الأخطاء تفقد الثقة في النظام القضائي في نظر المجتمع.
- ٥- استحالة تقديم الدليل السلبي. وفي هذا الشأن يقول بعض الفقهاء: إنه إذا لم تفترض البراءة في المتهم فإن مهمة هذا الأخير سوف تكون أكثر صعوبة لأنه يلتزم بتقديم دليل مستحيل وفقاً للقواعد المنطقية فالمتهم سوف يكون ملزماً بإثبات وقائع سلبية وهو دليل يستحيل تقديمه ويترتب على ذلك أن يصبح المتهم غير قادر على إثبات براءته مما يؤدي إلى التسليم بمسئوليته حتى ولو لم يقدم ممثل الاتهام دليلاً عليه.

نتائج المبدأ:

يترتب على مبدأ افتراض البراءة في المتهم نتيجتان هامتان هما:

١. ضمان الحرية الشخصية للمتهم.
 ٢. إعفاء المتهم من إثبات براءته.
- وهاتان النتيجتان متلازمتان فالبراءة المفترضة يصاحبها التمتع الكامل بالحرية ويقتضي هذا التمتع كفالاته بضمانات معينة لمواجهة أي إجراء يمكن أن ينتقص من الاستعمال القانوني لهذه الحرية.
- ومن ناحية أخرى فإن البراءة المفترضة لا تتفق مع تجسيم المتهم أي عناء في إثبات هذه البراءة فهي أمر مقرر قانوناً وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات العكس.
- ويلاحظ في هذا الشأن التقاء واضح بين قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية فقانون العقوبات يفترض في الأشياء الإباحة ولذلك يحمي سلوك المواطنين من خطر رجعية التجريم والعقاب أو القياس عليه فيقرر مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون.

وقانون الإجراءات الجزائية يفترض في المتهم البراءة ولذلك يحمي حرية المتهم من خطر الإجراءات الجنائية التي تهدد هذه الحرية فيقرر الضمانات التي تكفل احترام الحرية عند مباشرة هذه الإجراءات في مواجهته.

فكل إجراء جنائي يسمح به القانون يجب أن يكون مقيداً بهذه الضمانات درأً لخطر التحكم في مباشرته وإلا كان مخالفاً لقرينة البراءة.

وينتج عن هذا المبدأ أيضاً ضرورة الإفراج الفوري عن المتهم المحبوس احتياطياً إذا كان الحكم صادراً بالبراءة أو بعقوبة لا يقتضي تنفيذها الحبس وإذا أمر في الحكم بوقف تنفيذ العقوبة وإذا كان المتهم قد قضى في الحبس الاحتياطي مدة العقوبة المحكوم بها وإذا كان المتهم قد أفرج عنه أو كان مطلق السراح قبل صدور الحكم بالإدانة من محكمة أول درجة أن يظل مفرجاً عنه مؤقتاً خلال الميعاد المقرر للطعن وأثناء نظره وذلك في الحالات التي يوجب فيها القانون وقف تنفيذ الحكم.

واحتراماً لقرينة البراءة نجد أن المشرع قصر إعادة النظر في الأحكام الجنائية الباتة عن طريق الطعن بالتماس إعادة النظر على الأحكام الصادرة بالإدانة وحدها وعلى ذلك لا يجوز إعادة النظر في الأحكام الصادرة في البراءة ولو تبين أن ثمة خطأ قضائياً أدى إلى صدور الحكم بالبراءة.

كما لا يجوز تشديد العقوبة إذا كان المتهم هو الطاعن الوحيد.

السند القانوني لقرينة البراءة على الصعيد الدولي والقانوني:

أولاً: قرينة البراءة على الصعيد الدولي:

لقد بدأ الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان وحياته الأساسية بعد أن وضعت الحرب العالمية الثانية أوزارها وكان بداية هذا الاهتمام صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من ديسمبر سنة ١٩٤٨م ثم تلا ذلك العهد الدولي لحقوق الإنسان الصادر في السادس عشر من ديسمبر سنة ١٩٦٦م وعلى النطاق الإقليمي تعد الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الموقعة في روما سنة ١٩٥٠م أحد النماذج الهامة في هذا الشأن.

أولاً: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠/ديسمبر/١٩٤٨م:

قضت المادة الحادية عشرة من هذا الإعلان بأن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه وتضمن الإعلان كذلك عدة نصوص تقر حقوقاً أخرى للمتهم نذكر منها:

أ. حظر التعذيب أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة (المادة الخامسة).

ب. عدم جواز القبض أو الحجز التعسفي (المادة التاسعة).

ج. حق المتهم في محاكمة عادلة (المادة العاشرة).

د. حماية الحياة والأسرة والمسكن والمراسلات والشرف والسمعة (المادة الثانية عشرة).

ويعد هذا الإعلان على الرغم من أنه غير ملزم قانوناً للدول الأعضاء بداية الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وفي مقدمتها قرينة البراءة.

وقد استوحيت الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية معظم المبادئ التي وردت به ثم تطور الاهتمام الدولي بقضايا حقوق الإنسان فتم إقرار العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في سنة ١٩٦٦م.

ثانياً: العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في ١٦/ديسمبر/١٩٦٦م:

وقد قضى هذا العهد - بأن كل متهم بجريمة له الحق في أن يعتبر بريئاً حتى تثبت إدانته طبقاً للقانون المادة (١٤) الفقرة الثانية).

وعلى غرار الإعلان العالمي السابق الإشارة إليه تضمن هذا العهد النص على بعض الحقوق الأخرى للمتهم والتي تعد بمثابة نتائج لقرينة البراءة نذكر منها:

أ. حظر التعذيب والمعاملات غير الإنسانية والحاطة بالكرامة (المادة السابعة).

ب. الحق في الحرية والسلامة الشخصية والحق في عدم جواز القبض أو الحجز التعسفي، كما لا يجوز حرمان أحد من حريته إلا وفقاً للقانون (المادة التاسعة).

ويتميز هذا العهد عن الإعلان العالمي بأنه يفرض التزاماً قانونياً على الدول الأعضاء بضرورة احترام ما ورد فيه والعمل على تنفيذه في قوانينها الداخلية.

ثالثاً: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٥٠م:

وقد تم توقيع هذه الاتفاقية في الرابع من نوفمبر ١٩٥٠م من الدول الأعضاء في مجلس أوروبا في ذلك الوقت وتتميز هذه الاتفاقية بأنها ملزمة للأعضاء الموقعين عليها، كما أنها تضمنت آليات فعلية لضمان تنفيذ ما جاء بها من أحكام.

وقد قضت المادة السادسة منها في فقرتها الثانية بأنه:

(يعد بريئاً كل متهم بارتكاب جريمة حتى تثبت إدانته قانوناً) وتضمنت الاتفاقية فضلاً عن ذلك النص على بعض الضمانات الأخرى للمتهمين منها:

أ. حظر التعذيب والعقوبات والمعاملات غير الإنسانية أو المهينة.

ب. حق كل إنسان في الحرية والأمن، ولا يجوز حرمان أحد حريته إلا وفقاً للقانون.

ج. لكل مقبوض عليه أو محبوس الحق في المحاكمة في فترة معقولة.

د. لكل شخص كان ضحية القبض أو الحبس بالمخالفة لأحكام هذه المادة الحق في التعويض.

هـ. كما تقرر المادة السادسة في فقرتها الثالثة: للمتهم الحق فيما يأتي:

١- أن يبلغ في أقرب وقت وبلغة يفهمها وبالتفصيل بطبيعة التهمة الموجهة إليه وسببها.

٢- أن يمنح الوقت والتسهيلات اللازمة لإعداد دفاعه.

٣- أن يدافع عن نفسه بنفسه أو عن طريق محام.

٤- سؤال شهود الإثبات أو طلب سؤالهم وإمكانية استدعاء شهود النفي أو سؤالهم بنفس شروط شهود الإثبات.

٥- الاستعانة بمترجم.

ثم أضاف الملحق أو البرتوكول السابع الذي أضيف إلى هذه الاتفاقية والموقع في ٢٢/نوفمبر/١٩٨٤م - المادة الثالثة أنه (لكل شخص صدر ضده حكم نهائي بالإدانة ثم ألغي هذا الحكم أو صدر عفو خاص عنه بسبب واقعة جديدة تقطع بوقوع خطأ قضائي طلب التعويض عن العقوبة التي طبقت عليه نتيجة هذا الحكم وفقاً للقانون، مالم يكن مسؤولاً كلياً أو جزئياً عن عدم الكشف عن الواقعة الجديدة في الوقت المناسب).

ونشير أخيراً إلى الاتفاقية الأوروبية لمنع التعذيب والعقوبات أو المعاملات غير الإنسانية والتي تم توقيعها في ٢٦/نوفمبر/١٩٨٧م، فقد قررت هذه الاتفاقية آليات

وقائية غير قضائية لتعزيز حماية الأشخاص الذين يتعرضون لمثل تلك المعاملة السيئة. ونصت المادة الأولى على أنه (تنشأ لجنة أوروبية لمنع التعذيب والعقوبات أو المعاملات غير الإنسانية أو المهينة، وتحقق اللجنة من خلال الزيارات في معاملة الأشخاص المحرومين من حريتهم لتعزيز حمايتهم عند الحاجة من التعذيب والعقوبات والمعاملات غير الإنسانية أو المهينة).

ثانياً: قرينة البراءة في القانون:

لقد اختلف الاعتراف بقرينة البراءة في القانون من دولة إلى أخرى سواءً كان ذلك من حيث الصياغة أم من حيث موضع النص عليها.

فبعض الدول تنص على قرينة البراءة من خلال مبادئ وإعلانات للحقوق كما هو الحال في القانون الفرنسي. وقد يرى البعض النص على هذه القرينة في قوانينهم الإجرائية وأخيراً قد لا ينص على قرينة البراءة في تشريع أو قانون داخلي إنما تستخلص من أحكام القضاء كما هو الحال في القانون الإنجليزي تمشياً مع التقاليد المستقرة لهذا القانون.

وفي دستور الجمهورية اليمنية نجد أن المشرع اعترف بهذه القرينة من خلال النص عليها في المادة (٤٧) منه والتي تنص على أن (المسئولية الجنائية شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص شرعي أو قانوني وكل متهم برئ حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات).

ولم يغفل المشرع اليمني التأكيد على هذه القرينة في قانون الإجراءات الجزائية حيث نص في المادة (٤) منه على أن (المتهم برئ حتى تثبت إدانته ويفسر الشك لمصلحة المتهم).

الخاتمة

إن الهدف من الإجراءات الجنائية ليس هو كشف الحقيقة بعيداً عن احترام حرية المتهم، ومن ثم فيجب معاملته بهذه الصفة في جميع الإجراءات مما يتعين معه احترام حريته وتأكيد ضماناتها، فلا قيمة للحقيقة التي يتم التوصل إليها على مذبح الحرية^(١).

،،، والله الموفق،،،

(١) محكمة أمن الدولة العليا المصرية - في القضية الجنائية رقم (٤٨) لسنة ١٩٩٢م فيما يعرف باسم قضية تنظيم الجهاد.

قائمة المراجع

- ١- الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية - دكتور/ أحمد فتحي سرور- ط / ١٩٨١م.
- ٢- قانون الإجراءات الجزائية - دار الفكر العربي د / مأمون محمد سلامة - ط / ١٩٨٠م.
- ٣- المشكلات العملية الهامة في قانون الإجراءات الجنائية - د / رؤف عبيد - دار الفكر العربي - ط / ١٩٨٠م.
- ٤- حماية حق المتهم في محاكمة عادلة - د / حاتم بكار- منشأة المعارف بالإسكندرية - ط - ١٩٩٧م.
- ٥- الإخلال بحق الدفاع في ضوء الفقه والقضاء - د/ عبد الحميد الشواربي - منشأة المعارف بالإسكندرية - ط ١٩٨٧م.
- ٦- تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف - د/ عمر الفاروق الحسني - ط / ١٩٩٤م.
- ٧- ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق الجنائي - د/ عبد الحميد الشواربي - منشأة المعارف بالإسكندرية - ط / ١٩٩٣م.
- ٨- الحماية الجنائية لحقوق المتهم (رسالة كتوراة) د / محمد محمد سيف الشجاع - ط / ١٩٩٠م.
- ٩- حق المتهم في الاستعانة بمحام - د / سعد حماد صالح القبائلي - دار النهضة - ط / ٢٠٠٥م.
- ١٠- الحماية الدولية لحقوق الإنسان - د / أحمد أبو الوفاء - دار النهضة العربية - ط / ٢٠٠٥م.
- ١١- حماية حقوق الأفراد وحررياتهم الشخصية في ظل قانون الإجراءات الجزائية، د/ حسن صادق المرصفاوي - بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون - جامعة صنعاء - العدد الثاني لسنة ١٩٧٩م - ص ٢٧.
- ١٢- حق المتهم في الصمت - د / حسام الدين محمد أحمد - دار النهضة - ط / ٢٠٠٢م.
- ١٣- استقلال القضاء - المستشار/ سري صيام - مقال منشور في مجموعة مكتبة الأسرة - الجزء الثاني من روائع الأدب القضائي ص ٨٥.
- ١٤- دليل حقوق الإنسان الخاص بالقضاة والمدعين العامين - إصدارات الأمم المتحدة.



المجلة الدولية للدراسات القضائية والقانونية

مجلة

المجلة الدولية للدراسات
القانونية والقضائية

استشكالات التنفيذ

الدكتور / عبد الوهاب محمد عبد الوهاب السادة
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد بجامعة تعز
محامٍ أمام المحكمة العليا

ملخص البحث

تعرف منازعات التنفيذ بأنها ادعاءات أمام القضاء تتعلق بالتنفيذ وإجراءاته حيث لو صحت لأثرت فيه، وهي تنقسم إلى منازعات موضوعية يطلب فيها حسم موضوع المنازعة، أي الحكم بصحة أو بطلان إجراءات التنفيذ، وإلى منازعات وقتية يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي وهو وقف التنفيذ أو استمراره مؤقتاً إلى حين الفصل في موضوع المنازعة، وهي ما يعرف باستشكالات التنفيذ، ولها نوعان هما: استشكالات التنفيذ الإجرائية أي التي تبني على أسباب إجرائية لعدم القيام بإجراء من إجراءات التنفيذ، واستشكالات التنفيذ الموضوعية، وهي عقبات قانونية تطرح بصددها خصومة على القضاء، أما العقبات المادية التي يقصد بها منع التنفيذ كغلق الأبواب، وإبداء المقاومة عند توقيع الحجز مثلاً دون أن تتضمن أي ادعاء يقتضي الأمر عرضه على القضاء، لا تعدّ استشكالات في التنفيذ وإنما تدل هذه العقبة عن طريق الاستعانة بالقوة العمومية.

- شروط قبول الاستشكال الموضوعي: يشترط لقبول الاستشكال الموضوعي الشروط العامة لقبول أي طلب أو دفع أو طعن وهي المصلحة بأوصافها يجب أن يقدم بمناسبة التنفيذ المراد إبطاله أو الحكم بصحته لأنه قد يقدم في شكل سلبي أو إيجابي.

- شروط قبول الاستشكال في التنفيذ: ١- أن يكون المطلوب إجراء وقتياً لا يمس أصل الحق. ٢- الاستعجال. ٣- يجب رفع الاستشكال قبل تمام التنفيذ. ٤- يجب أن يكون الاستشكال مؤسساً على وقائع لاحقة للحكم المستشكل فيه. ٥- أن يكون المرجح رجحان وجود الحق. ٦- ألا يتضمن الاستشكال طعناً على الحكم المستشكل فيه. ٧- أن تكون الأسباب التي تستدعي رفع استشكال في تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي سواء أكان حكم محكمة أم حكم تحكيم تتمثل بكون الحكم خالياً من الصيغة التنفيذية، أو أن الأمر بالتنفيذ لحكم يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم أو خالف النظام العام.

Research Summary

Implementation disputes are defined as allegations before the judiciary related to implementation and its procedures, which, if true, would affect

it. They are divided into substantive disputes in which the subject of the dispute is required to be resolved, i.e. a ruling on the validity or invalidity of the implementation procedures, and to temporary disputes in which a ruling on a temporary measure is requested, which is to stop or continue implementation. Temporarily until the subject of the dispute is decided, which are what are known as implementation problems, and they have two types: procedural implementation problems, that is, those that are based on procedural reasons such as failure to carry out an implementation procedure, and substantive implementation problems, as they are legal obstacles regarding which a dispute is presented to the judiciary. As for the physical obstacles that are intended to prevent implementation, such as closing doors and expressing resistance when seizing, for example, without including any claim that requires bringing it to justice, they are not considered a problem in implementation. Rather, this obstacle is overcome by resorting to public force.

Conditions for accepting the substantive problem: In order to accept the substantive problem, general conditions are required to accept any request, payment, or appeal, which is the interest in all its descriptions. It must be presented on the occasion of the implementation to be annulled or its validity ruled, because it may be presented in a negative or positive form.

– Conditions for accepting a problem in implementation: 1– That what is required is a temporary measure that does not affect the origin of the right. 2– Urgency. 3– The problem must be removed before implementation is complete. 4– The problem must be based on facts subsequent to the ruling in question. 5– The most likely thing is that the right exists. 6 – The problem does not include an appeal against the ruling in question. 7 – The reasons that require raising problems in the implementation of a foreign judicial ruling, whether it is a court ruling or an arbitration award, are represented

by the fact that the ruling is devoid of an executive formula, or that the order to implement a ruling conflicts with a ruling previously issued by the courts. Or contrary to public order.

المقدمة

التعريف بالموضوع وأهميته:

تعرف منازعات التنفيذ بأنها ادعاءات أمام القضاء تتعلق بالتنفيذ وإجراءاته حيث لو صحت لأثرت فيه، وهي تنقسم إلى منازعات موضوعية يطلب فيها حسم موضوع المنازعة، أي الحكم بصحة أو بطلان إجراءات التنفيذ، وإلى منازعات وقتية يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي وهو وقف التنفيذ أو استمراره مؤقتاً إلى حين الفصل في موضوع المنازعة، وهي ما يعرف باستشكالات التنفيذ، ولها نوعان هما: استشكالات التنفيذ الإجرائية أي التي تبني على أسباب إجرائية كعدم القيام بإجراء من إجراءات التنفيذ، واستشكالات التنفيذ الموضوعية^(١)، فهي عقبات قانونية تطرح بصدد خصومة على القضاء، أما العقبات المادية التي يقصد بها منع التنفيذ كغلق الأبواب، وإبداء المقاومة عند توقيع الحجز مثلاً دون أن تتضمن أي ادعاء يقتضي الأمر عرضه على القضاء، لا تعدّ استشكالات في التنفيذ وإنما تدلل هذه العقبة عن طريق الاستعانة بالقوة العمومية.

استشكاليات البحث:

مشكلة البحث في الإجابة عن مجموعة من التساؤلات منها ما هو الاستشكال؟ وهل نص القانون على طريق استشكال لوقف تنفيذ الحكم الأجنبي سواء أكان حكم محكمة أم حكم تحكيم؟ وماهي الاستشكالات الموضوعية والاستشكالات الوقتية؟ وما إجراءات رفعها والفصل فيها؟

(١) د/ أحمد مليجي- التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض- دار الفكر العربي ٢٢٢- W و د/ محمد عبد الخالق عمر- مبادئ التنفيذ- مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر- الطبعة ١، ١٩٧٤م. ص ٣٣٣.

أهداف البحث:

يهدف موضوع الدراسة لوقف تنفيذ حكم التحكيم وحكم القضاء لأسباب معينة إلى جانب بيان إجراءات اكتمال القوة التنفيذية لحكم وبيان الاستشكالات الموضوعية والاستشكالات الوقتية؟ وما إجراءات رفعها والفصل فيها.

منهج البحث:

سأستعين بالمنهج الوصفي والمقارن بين القانونين المصري واليمني والاتفاقيات الدولية .

خطة البحث:

المبحث الأول: رفع الاستشكال والفصل فيه

المطلب الأول: المقصود بمنازعات التنفيذ وأنواعها

المطلب الثاني: الاستشكال في التنفيذ

المطلب الثالث: خصوصية الاستشكال في تنفيذ الحكم الأجنبي

المبحث الثاني: تطبيقات لبعض منازعات التنفيذ

المطلب الأول: دعوى استرداد المنقولات

المطلب الثاني: دعوى الاستحقاق الفرعية

المبحث الأول رفع الاستشكال والفصل فيه

تمهيد وتقسيم:

يقصد بمنازعات التنفيذ الاستشكالات المتعلقة بالتنفيذ ذاته وإجراءاته دون الدخول في أساس الشيء المنفذ عليه، وهي تنقسم إلى منازعات موضوعية يطلب فيها الحكم بصحة أو بطلان إجراءات التنفيذ، وإلى منازعات وقتية يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي وهو وقف التنفيذ أو استمراره مؤقتاً إلى حين الفصل في موضوع المنازعة، وسأتناول في هذا المبحث ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المقصود بمنازعات التنفيذ وأنواعها.

المطلب الثاني: الاستشكال في التنفيذ.

المطلب الثالث: خصوصية الاستشكال في تنفيذ الحكم الأجنبي.

المطلب الأول: المقصود بمنازعات التنفيذ وأنواعها:

يقصد بمنازعات التنفيذ الاستشكالات المتعلقة بالتنفيذ ذاته وإجراءاته دون الدخول في أساس الشيء المنفذ عليه، وهي تنقسم إلى منازعات موضوعية يطلب فيها الحكم بصحة أو بطلان إجراءات التنفيذ، وإلى منازعات وقتية يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي وهو وقف التنفيذ أو استمراره مؤقتاً إلى حين الفصل في موضوع المنازعة^(١).

ونصت المادة (٤٩٨) من قانون المرافعات اليمني ٢٠٠٢م (جميع المنازعات المتعلقة بأصل الحق المحكوم فيه أو بصحة السند التنفيذي لا تعتبر من منازعات التنفيذ التي يختص بالفصل فيها قاضي التنفيذ)، ويجوز لكل ذي شأن أن ينازع في التنفيذ، سواء كان أحد أطراف التنفيذ؛ أو كان من الغير. ويطلق على المنازعات الوقتية تعبير استشكالات التنفيذ. ومن أمثلة ذلك إذا صدر حكم (موضوعي أو مستعجل) بطرد المستأجر الأصلي من العين المؤجرة، وطالب المؤجر المحكوم له بتنفيذ هذا الحكم، ورفع المستأجر من الباطن - وهو من الغير - لدى القضاء وعمامة الفقهاء - استشكالاً في هذا التنفيذ مؤسساً استشكاله على أنه قد أقام دعوى موضوعية لإثبات قيام العلاقة الإيجارية، وطلب وقف

(١) د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص ٧٦.

التنفيذ إلى حين الفصل في دعواه الموضوعية نهائياً، فإنه لا يجوز لقاضي التنفيذ أن يحكم بالاستمرار في التنفيذ، بل يتعين عليه الحكم بوقف التنفيذ، لأن الحكم بالاستمرار في التنفيذ فيه مساس بحق الغير المستشكل، ولا يغير من ذلك القول بأن المستشكل إنما يستأجر العين من الباطن، لأن ذلك متروك لمحكمة الموضوع بينما ذهب بعض الفقه إلى أن المستأجر من الباطن ليس من الغير، فإذا صدر حكم بطرد المستأجر دون أن يكون هذا المستأجر ممثلاً في الدعوى التي صدر في هذا الحكم، فإنه يعتبر محكوماً عليه^(١). ولا تجوز المنازعة في التنفيذ على أساس عدم صحة السند التنفيذي، أما إذا كان السند التنفيذي محرراً رسمياً فإنه يجوز المنازعة في تنفيذه على أساس عدم صحة هذا السند وبطلان العقد الذي يتضمنه ذلك في حالة كون السند التنفيذي أجنبياً وكانت الدولة الأجنبية تعطي للمحرر الرسمي اليميني قوة السند التنفيذي.

المطلب الثاني: الاستشكال في التنفيذ:

أولاً: شروط قبول الاستشكال في التنفيذ الوقتي:

المصلحة وهي الفائدة العملية: والمصلحة الوقائية التي يعترف بها القانون هي الخشية من وقوع الأخطار في أي لحظة كانت، والصفة والشروط الخاصة هي:

الشرط الأول: أن يقدم قبل أن يتم التنفيذ، أي قبل البدء بالتنفيذ أو بعد البدء فيه وقبل تمامه، ونصت المادة (٤٩٩) مرافعات يميني: (ترفع منازعات التنفيذ الوقتية وتنتظر بإجراءات القضاء المستعجل ولا يجوز قبول منازعات التنفيذ الوقتية بعد تمام التنفيذ)، ما لم يجب على قاضي التنفيذ أن يحكم بعدم قبوله لانعدام المصلحة في هذا الطلب. وتعتبر خطوات التنفيذ المتعددة وحدات مستقلة، يجب أن ينظر إلى كل عمل من أعمال التنفيذ على حدة، وكل مرحلة منها لها كيان قائم بذاته، فإذا كان قد تم القيام بعمل من أعمال التنفيذ، فإنه لا يقبل طلب وقفه، وإنما يمكن طلب وقف ما يليه، فالتنفيذ بنزع الملكية يتم على عدة مراحل، فيبدأ بالحجز ثم الإعلان عن البيع ثم البيع، فإذا كان الحجز قد تم فإنه لا يقبل طلب وقفه، وإنما يمكن طلب وقف الإجراءات التالية له، وإذا أعلن عن

(١) د/ وجدي راغب- النظرية العامة للتنفيذ القضائي- سنة ١٩٧٤- ص ٥، و د: أحمد مليحي- التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض- دار الفكر العربي- ص ٤٨٦ و د/ محمد عبد الخالق عمر- مبادئ التنفيذ- مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر- الطبعة الأولى، ١٩٧٤م ق: ١- ص ٤٧١.

البيع فلا يقبل طلب وقفه وإنما يمكن طلب وقف البيع نفسه كما أنه إذا اشتمل السند التنفيذي على أكثر من التزام؛ وتم تنفيذ أحدها، يمكن طلب وقف تنفيذ السند بالنسبة للالتزام الآخر الذي لم ينفذ^(١).

متى يبدأ التنفيذ:

في القانون اليمني فإن حجز المنقول لدى المدين يبدأ بانتقال المعاون ويتم بتوقيع معاون التنفيذ على محضر الحجز أما حجز ما للمدين لدى الغير- طبقاً لصريح عبارة نص المادة (٣٧٨)- فإنه يبدأ بإعلان قرار الحجز إلى المحجوز لديه ولا يتم إلا بتوقيع المحجوز لديه على محضر الحجز، وأما حجز العقار فإنه يبدأ بانتقال معاون التنفيذ إلى موقع العقار، ولا يتم هذا الحجز- طبقاً للمواد (٣٧٨، ٤٣٤، ٤٣٥) مرافعات يمني- إلا بتحرير محضره، فتحرير محضر الحجز على العقار هو ما يجعل هذا العقار محجوزاً، وبهذا يتم التنفيذ على العقار، وليس بالإشعار اللاحق لذلك والذي يوقعه قاضي التنفيذ ويقوم معاون التنفيذ بتسليمه للسجل العقاري، وليس بتسجيل الحجز أو بتسجيل تنبيه نزع الملكية كما في القانون المصري^(٢).

وإذا كان التنفيذ بطريق التنفيذ المباشر (التنفيذ العيني) فإن المواد (٣٧١- ٣٧٥) مرافعات يمني، نصت صراحة على أن هذا التنفيذ يبدأ بانتقال معاون التنفيذ إلى المكان الذي يوجد فيه المنقول أو العقار أو الصغير المراد تسليمه لطالب التنفيذ، أو إلى المكان المراد القيام بالبناء فيه أو إزالة البناء القائم عليه. وترتيباً على ذلك، لا يعد التنفيذ قد بدأ لمجرد اتباع مقدماته، وهي إعلان السند التنفيذي وتكليف المدين بالوفاء، وإمهاله المدة المقررة قانوناً، فهذه المقدمات لا تتلاحم مع إجراءات التنفيذ، ولا يترتب على

(١) د/ وجدي راغب- النظرية العامة للتنفيذ القضائي- سنة ١٩٧٤م- ص ٥٠. د: أحمد مليحي- التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض- دار الفكر العربي- ص ٤٨٦. د/ محمد عبد الخالق عمر- مبادئ التنفيذ- مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر- الطبعة الأولى ١٩٧٤م ق: ١- ص ٤٧١. د/ فتحي والي، التنفيذ الجبري، فقرة (٣٨٩)، ص ٦٩٤. د/ نبيل عمر، استشكالات التنفيذ الوقتية والموضوعية، المرجع السابق، فقرة (٤٣)، ص ١٠٣، ١٠٤. د/ أحمد هندي، الصفة في التنفيذ، المرجع السابق، فقرة (١٦)، الحاشية رقم (١) ص ٢١٧، ٢١٨. د/ أحمد مليحي، استشكالات التنفيذ ومنازعاته الموضوعية، المرجع السابق، فقرة (١٠٣، ١٤١)، ص ١٢٩، ١٣٠، ٢٠٣. د/ طلعت يوسف خاطر، الغير في التنفيذ الجبري وحمايته من آثاره، المرجع السابق، ص ٣٣٠، ٣٣١.

(٢) ولذلك يرى بعض الفقهاء (بأن القانون اليمني لم يحدد متى تبدأ آثار حجز العقار حتى يمكن تحديد ما يبرمه المحجوز عليه من تصرفات في هذا العقار هل هي سابقة أم لاحقة، لأن هذا القانون لم يشترط تسجيل الحجز، وأن هذا الموقف يثير الكثير من الصعوبات والعقبات أهمها متى يبدأ حجز العقار، هل من تاريخ توقيع محضر الحجز (٣٧٨)، أم من تاريخ إخطار السجل العقاري إن وجد أو أمين المنطقة، أم بالإشهار في لوحة إعلانات المحكمة أو إعلانه بالصحف.

اتباع هذه المقدمات الآثار القانونية التي تترتب على الإجراءات. ولكن يحدث في أحيان كثيرة أن يرفع الاستشكال الوقفي قبل تمام التنفيذ، ولكن التنفيذ يتم قبل الفصل في هذا الاستشكال، فهل يكون هذا الاستشكال مقبولاً أم لا؟.

اختلاف الفقهاء في ذلك إلى عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول: إنه يقبل حتى لا تتأثر حقوق الخصوم ومصالحهم بالوقت الذي يستغرقه نظر الدعوى أمام القضاء.

الاتجاه الثاني: عدم قبول الاستشكال في هذا الفرض، حيث تنتفي المصلحة.

وينظر إلى شرط عدم تمام التنفيذ عند رفع الاستشكال؛ فإذا رفع الاستشكال قبل تمام التنفيذ؛ ثم تم التنفيذ بعد رفعه، فلا عبء لتمام التنفيذ ويجب عدم الاعتداد بما تم من تنفيذ ورد الحالة إلى ما كانت عليه وقت رفع الاستشكال، وهو ما يعرف بالتنفيذ العكسي. وذلك لأن الحكم في الاستشكال يرتد إلى يوم رفعه تطبيقاً لمبدأ الأثر الرجعي للطلب القضائي؛ الذي يعني أنه يجب النظر في هذا الطلب كما لو كان القاضي قد فصل فيه يوم رفعه؛ حتى لا يضار رافعه من تأخير الفصل فيه.

الشرط الثاني: أن يكون الاستشكال مؤسساً على وقائع لاحقة للحكم المستشكل فيه، لذلك إذا ادعى أنه قد أوفى بالدين قبل صدور الحكم فلا يقبل استشكله، أما إذا ادعى أنه قام بالوفاء بعد صدور الحكم فإن هذا الادعاء يصلح أساساً للاستشكال لأن واقعة الوفاء لاحقة لصدور الحكم.

الشرط الثالث: أن يكون المطلوب إجراء وقتياً أو تحفظياً لا يمس أصل الحق، فلا يجوز أن يطلب المدين مثلاً وقف التنفيذ لأن المحكمة مثلاً قد أخطأت في تطبيق القانون لأن الاستشكال ليس طريقاً من طرق الطعن، أما إذا كان الطعن موجهاً إلى تنفيذ الحكم كما لو شرع في تنفيذه على أساس أنه نهائي أو مشمول بالنفاذ المعجل دون أن يكون كذلك، فإن للمنفذ ضده في هذه الحالة أن يستشكل بادعاء أن الحكم ابتدائي غير جائز التنفيذ، أو غير مشمول بالنفاذ المعجل. ولا يلزم من اشتراط أن يكون الإجراء المطلوب وقتياً إمكان تدارك الآثار دائماً فإذا حكم قاضي التنفيذ بعد ذلك في المنازعة الموضوعية بملكية الغير لهذه المنقولات وببطلان الحجز، فهذه المنقولات سوف يتعذر استردادها من المشتري، ولا مناص في هذه الحالة سوى التعويض، ولا يجوز له أن يبني حكمه بوقف التنفيذ على أسباب تتصل بأصل الحق، كأن يحكم بوقف التنفيذ لعدم جواز التنفيذ أو لبطلان إجراءاته، ولا يجوز له التعرض لتفسير السند التنفيذي الذي يجري

التنفيذ بمقتضاه، ولا يجوز لقاضي التنفيذ أن يحكم بعدم اختصاص محكمة التنفيذ بالحكم في الاستشكال بسبب غموض عبارات السند التنفيذي، أو تناقض منطوقه مع أسبابه الجوهرية، بل يتعين عليه أن يحكم بوقف التنفيذ مؤقتاً إلى أن تصدر المحكمة المختصة حكماً مفسراً لهذا السند. بينما يرى البعض الآخر أنه لا يجوز لقاضي التنفيذ في هذه الحالة أن يحكم بإجراء وقتي، بل يتعين عليه أن يحكم بعدم قبول الاستشكال. وأصل الحق أو موضوع النزاع - الممنوع على قاضي الاستشكال الوقتي التعرض له - لا يقصد به الحق الذي يجري التنفيذ اقتضاء له فحسب، أي حق الدائن الموضوعي، وإنما يقصد به النزاع الذي بني عليه الاستشكال، أي موضوع الاستشكال، سواء أكان متعلقاً بالحق الذي يجري التنفيذ اقتضاء له، أم متعلقاً بالحق في التنفيذ الجبري، أم متعلقاً بصحة إجراءات التنفيذ، فإذا كان الاستشكال مبنياً على بطلان إجراءات التنفيذ أو على عدم جوازها، كان هذا هو أصل الحق المتنازع عليه، وإذا كان الاستشكال مبنياً على ملكية الغير للمال المحجوز، كان هذا هو أصل الحق المتنازع عليه، وإذا كان الاستشكال مبنياً على عدم جواز التنفيذ على مال معين، كان هذا هو أصل الحق المتنازع عليه الممنوع على القضاء المستعجل التعرض له بالمعنى المتقدم.

الشرط الرابع: الاستعجال: ولم تشترط المادة (٢٧٥) مرافعات مصري، ولا المادة (٤٩٩) مرافعات يمني، صراحة أن يتوافر الاستعجال، ويرجع ذلك إلى أن الاستعجال أمر مفترض في كافة استشكالات التنفيذ، ويرى بعض الفقهاء أن افتراض توافر شرط الاستعجال لا يقبل إثبات العكس، ويرى آخرون عكس ذلك ونرى أن افتراض توافر شرط الاستعجال لا يتوافر إلا في الاستشكال الوقتي الذي يرفع قبل تمام التنفيذ، أما إذا كان التنفيذ قد تم فلا مجال لرفع استشكال، بل يكون لدى الشأن رفع دعوى مستعجلة، وفي هذه الحالة يجب توافر شرط الاستعجال، ويكون على المدعي إثبات شرط توافره^(١).

الشرط الخامس: رجحان وجود الحق: ويستدل على وجود الحق من ظاهر المستندات، وله أن يوقف التنفيذ متى رجح له بطلانه.

الشرط السادس: متعلق بالاستشكال المقدم من الغير (اختصاص جميع الأطراف في السند التنفيذي): نصت المادة (٥٠٠) مرافعات يمني على أنه: (إذا رفعت منازعات التنفيذ - الوقتية أو الموضوعية - من الغير فيجب اختصاص جميع الأطراف الملزمين في

(١) د/ عز الدين الديناصوري وحامد عكاز- القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء - مركز الدلتا للطباعة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٧م. ص ٢٢٢. د/ أحمد أبو الوفاء- إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية - منشأة المعارف ١٩٩٠م. ص ٥٥٥.

السند التنفيذي ومن وجهت إليهم إجراءات التنفيذ وإلا حكمت محكمة التنفيذ برفضها)، ما لم حكم القاضي بعدم قبول الدعوى. فالقانون المصري قصر نطاق أعمال هذا الشرط على حالة ما إذا كان الاستشكال مرفوعاً - سواء أمام المعاون أو بالطريق المعتاد - من غير الملتزم في السند التنفيذي، إذ أوجب على رافع الاستشكال أن يختصم الطرف الملتزم في السند التنفيذي ولو تعدد أفراد هذا الطرف، فإن لم يتم هذا الاختصاص في الاستشكال، فلا يترتب على ذلك بطلان. ولا شك بأن ما قرره المادة (٥٠٠) يمضي فيه بالغ الإعانة للغير الذي يرفع منازعة في التنفيذ الجاري على مال يتعلق به حق من حقوقه.

الشرط السابع: أن يرفع الاستشكال قبل الفصل في النزاع الموضوعي: بحكم حائز لقوة الأمر المقضي وذهب البعض إلى أنه يكفي أن يكون هذا الحكم حائزاً فقط لحجية الأمر المقضي، حيث إن حكم محكمة أول درجة الذي يحسم الموضوع يجب احترامه، ومن ثم لا يجوز إهدار مراكز الخصوم في هذا الحكم عن طريق استخدام طرق الحماية المؤقتة.

الشرط الثامن: أن يكون الاستشكال مرفوعاً على حكم يقبل الاستشكال في تنفيذه: ويتفرع عن هذا الشرط ما يلي:

١ - ألا يكون الاستشكال مرفوعاً على حكم صادر في استشكال سابق: فالحكم الصادر في الاستشكال هو حكم تقريري أو منشئ لا يتضمن إلزاماً بأداء أو قياماً بعمل، فلا يتمتع بالقوة التنفيذية، وليس سناً تنفيذياً، ولذلك لا مصلحة لإقامة استشكال فيه، ذلك أنه إذا صدر في استشكال حكم بوقف التنفيذ، فهذا يعني أنه ليس هناك إجراءات سارية يمكن الاستشكال فيها.

٢ - ألا يكون الاستشكال مرفوعاً على حكم صادر بوقف التنفيذ من محكمة الطعن أو التظلم أو البطلان: لأن هذا الحكم يحوز الحجية، وإن كانت حجية مؤقتة، وقبول الاستشكال فيه يعد مساساً بهذه الحجية^(١).

(١) د/ محمد عبد الخالق عمر - مبادئ التنفيذ - مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر - الطبعة الأولى - ١٩٧٤م ق: ١ - ص ٤٧١. د/ أحمد مليحي - استشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ من المنازعات المدنية والتجارية - ف ٥ - ص ١٠، د/ أمينة مصطفى النمر - أحكام التنفيذ الجبري وطرقه - منشأة المعارف إسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٧١م - ف: ٢٠٢ - ص ٢٦١. المستشار/ يونس ثابت - استشكالات التنفيذ في الأحكام والمحرمات الموثقة - عالم الكتب القاهرة، ١٩٧٢م - ف: ٩، ص ١٤.

ثانياً: كيفية رفع الاستشكال:

نصت المادة (٤٩٩) مرافعات يمّني على أن: (ترفع منازعات التنفيذ الوقتية وتنظر بإجراءات القضاء المستعجل) أي بإجراءات الدعوى مستعجلة أمام قاضي التنفيذ، ويرفع الاستشكال في التنفيذ في القانون الفلسطيني والمصري بطريقتين:

الطريقة الأولى: الطريقة العادية المتبعة في تقديم الطلبات المستعجلة.

والطريقة الثانية: أمام مأمور التنفيذ عند شروعه في إجراء التنفيذ.

ويجوز للغير أن يرفع الاستشكال الوقتي أمام محكمة التنفيذ على الرغم من صدور حكم من محكمة الطعن بوقف التنفيذ، ويجوز تدخل الغير في استشكال مرفوع من غيره؛ لأن رفع الاستشكال الوقتي يترتب عليه انعقاد خصومة قضائية بالمعنى الفني الدقيق.

رفع الغير للاستشكال في التنفيذ قبل بدئه:

اختلف الفقهاء حول جواز رفع الغير استشكالاً وقتياً في التنفيذ قبل بدئه. فذهب الجمهور والقضاء إلى أنه يجوز، لأن للغير مصلحة في ذلك، بينما يرى البعض الآخر عكس ذلك فبدء التنفيذ يعتبر شرطاً لقبول الاستشكال، لأنه يتعلق بالمصلحة، فتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام.

أولاً: إجراءات رفع الاستشكال الوقتي:

حصر القانون اليمني رفع الاستشكال الوقتي بطريق رفع الدعوى المستعجلة م (٤٩٩) مرافعات، ويؤيد بعض الفقه ما قرره القانون اليمني، بعلّة أن هذا الطريق لا لزوم له في ظل القانون اليمني الذي جعل قاضي التنفيذ هو المشرف الفعال على جميع إجراءات التنفيذ، ونرى أن السماح برفع الاستشكال أمام معاون التنفيذ عند قيامه بإجراءات التنفيذ لا يعدو أن يكون إحلالاً للمعاون محل قلم الكتاب الذي تودع فيه صحيفة الاستشكال طبقاً للطريق العادي في رفع الاستشكال، وليس إحلالاً للمعاون محل قاضي التنفيذ. وتنطبق عليها القواعد العامة التي تنطبق على الخصومة العادية التي تتعلق بالغياب والحضور، وقواعد الشطب «الاستبعاد» من جدول الجلسات.

ثانياً: المحكمة المختصة:

يرفع الاستشكال أمام قاضي التنفيذ سواء أكان حكماً أم أمراً أم محرراً موثقاً أم محضر صلح مصدقاً عليه من المحكمة، وسواء أكان صادراً من القضاء أم من غير القضاء، وسواء

أكان وطنياً أم أجنبياً، غير أنه يرد على هذه القاعدة الاستثناءات التالية:

١ - إذا كان السند التنفيذي حكم محكم - غير أجنبي - في تحكيم اختياري، فإن منازعات التنفيذ المتعلقة بتنفيذ هذا الحكم ترفع - في القانون اليمني - أمام المحكمة المختصة بتنفيذ أحكام التحكيم، وهي محكمة الاستئناف المختصة طبقاً للقواعد العامة في تحديد الاختصاص، أو أمام المحكمة التي تنيبها محكمة الاستئناف المختصة لتنفيذ حكم التحكيم (م ٨، ٥٨) تحكيم.

٢ - إذا كان السند التنفيذي حكم تحكيم إجباري، فإن الاختصاص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بتنفيذ هذا الحكم - سواء أكانت وقتية أم موضوعية - ينعقد لهيئة التحكيم الإجباري م (٦٧) من القانون المصري رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣م المتعلق بهيئات القطاع العام وشركاته م (١١٧) من قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة اليمني.

٣ - إذا كان السند التنفيذي حكماً جنائياً، فإن الاختصاص يتوزع بين المحكمة الجزائية والمحكمة المدنية بحسب الفروض التالية:

الفرض الأول: تختص المحكمة الجزائية التي أصدرت الحكم بالمنازعات المتعلقة بتنفيذه، إذا كان التنفيذ يجري للشق الجنائي من الحكم الجنائي، وذلك في هاتين الحالتين:

الأولى: المنازعات التي يثيرها المحكوم عليه أو المحكوم له أو الغير إذا تعلق بمضمون الحكم نفسه من حيث قابليته للتنفيذ، وتقدم هذه المنازعات إلى النيابة العامة وتقوم النيابة برفعها إلى المحكمة الجزائية التي أصدرت الحكم الجاري تنفيذه على هذه الأموال م (٥٢٤) إجراءات جنائية مصري، وم (٥٢٩) إجراءات جزائية يمني.

الثانية: المنازعات التي يتم إثارتها من أطراف الحكم أو من الغير بسبب تنفيذ الحكم الجنائي للعقوبة الجنائية المتمثلة بالدية أو الأرش عن جناية الخطأ أو شبه العمد، ذلك أن تنفيذ هذه العقوبة يجري على أموال عاقلة الجاني أو من في حكمها، أو على بيت المال في حال عدم وجود عاقلة أو وجودها وعجزها عن دفع الدية أو الأرش كلياً أو جزئياً، وهؤلاء جميعاً من الغير، فيجوز لهم ولأطراف الحكم إثارة المنازعات المتعلقة بهذا التنفيذ م (٥١٦، ٥١٥) إجراءات جزائية يمني^(١). مع مراعاة أن قانون الإجراءات الجزائية اليمني

(١) هذا ما قرره قانون الإجراءات الجزائية اليمني في المواد الآتية: مادة (٥١٢): وتنص المادة (٥١٣): (يكون تعيين أفراد العاقلة أو من في حكمهم بناء على طلب يتقدم به المحكوم لهم أو أحدهم إلى دائرة كتاب

م(٥١٢) أوجب أن يجري التنفيذ- في هذه الحالة- طبقاً لما هو مقرر في قانون المرافعات.

الفرض الثاني: تختص محكمة التنفيذ المختصة طبقاً للمواد م(٢٧٥) مرافعات مصري م(٣١٧، ٣١٨، ٣٢٥) مرافعات يمني بالمنازعات المتعلقة بتنفيذ الحكم الجنائي في هاتين الحالتين:

الأولى: المنازعات التي يرفعها الغير بسبب تنفيذ الحكم الجنائي للشق الجنائي منه، إذا كان هذا التنفيذ يجري على أموال المحكوم عليه، وكان هذا الغير يدعي حقاً على هذه الأموال م(٥٢٧) إجراءات جنائية مصري م(٥٣١) إجراءات جزائية يمني، فترفع هذه المنازعات أمام محكمة التنفيذ المختصة طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات.

الثانية: المنازعات المتعلقة بتنفيذ الحكم الجنائي إذا كان تنفيذ الحكم الجنائي يجري للشق المدني منه، فهذا التنفيذ يجري طبقاً لقانون المرافعات م(٣/٤٧٠) إجراءات جزائية يمني، أي يكون من اختصاص محكمة التنفيذ المختصة، ومن ثم ترفع منازعات التنفيذ المتعلقة بتنفيذ هذا الحكم- سواء من أطراف التنفيذ أو من الغير- أمام هذه المحكمة.

٤- إذا كان السند التنفيذي حكماً صادراً بالاستملاك للمنفعة العامة، فإن منازعات الغير المتعلقة بتنفيذ هذا الحكم ترفع- طبقاً للقانون اليمني- أمام محكمة الاستئناف م(١١) من قانون الاستملاك اليمني، وكذلك المنازعات المرفوعة من أطراف التنفيذ، لأن هذه المحكمة هي المختصة بتنفيذ الحكم الصادر منها بالاستملاك للمنفعة العامة م(٢٥) من ذات القانون.

٥- إذا كان السند التنفيذي حكماً منعماً ففي القانون المصري إذا دُفع أمام قاضي التنفيذ بانعدام السند التنفيذي المطلوب تنفيذه، وظهر لقاضي التنفيذ جدية هذا الدفع فإنه يحكم بوقف التنفيذ مؤقتاً إلى حين الفصل في دعوى البطلان الأصلية. أما في القانون اليمني أجاز مواجهة الحكم المنعّم بدفع أمام قاضي التنفيذ م(٧٥) مرافعات والمعدلة أيضاً عام ٢٠٢١م، وأوجب- في نص المادة (٥٨/ب) منه: على قاضي التنفيذ أن يحيل هذا الدفع مع الحكم المدفوع بانعدامه إلى المحكمة المختصة أياً كانت درجتها، ويقف التنفيذ بقوة القانون، ويجوز للغير من رفع دعوى بعدم الاعتراف بالحجز أو بالتنفيذ الذي يجري استناداً

المحكمة التي أصدرت الحكم الواجب التنفيذ يبين فيه أسماء هؤلاء الأفراد وعمر كل منهم وصلته بالمحكوم ضده ودرجة يساره)).

إلى هذا الحكم. أما إذا كان السند التنفيذي المنعدم ليس حكماً قضائياً فإن اختصاص قاضي التنفيذ بوقف تنفيذه - إذا دفع أمامه بانعدامه - يظل قائماً.

ثالثاً: الفصل في الاستشكال:

يفصل قاضي التنفيذ في الاستشكال بصفته قاضياً للأمر المستعجلة، حيث ترفع الدعوى المستعجلة بعريضة تعلن إلى المدعى عليه خلال أربع وعشرين ساعة ويجوز إنقاصها إلى ساعتين ويكون ميعاد الحضور أربعاً وعشرين ساعة ويجوز إنقاصه من ساعة إلى ساعة وعلى القاضي أن ينظر الدعوى في المحكمة وله عند الضرورة القسوى أن ينظرها خارج المحكمة. ويصدر قاضي التنفيذ في الاستشكال حكماً وقتياً بوقف التنفيذ أو استمراره بناء على الظاهر من المستندات، وله أن يبحث ادعاءات الخصوم بحثاً سطحياً، وحجية قرار وقف التنفيذ مؤقتة ومرهونة ببقاء الظروف التي صدر فيها، والحكم الصادر في الاستشكال التنفيذي يقبل الطعن فيه بالاستئناف لدى محكمة الاستئناف التي تقع في نطاقها دائرة التنفيذ، أيأ كانت قيمة النزاع، تنص المادة (٥٠١) مرافعات يماني تعديل ٢٠١٠م (للخصوم الطعن في الأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ الموضوعية والوقوتية أمام الاستئناف خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم في المنازعة وعلى محكمة الاستئناف الفصل في الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ رفعه إليها ويعتبر حكمها غير قابل للنقض)، وقبل التعديل كان يجوز الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أمام المحكمة العليا وفقاً للقواعد العامة). وبالتالي لا ننصح الغير برفع منازعة موضوعية أمام قاضي التنفيذ لأنه سينتقص حقه في الطعن أمام المحكمة العليا (جواز الجمع بين الطعن في الحكم ورفع الاستشكال).

رابعاً: أثر الاستشكال التنفيذي:

لا يترتب على رفع الاستشكال وقف التنفيذ في القانون اليمني ما لم يحكم القاضي بوقف التنفيذ، ولم يقرر القانون اليمني وقف التنفيذ كأثر مباشر وبقوة القانون على مجرد رفع أية منازعة سواء وقتية أم موضوعية، وسواء كانت منازعة أولى أم ثانية، وسواء قدمت من أطراف التنفيذ أم من الغير، ويجوز وقف التنفيذ بحكم من قاضي التنفيذ (م٥٠٢) مرافعات أو من محكمة الاستئناف عند الطعن في الحكم الصادر برفض الاستشكال. وتنص المادة (٥٠٢) مرافعات يماني: (لا يترتب على رفع منازعة التنفيذ ولا على الطعن في الحكم الصادر برفضها وقف التنفيذ إلا إذا قررت محكمة الاستئناف ذلك بشرط أن يخشى من التنفيذ وقوع ضرر جسيم يتعذر تداركه وأن يطلب الأمر بوقف التنفيذ

في عريضة الطعن. وللمحكمة أن تأمر بتقديم كفالة أو بما يضمن صيانة حق طالب التنفيذ). ويؤيد بعض الفقه اتجاه المشرع اليمني في عدم أخذه بما تقرره القوانين المقارنة كالقانون المصري في أن الاستشكال الوقي الأول يوقف التنفيذ، بعله أن معظم استشكالات التنفيذ هي استشكالات كيدية، بسبب تقرير تلك النظم لوقف التنفيذ كأثر مباشر لرفع الاستشكال.

الحكم في الاستشكال الوقي وآثاره:

أولاً: سلطة القاضي في الحكم في الاستشكال:

يجب أن يأخذ الحكم الصادر في الاستشكال الشكل العام للأحكام القضائية من ناحية البيانات الواجب توافرها فيه، ويجب أن يشتمل هذا الحكم على أسباب وافية بالقدر الذي يتعلق بالطلب الوقي المطروح على القاضي.

ثانياً: سلطة القاضي في تحوير مطلوب رافع الاستشكال:

قد يحدث أن يرفع الغير استشكلاً وقتياً بعد تمام التنفيذ، وهو ما يترتب عليه عدم قبول هذا الاستشكال، اختلف الفقهاء فذهب البعض إلى أن قاضي التنفيذ يحول الطلب إلى طلب بعدم الاعتداد بالحجز، بشرط أن يتوافر ركن الاستعجال، وذهب البعض إلى أن قاضي التنفيذ يحكم بعدم قبول الاستشكال، لعدم توافر الشروط اللازمة لمنح الحماية القانونية أصلاً^(١).

سلطة القاضي في تكييف مطلوب الغير رافع الاستشكال:

ذهب الجمهور إلى أن العبرة بوصف الطلب أو بتكييفه هي بالوصف أو التكييف الذي يحدده القانون، وإن القاضي يكيف الطلب ويصفه، هل هو طلب وقي أم موضوعي، ولا يعتبر ذلك قضاء بما لم يطلبه الخصوم.

قرار محكمة التنفيذ في «الاستشكال» الوقي:

الفرض الأول: عدم الاختصاص بنظر الاستشكال.

الفرض الثاني: اختصاص المحكمة بنظر الاستشكال.

(١) د/ أحمد مليجي - التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض. دار الفكر العربي. 222W د/ محمد عبد الخالق عمر - مبادئ التنفيذ - مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر - الطبعة ١، ١٩٧٤. ص ٣٣٣.

الأصل أنه عندما يحكم القاضي في المنازعة الوقتية من الغير بوقف التنفيذ فإنه يحدد فيه للغير المستشكل ميعاداً لرفع دعواه الموضوعية (الاسترداد أو الاستحقاق) خلاله، فإن لم يحدد القاضي هذا الميعاد، جاز لطالب التنفيذ استصدار أمر على عريضة من القاضي لتحديد هذا الميعاد، فإن انقضى الميعاد دون رفع هذا الغير لدعواه الموضوعية جاز لطالب التنفيذ رفع دعوى مستعجلة يطلب فيها الحكم بالاستمرار في التنفيذ.

الأمر الثاني: الحكم بعدم قبول الاستشكال أو برفضه:

يفرق الفقهاء بين الحكم بعدم قبول الاستشكال وبين الحكم برفض الاستشكال، فالحكم بعدم قبول الاستشكال يترتب على تخلف الشروط اللازمة لقبول الاستشكال، بصرف النظر عن أحقية الغير المستشكل في طلبه في الاستشكال، ويستوي أن تكون هذه الشروط شروطاً عامة أم خاصة تتعلق بسلطة الشخص في إقامة الدعوى، أما الحكم برفض الاستشكال فهو قضاء موضوعي من حيث المضمون في موضوع الطلب محل الاستشكال ولو كان طلباً وقتياً ويستند إلى عدم أحقية الغير المستشكل في طلبه، والحكم برفض الاستشكال له حجية حيث يمنع من إعادة رفع الاستشكال الوتقي أمام القضاء، بخلاف الحكم بعدم قبول الاستشكال قد لا يمنع من إعادة رفع الاستشكال، كما لو تخلف شرط الصفة، فإنه يجوز إعادة رفع الاستشكال بعد توافر الصفة، وقد يمنع الحكم بعدم القبول من إعادة رفع الاستشكال، كما لو تخلف شرط رفع الاستشكال قبل تمام التنفيذ.

ثالثاً: آثار الحكم الصادر في الاستشكال الوتقي:

أ - آثار الحكم بعدم الاختصاص بنظر الاستشكال:

لا يترتب على الحكم بعدم الاختصاص إنهاء الخصومة في الاستشكال، وليس من شأنه أن يزيل صحيفته، وإنما هو ينقل الاستشكال بحالته من حيث انتهت إجراءاته من المحكمة المحيلة إلى المحكمة المحال إليها، وإن حكمت المحكمة المحال إليها هذا الاستشكال بوقف التنفيذ، فإن أثر حكمها ينسحب إلى اللحظة التي رفع فيها هذا الاستشكال إلى المحكمة غير المختصة^(١).

(١) المستشار/ يونس ثابت- استشكالات التنفيذ في الأحكام والمحرمات الموثقة- عالم الكتب القاهرة، ١٩٧٢م- ف: ٩، ص ١٤ و د/ محمد حسين- طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٢م- ص ٩٧.

ب - آثار الحكم بقبول الاستشكال وبوقف التنفيذ:

يترتب على الحكم بقبول الاستشكال وبوقف التنفيذ ما يلي:

- إن هذا التنفيذ يتوقف عند آخر إجراء سابق على تقديم الاستشكال، فأثر هذا الحكم يضاف إلى اللحظة التي توقف فيها التنفيذ عند رفع الاستشكال.

ج - آثار الحكم بعدم قبول الاستشكال أو برفضه:

الحكم بعدم قبول الاستشكال المرفوع من الغير أو برفضه لأي سبب من أسباب تترتب عليه الآثار التالية:

١ - زوال الأثر الموقوف للتنفيذ «الاستمرار في التنفيذ» إذا كان قد توقف وإذا حكمت المحكمة بعدم قبول هذا الاستشكال أو برفضه، فلا يشترط أن تحكم صراحة بالاستمرار في التنفيذ، كونه مندمجاً - بطريق التضمن واللزوم والاقتضاء - على حكم بالاستمرار في التنفيذ.

٢ - الحكم على المستشكل بالغرامة: القانون اليمني لم يقرر بنص خاص جواز الحكم بالغرامة على من خسر منازعته الوقتية لكن ذلك لا يمنع قاضي التنفيذ من الحكم بها للخزانة العامة عن كل طلب أو دفاع يقدمه بقصد الكيد م (١٧٠) مرافعات.

٣ - الحكم على المستشكل بتعويض المستشكل ضده: القانون اليمني لا يقرر بنص خاص جواز الحكم على الغير المستشكل إذا خسر استشكله بتعويض المستشكل ضده، غير أن ذلك لا يمنع من تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن، المادة (١٧٠) مرافعات. والحكم الصادر في دعوى التعويض هو حكم موضوعي، ويخضع الطعن فيه للقواعد العامة المتعلقة بالطعن، واختلف الفقهاء في مصر حول اختصاص قاضي التنفيذ بالحكم بهذه التعويضات، فذهب البعض إلى أنه من اختصاص قاضي التنفيذ كونه طلباً مرتبطاً، وذهب البعض إلى خلاف ذلك فيما عدا دعوى التعويض التي يرفعها الحاجز ضد المحجوز لديه مع دعوى إلزامه بدين الحاجز في حالة عدم تقرير المحجوز لديه بما في ذمته على الوجه المنصوص عليه قانوناً، فهذه تختص بها محكمة التنفيذ م (٣٤٣، ٣٤٤) مرافعات مصري.

الطبيعة القانونية للحكم الصادر في الاستشكال الوقتي:

أ - هو مجرد حكم منشئ، فليس سنداً تنفيذياً وليست له قوة تنفيذية، ولذلك فإنه لا

ينفذ بإجراءات التنفيذ الجبري، كما لو قضى هذا الحكم بوقف التنفيذ ويترتب على هذا النتائج التالية^(١):

١- أن أثر الحكم في الاستشكال بوقف التنفيذ ينسحب بأثر رجعي إلى لحظة رفع الاستشكال، وعدم الاعتداد مؤقتاً بما تم من إجراءات التنفيذ بعد رفع الاستشكال.

٢- لا يعتبر هذا الحكم سنداً تنفيذياً لإعادة الحال إلى ما كانت عليه إلى لحظة رفع الاستشكال بالنسبة لما تم من إجراءات التنفيذ بعد رفع الاستشكال، وإنما يتم إعادة الحال إلى ما كانت عليه بناء على دعوى بذلك عند بعض الفقهاء، أو بأمر من قاضي التنفيذ بناء على طلب بذلك عند البعض الآخر.

٣- أن هذا الحكم لا يرد عليه استشكال، لأن القاعدة أن الاستشكال لا يرد على الاستشكال.

ب- الحكم الصادر في هذا الاستشكال هو حكم قطعي في موضوع الحماية المؤقتة وليس قطعياً في موضوع يتعلق بأصل الحق، وهو حكم وقطي مستعجل، ويكتسب حجية مؤقتة (٢٤٥م) مرافعات يمني، ويترتب على هذا النتائج الآتية:

١- الحكم الوقطي الصادر في الاستشكال الوقطي المرفوع من الغير لا يمس أصل الحق، أي النزاع الموضوعي حول بطلان إجراءات التنفيذ أو صحتها.

٢- إذا كانت الظروف التي صدر على أساسها الحكم في الاستشكال الوقطي باقية كما هي لم تتغير، فلا يجوز لقاضي التنفيذ - لغلط في الواقع أو في القانون - أن يعدل عن هذا الحكم بأن يحكم بالاستمرار في التنفيذ، وذلك لاستنفاد سلطته في ظل هذه الظروف.

٣- إذا تغيرت الظروف أمكن الالتجاء إلى قاضي التنفيذ للحصول على حكم يتناسب مع الظروف التي تغيرت، لكن هل الحكم في الاستشكال الوقطي يمنع «الغير» من رفع أي استشكال وقطي آخر عن سبب كان قائماً وقت صدور هذا الحكم، واختلفت الآراء في ذلك، فذهب البعض أن الحكم في الاستشكال الوقطي لا يمنع من رفع استشكال آخر بناء على أسباب لم تعرض على قاضي التنفيذ عند إصدار هذا الحكم، ولما كان المشرع لا يوجب إبداء جميع الأسباب التي تبرر

(١) المستشار/ يونس ثابت - استشكالات التنفيذ في الأحكام والمحرمات الموثقة - عالم الكتب، القاهرة - ١٩٧٢م، ف ٨ ص ١٣.

وقف التنفيذ المتوفرة وقت رفع الاستشكال وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الحكم في الاستشكال الوقي يمنع من رفع أي استشكال وقي آخر عن سبب كان قائماً وقت رفع الاستشكال السابق، سواء دُفع بهذا السبب أم لم يدفع به، لأنه يشترط في الظروف التي تجيز للقاضي العدول عما قضى به في الحكم المستعجل أن تكون ظروفًا جديدة.

٤- الحكم الوقي الصادر في الاستشكال الوقي المرفوع من الغير يزول وتزول جميع الآثار المترتبة عليه بصدور الحكم في موضوع النزاع م (٢٤٥) مرافعات يماني.

ج- الحكم الصادر في الاستشكال الوقي المرفوع من الغير هو من الأحكام المستعجلة التي تكون نافذة فور صدورهما بقوة القانون وبدون كفالة، إلا إذا علق القاضي تنفيذ الحكم على تقديم كفالة (م ٢٨٨) مرافعات مصري م (٢٤٤، ٥٠٢) مرافعات يماني، ويستعمل الفقهاء لنفاد هذا الحكم عبارة «النفاد المعجل» وليس «التنفيذ المعجل»، على أساس أن «التنفيذ المعجل» لا يكون إلا لأحكام الإلزام، أما الحكم في الاستشكال فليس حكماً ملزماً بل منشئاً، فيقف التنفيذ كأثر لنفاد هذا الحكم.

الطعن في الحكم الصادر في الاستشكال الوقي:

في القانون المصري الحكم الصادر في الاستشكال الوقي - باعتباره صادراً في مادة مستعجلة - يقبل الطعن فيه بالاستئناف أمام المحكمة المختصة في جميع الحالات، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم م (٢١٣، ٢٢٠، ٢٢٧) مرافعات، ويرفع الاستئناف في هذا القانون إلى المحكمة الابتدائية التابع لها قاضي التنفيذ، وينظر أمامها بهيئة استئنافية م (٢/٢٧٧) مرافعات، والحكم الصادر في هذا الاستئناف لا يكون قابلاً للطعن فيه بالنقض في هذا القانون لصدوره من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية، إلا في الأحوال التي تجيز هذا الطعن وفقاً للمادة (٢٤٩) مرافعات، أما في القانون اليمني كون هذا الحكم قابلاً للطعن فيه بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره حتى ولو كان صادراً في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية. ولا يكون الحكم الاستئنافي الصادر في هذه المنازعة قابلاً للطعن فيه أمام المحكمة العليا طبقاً للمادة (٥٠٢) مرافعات معدلة عام ٢٠١٠ م.

المطلب الثالث: خصوصية الاستشكال في تنفيذ الحكم الأجنبي؛

تمهيد وتقسيم:

يلاحظ أن قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم اليمني لم يضعاً نظاماً خاصاً لتنفيذ أحكام التحكيم الدولية تختلف عن تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية، بخلاف قانون التحكيم الفرنسي لعام ٢٠١١م، كما أن هناك فرقاً بين تنفيذ أحكام التحكيم العادي وأحكام التحكيم الإلكتروني في كيفية تنفيذها وسأتناول ذلك في فرعين:

الفرع الأول: الاستشكال في تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي

يشترط لتنفيذ الحكم القضائي الأجنبي وفقاً لقانون المرافعات اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م ما نصت عليه المادة (٤٩٤) من أنه: «يشترط لتنفيذ السند التنفيذي الأجنبي ما يأتي:

١- ألا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة أو قواعد النظام العام في اليمن.

٢- أن تكون المحاكم اليمنية غير مختصة بالنزاع الذي صدر فيه السند التنفيذي الأجنبي، وأن المحكمة الأجنبية الذي أصدرته مختصة به طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها.

٣- أن يكون التنفيذ بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ السندات التنفيذية اليمنية معاملة بالمثل.

٤- أن يكون السند التنفيذي صادراً من محكمة أو هيئة قضائية مختصة وأن يكون الحكم أو الأمر حائزاً لقوة الأمر المقضي به وفقاً لقانون ذلك البلد الأجنبي.

٥- ألا يتعارض السند التنفيذي مع حكم أجنبي سبق صدوره من المحاكم اليمنية».

وتتضمن المادتان (٢٩٦ و ٢٩٨) من قانون المرافعات المصري عدّة شروطٍ يجب توافرها في الحكم الأجنبي حتى يصدر الأمر بتنفيذه في مصر.

١- شرط التبادل أو المعاملة بالمثل: أن المقصود بشرط التبادل هو شرط التبادل القانوني، في حين يرى بعض الفقه أن المقصود بشرط التبادل هو التبادل الفعلي^(١)،

(١) د/ فواد رياض، ود/ سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م، ص٢٠٥.

ويرى غالبية الفقه أن القاضي المصري واليميني يكتفيان بتطبيق نظام المراقبة ولو كان القانون الأجنبي يعامل الأحكام المصرية واليمنية بنظام المراجعة لأن المقصود هو القوة التنفيذية للحكم ككل وليس شرطاً بشرط وحكما بحكم^(١). وهو ما أؤيده. وتنص المادة (٣/٤٩٤) من قانون المرافعات اليمني على أن: السندات التنفيذية الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ السندات التنفيذية اليمنية معاملة بالمثل وهو نظام يمكن من خلاله تطبيق نظام دولة السند التنفيذي سواء كانت تلك الدولة تتبع المراجعة أو الرقابة فيعاملها القاضي الوطني بالمثل، ويجب أن يكون التبادل واقعياً فلا يكتفي أن ينص قانون دولة السند الأجنبي على تنفيذ الحكم اليمني بل لا بد من التنفيذ الواقعي الفعلي للحكم اليمني، ونظام التبادل نظام منتقد.

ومقتضى هذا الشرط أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي إلا إذا كانت الدولة التي صدر باسمها الحكم تقبل تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم المصرية واليمنية، وبنفس القدر فقد نصت المادة (٢٩٦) مرافعات مصري على أن "الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه".

ويبنى على ذلك أنه إذا كان قانون البلد الأجنبي الصادر عن محاكمه الحكم المراد تنفيذه لا ينظر إلى أحكام محاكمه إلا بوصفها دليلاً بسيطاً يُمكن مناقضته، وأنه يلزم على المحكوم له أن يرفع دعوى جديدة للمطالبة بحقه المتعلق به الحكم المصري فإنه يجب معاملة الحكم الأجنبي بذات المعاملة، وإذا كانت الدولة الأجنبية المراد تنفيذ أحكامها في مصر تعترف بأحكام محاكمنا بوصفها كذلك وتُجيز تنفيذها عدت المعاملة بالمثل في هذه الحالة^(٢).

وقد تعرض الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل لانتقاد الفقه، فذهب البعض إلى أنه يُمكن أن تؤدي إلى نتائج غير محمودة على الإطلاق في مجال تنفيذ الأحكام؛ إذ من المُحتمل أن تؤدي إلى الإضرار بالوطنيين متى كان الحكم الأجنبي المراد تنفيذه قد صدر لصالح بعض الوطنيين ولكن قد صدر من محاكم دولة لا يتوافق في شأنها شرط المعاملة بالمثل.

(١) د/ هشام صادق تنازع الاختصاص ١٩٧٢م، ص ٢٠١، ود/ فؤاد عبد المنعم رياض ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠.

(٢) د/ هشام صادق تنازع الاختصاص، ١٩٧٢م، ص ٢٠١، ود/ فؤاد عبد المنعم رياض، ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠، ود/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٧٠، وانظر:

Droz G. Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marche commun □ paris □ 1972 □ p.269 ets.

٢- اختصاص المحكمة الأجنبية: يشترط أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن قد صدر من محكمة أجنبية مختصة، ويرى غالبية الفقه أنه يشترط توافر الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية دون الاختصاص الداخلي (المحلي والنوعي)، فلا شأن للقانون الدولي الخاص بالاختصاص الداخلي، إلا إذا كان عدم الاختصاص هذا قد أدى إلى جعل الحكم باطلا لدى الدولة التي صدر من محاكمها^(١).

يُشترط كذلك لتنفيذ الحكم الأجنبي- حسب نص المادة (٢٩٨) من قانون المرافعات المصري أن يكون صادراً عن هيئة قضائية مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقرر في قانونها بشرط ألا تكون محاكم الجمهورية مختصة بالمنازعة التي صدر الحكم أو الأمر الأجنبي في شأنها.

على أن التشريعات الحديثة تجعل البحث في اختصاص المحكمة الأجنبية وفقاً لقانونها وليس وفقاً لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها^(٢).

٣- عدم اختصاص المحاكم اليمنية أو المصرية:

لا يكفي أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن أو في مصر قد صدر من محكمة أجنبية مختصة (الشق الإيجابي) بل يشترط أيضاً عدم اختصاص المحاكم اليمنية بالفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن أو في مصر (الشق السلبي)^(٣).

وهذا الشرط يهدف إلى حماية الاختصاص القضائي الدولي من الاعتداء عليه^(٤)، ويرى بعض الفقه أن إيراد هذا الشرط في غاية الخطورة، إذ قد يترتب عليه رفض تنفيذ معظم أحكام التحكيم الأجنبية في مصر أو في اليمن^(٥). وللتخفيف من غلواء هذا الشرط طرح الفقه العديد من الحلول:

(١) د/ هشام صادق تنازع الاختصاص ١٩٧٢م، ص ٢٢٨ د/ فؤاد عبدالمنعم رياض ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠.

(٢) د/ فؤاد عبدالمنعم رياض ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٣) انظر في هذا الصدد حكم محكمة النقض الصادر في ٢٨/١١/١٩٩٠م، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة ١٥ العدد الثاني، ص ٩٠٩.

(٤) د/ أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مرجع سابق، ص ٢٠٤، و د/ عبدالحكيم أحمد عطروش، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في منازعات الاستثمار، مجلة القانون المغربي، العدد ٨، مارس، ٢٠١٢م.

[http:// search. Mandumah.com/record/ 1519214.](http://search.Mandumah.com/record/1519214)

(٥) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٠٨، ٣٠٩.

الرأي الأول: يرى جانب من الفقه أن الشرط السابق ينطبق فقط على الاختصاص الوجودي أو القاصر لتعلقه بالنظام العام كالاختصاص المبني على الموطن أو الأموال أو الالتزامات أو الإفلاس الذي أشهر في مصر- أو في اليمن- دون الاختصاص الجوازي كالاختصاص المبني على الجنسية أو القبول الاختياري أو الطلبات العارضة^(١)، وانتقد هذا الرأي؛ لأن القانون الفرنسي فرق بين الاختصاص القاصر والاختصاص الجوازي في حين لم يفرق القانونان المصري واليمني بنص صريح وأرى أن تلك التفرقة يمكن أن تفهم ضمناً من القواعد العامة في القانونين المصري واليمني.

ويذهب رأي ثان إلى القول بأن الأصل عدم تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في منازعة داخلية في اختصاص المحاكم المصرية- أو اليمنية- إلا أنه يمكن تنفيذه استثناء لاعتبارات الملاءمة، فلا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في منازعة داخلية في اختصاص المحاكم المصرية أو اليمنية المتعلقة بمال موجود في مصر أو في اليمن أو فعل وقع في مصر- أو في اليمن- أو صدر في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين، على أنه يمكن تنفيذه استناداً إلى دواعي الملاءمة مثل الاختصاص المبني على ضابط العقود الدولية (التزام نشأ في مصر أو نفذ فيها أو كان واجباً تنفيذه فيها) أو في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين، وانتقد هذا الرأي لعدم انضباطه^(٢).

٤- عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم وطني: ومعنى ذلك أنه على القاضي المصري قبل إصدار الأمر بتنفيذ حكم أجنبي أن يتأكد من أنه لا يتعارض مع حكم سبق وأن ما أصدرته المحاكم المصرية أو اليمنية^(٣). قد انتقد الرأي السابق بأن شرط عدم سبق صدور حكم وطني مستقل عن شرط عدم اختصاص المحاكم الوطنية^(٤). ويذهب رأي ثالث إلى النظر إلى الرابطة الوثيقة فمتى كان النزاع يتصل اتصالاً وثيقاً باليمن لم يجز تنفيذ حكم أجنبي صادر في تلك المنازعة^(٥). ويستند هذا الشرط إلى النظام العام وإلى أولوية الحكم الوطني بالنفاذ والحجية والقوة التنفيذية، ولا يشترط أن يكون الحكم الوطني الأسبق في الصدور نهائياً فيكتفى بصدور حكم ابتدائي^(٦)، وإذا

(١) من أنصار هذا الاتجاه د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٧٣.

(٢) من أنصار هذا الرأي د/ عز الدين عبدالله، ج ٢، ط ٨، مرجع سابق، ص ٩٠٦، ٩٠٥.

(٣) د/ عز الدين عبدالله، المرجع السابق، ص ٩٠٦، ٩٠٥.

(٤) د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٧٧.

(٥) د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٦) المرجع السابق، ص ٢١٠-٢١١.

صدر حكمان أجنبيان متعارضان في نفس النزاع؟ يرى بعض الفقه تفضيل الحكم الذي تكون محكمته مختصة بناء على ضابط أكثر اتفاقاً مع الضوابط المقررة في قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها في حين ذهب القانون الألماني والسويسري إلى تفضيل الحكم الأسبق في التاريخ وهو ما رجحه بعض الفقه^(١)، وأميل إليه ما لم يكن الحكم الأخير قد تضمن التنازل عن الحكم الأول وذلك بحضور الأطراف وابداء مرافعاتهم.

٥- شرط صحة الإجراءات:

نص قانون المرافعات اليمني على هذا الشرط، فيشترط أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن قد صدر بناء على إجراءات صحيحة وأن تكون حقوق الدفاع قد روعيت وذلك يتم وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم الأجنبي، على أنه يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي الغيابي إذا ثبت أن المدعى عليه قد كلف بالحضور ومثل تمثيلاً صحيحاً^(٢).

وقضت محكمة النقض المصرية: «إذ كان الثابت أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان إعلانه بأمر الأداء سند التداعي الصادر من محكمة الكويت الكلية والمطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية إذ إنه قد غادر الكويت في ظروف استثنائية يعلم بها المطعون ضده بصفته وقبل تقديم طلب استصدار أمر الأداء وإلى موطنه بجمهورية مصر العربية بسبب الغزو العراقي للكويت وصدر قرار رئيس مجلس الوزراء الكويتي رقم ١٤٨ لسنة ١٩٩١ بتاريخ ٢٧/١/١٩٩١م بإنهاء جميع عقود الدولة مع موظفيها غير الكويتيين واعتبرها منسوخة من تلقاء نفسها بما فيها عقد الطاعن بما كان لازمه انتهاء إقامته قانوناً بدولة الكويت، مما يقتضى إعلانه في موطنه وفقاً لأحكام المادة السادسة من اتفاقية التعاون القضائي بين البلدين الصادرة بالقرار الجمهوري رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٧٧م أو عن طريق السلك الدبلوماسي أو القنصلي، وإذ أ طرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع الجوهري الذي قد يتغير به إن صح وجه الرأي في الدعوى على ما اجتراه من القول من أن إعلان الطاعن على كل إقامته بدولة الكويت بالأمر سالف البيان يعد إعلاناً صحيحاً دون أن يتصل علم الطاعن به على نحو غير صحيح فإنه يكون معيباً بالخطأ في

(١) المرجع السابق، ص ٢١٤.

(٢) د/ فؤاد عبد المنعم رياض، ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٧، وحكم محكمة النقض المصرية في ٢ يوليو ١٩٦٤م مجموعة أحكام النقض سنة ١٥، عدد ٣، ص ٩٠٩.

تطبيق القانون والفساد في الاستدلال^(١).

٦- أن يكون الحكم الأجنبي حائزاً لقوة الأمر المقضي به (أن يكون حكماً نهائياً):

يشترط أن يكون الحكم الأجنبي المراد تنفيذ في اليمن حائزاً لقوة الأمر المقضي به (أن يكون حكماً نهائياً) ويعتبر الحكم نهائياً إذا استنفذ طرق الطعن العادية حتى لو كان قابلاً للطعن بالطرق غير العادية والمرجع في ذلك هو قانون الدولة التي صدر فيها الحكم الأجنبي، ويستند هذا الشرط إلى استقرار المعاملات وعدم المفاجآت وبالتالي لا يجوز تنفيذ الحكم المشمول بالنفاذ المعجل لأنه غير نهائي ولا الحكم المستعجل، أما الأمر على عريضة أو العمل الولائي فقد أجاز القانون المصري تنفيذه ولو لم يكن نهائياً وفسر بعض الفقه هذا التعارض بأن ذلك ينصرف على حالة ما إذا فات ميعاد الطعن في الأمر على عريضة^(٢).

٧- عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في اليمن:

وهذا الشرط يؤدي دوراً مماثلاً للأثر السلبي للدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين، فلا يجوز تنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع النظام العام في مصر -أو في اليمن- سواء في مضمونه أو في إجراءاته^(٣) كالحكم الذي يسوي بين الذكور والإناث في الإرث أو صدر دون كفالة حق الدفاع، كما أن محكمة النقض المصرية أجازت تنفيذ حكم أجنبي

(١) الطعن رقم ١٥٢٠٧ لسنة ٧٩ قضائية الدوائر المدنية - جلسة ١١/٤/٢٠١٧ م منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية <https://www.cc.gov.eg/> حيث إن الوقائع في أن المطعون ضده «بصفته» أقام على الطاعن الدعوى رقم ١٠٦٠٩ لسنة ٢٠٠٧ م مدني محكمة شمال القاهرة الابتدائية بطلب استصدار حكم، بتنفيذ أمر الأداء رقم ١٤٢٠ لسنة ١٩٩٣ م الصادر من المحكمة الكلية بدولة الكويت وتذييله بالصيغة التنفيذية والقاضي بإلزام الطاعن بمبلغ ١٥٠،٩٢٧ «تسعمائة وسبعة وعشرين ديناراً كويتياً ومائة وخمسين فلساً» وقال بياناً لذلك إنه صدر لصالحه الأمر آنف البيان وتم إعلانه قانوناً بدولة الكويت وتذييله بالصيغة التنفيذية، وإذ تعذر عليه التنفيذ هناك لإقامة الطاعن داخل جمهورية مصر العربية، ومن ثم أقام دعواه -قضت محكمة أول درجة بالطلبات- بحكم استأنفه الطاعن بالاستئناف ٤٩٦٤ لسنة ١٢ق القاهرة، وبتاريخ ٢١/٧/٢٠٠٩ م حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم المطعون فيه، وحيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب والإخلال بحق الدفاع، وفي بيان ذلك يقول إنه تمسك لدى محكمة الاستئناف بدفاع مؤداه بطلان إعلانه بالأمر بدولة الكويت، والمطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية حال أنه كان قد غادر الكويت في ٢٠/٧/١٩٩٠ م- قبل إعلانه بطلب استصدار أمر الأداء- إلى جمهورية مصر العربية ولم يتمكن من العودة مرة أخرى بسبب ظروف غزو العراق للكويت مما كان يتعين معه إعلانه في موطنه عن طريق السلك الدبلوماسي أو القنصلي.

(٢) د/ فؤاد عبد المنعم رياض ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢٠٩، ٢١٠.

(٣) المرجع السابق، ص ٢١٤، ٢١٥.

صدر دون تسبيب^(١) رغم أن المادة (١٧٦) من قانون المرافعات تشترط تسبيب الأحكام وإلا كانت باطلة، وأرى أن ذلك يستند إلى أن مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص الذي يعتبر أضيق منه في القانون الداخلي سواء في مجال تنازع القوانين أو في مجال تنازع الاختصاص، كما أن غالبية الفقه في فرنسا ومصر يعتقدون في مسألة وقت تحديد تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام في اليمن بوقت تنفيذ الحكم الأجنبي لا بوقت صدوره^(٢).

الفرع الثاني: الاستشكال في تنفيذ حكم تحكيم أجنبي:

يختلف تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في قانوني التحكيم اليمني والمصري عنه في اتفاقية نيويورك، حيث إن اتفاقية نيويورك أكثر شدة في تنفيذ أحكام التحكيم الدولية: وتسرى نصوص قانون التحكيم المصري المتعلق بتنفيذ الأحكام على أحكام التحكيم الذي يجري في مصر^(٣) - وعلى أحكام التحكيم الذي يجري في الخارج إذا كان تحكيمياً تجارياً دولياً واتفق الأطراف المحكّمون على إخضاعه لقانون التحكيم المصري^(٤). وبالنسبة لأحكام التحكيم التي تصدر في الخارج دون اتفاق الأطراف المحكّمين على خضوعها لقانون التحكيم المصري، فقد اختلف الفقه والقضاء المصري حول القانون الواجب التطبيق على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وذهب في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول: يذهب رأي في الفقه إلى تطبيق أحكام قانون المرافعات المصري على إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، منوهاً إلى أن شروط تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في قانون المرافعات المصري أخف من تلك الشروط الواردة في اتفاقية نيويورك^(٥).

(١) حكم محكمة النقض المصرية في ٦ مايو ١٩٩٦م مجموعة النقض المدني السنة ٢، العدد ٢، ص ٧١٧.

(٢) د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٢١٦-٢١٧.

(٣) د/ محمود بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م، ص ٢٩٢.

(٤) د/ أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لأحكام التحكيم، مرجع سابق، ص ٦٠، راجع أيضاً: د/ أبو العلا النمر، "القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تأريخ، ص ١١ وما بعدها.

(٥) د/ مصطفى الجمال ود/ عكاشة محمد عبدالعال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الجزء الأول، ط ١، ١٩٩٨م، ص ١٠٣ وما بعدها. ومروة حماد حسين سليمان - تنفيذ أحكام التحكيم في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٧م، ص ٢٥٦، ٢٥٧، ود/ صفاء فتوح، المرجع السابق، ص ٣٣.

الرأي الثاني: يذهب رأي في الفقه إلى عدم تطبيق أحكام قانون المرافعات المصري على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية^(١).

وجرت أحكام محكمة النقض المصرية وقبل صدور قانون التحكيم المصري الجديد على تطبيق نصوص قانون المرافعات على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية^(٢). وتواتر قضاء محكمة استئناف القاهرة على عدم تطبيق أحكام قانون المرافعات الخاصة بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية على أحكام التحكيم الأجنبية لأنها تتضمن شروطاً أشد من تلك المقررة لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية في قانون التحكيم المصري^(٣) ثم صدر حكم محكمة النقض المصرية حديثاً وحسم الخلاف فيما إذا لم يكن أطراف التحكيم قد اتفقوا على الخضوع لقانون التحكيم المصري، وأيدت محكمة استئناف القاهرة فيما انتهت إليه من خضوع تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في المادة (٥٦) من لقانون التحكيم المصري^(٤) وذلك تفسيرا للمادة (٢٩٩) من قانون المرافعات المصري التي قررت تطبيق أحكام التنفيذ الواردة في قانون المرافعات على أحكام التحكيم الأجنبية في علاقتها بقانون التحكيم المصري. وندعو بتطبيق ذلك في اليمن.

وتنص المادة (٥٨) من قانون التحكيم اليمني لعام ١٩٩٢م والمعدل عام ١٩٩٧م على أن تختص محكمة الاستئناف أو من تنييه بتنفيذ حكم التحكيم. ولا بد من صدور أمر خاص بها من قبل السلطة القضائية يسمى بأمر التنفيذ وذلك لتحقيق رقابة قضائية لا حقة على حكم التحكيم. قبل إصدار الأمر بتنفيذه^(٥) ويعود ذلك إلى المبدأ القانوني الذي مفاده أن الإرادة الخاصة وحدها لا يمكنها تكوين السندات التنفيذية^(٦).

(١) د/ منير عبدالمجيد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص ٣٠٥ وما بعدها. هامش ٢.

(٢) نقض مصري في الطعن رقم ٥٧ ق لسنة ١٩٩٤م، جلسة ١٦/٧/١٩٩٠م مجموعة أحكام النقض ٤١، ص ٤٣٤، بند ٢٤٥.

(٣) حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة ٦٣، تحري، جلسة ١٧/٢/١٩٩٩م، في الاستئناف رقم ١١٥ لسنة ٧٦، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع أغسطس، ٢٠٠، ص ٢٠٨، وراجع تظلمات أرقام ١١٩، لسنة ٧ ق تحكيم استئناف القاهرة جلسة ٦/٨/٢٠٠٣م لدى د/ مروة حماد حسين سليمان، المرجع السابق، ص ٢٦٦.

(٤) نقض مصري في الطعن رقم ٩٦٦ لسنة ٧٣ ق، جلسة ١٠/١/٢٠٠٥م. لدى د/ مروة حماد حسين سليمان، المرجع السابق، ص ٢٦٦، ٢٦٧.

(٥) د/ أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري - مرجع سابق - ص ٢٨ وما بعدها.

(٦) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٧م ص ٢٩٥، د/ محمود يونس - نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦م - ص ٢٤٧، د/ أبو زيد رضوان - «الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي» - دار الفكر العربي - القاهرة، ١٩٨١م ص ٣ وما بعدها.

وتسرى نصوص قانوني التحكيم المصري واليميني المتعلق بتنفيذ الأحكام على أحكام التحكيم التالية:

- ١- أحكام التحكيم الذي يجري في مصر أو في اليمن أيًا كان أطرافه وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية الذي يدور حولها النزاع^(١).
- ٢- أحكام التحكيم الذي يجري في الخارج إذا كان تحكيمياً تجارياً دولياً واتفق الأطراف المحكّمون على إخضاعه لقانون التحكيم المصري أو اليميني بوصفه قانون الإرادة^(٢).

أما أحكام التحكيم التي تصدر في الخارج دون اتفاق الأطراف المحكّمون على خضوعها لقانون التحكيم المصري، فسوف تخضع لقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية المنظمة بقانون المرافعات المدنية والتجارية م (٢٩٦ - ٣٠١) وذلك ما لم تكن خاضعة لأحكام القانون الاتفاقي.

ثانياً: شروط تنفيذ حكم التحكيم في قانوني التحكيم المصري واليميني:

ينظر طلب الأمر بالتنفيذ والفصل فيه وفقاً لقواعد الأوامر على عرائض بلا حضور ولا مناقشة ولا تدخل ولا إدخال، وإنما ينظر الطلب في غيبة الحضور ويصدر القاضي أمراً بناء على ما تحت يديه من أوراق ومستندات قدمها طالب التنفيذ^(٣).

فالبند الأول من المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصري يقرر بأن لا يقبل طلب

(١) د/ محمود بريري- التحكيم التجاري الدولي- الطبعة الثانية- دار النهضة العربية- القاهرة، ١٩٩٩م- ص ٢٩٢.

(٢) د/ أحمد محمد حشيش- القوة التنفيذية لأحكام التحكيم مرجع سابق، ص ٦٠، راجع أيضاً: د/ أبو العلا النمر- «القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية- القاهرة- بدون تاريخ ص ١١ وما بعدها.

(٣) د/ عزمي عبد الفتاح- التحكيم الداخلي، محاضرة القيت بمركز البحوث والدراسات القانونية بجامعة القاهرة- بالاشتراك مع الجمعية المصرية لقانون المرافعات والعلوم القضائية- مطبوعات مركز السنهوري- الدراسات القانونية ١٩٩٣م- ص ١٤٧، راجع أيضاً: د/ محمود السيد التحيوي- الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونظامه- مرجع سابق ص ٣٨٧، ود/ فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية- المرجع السابق، راجع أيضاً: د/ عبد المنعم زمزم- الإجراءات التحفظية والوقائية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم- دار النهضة العربية- القاهرة، ٢٠٠٧م - ص ١٠٨، د/ محمود بريري- التحكيم التجاري الدولي بند ١٥٨ صفحة ١٠٦- المرجع السابق، راجع أيضاً: د/ هشام خالد- "عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)- ٢٠٠٠م- دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، ص ٥٤٦.

د/ ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

التنفيذ إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى البطلان الحكم قد انقضى، كما يضيف إليه البند الثاني بأنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي:

- أ- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.
- ب- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.
- ج- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

وتنص المادة (٦٠) من قانون التحكيم اليمني لسنة ١٩٩٢م المعدل سنة ١٩٩٧م على أنه: «لا يجب الأمر بتنفيذ حكم المحكم إلا بعد التحقق مما يأتي:

- أ- أن يكون الحكم نهائياً وقابلاً للتنفيذ.
- ب- ألا يتعارض مع حكم نهائي سبق صدوره من المحاكم.
- ج- أن يكون صادراً وفقاً لأحكام هذا القانون».

ويلاحظ أن النص اليمني قد اشترط ألا يكون الحكم المراد تنفيذه متعارضاً مع حكم نهائي صادر من المحاكم، والمقصود بذلك هو الحكم البات، كما أن المراد بالفقرة ج من المادة (٦٠) من قانون التحكيم اليمني هو أمر التنفيذ وليس حكم التحكيم.

وإذا تأكد القاضي من توافر الشروط المطلوبة قانوناً في تنفيذ حكم التحكيم وثبت من عدم وجود مانع قانوني من تنفيذه فإنه يصدر أمره بتنفيذ الحكم وبالتالي يرفع إلى مرتبة الأحكام القضائية^(١).

وهكذا فإن سلطة القاضي في هذه الحالة سوف تنحصر في ممارسة رقابة خارجية على الحكم للتأكد من أنه ليس مشوباً بعيب إجرائي، وللتثبت من صحة الحكم وخلوه من أسباب البطلان. وبعبارة أخرى تنحصر في التأكد من خلو الحكم من العيوب الإجرائية، لذا لا يجوز له أن يبحث عن موضوع النزاع أو أن يراقب خطأ المحكمين في هذا الخصوص، فهو ليس بمحكمة استئناف أو الجهة المختصة بنظر بطلان حكم التحكيم، ولذا لا يجوز للقاضي أن يرفض إصدار أمر التنفيذ على أساس خطأ المحكمين في تكييف الوقائع أو خطئهم في تطبيق القانون عليها، أو على أساس أنه قد تم بعد صدور الحكم الوفاء بما قضى به، كما أنه ليس من سلطة القاضي المطلوب منه إصدار الأمر بتعديل حكم المحكمين أو تكملته^(٢).

(١) د/ أمينة مصطفى النمر - قوانين المرافعات (الكتاب الثالث) - مرجع سابق - ص ٥٥.

(٢) د/ أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري - مرجع سابق - ص ٢٨٢.

وهذا ما أكدته محكمة النقض حيث قضت بأنه ليس للقاضي عند إصدار الأمر بالتنفيذ التحقق من عدالة الحكم أو صحة قضاؤه في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد^(١).

ثالثاً: رفض الأمر بتنفيذ حكم التحكيم:

إذا تخلفت شروط إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم كلها أو بعضها، فإن القاضي سوف يرفض إصدار الأمر، ومن ثم فإن الحكم التحكيمي لا يكون قابلاً للتنفيذ في هذه الحالة^(٢).

تنفيذ حكم التحكيم الدولي وفقاً لقانون التحكيم الفرنسي الجديد سنة ٢٠١١م:

بعد تعديل نصوص قانون المرافعات الفرنسي المتعلقة بالتحكيم بموجب المرسوم رقم ٤٨ لعام ٢٠١١م فقد نصت المادة (١٥١٦) منه على: «لا يكون الحكم التحكيمي قابلاً للتنفيذ الجبري إلا بموجب أمر يقضي بمنحه الصيغة التنفيذية صادراً عن المحكمة الابتدائية التي صدر الحكم التحكيمي في نطاقها أو من المحكمة الابتدائية في باريس عندما يكون الحكم التحكيمي صادراً في الخارج». وكانت المادة (١٤٧٧) من قانون المرافعات الفرنسي القديم تنص على اختصاص قاضي التنفيذ بالمحكمة الاستئنافية في باريس بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا، ولم ينص على حالة بشأن التحكيم الدولي.

وبشأن الطعن على حكم قاضي التنفيذ من عدمه يفرق بين حالتين: الأولى: الطعن على الحكم الصادر برفض الاعتراف، حيث تنص المادة (١/٥٢٣) من قانون المرافعات الفرنسي بعد تعديلها عام ٢٠١١م على أن: «القرار الذي يرفض الاعتراف بحكم تحكيم دولي صادر في فرنسا أو الذي يرفض منح الصيغة التنفيذية يقبل الاستئناف، على أن يقدم الاستئناف ضمن شهر من تأريخ تبليغ قرار المحكمة وفقاً للفقرة الثانية من المادة».

الحالة الثانية: الطعن على الحكم الصادر بمنح الصيغة التنفيذية، حيث نصت المادة (١/١٥٢٤) من قانون المرافعات الفرنسي بعد تعديلها في عام ٢٠١١م على أنه: «القرار الذي يمنح الصيغة التنفيذية لا يقبل أي طريق من طرق الطعن إلا في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (١٥٢٢)».

أما بشأن أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارج فرنسا، فقد أشارت المادة (١/١٥٢٥)

(١) نقض ٢٧، ٣، ١٩٩٦، الطعن رقم ٢٦٦٠ لسنة ٥٩ ق السنة ٤٧ صفحة ٥٥٨.

(٢) د/ فتيحي والي - التنفيذ الجبري في القانون الكويتي - مرجع سابق - ص ٥٦.

من قانون المرافعات الفرنسي بعد تعديله في عام ٢٠١١م على أنه: «القرار الذي يتعلق بطلب يرمي إلى الاعتراف بحكم تحكيمي صادر في الخارج أو إلى منحه الصيغة التنفيذية يكون قابلاً للاستئناف، وبالتالي فرق القانون الفرنسي بين أحكام التحكيم الصادرة خارج فرنسا فإن الطعن بالبطلان مغلق أمامها، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من الطعن بالاستئناف على حكم القاضي الصادر بالموافقة، والتأكد من عدم مخالفة الحكم للأسباب الخمسة المنصوص عليها في المادة (١٥٢٠)، أما أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا فإنه يمكن الطعن فيها بالبطلان، لذا قرر القانون الفرنسي عدم جواز الطعن بالاستئناف على حكم قاضي التنفيذ الصادر بالتنفيذ؛ لأن القول بغير ذلك يعد ازدواجية في الطعن في هذه الأحكام^(١). وعالج القانون الأمريكي تنفيذ أحكام التحكيم، في قانون التحكيم الموحد عام ١٩٥٥م وقانون التحكيم الفيدرالي ١٩٢٥م واتفاقية نيويورك، وقد نص في قانون مصادقة أمريكا على اتفاقية نيويورك عام ١٩٧٠م على أن تخضع لاتفاقية نيويورك أحكام التحكيم التي تصدر في دولة منضمة إلى الاتفاقية، مع توسع الفقه الأمريكي في ذلك بالنسبة للدول التي تطبق نفس شروط اتفاقية نيويورك، والقانون الفيدرالي يطبق على الأحكام التي لا تخضع لاتفاقية دولية، وقد أجازت المادة (٢٠٧) من القانون الفيدرالي استصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم خلال ثلاث سنوات من تأريخ صدور التحكيم الخاضع للاتفاقية، والمادة (٢٠٣) جعلت الاختصاص لمحكمة أول درجة فيدرالية المختصة أصلاً بنظر النزاع هي المختصة بتنفيذ حكم التحكيم، ومدة تنفيذ حكم التحكيم الوطني حسب المادة (٩) هي سنة^(٢).

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقاً لاتفاقية نيويورك:

تضمنت المادة (٥) من اتفاقية نيويورك فقرتين تنظمان رفض تنفيذ الحكم التحكيمي الفقرة أ تتعلق بحالات رفض التنفيذ بناء على طلب الأطراف والفقرة ب تتعلق بحالات رفض تنفيذ الحكم التحكيمي من المحكمة من تلقاء نفسها^(٣) إذ نصت المادة (٥) من اتفاقية نيويورك على أنه:

(١) د/ هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ١٣١، ١٣٢.

(٢) د/ فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ٤٣٢، ود/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧م، ص ٣٤٣، راجع أيضاً: د/ محمود مختار بريري - مرجع سابق - ص ٢٤٣، ود/ سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة بالتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م.

(٣) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ص ٥٥٧ وما بعدها.

« أ - إذا طلب من يراد تنفيذ الحكم ضده رفض الاعتراف بالحكم وتنفيذه فلا يجاب طلبه إلا إذا قدم للسلطة المختصة بالدولة المطلوب فيها التنفيذ الدليل على:

- ١- عدم صحة اتفاق التحكيم وفقاً لقانون إرادة الأطراف أو لقانون مكان صدور حكم التحكيم في حالة عدم اتفاقهما على قانون يحكم الاتفاق أو ٢- عدم إعلان الخصم إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو عدم تمكنه لأي سبب من إبداء دفاعه أو ٣- تعرض حكم التحكيم للفصل في مسألة وردت في اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم واستبعاد الجزء الذي جاوز اتفاق الأطراف ٤- عدم مطابقة إجراءات التحكيم أو تشكيل محكمة التحكيم لاتفاق الأطراف أو لقانون الدولة التي يتم فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو ٥- عدم صيرورة الحكم ملزماً للأطراف أو إبطاله أو إيقاف تنفيذه من جانب سلطات الدولة التي صدر الحكم فيها أو وفقاً لقانونها.

ب - ويجوز أيضاً رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا ما تبين للسلطة المختصة في الدولة المطلوب الاعتراف بالحكم أو تنفيذه فيها: ١- أن موضوع النزاع مما لا يجوز التحكيم فيه طبقاً لقانون هذه الدولة أو ٢- أن الاعتراف بالحكم أو تنفيذه يتعارض مع النظام العام في هذه الدولة».

رابعاً: رفض أحكام التحكيم الأجنبية في اتفاقية نيويورك؛

تنقسم حالات الرفض إلى نوعين الأول: حالات يقع عبء إثباتها على عاتق من صدر حكم التنفيذ ضده، ولذا فإن المحكمة لا ترفض منح الأمر بتنفيذ الحكم إلا بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم المراد تنفيذه وإقامته للدليل على توافرها. أما النوع الثاني فيشمل حالات متى توافرت تجيز للمحكمة المطلوب منها التنفيذ أن ترفضه من تلقاء نفسها وإن لم يطلب منها أحد الخصوم ذلك^(١).

الفرع الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني؛

في مجال التجارة الدولية لا يوجد جانب عملي في التحكيم تفوق أهميته أهمية النفاذ الدولي لأحكام التحكيم. فالثقة في أحكام التحكيم والاطمئنان إلى نفاذها يؤثر بلا شك من

(١) د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧م، ص ٣٤٣، راجع أيضاً: د/ محمود مختار بريري - مرجع سابق - ص ٢٤٣.

الناحية العملية على التجارة الدولية، ذلك أن انعدام الثقة يعني تزايد المخاطر مما يكون له أثر سلبي على نظام التحكيم ذاته، وانعكاسات سيئة على حركة التجارة الدولية^(١).

وفيما يتعلق بالحصول على أمر بتنفيذ الحكم التحكيمي، فإن اتفاقية نيويورك بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها لعام ١٩٠٨م تنص على أن: «على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليها في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب»:

- ١- أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة الرسمية للسند.
- ٢- أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية، أو صورة تجمع الشروط الرسمية للسند^(٢)، وفي ذات المعنى تنص المادة (٣٥/٢) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م على أنه «على الطرف الذي يستند إلى قرار تحكيم أو يقدم طلباً لتنفيذه أن يقدم القرار الأصلي الموثق حسب الأصول، أو صورة منه مصدقة حسب الأصول». وتقرر المادة (٨) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٩م أن النسخة المطابقة للأصل يمكن استعمالها كالنسخة الأصلية بشرطين الأول: أن يكون ثمة ضمانات أكيدة للإعلام بها، والثاني، أن يبلغ هذا الإعلام إلى الشخص الذي تقدم إليه صورة القرار التحكيمي، وفي إطار التحكيم الإلكتروني، يرى البعض أن الجهات الرسمية المنوط بها التنفيذ، والتي تبدأ بالمحكمة المختصة بإصدار الصيغة التنفيذية للحكم وكذلك رجال التنفيذ من محضرين وشرطة لن يقبلوا بسهولة مسئولية تنفيذ حكم وتحكيم إلكتروني إلا في حالة وجود قانون وطني أو اتفاقية دولية تلزم السلطات الوطنية بقبول وتنفيذ الأحكام الإلكترونية^(٣).

ويذهب اتجاه ثانٍ إلى أنه إذا كان طالب تنفيذ حكم التحكيم التقليدي أو العادي يلزم أن يقدم أصل ذلك الحكم أو نسخة رسمية من هذا الأصل، وإذا كان ذلك المقتضي لا يثير أية مشكلات في مجال التحكيم العادي فالأمر لا يسير على نفس المنوال في مجال التحكيم الإلكتروني وذلك لسببين هما:

الأول: يرجع إلى نظام المعلوماتية التي لا تميز بين الأصل والصورة.

(١) انظر: د/ عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٣م، ص ٥.

(٢) انظر: المادة (١/٤) من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م.

(٣) انظر: د/ حازم حسن جمعه، اتفاق التحكيم الإلكتروني، مؤتمر دبي ٢٠٠٣م ص ٣٦، ود/ عصام مطر مرجع سابق، ص ٤٨٩.

الثاني: يرجع الى الصعوبات التي تثيرها رسمية المستند الإلكتروني .

ويضيف بأنه يمكن أن تماثل الوثيقة الإلكترونية الأصل، ويتم التنفيذ بمقتضاها إذا توافر شرطان هما:

أولاً: يتعين وجود ضمان إمكان التشغيل فيما يخص كمال المعلومة .

ثانياً: يتعين أن تكون المعلومة يمكن الكشف عنها للشخص المقدمة إليه .

كما يقرر أن اقتضاء كمال المعلومة يتم استيفائه بمجرد بقاء المعلومة كاملة دون تغيير أو تشويه . وأن مستوى إمكانية التشغيل يتم تقديره بالنظر إلى موضوع المعلومة^(١) .

ويري اتجاه ثالث^(٢) وبحق أن التنفيذ الطوعي لأحكام التحكيم الإلكتروني أمر مرغوب فيه . إذا أن أهم أهداف التحكيم الإلكتروني هو تعزيز الثقة في التجارة الإلكترونية، وبالأخص ثقة المستهلك، فالطرف القوي الذي يصدر حكم التحكيم ضده ولصالح المستهلك قد يقوم بتنفيذ الحكم على الرغم من عدم رضائه، وذلك لأنه يسعى أن يبقى شخصاً موثقاً به في سوق التجارة الإلكترونية .

ولكن في حالة عدم التنفيذ الطوعي يتعين على التنظيم الذاتي للتحكيم الإلكتروني أن يوفر للمحتكمين آلية إجبار على التنفيذ تقوم مقام سلطات التنفيذ في الدولية، أو أن يوفر حوافز خاصة للمحكوم عليه تدفعه نحو التنفيذ الطوعي للحكم التحكيم .

ففي مجال الحوافز الخاصة، فقد تقوم بعض مراكز التحكيم الإلكتروني بمنح المحتكمين الذين ينفذون الأحكام الصادرة عنها طوعاً علامة ثقة توضع على الصفحة الأولى للموقع الإلكتروني للشركة . وتعني علامة الثقة هذه بالنسبة لزائر الموقع، أن الشركة مالكة الموقع تلتزم في تجارتها، وفي تعاملها مع الزبائن بجملة من المعايير النوعية والممارسات الشريفة والتي جعلتها جديرة بالحصول على هذه العلامة . ويكون من ضمن المعايير المعتمدة لمنح الموقع الإلكتروني للشركة علامة ثقة التزامها فعلاً بالتنفيذ الطوعي للأحكام التحكيمية الصادرة ضدها من قبل المركز التحكيمي^(٣) .

ويتأتى هذا الشرط في مجال تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، ففي قضية شركة JKX Oil ضد أوكرانيا عام ٢٠١٩م: أ- وقائع القضية: في فبراير ٢٠١٥م، رفعت شركة JKX Oil

(١) راجع د/ حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٦٨

(٢) راجع د/ مصلح أحمد الطراونه، ود/ نور محمد الحجايا، مرجع سابق، ص ٢٣٩ .

(٣) انظر:

JV Poltava Gas and Oil Company و Poltava Hess BV و Hes PLC دعوى قضائية ضد أوكرانيا ممثلة بوزارة العدل لعدم وفاء المدين بالتزاماته القانونية الدولية بموجب معاهدة ميثاق الطاقة، وطلبت الشركة تنفيذ حكم التحكيم الصادر من المحكم الوحيد رودولف دولتسر في ١٤ يناير ٢٠١٥م، ومكان التحكيم في ستوكهولم، السويد، والفاضي بإلزام دولة أوكرانيا بالامتناع عن فرض إيجار لاستخدام باطن الأرض لإنتاج الغاز الطبيعي من قبل شركة Poltava Gas and Oil Company "JV" «بمعدل أعلى من ٢٨٪، والذي قدمه قانون الضرائب الأوكراني حتى ٣١ يوليو ٢٠١٤م، وفي ٢٠ يناير ٢٠١٥م و ٦ فبراير ٢٠١٥م، أرسل المتقدمون رسائل إلى وزارة العدل في أوكرانيا بشأن تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي المذكور أعلاه، ولكن لم يتم تلقي أي رد^(١).

ت- القرارات القضائية في القضية: بموجب قرار محكمة مقاطعة بيشيرسك في كييف في ٨ يونيو ٢٠١٥م، تم منح الأمر بتنفيذ لقرار ١٤ يناير ٢٠١٥م الصادر عن المحكم، وأنه لا توجد أسباب توحى بأن قرار التحكيم الأجنبي ينتهك النظام العام ويهدد مصالح الدولة، وبموجب قرار محكمة الاستئناف في كييف في ٢١ ديسمبر ٢٠١٦م، تم قبول استئناف دولة أوكرانيا ممثلة بوزارة العدل في أوكرانيا، وتم إلغاء قرار محكمة مقاطعة بيشيرسك في كييف في ٨ يونيو ٢٠١٥م.

وفي يناير ٢٠١٧م، تلقت المحكمة العليا الأوكرانية للقضايا المدنية والجنائية استئنافاً للنقض من ممثل الشركات الأجنبية المذكورة ضد قرار محكمة الاستئناف المؤرخ ٢١ ديسمبر ٢٠١٦م، ووجدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في ١٩ سبتمبر ٢٠١٩م أن العلاقة القانونية في هذا النزاع محكومة باتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م، وقواعد معهد التحكيم لغرفة ستوكهولم التجارية، وميثاق الطاقة الذي صدقت عليه أوكرانيا في ٢٦ فبراير ١٩٩٨م، وبموجب المادة الخامسة (١) من اتفاقية نيويورك لا يجوز رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إلا إذا وجد انتهاك للنظام العام^(٢)، وقررت المحكمة العليا^(٣) إن منح المحاكم سلطة تغيير مبلغ الضرائب أو المدفوعات الإلزامية بما يتعارض مع قانون

(١) الحكم بتفاصيله متاح على قاعدة القانون الدولي وأحكام التحكيم على الموقع: jsumundi.com/en

(٢) ووفقاً للمادة (١٢) من قانون أوكرانيا بشأن القانون الدولي الخاص لا يتم تطبيق قانون أجنبي يتعارض مع النظام العام في أوكرانيا، ولأن الضرائب سيادية، وفقاً للمادة (٣/٧) من قانون الضرائب في أوكرانيا، يتم تنظيم أي مسائل ضريبية بموجب هذا القانون.

(٣) الحكم بتفاصيله متاح على قاعدة القانون الدولي وأحكام التحكيم على الموقع (jsumundi.com/en) آخر زيارة في ٢٠٢٠/١/٢م.

الضرائب الأوكراني يعد انتهاكاً لمبادئ الضرائب الأساسية المحددة في الدولة، لذا فإن الاعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه ينتهك النظام العام لأوكرانيا، وأيدت حكم محكمة الاستئناف خاصة أن التحكيم لم يسبقه شرط التسوية الودية وهي ثلاثة أشهر بموجب ميثاق الطاقة في المادة (٢/٢٦)، ويرى الباحث أن الحكم الصادر من المحكمة العليا الأوكرانية المؤيد لمحكمة الاستئناف يهدف إلى حماية النظام العام الذي أكدت عليه اتفاقية نيويورك باعتبار أن فرض الضرائب مسألة تتصل بسيادة الدولة.

٧- تطبيق الحكم الأجنبي للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية:

وهو ما يشترطه القانون الفرنسي وبعض الفقه استناداً للسيادة وحماية للاختصاص التشريعي الوطني^(١)، في حين يذهب غالبية الفقه إلى عدم اشتراط هذا الشرط لعدم النص عليه في مصر واليمن؛ ولأن القاضي الأجنبي يستحيل عليه أن يعرف مقدماً قانون بلد التنفيذ^(٢)، وأرى أن هذا الشرط غلو محض وحكمه الرفض والصد والمنع لاستقلال مشكلة تنازع القوانين بمشكلة تنفيذ الأحكام.

ولذلك يرى جانب من الفقه أن يقتصر هذا الشرط على نطاق شرط المعاملة بالمثل^(٣) واقترح الاستاذ نيبوايه التمييز بين حالة ما إذا كان القانون الفرنسي مختصاً وفقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية، وبين حالة ما إذا كان هذا القانون غير مختص وفقاً لذات القاعدة، ففي الحالة الأولى يتعين أن يكون الحل الذي وصلت إليه المحكمة الأجنبية مطابقاً للحل الذي يقرره القانون الفرنسي؛ أما في الحالة الثانية فيكفي أن يكون الحق قد نشأ صحيحاً وفقاً للقانون المختص كما تحدده قاعدة الإسناد الأجنبية، وعلى هذا النحو وفق الأستاذ بين مذهبه في صياغة قواعد الإسناد صياغة منفردة الجانب وما انتهى إليه القضاء من أنه يكفي التطابق في النتيجة بين ما قرره المحكمة الأجنبية وبين ما يقرره القانون المختص كما تحدده قاعدة الإسناد الفرنسية^(٤).

(١) د/ عز الدين عبدالله، مرجع سابق، ص ٩٢٠ وما بعدها.

(٢) د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، ود/ محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٦١٨.

(٣) د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٨٥.

(٤) أشار إليه د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، مؤسسة الثقافية الجامعية، ١٩٨٢م، ص ٦٨٤.

المبحث الثاني تطبيقات لمنازعات التنفيذ الموضوعية

تمهيد وتقسيم

منازعات التنفيذ الموضوعية هي التي يطلب فيها الحكم بصحة أو بطلان إجراءات التنفيذ، وإلى منازعات وقتية يطلب فيها الحكم بإجراء وقتي وهو وقف التنفيذ أو استمراره مؤقتاً إلى حين الفصل في موضوع المنازعة وسأتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: دعوى استرداد المنقولات

تعريف دعوى الاسترداد:

تنص المادة (٤٣٢) من قانون المرافعات اليمني على أنه: (يجوز للغير أن يرفع دعوى استرداد المنقولات المحجوز أمام قاضي التنفيذ إلى ما قبل البيع...).

والمدعى عليه فيها هم المدين والحاجزون لأنهم جميعاً خصوم في طلب إلغاء الحجز. يترتب على عدم اختصام من ذكر بطلان أو عدم قبول وإنما يترتب جزاء خاص هو الحكم بناء على طلب الحاجز باستمرار الإجراءات أي بزوال الأثر الواقف وجرى العمل على اختصام قلم المحضرين الذين أوقعوا الحجز حتى يمتنع عن إجراءات البيع وعدم اختصامه لا يؤدي إلى أي جزاء؛ لأن دعوى الاسترداد قد تنصب على ملكية المنقولات الوارد عليها الحجز كما قد تنصب على أي حق يتعلق بهذه المنقولات، ودعوى الاسترداد التي نظمها قانون التنفيذ هي دعوى الاسترداد ذات الصلة بالتنفيذ أي التي ترفع بعد توقيع الحجز، وقبل البيع، أما الدعوى التي ترفع بعد البيع، أو قبل توقيع الحجز، فهي دعوى ملكية عادية ولا علاقة لها بالحجز.

كذلك لا تعتبر دعوى استرداد الدعوى الخاصة بالملكية التي ترفع بصدد إجراءات تنفيذ جماعي فإذا رفع شخص دعوى بملكية محل تجاري اتخذت بشأنه إجراءات قائمة على الحكم بإشهار إفلاس المدين فإن هذه الدعوى لا تعتبر دعوى استرداد ولا تعتبر دعوى استرداد الدعوى التي ترفع متعلقة بالحجز الاستحقاقى لأن دعوى الاسترداد ترمي إلى وقف البيع والحجز الاستحقاقى لا يردي إلى البيع وإنما إلى التنفيذ المباشر^(١).

(١) د/ أمينة مصطفى النمر - أحكام التنفيذ الجبري وطرقه - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الثانية، ١٩٧١م، ف ٢٠٥، ص ١٩٦ و ١٩٧.

وترفع دعوى الاسترداد بغض النظر عن طريق الحجز الواجب اتباعه سواء أكان حجزاً على المنقول لدى المدين أم حجزاً لدى الغير سواء أكان حجزاً تنفيذياً أم تحفظياً وإن كان هذا الأخير قد ثار الخلاف بشأنه فذهب القضاء المصري إلى عدم انطباق تلك القواعد على هذه الحجوز لأنها دعوى عادية ولأن دعوى الاسترداد تهدف إلى وقف البيع فقد اختلف الفقه حول مدى قبول دعوى الاسترداد بالنسبة للحجوز التحفظية إلى ثلاثة آراء فذهب بعض الفقه إلى عدم انطباق دعوى الاسترداد على الحجوز التحفظية لأن هذه الحجوز محدد فيها تاريخ البيع وبالتالي فالبيع موقوف أصلاً وفقاً للنظام القانوني للحجز التحفظي ومن ثم لا فائدة من رفع هذه الدعوى ورأي يجيز، والراجح بأنه إذا رفعت دعوى الاسترداد قبل تحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي فإنها لا تخضع لقواعد دعوى الاسترداد على حين أنه إذا رفعت دعوى الاسترداد بعد تحول الحجز التحفظي بصدور حكم في صحة الحجز وقبل إتمام البيع فإنها تعتبر دعوى استرداد وتخضع لأحكامها.

مدى جواز الجمع بين دعوى الاسترداد والاستشكال الوقتي:

كما أن حق المدعي في رفع دعوى الاسترداد لا ينافي حقه في الاستشكال في التنفيذ غير أن هناك رأياً يذهب إلى قصر حقه في ذلك على الاستشكال الذي يقيمه قبل توقيع الحجز أو أمام المحضر أثناء توقيعه أما إذا رفعه بعد ذلك فلا يقع في اختصاص قاضي الاستشكال

هدف الدعوى:

تشتمل دعوى الاسترداد على طلبين، الأول: الحكم المسترد بملكية الأشياء المحجوزة، والثاني: إلغاء الحجز الموقع عليها.

شروط دعوى الاسترداد:

تنص المادة (٣٩٤) مرافعات مصري، على أنه يجب أن ترفع على الدائن الحاجز والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين وأن تشمل صحيفتها على بيان واف لأدلة الملكية ويجب توافر الشروط التالية^(١):

(١) د/ أحمد مليجي - استشكالات التنفيذ ومنازعات التنفيذ من المنازعات المدنية والتجارية - ف ١٤ - ص ٢٥، والمستشار/ محمد علي راتب، والأستاذ/ محمد نصر الدين كامل، ومحمد فاروق راتب - قضاء الأمور المستعجلة، ج ١ - الطبعة السادسة، (د.ت)، ف ٤٨ - ص ٩٨.

- ١- أن ترفع الدعوى من شخص من الغير له حق على المال المحجوز غير حائز له سواء ادعى بملكية أو بحق وتفترض أن المنقول ليس في حيازة رافع الدعوى ولذلك يشترط لرفع هذه الدعوى ألا يكون حائزاً لما يدعي به .
 - ٢- أن يطلب الحكم له بالملكية أو بحق آخر يتعارض مع الحجز ويجب أن يطلب بطلان إجراءات الحجز وإلغائها لأنها تهدف إلى تقرير الملكية وبطلان الحجز ويجب أن يطلب الطلبين معاً وإلا فلا تعتبر دعوى استرداد فإذا طلب الملكية اعتبرت دعوى عادية تنظرها المحكمة المختصة ويجب على قاضي التنفيذ الحكم بعدم اختصاصه والإحالة إلى المحكمة المختصة .
 - ٣- يجب أن ترفع الدعوى بعد توقيع الحجز وقبل البيع .
 - ٤- أن ترفع على الدائن الحاجز والمحجوز عليه والحاجزين المتدخلين، وإذا لم يتم اختصاص من ذكر فإن الدعوى تكون مقبولة ولكن لا يكون الحكم الصادر حجة في مواجهة من لم يتم اختصاصه فإذا اختصم المدين المحجوز عليه وحده فإن الدعوى تعتبر دعوى ملكية عادية وتكون مقبولة وصحيحة ولا تؤثر في كيان الحجز ولا يتصور عدم اختصاص المدين المحجوز عليه لأن المطلوب الأول في دعوى الاسترداد هو ملكية الأشياء المحجوز عليها ولا صفة للدائن الحاجز في توجيه هذا الطلب، بل عليه أن يوجه الطلب إلى المحجوز عليه ولا يتصور كذلك طلب بطلان الحجز دون بنائه على طلب الملكية الذي يجب أن يبدى في مواجهة المدين المحجوز عليه ومع ذلك يجوز لرافع الدعوى تصحيح شكلها باختصاص من يوجب القانون اختصاصهم .
- الجزاء على عدم اختصاص من أوجب القانون اختصاصهم وعلى مخالفة إجراءات رفع الدعوى :

فضلاً عن إعمال القواعد العامة في مثل هذه الأحوال كعدم اعتبار الحكم حجة على من لم يختصم في الدعوى وخضوع صحيفة الدعوى عند إغفال بيان من بياناتها للقواعد العامة في البطلان؛ رتب القانون على ذلك جزاء خاصاً هو الحكم بناء على طلب الحاجز بالاستمرار في التنفيذ دون انتظار الفصل في الدعوى ولا يصح للمحكم أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يجوز الطعن في هذا الحكم بأي طريق المادة (٣٩٤) من قانون المرافعات المصري أما الحكم برفض طلب الاستمرار في التنفيذ فيجوز الطعن فيه وفقاً للقواعد العامة

المحكمة المختصة:

في قانون المرافعات اليمني يختص بالفصل في دعوى الاسترداد الفرعية قاضي التنفيذ وفي مصر محكمة التنفيذ التي يقع المنقول محل الحجز في دائرتها م(١/٢٧٦).

إجراءات الدعوى:

ترفع الدعوى بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة التنفيذ طبقاً للقواعد العامة، أي الذي يقع المنقول المحجوز عليه في دائرته. وترفع من الغير، وتشتمل على بيان واف لأدلة الملكية، وأن يرفق بها جميع المستندات.

الآثار المترتبة على رفع الدعوى:

إن التنفيذ لا يتوقف بمجرد رفع الدعوى ما لم يصدر حكم من قاضي التنفيذ بوقفه م(٤٣٢) من قانون المرافعات اليمني ويجوز لقاضي التنفيذ في حالة إذا حكم بوقف التنفيذ إلزام المدعي بتقديم كفالة، أما في ظل القانون المصري فإن مجرد رفع دعوى الاسترداد يؤدي إلى وقف البيع بقوة القانون دون حاجة إلى طلب من المدعي أو قرار من القاضي م(٣٩٣) مرافعات مصري، ويفرق القانون المصري في أثر رفع هذه الدعوى على النحو التالي:

دعوى الاسترداد الأولى:

تعتبر منازعة موضوعية ولم يخضعها المقتن للقاعدة العامة المقررة للمنازعات الموضوعية التي تقضي بأنه لا يترتب على رفع المنازعة الموضوعية أي اثر في التنفيذ.

دعوى الاسترداد الثانية:

افترض القانون أن دعوى الاسترداد الأولى جدية لذلك رتب عليها وقف البيع أما دعوى الاسترداد الثانية فقد افترض سوء نية رافعها ونص على أن رفع دعوى الاسترداد الثانية لا يؤدي إلى وقف البيع إلا إذا حكم قاضي التنفيذ بوقف البيع لأسباب عامة م(٣٩٦) مرافعات مصري، ومن هذه الأسباب أن يقتنع القاضي بحسن نية رافعها أو كانت طبيعة الأشياء المحجوزة توجب ذلك تلافياً لوقوع ضرر جسيم^(١).

(١) د/ أحمد أبو الوفاء- إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية- منشأة المعارف- ١٩٩٠م، ف١٥٠- ص٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١.

إثبات دعوى الاسترداد:

يترتب على دعوى الاسترداد أن عبء الإثبات فيها يقع على المدعي (الغير) إثبات دعواه، عملاً بالقواعد العامة، وإذا كانت قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإنه من يحوز منقولاً يعتبر مالاً له حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، ومقتضى هذه القاعدة أن الأشياء المحجوزة، إن كانت وقت حجزها في حيازة المحجوز عليه كان على المسترد أن يثبت أنها مملوكة له، وأن وجودها في حيازة المدين لم يكن على سبيل الملك، وإنما كان على سبيل آخر كالإيجار أو العارية أما إذا كان الظاهر يدل على أن المال المحجوز ليس عائداً إلى المحجوز عليه، فيكتفي هنا بالنسبة لمدعي الاسترداد أن يثبت الظاهر بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن. وفي هذه الحالة يصبح عبء الإثبات على الحاجز، كما لو جرى الحجز على صاحب محل تصليح الثلاجات، والغسالات بحجة أن هذه الثلاجات أو الغسالات ملك المحجوز عليه، فيكفي للغير وهم أصحاب الثلاجات أو الغسالات أن يثبتوا بأن الظاهر لا يدل على ملكية صاحب المحل لهذه المنقولات، والإثبات هنا سهل إذ يكفي إثبات مهنة صاحب المحل وأنه مهندس ثلاجات وغسالات، حتى يكلف الحاجز بإثبات ملكية صاحب المحل للمنقولات المحجوزة.

ويصعب الأمر إذا كانت الحيازة مشتركة كما إذا كان المدين والغير يعيشان معاً كالزوج والزوجة والابن وأبيه، والصعوبة هنا ناشئة عن الحياة المشتركة وبالتالي الحيازة المشتركة للأموال المنقولة، فقد يتم الحجز على أموال الوالد، فيدعي الولد بأنها مملوكة له، أو يحجز على أموال الزوج فتدعي الزوجة أنها مملوكة لها. وعبء الإثبات هنا يقع على المدعي الابن أو الزوجة. أي أن عبء الإثبات يقع على مدعي الاسترداد، بجميع طرق الإثبات، غير أنه لا يجوز الاستفادة من الوضع الظاهر المستمد من الحيازة، إلا إذا وجد وضع ظاهر آخر.

ويذهب رأي في الفقه تويده بعض أحكام القضاء إلى أنه في حالة الحيازة المشتركة يكون عبء الإثبات على المسترد أي الغير المدعي ولا على المدين وإنما على الدائن الحاجز على اعتبار أنه المدعي وهو المكلف بمباشرة إجراءات الحجز وعليه أن يثبت صحتها فإذا لم يقدم الدليل خسر الدعوى وقضت المحكمة لصالح المسترد.

أثر إقرار المدين بالملكية للغير المسترد:

قد يقر المدين بالملكية للغير المسترد لكي يضر بحقوق الحاجز وإذا كان الإقرار حجة إلا أن الشكوك تثور هنا فإن الفقه يجمع على أنه لا حجة لهذا الإقرار ولو تم أمام القضاء لأنه يعد تصرفاً من المدين في المال المحجوز والقاعدة أن التصرفات في مواجهة الدائنين الحاجزين.

الحكم الصادر في دعوى الاسترداد:

يجب تسببها، ويجري عليه القواعد العامة للأحكام القضائية، والحكم الصادر في هذه الدعوى، سواء بقبولها، أو رفضها يخضع لطرق الطعن التي تخضع لها الأحكام الصادرة في منازعات التنفيذ الموضوعية، وهي تخضع للطعن بالاستئناف في جميع الأحوال خلال خمسة عشر يوماً من صدورها، وعلى محكمة الاستئناف نظر الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ تقديمه م(٥٠١) من القانون اليمني. وكذلك الوضع في القانون المصري.

المطلب الثاني: دعوى الاستحقاق الفرعية

نصت المادة (٤٥٤) مرافعات مصري على أنه: «يجوز للغير طلب بطلان إجراءات التنفيذ مع طلب استحقاق العقار المحجوز عليه كله أو بعضه ولو بعد انتهاء الميعاد المقرر للاعتراض على قائمة شروط البيع وذلك بدعوى ترفع بالأوضاع المعتادة أمام قاضي التنفيذ ويختصم فيها من يباشر الإجراءات والمدين أو الحاجز أو الكفيل العيني وأول الدائنين المقيدين» ونصت المادة (٤٣٩) من قانون المرافعات اليمني على أنه: «يجوز للغير قبل بيع العقار المحجوز، رفع دعوى استحقاق العقار كله أو بعضه...».

تعريف الدعوى والغرض منها: من خلال النص السابق يمكن تعريف دعوى الاستحقاق بأنها منازعة موضوعية متعلقة بالتنفيذ بمقتضاها يرفع الغير دعواه أمام قاضي التنفيذ، يطلب فيها ملكية العقار كله أو بعضه، الذي شرع في نزع ملكيته جبراً، وبطلان إجراءات التنفيذ لوقوعها على مال غير مملوك للمدين.

مع ملاحظة أن المدعي في دعوى الاستحقاق الفرعية هو الغير أما المدعى عليه فهو طرف مركب يتكون من الدائن مباشر الإجراءات وبقية الدائنين باعتبارهم الخصوم في المنازعة في التنفيذ، والمدين أو الحائز أو الكفيل العيني.

شروط دعوى الاستحقاق:

١- أن ترفع الدعوى من الغير:

والغير هو كل من لم يكن طرفاً في إجراءات التنفيذ على العقار وأما الخصوم في إجراءات التنفيذ فيجب عليهم سلوك طريق الاعتراض على قائمة شروط البيع وعلى ذلك فيجوز لوارث المحجوز عليه المختصم في إجراءات التنفيذ بهذه الصفة أن يرفع

دعوى استحقاق فرعية متى استند في ملكيته على حق ذاتي آخر غير مستمد من مورثه^(١).

٢- أن ترفع بعد البدء في التنفيذ على العقار وقبل إيقاع البيع:

أي إذا وقعت بعد تنبيه نزع الملكية ولو قبل تسجيله أما إذا رفعت الدعوى قبل التنبيه بنزع الملكية فهي دعوى عادية وتسمى دعوى الاستحقاق الأصلية فالدعوى لا تعتبر فرعية إلا إذا رفعت أثناء إجراءات التنفيذ فهي تنفرع منه ودعوى الاستحقاق الأصلية تقبل ولو بعد حكم إيقاع البيع.

٣- أن يكون الحق المطلوب تقريره في الدعوى هو حق الملكية:

فالتمسك بالحقوق العينية الأصلية الأخرى، كحق الانتفاع وحق الارتفاق، يكون عن طريق الاعتراض على قائمة شروط بيع العقار، ويقتضي توافر هذا الشرط أن تكون الملكية ثابتة للمدعي قبل رفع الدعوى، فلا يجوز رفعها ممن حصل على عقد بيع صادر من المدين بعد البدء بإجراءات الحجز على العقار فليس لمشتري العقار بعقد غير مسجل قبل الحجز أن يرفع دعوى استحقاق فرعية، لأنه يتعين أن تكون ملكية مدعي الاستحقاق ملكية منجزة، وملكية المشتري بعقد غير مسجل ملكية معلقة على تسجيل ذلك العقد إذ لا تنقل الملكية في العقار إلا بالتسجيل، فطريق التمسك بحق الانتفاع أو الارتفاق هو إبداء ملاحظة على قائمة شروط البيع في الميعاد المحدد لإبداء الملاحظات فإذا انقضى الميعاد فليس لصاحب هذا الحق أن يرفع دعوى استحقاق فرعية ذلك أن البيع الجبري لا يظهر العقار منه فلا مصلحة له في الاعتراض عليه بدعوى الاستحقاق وإنما يكون له إذا نازعه المشتري أن يرفع دعوى تقريرية عادية.

٤- أن يطلب المدعي بطلان إجراءات التنفيذ:

ومن جهة أخرى، إذا رفعت دعوى استحقاق أثناء إجراءات التنفيذ على العقار ثم زالت تلك الإجراءات لأي سبب، كالتنازل عن الحجز، فإن الدعوى لا تبطل ولكن تتحول إلى دعوى استحقاق أصلية.

٥- أن ترفع الدعوى أثناء إجراءات التنفيذ على العقار:

رفع هذه الدعوى يجب أن يكون بعد حجز العقار وقبل البيع. فإذا رفعت قبل الحجز أو بعد البيع فإنها لاتعد دعوى استحقاق فرعية، بل دعوى ملكية عادية، وبالتالي لا تخضع

(١) د/ عبد الباسط جميعي، وآمال الفزاري- التنفيذ في المواد المدنية والتجارية- ص ٣٠٦، ٣٠٧، ود/ أحمد مليجي- الموسوعة الشاملة في التنفيذ- ج ٣- النسر الذهبي للطباعة (د.ت) ف ١٢٣- ص ١٥٦-١٥٧.

لأحكام دعوى الاستحقاق الفرعية. وتطبيقاً لذلك قضي بأن دعوى الاستحقاق التي ترفع بعد التنفيذ ورسو المزاد، هي دعوى ملكية عادية. وبالتالي تنظر في هذه الحالة كدعوى استحقاق أصلية، ولذا فالأصل أن يحكم قاضي التنفيذ بعدم اختصاصه الفصل فيها، ويأجلها إلى المحكمة المختصة^(١) إلا أن القانون اليمني جعل الاختصاص بنظر دعوى الاستحقاق لقاضي التنفيذ، سواء رفعت قبل بيع العقار أو بعده م(٤٤١)، من قانون المرافعات اليمني نصت على أن: «ترفع دعوى الاستحقاق سواء قبل بيع العقار أو بعده... أمام قاضي التنفيذ». وهو ما دفع بعض الفقه^(٢) إلى تقرير تعارض هذه المادة مع المادة (٤٣٩) والتي كما سبق أجازت للغير قبل بيع العقار المحجوز، دفع دعوى الاستحقاق. غير أن الأعمال التحضيرية للقانون قد تضمنت ما يزيل هذا التعارض الظاهري، إذ أكدت من جهة أولى على أنه لا يجوز رفع دعوى الاستحقاق الفرعية بعد إيقاع البيع، وبينت، من جهة ثانية، أن المادة (٤٤١) لا تتعلق بدعوى الاستحقاق الفرعية، وأن الهدف المقصود منها هو تحديد المحكمة المختصة بدعوى استحقاق العقار إذا رفعت بعد البيع.

٦- إرفاق المستندات مع توافر البيانات اللازمة ولم يبين القانون في دعوى الاستحقاق، الجزء المترتب على عدم بيان أدلة الملكية أو عدم إرفاق المستندات، خلافاً لدعوى الاسترداد حيث أوجب «أن تشتمل صحيفتها على بيان وافٍ بأدلة الملكية وأن يرفق بها جميع المستندات وإلا حكم القاضي بعدم قبولها» [المادة / ٤٣٣] مرافعات يمني، ومع ذلك يتعين، فيما نعتقد، ترتيب هذا الجزء أيضاً في دعوى الاستحقاق، فقد بينت صراحة الأعمال التحضيرية للقانون أن هذا شرط لقبول الدعوى.

٧- يجب أن تكون ملكية المدعي منجزة، أي غير معلقة على شرط واقف وقد ذهب الفقه السائد إلى أنه يلزم أن يكون هذا الحق مسجلاً في الشهر العقاري وأن تكون ملكيته ثابتة قبل الحجز، وإذا تعدد المدعون فإن لهم ولو كانوا يدعون ملكية عقارات متفرقة وبأسباب قانونية مختلفة ضم طلباتهم في صحيفة واحدة للارتباط.

الخصوم في الدعوى:

لا ترفع دعوى الاستحقاق الفرعية إلا من الغير أما من يعتبر طرفاً في إجراءات التنفيذ فوسيلة التمسك بحق له على عقار هو الاعتراض على قائمة شروط البيع، على أن الشخص قد يعتبر طرفاً في التنفيذ وغير متصف بصفة أخرى وعندئذ له بصفته الثانية

(١) د/ طلعت محمد دويدار، طرق التنفيذ الفضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٥٠٧.

(٢) انظر: د/ عبدالكريم الطير، دعوى الاستحقاق الفرعية، مرجع سابق، ص ٣٨٥، وعبدالقادر أحمد عبدالقادر الزمني، منازعات التنفيذ الموضوعية في قانون المرافعات والتنفيذ المدني، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

أن يرفع دعوى الاستحقاق الفرعية كما لو حجز على شخص بصفته ولياً على ابنه وهو يدعي ملكية العقار بصفته الشخصية.

والمدعى عليهم هم الدائن المباشر للإجراءات والمدين أو الحائز أو الكفيل العيني حتى يحكم بها في مواجهتهم ولم يبين القانون جزاء عدم اختصاص من أوجب اختصاصهم والجزاء لا يكون البطلان أو عدم القبول إنما لا ترتب الدعوى أثرها في وقف البيع فضلاً على أن الحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة في مواجهة من لم يتم اختصاصه.

المحكمة المختصة بدعوى الاستحقاق:

ترفع دعوى الاستحقاق الفرعية أمام قاضي التنفيذ، باعتبارها منازعة تنفيذية، وهذا ما أكدته المادة (٤٤١) من قانون المرافعات اليمني والمادة (٤٥٤) مرافعات مصري، ويلاحظ أنه إذا كانت المحكمة المختصة بالتنفيذ قد أنابت محكمة تنفيذ أخرى للحجز على العقار فإن المحكمة التي أنيبت وليس المنيية هي التي تختص بنظر دعوى استحقاق العقار المحجوز.

ميعاد رفع الدعوى:

يجوز رفع دعوى الاستحقاق الفرعية قبل البيع، ولو كان ذلك بعد انتهاء ميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع.

وإذا كانت دعوى الاستحقاق الفرعية منازعة تنفيذ موضوعية ترفع إلى قاضي التنفيذ، لذلك يلزم أن ترفع قبل بيع العقار المحجوز، فالدعوى لا تعتبر فرعية، إلا لأنها ترفع أثناء إجراءات التنفيذ، فهي تتفرع عنه.

إلا أن القانون أورد حكماً آخر في المادة (٤٤١) مرافعات يمني يتناقض مع المادة السابقة والتي تنص على أن: (ترفع دعوى الاستحقاق سواء قبل بيع العقار أو بعده..)، وجاء في المذكرة التفسيرية للمشروع - ص ٢٧٩ - تبريراً لذلك بأن هذه المادة جعلت الاختصاص القاضي التنفيذ في دعوى الاستحقاق للعقار سواء رفعت قبل البيع أو بعد البيع. وهذا تناقض واضح في النصوص تؤكد المذكرة التفسيرية للمشروع يدل على عدم الدقة. وكان ينبغي النص على وجوب رفع دعوى الاستحقاق الفرعية المتعلقة بالتنفيذ على العقار باعتبارها منازعة موضوعية في التنفيذ إلى قبل البيع كما هو في المادة (٤٣٩) من قانون المرافعات اليمني على أن ترفق المستندات والأدلة المقبولة في الإثبات في صحيفة الدعوى، أي أن يثبت المدعي دعواه بالأدلة المقبولة قانوناً.

إجراءات رفع الدعوى:

وترفع دعوى الاستحقاق بالإجراءات العادية لرفع الدعوى أي بصحيفة تودع قلم كتاب محكمة التنفيذ المختصة، وينظرها قاضي التنفيذ، طبقاً لأوضاع منازعات التنفيذ الموضوعية.

الآثار المترتبة على رفع الدعوى:

لا يترتب على الدعوى أثر في التنفيذ وإنما تنص المادة (٤٥٥) مرافعات مصري على أنه يجب على المحكمة أن تقضي بوقف البيع فوقف البيع ليس أثراً يترتب بقوة القانون على رفع دعاوى وإنما هو لا يتم إلا بصدور حكم به.

وقد أوجبت المادة (٤٣٩) من قانون المرافعات اليمني على المحكمة أن «تقضي بوقف إجراءات بيع العقار إذا قبلت دعوى الاستحقاق مع إلزام المدعي بإيداع كفالة يقدرها قاضي التنفيذ». وعلى ذلك، يكون الوقف وجوبياً إذا توافرت شروط قبول الدعوى، ولأن وقف التنفيذ ليس أثراً مباشراً لرفع الدعوى بل تقرر بحكم من المحكمة، فإن زوال الدعوى لأي سبب كالحكم ببطلان صحيفتها أو باعتبار الدعوى كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها أو بقبول تركها، لا يؤدي إلى زوال حكم الوقف بالتبعية بل يجب استصدار حكم باستمرار إجراءات البيع في مواجهة أصحاب الشأن، ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر بوقف البيع نتيجة لرفع دعوى استحقاق أو برفض طلب الوقف بأي طريق المادة (٤٥٦) مرافعات مصري، مع ملاحظة أنه في حالة صدور الحكم بالرفض فإنه لا يجوز الطعن فيه استقلالاً ويمكن إلغاؤه بالطعن في حكم إيقاع البيع الصادر بناء عليه ويكون الطعن بالاستئناف في ميعاد خمسة أيام من صدور حكم إيقاع البيع م (٤٥١) مرافعات مصري، ويستثنى من مبدأ عدم جواز الطعن في الحكم بالوقف أو برفضه حالة طلب وقف كل العقارات محل التنفيذ إذا كانت دعوى الاستحقاق ترد على بعضها فقط فسواء حكم بالوقف أو برفضه فإن الحكم يمكن الطعن فيه وفقاً للقواعد العامة ويستفاد هذا الاستثناء من ترتيب النصوص ذلك أن المادة (٤٥٦) التي تنص على منع الطعن في الحكم الصادر بالوقف أو برفض طلب الوقف قد قصرت منع الطعن في الحكم الصادر بالوقف أو برفض طلب الوقف، قد قصرت المنع على الأحكام الصادرة وفقاً للمادة السابقة وحكمها لا يسري على الحكم بالوقف أو برفضه في تلك الحالة إذ تنص عليها المادة (٧٥٤) التالية للمادة (٤٥٦)

إثبات دعوى الاستحقاق: يكون عبء الإثبات على المدعي وقد نصت المادة (٤٥٥)

مرافعات مصري، والتي تقابلها المادة (٤٣٩) من قانون المرافعات اليمني على لزوم إرفاق المستندات والأدلة المقبولة في الإثبات في صحيفة الدعوى، أي أن يثبت المدعي دعواه بالأدلة المقبولة قانوناً، ويشترط الفقه السائد إلى أن تكون هذه الأدلة عقود أو تصرفات مسجلة في السجل العقاري قبل تسجيل الحجز^(١)، لأن الملكية العقارية غير المسجلة لا يحتج بها قبل الغير.

وإذا كان العقار في حيازة المدين فإن عبء الإثبات على المدعي لأنه يدعي خلال الظاهر أما إذا كانت الحيازة لمدعي الاستحقاق فإن الظاهر يكون بجانبه وعلى المدين أو غيره من المدعى عليهم نفي هذا الظاهر كما يجب أن يكون العقد مسجلاً قبل توقيع الحجز^(٢).

نظر الدعوى: تنظر المحكمة الدعوى وفقاً للقواعد العامة ويقتصر نطاق الدعوى على البحث في سند ملكية مدعي الاستحقاق وبطلان الحجز بسبب هذه الملكية فلا تتسع الدعوى للنظر في بطلان الحجز لأي سبب آخر أو في البحث في مسألة أخرى لا شأن لها في بقاء أو سقوط تأمين خاص لأحد الدائنين، وإذا قبلت المحكمة الدعوى بالنسبة لجزء فقط في العقار فإن الإجراءات تلغى بهذا الجزء فقط وتستمر بالنسبة للجزء الباقي ويحدد القاضي الثمن الأساسي بالنسبة لهذا الجزء الباقي بنفس المعيار الذي يحدد به الثمن الأساسي للعقار، أي بمراعاة المادة (٣٧) مرافعات مصري، الخاصة بتقدير قيمة العقار لتحديد المحكمة المختصة ويعدل قائمة شروط البيع إن لزم الأمر ويعلن عن البيع من جديد وإذا حكمت المحكمة برفض الدعوى فإن لها أن تشمل حكمها بالنفذ المعجل باعتباره حكماً صادراً لمصلحة طالب التنفيذ المادة (٥/٢٩٠) مرافعات مصري، وتأمراً بالاستمرار في التنفيذ.

الحكم في الدعوى: إذا صدر الحكم برفض دعوى الاستحقاق، يلغي وقف التنفيذ، وإذا حكم باستحقاق العقار انعدمت الإجراءات التي كانت قد تمت حتى صدور الحكم بوقف البيع، لأنها وقعت على ملك الغير، وإذا قضت المحكمة بصحة الدعوى وباستحقاق العقار للمدعي فإنها تقضي ببطلان إجراءات التنفيذ تبعاً لذلك.

(١) د/ فتحي والي، ص ٦١٨، رقم ٣٥٩. نصرة حيدر، ص ٦٣٦، رقم ٥٥٦.

(٢) د/ فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٩٥م، ص ٦٩٢ - ٦٩٣.

الخاتمة

النتائج:

- ١- الاستشكال الوقتي هو منازعة في التنفيذ الجبري أياً كان نوعه مباشراً أم عينياً أم بالحجز ونزع الملكية أو حتى لو كان جزءاً تحفظياً ويبرر الحاجة إليها وجود قيام خطر داهم يتعرض له أصل الحق الثابت في السند التنفيذي أو المال الجاري التنفيذ عليه أو مصالح الغير إذا كان هو مقدم الاستشكال.
- ٢- إن طالب الاستشكال أو مقدمه يطلب حماية وقتية لدرء هذه المخاطر مؤقتاً وإلى أن يفصل في الاستشكال من الناحية الموضوعية بالحصول على الحماية الوقتية، وتتمثل في وقف التنفيذ مؤقتاً إذا كان مقدم الاستشكال هو الطرف السلبي في عملية التنفيذ الجبري أي كان هو المنفذ ضده أو تتمثل هذه الحماية في الاستمرار مؤقتاً في التنفيذ إلى حين الحصول على الحماية القضائية الموضوعية.
- ٣- ويصدر في الاستشكال الوقتي حكم وقتي كما يصدر في الاستشكال الموضوعي حكم موضوعي والحكم الوقتي لا يؤثر في سلامة أركان التنفيذ سنداً وخصوصاً وموضوعاً عكس ذلك فإن الحكم الصادر في الاستشكال الموضوعي يؤثر في هذه الأركان ويحدد وجودها وصحتها أو عدم وجودها وعدم صحتها.
- ٤- ومنازعات التنفيذ الموضوعية هي عقبات قانونية وليست مادية تطرأ على أوضاع أو مسائل ظهرت بعد صدور السند التنفيذي أياً كان نوعه أي أنها تطرأ بعد صدور السند التنفيذي لأن أعمال التنفيذ لا تتخذ إلا بعد تقديم طلب التنفيذ إلى المحضر مرفقاً بها صورة رسمية من الصورة التنفيذية للحكم وإذا كان هو السند التنفيذي. والهدف منها تقرير انعدام التنفيذ أو بطلانه أو عدم الاعتداد به أو تقرير عدم مشروعيته أو عدم صحته أو عدم عدالته.
- ٥- شروط قبول الاستشكال الموضوعي: يشترط لقبول الاستشكال الموضوعي الشروط العامة لقبول أي طلب أو دفع أو طعن وهي المصلحة بأوصافها يجب أن يقدم بمناسبة التنفيذ المراد إبطاله أو الحكم بصحته لأنه قد يقدم في شكل سلبي أو إيجابي.

٦- شروط قبول الاستشكال في التنفيذ: ١- أن يكون المطلوب إجراء وقتياً لا يمس أصل الحق. ٢- الاستعجال. ٣- يجب رفع الاستشكال قبل تمام التنفيذ. ٤- يجب أن يكون الاستشكال مؤسساً على وقائع لاحقة للحكم المستشكل فيه. ٥- أن يكون المرجح رجحان وجود الحق. ٦- ألا يتضمن الاستشكال طعنًا على الحكم المستشكل فيه. ٧- أن تكون الأسباب التي تستدعي رفع استشكال في تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي سواء أكان حكم محكمة أم حكم تحكيم تتمثل بكون الحكم خالياً من الصيغة التنفيذية، أو أن الأمر بالتنفيذ لحكم يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم أو خالف النظام العام.

التوصيات:

١- إن عبارة نص الفقرة (٤) من المادة (٣٥٠) جاءت خالية من تقييد النفقة بأي وصف، فيصح- وفقاً لظاهر عبارة النص- شمول المقصود بالنفقة فيها للنفقة المقررة وللنفقة المؤقتة، ولو أن المشرع اليمني أراد تقييد النفقة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة (٤) من المادة (٣٥٠) بالنفقة المقررة لصرح بذلك كما فعل في الفقرة (٨) من هذه المادة. ومع ذلك ينبغي على المشرع تقييد النفقة المذكورة في هذا النص وفي النصوص الخاصة بالنفقة المقررة أسوة بالقوانين المقارنة وخاصة العربية منها، فهذا هو الذي يتماشى والحكمة من منع التنفيذ أو الحجز على ما يستحقه الموظف.

٢- وقد نظم المشرع المصري أحكام دعوى المنازعة في التقرير بما في الذمة في المادة (٣٤٢) مرافعات التي نصت على أنه (ترفع دعوى المنازعة في تقرير المحجوز لديه أمام قاضي التنفيذ الذي يتبعه أما المشرع اليمني فلم ينظم هذه الدعوى، ولكن الفقه الإجرائي اليمني يرى- بحق- أن هذه الدعوى لها أهميتها من الناحية العملية، وأنه لا مانع من مباشرة هذه الدعوى باعتبارها من منازعات التنفيذ الموضوعية التي تختص بها محكمة التنفيذ طبقاً لعموم نص المادة (٣١٨) مرافعات التي تقضي بأن تختص محكمة التنفيذ بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة به أياً كانت قيمتها، سواء أكانت موضوعية أم وقتية، وسواء أكانت مقدمة من الأطراف أو من غيرهم.

٣- كان ينبغي على المشرع أن يقرر بنصوص خاصة حق الحاجز في التنفيذ الجبري على الأموال الخاصة للمحجوز لديه في حالة امتناعه عن إيداع ما اعترف أنه في ذمته

للمحجوز عليه في خزينة المحكمة أو بنك معتمد، ويكون المشرع بذلك قد وفر حماية تنفيذية للحاجز أجدى وأسرع من الدخول في منازعات جنائية أو مدنية مبتدأة وما يسببه ذلك من إرهاق لجميع الأطراف وللقضاء أيضاً، كما يكون المشرع قد وفر حماية تنفيذية أفضل للمحجوز لديه بالتنفيذ على أمواله أخف ضرراً من رفع معاقبته بدنياً بحبسه ستة أشهر ومن مقاضاته جنائياً وما يترتب على الحكم الجنائي من آثار سيئة في أمانة المحجوز لديه وفي سمعته وفي اعتباره.

٤- أن يتناول المقنن استشكالات تنفيذ حكم التحكيم بنوع من التفصيل ونوصي بإيقاع جزاء في حالة الامتناع عن تنفيذ حكم المحكم طواعية وخاصة عن عدم وجود أسباب قانونية تستدعي ذلك لتقليل حالات اللجوء الى التنفيذ الجبري.

٥- يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون قد صدر من محكمة أجنبية مختصة (الشق الإيجابي) بل يشترط أيضاً عدم اختصاص المحاكم اليمنية بالفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في اليمن أو في مصر (الشق السلبي)، وإيراد هذا الشرط في غاية الخطورة، إذ قد يترتب عليه رفض تنفيذ معظم أحكام التحكيم الأجنبية في مصر أو في اليمن. وللتخفيف من غلواء هذا الشرط يجب أن يقتصر الشرط السابق على الاختصاص الوجوبي أو القاصر لتعلقه بالنظام العام كالاختصاص المبني على الموطن أو الأموال أو الالتزامات أو الإفلاس الذي أشهر في مصر- أو في اليمن- دون الاختصاص الجوازي كالاختصاص المبني على الجنسية أو القبول الاختياري أو الطلبات العارضة.

المراجع

المراجع باللغة العربية:

- د / أمينة مصطفى النمر - أحكام التنفيذ الجبري وطرقه - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الثانية ١٩٧١م.
- د / إبراهيم أحمد ابراهيم - التحكيم الدولي الخاص - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٧م.
- د / أبو العلا النمر، "القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - بدون تأريخ.
- د / أبو زيد رضوان - «الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي» - دار الفكر العربي - القاهرة، ١٩٨١م.
- د / أحمد أبو الوفاء - إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية - منشأة المعارف، ١٩٩٠م.
- د / أحمد مليجي - التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بآراء الفقه وأحكام النقض، دار الفكر العربي.
- د / أحمد مليجي - الموسوعة الشاملة في التنفيذ - ج ٣ - النسرالذهبي للطباعة.
- د / سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة بالتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م.
- د / عبد المنعم زمزم - الإجراءات التحفظية والوقتية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٧م.
- د / عبد الحكيم أحمد عطروش، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في منازعات الاستثمار، مجلة القانون المغربي، العدد ٨، مارس، ٢٠١٢م.
- د / عز الدين الديناصوري و حامد عكاز - القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء - مركز الدلتا للطباعة، الطبعة الخامسة، ١٩٩٧م.
- د / عزمي عبد الفتاح - التحكيم الداخلي، محاضرة أقيمت بمركز البحوث والدراسات

القانونية بجامعة القاهرة- بالاشتراك مع الجمعية المصرية لقانون المرافعات والعلوم القضائية- مطبوعات مركز السنهوري- الدراسات القانونية- ١٩٩٣م.

د/ فاطمة صلاح الدين، دور القضاء في خصومة التحكيم، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.

د/ فواد رياض ود/ سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١م.

د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في قانون التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.

د/ محمد حسين - طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٢م.

د/ محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط٢، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٢م،

د/ محمود السيد التحيوي - الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونظامه - مرجع سابق، ص ٣٨٧.

د/ مروة حماد حسين سليمان، تنفيذ أحكام التحكيم في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠١٧م.

د/ محمود بريري- التحكيم التجاري الدولي - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة، ١٩٩٩م.

د/ محمود يونس - نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦م.

د/ مصطفى الجمال ود/ عكاشة محمد عبدالعال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الجزء الأول، ط١، ١٩٩٨م.

د/ منير عبدالمجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م.

د/ هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.

- د / وجدي راغب - النظرية العامة للتنفيذ القضائي - سنة ١٩٧٤م.
- د / طلعت يوسف خاطر، الغير في التنفيذ الجبري وحمايته من آثاره، المرجع السابق، ص (٣٣١، ٣٣٠).
- د / عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن دار النهضة العربية سنة ١٩٩٣م، ص ٥.
- د / محمد عبد الخالق عمر - مبادئ التنفيذ - مكتبة القاهرة الحديثة للطبع والنشر - الطبعة الأولى، ١٩٧٤م.
- د / هشام خالد «عقد ضمان الاستثمار (القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه)» - ٢٠٠٠م - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية.
- د / فتحي والي، التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٩٥م.
- د / نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
- المستشار / يونس ثابت - استشكالات التنفيذ في الأحكام والمحرمات الموثقة - عالم الكتب القاهرة، ١٩٧٢م.

المراجع الأجنبية:

- Droz G. Competence judiciaire et effets des jugments dans le marche commun, paris, ١٩٧٢, p. ٢٦٩ ets
- Oliver Cachard: Laregulation international du marche electronique, paris, I.G.D. ٢٠٠٢, p. ٥.



البحر العربي للدراسات والبحوث
مجلة

الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي في القانون اليمني

«دراسة مقارنة بالقانون المصري»

المحامي . الدكتور / مجدي عبد الملك محمد قيس
دكتوراه في القانون الجنائي

مجلة
البحر العربي
للدراسات والبحوث
مجلة

المخلص:

يجب مراعاة أحكام القانون المتعلقة بشروط وضمانات الحبس الاحتياطي، ما لم فإنه عند مخالفة أي من تلك الأحكام، أو عدم مراعاتها يحق للمتهم المحبوس احتياطياً أن يدفع ببطلان هذا الحبس، وقد تناولت الدراسة مفهوم الحبس الاحتياطي، وشروطه، وضماناته، وطبيعة الدفع ببطلانه وآثاره، وقد توصلت إلى العديد من النتائج والتوصيات التي أوصت المشرع اليمني الأخذ بها في أي تعديلات مرتقبة لقانون الإجراءات الجزائية.

الكلمات الافتتاحية: الدفع ببطلان، الحبس الاحتياطي، النظام العام، مصلحة الخصوم.

Abstract:

The provisions of the law related to the conditions and guarantees of pretrial detention must be taken into account, unless, when these provisions are violated or not observed, the precautionary detained suspect has the right to plead the invalidity of this detention. One of the most important findings of this study is that the legal basis for this plea in Yemeni law is the text of Article (398) of the Code of Criminal Procedure, and in the Egyptian law is the text of Article (333) of the Code of Criminal Procedure, and that this defense is one of the defenses that are not related to public order, but rather one of the defenses related to the interest of the litigants, and it is also one of the defenses in which reality is mixed with the law, Finally, this defense is considered one of the fundamental defenses. As for the effect of this defense, it is the invalidity of the evidence derived from the false detention procedure, which was contrary to the conditions and guarantees of pre-trial detention based on the provisions of Article (402) of the Yemeni Code of Criminal Procedures, and Article (336) of the Yemeni Code of Criminal Procedure. Egyptian criminal procedures.

Introductory words: payment, invalidity, preventive detention, public order, interest of the litigants.

المقدمة: يعتبر الحبس الاحتياطي من أخطر إجراءات التحقيق الابتدائي، وأكثرها مساساً بحرية المتهم؛ لأنه بمقتضى هذا الإجراء تُقيد حرية المتهم لفترة من الزمن هي الفترة التي يقضيها في الحبس الاحتياطي، ولما كان هذا الإجراء خروجاً عن الأصل المتمثل في براءة المتهم حتى تثبت إدانته بحكم قضائي، ونظراً لخطورة هذا الإجراء على حرية المتهم، فإن المشرع وضع قواعد تحكم مشروعيتها، وأحاطه بسياج من الضمانات تكفل حماية الفرد المتهم الذي يطبق عليه هذا الإجراء الخطير، كما رتب البطلان جزاءً على الإخلال بتلك الشروط والضمانات، ووسيلة المتهم المحبوس احتياطياً للتمسك بهذا البطلان هو إثارة دفع بالبطلان أمام محكمة الموضوع.

مشكلة الدراسة: تكمن مشكلة الدراسة في إن المتتبع لقانون الإجراءات الجزائية اليمني يجد أنه قد تطرق إلى شروط وضمانات الحبس الاحتياطي، ولكنه لم يتطرق صراحةً إلى أحكام الدفع ببطلانه وطبيعته وأثاره عند مخالفة أي شرط من شروطه، أو ضمانته من ضماناته، ولذا سوف نحاول استخلاص أحكام هذا الدفع وطبيعته وأثاره من مجمل نصوص القانون اليمني والمقارن، وكذلك اجتهاد الفقه والقضاء.

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى بيان أحكام الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي من خلال معرفة المقصود بهذا الدفع، وأساسه القانوني، وطبيعته القانونية، والآثار المترتبة عليه، بهدف توضيح معالم هذا الدفع وإزالة الغموض والضبابية التي قد تعتريه لعدم وجود تنظيم خاص بهذا الدفع، وبالتالي ممارسته وتطبيقه بشكل أفضل يحقق الغرض منه.

أهمية الدراسة: تكمن أهمية الدراسة في أنها تساعد أطراف الدعوى الجزائية، وكذلك الدارسين والمحامين والمشتغلين في مجال القانون من الوقوف على مفهوم هذا الدفع وأحكامه بشكل واضح ودقيق، لإزالة اللبس والغموض الذي قد يكتنف هذا الموضوع الهام نتيجة عدم وجود تنظيم خاص بهذا الدفع قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

نطاق الدراسة: سوف يقتصر نطاق هذه الدراسة على المقارنة بين القانون اليمني والمصري، بالإضافة إلى التعرض لآراء الفقه، وبعض الأحكام الصادرة عن القضاء اليمني والمصري حسب الإمكان.

الدراسات السابقة: بعد الرجوع إلى معظم المؤلفات والدراسات التي تناولت موضوع الدراسة، لم نقف على دراسة متخصصة تحدثت عن الموضوع بصورة مستقلة وشاملة، وخاصة في المكتبة اليمنية حسب اطلاع الباحث، بينما هناك مؤلفات ودراسات عديدة تناولت موضوع الدراسة في جزئيات بسيطة ضمن مواضيعها العديدة، ولهذا فإن هذه الدراسة تتسم بالتخصص والشمول لموضوع الدراسة.

منهج الدراسة: سوف نعتمد في دراسة هذا الموضوع على المنهج الوصفي، والتحليلي المقارن، حيث سنعرض المسألة لنص القانون، ومحاولة تحليل نصوصها في ضوء اتجاهات الفقه والقضاء، ومن ثم مقارنتها بالتشريع المقارن، ثم يبين الباحث رأيه والخلاصة والنتائج التي سوف يتوصل إليها.

واستناداً إلى ما سبق، ومن أجل استخلاص أحكام الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي والوصول إلى النتائج المترتبة على الدفع به، سنعمل على تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي وضمائنه.

المبحث الثاني: شروط الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي وأحكامه.

المبحث الأول ماهية الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي وضماناته

سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الحبس الاحتياطي والدفع ببطلانه:

سوف نتناول هذا المطلب في فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الحبس الاحتياطي وطبيعته القانونية:

سنتناول في هذا الفرع تعريف الحبس الاحتياطي، وطبيعته القانونية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الحبس الاحتياطي: لم يرد تعريف الحبس الاحتياطي في قانوني الإجراءات الجزائية اليمني، وقانون الإجراءات الجنائية المصري، وإنما اكتفيا بإيراد وصف له على أنه إجراء استثنائي، وترك الأمر في تعريفه إلى اجتهاد الفقه والقضاء.

وقد عرفه بعض الفقه بأنه: «سلب حرية المتهم فترة من الزمن غالباً ما تتصف بالتأقيت، تحدها مقتضيات التحقيق ومصالحته وفق ضوابط يقررها القانون»^(١)، كما عرفه البعض بأنه: «إجراء من إجراءات التحقيق، ولا يجوز التفويض فيه لمأمور الضبط القضائي، سيما أنه لا يجوز إلا بعد استجواب المتهم»^(٢)، كما ذهب البعض في تعريفه بأنه: «إجراء تقتضيه مصلحة التحقيق تجنباً لتأثير المتهم على الشهود، أو عبثه بالأدلة، أو توقيماً لهريه من تنفيذ الحكم الذي ينتظر صدوره ضده»^(٣)، وأخيراً يعرفه البعض بأنه: «إيداع المتهم في السجن فترة التحقيق كلها أو بعضها إلى أن تنتهي المحاكمة»^(٤)، ويتضح من خلال التعريفات المشار إليها أن الحبس الاحتياطي إجراء تحفظي، أو وقائي، تقتضيه مصلحة التحقيق، تُقيد به حرية المتهم فترة معينة، وذلك بإيداعه السجن خلال فترة التحقيق؛ لغرض منع المتهم من الهرب، أو التأثير على الشهود، والعبث

(١) الشهاوي، قدرى عبدالفتاح، معايير الحبس الاحتياطي والتدابير البديلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ١٣.

(٢) صياح، سري محمد، الحبس الاحتياطي في التشريع المصري، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٢٣.

(٣) رمضان، عمر السعيد، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٤١.

(٤) سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م، ص ٦٤.

بأدلة الجريمة، ولضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر ضده، وهذا الإجراء محظور على غير السلطة المختصة بالتحقيق.

ثانياً: الطبيعة القانونية للحبس الاحتياطي: تنقسم إجراءات التحقيق الابتدائي إلى نوعين من الإجراءات: نوع يرمي إلى فحص الأدلة القائمة على وقوع الجريمة، ونسبتها إلى المتهم، مثل الانتقال والمعاينة والتفتيش...، ونوع آخر يقصد به الاحتياط لمنع المتهم من الهرب أو التأثير في الأدلة، ويندرج ضمن هذا النوع الحبس الاحتياطي، والقبض، والإحضار... الخ^(١)، والأصل في الحبس باعتباره سلباً للحرية وتقييدها أنه عقوبة، وبالتالي يجب ألا يوقع إلا بموجب حكم قضائي بالإدانة، بعد محاكمة عادلة تتوفر فيها للمتهم ضمانات الدفاع عن نفسه، وذلك إعمالاً لمبدأ (الأصل في الإنسان البراءة)، ولكن المصلحة العامة في الدعوى الجزائية تتطلب أحياناً المساس بهذه الحرية عن طريق حبسه احتياطياً، ولذلك أجازه المشرع للمحقق بصفة احتياطية أو استثنائية^(٢)، ولهذا فقد حظي الحبس الاحتياطي باهتمام دستوري، وبالعودة إلى الدستور اليمني النافذ نجد أن ضمانات الحبس الاحتياطي نصت عليه المادة (٤٨) في الباب الثاني تحت عنوان: (حقوق وواجبات المواطنين الأساسية)، والتي نصت على أنه:

«١- تكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وأمنهم ويحدد القانون الحالات التي تقيد فيها حرية المواطن، ولا يجوز تقييد حرية أحد إلا بحكم من محكمة مختصة.

٢- لا يجوز القبض على أي شخص أو تفتيشه أو حجزه إلا في حالة التلبس أو بأمر توجبه ضرورة التحقيق وصيانة الأمن يصدره القاضي أو النيابة العامة وفقاً لأحكام القانون.

٣- كل من يقبض عليه بصفة مؤقتة بسبب الاشتباه في ارتكابه جريمة يجب أن يقدم إلى القضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه على الأكثر وعلى القاضي أو النيابة العامة تبليغه بأسباب القبض عليه واستجوابه وتمكينه من إبداء دفاعه واعتراضاته ويجب على الفور إصدار أمر مسبب باستمرار القبض أو الإفراج عنه.

٤- وفي كل الأحوال لا يجوز للنيابة العامة الاستمرار في الحجز لأكثر من سبعة أيام إلا بأمر قضائي، ويحدد القانون المدة القصوى للحبس الاحتياطي.

٥- عند إلقاء القبض على أي شخص لأي سبب يجب أن يخطر فوراً من يختاره المقبوض

(١) حافظ، مجدي محب، الحبس الاحتياطي، بدون ذكر الناشر، ولا مكان النشر، ١٩٩٨م، ص ٣١.

(٢) المرصفاوي، حسن صادق، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨م، ص ٤٢٥.

عليه كما يجب ذلك عند صدور كل أمر قضائي باستمرار الحجز، فإذا تعذر على المقبوض عليه الاختيار وجب إبلاغ أقاربه أو من يهمله الأمر.

٦- يحدد القانون عقاب من يخالف أحكام أي فقرة من فقرات هذه المادة كما يحدد التعويض المناسب عن الأضرار التي قد تلحق بالشخص من جراء المخالفة، ويعتبر التعذيب الجسدي أو النفسي أثناء القبض أو الاحتجاز أو السجن جريمة لا تسقط بالتقادم ويعاقب عليها كل من يمارسها أو يأمر بها أو يشارك فيها.»

واستناداً لما سبق، فإن الحبس الاحتياطي لا يعتبر عقوبة، ولا يهدف إلى ما تهدف إليه العقوبة، بل هو إجراء تحفظي ذو طبيعة خاصة، وهو إجراء تقتضيه مصلحة التحقيق، ووصفه البعض بأنه إجراء ذو طبيعة شاذة أو استثنائية، ويدخل ضمن اختصاص السلطة المختصة بالتحقيق، ومحظور على غيرها القيام به^(١).

الفرع الثاني: تعريف الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي وأساسه القانوني:

سوف نتناول هذا الفرع، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي: لم يعرف المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية^(٢)، وكذلك المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية^(٣) الدفع الجزائية عموماً، وبالعودة إلى تشريعات المرافعات المدنية في الدول موضع المقارنة، نجد أن المشرع اليمني في قانون المرافعات والتنفيذ المدني^(٤) قد عرف الدفع في نص المادة (١٧٩) بقوله أن: «الدفع دعوى يبديها المدعى عليه أو الطاعن اعتراضاً على موضوع الدعوى، والطعن في شروط قبولها، أو أي إجراء من إجراءاتها»، وبالنسبة للمشرع المصري فهو لم يرد أي تعريف صريح للدفع في قانون المرافعات المدنية والتجارية^(٥)، إلا أنه في ذات القانون يعتبر الدفع دعوى، حسب ما يفهم من نص المادة (٣) منه على

(١) المر، محمد عبدالله محمد، الحبس الاحتياطي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٤٠.

(٢) القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، العدد (٤١٩) لسنة ١٩٩٤م.

(٣) القانون رقم (٥٠) ن لسنة ١٩٥٠م بشأن الإجراءات الجنائية، وفقاً لآخر التعديلات ٢٠١٥م، مركز معلومات النيابة العامة المصرية، مايو ٢٠١٦م.

(٤) قانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني، الجريدة الرسمية، العدد ١٩ الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/١٠/١٥م.

(٥) القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦م بشأن المرافعات المدنية والتجارية المصري.

أنه لا يقبل طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، وهذا يعني أنه يشترط لقبول الدفع ذات الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها: «الدفع في اصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعى عليه، أو ممن يمثل المدعى عليه خصماً عنه بقصد أو إبطال دعوى المدعي، بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعياً إذا أتى بدفع ويعود المدعي الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع»^(١).

أما عن تعريف الدفع في مجال الدعوى الجزائية فقهاً، فقد تعدد الفقهاء في تعريفه، واختلفت الآراء بشأنه، حيث ذهب البعض في تعريفه متأثراً بتعريف الدفوع في قانون المرافعات المدنية، وعرفه على أنه: «دعوى من قبل المدعى عليه يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي»^(٢)، بينما ذهب البعض الأخر-نؤيده- إلى أن المدلول الاصطلاحي للدفع في قانون الإجراءات الجزائية يختلف عن مدلوله في قانون المرافعات المدنية، ويرجع السبب في هذا الاختلاف، لاختلاف طبيعة كل من القانونين، إذ أن اصطلاح الدفع بمعناه العام في الدعوى الجزائية، قد جرى العمل على إطلاقه على: «أوجه الدفاع الموضوعية أو القانونية التي يثيرها الخصم لتحقيق غايته من الخصومة في الدعوى الجزائية»^(٣)، وبناءً عليه يمكننا القول بأن الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي، يُقصد به اصطلاحاً الأوجه أو الأمور الموضوعية أو القانونية التي يثيرها الخصم في الدعوى الجزائية أثناء المحاكمة، والتي يهدف من خلالها إلى إبطال الحبس الاحتياطي، لمخالفته الإجراءات المنصوص عليها في القانون.

ثانياً: الأساس القانوني للدفع ببطلان الحبس الاحتياطي: أجاز المشرعان اليمني والمصري التمسك بالدفع بالبطلان من خلال ترتيب البطلان على كل إجراء جاء مخالفاً لأحكام القانون، أو كان هذا الإجراء جوهرياً، فقد نصت المادة (٣٩٦) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: «يقع باطلاً كل إجراء جاء مخالفاً لأحكام هذا القانون، إذا نص القانون صراحة على بطلانه، أو إذا كان الإجراء الذي خولف أو أغفل جوهرياً»، وهذا النص يقابله تماماً نص المادة (٣٣١) من قانون الإجراءات الجنائية المصرية^(٤)، كما بين المشرعان

(١) الطعن رقم (٢١) لسنة ٤٤ق أحوال شخصية، جلسة ١٩٧٦/٤/٧م، أشار إليه البكري، محمد عزمي، موسوعة الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١١.

(٢) سعد الدين، مدحت محمد، نظرية الدفوع في قانون الإجراءات الجنائية، شركة الإعلانات الشرقية، ودار الجمهورية للصحافة، مصر ٢٠٠٣م، ص ٢٢.

(٣) عبيد، رؤوف، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، الطبعة الثانية، مطبعة الاستقلال، القاهرة، ١٩٧٧م، ص ١٦٣.

(٤) والتي نصت على أنه: «يتربط البطلان على عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بأي إجراء جوهري».

حالات البطلان المتعلقة بالنظام العام، وكيفية التمسك به، فقد نصت المادة (٣٩٧) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أنه: «إذا كان البطلان راجعاً لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بكيفية رفع الدعوى الجزائية أو بتشكيل المحكمة أو بولايتها بالحكم في الدعوى أو بعلانية الجلسات... أو غير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام جاز التمسك به من جميع الأطراف في أية حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها...»، وهذا النص يقابله تماماً نص المادة (٣٣٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري^(١)، كما بين المشرعان أيضاً حالات البطلان غير المتعلقة بالنظام العام، وكيفية التمسك به، فقد نصت المادة (٣٩٨) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أنه: «في غير أحوال البطلان المتعلقة بالنظام العام، يسقط حق الخصم في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الذي تجريه النيابة العامة أو المحكمة إذا كان له محام وحصل الإجراء بحضوره بغير اعتراض منه، ويسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة إذا لم تتمسك به في حينه»، وهذا النص يقابله تماماً نص المادة (٣٣٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري^(٢).

وخلاصة القول، يتضح مما سبق أن المشرعان اليمني والمصري أجازا التمسك بالدفع ببطلان الحبس الاحتياطي من خلال ترتيب البطلان على مخالفة الإجراءات المتعلقة بالتحقيق الذي تجريه النيابة العامة - فالحبس الاحتياطي يعتبر إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي كما ذكرنا سابقاً-، وأن هذا الدفع من الدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام، بل من الدفوع المتعلقة بمصلحة الخصوم بدليل أنه يسقط حق الخصم في الدفع به إذا كان له محام وحصل هذا الإجراء بحضوره بغير اعتراض منه، وهذا يعني أنه يجب إثارته والتمسك به أمام محكمة الموضوع والإسقاط حق التمسك به.

المطلب الثاني: الضمانات المتعلقة بالحبس الاحتياطي؛

نص المشرعان اليمني والمصري على العديد من الضمانات للحبس الاحتياطي،

(١) والتي نصت على أنه: «إذا كان البطلان راجعاً لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة أو بولايتها بالحكم في الدعوى أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها أو غير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام، جاز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب».

(٢) والتي نصت على أنه: «في غير الأحوال المشار إليها في المادة السابقة، يسقط الحق في الدفع ببطلان الإجراءات الخاصة بجمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي أو التحقيق بالجلسة في الجرح والجنائيات إذا كان للمتهم محام وحصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه... وكذلك يسقط حق الدفع بالبطلان بالنسبة للنيابة العامة إذا لم تتمسك به في حينه».

سوف تتعرض لها في هذا المطلب، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الضمانات المتعلقة بمدة الحبس الاحتياطي:

يُعد أمر الحبس الاحتياطي من الأوامر القضائية التي يجب تحديد مدتها، كونه إجراء استثنائي ووقتي، يمس حرية الفرد، واقتضته مصلحة التحقيق، لذلك حدد المشرع مدته بنصوص صريحة، وأوجب الجهة المخولة بإصداره ضرورة التقيد بمدته، وعلى الجهة المختصة عند تمديد الحبس الاحتياطي التقيد بحده الأقصى، ولا يجوز الزيادة عليها^(١)، وتختلف المدة باختلاف السلطة المختصة بأمر التمديد، نبينها بإيجاز على النحو الآتي:

أولاً: سلطة التحقيق (النيابة العامة) في تمديد الحبس الاحتياطي: نصت المادة (١٨٩) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أن: «الأمر بالحبس الصادر من النيابة العامة لا يكون نافذ المفعول إلا لمدة السبعة الأيام التالية للقبض على المتهم أو تسليمه إليها إذا كان مقبوضاً عليه من قبل...»، ونصت المادة (٢٠١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أن: «يصدر الأمر بالحبس من النيابة العامة... وذلك لمدة أقصاها أربعة أيام تالية للقبض على المتهم أو تسليمه للنيابة العامة إذا كان مقبوضاً عليه من قبل...». ويتضح من خلال النصوص المذكورة أعلاه أن الحد الأقصى الذي تملكه النيابة العامة في مدة حبس المتهم، هو سبعة أيام في القانون اليمني، وأربعة أيام في القانون المصري، وتبدأ هذه المدة من اليوم التالي للقبض على المتهم إذا كان أمر القبض صادراً من النيابة العامة، فإذا كان القبض قد تم بمعرفة مأمور الضبط القضائي، فتبدأ حساب تلك المدة من اليوم التالي لتسليم المقبوض عليه إلى النيابة العامة.

ثانياً: سلطة المحكمة الابتدائية في تمديد الحبس الاحتياطي: إذا انقضت مدة الحبس الاحتياطي المخولة للنيابة العامة، ورأت مد الحبس الاحتياطي، وجب عليها قبل انقضاء تلك المدة عرض الأوراق على القاضي المختص في المحكمة ليصدر أمره بما يراه ملائماً بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم، وللقاضي المختص تمديد الحبس الاحتياطي لمدد متعاقبة، بحيث لا يزيد مجموعها عن خمسة وأربعين يوماً طبقاً لنص المادة (١٩٠) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (٢٠٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(١) بامعلم، صالح أحمد صالح، الحبس الاحتياطي، ضمانته والتعويض عنه في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مرجع سابق، ص ١٧٩.

ثالثاً: سلطة محكمة الاستئناف في تمديد الحبس الاحتياطي: إذا لم ينته التحقيق رغم انقضاء مدة الخمسة وأربعين يوماً التي تم تمديد حبسها من قبل المحكمة الابتدائية، ورأت النيابة العامة ضرورة تمديد الحبس الاحتياطي لفترة أخرى، فإن السلطة المختصة بالتمديد مرة أخرى هي محكمة الاستئناف المختصة، وعليها أن تنظر في الطلب المقدم من النيابة العامة بتمديد الحبس الاحتياطي في غرفة المداولة (التشاور)، وتصدر أمرها بعد سماع أقوال النيابة العامة والمتهم بمدد الحبس مدداً متعاقبة لا يزيد مجموعها عن خمسة وأربعين يوماً إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك، أو الإفراج عن المتهم بضمانة أو بدونها، طبقاً لنص المادة (١٩١) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (٢٠٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

رابعاً: سلطة النائب العام في تمديد الحبس الاحتياطي: إذا مضت على الحبس الاحتياطي للمتهم مدة ثلاثة أشهر، وهو إجمالي ميعاد التمديد (خمسة وأربعون يوماً من قبل المحكمة الابتدائية، مضافاً إليها خمسة وأربعون يوماً من قبل محكمة الاستئناف)، وجب عرض الأمر على النائب العام، وذلك لاتخاذ الإجراءات التي يراها لازمة لإنهاء التحقيق، طبقاً لنص المادة (١٩١) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (١٤٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، وقد أجاز المشرع اليمني في المادة (١٩١) المشار إليها في قانون الإجراءات الجزائية للنائب العام أن يخول رئيس نيابة الاستئناف بالمحافظة، بطلب مدد مدة الحبس الاحتياطي لفترات متعددة لا تتجاوز ثلاثة أشهر بحيث لا تزيد مدة الحبس الاحتياطي كلها عن ستة أشهر، بينما لم يمنح المشرع المصري مثل هذا الحق للنائب العام، وبالتالي فإن مدة الحبس الاحتياطي كلها في القانون المصري ثلاثة أشهر فقط طبقاً لنص المادة (١٤٣) من قانون الإجراءات الجنائية.

يُفهم مما سبق عرضه أن أقصى مدة للحبس الاحتياطي في مرحلة التحقيق الابتدائي هي ستة أشهر في القانون اليمني، وثلاثة أشهر في القانون المصري، أي أنه يجب على النيابة العامة الإفراج عن المتهم إذا لم تنته التحقيقات بعد مرور هذه المدة، ولا يجوز لها الاستمرار في حبسه ما لم يكن قد أعلن بإحاطته إلى المحكمة المختصة قبل انتهاء هذه المدة، طبقاً لنص المادة (١٩١) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (١٤٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، ويلاحظ مما سبق عرضه أيضاً أن الحد الأقصى لمدة للحبس الاحتياطي في مرحلة التحقيق الابتدائي لدى المشرع اليمني (ستة أشهر)، وهي ضعف المدة المقررة لدى المشرع المصري المحددة بـ (ثلاثة أشهر)، وهي مدة طويلة جداً من شأنها التأثير في إرادة المتهم، ومن جهة أخرى تعتبر مدة قاسية جداً وخاصة إذا

لم تتوفر أدلة كافية لاتهام المحبوس احتياطياً خلال تلك المدة الطويلة، التي تشعره بأنه كان خلالها عرضةً للظلم والجور، وندعو المشرع اليمني أن يسلك مسلك المشرع المصري في هذا الجانب ويخفض الحد الأقصى لمدة الحبس الاحتياطي في مرحلة التحقيق الابتدائي إلى ثلاثة أشهر بدلاً عن ستة أشهر.

وأوجب القانون على المحكمة المختصة أن تخصم مدة الحبس الاحتياطي من الفترة التي سيحكم بها عند صدور الحكم إذا كانت العقوبة هي السجن، طبقاً لنص المادة (٤٩٦) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (٤٨٢) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، أما إذا كانت العقوبة هي الغرامة فقط، أو كانت الحبس والغرامة معاً وكانت المدة التي قضاها المحكوم عليه في الحبس الاحتياطي تزيد على مدة الحبس المحكوم به، فإنه يجب أن تُنقص من الغرامة مدة الحبس الاحتياطي وفقاً للمبلغ الذي حدده القانون عن كل يوم، مائة ريال وفقاً لنص المادة (٥٢١) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، وخمسة جنيهات عن كل يوم وفقاً لنص المادة (٥٠٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، أما إذا كان الحكم بالبراءة فيجب خصم مدة الحبس الاحتياطي من أي مدة قد يحكم بها على المتهم في أي جريمة أخرى طبقاً لنص المادة (٥٠٤) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (٤٨٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، وأضاف المشرع المصري المادة (٣١٢) مكرراً إلى قانون الإجراءات الجنائية بالقانون رقم (١٤٥) لسنة ٢٠٠٦م، والتي تنص على أنه: «تلتزم النيابة العامة بنشر كل حكم بات ببراءة من سبق حبسه احتياطياً، وكذلك كل أمر صادر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجنائية قبله في جريدين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقه الحكومة، ويكون النشر في الحالتين بناءً على طلب النيابة العامة أو المتهم أو أحد ورثته، وبموافقة النيابة العامة في حالة صدور أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى. وتعمل الدولة على أن تكفل الحق في مبدأ التعويض المادي عن الحبس الاحتياطي في الحالتين المشار إليهما في الفقرة السابقة وفقاً للقواعد والإجراءات التي يصدر بها قانون خاص»، ويلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع المصري تكفل برد اعتبار من حبس احتياطياً، وحكم ببراءته، أو صدر أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية ضده، وذلك بتعويضه معنوياً من خلال نشر الحكم ببراءته، وتعويضه مادياً وفقاً لقانون خاص يصدر بذلك، وندعو المشرع اليمني أن يسلك مسلك المشرع المصري في هذا الجانب، ويقر بأحقية المحبوس احتياطياً الذي حكم ببراءته أو صدر قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية ضده في التعويض المادي والمعنوي عن مدة الحبس التعسفي، إذ ينال هذا الحبس من مكانة الشخص ووضعه واعتباره ويمتد أثره إلى أسرته ومعارفه وأصدقائه.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز تنفيذ أوامر الضبط والإحضار أو الحبس الاحتياطي الصادر من النيابة العامة بعد مضي ستة أشهر من تاريخ صدورها ما لم تعتمد لها لمدة أخرى، طبقاً لنص المادة (١٨٩) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (١٣٩) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

الفرع الثاني: الضمانات المتعلقة بحقوق المتهم المحبوس احتياطياً:

وسوف نتناول هذه الضمانات في هذا الفرع، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: حق المحبوس احتياطياً في معرفة التهمة المنسوبة إليه وأسباب حبسه: لم ينص المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية صراحة على إبلاغ المحبوس احتياطياً بأسباب حبسه، إلا أنه اشترط في المادة (٧٦) من ذات القانون ضرورة إبلاغ المقبوض عليه بأسباب قبضه، ويستفاد ضمناً من نص هذه المادة ضرورة إبلاغ المتهم المحبوس احتياطياً بأسباب حبسه احتياطياً؛ لأنه لا يجوز إصدار الأمر بالحبس الاحتياطي إلا بعد استجواب المتهم، والذي يشترط القانون أن يتم مواجهة المتهم بالتهمة المنسوبة إليه، وبالنسبة للمشرع المصري، فقد نص صراحة على هذا الحق للمتهم المحبوس احتياطياً، في نص المادة (١٣٩) من قانون الإجراءات الجنائية.

ثانياً: حق المحبوس احتياطياً الاتصال بمن يرى إبلاغه عن وضعه: لم ينص المشرع اليمني صراحة على حق المحبوس احتياطياً الاتصال بمن يرى إبلاغه عن وضعه في قانون الإجراءات الجزائية، إلا أنه اشترط ذلك في نص المادة (٧٧)، على ضرورة إخطار من يختاره المقبوض عليه فوراً بواقعة القبض عليه، كما يجب ذلك عند صدور كل أمر قضائي باستمرار الحجز، فإذا تعذر على المقبوض عليه الاختيار وجب إبلاغ أقرابه أو من يهمه الأمر، وبالنسبة للمشرع المصري، فقد نص صراحة على ذلك الحق في نص المادة (١٣٩) من قانون الإجراءات الجنائية.

ثالثاً: حق المحبوس احتياطياً في الطعن من أوامر حبسه ومن قرار مد مدته: لضمان سلامة إصدار أوامر الحبس الاحتياطي وشرعية مد مدته، منح القانون المتهم حق التظلم من أمر النيابة العامة بحبسه احتياطياً، ومن قرار مد مدته، باعتبار أن المتهم شخص بريء إلى أن تثبت إدانته بحكم نهائي، وحتى لا يبقى محبوساً احتياطياً دوان توافر مبرراته^(١)، وقد قرر المشرعان اليمني والمصري له ذلك الحق في نص المادة (٢٢٥)

(١) بالمعلم، صالح أحمد صالح، الحبس الاحتياطي، ضمانته والتعويض عنه في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مرجع سابق، ص ١٨٣.

من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (١٦٤) من قانون الإجراءات الجنائية، كما حددا ميعاد الطعن بعشرة أيام تبدأ من تاريخ إعلان الخصوم بالأمر، وفقاً لنص المادة (٢٢٧) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (١٦٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، على أن يتم الطعن في دائرة الكتاب بالنيابة العامة، أو بمحكمة الاستئناف المختصة لتفصل في الطعن على وجه الاستعجال، وفقاً لنص المادة (٢٢٨) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (١٦٥) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

ويلاحظ بأن المشرع اليمني لم يحدد بدقة المدة التي يجب أن تنظر محكمة الاستئناف خلالها في الطعن والفصل فيه، بينما المشرع المصري كان أكثر دقة في ذلك وحدد تلك المدة بثمان وأربعين ساعة من تاريخ رفع الطعن بحسب نص المادة (١٦٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، وندعو المشرع اليمني أن يسلك مسلك المشرع المصري في هذا الجانب كون الإجراء خطيراً ويمس الحرية الشخصية، ويتطلب الاستعجال في تحديد تلك المدة.

المبحث الثاني شروط الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي وأحكامه

سوف نتناول في هذا المبحث شروط الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي، وأحكامه، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: شروط الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي:

اشترط المشرعان اليمني والمصري، للأمر بالحبس الاحتياطي، شروطاً موضوعية، وأخرى شكلية، سنتناولها بإيجاز في هذا المطلب، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للحبس الاحتياطي:

سوف نتناول هذه الشروط في هذا الفرع، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: أن تكون الجريمة من الجرائم التي يجوز فيها الحبس الاحتياطي: أخذ المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية بالتقسيم الثنائي للجريمة؛ حيث أنه قسم الجرائم حسب جسامتها، ومعيار العقوبة المقررة لها إلى جرائم جسيمة وغير جسيمة، بينما أخذ

المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية بالتقسيم الثلاثي للجريمة؛ حيث أنه قسمها إلى جنایات وجُنح ومخالفات، واستناداً لهذا التقسيم حدد المشرعان اليمني والمصري الجرائم التي يجوز الحبس الاحتياطي فيها، حيث نصت المادة (٢/١٨٤) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أن: «الحبس الاحتياطي لا يكون إلا بعد استجواب المتهم....، وبعد توفر الشروط الآتية: ٢...- أن تكون الواقعة المتهم فيها جريمة معاقباً عليها بالحس لمدة تزيد على ستة أشهر أو لم يكن للمتهم محل إقامة معروف بالجمهورية متى كانت الجريمة معاقباً عليها بالحس...»، ونصت المادة (١٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري على أنه: «يجوز لقاضي التحقيق، بعد استجواب المتهم أو في حالة هربه، إذا كانت الواقعة جنایة أو جنحة معاقباً عليها بالحس لمدة لا تقل عن سنة، والدلائل عليها كافية، أن يصدر أمراً بحبس المتهم احتياطياً....، ومع ذلك يجوز حبس المتهم احتياطياً إذا لم يكن له محل إقامة ثابت ومعروف في مصر، وكانت الجريمة جنایة أو جنحة معاقباً عليها بالحس».

ويتضح من خلال النصوص المشار إليها أعلاه، أن المشرعين اليمني والمصري أجازا الحبس الاحتياطي كقاعدة عامة في الجرائم الجسيمة، والجنایات عموماً، وأما الجرائم غير الجسيمة، والجنح يجوز فيها الحبس الاحتياطي في حالتين هما:

١- أن تكون الجريمة معاقباً عليها بالحس مدة تزيد على ستة أشهر في القانون اليمني، ومدة لا تقل عن سنة في القانون المصري.

٢- أن تكون الجريمة معاقباً عليها بالحس، ولم يكن للمتهم محل إقامة معروف في اليمن أو مصر، والحكمة من تقرير الحبس الاحتياطي في هذه الحالة، هو الخشية من هروب المتهم، أو لضمان تنفيذ الحكم عند صدوره ضده^(١).

وعلى هذا فإنه لا يجوز الحبس الاحتياطي في المخالفات عموماً، وفي الجرائم غير الجسيمة، والجنح المعاقب التي تكون عقوبتها الغرامة فقط، أو الحبس أقل من ستة أشهر في القانون اليمني، وأقل من سنة في القانون المصري.

وقد استثنى من ذلك المشرعان اليمني والمصري إجراء الحبس الاحتياطي في أمرين هما:

١- الجرائم التي تقع بواسطة الصحف (النشر)، إلا إذا كانت تتضمن طعناً في

(١) الشميري، مطهر عبده محمد، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء ٢٠١٧م، ص ٢٣٥.

الأعراض أو تحريضاً على إفساد الأخلاق طبقاً لنص المادة (١٨٥) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، أو إذا كانت تتضمن إهانة لرئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة (١٧٩) من قانون العقوبات المصري.

٢- إذا لم يتجاوز سن المتهم الخامسة عشرة من عمره طبقاً لنص المادة (٣/١٨٤) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (١١٩) من قانون الطفل المصري^(١)، وإذا كانت هناك ظروف تستدعي التحفظ على الحدث فيتم إيداعه إحدى دور الملاحظة أو تسليمه إلى ولي أمره أو شخص أمين يتعهد بتقديمه عند كل طلب، وفقاً لنص المادة (١١) من قانون رعاية الأحداث اليمني^(٢)، والمادة (١١٩) من قانون الطفل المصري.

ثانياً: أن يصدر الأمر بالحبس الاحتياطي من السلطة المختصة: يُستشف من أحكام الحبس الاحتياطي الواردة في الفصل السابع تحت عنوان: (في الحبس الاحتياطي) ومن الباب الثالث تحت عنوان: (في التحقيق الابتدائي) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، ومن أحكام الحبس الاحتياطي الواردة في الفصل التاسع تحت عنوان: (في أمر الحبس) ومن الباب الثالث تحت عنوان: (في التحقيق بمعرفة قاضي التحقيق) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، أن السلطة المخولة بإصدار أمر الحبس الاحتياطي في القانوني اليمني هي: النيابة العامة في مرحلة التحقيق الابتدائي، والمحكمة في مرحلة المحاكمة^(٣)، وفي القانون المصري هي: قاضي التحقيق والنيابة العامة في مرحلة التحقيق الابتدائي، وقاضي المحكمة في مرحلة المحاكمة^(٤)، ولا يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يصدر أمراً بالحبس الاحتياطي، كما لا يجوز ندمه لذلك استناداً إلى أنه إجراء خطير^(٥)، ولا يكون له سوى سلطة القبض على المتهم وإحضاره خلال مدة أربع وعشرين ساعة، وبغير ذلك فإن أي إجراء يتخذه بشأن الحبس الاحتياطي يُعد باطلاً^(٦)، لأنه ليس صاحب اختصاص في إصدار الأمر بالحبس الاحتياطي، وبذلك فإن قرار الحبس إذا صدر

(١) قانون الطفل المصري رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦م.

(٢) القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٢م بشأن رعاية الأحداث، المعدل بالقانون رقم (٢٦) لسنة ١٩٩٧م.

(٣) راجع نصوص المواد (١١٦، ١٧٦، ١٨٦، ١٨٩) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(٤) راجع نصوص المواد (١٣٤، ١٣٦، ١٣٧، ١٤٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري.

(٥) عثمان، آمال عبدالرحمن، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٩م، ص ٥٢٠.

(٦) ولد علي، محمد ناصر أحمد، التوقيف في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، دراسة مقارنة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس ٢٠٠٧م، ص ٦٤.

من غير الجهة المختصة به كان الإجراء باطلاً ولا يترتب عليه أي آثار ويجعله قراراً معيباً^(١). وهنا تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري نص في المادة (٢٠١) من قانون الإجراءات الجنائية المستبدلة بالقانون رقم (١٤٥) لسنة ٢٠٠٦م، على بدائل للحبس الاحتياطي، وأجاز للسلطة المختصة بالحبس الاحتياطي أن تصدر بدلاً منه أمراً بأحد التدابير الآتية: ١- إلزام المتهم بعدم مباحرة مسكنه أو موطنه. ٢- إلزام المتهم بأن يقدم نفسه لمقر الشرطة في أوقات محددة. ٣- حظر ارتياد المتهم أماكن محددة. فإذا خالف المتهم الالتزامات التي يفرضها التدبير، جاز حبسه احتياطياً، ويسري في شأن مدة التدبير أو مداه والحد الأقصى لها واستئنافها ذات القواعد المقررة بالنسبة إلى الحبس الاحتياطي^(٢)، بينما لم نجد مثل هذه البدائل في قانون الإجراءات الجنائية اليمني، ونرى بأن المشرع المصري هو الأفضل؛ حيث كان متميزاً جداً في نصه على تلك البدائل للحبس الاحتياطي المتعارض مع أصل البراءة المفترضة في الإنسان، والتي من شأنها الحد من آثار الحبس الاحتياطي الذي قد يتعرض لها المحبوس احتياطياً، وخاصة إذا ثبتت براءته فيما بعد، كما تميز أيضاً في نصه على سريان مدة التدبير أو مداه والحد الأقصى لها على ذات القواعد المقررة بالنسبة للحبس الاحتياطي، مما يؤكد أنه جدير بالتقدير والاحترام كيف لا وهو الأقدم والأعرق، وندعو المشرع اليمني أن يسلك مسلك المشرع المصري في هذا الجانب.

ثالثاً: أن يسبق الحبس الاحتياطي استجواب المتهم: يشترط لصحة الحبس الاحتياطي أن يكون قد سبقه استجواب المتهم، طبقاً لنص المادة (١٨٤) من قانون الإجراءات الجنائية اليمني، والمادة (١٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، وعلّة لزوم تقدم الأمر بالحبس الاحتياطي استجواب المتهم، أنه قد يكون لديه من الأدلة ما يمكنه من إثبات براءته، ودحض الدلائل المتوفرة ضده، وبالتالي لا يعود هناك مبرر لحبسه^(٣)، ولم يستثن المشرع اليمني والمصري من شرط الاستجواب السابق للحبس الاحتياطي إلا حالة ما إذا كان المتهم هارباً، فيجوز الأمر بالقبض عليه وحبسه احتياطياً، وفقاً لنص المادة (١٨٤) من قانون الإجراءات الجنائية اليمني، والمادة (١٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، أما إذا لم تقم سلطة التحقيق المختصة باستجواب المتهم

(١) المجالي، سميح، أثر الإجراء الباطل في المركز القانوني للمتهم، دار وائل للنشر، عمان، دون سنة نشر، ص ٣٩٨.

(٢) راجع نص المادة (٢٠١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، المستبدلة بالقانون رقم (١٤٥) لسنة ٢٠٠٦م.

(٣) مجلي، حسن علي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، جمع الاستدلالات والتحقيق، دار جامعة صنعاء للطباعة والنشر، صنعاء ٢٠١٢م، ص ٣٧٦.

قبل حبسه احتياطياً، فإن أمر الحبس الاحتياطي يكون باطلاً لتخلف شرط جوهرى من شروط صحته^(١).

رابعاً: أن تتوفر دلائل كافية على ارتكاب المتهم للجريمة: يستوجب إجراء حبس المتهم احتياطياً وجود دلائل كافية على اتهامه بارتكاب جريمة من الجرائم التي يجوز الحبس الاحتياطي فيها، وفقاً لنص المادة (١٨٤) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (١٣٤) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، وقد عرف المشرع اليمني (الدلائل الكافية) في المادة (٢) من قانون الإجراءات الجزائية بأنها: «الأمر التي يدل ثبوتها على توافر العناصر التي تكفي سنداً للقرار أو الحكم»، وهذه الدلائل تعني الشبهات أو القرائن المستفادة من ظاهر الحال بحيث لا ترقى إلى مرتبة الأدلة^(٢)، وتقدير توافر الدلائل الكافية أمر متروك لسلطة التحقيق، ورقابة محكمة الموضوع، فإذا لم تتوفر الدلائل الكافية تأمر النيابة بالإفراج عن المتهم فوراً، وإذا تبين لمحكمة الموضوع أن الدلائل غير كافية لتبرير الأمر الصادر من العضو المحقق بالحبس الاحتياطي، يتعين عليها الحكم ببطلان الإجراءات المترتبة عليه، والدليل المستمد منه^(٣).

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للحبس الاحتياطي:

يشترط لصحة الأمر بالحبس الاحتياطي شروط شكلية أيضاً سوف نتناولها في هذا الفرع، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: وجوب صدور الأمر بالحبس الاحتياطي كتابياً: يجب أن يثبت المحقق الأمر بالحبس الاحتياطي في محضر التحقيق، ويحرر أمراً إلى جهة الشرطة بالإيداع في الحبس الاحتياطي^(٤)، وقد اشترط المشرعان اليمني والمصري أن يكون أمر الحبس الاحتياطي ثابتاً بالكتابة، وفقاً لنص المادة (١٨٦) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (١٣٨) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، وتكمن العلة من كتابة أمر الحبس الاحتياطي في إثبات ما ورد فيه للاحتجاج به^(٥)، وفي هذا الشأن قضت محكمة

(١) سرور، أحمد فتحي، الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ١٠٦٤.

(٢) عثمان، أحمد عبد الحكيم، أحكام وضوابط الحبس الاحتياطي، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٦٦.

(٣) الشميري، مطهر عبده محمد، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مرجع سابق، ص ٢٣٥، و سرور، أحمد

فتحي، الوسيط في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ١٠٦٣.

(٤) شمس الدين، أشرف توفيق، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة مزيده ومنقحة طبقاً لأحدث التعديلات

التشريعية ونصوص دستور ٢٠١٤م، وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م، ص ٤٤٩.

(٥) عثمان، أحمد عبد الحكيم، أحكام وضوابط الحبس الاحتياطي، مرجع سابق، ص ٨٤.

النقض المصرية بقولها: «...والقاعدة المستقرة قضاءً هو أن إجراءات التحقيق والأوامر الصادرة بشأنه يجب إثباتها بالكتابة، لكي تبقى حجة يعامل الموظفون - الآمرون منهم والمؤتمرون - بمقتضاها، وتكون أساساً صالحاً لما يبنى عليه من نتائج»^(١).

ثانياً: أن يتضمن أمر الحبس الاحتياطي البيانات اللازمة: يجب أن تتوافر في أمر الحبس الاحتياطي البيانات المنصوص عليها في المادة (١٨٦) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (١٢٧) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، ويمكن حصر تلك البيانات في الآتي:

- ١- اسم المتهم الثلاثي ولقبه ومحل إقامته.
- ٢- رقم القضية المحبوس فيها، والجريمة المسندة إليه، ومادة القانون المنطبقة على الواقعة.
- ٣- تاريخ الأمر بالحبس الاحتياطي.
- ٤- مدة الحبس الاحتياطي، وتاريخ عرض المتهم على السلطة الأمرة بالحبس للبت في أمره.
- ٥- أن يكون مديلاً بتوقيع عضو النيابة المختص، أو مصدر الأمر وصفته.
- ٦- بصمة خاتم شعار الجمهورية.

ثالثاً: أن يصدر أمر الحبس الاحتياطي مسبباً: يُقصد بتسبب أمر الحبس ذكر مبررات ودواعي أمر حبس المتهم احتياطياً التي استندت إليها السلطة الأمرة في إصداره^(٢)، فلا بد من ذكر التهمة المنسوبة للمتهم (الجريمة المسندة إليه بارتكابها، والمادة القانونية المنطبقة عليها)، وذلك أسباب ودواعي الاتهام وأدلتها، وعلى أن تكون الواقعة الإجرامية مما يجوز الحبس الاحتياطي بموجبها^(٣)، وقد نص المشرع اليمني صراحة على تسبب أمر الحبس الاحتياطي في نص المادة (٧٦) من قانون الإجراءات الجزائية، والتي نصت على أن: «... وعليه أن يصدر على الفور أمراً مسبباً بحبسه احتياطياً أو الإفراج عنه...»، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجنائية المصري، نجد أن المشرع المصري لم

(١) الطعن رقم (١٣٥٩) لسنة ٨٠ قضائية جلسة ٢٠١٢/٣/٦م، أشار إليه المحلاوي، أنيس حسيب السيد، بطلان الإجراءات الاحتياطية ضد المتهم في قانون الإجراءات الجنائية المصري، مجلة الشريعة والقانون، العدد (٣٥) الجزء الثاني (١٤٤٢هـ-٢٠٢٠م)، ص ١٠٢٥.

(٢) شمس الدين، أشرف توفيق، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

(٣) بامعلم، صالح أحمد صالح، الحبس الاحتياطي، ضمانته والتعويض عنه في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة تهامة، العدد (١٠)، اليمن، لم يذكر سنة النشر، ص ١٧٦.

ينص صراحة على تسبب أمر الحبس الاحتياطي، إلا أنه اشترط في المادة (١٣٩) من ذات القانون على ضرورة إبلاغ الموقوف بأسباب توقيفه، ويستفاد ضمناً من نص هذه المادة إلى ضرورة تسبب الأمر بالحبس الاحتياطي، وهذا يشكل ضماناً للمتهم حيث أن تسبب أمر الحبس يجعل الرقابة عليه سهلاً للجهات القضائية الأعلى درجة من السلطة مصدره أمر الحبس الأمر الذي يحد من الحبس التعسفي^(١)، ولما كان تسبب أمر الحبس الاحتياطي يمثل ضماناً أساسية للمتهم وصيانة لحق الدفاع فإن مخالفته يترتب عليها أن يكون الإجراء باطلاً.

المطلب الثاني: أحكام الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي:

وسوف نتناول هذه الأحكام في هذا المطلب، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: طبيعة الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي:

يتعين على المحقق الالتزام بالشروط والضمانات القانونية - التي أشرنا إليها سابقاً - لإجراء الحبس الاحتياطي، ما لم فإن الإجراءات التي تمت دون مراعاة لتلك الشروط والضمانات مصيرها البطلان، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «إذا لم تراعى شروط الحبس الاحتياطي وقع هذا الحبس باطلاً، وترتب على ذلك بطلان جميع الإجراءات التي اتخذت والمتهم محبوس حبساً باطلاً»^(٢)، ووسيلة التمسك بهذا البطلان هو دفع يثيره المتهم المحبوس احتياطياً أمام محكمة الموضوع، والدفع بصفة عامة إما أن تكون متعلقة بالنظام العام، وإما أن تكون غير متعلقة بالنظام العام (أي متعلقة بمصلحة الخصوم)، وقد اختلف فقهاء القانون حول الطبيعة القانونية للدفع ببطلان الحبس الاحتياطي، فقد ذهب رأي من الفقه إلى أنه دفع متعلق بالنظام العام وحجته في ذلك إن الحبس الاحتياطي قد ورد عليه النص في الدستور، وكل ما ورد في الدستور من قواعد وضمانات هو من النظام العام^(٣)، بينما ذهب رأي آخر من الفقه إلى اعتبار الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي من الدفع التي لا تتعلق بالنظام العام وحجتهم في ذلك

(١) ولد علي، محمد ناصر أحمد، التوقيف في قانون الإجراءات الجزائية الفلسطينية، مرجع سابق، ص ٦٨.
(٢) النقض رقم (١٣٧٨٤) لسنة ٥٩ قضائية، جلسة ١٥/٣/١٩٩٠م، أشار إليه المحلوي، أنيس حسيب السيد، بطلان الإجراءات الاحتياطية ضد المتهم في قانون الإجراءات الجنائية المصري، مرجع سابق، ص ١٠٥.
(٣) مهدي، عبدالكريم، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م، ص ٣٩٦، سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ١٠٧٤.

أن الغرض من هذه الضمانة هو تحقيق مصلحة المتهم^(١)، والذي يبدو لنا أن الحبس الاحتياطي باعتباره من إجراءات التحقيق الابتدائي، فإن الدفع ببطلانه يتعلق بمصلحة الخصوم، ويُفهم ذلك من نص المادة (٣٩٨) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (٣٣٣) من قانون الإجراءات الجنائية المصري المشار إليهما سابقاً، وبالتالي يخضع هذا الدفع للقواعد العامة المقررة للدفع المتعلقة بمصلحة الخصوم، وعليه فلا يقبل الدفع به إلا ممن له صفة أو مصلحة في ذلك، وهو المتهم المحبوس احتياطياً^(٢)، كما يترتب على اعتبار الدفع بالحبس الاحتياطي متعلقاً بمصلحة الخصوم، أنه لا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا (النقض)، بل لا بد أن يُثار أمام محكمة الموضوع أولاً قبل إقفال باب المرافعة، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «وإذ لم يدفع المتهم بجلسة المحاكمة ببطلان أمر النيابة العامة بضبطه وحبسه احتياطياً لعدم اشتماله على البيانات المنصوص عليها في المادة (١٢٧) إجراءات، وكانت مدونات الحكم قد خلت مما يرشح قيام ذلك البطلان، فإنه لا يقبل منه إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض»^(٣)، كما قضت بالقول: «... إن عدم الدفع ببطلان التحقيقات السابقة على المحاكمة لا يسوغ الدفع ببطلان تحقيق النيابة لأول مرة أمام محكمة النقض»^(٤)، كما أنه يجوز التنازل عن التمسك به، ويستوي أن يكون هذا التنازل صريحاً أو ضمناً الذي يُستفاد من عدم الدفع به حتى إقفال باب المرافعة، كما يسقط الحق في الدفع به إذا كان للمتهم محامٍ وحصل الإجراء بحضوره بدون اعتراض منه^(٥)، ومن جهة أخرى يعتبر الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي من الدفوع القانونية التي تختلط بالواقع^(٦)، وتأخذ حكم الدفوع الموضوعية؛ لأنها تتطلب الخوض في موضوع الدعوى ووقائعها لتحقيقه

- (١) عثمان، آمال الرحيم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٨١، الحوامدة، لورانس سعيد أحمد، الدفوع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان ٢٠٠٨م، ص ١١٨.
- (٢) الخطيب، خالد عبد الباقي، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، الاستدلال والتحقيق الابتدائي، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ٢٠١٥م، ص ٢٣٨.
- (٣) النقض الصادر في جلسة ١٧/١٢/١٩٩٥م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ٤٦، ص ١٢٨٠، مشار إليه لدى: شمس الدين، أشرف توفيق، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٤٢.
- (٤) النقض رقم (١٠٦) لسنة ٢٤ قضائية، جلسة ٢٩/٤/١٩٧٣م، أشار إليه عبد التواب، معوض عبد التواب، قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٨٧م، ص ٧٦٨.
- (٥) الخطيب، خالد عبد الباقي، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، الاستدلال والتحقيق الابتدائي، مرجع سابق، ص ٢٣٩.
- (٦) مجلي، حسن علي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المحاكمة، دار جامعة صنعاء للطباعة والنشر، صنعاء، ٢٠١٢م، ص ٤٣٩.

وإثباته^(١)، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «من المقرر أنه لا يجوز إثارة الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي وبطلان الاعتراف أمام محكمة النقض - مادامت مدونات الحكم لا تحمل مقوماته - لأنه من الدفوع القانونية التي تختلط بالواقع وتقتضي تحقيقاً موضوعياً ينأى عن وظيفة هذه المحكمة، ومن ثم فلا يقبل من الطاعنين من بعد النعي على المحكمة قعودها عن الرد عن دفاع لم يثر أمامها - ولا يقبل منها التصدي بذلك - لأول مرة أمام محكمة النقض»^(٢)، وعليه يكون الحكم الذي تصدره المحكمة إذا تأكدت من صحة هذا الدفع هو حكم في موضوع الدعوى يقضي ببراءة المتهم، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في اليمن بأن: «مخالفة إجراءات الضبط والقبض مؤداه القضاء ببراءة المتهم»^(٣)، كما يُعتبر هذا الدفع من الدفوع الجوهرية التي تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليها، وإلا كان حكمها باطلاً، فإذا دفع المتهم ببطلان حبسه احتياطياً فإنه يتعين على المحكمة أن تتعرض لهذا الدفع الجوهرية، وأن ترد عليه بأسباب سائغة بالقبول أو بالرفض، وإلا كان حكمها معيباً مما يتعين بطلانه^(٤)، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «وكان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي وما ترتب عليه هو من أوجه الدفاع الجوهرية التي يجب على محكمة الموضوع مناقشته والرد عليه، متى كان الحكم قد عول في قضائه بالإدانة على الدليل المستمد منه... فإنه يكون فوق قصوره في التسبب معيباً بالإخلال بحق الدفاع، بما يبطله ويوجب نقضه والإعادة دون حاجة إلى بحث سائر وجوه الطعن»^(٥).

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي:

يترتب على بطلان الحبس الاحتياطي لمخالفته القواعد القانونية المنظمة للحبس الاحتياطي بطلان أي إجراء أو دليل يكون مستمداً منه أو مترتباً عليه مباشرة^(٦)، وفقاً

- (١) صقر، نبيل صقر، الدفوع الجوهرية، دار الهدى، الجزائر، ٢٠٠٨م، ص ٣١، ٣٢.
- (٢) النقض رقم (٣٢٧١) لسنة ٦٢ق، جلسة ١٩٩٤/١/٢٤م، س ٤٥، ص ١٥١، مشار إليه لدى: عبد التواب، معوض عبد التواب، الدفوع الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦م، ص ٣٢٠.
- (٣) الحكم في الطعن الجزائي رقم (٣٥٣) لسنة ١٤١٨هـ، الصادر بتاريخ ١٥/١١/١٩٩٩م، مشار إليه لدى: مجلي، حسن علي، شرح قانون الإجراءات الجزائية، جمع الاستدلالات والتحقيق، مرجع سابق، ص ٣٦٦.
- (٤) شمس الدين، أشرف توفيق، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٤٠١.
- (٥) النقض رقم (٩٠٧١) لسنة ٦١ق، جلسة ٢٠٠٠/٢/٢م، مشار إليه لدى: عبد التواب، معوض، الدفوع الجنائية، مرجع سابق، ص ٣٢١.
- (٦) عثمان، أمال عبدالرحيم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٥١٦، الخطيب، خالد عبدالباقي، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، الاستدلال والتحقيق الابتدائي، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

لنص المادة (٤٠٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والتي نصت على أن: «التقرير ببطلان أي إجراء يشمل بطلان كل الآثار المباشرة له ويتعين تصحيح هذا البطلان متى كان ذلك ممكناً من آخر إجراء تم صحيحاً»، وكذلك نص المادة (٣٣٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والتي نصت على أنه: «إذا تقرر بطلان أي إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، ولزوم إعادته متى أمكن ذلك»، ويفهم من خلال النصوص المذكورة أعلاه، أنه إذا ما ثبت بطلان الحبس الاحتياطي فإن ذلك حتماً يؤدي إلى بطلان أي إجراء أو دليل يكون مستمداً منه أو لاحقاً عليه مباشرة، فإذا صدر عن المتهم اعتراف إثر الحبس الاحتياطي الباطل، فلا يصح التعويل عليه، والاستناد إليه في الحكم، كما يفهم أيضاً من خلال النصوص المذكورة أعلاه أنه إذا ثبت بطلان الحبس الاحتياطي، فإن ذلك لا يحول دون الأخذ بعناصر الإثبات الأخرى المستقلة عن الحبس الاحتياطي الباطل^(١)؛ كاعتراف المتهم في محضر جمع الاستدلالات، أو أمام المحكمة، وتقدير الصلة بين الحبس الاحتياطي الباطل والدليل الذي تستند إليه المحكمة مسألة موضوعية^(٢)، وعلى محكمة الموضوع أن تلتفت عن الدليل المستمد من تفتيش المتهم إذا استبان لها بطلان القبض على المتهم وحبسه احتياطياً، سواءً لأن الدلائل لم تكن كافية، أو لإغفال استجواب المتهم أو لبطلان استجوابه، ويتعين الإفراج عن المتهم فوراً^(٣)، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «إذ لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق»^(٤).

- (١) نجاد، محمد راجح، شرح قانون الإجراءات الجزائية، القسم الثاني، الإجراءات السابقة على المحاكمة، لم يذكر الناشر، ولا سنة النشر، اليمن، ص ٢١٧.
- (٢) عثمان، أمال عبدالرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص ٥١٧.
- (٣) مهدي، عبدالرؤوف مهدي، الحبس الاحتياطي في ضوء أحكام القانون رقم (١٤٥) لسنة ٢٠٠٦م، والقانون رقم (١٥٣) لسنة ٢٠٠٧م، بحث منشور في مدونة العلوم القانونية، ٢٠٠٧م، ص ٣٣.
- (٤) النقض رقم (٩٧٧٤) لسنة ٨٧ق، الصادر في جلسة ٢٠١٧/١١/٦م، مشار إليه لدى: المحلاوي، أنيس حسيب السيد، بطلان الإجراءات الاحتياطية ضد المتهم في قانون الإجراءات الجنائية، مجلة الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ١٠٥.

الخاتمة

بعد أن انتهينا بحمد الله وتوفيقه من بحث هذا الموضوع (الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي في القانون اليمني «دراسة مقارنة»)، الذي دفعنا للبحث فيه هو عدم وجود كيان مستقل، وتنظيم واضح وصريح بأحكام هذا الدفع في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، وكان لا بد لنا في ظل هذا الغياب والغموض التشريعي العودة إلى مجمل نصوص القانون، وكذلك آراء الفقه وأحكام القضاء اليمني والمقارن، لمعرفة أحكام هذا الدفع وآثاره، وقد توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

- ١- تبين لنا من خلال الدراسة أن الطبيعة القانونية للحبس الاحتياطي هي أنه إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي، كما أنه لا يجوز التفويض فيه لمأمور الضبط القضائي؛ لأنه لا يجوز إلا بعد استجواب المتهم.
- ٢- تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية، وكذلك المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية لم يعرفا الدفع الجزائية عموماً..
- ٣- تبين لنا من خلال الدراسة أن الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي يقصد به الأوجه الموضوعية أو القانونية التي يثيرها الخصم في الدعوى الجزائية أثناء المحاكمة، والتي يهدف من خلالها إلى إبطال الحبس الاحتياطي، لمخالفتها الإجراءات المنصوص عليها في القانون.
- ٤- تبين لنا من خلال الدراسة أن الأساس الذي يستمد منه الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي أساسه القانوني في اليمن هو أحكام المادة (٣٩٨) من قانون الإجراءات الجزائية، وفي مصر أحكام المادة (٣٣٣) من قانون الإجراءات الجنائية.
- ٥- اتضح لنا من خلال الدراسة أن المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية، وكذلك المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية، قد أشارا إلى طبيعة الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي على أنه من الدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام، بل من الدفوع التي تتعلق بمصلحة الخصوم.
- ٥- تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية، وكذلك المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية اشترطا شروطاً لصحة الحبس

الاحتياطي، فإذا لم تقم السلطة المختصة بالتحقيق (النيابة العامة) بمراعاة أي منها، فإن الحبس الاحتياطي يكون باطلاً لتخلف شرط من شروط صحته.

٦- تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية أخذ بالتقسيم الثنائي للجريمة؛ حيث أنه قسمها إلى جرائم جسيمة، وجرائم غير جسيمة، بينما المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية أخذ بالتقسيم الثلاثي للجريمة؛ حيث أنه قسمها إلى جنایات، وجنح، ومخالفات.

٧- تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية نص على تدابير كبدايل للحبس الاحتياطي، بينما لم نجد مثل البدائل لدى المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية.

٨- تبين لنا من خلال الدراسة أن تقدير توافر الدلائل الكافية على ارتكاب المتهم للجريمة أمر متروك لسلطة التحقيق (النيابة العامة)، تحت رقابة محكمة الموضوع.

٩- تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية نص صراحة على ضرورة تسبیب أمر الحبس الاحتياطي، بينما المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية لم ينص صراحةً على ضرورة تسبیب الأمر بالحبس الاحتياطي.

١٠- تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية، وكذلك المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية، قد نصا على العديد من الضمانات للحبس الاحتياطي، وفي حال عدم مراعاة أي منها فإنه يجوز للمتهم المحبوس احتياطياً أن يدفع ببطان الحبس الاحتياطي.

١١- تبين لنا من خلال الدراسة أن أقصى مدة للحبس الاحتياطي في مرحلة التحقيق الابتدائي هي ستة أشهر لدى المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، وهي ضعف المدة المحددة بثلاثة أشهر لدى المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية، وهي مدة طويلة جداً من شأنها التأثير في إرادة المتهم.

١٢- تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية كان موثقاً جداً عندما تكفل برد اعتبار المتهم المحبوس احتياطياً إذا حكم ببراءته، أو صدر أمر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية ضده، وذلك من خلال تعويضه معنوياً ومادياً، بينما لم نجد مثل هذه التعويضات لدى المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية.

١٣- تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية لم ينص صراحةً على ضرورة إبلاغ المتهم المحبوس احتياطياً بأسباب حبسه، بينما المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية قد نص صراحةً على هذه الضمانة الهامة للمتهم المحبوس احتياطياً.

١٤- تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية لم ينص صراحةً على حق المتهم المحبوس احتياطياً الاتصال بمن يرى إبلاغه عن وضعه، بينما المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية قد نص صراحةً على هذا الحق للمتهم المحبوس احتياطياً.

١٥- تبين لنا من خلال الدراسة أن المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائية لم يحدد المدة التي يجب على محكمة الاستئناف خلالها النظر في الطعن المقدم إليها من قبل المتهم المحبوس احتياطياً ضد أمر النيابة العامة بحسبه احتياطياً، أو من قرار مد مدته، بينما المشرع المصري في قانون الإجراءات الجنائية كان أكثر دقة وحدد تلك المدة بثمان وأربعين ساعة من تاريخ رفع الطعن إليها.

١٦- تبين لنا من خلال الدراسة أن هناك خلافاً فقهيّاً حول طبيعة الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي، أما المشرعان اليمني والمصري فقد حسموا هذا الخلاف، وأشاروا إلى أن طبيعة الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي هو دفع متعلق بمصلحة الخصوم باعتباره إجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي.

١٧- تبين لنا من خلال الدراسة أن الأثر المترتب على الدفع ببطلان الحبس الاحتياطي هو إبطال الدليل المستمد من إجراء الحبس الباطل مباشرةً.

ثانياً: التوصيات:

١- ندعو المشرعين اليمني والمصري إلى أن يضعوا تعريفاً للدفع في تشريعات الإجراءات الجزائية يهتدي به الفقهاء، ويزيل الخلاف فيما بينهم، وكذلك من أجل الوصول إلى كيان مستقل، وتنظيم قانوني لأحكام الدفع الجزائية عموماً، كما هو الحال في تشريعات المرافعات المدنية.

٢- نوصي المشرع اليمني مخلصين أن يحذو حذو المشرع المصري وينص على تدابير أخرى كبدايل للحبس الاحتياطي المتعارض مع أصل البراءة المفترضة في الإنسان،

والتي من شأنها الحد من تأثير الحبس الذي قد يتعرض له المحبوس احتياطياً وخاصة إذا ثبتت براءته فيما بعد.

٣- ندعو المشرع اليمني بأن يسلك مسلك المشرع المصري ويخفض مدة الحد الأقصى للحبس الاحتياطي في مرحلة التحقيق الابتدائي إلى ثلاثة أشهر بدلاً من ستة أشهر؛ كونها مدة طويلة جداً من شأنها التأثير في إرادة المتهم.

٤- نوصي المشرع اليمني بأن يحذو حذو المشرع المصري ويقر بأحقية المحبوس احتياطياً الذي حكم ببراءته أو صدر قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية ضده في التعويض المادي والمعنوي عن مدة الحبس التعسفي الذي تعرض له.

٥- ندعو المشرع اليمني أن يسلك مسلك المشرع المصري وينص صراحةً على حق المحبوس احتياطياً في إبلاغه بأسباب حبسه، وحقه في الاتصال بمن يرى ضرورة إبلاغه عن واقعة حبسه احتياطياً.

٦- نوصي المشرع اليمني بأن يحذو حذو المشرع المصري ويحدد المدة التي يجب على محكمة الاستئناف خلالها النظر والفصل في الطعن المقدم إليها من قبل المتهم المحبوس احتياطياً ضد أمر النيابة العامة بحبسه احتياطياً، والتي حددها بثمان وأربعين ساعة من تاريخ رفع الطعن.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع الفقهية:

- البكري، محمد عزمي، موسوعة الدفوع في قانون المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود، القاهرة، بدون سنة نشر.
- الخطيب، خالد عبدالباقي، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، الاستدلال والتحقيق الابتدائي، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ٢٠١٥م.
- الشميري، مطهر عبده محمد، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ٢٠١٧م.
- الشهاوي، قدرى عبدالفتاح، معايير الحبس الاحتياطي والتدابير البديلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- المجالي، سميح، أثر الإجراء الباطل في المركز القانوني للمتهم، دار وائل للنشر، عمان، دون سنة نشر.
- المر، محمد عبدالله محمد، الحبس الاحتياطي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- المرصفاوي، حسن صادق، أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨م.
- حافظ، مجدي محب، الحبس الاحتياطي، بدون ذكر الناشر، ولا مكان النشر، ١٩٩٨م.
- رمضان، عمر السعيد، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
- سرور، أحمد فتحي، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م.
- سعد الدين، مدحت محمد، نظرية الدفوع في قانون الإجراءات الجنائية، شركة الإعلانات الشرقية، ودار الجمهورية للصحافة، مصر، ٢٠٠٣م.
- شمس الدين، أشرف توفيق، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة مزيدة ومنقحة طبقاً لأحدث التعديلات التشريعية ونصوص دستور ٢٠١٤م، وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤م.

- صقر، نبيل صقر، الدفع الجوهري، دار الهدى، الجزائر، ٢٠٠٨م.
- صياح، سري محمد، الحبس الاحتياطي في التشريع المصري، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٧م.
- عبدالنواب، معوض عبدالنواب، الدفع الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- عبدالنواب، معوض عبدالنواب، قانون الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧م.
- عبيد، رؤوف، ضوابط تسبب الأحكام الجنائية، الطبعة الثانية، مطبعة الاستقلال، القاهرة ١٩٧٧م.
- عثمان، أمال عبدالرحمن، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٨٩م.
- عثمان، أحمد عبدالحكيم، أحكام وضوابط الحبس الاحتياطي، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
- مجلي، حسن علي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، جمع الاستدلالات والتحقيق، دار جامعة صنعاء للطباعة والنشر، صنعاء، ٢٠١٢م.
- مجلي، حسن علي، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المحاكمة، دار جامعة صنعاء للطباعة والنشر، صنعاء، ٢٠١٢م.
- مهدي، عبدالكريم، شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- نجاد، محمد راجح، شرح قانون الإجراءات الجنائية، القسم الثاني، الإجراءات السابقة على المحاكمة، لم يذكر الناشر، ولا سنة النشر، اليمن.
- ولد علي، محمد ناصر أحمد، التوقيف في قانون الإجراءات الجنائية الفلسطينية، دراسة مقارنة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ٢٠٠٧م.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

الحوامدة، لورانس سعيد أحمد، الدفع الشكلية في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، ٢٠٠٨م.

ثالثاً: المجالات العلمية:

- المحلاوي، أنيس حسيب السيد، بطلان الإجراءات الاحتياطية ضد المتهم في قانون الإجراءات الجنائية المصري، مجلة الشريعة والقانون، العدد (٣٥) الجزء الثاني (١٤٤٢هـ- ٢٠٢٠م).
- بامعلم، صالح أحمد صالح، الحبس الاحتياطي، ضمانته والتعويض عنه في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة تهامة، العدد (١٠)، اليمن، لم يذكر سنة النشر.
- مهدي، عبدالرؤوف، الحبس الاحتياطي في ضوء أحكام القانون رقم (١٤٥) لسنة ٢٠٠٦م، والقانون رقم (١٥٣) لسنة ٢٠٠٧م، بحث منشور في مدونة العلوم القانونية ٢٠٠٧م.

رابعاً: القوانين:

- دستور الجمهورية اليمنية النافذ، والصادر في عام ١٩٩٠م، والمعدل في عام ١٩٩٤، ٢٠٠١، ٢٠٠٩م.
- قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م.
- قانون المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م.
- قانون رعاية الأحداث اليمني رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٢م.
- قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (٥٠) لسنة ١٩٥٠م.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦م.
- قانون الطفل المصري رقم (١٢) لسنة ١٩٩٦م.

خامساً: الأحكام القضائية:

- نماذج من أحكام القضاء اليمني مشار إليها في هوامش الدراسة.
- نماذج من أحكام القضاء المصري مشار إليها في هوامش الدراسة.



البحر والدراسة القضائية والقانونية

مجلة

دور المؤسسات الدولية واليمينية المعنية بحقوق الإنسان في تعزيز وحماية حقوق الإنسان

الدكتور/ أحمد عبدالوهاب عبدالواحد الأكوع
المحاضر الجامعي والمحامي أمام المحكمة العليا
والمدرّب في مجال القانون وحقوق الإنسان

البحر والدراسة القضائية والقانونية

مقدمة وتقسيم:

بدايةً تُعرف المؤسسة الدولية المعنية بتعزيز وحماية حقوق الإنسان، بإنها مجمل الأجهزة الدولية التي أوكل إليها مهمة العمل على ضمان تطبيق واحترام النصوص الدولية لحقوق الإنسان. كما تُعرف المؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان، بأنها هيئة أنشأتها الحكومة بموجب الدستور، أو بمقتضى قانون أو مرسوم، مهمتها على وجه الخصوص هي القيام بتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها.

وتلعب المؤسسات الدولية واليمنية، دوراً هاماً في مراقبة الدول في مدى صدقها في الالتزام بتطبيق قواعد حقوق الإنسان، ووضع لها من التوصيات لنفاذ هذه القواعد، والرصد أولاً بأول ما يثار بصددها من انتهاكات لحقوق الإنسان، والمساعدة في منع هذه الانتهاكات، وتعويض الضحايا.

وسأعرض في هذه الدراسة لتحليل الإطار القانوني والتنظيمي للمؤسسات الدولية واليمنية لبيان مدى استقلاليتها وصلاحيتها، وصولاً إلى تحديد طبيعة هذه المؤسسات ودورها وأدواتها، ومدى فعاليتها في أداء المهام الموكلة إليها، وذلك لإلقاء الضوء للنقص والقصور الذي يعتري هيكل تلك المؤسسات، ومن ثم الخروج بتوصيات لمعالجتها، وذلك في فصلين رئيسيين، أولهما المؤسسات الدولية، وثانيهما المؤسسات اليمنية.

الفصل الأول المؤسسات الدولية المعنية بتعزيز وحماية حقوق الإنسان

تمهيد وتقسيم:

هناك نوعان من تلك الأجهزة، الأول يتمثل في الأجهزة الدولية المنشأة بموجب المادة السابعة من ميثاق منظمة الأمم المتحدة والتي يتم إنشاؤها من قبل أحد أجهزة الأمم المتحدة الرئيسة وتسمى بالأجهزة العضوية، والآخر يتمثل في اللجان الدولية التي تم إنشاؤها بموجب الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وتسمى باللجان التعاهدية، وسأقوم بعرض كلا النوعين في مبحثين:

المبحث الأول

أجهزة الأمم المتحدة المعنية بتعزيز وحماية حقوق الإنسان

تمهيد وتقسيم:

أنشأت منظمة الأمم المتحدة عدة أجهزة لتولي مهمة حماية حقوق الإنسان من حيث وضع النصوص التي تكفل هذه الحماية ومتابعة تنفيذها ورقابة التزام أعضائها بها. وهذه الأجهزة قد حددتها المادة السابعة من ميثاق الأمم المتحدة والتي تتمثل في: الجمعية العامة، ومجلس الأمن، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي، ومجلس الوصاية^(١)، ومحكمة العدل الدولية، والأمانة العامة^(٢).

كما نصت المادة ٦٨ من الميثاق على إمكانية إنشاء أجهزة فرعية تبعاً للحاجة وطبقاً لنصوصه. وتتمثل هذه الأجهزة في لجنة حقوق الإنسان التي حل محلها المجلس الدولي لحقوق الإنسان، ولجنة مركز المرأة ومفوضية الأمم المتحدة لشئون اللاجئين وغيرها من

(١) لن أتعرض لمجلس الوصاية لأنه لم يعد له وجود فعلي بسبب نجاحه في القيام بمهامه، وهو الأمر الذي أدى إلى اقتراح الأمين العام بإلغائه. انظر: الوثيقة (A/٥٩/٢٠٠٥)، ٢١ مارس ٢٠٠٥، في جو من الحرية أفسح: صوب تحقيق التنمية، والأمن، وحقوق الإنسان للجميع، تقرير الأمين العام، ص ٨٤.

(٢) صلاح عبد الرحمن الحديثي وسلافة طارق الشعلان، حقوق الإنسان بين الامتثال والإكراه في منظمة الأمم المتحدة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٩.

الأجهزة، وسوف أعرض لأجهزة الأمم المتحدة التي تلعب دوراً بارزاً في هذا الخصوص في المطالب التالية:

المطلب الأول: الجمعية العامة للأمم المتحدة General assembly:

تعتبر الجمعية العامة الجهاز الرئيس للأمم المتحدة الذي يضم جميع الدول الأعضاء في المنظمة، وصاحبة الاختصاص الأصيل بمناقشة أية مسألة أو أمر يدخل في نطاق الميثاق، أو يتصل بسلطات أو وظائف أي من الأجهزة المنصوص عليها في الميثاق. وتتكون الجمعية العامة من جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة^(١).

وتختص الجمعية العامة، بدراسة وبحث وإعداد مشروعات المواثيق والإعلانات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وحياته الأساسية، بهدف إعمال هذه الحقوق للناس كافة بدون تمييز بسبب العنصر أو اللغة أو الدين أو الجنس. وفي هذا الخصوص تعد الجمعية العامة أكبر أجهزة الأمم المتحدة التي تتبنى المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، سواءً في صورة إعلانات أو قرارات أو توصيات أو اتفاقات دولية أو غيرها. حيث قامت بإصدار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان عام ١٩٤٨^(٢). كما قامت بالتوصل إلى إقرار واعتماد الكثير من الاتفاقيات الدولية الهامة في مجال حماية وتعزيز حقوق الإنسان^(٣)، وهو ما سأيينه بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

والملاحظ أن الجمعية العامة عندما تقوم بدراسات وتقديم توصيات بقصد الإعانة على تحقيق حقوق الإنسان والحيات الأساسية دون تمييز فإن صلاحياتها تقتصر على الدراسة والمناقشة والتوصية؛ إذ تعتمد الجمعية على اتفاقات وإعلانات بشأن حقوق الإنسان هي في طبيعتها توصيات، ومن حيث القيمة القانونية لهذه التوصيات جميعها فهي لا تعد التزامات قانونية تلتزم بها الدول، إذ هي مجرد نصائح لا تتمتع بأية قيمة قانونية، ولهذا فإن الدول التي أصبحت عضواً في الأمم المتحدة بإرادتها فهي ملزمة بدراسة التوصيات الصادرة عنها بعناية وحسن نية، ومن ثم تعلن التزامها أو عدم التزامها بهذه التوصيات، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن قرارات الجمعية العامة التي تعتمد فيها الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان لا تتصف أساساً بالإلزام غير أن دخول

(١) إبراهيم أحمد شلبي، التنظيم الدولي، القاهرة، الدار الجامعية، ١٩٨٧م، ص ٢٧٤.

(٢) أتمد بقرار الجمعية العامة ٢١٧/أ، في ١٠ كانون الأول / ديسمبر ١٩٤٨م، بأغلبية ٤٨ دولة، وامتناع ٨ دول، دون معارضة أي دولة.

(٣) علي محمد صالح الدباس وعلي عليان محمد أبو زيد، حقوق الإنسان وحياته، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص ٧٦.

الدول طرفاً في هذه الاتفاقيات يمنحها القوة الملزمة؛ حيث ترقى التوصيات إلى مرتبة المعاهدات الملزمة^(١).

وللجمعية أيضاً- وفقاً للمادة ١٠ من الميثاق- مناقشة أية مسألة أو أمر يدخل في نطاق الميثاق أو يتصل بسلطات أو وظائف أي جهاز من الأجهزة المنصوص عليها فيه، وتقديم توصيات إلى تلك الأجهزة^(٢).

وللجمعية العامة كذلك الرقابة لتطبيق الإعلانات والاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان^(٣). وقد قامت الجمعية بمراقبة ومتابعة مدى احترام الدول لحقوق الإنسان وخاصة في الأقاليم الخاضعة للاستعمار أو السيطرة الأجنبية، فقد دافعت عن حق هذه الأقاليم والشعوب في تقرير مصيرها حيث اعترفت لها بالحق في الاستقلال وتقرير مصيرها. حيث أصدرت القرار ١٥١٤ (د/١٥) الصادر في ١٤ ديسمبر ١٩٦٠م والخاص بإعلان منح الاستقلال للبلدان والشعوب المستعمرة، كما أصدرت قرارات بتوقيع عقوبات صارمة ضد نظام جنوب إفريقيا السابق، نظراً لانتهاجه سياسة التمييز والفصل العنصري ضد الأغلبية السوداء في جنوب إفريقيا.

وللجمعية العامة- طبقاً للمادة ٢٢ من الميثاق- إنشاء أجهزة فرعية تابعة لها بقصد العناية بأنواع محددة من حقوق الإنسان، أو لبحث أوضاع حقوق الإنسان في بلدان معينة. ومن الأجهزة التي أنشأتها الجمعية: اللجنة الخاصة بتصفية الاستعمار، ومجلس الأمم المتحدة لناميبيا، واللجنة الخاصة بمناهضة التمييز العنصري في جنوب أفريقيا، واللجنة الخاصة بالتحقيق في الممارسات الإسرائيلية التي تمس حقوق الإنسان لسكان الأراضي المحتلة، والتي أنشئت بقرار الجمعية العامة ٣٣٧٦ والمؤرخ ١٠ نوفمبر ١٩٧٠م، واللجنة المعنية بممارسة الشعب الفلسطيني لحقوقه غير القابلة للتصرف^(٤).

وفي الآونة الأخيرة قامت الجمعية العامة بإنشاء مجلس حقوق الإنسان ليحل محل لجنة حقوق الإنسان، كما قامت بإنشاء اللجنة الاستشارية لمجلس حقوق الإنسان ليحل محل اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان. وعليه سأطرق لهذين الجهازين في الفرعين الآتيين:

(١) صلاح عبد الرحمن الحديثي وسلافة طارق الشعلان، مرجع سابق، ص ٦١.
 (٢) يلاحظ أن المادة ١٢ تتضمن قيوداً على اختصاص الجمعية العامة مفاده امتناع هذه الأخيرة عن تقديم أية توصيات بشأن أي نزاع أو أمر يدرج في جدول أعمال مجلس الأمن، إلا إذا طلب منها المجلس ذلك.
 (٣) الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٢٨٨.
 (٤) الحاشية السفلية للمؤلف / بظاهر بوجلال، مرجع سابق، ص ٢٠.

الفرع الأول: المجلس الدولي لحقوق الإنسان Human Rights Council:

لا أحد يستطيع أن يُنكر الدور الهام الذي قامت به لجنة حقوق الإنسان في مجال تعزيز وحماية حقوق الإنسان، حيث قامت - على سبيل المثال - بإعداد وصياغة اتفاقات ومواثيق دولية لحقوق الإنسان، واعتماد نظام تلقي وفحص الشكاوى الفردية، وقيامها بتطوير نظام التقارير الحكومية، إلا أن قدرة لجنة حقوق الإنسان على أداء مهامها قد فوجئت باحتياجات جديدة، وأضعفت بسبب تسييس وانتقائية عملها^(١). وقد بلغت الحد الذي أُلقت فيه مصداقية اللجنة المتدهورة بظلالها على سمعة منظمة الأمم المتحدة ككل.

وكان التسييس المتزايد لمناقشات لجنة حقوق الإنسان من أهم التحديات التي واجهتها والذي أخذ يتزايد مؤخراً في ظل النظام العالمي الجديد. ورغم أن الواقع يفرض علينا أن لا ننتظر مواقف غير سياسية في مؤسسة أعضاؤها من ممثلي الحكومات، إذ أن الأمم المتحدة كانت ضحية لمصالح الدول الكبرى منذ إنشائها.

كما يثور موضوع الانتقائية في إدانة دول دون غيرها مما جعل مصداقية اللجنة تهتز مؤخراً، فهي بدلاً من أن تحمي حقوق الإنسان وتدين كل من ينتهكها أصبحت اللجنة مكاناً مخصصاً للإفلات من العقاب، حيث يجلس القضاة والمتهمون في نفس الصف. ويرى بعض المختصين بأن لجنة حقوق الإنسان تحولت إلى محفل لتفادي الإدانة، حيث إن انتخاب البعض لعضوية اللجنة يسمح لهم بالتفاوض مقابل منح أصواتهم لهذا المشروع أو ذاك. ولأن الإصلاحات الجزئية لن تكون كافية، لذلك اقترح الأمين العام للأمم المتحدة استبدال لجنة حقوق الإنسان بهيئة أقل اتساعاً وأكثر فاعلية هي «مجلس حقوق الإنسان»... وقد تم تقديم مشروع القرار في ٢٣/٢/٢٠٠٦م، وبعد خمسة أشهر من المفاوضات والمشاورات تم اتخاذ القرار بإنشاء المجلس^(٢).

وقد أنشئ المجلس عام ٢٠٠٦م، ليحل محل «لجنة حقوق الإنسان»^(٣) بموجب قرار الجمعية العامة ٦٠/٢٥١، وتاريخ ١٥ آذار/ مارس ٢٠٠٦م، بوصفه هيئة فرعية تابعة

(١) انظر: الوثيقة (A/RES/٢٠٠٥/٥٩)، ٢٣ مايو ٢٠٠٥، متابعة نتائج قمة الألفية، في جو من الحرية أفسح:

صوب تحقيق التنمية، والأمن، وحقوق الإنسان للجميع، تقرير الأمين العام، ص ٢.

(٢) صلاح عبد الرحمن الحديثي وسلافة طارق الشعلان، حقوق الإنسان بين الامتثال والإكراه في منظمة الأمم المتحدة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٩م، ص ٩٨-١٠١.

(٣) انظر: الوثيقة (A/RES/٦٠/٢٥١). وقد جاء التصويت بأغلبية ١٧٠ صوتاً ومعارضة أربع دول هي الولايات المتحدة وإسرائيل ومارشال أيلاند وبالاو... وسبب اعتراض أمريكا وإسرائيل على إنشاء المجلس هو لحماية أنفسهما في المستقبل من أي مساءلات بشأن انتهاكات لحقوق الإنسان.

لها، بهدف تعزيز وتقوية الاحترام العالمي لحماية جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية. وأن يكون جهة أكثر موضوعية ومصداقية وفاعلية في شجب وإدانة انتهاكات حقوق الإنسان على الصعيد الدولي من سابقته لجنة حقوق الإنسان التي طبقت عليها الاعتبارات السياسية إلى حد بعيد.

ويتكون المجلس من سبع وأربعين دولة من الدول الأعضاء، تنتخبها أغلبية أعضاء الجمعية العامة بالاقتراع السري المباشر وبشكل فردي، وتستند عضويته إلى التوزيع الجغرافي العادل. ويجب أن يتحلى الأعضاء المنتخبون في المجلس بأعلى المعايير في تعزيز وحماية حقوق الإنسان، وأن يتعاونوا مع المجلس تعاوناً كاملاً ويخضعوا للاستعراض بموجب نظام الاستعراض الدوري الشامل خلال فترة عضويتهم. وتمتد فترة ولاية أعضاء المجلس إلى ثلاث سنوات، ولا يجوز إعادة انتخابهم مباشرة بعد شغل ولايتين متتاليتين.

والملاحظ أن المجلس لن يكون قادراً على تلافى أوجه القصور التي عانت منها اللجنة سابقاً، وبخاصة فيما يتعلق بنظام العضوية... فمن المؤسف أن الانتخابات التي أجريت في التاسع من مايو ٢٠٠٦م تكشف جلياً أن اعتبارات السياسة والمصالح والعلاقات الدولية قد لعبت دورها في اتجاهات التصويت التي ساعدت في وصول بعض الدول إلى عضوية المجلس رغماً عما تمارسه حكوماتها من انتهاكات ذائعة الصيت^(١).

حيث يرى البعض، أن دولاً انضمت في السنوات الأخيرة للمجلس لا لتعزيز حقوق الإنسان بل لحماية نفسها من النقد أو انتقاد آخرين، ولا يمكن أن يكون المجلس ذا مصداقية إذا كان في نظر الناس يكيل بمكيالين في التصدي للشواغل المتعلقة بحقوق الإنسان. ولهذا فإن إصلاح هذه الهيئة أمر ضروري لجعل نظام حقوق الإنسان يسير بصورة فعالة، ولضمان قيامه بالولايات والمهام الموكولة إليه بصورة أفضل.

وتتلخص مهام المجلس^(٢)، في إجراء استعراض دوري شامل يستند إلى معلومات موضوعية وموثوق بها لمدى وفاء كل دولة بالتزاماتها وتعهداتها في مجال حقوق الإنسان، ومعالجة حالات انتهاك حقوق الإنسان، بما في ذلك الانتهاكات الجسيمة والمنهجية، وتقديم توصيات بشأنها، والإسهام في منع حدوث انتهاكات لحقوق الإنسان، والاستجابة فوراً للحالات الطارئة المتعلقة بحقوق الإنسان.

(١) انظر: الوثيقة (A/INF/٦٠/٦)، الدورة الستون، انتخاب مجلس حقوق الإنسان.

(٢) هذه الاختصاصات بموجب الفقرات ٢-٦ من القرار ٢٥١/٦٠، مرجع سابق.

ورغم الملاحظات والسلبيات والانتقادات التي توجه إلى المجلس وأهمها أنه مجلس حكومي وتحركه المصالح السياسية بين الدول إلا أنه يُعد خطوة متقدمة نحو تعزيز وحماية حقوق الإنسان في العالم. ومن أهم التحسينات التي أدخلت على المنظومة الدولية لحقوق الإنسان بقيام المجلس هي أن الجمعية العامة هي التي ستختار أعضاء المجلس، كما سيلتقي هؤلاء الأعضاء أكثر بكثير مما كان يحدث في ظل اللجنة التي كان أعضاؤها يجتمعون مرة واحدة في العام لمدة ستة أسابيع. واختيار الأعضاء من قبل الجمعية العامة يجعل المجلس كياناً سياسياً وليس مفوضية للخبراء، ولا منظمة قانونية، والخبراء فيه يتم انتقاؤهم على أساس التعهدات التي قدمها المجلس والأهداف التي يبتغيها، وهو ما لم يحدث مع اللجنة، كما يتم اختيار الأشخاص في هذا المجلس عن طريق التصويت برفع الأيدي، وهو ما يؤكد أن فرص هذا المجلس في النجاح أكبر من اللجنة السابقة.

وأن ما اشترطه قرار إنشاء المجلس، من شروط يجب توافرها في الدولة العضو في المجلس يعد ضمانته نسبية - إذا ما أحسن الالتزام بها- لنظافة سجل الأعضاء في المجلس من الناحية الحقوقية، حيث اشترط أن يكون لدى الأعضاء إسهامات واضحة في تعزيز وحماية حقوق الإنسان، والوفاء بالتزاماتهم تجاه تعزيز حقوق الإنسان، والتعاون مع الإجراءات الخاصة بحقوق الإنسان، والتعاون مع المجلس تعاوناً كاملاً، وقبولهم الاستعراض الدوري الشامل خلال فترة عضويتهم.

الفرع الثاني: اللجنة الاستشارية للمجلس الدولي لحقوق الإنسان:

أنشئت اللجنة عام ٢٠٠٧م من قبل مجلس حقوق الإنسان، تطبيقاً لقرار الجمعية العامة ٢٥١/٦٠ المؤرخ ١٥ آذار/مارس ٢٠٠٦م^(١)، لتحل محل «اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان» التي كانت تابعة للجنة حقوق الإنسان.

وتتكون اللجنة من ثمانية عشر خبيراً، يعملون بصفتهم الشخصية، ينتخبهم مجلس حقوق الإنسان، لمدة ثلاث سنوات من بين الخبراء المرشحين من الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، على أن يكونوا من بين الأشخاص المتمتعين بمؤهلات وخبرات معترف بها في ميدان حقوق الإنسان، ويتحلوا بخلق رفيع، والاستقلال والنزاهة. وإيلاء الاعتبار

(١) انظر: القرار ١/١ المؤرخ ١٨ حزيران/يونيه ٢٠٠٧م، والمعنون «مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة: بناء المؤسسات»، الوثيقة (A/HRC/٢١/٥)، مرجع سابق، الفصل الثالث، الفقرات ٦٠-٦٢.

الواجب لمسألتي التوازن بين الجنسين والتمثيل المناسب لمختلف الحضارات والنظم القانونية^(١).

وتتلخص مهام اللجنة في إعداد الدراسات وتقديم المشورة القائمة على البحوث بناءً على طلب مجلس حقوق الإنسان، وتقديم المشورة للمجلس في القضايا المتصلة بتعزيز وحماية حقوق الإنسان، وإنشاء هيئات فرعية، وفتح عمل للقيام بالمهام الموكلة إليها من المجلس، ولجنة دراسة الشكاوى التي تكشف عن نمط ثابت من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان، واتخاذ التوصيات اللازمة بشأنها^(٢).

الفرع الثالث: المقررون الخاصون وفرق العمل؛

أنشئت وظيفة المقررين الخاصين وفرق العمل من قبل لجنة حقوق الإنسان، بهدف معالجة أوضاع قطرية محددة أو مسائل مواضيعية في كافة أرجاء العالم. ويوجد ٢٩ ولاية مواضيعية و٩ ولايات قطرية. ويمكن أن يضطلع بهذه المهمة شخص واحد يُطلق عليه اسم «المقرر الخاص» أو «الممثل الخاص للأمين العام» أو «ممثل الأمين العام» أو «الخبير المستقل»، أو فريق عامل يتكون عادة من خمسة أعضاء، بواقع عضو عن كل منطقة^(٣).

ويتكون أصحاب الولايات من مقررين خاصين أو ممثل، يتم اختيارهم لمدة لا تتجاوز ست سنوات، بواقع فترتين مدة كل منهما ثلاث سنوات فيما يخص أصحاب الولايات المواضيعية، بصفتهم الشخصية، من بين مواطني الدول الأطراف في الأمم المتحدة^(٤)، ويجب أن يكون هؤلاء الخبراء من ذوي الخصال الخلقية الرفيعة المشهود لهم بالتجرد والنزاهة، ويراعى في انتخابهم قاعدة التوزيع الجغرافي العادل، وتمثيل النظم القانونية الرئيسية^(٥).

وتزوّد مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان المقررين والفرق بالموظفين

(١) انظر: نص الفقرات ٦٥، ٦٧، ٧٤، ٧٢ من القرار ١/٥، مرجع سابق.

(٢) هذه الاختصاصات وفقاً للفقرات ٧٥-٧٦، ٨٠-٨١، ٩١-٩٥ من القرار ١/٥، مرجع سابق.

(٣) نبيل مصطفى إبراهيم خليل، رسالة دكتوراه، «آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان»، القاهرة، جامعة المنصورة، ٢٠٠٤، ص ٢٧٣.

(٤) انظر: نصوص الفقرات ٤٢، ٤٥، ٤٦ من القرار ١/٥، بناء مؤسسات حقوق الإنسان، مرجع سابق.

(٥) بطاهر بوجلال، دليل آليات المنظومة الأممية لحماية حقوق الإنسان، الطبعة الأولى، تونس، مركز الطباعة والإنتاج الفني - قسم الإعلام والنشر بالمعهد العربي لحقوق الإنسان، ٢٠٠٤، ص ٦٢.

وتقدم المساعدة في مجالي اللوجستية^(١) والأبحاث لدعمها في تنفيذ ولاياتها. ويعمل المقررون والفرق بقدرتهم الشخصية، ولا يحصلون على راتب أو أي تعويض مادي آخر لقاء العمل الذي يقومون به. وتعتبر الاستقلالية التي يتمتع بها هؤلاء المقررون والفرق أمراً حاسماً حتى يتمكنوا من القيام بوظائفهم بحياد تام.

وتتلخص مهامهم في فحص ورصد وتقديم المشورة والتبليغ علناً عن أوضاع حقوق الإنسان في بلدان وأراضٍ محددة، تُعرف بالإجراءات القطرية، أو عن ظواهر رئيسة عن انتهاكات تتعرض لها حقوق الإنسان في العالم، تُعرف بالإجراءات الموضوعية، والاستجابة للشكاوى الفردية، وإجراء الدراسات وتقديم المشورة حول التعاون التقني على المستوى القطري والمشاركة في أنشطة ترويجية عامة، وتلقى معلومات عن مزاعم محددة لانتهاكات حقوق الإنسان، وإرسال نداءات عاجلة أو رسائل ادعاء إلى الحكومات طلباً للتوضيح، والقيام بزيارات قطرية للتحقق من حالة حقوق الإنسان على المستوى الوطني، وإرسال رسالة إلى الحكومة التي تطلب منهم زيارة البلد، وفي حال وافقت الحكومة، يتم تمديد دعوة الزيارة^(٢).

الفرع الرابع: لجنة تنسيق الإجراءات الخاصة:

أُنشئت اللجنة عام ٢٠٠٥م، خلال الاجتماع الثاني عشر للمقررين الخاصين وفرق العمل، بهدف المساعدة في تأمين التنسيق بين المقررين والفرق ومد الجسور بينهم وبين مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان وإطار الأمم المتحدة الأوسع نطاقاً لحقوق الإنسان والمجتمع المدني، وتعزيز مكانة نظام الإجراءات الخاصة^(٣).

وتتكون اللجنة من خمسة أعضاء بمن فيهم رئيس ومقرر الاجتماع السنوي. ويختار الرئيس والمقرر ثلاثة أعضاء آخرين من قائمة المرشحين التي يقدمها إليهما المقررون والفرق. ويتم اختيارهم من منطلق الحرص على مراعاة التوازن والتنوع الواجبين من حيث الإجراءات القطرية والموضوعية، والتوازن الجغرافي والتوازن بين الجنسين،

(١) الدعم اللوجستي: هو مصطلح عسكري مُعارف عليه، وهو أن تقدم دولة لدولة أخرى دعماً في جميع المجالات إلا الدعم العسكري، مثل فتح المطارات والموانئ والقواعد العسكرية وإمدادها بكل ما تحتاجه من إمدادات، إلا إنه هنا يعني تقديم الدعم التمويني من غذاء ووقود وأدوية وتوفير مساكن وأراضٍ... الخ.

(٢) عبد الرحيم محمد الكاشف، الرقابة الدولية على تطبيق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٨٩.

(٣) انظر: الوثيقة (٤.E/cn.4/٢٠٠٦)، التقرير الثاني عشر للمقررين والممثلين الخاصين والخبراء المستقلين ورؤساء الفرق العاملة في إطار الإجراءات الخاصة للجنة حقوق الإنسان، ٣ أغسطس ٢٠٠٥م، ص ١٨.

والخبرة بنظام الإجراءات الخاصة. وينبغي تحقيق نوع من الاستمرارية في تكوين اللجنة. وتتلخص مهام اللجنة في تعزيز فعالية المقررين وفرق العمل، واستقلاليتهم، وتيسير اضطلاعهم بأعمالهم، ومساعدة المقررين والفرق في تقاسم الخبرات فيما يتعلق بأساليب العمل، وإثارة مشاغل المقررين والفرق في مناقشات مجلس حقوق الإنسان، ولاسيما ضمان مراعاة القضايا التي تشغل نظام الإجراءات الخاصة في عملية الإصلاح، وتقديم التقارير بشأن التطورات المسجلة والتقدم المحرز في هذا الصدد، والمبادرة إلى تحديد القضايا التي تثير قلق مجموعات الولايات وتيسير اتخاذ إجراءات مشتركة بشأن القضايا الشاملة أو القضايا ذات الاهتمام المشترك.

كما تختص اللجنة بتنظيم تبادل المعلومات، وبوجه خاص إبلاغ المقررين والفرق بما يضطلع به زملاؤهم من أنشطة، وتشجيع الدول على التعاون مع الإجراءات الخاصة، وتحديد مسائل ابتكارية لزيادة الوعي بشأن المكلفين بالإجراءات الخاصة والعمل الذي يضطلعون به، واقتراح مشروع جدول أعمال للاجتماع السنوي للإجراءات الخاصة وتقديم تقرير لهذا الاجتماع^(١).

الفرع الخامس: مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين UN High Commissioner for Refugees:

أنشئت المفوضية عام ١٩٤٩م، من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، بموجب قرارها رقم: ٣١٩ (د-٤) لعام ١٩٤٩م^(٢)، وتم اعتماد النظام الأساسي لها من قبل الجمعية العامة بموجب قرارها ٤٣٨ (د-٥) في ١٤ ديسمبر ١٩٥٠م. وبدأت مهامها اعتباراً من يناير ١٩٥١م. وتتكون المفوضية من مفوض سام، الذي يتم انتخابه من قبل الجمعية العامة، بناءً على اقتراح من الأمين العام، ويعاونه عدد من الموظفين.

وتتخذ المفوضية مدينة جنيف السويسرية مقراً لها. وتُمول أنشطتها عن طريق المخصصات التي تقرها لها الجمعية العامة من ميزانية الأمم المتحدة، كما يمكنها قبول التبرعات النقدية والعينية متى أجازت لها الجمعية العامة ذلك. كما تتعاون مع المنظمات والأجهزة الأخرى ذات الصلة والتابعة للأمم المتحدة، مثل: برنامج الأمم المتحدة للتنمية،

(١) المرجع السابق، ص ١٨.

(٢) عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام «حقوق الإنسان»، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤م، ص ٢١٤.

وبرنامج الغذاء العالمي، ومنظمة الصحة العالمية^(١).

وتتلخص مهام المفوضية، في تشجيع عقد اتفاقيات دولية لحماية اللاجئين، والإشراف على تطبيقها واقتراح إدخال تعديلات عليها، وتشجيع تنفيذ أية تدابير ترمي إلى تحسين أحوال اللاجئين وخفض عدد الذين يحتاجون إلى حماية، ومؤازرة الجهود الحكومية والخاصة لتشجيع عودة اللاجئين لأوطانهم أو إدماجهم في مجتمعات وطنية جديدة، وتشجيع السماح بدخول اللاجئين إلى أراضي الدول، والاتصال الدائم بالحكومات والمنظمات الدولية المعنية بقصد الحصول على معلومات عن أعداد اللاجئين، وتنسيق الجهود لضمان رعاية أفضل لهم^(٢)، وأخيراً تقديم المساعدة إلى المشردين الذين هم في حالة شبيهة بحالة اللاجئين^(٣).

المطلب الثاني: مجلس الأمن الدولي Security council:

يعد المجلس الجهاز التنفيذي في المنظمة، وذلك لامتلاكه الحق في إصدار قرارات ملزمة تُنفذ في مواجهة الدول الأعضاء في المنظمة، بل وغير الدول الأعضاء في حالات العدوان أو التهديد به. ومن مسؤولياته الأساسية حفظ الأمن والسلم الدوليين.

ويتكون المجلس من خمسة عشر عضواً من أعضاء الأمم المتحدة. وتنقسم العضوية فيه إلى نوعين: الأول، عضوية دائمة: وهي مقررّة لخمس دول هي: الولايات المتحدة الأمريكية، والاتحاد الروسي، وفرنسا، وبريطانيا، والصين. وعضوية مؤقتة: وهي مقررّة لعشر دول كأعضاء غير دائمين يتم انتخابهم وفقاً لمعايير معينة مثل مدى مساهمة الدول الأعضاء في حفظ السلم والأمن الدوليين، ومراعاة التوزيع الجغرافي العادل بحيث تمثل كافة المناطق الأساسية في العالم، منها خمسة أعضاء لدول آسيا وأفريقيا، ومقعد واحد لأوروبا الشرقية، ومقعدان لأمريكا اللاتينية، ومقعدان لدول غرب أوروبا وغيرها. ويُنتخب الأعضاء لمدة سنتين.

وكون المجلس الجهاز الرئيس المسؤول عن حفظ السلم والأمن الدوليين، فقد خوله الميثاق سلطة النظر في أي نزاع أو موقف قد يؤدي إلى احتكاك دولي أو قد يثير نزاعاً، لكي يحدد ما إذا كان هذا النزاع أو الموقف يشكل إخلالاً بالسلم أو تهديداً له أو يشكل عملاً من

(١) أحمد الرشيد، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، القاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ص ٢٣٧.

(٢) أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان، المجلد الأول، نيويورك، ١٩٩٠م، ص ٤٦-٤٧.

(٣) أوكل لها هذا الاختصاص بموجب قرار الجمعية العامة ٣٣٧٤ (د-٣٩) وتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٧٤م.

أعمال العدوان. كما خوله الميثاق سلطة تقديم توصيات، أو اتخاذ التدابير اللازمة بما في ذلك التدابير العسكرية من أجل المحافظة على السلم والأمن الدوليين أو إعادته إلى نصابه.

ويستطيع المجلس أن يتصدى لانتهاكات حقوق الإنسان، عندما تثير هذه الانتهاكات نزاعاً أو تؤدي إلى احتكاك دولي من شأن استمراره أن يعرض للخطر السلم والأمن الدوليين طبقاً للمادة ٣٤ من الميثاق.

المطلب الثالث: المجلس الاقتصادي والاجتماعي Economic and social council

يعد المجلس الجهاز الرئيس في المنظمة المعني بحماية وتعزيز حقوق الإنسان. ويتكون المجلس، من أربعة وخمسين عضواً من أعضاء الأمم المتحدة، تنتخبهم الجمعية العامة، لمدة ثلاث سنوات من بين الدول الأعضاء فيها مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل. ويكون لكل عضو من الأعضاء مندوب واحد^(١).

وتتلخص مهام المجلس^(٢)، في إجراء دراسات وتقديم توصيات فيما يختص بإشاعة احترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية ومراعاتها بالنسبة للجميع بدون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو اللغة أو الدين أو الجنسية أو غيرها، وله القيام بدراسات وإعداد التقارير عن المسائل الدولية في أمور الاقتصاد والاجتماع والثقافة والتعليم والصحة وما يتصل بها، وأن يقدم توصياته في أية مسألة من تلك المسائل إلى الجمعية العامة وإلى الوكالات المتخصصة ذات الصلة وإلى أعضاء الأمم المتحدة.

وللمجلس أيضاً إعداد مشروعات اتفاقيات عن المسائل التي تدخل في اختصاصه، وعرضها على الجمعية العامة لإقرارها، كما أن له الدعوة إلى عقد مؤتمرات دولية لدراسة المسائل التي تدخل في دائرة اختصاصه، وبصفة خاصة موضوعات حقوق الإنسان، وتلقي التقارير المنتظمة من الدول الأعضاء والمنظمات الدولية المتخصصة، عن الخطوات التي اتخذتها لتنفيذ توصيات الجمعية العامة في مسائل حقوق الإنسان، ويبلغ الجمعية العامة ملاحظاته على هذه التقارير.

(١) أحمد أبو الوفا، الوسيط في قانون المنظمات الدولية، الطبعة السادسة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ٤٦٣.

(٢) هذه الاختصاصات وفقاً للمادتين: ٦٢، ٦٤ من ميثاق الأمم المتحدة.

ويُباشِر المجلس اختصاصاته عن طريق أجهزته الفرعية التي أنشأها بموجب المادة ٦٨ من الميثاق، والتي خولته إنشاء لجان للشؤون الاقتصادية والاجتماعية، ولتعزيز حقوق الإنسان، إضافة إلى إنشاء غيرها من اللجان التي قد يحتاج إليها المجلس لتأدية وظائفه، وذلك ليتمكن من مباشرة وظائفه واختصاصاته على أكمل وجه.

ومن اللجان التي أنشأها المجلس لجنة حقوق الإنسان والتي حل محلها مجلس حقوق الإنسان، واللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات والتي تغير اسمها فيما بعد للجنة الفرعية لحماية وتعزيز حقوق الإنسان والتي حلت محلها حالياً اللجنة الاستشارية لمجلس حقوق الإنسان، ولجنة مركز المرأة. وسأقوم بعرض لجنة مركز المرأة كونها الجهاز المتبقي للمجلس في الفرع الآتي:

الفرع الأول: لجنة مركز المرأة UN Commission on the Status of Woman

أنشئت اللجنة عام ١٩٤٦م، بموجب قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي ١١ (د-٢)، الصادر بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٤٦م^(١)، بهدف تعزيز حقوق النساء في المجالات السياسية والمدنية والاقتصادية والتربوية.

وتعد اللجنة إحدى اللجان الوظيفية الفنية التي ينشئها المجلس الاقتصادي والاجتماعي للقيام بدراسة وبحث المشكلات الاقتصادية والاجتماعية على أساس تخصصي فني، وتقوم بتقديم نتائج دراستها إلى المجلس، وذلك على خلاف اللجان الدائمة للمجلس التي تقوم بالعمل على تنفيذ سياسة المجلس التي انتهت إليها بناء على دراسات لجانه الوظيفية الفنية في مجالات نشاطه المختلفة.

وتتكون اللجنة من ممثلي خمس وأربعين دولة من الدول الأعضاء، يتم اختيارهم لمدة أربع سنوات من قبل المجلس، ويراعى في اختيارهم التوزيع الجغرافي العادل.

وتتلخص مهام اللجنة في إعداد التوصيات والتقارير الخاصة بتعزيز حقوق النساء في المجالات السياسية والمدنية والاقتصادية والتربوية، وتقديم التوصيات إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي عن المشاكل العاجلة التي تتطلب عناية عاجلة في ميدان حقوق المرأة، بقصد تطبيق مبدأ تساوي المرأة والرجل في الحقوق، ووضع المقترحات لتنفيذ

(١) هالة السيد إسماعيل الهلالي، رسالة ماجستير، «دور الأمم المتحدة في حماية حقوق المرأة» القاهرة، جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، ٢٠٠٣م، ص ٨٢.

تلك التوصيات، وتلقي وفحص الشكاوى الفردية الخاصة بالنساء، ووضع توصياتها على تلك الشكاوى^(١).

المطلب الرابع: الأمانة العامة للأمم المتحدة:

تمهيد وتقسيم:

تعد الأمانة العامة جهازاً رئيساً من أجهزة الأمم المتحدة، وتتكون من الأمين العام الذي هو كبير الموظفين الإداريين في المنظمة، ومن موظفين يُعينهم بموجب النظام الأساسي الذي وضعته الجمعية العامة، ويتعين أن يتوفر فيهم أعلى مستوى من المقدره والكفاءة والنزاهة، مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل^(٢).

ولا يجوز للأمين العام ولا للموظفين أن يطلبوا أو يتلقوا تعليمات من أية حكومة أو من أية سلطة أخرى خارجة عن المنظمة. وقد تعهد في الميثاق كل عضو في الأمم المتحدة باحترام الصفة الدولية البحتة لمسئوليات الأمين العام والموظفين ألا يسعى إلى التأثير فيهم عند اضطلاعهم بمسئولياتهم^(٣).

ويتولى الأمين العام أعماله بصفته هذه في كل اجتماعات الجمعية العامة ومجلس الأمن ومجلس الوصاية والمجلس الاقتصادي والاجتماعي، ويقوم بالوظائف الأخرى التي توكلها إليه هذه الأجهزة. ويعد تقريراً سنوياً للجمعية العامة عن أعمال المنظمة^(٤).

وقد تم إنشاء شعبة حقوق الإنسان لدى الأمانة العامة لكي تتولى عدة مهام لدى أجهزة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، وقد تم تحويل هذه الشعبة إلى مركز لحقوق الإنسان، كما تم تعيين مفوض سامٍ للأمم المتحدة لحقوق الإنسان. وسأقوم بتناول دور كل منهما في الفرعين الآتيين:

(١) لياليفين، وبلانتو، حقوق الإنسان، أسئلة وإجابات، باريس، اليونسكو، الطبعة الرابعة، منقحة، ٢٠٠٤م، ص ٢٩.

(٢) علي يوسف الشكري، المنظمات الدولية والإقليمية والمتخصصة، القاهرة، أتراك للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤م، ص ١٧٠.

(٣) عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام «حقوق الإنسان»، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤م، ص ٩٤.

(٤) عبد الواحد محمد الفار، قانون المنظمات الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ١٦٣-١٦٤.

الفرع الأول: مركز حقوق الإنسان التابع للأمانة العامة للأمم المتحدة: UN Human Rights Centre

أنشئ المركز عام ١٩٨٣م من قبل الأمانة العامة للأمم المتحدة، على أن يكون مقره جنيف بسويسرا تحت إشراف أمين عام مساعد لحقوق الإنسان، بالإضافة إلى مكتب يمثل امتداداً للمركز في نيويورك. ويعد المركز أركان حرب الأمم المتحدة في شؤون حقوق الإنسان على مستوى العالم، ومركز الدائرة التي تعمل في محيطها كل الأجهزة الرئيسية والفرعية للمنظمة^(١).

ويتكون المركز من ستة أقسام رئيسية هي: قسم الوثائق الدولية، وقسم الشكاوى الفردية، وقسم الإجراءات الخاصة، وقسم البحوث والدراسات، وقسم منع التمييز، وقسم العلاقات الخارجية والمنشورات والوثائق^(٢).

وتتلخص مهام المركز في مساعدة الجمعية العامة والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومجلس حقوق الإنسان في كل ما يتعلق بالتحضير لإعلانات ومواثيق حقوق الإنسان^(٣)، وله القيام بأعمال السكرتارية والأعمال الإدارية وغيرها من الخدمات الفنية لدى أجهزة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان^(٤).

ويختص المركز- أيضاً- بتلقي الشكاوى المقدمة من الأفراد والجماعات إلى مركز حقوق الإنسان في جنيف، حيث يتولى توجيهها للمختصين ببحثها ومتابعتها، وتنفيذ حقوق الإنسان في مختلف المجالات، ويعد دراسات وتقارير عن حقوق الإنسان بناء على طلب الأجهزة المعنية، وتنسيق الاتصالات مع المنظمات الحكومية وغير الحكومية في مجال حقوق الإنسان، وجمع المعلومات الخاصة بحقوق الإنسان ونشرها^(٥).

(١) الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٤م، ص ٢٩١.

(٢) عصام محمد أحمد زناتي، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص ١٣٤-١٣٥.

(٣) إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحياته الأساسية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧م، ص ١١٥.

(٤) حيث يتولى الاتصال بالبعثات الدائمة للدول الأعضاء في مقر الأمم المتحدة بنيويورك في كل ما يتعلق بتنفيذ إعلانات ومواثيق حقوق الإنسان، وتنفيذ مهام الأمين العام المساعد لحقوق الإنسان في هذه الاتصالات وغيرها من المساعي الإنسانية المنوط به القيام بها.

(٥) عصام محمد أحمد زناتي مرجع سابق، ص ١٣٤.

الفرع الثاني: مفوض الأمم المتحدة السامي لحقوق الإنسان :High Commissioner for Human Rights

من التطورات الهامة، التي طرأت على آليات الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان ما قرره الجمعية العامة من إنشاء وظيفة مفوض سام لحقوق الإنسان. حيث أنشئت هذه الوظيفة عام ١٩٩٣م، بموجب قرار الجمعية العامة ٤٨/١٤١ في ٢٠ ديسمبر ١٩٩٣م، على أن يتولى الأمين العام تعيينه لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، من بين الأشخاص المشهود لهم بالنزاهة والكفاءة والخبرة العملية في مجال حقوق الإنسان والحائزين على ثقافات واسعة ومتعددة تنبئ عن حيطة وموضوعية وفعالية في أداء المهام الموكولة إليهم. وتعتمد الجمعية العامة قرار التعيين بالأغلبية العادية^(١).

ويُعتبر المفوض بمثابة نائب الأمين العام والمسئول الأول عن حقوق الإنسان في الأمم المتحدة، كما يُعد مسؤولاً عن أنشطة الوقاية، كالحصول على معلومات عن انتهاكات حقوق الإنسان والتدخل لمعالجة الأوضاع التي قد تؤدي إلى إصلاح ما تدهور.

وتتلخص مهامه في تعزيز وحماية التمتع بجميع حقوق الإنسان، وتنفيذ كل المهام التي يعهد إليه بها من قبل الأجهزة المعنية بحماية حقوق الإنسان، وتعزيز وكفالة الحق في التنمية، وتوفير الخدمات الاستشارية والمساعدة الفنية والمالية في مجال حقوق الإنسان بناءً على طلب الدول المعنية^(٢).

وله أيضاً تنسيق برامج الأمم المتحدة في مجال التعليم والمعلومات العامة في مجال حقوق الإنسان، والمساهمة بدور فعال في إزالة العقبات الحالية ومواجهة التحديات التي تعوق حقوق الإنجاز الكامل لحقوق الإنسان في العالم، والدخول في حوار مع جميع الحكومات من أجل كفالة حقوق الإنسان في العالم، وتشجيع التعاون الدولي لتعزيز وحماية كافة حقوق الإنسان، وتنسيق أنشطة تعزيز وحماية كافة حقوق الإنسان من خلال نظام الأمم المتحدة، وتقوية آليات الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان من أجل تعزيز فعاليتها، والإشراف على مركز حقوق الإنسان، وإعداد تقرير سنوي عن حقوق الإنسان وإرساله إلى الجمعية العامة والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومجلس حقوق الإنسان^(٣).

(١) أبو الخير أحمد عطية عمر، الضمانات القانونية الدولية والوطنية لحماية حقوق الإنسان، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، ص ١٠٦.

(٢) كلاوس هنوفر، مرجع سابق، ص ١٥.

(٣) أحمد الرشيد، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

وتولي مفوضية الأمم المتحدة أولوية لإنشاء وتعزيز المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان مع إيلاء الاعتبار الواجب للمبادئ المتعلقة بوضع المؤسسات الوطنية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان (مبادئ باريس). كما تعمل المفوضية على تنسيق عمل تلك المؤسسات على نطاق منظومة الأمم المتحدة، وتدعم زيادة مشاركتها في محافل الأمم المتحدة لحقوق الإنسان وغيرها من المحافل الدولية. كما تشجع المفوضية على تبادل أفضل الممارسات فيما بين تلك المؤسسات، وتدعم تعزيز شبكاتها الإقليمية وتيسير استفادتها مما يتصل بذلك من معلومات واجتماعات موائد مستديرة، وحلقات دراسية، وحلقات عمل وأنشطة تدريب^(١).

المطلب الخامس: محكمة العدل الدولية: justice

تعد المحكمة الجهاز القضائي الرئيس للأمم المتحدة، وتعمل وفقاً لنظامها الأساسي الذي هو جزء لا يتجزأ من الميثاق^(٢)، وفقاً للمادة ٩٢ من الميثاق، وقد بدأت المحكمة بمباشرة عملها عام ١٩٤٦م^(٣).

وتتكون المحكمة من خمسة عشر قاضياً، يتم انتخابهم لمدة تسع سنوات، من قبل مجلس الأمن والجمعية العامة، من بين الأشخاص ذوي الصفات الخُلقية العالية والحائزين في بلادهم على المؤهلات المطلوبة للتعيين في أرفع المناصب القضائية، أو من الأشخاص المشهود لهم بالكفاءة في القانون الدولي. ويمارس الأعضاء أعمالهم بصورة مستقلة عن حكوماتهم^(٤).

وتعقد المحكمة اجتماعاتها في مقرها الدائم في لاهاي بهولندا، ويجوز لها أن تعقد اجتماعاتها في أي بلد آخر تراه مناسباً، ولا بد من توافر تسعة أعضاء من هيئتها لانعقادها، وتصدر الأحكام بأغلبية القضاة الحاضرين^(٥)، وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي منه الرئيس أو القاضي الذي يقوم مقامه.

وتختص المحكمة في الفصل في جميع القضايا المرفوعة لها من الدول الأطراف في

(١) انظر: الوثيقة (A/HRC/٩١/٤)، ٨ فبراير ٢٠٠٧م، مرجع سابق، فقرة ٢.

(٢) محمد سامي عبد الحميد، ومحمد السعيد الدقاق، وإبراهيم أحمد خليفة، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

(٣) عاكف يوسف صوفان، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

(٤) إبراهيم أحمد شلبي، مرجع سابق، ص ٤٨٤.

(٥) عاكف يوسف صوفان، مرجع سابق، ص ٢٤١.

النظام الأساسي للمحكمة^(١). ومن أهم القضايا المتعلقة بحقوق الإنسان والتي تعرضت لها المحكمة نذكر على سبيل المثال: قضية حق اللجوء عام ١٩٥١م، وقضية رعايا الولايات المتحدة الأمريكية في المنظمة الفرنسية من المغرب عام ١٩٥٢م، وقضية حقوق الطفل عام ١٩٥٨م، وقضية الدبلوماسيين والقناصل الأمريكيين في طهران عام ١٩٨٠م، وقضية الجدار العازل بالأراضي العربية الفلسطينية^(٢).

كما تختص المحكمة بإصدار الآراء الاستشارية المرفوعة إليها من الجمعية العامة ومجلس الأمن والهيئات الفرعية التابعة لها المصرح لها بذلك في المسائل القانونية الداخلة في نطاق أعمالها. حيث طلبت الجمعية العامة ومجلس الأمن في عدة مناسبات الرأي الاستشاري للمحكمة بخصوص مسائل مرتبطة بحقوق الإنسان، مثل التحفظات التي ترد على اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، والنتائج القانونية المترتبة على استمرار وجود جنوب أفريقيا، والمركز الدولي للصحراء الغربية^(٣).

وللمحكمة الفصل في المنازعات المتعلقة بحقوق الإنسان بين الدول الأطراف في الاتفاقيات المعنية بحقوق الإنسان، بشرط النص على جواز اللجوء للمحكمة في تلك الاتفاقيات. ومن الاتفاقيات التي نصت على اللجوء للمحكمة: اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز العنصري والمعاقبة عليه وفقاً للمادة ٢٢، واتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، واتفاقية مناهضة التعذيب وفقاً للمادة ٣٠، والاتفاقية الدولية لقمع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها لعام ١٩٧٣م وفقاً للمادة ١٢، وغيرهن من الاتفاقيات^(٤).

ويرى البعض، أنه بالرغم من أن المحكمة قد قامت بعدد من المساهمات للأجهزة الدولية في التعامل مع حقوق الإنسان، إلا أنها ظلت برغم ذلك عاملاً هامشياً من ناحية محاولات الأمم المتحدة لحماية حقوق الإنسان^(٥).

(١) دافيد ب. فورسايت، حقوق الإنسان والسياسة الدولية، الطبعة العربية الأولى، ترجمة: محمد مصطفى غنيم، القاهرة، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ١٩٩٣م، ص ٨٦.

(٢) لمزيد من التفصيل عن أحكام محكمة العدل الدولية عن الجدار العازل، انظر: Bedi، Shiv R S. 2007. The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice، Oxford – Portland Oregon. 337-351.

(٣) علي مكرد العواضي، المنظمات الدولية وحقوق الإنسان، صنعاء، مركز الصادق، ص ٣٧٣.

(٤) عصام محمد أحمد زناتي مرجع سابق، ص ١٣٢-١٣٣؛ ولمعرفة بقية الاتفاقيات انظر: أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص ٥١-٥٢.

(5) Alston، Philip. 1995. the united nations and Human Rights first issued as paperback. printed in Britain، p.8.

المبحث الثاني اللجان التعاهدية لحقوق الإنسان Treaty Bodies of Human Rights

تمهيد وتقسيم:

والى جانب أجهزة الأمم المتحدة الرئيسية والفرعية، فإن الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان قد جرت على إنشاء لجان دولية خاصة بها. فكل اتفاقية من تلك الاتفاقيات أنشأت لجنة دولية لمراقبة مدى تطبيق وتنفيذ نصوص وأحكام الاتفاقيات من جانب الدول الأطراف فيها، ومدى احترام هذه الدول لحقوق الإنسان وحياته الواردة في تلك الاتفاقيات، وإثارة مسؤولية تلك الدول في حالة ثبوت انتهاكها لأحكام ونصوص تلك الاتفاقيات.

وتتمثل هذه اللجان في: لجنة القضاء على التمييز العنصري، واللجنة المعنية بحقوق الإنسان، واللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، ولجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، ولجنة مناهضة التعذيب، ولجنة حقوق الطفل، ولجنة حماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، واللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، واللجنة المعنية بحالات الاختفاء القسري.

وتعتبر لجنة القضاء على التمييز العنصري أول هيئة أنشأتها الأمم المتحدة لمراقبة واستعراض التدابير التي تتخذها الدول للوفاء بالتزاماتها بموجب اتفاق محدد لحقوق الإنسان. ويمكن القول إن هذه اللجنة كانت السابقة التي استرشدت بها الأمم المتحدة في مجال الحماية الدولية لحقوق الإنسان، إذ تلتها مجموعة من اللجان أنشأتها الأمم المتحدة، وسوف أعرض لتلك اللجان في المطالب الآتية:

المطلب الأول: لجنة القضاء على التمييز العنصري UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination

أنشئت اللجنة في ١٠ يولييه ١٩٦٩م إعمالاً للمادة الثامنة من الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري، والتي اعتمدها الجمعية العامة بقرارها ٢١٠٦ ألف (د-٢٠) في ٢١ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٥م، ودخلت حيز النفاذ في ٤ كانون الثاني/يناير ١٩٦٩م، بهدف الرقابة على تنفيذ نصوص الاتفاقية.

وقد صادقت اليمن على الاتفاقية في ١٨/١٠/١٩٧٢م، وأعلنت بأن التوقيع عليها لا يعني الاعتراف بإسرائيل أو إقامة علاقات معها، كما أنها تحفظت على المواد ٥ (ج، د)، ٨، ١٤، ١٧، ١٨، ١٩^(١).

وتتكون اللجنة من ثمانية عشر خبيراً، يتم اختيارهم لمدة أربع سنوات بصفتهم الشخصية من بين مواطني الدول الأطراف في الاتفاقية، ويجب أن يكون هؤلاء الخبراء من ذوي الخصال الخُلُقِيَّة الرفيعة المشهود لهم بالتجرد والنزاهة، ويراعى في انتخابهم قاعدة التوزيع الجغرافي العادل، وتمثيل النظم القانونية الرئيسية^(٢).

ويمكن تلخيص اختصاص اللجنة في تلقي وفحص التقارير المقدمة من الدول الأطراف، عن التدابير التشريعية أو القضائية أو الإدارية أو التدابير الأخرى التي اتخذتها، والتي تمثل إعمالاً لأحكام الاتفاقية طبقاً للمادة ٩ من الاتفاقية، وإبداء الاقتراحات والتوصيات العامة، وتلقي وفحص الشكاوى المقدمة لها من دولة طرف ضد أخرى لا تضع أحكام الاتفاقية موضع التنفيذ طبقاً للمادة ١١ من الاتفاقية، وتلقي وفحص الشكاوى المقدمة من الأفراد أو جماعات الأفراد الداخليين في ولاية الدول الأطراف، والذين يدعون أنهم ضحايا أي انتهاك من جانبها لأي حق من الحقوق المقررة في هذه الاتفاقية طبقاً للمادة ١٤ من الاتفاقية.

المطلب الثاني: اللجنة المعنية بحقوق الإنسان The Human Rights Committee

أنشئت اللجنة في ٢٠ سبتمبر ١٩٧٦م، عملاً بالمادة ٢٨ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والذي اعتمده الجمعية العامة مع البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد والخاص بالشكاوى الفردية بقرارها ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) في ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦م، ودخل حيز النفاذ ٢٣ آذار/مارس ١٩٧٦م، وذلك للرقابة على مدى التزام الدول الأطراف بتطبيق العهد والبروتوكول الاختياري الأول الملحق والبروتوكول الاختياري الثاني الملحق بالعهد والخاص بإلغاء عقوبة الإعدام والذي اعتمده الجمعية

(١) انظر: الوثيقة (٢/YEM/٥/٦.A/HRC/WG)، ٩ مارس ٢٠٠٩م، تجميع المعلومات التي أعدتها المفوضية السامية لحقوق الإنسان عن اليمن المقدمة لمجلس حقوق الإنسان في دورته الخامسة المنعقدة ٤-١٥ مايو ٢٠٠٩م، ص ٢.

(٢) عبد الواحد محمد الفار، حقوق الإنسان في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٣١.

العامّة بقرارها ٤٤/١٢٨ في ١٥ كانون الأول / ديسمبر ١٩٨٩م ودخل حيز النفاذ في ١١ تموز / يوليو ١٩٩١م^(١).

وقد صادقت اليمن على العهد في ٩ فبراير ١٩٨٧م، ولم تعترف باختصاص اللجنة بتلقي وقبول الشكاوى الحكومية، ولم تصادق على البروتوكولين الاختياريين الملحقين بالعهد، كما إنها أعلنت أن التوقيع على الاتفاقية لا يعني الاعتراف بإسرائيل أو إقامة علاقات معها^(٢).

وتتكون اللجنة من ثمانية عشر خبيراً، يتم اختيارهم لمدة أربع سنوات، بصفتهم الشخصية، من بين مواطني الدول الأطراف في العهد، ويجب أن يكونوا من ذوي الخصال الخلقية الرفيعة المشهود لهم بالاختصاص في مجال حقوق الإنسان ومن الأشخاص الذين لهم خبرات قانونية، مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل في اختيارهم^(٣).

وتتميز اللجنة في تكوينها بالطابع المختلط، حيث تتكون من بعض الأشخاص ذوي الخبرات القانونية، والبعض الآخر من الدبلوماسيين أو السياسيين. ويتفق هذا التكوين مع طبيعة المهام التي تقوم بها، خاصة تلقي وفحص الشكاوى الفردية، والذي يتطلب فيه مباشرة مهام ذات طابع قضائي خالص^(٤).

ويتلخص اختصاص اللجنة في تلقي وفحص التقارير التي تلتزم الدول الأطراف بتقديمها، وإصدار التعليقات بشأنها وفقاً للمادة ٤٠ من الاتفاقية، وتلقي وفحص الشكاوى الحكومية بشأن ادعاء دولة ضد أخرى وفقاً للمادة ٤١ من الاتفاقية، ولجنة تلقي وفحص الشكاوى الفردية التي تقدم ممن يدعون انتهاكاً لحقوقهم التي تضمنها العهد، طبقاً لأحكام البروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد.

(١) انظر: صحيفة الوقائع رقم ١٥، التنقيح، حقوق الإنسان، الحقوق المدنية والسياسية، اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، ص ١٢.

(٢) انظر: الوثيقة (٢/YEM/٥/٦.A/HRC/WG)، ٩ مارس ٢٠٠٩م، مرجع سابق، ص ٢.

(٣) إبراهيم العناني، «الحماية القانونية للطفل على المستوى الدولي»، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، يناير، ١٩٩٧، ص ١١.

(٤) عصام محمد أحمد زنتي، مرجع سابق، ص ١٥٠-١٥١.

المطلب الثالث: اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية The committee on economic, social and cultural rights

أنشئت اللجنة عام ١٩٨٥م^(١)، بموجب قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي ١٧/١٩٨٥م في ٢٨ مايو ١٩٨٥م على أن تكون هيئة فرعية تابعة له. بهدف الرقابة على تنفيذ نصوص العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، والذي اعتمده الجمعية العامة بقرارها ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) في ١٦ كانون الأول/ديسمبر ١٩٦٦م، ودخل حيز النفاذ في ٣ كانون الثاني/يناير ١٩٧٦م. وهكذا فهذه اللجنة لم ترد بصلب العهد، وهذه ثغرة في نظام الأجهزة الدولية الخاصة بحقوق الإنسان. وقد بدأت اللجنة في مباشرة عملها بالفعل عام ١٩٨٧م.

وقد صادقت اليمن على العهد في ٩ فبراير ١٩٨٧م، ولكنها لم اصادق على البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الذي اعتمده مجلس حقوق الإنسان بموجب قراره ٢/٨ في ١٨ حزيران/يونيه ٢٠٠٨م^(٢)، حتى كتابة سطور هذه الدراسة^(٣).

وتتكون اللجنة من ثمانية عشر خبيراً، يتم اختيارهم لمدة أربع سنوات بصفتهم الشخصية من بين مواطني الدول الأطراف في العهد، ويجب أن يتسموا بالمناقب الخلقية الرفيعة وأن يكونوا من المشهود لهم بالاختصاص في مجال حقوق الإنسان، كما يجب مراعاة التوزيع الجغرافي العادل. ويشترك في اختيار الأعضاء الدول الأعضاء في مجلس حقوق الإنسان ولولم يكونوا أعضاء في العهد^(٤).

ويتلخص اختصاص اللجنة في تلقي وفحص التقارير المقدمة من الدول الأطراف بالعهد عملاً بالمادتين ١٦ و١٧ من العهد، وتلقي وفحص البلاغات المقدمة من أفراد أو جماعات من الأفراد والذين يدعون أنهم ضحايا انتهاك لحقوقهم التي تضمنها العهد، وذلك طبقاً لأحكام البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد، وتلقي وفحص الشكاوى المقدمة من دولة طرف ضد دولة طرف أخرى، تدعي فيه الدولة الطرف عدم التزام الأخرى بموجب العهد، بموجب البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد، وإجراء التحري في المعلومات التي تصل إليها، والخاصة بوقوع انتهاكات جسيمة أو منتظمة للدولة الطرف، بموجب البروتوكول الملحق.

(1) Rosga, Ann Janette & Satterthwaite, Margaret L., op, p. 261.

(٢) انظر: الوثيقة (٥٣/٦٣/أ)، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٣) انظر: الوثيقة (٢/YEM/٥/٦.A/HRC/WG)، مرجع سابق، ص ٢.

(٤) عصام محمد أحمد زناتي مرجع سابق، ص ١٤٥.

المطلب الرابع: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة The Committee on the Elimination of Discrimination Against Woman

أنشئت اللجنة في ١٦ إبريل ١٩٨٢م، إعمالاً لنص المادة ١٧ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي اعتمدها الجمعية العامة في ١٨ ديسمبر ١٩٧٩م بقرارها ٣٤/١٨٠، ودخلت حيز التنفيذ في ٣ سبتمبر ١٩٨١م بهدف رصد مدى تنفيذ الدول الأطراف لبنود الاتفاقية، والبروتوكول الاختياري الملحق به الخاص بالشكاوى الفردية^(١).

وصادقت اليمن على الاتفاقية في ٣٠ مايو ١٩٨٤م، وتحفظت على المادة ٢٩/أ، ولم يصادق على البروتوكول الاختياري الملحق، وقد أوصت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة أثناء نظرها لتقرير اليمن السادس عن تنفيذ الاتفاقية لعام ٢٠٠٨م، على ضرورة قيام اليمن بالمصادقة على البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية^(٢).

وتتكون اللجنة من ثلاثة وعشرين خبيراً، يُنتخبون بالاقتراع السري من قائمة تضم أفراداً من ذوي المناقب الخُلقيّة الرفيعة والاختصاص المشهود له في مجال حقوق المرأة، وترشحهم الدول الأطراف في الاتفاقية، مع ضرورة إيلاء اعتبار التوزيع الجغرافي العادل ولتمثيل مختلف الحضارات والنظم القانونية، ويعمل أعضاء اللجنة لمدة أربع سنوات، ورغم أن الأعضاء ترشحهم حكوماتهم فإنهم يعملون بصفتهم الشخصية وليس بصفتهم مندوبين أو ممثلين لبلدانهم الأصلية^(٣).

والملاحظ أن تكوين اللجنة مختلف عن تكوين اللجان التعاهدية الأخرى. ففي المقام الأول تتكون اللجنة كلها منذ إنشائها من النساء، فيما عدا استثناء واحداً. واتخذ الأعضاء ولا يزالون يتخذون من مجموعة متنوعة كبيرة من ذوات الخبرات المهنية السابقة. ويظهر اتساع الخبرة بشكل إيجابي في الطريقة التي تنظر بها التقارير الواردة من الدول الأطراف ويعلق عليها.

وعلى الرغم من أن الاتفاقية لا تتضمن مثل هذا النص إلا أن سلوك الدول وترشيحها للنساء فقط أدى إلى قصر العضوية داخل اللجنة على النساء. ويرى البعض، أن هذا

(١) اعتمدت الجمعية العامة البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في ١٠/٦/١٩٩٩م ودخل حيز التنفيذ في ١٧/١٢/٢٠٠٠م، انظر: الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الملحق ٣٨ (A/٥٢/٣٨)، تقرير لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة.

(٢) انظر: توصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على تقرير اليمن السادس ٢٠٠٨.

(٣) انظر: صحيفة الوقائع رقم ٢٢، حقوق الإنسان، التمييز ضد المرأة، الاتفاقية واللجنة، ص ٣٩.

المسلك لا يتفق تماماً مع الغايات التي تنشدها الاتفاقية، ذلك أن النساء مازلن بعيدات عن مواقع اتخاذ القرار وقصر تكوين اللجنة عليهن فقط يؤدي إلى تهميش أوضاع المرأة وعدم التصدي لها^(١).

ويتلخص اختصاص اختصاص اللجنة، في تلقي وفحص التقارير المقدمة من الدول الأطراف عن التدابير التي اتخذتها لإعمال أحكام الاتفاقية وفقاً للمادة ١٨ من الاتفاقية، وتلقي وفحص الشكاوى التي تقدم من الأفراد وجماعات الأفراد ضد الدول الأطراف، وفقاً للبروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية، والذي اعتمده الجمعية العامة في ٦ أكتوبر ١٩٩٩م^(٢).

المطلب الخامس: لجنة مناهضة التعذيب UN Committee against Torture

أنشئت اللجنة في ٢٦ سبتمبر ١٩٨٧م، إعمالاً للمادة ١٧ من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة^(٣)، والتي اعتمدها الجمعية العامة بقرارها ٤٦/٤٦م وتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٨٤م، ودخلت حيز التنفيذ في ٢٦ يونيو ١٩٨٧م، وذلك للرقابة على تنفيذ نصوص الاتفاقية. وقد بدأت اللجنة عملها في ١ يناير ١٩٨٨م^(٤).

وصادقت اليمن على الاتفاقية في ١٥ نوفمبر ١٩٩١م، ولكنها لم تعترف باختصاص اللجنة بتلقي وفحص الشكاوى الحكومية وتلقي وفحص الشكاوى الفردية وإجراء التحقيق الدولي حتى كتابة سطور هذه الدراسة^(٥).

وتتكون اللجنة من عشرة خبراء^(٦)، يتم انتخابهم لمدة أربع سنوات، ويجب أن يكونوا على مستوى أخلاقي عال، ومشهود لهم بالكفاءة في مجال حقوق الإنسان، وعلى أن يكون

(١) عصام محمد أحمد زناتي مرجع سابق، ص ١٦٤-١٦٥.

(٢) محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد الأول، الطبعتان الأولى والثانية، القاهرة، دار الشروق، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م، ص ٤٥٣.

(٣) حتى ٢١ أيار/ مايو ٢٠٠٤م وصل عدد الدول الأطراف بالاتفاقية ١٣٦ دولة. انظر: الدورة ٥٩، الملحق ٤٤ (A/٥٩/٤٤)، تقرير لجنة مناهضة التعذيب، ٢٠٠٤م.

(٤) خيرى أحمد الكباش، مرجع سابق، ص ٨٩٢.

(٥) انظر: الوثيقة (YEM/٥/٦.A/HRC/WG.٢)، مرجع سابق، ص ٢.

(٦) جاك دونلي، حقوق الإنسان العالمية بين النظرية والتطبيق، ترجمة مبارك على عثمان، مراجعة أ.د. حمد نور فرحات، المكتبة الأكاديمية، ١٩٩٨م، ص ٢٩٩.

من بينهم أشخاص من ذوي الخبرات القانونية، مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل عند الاختيار.

والملاحظ أن المادة ٢/١٧ من الاتفاقية، تنطوي على توجيه للدول الأطراف، وهو خاص بأعضاء هذه اللجنة، لم تعهده في باقي اتفاقيات حقوق الإنسان ألا وهو « فائدة ترشيح أشخاص يكونون أيضاً أعضاء في اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، ولديهم الاستعداد للعمل في اللجنة ».

وتتلخص مهام اللجنة في تلقي وفحص التقارير التي تقدمها الدول الأطراف في الاتفاقية بشأن التدابير التي اتخذتها تنفيذاً لتعهداتها بمقتضى الاتفاقية وفقاً للمادة ١٩ من الاتفاقية، وإجراء التحقيق في المعلومات التي تصل إليها، والخاصة بممارسة التعذيب في أراضي دولة طرف وفقاً للمادة ٢٠ من الاتفاقية، بما في ذلك القيام بزيارة أية دولة طرف، وتلقي وفحص الشكاوى الحكومية من أية دولة طرف ضد دولة طرف أخرى في الاتفاقية وفقاً للمادة ٢١ من الاتفاقية، وتلقي وفحص الشكاوى المقدمة من الأفراد، بعد قبول خمس دول أطراف في الاتفاقية بهذا الاختصاص وفقاً للمادة ٢٢ من الاتفاقية. ويتبع اللجنة لجنة فرعية سأتناولها في الفرع التالي:

الفرع الأول: اللجنة الفرعية لمنع التعذيب؛

أنشئت اللجنة في ١٨ ديسمبر ٢٠٠٦م، بموجب المادة ٢ من البروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب، والذي اعتمده الجمعية العامة بقرارها ١٩٩/٥٧ في ٨ ديسمبر ٢٠٠٢م^(١)، ودخل حيز النفاذ في ٢٢ يونيو ٢٠٠٦م^(٢)، بهدف القيام بزيارات منتظمة للأماكن التي يُحرم فيها الأشخاص من حريتهم، بغية منع التعذيب وغيره من أشكال سوء المعاملة وفقاً لنص المادة ١ من البروتوكول. على أن تكون تابعة للجنة مناهضة التعذيب^(٣). ولم تصادق اليمن على البروتوكول حتى كتابة سطور هذه الدراسة.

وتتكون اللجنة من عشرة أعضاء^(٤)، يتم انتخابهم لمدة أربع سنوات، على أن يتمتعوا

(١) انظر: الوثيقة (١٩٩/٥٧/أ/RES)، وتاريخ ٩ يوليو ٢٠٠٣م، البروتوكول الاختياري لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

(٢) إبراهيم بدوي شيخ، التطبيق الدولي لاتفاقيات حقوق الإنسان، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص ١٦٥.

(٣) مراقبة أماكن الاحتجاز «دليل عملي»، جمعية منع التعذيب، جنيف، إبريل/نيسان ٢٠٠٤م، ص ٤٤.

(٤) من المقرر أن يزداد عدد الأعضاء إلى ٢٥ عضواً بعد تصديق ٥٠ دولة عليه، بموجب المادة ١/٥ من البروتوكول.

بالخبرة المهنية ذات الصلة، على أن يراعى التوزيع الجغرافي العادل ولتمثيل مختلف أشكال الحضارة والنظم القانونية للدول الأطراف، وتمثيل كلا الجنسين تمثيلاً متوازناً على أساس مبادئ المساواة وعدم التمييز، ولا يجوز أن يكون في عضوية اللجنة عضوان من مواطني دولة واحدة. ويعمل أعضاء اللجنة بصفتهم الفردية، ويتمتعون بالاستقلال والنزاهة، ويكونون على استعداد لخدمة اللجنة الفرعية بصورة فعالة.

وتتلخص مهام اللجنة^(١)، في زيارة أماكن احتجاز الأشخاص في الدول الأطراف، وإصدار التوصيات الخاصة بأوضاعها لهذه الدولة، وتقديم المعونة والمساعدة للدول الأطراف لإنشاء الآليات الوطنية الوقائية، والحفاظ على الاتصال المباشر والسري بالآليات الوقائية الوطنية، وتوفير التدريب والمساعدة التقنية لها بغية تعزيز قدراتها.

وللجنة أيضاً توفير المشورة والمساعدة للآليات الوطنية في تقييم الاحتياجات والوسائل اللازمة بغية تعزيز حماية الأشخاص المحرومين من حريتهم من التعذيب، وتقديم التوصيات والملاحظات إلى الدول الأطراف بغية تعزيز قدرات وولاية الآليات الوقائية الوطنية لمنع التعذيب، والتعاون مع أجهزة الأمم المتحدة وآلياتها، والمؤسسات والمنظمات الدولية والإقليمية والوطنية العاملة في تعزيز حماية جميع الأشخاص من التعذيب.

وكون اليمن من الدول التي لم تصدق أو تنظم للبروتوكول، فأرى أن تسارع للتصديق على البروتوكول، لما فيه من منع التعذيب، كما أرى أن تسارع اليمن في إنشاء لجنة وطنية مستقلة لمنع التعذيب، يشارك فيها عاملون طبيون وصحيون وآخرون، لما فيه من منع التعذيب، ومعاينة مرتكبه، وهو الأمر الذي أكد عليه المجلس الدولي لحقوق الإنسان في تقريره السنوي لعام ٢٠٠٩م^(٢).

المطلب السادس: لجنة حقوق الطفل؛

أنشئت اللجنة عام ١٩٩١م، إعمالاً للمادة ٤٣ من اتفاقية حقوق الطفل، والتي اعتمدها الجمعية العامة بقرارها ٤٤/٢٥ الصادر في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩م، ودخلت حيز النفاذ في ٢ سبتمبر ١٩٩٠م^(٣)، بهدف الرقابة على تنفيذ نصوص الاتفاقية، والبروتوكول الاختياري الخاص عند اشتراك الأطفال في الصراعات المسلحة، والبروتوكول الاختياري المتعلق

(١) هذه الاختصاصات وفقاً للمادة ١١ من البروتوكول.

(٢) انظر: الفقرتين ١٣ و١٤ من القرار ٢٤/١٠، الوثيقة (A/٥٣/٦٤)، مرجع سابق.

(٣) Lord, Janet E. & Stein, Michael Ashley, op, p & Rouget, Didier, op, p ١٨. ٥٩.

بيع الأطفال وبيعاء الأطفال واستغلال الأطفال في المواد الإباحية.

وصادقت اليمن على الاتفاقية في ١٥ مايو ١٩٩١م، كما صادقت على البروتوكول الاختياري المتعلق ببيع الأطفال في ١٥ فبراير ٢٠٠٤م، وصادقت على البروتوكول المتعلق بإشراك الأطفال في النزاعات المسلحة في ٢ مارس ٢٠٠٧م^(١).

وتتكون اللجنة من ثمانية عشر خبيراً^(٢)، على أن يكونوا من ذوى المكانة الخلقية العالية المشهود لهم بالكفاءة في الاتفاقية. ويتم انتخابهم لمدة أربع سنوات، مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل وتمثيل النظم القانونية الرئيسية في العالم، وفي حالة وفاة أحد الأعضاء أو عدم قدرته على الاضطلاع بواجباته، تتولى الدولة الطرف التي رشحته اختيار شخص آخر من بين رعاياها لشغل المدة المتبقية من ولاية العضو شريطة موافقة اللجنة. ويثير هذا النص الشك حول مدى صلة الدول الأطراف باللجنة وتأثير ذلك على استقلاليتها.

وتتلخص مهام اللجنة في تلقي وفحص التقارير التي تقدمها الدول الأطراف عن التدابير التي اتخذتها تنفيذاً للحقوق المعترف بها في الاتفاقية، وعن التقدم الذي أحرزته في التمتع بهذه الحقوق وفقاً لنص المادة ٤٤ من الاتفاقية. ويجوز للجنة أن تطلب من الدول معلومات إضافية تكون ذات صلة بتنفيذ الاتفاقية.

والملاحظ أن الاتفاقية لم تتطرق إلى بيان التدابير التي يمكن للجنة اتخاذها عند انتهاك إحدى الدول أو بعضها لأحكام هذه الاتفاقية أو عند تقاعسها عن الوفاء بالتزاماتها التي قدرتها الاتفاقية، وأقصى ما يمكن أن تفعله من جزاء هو نشر تقارير الدول الأطراف، وهي حماية متواضعة وضعيفة، لذلك كان على واضعي الاتفاقية النص على نظام من النوع الذي نصت عليه بعض الاتفاقيات، حيث تستطيع لجانها تلقي الشكاوى من أية دولة بشأن نظر الدولة التي تنتهك هذه الحقوق^(٣). وإن الاقتصار على مجرد التزام الدول الأطراف بتقديم تقارير إلى اللجنة عن جهودها في تطبيق أحكام الاتفاقية دون أن يعزز ذلك برقابة متبادلة بين الدول الأطراف ومن اللجنة من شأنه أن يؤثر كثيراً في فاعلية التدابير المتخذة في هذا الشأن. ومما لا شك فيه أن نظام الحماية لن يتحقق له الفاعلية ما لم يضع من الآليات وأسلوب الحماية ما يكفل تحقيق الحماية القانونية للحقوق التي تضمنتها الاتفاقية، وهو ما نأمل أن يتحقق من خلال إصدار بروتوكول إضافي ملحق

(١) انظر: الوثيقة (٢/٧٤٣/٥/٦.٨/HRC/WG)، مرجع سابق، ص ٢.

(٢) كانت اللجنة تتكون من عشرة أعضاء وفق ما نصت عليه المادة ٤٣/٤٣ من الاتفاقية، وقد أصدرت الجمعية العامة قرارها ١٥٥/٥٠ في ديسمبر ١٩٩٥م، وقضت بزيادة عدد أعضائها إلى ثمانية عشر عضواً، ودخل التعديل حيز التنفيذ اعتباراً من ٢٠٠٣م.

(٣) فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الخدمات الجامعية، ٢٠٠٤م، ص ٣٩٣.

باتفاقية حقوق الطفل يوسع من اختصاصات اللجنة.

وإلى أن يتحقق ما يتم به حماية حقوق الطفل بموجب اتفاقية حقوق الطفل، فليس أمام المتضرر من عدم تنفيذ هذه الاتفاقية إلا أن يتمتع بحماية حقوقه من خلال القواعد العامة في القانون الدولي العام، إما على أساس نظام الحماية المعمول به في اتفاقيات حقوق الإنسان عامة، أو على أساس القواعد العامة للمسئولية الدولية.

The **المطلب السابع: لجنة حماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم** committee on the protection of Immigrant workers and :their families

أنشئت اللجنة بموجب المادة ٧٢ من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، والتي اعتمدها الجمعية العامة بقرارها ١٥٨/٤ في ١٨ ديسمبر ١٩٩٠م، ودخلت حيز التنفيذ في ١ تموز/ يوليه ٢٠٠٣م، وذلك للرقابة على تنفيذ نصوص الاتفاقية. ولم تصادق اليمن على الاتفاقية حتى كتابة سطور هذه الدراسة^(١). وأرجو من اليمن أن تصادق على الاتفاقية أسوة بالاتفاقيات الأخرى التي صادقت عليها أو انضمت إليها.

وتتكون اللجنة من أربعة عشر خبيراً، يتم انتخابهم لمدة أربع سنوات، ويجب أن يكونوا من ذوي المكانة الأخلاقية الرفيعة والحيدة والكفاءة المشهود بها، ويُنتخب هؤلاء الخبراء بالاقتراع السري، من قائمة الأسماء التي ترشحهم الدول الأعضاء، مع الأخذ في الاعتبار التوزيع الجغرافي العادل. وتعد اللجنة اجتماعاتها في مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان في جنيف، لمدة ثلاثة أسابيع^(٢).

وتتلخص مهام اللجنة في تلقي وفحص التقارير المقدمة من الدول الأعضاء وفقاً للمادة ٧٤ من الاتفاقية، وتلقي وفحص الشكاوى المقدمة من الدول الأعضاء، إذا ادعت فيها بدولة أخرى طرف لا تفي بالتزاماتها بموجب الاتفاقية، وفقاً للمادة ٧٦ من الاتفاقية، وأخيراً تلقي وفحص الشكاوى المقدمة من الأفراد، والمتضمنة انتهاكاً لحقوقهم المذكورة في الاتفاقية وفقاً للمادة ٧٧ من الاتفاقية.

(١) انظر: الوثيقة (YEM/٥/٦.A/HRC/WG)، مرجع سابق، ص ٢.

(٢) De Feyter, Myriam, op. p ١٧-١٨.

المطلب الثامن: اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة؛

أنشئت اللجنة بموجب المادة ٣٤ من الاتفاقية الدولية لحماية وتعزيز حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والتي اعتمدها الجمعية العامة مع البروتوكول الاختياري الملحق بها بقرارها ١٠٦/٦١ في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٦م، ودخلت حيز التنفيذ في ٣ أيار/مايو ٢٠٠٨م، وذلك للرقابة على تنفيذ أحكام الاتفاقية والبروتوكول الاختياري الملحق بها. ولم تصادق اليمن على الاتفاقية ولا على البروتوكول، ولكنها وقعت عليها بتاريخ ١١ إبريل ٢٠٠٧م. وأوصي اليمن بالمصادقة على الاتفاقية والبروتوكول، وهو الأمر الذي أكد عليه المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٩٣م^(١).

وتتكون اللجنة من ثمانية عشر خبيراً، يتم انتخابهم لمدة أربع سنوات، ويجب أن يكونوا من ذوي المكانة الأخلاقية الرفيعة والحيادة والكفاءة المشهود بها، وينتخب هؤلاء الخبراء بالاقتراع السري، من قائمة الأسماء التي ترشحهم الدول الأعضاء، مع الأخذ في الاعتبار التوزيع الجغرافي العادل^(٢). وقد عقدت اللجنة اجتماعها الأول بتاريخ ٣ أيار/مايو ٢٠٠٨م^(٣).

وتتلخص مهام اللجنة في تلقي وفحص التقارير المقدمة من الدول الأعضاء، وتلقي وفحص البلاغات المقدمة من الأفراد أو مجموعات الأفراد، والمتضمنة انتهاكاً لحقوقهم المذكورة في الاتفاقية بموجب المادة ١ من البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية، والتحقق في المعلومات الموثوقة التي تصل إليها، والخاصة بوقوع انتهاكات جسيمة في أراضي دولة طرف وفقاً للمادتين ٧ و٦ من البروتوكول.

والملاحظ هنا أن المادة ٢/٣٣ قد أشارت إلى دور المؤسسات الوطنية في تعزيز ورصد وحماية الحقوق التي تضمنتها الاتفاقية، حيث نصت على أن تقوم الدول الأطراف بتشكيل أو تعزيز أو تعيين أو إنشاء آلية مستقلة واحدة أو أكثر حسب الاقتضاء، لتعزيز الاتفاقية وحمايتها ورصد تنفيذها. وتأخذ هذه الدول الأطراف بعين الاعتبار، عند تعيين أو إنشاء مثل هذه الآلية، المبادئ المتعلقة بمركز وطرق عمل المؤسسات الوطنية المعنية بحماية حقوق الإنسان وتعزيزها.

(١) انظر: الوثيقة (A/conf/١٥٧/٢٣)، ١٢ يوليو ١٩٩٣م، إعلان وبرنامج عمل فيينا، فقرة ٣٦.

(٢) انظر: نص المادة ٣٤ من الاتفاقية.

(٣) انظر: قرار مجلس حقوق الإنسان ٧/١٠ بالوثيقة (A/٥٣/٦٤/١)، والمعنون «حقوق الإنسان للأشخاص ذوي الإعاقة: الأطر الوطنية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان للأشخاص ذوي الإعاقة»، مرجع سابق.

المطلب التاسع: اللجنة المعنية بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي؛

أُنشئت اللجنة بموجب المادة ٢٦ من الاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، والتي اعتمدها الجمعية العامة بقرارها ١٧٧/٦١ المؤرخ في ٢٠ كانون الأول / ديسمبر ٢٠٠٦م^(١)، وذلك للرقابة على تنفيذ أحكام الاتفاقية. ولم تصادق اليمن على الاتفاقية حتى كتابة سطور هذه الدراسة^(٢).

وتتكون اللجنة من عشرة خبراء، يتم انتخابهم لمدة أربع سنوات، ويجب أن يكونوا على مستوى أخلاقي عال، ومشهود لهم بالكفاءة في مجال حقوق الإنسان، مع مراعاة التوزيع الجغرافي العادل عند الاختيار^(٣).

وتتلخص مهام اللجنة في تلقي وفحص التقارير المقدمة من الدول الأعضاء، والبحث عن الأشخاص المختفين والعثور عليهم، بناءً على طلب من أقارب الشخص المختفي أو ممثليهم القانونيين أو محاميهم أو أي شخص مفوض من قبلهم، وتلقي وفحص الشكاوى المقدمة من الأفراد، والمتضمنة انتهاكاً لحقوقهم المذكورة في الاتفاقية، وتلقي وفحص الشكاوى المقدمة من الدول الأعضاء، إذا ادعت فيها بدولة أخرى طرف لا تفي بالتزاماتها بموجب الاتفاقية، ولها القيام بزيارات للدول الأطراف، بناءً على معلومات موثوقة بأن الدولة ترتكب انتهاكات جسيمة لأحكام الاتفاقية^(٤).

وكون الاتفاقية لم تدخل حيز النفاذ بعد، فقد حث مجلس حقوق الإنسان في تقريره السنوي لعام ٢٠٠٩م، الدول ومن ضمنها اليمن سرعة التصديق والانضمام للاتفاقية لكي تدخل حيز التنفيذ بأسرع وقت ممكن، لبلوغ غايات الاتفاقية، وأوافق المجلس في هذا الرأي وأحث اليمن سرعة التصديق والانضمام للاتفاقية لما فيه ضمان حماية حقوق الإنسان.

(١) انظر: قرار مجلس حقوق الإنسان ٢/٧، المعنون «حالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي، الوثيقة

(A/٥٣/٦٣)، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٢) انظر: الوثيقة (HRC/WG.٢/٥/٦٠.A/YEM/٢)، مرجع سابق، ص ٢.

(٣) انظر: نص المادة ٢٦ من الاتفاقية.

(٤) هذه الاختصاصات وفقاً لنصوص المواد ٢٩-٣٣ من الاتفاقية.

الفصل الثاني

المؤسسات اليمنية المعنية

بتعزيز وحماية حقوق الإنسان

تقسيم:

سأقوم بعرض المؤسسات اليمنية في أربعة مباحث، أولاها وزارة حقوق الإنسان، والثانية اللجان الحكومية المتخصصة، والثالثة الأجهزة الحكومية الفرعية، والرابعة اللجان التابعة لمجلس النواب والشورى. وذلك كما يأتي:

المبحث الأول

وزارة حقوق الإنسان

أنشئت الوزارة عام ٢٠٠٣م، بموجب القرار الجمهوري ١٠٥ لسنة ٢٠٠٣م^(١)، بهدف تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها عن طريق التنسيق مع الوزارات والجهات والهيئات الخاصة، وتفعيل آليات الحماية الوطنية لحقوق الإنسان، وتعزيزها بما يؤكد التزام اليمن بالاتفاقيات والمواثيق والعهود الدولية التي صادقت عليها^(٢). وهذا الهدف يتوافق مع المبدأ الأول من مبادئ باريس^(٣). وتقديم تقارير دورية من منظمة عن أنشطتها ومنجزاتها إلى مجلس الوزراء.

وتعتبر الوزارة الجهازَ الحكوميَّ الرئيس المعني بحماية حقوق الإنسان وتعزيزها، وهي بحكم طبيعتها القانونية تعدُّ أحد مكونات هيكل السلطة التنفيذية، غير أن بناءها التنظيمي والمهام والاختصاصات التي تتولَّى تنفيذها تتفق مع بعض من المبادئ المتصلة بمركز وعمل المؤسسات الوطنية لحماية وتعزيز حقوق الإنسان (مبادئ باريس) التي أقرتها لجنة حقوق الإنسان بموجب قرارها ١٩٩٢/٥٤م المؤرخ في ٣ آذار/ مارس ١٩٩٢م^(٤).

(١) انظر: القرار الجمهوري رقم ١٠٥ لعام ٢٠٠٣م، الخاص بتشكيل الحكومة وتسمية أعضائها، وزارة الشؤون القانونية، العدد العاشر، الصادر بتاريخ ٣٠ ربيع أول ١٤٢٤هـ الموافق ٣١ مايو ٢٠٠٣م.

(٢) المادة ٢ من اللائحة التنظيمية لوزارة حقوق الإنسان، الصادر بها القرار الجمهوري رقم ٢٥٥ لسنة ٢٠٠٣م.

(٣) التقرير الدوري الثاني لليمن المقدم للجنة مناهضة التعذيب، الوثيقة CAT/C/YEM/١٦،٢/مارس ٢٠٠٩م، الفقرة ٣.

(٤) Assessing the Effectiveness of National Human Rights Institutions، p. 6.

ويتكون الهيكل التنظيمي للوزارة من^(١): الإدارة العامة للبلاغات والشكاوى، والإدارة العامة للمنظمات والتقارير الدولية، والإدارة العامة للتوعية والمعلومات، والإدارة العامة لمنظمات المجتمع المدني، والإدارة العامة للدراسات والبحوث، والإدارة العامة للشئون القانونية. كما تضم الوزارة هيئةً استشاريةً، تضم ثماني وعشرين شخصية من منظمات المجتمع المدني غير الحكومية، ولجنة فنية تضم أحد عشر فرداً من الأجهزة الحكومية المرتبط عملها بحقوق الإنسان^(٢).

وتتلخص مهام الوزارة، في تلقي الشكاوى المرفوعة من المواطنين والهيئات والمؤسسات، ودراستها، ومعالجة ما يدخل ضمن اختصاص الوزارة بالتنسيق مع الجهات المختصة، وإعداد التقارير الدورية حول التزامات اليمن الدولية، بالتنسيق مع الجهات المختصة^(٣).

المبحث الثاني اللجان الحكومية المتخصصة المعنية بتعزيز وحماية حقوق الإنسان

تقسيم:

كون اللجنة الوطنية للمرأة واللجنة العليا للنظر في أحوال السجون والمساجين اللجنتين الوحيدتين من بين اللجان المتخصصة التي أوكل لها مهمة حماية حقوق الإنسان، كون بقية اللجان قد أوكل لها مهمة تعزيز حقوق الإنسان^(٤)، لذا سأعرض لهاتين اللجنتين فقط - كونهما صلب دراستي - وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: اللجنة الوطنية للمرأة:

أنشئت اللجنة الوطنية للمرأة عام ١٩٩٦م، بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء،

(١) انظر: نص المادة ٦ من اللائحة التنظيمية للوزارة، مرجع سابق.

(٢) انظر: تقرير أداء وزارة حقوق الإنسان، للفترة مايو ٢٠٠٣ - ديسمبر ٢٠٠٤، ص ١١ - ١٢.

(٣) هذه الاختصاصات بموجب المادة ٢ من اللائحة التنظيمية للوزارة، كما أن للوزارة اختصاصات في مجال تعزيز حقوق الإنسان، ولمعرفة تلك الاختصاصات انظر نفس المادة والمرجع.

(٤) لمزيد من التفصيل عن إنشاء واختصاص تلك اللجان انظر: التقرير الوطني لحقوق الإنسان لعام ٢٠٠٤، مرجع سابق، ص ٢٤ - ٢٨.

استجابة لتوصيات مؤتمر بكين المنعقد عام ١٩٩٥م، الذي دعا الحكومات إلى تشكيل لجان وطنية خاصة بالمرأة، وذلك بهدف دعم الجهود المبذولة للنهوض بالمرأة وتوسيع نطاق مشاركتها في شتى مناحي الحياة^(١)، وتم استحداثها بقرار مجلس الوزراء ٩٧ لسنة ١٩٩٦م باعتبارها لجنة فنية تابعة لمجلس الوزراء، على أن يكون مقرها الرئيس أمانة العاصمة (صنعاء)^(٢)، كما أن للجنة فروعاً في المحافظات^(٣).

وحرصاً من الحكومة على تسليط مزيد من الضوء على قضايا المرأة اليمنية المختلفة والتعريف بأهميتها في مجمل مناشط الحياة فقد تم إعادة تشكيل اللجنة وتوسيع إطارها بموجب قرار رئيس الوزراء ٦٨ لسنة ٢٠٠٠م بإنشاء المجلس الأعلى للشئون المرأة الذي يرأسه رئيس الوزراء ويضم في قوام تكوينه اللجنة الوطنية للمرأة، وترأس اللجنة الوطنية للمرأة رئيسة معينة بقرار جمهوري^(٤).

وقد أوصت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، بضرورة تحويل اللجنة الوطنية للمرأة إلى وزارة في الحكومة حتى تستطيع أن تشارك في عملية صنع القرار ودعم مقترحاتها التشريعية في البرلمان وإدماج حقوق النساء في الحكومة والإدارة العامة وتعزيزها بموازنة كافية للقيام بدورها ومسئولياتها^(٥).

وتتكون اللجنة من رئيسة اللجنة، ونائبة لها، وعضوات اللجنة وهن ممثلات الجهاز الإداري للدولة ومؤسسات المجتمع المدني والقطاع الخاص. كما أن للجنة فروعاً في مختلف المحافظات تتكون من رئيسة للفرع وعضوات للفرع. ووفقاً لللائحة التنظيمية يشترط في رئيسة اللجنة أن تكون من ذوات الخبرة في مجال قضايا المرأة^(٦).

وتختص اللجنة بمتابعة تنفيذ الاتفاقيات والمواثيق والمعاهدات الإقليمية والدولية المتعلقة بالمرأة التي صادقت اليمن عليها، وإعداد التقارير عن مستوى تنفيذها، ودراسة الاتفاقيات والمواثيق والمعاهدات الإقليمية والدولية ذات الصلة بالمرأة التي تعتم

(١) انظر: التقرير الوطني لحقوق الإنسان لعام ٢٠٠٤م، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٢) انظر: نص المادتين ١٠٢ من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٦م، باستحداث لجنة وطنية للمرأة. (٣) لمعرفة تلك المحافظات والمهام التي قامت بها، انظر: تقرير وضع المرأة في اليمن للعام ٢٠٠٨م، مرجع سابق، ص ٩٤-٩٧.

(٤) انظر: نص الفقرة ب من المادة ٧ من قرار رئيس الوزراء رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٠م، مرجع سابق. ولمعرفة إنشاء وتشكيل ومهام المجلس الأعلى للمرأة، انظر: التقرير الوطني حول: وضع المرأة في اليمن (بيجين + ١٠)، صنعاء، ٢٠٠٤م، اللجنة الوطنية للمرأة، ص ٢٤.

(٥) انظر: توصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على التقرير الوطني السادس حول مستوى تنفيذ الاتفاقية، ١ يوليو ٢٠٠٨م.

(٦) انظر: نص المادتين ٢، ٤ من اللائحة التنظيمية للجنة الوطنية للمرأة.

اليمن الانضمام إليها، وإبداء الرأي فيها أو التوصية بالمصادقة عليها، وتبليغ قرارات المجلس الأعلى للمرأة للجهات المعنية، ومتابعة تنفيذها، ورفع التقارير الدورية عن مستوى تنفيذها^(١).

وبالنظر لتكوين واختصاص اللجنة نلاحظ عدم وضوح ولايتها، والافتقار للموظفين والتدريب والموارد، وعدم كفاية الدعم من قبل القيادة السياسية. ولكي تقوم اللجنة بمهامها في حماية حقوق الإنسان عامةً والمرأة خاصة، فيجب أن تستوفي الشروط التي أكد عليها مؤتمر بيجين، وهي: وجود اللجنة في أعلى المستويات بالحكومة تحت مسؤولية وزير في مجلس الوزراء، ومنحها صلاحيات وسلطات واسعة للرصد والتنفيذ، وإشراك المنظمات غير الحكومية فيها، وكفالة وجود الموارد الكافية من حيث الميزانية والقدرة المهنية، والأهم من كل هذا وذاك هو تمكين اللجنة من القدرة على التأثير على الحكومة في وضع جميع السياسات العامة الحكومية الخاصة بالمرأة^(٢).

المطلب الثاني: اللجنة العليا للنظر في أحوال السجون والمساجين؛

أنشئت اللجنة عام ٢٠٠٠م، بموجب توجيهات الأخ رئيس الجمهورية الصادرة بتاريخ ٦ ديسمبر ٢٠٠٠م. وتتكون اللجنة من المحكمة العليا ومدير مكتب رئاسة الجمهورية وعضوية عدد من الوزارات والهيئات ذات العلاقة: كوزارات الداخلية والعدل وحقوق الإنسان والشئون الاجتماعية والعمل ومكتب النائب العام. وتختص اللجنة بدراسة أوضاع السجناء ومشكلاتهم ووضع الحلول المناسبة لها، واقتراح المساعدات المالية للسجناء المعسر^(٣).

(١) هذه الاختصاصات وفقاً للمادة ٣ من اللائحة التنظيمية للجنة الوطنية للمرأة.

(٢) انظر: الوثيقة (٢٠/١٧٧.A/conf)، الفقرتين ١٩٦، ٢٠١.

(٣) انظر: التقرير الوطني لحقوق الإنسان لعام ٢٠٠٤م، مرجع سابق، ص ٢٥.

المبحث الثالث الأجهزة الحكومية الفرعية المعنية بتعزيز وحماية حقوق الإنسان

تمهيد وتقسيم:

والى جانب وزارة حقوق الإنسان واللجان المتخصصة، توجد أجهزة حكومية فرعية تابعة لجهات وهيئات حكومية أخرى، تختص بتعزيز وحماية حقوق الإنسان، وهذه الأجهزة تابعة لمكتب رئاسة الجمهورية، ومكتب رئاسة مجلس الوزراء، ووزارة العدل. وسأقوم بعرض تلك الأجهزة في ثلاثة مطالب، أولها الأجهزة التابعة لمكتب رئاسة الجمهورية، وثانيها الأجهزة التابعة لمكتب رئاسة مجلس الوزراء، وثالثها هيئة التفيتش القضائي بمجلس القضاء، وذلك كما يأتي:

المطلب الأول: الأجهزة التابعة لمكتب رئاسة الجمهورية:

تمهيد وتقسيم:

أنشأ مكتب رئاسة الجمهورية إدارتين عامتين معنيتين بحماية وتعزيز حقوق الإنسان، أولاهما الإدارة العامة للحقوق والحريات، والأخرى الإدارة العامة للشكاوى، وأوكل إلى الأولى تلقي وفحص البلاغات الدولية وتلقي ومتابعة التقارير الخاصة بحقوق الإنسان، والأخرى تلقي وفحص الشكاوى المحلية، وسأعرض لكلا الإدارتين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الإدارة العامة للحقوق والحريات:

أنشئت هذه الإدارة إعمالاً لنص المادة ٨ من قرار رئيس الجمهورية ١ لسنة ٢٠٠٣م الخاص بإعادة تنظيم مكتب رئاسة الجمهورية وتحديد مهامه واختصاصاته، على أن تكون تابعة لدائرة شؤون السلطة المحلية ومنظمات المجتمع المدني، بهدف تلقي ومتابعة التقارير والبلاغات والشكاوى المتصلة بقضايا الحقوق والحريات في اليمن^(١).

(١) انظر: نص البند ثالثاً/٨ من المادة ٨ من قرار رئيس الجمهورية ١ لسنة ٢٠٠٣م الخاص بإعادة تنظيم مكتب رئاسة الجمهورية وتحديد مهامه واختصاصاته.

وتتلخص مهمتها^(١)، في تلقي التقارير والبلاغات المتصلة بقضايا الحقوق والحريات في اليمن، وتحليلها، وإبداء الملاحظات اللازمة بشأنها، ومتابعة ورصد البلاغات والادعاءات المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان في اليمن، ومعرفة مصادرها، وتحليل اتجاهاتها وأهدافها، وإبداء الملاحظات والتوصيات اللازمة بشأنها.

كما تختص الإدارة برصد التجاوزات المخلة بالحقوق والحريات العامة وغيرها من انتهاكات حقوق الإنسان، ومتابعة الإجراءات المتخذة في حق مرتكبيها، والعرض بشأنها، ومتابعة ورصد ما تنشره الصحف الرسمية والأهلية والحزبية المحلية ووسائل الإعلام الخارجية من قضايا وأحداث تتعلق بحقوق الإنسان في اليمن، وإبداء الملاحظات اللازمة بشأنها.

وللإدارة أيضاً متابعة وتقييم السياسات والقرارات والإجراءات المتعلقة بقضايا حقوق الإنسان، وتقديم المقترحات والتوصيات التي تسهم في تعزيز وتفعيل دور الجهات المعنية في معالجة هذه القضايا، وحماية الحقوق والحريات بوجه عام، ومراجعة التقارير الدورية المرفوعة عن مستوى تنفيذ المعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان، التي صادقت اليمن عليها، بالتعاون والتنسيق مع الدوائر المعنية بالمكتب، ومتابعة وتقييم مستوى العلاقات التي تربط اليمن بالمنظمات والهيئات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وإبداء الملاحظات اللازمة بشأنها.

وتختص أيضاً بجمع وتوفير المعاهدات والاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان التي صادقت عليها اليمن، وأية قرارات أو أدبيات تتعلق بحقوق الإنسان صادرة عن المنظمات والهيئات الدولية، كما أن لها دراسة مشاريع القوانين والاتفاقيات واللوائح والقرارات المتعلقة بالحقوق والحريات، وإبداء الملاحظات اللازمة بشأنها.

الفرع الثاني: الإدارة العامة للشكاوى؛

أنشئت هذه الإدارة إعمالاً لنص المادة ٨ من قرار رئيس الجمهورية ١ لسنة ٢٠٠٣م الخاص بإعادة تنظيم مكتب رئاسة الجمهورية وتحديد مهامه واختصاصاته، على أن تكون تابعة لدائرة شؤون السلطة المحلية ومنظمات المجتمع المدني، بهدف تلقي وفحص الشكاوى الفردية المقدمة لفخامة رئيس الجمهورية^(٢).

(١) انظر: نص الفقرة ج من المادة ٣٠ من اللائحة التنظيمية لمكتب رئاسة الجمهورية، مرجع سابق.

(٢) انظر: نص البند ثالثاً ٨/ من المادة ٨ من قرار رئيس الجمهورية رقم ١ لسنة ٢٠٠٣م، مرجع سابق.

وتختص الإدارة بتلقي الشكاوى الفردية، وفحصها، وإحالتها إلى الجهات المختصة للتصرف فيها طبقاً للأوضاع القانونية، والرد على أصحاب الشكاوى بالإجراءات التي تمت بشأنها، ودراسة وتلخيص ورفع الشكاوى الهامة، مشفوعة بالملاحظات والرأي، وتلقي التوجيهات بشأنها، ومتابعة تنفيذها، والعرض بالنتائج، وإحالة الشكاوى ذات الطابع الفني إلى الدوائر المختصة بالمكتب، ومتابعة ما تم بشأنها، ودراسة وتحليل اتجاهات الشكاوى وأسبابها، واستخلاص المؤشرات التي تسهم في إيجاد الحلول المناسبة لها^(١).

المطلب الثاني: الإدارات التابعة لمكتب رئاسة مجلس الوزراء:

تمهيد وتقسيم:

توجد في مكتب رئاسة مجلس الوزراء إدارتان معنيتان بحماية وتعزيز حقوق الإنسان، الأولى خاصة بتلقي شكاوى المواطنين وتتعامل معها وفق إجراءات محددة، وتسمى «الإدارة العامة لشئون المواطنين» والأخرى خاصة بالحقوق والحريات، وتسمى «إدارة الحقوق والحريات» وسأعرض لتلك الإدارتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الإدارة العامة لشئون المواطنين:

أنشئت هذه الإدارة إعمالاً لنص المادة ١٢ الخاصة بالبناء التنظيمي للأمانة العامة لمجلس الوزراء، على أن تكون تابعة لدائرة السلطة المحلية التابعة للأمين العام المساعد لقطاع الخطط والبرامج، بهدف تلقي وفحص الشكاوى المقدمة من المواطنين^(٢).

وتختص الإدارة بتلقي شكاوى الأفراد المرفوعة من المواطنين إلى رئاسة الوزراء، وفحصها وإحالتها إلى الجهات المختصة طبقاً للأوضاع القانونية المقررة، ومتابعة الإجراءات التي تمت بشأن الشكاوى والرد على أصحابها بنتائج ما تم فيها، وتحليل اتجاهات الشكاوى بما يساعد على وضع الحلول المناسبة لإزالة أسبابها.

وللإدارة رفع الشكاوى الهامة إلى مدير مكتب رئاسة الوزراء، ليقوم بدوره بعرضها على رئيس مجلس الوزراء أو نوابه لاتخاذ القرار المناسب بشأنها^(٣)، وإرشاد المواطنين

(١) انظر: الفقرة هـ من المادة ٣٠ من اللائحة التنظيمية لمكتب رئاسة الجمهورية، مرجع سابق.

(٢) انظر: نص المادة ١٢/ثانياً/١ من اللائحة الداخلية للأمانة العامة لمجلس الوزراء ومكتب رئيس الوزراء.

(٣) انظر: التقرير الوطني لحقوق الإنسان للجمهورية اليمنية لعام ٢٠٠٤م، مرجع سابق، ص ٢٧.

وتعريفهم بالجهات التي يجب الرجوع إليها لحل قضاياهم في حالة عدم الاختصاص^(١).

الفرع الثاني: إدارة الحقوق والحريات:

أنشئت هذه الإدارة عملاً لنص المادة ١٢ من قرار رئيس مجلس الوزراء ٢٠٣ لسنة ٢٠٠٧م، بشأن اللائحة الداخلية للأمانة العامة لمجلس الوزراء ومكتب رئيس الوزراء، على أن تكون تابعة لدائرة المجتمع المدني وحقوق الإنسان التابعة للأمين العام المساعد لقطاع الشؤون السياسية والعلاقات الخارجية، بهدف حماية وتعزيز حقوق الإنسان^(٢).

وتختص الإدارة بدراسة التقارير الصادرة عن المنظمات المحلية والأجنبية الإقليمية والدولية وإعداد الملخصات بشأنها مشفوعة بالرأي وعرضها ومتابعة تنفيذ التوجيهات الصادرة بشأنها، ومتابعة مستوى تنفيذ قرارات وأوامر المجلس وخطط وبرامج الحكومة وتوصيات مجلسي النواب والشورى المتصلة بحقوق الإنسان وحرياته، ورفع التقارير المنتظمة بشأنها، ودراسة وتلخيص ورفع الشكاوى الفردية مشفوعة بالملاحظات والرأي وتنفيذ التوجيهات الصادرة بشأنها، ومتابعة تنفيذها، والعرض بالنتائج^(٣).

المطلب الثالث: هيئة التفتيش القضائي بمجلس القضاء:

أنشئت الهيئة بموجب المادة ٩٢ من قانون السلطة القضائية ١ لسنة ١٩٩١م^(٤)، بهدف الارتقاء بالأداء القضائي عن طريق تقييم وتقويم أعمال القضاة وسير العمل في المحاكم. وتتكون الهيئة من رئيس ونائب وعدد كاف من القضاة يُختارون من بين قضاة المحاكم، على أن يكونوا من ذوي الخبرة والكفاءة، ويتم ندهم بقرار من وزير العدل بعد موافقة المجلس الأعلى للقضاء لمدة سنتين على الأقل قابلة للتجديد، على أن يكون رئيسها من بين أعضاء المحكمة العليا.

وتختص الهيئة بالتفتيش الدوري والمفاجئ على أعمال القضاة والمساعدين بالمحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، وإعداد مشروع الحركة القضائية واتخاذ كافة

(١) هذه الاختصاصات وفقاً للمادة ٢٥ من اللائحة الداخلية للأمانة العامة لمجلس الوزراء ومكتب رئيس الوزراء.

(٢) انظر: نص المادة ١٢/ثانياً/٢ من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٠٣ لسنة ٢٠٠٧م، بشأن اللائحة الداخلية للأمانة العامة لمجلس الوزراء ومكتب رئيس الوزراء.

(٣) هذا الاختصاص وفقاً للمادة ٢٩/ب من اللائحة الداخلية للأمانة العامة لمجلس الوزراء ومكتب رئيس الوزراء.

(٤) انظر: نص المادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية رقم ١ لسنة ١٩٩١م.

الإجراءات المتعلقة بذلك طبقاً للقانون، وتلقي وفحص الشكاوى التي تقدم ضد القضاة والمتعلقة بسلوكهم وبما قد فصل فيه من قضائهم، وإقامة الدعوى التأديبية ضد أي من قضاة ومساعدى المحاكم الابتدائية والاستئنافية، ومراقبة سير العمل في المحاكم وتقديم أية مقترحات إلى وزير العدل بشأن تحسين الأداء القضائي.

وتمارس الهيئة مهامها عبر دوائرها التي تتكون من: رئيس الهيئة ونائبه، ودائرة شؤون التفتيش، ودائرة التحقيق والدعاوى التأديبية، ودائرة الشكاوى.

المبحث الرابع اللجان التابعة لمجلس النواب والشورى والمعنية بتعزيز وحماية حقوق الإنسان

تمهيد وتقسيم:

وإلى جانب الأجهزة الحكومية الرئيسية والفرعية المعنية بتعزيز وحماية حقوق الإنسان، توجد أجهزة تابعة لمجلس النواب والشورى، معنية بتعزيز وحماية تلك الحقوق، وسأعرض في هذا المبحث لتلك الأجهزة في مطلبين، أخصص أولهما للأجهزة التابعة لمجلس النواب، وآخرهما للأجهزة التابعة لمجلس الشورى، وذلك كما يأتي:

المطلب الأول: اللجان التابعة لمجلس النواب:

تمهيد وتقسيم:

حرصت السلطة التشريعية المتمثلة في مجلس النواب على تكوين لجان داخلية تعنى بشكاوى وتظلمات المواطنين وقضايا حقوق الإنسان عامة، ولتحقيق هذا الغرض أنشأ المجلس لجنتين، الأولى «لجنة الحريات العامة وحقوق الإنسان»، والأخرى «لجنة العرائض والشكاوى»، كما أن هناك إدارة عامة مختصة بالشكاوى والمسماة «الإدارة العامة للشكاوى». وسأعرض لتلك اللجنتين وهذه الإدارة في ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: لجنة العرائض والشكاوى:

أنشئت اللجنة بموجب المادة ٢٨ من اللائحة الداخلية لمجلس النواب^(١)، بهدف تلقي الشكاوى والبلاغات الفردية وفحصها. وتتكون اللجنة من ثلاثة عشر عضواً من أعضاء مجلس النواب، على أن يكونوا من ذوي التخصص والخبرة والكفاءة، على أن لا يجوز للعضو أن يكون عضواً في لجنة أخرى من لجان المجلس^(٢).

وتختص اللجنة^(٣)، بمراجعة وفحص الشكاوى والعرائض المرفوعة إلى المجلس؛ وتقديم تقرير بشأنها إلى رئيس المجلس أو من ينوب عنه متضمناً ما تراه من مقترحات وآراء لمعالجة موضوعات الشكاوى، ومتابعة الجهات المعنية بتنفيذ المقترحات والتوصيات الصادرة عن المجلس وهيئة رئاسته، بشأن الشكاوى والعرائض، وتقديم تقارير دورية بشأن الشكاوى إلى مجلس النواب^(٤).

الفرع الثاني: لجنة الحريات العامة وحقوق الإنسان:

أنشئت اللجنة بموجب المادة ٢٨ من اللائحة الداخلية لمجلس النواب^(٥)، بهدف رقابة الحكومة للتأكد من تطبيق الدستور والقوانين النافذة والاتفاقيات الدولية التي صادقت اليمن عليها والمتعلقة بحقوق الإنسان. وتتكون من ثلاثة عشر عضواً من أعضاء مجلس النواب. على أن يكونوا من ذوي التخصص والخبرة والكفاءة، على أن لا يجوز للعضو أن يكون عضواً في لجنة أخرى من لجان المجلس^(٦).

وتختص اللجنة بمراجعة ودراسة مشاريع القوانين والاتفاقيات المتعلقة بالحريات العامة وحقوق الإنسان، ومراجعة ودراسة ومتابعة كل ما يتعلق بالحريات العامة وحقوق الإنسان، والدفاع عنها وفقاً للدستور والقوانين النافذة، والرقابة على الجهات المعنية للتأكد من ضمان سلامة تطبيق القوانين المتعلقة بالحريات العامة وحقوق الإنسان وعدم انتهاكها^(٧).

(١) انظر: البند ١٨ من الفقرة أ من المادة ٢٨ من اللائحة الداخلية لمجلس النواب، ص ٢٢ - ٢٣.

(٢) انظر: المادة ٢٧ من اللائحة الداخلية لمجلس النواب، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٣) انظر: المادة ٤٨ من اللائحة الداخلية لمجلس النواب، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٤) انظر: التقرير الوطني لحقوق الإنسان للجمهورية اليمنية لعام ٢٠٠٤م، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٥) أنظر: البند ١٩ من الفقرة أ من المادة ٢٨ من اللائحة الداخلية لمجلس النواب، ص ٢٢ - ٢٣.

(٦) انظر: المادة ٢٧ من اللائحة الداخلية لمجلس النواب، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٧) انظر: المادة ٤٩ من اللائحة الداخلية لمجلس النواب، مرجع سابق، ص ٣٦.

الفرع الثالث: الإدارة العامة للشكاوى:

أنشئت هذه الإدارة عام ٢٠٠٩م بموجب نص المادة ٢٥ من اللائحة التنظيمية لهيئة رئاسة مجلس النواب والأمانة العامة وتكويّناتهما واختصاصاتهما، بهدف تلقي الشكاوى الفردية وفحصها، على أن تتبع مكتب رئيس مجلس النواب^(١).

وتتكون الإدارة العامة للشكاوي من ثلاث إدارات فرعية هي: إدارة شكاوي المواطنين، وإدارة شكاوي الجهات الحكومية، وإدارة المتابعة والأرشفة^(٢).

وأوكل إلى الإدارة العامة مهمة تلقي كافة الشكاوى التي ترفع إلى رئيس المجلس من المواطنين والجهات الحكومية، ودراستها وتلخيصها وعرضها على مدير مكتب رئيس المجلس مشفوعة بالرأي تمهيداً لرفعها لرئيس المجلس، وتلقي توجيهات رئيس المجلس بشأن الشكاوى وإبلاغ أصحابها بذلك^(٣).

المطلب الثاني: لجنة حقوق الإنسان والحريات العامة والمجتمع المدني بمجلس الشورى:

أنشئت اللجنة بموجب المادة ٤٠ من لائحة مجلس الشورى^(٤)، بهدف تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات العامة.

وتختص اللجنة بمهمة رعاية حقوق الإنسان والحريات العامة وتقديم الرأي والمشورة حول تعزيز هذه الحقوق والحريات، ومراجعة وتوثيق حقوق الإنسان التي نص عليها الدستور والقوانين النافذة وإبداء الرأي فيما يتعلق بتطبيقها ومدى الالتزام بها من قبل الأجهزة الرسمية والشعبية والنقابية والقطاع الخاص وغيرها، وإبداء الرأي والمشورة إلى الجهات المختصة في الدولة بهدف تفعيل التشريعات المتصلة بالحقوق والحريات والمساهمة في تقديم المعالجات للاختلالات التي قد تكون موجودة في تلك القوانين وتطبيقها والاهتمام بحقوق المرأة والطفل وتعزيز مساهمة المرأة في الحياة العامة، ولها أيضاً رصد التوجهات الدولية والإقليمية في مجال حقوق الإنسان والحريات

(١) انظر: نص المادة ٢٥ من اللائحة التنظيمية لهيئة رئاسة مجلس النواب والأمانة العامة، مرجع سابق.

(٢) انظر: نص المادة ٣٤ من اللائحة التنظيمية لهيئة رئاسة مجلس النواب والأمانة العامة، مرجع سابق.

(٣) هذه الاختصاصات وفقاً لنص المادة ٣٣ من اللائحة التنظيمية لهيئة رئاسة مجلس النواب والأمانة العامة، مرجع سابق.

(٤) انظر: الفقرة ١١ من المادة ٤٠ من القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٢م، الخاص باللائحة الداخلية لمجلس الشورى.

العامة وتحليلها، وتقديم الرأي بشأنها، ومراجعة التقارير الدولية والإقليمية التي تتطرق إلى وضع حقوق الإنسان في اليمن، وتقييمها، وتقديم الرأي بشأنها، ودراسة المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وتقديم الرأي بشأن حاجة اليمن إلى الانضمام إليها^(١).

الخاتمة

النتائج:

يتبين لنا من خلال هذه الدراسة أن المجلس الدولي لحقوق الإنسان، تشكل من دول تُحدد موقفها من خلال مصالحها الآنية وليس انطلاقاً من الحفاظ على مبادئ حقوق الإنسان، لذلك رأينا دولاً كان سجلها حافلاً بالانتهاكات لكن من الصعب الحصول على إدانة لتصرفاتها داخل المجلس، ووجود دول تديرها أنظمة قمعية داخل المجلس أفقده المصدقية المطلوبة، وعرقل عمله، وأن المجلس قد أصبح مجالاً للصراع والخلافات السياسية.

وأن الدول توجه انتقادات لاذعة للمنظمات غير الحكومية وتتهمها بتسييس عمل مجلس حقوق الإنسان ولجنته الاستشارية وعرقلة عمله وإنقاله، وتحمل - هذه الدول - المنظمات غير الحكومية مسؤولية ما تتخبطان فيه من مشاكل. وأن دور المنظمات غير الحكومية في المجلس لا يزال في حاجة إلى تطوير، وخاصة مع تزايد عددها والتقليص المستمر للوقت المخصص لتدخلاتها.

وفيما يخص أعضاء اللجان التعاهدية، نلاحظ عدم استقلالية هؤلاء الأعضاء وارتباطهم بالموقف السياسي لدولهم، وقصر الاجتماعات على جنيف أو نيويورك، ورفض الأعضاء الذين لا يتقيدون بالحياد أو يمارسون وظائف في الدولة، كل هذا أدى إلى عدم فعالية بعض هذه اللجان، ولذلك يجب تدعيم طريقة عمل هذه اللجان، وتطوير أنظمتها الداخلية، وتطوير الإجراءات المستعجلة، وتزويد اللجان بالإمكانات البشرية والمادية، وتشجيع التعاون بين مجلس حقوق الإنسان واللجان التعاهدية، لما فيه حماية حقوق الإنسان.

ونتيجة لذلك، اقترح البعض إنشاء لجنة دائمة موحدة للاتفاقيات التعاهدية، تضم مهنيين دائمين ومتفرغين، ليمكنوا من الوصول إلى إنتاج سوابق قضائية متسقة

(١) هذه الاختصاصات وفقاً للمادة ٤٢ من اللائحة الداخلية لمجلس الشورى، كما أن للجنة اختصاصاً في مجال مؤسسات المجتمع المدني (المنظمات غير الحكومية)، وفقاً للمادة المذكورة.

ذات حجية، وتكون اللجنة الدائمة متاحة للضحايا على أساس دائم، وترد بسرعة على الانتهاكات الجسيمة، وتتمتع بمرونة تطوير أساليب عملها لحماية حقوق الإنسان، وتتمكن من وضع إجراءات واضحة لمشاركة المؤسسات الوطنية لحقوق الإنسان تبنى على الممارسات الجيدة للنظام الحالي. وتقوم بمساعدة الحكومات في تنفيذها لالتزامات حقوق الإنسان عن طريق المتابعة^(١).

ومن ناحية ثالثة، فقد بينت هذه الدراسة عدم مطابقة المؤسسات الوطنية اليمنية المعنية بحقوق الإنسان - خاصة وزارة حقوق الإنسان واللجنة الوطنية للمرأة - مع المعايير الدولية (مبادئ باريس).

وقد بينت الدراسة أن هذه المؤسسات مجرد مستشارة للحكومة، كما أن دورهن كان في الحقيقة دور محامي الحكومة الذي يبرر الانتهاكات، ويوجد لها أساساً يحاول أن يُقنع بها الأجهزة الدولية المعنية بحقوق الإنسان.

وإن اليمن قد قامت بإنشاء أكثر من مؤسسة لحقوق الإنسان، وفي حين أن زيادة عدد هذه المؤسسات يمكن اعتباره تطوراً إيجابياً عموماً، فمن المهم تلافى التنازع والازدواج المحتمل على المستوى الوطني بين أمثال هذه المؤسسات المتشابهة، وذلك من خلال منح كل مؤسسة مسؤوليات متميزة عن مسؤوليات غيرها دونما تضارب فيما بينها، وإقامة نظم سليمة لتبادل الاتصالات فيما بين المؤسسات المتشابهة، من خلال النص على حكم في القانون التأسيسي للمؤسسة، يخولها إنشاء نظام للاتصال الوثيق مع المؤسسات المماثلة من أجل تعزيز السياسات المشتركة وتلافى النزاعات في الحالات التي يحدث فيها تضارب بين الاختصاصات.

وإن المؤسسات الوطنية اليمنية لحقوق الإنسان تتشابه صلاحياتها - طبقاً للقوانين المنشئة لها - في عدة وجوه، فجميعها مؤسسات منشأة بقانون، ولا تتمتع بالاستقلال الإداري والمالي، ولا تملك اختصاصات قضائية، وقراراتها غير ملزمة، ويقتصر دورها على مخاطبة الحكومة بشأن الشكاوى التي تنظرها، وليس لها صلاحيات التوصية بتطوير اللوائح والقوانين، وجميعها مطالبة بإصدار تقارير سنوية، لكنها لا تقوم بنشرها، كما تصدر تقارير خاصة ببعض الحالات التي نظرتها. ولا تحدد القوانين المنشئة للمؤسسات الوطنية اليمنية سلطاتها في التحقيق، ولا تظهر هذه الدرجة من الإلزام الواجب في تعاون السلطات المختصة مع المؤسسات الوطنية فيما تجريه من تحقيقات.

(١) انظر: الوثيقة (HRI/MC/2006/2)، ٢٢ مارس ٢٠٠٦م، مرجع سابق، الفقرات ٢٧، ٢٨، ٣٠، ٣٣، ٣٦.

ولذلك يجب منح المؤسسات الوطنية استقلالية، لأن هذه الاستقلالية هي الركيزة الرئيسية التي تقوم عليها هذه المؤسسات، بما في ذلك عدم فرض قيود على عمل المؤسسة، وتمتعها بميزانية مستقلة، وأن يكون لها الحق في التحقيق في القضايا التي تقرر نظرها، وتوافر ضمانات تحول دون عزل المسئول عن منصبه حتى نهاية فترة ولايته. ولا يعني هذا الاستقلال، استقلالاً عن السلطة التنفيذية والسلطة القضائية بل وعن البرلمان كذلك.

وإن اللجنة الوطنية للمرأة تواجه تحديات في سبيل أداء عملها، وتتمثل هذه التحديات في ضعف استجابة صناع القرار والرأي، وعدم تعاونهم في دعم قضايا المرأة والنوع الاجتماعي، وازدواجية وتدخلات وتشتت في العمل بقضايا المرأة، وقصور الدعم الحكومي لتغطية أنشطة اللجنة ضمن الموازنة، وقلة الاعتماد المالي للجنة مقارنة بالمجالس المماثلة بينما حجم المهمة كبير خاصة وأن لديها عشرين فرعاً في المحافظات، وحجب البيانات والمعلومات الخاصة بالمرأة والنوع الاجتماعي وغياها في بعض الجهات، وضعف تمثيل دور أعضاء ورئيسات وفروع اللجنة، وضعف الدعم الخارجي لتمويل أنشطة اللجنة، وعدم وجود حوافز ومكافآت لموظفي اللجنة الأمر الذي يولد الإحباط وعدم الفاعلية في إنجاز المهام والأعمال، وضعف تعزيز البناء المؤسسي للجنة بعدم امتلاك مبني لمقر اللجنة الرئيس ولفروعها في المحافظات باستثناء محافظة حضرموت، والحملات المناهضة لدور اللجنة والتشهير بها^(١).

التوصيات:

- منح الجمعية العامة للأمم المتحدة صلاحيات أوسع، بحيث تكون قراراتها ملزمة، وإلزام مجلس الأمن بتنفيذ القرارات المتعلقة بالسلم والأمن الدوليين، ومراقبة مجلس الأمن ومحاسبة أعضائه، بل وعزل من يخرق منهم قواعد العلاقات الدولية وإحلال البديل عنهم، بمن فيهم الأعضاء الدائمون.
- العمل على تقوية ودعم محكمة العدل الدولية وتكريس استقلاليتها عبر توفير التمويل اللازم لها من ناحية، ومنحها صلاحية النظر في القضايا التي تقع داخل دائرة اختصاصها دون التقيد باعتبارات سياسية، والبحث عن صيغة للتنسيق بين المحكمة والجمعية العامة ومجلس الأمن بعد تجميد حق النقض من جانب الدول

(١) انظر: التقرير الفني السنوي لمستوى إنجاز خطة اللجنة الوطنية للمرأة للعام ٢٠٠٨م، ص ١٨-١٩.

دائمة العضوية، فتكون الإحالة إلى المحكمة بقرار من الجمعية العامة أو بالأغلبية البسيطة من مجلس الأمن دون حق النقض.

- تغيير نظام مجلس الأمن بزيادة عدد مقاعد الأعضاء الدائمين موزعة على مناطق العالم المختلفة وفق تعدادها السكاني. وهكذا ستحصل دول العالم الثالث على أكثرية المقاعد، ولكن من المستحيل تحقيقه، فالدول الدائمة العضوية اليوم ترفض أي انتقاص من امتيازاتها أو اقتسامها مع غيرها. ولديها في المادة ١٠٨ من الميثاق ما يكفيها للتصدي لهذا التغيير، إذ يجب موافقتها جميعاً أو سكوت بعضها لتحقيقه، فلا يبقى حين ذلك إلا الخروج من الأمم المتحدة، كون الشعوب العربية والإسلامية لم تُستشر عند انضمام دولها إلى تلك المنظمة، فإنه يصبح محتملاً عرض موضوع الانضمام على التصويت الشعبي، وإذا كانت النتيجة سلبية فلا بد من تحديد الشروط التي يتم بها الانضمام إلى الأمم المتحدة، خاصة في موضوع تغيير نظام مجلس الأمن.
- أو جعل حق الفيتو جماعياً لثلاثة من الأعضاء الخمسة الدائمين في مجلس الأمن مما يجعل اتفاقهم أكثر عدلاً وعقلانية في معارضة أي قرار. وحصر صلاحيات مجلس الأمن على قضايا السلم والأمن الدوليين مع وضع معايير صارمة لمدى التزام جميع الدول الأعضاء بالمجلس وخصوصاً الدول الخمس الكبرى، وتعليق عضوية من يخرق منهم قواعد العلاقات الدولية والقانون الدولي لمدة محدودة، وحلول أعضاء احتياط محلهم خلال هذه المدة.
- رفع المجلس الدولي لحقوق الإنسان من جهاز فرعي تابع للجمعية العامة إلى جهاز من أجهزة ميثاق الأمم المتحدة يقف جنباً إلى جنب مع الجمعية العامة ومجلس الأمن، ومنحه الصلاحيات القانونية المُلزِمة لمنع انتهاكات حقوق الإنسان في دول العالم، وأن يتم إخضاع المجلس للتقييم الدوري من جانب هيئات وبيوت خبرة مستقلة مكلفة من قبل الجمعية العامة حتى يتم الوقوف على نقاط القوة والضعف، ووضع حلول منطقية وعملية للمشكلات التي قد تواجهه.
- العمل على إبعاد المجلس عن المواءمات السياسية من خلال الالتزام بالمعايير الواجب توافرها في الدول التي تتقدم للترشح لعضوية المجلس، وكذلك يمكن تشكيل لجنة خبراء من قبل الجمعية العامة يراعى في أعضائها الحيادة والنزاهة ويتم اختيارهم بناءً على خلفياتهم الشخصية والعلمية وليس بناءً على انتماءاتهم

السياسية أو جنسيات الدول التي يحملونها، وتكون مهمة هذه اللجنة قبول ورفض ترشيح الدول لعضوية المجلس، مع الالتزام بالأعداد المقررة لكل منطقة.

- التوسع في منح المركز الاستشاري بنوعيه العام والخاص للمنظمات غير الحكومية الوطنية والدولية. ومواجهة متطلبات اتساع دور مكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان، وتذليل العقبات التي تعترض عمله، وتوفير موارد إضافية له تتناسب مع المهام الجسيمة الموكولة إليه.

- أن يكون هناك ممثلون للمقررين الخاصين وفرق العمل من بين مواطني الدولة ومن الشخصيات الحقوقية والتمرسية في قانون حقوق الإنسان والمشهود لها بالكفاءة والنزاهة على المستويين الدولي والوطني، على أن يتم تعيين هؤلاء الممثلين من قبل مجلس حقوق الإنسان بالتوافق مع الدولة العضو، ويكون تعيينهم بصلاحيات مُلزمة للدول الأعضاء في المجلس، وأن يترتب على إعاقة عملهم عقوبات مُتدرجة تطبق على الدول.

- أن تتحول لجان اتفاقيات حقوق الإنسان إلى جزء من منظومة مجلس حقوق الإنسان، وأن تتم مناقشة تقاريرها في جلسات المجلس، ويجب أن يترتب على عدم التزام الحكومات بموافاة اللجنة بالتقارير الدورية الخاصة بها جزاءات معينة على هذه الحكومات، نظراً لما لوحظ من تخلف الحكومات عن تقديم هذه التقارير. أو توسيع وتقوية نظام اللجان التعاهدية حتى تستطيع أن تؤدي وظائفها، ويجب وضع الإجراءات العاجلة لتمكينها من العمل الفعال.

- على المؤسسات الوطنية اليمنية تشجيع الحكومة على إنشاء لجنة وطنية مستقلة لحقوق الإنسان، وأن تعهد إليها العمل على تعزيز وحماية حقوق الإنسان، مع إنشاء مكاتب وفروع للمؤسسة في المحافظات لتقديم مجموعة كاملة من الخدمات أو للعمل كقناة اتصال أو «مركز استشاري» بين سكان المنطقة ومقر المؤسسة، واستثناء- للتكاليف المالية الباهظة لفتح فروع بالمحافظات- يمكن أن تختار المؤسسة بدلاً من ذلك تعيين موظفين ميدانيين للخدمة في المناطق المختلفة، وأن يكون اختيار أعضائها من الشخصيات القادرة على إدارة حوار يتسم بالندية مع الحكومة من ناحية، والتي تحظى باحترام المجتمع الحقوقي اليمني من ناحية أخرى، وينبغي أن تكون تلك الشخصيات ذات توجه حقوقي واضح، وإدراج موازنة المؤسسة ضمن الموازنة العامة للدولة، وإخضاع ميزانيتها للمراقبة من مجلس النواب، ونقل

تبعية المؤسسة إلى مجلس النواب، وإلزامها بتقديم تقاريرها إلى هذا المجلس، وأن يقوم مجلس النواب باختيار رئيس المؤسسة ونائبه من بين أكثر من مرشح، وكذلك تعديل اختيار أعضاء المؤسسة، بحيث لا يكون من بينهم أي شخص ينتمي إلى أي حزب سياسي أو على الأقل يشغل فيه موقعاً قيادياً، مع زيادة المكون الحقوقي في عضوية المؤسسة، مع توخي فرض عقوبات قانونية وإدارية في الحالات التي يجري فيها عرقلة حرية المؤسسة الوطنية في ممارسة عملها.

- على المؤسسات الوطنية اليمنية تشجيع الحكومة بسرعة تعديل قانون السجون رقم ٤٨ لسنة ١٩٩١م، ولانحته التنفيذية رقم ٢٢١ لسنة ١٩٩٩م، بما يسمح بإنشاء هيئة وطنية مستقلة للتفتيش على السجون وأماكن الاحتجاز وضمان الاستقلال المالي والإداري لها.
- على المؤسسات الوطنية اليمنية تشجيع الحكومة على الوفاء بتعهداتها بسرعة التصديق على اتفاقية حماية الأفراد من الاختفاء القسري واتفاقية الأشخاص ذوي الإعاقة، وسحب تحفظاتها التي أوردتها على بعض الاتفاقيات التي صادقت عليها، وسرعة التصديق على البروتوكولات الاختيارية الملحقة بالعهدين الدوليين وبالاتفاقيات، والخاصة بحق تقديم الشكاوى الفردية والحكومية والتحقيق الدولي.
- على المؤسسات الوطنية اليمنية تشجيع الحكومة على تطوير البنية المؤسسية للجنة الوطنية للمرأة لعضواتها وفروعها، وتوفير الدعم المادي والمعنوي اللازم لها للقيام بدورها بصورة أكثر فاعلية، وتطوير قواعد بيانات القطاعات لتقدم بيانات ومعلومات مصنفة حسب النوع وتزويد قاعدة بيانات اللجنة بتلك البيانات، ورفد اللجنة والإدارات في وحدات الجهاز الإداري للدولة والفروع بكوادر عالية الكفاءة تستطيع أن تتحمل عبء إدماج احتياجات النوع الاجتماعي في الخطط والبرامج الوطنية ومتابعة تنفيذها وإعداد التقارير التقييمية عن مستوى الأداء وتقديم المشورة لأصحاب القرار في قضايا تنمية المرأة، وتوفير مقر للجنة من الأبنية الحكومية المتاحة، وإفساح مجالٍ أوسع في مختلف القنوات الإعلامية لتناول قضايا المرأة من كل الجوانب لنقل رسائل موضوعية عن أوضاع المرأة في الريف والحضر، ومنح اللجنة صلاحية تلقي وفحص الشكاوى الفردية، وفتح مكاتب لها في فروع المحافظات.

Contents

Editorial of the issue Editor	6
The Path to Transitional Justice in the Republic of Yemen Judge/ Abdulaziz Albaghdadi	9
Brokerage Commission in Yemeni Law Professor Dr. Abdul-Momen Shujaa Al-Deen	43
Securities Trading in Yemeni Law Professor Dr. Abdul-Khaliq Saleh Moazeb	65
Powers of the Judicial Officer and the Common Errors in the Evidence-collection Stage Professor Dr. Mouneer Mohammed Al-Jawbi	85
The basic principles of accused rights during the trial stage in Yemeni law Judge/ Ahmed Mohammed Al-jundobi	113
Implementation Issues Professor Dr. Abdul-Wahab Mohammed Al-Sadah	157
The Plea of nullity of pretrial detention in Yemeni law "A Comparative Study with the Egyptian Law" Dr. Majdi Abdul-Malik Qais	211
The Role of International and Yemeni Human Rights Institutions in the Promotion and Protection of Human Rights Dr. Ahmed Abdul-Wahab Al-Akwaa	241

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

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

الجمهورية اليمنية - صنعاء



jjlrs@moj.gov.ye



<https://www.facebook.com/almjalh.alqadaeh>



<https://twitter.com/almjalhalqadaeh>



t.me/almjalhalqadaeh



771791511





Journal of Judicial and Legal Studies and Research

***A quarterly journal for judicial and legal research and studies,
issued by the Technical Office of the Ministry of Justice***

Issue (10) 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***

- **The Path to Transitional Justice in the Republic of Yemen**
Judge/ Abdulaziz Albaghdadi
- **Brokerage Commission in Yemeni Law**
Professor Dr. Abdul-Momen Shujaa Al-Deen
- **Securities Trading in Yemeni Law**
Professor Dr. Abdul-Khaliq Saleh Moazeb
- **Powers of the Judicial Officer and the Common Errors
in the Evidence-collection Stage**
Professor Dr. Mouneer Mohammed Al-Jawbi
- **The basic principles of accused rights
during the trial stage in Yemeni law**
Judge/ Ahmed Mohammed Al-jundobi
- **Implementation Issues**
Professor Dr. Abdul-Wahab Mohammed Al-Sadah
- **The Plea of nullity of pretrial detention in Yemeni law
"A Comparative Study with the Egyptian Law"**
Dr. Majdi Abdul-Malik Qais
- **The Role of International and Yemeni Human Rights Institu-
tions in the Promotion and Protec-tion of Human Rights**
Dr. Ahmed Abdul-Wahab Al-Akwaa