



# مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences



مجلة علمية دورية محكمة  
تصدر عن جامعة سبأ وأكاديمية الشرطة



## مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

## التعريف بالمجلة

مجلة علمية محكمة نصف سنوية، تصدر عن جامعة سبأ، وأكاديمية الشرطة، تُعنى بنشر البحوث والدراسات المتخصصة في مجال العلوم القانونية والاجتماعية المختلفة، باللغتين العربية والإنجليزية، وفق المعايير العلمية، بعد تحكيم البحوث من قبل محكمين متخصصين، كما تُعنى بنشر ملخصات الرسائل العلمية.

## رؤيتنا

الريادة والتميز في نشر البحوث والدراسات العلمية المحكمة في مجال العلوم القانونية والاجتماعية، للوصول إلى قائمة أشهر الدوريات المحكمة.

## رسالتنا

تسعى المجلة إلى الإسهام في تعميق وتطوير المعرفة القانونية والاجتماعية، ونشر البحوث والدراسات التي تسهم في تنمية المجتمع، وفق معايير مهنية علمية متميزة.

## قيمنا

١. الجودة والتميز.
٢. العمل بروح الفريق.
٣. الحرية الأكاديمية.
٤. العدالة والنزاهة.
٥. الشفافية.

## أهدافنا

تهدف المجلة إلى:

١. تشجيع البحث العلمي، وأن تكون المجلة مرجعاً علمياً في مجال العلوم القانونية والاجتماعية.
٢. نشر الدراسات والبحوث المتميزة، للإسهام في تنمية المجتمع.
٣. فتح نافذة جديدة للباحثين لنشر إنتاجهم العلمي، وإبراز قدراتهم البحثية محلياً وإقليمياً وعالمياً.
٤. التركيز على البحوث التي تُعنى بمستجدات العصر في مجال العلوم القانونية والاجتماعية.
٥. مساعدة اساتذة الجامعات للترقي العلمي، بنشر اعمالهم البحثية وفق ضوابط وقواعد التحكيم والنشر.
٦. تشجيع طلبة الدراسات العليا على كتابة ونشر الأبحاث المتخصصة.
٧. الإسهام في إثراء المكتبات بالدراسات والأبحاث المتخصصة.

## مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية  
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : [www.ojs.sabauni.net](http://www.ojs.sabauni.net)

نائب رئيس التحرير  
أ.م.د. محمد علي محمد قيس

رئيس التحرير  
أ.م.د. نديم محمد حسن التريزي

### أعضاء الهيئة الاستشارية

جامعة أسيوط – جمهورية مصر العربية	قانون إداري	أ.د/ السيد خليل أحمد هيكل.
جامعة المنصورة – جمهورية مصر العربية	قانون دستوري	أ.د/ صلاح الدين فوزي محمد فرج.
جامعة ملايا – ماليزيا	الأدلة القانونية-قانون دولي عام	أ.د/ رزمان بن محمد نور.
جامعة صنعاء	علم الاجتماع	أ.د/ حمود صالح العودي.
جامعة صنعاء	قانون تجاري	أ.د/ عبدالرحمن عبدالله شمسان.
جامعة صنعاء	قانون مرافعات	أ.د/ عبدالكريم محمد عبد الرحمن الطير.
جامعة صنعاء	علم النفس	أ.د/ علي سعيد أحمد الطارق.
جامعة الأندلس	تربية	أ.د/ شرف أحمد الشهاري.
الجامعة اليمنية	قانون مرافعات	أ.د/ ابراهيم محمد حسين الشرفي.
جامعة تعز	القانون العام	أ.د/ محمد محمد الدرة.
جامعة تعز	قانون دولي عام	أ.د/ أحمد قاسم محمد الحميدي.
جامعة صنعاء	إعلام	أ.د/ عبدالله علي الزلب.
جامعة سبأ	اقتصاد	أ.د/ علي شاطر مثنى
جامعة سبأ	محاسبة	أ.م.د/ عنبرود الرازحي
جامعة تعز	القانون العام	أ.د/ قائد بن قائد مساعد الأسد.
جامعة الحديدة	القانون العام	أ.د/ مقبل أحمد أحمد العمري
جامعة صنعاء	فقه مقارن	أ.م.د/ محمد سعد يحيى نجاد.
جامعة صنعاء	فقه مقارن	أ.م.د/ يحيى بن أحمد علي الخزان
جامعة تعز	علم النفس الاجتماعي	أ.م.د/ نبيلة عبدالكريم الشرجبي
أكاديمية الشرطة	قانون جنائي	أ.م.د/ محمد عبدالرزاق فرحان الحميدي.
جامعة المملكة/البحرين	قانون دستوري	أ.م.د/ أبو بكر مرشد فزع الزهيري.

مساعد رئيس التحرير  
أ. أحمد محمد الصرمي

جرافكس  
أ. أروى بن بريك

المراجع اللغوي  
د.علي علي محمد الجلال

## بسم الله الرحمن الرحيم

### افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

تواصل مسيرتنا البحثية بخطى ثابتة ومنتظمة، لنقدم لقرائنا العدد الرابع من مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، التي تصدر عن جامعة سبأ وأكاديمية الشرطة، بهدف نشر وترسيخ الثقافة القانونية والاجتماعية.

ونعد الجميع أننا لن نألوا جهداً في مواصلة هذه المسيرة العلمية وتطويرها لتصبح منارة لكل المهتمين.

يحتوي هذا العدد على مجموعة من الأبحاث القيّمة، التي تُسلط الضوء على بعض الموضوعات الحيوية ذات الصلة بالواقع، وعلى وجه الخصوص مجال حقوق الإنسان؛ حيث تضمن هذا العدد بحثاً بعنوان: ضمانات حقوق الإنسان أثناء أداء العمل الأمني في ضوء التشريع اليمني والاتفاقيات الدولية.

وكان للقانون المدني نصيباً في هذا العدد، حيث تضمن بحثاً بعنوان: ضمان المقاول لسلامة البناء في القانون اليمني.

وأفردنا في هذا العدد صفحات للحديث عن المعايير الدولية لإبعاد اللاجئ الإنساني، وعن الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية في القانون اليمني، وكذا عن الجرائم المعلوماتية.

يحدونا الأمل باستمرار المشاركات البحثية الجادة التي تخدم بلادنا وكل البلدان التواقّة إلى التطوير من خلال البحث العلمي.

سائلين المولى عز وجل التوفيق والسداد،،

أ.م.د/نديم الترزي

رئيس التحرير

## ضوابط النشر:

تقوم المجلة بالنشر باللغتين العربية والإنجليزية وفق الضوابط والإجراءات الآتية:

١. أن يُقدم الباحث طلباً لنشر بحثه في المجلة.
٢. أصالة الدراسة أو البحث، وأن لا يكون البحث مستأجلاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه).
٣. أن لا يكون البحث قد نُشر أو قُدم للنشر في مجلة محكمة أخرى.
٤. لا يجوز نشر الدراسة أو البحث في مجلة أخرى أو مؤتمر أو ندوة علمية أو في أي وسيلة أخرى، بعد قبول البحث للنشر في المجلة.
٥. أن يُراعى الباحث قواعد البحث العلمي؛ مثل سلامة اللغة، ودقة التوثيق، والمنهجية المتعارف عليها في كتابة البحوث الأكاديمية.
٦. أن لا تزيد عدد صفحات البحث عن خمسين صفحة، ولا تقل عن أربعين صفحة، مقاس (A٤).
٧. أن يتصدر البحث ملخصاً (Abstract) باللغتين العربية والإنجليزية (١٥٠ - ٢٠٠ كلمة).

## مواصفات النشر:

يتم مراجعة البحث المقدم للنشر من قبل هيئة التحرير، للتأكد من توافق البحث مع المواصفات المذكورة أدناه قبل إرساله للمحكم:

١. تقدم البحوث مطبوعة بخط (Traditional Arabic)، حجم (١٤) للتمن، ويكتب البحث على وجه واحد مع ترك مسافة ١,٥ بين السطور.
٢. تكتب العناوين الرئيسية والفرعية: بالخط الأسود العريض حجم (١٦).
٣. تدرج الرسوم البيانية والأشكال التوضيحية في النص، وتكون الرسوم والأشكال باللونين الأبيض والأسود، وترقم ترقيماً متسلسلاً، وتكتب أسماؤها والملاحظات التوضيحية أسفلها.
٤. تدرج الجداول في النص وترقم ترقيماً متسلسلاً وتكتب أسماؤها أعلاها، أما الملاحظات والتوضيحات فتكتب أسفل الجدول.
٥. يراعى عند كتابة الهوامش ما يلي:
  - أ- أن يكتب الهامش مع رقم الصفحة في أسفل كل صفحة بحجم (١٢).
  - ب- أن يرقم هوامش كل صفحة على حده.
  - ج- عند ذكر المرجع أو المصدر في الهامش يُذكر اسم الشخص، ثم أبيه، ثم جده، ثم لقبه، عنوان الكتاب، دار النشر، مكان النشر، تاريخ النشر، رقم الصفحة. والدوريات يذكر اسم الشخص، ثم أبيه، ثم جده، ثم لقبه، عنوان البحث، اسم الدورية، العدد، مكان النشر، تاريخ النشر، رقم الصفحة.
  ٦. تخصص قائمة للمراجع في نهاية البحث بالترتيب الهجائي.

## إجراءات النشر:

١. ترسل البحوث والدراسات وجميع المراسلات المتعلقة بالمجلة إلى العنوان التالي:

- الجمهورية اليمنية، صنعاء، مدينة الأنسي، عصر.
- جامعة سبأ - مجلة العلوم القانونية والاجتماعية.
- هاتف: ( ٠١٤٠٤٠٧٧ ) .
- البريد الإلكتروني: ([jlss@sabauni.net](mailto:jlss@sabauni.net)).

٢. تسليم ثلاث نسخ من البحث مطبوعة على ورق (A٤) مع نسخة إلكترونية محفوظة على قرص مرن (CD).
٣. في حالة قبول البحث مبدئياً، يتم عرضه على محكمين من ذوي الكفاءة والاختصاص في مجال البحث، لتحديد مدى صلاحية البحث للنشر في المجلة، ويتم اختيارهم بسرية تامة، ولا يُعرض عليهم اسم الباحث أو بياناته.
٤. يُخطر الباحث بصلاحية بحثه للنشر من عدمه خلال فترة لا تزيد عن ثلاثة أشهر من تاريخ استلام المجلة للبحث، وموعد النشر، ورقم العدد الذي سيتم نشر البحث فيه.
٥. يجب على الباحث تعديل البحث - إن طلب منه ذلك، بناء على ملاحظات محكمي البحث - على أن يُعاد للمجلة خلال مدة لا تزيد عن شهر.
٦. الأبحاث والدراسات التي لم توافق لجنة التحكيم على نشرها لا تُعاد إلى الباحث دون إبداء الأسباب.

### ضوابط ختامية:

١. يُرفق بالبحث سيرة ذاتية موجزة للباحث متضمنة: عنوان الباحث، أرقام هواتفه، بريده الإلكتروني، ليسهل التواصل معه.
٢. يرفق مع البحث تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره ولم يُقدم للنشر في جهة أخرى حسب النموذج المرفق.
٣. البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجامعة أو الأكاديمية.
٤. يمنح صاحب البحث المنشور ثلاث نسخ من العدد المنشور فيه بحثه.
٥. جميع حقوق النشر تؤول إلى المجلة.
٦. رسوم النشر في المجلة :
  - أ- البحوث والدراسات المرسلّة من داخل الجمهورية اليمنية ٢٠ الف ريال يمني.
  - ب- البحوث والدراسات المرسلّة من الدول العربية ١٠٠\$.
  - ج- البحوث والدراسات المرسلّة من غير الدول العربية ١٥٠\$.
 هذه الرسوم غير قابلة للإرجاع، سواء تم قبول البحث للنشر أم لم يتم.

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية  
Journal of Legal & Social  
Sciences



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية  
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : [www.ojs.sabauni.net](http://www.ojs.sabauni.net)

## جدول المحتويات

رقم الصفحة	العنوان
٥٢-١	ضمانات حقوق الإنسان أثناء أداء العمل الأمني في ضوء التشريع اليمني والاتفاقيات الدولية د. صالح زيد قصيله – أستاذ القانون الدولي العام المشارك بأكاديمية الشرطة
٩٣-٥٣	ضمان المقاول والمهندس المعماري لسلامة البناء في القانون اليمني (مقارنة بالقانون المصري) د. فضل محمد المصري – أستاذ القانون المدني المساعد بكلية الشرطة
١٣٣-٩٤	إبعاد اللاجئ الإنساني في ظل المعايير الدولية د. محمد علي قطيش الأشموري – أستاذ القانون الدولي المساعد بأكاديمية الشرطة
١٦٣-١٣٤	الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية في القانون اليمني د. محمد محمد حسن الحسني – أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد بأكاديمية الشرطة
١٩١-١٦٤	جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة في مجال المعلوماتية دراسة مقارنة في التشريع اليمني والتشريع الجزائري د. فايز محمد راجح غلاب – أستاذ القانون الجنائي المساعد بأكاديمية الشرطة

## مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية  
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : [www.ojs.sabauni.net](http://www.ojs.sabauni.net)

عنوان البحث:

### ضمانات حقوق الإنسان أثناء أداء العمل الأمني في ضوء التشريع اليمني والاتفاقيات الدولية

أ.م.د. صالح زيد قصيلة  
أستاذ القانون الدولي العام المشارك  
بأكاديمية الشرطة

#### ملخص البحث

لا شك أن دراسة حقوق الإنسان ليست من الموضوعات الجديدة، لكن الجديد فيها هو محاكات الواقع العملي ومضاهاته بمعايير حقوق الإنسان، فالواقع العملي هو الصورة الحقيقية لاحترام حقوق الإنسان، فالأداء الأمني المتميز في احترام حقوق الإنسان يعد أنصع صورة للبلدان ذات النهج الديمقراطي، ومنها بلدنا الحبيب اليمن.

وللوصول إلى هدفي من هذه الدراسة، فقد انطلقت في بحثي هذا من إشكالية ذات أهمية بمكان وخلاصتها مدى قدرة رجل الشرطة على الموازنة بين حماية مصلحتين إحداهما عامة وهي حماية المجتمع وتحقيق الأمن والاستقرار، وأخرى خاصة وهي حماية الفرد من الانتهاكات أثناء اتخاذ الإجراءات لتحقيق المصلحة السابقة، ومدى وعي رجال الشرطة بقواعد القانون الذي يهدف إلى حماية حقوق الإنسان، سواء كان مصدره وطني أم دولي، وعلى ذلك قسمت هذا البحث إلى فرع تمهيدي بيّن فيه المقصود بالعمل الأمني وأنواعه، ومطلبين تناولت في المطلب الأول ضمانات حقوق الإنسان أثناء ممارسة الشرطة للوظيفة الضبطية الإدارية، أما في المطلب الثاني فقد تناولت ضمانات حقوق الإنسان أثناء ممارسة الشرطة لوظيفة الضبطية القضائية.

وقد خلصت في نهاية بحثي إلى عدد من النتائج: أهمها أن المشكلة تكمن في تدني وعي رجال الشرطة بقواعد حقوق الإنسان، فهناك انفصام بين النظرية والواقع، كما توصلت إلى مجموعة من التوصيات.

#### معلومات البحث

تاريخ تسليم البحث:

٢٠ اغسطس ٢٠١٩

تاريخ قبول البحث:

٢٣ سبتمبر ٢٠١٩

الباحث : أ.م.د. صالح زيد قصيلة

البريد الإلكتروني: [Gusilh@yahoo.com](mailto:Gusilh@yahoo.com)

## Abstract

There is no doubt that the study of human rights is not one of the new topics, but what is new is the simulation of practical reality and matched with human rights standards, the practical reality is the true picture of respect for human rights, the outstanding security performance in respect for human rights is the most brilliant image of countries with a democratic approach, including our beloved country To whom.

In order to reach my goal of this study, I have started in this research of a problem of great importance and its conclusion is the ability of the policeman to balance the protection of two interests, one of which is the protection of society and the achievement of security and stability, and the other is the protection of the individual from violations while taking action to achieve the previous interest. The extent of police awareness of the rules of the law aimed at protecting human rights, whether its source is national or international. Administrative seizures, while in the second requirement dealt with human rights guarantees during the exercise of the police function of judicial police.

I concluded at the end of my research a number of results: the most important is that the problem lies in the low awareness of police officers on human rights rules, there is a disconnect between theory and reality, and reached a set of recommendations.

## مقدمة:

تُعدُّ حُقوق الإنسان خلاصة اندماج وتواصل الحضارات والثقافات عبر التاريخ، وهي حقوق عالمية مترابطة ملك للبشريَّة جمعاء، واحترامها واجب على الجميع، وحمائتها التزام أصيل على الدولة. كما أن ثقافة حقوق الإنسان تُرسخ شعور الفرد بالكرامة والمساواة، وتعزز مشاركته السياسية، وتنمي لديه الشخصية الإنسانية والشعور بالمواطنة بصورتها الكاملة دون اعتبارات دينيَّة أو عرقية أو فكرية أو سياسيَّة أو غيرها.

ومع تطور الفكر الإنساني وتطور المجتمعات تغيرت نظرته إلى نظم الحكم، وباتت أنظمة الحكم قائمة على مبدأ الديمقراطية والفصل بين السلطات<sup>(١)</sup> وتحقيق الصالح العام، وقد سارعت الدول - ومنها اليمن - إلى مواكبة هذا التطور، حيث قامت عقب قيام الوحدة عام 1990م بصياغة نظم وقوانين الشرطة لكي تكون متفقة مع نظم الشرطة في الدول الحديثة<sup>(٢)</sup>، ناهيك على موائمة التشريعات الداخلية مع المواثيق الدولية التي صادقت عليها والتي تؤكد الالتزام والعمل بها، كما جاء في المادة السادسة من الدستور اليمني<sup>(٣)</sup>.

وبعد نشأة الأمم المتحدة عقب الحرب العالمية الثانية 1945م، كان من أولوياتها حماية واحترام حقوق الإنسان، يظهر ذلك الاهتمام من خلال ديباجية ميثاق المنظمة وأهدافها ومبادئها، وتحتل المادة (55) من الميثاق مكانة مهمة بين أحكام الميثاق في مجال حقوق الإنسان، إضافة إلى المادة (56) التي تؤكد على تعهد والتزام الدول الأعضاء بالتعاون في تحقيق الأهداف المنصوص عليها في المادة (55)<sup>(٤)</sup>، ونظراً لأن ميثاق الأمم المتحدة لم يفصل حقوق الإنسان، فقد أصدرت المنظمة عن طريق لجنة حقوق الإنسان<sup>(٥)</sup> العديد من المواثيق كان في مقدمتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948م، والعهدين الدوليين الصادرين عام 1966م، ومن ثم صدرت عدد من الاتفاقيات الخاصة ذات الطابع الموضوعي مثل اتفاقيات تجريم (الإبادة الجماعية، التعذيب، التمييز العنصر...)، واتفاقيات ذات طابع شخصي مثل اتفاقية حماية (الطفل، المرأة، والعمال المهاجرين...)<sup>(٦)</sup>.

(١) لقد نادى منتسكيو بمبدأ الفصل بين السلطات في كتابه روح القوانين عام 1748، ويكيبيديا الموسوعة الحرة، <https://www.marefa.org>.

(٢) خالد أحمد عمر، المدخل لإدارة الشرطة، مطابع البيان التجارية، دبي، ط2، 1997، ص35 وما بعدها.

(٣) نص المادة (6) من دستور الجمهورية اليمنية الصادر عام 1994 والمعدل عام 2002م.

(٤) د. صالح زيد قصيله، حقوق الإنسان (المصادر والآليات الدولية)، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، 2018، ص12.

(٥) تم إنشائها بموجب قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة عام 1946م، وتم حلها عام 2006م، واستبدالها بمجلس حقوق الإنسان، والذي يتبع مباشرة الجمعية العامة للأمم المتحدة. راجع: د. صالح قصيله، حقوق الإنسان (المصادر والآليات الدولية)، المرجع السابق، ص194 وما بعدها.

(٦) د. محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية، (ج1، ج2)، دار الشروق، القاهرة، 2003.

والجدير بالذكر، إن الشرعة الدولية<sup>(١)</sup> تسعى إلى دفع الدول لإيجاد ضمانات كافية وفعلية لحقوق الإنسان غير تلك الضمانات المتمثلة في سن الدساتير والقوانين التي تكفل بالنص عليها، ومن ذلك على سبيل المثال: دفع الدول إلى ترجمة النصوص إلى واقع ملموس، وذلك بتنفيذها كما يجب وبما لا يؤدي إلى انحرافها عن مسارها المحدد عبر المؤسسات والأجهزة الرسمية وغير الرسمية، وفي مقدمتها المؤسسات والأجهزة المنوط بها تحقيق العدالة وإنفاذ القانون، والتي توفر للمواطن ملجأً يلجأ إليه عند تعرض أي حق من حقوقه للانتهاك أو المصادرة.

وبالتالي، فإن الشرطة في الجمهورية اليمنية عندما تباشر وظائفها المختلفة تستند إلى نصوص دستورية وقانونية حددت مهامها وواجباتها وحدود اختصاصها حتى يكون ذلك ضماناً أساسية مكفولة لكل فرد في المجتمع، وهو ما نصت عليه المادة (39) من الدستور، حيث بينت أن: "الشرطة هيئة مدنية نظامية تؤدي واجبها لخدمة الشعب وتكفل للمواطن الطمأنينة والأمن وتعمل على حفظ النظام والأمن العام والآداب العامة وتنفيذ ما تصدره إليها السلطة القضائية من أوامر، كما تتولى تنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات، وذلك كله على الوجه المبين في القانون". وهذا ما نصت عليه المادة (7) من قانون هيئة الشرطة والتي حددت مهام وواجبات الشرطة بقولها: "تعمل هيئة الشرطة على حفظ النظام والأمن العام والآداب العامة والسكينة العامة..."<sup>(٢)</sup>.

### أولاً: مشكلة البحث:

تظهر مشكلة البحث في تدني ثقافة ووعي منتسبي الشرطة بحقوق الإنسان، وهذا يجزنا إلى التساؤل التالي وهو: ما مدى قدرة رجال الشرطة على تحقيق الموازنة بين حماية المجتمع والفرد؟ وهذا التساؤل يجزنا إلى التساؤلات الآتية:

1. هل بإمكان رجال الأمن تحقيق كلا المصلحتين في آن واحد دون حيف أو نقص؟
2. هل رجل الشرطة يعي طبيعة عمله حسب نصوص القوانين السارية والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الدولة؟
3. هل لديه المكنة القانونية للقيام بوظيفته وفقاً للقواعد القانونية الداخلية والدولية، وعدم الإخلال بما أو التجاوز أو انتهاك حقوق

الأفراد المعول عليه حمايتهم؟

(١) يطلق مصطلح الشرعية الدولية بالمعنى الضيق على (الإعلان العالمي، والعهدين الدوليين لحقوق الإنسان)، وبالمعنى الواسع (يشمل كل الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان العامة والخاصة). راجع: د. صالح زيد قصيله، حقوق الإنسان، جامعة العلوم والتكنولوجيا، صنعاء، ط2، 1438هـ - 2016م، ص49 وما بعدها.

(٢) راجع: المادة (7) م. قانون هيئة الشرطة رقم 15 الصادر عام 2000م، وزارة الداخلية الإدارة العامة للشؤون القانونية. جميع الحقوق محفوظة لجامعة سبأ وأكاديمية الشرطة ٢٠١٩ ©

**ثانياً: أهمية البحث:**

تتجلى أهمية موضوع البحث من الناحيتين العلمية والعملية: فمن الناحية العلمية، فلا شك أن سبر أغوار موضوعات حقوق الإنسان ومنها ضمانات حمايتها في الواقع، يحتاج إلى دراسة وبحت دائم ومقارنته بالواقع، وهنا يتجلى دور الباحث في هذا الشأن.

كما أن أهمية الموضوع من الناحية العملية، تتمثل في مدى تحقيق الموازنة بين حق المجتمع في أن يبقى آمناً، وبين حق الفرد في عدم المساس بحقوقه وحرياته، فالإجراءات الأمنية يقصد منها تحقيق الصالح العام لجميع الأفراد، حتى لو اقتضى الأمر الاعتداء على حريات ومصالح بعض الأفراد، لهذا فإن الدولة تضع ضوابط على حرية الأفراد بالقدر الضروري لضمان الحرية للجميع، وهذه القيود تتم بإصدار القوانين المنظمة لها وتنظيم الجهاز التنفيذي والقضائي الذي يقوم بهذه المهمة، وذلك بغرض أن يكون المساس بحرية الفرد مشروعاً يقره القانون في أحوال معينة، وهذا الأمر نجد أيضاً في المعاهدات الدولية<sup>(١)</sup>.

كما تظهر أهمية هذا البحث - أيضاً - في بيان ضمانات الموازنة بين الأداء الأمني وحماية حقوق الإنسان، كونها من الموضوعات الهامة التي تحتاج إلى بحث ودراسة، لخلق وعي قانوني كافي لتلافي القصور الواقع أثناء ممارسة الشرطة لوظيفتها الأمنية.

**ثالثاً: أهداف البحث:**

يهدف هذا البحث إلى تحقيق الآتي:

1. توضيح حقوق الإنسان أثناء الأداء الأمني المنصوص عليها في القوانين والاتفاقيات الدولية.
2. بيان مدى احترام رجال الشرطة لحقوق الإنسان المنصوص في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية.
3. خلق وعي قانوني بأهمية ضمانات حقوق الإنسان أثناء قيام الشرطة والأمن بوظيفتهما الضبطية الإدارية والضبطية القضائية.
4. بيان مدى قدرة الشرطة على الموازنة بين المصالح العامة والخاصة بالنسبة للأفراد وحرياتهم الأساسية.

(١) راجع: نص المادة (4) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والتي تحول للدولة اتخاذ التدابير اللازمة لحماية النظام العام ولاسيما في الظروف الاستثنائية. د. محمود شريف سمسة، الوثائق الدولية، ص 1، مرجع سابق، ص 80.

**رابعاً: منهجية البحث:**

نعتمد في هذا البحث على مناهج عدة، أهمها

1. المنهج الوصفي، وهو المنهج الأصيل في هذه الدراسة، حيث سنقوم بمراجعة ما كتبه المؤلفون والباحثون في هذا المجال، وكذلك مراجعة نصوص القوانين واللوائح والاتفاقيات الدولية.
2. المنهج التحليلي، سيكون له دور في تحليل النصوص والعبارات الغامضة، ناهيك عن استقراء المواقف والأحداث من خلال دراسة بعض القضايا كترديد المنهج الوصفي، لتعزيز الآراء والحلول التي يمكن التوصل إليها.
3. المنهج المقارن، حيث سنستعين به للمقارنة بين الحماية المكفولة في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وما هو الحال في الواقع.

**خامساً: خطة البحث:**

بناءً على ما سبق، وتحقيقاً لأهداف البحث يمكن تقسيم الدراسة في هذا الموضوع الحيوي والمهم إلى مطلبين أساسيين، حيث سنتناول في المطلب الأول بيان ضمانات حقوق الإنسان في مرحلة أداء رجال الشرطة والأمن لوظيفتهم في مجال الضبطية الإدارية، أما المطلب الثاني فسيكون محوره بيان ضمانات حقوق الإنسان وحرياته في مرحلة الضبطية القضائية، ومن دواعي الأمر أن يكون هناك فرع تمهيدي للموضوع، نبين من خلاله المقصود بالعمل الأمني وأنواعه وحدود اختصاصه، يلي ذلك خاتمة تتضمن عدد من النتائج والتوصيات التي يمكن التوصل إليها.

## فرع تمهيدي

### المقصود بالعمل الأمني وأنواعه

تجمع الشرطة بين وظيفتين هما، الضبط الإداري والضبط القضائي ولكل منهما أغراضه المختلفة، إلا أنهما يتفقان في مكافحتها للجريمة وفرض احترام القانون، وإن اختلفت الوسائل الإجرائية المستخدمة في ذلك، ولا شك أن ممارستها تفضي في كثير من الأحيان لانتهاك بعض حقوق الإنسان الأساسية في سبيل تحقيق الأمن وحماية المجتمع من الجريمة، وعليه، نوضح في هذا الفرع المقصود بالأعمال الأمنية وأنواعها على النحو الآتي:

**أولاً: مفهوم العمل الأمني:** يُقصد بالعمل الأمني: مجموعة الإجراءات المخولة لرجال الشرطة والمهام الموكلة إليهم بغية تحقيق مصلحة عامة وهي المحافظة على النظام العام بعناصره المحددة التي سببها فيما بعد وعلاقات كل ذلك بحقوق الإنسان<sup>(1)</sup>.

ويُعد رجال الأمن عماد سلطة الضبط الإداري للوقاية من الجريمة قبل وقوعها، وأيضاً عماد سلطة الضبط القضائي بعد وقوع الجريمة للكشف عن الجريمة وجمع أدلة الإثبات تمهيداً لتقدم الفاعل إلى المحاكمة لحماية حقوق المجتمع، كما أن حقوق الإنسان مقررّة تجاه السلطة، لذلك نجد لهذه الحقوق صداها في النظم العقابية وفي نظام الإجراءات الجزائية؛ فالنظام الجنائي الموضوعي مثلاً يعاقب على انتهاك حرمة المسكن، والتعرض لأسرار الناس، والتجسس وانتهاك الحياة الخاصة للإنسان، أو القبض عليه وحبسه دون حق<sup>(2)</sup>، لذلك فهو يحمي الحقوق الإنسانية والحريات العامة من أي مساس بها، وهذا ما أكد عليه قانون الجرائم والعقوبات اليمني في المادة (166) وما بعدها. وفي النظام الإجرائي أيضاً لا يجوز تقييد تصرفات إنسان أو توقيفه أو حبسه إلا بموجب القانون، وأن للمسكن حرمتها، فلا يجوز دخولها بغير إذن صاحبها ولا تفتيشها إلا في الحالات التي حددها قانون الإجراءات الجزائية اليمني<sup>(3)</sup>.

**ثانياً: أنواع العمل الأمني:** لا يقتصر عمل الشرطة على الجانب الأمني، فهناك عمل خدمي اجتماعي وإنساني تقدمه أجهزة الأمن للجمهور، غير أننا سنقتصر على وظيفتي الشرطة الإدارية والقضائية، باعتبار أن الإجراءات الأمنية تنطلق منهما، بينما الوظيفة الاجتماعية هدفها خدمي إنساني بحت، وإن كان لها أهمية في الوقاية من الجريمة. وعليه سنورد توضيح موجز عن الوظيفتين كما يلي<sup>(4)</sup>:

(1) د. عبد الناصر عباس عبد الهادي، الوظيفة الأمنية للدولة، بين تحديات العولمة ومتطلبات الإدارة الرشيدة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الأمنية، جامعة نايف، الرياض، 1433 هـ، 2012م، ص12.

(2) د. معجب بن معدي الحويقل، حقوق الإنسان والإجراءات الأمنية، جامعة نايف، الرياض، ط1، 1427هـ. 2006م، ص61.

(3) راجع: المواد من 3-20 وما بعدها، قانون الإجراءات الجزائية اليمني، رقم (13) 1994، ط2، وزارة الشؤون القانونية، صنعاء.

(4) راجع: د. محمد عبد الله المر، حقوق الإنسان والوظيفة الشرطية (قولاً وعملاً)، أكاديمية شرطة دبي، ط1، 2003، ص46 وما بعدها. د. صالح قصيله، وظيفة الضبط الإداري، مادة تدرّس في الدورة الإشرافية بكلية التدريب، 2001م، ص5 وما بعدها.

## 1. الوظيفة الإدارية للشرطة: يطلق على الوظيفة الإدارية مصطلح الضبط الإداري، وهو يعني السلطة التي أعطاها المشرع لرجال

الشرطة لتطبيق الأحكام العامة للقانون، وتتضمن فرض قيود على حريات الأفراد، وهي ضرورة اجتماعية لا غنى عنها لتحقيق النظام العام. لذلك سنحدد مفهوم الضبط الإداري وأغراضه كما يلي:

### أ- مفهوم الضبط الإداري: هو نظام وقائي تعمل من خلاله الدولة على تنظيم المجتمع، عن طريق مراقبة الأنشطة المختلفة

للأفراد عن طريق أجهزتها، وتدرس احتمالات الإخلال بالنظام مما يجعلها تعمل على منعه قبل وقوعه، وتوجد تعريفات عديدة تبين مفهوم الضبط الإداري، وهي تختلف باختلاف نظرة كل فقيه لمعنى هذه الوظيفة<sup>(1)</sup>، فهناك من يعرفه بأنه: "مجموعه من الأعمال التي تفرضها سلطة عامة على الأفراد عند ممارستهم لأنشطة معينة بقصد صيانة النظام العام"<sup>(2)</sup>، بينما يرى آخر أنه عبارة عن: "وسيلة توفيق وتنسيق بين الحريات العامة والنظام العام"، فالدولة في تنظيمها لممارسة الحريات العامة إنما تحدم المصلحة الفردية ذاتها؛ لأنه يخشى فيها لو أطلق العنان لأساء الأقوياء استعمالهم لحرياتهم وأن تصبح الحرية امتيازاً لهم، فالغاية من التدخل في رأيه هي كفالة القدر اللازم من الحرية لجميع الأفراد<sup>(3)</sup>.

ويعتبر الضبط الإداري ذا أهمية اجتماعية كبيرة، كونه ضرورة لحفظ النظام العام في المجتمع من أجل أن يعيش كل إنسان في سلام ويتحقق ازدهار المجتمع؛ فالمجتمع يتكون من مجموعة من الأشخاص تربط بينهم مصالح متعددة بعضها تكون مشتركة وبعضها متعارضة، ويأتي دور الضبط الإداري في التوفيق بين هذه المصالح على نحو يحقق صيانة النظام العام، حيث يسعى إلى منع وقوع الجرائم من خلال اتخاذ مجموعة من الإجراءات الوقائية التي تقلل من فرص ارتكابها<sup>(4)</sup>، وفي سبيل ذلك، فإن رجال الضبط الإداري يستعينون بوسائل عديدة في تحقيق ذلك الغرض، ويتمثل ذلك من خلال عمل الدوريات ومراقبة المشتبه بهم، وتواجد رجال الشرطة بشكل دائم على الطرقات العامة وفي المناطق الحيوية من أجل فرض نوع من الردع للمجرمين، وبالتالي تقلل أضرار الجرائم المباشرة وغير المباشرة<sup>(5)</sup>.

لذلك يوجد للشرطة دور إداري مزدوج يتمثل أولاً في حماية النظام والأمن العام، وثانياً تنفيذ القوانين واللوائح التي تصدرها السلطات

العامة، نجمله فيما يلي<sup>(6)</sup>:

(1) د. خالد عبد الباقي محمد الخطيب، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية (الاستدلال والتحقيق الابتدائي)، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، 2015م، ص 41 وما بعدها.

(2) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، الموسوعة الشرطية القانونية، عالم الكتب، القاهرة، 1977م، ص 257.

(3) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 48.

(4) د. حسام الدين محمد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2، 1996م، ص 58، 59.

(5) ياسر حسن كلزي، حقوق الإنسان في مواجهة سلطات الضبط القضائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1428هـ - 2007م، ص 57.

(6) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 49.

❖ وضع قواعد تنظيمية؛ كاللوائح والنظم بهدف تحقيق أغراض النظام العام، وما يستتبع ذلك من تنظيم هيئة الشرطة وفقاً للتنظيمات التي تساعد على تنفيذ ذلك.

❖ تنفيذ التكاليف المقررة في القوانين، عن طريق قيام الشرطة بمساعدة مختلف جهات الضبط الإداري الأخرى في تنفيذ القوانين واللوائح التي تصدرها السلطة العامة.

وبناءً عليه، فإن الدور الإداري للشرطة يعتبر دوراً وقائياً لجميع ما يرتكب من جرائم أو مخلفات، سواءً كانت جرائم مخلة بالأمن العام، أم جرائم تمس الصحة العامة، أم تقلق السكينة العامة، لذلك نستطيع تعريف الوظيفة الإدارية للشرطة بأنها: "حق رجال الشرطة في ممارسة سلطاتهم التي حددها القانون لمنع وقوع الجرائم والعمل على المحافظة على النظام العام بعناصره المعروفة لدى الفقه والقانون".

ب- **أغراض الضبط الإداري:** يتفق فقهاء القانون الإداري على أن أغراض الضبط الإداري التقليدية تستهدف المحافظة على النظام العام وإعادته إلى نصابه إذا اختل، وليس لها أن تستخدم سلطاتها لتحقيق هدف آخر غير ذلك بالاستناد إلى المصلحة العامة، وإلا كانت أعمالها غير مشروعة<sup>(١)</sup>.

ورغم أن الفقه يتفق على أن غرض الضبط الإداري هو حماية النظام العام وهي فكرة مرنة، لذلك كان من العسبي على أي مشروع أن يضع تحديداً دقيقاً لها، كونها فكرة نسبية، فما يعد من النظام العام في مجتمع معين قد لا يعد كذلك في مجتمع آخر، كما أن ما يعد من النظام العام في زمن لا يعد كذلك في الزمن الحالي؛ لأن فكرة النظام العام فكرة متغيرة<sup>(٢)</sup>.

لذلك كان من واجب الفقه أن يتولى هذا التحديد، ويسلم بأن فكرة النظام العام تتكون من ثلاثة عناصر، هي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة. وبيان ذلك على النحو الآتي<sup>(٣)</sup>:

● **الأمن العام:** يقصد بالأمن في اللغة: الاطمئنان، ويقابله الخوف، ويتكون الأمن من عنصرين هما: الخوف وعدم الاطمئنان، وكلاهما مضاد لمعاني الأمن ومناقض لحالته<sup>(٤)</sup>. ويقصد به في الاصطلاح: كل ما يطمئن الأفراد على أنفسهم وأموالهم من خطر الاعتداء عليها، سواءً كان مصدره الإنسان نفسه أم الطبيعة، أم كان بسبب الحيوانات المفترسة.

(١) د. حسام الدين محمد، مرجع سابق، ص 61.

(٢) حسام الدين محمد، المرجع السابق، ص 61.

(٣) راجع: لواء. دكتور/ أحمد جاد منصور، المفاهيم الأساسية لحقوق الإنسان وأثرها في تفعيل الأداء الأمني، مقرر سنة أولى كلية الشرطة، أكاديمية الشرطة، مصر، ص 286-289. د. نبيل محمد السماوي، سلطة رجل الشرطة في استعمال القوة، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، مصر، 2014، ص 39 وما بعدها.

(٤) أستاذنا الدكتور/ علم، الشرفي، الجرائم الخطرة علم الأمن العام، ضمن: مقررات كلية التدريب، أكاديمية الشرطة، الجمهورية اليمنية، صنعاء، ص 19.

ويكون تحقيق الأمن العام بقيام سلطة الضبط الإداري باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع تلك الحوادث، واتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على كيان الدولة السياسي والاجتماعي والاقتصادي، وكذلك توفير الطمأنينة للأفراد لمنع المظاهرات والتجمعات الخطرة في الطرق العامة والاستعداد للكوارث العامة، ومنع وقوع الجرائم المختلفة، وحفظ النظام في مجال المرور.. وغيرها<sup>(١)</sup>.

● **الصحة العامة:** يقصد بها حماية صحة الأفراد من مخاطر الأمراض التي تهددها، وذلك من خلال مكافحة انتشار الأوبئة والأمراض المعدية عن طريق الوقاية من ما قد يمس الصحة العامة، وتوفير الرعاية الطبية المناسبة للأفراد، ويكون ذلك بالاهتمام بمأكل الأفراد ومشربهم عن طريق المحافظة على مياه الشرب والأطعمة المعدة للبيع، وجمع القاذورات وحرقتها والمحافظة على نظافة الأماكن العامة، وكذلك التأكد من صحة الحيوانات، ووقاية الأفراد من مخلفات التطور الصناعي والتجاري التي تؤدي إلى سهولة انتشار الأوبئة والأمراض، ومن أهم العوامل التي تضر بالصحة وتصيب الإنسان بالأمراض تلوث البيئة، سواء كانت اليابسة أم المائية أم الغازية، لذلك يقتضي من سلطة الضبط الإداري التداخل المستمر من خلال تطعيم الأفراد إجبارياً ضد الأمراض أو فرض غرامات علي من يخالف قوانين النظافة<sup>(٢)</sup>.

● **السكينة العامة:** يقصد بها المحافظة على الهدوء وراحة النفس وإشاعة السكون في الطرقات والأماكن العامة حتى لا يتعرض الأفراد لمضايقات الغير، وأن لا يتم إزعاجهم أوقات الراحة بالضوضاء والأصوات المقلقة للراحة؛ كاستعمال الميكروفونات أو الأصوات الصادرة من السيارات أو أجهزة التسجيل بها، وكذلك الأصوات التي تصدر عن الباعة المتجولين أو المتسولين.

وتأتي المهمة الإدارية للشرطة في تحقيق الغرض من الضبط الإداري في هذا المجال، من خلال إفهام الأفراد بضرورة حفظ النظام واحترام حقوق الآخرين ومشاعرهم، والتدخل في حالة مخالفة عناصر النظام العام، ويتم ذلك عن طريقة تكثيف الجهود والتواجد في الأماكن العامة التي يخل فيها الأفراد بعناصر النظام ومراقبة المخالفين وفق القواعد القانونية<sup>(٣)</sup>.

● **الآداب العامة:** تُعد المحافظة على الآداب العامة من أغراض الضبط الإداري المستحدثة، وقد أقر ذلك المشرع اليمني، في المادة (7) من قانون هيئة الشرطة، والتي حددت مهام وواجبات الشرطة بقولها: "تعمل هيئة على حفظ النظام والأمن العام والآداب العامة والسكينة العامة، والآداب العامة"<sup>(٤)</sup>.

(١) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، 1967، ص 491، (أشار إليه: د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 50).

(٢) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 51، د. نبيل السماوي، مرجع سابق، ص 42.

(٣) د. حسام الدين محمد، مرجع سابق، ص 61.

(٤) نص المادة (7) من قانون هيئة الشرطة.

## 2. الوظيفة القضائية للشرطة: نوضح في هذه الفقرة تعريف الضبط القضائي وفتاته، كذلك واجبات مأموري الضبط القضائي

وحدود صلاحياتهم، وذلك على النحو الآتي:

أ- **تعريف الضبط القضائي:** يُعرّف الضبط القضائي بأنه: "مجموعة من الإجراءات والقواعد ذات الطبيعة القسرية تقوم بها الدولة

لكشف الجرائم وضبط مرتكبيها وجمع الاستدلالات اللازمة في التحقيق"<sup>(1)</sup>، وتعتبر الضبطية القضائية من الأجهزة المعاونة

للسلطة القضائية في أداء وظيفتها، حيث يوكل إليها مهمة تقصي الجرائم والبحث عن مرتكبيها<sup>(2)</sup>، ويطلق على من يمارس

وظيفة الضبط القضائي مأموري الضبط القضائي، ويتسع نطاق الضبط القضائي ليشمل ضباط الشرطة وغيرهم من مأموري

الضبط القضائي الذين حددتهم المادة (84) من قانون الإجراءات الجزائية<sup>(3)</sup>.

ب- **فئات الضبط القضائي:** هم أشخاص منحهم المشرع هذه الصفة وحوّلهم بناءً عليها بعض الحقوق وفرض عليهم بعض

الواجبات فيما يتعلق بالدعوى الجنائية، وقد حددت المادة (84) من قانون الإجراءات الجزائية فئات مأموري الضبط القضائي

بقولها: "يعتبر من مأموري الضبط القضائي في دوائر اختصاصهم:

أولاً: أعضاء النيابة العامة.

ثانياً: المحافظون.

ثالثاً: مديرو الأمن العام.

رابعاً: مديرو المديریات.

خامساً: ضباط الشرطة والأمن.

سادساً: رؤساء الحرس والأقسام ونقط الشرطة ومن يندبون للقيام بأعمال الضبط القضائي من غيرهم.

سابعاً: عقّال القرى.

ثامناً: رؤساء المراكب البحرية والجوية.

تاسعاً: جميع الموظفين الذين يخولون صفة الضبطية القضائية بموجب القانون.

عاشراً: أية جهة أخرى يوكل إليها الضبط القضائي بموجب قانون.

(1) اللواء د. أحمد جاد منصور، مرجع سابق، ص 291.

(2) ياسر حسن كلز، مرجع سابق، ص 62.

(3) د. خالد الخطيب، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 47. ما بعدها.

من خلال النص السابق، يتبين لنا وجود طائفتين من مأموري الضبط القضائي من رجال الشرطة: الطائفة الأولى: تحظى باختصاص

عام بجميع الجرائم التي تقع في اختصاصهم الإقليمي، أما الطائفة الثانية: فاختصاصها محدود بجرائم معينة تحددها طبيعة وظائفهم<sup>(١)</sup>.

**ج- واجبات مأموري الضبط القضائي:** يبدأ عمل الضبط القضائي عند فشل الضبط الإداري في منع الإخلال بالنظام العام، أي عند ارتكاب فعل يشكل جريمة، عندها تبدأ مهمة مأموري الضبط القضائي في مباشرة إجراءات الضبط القضائي. وقد حدد قانون الإجراءات الجزائية واجبات مأموري الضبط القضائي - ومنهم رجال الشرطة - وهي تلقي البلاغات والشكاوي التي ترد إليهم في شأن الجرائم المرتكبة، ولهم في سبيل ذلك الحصول على جميع الإيضاحات، وإجراء المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع المبلغ عنها بأية وسيلة، وأجاز لهم القانون اتخاذ جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة المتوفرة.

كما بين القانون أن من سلطات مأمور الضبط القضائي أثناء جمع الأدلة سماع أقوال كل من توجد لديهم معلومات عن الجرائم ومرتكبيها، ولهم أيضاً الحق في سؤال المتهم، وأن يستعينوا بالأطباء والخبراء والشهود من أجل ضبط الجريمة، كما حدد القانون واجبات وسلطات مأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بالجريمة (الجريمة المشهود)، وأوجب عليهم الانتقال مباشرة إلى موقع الجريمة ومعاينة الآثار المادية والمحافظة عليها، وإثبات حالة الأماكن والأشخاص وكل ما يفيد في كشف الحقيقة وسماع أقوال من كان حاضراً أو من يمكن الحصول منه على إيضاحات في شأن الواقعة ومرتكبيها، ويحق لمأموري الضبط القضائي القبض على المتهم الذي توجد ضده دلائل كافية على ارتكابه جريمة في الأحوال التي نص عليها القانون، وكذلك الحق في إصدار الأمر بضبط المتهم وإحضاره إذا لم يكن المتهم حاضراً، ودخول المنازل وتفتيشها حسب الأحوال المنصوص عليها في مواد القانون، وسماع أقوال المتهم، بقصد تسهيل مهمة النيابة العامة وتمكينها من مباشرة الاتهام أمام القضاء<sup>(٢)</sup>.

**د- الإشراف على أعمال الضبط القضائي:** يخضع رجال الشرطة من مأموري الضبط القضائي للسلطة الإدارية التابعين لها (قوة الشرطة)، أما في مجال الضبطية القضائية فإنهم يخضعون لإشراف النائب العام فيما يتعلق بأعمال ووظائفهم<sup>(٣)</sup>.

وبناءً عليه، إذا وقعت مخالفة من مأموري الضبط القضائي، فإن النائب العام يطلب من الجهة الإدارية التي يتبعها الموظف رفع

الدعوى التأديبية عليه، ويجوز له أيضاً رفع الدعوى الجزائية ضده<sup>(٤)</sup>.

(١) د. نبيل السماوي، مرجع سابق، ص 57 - 59.

(٢) نصوص قانون الإجراءات الجزائية، المواد 91 - 108.

(٣) المادة (85) من قانون الإجراءات الجزائية.

(٤) المادة (86) من قانون الإجراءات الجزائية.

٥- حدود اختصاص مأمورو الضبط القضائي: يختلف دور مأموري الضبط القضائي ضيقاً واتساعاً تبعاً لتنظيم القضائي الذي تأخذ به الدول، وتعني القوانين بتنظيم الاختصاص النوعي والمكاني لمأموري الضبط القضائي، فهي تعتبر لازمة لحسن سير العمل وعدم التداخل في الإجراءات وذلك على أساس أن الإجراءات التي تتخذ في المسائل الجنائية والمدينة قد يترتب عليها بعض الآثار القانونية، وهذه الآثار قد ينتج عنها أضراراً نتيجة عدم تحديد الاختصاص المكاني، لذلك فإن مأمور الضبط القضائي الذي يقتصر نطاق اختصاصه على دائرة اختصاص معينة، عليه أن يلتزم في مباشرة وظيفته في مجال الضبط القضائي حدود اختصاصه المكاني، ويتحدد الاختصاص بالمكان الذي وقعت فيه الجريمة، أما في حالة الجرائم المستمرة وفي حالة جرائم الاعتياد والجرائم المتتابعة فإن الاختصاص المكاني هو كل محل يقع فيه أحد الأفعال الداخلة في الجريمة<sup>(١)</sup>.

خلاصة القول، فإن رجال الشرطة يمارسون نوعين من الوظائف - على نحو ما أسلفنا - وقائية هدفها منع الجريمة قبل وقوعها وهي وظيفة الضبط الإداري، وأخرى عقابية تمارس بعد وقوع الجريمة هدفها معاقبة من قام بارتكاب الجريمة عن طريق المحاكم المختصة، وكلا الوظيفتين فيهما مساس بحقوق الإنسان، لكن الأخيرة أشد وطأة من الأولى، لذلك فإن البحث عن ضمانات حقوق الإنسان أثناء ممارسة الشرطة لكلا الوظيفتين ذات أهمية بمكان، كما سنبينها تباعاً.

(١) د. محمد عبد الله الم، مرجع سابق، ص 78.

## المطلب الأول

### ضمانات حماية حقوق الإنسان أثناء ممارسة الشرطة لأعمال الضبط الإداري

من البديهيات أن جهاز الشرطة عندما يقوم بوظيفة الضبط الإداري، يجب أن تكون إجراءاته متفقة مع الصلاحية المحددة بموجب القانون، وهي إجراءات تتم فيها مراعاة حماية حقوق الأفراد؛ سواءً تمثل ذلك الحق في حماية شخصه أم حرياته أم ممتلكاته أم الأمن على نفسه وعرضه وماله ..، حتى يكون كل فرد مطمئن على حياته وأمواله من عدم التعرض إليها إلا بموجب أحكام القانون. إلا أنه أحياناً قد تقوم الشرطة - عند ممارستها لوظيفتها - بإجراءات تمس الحريات الشخصية وحقوق الإنسان، لذلك أحاط القانون الأفراد بضمانات عديدة، وفرض على الشرطة عند قيامها بأعمالها أن تكون مشروعة ومجردة من التعسف.

لذلك تعتبر النصوص الدستورية والقانونية السياج الحامي لحقوق وحريات الأفراد، والتزام جهاز الشرطة بالضوابط والمعايير الدستورية والقانونية والاتفاقيات الدولية هو أساس مشروعية الضبط الإداري، أما إذا خالف أفراد الشرطة تلك الضوابط وتجاوزوها، فإن تصرفاتهم تكون معرضة للإلغاء، وتؤدي إلى قيام المسؤولية الجنائية والتأديبية ضد من صدر عنه الفعل غير المشروع، مع ضرورة تعويض المتضرر من هذا التصرف، كما أن الدول عقب مصادقتها على اتفاقيات حقوق الإنسان لم تُعد تلك الحقوق وحماية شأن محلي، بل أضحت شأن دولي يعرض الدولة للمسؤولية الدولية.

بناءً على ذلك، سنلقي الضوء على بعض حقوق الإنسان المحمية بموجب الدستور والقانون والاتفاقيات الدولية، من أجل مراعاتها من قبل رجال الشرطة أثناء القيام بوظائفهم في مواجهة أفراد المجتمع، وذلك على النحو الآتي:

## الفرع الأول

### ضمان الحق في الأمن

لم يعد مفهوم الأمن التقليدي يقتصر على الشخص، فقد تطور تبعاً لتطور جميع مناحي الحياة، واتسع ليشمل مجالات الأمن الشخصي، والاقتصادي، والصحي، والبيئي، والمجتمعي، والسياسي، وغيرها<sup>(١)</sup>، كما يُعد الحق في الأمن من أهم الحقوق الفردية التي تضمن وتكفل الحقوق الأخرى، فالمادة (3) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على أنه: "لكل فرد الحق في الحياة والحرية والأمان الشخصي"<sup>(٢)</sup>، وهو ما نصت عليه المادة (9) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عام 1966<sup>(3)</sup>.

(١) راجع: اللواء د. أحمد جاد منصور، مرجع سابق، ص 279 وما بعدها.

(٢) راجع: د. محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.

(٣) د. محمود شريف بسيوني، المرجع السابق، ص 82.

ويُعد من ضمانات تحقيق هذا الحق، مراعات المبادئ والأمور الآتية<sup>(١)</sup>:

أولاً: الأخذ بمبدأ: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وهو مبدأ دستوري، ويعني ذلك أن أي فعل أو امتناع لا يعتبر جريمة إلا إذا قرر القانون ذلك، وأن العقوبات التي توضع جزاءً على فعل أو امتناع يشكل جريمة لا بد أن يكون محددًا بنص القانون<sup>(٢)</sup>، فهذا المبدأ يكفل للأفراد العيش في أمان من أي تعسف محتمل من جانب السلطات العامة في الدولة، فلا تستطيع توقيع أية عقوبة على إنسان إلا بموجب أحكام القانون، كما أن الفرد نفسه يعلم مقدماً بالأعمال المحظورة فيمتنع عن إتيانها، وقد نصت المادة (47) من دستور الجمهورية اليمنية على هذا المبدأ بقولها: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص شرعي وقانوني ... ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدوره"، وهو ما أكدت عليه المادة (2) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، حيث نصت على أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"، كما أوضحت المادة (4) أن القانون لا يسري بأثر رجعي إلا إذا كان في مصلحة المتهم<sup>(3)</sup>، وهو ما أكدت عليه المادتان (1/9، 1/15) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسة.

وبناءً على ذلك، فأى إجراء ينافي ذلك يُعد انتهاكاً لحقوق الإنسان، فهذا المبدأ يُعد في حد ذاته ضماناً مهماً لحماية الإنسان أولاً من أي تعسف، وضمناً مهماً في اقتضاء حقه ممن انتهكه، وهذا ما أكدت عليه المادة (7) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، حيث جاء فيها أن: "الاعتقالات غير مسموح بها إلا فيما يرتبط بالأفعال المعاقب عليها قانوناً ويجب أن تستند إلى قانون"، بل أوجبت على النيابة العامة الإفراج عن كل شخص قيدت حريته خلافاً للقانون<sup>(4)</sup>.

ثانياً: عدم جواز القبض على الإنسان تعسفاً، أو حبسه، أو حجزه دون أمر صادر من جهة مختصة خوفاً القانون الحق في إصدار أوامر القبض أو الحجز أو الحبس، كما لا يجوز لأفراد الشرطة القبض على إنسان إلا تنفيذاً لأمر صادر من أشخاص مخولين بذلك وفي حالة التلبس بالجريمة أو وجود دلائل كافية على ارتكاب الشخص للجريمة<sup>(5)</sup>.

ثالثاً: الأخذ بالمبدأ الدستوري الذي ينص على أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، بعد محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه، فلا شيء يدحض قرينه البراءة إلا الحكم القضائي النهائي الصادر بالإدانة<sup>(١)</sup>، بل إن اعتراف الشخص

(١) د. محمد عبدالله محمد المري، مرجع سابق، ص 54. 56.

(٢) راجع: د. محمد راجح نجاد، حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار المنار، القاهرة، 1994، ص 139، د. نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، ضمانات حقوق الإنسان وحماتها وفقاً للقانون الدولي والتشريع الوطني، المكتب الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 46.

(٣) تنص المادة (4) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أن: "يطبق القانون النافذ وقت ارتكاب الجريمة، على أنه إذا صدر قانون أو أكثر بعد وقوع الجريمة وقبل الفصل فيها بحكم بات يطبق أصلحها للمتهم ...".

(٤) المادة (7) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(٥) المادة 70 وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والمادة (9) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة (9/1) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، للمزيد يُنظر: د. محمود شريف بسيم، الوثائق الدولية، مرجع سابق، ص 27-32 وم: 79-96.

بجرمته وطلبه توقيع العقاب عليه لا يكفي لتوقيع العقوبة ضده، وهناك إجماع دولي على هذا المبدأ<sup>(٢)</sup>، فالحكم القضائي هو الذي يحدد أن الفعل المرتكب يشكل جريمة، وأن الشخص المحال إلى المحكمة هو الذي ارتكبتها، كما يبين مدى أهلية الشخص لتحمل تبعة الجريمة التي ارتكبتها<sup>(٣)</sup>.

وبناءً على ذلك، فإنه في حالة الخطأ القانوني الذي يلزم مسؤولية الدولة يفترض التصحيح، كأحد عناصر الضمانات الدستورية، ومعاقبة من انتهك ذلك الحق، بل وتعويض الدولة للطرف المتضرر حسبما تحدده النصوص القانونية<sup>(٤)</sup>.

خلاصة القول، فإن الحق بالأمن مصون بموجب النصوص القانونية، سواءً كان مصدرها التشريع الداخلي للدولة أم الاتفاقيات الدولية، فهو حق أساسي وثابت للإنسان، فإذا كانت النصوص السابقة توضح الالتزام بمبدأ شرعية التجريم والعقاب ومبدأ البراءة الأصلية، وعدم جواز اتخاذ إجراءات القبض والتفتيش، التي هي من التحقيق، فمن باب القياس يجب أن تكون الإجراءات السابقة؛ كالخطر والتفتيش الإداري ... متفقةً مع القانون.

## الفرع الثاني

### ضمان الحق في الحياة والسلامة الجسدية

نوضح في هذا الفرع حق الحياة والسلامة الجسدية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: ضمان الحق في الحياة: جعلت الشريعة الإسلامية من هذا الحق قاعدةً أساسيةً من قواعدها، فحرمت قتل النفس بغير حق، فأغلى وأعز ما يمتلكه الإنسان في الوجود حياته، وقد أولت الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان هذا الحق أهميةً خاصة، كما يحمي القانون هذا الحق ولا يجوز حرمان أي فرد من حياته بشكل تعسفي، وقد أقرّ المشرع اليمني الحماية الكاملة لهذا الحق من خلال تأكيده على إتاحة الفرص المتكافئة للمواطن ووضع عقوبات شديدة على من يعتدي على حياته<sup>(٥)</sup>.

والحق في الحياة من أهم الحقوق المدنية للإنسان، ويعتبر نقطة ارتكاز حقوق الإنسان، وبدون توفير الحماية لهذا الحق فلا فائدة ترجى من تمتع الإنسان بحقوقه الأخرى. وقد تعرض هذا الحق سابقاً لانتهاكات خطيرة في ظل الأنظمة الدكتاتورية والعنصرية، فقد لجأت

(١) نص المادة 47 من الدستور اليمني، والمادة (1/ 11) من الإعلان العالمي، والمادة (1/ 14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(٢) نص المادة (1/ 11) من الإعلان العالمي، والمادة (1/ 14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(٣) د. محمد مرام، مرجع سابق، ص 56.

(٤) أستاذنا الدكتور/ على حسن الشرفي، دراسات وبحوث في حقوق الإنسان، ج1، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط1، 2010، ص 277، ود. نبيل محمد أحمد السماوي، مرجع سابق، ص 741 وما بعدها، شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 88.

(٥) ارجع د. نسا عبد الحميد ناصد الددو، مرجع سابق، ص 33-35.

هذه الأنظمة إلى سياسة التخلص بصورة جماعية من الأقليات التي كانت ترى فيها خطراً يهدد بقاء العنصر المسيطر<sup>(١)</sup>. ولهذا عملت هذه النظم على التخلص من خصومها بقتلهم دون محاكمة، أو عن طريقة تصفيتهم بواسطة أجهزة النظام السرية، أو إعدامهم بعد محاكمات صورية لا توفر لهم فيها ضمانات الدفاع عن النفس وإثبات البراءة<sup>(٢)</sup>.

أما الشريعة الإسلامية، فقد أكدت على حق الإنسان في الحياة وعدم إزهاق روحه إلا بموجب تطبيق الحدود عليه، وجاءت بمبادئ تقديس حياة الإنسان وتعزز الحرص على سلامته الشخصية؛ ومنها تحريم قتل النفس بغير حق، يقول الله تعالى: "وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً"<sup>(٣)</sup>، وقوله تعالى: "مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا"<sup>(٤)</sup>، ثم جاءت بعد ذلك المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان ونظمت نصوصاً تقرر للإنسان الحق في الحياة وتطالب الدول باحترام هذا الحق، فالمادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على أنه: "لكل إنسان الحق في الحياة والحرية وفي الأمان الشخصي"، كما أن الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية تنص في المادة السادسة منها على أن: "لكل إنسان الحق الطبيعي في الحياة ويحمي القانوني هذا الحق، ولا يجوز حرمان أي فرد من حياته بشكل تعسفي"<sup>(٥)</sup>.

وجاء قانون الجرائم والعقوبات اليمني فحظر قتل الأشخاص وقرر عقوبة قاسية ضد من يزهق روح آخر، كما تضمن هذا القانون أحكام جريمة الاعتداء المفضي إلى الموت وأحكام القتل خطأً، وجعل عقوبتهما الدية والتعزير بالحبس<sup>(٦)</sup>، فهو يجرم كل فعل فيه مساس بحياة الإنسان من قبل رجال الشرطة أثناء أداء مهامهم، فحق الحياة له قداسة شرعية ودولية ووطنية، وبالتالي يمنع كل أشكال التعسف والتهديد، وكذا إيقاع أية ضغوط أخرى يمكن أن يتعرض لها الفرد بسبب آرائه أو انتماءاته السياسية، والتي تُعد السمة الغالبة على الدول الشمولية، وبصفة خاصة خلال الفترات الاستثنائية<sup>(٧)</sup>.

الجدير بالذكر، إن حق الحياة حق ملازم للإنسان، بل يُعد أساس كل الحقوق؛ فيه تثبت للإنسان حقوقه، وبانتفاؤه تنتفي كل الحقوق، لذلك، فإن مهمة القانون حماية هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفاً، وهو ما يضيف على الحق في الحياة إلزاماً

(١) اللواء د. أحمد جاد منصور، مرجع سابق، ص 167.

(٢) د. صالح قصيله، حقوق الإنسان، ضمن مقررات الدورة الإشرافية، كلية التدريب، أكاديمية الشرطة، صنعاء، 2009، ص 20 وما بعدها.

(٣) سورة النساء، الآية 92.

(٤) سورة المائدة، الآية 32.

(٥) د. صالح قصيله، حقوق الإنسان (المصادر والآليات الدولية)، مرجع سابق، ص 56 وما بعدها.

(٦) المواد (234 - 238، 241) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

(٧) إشارة إلى الاغتيالات السياسية الواقعة في اليمن عقب التحولات السياسية بعد 2011م.

دولياً، ناهيك عن إلزامه دستورياً<sup>(1)</sup>، ويحتم على أجهزة الأمن القيام بواجب حمايته من أي اعتداء، ناهيك على أن لا تكون هي مصدر ذلك الاعتداء، فضمامتها هي تطبيق النصوص القانونية دون إفراط أو تفريط، فعلى سبيل المثال: قيدت سلطات رجل الشرطة في استخدام القوة، فالأصل أن لا تُستخدم إلا في حدود معقولة حددها القانون<sup>(2)</sup>، حتى لا تؤدي إلى إزهاق حياة إنسان بدون مبرر، وفي ذلك تنص المادة (3) من مدونة قواعد سلوك الموظفين بإنفاذ القوانين على أنه: "لا يجوز للموظفين المكلفين بإنفاذ القانون استعمال القوة إلا في حالة الضرورة القصوى، وفي الحدود اللازمة لأداء واجبهم"<sup>(3)</sup>، وينبغي بذل كل جهد ممكن لتلافي استعمال الأسلحة النارية ضد الأطفال، وأنه لا ينبغي بوجه عام استعمال الأسلحة النارية إلا عندما يبدي الشخص المشتبه في ارتكابه جرمًا مقاومة مسلحة أو يعرض حياة الآخرين للخطر بطريقة أو أخرى، وتكون التدابير الأقل تطرفاً غير كافية لكبح المشتبه فيه أو لإلقاء القبض عليه، وفي كل حالة يطلق فيها سلاح نارٍ ينبغي عدم التهور والحذر أن يقع ما لا يُحمد عقباه<sup>(4)</sup>، فقد تكون المخالفة القانونية التي ارتكبتها الفرد أو الجماعة بسيطة، فينعكس تهور وتسرع رجل الشرطة باستخدام القوة إلى إهدار الحياة التي تُعد الهدف الأساسي من وظيفة الشرطة.

### ثانياً: ضمان الحق في السلامة الجسدية: يقصد بحماية السلامة الجسدية: تجريم كل فعل أو امتناع يؤدي هذه السلامة،

وسير الحياة في جسم الإنسان على نحو طبيعي، لما في ذلك من مصلحة أكيدة للفرد والمجتمع<sup>(5)</sup>.

ولا يقل هذا الحق أهمية عن الحق في الحياة؛ إذ أن من حقه أن يعيش حياة كريمة تكفل له الحرية، دون أن يتعرض إلى تعذيب أو استعباد وأن يعامل معاملة إنسانية ووفقاً للقانون إذا ما ارتكب فعلاً يجعله محلاً للمساءلة القانونية، أي يجب معاملته بكرامة وإنسانية، مهما كان مركزه وأياً كان وضعه وظروفه، ولا يجوز بأي حال من الأحوال استعباده<sup>(6)</sup>. فالحق في السلامة الجسدية يستلزم عدم تعريض الإنسان للتعذيب، لذلك نصت المادة (5) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما يلي: "لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة الإنسانية"، ونصت المادة (7) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

(1) شطاب كمال، مرجع سابق، 87.

(2) المادة (10) من قانون هيئة الشرطة ولائحته التنفيذية.

(3) د. محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 739 وما بعدها.

(4) د. الشافعي محمد أحمد بشير، دور الشرطة وحقوق الإنسان في ضوء الاتفاقيات الدولية والإقليمية، أعمال ندوة الشرطة وحقوق الإنسان، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1422هـ - 2001م، ص 112.

(5) لمزيد من التفصيل راجع: د. حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 2004، ص 21 وما بعدها.

(6) د. صالح قصيله، حقوق الإنسان (المصادر والآليات الدولية)، مرجع سابق، ص 26.

على نحو من ذلك، ونظراً لأهمية هذا الحق فقد أفردت الأمم المتحدة عدة اتفاقية خاصة لحمايته، وقد تضمنت هذه الاتفاقيات نصوصاً تجرم كل فعل يؤدي إلى الانتقاص أو التأثير في هذا الحق<sup>(١)</sup>. وحددت لجنة حقوق الإنسان عدة مبادئ للقضاء على التعذيب منها<sup>(٢)</sup>:

1. أن تقوم كل دولة بمراجعة أساليب الاستجواب وطرقه، وكذلك الترتيبات الخاصة بالحراسة ومعاملة الأشخاص المحرومين من حرياتهم، بغرض منع أي حالة من حالات المعاملة التي تتسم بالقسوة واللا إنسانية.

2. أي شخص يدعي أنه وقع عليه تعذيب من قبل موظف عام أو تخرىض منه، يكون له الحق بتقديم شكوى إلى السلطة المختصة في الدولة المعنية، وأن تبحث الدولة في دعواه بكل جدية وعدالة من قبل السلطات.

3. لو أثبت التحقيق أن عملاً من أعمال التعذيب قد ارتكب، يبدأ فوراً السير في الإجراءات الجنائية ضد مرتكبي هذه الأفعال طبقاً للقانون الوطني.

4. لو ثبت صحة الاتهام فإن مرتكبي هذه الأفعال تتخذ بشأهم الإجراءات الجنائية أو التأديبية أو غيرها من الإجراءات الملائمة.

5. إذا ثبت ارتكاب أي فعل من أفعال التعذيب أو المعاملة القاسية اللاإنسانية من قبل موظف عام أو بتخرىض منه فإن المجني عليه يستحق التعويض وإصلاح ما لحق به من ضرر طبقاً للقانون الوطني.

وانطلاقاً من أهمية هذا الحق وتماشياً مع مبادئ الشريعة الإسلامية والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وغيرها من الاتفاقيات الدولية المعنية بهذا الشأن، جاء في الدستور وقانون الجرائم والعقوبات اليمني نصوصاً تحافظ على الحق في السلامة الجسدية، وتحظر المساس بالحرية الشخصية إلا وفقاً لأحكام القانون، وتعاقب على استخدام التعذيب ضد الأفراد، وهذا ما أكدت عليه المادة (48) من الدستور وما بعدها، وكذا المادتان (242، 245) من قانون الجرائم والعقوبات، وكذلك المادة (6) من قانون الإجراءات الجزائية التي تحظر كل أعمال التعذيب والمعاملة غير الإنسانية<sup>(3)</sup>.

من خلال ما سبق، نلاحظ أن المشرع قد أصبغ حمايته على الحق في السلامة الجسدية لكل أفراد المجتمع ضد التصرفات التي قد تصدر عن بعض أفراد السلطة العامة؛ خاصة رجال الشرطة، حيث رتب عقوبات ضد من يقوم باستغلال وظيفته أو يُسيء استعمال السلطات المخول بها، فعلى سبيل المثال فقد يؤدي القبض على أحد الأفراد بدون مسوغ قانوني لحمله على الاعتراف بجرائم عقوبات تصل إلى السجن المؤقت<sup>(4)</sup>.

(١) العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، واتفاقية مناهضة العذيب، واتفاقيات حقوق الطفل (د. محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية، مرجع سابق، ص 119).

(٢) مبادئ حقوق الإنسان الصادرة عن الأمم المتحدة وحقوق الإنسان، (أشار إليها: د. محمد عبد الله المر، مرجع سابق، ص 59، 60).

(٣) نص المادة (6) من قانون الإجراءات الجزائية.

(4) د. صالح قصيله، حقوق الإنسان (المصادر والآليات الدولية)، مرجع سابق، ص 64، 65.

### الفرع الثالث

#### ضمان الحق في الخصوصية وسرية الاتصالات والمراسلات الشخصية

يُعد الحق في الخصوصية من الحقوق الإنسانية المهمة واللييقة بالإنسان، فلا يريد أن يطلع على مستودع سره أحد، لذلك لا يجوز اقتحام حياة الإنسان الخاصة إلا في الأحوال التي يقرها القانون وفق الضوابط المحددة، فلا يُساء استعمال السلطة المخولة لأجهزة الأمن في التنصت والاطلاع على المكاتبات الخاصة وتفتيش المساكن أو تفتيش الإنسان شخصياً لفضح مكونات حياته الخاصة على خلاف مقتضيات القانونية التي سوغت هذا التدخل من أجل الحفاظ على الأمن العام والآداب العامة<sup>(1)</sup>.

وكذلك الحق في سرية الاتصالات والمراسلات الشخصية يعتبر من الحقوق الأساسية للإنسان باعتبارها حقاً مقدساً للفرد، فهو حق ملاصق له ولكرامته الشخصية، فكان لابد من حماية هذا الحق من أي اعتداء أو انتهاك يقع عليه. وبالتالي لابد أن يتمتع الإنسان بحقه في عدم المساس بجرمة وسرية اتصالاته ومراسلاته، ولا يجوز التنصت أو تسجيل المحادثات، أو فض مراسلاته إلا في الأحوال الاستثنائية المحدد قانوناً<sup>(2)</sup>، فالمادة (1) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نصت على أنه: "لا يجوز تعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لحملة تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات". ونصت المادة (13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه:

1. لا يجوز تعريض أي شخص على نحو تعسفي أو غير قانوني، لتدخل في خصوصيات أو شؤون أسرته أو مراسلاته، ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته.

2. من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل التدخل أو المساس<sup>(3)</sup>.

وقد اهتم الدستور اليمني بحمايه الحق في سرية الاتصالات والمراسلات الشخصية<sup>(4)</sup>، وأفرد قانون العقوبات نصوصاً تجرم الاعتداء على هذا الحق إلا إذا كان وفقاً لإحكام القانون<sup>(5)</sup>، وكذلك قانون الإجراءات الجزائية<sup>(6)</sup>. وبذلك يكون المشرع قد حظر التنصت على المحادثات الهاتفية وتسجيل الأحاديث أو الاطلاع على المراسلات، ففي جميع الأحوال يجب أن تكون تلك الإجراءات قائمة بناءً على أوامر قضائية مسببه وبلده معينه.

(1) د. الشافعي محمد أحمد بشير، مرجع سابق، ص 113.

(2) د. محمد عبد الله المر، مرجع سابق، ص 61.

(3) د. محمود شريف بسوي، الوثائق الدولية لحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 79 وما بعدها.

(4) المادة (53) من دستور الجمهورية اليمنية.

(5) المادة (255) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

(6) نص المادتين (12/2، 14) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

غير أن المشرع أجاز في جرائم معينة انتهاك حرمة سرية المراسلات والمحادثات الخاصة في حالات معينة، نظراً لطبيعتها الخاصة؛ فقانون الإجراءات الجزائية يجيز مراقبة الاتصالات السلوكية واللاسلكية إذا اقتضت الضرورة ذلك<sup>(1)</sup>، فوفقاً لهذه المادة يجوز لعضو النيابة إذا اتضح له أن هناك أمارات قوية على أن المتهم يجوز أشياء تتعلق بالجريمة وبعد موافقة النائب العام، أن يضبط لدى مكاتب البريد جميع المكاتبات والرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود وجميع البرقيات، وأن يراقب المحادثات السلوكية واللاسلكية متى استوجبت مقتضيات التحقيق ذلك، وتقوم النيابة العامة بعد الحصول على موافقة النائب العام بذلك الإجراء بنفسها أو عن طريق مأموري الضبط القضائي، لذلك فإن مأمور الضبط القضائي لا يملك دون نذب من النيابة العامة أن يقوم بهذا الإجراء بنفسه أثناء قيامه بالاستدلال، وإذا ما قام مأمور الضبط القضائي بهذا الإجراء بنفسه بدون نذب من النيابة العامة، كان الإجراء الذي اتخذته باطلاً، وبالتالي يعتبر الدليل المستمد منه باطلاً<sup>(2)</sup>.

وعلى ذلك، فإن المشرع قد وضع ضمانات وقواعد وأسس للتدخل في سرية المراسلات والاتصالات لمنع الإجراءات التعسفية، التي قد تتخذ ضد من توجه ضده، وهي تعتبر ضمانات مهمة من شأنها تقييد رجال الشرطة وتحمي الحقوق والحريات من أي اعتداء أو انتهاك<sup>(3)</sup>، كما تقتضي هذه القواعد والأسس عدم جواز انتهاك أو إفشاء سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها، بل وشدد القانون على مراعاة ذلك، من قبل عضو النيابة المخوّل أو ممن ينتدبه من رجال الشرطة، سواءً من حيث الزمان؛ حيث حددتها بثلاثين يوم، أو من حيث المكان؛ حيث يكون الاطلاع في مكان خاص، أو من حيث ضرورة إبلاغ صاحب الشأن بمضمون الخطاب أو صورة منه<sup>(4)</sup>.

لكن التخوف مازال قائماً ولاسيما في الظروف الاستثنائية، حيث تجمد القوانين وتستبدل بقوانين استثنائية، تكون فيه خصوصية الإنسان خاضعةً للمراقبة، لذلك يبقى التساؤل حول مدى جواز هذا الحق إن كانت الدولة هي التي تكفل إيصال المراسلات مهما كان نوعها؟ والأمر واضح وجلي فقد أوضحت نصوص الدستور والقانون حتى في الظروف الاستثنائية، إلا ما اقتضته المصلحة العامة وفق الضوابط المحددة سلفاً.

<sup>1</sup> راجع الفقرة 2 من المادة (12)، قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

<sup>2</sup> راجع المواد (146، 147، 148) قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

<sup>3</sup> د. محمد عبدالله مرام، مرجع سابق، ص 63.

<sup>4</sup> راجع المواد (146، 147) قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

## الفرع الرابع

### ضمان الحق في الحرية

تُعد الحرية من القيم القليلة التي كان لها عظيم الأثر في نفوس البشر على مر العصور المتعاقبة، فالحديث عن الحرية ذاتها لم ولن يتوقف ما دامت الحياة مستمرة، ومن أهم الحريات العامة التي نص الدستور اليمني صراحةً على تمتع كل مواطن ومواطنة يمنية بها: الحرية الشخصية، وحرية الرأي والتعبير، وحرية التعليم والتعلم، وحرية الاتصالات، وحرية التنقل من مكان إلى آخر، وحرية تكوين التنظيمات والأحزاب السياسية، وغيرها من الحريات، وسوف نقتصر الحديث عن بعضها كما يلي:

**أولاً: الحرية الدينية:** يقصد بالحرية الدينية حرية الشخص في أن يعتقد ويعتقد الدين الذي يراه مناسباً، وكذلك حرته في ممارسة وإقامة الشعائر الدينية الخاصة به والتعليم والممارسة بمفرده أو في جماعه سواء بالخفاء أو العلانية، كما تشمل حرية العقيدة حرته في أن لا يفرض عليه أي دين أو عقيدة<sup>(١)</sup>.

والإسلام هو أول من أقر حرية الإنسان في اختيار عقيدته الدينية ومنع المساس بهذا الحق وذلك في قوله تعالى: "لا إكراه في الدين" <sup>(٢)</sup>، حيث كفل حماية واحترام حق الآخرين في اعتناق الديانات التي يعتقدون بها، فقد عاهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - أهل نجران وأمنهم على أموالهم وأنفسهم وأرضهم ودياناتهم، كما أن التعاليم الإسلامية رعت حق الآخرين في ممارسة شعائرهم الدينية في حدود النظام العام والآداب، وسمحت لأصحابها إقامة الأماكن الخاصة بديانتهن؛ مثل الكنائس، ونهت عن تهديدها، وهذا ما سار عليه الرسول - صلى الله عليه وسلم - مع يهود المدينة، وما طبقه خلفاؤه الراشدون مع النصارى عندما سمحوا بضرب نواقيسهم ليلاً ونهاراً ما عدا أوقات صلوات المؤمنين، وسمحوا لهم بإخراج صلبانهم في أعيادهم<sup>(٣)</sup>.

وأكدت ذلك المواثيق الدولية، حيث نصت المادة (18) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه: "لكل شخص حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حرته في تغيير دينه أو معتقده، وحرته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد أو إقامة الشعائر أو الممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعه وأمام الملاء أو على حدة". أما المادة (18) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية، فنص على الآتي:

1. لكل فرد الحق في حرية الفكر والضمير والديانة، ويشمل هذا الحق حرته في الانتماء إلى أحد الأديان أو العقائد باختياره، وفي أن يعبر منفرداً أو مع آخرين، بشكل علني أو غير علني عن ديانته أو عقيدته سواء كان ذلك عن طريق العبادة أو الممارسة أو التعليم.

(١) لواء د. أحمد جاد منصور، مرجع سابق، ص 191.

(٢) سورة البقرة، الآية: 256.

(٣) عمر صدوق، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 50، 51.

2. لا يجوز إخضاع أحد لإكراه من شأنه أن يعطل حريته في الانتماء إلى أحد الأديان أو العقائد التي يختارها.
3. تخضع حرية الفرد في التعبير عن ديانته أو معتقداته فقط للقيود المنصوص عليها في القانون والتي تستوجبها السلامة العامة أو الأخلاق أو حقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية.
4. تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية باحترام حرية الآباء والأمهات والأوصياء القانونيين، عند إمكانية تطبيق ذلك في تأمين التعليم الديني أو الأخلاقي لأطفالهم تمشياً مع معتقداتهم الخاصة.
- كما أن قانون الجرائم والعقوبات اليمني جرم أي فعل يُسيء إلى الإسلام أو إلى أي معتقد معترف به من الدولة وعاقب على ذلك<sup>(1)</sup>، وقد أكد الدستور على أن لدور العبادة حرمة لا يجوز مراقبتها أو تفتيشها إلا في الحالات التي بينها القانون<sup>(2)</sup>، وقد بينت ذلك المادة (1/12) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني بقولها: "للمساكن ودور العبادة ودور العلم حرمة فلا يجوز مراقبتها أو تفتيشها إلا بمقتضى أمر مسبب من النيابة العامة وفق ما جاء بهذا القانون ويجب أن يكون ذلك بناء على اتهام سابق ... وفي جميع الأحوال يجب أن يكون أمر التفتيش مسبباً"<sup>(3)</sup>.

يتضح من هذه النصوص، مدى حرص المشرع الوطني والدولي على توفير مناخ الحرية الدينية المكفولة لكل فرد، ليس في ممارسة الشعائر الدينية فحسب، وإنما في اختيار الدين، ولست بصدد التعليق على النصوص الدولية التي تقر بجرية تغيير الدين، فليس هذا محل دراستنا، بل دور العبادة لها حرمة، فلا يجوز أن تكون عرضة للمراقبة والتفتيش إلا ما ستثني بالقانون وفق أمر مسبب من النيابة العامة، وبهذا ليس للأجهزة الأمنية الحق في ذلك إلا بإذن من النيابة، فأى إجراء خلاف ذلك يعد انتهاكاً لحق الإنسان في حريته الدينية.

**ثانياً: حرية التنقل:** يعتبر الحق في حرية الحركة والتنقل داخل حدود الوطن وخارجه حقاً أساسياً يجب أن يتمتع به الأفراد، وهو حق يجب أن تتوفر له الحماية القانونية اللازمة من خلال قانون يحمي ذلك، وعلى الدولة أن تعمل على احترام وتعزيز ذلك الحق دائماً وبكل الطرق الممكنة، فالمواطن له الحق الكامل في التنقل والعمل والإقامة في أي منطقة ضمن حدود دولته، فالمواطنون سواء، لهم الحرية الكاملة في العمل والتنقل والسكن دون قيود كأصل عام<sup>(4)</sup>.

وعلى الرغم من ذلك، فإن الحق في حرية التنقل قد يتعرض لبعض القيود في حالات استثنائية كحالة الطوارئ، حيث تتعرض الدولة لأخطار حقيقية؛ كالكوارث الطبيعية أو انتشار وباء؛ كالطاعون... الخ، وكذلك في حالة انتشار وباء في منطقة ما؛ كالكوليرا، فإذا انتشر

(1) المادة (261) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

(2) المادة (52) من الدستور اليمني.

(3) نص المادة (1/12) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(4) د. علي العولقي، حقوق الإنسان وتطبيقاتها الأمنية، مقرر دراسي لطلبة كلية الشرطة، سنة ثالثة، صنعاء، بدون تاريخ، ص 94.

وأصبح يشكل تهديداً حقيقياً على عموم السكان، عندها يجوز للدولة أن تفرض قيوداً على تنقل الأفراد من وإلى تلك المنطقة حفاظاً على صحتهم، لكن القيود المفروضة يجب أن تكون في أضيق نطاق وتناسب مع النتائج المرجو تحقيقها والخطر المحدق، كما يجب أن تتحدد هذه القيود بفترة زمنية، لا أن يتخذ من الظرف الاستثنائي ذريعة لتقييد أحد الحقوق الأساسية للمواطنين بحيث يصبح تقييداً مزمناً لا يزول بزوال الخطر<sup>(1)</sup>.

أما الجانب الآخر من الحق في حرية الحركة هو حق الأفراد في مغادرة البلد الموجودين فيه بما في ذلك بلدهم والعودة إليه متى يشاءون، وهو يعني أن حق الأفراد في التنقل والسفر ومغادرة بلدهم والعودة إليه، ليست منحة أو امتيازاً، بل هي حق أساسي يكفله القانون ويحميه، وعليه لا يجوز فرض إجراءات تعسفية بمصادرة جوازات سفر الأفراد أو حرمانهم من السفر بوسائل أخرى، كما أن عودة الأفراد الحرة لموطنهم هو حق أساسي لا يمتلك أحد حق مصادره<sup>(2)</sup>.

والشريعة الإسلامية اعتبرت الأرض كلها لله أورثها لعبادة، ولهم فيها حق الانتقال حيثما شاءوا طلباً للرزق الحلال، وقد مارس المسلمون هذا الحق أثناء السفر بقصد التجارة ومن أجل الحصول على لقمة العيش في شتى أنحاء الأرض التي جعلها الله لهم ذلولاً ليسعوا في منابها ويأكلوا من رزق الله، حيث يقول الله تعالى: "فانتشروا في الأرض وابتغوا فضلاً من الله"<sup>(3)</sup>، وقوله تعالى: "قل سيروا في الأرض فانظروا كيف بدأ الخلق"<sup>(4)</sup>، لكن ممارسة هذا الحق لا بد أن يكون منظماً وأن يحاط بمجموعة من القواعد السلوكية التي يجب المحافظة عليها، ويعتبر حق التنقل من الحقوق الطبيعية الأساسية للإنسان، ويشمل هذا الحق الجميع وبدون استثناء، طالما لم يكن هناك سبب يميز الحظر (مثل الحكم الجزائي)، أو لسبب موضوعي، مثل إعلان حالة الطوارئ التي تحد في بعض الأحيان ساعات التجول ومداهها ومناطقها<sup>(5)</sup>. وجاءت المواثيق الدولية تؤكد على حق الإنسان في التنقل، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان أقر هذا الحق لجميع الأفراد، حيث نص في المادة (13) منه على أن: "لكل إنسان الحق في مغادرة أي بلد، بما في ذلك البلد الذي ينتمي إليه، وله الحق في العودة إلى بلاده". كما جاء في المادة (12) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية النص على أن<sup>(6)</sup>:

1. حق كل فرد مقيم بصفة قانونية بدولة ما، حرية الانتقال.

2. حق كل فرد في أن يختار مكان إقامته ضمن الإقليم الذي يقيم فيه.

3. حق كل فرد في مغادرة أي قُطر بما في ذلك بلاده.

(1) د. قائد محمد طربوش، الحقوق والحريات في الدول العربية، ملتقى المرأة للدراسات والتدريب، تعز، 2002، ص 51 وما بعدها.

(2) د. صالح قصيله، حقوق الإنسان (المصادر والآليات الدولية)، مرجع سابق، ص 68، 69.

(3) سورة الجمعة، الآية: 10.

(4) سورة العنكبوت، الآية: 20.

(5) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 67.

(6) د. محمد شريف بسبوي، الوثائق الدولية، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

4. لا تخضع الحقوق السابقة لأية قيود، عدا تلك المنصوص عليها قانوناً والتي تعتبر ضرورية لحماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأخلاق أو حقوق وحريات الآخرين.

5. لا يجوز حرمان أي شخص بشكل تعسفي من حق الدخول إلى بلاده.

وبالرجوع إلى الدستور، نجد أنه أورد النص على حرية التنقل في صلب مواده وجعلها من الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان، ولا يجوز تقييدها كأصل عام، وتُقيّد في حالات استثنائية بينها القانون، يكون هدفها الصالح العام<sup>(١)</sup>.

وعلى ذلك، فإن حرية التنقل والإقامة مكفولة للجميع، ولا يجوز حرمان أحد منها إلا وفقاً لأحكام القانون<sup>(٢)</sup>، فهي مكفولة للجميع دون تمييز بين مواطن أو مقيم، فكل من يتواجد على أرض الدولة له الحق في الانتقال والإقامة في أية منطقة من البلاد، وله الحق بالتنجول في أي مكان يشاء وفي أي وقت، فالحركة في أنحاء الدولة مستمرة في جميع الأوقات، ولا توجد أماكن محظورة، أو مقصورة زيارتها على المواطنين، بل الأبواب مفتوحة للجميع وعلى قدم المساواة ماعدا المنشآت العسكرية وأماكن العمل فإنها تكون مقصورة على العاملين فيها فقط، وهي محظورة على المواطنين والأجانب على حد سواء، إلا إذا كانت الزيارة لقضاء عمل معين وبعد أخذ الإذن من الجهات المسؤولة<sup>(٣)</sup>.

لذلك، لا يجوز لسلطة الضبط الإداري منع أي شخص من ممارسة حق الانتقال من مكان إلى آخر وفي أي وقت، إلا إذا كانت هناك ظروف تستدعي ذلك، وهنا لا بد من الموازنة المعقولة بين تمتع الإنسان بحقه في التنقل من جانب والمحافظة على الأمن من جانب آخر، بحيث لا يشعر الإنسان بأنه فقد ذلك الحق من قبل أجهزة الأمن التي تعمل على إرساء الأمن في المجتمع وحماية حقوق الإنسان، لذلك يجب أن تكون ممارسة رجال الشرطة بعيدة عن أساليب التعسف في استخدام صلاحياتهم المخولة لهم في القانون، فإذا أجاز القانون لرجل الأمن حق الاستيقاف لأي سبب موجب لذلك، فإنه لا يبيح أكثر من زمن يسير للتأكد من هويته واستجلاء الشبهة<sup>(٤)</sup>.

**ثالثاً: حرية الرأي والتعبير:** يقصد بحرية الرأي: قدرة الفرد على التعبير عن آرائه وأفكاره بحرية تامة بغض النظر عن الوسيلة التي

يستخدمها، سواء كان ذلك بالاتصال المباشر بالناس أو الكتابة أم الإذاعة أم الصحف أم بواسطة الرسائل.

وعندما تتوفر حرية التعبير، فهذا يدل على أن الدول صادقة بتعاملها مع أفراد المجتمع، وهذا يؤكد أنها لن تلجأ إلى فرض أية مفاهيم

أو معتقدات خلافاً عما يرغبه أفراد المجتمع، وأنها لن تفرض أية عقوبات على أي فرد يعبر عن رأيه وأفكاره ومعتقداته، ولو كانت مخالفة

(١) المادة (57) من الدستور اليمني.

(٢) المادة (15) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

(٣) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 68.

(٤) د. معجب د. معدي، الحدائق، مرجع سابق، ص 61، 62. المادة (8) من قانون هيئة الشدطة المنذ.

لمنهج السلطة الحاكمة في المجتمع، فيحق لكل فرد أن يعبر عن رأيه وأفكاره بأية وسيلة وأي مكان، سواء أكان في مؤتمرات أو تجمعات عامة، كما له الحق في معرفة مختلف المعلومات والأفكار والقيام بنقلها إلى الآخرين بأية وسيلة شاء<sup>(١)</sup>.

ويعتبر الحق في حرية الرأي والتعبير حقاً أساسياً من حقوق الإنسان، ويشكل إلى مدى كبير مقياساً للديمقراطية أي نظام سياسي، لكنه ليس هدفاً بحد ذاته، فهو وسيلة تستهدف إصلاح المجتمع ومؤسساته المختلفة والنهوض بها وتطويرها بما يحقق الصالح العام، كما أن الحق في الرأي ليس ترفاً، بل هو شرط لخلق مجتمع حر، ولا يمكن أن يكون هناك حق في الرأي ما لم يكن هناك تدفق حر للمعلومات وسهولة الحصول عليها وتيسير تداولها<sup>(٢)</sup>.

وهذا الحق ينطوي على ثلاثة مستويات هي: البحث عن الحقائق وجمع المعلومات حولها، وإعمال الفكر فيها للوصول إلى نتيجة (رأي)، ومن ثم يصار إلى الإفصاح عنها. وهذا يعني أن المجتمع يجب أن يكون متاحاً له حرية الوصول إلى المعلومات والتماسها بشتى الوسائل ليتسنى البحث فيها وتقييمها والتعبير عنها بصدق وأمانة؛ لأن إشاعة الحق في حرية الرأي والتعبير وسيلة مهمة للرفي بالمجتمع وتحقيق السلام الداخلي وجلب الطمأنينة لنفوس الأفراد. لأنه لا يمكن لمن يعيش في جو من الكبت وتقييد حرية الرأي أن يشارك مشاركة حقيقية في بناء مجتمعه وتطويره، كما أنه لا يمكن إلا أن يعيش حالة من الخوف وعدم الطمأنينة عن ممارسته لأي انتقاد أو رأي مخالف<sup>(٣)</sup>.

وقد أقرت هذا الحق كافة الدساتير والنصوص القانونية الوطنية والإعلانات العالمية والاتفاقيات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، فالمادة (19) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على أن: "لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشتمل هذا الحق اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقييد بالحدود الجغرافية"، كما تنص المادة (19) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه: "لكل فرد الحق في اتخاذ الآراء دون تدخل، ولكل فرد الحق في حرية التعبير، وهذا الحق يشمل حرية البحث عن المعلومات والأفكار من أي نوع ونقلها بغض النظر عن الحدود، وذلك إما شفاهةً أو كتابةً أو طباعةً، وسواء كان ذلك في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها"، إلا أن الفقرة الثالثة من المادة نفسها أخضعت هذا الحق لقيود شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية وهي:

أ- احترام حقوق الآخرين أو سمعتهم.

ب- حماية الأمن القومي أو النظام العام أو المصلحة العامة والآداب العامة.

(١) د. أحمد الرشيد، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 1424هـ - 2003، ص 69-71.

(٢) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 70.

(٣) د. صالح قصيله، حقوق الانسان (المصادر والآليات الدولية)، مرجع سابق، ص 68.

وقد كفل الدستور اليمني حرية الرأي والتعبير بالقول والكتابة وسائر وسائل التعبير، حيث نصت المادة (42) منه على أنه: "تكفل الدولة حرية الفكر والإعراب عن الرأي بالقول والكتابة والتصور في حدود القانون"، فحرية الرأي مكفولة، وللإنسان اعتناق الآراء والأفكار التي يقتنع بها، ولكن هذه الحرية تخضع لقيود القانون، لأنه قد يتم التعسف في استخدامها، وبالتالي الإساءة للآخرين عند ممارسته، لذلك فقد تم تنظيمها في قانون المطبوعات والنشر حتى يتم كفالة هذه الحرية ومنع تجاوزها لحدود القانون، وقرر القانون توقيع جزاء على إساءة استعمالها<sup>(1)</sup>.

الجدير بالذكر، إن حرية الرأي والتعبير عنها كامنة في النفس البشرية لا تحتاج إلى نص أو حماية، فهي حرية مطلقة لا نفع معها رقابة ولا تجدي وقاية، إذ أن للإنسان أن يعتنق ما يقتنع به من الأفكار والآراء، لذلك اعتبر بعض الفقهاء أن حرية الفكر وحق الرأي والتعبير ضمانات مهمة لكفالة التمتع بالحقوق الأخرى المعترف بها للأفراد في أي مجتمع سياسي، إذ أن من خلالها يستطيع هؤلاء الأفراد المطالبة بما يعتبرونه حقوقاً لهم<sup>(2)</sup>، وقد كفلت المادة (19) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية - السالف ذكرها - هذا الحق، وجعلت قيدها مرهون بعدم الإساءة إلى الآخرين أو الإخلال بالنظام العام، ويكون ذلك القيد بموجب قانون، وليس بقرار من السلطة التنفيذية أو جهة الضبط الإداري.

وهناك حقوق أخرى لم يسع المقام لسردها بالرغم من أهميتها؛ وفي مقدمتها حقه في سلامة عرضه واعتباره وصون كرامته من التعرض للانتقاص أو النيل منها، وكذا مبدأ المساواة والحرية والبراءة التي يجب على الشرطة مراعاتها وعدم الإخلال بها، وهذه الحقوق مقررة ومحمية من قبل الشرعية الوطنية والدولية، بل أن الشرعية الوطنية تقر الحماية الأفضل لحقوق الإنسان، وإن كانت تتعارض مع النصوص الدولية، ولا يعد ذلك تعارض تضاد، ولكنه تعارض في أسلوب الحماية دون انتقاص للحد الأدنى من الحماية التي تسعى إلى تحقيقها المنظمات الحقوقية الدولية<sup>(3)</sup>.

(١) المادة (103) من قانون المطبوعات رقم (25) الصادر عام 1990، د. علي حميد العولقي، الحق في أن تكون إنساناً، مرجع سابق، ص 97.

(٢) د. أحمد الرشيد، مرجع سابق، ص 156، 157.

(٣) جاء في نص المادة (5) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، أنه: "أ. ليس في هذا العهد أي حكم يجوز تأويله على نحو يقيد انطوائه على حق لأي دولة أو جماعة أو أي شخص مباشرة أي نشاط أو القيام بأي عمل يهدف إلى إهدار أي من الحقوق أو الحريات المعترف بها في هذا العهد أو إلى فرض قيود عليها أوسع من تلك المنصوص عليها فيه. ب. لا يقبل فرض أي قيد أو أي تضييق على أي حق من حقوق الإنسان الأساسية المعترف بها أو النافذة في أي بلد تطبيقاً لقوانين أو اتفاقيات أو أنظمة أو أعراف، بل بدرجة كد هذا العهد لا يعترف بما أه كد اعترافه بما في أضنة مدى.

## المطلب الثاني

### ضمانات حقوق الإنسان أثناء ممارسة الشرطة للوظيفة القضائية

تتعلق الأحكام الإجرائية بالضوابط التي تنظم ممارسة الإنسان لحيته وحقوقه، وقد يقتضي هذا التنظيم في بعض الأحيان المساس بحرية الفرد واستقراره في سبيل كشف الحقيقة وإقرار سلطة الدولة في العقاب، في إطار الضمانات التي يقرها القانون لحماية حرية المتهم التي تتعرض للخطر من جراء هذه الإجراءات.

فالشرعية الإجرائية مجرد حلقة من حلقات الشرعية الجنائية، وقد ظهرت الحلقة الأولى من الشرعية الجنائية تحت اسم (لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون)، لكي تحمي الإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير الأداة التشريعية، على أن هذه الحلقة الأولى لا تكفي وحدها لحماية حقوق الإنسان وحياته عند القبض على المتهم أو حبسه أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمحاكمته مع افتراض إدانته، فإذا عجز عن إثبات براءته اعتبر مسؤولاً عن جريمة لم تصدر عنه، لذلك كان لا بد من استكمال الحلقة الأولى بحلقة ثانية تحكم تنظيم الإجراءات التي تتخذ قبل المتهم على نحو يضمن احترام الحرية الشخصية، وتسمى الحلقة الثانية بالشرعية الإجرائية، وتحدد جوهر هذه الشرعية في افتراض البراءة في المتهم<sup>(١)</sup>.

وتُعد الشرطة إحدى الهيئات التي يقع عليها العبء الأكبر في مجال حماية حقوق الإنسان، فدورها كفالة الطمأنينة والأمن للمواطنين، ومعيار قيام الشرطة بواجباتها، هو كفالتها تمتع أفراد الشعب بكافة الحقوق والحريات الأساسية التي كفلها الدستور والقانون<sup>(٢)</sup>. وقد منح المشرع اليمني رجال الشرطة أثناء ممارسة وظيفة الضبط القضائي الحق في اتخاذ مجموعة من الإجراءات اللازمة لتنفيذ واجباتها؛ وهذه الإجراءات قد تؤدي إلى المساس بالحريات الشخصية للأفراد؛ مثل إجراء الاستدلال والقبض والتفتيش، وهذه الإجراءات قد تؤدي إلى المساس بالحريات الشخصية للأفراد، لكنها تهدف إلى حماية حقوق الجماعة من خطر الاعتداء عليها من بعض الأفراد، فيبقى الإنسان الصالح متمتعاً بحريته، أما من يخرج عن الجماعة فإنه يلقي عقابه على فعله الخارج عن القانون<sup>(٣)</sup>، فقانون الإجراءات الجزائية يميز لرجال الشرطة في بعض الأحوال المساس بالحرية الشخصية للأفراد وفق ضوابط معينة، فيجب على الشرطة أن تقوم بواجباتها مراعية شروط المشروعية ومتجردة من أي تعسف ضد الأفراد، والالتزام بقريئة البراءة التي يتمتع بها المتهم إلى أن تثبت إدانته بحكم بات، فالمتهم قد تنتهي محاكمته بالبراءة، وحتى لو أدين من قبل المحكمة، فيجب أن يقتصر عقابه على ما حكمت به المحكمة فقط<sup>(٤)</sup>.

(١) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 105 وما بعدها.

(٢) د. أحمد إبراهيم مصطفى، حقوق الإنسان في نطاق العمل الأمني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1431هـ - 2010، ص 97، 98.

(٣) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 81.

(٤) د. محمد عبدالله المر، المرجع السابق، ص 82.

وللمزيد من البيان، فإننا في هذا المطلب سنبين الضمانات التي كفلها المشرع للمحافظة على حقوق الإنسان أثناء ممارسة الشرطة

للوليفة القضائية، وذلك على النحو الآتي:

## الفرع الأول

### ضمانات حقوق الإنسان أثناء مرحلة جمع الاستدلالات

تأتي مرحلة جمع الاستدلال عقب وقوع الجريمة، حيث ينشأ للدولة حق في توقيع العقاب على مرتكبها، وهذا الحق يتمثل في الحكم بالعقوبة الصادرة من القضاء، ولكن قبل صدور الحكم النهائي فإن الدعوى الجزائية تمر بمراحل مختلفة، حيث يتم تحريك الدعوى الجزائية عن طريق النيابة العامة، غير أن النيابة لا تستطيع تحريك الدعوى إلا إذا توافرت مجموعة من المعلومات والدلائل التي تمكنها من توجيه الاتهام إلى شخص ما، وهذه المعلومات والدلائل يتم جمعها عن طريق مأموري الضبط القضائي خلال مرحلة جمع الاستدلالات<sup>(١)</sup>.

وبناءً عليه، فإن مرحلة جمع الاستدلالات تُعد مرحلة مهمة جداً في الكشف عن الجريمة وما يكتنفها من غموض، وقد أوجب المشرع على مأموري الضبط القضائي إثبات جميع الإجراءات التي يقومون بها في محاضر موقع عليها منهم، وبين فيها وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصولها، ويجب أن تشمل المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سئلوا بمعرفة مأموري الضبط القضائي، ثم إرسال المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة للتصرف فيها<sup>(٢)</sup>.

فمرحلة جمع الاستدلالات تُعد من أهم مراحل العدالة الجنائية، ودور الشرطة فيها محوري ومهم وفعال، ولكن يجب أن تكون في إطار القيم الإنسانية والشرعية الدستورية والقانونية، ضماناً لكفالة الحقوق والحريات الفردية، وإصباح المشروعية على أعمال السلطة من ناحية، وهو ما يتطلب مراعاة العديد من الاعتبارات وثيقة الصلة بحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية أثناء قيام رجل الشرطة بعمله في هذه المرحلة؛ وأهمها تعزيز قدرات وكفاءة رجل الشرطة في مجال حقوق الإنسان<sup>(٣)</sup>.

لذلك، تحرص وزارة الداخلية على وضع استراتيجية لحماية حقوق المواطن في كافة تعاملاته مع الشرطة والتي يتم من خلالها تفعيل الرقابة على أعمال الاستدلال، ونشر المعرفة في مجال حقوق الإنسان ضمن المناهج التدريبية، بما يضمن الإلمام الكامل بمبادئ الشرعية أثناء ممارسة العمل الشرطي، ويساهم في تعزيز وتوطيد ومد جسور التعاون بين الشرطة والجمهور، كما يتم إعداد الدراسات والبحوث العلمية بالتنسيق مع المراكز البحثية بالوزارة في موضوعات حقوق الإنسان المختلفة، والمشاركة في المؤتمرات والندوات الدولية والإقليمية

(١) لواء د. أحمد جاد منصور، مرجع سابق، ص 324.

(٢) المادة (92) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(٣) د. أحمد إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 108، 109.

والوطنية المرتبطة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، والاستفادة من نتائجها وتوصياتها في تفعيل آليات العمل الشرطي لتنمية الوعي والحرص لدى رجال الشرطة<sup>(١)</sup>. لذلك سنبين الضمانات التي كفلها قانون الإجراءات الجزائية في كل مرحلة من مراحل جمع الاستدلال، وذلك على النحو الآتي<sup>(٢)</sup>:

**أولاً: ضمانات حقوق الإنسان عند تلقي البلاغات والشكاوى:** جاء في المادتين (91، 92) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني

بيان مهام وواجبات الشرطة بعد وقوع الجريمة، وهي تلقي البلاغات والشكاوى وفحصها، حيث يجب على مأموري الضبط القضائي قبول البلاغات والشكاوى التي تصل إلى علمهم بشأن الوقائع التي تشكل جرائم، سواء كانت الشكاوى من المجنى عليه أم المضرور من الجريمة أم أحد أفراد الجمهور الذي وصل إليه نبأ الجريمة<sup>(٣)</sup>. والبلاغ: هو إعلام السلطات بوقوع الجريمة، ويكون البلاغ بأية طريقة سواء شفوية أم بالكتابة في الصحف أم وسائل النشر المختلفة، فالمرشح لم يشترط شكلاً معيناً في البلاغ، ولكنه نص على أن يكون إلزامياً استناداً إلى مبدأ التضامن الاجتماعي المبني على التعاون فيما بين أفراد المجتمع لحماية أعراضهم وأرواحهم، كما يستند إلى الواجبات المقررة على الموظف العام بالنسبة إلى الجرائم التي تصل إلى علمه أثناء تأدية عمله أو بسبب تأديته هذا العمل. والبلاغ حق من الحقوق المقررة للأفراد، فلا يجوز لمأموري الضبط القضائي رفض قبول البلاغات وإلا تعرضوا للمساءلة التأديبية، ويجب عليهم إرسال البلاغ إلى النيابة العامة لكي تباشر التحقيق بنفسها إذا كان الأمر ينطوي على جريمة أو مخالفة<sup>(٤)</sup>.

**ثانياً: ضمانات حقوق الإنسان أثناء التحري عن الجرائم:** يشترط في أعمال التحري الدقة في الإجراءات؛ مثل تفتيش المنازل إذا ما

توفرت أمارات قوية على أن المتهم يخفي شيء في منزله، ويجب أن تكون الدلائل التي اعتمد عليها الضبط القضائي جديده، وتقدير جديتها متروك لسلطة التحقيق. كما يشترط لكي تعتبر إجراءات مأموري الضبط القضائي صحيحة منتجة لآثارها، أن لا يتدخل مأمور الضبط بفعله في خلق الجريمة أو التحريض على مفاقتها، ولا تثريب عليه في أن يصطنع الدليل من الوسائل البارة لكي يحقق مقصوده في الكشف عن الجريمة والتوصل إلى معاقبة مرتكبها<sup>(٥)</sup>.

**ثالثاً: ضمانات حقوق الإنسان أثناء سماع أقوال الشهود والمشتبه بهم:** نصت المادة (92) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني

على أنه: "لمأموري الضبط القضائي أثناء جمع الأدلة أن يسمعوا أقوال من تكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبها وأن يسألوا

(١) د. أحمد إبراهيم مصطفى، المرجع السابق، ص 10.

(٢) راجع: د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 84 - 87، د. محمد راجح نجاد، مرجع سابق، ص 241 وما بعدها.

(٣) المادة 92 من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(٤) المادتين (94، 95) قانون الإجراءات الجزائية.

(٥) د. خالد عبد الباقي، محمد الخطيب، معالم القضية العادلة، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، 2018، ص 53 وما بعدها.  
جميع الحقوق محفوظة لجامعة سبأ وأكاديمية الشرطة ٢٠١٩ ©

المتهم عن ذلك"، كما تنص المادة (100) من القانون ذاته على أنه: "لمأموري الضبط القضائي عند انتقاله في جريمة متلبس بها أن يمنع الحاضرين من مغادرة محل الواقعة أو الابتعاد عنها حتى يتم تحرير المحضر وله أن يستدعي في الحال من يمكن الحصول منه على إيضاحات في شأن الواقعة"، فمن ضمن إجراءات الاستدلال أن يقوم مأمور الضبط القضائي بسؤال الشهود والمشتبه بهم، ولكن ليس له الأمر بإحضار شاهد، بل له استدعائه فقط، فإن حضر بإرادته سمعت أقواله، وإذا رفض الحضور، فلا سبيل لإكراهه على ذلك أو ضبطه أو إحضاره من قبل مأمور الضبط القضائي<sup>(1)</sup>.

فالقاعدة أنه لا يجوز إجبار الشاهد في مرحلة الاستدلالات على الإدلاء بمعلومات عن الجريمة، ولكن يجوز لمأموري الضبط القضائي استصدار أمر قبض من النيابة العامة لإحضاره لإبداء أقواله، فإن امتنع جاز عقابه باعتباره أخفى أدلة الجريمة، ولا يجوز تخليف الشاهد اليمين إلا إذا خيف عدم استطاعة سماع شهادته فيما بعد، كما أن المشتبه به لا يجبر على الحضور لسماع أقواله، ولا يجوز ضبطه أو القبض عليه في غير حالة التلبس أو الندب، وكل ما يفعله مأمور الضبط القضائي في هذه الحالة أن يطلب من سلطة التحقيق إصدار أمر بالقبض على المشتبه به. أما سؤال المشتبه به يعني توجيه التهمة إليه أو إثبات أقواله دون مناقشتها أو مواجهته بالأدلة القائمة ضده<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### ضمانات حقوق الإنسان أثناء مباشرة إجراءات القبض والتفتيش

الأصل أن إجراءات الاستدلال يجب أن لا تمس حقوق الأشخاص وحرية الفردية، لأن الوظيفة الأساسية لمأموري الضبط القضائي وفقاً لنص المادة (91) من قانون الإجراءات الجزائية اليميني تتمثل في جمع الاستدلالات المتعلقة بالجريمة، والأصل أنه لا يوجد لهم اختصاص في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق، لأنها قد تمس الحرية الفردية أو حرمة المساكن وغيرها، ونظراً لخطورة التحقيق فإن المشرع جعله من اختصاص النيابة العامة.

ولكن استثناءً من هذه القاعدة، فقد منح المشرع في قانون الإجراءات الجزائية مأمور الضبط القضائي - ومنهم ضباط الشرطة والأمن - بعض سلطات التحقيق في أحوال معينة وبشروط تكفل الحريات للأفراد، فحولهم حق القبض والتفتيش، وتحويل مأموري الضبط القضائي بعض إجراءات التحقيق أمثلته الضرورات والصالح العام، فقد تكون الجريمة ماثلة أمام مأمور الضبط القضائي، مما يقتضي تحويله قادراً من سلطات التحقيق بهدف جمع أدلتها قبل ضياعها<sup>(3)</sup>.

(1) نص المادة (100) من قانون الإجراءات الجزائية اليميني.

(2) د. خالد الخطيب، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 70.

(3) د. حسنة صادقة، المصفاة، أصل، الاجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1997، ص 296.

لذلك فإننا في هذا الفرع سنبين بعض ضمانات حقوق الإنسان التي يجب مراعاتها أثناء مباشرة إجراءات القبض والتفتيش، وذلك

على النحو الآتي:

**أولاً: ضمانات حقوق الإنسان أثناء مباشرة إجراءات القبض:** يعتبر القبض إجراء من الإجراءات الخطيرة التي تمس الحرية

الشخصية للأفراد، ونظراً لخطورة هذا الإجراء فقد أحاطه المشرع الدستوري والجنائي بمجموعة من الضمانات التي تحمي حقوق الفرد الذي يتعرض لهذا الإجراء، وتتمثل هذه الضمانات في تحديد الأحوال التي يجوز فيها القبض على إنسان ما، والسلطة المختصة بذلك، والمدة المقررة للقبض والتي لا يجوز بأي حال من الأحوال تجاوزها<sup>(1)</sup>، فالمادة (48/ب) من الدستور اليمني بينت الحالات التي يجوز القبض على الشخص، ونص قانون الإجراءات الجزائية اليمني في المادة (70) منه على أنه: "لا يجوز القبض على الشخص إلا في الأحوال التي يحددها القانون وبالشروط المنصوص عليها"، وهذا يعني أن المشرع قصر القبض على السلطة المخولة في هذا القانون فقط، وهي سلطة التحقيق كقاعدة عامة، وسمح لمأمور الضبط القضائي - ومنهم ضباط الشرطة - استثناءً في حالة التلبس بالجريمة أو وجود دلائل كافية على ارتكاب جريمة القبض على المتهم<sup>(2)</sup>.

والملاحظ أن قانون الإجراءات الجزائية أعطى الحق لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم الذي توجد دلائل كافية على ارتكاب الجرائم الجسيمة وغير الجسيمة المعاقب عليها بالحبس والمعاقب عليها بغير الغرامة إذا كان المتهم موضوع تحت المراقبة أو يخشى هروبه، أو في جرائم السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة والتعدي الشديد ومقاومة أفراد السلطة العامة بالقوة، وانتهاك حرمة الآداب العامة والجرائم المتعلقة بالأسلحة والذخائر والمسكرات والعقاقير الخطيرة، فإذا لم تتوافر الدلائل الكافية أو كانت الجريمة لا يجيز القانون القبض فيها؛ كالجرائم المعاقب عليها بالغرامة فقط، فإن القبض يكون باطلاً<sup>(3)</sup>.

ومن حقوق الشخص المقبوض عليه أيضاً أن يرسل إلى النيابة العامة خلال أربع وعشرين ساعة، وهي ضمانات مهمة تحتاج وعي من قبل رجال الشرطة - مأموري الضبط القضائي - لمعرفة حدود اختصاصهم، وللضحية الذي تجاوز رجل الشرطة صلاحيته بأن يلجأ إلى القضاء لطلب إنصافه، ثم يحال إلى النيابة العامة أو يفرج عنه. لأن القبض فيه تعدي على حرية الأفراد قبل إحالته للجهة القضائية من أجل التحقيق معه، ويُعد تحديد المدة - كما أسلفنا - من الضمانات المهمة لحقوق المتهم في أجهزة الشرطة، كما أن المشرع اليمني كان رائداً في هذا الجانب، حيث أن بعض التشريعات تصل مدة الاحتجاز إلى ثمانية وأربعين ساعة<sup>(4)</sup>.

(1) د. نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، مرجع سابق، ص 79 وما بعدها.

(2) نص المادة 100 وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية اليمني.

(3) الدلائل الكافية تعني العلامات المقبولة التي لا ترقى إلى مستوى الدليل، فهي مجرد شبهات تدعو إلى الاعتقاد بارتكاب الجريمة (د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 90).

(4) راجع نص المادة (105) من قانون الإجراءات الجزائية الممنوع.

أما المواثيق الدولية، فقد شددت على ضمان حقوق الإنسان في كل إجراء تقوم به السلطة المعنية، فالمادة (5) من الإعلان العالمي تنص على أنه: "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة"، وهو ما نصت عليه المادة (7) من العهد الدولي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية، بل أن المادة (9) من هذا العهد نصت على الآتي:

1. لكل فرد حق في الحرية والأمان على شخصه، ولا يجوز توقيف أحد أو اعتقاله تعسفاً، ولا يجوز حرمان أحد من حريته إلا لأسباب ينص عليها القانون وطبقاً للإجراء المقرر فيه.

2. يتوجب إبلاغ أي شخص يتم توقيفه بأسباب هذا التوقيف لدى وقوعه، كما يتوجب إبلاغه سريعاً بأية تهمة توجه إليه.

أما مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القانون وفي مقدمتهم رجال الشرطة والأمن، الصادرة عام 1979 من الأمم المتحدة، فقد شددت على احترام القانون واحترام حريات الأفراد وكرامتهم أثناء أي إجراء يخول القانون القيام به، حيث نصت المادة (2) منها على أنه: "يحترم الموظفون المكلفون بإنفاذ القوانين، أثناء قيامهم بواجباتهم، الكرامة الإنسانية ويحفظونها، ويحافظون على حقوق الإنسان لكل الأشخاص ويوطدونها".

وانسجاماً مع التشريعات الدولية، فقد أكد المشرع اليمني ذلك، بل وحدد صلاحيات مأمور الضبط القضائي بدقة، والمعول على سلطة الضبط القضائي، وفي مقدمتهم رجل الشرطة والأمن تطبيق ذلك ومعرفة حدود اختصاصهم، حتى لا يكونوا عرضة للمساءلة والعقاب، وهذا ما أكدت عليه المادة (168) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (12) لسنة 1994م.

ثانياً: ضمانات حقوق الإنسان أثناء مباشرة إجراءات التفتيش: يُعد التفتيش من أهم الإجراءات الجنائية، حيث ينطوي على مساس بالحرية الشخصية، وقد أحاطت المواثيق الدولية ودساتير الدول وقوانينها إجراء التفتيش بمجموعة من الضمانات من أجل عدم التعسف في استخدام هذا الحق<sup>(1)</sup>، فالمادة (12) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تنص على أنه: "لا يجوز تعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ولا لحملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات"، كما أن المادة (17) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تنص على الآتي:

• لا يجوز تعريض أي شخص على نحو تعسفي أو غير قانوني للتدخل في خصوصيات أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته، ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه.

• من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس.

(1) لمزيد من التفصّل، انظر: د. حسام صادق المصفاوي، المصفاوي، في المحققة الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 139 وما بعدها.  
جميع الحقوق محفوظة لجامعة سبأ وأكاديمية الشرطة ٢٠١٩ ©

وهذا ما أكد عليه الدستور اليميني عندما أشار في المادة (48) منه على أنه: "تكفل الدولة للمواطنين حريتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وأمنهم، ويحدد القانون الحالات التي تقيّد فيها حرية المواطن، ولا يجوز تقييد حرية أحد إلا بحكم من محكمة مختصة، ولا يجوز القبض على أي شخص أو تفتيشه أو حجزه إلا في حالة التلبس أو توجبه ضرورة التحقيق وصيانة الأمن يصدره القاضي أو النيابة العامة وفقاً لأحكام القانون"<sup>(1)</sup>.

ومن أجل ضمان حماية كل من يخضع للتفتيش حدد قانون الإجراءات الجزائية اليميني ضوابط التفتيش التي يجب على مأمور الضبط القضائي الالتزام بها أثناء التفتيش، نبينها فيما يلي<sup>(2)</sup>:

### 1. ضوابط تفتيش الأشخاص: نبين هذه الضوابط في كل فئة من الفئات على النحو الآتي:

#### أ- ضوابط تفتيش المتهم: وفقاً للمادة (80) من قانون الإجراءات الجزائية اليميني، فإنه يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش

المتهم في الأحوال التي يجوز له فيها القبض عليه، ويقصد بتفتيش الشخص البحث في كل ما يتعلق بجسمه المادي، فيشمل أعضائه الداخلية والخارجية، وما يتصل بها، كما يشمل ملابسه وما يحمل من أمتعة سواء كانت بيديه أو بجيبه<sup>(3)</sup>، ولا صعوبة في التفتيش للأعضاء الخارجية لجسم الإنسان، وإنما كانت الصعوبة في تفتيش الأعضاء الداخلية؛ كالدماغ والمعدة، ولكن مع تطور الوسائل العلمية تم التغلب على هذه الصعوبة عن طريق التحليلات المخبرية<sup>(4)</sup>.

#### ب- ضوابط تفتيش الإناث: يوجب القانون أن يكون تفتيش الإناث بمعرفة أنثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائي، بعد

تحليفها اليمين بأن تؤدي عملها بالأمانة والصدق، ويتعين كذلك أن يكون شهود التفتيش من النساء، والتفتيش الذي يتم بواسطة أنثى، هو ذلك التفتيش الذي يكون في المواضع الجسمانية التي لا يجوز للرجال الاطلاع عليها ومشاهدتها أو تلمسها بقصد التحفظ على عورات النساء مما قد يحدش حياؤها، أما إذا ما قام مأمور الضبط القضائي بإخراج شيء من جسم المرأة الظاهر دون أن يلمس جسدها، مثل إخراج لفافة مخدرات من يدها أو في أي مكان ظاهر من أصابعها، فهو تفتيش صحيح<sup>(5)</sup>.

(1) نص المادة (48) من الدستور اليميني.

(2) حول هذا الموضوع يُنظر: د. إلهام محمد العاقل، التفتيش في قانون الإجراءات الجزائية اليميني، مركز المعلومات والتأهيل لحقوق الإنسان، تعز، ط3، 2003م، ص89.

(3) المادة (133) من قانون الإجراءات الجزائية اليميني.

(4) د. محمد عبد الله المر، مرجع سابق، ص94.

(5) المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية اليميني.

ج- ضوابط تفتيش غير المتهم: يشترط وجود قرائن قوية ضد الشخص غير المتهم في أنه يخفي شيئاً يفيد في الكشف عن الحقيقة حتى يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيشه، وهذا النص يفترض أن يكون الشخص غير المتهم والمراد تفتيشه موجود مع المتهم وقت التفتيش<sup>(١)</sup>.

2. ضوابط تفتيش المنقولات: الأصل أنه لا يجوز تفتيش منزل المتهم إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة التي يجري جمع الأدلة أو التحقيق بشأنها، إلا إذا ظهر أثناء التفتيش شيء تشكل حيازته جريمة جاز ضبطه، ويترتب على ذلك فإن أي منقولات بحوزته يجوز تفتيشها بقصد البحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة؛ كالبحث عن الأسلحة أو أي آلات أو أدوات استخدمت في الجريمة، وكل ما تخلف عنها من آثار؛ كالملابس الملوثة بالدماء وغيرها، ولا توجد حصانة لبعض الأشياء مثل الأوراق، فكلها يجب أن توضع في حرز مغلق وتعرض على جهة التحقيق للاطلاع عليها<sup>(٢)</sup>.

3. ضوابط تفتيش المساكن: الأصل أن تفتيش المنازل إجراء من إجراءات التحقيق يهدف إلى ضبط أدلة الجريمة التي وقعت بالفعل، فهو إجراء يمس حق الشخص في سرية حياته الشخصية، ولا يجوز المساس بمهذه السرية إلا في حالة التلبس أو إذا وجدت أدلة إثبات أن جريمة وقعت بالفعل أو تم نسبتها إلى المتهم، أو إذا وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة.

والمسكن هو المكان الذي خصصه حائزه للإقامة فيه، فيستوى أن يكون بيتاً خيمة أو كوخ أو سفينة... إلخ، وإذا تعددت مساكن المتهم، فإن التفتيش يشمل جميع هذه المساكن باعتبارها سكناً للمتهم، وللسيارة الخاصة حرمة المسكن لأنها متصلة بشخص صاحبها، ولكن يشترط أن تكون في حيازة صاحبها، فإذا تخلى عنها سقطت عنها حرمة المسكن<sup>(٣)</sup>.

وبالرغم من أن المشرع غلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد، حيث أجاز لمأمور الضبط القضائي تفتيش المساكن، إلا أنه جعل ذلك وفق ضوابط وشروط حددها القانون، وتتمثل في الآتي<sup>(٤)</sup>:

- أ- لا يجوز لمأمور الضبط القضائي تفتيش منزل المتهم بغير إذن كتابي من النيابة العامة إلا إذا كانت الجريمة في حالة التلبس.
- ب- لا يجوز تفتيش منزل المتهم إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة والأشياء التي تظهر عرضاً مع عملية التفتيش وتعد حيازتها جريمة.

(١) المادة 35 من قانون الإجراءات الجزائية البيني.

(٢) المادة 136، 137 من قانون الإجراءات الجزائية البيني.

(٣) المادتان 131، 138 من قانون الإجراءات الجزائية البيني.

(٤) د. إلهام العاقا، مرجع سادة، 135 وما بعدها. وكذلك المواد 131 وما بعدها. من قواعد التفتيش. في قانون الإجراءات الجزائية المزم.

- ج- إذا كان في المنزل المراد تفتيشه نساء ولم يكن القصد من الدخول القبض عليهم أو تفتيشهم، فيجب على مأمور الضبط القضائي أن يراعي التقاليد في معاملتهم، وأن يمكنهن من الاحتجاب أو مغادرة المنزل، وأن يمنحنهن التسهيلات اللازمة لذلك، وبما لا يضر مصلحة التفتيش ونتيجته.
- د- إذا وجد في منزل المتهم أوراق مختومة أو مغلقة بأية طريقة، فلا يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفضها، وعليه إثباتها في محضر التفتيش وعرضها على النيابة العامة.
- هـ- يجري التفتيش في حضور المتهم أو من ينوب عنه كلما أمكن ذلك،، وإلا تم بحضور شاهدين ويكون هذان الشاهدان بقدر ما أمكن من أقاربه الراشدين أو من القاطنين معه في المنزل أو من جيرانه ويثبت ذلك بالمحضر.
- و- لا يجوز لمأمور الضبط القضائي إفشاء أسرار الأشياء التي تناولها التفتيش.
- ز- إذا احتاج المتهم أوراقه المضبوطة في التفتيش، فيجب أن تعطى له صورة مصدقة منها من قبل النيابة العامة، إلا إذا كان ذلك سوف يضر بالتحقيق.

وخلاصة القول، فإن التفتيش من أهم الإجراءات التي يمكن لرجل الشرطة القيام بها كلما اقتضته الضرورة في حالة الجريمة المشهوددة، وهذه الضرورة هي المبرر الذي أدى إلى تحويل مأمور الضبط بصفة استثنائية هذا الاختصاص، الذي يعد من صميم سلطة التحقيق الابتدائي، بهدف التوصل إلى أدلة الجريمة والبحث عن أي شيء قد يساعد على كشف الجريمة ونسبتها إلى المتهم<sup>(١)</sup>.

ونظراً لما يترتب على هذا الإجراء من مساس بحقوق الإنسان، لاسيما الواقع في برائن الاتهام، فإنه لا بد أن يتم وفق الضوابط والشروط التي حددها قانون الإجراءات الجزائية اليميني، وإلا تعرض للبطلان، غير أن هذا البطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام، ولا تقضي المحكمة من تلقاء نفسها به، وإنما يستلزم الدفع من قبل من له صفة ومصالحة في ذلك، وتنازله عن الدفع بالبطلان يصح مسار التفتيش، سواء كان تنازلاً صريحاً أم ضمنياً، وبطلان التفتيش يؤدي إلى بطلان الدليل المستمد منه<sup>(٢)</sup>، فضوابط إجراء التفتيش وبطلانه في حالة عدم الالتزام بها من قبل مأمور الضبط القضائي المحددين في نص (84) من قانون الإجراءات الجزائية اليميني، كل ذلك تُعد ضمانات لحماية المتهم، وهذا في حد ذاته يُعد سبقاً من المشرع اليميني في مجال حماية حقوق الإنسان، وسيتضح ذلك أكثر أثناء بيان حقوق المتهم في مواجهة الشرطة أثناء قيامها بوظيفة الضبط القضائي.

(١) د. مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، (أشار إليه د. خالد الخطيب، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص129).

(٢) نقض يميني، 17 مارس 2003، رقم 7، ص22. (أشار إليه د. خالد الخطيب، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص147).

### الفرع الثالث

#### الشرطة وضوابط السياسة الجنائية الإجرائية

يُقصد بالسياسة الجنائية الإجرائية: المبادئ التي تحدد الإجراءات الواجب اتباعها منذ ارتكاب الجريمة وحتى استيفاء حق الدولة في العقاب<sup>(1)</sup>، لذا يفرض القانون واجبات إجرائية تجاه حقوق الإنسان في مرحلة الاستدلال والتحقيق، هذه الواجبات تشكل ضمانات تقرر لصالح المتهم أو المشتبه به في مرحلة جمع الأدلة والتحقيق الذي يقوم به مأمور الضبط القضائي، وذلك تماشياً مع الصكوك العالمية لحقوق الإنسان<sup>(2)</sup>.

وكما ذكرت سابقاً، إن الأصل أن يتولى مهمة التحقيق في أغلب التشريعات النيابة العامة، ولكن المشرع خرج عن هذا الأصل وأجاز الإنابة في التحقيق بشروط؛ منها الحرص على سرعة التحقيق، والاستفادة من إمكانيات رجال الشرطة لتميزها بالكفاية والقدرة وسرعة الأداء في تنفيذ بعض الإجراءات عن طريق الندب. والندب يعني الإنابة عن الأصل، والأصل هو سلطة التحقيق (النيابة العامة)، والمندوب هو مأمور الضبط القضائي<sup>(3)</sup>، لذلك يجب أن نحدد النطاق القانوني لحقوق المتهم أو المشتبه به في مرحلة جمع الاستدلال، وما هي الواجبات التي يجب على مأمور الضبط القضائي الالتزام بها أثناء ممارسة هذه الوظيفة، فمن هذه الواجبات الالتزام بمبدأ البراءة الأصلية، فهو مبدأ أقرته الشريعة الإسلامية والتشريعات الوطنية والإعلانات والاتفاقيات الدولية، وحق المتهم بالصمت والحق بالاستعانة بمحامي، وحقه في سلامة جسده وعقله أثناء ممارسة التحقيق.. وهذه كلها تُعد ضمانات لحماية المتهم بصفة خاصة وحقوق الإنسان بصفة عامة أثناء قيام رجال الشرطة بممارسة سلطات الاستدلال والتحقيق الابتدائي، إضافة إلى الالتزام بالقواعد والضوابط الدولية أثناء القيام بتلك الوظائف، وبيان ذلك كما يلي<sup>(4)</sup>:

#### أولاً: الالتزام بمبدأ الشرعية الإجرائية:

قبل توضيح مبدأ الشرعية الإجرائية ينبغي أولاً توضيح مفهوم مبدأ البراءة كركيزة أساسية وركن مهم فيه، وما يترتب على هذا المبدأ من نتائج، وذلك على النحو الآتي:

(١) د. محمود صالح العدلي، السياسة الجنائية لدرء جرائم العنف الإرهابي، (أشار إليه: د. أحمد إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 97).

(٢) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 98.

(٣) د. رؤوف عبيد، المشكلات العملية العامة في الإجراءات الجنائية، (أشار إليه: د. محمد المر، مرجع سابق، ص 99).

(٤) د. علي حميد العولقي، الحق في أن تكون إنساناً، مرجع سابق، ص 154، د. خالد الخطيب، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 187 وما بعدها.

1. مفهوم مبدأ البراءة<sup>(١)</sup>: يتحدث فقهاء الشريعة الإسلامية عن مبدأ البراءة باعتباره أصلاً عاماً، يطبق في كل فروع العبادات والمعاملات. فهو يشمل كل صور الواجبات والتكليفات، حتى الدينية البحتة أو التعبدية المحضة، وفي ذلك يقول الأمام عز الدين بن عبد السلام<sup>(٢)</sup>: ".. فيدخل في هذا (أصل البراءة) جميع العقود والتصرفات حتى الكفر والإيمان".

ويتفرع من هذا المبدأ قواعد أخرى منها ما يعبر عنها الفقهاء بقولهم: (اليقين لا يزول بالشك)، وأخرى مقتضاها: (درء الحدود بالشبهات)، وكثيراً ما يتردد على ألسنة الفقهاء قولهم: الأصل براءة الذمة، أي تخلصها وعدم انشغالها بحق آخر، ويؤكد هذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"<sup>(٣)</sup>.

والبراءة وصفٌ توصف به الذمة، وتطبيق ذلك في المجال الجنائي لا يعتبر الشخص ملتزماً بأداء العقوبة أو مستحقاً لها إلا بعد أن تثبت إدانته ثبوتاً يقينياً، وبأدلة قطعية، في محاكمة عادلة تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه<sup>(٤)</sup>.

ويتضح مفهوم مبدأ البراءة من خلال حدوده الثلاثة: **الأول**: موضوعي: ومقتضاه إلقاء عبء الإثبات على عاتق سلطات الاتهام، فلا يكلف المتهم بإثبات براءته، **والثاني**: شخصي: يعني ضرورة النظر إلى المتهم على أنه بريء واحترام هذه البراءة في كل مراحل الدعوى المختلفة ومعاملته دائماً على هذا الأساس، **والثالث**: نفسي: ومقتضاه أن يشعر المتهم بأنه بريء وتوفر له جميع الحقوق والحريات، فبقدر الاتجاه إلى إدانته يتعين البحث بنفس الدرجة عن أدلة البراءة.

ولا تختلف تطبيقات قاعدة افتراض البراءة في القضاء والفقهاء الجنائي المعاصرين عنها في الفقه الإسلامي، بل إن القضاء الوضعي في تطبيقه لنتائج هذا المبدأ يؤسس قضاءه على قواعد الفقه الإسلامي، على الرغم من عدم استمداد هذه النظم لهذا المبدأ من الفقه الإسلامي تقريباً، فالقاعدة العامة في جميع التشريعات الجنائية أن الأصل في الإنسان البراءة حتى إثبات العكس بالدليل القانوني، وبالتالي من حقه أن يتمتع بحريته وينعم بالطمأنينة والأمان، وأن يشعر أنه بمنأى من الإجراءات التعسفية وبمنأى من الأعمال المهينة لكرامته والمهذرة لآدميته<sup>(٥)</sup>. ومن حقه أن يطمئن إلى أن لحياته الخاصة حرمة لن تخرق إلا بمبرر كاف، فالسلطات العامة يجب أن تحترم حرمة جسده وأموره الخاصة، فالإنسان هو محور الحياة والحقوق، ولن يكون هناك أي رقي أو تقدم إلا من خلال إنسان حر، حقوقه وحرية وكرامته مصونة، ومتحرر من الخوف والقلق بعيداً عن الظلم والقهر، فقدرة الإنسان على الإبداع تبدأ من احترامه وتحقيق أمنه وسلامته.

(١) حول ماهية قرينة البراءة راجع: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 171.

(٢) عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار بن حزم، بيروت، 1424هـ، 2003، ص 276 وما بعدها.

(٣) سنن الترمذي: أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق فؤاد عبد الباقي، ج2، 1377هـ، 1958م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 287.

(٤) د. محمد راجح نجاد، مرجع سابق، ص 308 وما بعدها.

(٥) لمزيد من التفصيل راجع: د. صالح قصيله، البراءة الأصلية للمتهم وأثرها في التحقيق الابتدائي، بحث مقدم للحصول على دبلوم العلوم الجنائية، المعهد العالي لضباط الشرطة، صنعاء، 200.1999م، ص 5 وما بعدها.

فمبدأ افتراض البراءة يوفر الضمان للحرية الشخصية للمتهم، ولا يجوز أن يجازى أي فرد إلا إذا ثبت عكس البراءة، وذلك لا يكون إلا بالحكم الصادر بالإدانة وحده، فكل متهم بجرمة مهما بلغت جسامتها يجب معاملته بوصفه شخصاً بريئاً حتى تثبت إدانته بصورة قاطعة وجازمة<sup>(1)</sup>. وعلى الجهة التي تدعي أن المتهم ارتكب جريمة معينة إثبات ذلك، فهذا الواجب يقع على عاتقها وليس لها أن تطلب من المتهم إثبات براءته؛ فالبراءة أصل مفترض في الإنسان وفقاً لمبدأ البراءة، أما الاتهام فهو الذي يحتاج دليل.

ولأهمية هذا المبدأ فقد صانته وحمته الدساتير الوطنية لمختلف بلدان العالم، ومنها الدستور اليمني، حيث نصت المادة (47) من الدستور على أنه: "وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته في بحكم قضائي بات". وعلى نفس المنوال نص قانون الإجراءات الجزائية اليمني على هذا المبدأ في المادة (4) منه، حيث نصت على أنه: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته". كما أكدت عليه الاتفاقيات الدولية، فهذا الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ينص في المادة (1/11) منه على أن: "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلا أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محاكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه"، وفي السياق نفسه نجد هذا المبدأ أيضاً في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في المادة (2/14)، كما نجد ذلك في أغلب الاتفاقيات الدولية<sup>(2)</sup>.

ويُعد هذا المبدأ عنصراً أساسياً في القوانين الجنائية؛ لأن تطبيق مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) يُعد من مبادئ شرعية الجرائم والعقوبات، والذي يفترض بالضرورة وجود مبدأ آخر وهو مبدأ افتراض البراءة حتى يجرمه القانون. ومبدأ (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) لم تعرفه القوانين الوضعية إلا حديثاً منذ عام 1789م، بينما أكدته نصوص القرآن الكريم قبل ذلك بقرون، حيث قال تعالى: "وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَّهَاتِ رُسُلًا يَلْقَوْنَ عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا"<sup>(3)</sup>، وقال تعالى: "رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِأَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ"<sup>(4)</sup>. ويعتبر مبدأ البراءة مصدراً لكافة الضمانات الجنائية، فهو يمثل الضمان الحقيقي لكل من يوضع موضع الاتهام؛ حتى لا تمس يد السلطة بإجراءاتها حقوقه الأساسية وحريته الشخصية مثل: القبض، والتفتيش، وغيرها<sup>(5)</sup>.

## 2. النتائج المترتبة على مبدأ البراءة<sup>(6)</sup>: يترتب على مبدأ البراءة نتائج عدة، نوضحها فيما يلي:

**النتيجة الأولى: عبء الإثبات:** السؤال المتبادر إلى الذهن هو: هل يلزم من المتهم إثبات براءته وفق هذا المبدأ؟ بالتأكيد أن النتيجة محددة مسبقاً، فبما أن الأصل براءته، فلماذا يكلف بإثبات ما هو ثابت، فالأصل كما يقول علماء الأصول بقاء الشيء على ما هو عليه، وكذلك الأصل العدم. وبذلك يقع عبء الإثبات على سلطة الاتهام، أي تتحمله النيابة العامة فيتعين أن تثبت جميع عناصره، وفي

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 422، 423.

(2) د. محمود شريف بسيوني، وثائق الإنسان، ج 1، ص 2، مرجع سابق.

(3) سورة القصص، الآية: 59.

(4) سورة النساء، الآية: 165.

(5) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص 98 وما بعدها، د. أحمد إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 100 وما بعدها.

(6) د. محمد راجح نجاد، مرجع سابق، ص 316 وما بعدها.

تعبير آخر، فإن يتعين على سلطة الاتهام أن تثبت جميع الوقائع المتطلبية لوقوع الجريمة ومسؤولية المتهم عنها، ولا يجوز القول إنه يكفي أن يثبت الاتهام بالركن المادي للجريمة، فيفترض توافر الركن المعنوي، وإنما عليه إثبات الركن المعنوي أيضاً<sup>(١)</sup>.

ويتوجب أكثر فيما لو كانت الجريمة عمدية، ففي تلك الحالة الأخيرة يتعين على النيابة العامة إثبات توافر القصد الجنائي لدى الفاعل الأصلي للجريمة، وفي حالة المساهمة التبعية تلتزم بإثبات قصد المساهمة في إحداث النتيجة الإجرامية لدى المساهمين في ارتكاب الجريمة، وفي حالة الجريمة الخطئية يتعين على النيابة العامة إثبات خطأ المتهم باتخاذ سلوك يتسم بالإهمال أو الرعونة أو الطيش أو عدم الحيطة أو عدم التحرز (الخطأ العام) وتوقع النتيجة الإجرامية وإمكانية تجنبها إلا أنه لم يفعل ذلك.

أما إذا كان الخطأ في صورة عدم مراعاة القوانين أو اللوائح أو الأنظمة (الخطأ الخاص)، فإنه يكفي أن تثبت مخالفة القاعدة القانونية التي تحدد النموذج التجريمي، وفي كل الأحوال يجب أن تثبت علاقة السببية بين السلوك والنتيجة الإجرامية المترتبة عليه، فافتراض البراءة في المتهم يقتضي عدم مطالبته بتقديم دليل على براءته وتقرير عبء الإثبات على عاتق سلطة الاتهام أو المحكمة، على أن سلطة الاتهام لا تعتبر طرفاً يقف في مواجهة المتهم، وليس من مهمتها الحقيقية، سواءً كانت ضد المتهم أم في صالحه، فليس من واجب سلطة الاتهام تحديد الإدانة أو تأكيد البراءة، وإنما عليها فقط تحديد ما إذا كانت هناك أدلة كافية لتقديم المتهم إلى المحكمة، ولكن ذلك ليس معناه أن مهمتها مقصورة على إثبات التهمة فقط، فوظيفتها هي إثبات الحقيقة بجميع صورها، وعلى المحكمة أن تثبت بنفسها من خلال إجراءات المحاكمة عن هذه الحقيقة دون أن تحمل المتهم عبء إثبات البراءة<sup>(٢)</sup>.

والجدير بالذكر، إن مبدأ البراءة لا يتعارض مع قرائن الإثبات التي ينص عليها القانون إذا بنيت على وقائع معينة يجب إثباتها ابتداءً في حق المتهم، وهذا المعنى هو ما أوصى به مؤتمر الجمعية الدولية لرجال القانون المنعقدة في نيودلهي عام 1959م، إذ قرر أن مبدأ افتراض البراءة في المتهم لا يتعارض مع النص الذي يقرر استثناءً نقل عبء الإثبات إذا توافرت وقائع تنشأ بها قرينة تدل على عكس هذه البراءة<sup>(٣)</sup>، ومثال ذلك ما يقرره القانون من حجية خاصة لبعض المحاضر، بحيث يتعين على المحكمة أن تسلم بما تضمنته، أي إعفاء الاتهام من إثبات ذلك وتحميل المتهم إثبات عكس ما ورد فيها<sup>(٤)</sup>.

**النتيجة الثانية: حق المتهم في الصمت:** هو حرته في الكلام أو الامتناع عنه، فالقاعدة العامة إنه لا يوجد ما يلزم أو يجبر الشخص على الكلام أمام أي جهة أو سلطة، فهو حق من حقوق الإنسان، فأول حق للمتهم أو المشتبه به عند الاستفسار منه عن جريمة ما حرته في أن يجيب أو لا يجيب على أسئلة مأموري الضبط القضائي أو المحقق، ولا يجوز حمل الشخص على الإجابة حفاظاً على

(١) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 418، 419.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 127 وما بعدها.

(٣) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 132.

(٤) د. سعيد حسب الله عبدالله، الهجيز في قانون الإجراءات الجنائية البحرينية، (أشار إليه: د. أحمد إبراهيم مصطفى، مرجع سابق، ص 106).

هذا الحق<sup>(١)</sup>، فعند استجواب الشخص يجب تمكينه من إبداء أقواله في حرية تامة وعدم التأثير عليه بالقول أو بالفعل، فله مطلق الحرية في الإجابة عن أسئلة المحقق، وله الحق في التزام الصمت والامتناع عن الإجابة عليها، وهذا مستمد من مبدأ أن الأصل في الإنسان البراءة، فلا يستطيع أحد إجبار الشخص على الإجابة، لأنه إذا ما أجبر على ذلك فقد يؤدي ذلك إلى إدانة نفسه، وهذا يعتبر إكراهاً، ولا يعتد بالاعتراف الصادر عنه<sup>(٢)</sup>.

لذلك، لا يجوز أن يفسر التزام المتهم بالصمت اعترافاً منه، إذ أن الامتناع عن الرد أو التزام الصمت لا يعد دليلاً على الاتهام، فالاعتراف لا بد أن يكون صريحاً صادراً عن إرادة المتهم، وقد أوصى المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما 1953م بعدم إجبار المتهم على الإجابة وأن لا يُكره عليها أحد، فله الحرية في اختيار الطريق الذي يحقق مصلحته، ولا يجوز أخذ اعترافه بالحيلة أو العنف أو إجراء الضغوط عليه، فالاعتراف ليس غاية التحقيق، لأنه ليس دليلاً على ضوء وقائع الدعوى ذاتها<sup>(٣)</sup>.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية اليمني نجد نصاً يقضي صراحة بحق المتهم في الصمت، حيث نصت المادة (178) منه على أنه: "لا يجوز تحليف المتهم اليمن الشرعية ولا إجباره على الإجابة، ولا يعتبر امتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة ضده...". وهذا يؤكد على حرص المشرع اليمني على حماية المتهم والالتزام بمبدأ البراءة الأصلية كمبدأ ثابت في الدساتير الوطنية والاتفاقيات الدولية، وهذا الأمر المحمود للمشرع حدده أثناء قيام المحقق بالاستجواب مع المتهم، وهو إجراء لا يجوز لرجل الشرطة القيام به في الأصل، وبالمقياس فإن المتهم يحتفظ بحقه في الصمت من باب أولى أثناء الاستنطاق كما يسمى في الشرطة<sup>(٤)</sup>.

**النتيجة الثالثة : الحق بالاستعانة بمحامي:** لقد حرصت الشريعة الإسلامية على تقرير حق الدفاع عن المتهم، سواءً بنفسه أم بوكيله، بل يعتبر حق المتهم في الاستعانة بمحامي من الأصول الثابتة في الشريعة الإسلامية، وهو حق من حقوق الإنسان بلا خلاف مكفول للمتهم في جميع مراحل الدعوى الجزائية، فمبادئ الشريعة الإسلامية توجب حق المتهم بالاستعانة بمن يراه مناسباً للدفاع عنه، وقد يؤدي إهدار هذا الحق الحكم على المتهم بإهدار دمه أو النيل من جسمه أو شرفه أو اعتباره<sup>(٥)</sup>، فالاستعانة بمحام تعتبر إحدى الوسائل الأساسية لحماية حقوق المتهم في الدعوى الجنائية، وهو حق معترف به في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، ولكن تباينت مواقف التشريعات

(١) د. أسامة عبد الله قايد، حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1990، ص160.

(٢) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص105.

(٣) د. محمد عبدالله المر، المرجع السابق، ص106.

(٤) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص194، 195.

(٥) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، ص110 وما بعدها.

الجنائية حول حق المتهم في الاستعانة بمحامي أثناء مرحلة الاستدلالات، فمن التشريعات من أنكر هذا الحق على المتهم في هذه المرحلة ومنهم من أكدته، ومن التشريعات من سكت عن تقرير هذا الحق أو إنكاره<sup>(١)</sup>، ونفند ذلك على النحو الآتي:

**أ- التشريعات المنكرة لحق الاستعانة بمحامي:** يرى هذا أنصار هذا الاتجاه أن مرحلة الاستدلال لا تعتبر إجراء من إجراءات التحقيق، وليست مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية، بل هي مرحلة ممهدة لهذه الدعوى، ومن ثم لا يجوز للمشتبه به التمسك بضرورة حضور محاميه خلال هذه المرحلة، بل يترك الأمر لوجهة نظر مأمور الضبط القضائي فله أن يسمح بحضور المحامي أو رفضه، إذ أن مرحلة الاستدلال لا يتولد عنها دليل في الدعوى؛ لأن التحقيق تباشره النيابة العامة مرة أخرى ويستطيع المتهم الاستعانة بالمحامي في مرحلة التحقيق الابتدائي الذي يتم من قبل النيابة العامة، كما أن الاستعانة بالمحامي في مرحلة الاستدلال تؤدي إلى عرقلة عمل الشرطة وتؤثر على سير عملية البحث عن الأدلة، لذلك أجازت هذه التشريعات منع المحامي من الحضور مع المشتبه به.

ومن التشريعات التي تمنع المتهم من الاستعانة بمحاميه أثناء مرحلة الاستدلال التشريع السوداني، فقد نصت المادة (4/46) من اللوائح العامة للشرطة السودانية بعدم السماح للشخص المقبوض عليه أن يتصل بأقاربه ومستشاره القانوني وهو تحت ملاحظة الشرطة، كما يُقر قانون الإجراءات السوفيتي السابق في المادة (1/47) على عدم جواز استعانة المتهم بمحاميه أثناء إجراءات الشرطة، ويجوز له ذلك أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي.

أما قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، فلم ينص على حق المتهم في الاستعانة بمحامي أثناء مرحلة جمع الاستدلالات، ويجوز له ذلك في مرحلة التحقيق الابتدائي، أما إذا قام مأمور الضبط القضائي بأي عمل من أعمال التحقيق استثناءً فيمكن للمتهم التمسك بحق الاستعانة بمحامي<sup>(٢)</sup>.

**ب- التشريعات المؤيدة لحق الاستعانة بمحامي:** اعترض البعض على عدم أحقية المتهم في الاستعانة بمحامي أمام سلطة الاستدلال، لما لهذا الحق من ضرورة هامة بالنسبة للمتهم، خاصة وأن مرحلة الاستدلال قد يترتب عليها استخدام وسائل غير مشروعة لحمل المتهم على الاعتراف، كما أن المتهم قد يورط نفسه في الاتهام إذا لم يكن بجانبه من يصره إلى حقوقه في الدفاع، حيث أن وجود المحامي يشعر المتهم بالأمان وعدم تعرضه لأي إيذاء إذا لم يعترف لمأمور الضبط القضائي، فالحق في الاستعانة

(١) د. محمد راجح نجاد، مرجع سابق، ص 347 وما بعدها.

(٢) د. محمد راجح نجاد، المرجع السابق، ص 348 - 355.

بمحامي يمثل ضماناً أساسية لممارسة العدالة، وضمان لسلامة الإجراءات التي تتخذ في مواجهة المتهم، ولعدم استعمال الوسائل الممنوعة أو غير القانونية قبل المتهم<sup>(١)</sup>.

وقد سارت على هذا الاتجاه بعض التشريعات، فالتعديل السادس للدستور الأمريكي يسمح للمتهم الاستعانة بالمحامي في كافة الملاحظات الجنائية، حيث أقرت المحكمة الأمريكية العليا بحق المتهم في طلب الاستعانة بمحامي، وإذا رفضت الشرطة ذلك يعتبر هذا انتهاكاً للمادة السادسة من التعديل الدستوري، كما أن قانون الإجراءات الإيطالي الصادر سنة 1988 أجاز في المادة (3/96) بتعيين محام للدفاع عند الاستيقاف أو القبض أو الحبس الاحتياطي<sup>(٢)</sup>. وفي اليمن فإن المادة (49) من الدستور تنص على أن: "حق الدفاع مكفول في جميع مراحل التحقيق والدعوى وأمام جميع المحاكم"، لكنه لم يشير إلى مرحلة جمع الاستدلالات، أما قانون الإجراءات الجزائية اليمني، فإن المادة (9) تنص على أن: "1- حق الدفاع مكفول وللمتهم أن يتولى الدفاع بنفسه كما له الاستعانة بممثل للدفاع عنه في أية مرحلة من مراحل القضية الجزائية بما في ذلك مرحلة التحقيق، وتوفر الدولة للمعسر والفقير مدافعاً عنه من المحامين المعتمدين، ويصدر مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير العدل لائحة بتنظيم أمور توفير المدافع من المحامين المعتمدين للمعسر والفقير. 2- يجب على مأمور 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".

بمحمل القول، فإن حق المتهم باستعانة بمحامي أمام مأمور الضبط القضائي بصفة عامة أو الشرطة بصفة خاصة أثناء جمع الاستدلالات حق مكفول وإن لم تكن النصوص صريحة، لكن الحال يؤكد أهمية ذلك، وتعد من أهم ضمانات حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

#### ثانياً: الالتزام بالمعايير الدولية لضمان حقوق الإنسان:

ليست أجهزة الشرطة أقل من أجهزة الدولة الأخرى المعول عليها حماية واحترام حقوق الإنسان، بل الدور المطلوب منها أكبر، كون هذه الأجهزة تقوم بموجب القانون أو بدونه في العديد من البلدان بأعمال قسرية تنطوي على القسوة والشدة، ويتم استعمالها من قبلها بشكل مفرط في بعض الأحيان، كما تقوم هذه الأجهزة ببعض الإجراءات الماسة بالحرية الشخصية مثل القبض والتفتيش - على نحو ما سبق بيانه - ومن جهة أخرى، فإن هذه الأجهزة تكون في مواجهة مباشرة مع الأفراد، سواءً بشكل جماعي؛ مثل التظاهرات أو الاعتصامات أو المسيرات السلمية أم بشكل فردي من خلال مراجعة الأفراد لمراكز الشرطة كمشتكين أو مشتكى عليهم أو شهود، هذه المواجهة تفرض على الدولة وأجهزتها الشرطة احترام حقوق الأفراد وحريةهم الأساسية، كما تعتبر هذه الأجهزة من أهم الآليات الوطنية

(١) د. خالد الخطيب، مبادئ الإجراءات الجزائية، مرجع سابق، ص 347، 349.

(٢) د. محمد راجح نجاد، مرجع سابق، ص 356 - 369.

التي يتوجب عليها احترام حقوق الإنسان<sup>(١)</sup>. ولأن الأمر لا يقتصر على الصعيد القومي أو الوطني، بل على المستوى الدولي لذلك تنبه المجتمع الدولي بأسرة إلى أهمية دور الشرطة في حماية حقوق الإنسان. فأصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار رقم 169/34 في 17 ديسمبر/كانون الأول 1979 مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين (الشرطة)<sup>(٢)</sup>.

والمدونة ليست معاهدة أو اتفاقية، بل هي صك من الصكوك التي تتضمن توجيهات للحكومات والهيئات في مسائل ذات علاقة بحقوق الإنسان والعدالة الجنائية، حيث طرحت هذه المدونة مجموعة من المبادئ التي تحكم عمل الشرطة في مجال حقوق الإنسان، والتي يمكن إيجازها فيما يلي<sup>(٣)</sup>:

1. على الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين، تأدية الواجب الذي يلقيه القانون على عاتقهم، وذلك بخدمة المجتمع وحماية جميع الأشخاص من الأعمال غير القانونية، على نحو يتفق مع علو درجة المسؤولية التي تتطلبها مهنتهم<sup>(٤)</sup>، وبالتالي يتوجب على الأجهزة الشرطة القيام بأعمالها مستندة للقانون، بحيث لا يجوز اعتقال شخص بدون مسوغ قانوني وبدون أمر قضائي مسبب، ولا يجوز لها اعتقال أي شخص بدون إتاحة الفرصة له للاتصال بمحاميه، إذ يترتب على مخالفة ذلك البطلان والملاحقة.

2. على الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين، أثناء قيامهم بواجباتهم، احترام الكرامة الإنسانية وصورها، والمحافظة على حقوق الإنسان لكل الأشخاص ورعايتها كون حقوق الإنسان المشار إليها محددة ومحمية بالقانون الوطني والدولي<sup>(٥)</sup>.

وبناءً على ذلك، لا يجوز للموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين استعمال القوة إلا في حالة الضرورة القصوى وفي الحدود اللازمة لأداء واجبهم، وينبغي أن يكون استعمال القوة أمراً استثنائياً، وبالتالي يستلزم أن يقيد القانون الوطني استعمال القوة من قبل الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين وفقاً لمبدأ التناسبية، وبوجه عام، لا ينبغي استعمال الأسلحة النارية إلا عندما يبدى الشخص المشتبه في ارتكابه جرمًا أو

(١) تنقسم آليات حماية حقوق الإنسان إلى آليات وطنية، تتمثل في أجهزة الدولة العدلية ومنها جهاز الشرطة، وآليات دولية عامة وخاصة، وآليات حكومية وغير حكومية، يُراجع في هذا الشأن: د. أحمد الرشيد، حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 175 وما بعدها. د. صالح قصيله، ضمانات الحماية الجنائية الدولية لحماية حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 301 وما بعدها.

(٢) د. محمود شريف بسيوي، وثائق حقوق الإنسان، ج 1، مرجع سابق، ص 739.745.

(٣) د. محمد الطراونة، الشرطة وحقوق الإنسان، مقال منشور في الموقع الإلكتروني الخاص به على الرابط، <file:///C:/Users/SCC/Desktop>، تم دخول على الموقع في يوم الأحد الموافق 2019 / 6 / 23.

(٤) تشمل عبارة «الموظفون المكلفون بإنفاذ القوانين» جميع الموظفين المسؤولين عن تنفيذ القانون الذين يمارسون صلاحيات الشرطة، ولا سيما صلاحيات الاعتقال أو الاحتجاز، سواء كانوا معينين أم منتخبين، وكذا البلدان التي تتولى صلاحيات الشرطة فيها السلطات العسكرية، سواء كانت بالزي الرسمي أم لا، أو قوات أمن الدولة.

(٥) من الصكوك الدولية ذات الصلة: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وإعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، وإعلان الأمم المتحدة للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، والاتفاقية الدولية لمنع جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها، واتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، والقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة

مقاومة مسلحة أو يعرض حياة الآخرين للخطر، وتكون التدابير الأقل تطرفاً غير كافية لكبح المشتبه به أو لإلقاء القبض عليه. وفي كل حالة يطلق فيها سلاح ناري ينبغي تقديم تقرير إلى السلطات المختصة دون أبطاء<sup>(١)</sup>.

3. يحافظ الموظفون المكلفون بإنفاذ القوانين على سرية ما في حوزتهم من أمور ذات طبيعة سرية ما لم يقتض خلاف ذلك كل الاقتضاء أداء الواجب أو متطلبات العدالة. فقد يحصل الموظفون المكلفون بإنفاذ القوانين، بحكم واجباتهم، على معلومات قد تتعلق بالحياة الخاصة للإفراد أو يمكن أن تضر بمصالح الآخرين، وبسمعتهم على وجه الخصوص، لذلك ينبغي توخي الحرص الشديد في الحفاظ على هذه المعلومات واستخدامها، ولا ينبغي إفشاء هذه المعلومات إلا بحكم أداء الواجب أو خدمة العدالة. وأي إفشاء لهذه المعلومات لأغراض أخرى هو أمر غير مشروع على الإطلاق.

4. لا يجوز لأي موظف من الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين أن يقوم بأي عمل من أعمال التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، أو أن يجرس عليه أو أن يتغاضى عنه، كما لا يجوز لأي من الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين أن يتدرب بأوامر عليا أو بظروف استثنائية كحالة الحرب، أو التهديد بالحرب، أو إعاقة الخطر بالأمن القومي، أو تقلقل الاستقرار السياسي الداخلي، أو أية حالة أخرى من حالات الطوارئ العامة، لتبرير التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، وهذا الحظر مستمد من إعلان حماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، وهو الإعلان الذي اعتمده الجمعية العامة، والذي جاء فيه: "إن أي عمل من هذه الأعمال امتهان للكرامة الإنسانية يجب أن يدان بوصفه إنكاراً لمقاصد ميثاق الأمم المتحدة وانتهاكاً لحقوق الإنسان والحريات الأساسية المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وغيره من الصكوك الدولية الخاصة بحقوق الإنسان". ويقصد بالتعذيب أي عمل ينتج عنه ألم أو عناء شديد، جسدياً كان أو عقلياً، يتم إلحاقه عمدًا بشخص ما بفعل أحد الموظفين العموميين أو بتحريض منه، لأغراض، مثل الحصول من هذا الشخص أو من شخص آخر على معلومات أو اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتبه في أنه ارتكبه، أو تخويفه أو تخويف أشخاص آخرين.

ولا يشمل التعذيب الألم أو العناء الذي يكون ناشئاً عن مجرد جزاءات مشروعة أو ملازماً لها أو مترتباً عليها، في حدود تمشي ذلك مع القواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء.

وبناءً عليه، فإنه من المخطور على رجال الشرطة المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، أو التعذيب لانتزاع الاعترافات ويتوجب أن تقوم بعملها بشكل يضمن أكبر حماية ممكنة من جميع أشكال الإساءة، جسدية كانت أو عقلية، كما يتوجب على الدولة

(١) د. نيبال السماوي، مرجع سابق، ص 399 وما بعدها.

بحكم مسؤوليتها عن أعمال تابعيها ملاحقة من يخالف ذلك وضمن حق الأفراد بالتعويض من قبل الدولة فيما إذا خالف موظفيها القانون بهذا الخصوص<sup>(١)</sup>.

5. يتوجب أن يوفر الموظفون المكلفون بإنفاذ القوانين الحماية التامة لصحة الأشخاص المحتجزين في عهدهم، وعليهم بوجه خاص اتخاذ التدابير الفورية لتوفير العناية الطبية لهم كلما لزم ذلك. ويقصد «بالعناية الطبية» الخدمات التي يقدمها أي من الموظفين الطبيين، بمن فيهم الأطباء والمساعدون الطبيون المجازون، عند الاقتضاء أو الطلب. ويجب على الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين أن يأخذوا بعين الاعتبار رأي الموظفون الطبيون الملحقون بعملية إنفاذ القوانين؛ كالأطباء الشرعيين عندما يوصون بتوفير العلاج المناسب للشخص المحتجز من قبل موظفين طبيين من خارج عملية إنفاذ القوانين أو بالتشاور معهم. وعلى الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين أيضاً أن يوفرُوا العناية الطبية لضحايا انتهاك القانون أو ضحايا الحوادث التي تقع خلال حالات انتهاك القانون.

6. على الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين الامتناع عن ارتكاب أي فعل من أفعال إفساد الذمة ومواجهة جميع هذه الأفعال ومكافحتها بكل صرامة، كون أي فعل من أفعال إفساد الذمة، مثله في ذلك مثل أي من أفعال إساءة استخدام السلطة، أمر لا يتفق ومهنة الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين. ويجب أن ينفذ القانون تنفيذاً كاملاً فيما يتعلق بأي موظف مكلف بإنفاذ القوانين يرتكب فعلاً من أفعال إفساد الذمة، لأنه ليس للحكومات أن تتوقع إنفاذ القانون على رعاياها إذا لم يكن في مقدورها أو نيتها إنفاذ القانون على موظفيها أنفسهم وداخل أجهزتها ذاتها. ويجب أن يكون ذلك خاضعاً للقانون الوطني، فينبغي أن يكون مفهوماً وأن يشتمل ارتكاب أو إغفال فعل ما - لدى اضطلاع الموظف بواجباته أو بصدده هذه الواجبات - استجابته لهدايا أو وعود أو حوافز؛ سواءً طُلبت أو تُبلت، أو تلقى أي من هذه الأشياء بشكل غير مشروع متى تم ارتكاب الفعل أو إغفاله.

7. على الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين احترام القانون ومدونة السلوك، منا أن عليهم أيضاً - قدر المستطاع - منع وقوع أي انتهاكات لهم، ومواجهة هذه الانتهاكات بكل صرامة. وعلى الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين، الذين يتوفر لديهم ما يحملهم على الاعتقاد بوقوع أو وشك وقوع انتهاك لهذه المدونة، إبلاغ الأمر إلى سلطاتهم العليا، وكذلك عند اللزوم إلى غيرها من السلطات والأجهزة المختصة التي تتمتع بصلاحيحة المراجعة أو رفع المظالم.

8. بناءً على ما تقدم، يتعين على الدولة اتخاذ التدابير الإدارية والتشريعية المناسبة، التي تهدف إلى حماية حقوق الإنسان أثناء قيام الأجهزة الشرطية بأعمالها، وذلك من خلال ما يلي:

(١) د. محمد عبدالله المر، مرجع سابق، 130 وما بعدها.

- أ- إيجاد نوع من الانسجام أو الإدماج ما بين المعايير الدولية الواردة في مدونة سلوك الموظفين بإنفاذ القوانين والتشريعات الوطنية، من خلال إدماجها في التشريع أو الممارسة الوطنية، وإذا تضمنت التشريعات أو الممارسات الوطنية أحكاماً أشد من تلك الواردة في هذه المدونة يعمل بتلك الأحكام.
- ب- إن أية دولة تضحى بالحرية وبحقوق الإنسان بحجة الأمن، لا تستحق لا حرية ولا أمن، وهذا ما يتوجب إيصاله إلى الرئيس والمرؤوس في الأجهزة الشرطة، وقد أثبتت التجارب الماثلة في بعض البلدان صحة ذلك، حيث تبين أن الأجهزة الشرطة التي تستخدم العنف المفرط هي أنظمة هشة لا تستطيع أن تقف أمام حركة الشعوب التي تناضل من أجل نيل حقوقها وحرّياتها الأساسية.
- ج- يتوجب على الدولة أن تعمل على إيجاد نوع من البرامج التدريبية لتأهيل أفراد الشرطة في مجال حقوق الإنسان.
- د- يتوجب على رجل الشرطة مراعاة قواعد السلوك القانوني أثناء عمله؛ كافتراض قرينة البراءة وعند القبض عليهم أو تفتيشهم أو احتجازهم.
- هـ- يتوجب أن تعمل المحاكم على إقرار بطلان كافة الأدلة المنتزعة من قبل الأفراد أثناء التحقيق معهم، إذا ثبت لها أنها أخذت تحت التهديد أو الإكراه.
- و- إنشاء مكتب مظالم لدى دوائر الشرطة يتيح للمواطنين تقديم شكوى بحق أي فرد من أفراد الشرطة تجاوز حدود القانون، وأن يتم اطلاع الأفراد على مصير الشكوى وطبيعة الإجراء المتخذ بحق من يثبت عليه انتهاك حقوق الأفراد وحرّياتهم الأساسية.
- ز- إفهام رجال الشرطة أن العمل بموجب مدونة السلوك بشقيها الأخلاقي والقانوني هو التزام على عاتق الدولة تفرضه الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وأن الفرد (المواطن العادي) لم يعد يندرج ضمن صميم سلطانتها الداخلي، إنما أصبح في عالم اليوم أحد أشخاص القانون الدولي.
- ح- قيام الأجهزة القضائية المعنية بالرقابة والإشراف، والمؤسسات الوطنية المعنية بحقوق الإنسان ومنظمات المجتمع المدني بالدور المطلوب من أجل التفتيش على أماكن التوقيف والاحتجاز للتأكد من عدم توقيف أحد خلافاً للقانون.
- ط- يلتزم رجال الشرطة عند تعاملهم مع الأفراد بعدم التمييز بين المواطنين بسبب الجنس أو العرق أو اللغة أو الدين أو بين المواطنين من رعايا الدولة والأجانب المقيمين فيها.

## الخاتمة

في نهاية هذا البحث لضمانات حقوق الإنسان أثناء الأداء الأمني في ضوء التشريع اليمني والاتفاقيات الدولية، تم التوصل إلى عدد من النتائج والتوصيات، نحمل أهمها على النحو الآتي:

### أولاً: النتائج:

1. تبين لنا من خلال هذا البحث أننا أمام منظومة تشريعية متكاملة تحدد واجبات أجهزة الشرطة والأمن، والتي تُعد من أهم ضمانات حقوق الإنسان، لتقوم بما من شأنه الحفاظ على النظام العام كمصلحة عامة كبرى، ومصلحة أخرى ذات أهمية بمكان وهي حقوق الإنسان.
2. إن أية دولة ترعى - من خلال مؤسساتها الرسمية خصوصاً المكلفة بإنفاذ القوانين - حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية هي دولة متقدمة يسودها الديمقراطية وسيادة القانون، وتدفع بالأفراد لكي يكونوا عوناً للسلطة العامة، والعكس صحيح فأية دولة تنتهك هذه الحقوق هي دولة دكتاتورية وتدفع من خلال ممارسات موظفيها السلبية الأفراد إلى التمرد والثورة ضد الظلم والطغيان.
3. تُعد وظيفة الشرطة من أهم السلطات في الدولة، فإذا كانت سلطة قمعية لا تراعي حدود ولا حرمة، فإنها توصف بالدولة البوليسية، إما إذا كانت تؤدي هذه الوظيفة وفق الضوابط والمبادئ القانونية الوطنية والدولية، فإنها دولة ديمقراطية ترعى حقوق الإنسان وتعمل على الحفاظ على النظام العام.
4. أضحت - للأسف - أجهزة الشرطة غير مرحب بها وبما ما تقوم به من أعمال، بل صارت المتهم الأول بانتهاك حقوق الإنسان وحرياته في كل دول العالم، والعدو اللدود للحقوق والحریات، واليمن من الدول الرائدة في الالتزام بحقوق الإنسان على الأقل بحكم عدد الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها في هذا الشأن، ولكن في الوقت ذاته تواجه انتقادات دولية قاسية بسبب انتهاك هذه الحقوق الثابتة للإنسان اليمني.
5. أخيراً، يبدو أن المشكلة في عدم التزام أجهزة الشرطة والأمن لا تعود إلى قلة التشريعات وعدم احترام الدول للاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وإنما ترجع إلى قلة وعي رجال الشرطة والأمن بحقوق الإنسان، وضعف المراقبة والمحاسبة لكل من ينتهك حقوق الإنسان وحرياته.

## ثانياً: التوصيات: أوصي بما يلي:

1. يتوجب على أجهزة الشرطة والأمن أن تدرك أن الأمن الفردي للمواطن هو جزء من الأمن الجماعي وهو صمام الأمان لدولة القانون والديمقراطية واحترام حقوق الإنسان.
  2. يتوجب على الدولة تكثيف الجهود في توعية وتنقيف رجال الشرطة بأهمية حقوق الإنسان وحمايتها وعدم انتهاكها أثناء ممارسة وظائفها المخول لهم القيام بها.
  3. الوعي القانوني لرجال الأمن يستلزم من الدولة تجسيده في الواقع العملي من خلال الدورات الحتمية والتخصصية، وإيلاء ذلك أهمية كبرى وليس على هامش العمل الشرطي.
  4. يجب على وزارة الداخلية والأجهزة الأمنية الأخرى، وضع رقابة صارمة تجاه انتهاكات حقوق الإنسان ومحاسبة كل من يخل بذلك.
  5. التعاون بين الأجهزة الأمنية والقضاء ومنظمات المجتمع المدني مهم جداً لضمان حماية حقوق الإنسان من الانتهاكات.
- والله الموفق إلى سواء السبيل.

## قائمة المراجع

## أولاً: كتب الحديث:

1. أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق فؤاد عبد الباقي، ج2، 1377هـ، 1958، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

## ثانياً: الكتب العامة والمتخصصة:

1. د. أحمد إبراهيم مصطفى، حقوق الإنسان في نطاق العمل الأمني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1431هـ - 2010م.
2. د. أحمد الرشيد، حقوق الإنسان دراسة مقارنة بين النظرية والتطبيق، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 1424هـ - 2003م.
3. لواء.د/ أحمد جاد منصور، المفاهيم الأساسية لحقوق الإنسان وأثرها في تفعيل الأداء الأمني، مقرر سنة أولى كلية الشرطة، أكاديمية الشرطة، مصر، 2012 - 2013م.
4. د. أحمد فتحي سرور:  
أ. الشرعية والإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977م.  
ب. الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993م.
5. د. أسامة عبد الله قايد، حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1990.
6. د. الشافعي محمد أحمد بشير، دور الشرطة وحقوق الإنسان في ضوء الاتفاقيات الدولية والإقليمية، ورقة عمل مقدمة لندوة الشرطة وحقوق الإنسان المنعقدة بأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1422هـ - 2001م.
7. إلهام محمد العاقل، التفتيش في قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مركز المعلومات والتأهيل لحقوق الإنسان، تعز، اليمن، 2003م.
8. د. حسام الدين أحمد، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1996م.
9. د. حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2004م.
10. د. حسن صادق المرصفاوي:  
أ. أصول الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997م.  
ب. المرصفاوي في المحقق الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990م.
11. د. خالد أحمد عمر، المدخل لإدارة الشرطة، مطابع البيان التجارية، دبي، ط2، 1997م.

12. د. خالد عبد الباقي محمد الخطيب:

- أ. مبادئ قانون الإجراءات الجزائية (الاستدلال والتحقيق الابتدائي)، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط1، 2015م.  
ب. معالم القضية العادلة، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط1، 2018م.

13. شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.

14. د. صالح زيد قصيله:

- أ. حقوق الإنسان (المصادر والآليات الدولية) مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، 2018م.  
ب. حقوق الإنسان، جامعة العلوم والتكنولوجيا، صنعاء، ط2، 1438هـ. 2016م.  
ج. حقوق الإنسان، إحدى مقررات الدورة الاشرافية، كلية التدريب، صنعاء، 2009م.  
د. وظيفة الضبط الإداري، إحدى مقررات الدورة الإشرافية في كلية التدريب، صنعاء، 2001م.

15. عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، دار بن حزم، بيروت، 1424هـ، 2003.

16. أ. د. علي حسن الشرفي:

- أ. الجرائم الخطرة على الأمن العام، إحدى مقررات كلية التدريب، صنعاء، بدون تاريخ نشر.  
ب. دراسات وبحوث في حقوق الإنسان، ج1، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط1، 2010م.

17. د. علي حميد العولقي:

- أ. حقوق الإنسان وتطبيقاتها الأمنية، إحدى المقررات الدراسية لطلبة كلية الشرطة، سنة ثالثة، صنعاء، 2008. 2009م.  
ب. الحق في أن تكون إنساناً، المدرسة الديمقراطية، صنعاء، ط1، 2014م.

18. عمر صدوق، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003م.

19. د. قائد محمد طربوش، الحقوق والحريات في الدول العربية، ملتقى المرأة للدراسات والتدريب، تعز، 2002م.

20. د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، الموسوعة الشرطة القانونية، عالم الكتب، القاهرة، 1977.

21. د. محمد عبد الله المر، حقوق الإنسان والوظيفة الشرطة (قولاً وعملاً)، أكاديمية شرطة، دبي، ط1، 2003.

22. د. محمود شريف بسيوني، الوثائق الدولية، (ج1، ج2)، دار الشروق، القاهرة، 2003م.

23. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

24. د. معجب بن معدي الحويقل، حقوق الإنسان والإجراءات الأمنية، جامعة نايف، الرياض، ط1، 1427هـ. 2006م.

25. ياسر كلزي، حقوق الإنسان في مواجهة سلطات الضبط القضائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1428هـ. 2007م.

## ثالثاً: الرسائل والأبحاث العلمية:

1. د. صالح زيد قصيله:  
أ. ضمانات الحماية الجنائية الدولية لحماية حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.  
ب. البراءة الأصلية للمتهم وأثرها في التحقيق الابتدائي، بحث متمم لنيل درجة الماجستير في دبلوم العلوم الجنائية، المعهد العالي لضباط الشرطة، 1999.2000.
2. د. عبد الناصر عباس عبد الهادي، الوظيفة الأمنية للدولة، بين تحديات العولمة ومتطلبات الإدارة الرشيدة، رسالة دكتوراه، جامعة نايف، الرياض، 1433هـ، 2012م.
3. د. محمد راجح بنجاد، حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، دار المنار، القاهرة، 1994م.
4. د. نبيل عبد الرحمن ناصر الدين، ضمانات حقوق الإنسان وحمايتها وفق للقانون الدولي والتشريع الوطني، رسالة ماجستير منشورة، المكتب الجامعي، الإسكندرية، 2006م.
5. د. نبيل السماوي، سلطة رجل الشرطة في استعمال القوة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسة العليا، أكاديمية الشرطة المصرية، القاهرة، 2014م.

## رابعاً: التشريعات والقوانين الوطنية والدولية:

1. دستور الجمهورية اليمنية، الصادر عام 1994م، المعدل عام 2002م.
2. قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (12) الصادر عام 1994م.
3. قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (13) الصادر عام 1994.
4. قانون هيئة الشرطة رقم (15) الصادر عام 2000م.
5. قانون الصحافة رقم (25) الصادر عام 1990م.
6. ميثاق الأمم المتحدة الصادر عام 1945م.
7. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948م.
8. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عام 1966م.
9. مدونة قواعد سلوك الموظفين المكلفين بإنفاذ القوانين الصادرة في 17 ديسمبر/كانون الأول 1979م.

## خامساً: المواقع الإلكترونية:

file:///C:/Users/SCC/Desktop 1

https://www.marefa.org 2

## مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية  
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : [www.ojs.sabauni.net](http://www.ojs.sabauni.net)

عنوان البحث:

### ضمان المقاول والمهندس المعماري لسلامة البناء في القانون اليمني (مقارنة بالقانون المصري)

د. فضل محمد المصري  
أستاذ القانون المدني المساعد  
بكلية الشرطة

#### ملخص البحث

يناقش هذا البحث موضوع من أهم الموضوعات، يتعلق بإحدى المتطلبات الهامة والحيوية التي لا يستطيع الإنسان الاستغناء عنها، وهي توفير السكن أو البناء المناسب لمعيشته وعمله. وقد صاحب إنشاء هذه المباني محاولة بعض المقاولين التهرب من الالتزام بأحكام ضمان المشاريع، مما سبب قلقاً للمواطنين وأرباب العمل، لاسيما عند حدوث أضرار جسيمة في تلك المباني. ويهدف هذا البحث إلى بيان نطاق التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان، وكذا توضيح طبيعة أحكام الضمان العشري، والآثار المترتبة عليه. وقد اشتمل هذا البحث على مبحثين، تم تخصيص المبحث الأول منها للحديث عن نطاق التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان، وتم تخصيص المبحث الثاني لتناول طبيعة الضمان العشري والآثار المترتبة عليه. وقد اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، ثم اختتمت البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

#### معلومات البحث

تاريخ تسليم البحث:

٢٥ أغسطس ٢٠١٩

تاريخ قبول البحث:

٢٧ سبتمبر ٢٠١٩

الباحث : د. فضل محمد المصري  
البريد الإلكتروني : [fathl777163516@gmail.com](mailto:fathl777163516@gmail.com)

## Abstract

This research discusses one of the most important topics, related to one of the important and vital requirements that cannot be dispensed with, namely, the provision of housing or construction appropriate for his living and work. The construction of these buildings has been accompanied by an attempt by some contractors to evade compliance with the project guarantee provisions, which has caused concern to citizens and employers, especially when there is serious damage to the buildings.

This research aimed to indicate the scope of the architect's and the contractor's obligation to guarantee, as well as to clarify the nature and implications of the provisions of the 10-year guarantee.

The research included two topics, the first of which was devoted to the scope of the commitment of the architect and the construction contractor to the guarantee, and the second topic was devoted to the nature of the ten-year guarantee and its implications.

It was based on the analytical descriptive and comparative approaches, and concluded with a set of conclusions and recommendations.

## مقدمة:

نظراً للتطور الهائل المستمر في قطاع الإنشاءات الذي ينمو ويتطور متأثراً بعوامل عدة، لعل أهمها النمو السكاني المتزايد، فإن هذا النمو لا بد له من توفير السكن الملائم والسليم الذي يلبي احتياجاته ومقاصده، وتظهر أهمية هذا القطاع إذا ما علمنا أن عدد العاملين في قطاع التشييد في الدول النامية - ومنها بلادنا - يربو عن 50% من إجمالي القوى العاملة في هذه البلدان، ونظراً لأهمية عقد المقاول، وخصوصاً في مجال إنجاز المباني والمنشآت المعمارية، مما قد يدفع القائمين على التشييد والبناء إلى السرعة في إتمام المشاريع دون مراعاة المواصفات الفنية والتقنية، فإن ذلك قد يؤدي إلى تصدع المباني وانهارها أو ظهور عيب من عيوب البناء، وما يستتبع ذلك من خسارة بشرية ومادية.

وبناءً عليه، جاء التشدد من قبل المقنن بخصوص تحديد مسؤولية العاملين بهذا القطاع، وإخضاعهم إلى قواعد خاصة، حيث شدد على مسؤوليتهم، وفرض عليهم - بقوة القانون - ضمان ما يحدث من أضرار نتيجة أعمالهم ولمدة طويلة نسبياً بعد التسليم، وهو ما يعرف بالضمان العشري أو الضمان الخاص (ضمان العشر سنوات).

لذلك، أصبح من الأهمية بمكان، أن توجد جزاءات على المقاولين الذين يخْلُون بمواصفات ومقاييس الجودة في أعمالهم، لضمان تحقيق الأمان القانوني لأصحاب العمل، من أي أضرار ناتجة عن العمل، ولو حدثت بعد التسليم. ورغم تشدد المشرع اليمني في التشريعات المتعلقة بعمليات البناء - حيث ألزم المقاولين والمهندسين بضمان المنشآت المعمارية التي يقيمونها - إلا أننا لمسنا بعض القصور في نصوص القانون المدني المتعلقة بعقد المقاول في التزامات المقاول الخاصة بضمان المقاول والمهندس، الأمر الذي دفعني لبحث ودراسة ضمان المقاول والمهندس المعماري لسلامة البناء للوقوف على أوجه القصور وتحديدها والتوصية بمعالجتها.

## أولاً: مشكلة البحث:

تظهر مشكلة البحث في أن هذا الفرع من فروع الأعمال الإنشائية لم يحظ بالدراسة القانونية المتخصصة اللازمة من قبل أساتذة القانون الخاص، على الرغم من أهميته الكبيرة، أضف إلى ذلك أن المقنن اليمني أبقى النصوص المحددة لمسئولية المقاولين والمهندسين كما هي في مواد محددة منذ صدور القانون المدني الملغى، فلم تمتد إليها يد التعديل أو التغيير، بل بقيت جامدة كما هي، متجاهلة التطور الحاصل في مجال البناء والتشييد، الأمر الذي سهل معه الإفلات - في كثير من الأوجه - من قبضة تلك النصوص من قبل ممارسي هذا النشاط.

كما تظهر مشكلة البحث أيضاً - من خلال مشاهدي الشخصية - في عدم التزام المقاول بضمان المشاريع، أو تهريبه من الالتزام بأحكام هذا الضمان، حيث أن أغلب المشاريع في اليمن لا تسير وفق إجراءات قانونية صحيحة، وذلك يسبب قلقاً للمواطنين وأرباب العمل، لا سيما عند حدوث أضرار جسيمة في تلك المشاريع.

#### ثانياً: أهمية البحث:

تظهر أهمية موضوع البحث من الأهمية التي تكتسبها عقود البناء، كونها تمثل الوسيلة الفعالة لنمو وازدهار القطاع الإنشائي، ويترتب عليها الضمانات التي تكفل التنفيذ الأمثل للمشاريع.

كما تظهر أهمية هذا البحث في بيان الضمانات القانونية التي كفلها المشرع لتجنب الأضرار التي يمكن أن تحدث نتيجة لتنفيذ هذه المشاريع.

وتظهر أهمية هذا الموضوع أيضاً في تسليط الضوء على أوجه القصور في نصوص القانون المدني المتعلقة بعقد المقاولة في التزامات المقاول الخاصة بضمان المقاول والمهندس، والخروج بالتوصيات المناسبة لمعالجتها.

#### ثالثاً: أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يلي:

1. بيان نطاق التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان.

2. توضيح طبيعة أحكام الضمان العشري.

3. دراسة الآثار المترتبة على الضمان العشري.

#### رابعاً: منهج البحث:

اعتمدت في إعدادي لهذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، مستخلصاً الأفكار المتصلة بالبحث من المؤلفات والرسائل والأبحاث العامة والمتخصصة، كما استخدمت المنهج المقارن، لإجراء المقارنة بين القانون المدني اليمني ونظيره المصري، لمعرفة وجهة نظر كل منهما بالجزئيات المختلفة للبحث، بالإضافة إلى الرجوع لأحكام القضاء المصري والقليل من أحكام القضاء اليمني لمعرفة اتجاههما في القضايا المثارة التي اشتمل عليها البحث.

خامساً: خطة البحث: تسير دراستنا لضمان المقاول لسلامة البناء من خلال مبحثين، وتنتهي بخاتمة، على النحو الآتي:

المبحث الأول: نطاق التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: القواعد العامة للضمان.

المطلب الثاني: أحكام الضمان الخاص للمهندس المعماري ومقاول البناء.

المبحث الثاني: أحكام الضمان العشري، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: طبيعة أحكام الضمان العشري.

المطلب الثاني: آثار الضمان العشري.

## المبحث الأول

### نطاق التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان

الضمان من الالتزامات التي تترتب على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء بمقتضى عقد المقاولة، حيث يضمن العيوب التي تهدد سلامة البناء وماتنته، سواءً في المادة التي يقدمها، أو في العمل الذي نفذه، وبناءً على ذلك وضع المشرعان - اليمني والمصري - أحكاماً خاصة في ضمان المهندس ومقاول البناء للمباني والمنشآت الثابتة التي يقيمتها، خرج فيها عن القواعد العامة للضمان في عقد المقاولة بوجه عام، والسبب يرجع إلى حسامة الأضرار التي يمكن أن تترتب على خطأ أو إهمال في تنفيذها، سواءً بالنسبة لطرفي العقد أو بالنسبة للغير، ومن أجل ذلك شدد المشرعان - اليمني والمصري - على المسؤولية الملقاة على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء في مجال البناء والتشييد المعماري، وقبل دراسة أحكام الضمان الخاص بالمهندس المعماري ومقاول البناء سنتكلم عن القواعد العامة للضمان. وذلك من خلال مطلبين:

### المطلب الأول

#### القواعد العامة للضمان

يشمل التزام المهندس المعماري ومقاول البناء بالضمان مسؤوليته عقدياً عن جودة أمرين أولهما: ضمان المادة التي قدمها من عنده واستخدامها في العمل، وثانيهما: ضمان الصنعة التي قام بها تنفيذاً للعمل محل المقاولة، وعليه تتحقق مسؤوليتهما عن الإخلال بهذا الالتزام الذي يحكم هذا العمل في أي منهما. ولذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

### الفرع الأول

#### ضمان المقاول أو المهندس المعماري للمادة التي يقدمها

قد يلتزم المقاول أو المهندس المعماري بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، لذلك يجب أن تكون هذه المادة مطابقة للشروط المنصوص عليها في عقد المقاولة من حيث الجودة والمواصفات المتفق عليها، ويكون المقاول ملزماً بالضمان عن أي عيوب تظهر على المادة التي وردها، إلا أن هذا لا يعني أن المقاول يُعفى من تحمل المسؤولية إذا كان رب العمل هو من قدم المادة، وهذا ما سيتم معرفته من خلال التفرقة بين حالتين:

## الحالة الأولى: ضمان المقاول والمهندس المعماري للمادة التي يقدمها:

تنص المادة (876) مدني يمضي على أنه: "إذا التزم المقاول بتقديم المواد اللازمة للعمل كان مسؤولاً عن جودتها وأوصافها بحسب العقد، وعليه ضمان ذلك لرب العمل"، وفي هذا السياق نصت المادة (648) مدني مصري على أنه: "إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسؤولاً عن جودتها، وعليه ضمانها لرب العمل". كما نصت المادة (877) مدني يمضي بأنه: "يلتزم المقاول على نفقته بتقديم المواد الإضافية المعتادة التي يحتاج إليها في إنجاز العمل المتفق عليه مع مراعاة ما أشرت في العقد أو عرف الحرفة"، ويقابلها في الصياغة المادة (2/649) من القانون المدني المصري.

من النصوص السابقة، يتضح إن المشرعين اليمني والمصري قد ألزما المقاول بضمان عيوب المواد التي قام بتوريدها أو تصنيعها، والمستخدم في عملية التشييد والبناء الذي قام به. وبالتالي لا يستطيع أن يدفع مسؤوليته في مواجهة رب العمل بخطأ من ورد إليه هذه المواد، بمعنى أنه لا يمكن أن يُعفى من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وخطأ المورد لا يعتبر سبباً أجنبياً<sup>(1)</sup>؛ فالعلاقة بين المقاول ورب العمل علاقة عقدية يحكمها عقد المقاولة، أما العلاقة بين المقاول والمورد أو المنتج فهي علاقة عقدية أيضاً لكنها تستند إلى أحكام عقد البيع، فمسئولية المورد أو المنتج أمام المقاول مسؤولية البائع بضمان العيوب الخفية لمدة سنة من وقت العلم بالعيوب، وفقاً لأحكام المادة (550) مدني يمضي، والمادة (1/452) مدني مصري، ما لم يتفق المتعاقدان على مدة ضمان أطول. أما بالنسبة للعلاقة بين رب العمل والمورد أو المنتج فهي علاقة غير مباشرة، لأنهما من الغير بالنسبة له، ولا يستطيع الرجوع عليهما بما يشوب مواد البناء من عيوب، إلا وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية باعتبار عملهما سبب ضرراً له، وذلك طبقاً لأحكام المادة (304) مدني يمضي والمادة (163) مدني مصري.

مما تقدم، يتضح إنه عندما يلتزم المقاول بتقديم المواد اللازمة لعملية البناء يكون مسؤولاً عن جودتها وأوصافها حسب نصوص وشروط العقد إن وجدت، ما لم بحسب عرف الحرفة - أي العمل - وطبقاً لما توجه أصول ذلك الفن، فإذا لم يستطع استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، فيجب أن تكون هذه المواد من صنف متوسط طبقاً لما نصت عليه المادة (191) مدني يمضي والمادة (2/133) مدني مصري.

والجدير بالذكر في هذه الحالة، فإن القانون المدني اليمني قد ألزم المقاول في جميع الأحوال بتقديم المواد الإضافية للعمل، أي ولو كان رب العمل هو من يقع عليه تقديم تلك المواد، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ما نصه: "يلتزم المقاول - دائماً - بتقديم

(1) د. عبد الملك عبد الكريم محمد مطهر، التزامات المقاول والمهندس ومسئوليتها في عقد المقاولة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001م، ص498.

المواد الإضافية غير الأساسية؛ كالخيوط، والمسامير، والسقالات التي يحتاج إليها في تنفيذ العمل، وذلك مع مراعاة ما اتفق عليه وعرف الحرفة<sup>(1)</sup>. ويقع على رب العمل عبء إثبات عيوب المواد المستخدمة في العمل، كما تسقط دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل، ما لم يلتزم المقاول بالضمان لمدة أطول<sup>(2)</sup>.

### الحالة الثانية: مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن المادة التي يقدمها رب العمل:

نصت المادة (875) مدني بمبني بأنه: "إذا قدم رب العمل للمقاول المواد اللازمة يلزم المقاول الحرص عليها ومراعاة أصول الفن والصناعة في استخدامها، وتقديم حساب عما استعمل، ورد الباقي منها لرب العمل، ويضمن المقاول ما ينشأ عن النقص في كفاءته الفنية أو تعديده أو تقصيره أو إهماله من تلف أو خسارة"، وفي نفس السياق نصت المادة (1/649) مدني مصري، تعالج هاتان المادتان حالة ما إذا كان رب العمل هو من يقدم المادة اللازمة لإنجاز العمل محل عقد المقاولة، ففي هذا الفرض ألزم القانون المقاول بالمحافظة على تلك المواد المسلمة إليه من رب العمل، وعليه أن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد، وإلا كان مسئولاً عن أي تلف أو هلاك يصيبها، بحيث إذا أقتضى الأمر لحفظها نفقات فيلتزم بها المقاول باعتبارها جزءاً من النفقات العامة التي أدخلها في حسابانه عند تقدير أجره<sup>(3)</sup>. وكذلك يلتزم المقاول - وفقاً للنص آنف الذكر- بأن يؤدي لرب العمل حساباً عما استعمله من تلك المواد والفائض منها، مع التزامه برد ما بقي منها لرب العمل. ولما كان المقاول ذا خبرة في أصول مهنته، فإنه يقع عليه التزام آخر هو التحقق من المواد المقدمة من رب العمل، ومدى صلاحيتها للاستخدام، فإذا ظهر بتلك المواد عيوب أو اكتشف المقاول أنها لا تصلح لتنفيذ محل عقد المقاولة، فإن ذلك لا يعفي المقاول من المسؤولية نهائياً؛ إذ عليه - قبل استخدام هذه المواد - التحقق من صلاحيتها، ومن ثم إخطار رب العمل بذلك، وإلا صار مسئولاً عما قد يترتب على إهماله من نتائج<sup>(4)</sup>، فإذا حدث عيب أو خلل في البناء جراء استخدام هذه المواد طبقت أحكام الضمان العشري<sup>(5)</sup>. وبما أن العلاقة بين رب العمل والمورد أو المنتج علاقة تعاقدية يحكمها عقد البيع، فيعتبر المورد أو المنتج بالنسبة للمقاول من الغير، وبالتالي إذا

(1) المدكرة الإيضاحية من القانون المدني اليمني الكتاب الثالث، طبعة المطبعة القضائية في المعهد العالي للقضاء، ص527.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، ج7، دار الشروق، مصر، 2010، ص84.

(3) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2، 2002م، ص102.

(4) د. عبد الملك عبد الكريم مطهر، مرجع سابق، ص500، د. قدرى الشهاوي، مرجع سابق، ص103.

(5) المراد بالضمان العشري المسؤولية الملقاة على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء بمقتضى عقد المقاولة، حيث يضمن كليهما بتعويض رب العمل عن كل إخلال بالالتزامات العقدية والقانونية الناتجة عن حدوث تدمر كلي أو جزئي في البناء أو المنشأ الثابت أو ظهور عيب معتبر قانوناً خلال مدة الضمان (ضمان العشر سنوات)، لذلك يسمى بالضمان العشري.

كان العيب الموجود بالمواد التي قدمها رب العمل خفياً بحيث لم يتمكن المقاول من كشفه، فمن شأن ذلك أن يعفي المقاول من المسؤولية، باعتبار أن الخطأ صادر عن الغير، وعليه فيحق لرب العمل أن يرجع بالضمان على المورد، وفقاً لأحكام ضمان العيوب الخفية في المبيع. نخلص مما تقدم، إن القانون قد بين مسؤولية المقاول، بحيث يصير مسؤولاً مسؤولية عقدية قوامها الخطأ المتمثل في عدم تحقق النتيجة المقصودة من العقد، ومخالفة أحكامه، وبالتالي تتحقق تلك المسؤولية إذا خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها أو انحرف عن أعراف الحرفة والفن، أو أساء اختيار المادة التي قدمها، أو لم يبذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة على المادة التي قدمها له رب العمل، أو ثبت عدم كفاءته، أو تقصيره، أو إهماله، مما أدى إلى حدوث التلف والخسارة.

### الفرع الثاني

#### ضمان المقاول والمهندس المعماري لعيوب الصنعة

إذا كان المقاول ضامناً للمواد التي يقدمها فمن باب أولى أن يكون ضامناً لأي عيب يقع في صنعته «أي عمله»؛ فالمقاول يكون مسؤولاً عن جودة العمل الذي يتولى تنفيذه، وملتزماً بإنجازه بالطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة، وطبقاً لشروط العقد أو طبقاً للعرف حال عدم وجود اتفاق يتناول تلك الشروط، التي تتفق مع أصول الفن والصناعة للعمل الذي يباشره، وإلا أضحي المقاول مسؤولاً عن عيوب الصنعة<sup>(1)</sup>. وفي هذا الصدد يجب أن نفرق بين حالتين:

#### الحالة الأولى: حالة اكتشاف رب العمل العيب قبل أن يتسلم العمل أو أن يتقبل العمل، فإن لرب العمل طلب التنفيذ العيني، أي

إصلاح العيب إذا كان إصلاح العيب ممكناً، وطلب إلزام المقاول بشروط العقد وتصحيح العمل خلال مدة معقولة، فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل الفسخ والترخيص له بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول. وهذا ما صرح به المادتين (878) من القانون المدني اليمني والمادة (1/650) من القانون المدني المصري، بالقول أنه: "يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا تبين أنه يقوم بما تعهد به على وجه معيب أو مناف للشروط فيجوز لصاحب العمل فسخ العقد في الحال إذا كان إصلاح العمل غير ممكن، وأما إذا كان الإصلاح ممكناً فيجوز لصاحب العمل أن يطلب من المقاول أن يلتزم بشروط العقد، ويصحح العمل ضمن مدة معقولة، فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد، والترخيص له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول".

#### الحالة الثانية: حالة تسلم رب العمل الشيء أو تقبل العمل، قبل اكتشاف العيب، ثم تم اكتشافه فيما بعد، فيألى أي مدى يتحقق

(1) د. قدرى عبد الفتاح الشهراوي، أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 149.

ضمان المقاول؟ للإجابة عن هذا السؤال يجب الرجوع إلى القواعد العامة للضمان، والتي تقضي بوجود التمييز بين ثلاثة فروض:

### الفرض الأول: كون العيب في الصنعة من الوضوح بمكان بحيث يمكن للشخص العادي كشفه إذا عاينه: في هذه الحالة

يفترض أن رب العمل قد تسلم الشيء، وتقبل العمل بصورته معيماً، وأنه نزل عن حقه في الرجوع على المقاول بصدد هذا العيب؛ لأنه كان يمكنه استيضاح هذا العيب لو أنه بذل عناية الرجل العادي في كشفه<sup>(1)</sup>، وهكذا ينقضي ضمان المقاول للعيب في الصنعة بمجرد تسلم رب العمل الشيء أو تقبله للعمل، لأنه سقط حقه في الخيار بمجرد السكوت عن العيب بعد العلم به وهو ما نصت عليه المادة (248) من القانون المدني اليمني، والمادة (2/447) من القانون المدني المصري.

### الفرض الثاني: كون المقاول قد سعى إلى إخفاء العيب غشاً منه في الشيء: فالفرض هنا أن رب العمل لم يستطع كشف العيب

وقت تسلم الشيء، أو تقبل العمل، وحينئذٍ يكون المقاول مسؤولاً عن غشه، وبمجرد أن يكشف رب العمل العيب يكون له الحق في الرجوع على المقاول بالضمان<sup>(2)</sup>، ويقع على رب العمل عبء إثبات عيوب العمل أو عيوب المواد المستخدمة فيه، ومتى أثبت رب العمل ذلك كان المقاول مسؤولاً عن هذه العيوب، ويتحقق ذلك العيب بمجرد عدم تحقق النتيجة، وهي كون العمل غير مطابق لما هو متفق عليه أو لما توجهه أصول الصناعة والفن<sup>(3)</sup>، ويلزم لذلك أن تكون المطالبة بالضمان خلال ثلاث سنوات من كشف العيب، على اعتبار أن المقاول مسؤولاً مسؤولية تقصيرية محدثاً فعلاً ضاراً برب العمل، وبالتالي لا تسمع دعوى التعويض عن الفعل الضار بعد مضي ثلاث سنوات من يوم العلم بالضرر أو من تاريخ سقوط الدعوى الجنائية، ويؤكد ذلك نص المادة (200) مدني يعني بالقول: "لا تسمع الدعوى بطلب إبطال العقد أو نقضه بعد مضي ثلاث سنوات مع عدم وجود مانع أو جهل بسبب البطلان... وتبدأ المدة في حالي الغلط والتدليس «التغريز» من اليوم الذي ينكشف فيه".

### الفرض الثالث: كون العيب خفياً بحيث لا يمكن كشفه وقت تسلم أو تقبل العمل، ولم يخفه المقاول غشاً منه: في هذا

الفرض لا يمكن الجزم بأن قبول رب العمل لذلك العمل مبرئاً للمقاول من الضمان، ذلك وإن كان القبول يعتبر موافقةً على العمل الذي قام به المقاول وإقرار منه بأن العمل مطابقاً لما هو متفق عليه، إلا أنه لا يمكن أن تفيد هذه الموافقة التنازل عن حقه في الرجوع بالضمان على المقاول إذا ظهر عيب فيما بعد ما دام لم يكن يعلم به، ولم يكن في وسعه أن يكتشفه، وبالتالي لا يعفى المقاول من الالتزام بضمان العيوب الخفية سواء كانت متعلقة بالمواد المستخدمة في العمل التي وردها المقاول أو بالعمل نفسه الذي قام به. وهنا يجب على رب العمل

(1) لم يرد النص في هذا الشأن في الأحكام الخاصة بالتزامات المقاول التي نضمها القانون المدني اليمني.

(2) د. قدرى الشهاوي، أحكام عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 150.

(3) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2، 2008، ص 151.

إخطار المقاول بالعيب فور اكتشافه، وإلا سقط حقه في الخيار بمجرد سكوته عن العيب.

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني اليميني، فإنني لم أجد نصاً يوضح حكم هذه الحالة في شأن ضمان المقاول، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن هذه الحالة ينطبق عليها خيار العيب، وتبين أحكام هذا الخيار، بأنه يلزم رب العمل القيام بفحص العمل بعد تسلمه من المقاول، فإذا ظهر فيه عيب ثبت له الخيار في التعويض عن العيوب الحادثة بالعمل، ويشترط لذلك الشروط التالية:

**الشرط الأول:** أن يكون العيب قديماً بحيث يكون وجوده في العمل سابقاً على التسليم.

**الشرط الثاني:** أن يكون العيب خفياً، بحيث يكون العيب مما لا يظهر عند الفحص، أو يكون المقاول قد كتمه عن رب العمل، ما لم يكن من العيوب التي لا يطلع عليها إلا بتغير ذات الخلل.

**الشرط الثالث:** أن يكون العيب مما يفوت غرض رب العمل من العمل أو ينقص قيمته.

**الشرط الرابع:** ألا يكون رب العمل يعلم بالعيب قبل التسليم أو كان قد قبل العيب بعده، وسكت عنه.

**الشرط الخامس:** يجب الرجوع على المقاول بالتعويض عن العيوب في الصنعة في مدة معقولة، وإلا سقط حقه بالرجوع على المقاول بالضمان، وهذا مضمون المواد من (242-248) من القانون المدني اليميني. أما بالنسبة لنص المادة (878) الوارد في الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الثالث، تحت عنوان (التزامات المقاول) والذي ينص على أنه: "يجب على المقاول إنجاز العمل وفقاً لشروط العقد، فإذا تبين أنه يقوم بما تعهد به على وجه معيب أو منافٍ للشروط، فيجوز لصاحب العمل فسخ العقد...". فهذا النص وإن كان قد ذكر أنه إذا تبين لرب العمل العيب فعليه طلب المقاول بإصلاح العيب - إذا كان ممكناً - خلال مدة معينة، إلا أنه لا يعالج هذه الحالة التي نحن بصدددها، وقد ذكرت النص في الحالة الأولى فهو نص خاص باكتشاف العيب أثناء العمل، أي قبل تسليمه لرب العمل، ومما يؤيد ذلك تكملة ذلك النص الذي جاء فيه: "فإذا انقضى الأجل دون التصحيح جاز لصاحب العمل أن يطلب من المحكمة فسخ العقد والترخيص له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإتمام العمل على نفقة المقاول الأول".

## المطلب الثاني

## أحكام الضمان الخاص بالمهندس المعماري ومقاول البناء

إن القوانين المدنية تضع أحكاماً خاصة لما يصيب البناء من تدمر أو ما يظهر فيها من عيب يرقى إلى درجة معينة من الخطورة خلال مدة معينة من الزمن، ومن ثم فإن هناك نطاقاً خاصاً محدداً تنطبق في حدوده أحكام الضمان الخاص للمهندس المعماري ومقاول البناء وفقاً للقواعد المقررة في المادة (881) مدني يميني، ويقابلها في الصياغة المادة (651) مدني مصري وما بعدها، بمعنى أن هناك أشخاصاً مسؤولين عن الضمان، كما أن هناك أشخاصاً مستفيدين من هذا الضمان، ولبيان ذلك نعرض في الفرع الأول النطاق الشخصي لضمان المهندس والمقاول لسلامة البناء، وفي الفرع الثاني النطاق الموضوعي لضمان المهندس والمقاول لسلامة البناء على النحو الآتي:

## الفرع الأول

## النطاق الشخصي لضمان المهندس والمقاول لسلامة البناء

عرفت المادة (874) من القانون المدني اليمني عقد المقاولة بأنه: "عقد بين شخص وآخر يلتزم فيه أحدهما - وهو المقاول - بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً في مقابل أجر يلتزم به الآخر وهو رب العمل، وسواء قدم رب العمل المواد اللازمة للعمل من عنده أم ألتزم المقاول بتقديم العمل والمواد اللازمة له معاً". ويقابلها في الصياغة المادة (646) من القانون المدني المصري<sup>(1)</sup>.

ومن الملاحظ، إن المشرع اليمني في المادة السابقة قد ضمن إلى جانب تعريف عقد المقاولة حكم تقديم المواد اللازمة للعمل، بينما أفرد المشرع المصري مادة مستقلة لتعريف عقد المقاولة وأخرى لتقديم المواد اللازمة للعمل، لذا يتعين على المشرع اليمني أن يحدد حذو المشرع المصري<sup>(2)</sup>، وذلك بالفصل بين تعريف عقد المقاولة وحكم تقديم المواد اللازمة كلاً في مادة مستقلة، ليسهل الرجوع إليها بالتطبيق والتعديل.

كما أن المشرع اليمني في القانون المدني قد جاء خالياً من تعريف المقاول مقتصرًا على تعريف عقد المقاولة سالف الذكر، وكذا قانون البناء اليمني لم يعرف المقاول، غير أن قانون المناقصات والمزيادات اليمني<sup>(3)</sup> عرف المقاول في المادة (2) منه بأنه: "من يتعهد بمقتضى عقد المقاولة أن يصنع شيئاً أو ينفذ عملاً بمقابل"، كما عرف القانون ذاته<sup>(4)</sup> المهندس الاستشاري بأنه: "أي شخص مؤهل للقيام بالخدمات

(1) نصت المادة (646) مدني مصري على أن عقد المقاولة: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو إن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

(2) المادة (646) والمادة (647) من القانون المدني المصري.

(3) المادة (2) من قانون المناقصات والمزيادات والمخازن الحكومية اليمني رقم (23) لسنة 2007.

(4) المادة (2) من قانون البناء اليمني رقم (19) لسنة 2002م.

الاستشارية تم اختياره وفقاً لهذا القانون<sup>(1)</sup>، بينما عرفت المادة (2) من قانون البناء اليمني<sup>(2)</sup> المهندس بأنه: "أي مهندس معماري أو إنشائي معتمد من الجهة المختصة يقوم بإعداد التصاميم أو يعهد إليه بالإشراف على أعمال البناء". ونظراً لخصوصية هذا النوع من المسؤولية (الضمان العشري)، فإنها تطبق على دائرة معينة من الأشخاص دون غيرهم، وهذه الدائرة تتحدد من حيث الأشخاص المسؤولين عن الضمان، والأشخاص المستفيدون من أحكام هذه المسؤولية الخاصة على النحو التالي:

### أولاً: المدينون بالضمان:

نصت المادة (881) مدني يمني على أنه: "يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من خلل مضر أو تدهم كلي أو جزئي فيما شيده من مبانٍ أو أقاما من منشآت ثابتة"، كما نصت الفقرة الأولى من المادة (651) مدني مصري على أنه: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تدهم كلي أو جزئي فيما شيده من مبانٍ أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى".

ويتضح من ذلك، إن المشرع اليمني ذكر المقاول والمهندس بدون أن يحدد صفة المهندس، أي أن النص جاء عاماً يشمل المهندسين المعماريين والمدنيين الذين يتصل تخصصهم بعملية البناء والتشييد، كمن يصنع من هؤلأء- على سبيل المثال- الرسوم الإنشائية أو التنفيذية للمبنى، وقد أكدت ذلك المادة (15) من قانون البناء اليمني، حيث لم تحدد صفة المهندس عندما طلبت من رب العمل أن: "يعهد إلى مهندس أو مكتب هندسي بالإشراف على تنفيذ الأعمال المرخص لها"، بمعنى أنها أغفلت لفظ المعماري. أما المشرع المصري فقد جعل المسؤولية عن هذا الضمان في المادة (651) مدني مصري محصورة في المهندس المعماري والمقاول فقط<sup>(3)</sup>.

وعلى ذلك، فإن المسؤولين عن الضمان العشري في القانون المدني المصري هما: المقاول والمهندس بمعناه الواسع، ليشمل كل المهندسين المشاركين في عملية البناء، فإذا اشترك عدد من المهندسين في القيام بهذه الأعمال فكلٌ منهم ملتزم بالضمان في حدود العمل

(1) وفقاً لهذا التعريف فالمهندس الاستشاري شخص متخصص يتمتع بصفات غير عادية و متميزة عن أي مهندس آخر، وبناءً عليه فإنه يخرج من نطاق المسؤولية المهندس والمقاول الذي لا يجمع الشروط التي تتطلبها القانون اليمني فيمن يصنف مهندس استشاري ويسجل في نقابة المهندسين بهذه الصفة، وكذلك المقاول الذي يقوم بتنفيذ الأعمال أن يسجل ويصنف ضمن المقاولين اليمنيين أو المصريين.

(2) قانون البناء اليمني رقم (19) لسنة 2002م.

(3) غير أن المادة (53) من قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008 بشأن تنفيذ الأعمال المرخص بها قد أضافت إلى جانب المهندس المعماري المهندس المدني، وذلك بخصوص التزام المالك بأن يعهد إلى مهندس نقابي أو مكتب هندسي معماري أو مدني بالإشراف على تنفيذ الأعمال، كما طالبت بالرجوع إلى اللائحة التنفيذية لبيان الحالات التي يلزم فيها الاستعانة بأكثر من مهندس نقابي أو مكتب هندسي متعدد التخصصات تبعاً لنوعية الأعمال المرخص بها، فالضمان العشري بموجب هذا القانون مقصوراً على المهندسين المعماريين فقط، إلا أنه يمتد أيضاً إلى المهندسين المدنيين الذين لهم صلة بأعمال البناء. أنظر: د. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المستثمرين بعد تمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص 43.

الذي قام به<sup>(1)</sup>. وقد نصت المادة (879) مدني يعني على أنه: "يجوز أن يكلف أحد المهندسين بوضع تصميم مع الرقابة على تنفيذ المقاول له أو بدون ذلك، فإذا اقتصر عمله على وضع التصميم فلا يسأل إلا عن العيوب التي تنشأ عنه"، ويقابلها في القانون المدني المصري المادة (652):

يتضح من النصين، إنه إذا اقتضت مهمة المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على تنفيذ العمل فإنه لا يسأل عن تهم البناء أو عما يظهر فيه من عيوب إلا إذا ثبت أن ذلك يرجع إلى التصميم الذي وضعه، ويقع على عاتق رب العمل عبء إثبات أن العيب يرجع إلى التصميم.

على أنه يشترط لتطبيق أحكام المادة (881) مدني يعني، والمادة (651) مدني مصري، أن يكون المقاول والمهندس المعماري مرتبطاً مع رب العمل بعقد مقاول، بمعنى أنه من أجل مسائلة المقاول والمهندس المعماري عن ضمان ما يحدث من تهم كلي أو جزئي في المباني التي يشيدها أو المنشآت الثابتة التي يقيمها، أو ما يوجد من عيوب تهدد سلامة المباني والمنشآت، أو متانتها بعد الإنجاز والتسليم، فإنه لا بد أن يكون هناك عقد مقاول، أي أن يكون ملتزماً بالقيام بوضع التصميم والإشراف على العمل في مقابل أجر، إلا أنه لو قام بهذا العمل مجاناً لخدمة لرب العمل، أو قام به بناءً على عقد آخر غير المقاول، أو كان العمل تحت إشراف ورقابة رب العمل فإنه يعتبر عاملاً لا مقاولاً، وبالتالي لا يكون مسؤولاً بالضمان العشري وفقاً للمادة (881) مدني يعني، والمادة (651) مدني مصري.

كذلك إذا كلف المقاول الأصلي مقاولاً من الباطن بإنجاز العمل كله أو بعضه فإن المقاول من الباطن لا يكون مسؤولاً بالضمان تجاه رب العمل لعدم وجود رابطة عقدية بينهما، كما أنه لا يخضع للضمان العشري تجاه المقاول الأصلي<sup>(2)</sup> نظراً لتخلف الحكمة المقصودة من تشديد الضمان في صالح رب العمل.

ويجوز لرب العمل أن يعهد بالعمل إلى عدة مقاولين، فيعهد إلى مقاول بالأساسات، وإلى آخر بالنجارة، وإلى ثالث بأعمال السباكة؛ فكل واحد منهم يعتبر مقاولاً في حدود الأعمال التي يقوم بها، وملتزماً بالضمان في تلك الحدود<sup>(3)</sup>.

(1) ويقصد بالمهندس المعماري: الشخص المكلف من قبل رب العمل بإعداد الرسوم والتصميمات اللازمة لإقامة المباني أو غيرها من المنشآت الثابتة الأخرى، وقد يكلف بالإشراف على تنفيذ العمل ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه. يُنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص 91.

(2) عمرو بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2004، ص 151.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 52.

إلا أنه لا يسأل بالضمان العشري من يقتصر عمله على القيام بأعمال لا تهدد سلامة البناء أو متانته، إذا تمت معيبة، كمقاول الدهان والبياض، ويكتفي بأن تحكمها القواعد العامة في المسؤولية العقدية، والسبب في ذلك أن هذه الأعمال إذا كان تنفيذها معيباً لا يترتب على ذلك حدوث تدمر كلي أو جزئي في البناء ولا يهدد سلامة البناء ومتانته أو يخل في أدائه للغرض الذي أنشئ من أجله<sup>(١)</sup>. وقد يستخدم المقاول معاونين أو مساعدين في إنجاز بعض الأعمال، فيكون مسؤولاً عن أعمالهم ويلتزم بضمان هذه الأعمال، كما لو كانوا مقاولين من الباطن، وفقاً لمسؤولية المتبوع عن التابع، وتكون مسؤوليته بالضمان كما لو كان هو الذي قام بها<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: المستفيدون من الضمان:

يقع في مقدمة الأشخاص المستفيدين - وفقاً لقواعد المسؤولية الخاصة - رب العمل المرتبط بعقد مقولة مع المهندس المعماري أو مقاول البناء، ومن ثم فإن رب العمل هو المستفيد الأول من أحكام الضمان العشري<sup>(٣)</sup>، لأنه هو الذي يصاب بالضرر من جراء تدمر البناء، أو من جراء ظهور عيب يهدد متانة البناء وسلامته، فيستطيع أن يرجع بضمان هذه الأضرار على المقاول أو المهندس أو هما معاً تبعاً لظروف الحال<sup>(٤)</sup>.

ويقع على رأس الأشخاص المسؤولين عن تدمر البناء، أو تعييبه - وفقاً لأحكام المسؤولية الخاصة - المهندس اللذان يباشران عملية البناء، ويكونان مرتبطين مع رب العمل بعقد مقولة، وقد يكون رب العمل هو المالك للمبنى أو المنشأة، لكن الحال يمكن أن يختلف أحياناً، إذ تتولى هيئة أو وزارة أو شركة التعاقد مع مقاول على بناء وحدات سكنية بهدف تملكها لأشخاص آخرين<sup>(٥)</sup>.

وهنا يثار تساؤل عن المستفيد في رفع دعوى الضمان العشري، هل هو رب العمل الشخص المعنوي؟ أم هم الملاك لهذه المباني؟

دعوى الضمان العشري تكون من حق رب العمل، ومن ثم تنصرف آثار عقد المقولة الواردة على المباني والمنشآت الثابتة الذي يكون رب العمل طرفاً في هذا العقد، وبناءً على ذلك فإن دعوى الضمان العشري تكون من مستلزمات البناء؛ لأن من شأنها تقويته، ومن ثم فهي ترتبط به، وتنتقل إلى المالك مع انتقال ملكية البناء. وعليه فإنه يجب التفرقة بين حالتين:

(1) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقولة، مرجع سابق، ص 160.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 92.

(3) رب العمل هو ذلك الشخص الذي يشيد البناء أو تقام المنشأة الثابتة لحسابه، سواءً أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، خاصاً أو عاماً، ولا يشترط في وصف رب العمل بهذه الصفة أن يكون قد أبرم عقد المقولة بنفسه، وإنما يكفي أن يكون هذا العقد قد أبرم باسمه ولحسابه الخاص عن طريق من ينوب عنه. د. محمد ناجي ياقوت، المسؤولية عن البناء، ندوة حول اختيار المباني أثناء الكوارث، جامعة عين شمس، القاهرة، 1993، ص 20.

(4) عبد الله محمد حنظل، آثار عقد المقولة في القانون اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المصري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، 2014م، ص 115.

(5) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديد للنشر، القاهرة، بدون تاريخ النشر، ص 82.

**الأولى:** قبل تسليم الوحدات السكنية للمستفيدين وتحديد الملاك من قبل الوزارة أو الهيئة أو الشركة تكون هي صاحبة الحق في رفع

دعوى الضمان العشري باعتبارها رب العمل<sup>(1)</sup>.

**الثانية:** بعد تسليم الوحدات السكنية إلى المستفيدين فيمكن لهم رفع دعوى الضمان العشري بأنفسهم من خلال اتحاد الملاك،

ويستطيع هؤلاء الملاك الرجوع على رب العمل، ويحق لرب العمل الرجوع على المقاول أو المهندس في هذه الدعوى لمسئولتهما عن عيوب

البناء، أو يرجع عليهما بما تم دفعه من تعويض<sup>(2)</sup>.

وعلى ذلك، فإن دعوى الضمان العشري تنتقل إلى الخلف العام، فإذا مات رب العمل فلورثته الحق في التمسك بهذا الضمان بمقتضى

القواعد العامة<sup>(3)</sup>، باعتبارهم امتداداً لمورثهم، حيث أنتقل إليهم بوفاته الحقوق المالية التي ثبتت له في حال حياته، ومن ثم يحق لهم الرجوع

بالضمان العشري على مقاولي البناء<sup>(4)</sup>.

كما ينتقل الحق في الضمان إلى الخلف الخاص إذا انتقلت ملكية البناء في حياة رب العمل، فإن لخلفه الخاص؛ كالمشتري والموهوب

له، الحق في الرجوع على المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري؛ لأن الحق في الرجوع بالضمان عليهم يعتبر من ملحقات البناء تنتقل

معه إلى من انتقلت إليه الملكية<sup>(5)</sup>.

إلا أنه لا تسري أحكام الضمان العشري على المقاول الأصلي باعتباره رب العمل في مواجهة المقاول من الباطن، إذا عهد إليه تنفيذ

العمل كله أو بعضه، فإن المقاول الأصلي لا يستطيع التمسك بدعوى الضمان في مواجهة المقاول من الباطن<sup>(6)</sup>، ومن ثم فإن المقاول

الأصلي والمقاول من الباطن متساويان من الناحية الفنية، وعليه فلا حاجة لتقرير مسؤولية استثنائية بينهما، في حين أن رب العمل ليس لديه

خبرة المهندس أو المقاول من الناحية الفنية، وهذا الحكم تقرر صراحة في القانون المدني المصري بالفقرة الثالثة من المادة (3/651)<sup>(7)</sup>، في

حين خلا القانون المدني اليمني من نص مماثل للنص المصري.

(1) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 83.

(2) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر المعاصر، القاهرة، 1985م، ص 204.

(3) نص المادة (875) مدني يعني وما بعدها.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 93.

(5) د. محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1997م، ص 42.

(6) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 93، 94.

(7) نصت المادة (3/651) مدني مصري على أنه: "ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن".

وبناءً على ذلك، نرى إخضاع المقاول من الباطن لأحكام الضمان العشري متضامناً مع المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل؛ لأن الدوافع التي دعت المشرع اليمني إلى تقرير الحماية القانونية الاستثنائية لرب العمل كافية لأن تدفع -أيضاً- المشرع لتقرير نفس الحماية للمقاول الأصلي ضد المقاول من الباطن بحيث يستطيع الرجوع عليه بدعوى الضمان العشري متى توفر سبب هذا الرجوع.

## الفرع الثاني

### النطاق الموضوعي لضمـان المهندس والمقاول لسلامة البناء

يُعد الضمان العشري من الالتزامات التي تترتب على عاتق المقاول بمقتضى عقد المقاولة، ومن ثم فإن المقاول والمهندس المعماري يضمنا العيوب التي قد تظهر سواءً في المادة التي قدمها، أو في العمل الذي نفذاه، وعليه فإن المشرعين؛ اليمني والمصري<sup>(1)</sup> قد وضعوا أحكاماً خاصة بضمـان المهندس المعماري ومقاول البناء لسلامة المباني والمنشآت التي يشيدانها، والسبب في إفراد أحكام خاصة بمقاولات المباني والمنشآت الثابتة دون غيرها يرجع إلى جسامة الأضرار التي يمكن أن تترتب على أي خطأ أو إهمال في تنفيذها، ونبين ذلك كما يلي:

#### أولاً: الالتزام بضمـان عيوب البناء تبعاً لمعيار الارتباط بعقد مقاولة:

لتنفيذ هذا الالتزام ينبغي مراعاة ما يلي:

1. **وجود عقد مقاولة:** أورد المشرع الضمان العشري في المادتين (881 مدني يمني، و651 مدني مصري) اللتين أكدتا صراحة على قيام هذا الضمان بين المتفقين في هذا العقد، ومن ثم لا يمكن مساءلة المقاول والمهندس بالضمان العشري عما يحدث من تدهم أو ما يظهر من عيوب في المباني أو المنشآت الثابتة التي يشيدانها إلا في حالة وجود عقد المقاولة<sup>(2)</sup>، بيد أنه يكمن جوهر عقد المقاولة في استقلال المقاول في تنفيذه للعقد دون سيطرة أو إشراف أو إدارة من قبل رب العمل، أما إذا كان خاضعاً لرقابة وإشراف هذا الأخير فإن العلاقة بينهما تكون علاقة عمل ولا مجال للحديث عن الضمان العشري<sup>(3)</sup> ومن ثم فإن المسؤولية تكون تكون وفقاً لمسئولية المتبوع عن أفعال التابع، وكذا لا يسري الضمان العشري على عقود البيع؛ لأن البيع لا يرتب مثل هذا

(1) المادتان (881 مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري.

(2) قضت محكمة النقض المصرية في ذلك صراحة بقولها: "إن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل يستوعب مسؤوليته عن أخطأ التصميم أو عيب التنفيذ"، نقض مدني مصري، طعن رقم (149) لسنة 38 ق جلسة 1973/11/27م، المكتب الفني، مجموعة أحكام محكمة النقض، س24، ص1146، وقضت كذلك: "أن ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء والعيوب التي تحدث سلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين (651) (652) من القانون المدني، فهذا الضمان ينشأ عن عقد مقاولة يعهد فيه رب العمل إلى المهندس المعماري القيام بعمل لقاء أجر، فإذا تخلف عقد المقاولة فلا يلتزم المهندس تجاه رب العمل بهذا الضمان، وإنما تخضع مسؤوليته للقواعد العامة في المسؤولية المدنية"، نقض مدني مصري، طعن رقم (241) لسنة 40ق، جلسة 1975/5/21م، المكتب الفني، مجموعة أحكام النقض، س26، ص1048.

(3) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، مرجع سابق، ص116.

الضمان الخاص، فالتفرقة بين عقد المقاولة وعقد بيع البناء قيد الإنشاء يعتمد على معيار ملكية الأرض، فيكون العقد مقاولة عندما يقوم المقاول بالبناء على أرض مملوكة لرب العمل، أما في البيع لعقار مستقل أو قيد الإنشاء فإن البائع يقوم بالبناء في أرض مملوكة له. وإذا تبين أن هناك عقد وكالة أطرافه المهندس المعماري ورب العمل حيث يكلف رب العمل المهندس بالقيام ببعض التصرفات القانونية؛ كأن يكلفه بشراء قطعة أرض يقيم عليها البناء، والتعاقد مع المقاولين اللازمين لتنفيذ المشروع، ومراجعة حساباتهم، واستلام العمل بعد انجازه من المقاول وفحصه، فكل هذه الأعمال القانونية إذا قام بها المهندس المعماري فإنه يكون وكيلاً عن رب العمل فيها، وتسري بشأنها أحكام عقد الوكالة، ومن ثم فلا يجوز الرجوع بمقتضى الضمان العشري؛ لأن عقد الوكالة لا يعطي الحق في هذا الضمان. ويكون معيار التفرقة بين عقدي المقاولة والوكالة على أساس طبيعة الأعمال التي أبرم العقد من أجل تأديتها، فهي أعمال مادية في عقد المقاولة، وتصرفات قانونية في عقد الوكالة<sup>(1)</sup>. كما يجب على المقاول أخذ أجر عن عمله، فإذا قدم عمله دون أجر كان العقد من عقود التبرع لا عقد مقاولة، ومن ثم فلا يسري الضمان العشري، وإنما يسأل من قام بالعمل طبقاً للقواعد العامة، وسواءً أكان الأجر قد حدد جزافاً أو على أساس الوحدة<sup>(2)</sup>.

2. أن يكون محل العقد تشييد مبانٍ أو إقامة منشآت ثابتة: استناداً إلى العبارة الواردة بالمادة (881) مدني يعني، والمادة (651)

مدني مصري التي تقول: "فيما شيداه من مبانٍ أو أقاما من منشآت ثابتة أخرى"، نستطيع أن نحدد الأعمال التي تشكل محلاً للمسؤولية العشرية للمقاول والمهندس، والتي تتمثل في تشييد المباني وإقامة المنشآت الثابتة<sup>(3)</sup>، وهذه الأعمال بذاتها هي محل الضمان العشري للمقاول والمهندس، الأمر الذي يمكن معه القول بأنه حتى يُسئل المهندس أو المقاول بالضمان العشري أن يكون محل العقد الذي يربطهما برب العمل تشييد مبانٍ أو إقامة منشآت ثابتة أخرى.

وعلى ذلك، فإن أحكام الضمان العشري لا تسري إلا على العمليات الإنشائية الجديدة، بحيث يقتصر عليها وحدها تطبيق تلك الأحكام<sup>(4)</sup>، أما غيرها من الأعمال الأخرى كأعمال الترميم والصيانة والتوسيع والهدم فإنها لا تخضع لأحكام الضمان العشري، وإنما تطبق في شأنها القواعد العامة في المسؤولية العقدية<sup>(5)</sup>.

(1) نقض مدني مصري، الطعن رقم (223) سنة 33ق، جلسة 1967/5/16م، المكتب الفني، مجموعة أحكام النقض، س18، ص1005.

(2) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص160.

(3) يقصد بالمباني والمنشآت الثابتة أنها كل عمل أقامته يد الإنسان، وثابت في حيز الأرض، متصلاً بما اتصال قرار، عن طريق الربط ربطاً غير قابل للفك دون تعيب من بين مجموعة من المواد أيأ كان نوعها، ولا يهيم الغرض الذي أنشئت من أجله هذه الأعمال سواءً أكان للسكن أو التعليم، وأيأ كانت المواد التي صنعت منه. د. أحمد سعيد مؤمن، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1987، ص115.

(4) د. محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص213.

(5) د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

أما بخصوص أعمال الدهان والبياض والزخرفة (الديكور) فإن أغلب الفقه المصري جرى على عدم تطبيق أحكام الضمان العشري على هذه الأعمال، واكتفى بأن تحكمها القواعد العامة في المسؤولية العقدية، والسبب في ذلك أن هذه الأعمال إذا كان تنفيذها معيماً لا يترتب عليه حدوث تدمر كلي أو جزئي في البناء، ولا يهدد سلامته أو متانته<sup>(1)</sup>.

وقد ذهب أغلب الفقه المصري - والذي نؤيده - إلى أن أعمال الإصلاحات الكبيرة والترميمات وأعمال التدعيم والتعديل والتجديد والتوسعة والتعليق وأعمال الصيانة الكبيرة التي تمس الأجزاء الرئيسية للمبنى أو ملحقاته كل هذه الأعمال تخضع لأحكام الضمان العشري دون القواعد العامة<sup>(2)</sup>.

غير أن هناك من يرى إخضاع هذه الأعمال لأحكام الضمان العشري طالما لهذه الأحكام ضابط يجب توفره لإعمال الضمان العشري، وهو حدوث التهدم الكلي أو الجزئي، أو ظهور العيب الذي يهدد سلامة البناء<sup>(3)</sup> - والذي نؤيده - لأن الأعمال الواقعة على هيكل العقار من زخرفة وزينة وديكور وإضافات تجميلية قد تكون من الجسامات بحيث تفوق في تكلفتها تكلفة العقار نفسه بشرط أن يكون لهذه الأعمال تغيير جوهري في تصميم البناء أو المنشآت الثابتة.

### ثانياً: الأضرار التي يشكل تحققها سبباً لتطبيق أحكام الضمان العشري:

هناك أضرار تنتج عن عمل المهندس المعماري أو المقاول وتكون سبباً لتطبيق الضمان العشري عليها، وهذا ما سيتم معرفته من خلال البنود الآتية:

#### 1. حدوث التهدم: والهدم لغة يعرف بأنه: نقيض البناء<sup>(4)</sup>، بمعنى: انحلال الرابطة التي تربط بين أجزائه، أو بمعنى حدوث انفصال

أجزاء البناء بعضها عن بعض أو عن الأرض ذاتها، وذلك دون تدخل إرادي من الإنسان<sup>(5)</sup>.

وتتحقق مسؤولية المهندس المعماري ومقاول البناء إذا حدث تدمر في المباني التي يقيماها أو المنشآت الثابتة التي يشيدانها، سواءً

أكان التهدم كلياً أو جزئياً، أو يتمثل في عيب يلحق بالعقار يؤدي إلى تهديد وجوده وسلامته ومتانته، أو جعله غير صالح للغرض الذي

أنشئ من أجله، ومن ثم فإن أحكام الضمان العشري تتحقق على المهندس المعماري والمقاول إذا حدث شيء من ذلك، وهذا ما نصت

(1) د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(2) للمزيد يُنظر: د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 163، د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 43، د. نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 97.

(3) د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983م، ص 64 وما بعدها.

(4) مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، 1995، ص 1053.

(5) د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، مرجع سابق، ص 64 وما بعدها.

عليه المادة (881) مدني يملي بقولها: "يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من خلل مضر أو تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مباني أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى.."، ويقابلها الفقرة الأولى من المادة (651) مدني مصري<sup>(1)</sup>.

أما العيب في عملية التشييد فقد يكون راجعاً إلى عدم مراعاة الترتيب الزمني بين العمليات المختلفة المكونة للبناء<sup>(2)</sup>، وقد يكون العيب الذي أدى إلى التهدم راجعاً إلى عيب في المواد المستعملة في عملية البناء، مما أدى إلى انحلال هذه الرابطة وانفصالها؛ كأن تكون من صنف رديء لا يصلح لتأدية الغرض المقصود منها في شد وربط هذه الأجزاء للبناء بعضها ببعض، أو أعيد استعمالها مرة أخرى، أو تالفة نتيجة رطوبة<sup>(3)</sup>.

كما قد يكون العيب راجعاً إلى الأرض التي أقيم عليها البناء والمنشأ الثابت، كأن تكون غير صالحة لإقامة المشروع؛ كالأرض الهشة (الأرض الطينية)، ولم تتخذ الإجراءات الوقائية من تعميق الأساس حتى يقوم على أرض صلبة فيحدث التهدم<sup>(4)</sup>.

وبناءً على ذلك، يُسأل المقاول والمهندس عن هذا التهدم إذا حدث بسبب عيب في الأرض، إلا إذا كان عيب الأرض من العيوب التي يستحيل كشفها وفقاً لقواعد الفن المعماري، فإن ذلك يكون من قبيل القوة القاهرة، ومن ثم لا يكون المهندس مسؤولاً عنه<sup>(5)</sup>.

كذلك قد يكون العيب راجعاً إلى التصميم نفسه لعدم مراعاة الأصول الفنية في مهنة الهندسة المعمارية، ويكون من شأن هذا العيب إلحاق ضرر بالمبنى أو المنشآت الثابتة، وفي هذه الحالة يكون المهندس الذي قام بوضع هذا التصميم المعيب مسؤولاً - دون المقاول - تجاه رب العمل عن هذا التهدم<sup>(6)</sup>، إلا إذا كان العيب في التصميم يسهل كشفه لمقاول ذي خبرة عالية في مجال البناء والتشييد، ولم يُنبه إليه المهندس أو رب العمل فيكون مسؤولاً بالضمان إلى جانب المهندس في مواجهة رب العمل<sup>(7)</sup>. وعلى ذلك فإن المشرعين - اليمني والمصري - لم يشترطوا شروطاً معينة يجب توافرها في التهدم حتى يمكن معه القول بتطبيق أحكام الضمان العشري، إلا أن مجرد حدوث

(1) نصت الفقرة الأولى من المادة (651) مدني مصري بقولها: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مباني أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى...".

(2) د. محمد لبيب شنب، بحث في المسؤولية عن تهدم البناء، مرجع سابق، ص 53.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 95 وما بعدها.

(4) د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، مرجع سابق، ص 53.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 96.

(6) وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الأصل في المسؤولية عن الضمان المقرر في المادتين (651، 652) من القانون المدني أن يكون المهندس المعماري والمقاول مسئولين على وجه التضامن عن هذه العيوب طالما أنها ناشئة عن تنفيذ البناء وهي مسؤولية تقوم على خطأ مفترض من جانبها،... وبالتالي إذا كانت هذه العيوب ناشئة عن تصميم البناء دون أن يمتد إلى تنفيذه فإن الضمان يكون على المهندس واضع التصميم وحده باعتبار أنه وحده الذي وقع منه الخطأ" نقض مدني مصري، طعن رقم (1847) لسنة 59 ق جلسة 1993/11/18، المكتب الفني، مجموعة أحكام النقض، س 44، ص 224.

(7) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 102.

التهدم الكلي أو الجزئي بأي صفة كانت، سواءً أكان بسبب مادي أو قانوني، فإن ذلك، يُعد سبباً لانعقاد مسئولية المقاول والمهندس المعماري أو كليهما معاً، بشرط أن يحدث هذا التهدم خلال مدة الضمان، وألا يكون راجعاً إلى سبب أجنبي<sup>(1)</sup>.

2. **خطورة العيب:** إن الأضرار الناشئة عن العيوب الخفية التي يترتب على ظهورها تهديد متانة البناء وسلامته، هي العيوب المقصودة في نص الفقرة الثانية من المادة (881) من القانون المدني اليمني<sup>(2)</sup>، ف نطاق الضمان لا يقتصر على الأضرار الناشئة عن العيوب التي تهدد سلامة البناء وماتته، فليس من الضروري أن يتهدم البناء كله أو بعضه لتحقيق مفهوم الضرر الخطير الذي قصده المادة (881) من القانون المدني اليمني، والمادة (651) من القانون المدني المصري، بل يكفي أن يظهر عيباً يهدد سلامة البناء وماتته، وإن لم يقع التهدم بالفعل، ويستوي بعد ذلك أن يكون العيب راجعاً إلى المواد المستخدمة في العمل أو أصول الصناعة، أو في الأرض التي أقيم عليها البناء<sup>(3)</sup>.

وتكون العبرة في متانة البناء في مجموعه وسلامة أجزائه الرئيسية أو الأساسية فحسب، ومن ثم لا يُعد بالأضرار الناشئة عن العيوب التي تمس العناصر الثانوية للبناء، أو الأعمال الصغيرة فيه وحدها، بحيث لا يكون من شأنها أصلاً أن تهدد سلامة ومتانة البناء ذاته، فلا يُعد ضرراً بالمعنى المقصود لتطبيق هذا الضمان - طبقاً لصريح نص المادة (881) مدني يمني، وتقابلها الفقرة الثانية من المادة (651) مدني مصري - لخروجها عن الوصف الذي حدده المشرع لتطبيق هذا الضمان، وهو وصف التهدم وسلامة البناء وماتته<sup>(4)</sup>، بل يتخلص منها المقاول والمهندس بحصول التسليم وقبول العمل من رب العمل دون إبداء أي تحفظات عليها<sup>(5)</sup>، إلا إذا كان العيب خفياً فيكون الضمان لمدة قصيرة يحددها عرف الصناعة أو الحرفة<sup>(6)</sup>.

واعتبار العيب مما يهدد متانة وسلامة البناء من عدمه مسألة واقع يختص بتقديرها قاضي الموضوع وفقاً لظروف كل حالة على حدة<sup>(7)</sup>.

(1) د. محمد حسين منصور، المسئولية المعمارية، مرجع سابق، ص 123.

(2) نصت المادة (881) مدني يمني بأنه: "يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من خلل أو تدمر كلي أو جزئي ... ويعتبر الخلل مضرًا إذا كان يهدد متانة البناء وسلامته..."، ويقابلها الفقرة الثانية من المادة (651) مدني مصري.

(3) على سبيل المثال ما قضت به محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 149 لسنة 38 ق، جلسة 1973/11/27 م. م. ف. 24، ص 1146.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 104، 105.

(5) د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 171.

(6) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 96، 97.

(7) د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 170.

كما لا يشترط أن يكون العيب قديماً وقت قبول رب العمل له، فأحكام الضمان العشري تتناول العيوب القديمة والطارئة بعد القبول معاً، وهذا يعتبر خروجاً عن القواعد العامة في المسؤولية الناشئة عن عقد المقاولة، ومن ثم لا يضمن المقاول عيوب عمله إلا إذا كانت قديمة، أما الضمان العشري الخاص بالمقاول والمهندس فيتحقق وإن لم يثبت أن العيب كان موجوداً في المبنى وقت إقرار رب العمل له<sup>(1)</sup>، وبديهي إذا كان العيب طارئاً فلا معنى لاشتراط أن يكون العيب خفياً وقت القبول؛ لأنه لم يكن موجوداً في ذلك الوقت، أما إذا كان العيب قديماً، أي موجوداً في المبنى وقت التسليم، فإن المقاول والمهندس لا يضمنانه إلا إذا كان خفياً غير معلوم لرب العمل في ذلك الحين، ومن غير الممكن كشفه ولو بذل عناية الشخص المعتاد في فحصه ومعاينته<sup>(2)</sup>.

وعلى هذا، فإن ضمان سلامة البناء يبدو أكثر تشدداً من حيث إنه يشمل العيوب القديمة والحديثة التي تطرأ بعد التسليم خلال عشر سنوات، بل وحتى لو تفاقمت آثاره، ومن ثم يغطي الضمان كل العيوب التي تحدّد سلامة البناء ومثانته، باستثناء العيوب الظاهرة التي يعلمها رب العمل عند التسليم<sup>(3)</sup>.

3. **خفاء العيب:** المقصود بالعييب الخفي هو: "كل خلل يصيب البناء أو المنشأ الثابت تقتضي الفطرة السليمة نفيه منه، ويكون غير معلوم عادةً لرب العمل عند التسليم"<sup>(4)</sup>، وبناءً على ذلك، فإن المادة (881) مدني يعني، والمادة (651) مدني مصري اقتصر نطاق الضمان الخاص على حالة واحدة، وهي الأضرار الناشئة عن العيوب التي تحدّد سلامة البناء ومثانته ذاته دون النظر إلى المساس بالغرض الذي شيد من أجله البناء أو بعض عناصره أيًا كانت طبيعته، ليخضع ما ينطوي تحت هاتين الحالتين للقواعد العامة في المسؤولية العقدية أو العيب الخفي إن تحقق شروطها. في حين أن الفقه<sup>(5)</sup>، والقضاء المصري<sup>(6)</sup> أجمعا على ضرورة توافر هذا الشرط لإعمال الضمان العشري، أما عن العيوب الظاهرة الموجودة في البناء والمعلومة لرب العمل وقت التسليم النهائي فإن التسليم يعني المهندس المعماري والمقاول من المسؤولية عنها.

(1) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 164.

(2) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 183.

(3) د. محمد لبيب شنب، عقد المقاولة، مرجع سابق، ص 164، 165.

(4) د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 147.

(5) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 97، د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 164، 165، د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 146، 147.

(6) حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: "تسلم رب العمل البناء تسليماً خفياً غير مقيد بتحفظ ما وأن كان لا يسقط ضمان المقاول والمهندس عن العيوب الخفية التي لم يستطع صاحب البناء كشفها عند تسليم البناء، إلا أن من شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معرفه لرب العمل"، نقض مدني مصري، الطعن رقم 3246 لسنة 64ق، جلسة 1995/4/20م المكتب الفني، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص 46، ص 669.

أما عن طبيعة المعيار الذي يتم الاعتماد عليه في تقدير مدى خفاء العيب من عدمه بالنسبة لرب العمل، فإننا نتفق مع غالبية الفقه المصري<sup>(١)</sup> على الأخذ بالمعيار الموضوعي الذي يعتد بقدرة الرجل العادي من ذات الطائفة التي ينتمي إليها رب العمل في اكتشاف العيب والوقوف عليه طبقاً للعرف الذي جرى عليه العمل في هذا المجال.

### ثالثاً: مدة الضمان الخاص:

نصت المادة (881) من القانون المدني اليمني بأنه: "يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من خلل مضر أو تخدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاما من منشآت ثابتة أخرى ... ويمتد الضمان إلى ما يعتاد عرف سلامة البناء فيها، فإن لم يوجد عرف ولا اتفاق على مدة السلامة فيكون إلى عشر سنوات .."، ويقابلها في هذا السياق المادة (651) مدني مصري.

وبناءً على ذلك، فإن المشرع اليمني قد جعل مدة الضمان مرتبطة بعرف سلامة البناء التي قد تمتد إلى أقل أو أكثر من عشر سنوات، مما يجعلها محل خلاف بين رب العمل ومقاول البناء، لذا فإن على المشرع اليمني تعديل نص المادة (881) مدني يمني، والاكتفاء بال عشر السنوات المذكورة في النص منعاً للخلاف. وعلى ذلك فإن المشرع قد شدد من مسؤولية المهندس المعماري والمقاول بأن جعلهما ضامنين لما يحدث خلال عشر سنوات من تخدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، أو ما يوجد في هذه المدة من عيوب يهدد سلامة المبنى وماتته<sup>(٢)</sup>.

وذلك نظراً لما قد يترتب على تخدم المباني من أضرار جسيمة تصيب الأرواح والأموال، ولا تقتصر على من كان طرفاً في التعاقد، بل تمتد إلى الغير، مما يتطلب بذل كل عناية وجهد، واتخاذ كل الاحتياطات اللازمة والممكنة من قبل المهندس والمقاول لتكون المباني والمنشآت التي يقيمونها متينة وسليمة، لا يخشى منها على رب العمل، ولا على الغير، وخاصة أن رب العمل - غالباً - ما يكون جاهلاً بفن البناء، وبالتالي لا يستطيع اكتشاف ما به من عيوب وقت تسلمه، فضلاً عن أن كثيراً من هذه العيوب ما يكون خفياً، ولا يظهر أثره إلا باستعمال البناء فترة من الزمن<sup>(٣)</sup>.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص98، د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص166.

(2) المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري.

(3) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص156.

وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل وفقاً للفقرة الثالثة من المادة (651) مدني مصري؛ لأن التسلم يقع على عاتق رب العمل، فإذا قام باستلام العمل من المقاول بعد معاينته، فإن ذلك يدل على أنه قد قبله، أما تسليم العمل فإنه يقع على عاتق المقاول، ويتم احتساب مدة الضمان العشري من وقت قبول العمل وتسلمه من قبل رب العمل.

وبناءً على ذلك نهيّب بالمشروع اليمني أن يحدو حدو المشروع المصري في تحديد موعد بدء سريان العشر سنوات من وقت قبول العمل، بمعنى تسلمه من قبل رب العمل، وبالتالي فإن مدة العشر سنوات تبدأ من تاريخ الاستلام النهائي للمباني والمنشآت الثابتة، ويقع عبء إثبات التسلم وتاريخه على عاتق رب العمل، لأنه هو الذي يدعي الضمان الخاص، فيجب عليه أن يثبت أن سببه قد قام خلال المدة المحددة قانوناً<sup>(1)</sup>.

كما أن مدة الضمان العشري المنصوص عليها في المادتين (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري هي مدة اختبار لصلابة البناء ومئاته، وليست مدة تقادم؛ لأن المشروع في القوانين محل المقارنة رأى من الضروري أن يفرض مدة معينة يظل المهندس المعماري والمقاول ضامنين لما شيدها ومسئولين عنه. وهنا يثار تساؤل عن الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري هل هي مدة تقادم أم مدة سقوط حتى يتم إخضاع مدة الضمان لأحكام الضمان العشري المحددة في المواد السابق ذكرها؟

للإجابة عن ذلك، فإن المشروع المصري حدد مدة الضمان بعشر سنوات، تبدأ من تاريخ تسلم العمل، كما حدد لدعوى الضمان مدة سقوط قدرها ثلاث سنوات من وقت حدوث التهدم أو اكتشاف العيب<sup>(2)</sup>، وقد حذا المشروع اليمني حدو المشروع المصري في تحديد مدة الضمان بعشر سنوات، إلا أنه لم يحدد لدعوى الضمان مدة السقوط على غرار المادة (654) مدني مصري، ولا توجد قاعدة عامة يتم تطبيقها في حالة عدم وجود نص مماثل، كما هو الحال في المادة (374) مدني مصري. غير أنه حل محله قانون الإثبات اليمني في المادة (23) والتي جعل المدة الأصلية العامة لعدم سماع الدعوى هي خمس سنوات<sup>(3)</sup>، ومن ثم فإنها لا تسمع دعوى الضمان بعد مضي خمس سنوات من وقت حدوث التهدم أو اكتشاف العيب، وإن كنا نهيّب بالمشروع اليمني استحداث مادة في القانون المدني تحدد عدم سماع الدعوى بعد مضي مدة معينة - كما فعل المشروع المصري - دون أن يترك ذلك للقواعد العامة في قانون الإثبات.

(1) د. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين، مرجع سابق، ص 158.

(2) المادتان (651، 654) مدني مصري.

(3) نصت المادة (23) من قانون الإثبات اليمني رقم (20) لسنة 1996م على أنه: "لا تسمع الدعوى من حاضر .. بعد مضي خمس سنوات...".

## المبحث الثاني

### أحكام الضمان العشري

بيّنت في المبحث الأول الالتزامات التي تترتب على عاتق المقاول بمقتضى عقد المقاولة، حيث يضمن العيوب التي تظهر، سواء في المادة التي قدمها، أو في العمل الذي نفذه، وكذا الأحكام الخاصة في ضمان المهندس المعماري ومقاول البناء، وفي هذا المبحث سوف نتكلم عن أحكام الضمان التي يخضع لها المهندس المعماري والمقاول، سواء من حيث الأساس القانوني لأحكام الضمان من حيث عبء الإثبات، أو من حيث تضامنها أثناء عملية التشييد والبناء، أو من حيث تعلق الضمان بالنظام العام، أو من حيث جزاء النظام العشري، وكيفية دفع هذا الضمان، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### طبيعة أحكام الضمان العشري

سبق عرض نطاق التزام المقاول بالضمان بمقتضى عقد المقاولة، حيث يضمن العيوب التي قد تظهر، سواء في المادة التي قدمها، أو في العمل الذي نفذه، وبيان النطاق الشخصي لضمان المهندس المعماري والمقاول من حيث المسؤولين والمستفيدين منه، وأوضحنا النطاق الموضوعي الواجب توافره لقيام مسؤولية المهندس المعماري والمقاول فيما لو حدث بالبناء أو المنشأ الثابت تدمر كلي أو جزئي، أو ظهر بهما عيب معتبر قانوناً، وفي هذا المطلب سوف نتكلم عن طبيعة التزام المهندس المعماري والمقاول بالضمان العشري، هل هو التزام وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية نابعة عن العقد المبرم بين المهندس والمقاول من جهة، ورب العمل من جهة أخرى، أو تكون مسؤولية تقصيرية، أم نكون أمام مسؤولية قانونية تتعلق بالنظام العام؟ نبين ذلك في ثلاثة فروع:

### الفرع الأول

#### المسؤولية العقدية للمهندس المعماري ومقاول البناء (الإثبات في الضمان العشري)

وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية يجب على رب العمل - إذا أراد الرجوع على المهندس المعماري والمقاول بتعويض ما أصابه من أضرار - أن يثبت أن هناك عقد مقاولة صحيحاً مبرماً بينه وبين كل منهما، محله مبانٍ ومنشآت ثابتة، وحدث بها تدمر كلي أو جزئي،

أو ظهر بما عيب يهدد سلامتها ومتانتها، خلال العشر السنوات التالية لتسلم البناء حتى يقوم التزام المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري<sup>(1)</sup>.

وهذه المسؤولية تقوم في حال عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية، ومن ثم فإن هذه الالتزامات هي التزامات ناشئة عن العقد، وهو ما يعرف بالخطأ العقدي، ويستوي أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد أو إهمال أو بدون قصد، ومن ثم فإن رب العمل يلتزم بإثبات وجود خطأ من جانب المهندس أو المقاول حتى يرجع عليهما بالضمان.

والسؤال الذي يطرح نفسه على بساط البحث هو: هل طبيعة التزام المهندس المعماري والمقاول التزام بوسيله، أي مجرد بذل عناية معينة في تشييدهما للبناء أو المنشأ الثابت، أم هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء أو المنشأ الثابت سليماً ومتيناً خلال العشر سنوات التالية لتسلمها؟ إن التزام المهندس والمقاول الواردة في المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري هو التزام بنتيجة، هي بقاء البناء الذي شيدها سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسلمه، وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما، الأمر الذي يمكن معه القول: بأن مسؤولية المهندس المعماري والمقاول مبنية على خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، فلا يستطيع أي منهما أن يثبت أنه قد بذل ما في وسعه من العناية ليتخلص من المسؤولية؛ لأن التزامه في الضمان مفترض، بمعنى أن الضمان العشري يقوم على المسؤولية المفترضة بقوة القانون<sup>(2)</sup>، وهذه المسؤولية المفترضة تتمثل في قرينة ذات ثلاثة أوجه:

**الأول:** إن التهدم أو العيب في البناء راجع إلى عيب في الصنعة.

**الثاني:** إن عيب الصنعة راجع إلى خطأ المهندس المعماري والمقاول.

**الثالث:** إن العيب راجع إلى كل مهندس أو مقاول شارك في العمل، ومن ثم فإن الوجه الأول والثاني يمثلان قرينة المسؤولية المفترضة التي لا تقبل إثبات العكس، ولا يمكن دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي<sup>(3)</sup>، أما الوجه الثالث: الذي يمثل قرينة المساهمة فيقبل إثبات العكس، بمعنى أن القرينة تسقط إذا ما أثبت المقاول عدم تعلق نشاطه بالأعمال التي ظهر فيها العيب<sup>(4)</sup>، وذلك لأن التزام المهندس والمقاول الوارد في

(1) استقرت محكمة النقض المصرية على أن: "ضمان المهندس المعماري لتهدم البناء وللعيوب التي تهدد سلامته أساسه المسؤولية العقدية المنصوص عليها في المادتين (651، 652) من القانون المدني، فهو ينشأ عن عقد مقاوله". نقض مدني، الطعن رقم (241) سنة 40ق، جلسة 1975/5/21م، المكتب الفني، مجموعة أحكام النقض، س 26، ص1048.

(2) المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري.

(3) د. عبد الملك مطهر، مرجع سابق، ص446.

(4) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص182، 183.

المادة (881) مدني يعني، والمادة (651) مدني مصري هو التزام بنتيجة، وهي بقاء البناء الذي شيده سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسلمه من قبل رب العمل، وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة دون حاجة لإثبات خطأ ما<sup>(1)</sup>.

والجدير بالذكر، إنه إذا توفر الخطأ لا بد أن يكون لهذا الخطأ أثر يتمثل في الضرر الناجم عنه، حيث أنه لا مسؤولية بلا ضرر، إلا أن هذا الضرر قد يتخذ صورة مادية أو معنوية، ومن ثم فلا بد من وجود علاقة سببية بين الضرر والخطأ، بمعنى أن خطأ المهندس المعماري أو المقاول هو الذي سبب ضرر لرب العمل، يتمثل في تخدم البناء أو ظهور عيب معتبر قانوناً، وبتحقق أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية تنشأ مسؤولية المهندس المعماري ومقاول البناء، ولا سبيل لدفعها إلا بإثبات القوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المضرور (رب العمل)<sup>(2)</sup>. لذلك فإن رب العمل لا يكلف بإثبات الخطأ الناجم عن تنفيذ العقد، بل عليه أن يثبت وجود العقد، إذ أنه بمجرد حدوث التهدم في البناء وظهور العيب الذي يهدد سلامة ومتانة البناء، فالخطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، وعليه فإن مسؤولية المهندس والمقاول إذا تعلقت بالتهدم وظهور العيوب التي تخدم سلامة ومتانة البناء بعد تسلم العمل فمن الصعب القول بأنها مسؤولية عقدية؛ لأن المسؤولية العقدية تنتهي بانتهاء المدة المقررة في العقد، في حين أن القانون يقرر امتداد هذه المسؤولية بعد انتهاء العقد.

### الفرع الثاني

#### المسؤولية التقصيرية للمهندس المعماري ومقاول البناء (تضامن في المسؤولية)

المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية هو أن الإنسان لا يُسئل إلا عما يرتكبه شخصياً من أفعال، ومن ثم لا يسأل المهندس المعماري والمقاول - وفقاً لذلك - إلا إذا ثبت أن فعلهما كان خطأً، وأنه بفعلهما قد تسببا في إحداث ضرر معين أصاب الغير، ويقع عبء الإثبات على عاتق المضرور (رب العمل)<sup>(3)</sup>، أي أن عنصري الخطأ والضرر (الإهمال) اللذين يؤديان إلى الفعل الضار أهم ما تستند إليه المسؤولية التقصيرية.

وبناءً على ذلك، فإنه لجبر الضرر، ولكي تتحقق مسؤولية المهندس المعماري والمقاول، فلا بد من صدور خطأ منهما يتمثل في تخدم البناء أو ظهور عيب فيه يلزمهما بدفع التعويض، وما دامت المسؤولية قبل المهندس المعماري والمقاول عما أصاب المبنى أو المنشأ الثابت من تخدم كلي أو جزئي، أو ظهور عيب خلال مدة الضمان عشر سنوات من تسلم رب العمل للبناء أو المنشأ الثابت، مسؤولية تقصيرية، فإن

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 126.

(2) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 173.

(3) د. محمد علي جباري، مسؤولية متولى الرقابة في القانون اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المصري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، 2002، ص 284.

تعدد المسؤولين (المهندس والمقاول) عن الأضرار التي تدخل في نطاق الضمان العشري يجعلهما متضامنين في المسؤولية عما شيداه من مبانٍ أو منشآت ثابتة، ويجب أن يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون؛ لأن الأصل أن التضامن لا يفترض<sup>(1)</sup>، وعليه فقد نص المشرع المصري صراحة على تضامن المهندس المعماري والمقاول في المسؤولية عن الأضرار التي تدخل في نطاق الضمان العشري<sup>(2)</sup>، أما المشرع اليمني فقد سكت عن ذلك مكثفياً بالقواعد العامة في التضامن. الأمر الذي يمكن معه القول: إن تقرير المشرع لهذا التضامن ينطوي على فائدة، سواءً لرب العمل أو المهندس والمقاول، إذ يزيد من شعورهما بالمسؤولية، الأمر الذي يؤدي إلى إقامة بناء أو منشأ ثابت بصورة سليمة، وخال من العيوب، حفاظاً على أرواح الناس والممتلكات العامة والخاصة<sup>(3)</sup>، فإذا حدث تدمر كلي أو جزئي في البناء أو المنشأ الثابت، أو ظهور عيب معتبر قانوناً خلال مدة الضمان، فإن رب العمل يستطيع الرجوع على المهندس المعماري والمقاول معاً بالمسؤولية، فإذا حكم له بالتعويض نتيجة ما لحقه من أضرار، كان له أن يقتضي هذا التعويض منهما معاً متضامنين أو من أحدهما<sup>(4)</sup>.

والجدير بالذكر، إن التضامن بين المهندس المعماري والمقاول لا يكون إلا في علاقتهما برب العمل، أما فيما بينهما فلا تضامن، بل يقسم التعويض بنسبة خطأ كل واحد منهما، وذلك لعدم وجود علاقة تعاقدية تربطهما، لذلك فإن أساس رجوع أي منها على الآخر يتم طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، والتي تستند في هذه الحالة على خطأ واجب الإثبات<sup>(5)</sup>. فإذا قام أحد المعماريين بدفع التعويض كاملاً لرب العمل عن الأضرار التي لحقت به من جراء تدمر البناء أو ظهور العيب فيه، كان له الرجوع بعد ذلك على الآخرين بدعوى المسؤولية التقصيرية، وذلك بإثبات خطأ المتسبب منهم بالضرر محل التعويض<sup>(6)</sup>.

(1) نصت المادة (276) مدني يعني على أن: "التضامن والتكافل بين أصحاب الحق أو بين الملزمين به يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون"، وكذلك نص المادة (279) مدني مصري والتي قالت: "التضامن بين الدائنين أو المدنين لا يفترض، وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون".

(2) المادة (651) من القانون المدني المصري.

(3) نقض مدني مصري، طعن رقم (83) لسنة 41ق، جلسة 1990/2/8م، المكتب الفني، مجموعة أحكام النقض، ص 477.

(4) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 179.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 102.

(6) هذا ما أكدته المواد (295-297) من القانون المدني اليمني، والمواد (297، 299) من القانون المدني المصري، أو الرجوع على الآخر بدعوى الحلول، فيحل محل رب العمل في حقوقه بنص القانون، وفقاً للمادة (400) مدني يعني، يقابلها المادة (326) مدني مصري، وهذه الدعوى الأخيرة أفضل من الأولى، لأنه لن يكون بحاجة لإثبات خطأ المدعي عليه أو المتسبب، بل يكفي حدوث التهدم أو ظهور العيب، فهذا يعد في ذاته خطأً يستوجب الضمان. لمزيد من التفصيل يُنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، الصفحة ذاتها.

وعلى ذلك، إذا حدث تدهم بالبناء أو ظهر فيه عيب معتبر قانوناً خلال فترة الضمان العشري فقد ثبت التزام المهندس المعماري والمقاول بالضمان، ولا داعي لأن يثبت رب العمل خطأ في جانبهما، فخطأهما مفترض لا يقبل إثبات العكس، فمجرد حدوث التدهم أو ظهور العيب فإنه هو ذاته الخطأ، ولذلك لا يمكن تحميل أحدهما بالتعويض دون الآخر، لأنهما متضامنان تجاه رب العمل<sup>(1)</sup>.

لذلك رفضت محكمة النقض المصرية - بشكل قاطع وصريح - قبول الرأي الذي يعتبر المسؤولية تقصيرية، حيث قضت في أحد قراراتها بأن: "مسئولية المهندس والمقاول خلل في البناء بعد التسليم لا يمكن اعتبارها مسؤولية تقصيرية أساسها الفعل الضار"<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث

#### مسئولية قانونية تتعلق بالنظام العام (أساس الضمان العشري)

نصت المادة (881) مدني يعني على أنه: "... يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من الضمان أو الحد منه"، ويقابلها في الصياغة المادة (653) مدني مصري<sup>(3)</sup>. يتضح من هذين النصين، حرص المشرعين - اليمني والمصري - على الطبيعة الآمرة لأحكام هذا الضمان وتعلقه بالنظام العام، وذلك ببطان كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه، والبطان هنا محله الشرط لا العقد. ويبرر ذلك أن رب العمل لا يكون - عادةً - ذا خبرة فنية في أعمال البناء، والمقاول والمهندس هما من ذوي الخبرة الفنية المفترضة، وهما في الوقت ذاته الجانب الأقوى في عقود المقاولة، وبسبب هذه الخبرة يستطيعان أن يضيعا الحماية التي وفرها المشرع لرب العمل لو جاز لهما اشتراط عدم المسؤولية العشرية أو التخفيف منها، بأن يدرجا في عقد المقاولة مثل هذا الشرط، فيصبح من الشروط المألوفة في هذه العقود<sup>(4)</sup>، فأراد المشرع أن يدعم الحماية التي منحها لرب العمل فجعل أحكام الضمان الخاص (الضمان العشري) من النظام العام لا يجوز الاتفاق على محوها أو التخفيف منها، إلا أنه يجوز الاتفاق على تشديد الضمان على المقاول والمهندس المعماري، ولكن لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضمان إذا كان العيب راجعاً إلى غش المقاول أو خطأ جسيم منه<sup>(5)</sup>. إلا أن المشرعين - اليمني والمصري - في المادتين (881 مدني يعني، 651 مدني مصري) قد استثنيا حالة واحدة أجازا فيها لأطراف العقد أن يتفقا على النزول بمدة الضمان إلى المدة التي يريان بقاء البناء أو المنشأ الثابت قائماً خلالها، إذا كان غرضهما من إقامة هذين الأخيرين هو استعمالهما لمدة أقل من العشر سنوات، وهذا بخلاف أحكام ضمان العيوب الخفية، والتي تعد تطبيقاً لأحكام المسؤولية العقدية التي يجيز المشرع للمتعاقدين

(1) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 174، 175.

(2) نقض مدني مصري، طعن رقم (4503) لسنة 61ق، جلسة 1998/1/11، المكتب الفني، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص 249، ص 325.

(3) نصت المادة (653) مدني مصري على أنه: "... يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه".

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 133.

(5) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 152.

باتفاق خاص الإعفاء أو التخفيف من هذا الضمان<sup>(1)</sup>، غير أن عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العشرية (الخاصة) أو الحد منها مقدماً لتعلقها بالنظام العام لا يمنع المتعاقدين من التصالح عليها بعد حدوث التهدم، سواءً أكان تهدماً كلياً أم جزئياً، أو ظهور عيب في البناء معتبراً قانوناً، كما لا يمنع رب العمل من النزول عن حقه في الضمان، فهو حر التصرف في التعويض بعد تحقق الضرر ومقداره، فيجوز له الرجوع عليهما بالتعويض أو النزول عن هذا الحق كله أو بعضه نزولاً صريحاً أو ضمناً<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### آثار الضمان العشري

يترتب على توفر سبب الضمان العشري الحق في مطالبة المهندس المعماري ومقاول البناء أو هما معاً عن طريق دعوى يقدمها رب العمل أمام القضاء، لإلزامهما بالتعويض عما يحدث في المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى التي يقيمانها من تهدم كلي أو جزئي، أو يظهر فيهما من عيوب معتبرة قانوناً خلال مدة الضمان العشري، اعتباراً من تاريخ التسلم، ولا حاجة لأن يثبت رب العمل أن هناك خطأ من جانبهما، فمسئوليتهما هنا مفترضة بموجب القانون<sup>(3)</sup>، إلا أن ذلك لا يعني أن المعمارين (المهندس المعماري ومقاول البناء) لا يمكنهم التخلص من هذه المسؤولية إذا حدث شيء من هذا القبيل، ويكون ذلك بإثبات أن حدوث التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور العيب لم يكن منسوباً إلى فعلهما، وإنما كان نتيجة لسبب أجنبي لا يد لهما فيه، وبناءً على ذلك، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### التعويض (جزاء الضمان العشري)

الأصل تحقق سبب الضمان العشري، بأن يحصل إخلال بالمبنى فأنهدم كله أو جزء منه، أو وجد به عيب يهدد متانته وسلامته، فإن لرب العمل الحق في مطالبة المهندس المعماري أو المقاول أو كليهما - متضامنين - بالتنفيذ العيني، وذلك بإعادة بناء ما تهدم أو إصلاح ما ظهر به من عيب على نفقتهما بترخيص من القضاء، في غير حالة الاستعجال عملاً بالمادة (342) مدني يمني، والمادة (209) مدني مصري، وفي حالة الاستعجال بدون ترخيص من القضاء<sup>(4)</sup>، إلا أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز للقاضي أن يقتصر على الحكم بالتعويض عملاً بالقواعد العامة الواردة بالمادة (347) مدني يمني والمادة (2/203) مدني مصري، كما لو كان إصلاح العيب

(1) د. جعفر الفضلي، مسؤولية المهندس أو المقاول والتأمين فيها، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، العدد الثاني، 1997، ص 141.

(2) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 186، 187.

(3) المادة (881) من القانون المدني اليمني، والمادة (651) من القانون المدني المصري.

(4) د. محمد عنبر، عقد المقاولة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 187، 188.

يقتضي هدم جزء كبير من البناء، بحيث يكلف نفقات جسيمة لا تتناسب مع الضرر الناتج عن العيب<sup>(١)</sup>. غير أنه يجوز الجمع بين التنفيذ العيني والتعويض النقدي إذا كان هناك مقتضى لذلك، فإذا تطلب إعادة البناء أو إصلاح العيب مدة من الزمن فإنه يجوز لرب العمل أن يطلب التعويض النقدي عن عدم الانتفاع بالبناء طوال هذه المدة من الزمن، كما يجوز لرب العمل أن يطلب التعويض النقدي أيضاً إذا كان إصلاح العيب أو إعادة البناء لم يؤدّ إلى إصلاحه كاملاً، بل بقيت بعض العيوب التي من شأنها أن تقلل من نفع البناء أو تنقص من قيمته<sup>(٢)</sup>، وقد يحكم القاضي منذ البداية بالتعويض النقدي دون التنفيذ العيني، فيقتضي لرب العمل بمبلغ يساوي تكاليف إعادة البناء أو إصلاح العيب، وكذا مقابل ما فاته من حق الانتفاع بالبناء حتى تمام الإصلاح؛ لأن الضمان قائم على المسؤولية العقدية، كون التعويض يشمل ما أصاب رب العمل من خسارة وما فاته من ربح، بشرط أن يكون الضرر الذي يعرض عنه ضرراً مباشراً متوقع الحدوث ما لم يوجد غش أو خطأ جسيم، حيث إن التعويض يكون عن الضرر المباشر كله، ولو كان غير متوقع الحدوث<sup>(٣)</sup>.

ويعتبر ضرراً متوقع الحدوث أن يتهدم البناء فيقع على أحد المارة فيصيبه بضرر، ويرجع المضرور بالتعويض على رب العمل الذي بدوره يرجع به على المسئول عن الضمان، وإذا كان لرب العمل منقولات داخل البناء فأثلفتها تخدم البناء أو العيب، فإن هذا يعتبر ضرراً يستلزم عنه التعويض لرب العمل<sup>(٤)</sup>.

## الفرع الثاني

### حالات انتفاء الضمان العشري

التزام المهندس المعماري ومقاول البناء الوارد في المادتين (881) مدني يمني، و(651) مدني مصري هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء أو المنشأ الثابت الذي يشيدها سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد التسليم، ولا حاجة لأن يثبت رب العمل أن هناك خطأ من جانبها، فمسئوليتها هنا مفترضة بقوة القانون<sup>(٥)</sup>. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "التزام المقاول والمهندس الوارد في المادة (651) من القانون المدني هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيدها سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد التسليم، ويثبت الإخلال بهذا الالتزام

(1) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 144 ، 145.

(2) د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 188.

(3) وهذا ما أكدته المادة (351) مدني بقولها: "ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة صاحب الحق أن يتوقاه بذل جهد معقول، وإذا كان الحق ناشئاً عن عقد فلا يحكم على الملتزم الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت العقد"، ويقابلها نص المادة (2/221) من القانون المدني المصري والتي تقول: "ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

(4) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، مرجع سابق، ص 201.

(5) المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري.

بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة، دون حاجة لإثبات خطأ ما<sup>(1)</sup>، إلا أن ذلك لا يعني أن المقاول والمهندس المعماري لا يمكنهما التخلص من المسؤولية العشرية، بل يمكنهما ذلك من خلال نفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض من جانبهما وبين الضرر الذي لحق رب العمل جراء حدوث التهدم أو ظهور عيب في البناء أو المنشأ الثابت<sup>(2)</sup>، ويكون ذلك بإثبات أن حدوث التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور عيب في البناء أو المنشآت الثابتة لم يكن منسوباً إلى فعلهما، وإنما كان نتيجة لسبب أجنبي لا يد لهما فيه، كالقوة القاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير. وهو ما سنبيّنه من خلال البنود الآتية:

### أولاً: القوة القاهرة<sup>(3)</sup>:

مما لا شك فيه فإن توافر القوة القاهرة تنفي مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عما يحدث في المباني أو المنشآت الثابتة التي يقيماها من تهدم كلي أو جزئي أو ما يظهر فيها من عيوب تهدد سلامة البناء ومثابته<sup>(4)</sup>، ولا يوجد فرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، فكلهما شيء واحد مستمد من الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة<sup>(5)</sup>.

وعلى ذلك، فإن القوة القاهرة هي: حدث غير متوقع، ولا يد للمهندس المعماري والمقاول فيه، ولا يستطيعان دفعه، ويترتب على ذلك أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً، والمقصود بعدم إمكانية التوقع، أي تلك الحوادث التي لا يستطاع توقع حدوثها حتى من أكثر الناس حيطة، مثل الزلازل والبراكين والغازات الجوية، تعد من قبيل القوة القاهرة<sup>(6)</sup>، إلا أن الأمر يختلف بصدد الكوارث الطبيعية التي يمكن توقع حدوثها وتفاذي خطرهما، مثل هطول الأمطار والعواصف، فهذه الظواهر يمكن توقع حدوثها على ضوء التقدم العلمي، ومن ثم لا تعد قوة القاهرة، إلا إذا خرجت عن التوقع، أو كان من المستحيل دفعها<sup>(7)</sup>.

وقيام القوة القاهرة ينفي مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عما يحدث في المباني أو المنشآت الثابتة من تهدم كلي أو جزئي، أو ما يظهر فيها من عيب يهدد سلامة البناء ومثابته، ويقع عبء إثبات القوة القاهرة على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء، فإن أثبت ذلك تنتفي العلاقة السببية ما بين فعل المقاول أو المهندس المعماري، وبين الأضرار التي تصيب رب العمل.

(1) نقض مدني مصري، طعن رقم (325) لسنة 30ق، جلسة 10/6/1965م، ص16، ص737.

(2) د. عبد الرزاق يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاولي البناء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987م، ص495.

(3) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص491.

(4) قضت محكمة النقض المصرية بأن: "القوة القاهرة بالمعنى الوارد في المادة (156) من القانون المدني، قد تكون حرباً أو زلزالاً أو حريقاً، كما قد يكون أمراً إدارياً واجب التنفيذ، بشرط أن يتوافر فيها استحالة الدفع، وينقضي بها التزام المدين من المسؤولية العقدية، وتنقضي بها علاقة السببية بين الخطأ والضرر من المسؤولية التقصيرية، فلا يكون هناك محل للتعويض في الحالتين". نقض مدني 1976/1/29م، المكتب الفني، مجموعة أحكام محكمة النقض، ص27 ع 74، ص343.

(5) د. إسماعيل المحاقري، الإغفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996م، ص220.

(6) تطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف مخطط المصرية بتاريخ 1940/1/22م، بلتان 26، ص 169 بأن: "هبوط الأرض المقام عليها البناء نتيجة الحادث من مياه الأمطار الأمطار لا يعتبر قوة القاهرة...".

(7) د. هاشم علي الشوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009، ص495.

## ثانياً: خطأ رب العمل:

إن خطأ رب العمل ينفي مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء أو ظهور عيب من عيوب البناء معتبر قانوناً، إذا أثبت المهندس المعماري ومقاول البناء أن ذلك يرجع كله إلى خطأ رب العمل نفسه، وإلا يثبت خطأ في جانبهما؛ فإن ثبت خطأ في جانب المهندس أو المقاول فإنهما يعتبران مخطئين، لأن مسؤوليتهما لا ترتفع كلية بسبب خطأ رب العمل، وإنما يعد الضرر راجعاً إلى خطأ مشترك، بشرط أن لا يستغرق خطأ رب العمل خطأهما وألا كان مسئولاً وحده عن الضرر<sup>(1)</sup>، غير أنه إذا جاء خطأ رب العمل بعد إقامة البناء وتسليمه سليماً، كأن يقوم رب العمل بسوء استخدام للبناء أو إجراء تعديلات معينة فيه، وحدثت أضرار في المبنى أو المنشأ الثابت، لأسباب لا صلة للمهندس المعماري ومقاول البناء بها، تنتفي مسؤوليتهما؛ لأن الأضرار لا صلة لهما بها، فلا يحق لرب العمل الرجوع عليهما بدعوى الضمان أو المطالبة بالتعويض<sup>(2)</sup>، إلا أنه قد يحدث خطأ من رب العمل أثناء فترة التشييد، كأن يتدخل في عملية التنفيذ بإعطاء تعليمات خاطئة أو تقديم مواد معيبة أو الموافقة على تصميم معيب، كل هذا لا يعفي المهندس المعماري أو المقاول من المسؤولية العشرية<sup>(3)</sup>؛ لأن واجب المهندس والمقاول تنبيه رب العمل إلى عيوب المواد، وعدم كفاية المواصفات.

وبناءً على ذلك، فإن تدخل رب العمل لا يعفيهما من المسؤولية، كون رب العمل عادةً ما يكون جاهلاً بأصول فن البناء، والذي من واجبه تبصيره بالخطأ وتحذيره، بل والامتناع عن استخدام مواد معيبة، أو تنفيذ تعليماته الخاطئة<sup>(4)</sup>. أما إذا كان المهندس المعماري والمقاول والمقاول قد نبها رب العمل إلى ما في المواصفات من نقص أو ما في المواد من عيوب فإن الأمر لا يخرج عن فرضين:

(1) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 164.

(2) وفي هذا الصدد قضت المحكمة التجارية بأمانة العاصمة صنعاء بأنه: "... حيث أن من الثابت قيام المدعى عليها بتنفيذ الأعمال محل المناقولة طبقاً للمواصفات والمقاييس المتفق عليها في الوقت المحدد، وحيث أن الثابت من خلال التقرير أن الأضرار ترجع إلى أسباب لا علاقة للمدعى عليها بها فهي بسبب القصور في التصميم ولعدم التناسب بين مكونات المباني محل المناقولة وبين طبيعة الاستخدام دون صيانة، فإن ذلك يعني انتفاء الأركان التي يقوم عليها التعويض في المسؤولية العقدية مما يتعين والحال كذلك رفض طلب المدعية للتعويض أيضاً". (حكم المحكمة التجارية بأمانة العاصمة صنعاء الصادر بتاريخ 2008/11/11م، في القضية التجارية رقم (233) لسنة 1425هـ الرقم الآلي 0294-51-033-2-1-1425).

(3) د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 167.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 177، د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص 200.

**الفرض الأول:** أن يُصر رب العمل على المضي في التنفيذ وفقاً لهذه التعليمات والمواصفات الخاطئة أو باستعمال تلك المواد المعيبة، فإنه يجب على المهندس المعماري والمقاول أن يرفض التنفيذ إذا كان يترتب عليه تهمد البناء، أو وجود عيب يهدد سلامة البناء ومتانته، وإذا أذعننا لمشيئة رب العمل فإنهما يعتبران مخطئين، ولا يستغرق خطأ رب العمل خطأهما، وتوزع المسؤولية بينهما، ومن هنا حرص المشرعان- اليمني والمصري- على النص صراحة في المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري<sup>(1)</sup>.

**الفرض الثاني:** قيام المهندس المعماري أو المقاول بتنبيه رب العمل بعيوب المواد التي قدمها، أو تحذيره بخطر التنفيذ لوجود عيب في التصميم، وعمل التحفظات اللازمة لمنع ذلك، إلا أن رب العمل أصر على التنفيذ، وكان لرب العمل من الخبرة والتفوق في فن البناء ما يفوق خبرة وفن المهندس والمقاول، الأمر الذي يمكن معه القول أن تطبيق رغبات وتعليمات رب العمل في مثل هذه الحالة لا يجعلهما مسؤولين عما يحدث من تهمد العمل، كون الضرر راجعاً إلى خطأ رب العمل وحده<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: خطأ الغير:

وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية فإن فعل الغير لا يدفع المسؤولية عن الأعمال الشخصية أو يحد منها إلا إذا اعتبر هذا الفعل خطأ في ذاته، وكان السبب في إحداث الضرر وحده، أو ساهم فيه<sup>(3)</sup>. وعلى هذا فإن خطأ الغير لا يدفع عن المهندس المعماري ومقاول البناء قرينة المسؤولية الملقاة على عاتقهما بمقتضى ما قرره المشرعان اليمني والمصري<sup>(4)</sup>، إلا إذا توافرت فيه شروط القوة القاهرة بأن يكون الخطأ - نفسه - مستحيل الدفع، وغير قابل للتوقع، فإذا لم يتوفر ذلك ظل المهندس المعماري ومقاول البناء مسؤولين عن كل الضمان تجاه رب العمل، وكان لهما حق الرجوع على الغير المسئول عن إحداث الضرر<sup>(5)</sup>.

(1) أورد المشرع اليمني نصاً صريحاً يشدد من مسؤولية المهندس والمقاول عن تهمد الأعمال أو تعييبها، حيث نصت المادة (880) مدني يمني بالقول: "لا يجوز لمهندس أو مقاول البناء أن يقيم أو يشارك في إقامة مبانٍ أو منشآت معيبة ولو كان العيب ناشئاً عن الأرض أو بإذن رب العمل مما يحدث بما خلاصاً مضرراً أو تهمداً كلياً أو جزئياً، فإن فعلاً كانا مسؤولين قبل الغير عما يترتب على ذلك من أضرار، ويشاركهم رب العمل في المسؤولية إذا علم بالعيب وأجازته"، ويقابلها في الصياغة نص المادة (651) مدني مصري.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، مرجع سابق، ص 178.

(3) نقض مدني مصري بتاريخ 1968/4/2م، المكتب الفني، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 19، ص 689.

(4) أنظر: المادة (881) مدني يمني، والمادة (651) مدني مصري.

(5) د. محمد ناجي ياقوت، مرجع سابق، ص 246، 247.

ويقع عبء إثبات خطأ الغير على عاتق المهندس المعماري ومقاول البناء - المدين - وأن هذا الخطأ هو الذي أحدث النتيجة المتمثلة في الضرر الحاصل برب العمل، ويقاس خطأ الغير بالمعيار الموضوعي، بمعنى الانحراف عن سلوك الرجل المعتاد<sup>(1)</sup>.

وقد يكون هذا الغير شخصاً أجنبياً - تماماً - عن عملية التشييد التي حدث بها الخلل أو العيب، وهي حالات نادرة، إلا أن ذلك ليس مستحيلاً؛ مثل قيام الغير باستخدام آلات ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة من البناء مما أدى إلى حدوث تصدعات به، أو القيام بعمليات حفر عميقة بالقرب من أساسات العقار، فإن من شأن ذلك الخطأ إعفاء المهندس المعماري ومقاول البناء كلية من المسؤولية، بشرط عدم التقصير في أساسات البناء طبقاً للأصول الفنية المتبعة، ومن ثم فإن لقاضي الموضوع أن يخفض من مقدار التعويض المستحق لرب العمل من قبل المهندس المعماري ومقاول البناء بنسبة مساهمة هذه الأعمال في إحداث الضرر، وهي مسألة تتوقف على ظروف كل حالة على حدة<sup>(2)</sup>.

(1) د. هاشم علي الشهبان، مرجع سابق، ص 147.

(2) د. محمد شكري سرور، مرجع سابق، ص 351.

## الخاتمة

أود أن أنبه هنا إلى أن موضوع الخاتمة لن يكون سرداً موجزاً لما سبق تناوله، وإنما سيخصص لتسجيل أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة، وعلى أساسها أضع مجموعة من التوصيات، بما وذلك على النحو الآتي:

## أولاً: النتائج:

1. تبين من دراسة ضمان المقاول فهم ماهيته، المتمثلة في مسؤوليته المدنية عن العيوب والأضرار الحادثة بالمباني التي قام بتشيدها، وهذه المسؤولية ينتج عنها إلزامه - قضائياً - بالتنفيذ العيني، إن كان ممكناً في إصلاح العيب وجبر الضرر، أو بالتعويض المناسب لرب العمل، شاملاً كل ما لحقه من أضرار وخسارة، وما فاته من كسب.
2. يتبين من بيان أحكام الضمان العشري أن المقاول حين يباشر عملية التشييد والبناء يعمل مستقلاً عن رب العمل، ولا يحق لهذا الأخير التدخل في التنفيذ أو أن يصدر تعليمات أو أوامر فيما يتعلق بكيفيته ووقته. فإذا أصر على موقفه وكان من شأن ذلك إلحاق إضرار بالعقار محل العقد وجب على المقاول رفض العمل، وهذا ما يميز عقد المقاولة عن عقد العمل، ولذلك ألزم القانون المدني المقاول والمهندس بضمن عيوب الأرض حتى ولو أجاز إقامة البناء على الأرض المعيبة رب العمل نفسه.
3. إن التزام المقاول هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يكفي القول أنه قد نفذ العمل محل العقد، وإنما عليه أن يثبت أن هذا التنفيذ قد تم طبقاً لما هو منصوص عليه في العقد من شروط ومواصفات، ومتفقاً مع قواعد الفن المتبعة في هذا الشأن، وغير مخالف لما تقضي به القوانين واللوائح، ومقتضى ذلك الالتزام بقاء البناء الذي شيده سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسلمه. وهذا ما يعني أنه يكفي رب العمل أن يثبت وجود العيب في التنفيذ دون أن يلزم بإثبات الخطأ المؤدي لذلك العيب، فإذا انقضت مدة الضمان وظهر العيب المخفي غشاً، أو تبدت آثاره، وتمكن رب العمل من إثبات الغش في إخفاء العيب أثناء التسليم فإنه يستطيع مباشرة دعوى الضمان دون التقيد بالمدة العشرية.
4. يبدو لي إن القانون المدني اليمني نظم أحكام الضمان شاملةً لمقاولي البناء، والطرق، والجسور، وكذا بقية المنشآت والأعمال التي تكون فيها الدولة رب العمل، نظراً لعدم صدور قانون خاص بالمزايدات والمناقصات أثناء صدور القانون المدني محل البحث.
5. يتضح من نصوص القانون المدني اليمني المنظمة لضمان المقاول أنها أقرنت ضمان المقاول بالمهندس المعماري، ولأجل ذلك أشرنا في ثنايا البحث - قدر الإمكان - إلى أحكام المهندس مسيطرة لتنظيم القانون، ولذلك إذا حصل العيب بالمباني التي شيدها يمكن لرب العمل الرجوع عليهما معاً أو على أحدهما كونهما متضامنين بنص القانون.

ومن ناحية أخرى، فالمقاول قد يتعدد بحسب الجوانب المنوطة به تنفيذها من العملية المعمارية، فنكون بصدد عقود مقاوله يكون كل منهم مسؤولاً عن الضرر الناتج عن الجزء الواقع تحت مسؤوليته، وقد يرجع الضرر إلى خطأ مشترك بين أكثر من مقاول، فيكونون متضامنين بالتزامهم بتعويض الضرر بالتساوي أو بقدر نصيب كل واحد منهم.

6. يتبين لي أن مدة الضمان المقررة قانوناً، هي مدة تجرية واختبار لمتانة البناء وليست مدة تقادم، وقد جعلها القانون المدني اليمني خاضعة لاتفاق الأطراف، فلهم حرية تحديد المدة التي تكون فيها التجرية، أي مدة سلامة البناء، وإذا لم يوجد اتفاق ولا عرف فتكون كأصل عام لمدة عشر سنوات من تاريخ التسليم.

7. نجد أن المشرع اليمني قد حصر أسباب الضمان العشري، بحدوث أضرار منصوص عليها حصراً، وهي التهدم الكلي أو الجزئي، والخلل المضر المهديد لسلامة ومتانة البناء، وهذه الأضرار فقط هي التي تكون سبباً للمسئولية المشددة على المقاول، وما عداها يرجع إلى القواعد العامة، كونها الأصل الحاكم لكل الالتزامات؛ وهذا الضمان إنما هو استثناء على ذلك الأصل.

8. الأصل أن رب العمل يلتزم باللجوء إلى القضاء ليأذن له بالتنفيذ عند إخلال المقاول بالتزاماته، فإذا خالف هذا الطريق واستوفى حقه بيده، بلا إذن من القضاء فإنه يعرض نفسه للمسئولية، إلا في الحالات الاستثنائية التي نص عليها القانون، فقد يسمح لرب العمل بالخروج على هذا الأصل، تحت إشراف ورقابة القضاء اللاحقة لهذا التنفيذ، وقد يجيز هذا التصرف أو يرفضه حسب الأحوال.

9. لكي تنتفي مسئولية المقاول يجب عليه أن يقوم بتنفيذ التزامه بالطريقة الصحيحة وطبقاً للشروط والأصول وقواعد الفن، تنفيذاً اختيارياً أو إجبارياً عن طريق القضاء، عند مطالبة رب العمل له، وإذا كان هذا التنفيذ يسبب إرهاقاً جسيماً للمقاول فيتم العدول إلى التعويض بمقابل، شريطة عدم تضرر رب العمل ضرراً جسيماً، ولذلك يلزم المقاول الضمان عن أخطائه الشخصية، ويترتب على ذلك الالتزام قيامه بدفع التعويض لرب العمل شاملاً جميع الأضرار الناتجة عن تلك العيوب، ولا يمكن دفع تلك المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبي البعيد عن عملية التشييد.

10. يظهر من تنظيم المقتن المدني اليمني للأحكام الخاصة بضمان المقاول المتسمة بالتشدد، أنه لم يكتفِ بالقواعد العامة في المسئولية المدنية في مجال التشييد، وهذا ما يتفق مع خطورة المباني والمنشآت الثابتة الأخرى، وما يسببه تدهمها - كلياً أو جزئياً - من تفويت الغرض الذي أقيمت من أجله، وكذا الإضرار بالاقتصاد القومي، ومساس بالأمم العام والسكينة العامة في المجتمع، وتهديد الأفراد

في أموالهم وأنفسهم، كل ذلك التشدد يهدف إلى دفع المماريين إلى بذل كل عناية ممكنة في عملية التشييد والبناء حتى يكون البناء سليماً متيناً.

11. يظهر لي من البحث أن القانون المدني اليمني كان متسماً بقصور وعجز في مواده في باب ضمان المقاول، حيث لم يوضح عدداً من الأحكام لهذه المسؤولية الخاصة، ومنها المستفيدون من الضمان، ودعوى الضمان، ووسائل التخلص من الضمان، وأثر ذلك الضمان، لذلك فالمتأمل للبحث سيجده يدور في شرح وتفصيل مادة واحده هي المادة (881)، والتي اعتمدها لبيان ما نصت عليه من أحكام هذا الضمان، مستوفياً ذلك العجز بالرجوع إلى القواعد العامة بما يتوافق وهذه المسؤولية.

12. لا يجوز الاتفاق مقدماً على إعفاء المقاول من المسؤولية، وكل اتفاق مخالف لهذا الحظر يكون باطلاً. ولكي تنتفي مسؤوليته يجب عليه إثبات أن الواقعة -مناطق الضرر- تسبب فيها شخص من الغير، أو إثبات خطأ رب العمل، أو إثبات القوة القاهرة، وعلى العكس من ذلك يجوز الاتفاق على أن يتحمل المقاول تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، لأن في ذلك تشديد يوافق الغرض من تقرير هذا الضمان.

#### ثانياً: التوصيات:

1. نوصي المشرع اليمني بإدخال بعض التعديلات على نص المادة (881) مديني يعني، بحيث تشتمل على الآتي:
  - أ أن تكون موزعة على فقرات مرقمة، لكي يسهل الرجوع إليها أو تعديلها أو إضافة فقرات أخرى استجابة للتطورات المتسارعة في مجال البناء.
  - ب يجب إخضاع كل المهندسين والفنيين الذين أثبت التطبيق الحديث مشاركتهم في عملية البناء لأحكام الضمان العشري.
  - ج أن ينطبق أحكام الضمان على كل معماري أو مقاول ممن يحترفون تشييد الأبنية وبيعها، وذلك تيسيراً للمشتري في الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من أضرار.
  - د توسيع دائرة العيوب سبب الضمان لتشمل، إلى جانب العيوب المهددة لمتانة البناء وسلامته، العيوب التي تفقد البناء الغرض والهدف من إنشائه.
  - هـ تحديد مدة الضمان الخاص بالمهندس والمقاول بمدة عشر سنوات فقط دون أن يجعلها مرتبطة بالعرف منعاً للإشكالات المحتملة، لاختلاف العرف من مكان لآخر بحيث يفتح ذلك باباً للنزاع، وكذا تحديد موعد بدء سريان مدة العشر سنوات من وقت قبول العمل، بمعنى أن تبدأ من تاريخ الاستلام النهائي للمباني والمنشآت الثابتة من قبل رب العمل.

ونقترح أن يكون النص كالاتي: " 1 - يضمن المهندس والمقاول متضامين ما يحدث من خلل مضر أو تخدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو اقاما من منشآت ثابتة أخرى ولو كان ذلك ناشئاً عن عيب بالأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة. 2- يعتبر الخلل مضرًا إذا كان يهدد متانة البناء وسلامته أو يفقد البناء الغرض والهدف من أنشائه. 3- ويمتد الضمان إلى عشر سنوات من وقت تسلم العمل من قبل رب العمل، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المباني والمنشآت الثابتة مدة أقل من عشر سنوات. 4- يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس والمقاول من الضمان أو الحد منه".

2. نوصي المشرع اليمني بضرورة تعديل المادة (891) من القانون المدني وإدخال المقاول من الباطن في نطاق المتزيمين بالضمان العشري، متزامناً مع المقاول الأصلي تجاه رب العمل، وذلك لأن المقاول من الباطن غالباً ما يكون متخصصاً فنياً في مجال عمله، ويمتلك من الخبرة القدر الذي قد لا يتوفر لدى المقاول الأصلي، مما يجعل المقاول الأصلي غير خبير في فن المعمار بالنسبة لعمل المقاول من الباطن.

ونقترح أن يكون النص كالاتي: « إذا أسند المقاول العمل أو جزءاً منه إلى مقاول آخر، فإنهما يكونان مسؤولين بالتضامن قبل رب العمل».

3. نحبب بالمشرع اليمني ضرورة إضافة مادة جديدة في القانون المدني ينص فيها صراحةً بسقوط دعوى الضمان العشري بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ حصول التهدم أو ظهور العيب في البناء أو المنشأ الثابت دون ترك ذلك للقواعد العامة في قانون الإثبات على غرار نص المادة 654 من القانون المدني المصري.

4. نرى أنه يجب تنظيم مهنة المقاول قانونياً وفنياً، بحيث يتم تحديد شروط اكتساب صفة المقاول وتنظيم عمله وتخصه كماً وكيفاً، والتأمين على مسؤولياته، وإيجاد جهة رقابية على المقاولين في كيفية أداء وجودة أعمالهم، حتى لا يكون هذا المجال مسرحاً لمن هب ودب، خاصة لمن يملكون رؤوس أموال، ولديهم نفوذ في البلد.

## قائمة المراجع

## أولاً: المراجع العامة والمتخصصة:

1. د. أحمد سعيد مؤمن، مسئولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1987.
2. د. إسماعيل المحاقري، الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996م.
3. د. جعفر الفضلي، مسئولية المهندس أو المقاول والتأمين فيها، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، العدد الثاني، 1997.
4. د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة.
5. د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، دار الشروق، مصر، ج7، 2010.
6. د. عبد الرزاق يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاولي البناء، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987م.
7. عبدالله محمد حنظل، آثار عقد المقاولة في القانون اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المصري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، 2014م.
8. د. عبد الملك عبدالكريم محمد مطهر، التزامات المقاول والمهندس ومسئولتهما في عقد المقاولة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2001م.
9. عمرو بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2004.
10. د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2، 2002م.
11. مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، 1995.
12. د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديد للنشر، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
13. د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983م.
14. د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندس ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر المعاصر، القاهرة، 1985م.

15. د. محمد عنبر، عقد المفاوضة، دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
16. د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المفاوضة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008.
17. د. محمد ناجي ياقوت، المسؤولية عن البناء، ندوة حول اختيار المباني أثناء الكوارث، جامعة عين شمس، القاهرة، 1993.
18. د. محمد ناجي ياقوت، عقد المفاوضة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1997م.
19. د. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المستثمرين بعد تمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989.
20. د. نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
21. د. هاشم علي الشوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الإنشاءات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009.

#### ثانياً: التشريعات:

1. المذكرة الإيضاحية من القانون المدني اليمني الكتاب الثالث، طبعة المطبعة القضائية في المعهد العالي للقضاء.
2. القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م.
3. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.
4. قانون البناء اليمني رقم (19) لسنة 2002م.
5. قانون البناء المصري رقم 119 لسنة 2008.
6. قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية اليمني رقم (23) لسنة 2007.

## مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية  
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : [www.ojs.sabauni.net](http://www.ojs.sabauni.net)

عنوان البحث:

### إبعاد اللاجئ الإنساني في ظل المعايير الدولية

د. محمد علي قطيش الأشموري  
أستاذ القانون الدولي المساعد بأكاديمية  
الشرطة

#### ملخص البحث

تأتي أهمية هذه البحث من أهمية الموضوع الذي يتناوله، فهو يتعلق بموضوع اللجوء وما صاحبه من مشكلات في الوقت الحالي، وما ترتب عليها من زيادة معاناة اللاجئين في العديد من الدول. ويهدف هذا البحث إلى بيان النصوص القانونية الدولية المتعلقة بحق اللجوء الإنساني، والحقوق التي أعطتها هذه القوانين للاجئين، والواجبات التي يجب عليهم القيام بها. ويهدف هذا البحث - أيضاً - إلى بيان مدى حق الدول في استبعاد اللاجئ الإنساني. ويشتمل هذا البحث على مبحثين، يسبقهما مطلب تمهيدي لبيان ماهية حق اللجوء الإنساني في القانون الدولي، وتم تخصيص المبحث الأول للحديث عن ماهية حقوق وواجبات اللاجئ الإنساني، ويتناول المبحث الثاني الحديث عن مدى المشروعية القانونية للآلية الدولية في استبعاد اللاجئ الإنساني. وقد اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي، لوصف الموضوع من خلال النصوص القانونية والكتب والبحوث والاتفاقيات الدولية، واستخدام المنهج المقارن كلما تطلب ذلك، ثم اختتمت البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

#### معلومات البحث

تاريخ تسليم البحث:

٢٨ أغسطس ٢٠١٩

تاريخ قبول البحث:

٢٨ سبتمبر ٢٠١٩

## Abstract

The importance of this research comes from the importance of the subject it deals with, as it relates to the subject of asylum and the accompanying problems at present, and the consequent increase in the suffering of refugees in many countries.

This research aimed to clarify the international legal texts relating to the right of asylum, the rights that these laws have given refugees, and the duties they must undertake. This research also aims to show the extent to which states have the right to exclude humanitarian refugees.

This research includes two topics, preceded by a preliminary request to clarify what is the right of humanitarian asylum in international law, the first section is devoted to talk about what the rights and duties of the humanitarian refugee, and the second section discusses the extent of the legal legitimacy of the international mechanism in the exclusion of humanitarian refugees.

In writing this paper, I used the descriptive methodology to describe the subject through legal texts, books, researches and international conventions.

## مقدمة:

ظلت مشكلة اللجوء - بشكل عام - منذ القدم من أعقد القضايا التي تواجه العالم بكافة دوله ومنظماته وتركيباته، وتُعد ظاهرة من أقدم الظواهر الإنسانية؛ كونها ظاهرة ملازمة لخوف الإنسان من التعرض للخطر لأسباب عرقية أو دينية أو اجتماعية أو سياسية أو بسبب الحروب والكوارث، وقد زادت معاناة اللاجئين وارتفعت حدة تلك المشكلة في الوقت الحالي عن أي وقت مضى؛ نظراً لما يمر به العالم المعاصر من أوضاع سياسية مضطربة نتيجة قيام حروب عديدة في معظم ربوع العالم، مما نتج عنه لجوء أعداد هائلة من البشر، سواءً كانوا كبار سن أو نساء أو أطفال للبحث عن مكان وملاذ آمن لهم.

فاللاجئون هم أشخاص لا يمكنهم العودة إلى بلدانهم الأصل بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد أو الصراع أو العنف أو ظروف أخرى أخلت بالنظام العام بشكل كبير، وهم بالتالي بحاجة للحماية الدولية. ومما لا شك فيه، إن جميع الأشخاص الذين يتنقلون بين البلدان يستحقون الاحترام الكامل لحقوقهم الإنسانية وكرامتهم، إلا أن اللاجئين هم مجموعة محددة ومحمية في القانون الدولي؛ لأن الوضع في بلدانهم الأصل يجعل من المستحيل بالنسبة لهم العودة إليها، مما قد يؤدي إلى تعريض حياتهم وأمنهم للخطر.

وقد تفاقمت مشكلة اللاجئين وتزايد أعدادهم بسبب انتشار النزاعات المسلحة، وهذا يستلزم إلقاء الضوء على حقوق هؤلاء اللاجئين والحماية القانونية التي ينص عليها القانون الدولي لإلزام أطراف النزاع باحترام حقوق الإنسان.

فمن خلال الإحصائيات<sup>(١)</sup> تبين أن ما يزيد على ثمانية وستون مليون وخمسمائة ألف شخص في كافة أنحاء العالم قد أجبروا على الفرار من ديارهم، وهو رقم لم يسبق له مثيل، من بينهم حوالي خمسة وعشرون مليون وأربع مائة ألف لاجئ، دون سن الـ 18 عاماً، كما تشير التقديرات إلى أنه في عام 2019م سوف يكون هناك ما مجموعه 1.4 مليون واربعمائة ألف لاجئ ممن يقيمون حالياً في 65 دولة مستضيفة للاجئين في جميع أنحاء العالم، بحاجة إلى إعادة التوطين.

وبما أننا دخلنا الألفية الثالثة، فإن العالم بحاجة لمراجعة الآليات المعمول بها حالياً والخاصة بالحماية الدولية لمشكلة اللجوء والنزوح القسري، كون التعامل مع تلك المشكلة في الماضي كان يتركز في الأساس في أماكن معينة وذات طبيعة مخصصة لحالات محددة، الأمر الذي يقتضي المراجعة الملحة بعد تزايد حالات اللجوء في السنوات الأخيرة.

(١) ملخص لما قاله المتحدث باسم المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين؛ بآبار بالوش، أثناء المؤتمر الصحفي الذي عقد في قصر الأمم في جنيف، 22 مارس/ آذار 2019م، يتم إصدار هذه الأرقام سنوياً في التقارير الخاصة بقسم المعلومات والتنسيق الميداني التابع لاتجاهات العالمية والنداء العالمي، يُنظر: منظمة الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين على الرابط الإلكتروني: WWW.Rhino.Net/books/24k p13

وقد ساهمت الاتفاقيات الدولية المتخصصة في هذا الشأن في موضوع الحماية الدولية للاجئين والحقوق الخاصة بهم، وأهمها اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1951 والبروتوكول الإضافي الموقع عام 1976م، فهما الأساس القانوني والمرجعية الأولى لتوفير الضمانات الأساسية لحماية اللاجئين وتكريس حقوقهم بشكل يمكنهم من العيش بكرامة وأمان<sup>(1)</sup>.

### مشكلة البحث: يتناول هذا البحث دراسة المشكلات الآتية:

1. قيام الدول المضيفة للاجئ الإنساني بإبعاد اللاجئ الإنساني بصورة قسرية، متجاوزة الاستثناءات التي أقرتها اتفاقية 1951م، والتي وضعت ضوابطاً معينة لإبعاد اللاجئ.
2. وجود فجوة قانونية ما بين تفعيل حقوق اللاجئين وحمايتهم أثناء تواجدهم بإقليم الدولة المضيفة لهم، وبين صلاحية هذه الدولة للقيام بحماية أمنها الوطني.
3. عدم التطابق بين الاتفاقية الخاصة باللاجئين لعام 1951م، والبروتوكول الإضافي لها الصادر عام 1967م، وبين الواقع المر لللاجئين، وهذا يثير التساؤلات الآتية:

❖ ما مدى إلزامية الاتفاقية المذكورة وبروتوكولها الإضافي للدول غير الموقعة عليهما؟

❖ كيف توفق الدول بين ضمان حقوق اللاجئين، وحماية الدولة لأمنها الوطني؟

**أهمية البحث:** تظهر أهمية البحث في تسليط الضوء على مشكلة إبعاد اللاجئين؛ نظراً لأن حماية الأشخاص الذين فروا من الحرب أو النزاعات الداخلية أو نظام الاضطهاد من أكبر اهتمامات المجال الدولي والإنساني، ويحتاج إلى عناية خاصة. كما تظهر أهمية البحث في تسليط الضوء على ضعف الإطار الحالي لقوانين اللاجئين وإساءة استخدام استثناء "الأمن الداخلي" من قبل الدول، والحاجة إلى توحيد معايير للدول للتعامل مع وضع اللاجئ الإنساني بصورة أكثر احتراماً. وتظهر أهمية البحث - أيضاً - في بيان أن عذر الأمن الداخلي الذي تتخذه الدول للتخلي عن التزاماتها تجاه اللاجئين وعديمي الجنسية، أمر قابل للإدانة ويتعارض مع روح التعاون الدولي والجهود التي تبذلها الدول في هذا الصدد.

### أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يلي:

1. بيان مفهوم اللجوء الإنساني.

(1) للاطلاع على اتفاقية 1951 الخاصة بحماية اللاجئين، والبروتوكول الإضافي لعام 1967م يُنظر: الموسوعة القانونية لمجموعة الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بالقانون الدولي للاجئين والقانون الدولي الإنساني، مركز دراسات الهجرة واللاجئين، جامعة صنعاء، الإصدار الخامس، 2019م.

2. توضيح الطبيعة القانونية لحقوق وواجبات اللاجئين الإنساني وحقوق وواجبات الدولة المضيفة.
3. شرح الطبيعة القانونية لمبدأ عدم الأبعاد القسري للاجئ الإنساني.
4. بيان المعايير الدولية التي تنادي بها كثير من الدول، وتجعل منها مرجعية وذريعة لإبعاد اللاجئ عن أراضيها.
5. إيصال رسالة إلى صانع القرار في الجمهورية اليمنية والهيئة التشريعية بضرورة إيجاد قانون للجوء والمصادقة عليه وتفعيله في وقت قصير جداً.

**منهج البحث:** اعتمدت في كتابة البحث بدرجة أساسية على المنهج الوصفي التحليلي لنصوص المواد القانونية في الاتفاقيات

والمعاهدات الدولية والإقليمية التي لها علاقة بموضوع البحث، وكذا السوابق والأحكام القضائية ذات الصلة.

**خطة البحث:** اقتضى منا تقسيم هذا البحث إلى مبحثين أساسيين، وكما يلي:

المبحث الأول: المعايير الدولية في التعامل مع الحقوق العامة للاجئ الإنساني.

المطلب الأول: ماهية اللجوء الإنساني.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للحقوق العامة للاجئ الإنساني.

المبحث الثاني: المعايير الدولية في التعامل مع الحقوق الخاصة للاجئ الإنساني.

المطلب الأول: ماهية مبدأ عدم الإبعاد القسري للاجئ الإنساني.

المطلب الثاني: معايير الدول في التعامل مع اللاجئ الإنساني في ضوء ممارستها لواجباتها الوطنية.

الخاتمة: وتتضمن النتائج والتوصيات.

## المبحث الأول

### المعايير الدولية في التعامل مع الحقوق العامة للاجئ الإنساني

لقد كفلت اتفاقية 1951، والبروتوكول التابع لها لعام 1967 تمتع اللاجئين بحقوق مساوية في بعض الأحيان لتلك المقررة لمواطنيها المتواجدين على إقليمها. وعلى الرغم من أن هذه الحقوق محمية بهذه الاتفاقية، فإن اللاجئين في مختلف البلدان لا يتمتعون بحماية قانونية كاملة أو متساوية للامتيازات الأساسية، فهناك دول تتعامل مع هذه المواد كتوصيات وليست التزامات. ولبين ذلك، ينبغي أن نبين أولاً مفهوم اللجوء الإنساني، ومن ثم نستعرض الطبيعة القانونية لأهم الحقوق العامة للاجئ، في مطلبين، كما يلي:

### المطلب الأول

#### ماهية اللجوء الإنساني

يعتبر تحديد مفهوم اللاجئ مسألة مهمة بحد ذاتها، وهي كذلك حاسمة في معالجة قضية اللاجئين، حيث يترتب على تعريف اللاجئ تحديد الحماية القانونية التي تتوفر لأولئك الذين ينطبق عليهم التعريف، لذلك سنتناول في هذا المطلب مفهوم اللاجئ الإنساني، ومن ثم نتناول حق اللجوء الإنساني وشروطه، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### مفهوم اللاجئ الإنساني

سنتناول في هذا الفرع التعريفات المختلفة للجوء، وأنواعه، على النحو الآتي:

#### 1. التعريف اللغوي والاصطلاحي للجوء:

##### أ- التعريف اللغوي:

اللجوء لغة: هو المصدر للفعل لجأ، ولجوء وملجأ وألتجأ. يقال: لجأ إلى شيء بمعنى لاذ واعتصم به، ويقال ألجأت أمري إلى الله

أي أسندت أمري لله وسلمت أمري له ليتولاه<sup>(1)</sup>.

ولجأ الى الشيء: أي أضطر إليه، وكلمة ملجأ تعني المكان الذي فيه الحماية أو الحصانة، ويعني الملاذ الآمن<sup>(2)</sup>.

(١) الطاهر أحمد الراوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، ج1، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، (د.ت)، ص268.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط3، (د.ت)، ص392.

ويرجع هذا الخلط إلى عدم وجود تعريف جامع مانع للاجئ، فجاءت كلمة الحماية وأسبغت عليه المعنى المطلوب، وفيما يلي

سنبين تعريف اللاجئ بموجب الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي تناولت حق اللجوء.

## ب- المعنى الاصطلاحي للجوء:

هو هروب الضحايا من الاخطار المحدقة بسبب النزاعات المسلحة أو بفعل الكوارث الطبيعية إلى أماكن تتوفر لهم الحماية<sup>(١)</sup>.

وينطبق هذا التعريف على كل شخص أرغم على مغادرة موطنه الأصلي بحثاً عن ملاذ آمن، وعنده خوف له ما يبرره من التعرض

للاضطهاد، ولا يستطيع بسبب ذلك الخوف أن يستظل بحماية ذلك البلد أو العودة إليه خشية التعرض للاضطهاد<sup>(٢)</sup>.

ويمكن تعريف اللاجئ بأنه: "كل إنسان ترك بلده الأم هارباً وطالباً الحماية والعيش في بلد آخر خوفاً على نفسه من الاضطهاد

بسبب سياسي أو عرقي أو ديني أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة، ولا يرغب في العودة إلى بلده الأصلي بسبب ذلك الخوف".

ويعتبر تعريف اللاجئ مسألة في غاية الأهمية، لما يترتب عليه من تحديد للحماية القانونية الواجبة للأفراد الذين ينطبق عليهم

التعريف، وتعدد التعريفات الواردة لمصطلح اللاجئ، فلا يوجد في القانون الدولي تعريفاً عاماً موحداً، حيث اختلفت التعريفات

باختلاف الاتفاقيات والبروتوكولات التي تناولت مسألة اللاجئين وحقوق الإنسان، وسنتطرق لأبرز وأهم هذه الاتفاقيات، كما يلي:

## 2. مفهوم اللاجئ في القانون الدولي لحقوق الانسان:

تعتبر الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين لسنة 1951م والبروتوكول الاختياري لعام 1967م أهم وثيقة دولية أبرمت لصالح

اللاجئين؛ فهي تعتبر الوثيقة الدولية الأم فيما يتعلق بالمركز القانوني للاجئين، وقد عرفت هذه الاتفاقية اللاجئ في المادة (2/1) بأنه:

"كل من وجد نتيجة لأحداث وقعت قبل الأول من كانون الثاني/يناير 1951م، وبسبب خوف له ما يبرره، من التعرض للاضطهاد

بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته، أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة، بسبب آرائه السياسية، خارج البلد التي يحمل جنسيتها، ولا

يستطيع أو لا يرغب في حماية ذلك البلد بسبب هذا الخوف.."<sup>(3)</sup>.

كما تعتبر هذه الاتفاقية أول اتفاقية دولية حقيقية تتناول النواحي الجوهرية من حياة اللاجئ، وأول اتفاقية جاءت بتعريف عام

للاجئ، إلا أنها جاءت مقيدة بقيد جغرافي، يتمثل في أن هذه الاتفاقية تخدم الأشخاص اللاجئين في أوروبا طبقاً للمادة (1/ب)، وقيد

(١) د. أمنية مراد، الحماية القانونية للاجئين في ظل القانون الدول، دراسة تحليلية، المركز الديمقراطي العربي للدراسات الاستراتيجية والاقتصادية والسياسية، إبريل 2017،

تاريخ الدخول 2019/7/22م، متاح على الرابط الإلكتروني الآتي: <https://democraticac.de/?p=45114>

(٢) عقبة خضراوي، حق اللجوء في القانون الدولي العام، مكتبة الفواء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2014، ص 19.

(٣) يمكن الاطلاع على تفاصيل هذه الاتفاقيات في: حقوق الإنسان واللاجئين، صحيفة وقائع رقم 20، سلسلة من صحائف وقائع حقوق الإنسان، تصدرها مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان بمكتب الأمم المتحدة، جنيف، ص 11 وما بعدها.

زمني يتمثل في أن الاتفاقية تخدم الأشخاص الذين أصبحوا لاجئين بعد أحداث الحرب العالمية الثانية وقبل 1 يناير 1951، ويترتب على ذلك أن مجموعات الأشخاص الذين يعانون من نفس الظروف نتيجة أحداث وقعت بعد 1 يناير 1951 أو الأحداث خارج نطاق أوروبا لا يمكن اعتبارهم لاجئين<sup>(1)</sup>.

كذلك بيّنت هذه الاتفاقية مجموعة من حقوق الإنسان الأساسية التي يجب أن تكون على الأقل معادلة للحريات التي يتمتع بها الرعايا الأجانب في بلد ما، وفي العديد من الحالات الممنوحة لمواطني تلك الدولة، وتتعترف هذه الاتفاقية بالنطاق الدولي لأزمات اللاجئين، وضرورة توافر تعاون دولي، بما في ذلك اقتسام الأعباء بين الدول من أجل معالجة المشكلة.

وجاء البروتوكول الإضافي لاتفاقية اللاجئين عام 1967 لجعل الاتفاقية أكثر اتساعاً وشمولاً في إطار تعريف اللاجئ، بحيث ألغى القيود الجغرافية والزمنية الواردة في الاتفاقية.

فقد أزال البروتوكول ذاته الحدود الجغرافية والزمنية الواردة في الاتفاقية الأصلية التي كان لا يسمح بموجبها إلا للأشخاص الذين أصبحوا لاجئين نتيجة لأحداث وقعت في أوروبا قبل 1 يناير/كانون الثاني 1951، بطلب الحصول على صفة اللاجئ، فبحسب نص المادة (1) منه: "يعتبر لاجئاً أي شخص يدخل ضمن تعريف اللاجئ في المادة الأولى من اتفاقية 1951 بعد حذف عبارة: (نتيجة أحداث وقعت قبل أول يناير 1951)، وعبارة: (نتيجة مثل هذه الأحداث)"، مما يعني إلغاء القيد الزمني والقيد الجغرافي الوارد في تعريف اللاجئ في الاتفاقية، سواءً كانت هذه الأحداث قد وقعت في أوروبا أو في مكان آخر من العالم<sup>(2)</sup>.

ومما يؤخذ على هذا التعريف: إنه لم يتضمن الأشخاص الذين يفرون من أوطانهم بسبب الخوف على حياتهم نتيجة نشوب حرب أهلية مثلاً، أو نتيجة عدوان خارجي، أو احتلال، أو سيطرة أجنبية.

كما أن اتفاقية 1951 لم تحدد كيف تحدد الدول الأطراف ما إذا كان الفرد يفني بتعريف اللاجئ، وبدلاً من ذلك يُترك لكل دولة طرف تطوير إجراءات اللجوء وقرارات مركز اللاجئ، وقد نتج عن ذلك تباينات بين الدول المختلفة، حيث تضع الحكومات قوانين اللجوء بناءً على مواردها الاقتصادية المتاحة، ودوافع الأمن القومي الخاص بها<sup>(3)</sup>.

(١) سولاف طارق عبد الكريم، الحرب ومبدأ عدم رد اللاجئين، بحث منشور بمجلة القادسية للعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الأول، 2008، ص 171.

(٢) <https://www.wbur.org/news/2018/12/03/asylum-explainer>

(٣) Dashrath Phulwary; REFUGEE RIGHTS VIS-A-VIS SECURITY OF STATE: STRIKING A BALANCE BETWEEN BOTH, Conference Paper to Conference: Refugee Rights Conference, At Hyderabad, April 2013, p22. .

وقد استثنى التعريف الوارد في الاتفاقية والبروتوكول الأشخاص الذين هجروا من منازلهم ولم يغادروا البلد الذي يحملون جنسيته أو يقيمون فيه، وبقيت هذه الفئة أي أولئك الذين نزحوا داخل أوطانهم دون إعطائهم أي حماية أو تحديد لطرق التعامل معها من خلال الاتفاقية والبروتوكول.

### 3. تعريف اللاجئ لدى معهد القانون الدولي:

عرّف معهد القانون الدولي اللجوء بأنه: "الحماية التي تمنحها دولة فوق أراضيها أو تابع لسُلطتها لفرد طلب منها هذه الحماية"، فحق اللجوء حماية قانونية تمنحها الدولة لشخص أجنبي في مواجهة أعمال دولة أخرى، ولا يمنح إلا لضرورة تفتضيه ويتحدد نطاقه بمداهها<sup>(1)</sup>.

وبناءً عليه، فإن اللجوء في القانون الدولي يقصد به هروب الضحايا إلى أماكن تتوفر لهم فيها الحماية، وأول الأماكن التي يلجأ الضحايا إليها هي اللجنة الدولية للصليب الأحمر باعتبارها المفوضة من طرف اتفاقية جنيف بحماية أكثر الأفراد ضعفاً، سواءً كانوا أسرى حرب أو مدنيين يتعرضون للهجوم<sup>(2)</sup>.

كما يُعرّف اللجوء بمفهومه العام: بأنه الحماية التي تُقدّم للفرد الذي يُغادر وطنه؛ خوفاً من التعذيب، أو التعرض للظلم والاضطهاد، أو القتل لعدد من الأسباب منها: الآراء السياسيّة، أو قد يكون اللجوء بمحض إرادة الفرد أو خارجاً عن إرادته، مثل: اللجوء الذي يتمّ فرضه بسبب الغزو العسكريّ لدولة معيّنة من دولة أخرى، أو بسبب الحروب الأهلية التي تحدث في ذات الدولة، أو بسبب حدوث كوارث طبيعيّة.

### 4. تعريف اللاجئ في القانون الدولي الإنساني:

برزت قوانين حقوق الإنسان بشكل موثق، وتطورت وتبلورت مع الاتفاقيات المشددة على ضرورة حمايتها، وذلك منذ منتصف القرن الماضي وحتى يومنا هذا، وبعد المآسي التي شهدتها العالم مع بدايات ومنتصف القرن العشرين على وجه الخصوص.

وعلى الرغم من أن هذه القوانين لم تستطع أن تضع نهاية للحروب والقتل العشوائي الذي يطال المدنيين، فلا بد من النظر في القوانين المنطبقة على حالات النزاعات المسلحة - الدولية وغير الدولية - والمبادئ الأساسية الواجب على أطراف النزاع احترامها وصولاً إلى حماية الفئات المستضعفة في زمن الحرب، وحماية حقوقها وتحييدها عن الصراعات وتأمين حد معين من الأمن والطمأنينة لها.

(١) عقبة خضراوي: المرجع السابق، ص 20.

(٢) د. أمينة مراد، الحماية القانونية للاجئين في ظل القانون الدولي، دراسة تحليلية، مرجع سابق، ص 9.

ويمكن النظر إلى هذه القوانين بكونها مقتبسة عن القانون الدولي العرفي، على أنها ترسي مبادئ وتكرس حقوقاً غير قابلة للتفاوض، وبالتالي لا يمكن إسقاطها أو التنازل عنها أو المس بها، ومنها على سبيل المثال: حظر التعذيب أو أي نوع من المعاملة المسيئة، لهذا فقد عملت الأمم المتحدة على إعداد اتفاقيات وبروتوكولات تحدد الحماية القانونية لهذه الفئات، ومن تلك الاتفاقيات والبروتوكولات اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949، والبروتوكول الإضافيان الملحقان به لعام 1977، والتي تُعد من المصادر الرئيسية للقانون الدولي الإنساني اليوم<sup>(1)</sup>.

إن اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1949 والبروتوكول الإضافيان واجبة الإلتباع، كونهما قواعد تهدف لتحديد الأطراف غير المتحاربة، وأسساً لحمايتها وفرض احترام بعض حقوقها الأساسية، وباعتبارهما أساس موثق للقانون الإنساني الدولي؛ فالاتفاقيات الأربع والبروتوكول الأول تشكل إطاراً لحماية المدنيين في النزاعات المسلحة الدولية<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للنزاعات المسلحة الداخلية فتتطلب عليها المادة الثالثة المشتركة من الاتفاقيات الأربع والبروتوكول الثاني لحماية المدنيين، إلا أن الواقع يبقى مختلفاً؛ فالحروب الناشئة ما زالت تظال المدن والأحياء والقرى وأماكن السكن المكتظة مما يجبر المدنيين على مغادرة منازلهم وترك ممتلكاتهم بحثاً عن ملجئ آمن<sup>(3)</sup>.

كما تعمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي - أيضاً - على تعزيز القانون الدولي الإنساني وصيانه، وهي عبارة عن: "مجموعة القواعد المطبقة في النزاعات المسلحة حمايةً لأولئك الذين لا يشاركون أو لم يعد لهم دور نشط في الأعمال العدائية، ومنهم اللاجئيين"<sup>(4)</sup>.

## 5. تعريف اللاجئ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان:

أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948م في المادة (2/13) على حرية الانتقال وحق كل فرد في أن يغادر إقليم الدولة التي يعيش فيها أو إقليم أية دولة أخرى والعودة إلى هذا الإقليم مرة ثانية، وهو نفس المعنى الذي نصت عليه المادة (12) من

(1) أ.د/طارق احمد المنصوب، المنظمات الدولية العاملة في قضايا اللجوء، ورقة عمل مقدمة إلى البرنامج الخاص بالدورة التدريبية لطلاب كلية الحقوق، جامعة إب، المنعقدة خلال الفترة من 3-18 مارس/2019م، ص4.

(2) كريستي سيغفريد، لماذا يصعب ترحيل طالبي اللجوء، محررة شؤون الهجرة، أوكسفورد، 22 فبراير 2016 على الرابط الإلكتروني: <https://www.thenewhumanitarian.org/ar/thlyl/2016/02/22/lmdh-ysb-trhyl-tlby-ljw>

(3) سنان طالب عبد الشهيد، الدولة المضيفة، بحث منشور في مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والادارية، بتاريخ 2018/3/14م، العدد4، لسنة 2009م، ومتاح على الرابط الإلكتروني: <http://www.uokufa.edu.iq/journals/index.php/ghjec/article/view/1788>

(4) د. أحمد علي العماد، مقدمة في النظام الدولي للاجئين، مركز دراسات الهجرة واللاجئين، جامعة صنعاء، 2019م، ص5.

العهد الخاص بالحقوق السياسية والمدنية لعام 1966. أما المادة (14) من الإعلان ذاته فنصت على أنه يحق لكل فرد يعاني من اضطهاد أو قهر أن يسعى إلى طلب اللجوء لدى دولة أخرى.

أما عن ميثاق الحقوق السياسية للاتحاد الأوروبي الذي بدأ العمل به في ديسمبر 2000 فقد نصت المادة (18) منه على أنه: "يكفل حق اللجوء بالاحترام الواجب لقواعد اتفاقية جنيف لعام 1951 وبروتوكولها الاختياري لعام 1967 المتعلقان بوضع اللاجئين.." (1).

## 6. تعريف اللاجئ في النظام الأساسي للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين:

حسب المادة (6/ب) من النظام الأساسي للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين لعام 1950، فإنه يعتبر لاجئ أي شخص يوجد خارج دولة جنسيته أو إذا كان عديم الجنسية خارج دولة إقامته المعتادة سابقاً، بسبب أنه يخاف أو كان خائفاً لأسباب معقولة من الاضطهاد الراجع إلى عنصره، ديانتته، جنسيته، أو رأيه السياسي، ولا يستطيع أو لا يرغب بسبب مثل هذا الخوف في التمتع بحماية حكومة دولة جنسيته أو دولة إقامته المعتادة إذا كان عديم الجنسية (2).

ويلاحظ أن هذا التعريف قد خلا من القيد الجغرافي، بالإضافة إلى أنه يتميز بكونه يوفر الحماية لجميع الأشخاص اللاجئين، سواءً كانت الدولة التي يتواجدون على إقليمها طرفاً في اتفاقية 1951 أو بروتوكول 1967.

## 7. اللاجئ في الاتفاقيات الإقليمية:

وجدت البلدان في الأمريكتين وأفريقيا التي تعاني من النزوح على نطاق واسع نتيجة للنزاعات المسلحة أن تعريف اتفاقية عام 1951 لم يقطع شوطاً كافياً في تلبية احتياجات الحماية لسكانها، وبالتالي فمن يرغب باللجوء إلى دولة أخرى لأسباب اقتصادية، أو بهدف تحسين مستواه المعيشي من غير استهداف من جهة معينة من نفس دولته للقتل، أو الاضطهاد، أو التعذيب، فهو غير مشمول بأحكام هذه الاتفاقية، كما لا يشمل تعريف اللاجئ في اتفاقية الأمم المتحدة من يلجأ بسبب الكوارث الطبيعية، مثل: الزلازل والفيضانات، وقد وسّعت المفوضية العليا للاجئين إطار عملها ليشمل لاجئي الحروب أيضاً (3).

(1) أ.د. بشير عبدالله العماد، الاتفاقيات الدولية وتعريف الفئات المشمولة بحماية مفوضين اللاجئين، مرجع سابق، ص 6.

(2) د. أمنية مراد، الحماية القانونية للاجئين في ظل القانون الدولي، مرجع سابق، ص 26.

(3) أ.د. بشير عبدالله العماد، مرجع سابق، ص 4.

ولأجل ذلك فإن كل من المادة (3) من إعلان قرطاجنة والمادة (2/1) من اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية لعام 1969، قد جاءتا لتوسع وضع اللاجئين الفرد، بسبب العدوان الخارجي أو الاحتلال أو الهيمنة الأجنبية أو الأحداث التي تزعج النظام العام بشكل خطير، سواءً في جزء منه أو كله<sup>(1)</sup>.

وعليه، فقد جاء تعريف اللاجئين وفق اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية لشؤون اللاجئين لعام ١٩٦٩ ليشمل الأشخاص الذين يضطرون إلى مغادرة دولتهم الأصلية بسبب عدوان خارجي، أو احتلال أجنبي، أو سيطرة أجنبية أو بسبب أحداث تثير الاضطراب بشكل خطير بالنظام العام في إقليم دولته الأصل كونه أو في جزء منه.

ويلاحظ من هذا التعريف، إن اتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية لعام 1969 قد وسعت من مفهوم اللاجئين ليشمل تعريف اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1951 للاجئين بنقطتين: الأولى: إنه شمل فئة جديدة من الأشخاص لم يكونوا مشمولين ضمن تعريف اللاجئين الوارد في اتفاقية الأمم المتحدة للاجئين لعام 1951، وهؤلاء الأشخاص هم الذين اضطروا للهروب عبر الحدود نتيجة عدوان خارجي أو سيطرة أجنبية أو بسبب أحداث تثير الاضطراب بشكل خطير بالنظام العام في إقليم دولته الأصل، الثانية: تمثلت في أنها لم تعلق حق اللجوء أو تعريف الشخص الذي ينطبق عليه وصف اللاجئين على قيد زمني معين، حيث جاءت هذه الاتفاقية متحررة من القيد الزمني التي نصت عليه تلك الاتفاقية، كما قامت أيضاً بدمج التعريف الأوسع لتلك الصكوك للاجئين، معترفاً بالأفراد الفارين من العنف المعمم وغيره من حالات انخيار النظام العام<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: أنواع اللجوء: عرف المجتمع الدولي ثلاثة أنواع من اللجوء هي:

1. اللجوء الإنساني: هو الأكثر شهرة، حيث لا يقتصر على فئة معينة من الناس، ويقصد به اللجوء إلى إقليم دولة أخرى،

ويحدث بسبب الحروب أو الغزو على دولة معينة، أو بسبب الصراعات العرقية<sup>(3)</sup>.

وللجوء الإنسانيّ طريقتان: الطريقة الأولى: إما أن يتم من خلال تقديم طلب لجوء في مطار الدولة التي يصل إليها الشخص، أو يتقدم بطلب لجوء عندما يدخل إلى الدولة عن طريق الذهاب إلى أحد مراكز اللجوء فيها، والطريقة الثانية: أن يلجأ عن طريق المفوضية، ويقدم طلب اللجوء فيها، وغالباً يكون اللجوء عن طريق المفوضية إلى كندا، أو أمريكا، أو أستراليا، أو بعض دول أوروبا،

(1) أ.د بشير عبدالله العماد، المرجع السابق، ص4.

(2) أ.د. طارق احمد المنسوب، المنظمات الدولية العاملة في قضايا اللجوء، مرجع سابق، ص3.

(3) عبد الحميد الوالي، إشكالية اللجوء على الصعيدين الدولي والعربي والتعليق على اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باللاجئين، بيسان للنشر والتوزيع والإعلام، لبنان، ط1، 2007، ص33.

مثل الدنمارك، وتعتبر أقاليم الدول المجاورة للدول التي تشهد توترات داخلية من أكثر البلدان تأثراً بموجات اللاجئين؛ كتركيا ولبنان اللتان تمثلان مكان النجاء السوريين<sup>(١)</sup>.

2. اللجوء السياسي: هو الذي يمنح إلى الشخصيات السياسية والقادة المنشقين عن حكوماتهم أو جيوشهم، أو الناشطين السياسيين، حيث يطلبون الأمان والحماية في دولة أجنبية أو إحدى سفارتها أو سفنها وطائراتها ويشكل اللاجئين السياسيون أقل فئات اللاجئين عدداً، وهي فئة من الناس تضطهد بسبب أفكارها وآرائها المعارضة<sup>(٢)</sup>.
3. اللجوء الديني: يقصد باللجوء الديني ذلك المكان الذي يعتصم ويحتمي به اللاجئ فراراً من الاضطهاد أو القتل، وطلباً للأمن والحماية، لما لذلك المكان من حرمة دينية وقدسية عند أفراد المجتمع<sup>(٣)</sup>، ومن أمثلة ذلك هروب مسلمي البوسنة والمهرسك جراء قيام الصرب ضدهم بعمليات إبادة جماعية، وتطهير عرقي، وكذلك الحال مع مسلمي بورما.

## الفرع الثاني

### معايير حق اللجوء الإنساني

نبين في هذا الفرع تعريف حق اللجوء، وأهميته، والأساس القانوني لحق اللجوء، وشروطه، كما يلي:

#### أولاً: تعريف حق اللجوء:

حق اللجوء: هو حق حصول الفرد على الحماية القانونية، وهو حق مؤقت تمنحه الدولة تبعاً لظروفها، ويتم منح الأفراد حق اللجوء وفق أحكام معينة تصدر عن وثائق حقوق الإنسان دون تمييز، حيث يُمنح حقّ اللجوء للشخص الفاقداً لإمكانية البقاء في وطنه<sup>(٤)</sup>. وهنا يتضح أن حق اللجوء هو الحق المكفول لأي إنسان مورس بحقه الاضطهاد بشتى أنواعه، وهو حق يخضع بشكل خاص لقانون اللاجئين المتفرع عن القانون الدولي المهتم بشكل عام بحقوق الإنسان.

(١) د. أمنية مراد، الحماية القانونية للاجئين في ظل القانون الدولي، مرجع سابق، ص32.

(٢) بلغ عدد طالبي اللجوء القادمين إلى الولايات المتحدة في السنوات الأخيرة وفقاً لتقرير صادر عن مفوض الأمم المتحدة السامي لشؤون اللاجئين، 262,000 طلب لجوء في عام 2016، ضعف العدد في عام 2014، مع ما يقرب من نصف الطلبات المقدمة من مواطني أمريكا الوسطى. انظر:

<https://www.wbur.org/news/2018/12/03/asylum-explainer>

(٣) غالم نجو، المركز القانوني للاجئين في الجزائر، شهادة ماجستير، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013، ص15.

(٤) د. إبراهيم سليمان حيدرة، د. محمد الحبيشي، اللجوء في الشريعة الإسلامية، ورقة عمل مقدمة إلى البرنامج الخاص بالدورة التدريبية لطلاب كلية الحقوق، جامعة إِب، المنعقدة خلال الفترة من 3-18 مارس/2019م، ص9.

(٤) سحر الياسري، حق اللجوء السياسي والإنساني، شبكة الأخبار العربية ANN TV، على الرابط الآتي: <https://mawdoo3.com>.

## ثانياً: أهمية حق اللجوء الإنساني:

يُعد حق اللجوء الإنساني من أهم حقوق الإنسان، ويمثل الدفاع عن حقوق اللاجئين أحد أبرز المجالات التي اهتمت بها الشرعية الدولية لحقوق الإنسان، حيث وضعت الضمانات لحمايتهم ومواجهة نتائج إنكار حقوقهم أو انتهاكها. وحق اللجوء وفقاً للمواثيق الدولية هو حق مكفول لكل شخص ينتابه خوف أكيد من تعرضه للاضطهاد أو الحرب أو البطالة أو الفقر أو الجوع، فيلجأ إلى بلد يشعر فيه بالأمان والاستقرار وفق لآليات حقوق الإنسان الدولية. كما يمثل الدفاع عن حقوق اللاجئين مجالاً من أبرز المجالات التي اهتمت بها الشرعية الدولية في معرض وضعها لضمانات حقوق الإنسان ومواجهة نتائج إنكارها وانتهاكها، وإذا كانت قضايا حقوق الإنسان تمثل لدى المهتمين بها أهمية خاصة فإن اللجوء واللاجئين تمثل أهمية أكبر بسبب تزايد ظاهرة انتهاك حقوق الأفراد والجماعات واتساع دائرة بؤر صراعات السلطة والصراعات والحروب الإقليمية والتي نتج عنها تشرد الملايين من البشر يتدفقون على البلدان المجاورة بهدف الحصول على لجوء آمن.

## ثالثاً: الأساس القانوني لحق اللجوء:

لا يمكن القول بأن الإنسان الذي يُضطهد داخل بلده وتنتهك حقوقه بصورة صارخة لا يكون له الحق - عندما يعجز تماماً - في أن يبحث عن ملجأ آمن يأمن فيه على حياته وحياته أسرته ويصون فيه كرامته، وبما أن الأخيرتين انتهكتنا وبشكل صارخ من قبل دولته وهذا هو عينه ما قرره المادة (1/14) من الإعلان العالمي، والتي تبين وبكل وضوح أن اللجوء الإنساني هو حق لكل شخص طبيعي تعرض للاضطهاد داخل دولته أو داخل دولة أخرى كان مقيماً فيها، في أن يلتمس لنفسه ملجأً آمناً. ولم يعد الاضطهاد هو العنصر الوحيد الذي ينشئ حق اللجوء الإنساني لمن يتعرض له، بل قد ظهرت في الآونة الأخيرة ظروف جديدة غير الاضطهاد الفردي اضطر بسببها الكثيرون إلى ترك بلدانهم والهجرة إلى دولة أخرى. وما يؤكد ذلك ما جاء في المادة (2) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 بأنه: "لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الماسية بالكرامة"، وكذا ما صرحت به المادة (14) من الإعلان ذاته، بأنه: "لكل فرد الحق في أن يلجأ إلى بلاد أخرى أو يحاول الالتجاء إليها هرباً من الاضطهاد".

ولهذا، فهو حق ينشأ مباشرةً للشخص مجرد تعرض حقوقه وحرياته الأساسية لانتهاك خطير، سواءً كان داخل بلد جنسيته أو كان مقيماً في بلد آخر، ومنذ نشوء حالة اللجوء بالنسبة لمثل هؤلاء الأشخاص فإنه يتمتع بالحماية القانونية الدولية التي تقرها له الاتفاقية المعنية لعام 1951 وما ورد في البروتوكول الملحق بها لعام 1967<sup>(1)</sup>.

وهو حق منظم وليس منحة من الدولة المضيفة، فقد نظمته الاتفاقيات الدولية المعنية التي تُعد جزءاً من القانون الدولي الإنساني، لذا لا يجوز للدول المضيفة مواجهته بما لم يرد فيها.

كما لا يجوز للأشخاص المحميين بمقتضى اتفاقيات القانون الدولي الإنساني التنازل في أي حال من الأحوال عن بعض أو كل الحقوق الممنوحة لهم بمقتضى هذه الاتفاقية وبروتوكولها الملحق، أو حتى الاتفاقيات العامة أو الخاصة الأخرى إذا وجدت.

ويعني هذا، إن الفرد اللاجئ لا يستطيع أن يتنازل بالاتفاق عن الحماية التي توفرها له الاتفاقيات، ويمكن القول إن اللاجئ بما أنه طرف ضعيف في دولة اللجوء، لذا فإن حالة اللجوء الإنساني التي يكون فيها والمنظمة من قبل الاتفاقيات المعنية توفر له حماية كافية، كما أنها توفر له حماية ضد ضعفه الذي قد يبدو فيه، فهو لا يستطيع أن يتعاقد على تقليل أو إلغاء الحماية ولا على إعفاء الطرف الآخر (الدولة المضيفة) من آثار انتهاكاته لالتزاماته<sup>(2)</sup>.

وكذلك لا يجوز للدولة الحاضرة أن تعامل اللاجئين الذين لا يتمتعون في الواقع بحماية أية حكومة كأجانب أعداء لمجرد تبعيتهم لدولة معادية، وهو حكم المادة (44) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 المتعلقة بحماية السكان المدنيين وقت الحرب.

#### رابعاً: شروط منح حق اللجوء الإنساني:

يجب أن تنطبق على اللاجئ شروط معينة حتى يتمّ اعتماده، وقد بينت اتفاقية الأمم المتحدة بخصوص اللاجئين لعام 1951 وبروتوكول الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي لعام 1967 الأسباب التي قد تدفع بالشخص إلى اللجوء وذلك من خلال التعريف التي وضعته لتحديد المقصود باللاجئ، وهو التعريف الذي أورده المادة (1/2) من اتفاقية عام 1951 الخاصة بوضع اللاجئين، وذلك لاحتوائها على أربعة شروط يمكن من خلالها تحديد من هو اللاجئ وهي<sup>(3)</sup>:

1- يجب أن يكون في حالة خوف، ويُعدّ الخوف هو أهم سبب من الأسباب المؤدية إلى اللجوء، وقد نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1951 بصورة واضحة حين جاءت بعبارة: (خوف له ما يبرره).

(1) د. سهيل حسين الفتلاوي، د. غالب عوده حوامده، القانون الدولي العام، حقوق الدول وواجباتها، ج2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ط1، 2007، ص62.  
 (2) د. سعيد سالم جويلي، الطبيعة القانونية الخاصة للاتفاقيات الدولية في القانون الدولي الإنساني، بحث منشور في مجلة القانون الدولي الإنساني، الجزء الثالث، جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنان، 2005، ص260-261.  
 (3) المادة (1) من اتفاقية عام 1951 الخاصة بوضع اللاجئين.

2- يجب أن يكون الشخص مضطهداً - ليس هناك تعريفاً محدداً قيل في الاضطهاد - بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية، كما يجب أن يكون خوف الشخص من التعرض له راجعاً إلى أسباب محددة حصراً، فلا ينطبق وصف اللاجئ على الأشخاص الذين ليس لديهم أسباب معينة للخوف من الاضطهاد، حيث قد حددت اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1951 والخاصة باللاجئين أسباب الاضطهاد التي تؤدي إلى اعتبار الشخص لاجئاً.

3- يجب أن يكون اللاجئ خارج وطنه الأم، ويرفض العودة إليه لأسباب ومبررات جدية، وظروف صعبة ليس له القدرة على تغييرها، وفي معظم الحالات يحتفظ اللاجئون بجنسية دولتهم الأصلية، ويعتبر هذا الشرط من الشروط العامة للاعتراف بوضع اللاجئ دون أي استثناء على ذلك<sup>(1)</sup>.

4- يجب أن يفترق اللاجئ إلى الحماية في بلده الأصلي، سواءً لاستحالة ذلك بسبب حرب أهلية أو دولية، أو لرفض الدولة تقديم الحماية له، أو لأنه لا يرغب في التمتع بهذه الحماية لخوفه من الاضطهاد<sup>(2)</sup>.

وفي المحمل، كما جاء في اتفاقية جنيف في عام 1951م والتي وقّعت عليها 130 دولة، أنه إذا كان الشخص خارج بلد إقامته الأصلي في بلد آخر بسبب تعرضه للظلم، أو التنكيل، أو المطاردة لأسباب عرقية، أو طبقية، أو بسبب اعتقادات سياسية، أو دينية فهو لاجئ، وحتى لو رفض حماية بلده لعدم الثقة في منحه إياها أو نتيجة للخوف، يجب أن يُمنح الحماية في البلد الذي لجأ إليه.

## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية للحقوق العامة للاجئ الإنساني

المركز القانوني للاجئ بشكل عام تحكمه الاتفاقيات والبروتوكولات الخاصة باللاجئين في القانون الدولي لحقوق الإنسان، والتي أكدت على ضرورة تمتع اللاجئ بعدة حقوق، ففي اتفاقية عام 1951 أفردت المواد من 3 إلى 34 لتحديد الحقوق العامة للاجئ وحمايتها القانونية، ثم جاء بروتوكول عام 1967 ليوضح كثير من حقوق اللاجئين، وتلاشى بعض القصور في اتفاقية 1951. وبالرغم من ذلك، فإن الاتفاقية والبروتوكول الإضافي لها - سالف الذكر - لم يقدمتا معاملة كاملة للاجئ الإنساني، وهو ما تداركته الاتفاقيات والبروتوكولات اللاحقة لهما، والتي جاءت من خلال القانون الدولي الإنساني، وأهمهما اتفاقيات جنيف الأربع لعام

(١) عبد الحميد الوالي، مرجع سابق، ص 233.

(٢) د. أمنية مراد، مرجع سابق، ص 38.

1949 والبروتوكولان الاضافيان لهما الصادران في العام 1977، فمن خلالهما تبين أن معاملة اللاجئين لا تقل عن معاملة الأجانب عموماً في حالات كثيرة، وعليه يمكن تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول

#### الحقوق العامة والمركز القانوني للاجئ الإنساني

هناك الكثير من الحقوق التي يتمتع بها اللاجئين، وقد جاءت على سبيل الحصر في الاتفاقية الخاصة باللاجئين لسنة 1951 وحددتها المواد من 3 إلى 34، والتي منها:

1. الحق في التعليم.
2. الحق في ممارسة الشعائر الدينية.
3. الحق في حماية الملكية الفكرية والصناعية.
4. الاعفاء من شرط المعاملة بالمثل.
5. الحق في التملك والسكن.
6. الحق في التنقل، وممارسة العمل الحر.

وقد تكون هذه الحقوق متفق على كثير من جوانبها من قبل الدول المضيفة للاجئ الإنساني، إلا أن هناك حقوقاً يدور حولها تباين واختلاف من دولة إلى أخرى، عند تعامل تلك الدول مع اللاجئين، وأهم هذه الحقوق ما يلي:

#### أولاً: الحق في قبول مطالبة اللجوء:

وفقاً للمادة (31) من اتفاقية 1951، فإن الدول الموقعة على هذه الاتفاقية، تنص في قانونها الداخلي على أن الدخول غير النظامي لمقدم الطلب - أي بدون تأشيرة دخول أو مستندات أخرى - لن يكون له تأثير سلبي على طالبي اللجوء. كما ان هناك قيوداً زمنية تفرضها بعض الدول مثل: عدد الأيام التي تلي دخول بلدها طالب اللجوء، رغم وجود بعض الاستثناءات المحدودة لظروف استثنائية تفيد بأن طالبي اللجوء يجب أن يتقدموا خلال خمسة عشر يوماً من الدخول، وبعض الدول تفرض مهلة لتقديم سنة واحدة على طلبات اللجوء، كما أن هناك دول تنص على أنه عندما ترفض الحكومة طلب لجوء فإنه يتعين على طالب اللجوء الحصول على توضيح لأسباب الرفض<sup>(1)</sup>.

(١) على سبيل المثال: 15 سبتمبر/أيلول 2015 يوم فاصل في أزمة اللجوء إلى أوروبا، ففي هذا اليوم أدخلت سلطات المجر إجراءات غير مسبقة في التعامل مع اللاجئين، كان برلمان بودابست قد أقرها في الشهر ذاته، وتنص الإجراءات على اعتبار أي طالب لجوء ينجح في دخول أراضي المجر متسللاً يعرض نفسه لعقوبة السجن ثلاثة أعوام.

وعلى الرغم من الاختلافات بين الدول، فإن هناك عدد من القواسم المشتركة بين إجراءات اللجوء في الدول التي لديها أطر وطنية لمنح مركز اللاجئين مركزاً قانونياً كما جاءت به الاتفاقيات الدولية، مثل: مجلس الاتحاد الأوروبي، فقد بذلت الدول المنظمة للاتحاد جهداً لتبني نظام موحد للجوء، وبالمقابل فإن الهيئات الدولية والإقليمية المعنية بهذا الشأن تفتقر إلى الاختصاص للنظر في طلبات اللجوء الفردية<sup>(١)</sup>.

وفي معظم الحالات، يقع العبء على طالب اللجوء لإثبات أنه يستوفي تعريف اللاجئين، ويتم تشجيعه على تقديم أكبر قدر ممكن من الأدلة الداعمة، قد تأخذ الأدلة الداعمة شكل تقارير الدول أو تقارير المنظمات غير الحكومية أو المقالات الإخبارية أو الشهادات الخطية أو الشهادة الشخصية للشهود، وسوف يقوم مسؤول الدولة المضيفة بإجراء مقابلة مع طالب اللجوء لتقييم أدلة مصداقيته<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: الحق في الحفاظ على وحدة العائلة واحترامها:

بالنسبة للاجئين وطالبي اللجوء غالباً ما تواجه حياتهم العائلية تهديدات لبقائهم ووجودهم، وقد بدأت الإشكالية لهذا الحق عندما أشارت اتفاقية 1951 إلى "اللاجئ" في صيغة المفرد، دون أي ذكر لعائلة اللاجئ، علاوةً على ذلك، عدم إدراج أي حكم موضوعي في نص اتفاقية عام 1951، حيث أن المادة (12) لا تتناول على وجه التحديد مسألة وحدة الأسرة، وأرجعت هذا الجانب المهم ليلم معالجته عن طريق القانون المحلي لكل دولة تستضيف لاجئين وما يقرره قانون الأحوال الشخصية<sup>(٣)</sup>.

وبدلاً من تجميع اللاجئين في معسكرات داخل البلاد للنظر في أوضاعهم أو تسهيل عبورهم إلى النمسا أو ألمانيا، سيتم البت في طلبات لجوئهم على الشريط الحدودي مع صربيا، على غرار ما تفعله أستراليا التي تنظر في طلبات اللاجئين وهم في عرض البحر. وتأتي هذه الإجراءات - التي تشمل أيضاً عقوبات على المهجرين - بعد الانتهاء من إقامة حائط ثانٍ من الأسلاك الشائكة بارتفاع أربعة أمتار على كامل الحدود مع صربيا البالغ طولها 175 كلم ونشر 3800 جندي على طول الحدود، حيث أجروا مطلع سبتمبر أيضاً تدريبات عسكرية. يُنظر: اللاجئين وأوروبا، أزمة القوانين وجبهة الرفض، شبكة الجزيرة الإعلامية، 2019، على الرابط الإلكتروني الآتي:

<https://www.aljazeera.net/knowledgegate/newscoverage/2015/9/15>

<sup>(١)</sup> هذه المعايير تعتبر المعايير الدنيا لتأهيل ووضع رعايا البلدان الثالثة أو عديمي الجنسية كلاجئين أو كأشخاص يحتاجون إلى حماية دولية ومحتوى الحماية الممنوحة (المعروفة عادةً بتوجيهات التأهيل)، يُنظر: لائحة دبلن، الأمر التوجيهي للمجلس الاوربي رقم EC / 83/2004 المؤرخ 29 أبريل 2004م.

<sup>(٢)</sup> نص المادة (31) من اتفاقية 1951 اللاجئين الموجودون بصورة غير مشروعة في بلد الملجأ: ((1-). تتمتع الدول المتعاقدة عن فرض عقوبات جزائية بسبب دخولهم أو وجودهم غير القانوني، على اللاجئين الذين يدخلون إقليمها أو يوجدون فيه دون إذن، قادمين مباشرة من إقليم كانت فيه حياتهم مهددة بالمعنى المقصود في المادة 1، شريطة أن يقدموا أنفسهم إلى السلطات دون إبطاء وأن يبرهنوا علي وجاهة أسباب دخولهم أو وجودهم غير القانوني)). 2. تتمتع الدول المتعاقدة عن فرض غير الضروري من القيود على تنقلات هؤلاء اللاجئين، ولا تطبق هذه القيود إلا ريثما يسوى وضعهم في بلد الملاذ أو ريثما يقبلون في بلد آخر، وعلي الدول المتعاقدة أن تمنح اللاجئين المذكورين مهلة معقولة، وكذلك كل التسهيلات الضرورية ليحصلوا علي قبول بلد آخر بدخولهم إليه)).

<sup>(٣)</sup> نصت المادة (12) من قانون الأحوال الشخصية أنه: "1. تخضع أحوال اللاجئ الشخصية لقانون بلد موطنه، أو لقانون بلد إقامته إذا لم يكن له موطن. 2. تحترم الدولة المتعاقدة حقوق اللاجئ المكتسبة والناجمة عن أحواله الشخصية، ولا سيما الحقوق المرتبطة بالزواج، علي أن يخضع ذلك عند الاقتضاء لاستكمال الشكليات المنصوص عليها في قوانين تلك الدولة، ولكن شريطة أن يكون الحق المعني واحد من الحقوق التي كان سيعترف بها تشريع الدولة المذكورة لو لم يصبح صاحبه لاجئاً.

ولكن الوثيقة الختامية للمؤتمر قد اعتمدت توصية محددة بأن: تُنصح الحكومات باتخاذ التدابير اللازمة لحماية أسرة اللاجئ، وبهدف ضمان الحفاظ على وحدة الأسرة وحماية القصر من الأبناء<sup>(1)</sup>.

كما أن احتجاز طالبي اللجوء، وعدم تسهيل استكمال اجراءات تسجيل اللاجئين، له تأثير سلبي واضح على الحق في الحياة الأسرية، كذلك استخدام اللوائح الإدارية من قبل الدول المضيفة لاستكمال التشريعات ذات الجوانب العملية يمكن أن تؤدي إلى وضع عراقيل كثيرة على وحدة الأسرة للاجئ الإنساني<sup>(2)</sup>.

وفي الواقع، إن الروابط الأسرية والحياة وجهان مهمان في كل مجتمع في جميع أنحاء العالم، وقد أشارت مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين إلى استمرار نزوح بعض الدول لتسهيل لم شمل الأسرة.

وعليه وفيما يتعلق بهذا الحق، تنص عدد من البلدان على منح صفة مشتقة للأقارب المعالين، وبالتالي، عندما يُمنح الفرد حق اللجوء، سيحصل أقرابه التابعون أيضاً على الحماية من خلاله، حيث يُنظر إلى الأسرة على أنها "وحدة المجموعة الطبيعية والأساسية في المجتمع ولها الحق في الحماية من قبل المجتمع والدولة"<sup>(3)</sup>.

ومع ذلك، إذا تم إنهاء وضع اللاجئ للفرد، فسيتم أيضاً إنهاء وضع الأقارب المعالين، وبالتالي لا تمنع هذه القوانين المحلية الأقارب المعالين من تقديم طلبات اللجوء الخاصة بهم<sup>(4)</sup>.

كما نصت المادة (74) من البروتوكول الإضافي الأول على أنه: "على أطراف السلم وأطراف النزاعات تيسر قدر الإمكان جمع شمل الأسر التي شنت نتيجة للمنازعات المسلحة، وتشجع بصفة خاصة للوائح الأمن الخاصة بكل منها"، وهذا ما دأب عليه البروتوكول الإضافي الثاني في المادة (3/4)، حيث نصت على أنه: "تتخذ جميع الخطوات المناسبة لتسهيل جمع شمل الأسر التي تشتت لفترة مؤقتة"<sup>(5)</sup>.

(1) أليس إدوارد، حقوق الإنسان واللاجئين والحق في التمتع، المجلة الدولية لقانون اللاجئين، المجلد 17، العدد 2، 2005، ص 293-330. منشورة على الرابط

الإلكتروني الآتي: <https://academic.oup.com/ijrl/article/17/2/293/1548262>

(2) فهد بن ناصر محمد الشهراني، حماية حقوق النازحين في القانون الدولي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، لسنة 2017،

منشور على الرابط الإلكتروني الآتي: <http://www.internal-displacement.org>

(3) المادة (23) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(4) أليس إدوارد، مرجع سابق، ص 296

(5) المادة (49) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، الخاصة بحماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب.

### ثالثاً: الحق في الحرية والأمان للشخص:

حق الفرد في الحرية والأمن مهم في سياق كيفية معاملة طالبي اللجوء داخل بلد اللجوء المقصود، وتنص القوانين الوطنية في العديد من البلدان على احتجاز طالبي اللجوء في وقت أو آخر خلال الفصل في طلباتهم، ويُعد احتجاز طالبي اللجوء قضية مثيرة للخلاف بسبب الظروف الموجودة في مرافق الاحتجاز في العديد من البلدان<sup>(١)</sup>.

### رابعاً: الحق في التقاضي:

يجب منح اللاجئين المساواة في الوصول إلى المحاكم بحسب ما جاء في المادة (16) من اتفاقية 1951، ولهم حق التمتع بنفس المعاملة التي يحظى بها وطنيوها، من حيث التقاضي بمختلف درجاته بما في ذلك حصوله على المعونة القضائية، والإعفاءات وغيرها<sup>(٢)</sup>. كما تؤكد ذلك المواد من 8 إلى 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة (14) من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، على حق كل إنسان في محاكمة عادلة وعلنية ومستقلة وحيادية وبدون أي ضغوطات سياسية أو مالية.

### خامساً: الحق في الحصول على بطاقة هوية شخصية ووثائق للسفر:

تُلزم المادة (28) من اتفاقية 1951 الدول الأطراف بإصدار وثائق سفر للاجئين تسمح لهم بالسفر خارج الدولة ما لم تتطلب أسباب قاهرة للأمن القومي أو النظام العام خلاف ذلك، ويكون منحها له مشروط بعدم وجود جواز سفر صالح لديه، وعلى كل دولة متعاقدة يكون على أراضيها لاجئين أن تقوم بمنح كل واحد منهم بطاقة هوية. وتتولى المفوضية السامية لشؤون اللاجئين أو اللجنة الدولية للصليب الأحمر مهمة إصدار هذه الوثائق في الحالات التي تكون فيها دولة الملجأ ليست طرف في اتفاقية 1951 أو بروتوكول 1967.

### سادساً: الحق في العمل المأجور:

أوجبت المادة (17) من اتفاقية 1951 بأن يُمنح اللاجئين نفس فرص الحصول على عمل مقابل أجر مثل الرعايا الأجانب، وكما يتمتع اللاجئين المقيم بصورة قانونية بالحق في ممارسة الأعمال الحرة والمهنة الحرة التي تتفق مع تخصصه وشهادته المعترف بها من طرف دولة إقامته.

(١) يُعاد العديد من طالبي اللجوء إلى اليونان للفصل في طلباتهم، وقد أبلغت منظمات حقوق الإنسان، بما فيها منظمة العفو الدولية، عن ظروف غير صحية ومزدحمة في مراكز الاحتجاز اليونانية، يُنظر: التقرير السنوي لعام 2012 لمنظمة العفو الدولية، ص 157.

(٢) تنص المادة (16) من اتفاقية 1951 على أنه: "يكون لكل لاجئ على أراضي جميع الدول المتعاقدة حق التقاضي الحر أمام المحاكم، ويتمتع كل لاجئ في الدولة المتعاقدة بنفس المعاملة التي يتمتع بها المواطن من حيث حق التقاضي أمام المحاكم، بما في ذلك المساعدة القضائية، والإعفاء من ضمان أداء المحكوم به".

لكن المادة (3/2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سمحت على وجه التحديد للبلدان النامية بالحد من الحقوق الاقتصادية لغير المواطنين، وهنا استغلت البلدان النامية هذا النص من أجل حرمان اللاجئين وطالبي اللجوء من حقوقهم على أراضيها.

وعند قراءة نص المادة (3/2) وجد أنها تعني أنه في حالة التمييز بين المواطن والأجنبي فيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية الأساسية، فإن هذا التمييز من شأنه أن يؤدي إلى تفويض حقوقهم الأساسية الأخرى وامتھان لكرامتهم الإنسانية، فمثل هذا الحرمان لن يكون مشروعاً، حيث يُعد قيوداً مفروضة كذريعة للتمييز العنصري غير مقبولة، ويكون حظراً مفروضاً على الحق في العمل للاجئين وطالبي اللجوء في حالة عدم تقديم أي مساعدة اجتماعية لهم.

وقد يكون هذا المبرر متاحاً لمنع السياح من الانخراط في العمل، ولكن ليس على اللاجئين وطالبي اللجوء، لأن هؤلاء هم في كثير من الأحيان في حالات الضعف وقد يحتاجون إلى رعاية إضافية من جانب الدولة المضيفة<sup>(1)</sup>.

### سابعاً: الحق في التجنس:

إن منح الجنسية هو الشكل النهائي وليس الوحيد للاندماج الكلي للاجئين في المجتمع المحلي للدولة المضيفة، وقد ذكر هذا في المادة (34) من اتفاقية 1951، وتدعو الدول "قدر الإمكان إلى تسهيل استيعاب اللاجئين وتجنيسهم"، فإنهم يمثلون نقطة النهاية الطبيعية للبقاء الطويل الأجل في بلد اللجوء<sup>(2)</sup>.

كما أن على الدول المتعاقدة أن تعمل بقدر الإمكان على تسهيل استيعاب اللاجئين ومنحهم جنسيتها، وأن تبذل كل ما في وسعها لتعجيل إجراءات التجنس<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### الحماية القانونية لحقوق اللاجئين الإنساني

سنتناول في هذا الفرع دور اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 في حماية اللاجئين، وكذا دور المفوضية السامية لشؤون اللاجئين في توفير الحماية الدولية لهم، وأيضاً دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في توفير هذه الحماية، وذلك على النحو الآتي:

(١) بالرغم أن لبنان ليس طرفاً في اتفاقية عام 1951، فإنه يستضيف مجموعة كبيرة من اللاجئين، معظمهم من الفلسطينيين. تمنع قوانين العمل والممتلكات المقيدة في لبنان الفلسطينيين من ممارسة المهن التي تتطلب عضوية نقابة، مثل القانون والطب والهندسة ومن تسجيل الممتلكات. انظر: أليس إدوارد، مرجع سابق، ص 310.

(٢) نصت المادة (34) من الاتفاقية على أنه: "تسهل الدول المتعاقدة بقدر الامكان استيعاب اللاجئين ومنحهم جنسيتها، وتبذل علي الخصوص كل ما في وسعها لتعجيل إجراءات التجنس وتخفيض أعباء ورسوم هذه الإجراءات إلى أدنى حد ممكن".

(٣) المادة (8/د) من النظام الأساسي للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين لعام 1950.

### أولاً: دور اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 في حماية اللاجئين:

إنه وبموجب اتفاقية جنيف الرابعة فإن مواطنو أي بلد يتمتعوا بعد فرارهم من العمليات العسكرية واستقرارهم في بلد العدو لبلدهم بالحماية في حالة نشوب نزاع مسلح فيما بينهما<sup>(1)</sup>.

وهنا يتدخل القانون الدولي الإنساني بقواعده وفقاً لهذه الاتفاقية لتوفير الحماية لهؤلاء اللاجئين على أساس أنهم أجنبان يقيمون في أراضي طرف النزاع وليس على أساس أنهم مواطنو الدولة المعادية.

وهكذا نلاحظ أن القانون الدولي الإنساني خصص حماية تامة وسد بعض الذرائع التي يمكن أن تتحجج بها الدولة المعادية المضيفة وتعامل لاجئ الدولة المعادية بصفتهم أعداء، فالقانون الدولي الإنساني طالب وألزم الدولة المضيفة بمعاملتهم على أساس أنهم أجنبان فقط.

وهذا يتوافق - مضموناً - مع ما نصت عليه المادة (74) من البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 والمادة (4/ب) للبروتوكول الإضافي الثاني، على ضرورة ضمان الدول المتعاقدة عملية جمع شمل الأسر المشتتة نتيجة النزاع المسلح، والمقصود هنا هم فئة اللاجئين، وتسهيل وتشجيع عمل المنظمات الإنسانية المخولة بهذه المهمة.

كذلك تقضي اتفاقية جنيف الرابعة في 1949 المادة (4/45) بعدم جواز نقل أي شخص محمي في أي حال من الأحوال إلى بلد يخشى فيه الاضطهاد لأي سبب كان.

فهي تحدثت عن الحماية لوضع اللاجئين في القانون الدولي الإنساني من الإبعاد التعسفي، وأقرت مبدأ عدم جواز الإبعاد، ولكن لا تشكل أحكام هذه المادة عقبة أمام تسليم الأشخاص المحميين المتهمين بجرائم ضد القانون طبقاً لمعاهدات تسليم المجرمين المبرمة، كذلك يتمتع اللاجئون من بين مواطني أي دولة محايدة في حال إقامتهم في أراضي دولة محايدة بالحماية بموجب اتفاقية جنيف الرابعة، وذلك إذا لم تكن هناك علاقات دبلوماسية بين دولتهم والدولة المحاربة<sup>(2)</sup>.

ولقد أضافت المادة (3/70) من البروتوكول الإضافي الأول على عدم جواز القبض على رعايا دولة الاحتلال الذين لجئوا قبل بدء النزاع إلى الأراضي المحتلة، كذلك يمنع إبعادهم ومحاكمتهم إلا بسبب مخالفات اقترفوها بعد بدء الأعمال العسكرية.

كما يحظر البروتوكول الثاني، في المادة (17) الترحيل القسري للمدنيين، إذ لا يجوز الأمر بترحيلهم الا بصفة استثنائية، إذا تطلب ذلك دواعي الأمن أو أسباب عسكرية ملحة، وفي هذه الحالة يجب اتخاذ الاجراءات الممكنة لاستقبال السكان المدنيين في ظروف

(1) المادة (32) من الاتفاقية ذاتها.

(2) UNHCR; Human Rights and Refugee, Protection Self-study, Module 5, Vol. I December, 2006, p40.

مرضية من حيث المأوى والأوضاع الصحية والعلاجية والسلامة والتغذية، وهذا ما نصت عليه المادة السابعة من النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي اعتبرت الترحيل القسري للسكان من قبيل الجرائم ضد الانسانية.

### ثانياً: دور المفوضية السامية لشؤون اللاجئين في توفير الحماية الدولية لهم:

بموجب المادة (22) من ميثاق الأمم المتحدة، في 14 ديسمبر/ كانون الأول 1950، أقرت الجمعية العامة النظام الأساسي للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، وبموجبها أنشئت المفوضية لفترة أولية مدتها ثلاثة سنوات كهيئة فرعية للجمعية العامة<sup>(1)</sup>. حيث اقتضت الضرورة إنشاء المفوضية العليا لشؤون اللاجئين وتبعية الأمم المتحدة، من أجل توفير الحماية الدولية للاجئين والوصول إلى حلول حاسمة لمعاناتهم.

وكانت من أولويات عمل المفوضية هو مواصلة حماية اللاجئين حتى يتم الوصول إلى حل دائم وقابل للتطبيق لأزمته، ثم العمل على أساس إعادة هؤلاء اللاجئين طواعية إلى أوطانهم بصورة تنطوي على الأمان وتحفظ لهم الحقوق الأساسية أثناء عملية عودتهم، وبعد عودتهم تواصل عملها مع الدول والمجتمعات المعنية، والمجتمعات كافة لبعض الوقت، حيث تقوم برصد المعاملة التي يلقاها العائدون، حتى يتم إعادة إدماجهم في مجتمعاتهم<sup>(2)</sup>.

وتنصب جهود المفوضية أيضاً على التأكد من التزام الحكومات بالقانون الدولي للاجئين، ليس رضاً فحسب، إنما روحاً أيضاً، كما تتضمن مسؤوليات المفوضية منع حالات التشرد خارج الأوطان والحد منها، فضلاً عن حماية من لا وطن لهم، ويأتي الوفاء باحتياجات الضعفاء والمشردين كأول وأهم ما تعنيه حماية اللاجئين<sup>(3)</sup>.

وفي بعض الأحوال يكون من المتوقع أيضاً أن تقوم المفوضية بحماية ومساعدة من هم في وضع اللاجئين؛ بمن في ذلك فاقدوا المأوى داخل أوطانهم وطالبوا اللجوء السياسي والعائدون<sup>(4)</sup>.

وتتركز أنشطة تلك الحماية في ضمان الاعتراف باللاجئين وغيرهم ممن يحتاجون حماية دولية، ومنحهم الملجأ والتأكد من أن حقوق الإنسان الأساسية الواجب توفيرها لهم محل احترام وفقاً للمعايير الدولية، ومن أجل تحقيق ذلك، تمارس المفوضية عملها في الدول التي يخرج منها اللاجئين، وأيضاً في الدول التي توفر لهم الملجأ<sup>(5)</sup>.

(1) أريكا فلير، التطورات السابقة في مجال العمل مع اللاجئين، بحث منشور في المجلة الدولية للصليب الأحمر، عام 2001، العدد 145، ص 137.

(2) UNHCR; Human Rights and Refugee, Protection Self-study, Module 5, Vol. I December, 2006,p62.

(3) د. محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات الدولية، الجزء الأول، لم يُذكر الناشر ومكان النشر، ط7، 1987، ص 213.

(4) أ.د/طارق احمد المنصوب، مرجع سابق، ص 8.

(5) نظرة عامة حول وظائف المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، مصدر مأخوذ من موقع منظمة الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين على الرابط الإلكتروني:

ويتيح العمل في مناطق الحدود والمعسكرات والمطارات ومراكز الاحتجاز الفرصة لموظفي المفوضية لرصد وتناول المشاكل المتعلقة بحماية اللاجئين، والتي عادةً ما يواجهونها أثناء هروبهم، وما يعقب ذلك من عمليات البحث عن الملجأ، وتستمر مسؤولية المفوضية أيضاً خلال فترة محدودة بعد عودة اللاجئين إلى أوطانهم<sup>(١)</sup>.

وتقدم مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين مساعداتها للأشخاص الذين تم منحهم الحماية على أساس جماعي أو على أساس إنساني محض، وإن لم يُعترف بهم رسمياً كلاجئين، وهي تساعد على إدماج اللاجئين الذين عادوا إلى بلدانهم وتراقب حالتهم، ولا تستطيع المفوضية أن توفر حماية قانونية فعالة إلا إذا تم أيضاً تلبية احتياجات الأشخاص الأساسية؛ كالمأوى والغذاء والمياه والصرف الصحي، والرعاية الطبية<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

غالباً لا يتمتع اللاجئون بالحماية بموجب القانون الدولي الإنساني، إذا كان البلد المضيف ليس طرفاً في نزاع مسلح، أو ليس عرضه لأي نزاع داخلي، عندها يتمتع اللاجئون بالحماية بموجب قانون اللاجئين، وكقاعدة عامة لا تتدخل اللجنة الدولية للصليب الأحمر في هذه الحالة إلا بصفة فرعية، إن كانت هي المنظمة الوحيدة في الميدان، أما إذا حلت محلها مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين بالعمل، فإنهما تؤديان عملهما معاً ويسمح تشاورهما وتنسيق جهودهما على نحو وثيق بإغاثة الضحايا على أفضل وجه.

ومن الملاحظ أن القانون الدولي الإنساني يعتمد نخباً شاملاً يستهدف الحفاظ على حياة السكان المدنيين كافة، وإذا لم تذكر فيه مسألة ترحيل السكان المدنيين بشكل موسع، فإن ذلك لا يعني إطلاقاً أنه لا ينص على الحماية القانونية، كون القواعد التي بني عليها القانون الدولي الإنساني تقوم على حماية فئات عديدة؛ من أهمها السكان المدنيين، ومن ضمن حقوق هذه الفئة حظر ترحيلها قسرياً.

من خلال ما سبق، نجد أن الحماية الدولية للاجئين، ضرورية، لاسيما في هذه الفترة التي ازدادت فيها حالة اللجوء، وبمحااجة إلى موقف من المجتمع الدولي، يتمثل في إيجاد حلول لإشكالية اللاجئين والأشخاص المهجرين، ومواجهة التحديات الخاصة باللجوء التي فرضتها الأحداث التي عصفت بالعالم، خصوصاً في أواخر القرن الماضي، وأن يتم دعم المنظمات الدولية العاملة في هذا المجال، ودعم الدول المستضيفة للاجئين. وبذلك نكون قد استعرضنا سبل الحماية الدولية الخاصة بحقوق اللاجئين العامة في القانون الدولي لحقوق الإنسان، على ضوء أحكام اتفاقية جنيف لعام 1951 والبروتوكول الملحق بها، كما تطرقنا إلى سبل الحماية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني، من خلال اتفاقية جنيف الرابع لعام 1949، والبروتوكول الاختياريين لعام 1977م.

(١) د. حازم محمد عتلم، قانون النزاعات المسلحة، النطاق الزماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2003م، ص156.

(٢) نظرة عامة حول وظائف المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، مرجع سابق، ص12-13.

## المبحث الثاني

### المعايير الدولية في التعامل مع الحقوق الخاصة للاجئ الانساني

يتمثل جوهر الحماية الخاصة للاجئ الانساني في اعتماد مبدأ (عدم إبعاد اللاجئين)، وذلك لما لإبعاد اللاجئين من تأثير ضار للدول بشكل عام ولللاجئين بشكل خاص، وخاصةً ممارسة الإبعاد ضد هذه الفئة يؤدي إلى خرق مبادئ القانون الدولي الانساني وتقويض نظام اللجوء بصفه دائمة، رغم ما لهذا النظام من أهمية جوهرية في حماية ملايين الفارين من الاضطهاد وانتهاكات حقوق الإنسان في شتى أنحاء العالم، وللإحاطة بتفاصيل هذا الموضوع سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:

#### المطلب الأول

##### ماهية مبدأ عدم الإبعاد القسري للاجئ الانساني

حق الحماية من عدم الإبعاد القسري يمثل أهم تلك الحقوق، باعتباره المحور الأهم والأساسي لهذا البحث، كما يعتبر جوهر الحماية الدولية للاجئين، وهو ما سوف نتناوله من خلال تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول

##### مفهوم مبدأ عدم الإبعاد القسري للاجئ الانساني

سنبين في هذا الفرع مفهوم مبدأ عدم الإبعاد القسري للاجئ الانساني، ومن ثم نبين المفهوم القانوني لمبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين، وذلك على النحو الآتي:

##### أولاً: تعريف الإبعاد القسري:

تمت محاولات فقهية عديدة لإيجاد تعريف شامل لمعنى الإبعاد، والتي بدأت منذ الربع الأخير من القرن التاسع عشر، فكان التعريف الأكثر شمولاً هو الذي يعرف الإبعاد بأنه: "قرار تصدره السلطة المختصة في الدولة تنهي بمقتضاه إقامة أحد الأجانب؛ ومنهم اللاجئين المقيمين بطريقة قانونية على أراضيها، وتأمرة بمغادرة الإقليم خلال مدة محددة، وألا يعود إليه مرة أخرى مادام قرار الإبعاد قائماً، لإخلاله بمقتضيات النظام العام"<sup>(١)</sup>.

وهناك من يُعرفه بأنه: "إنهاء تفرضه الدولة لحق الأجنبي في الإقامة أو الوجود على إقليمها لأسباب يملها أمن الجماعة"<sup>(٢)</sup>.

(١) أ. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المعايير الدولية في آلية إبعاد اللاجئين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، السنة الرابعة، ص 140.

(٢) د. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب وتاريخ القوانين، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1956، ص 317.

ويلاحظ على هذا التعريف، إنه لم يبين الطبيعة القانونية للإبعاد، كما أنه حدد سبباً واحداً له وهو المحافظة على أمن الجماعة، في الوقت الذي لم نجد في التشريعات المقارنة سبباً محدداً بذاته، وإنما هناك جملة أسباب تتجاوز الجانب الأمني للجماعة؛ كأن يكون لأسباب اجتماعية أو اقتصادية أو صحية. وبشكل عام نجد أن هذه التعريفات للإبعاد اقتصر على إبراز الطابع الوطني للإبعاد، دون أن تأخذ بعين الاعتبار المعايير الدولية التي يفترض أن تتقيد بها الدولة عند ممارسة الإبعاد، وهذه المعايير تفضي إلى تدويل آلية الإبعاد.

### ثانياً: المفهوم القانوني لمبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين:

يعني هذا المبدأ عدم الإعادة القسرية للاجئين إلى حدود المناطق التي تكون فيها حياتهم أو حرياتهم مهددة لأي سبب من أسباب الاضطهاد المذكورة سابقاً، والتي التزمت بها الدول الموقعة على اتفاقية 1951. فقد أكدت عليه جميع الاتفاقيات والإعلانات الخاصة باللاجئين، وهو ما أكدته المادة (1/33) من اتفاقية 1951، التي جسدت واجب عدم الإعادة القسرية، الذي يحظر إبعاد اللاجئين أو إعادته بأي شكل من الأشكال إلى حدود الأراضي التي تكون فيها حياته أو حريته مهددة بسبب عرقي أو ديني أو رأيه السياسي أو عضويتها في مجموعة اجتماعية معينة<sup>(1)</sup>.

لكنه - ووفقاً لهذه المادة - يمكن إقصاء الأشخاص المستبعدين، باعتبارهم ليسوا لاجئين بموجب الاتفاقية، ما لم يتمكنوا من الاعتماد على حظر آخر لحقوق الإنسان من الإعادة القسرية<sup>(2)</sup>. كما يؤخذ على هذه الاتفاقية أنها قصرت حق الاستفادة من هذا الحق على اللاجئين فقط دون ملتزمي اللجوء<sup>(3)</sup>.

إن مبدأ عدم الإعادة القسرية معترف به عالمياً كحق من حقوق الإنسان، فإذا كان القانون الدولي للاجئين لم يوفر الحماية الكافية للاجئين، فإن القانون الدولي لحقوق الإنسان فيه الكثير من النصوص القانونية التي تحميهم، حيث تعتبر الحماية الدولية في قانون حقوق الإنسان من عدم الإعادة القسرية هي شكل من أشكال الحماية (البديلة)، التي تتجاوز الحماية المنصوص عليها في اتفاقية اللاجئين، فقد جاءت أهم ضمانات عدم الإعادة القسرية في العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والتي منها<sup>(4)</sup>:

1. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، دعت بأنه لا يجوز إعادة أي شخص يخضع لسلطة دولة طرف في هذه المعاهدات إلى مكان لا يُحترم فيه حقه في التحرر من التعذيب، أو يُعرضه لمعاملة لاإنسانية أو مهينة وغيره من ضروب سوء المعاملة<sup>(5)</sup>.

(١) حيث نصت المادة (1/33) من اتفاقية 1951 على أنه: "يحظر على الدول المتعاقدة إبعاد أو إعادة اللاجئين بأية كيفية كانت إلى الحدود التي قد تتهدد فيها حياته أو حريته بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه لفئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية، ولا يجوز للدول إبداء تحفظات على هذا الحق نظراً للآثار الخطيرة التي ترتب على ذلك". ونصت المادة (1/42) من اتفاقية 1951 على أنه: "يجوز لأية دولة عند التوقيع أو التصديق أو الانضمام إبداء تحفظات حول مواد في الاتفاقية غير المواد، 1، 3، 4، 1/16، 33، والمواد من 36 إلى 46".

(٢) D. ZWAAGSTRA ; op, cit, p16.

(٣) طالبت المفوضية السامية لشؤون اللاجئين في سبيل تدارك قصور الاتفاقية بضرورة تمتع ملتزمي اللجوء بهذا الحق والسماح له بالإقامة المؤقتة في دولة الملحق إلى غاية البت النهائي في طلبه. يُنظر: د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 491.

(٤) Rikhof, J, op,cit, ,p123.

(٥) D. ZWAAGSTRA ;" The Refugee "International Refugee Law,op,cit,p17.

2. كما أصدر المجلس الأوربي عدداً من الوثائق الخاصة بوضع اللاجئين؛ من ذلك الاتفاقية الأوربية لسنة 1959 الخاصة بإلغاء التأشيرات للاجئين، والإعلان الخاص بالملجأ الإقليمي لسنة 1977، والتوصية الخاصة بحق الملجأ رقم 293 لسنة 1961.
3. نصت المادة (30) من مبادئ بانكوك لعام 1966 على أنه: "لا يجوز أن يتعرض طالب الملجأ فيما عدا الأسباب المتعلقة بالأمن القومي وحماية السكان لإجراءات؛ كمنع من الدخول عند الحدود أو الإبعاد التي قد يكون من شأنها إجباره على البقاء أو العودة إلى أحد الأقاليم، إذا كانت هناك خشية مبنية على أسباب معقولة من التعرض للاضطهاد في هذا الإقليم، يهدد حياته أو سلامة جسمه أو حريته".
4. وضحت المادة (8/22) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969، إن الشخص المستبعد مشمول أيضاً بقوانين الدولة ذات الصلة التي تحكم الإجراءات القانونية الواجبة وحقوق الأجانب، والتي نصت على: "لا يجوز بأي حال من الأحوال إبعاد أجنبي وإعادته إلى البلد؛ سواء كان أو لم يكن بلده الأصلي إذا كان حقه في الحياة أو حريته في ذلك البلد مهددتان".
5. المادة (1/30) من إعلان الأمم المتحدة بشأن الملجأ الإقليمي لعام 1967 نصت على أنه: "لا يجوز إخضاع أي شخص من الأشخاص المشار إليهم في المادة (1/10) لتدابير؛ مثل منع دخوله عند الحدود أو إذا كان الشخص قد دخل الإقليم الذي ينشد اللجوء إليه، إبعاده أو رده القسري إلى أية دولة يمكن أن يتعرض فيها للاضطهاد".
6. بالإضافة للمادة (45) من اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 حيث حظرت على الدول المتحاربة ترحيل الأجنبي الموجود في إقليمها إلى دولة أخرى يخشى تعرضه فيها للاضطهاد بسبب عرقه أو جنسيته أو آرائه السياسية أو شعائره الدينية.
7. منظمه الوحدة الأفريقية كرست نفس المبدأ لعام 1969 بشأن تعريف اللاجئ، وتبنت الاتفاقية هذا التوجه على نحو ملزم في المادة (2)، حيث نصت على أنه: "لا يجوز تعريض أي شخص بواسطة دولة عضو لإجراءات؛ مثل الإبعاد من الحدود أو الرد الذي سيحبره على العودة لوطنه أو بقاء في إقليم تكون حياته فيه أو سلامته أو حريته مهددة.
- وتأسيساً على ما سبق، نلاحظ أن الاتفاقيات والإعلانات لقانون حقوق الانسان اللاحقة لاتفاقية 1951 قد أخذت بالمعنى الموسع للحماية التي يكفلها مبدأ عدم الإبعاد أو الرد، فقد شملت مكتسبي صفة اللاجئ وطالبو تلك الصفة، على عكس المادة (33) من الاتفاقية الخاصة باللاجئين لعام 1951، التي أخذت بالمعنى الضيق للحماية.

## الفرع الثاني

## الاستثناءات على مبدأ عدم الاستبعاد القسري

لا تقضى اتفاقية 1951 بمنح حماية تلقائية أو دائمة للاجئ، وقد تنشأ حالات يندمج فيها اللاجئون بصورة دائمة في بلد لجوئهم، غير أنه في أحوال مغايرة قد تزول عن شخص ما صفة اللاجئ عندما يزول الأساس الذي أدى إلى منحه وضع اللاجئ. وبمطالعة صكوك اللاجئين الدولية التي تحكم قانون اللاجئين، نجد أنها تضع معايير للاعتراف باللاجئين، كما أنها تضع معايير يمكن من خلالها استبعاد الأفراد الممنوحين حق اللجوء من الحماية الدولية، حيث يشير مصطلح "بنود الاستبعاد" إلى أحكام قانونية للاستبعاد، تتكون من ثلاثة بنود هي<sup>(1)</sup>:

- أ- إنه ارتكب جريمة ضد السلام، أو جريمة حرب، أو جريمة ضد الإنسانية، على النحو المحدد في الصكوك الدولية الموضوعة لتوفير أحكام فيما يتعلق بهذه الجرائم.
- ب- إنه ارتكب جريمة غير سياسية خطيرة خارج بلد اللجوء قبل قبوله في ذلك البلد كلاجئ.
- ج- إنه مذنب بارتكاب أفعال مخالفة لمقاصد الأمم المتحدة ومبادئها.
- وقد أدى الاهتمام المتزايد بإمكانية استخدام بنود الاستبعاد إلى متابعة عدد من التطورات الدولية، التي تعد النزاعات في يوغوسلافيا السابقة ورواندا مثالين واضحين عليها<sup>(2)</sup>.
- وقد عرّفت هذه الجرائم في مجموعة واسعة من المصادر القانونية، ولا سيما ميثاق المحكمة العسكرية الدولية لعام 1945 (ميثاق لندن، المادة 6)، والنظام الأساسي للمحكمتين الدوليتين المنشأتين لمحاكمة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جرائم الإبادة الجماعية وانتهاكات القانون الإنساني، في رواندا ويوغوسلافيا (سابقاً).

(1) المادة (1) الفقرة (و) من اتفاقية 1951 والتي جاءت بالنص الآتي: "لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على أي شخص تتوفر أسباب جدية للاعتقاد بأنه: أ- ارتكب جريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية، بالمعنى المستخدم لهذه الجرائم في الصكوك الدولية الموضوعة للنص على أحكامها بشأنها. ب- ارتكب جريمة جسيمة غير سياسية خارج بلد اللجوء قبل قبوله في هذا البلد بصفة لاجئ. ج- ارتكب أفعالاً مضادة لأهداف الأمم المتحدة ومبادئها".

(2) اقترح رئيس الوزراء الأسترالي توني أبوت طريقة لإبعاد اللاجئين إلى بلاده عن طريق اعتراض قواربهم في البحر، ودعا دول الاتحاد الأوروبي للعمل بها. وأطلق هذا السياسي المحافظ الذي فاز حزبه بانتخابات 2013 على أساس شعارات "أوقفوا القوارب" - عملية أسماها "حدود ذات سيادة"، وتتلخص العملية بقيام زوارق البحرية الأسترالية باعتراض قوارب اللاجئين بعيداً عن سواحل البلاد واستجوابهم والبت بطلبات لجوئهم فوراً، وتسمى الحكومة الأسترالية هذه الطريقة بـ "Offshore processing"، وتعني التعامل مع المهاجرين في عرض البحر، وهي طريقة تثير غضب واحتجاجات منظمات حقوق الإنسان الدولية ضد الحكومة الأسترالية. وتنتقد المنظمات الحقوقية والإغاثية هذه الطريقة وتعدها "انتهاكاً لعدم الحياء للاتفاقية الدولية بشأن اللاجئين". نقلاً عن: اللاجئون وأوروبا، أزمة القوانين وجبهة الرفض، شبكة

الجزيرة الإعلامية، 2019، على الرابط الإلكتروني الآتي: <https://www.aljazeera.net/knowledgegate/newscoverage/2015/9/15>

والجدير بالذكر، إن جميع الجرائم الثلاث المنصوص عليها في بند الاستبعاد مدرجة في مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة المقترحة، وهي الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والجرائم ضد السلام. وقد تندرج بعض الجرائم المستثناة ضمن أكثر من فئة واحدة؛ كالإبادة الجماعية، والتي يمكن اعتبارها جريمة حرب وجريمة ضد الإنسانية<sup>(١)</sup>.

❖ **بنود استبعاد أخرى:** تستبعد المادتان (1/د)، (1/هـ) من اتفاقية 1951 الأشخاص الذين يتلقون بالفعل مساعدة الأمم المتحدة، والأشخاص الذين لا يعتبرون بحاجة إلى حماية دولية، أي أولئك الذين لديهم إمكانية الوصول إلى الحماية الوطنية أو غيرها من الحماية؛ فهذه الفئات تتجاوز نطاق هذه الوثيقة، وكذلك بنود الاستثناء في النظام الأساسي للمفوضية واتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية لعام 1969. وقد أعدت مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين تحليلاً مفصلاً داخلياً لتطبيق شروط الاستبعاد هذه في أواخر عام 1996 (مذكرة بشأن تطبيق شروط الاستبعاد<sup>(٢)</sup>).

إلا إن هذا الحق ليس مطلقاً، حيث تورد اتفاقية 1951 استثناء عليه في الفقرة الثانية من المادة (33) والتي توضح بأنه لا يسمح بالاحتجاج بهذا المبدأ من أي لاجئ تتوافر دواع معقولة لاعتباره خطراً على أمن البلد الذي يتواجد فيه، أو لأنه يشكل خطراً على مجتمع ذلك البلد بسبب صدور حكم نهائي بحقه لارتكابه جرمًا استثنائي الخطورة<sup>(٣)</sup>.

وفي هذه الحالة الاستثنائية يمكن لدولة الملجأ ترحيل اللاجئ إذا حصل منه أي من الأسباب المذكورة آنفاً، إلا أن الاتفاقية نفسها وضعت بعض القيود التي تحد من سلطات الدولة المضيفة له في إبعاد اللاجئين، والتي نبهت تلك الدولة قبل تنفيذ الإبعاد بأن عليها الالتزام بالشروط الواردة في المادة (32) من الاتفاقية<sup>(٤)</sup>.

(١) D. ZWAAGSTRA ;" The Refugee Refugee op,cit,p18.

(٢) UNHCR / IOM / 83/96-FOM / 93/9.

(3) حيث نصت على أنه: "1. لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تطرد لاجئاً أو ترده بأية صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته أو حريته مهددتين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية. 2. على أنه لا يسمح بالاحتجاج بهذا الحق لأي لاجئ تتوفر دواع معقولة لاعتباره خطراً على أمن البلد الذي يوجد فيه أو لاعتباره يمثل، نظراً لسبق صدور حكم نهائي عليه لارتكابه جرمًا استثنائي الخطورة، خطراً على مجتمع ذلك البلد.

(4) نصت المادة (32) على أنه: "1. لا تطرد الدولة المتعاقدة لاجئاً موجوداً في إقليمها بصورة نظامية، إلا لأسباب تتعلق بالأمن الوطني أو النظام العام. 2. لا ينفذ طرد مثل هذا اللاجئ إلا تطبيقاً لقرار متخذ وفقاً للأصول الإجرائية التي ينص عليها القانون. ويجب أن يسمح للاجئ ما لم تتطلب خلاف ذلك أسباب قاهرة تتصل بالأمن الوطني، بأن يقدم بينات لإثبات براءته، وبأن يمارس حق الاستئناف ويكون له وكيل يمثله لهذا الغرض أمام سلطة مختصة أو أمام شخص أو أكثر معينين خصيصاً من قبل السلطة المختصة. 3. تمنح الدولة المتعاقدة مثل هذا اللاجئ مهلة معقولة ليتنمس خلالها قبوله بصورة قانونية في بلد آخر. وتحتفظ الدولة المتعاقدة بحقها في أن تطبق خلال هذه المهلة ما تراه ضرورياً من التدابير الداخلية. ونصت المادة 33 على أنه: "1. لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تطرد لاجئاً أو ترده بأية صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته أو حريته مهددتين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية. 2. على أنه لا يسمح بالاحتجاج بهذا الحق لأي لاجئ تتوفر دواع معقولة لاعتباره خطراً على أمن البلد الذي يوجد فيه أو لسبق صدور حكم نهائي عليه لارتكابه جرمًا استثنائي الخطورة...".

## المطلب الثاني

### معايير الدول في التعامل مع اللاجئين الإنساني في ضوء ممارستها لواجباتها الوطنية

يكشف الواقع العملي ممارسات غير قانونية من بعض الدول ضد اللاجئين، متجاوزة لحقوقها المكفولة للتعامل مع اللاجئين الإنساني، في حالة قيامه بعمل مخالف لواجباته في بلد اللجوء، حيث أصبحت حياة الكثيرين منهم باتت عرضة للخطر، ويأتي إجراء الإبعاد كحق لكل دولة ذات سيادة لتحمي أمنها، سواءً كان الذي يهددها من رعاياها أو من اللاجئين. حيث أوجبت دولة الملجأ على اللاجئين مجموعة من الالتزامات، وهذه الالتزامات تقوم على أساس اعتبارات المحافظة على النظام العام والأمن القومي للدولة من خلال التزامهم بالتشريعات والقوانين المعمول بها في دولة الملجأ، بالإضافة لالتزام اللاجئين بعدم استخدام حق اللجوء للإضرار بأقاليم أو أنظمة الحكم في الدول الأخرى خاصة دولة الأصل، وذلك لضمان حسن علاقة دولة الملجأ مع الدول الأخرى، وهو ما سيتم بيانه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### واجبات الدولة المضيفة تجاه اللاجئين الانساني

##### أولاً: مفهوم الدولة المضيفة:

إن الدولة المضيفة هي التي يقع على عاتقها جهد إضافي، سواءً على الأزمات السكانية التي يسببها اللاجئين، أم حالة البطالة التي تترتب على سكان البلد الأصليين نتيجة لتراكم اليد العاملة القادمة من خلف الحدود هاربة من أوضاعها، والتي تكون مستعدة دائماً للعمل بأجور أقل لتوفير ما يمكن توفيره من متطلبات الحياة لهذا اللاجئين.

كما يمكن القول، إن الدولة المضيفة تقع في معاناة ليس كغيرها من الدول بسبب وجودها بقرب دولة وقعت بها حروب كثيرة وأنظمة دكتاتورية جائرة، لذلك هناك حاجة ملحة من أجل مواجهة هذه التحديات العديدة، وإحياء المبادئ القانونية والقيم الأخلاقية التي تشكل أساس فكرة اللجوء وحماية اللاجئين.

والدولة المضيفة هي الدولة التي يقع على عاتقها بصفة أساسية مسؤولية حماية اللاجئين، وتعتبر البلدان المائة والاربعون الأطراف باتفاقية عام 1951 والبروتوكول الموقع عام 1967 ملزمة بتنفيذ أحكامها؛ فالمواد من (3-11) من الاتفاقية تتضمن أحكاماً تلزم الدول الأطراف في الاتفاقية بعدم التمييز بين اللاجئين بسبب العرق أو الدين أو الوطن، وأن تمنحهم على أراضيها رعاية لا تقل عن رعاية ما تمنحه لمواطنيها، من حيث ممارسة الشعائر الدينية والتربية لأولادهم، وأن تعاملهم معاملة تماثل معاملة الأجانب، ما لم تتضمن

الاتفاقية أحكاماً أفضل، والإعفاء من المعاملة بالمثل من الناحية التشريعية بعد مرور ثلاثة سنوات على الإقامة، والإعفاء من التدابير الاستثنائية التي يمكن أن تتخذ ضد أشخاص أو ممتلكات أو مصالح رعاية دولة أجنبية لمجرد أنهم يحملون جنسية هذه الدولة والاعتراف باستمرارية الإقامة<sup>(١)</sup>.

### ثانياً: واجبات الدولة المضيفة لحماية اللاجئ الإنساني:

تقع على الدولة المضيفة واجبات إزاء اللاجئين لديها، بينها الاتفاقيات المعنية، وتم تعزيزها بالممارسات العملية، وهي مقرر أصلاً لمصلحة اللاجئين ضد تعسف وتعنت بعض دول اللجوء التي تتحجج بذريعة أو بأخرى بقصد إغلاق أبوابها أمام فئات اللاجئين وإجبارهم على العودة من حيث أتوا، وهذا بطبيعة الحال يتناقض تماماً مع المبادئ الإنسانية الدولية المستقرة عرفاً واتفاقاً، ومن يعن النظر باتفاقية عام 1951 وبروتوكول عام 1967 يستطيع أن يشخص أن هناك ثمة واجبات إيجابية يتعين على الدول القيام بها.

ونعني بها تلك الالتزامات التي يقع على عاتق الدولة المضيفة القيام بها، وهي عديدة، نذكر منها ما يلي:

1- على الدولة المضيفة أن تسعى لأن تكون طرفاً في الاتفاقيات الدولية التي تنهض بتلك الاعباء التي تتحملها الدول لحماية واستقبال اللاجئين، وأن تتخذ الخطوات اللازمة لتنفيذها وفقاً لما ورد فيها، كذلك لا بد لها من الدخول في اتفاقيات خاصة مع المفوض السامي للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين لغرض تنفيذ الإجراءات الرامية إلى تحسين وضع اللاجئين، والحد من الأعداد التي تحتاج للحماية<sup>(٢)</sup>.

2- بالنسبة لأحوال اللاجئ الشخصية فإنها تخضع أصلاً لأحكام قانون دولته، بلد موطنه الأصلي، وإذا لم يكن له من موطن فلقانون بلد إقامته، مع مراعاة ما ورد آخر الفقرة أعلاه<sup>(٣)</sup>.

وقد يحدث إذا ما ساءت الأمور بعد ذلك أن يتم اللجوء إلى حالة التدخل الإنساني من قبل الدول والمنظمات الدولية المعنية، لوقف انتهاكات حقوق الإنسان الخطيرة في ذلك البلد، فالنظرية هذه تُعد تطوراً نوعياً جيداً في مسيرة تعزيز احترام حقوق الإنسان، ومفادها جواز قيام دولة أو مجموعة من الدول أو المنظمات الدولية بالضغط على دولة معينة سواء بالوسائل السياسية أو الاقتصادية أو العسكرية لإجبارها على وقف انتهاكاتهما هذه، أو على الأقل الحد منها إلى حد كبير<sup>(٤)</sup>.

(١) اتفاقية عام 1951 الخاصة بوضع اللاجئين (أسئلة وأجوبة)، مرجع سابق، ص8.

(٢) نظرة عامة حول وظائف المفوضية السامية للأمم المتحدة، مرجع سابق، ص3.

(٣) نصت المادة (12) من اتفاقية عام 1951 على أنه: "1- تخضع أحوال اللاجئ الشخصية لقانون بلد موطنه، أو لقانون بلد إقامته إذا لم يكن له موطن. 2. تحترم الدولة المتعاقدة حقوق اللاجئ المكتسبة والناجمة عن أحواله الشخصية، ولا سيما الحقوق المرتبطة بالزواج، علي أن يخضع ذلك عند الاقتضاء لاستكمال الشكليات المنصوص عليها في قوانين تلك الدولة، ولكن شريطة أن يكون الحق المعني واحد من الحقوق التي كان سيعترف بها تشريع الدولة المذكورة لو لم يصبح صاحبه لاجئاً".

(٤) سنان طالب عبد الشهيد، الدولة المضيفة، مرجع سابق.

## الفرع الثاني

## ممارسة الدولة المضيفة لحقها في الحفاظ على أمنها الوطني

اللاجئ هو الذي قبلته الدولة واعترفت له بحقوقه وفقاً للاتفاقيات الخاصة باللاجئين، فيقع عليه الالتزام بالقوانين والأنظمة والتدابير المتخذة في دولة الملجأ، للحفاظ على الأمن والنظام العام فيها، ويتساوى اللاجئ في خضوعه لهذا الالتزام مع غيره من الأجانب المتواجدين في الدولة، إضافة لالتزامه بالشروط التي قد تفرضها الدولة على اللاجئين بغية ضمان عدم تحول حق اللجوء لأداة ضارة بالنسيج الاجتماعي للدولة<sup>(١)</sup>.

والاتفاقيات الدولية الخاصة باللاجئين تنص على ضرورة التزام اللاجئ بالقوانين والأنظمة المطبقة في بلد الملجأ، وأن يتقيد بالتدابير المتخذة فيه للمحافظة على النظام العام، وبالتالي يمكن القول، إن علاقة اللاجئ بدولة الملجأ تقوم على أساس مبدأ المعاملة بالمثل، وذلك ضمن إطار علاقة الدولة بالفرد، ففي حال لم يلتزم اللاجئ بالانصياع للقوانين والتدابير المتخذة للمحافظة على نظامها العام أو ارتكب أفعالاً تضر بأمنها أو بسلامة مواطنيها، يحق لدولة الملجأ التحلل من التزامها بمنحه الحقوق المقررة له أو الكف عن إفادته بما، وهو ما يعني أن اعتبارات الحفاظ على النظام العام والأمن القومي للدولة قد تدفعها للتوصل من التزامها بمبدأ عدم الطرد<sup>(٢)</sup>.

كما تنص المادة (٩) من اتفاقية 1951 على أنه: "ليس في أي من أحكام هذه الاتفاقية ما يمنع دولة متعاقدة في زمن الحرب أو في غيره من الظروف الخطيرة والاستثنائية، من أن تتخذ مؤقتاً من التدابير بحق شخص معين، ما تعتبره أساسياً لأمنها القومي، ريثما يثبت لتلك الدولة المتعاقدة أن هذا الشخص لاجئ بالفعل وأن الإبقاء على تلك التدابير ضرورية في حالته لصالح أمنها القومي".

وبناءً عليه، فإن توافر هذا الحالات التي تشكل خطراً على النظام العام والأمن القومي لدولة الملجأ، لا يمنع الدولة من إعطاء اللاجئ الفرصة للبحث عن ملجأ في دولة أخرى تقبله على إقليمها، نظراً لكون رده لدولة الاضطهاد قد يشكل خطراً على حريته أو حياته، وفي سبيل ذلك تتشاور الدولة مع المفوضية قبل اتخاذ القرار برده أو قبل تنفيذ القرار من اجل إيجاد حل أقل ضرراً لحالة الشخص ملتمس اللجوء.

(١) قاسم محي الدين، التزامات اللاجئ في القانون الدولي، أعمال ندوة الحماية الدولية للاجئين، تحرير: أحمد الرشيد، مركز البحوث والدراسات السياسية، القاهرة، 1997، ص 123-154.

(٢) إبراهيم الدراجي، مشكلة اللاجئين وسبل معالجتها، مداخلة في الملتقى العالمي والذي حمل عنوان: (اللاجئون في المنطقة العربية-قضاياهم ومعالجتها)، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 14 أكتوبر، 2011م، ص 22.

وفي حال مخالفة اللاجئ لهذه الالتزامات فإنه يصبح عرضة لتوقيع عقوبات جزائية تتخذها الدولة على أساس فردي، استناداً لنصوص الاتفاقيات الخاصة ولاسيما اتفاقية 1951، مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة احترام الضمانات المقررة للاجئ بموجب تلك الاتفاقيات، ومن ذلك قيام الدولة باحتجاز اللاجئ أو إبعاده عندما تقرر اعتباره يشكل خطراً على الأمن القومي والنظام العام فيها.

### وفيما يلي نبين الإجراءات القانونية التي تقوم بها الدولة المضيفة:

أولاً: إن من حق الدولة المضيفة عدم استضافة أي شخص اقترف جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية كما معروف عنها في الوثائق الدولية الموضوعة والمتضمنة أحكاماً خاصة بمثل هذه الجرائم، لأن ذلك يجعل الدولة المضيفة مرتع للمجرمين وللخارجين عن القانون، ويدخلها في مشاكل مع حكومات الدول التي ينتمي لها هؤلاء المجرمون ومع المجتمع الدولي في الوقت ذاته، وهي في كل الأحوال غنية عن هذا الأمر.

وقد صرحت اتفاقية عام 1951 بهذا الأمر للدول المضيفة وجاءت بنص عام في المادة (9) منها، التي بعنوان: التدابير المؤقتة، والتي جاء فيها: "ليس في أحكام هذه الاتفاقية ما يمنع في زمن الحرب أو ظروف استثنائية خطيرة دولة متعاقدة من اتخاذ تدابير مؤقتة بحق شخص معين تعتبرها هامة بالنسبة لأمنها الوطني ريثما تبت تلك الدولة في وضعه كلاجئ فعلاً وفي أن الإبقاء على تلك التدابير ضرورية لمصلحة أمنها القومي".

وقد بينت المادة (1/و) من الاتفاقية أعلاه بأن أحكام هذه الاتفاقية لا تسري بحق كل شخص توجد بحقه أسباب معقولة وجديّة بأنه اقترف جريمة ضد السلام أو جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية، وحسب ما عرفت هذه الجرائم الاتفاقيات الدولية المعنية الخاصة بها، وهو ما ينطبق تماماً مع مقاصد وأهداف ما ورد في الاتفاقية ذاتها والمادة (9)<sup>(1)</sup>.

ثانياً: من حق الدولة عدم قبول كل شخص ارتكب جريمة جسيمة خارج بلد المنشأ وقبل دخوله هذا البلد كلاجئ، أو شخص ارتكب أعمالاً مخالفة لمبادئ وأهداف الأمم المتحدة، ويبدو واضحاً إن الهدف من هذا هو يصب في المسار ذاته الذي يهدف إليه الحق المقرر أعلاه في المادة (1/و) من اتفاقية 1951.

ثالثاً: إن من حق الدولة تقييد بعض حقوق اللاجئ كحرية النقل وحرية العمل، عند زيادة تدفق اللاجئين كاحتراز أمني.

رابعاً: إن من حق الدولة أن تقوم بتوفير حماية مؤقتة عندما تواجه تدفقاً مفاجئاً جماعياً من الأشخاص؛ مثلما حدث أثناء الصراع الذي نشب في يوغسلافيا السابقة أوائل التسعينيات.

(١) تعريف اللاجئ، في نص المادة (1/و) من الاتفاقية الخاصة باللاجئين سالفة الذكر.

خامساً: إن من حق الدولة المضيغة في حالة تعيين ممثل المفوض السامي لشؤون اللاجئين لديها أن يكون لها دور كفي تعد الترتيبات الملائمة بشأن الاتصال والتشاور في مسائل الاهتمام المشترك للجوء المطروحة أمام اللاجئين، ويمكن التحري في الممارسة في تحديد أفضل الطرق لنشر المشاركة في المسؤولية من أجل تخفيف عبئ اللجوء الواقع على كاهل دولة واحدة غير قادرة على تحمله بمفردها.

وخلاصة القول، فإن حق الدولة في إبعاد الأجنبي في حالة كون وجوده يدق ناقوس الخطر في الدولة، فذلك لا يرتب عليه إثارة المسؤولية الدولية للدولة إذا ما اتخذت إجراء إبعاد الأجنبي، لأن ذلك يفيد بوجود تنظيم فعال لحماية أمن المجتمع وسلامته لمواجهة مثل هؤلاء الأشخاص، الأمر الذي لا يتعلق بالحفاظ على النظام العام في الدولة فحسب، وإنما يتعداه إلى الحفاظ على الوحدة السياسية للدولة واستقلالها الوطني<sup>(١)</sup>.

ومن خلال استقراءنا لهذه المعاهدات والمواثيق، نجد إنها أعطت الحق للدول في إبعاد الأجانب؛ ومنهم اللاجئين عن أراضيها، إلا أنها أجمعت على أن يكون ذلك وفقاً للتشريعات النافذة وبدون تعسف في استخدام السلطة، أي ضرورة تدويل مشروعية آلية الأبعاد. وبالرغم من تمتع دولة الملجأ بسلطة تقدير مدى الخطر الذي يشكله اللاجئ على أمنها ونظامها العام، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً، فلا بد من توفر شروط وحيهة لتقرير ذلك، حيث ينبغي أن يكون التهديد جسيماً، فعلى السلطات المختصة في دولة الملجأ أن تستعمل كل صلاحياتها للتحقق من أن التهديد قائم بالفعل ولا مجال لإبقاء اللاجئ على إقليم هذه الدولة.

(١) سنان طالب عبد الشهيد، الدولة المضيغة، مرجع سابق.

## الخاتمة

في ختام هذا البحث توصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، التي أرجو من الله تعالى أن أكون قد أصبت فيها، كما يلي:

**أولاً: النتائج:** تبين من خلال البحث عدد من النتائج، أهمها:

1. وجود ملايين من اللاجئين والمشردين في أرجاء العالم يعيشون أوضاعاً بائسة وغير مستقرة، وقد تفاقمت أزمة اللاجئين خلال العام 2018م، ووصلت إلى مستويات غير مسبوقه منذ الحرب العالمية الثانية، وبلغ عدد النازحين قسراً نحو ستين مليون شخص في العالم، وتعرض كثير منهم للمآسي في البر والبحر وهم في طريقهم إلى ما يرونه خلاصاً وملاذاً آمناً.
2. إن اتفاقية عام 1951 والبروتوكول الإضافي لها الصادر عام 1976 هما الركيزة الأساسية لنظام اللجوء وحماية اللاجئين، فهي توفر الإطار العالمي والمعايير والمبادئ الأساسية لحمايتهم، ويمكن الاعتماد عليهما منذ إبرامهما إلى هذه اللحظة لانطوائها على دلالة قانونية وسياسية وأخلاقية تتجاوز مصطلحاتها الخاصة.
3. إن القانون الدولي قد حدد تعريفاً للاجئين ووفر لهم الحماية، وتُعد اتفاقية عام 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين وبروتوكولها لعام 1967، بالإضافة إلى نصوص قانونية أخرى؛ كاتفاقية منظمة الوحدة الأفريقية لحماية اللاجئين عام 1969 المرجع الأساسي في حماية اللاجئين في العصر الحديث، كما تم إدخال المبادئ القانونية الثابتة في هذه الاتفاقيات في عدد كبير من القوانين والممارسات الأخرى الدولية والإقليمية والوطنية.
4. إن قواعد القانون الدولي والقانون الإنساني لم تحمل تنظيم الحماية التي يتمتع بها اللاجئون وبيان المركز القانوني للاجئ، ولكن المشكلة قد تكمن في عدم تفعيل هذه النصوص القانونية بالقدر الذي يحقق الغرض الذي وضعت من أجله.
5. كفل القانون الدولي لحقوق الإنسان وقانون اللاجئين الدولي والقانون الإنساني الدولي حق عودة اللاجئين إلى ديارهم وأراضيهم الأصلية.
6. إن من أهم المشاكل التي تواجه اللاجئ هو عدم تحديد مركزه القانوني خلال مرحلة تقدمه بطلب اللجوء وقبل البت فيه.
7. يجب عدم اعتبار مشكلة اللاجئين سبباً في توتر علاقات الدول؛ فاللجوء حالة إنسانية تستدعي تكاتف الدول والمنظمات الدولية لمساعدة وحماية اللاجئين، وتقديم المزيد من المساعدات الفعلية التي تعين اللاجئ على تحمل ومقاومة الظروف الصعبة التي يمر بها بسبب اللجوء.

8. إن منح دولة اللجوء لشخص ما حق اللجوء يترتب عليه التزام هذه الدولة بتوفير الحماية اللازمة لهذا اللاجئ ضد أي عمل مخجل يتعرض له، وفي ذات الوقت يحق لهذه الدولة إبعاد هذا اللاجئ إذا كان يمثل خطراً على أمنها العام ولكن بعد إنذاره بذلك.
9. تختلف طريقة تعامل الدول مع طالبي اللجوء لمنح الإقامة القانونية، حيث يمكن أن تستغرق العملية، بين عامين وتسعة أعوام.
10. لا توجد معايير موحدة واضحة تنظم عملية إبعاد اللاجئين، فلكل دولة قوانينها الخاصة، بالرغم من أن هناك مجموعة من الوكالات والمنظمات تسعى للتنسيق من أجل اعتماد منهج أكثر حيادية في مسألة اللجوء.

### ثانياً: التوصيات: نوصي بما يلي:

1. على الدول أن تتحمل مسؤولياتها تجاه اللاجئين المتواجدين على أراضيها أو على حدودها، من خلال تفعيل حقوق اللاجئين وحمايتهم من العودة للمخاطر التي فروا منها، واحترام حقوقهم الإنسانية الأساسية، ومنها العيش بكرامة، ومساعدتهم على إيجاد حلول طويل الأمد، وتساعدتها في ذلك المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين.
2. يتعين على الدول التي يتقدم لها طالب اللجوء، قبول طلبه كلاجئ ومنحه كافة الحقوق التي كفلها له القانون، مع ضرورة النص على الجزاء الرادع في حال مخالفة تلك الدول للقواعد القانونية المقررة لمنح اللجوء وحماية حق اللاجئين.
3. على الدول بذل جهوداً كبيرة بمشاركة المجتمع الدولي والمنظمات الطوعية ومنظمات المجتمع المدني لتسهيل عملية العودة الطوعية للاجئين والنازحين واستقرارهم في مناطقهم الأصلية، بطرق إنسانية وقانونية، مع ضرورة مشاركة اللاجئين في تنظيم عودتهم، وتنفيذ برنامج العودة الطوعية.
4. يتعين على الدول ألا تبحث في مواجهة اللاجئ عن أحد الأسباب التي تدعو إلى إخراجه من عداد اللاجئين؛ كأن يكون قد ارتكب جريمة غير سياسية خطيرة خارج دولة الملجأ، وقبل قبوله فيها، بوصفه لاجئاً أو كان قد سبق إدانته بسبب أعمال منافية لأهداف الأمم المتحدة ومبادئها.
5. على الدول الالتزام بالاتفاقيات الدولية التي بينت شروط القبول واستكمال الإجراءات المطلوبة لذلك، وعدم الإبقاء بما يسمى: ب"ارهاب البصمة"، أمام طالب اللجوء عند وصوله إلى حدود الدولة.
6. على المجتمع الدولي توحيد التعامل الدول مع طالبي اللجوء، في منح الإقامة القانونية، خلال مدة محددة.

## قائمة المراجع

## أولاً: المراجع المتخصصة:

1. ابن منظور، لسان العرب، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، ط3، بيروت، لبنان، (د.ت).
2. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب وتاريخ القوانين، ج1، القاهرة، مكتبة النهضة العربية، 1956.
3. الطاهر أحمد الراوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، ج1، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، (د.ت).
4. حازم محمد عتلم، قانون النزاعات المسلحة، النطاق الزماني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2003م.
5. سهيل حسين الفتلاوي وغالب عوده حوامده، القانون الدولي، حقوق الدول وواجباتها، ج2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2007.
6. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
7. عبد الحميد الوالي، إشكالية اللجوء على الصعيدين الدولي والعربي والتعليق على اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باللاجئين، بيسان للنشر والتوزيع والإعلام، لبنان، ط1، 2007.
8. عقبة حضراوي، حق اللجوء في القانون الدولي العام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2014.
9. محمد سامي عبد الحميد، قانون المنظمات الدولية، ج1، لم يُذكر الناشر ومكان النشر، ط7، 1987.

## ثانياً: الرسائل العلمية:

1. غالم نجو، المركز القانوني للاجئين في الجزائر، شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013.
2. مصطفى العدوي، النظام القانوني لدخول وإقامة الأجانب في فرنسا ومصر، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، جمهورية مصر العربية، 2003.

## ثالثاً: الدوريات والندوات والأبحاث:

1. إبراهيم الدراجي، مشكلة اللاجئين وسبل معالجتها، مداخلة في الملتقى العالمي والذي حمل عنوان: (اللاجئون في المنطقة العربية، قضاياهم ومعالجتها)، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 4 أكتوبر، 2011م.

2. إبراهيم سليمان حيدرة، د. محمد الحبيشي، اللجوء في الشريعة الإسلامية، ورقة عمل مقدمة إلى البرنامج الخاص بالدورة التدريبية لطلاب كلية الحقوق، جامعة إب، المنعقدة خلال الفترة من 3-18 مارس/2019م.
3. أحمد علي العماد، مقدمة في النظام الدولي للاجئين، مركز دراسات الهجرة واللاجئين، جامعة صنعاء، 2019م.
4. اريك فلير، التطورات السابقة في مجال العمل مع اللاجئين، بحث منشور في المجلة الدولية للصليب الأحمر، عام 2001، عدد 145.
5. بشير عبدالله العماد، الاتفاقيات الدولية وتعريف الفئات المشمولة بحماية مفوضين اللاجئين، ورقة عمل مقدمة إلى البرنامج الخاص بالدورة التدريبية لطلاب كلية الحقوق، جامعة إب، المنعقدة خلال الفترة من 3-18 مارس 2019م.
6. سعيد سالم جويلي، الطبيعة القانونية الخاصة للاتفاقيات الدولية في القانون الدولي الإنساني، بحث منشور في مجلة القانون الدولي الإنساني، الجزء الثالث، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
7. سولاف طارق عبد الكريم، الحرب ومبدأ عدم رد اللاجئين، بحث منشور بمجلة القادسية للعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الأول، 2008.
8. طارق أحمد المنصوب، المنظمات الدولية العاملة في قضايا اللجوء، ورقة عمل مقدمة الى البرنامج الخاص بالدورة التدريبية لطلاب كلية الحقوق، جامعة إب، المنعقدة خلال الفترة من 3-18 مارس 2019م.
9. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المعايير الدولية في آلية أبعاد اللاجئين (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، السنة لرابعة.
10. قاسم محي الدين، التزامات اللاجئين في القانون الدولي، أعمال ندوة الحماية الدولية للاجئين، تحرير: أحمد الرشيد، مركز البحوث والدراسات السياسية، القاهرة، 1997.
11. بيان اللجنة الدولية للصليب الأحمر والذي نوقش في جدول أعمال الدورة 68 للأمم المتحدة في 6 سبتمبر 2013، نيويورك.

#### رابعاً: الوثائق والاتفاقيات الدولية:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 1948.
2. إعلان قرطاج لعام 1948 الذي أرسى الأساس القانوني لمعاملة اللاجئين من أمريكا اللاتينية.
3. اتفاقية جنيف لعام 1949م.
4. النظام الأساسي للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين لعام 1950.

5. الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين، اعتمدها مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، جنيف، في 28 يونيو 1951.

6. نص القرار رقم 14 لسنة 1967 بمنح حق الملجأ للأشخاص المعرضين لخطر الاضطهاد.

7. اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية 10 سبتمبر 1969.

8. البروتوكول الإضافي لعام 1976م الخاص بحماية اللاجئين.

9. الإعلان الخاص بالملجأ الإقليمي لسنة 1977.

10. الاتفاق الأوروبي لسنة 1980 بشأن نقل المسؤولية عن اللاجئين.

11. معاهدة دبلن لسنة 1990.

خامساً: مواقع الإنترنت:

1. UNHCR 2001-2019.
2. <https://www.unhcr.org/ar/4be7cc27201.html>Refworld.
3. <https://mawdoo3.com>.
4. <https://www.aljazeera.net/knowledgegate/newscoverage/2015/9/15>.
5. <https://academic.oup.com/ijrl/article/17/2/293/1548262>.
6. <http://www.internal-displacement.org>.
7. <https://www.thenewhumanitarian.org/ar/thlyl/2016/02/22/lmdh-ysb-trhyl-tlby-lljw>.
8. <https://democraticac.de/?p=45114>.
9. <http://www.uokufa.edu.iq/journals/index.php/ghjec/article/view/1788>.
10. <http://www.m.ahewar.org/s.asp?aid=457707&r=0&cid=0&u=&i>.
11. WWW. Rhino. Net/ books/ 24k.
12. People daily, page WWW.arabic.
13. <https://www.peacepalacelibrary.nl/2013/11/exclusion-of-refugee-status-the-criminal-refugee-2>.
14. <https://www.wbur.org/news/2018/12/03/asylum-explainer>.

## سادساً: المراجع الأجنبية:

1. Zwaagtra ;" The Refugee "International Refugee Law blog series I: Exclusion of Refugee Status: The Criminal Refugee, leave a comment, on November 27, 2013.
2. Rikhof, J :The Criminal Refugee: the Treatment of Asylum Seekers with a Criminal Criminal in International and Local Law, Dordrecht ,Republic of Letters ,2012.
3. Shannon Dooling; What Is Asylum? Who Is Eligible? Why Do Recent Changes Matter?, December 03, 2018.
4. Dashrath Phulwary; REFUGEE RIGHTS VIS-A-VIS SECURITY OF STATE: STRIKING A BALANCE BETWEEN BOTH, Conference Paper to Conference: Refugee Rights Conference, At Hyderabad, April 2013.
5. UNHCR; Human Rights and Refugee, Protection Self-study, Module 5, Vol. I December, 2006.

## مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية  
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : [www.ojs.sabauni.net](http://www.ojs.sabauni.net)

عنوان البحث:

### الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية في القانون اليمني

د. محمد محمد حسن الحسني  
أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد  
أكاديمية الشرطة

#### ملخص البحث

تتولى السلطة التنفيذية تنفيذ قانون الجنسية، وهي في سبيل ذلك تقوم بإصدار قرارات إدارية، وقد اتفق الفقه الراجح والتشريع والقضاء إن هذه القرارات ليست من أعمال السيادة، وبالتالي تخضع هذه القرارات لرقابة القضاء. وتتخذ منازعات الجنسية أمام القضاء إحدى صور ثلاث: الصورة الأولى: دعوى طعن في قرار اداري صادر بشأن الجنسية. الصورة الثانية: مسألة أولية تثار بصفة تبعية لدعوى أصلية منظورة أمام القضاء العادي أو الإداري. الصورة الثالثة: الدعوى المجردة (الأصلية) التي يكون موضوعها إثبات الجنسية اليمنية أو نفيها عن شخص ما.

ومن أجل تحديد المحكمة المختصة بمنازعات الجنسية في صورها الثلاث وفقاً للقانون اليمني، وبيان حجية الأحكام الصادرة في هذه المنازعات، فقد قام الباحث بتقسيم بحثه إلى مبحثين: خصص المبحث الأول: لدراسة طبيعة القرارات الإدارية الصادرة في مسائل الجنسية. بينما أفرد المبحث الثاني لدراسة القضاء المختص بمنازعات الجنسية، وحجية الأحكام الصادرة عنه، مستخدماً في ذلك المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن. وقد ختم الباحث بحثه هذا بخاتمة تضمنت أهم النتائج التي توصل إليها ثم أعقب ذلك ببعض التوصيات.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص القضائي - القرار الإداري - حجية الأحكام - منازعات الجنسية.

#### معلومات البحث

تاريخ تسليم البحث:

١٩ أغسطس ٢٠١٩

تاريخ قبول البحث:

٢٩ سبتمبر ٢٠١٩

## Abstract

The executive authority is responsible for the implementation of the law of nationality and in order to do so, it issues administrative decisions. Legal disputes concerning nationality take three main frames, the first one deal with allegation concerning challenge against administrative decisions regarding nationality: The second frame deals with disputes concerning nationality status rose at the course of examining a principal different issue before the court. The third type of disputes raises in a case mainly concerning proving Yemeni nationality or disproving it before the court.

Therefore, in order to determine the competent court in three forms of nationality disputes in accordance with Yemeni law, and to clarify the validity of the verdicts issued in these disputes. this study is divided into two parts: the first one Legal nature Administrative decisions issued in matters of nationality. The second part focuses judicial authority concerned with disputes relating to nationality and the validity of its judgments using the descriptive method. Analytical and Comparative. The researcher concluded his research with a conclusion that included the most important findings of the researcher followed by some recommendations.

Keywords: Jurisdiction - Administrative Decision - Authentic Verdicts - Nationality Disputes.

## مقدمة:

الجنسية هي حياة الانسان، فعدم التمتع بجنسية دولة معينة يعني الموت الحكمي لهذا الشخص، فالشخص بدون جنسيته يكون مجرداً من معظم الحقوق الملازمة لشخصيته القانونية، فعدم الجنسية ليس له حق في الإقامة والاستقرار على إقليم أي دولة، بل تتحاشاه جميع الدول لما يمثل ذلك من أعباء على عاتقها، ومن جانب آخر الجنسية هي أداة الدولة لتحديد عنصر الشعب فيها، ويترب على ذلك أن مشرع كل دولة من الدول هو وحده الذي يستقل بوضع أحكامها ثبوتاً ونفياً<sup>(1)</sup>.

وبناءً على ذلك، فقد ذهب البعض<sup>(2)</sup> إلى القول بأن القرارات الصادرة في مسائل الجنسية تُعد من أعمال السيادة التي تمارسها الدولة، وإذا كان من أهم الضمانات الأساسية التي يتمتع بها الفرد في حياته داخل المجتمع، أن يكون له قضاء يحميه، ذلك أن الحق في الجنسية قد يتعرض للإنكار من قبل الدولة أو المنازعة فيه من قبل الافراد، فإن مثل هذا القول يقودنا إلى التساؤل التالي: هل تخضع القرارات الإدارية الصادرة في شأن الجنسية - سواءً كانت سلطة الإدارة في إصدارها مقيدة أم تقديرية - لرقابة القضاء؟.

وإذا كان المشرع قد عهد إلى السلطة التنفيذية ممثلة بوزارة الداخلية ورئاسة الجمهورية تنفيذ قانون الجنسية، فإن المنازعات التي تثور بشأن الجنسية لا يقتصر فيها الأمر على الطعن في القرار الإداري الصادر بشأنها، بل قد يحدث أن يثور نزاع حول جنسية شخص ما، وي طرح هذا النزاع أمام القضاء في شكل مسألة أولية يتعين الفصل فيها أولاً تمهيداً للفصل في الدعوى الأصلية أو حتى دعوى أصلية يطلب فيها الفرد إثبات الجنسية اليمنية له أو نفيها عنه.

وبالرغم من التسليم بولاية القضاء في الفصل في منازعات الجنسية، فقد ظلت المشكلة الأساسية هي تحديد الجهة القضائية المختصة بهذه المنازعات، خاصةً في الدول الآخذة بنظام القضاء المزدوج، حيث يثور التساؤل حول ما إذا كانت هذه المنازعات من اختصاص القضاء العادي أو من اختصاص القضاء الإداري؟

ويعرف الاختصاص القضائي بأنه: "توزيع للعمل بين المحاكم والهيئات القضائية المختلفة عن طريق بيان نصيبها من المنازعات والمسائل التي يجوز الفصل فيها ومنحها الحماية القضائية بشأنها"<sup>(3)</sup>، بمعنى آخر؛ السلطة التي يخولها القانون لحكمة من المحاكم في دعاوى معينة وفي

(1) وإذا كانت الدولة تتمتع بجزية كاملة في تحديد الأفراد الذين يحملون جنسيتها، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة وإنما تعد سلطة مقيدة وفق ما تقرره الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي، للمزيد يُنظر: د. محمد محمد الحسني، الجنسية ومركز الأجناب في القانون اليمني، صنعاء، مكتبة المتفوق، 2018، ص 20.

(2) صالح بن حمدون بن عبد الله الرحبي، القرارات الإدارية في دعاوى الجنسية، ورقة عمل مقدمة الى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم الإدارية المنعقد في لبنان، بيروت 9 - 10/ 9، 2013، ص 21.

(3) د. محمد محمد الحسني، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني، صنعاء، مكتبة المتفوق، 2018، ص 179.

حدود معينة، إذا ما تجاوزتها المحكمة فإنها تكون غير مختصة ويكون الحكم الصادر عنها باطلاً لمخالفته القانون، وعلى ذلك فإنه يجب تعيين القضاء المختص بنظر منازعات الجنسية، نظراً لما تتمتع به هذه المنازعات من خصوصية لارتباطها بقرارات إدارية.

وإذا كان تحديد الاختصاص القضائي في منازعات الجنسية من المشكلات القانونية التي أثارت اهتمام الفقه، فقد حرصت التشريعات في كثير من الدول على حلها لما يترتب على ذلك من أهمية كبرى؛ كالحكم بإلغاء قرار اكتساب الجنسية اليمنية وما يترتب على ذلك الحكم من آثار قانونية تمس حياة الفرد والمجتمع، حيث يتحدد المركز القانوني للفرد وبيان ما إذا كان وطني أم أجنبي.

وتختلف التشريعات في تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالجنسية بحسب النظام القانوني والقضائي الذي تنتهجه هذه الدولة أو تلك، بل وبحسب التطور القانوني داخل الدولة من حقبة زمنية إلى أخرى، وهنا تكمن مشكلة الدراسة في تحديد الجهة القضائية المختصة بمثل هذه المنازعات.

ومن جانب آخر، إذا انتهى القضاء باختصاصه في نظر منازعات الجنسية يبرز السؤال عن الحجية التي يتمتع بها الحكم الصادر عن القضاء في منازعات الجنسية، وما نطاق هذه الحجية؟

#### الدراسات السابقة:

إن أي دراسة تستند في إطارها النظري إلى الدراسات السابقة، التي تفتح شجون البحث وتساعد في سبر اغواره، وفي موضوع بحثنا: "الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية في القانون اليمني"، وقع بين يدي الباحث بعض الدراسات التي تناولت الاختصاص بمنازعة الجنسية؛ إما بصورة مستقلة أو تم تناول هذا الموضوع ضمن موضوعات الجنسية، نعرض لذلك على النحو الآتي:

1. دراسة الدكتور نور الحجايا (2012)، بعنوان: "الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية في القانون الأردني"، حيث تناول الباحث

موضوع منازعات الجنسية طبقاً لقواعد الاختصاص التشريعي والقضائي الأردني، تطرق في المبحث الأول: اختصاص محكمة العدل العليا بمنازعات الجنسية، وتناول في المبحث الثاني: اختصاص القضاء العادي بمنازعات الجنسية، دون التطرق لحجية الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية، وانتهى الباحث إلى اختصاص محكمة العدل العليا بالنظر في الدعاوى التي تطعن في قرار اداري، أما دعاوى الجنسية التي تنور في صورة مسألة أولية فيكون الاختصاص بشأنها مشتركاً بين محكمة العدل العليا والقضاء العادي، أما الدعوى المجردة فقد جعل الاختصاص بشأنها للمحاكم النظامية.

2. دراسة الدكتور محمد نجيب أحمد الكبتي (2018)، بعنوان: "الاختصاص القضائي بدعاوى الجنسية"، وقد عالج الباحث

موضوع البحث في ظل القانون الليبي مقارنة بالقانون المصري، حيث تناول مفهوم الجنسية وطبيعتها القانونية في المطلب الأول، ثم

تناول الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية وحجية أحكامه في المطلب الثاني. وقد كان من أهم النتائج التي توصل إليها الباحث أن اختصاص القضاء الإداري ينحصر في الطعن في القرارات الصادرة في مسائل الجنسية، أما دعاوى الجنسية الأصلية فالاختصاص بشأنها يكون للقضاء العادي، وأن الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية تتمتع بحجية نسبية، ما عدى الأحكام الصادرة بإلغاء قرار إداري فإنها تتمتع بحجية مطلقة.

3. دراسة عبد الرسول كريم أبو صبيح (2010)، بعنوان: "الاختصاص القضائي في دعاوى الجنسية"، وقد تناول الباحث موضوعه في إطار القانون العراقي بالمقارنة بالقانون المصري، حيث خصص المبحث الأول لدراسة تعريف الجنسية والتصوير القانوني لها، بينما خصص المبحث الثاني لدراسة دعاوى الجنسية. وأنتهى الباحث إلى اختصاص المحاكم العادية بالدعوى المجردة في منازعة الجنسية، وأن الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية تكون لها حجية مطلقة.

ويأتي ضمن هذه الدراسات، الدراسات العامة التي تناولت هذا الموضوع كدراسة الدكتور عكاشة محمد عبد العال في كتابه أحكام الجنسية الإماراتية (2004)، ودراسة الدكتور عبد المنعم زمزم في كتابه أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن (2011)، ودراسة الدكتور هشام علي صادق في كتابه القانون الدولي الخاص (2005)، ودراسة الدكتورة مريم الجوفي (2015)، والدكتور محمد المؤيد (2011)، وغيرهم.

#### علاقة الدراسة الحالية بالدراسات السابقة:

لاحظنا أن الدراسات السابقة التي خصصت لدراسة الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية كانت في القوانين المقارنة ولم تُشر أيًا منها للقانون اليمني، بالإضافة إلى أن البعض الآخر من هذه الدراسات عاجلت منازعات الجنسية بشكل عام ولم تتعرض لمسألة الاختصاص. وهنا تأتي الدراسة الحالية لتعالج مشكلة الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية في القانون اليمني ومدى حجية الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية.

## مشكلة البحث:

تتداخل المنازعات الخاصة بالجنسية مع أعمال السيادة التي تقوم بها الدولة في مسائل الجنسية، ومن ثم يجب الفصل بين الممارسات التي تقوم بها الإدارة وتعد من أعمال السيادة وتلك الأخرى التي تخضع فيها الإدارة لرقابة القضاء. فالرقابة القضائية على مسائل الجنسية هي الضمان لحماية الأفراد من تعسف جهة الإدارة، ومن ثم يجب بسط هذا الأمر وتنظيمه تشريعياً. ولما كانت مسائل الجنسية تتعلق بقرار إداري صادر عن السلطة التنفيذية في الدولة، فإن هذا يعكس طبيعة تنازع الاختصاص بشأن منازعات الجنسية، بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

وفي ضوء ما سبق، تبلور مشكلة الدراسة في بحث: "جهة الاختصاص بمنازعات الجنسية في إطار القانون اليمني وحجية الأحكام الصادرة عنها".

أسئلة البحث: لتبسيط مشكلة الدراسة، يسوق الباحث بعض التساؤلات التي تتفرع عنها والتي هي محل البحث على النحو الآتي:

- ما هي الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة في مسائل الجنسية؟
- ما هي صور الدعاوى في مسائل الجنسية؟
- من هو القضاء المختص في الفصل في منازعات الجنسية؟ هل هو القضاء العادي أم القضاء الإداري؟ وما هي سلطات تلك الجهات.
- ما هي حجية الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية؟

## أهمية الدراسة:

تلعب الجنسية دوراً مهماً في حياة الفرد، فتمتعه بالحقوق المدنية والسياسية من عدمه مرتبط بثبوت جنسيته إلى تلك الدولة أو عدم ثبوتها، فبدون هذه الجنسية لن يكون بمقدوره التمتع بأي من هذه الحقوق، فلا يستطيع ممارسة الحقوق السياسية؛ كالترشح للمجالس النيابية والرئاسة وشغل الوظيفة العامة وحماية دولته له في الخارج، بل والحقوق المدنية كالتملك في بعض الأماكن وحدود هذه الممارسات .. وغيرها. وتبرز أهمية هذه الدراسة في ظل قصور كبير في التشريعات؛ ومنها التشريع اليمني، في تنظيم مسائل الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية وخصوصاً في ظل توجه النظام القانوني والقضائي اليمني إلى ازدواج وتعدد النظام القضائي بين القضاء الإداري والقضاء العادي. بالإضافة إلى قصور الدراسات التي تعالج هذا الجانب في القانون اليمني.

**أهداف الدراسة:** يسعى الباحث من خلال هذه الدراسة إلى بيان موقف المشرع اليمني في تحديد العناصر الآتية:

- بيان الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة في مسائل الجنسية.
- تحديد صور الدعاوى في مسائل الجنسية.
- تحديد القضاء المختص بصور منازعات الجنسية.
- بيان الحجية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية.

#### حدود الدراسة:

تبحث هذه الدراسة عن قواعد الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية في النظام القانوني والقضائي اليمني، في إطار قانون الجنسية اليمني رقم 6 لسنة 1990 وتعديلاته المتلاحقة، وقانون المرافعات اليمني رقم 40 لسنة 2002م، وقرار مجلس القضاء الأعلى رقم 177 لسنة 2010م، وقانون السلطة القضائية رقم 1 لسنة 1991 وتعديلاته.

#### التعريفات الإجرائية:

**الاختصاص القضائي:** ويقصد بالاختصاص القضائي في هذه الدراسة ولاية المحاكم اليمنية بمنازعات الجنسية، سواء ولاية القضاء العادي أو القضاء الإداري.

**القرار الإداري:** جميع القرارات الصادرة في مسائل الجنسية، يستوي في ذلك القرارات التي تُكسب الفرد الجنسية اليمنية، أو تلك القرارات التي تُفقد الفرد الجنسية اليمنية، والقرارات المتعلقة بالعودة إلى الجنسية اليمنية، سواء ما كان منها سلبياً أو إيجابياً.

**حجية الأحكام:** هي القوة الملزمة للحكم الصادر في منازعات الجنسية في مواجهة الكافة، باعتباره عنوان الحقيقة فيما قضى به، فلا يجوز إثارة النزاع بشأن ما قضى به بأية طريقة.

**منازعات الجنسية:** جميع المنازعات التي تمس مسألة من مسائل الجنسية اليمنية وتكون محل دعوى قضائية.

#### منهجية الدراسة:

لسبر أغوار البحث في الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية في القانوني اليمني، عمد الباحث إلى اختيار المنهج الوصفي التحليلي من أجل تحديد طبيعة القرارات الإدارية في مسائل الجنسية، ومدى سلطة القضاء في بسط رقابته عليها، وتحديد الجهة القضائية التي تختص

بالفصل في منازعات الجنسية، ومن جانب آخر اتبع الباحث المنهج المقارن، لمقارنة النظام القانوني والقضائي اليمني بالنظم القانونية المقارنة بالتركيز على النظام القانوني المصري.

**خطة الدراسة:** تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين ثم مطلبين، على النحو الآتي:

**المبحث الأول: طبيعة القرارات الصادرة في مسائل الجنسية.**

المطلب الأول: أنواع القرارات الإدارية في مسائل الجنسية.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة في مسائل الجنسية.

**المبحث الثاني: القضاء المختص بمنازعات الجنسية.**

المطلب الأول: صور منازعات الجنسية والاختصاص القضائي بشأنها.

المطلب الثاني: حجية الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية ونطاقها.

## المبحث الأول

### طبيعة القرارات الصادرة في مسائل الجنسية

تمهيد وتقسيم:

حوّل قانون الجنسية الجهات الإدارية في الدولة تنفيذ أحكام هذا القانون، وهذه الجهات تمارس سلطاتها من خلال القرارات الإدارية التي تصدرها، وهذه القرارات قد تكون منحاً أو رفضاً أو سحباً للجنسية أو رفض العودة إليها، وهذا ما نعالجه في مطلبين:

المطلب الأول: أنواع القرارات الإدارية في مسائل الجنسية.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة في مسائل الجنسية.

### المطلب الأول

#### أنواع القرارات الإدارية في مسائل الجنسية

تتنوع القرارات الصادرة بشأن مسائل الجنسية بحسب المسألة التي تعالجها تلك القرارات وفقاً لنصوص قانون الجنسية اليمنية رقم 25 لسنة 2010م، وهي في ذلك إما أن تكون قرارات متعلقة باكتساب الجنسية اليمنية أو تلك المتعلقة بفقد الجنسية اليمنية، سواء الفقد الاختياري أو الاجباري حين تسحب الدولة الجنسية عن اكتسابها، أو تلك القرارات المتعلقة بالعودة إلى الجنسية اليمنية. نبين ذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: القرارات المتعلقة باكتساب الجنسية اليمنية:

تنص المادة 3/ب من قانون الجنسية على أنه: "يكون لمن ولد لأُم يمنية وأب أجنبي قبل تاريخ العمل بهذا القانون أن يعلن الوزير...، ويعتبر يمنياً بصدر قرار من الوزير.."، وتنص المادة 4 و 5 من قانون الجنسية على أنه: "يجوز بقرار جمهوري بناءً على عرض الوزير منح الجنسية اليمنية..". والمادة 6 التي تخفف مدة الإقامة المطلوبة للدخول في الجنسية اليمنية للمأذون له بالتوطن في اليمن بقصد التجنس واستفادة زوجته وأبنائه القصر من هذه المدة، كما نصت المادة 7 من القانون ذاته على أنه: "يجوز بقرار جمهوري بناءً على عرض الوزير تحديد العدد المسموح بترشيحهم لحمل الجنسية اليمنية سنوياً".

كما نصت المادة 8 على أنه: "تشكل بقرار من الوزير لجنة تكون مهمتها ترشيح من ترى منحهم شهادات التجنس في حدود العدد المسموح به سنوياً". وكذلك القرارات المتعلقة باكتساب زوجة المتجنس الجنسية اليمنية وأبناؤه القصر وفق نص المادة 9 من قانون الجنسية، والقرارات المتعلقة باكتساب الزوجة الأجنبية الجنسية اليمنية بالتبعية لزوجها اليمني وفق نص المادة 11 والمادة 13.

#### ثانياً: القرارات المتعلقة بفقد الجنسية اليمنية:

هي القرارات المتعلقة بفقد الجنسية اليمنية بإرادة الشخص المعني كما في نص المادة (3/د)، حيث نصت على أنه: "إعلان الوزير برغبته في التخلي عن الجنسية اليمنية..."، والمواد 9 و10 و12 فهذه النصوص تعالج مسائل فقد الجنسية اليمنية باختيار صاحب الشأن أو من يمثله قانوناً متى تحققت الشروط المنظمة لذلك.

وقد يكون الفقد جبراً عن الشخص المعني بصدور قرار من السلطات العامة في الدولة يقضي بسحب الجنسية اليمنية إذا اقرت الشخص أحد الأسباب الموجبة له وفق نص المادة 18 والمادة 19 من قانون الجنسية اليمنية، على أن المادة 17 من القانون ذاته تحظر إسقاط الجنسية عن اليمني الأصل مطلقاً، وأن السحب لا يكون إلا في مواجهة المكتسب للجنسية اليمنية فقط، ويدخل ضمن هذا النوع من القرارات تلك القرارات الإدارية المتعلقة بتطبيق نص المادة 20 من قانون الجنسية اليمنية والمادة 21 من القانون ذاته.

#### ثالثاً: القرارات المتعلقة بالعودة إلى الجنسية اليمنية:

هذه القرارات تنطلق من الحق المكفول لليمني بموجب الدستور والقانون من التمتع بالجنسية اليمنية بصورة دائمة، وتنطلق من المبادئ الدولية لحماية حقوق الإنسان، حيث تعطي الفرد حق العودة إلى جنسيته الأصلية. وهذه القرارات تتعلق بتطبيق نص المادة 14 و15 و16 من قانون الجنسية اليمني، والتي تعطي كل من فقد الجنسية اليمنية الحق بالعودة إليها، سواء كان الفقد بإرادته المنفردة وفق نص المادة 3 والمادة 9 والمادة 10 والمادة 12 أو كان الفقد بإرادة الدولة وفق نص المادة 19 و19 و21.

خلاصة ما تقدم من نصوص قانونية، يظهر لنا أن المشرع اعترف بأهلية القيام بالعمل الإداري في مجال الجنسية للسلطة التنفيذية، فاختصاص السلطة التنفيذية في منح الجنسية أو في إعلان فقدانها أو في النظر في طلب استردادها هو اختصاص أصيل مصدره قانون الجنسية<sup>(1)</sup>. وهذه السلطة نجدها متوزعة بين وزير الداخلية ولجنة الجنسية ورئاسة الجمهورية، على النحو الآتي:

(1) محمد عبد الله المؤيد، القانون الدولي الخاص، مبادئ وأحكام الجنسية في القانون اليمني والقانون المقارن، المتفوق للطباعة والنشر، صنعاء، 2011، ص55

1. وزير الداخلية هو السلطة المختصة بتلقي الطلبات المتعلقة بمسائل الجنسية والتجنس، سواءً ما كان له فيها سلطة البت بصفة نهائية أو ما كان دوره فيها محض الدراسة والعرض على جهات أعلى<sup>(1)</sup>.
2. إن الذي يتولى بحث هذه الطلبات ودراستها هي لجنة مشكلة لهذا الغرض، تشكل بقرار من وزير الداخلية. جاء هذا بنص المادة 8 والمادة 30 من قانون الجنسية. وقد تحددت مهام هذه اللجان بموجب المادة 22 من اللائحة التنفيذية لقانون الجنسية، والتي جرى نصها على أن: "تتولى لجنة الجنسية اليمنية ممارسة تلك الصلاحيات المحددة في المادتين 8 و 30 من القانون، ولها على وجه التحديد القيام بالواجبات التالية: 1- ترشيح من ترى منحهم شهادة التجنس من بين طالبيها وفي حدود العدد المسموح به سنوياً، وفقاً للقرار الجمهوري المنصوص عليه في المادة 7 من القانون. 2- دراسة وفحص وثائق وطلبات الجنسية اليمنية، وفقاً لمتطلبات هذه اللائحة. 3- دراسة وفحص وثائق جنسية الميلاد اليمنية. 4- فحص ودراسة وثائق الزواج المختلط واكتساب الجنسية اليمنية عن طريق التبعية وفقاً لأحكام القانون وهذه اللائحة. 5- تقدير تلك الخدمات الجليلة بمقتضى المادة 4 فقرة (د) من القانون وبما يراعي المادة 13 من اللائحة. 6- تقديرات الضرورات الملحة المنصوص عليها في المادة 6 من القانون. 7- تقديرات درجة الامام باللغة العربية بمقتضى المادتين 4 و 5 من القانون. 8- النظر في أمور اثبات الجنسية اليمنية بمقتضى المادتين 27 و 30 من القانون، ولها أن تستعين بكل وسائل الاثبات القانونية".
3. بالنسبة للمسائل المتعلقة بمنح الجنسية أو سحبها يقتصر اختصاص وزير الداخلية على تلقي الطلبات وفحصها ودراستها واحالتها إلى اللجان المشكلة لذلك، ثم تعود إليه لإبداء الرأي، فإن وافق عليها يتم رفعها إلى رئاسة الجمهورية ليصدر بها قراراً من رئيس الجمهورية. وعلى ذلك، فإن القرارات الصادرة من جهة الإدارة في مسائل الجنسية تطبيقاً لقانون الجنسية هي تلك القرارات التي تكسب الأجنبي الجنسية اليمنية أو تحرمه من الدخول فيها<sup>(2)</sup>، وذلك عند تطبيق نصوص المواد (3، 4، 5، 6، 9، 10، 11، 12، 13)، وتلك القرارات المتعلقة بسحب الجنسية اليمنية تطبيقاً لنصوص المواد (17، 18، 19، 20، 21)، والقرارات المتعلقة بالعودة إلى الجنسية اليمنية طبقاً للمواد (14، 15، 16).

(1) د. محمد محمد الحسني، الجنسية ومركز الأجنبي في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 99.

(2) د. صالح بن حمدون بن عبد الله الرحيمي، مرجع سابق، ص 17.

## المطلب الثاني

## الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة في مسائل الجنسية

الجنسية هي أداة الدولة في توزيع الشعب فيها بما تمثله من رابطة قانونية وسياسية بين الدولة والفرد، تستقل السلطة التشريعية في هذه الدولة بسن أحكامها وقواعدها، فالدولة وحدها هي من تنشئ الجنسية وتمنحها أو تسحبها في إطار ما يتفق ومصالحها المختلفة، ونتيجة لذلك، يثور التساؤل الآتي: هل تخضع جميع القرارات التي تتخذها السلطة التنفيذية، تنفيذاً للتشريعات الصادرة من الدولة في شأن الجنسية، للطعن أمام القضاء أم لا؟ نبين ذلك فيما يلي:

## أولاً: رفض اعتبار القرارات الصادرة في مسائل الجنسية من أعمال السيادة:

اصطلح فقه القانون على نوع معين من الأعمال الإدارية بأعمال السيادة، أو أعمال الحكومة، وهي طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها أو مظاهرها سواء رقابة الإلغاء أو رقابة التعويض أو رقابة المشروعية، فالقرارات السيادية تعني كافة الأعمال والقرارات التي تصدر عن الإدارة باعتبارها سلطة حاكمية وليست سلطة إدارية<sup>(1)</sup>.

وقد اختلف الفقه حول طبيعة القرارات الإدارية الصادرة في مسائل الجنسية بين فريق يرى أن مسائل الجنسية تُعد من أعمال السيادة، فالأمر لا يعدو أن يكون مجرد عمل من أعمال الحكومة السيادية وليس من أعمال الحكومة الإدارية<sup>(2)</sup>. إلا أن هذا الاتجاه لم تكتب له الغلبة، فقد ذهب جانب من الفقه - وهو ما استقر عليه الفقه الحديث - إلى القول: بأن السيادة لا ترتبط بالقرارات الصادرة في مسائل الجنسية إلا في مرحلة التشريع فقط<sup>(3)</sup>، حيث تتمتع الدولة بحرية في تنظيم مسائل جنسيتها، فهي تستقل بوضع شروط كسبها وفقدانها واستردادها.

أما قيام جهة الإدارة بإصدار القرارات المتعلقة بتطبيق تلك الشروط وتنفيذ القواعد التي حددها قانون الجنسية فهي من صميم أعمال الإدارة، ولا تُعد من أعمال السيادة، وبالتالي يجوز الطعن فيها أمام القضاء، ولا يُعد ذلك مساساً بسيادة الدولة، ذلك أن الجنسية حق من

(1) د. نادية إحسان، تحديد اختصاص الفصل في منازعات الجنسية داخل النظام القضائي الجزائري، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة مولودي معمري - تيزي وزو، 2009، ص 277.

(2) هذا ما تبناه المشرع القطري في المادة (11) من قانون السلطة القضائية القطري، حيث نصت صراحةً على عدم اختصاص المحاكم بشكل مباشر أو غير مباشر في مسائل الجنسية، والمادة (4) من قانون الجنسية العمانية الجديد نص صراحةً أيضاً على أنه: "لا تختص المحاكم بالنظر في مسائل الجنسية والمنازعات المتعلقة بها". للمزيد أنظر: د. صالح بن حمدون بن عبد الله الرحبي، مرجع سابق، (21).

(3) د. عكاشة محمد عبد العالك، أحكام الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دبي، مطابع البيان، 2004، ص 413.

حقوق الفرد، فإذا سلمنا بأن القرارات الصادرة في مسائل الجنسية هي من أعمال السيادة، لكان من شأن ذلك القول بمنع الفرد من حقه في اللجوء إلى القضاء، وهو مبدأ دستوري لا يجوز الاعتداء عليه حتى ولو نص القانون على ذلك<sup>(١)</sup>.

وقد قرر المشرع اليمني هذا الحكم بنص المادة 31 من قانون الجنسية حيث جرى نصها على أن: "يتولى القضاء النظر في منازعات الجنسية الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون"، وهو الأمر الذي تبنته الاتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية، حيث ألزمت في المادة 12 منها الدول الأعضاء بضرورة إتاحة الفرصة للطعن في القرارات الخاصة بالجنسية؛ سواءً كانت فقدت أو كسباً أو العودة إليها أمام القضاء<sup>(٢)</sup>.

ولكن يبقى السؤال: هل تخضع جميع القرارات الصادرة عن جهة الإدارة في مسائل الجنسية لسلطة القضاء؟ وهل يكون لها ذات الإجراءات أمامه؟. نجب على ذلك من خلال الآتي:

### ثانياً: سلطة الإدارة في إصدار القرارات المتعلقة بالجنسية

تختلف سلطة الإدارة في مسائل الجنسية؛ فمنها المقيدة وهي الحالات التي تمارس فيها الإدارة سلطة اتخاذ قرارات إدارية محددة مسبقاً دون أن يكون لها سلطة تجاوز مضمون تلك القرارات<sup>(٣)</sup>، فبذلك يتقيد دور الإدارة في التحقق من توفر الشروط القانونية التي حددها القانون مسبقاً، فإذا كانت هذه الشروط متوفرة فليس لها سلطة تقديرية، إذ يتعين عليها أن تتخذ القرار الإداري المحدد وليس لها حرية اختيار قرار آخر غيره من بين عدة قرارات إدارية قد تملكها، من ذلك المادة 3/ب والتي جرى نصها على أنه: "يكون لمن ولد لأم يمنية وأب أجنبي قبل تاريخ العمل بهذا القانون أن يعلن الوزير برغبته في التمتع بالجنسية اليمنية ... ويعتبر يمنياً بصدور قرار من الوزير". والأمر ذاته في المادة التاسعة من قانون الجنسية في شأن تجنس الأولاد القصر، والمادة 11 من القانون ذاته بخصوص تجنس المرأة الأجنبية التي تتزوج من يمني، والمواد 14 و15 التي نظمت العودة إلى الجنسية اليمنية؛ فالقرارات الصادرة هنا قرارات كاشفة لا منشأة، ذلك أنه إذا ما توفرت الشروط

(١) د. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث (الجنسية ومركز الأجانب)، جامعة المنصورة، مصر، 2009، ص151. وهو ما استقر عليه القضاء الحديث، من ذلك حكم محكمة التمييز الكويتية الصادر في 2107/2/7 في التمييز رقم 2102/0701 إداري/2 بأنه لا محل للقول بأن القرار الصادر بسحب الجنسية يُعد عملاً من أعمال السيادة التي لا يجوز للمحاكم نظرها. فمع غياب تعريف تشريعي لأعمال السيادة، تكون المحاكم هي المختصة بتقرير ما يُعد من أعمال السيادة من عدمه. وقد جرى قضاء المحكمة بأن أعمال السيادة هي القرارات التي تصدرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم وليس سلطة إدارة، أما القرارات التي تصدرها بصفتها سلطة إدارة ومنها قرارات إسقاط أو سحب الجنسية، فإنها يجب أن تصدر في إطار القانون المنظم لها، وتلتزم الإدارة بضوابطه وحدوده وتخضع بالتالي لرقابة القضاء

(٢) وهذا هو النهج الذي تتجه نحوه أغلب التشريعات العالمية.

(٣) د. محمد محمد الحسيني، الجنسية ومركز الأجانب في القانون اليمني، مرجع سابق، ص109.

القانونية المحددة بنص القانون فيجب إصدار القرار، حيث لم يمنح المشرع جهة الإدارة حرية التقدير، أو الخيار في الرفض، بل يتوجب عليها الموافقة على الطلب<sup>(١)</sup>.

وفي المقابل إذا صدر قرار إداري من جهة الإدارة وقد كان مخالف للشروط التي حددها القانون لاكتساب أو فقد الجنسية اليمنية أو العودة إليها، فإنه يجوز لجهة الإدارة أن تسحب هذا القرار دون التقيد بميعاد الطعن، ذلك أن السحب في مثل هذه القرارات يمثل جزءا توقعه السلطة بنفسها لتتجنب به الطعن القضائي.

وأما السلطة التقديرية للإدارة في إصدار القرار الإداري، فإنها تتمتع بحرية كبيرة حينما تمارس الاختصاص والصلاحيات التي انيطت بها، وذلك عندما يترك المشرع لها حرية الاختيار في اتخاذ القرار الذي تراه صائبا<sup>(٢)</sup>، من ذلك نص المادة الرابعة من قانون الجنسية حيث افتتحت بلفظ يجوز، فصياغة النص لا تدع مجالاً للشك في منح جهة الإدارة سلطة تقديرية في منح الجنسية اليمنية أو سحبها، وهذا هو الوضع الغالب في مسائل الجنسية حيث حوّل المشرع رئيس الجمهورية وكذا وزير الداخلية هذه السلطة التقديرية<sup>(٣)</sup>.

ويترتب على هذا التمييز بعض النتائج، نعرض لها على النحو الآتي:

1. إن الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية الصادرة استناداً لسلطة مقيدة تكون أسهل وأيسر من الرقابة على مشروعية القرارات الصادرة عن الإدارة عندما تمارس سلطة تقديرية في إصدارها، لأنه في الحالة الأولى يتحقق القضاء من مدى توافر الأسباب التي حددها القانون مسبقاً<sup>(٤)</sup>، أما في الثانية يبسط القضاء رقابته على مدى احترام الإدارة للغاية التي يهدف المشرع إلى تحقيقها، وهنا تكون الصعوبة<sup>(٥)</sup>.
2. يجوز سحب القرارات المعيبة دون التقيد بميعاد الطعن حتى ولو كانت منشئة لحقوق مكتسبة للغير إذا كانت الإدارة تمارس عند إصدارها اختصاصاً مقيداً في إصدارها، لأن مثل هذا القرار لا ينشئ حقاً وإنما يقرر حقاً يستمده صاحب الشأن من القانون مباشرة. بينما لا تملك ذلك (أي سحب القرار) إذا كانت صاحبة اختصاص تقديري، لذا يجب عليها أن تتقيد بميعاد الطعن<sup>(٦)</sup>.

(١) د. محمد عبد الله المؤيد، مرجع سابق، ص 158.

(٢) فلو تقدم شخص بطلب اكتساب الجنسية اليمنية مستندا إلى الإقامة التي أقامها في الجمهورية اليمنية، فإن هذا الأمر متروك لتقدير جهة الإدارة وسلطتها هنا واسعة فلها القبول أو الرفض مع إبداء الأسباب. د. محمد محمد الحسني، الجنسية ومركز الأجنبي في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 98.

(٣) من ذلك يُنظر نصوص المواد 4 - 5 - 16 - 18 - 19 من قانون الجنسية اليمنية.

(٤) يُنظر في ذلك: نصوص المواد 3 - 9 - 10 - 11 - 12 - 13 - 14 - 15 من قانون الجنسية اليمنية.

(٥) وهو ما يعرف بعيب الانحراف عن السلطة، حيث يترك المشرع للإدارة سلطة تقديرية واسعة في وقت اتخاذ القرار وكيفية اتخاذه وهل يمكن اتخاذ القرار أم لا وأساليب ووسائل اتخاذه. فإذا كانت سلطة الإدارة في إصدار القرار الإداري مقيدة، فإن ما يشوب قرارها هو عيب مخالفة القانون، أما إذا كانت تمارس في إصداره اختصاصاً تقديراً، فإن العيب الذي يشوب القرار الإداري هو عيب إساءة استعمال السلطة. د. محمد علي عبده سليمان، الطعن بإلغاء القرارات الإدارية في الجمهورية اليمنية، بدون جهة نشر، 2000، 295.

(٦) د. محمد علي عبده سليمان، مرجع سابق، 295.

## المبحث الثاني

### القضاء المختص بمنازعات الجنسية

#### تمهيد وتقسيم:

تنص المادة 31 من قانون الجنسية اليمنية على أن: "يتولى القضاء النظر في منازعات الجنسية الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون"، فهذا النص جاء ليعطي القضاء سلطة الفصل في منازعات الجنسية، إلا أنه كان نصاً عاماً، حيث لم يبين طبيعة القضاء المختص بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالجنسية، وذلك بعكس ما فعلته كثير من التشريعات المقارنة ومن بينها القانون المدني الفرنسي الذي جعل الاختصاص بتلك المنازعات إلى القضاء المدني وعلى الأخص المحكمة الابتدائية الكلية<sup>(1)</sup>، والقانون المصري الذي منح مجلس الدولة المصري صلاحية النظر في جميع المنازعات المتعلقة بالجنسية<sup>(2)</sup>، والقانون اللبناني الذي جعل الاختصاص بمنازعات الجنسية للقضاء العدلي<sup>(3)</sup>.

وهنا يثور التساؤل عن الجهة القضائية المختصة بنظر الدعاوى الناشئة عن تطبيق قانون الجنسية اليمنية، فهل تختص المحاكم الإدارية بنظر منازعات الجنسية بصورة انفرادية؟<sup>(4)</sup> أم أن القضاء العادي يشترك مع القضاء الإداري في نظر هذه المنازعات؟

وإذا تحدد الاختصاص لأي من المحكمتين، فما حجية الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية؟ هل يكون لها حجية مطلقة أم أن حجيتها نسبية؟ وهل تستوي جميع الأحكام الصادرة في صور منازعات الجنسية في هذه الحجية؟ أم أنها تختلف؟ أجيب على تلك التساؤلات من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: صور منازعات الجنسية والاختصاص القضائي بشأنها.

المطلب الثاني: حجية الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية.

(1) المادة 1/24 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1973م.

(2) المادة 10 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972م.

(3) د. محمد علي عبده سليمان، مرجع سابق، 295.

(4) مع ملاحظة تحفظ الفقه على اعتبار ذلك قضاء إداري، إذ أن ما جاء في ذلك القرار لا يعدو أن يكون صورة من صور المحاكم المتخصصة في إطار القضاء

العادي، ويرجع السبب في ذلك إلى حداثة القضاء الإداري في الجمهورية اليمنية، فلم ينشأ هذا القضاء إلا بعد عام 2010م، بصدر قرار مجلس القضاء

الأعلى رقم 177 لسنة 2010م. يراجع: د. سعيد خالد جباري الشرعي، الموجز في أصول قانون القضاء المدني، صنعاء، منشورات مركز الصادق،

2004، ص 242، د. إبراهيم الشرفي، الوجيز في شرح قانون المرافعات، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، 2012، ص 104.

## المطلب الأول

## صور منازعات الجنسية والاختصاص القضائي بشأنها

تتخذ منازعات الجنسية إحدى صور ثلاث: فقد يصدر عن جهة الإدارة قرار بشأن جنسية فرد أو تمتنع عن اتخاذ قرار بهذا الشأن على نحو مخالف لأحكام القانون، فينازعها الفرد في ذلك. أو أن تنور المنازعة في صورة مسألة أولية بالتبعية لخصومة أصلية معروضة أمام القضاء<sup>(١)</sup>. وقد تكون الدعوى الأصلية مطالباً فيها صاحب الشأن بثبوت الجنسية اليمنية له أو نفيها عنه دون أن يكون هناك قرار إداري من الإدارة أو امتناع منها باتخاذها يدعو للطعن، ودون أن يكون هناك خصومة أصلية تستوجب البحث في مسألة أولية<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على ما سبق، نبحت في هذا المطلب اختصاص القضاء الإداري والاختصاص العادي بمنازعات الجنسية التي تتخذ إحدى هذه الصور الثلاث، وفقاً للتقسيم الآتي:

## أولاً: الطعن في القرار الإداري أو التعويض عنه:

تحدث هذه الصورة في كل مرة ينازع فيها الفرد في صحة القرار الإداري الصادر في شأن جنسيته، مثل القرار الصادر بسحب الجنسية أو القرار الصادر بحمان الزوجة الأجنبية من الدخول في جنسية زوجها الوطني، أو برفض منح الأجنبي الجنسية الوطنية رغم توافر الشروط التي يتطلبها القانون عندما يشوب مثل هذا القرار عيب إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها. كما يدخل في ذلك القرار القاضي برفض منح شهادة الجنسية بالرغم من تمتع الشخص بها وفقاً لأحكام القانون<sup>(٣)</sup>. بمعنى آخر، تتخذ صور الطعن في القرار الإداري في صورة دعوى الغاء لهذا القرار، ومن هذه الحالات: <sup>(٤)</sup> حالة عدم الاختصاص، حالة العيب في الشكل، وحالة مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله، أو عيب إساءة استعمال السلطة<sup>(٥)</sup>.

وفي جميع هذه القرارات يطلب الفرد فيها إلغاء القرار الإداري الصادر في شأن جنسيته؛ سواءً كان سلبياً أو إيجابياً، والتعويض عن الضرر الذي لحق به، كما يجوز رفع دعوى التعويض بصورة مستقلة أمام المحاكم الإدارية باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصلي<sup>(٦)</sup>.

(١) د. نور الحجايا، الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية في القانون الأردني، مجلة مؤتمنة للبحوث والدراسات، مجلد (١٦) العدد (٦)، ٢٠٠٤، ص ٢٨.

(٢) د. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص ١٥٢.

(٣) د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ٢٨٠.

(٤) د. عصام الدين القصبي، مرجع سابق، ص ١٦٣.

(٥) د. سامي محسن حسين السري، د. أنور علي أحمد الطوشي، الوجيز في شرح أحكام الجنسية ومعاملة الأجانب في القانون اليمني، جامعة العلوم والتكنولوجيا، صنعاء، ٢٠١٨، ص ١٩٤.

(٦) د. نادية إحسان، مرجع سابق، ص ٢٨٠.

وهنا يكاد يجمع الفقه والقضاء أن الاختصاص بشأن هذه الدعاوى ينعقد للمحاكم الإدارية في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، بخلاف الدول التي تأخذ بنظام القضاء العادي حيث ينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي<sup>(١)</sup>.

وفي القانون اليمني كان ينعقد الاختصاص للمحاكم العادية يمثل هذه الدعاوى حتى وقت قريب، وبعد صدور قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم 177 لسنة 2010م بشأن انشاء محكمتين إداريتين في العاصمة صنعاء وعدن، اقتصر الاختصاص بشأن هذه المنازعات على القضاء الإداري دون غيره وفقاً لنص المادة 2 في الفقرة (أ) والفقرة (د) والتي جرى نصها على النحو التالي: "مع عدم الإخلال بالاختصاص النوعي للمحاكم الابتدائية المتخصصة تختص المحكمتان الإداريتان الابتدائيتان بالنظر والفصل فيما يلي: أ- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات والوحدات الإدارية العامة وفقاً للقوانين ذات الصلة. ب - دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية والعقود الإدارية. ... د- أية منازعات إدارية لم ينط الفصل فيها لمحكمة أو جهة أخرى".

وبمقتضى هذه الولاية، يكون للمحكمة الإدارية في العاصمة صنعاء أو عدن أن تقضي بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المطعون فيها لعدم الاختصاص بإصدار القرار أو لغيب في الشكل مثل عدم التسبب أو لمخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة. وللمحكمة أن تحكم بالتعويض عن القرار الإداري إذا ترتب على ذلك ضرر لذي الشأن مادياً أو معنوياً<sup>(٢)</sup>، ما دام قد تحققت شروط التعويض الخطأ والضرر والعلاقة السببية، على أن دعوى التعويض قد تكون مستقلة بذاتها أو أن تكون دعوى تبعية لدعوى أصلية وهو الغالب في إلغاء القرارات الإدارية<sup>(٣)</sup>.

#### ثانياً: اختصاص القضاء بمنازعات الجنسية بوصفها مسألة أولية

تشور منازعة الجنسية في هذا الفرض في شكل مسألة أولية لازمة لحسم النزاع الأصلي المعروض على المحكمة. وعلى ذلك فإن منازعة الجنسية في هذه الصورة التي تتخذ شكل مسألة أولية قد تشور أمام القضاء الإداري أو أمام القضاء العادي على السواء<sup>(٤)</sup>. تشور المسألة الأولية أمام القضاء الإداري، كأن تصدر الإدارة قرار بشأن إبعاد شخص عن الإقليم اليمني، فيطعن هذا الشخص في هذا القرار أمام هذه المحكمة مستنداً في طعنه إلى تمتعه بالجنسية اليمنية، ومن ثم لا يجوز إبعاده. وهنا نلاحظ أن مسألة الجنسية أصبحت مسألة أولية يتعين على القاضي الفصل فيها أولاً حتى يمكن الفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالطعن في قرار الإبعاد.

(١) حيث لا يوجد سوى القضاء العادي يستطيع الفرد اللجوء إليه، وهي محكمة أول درجة حيث تتمتع بالاختصاص العام.

(٢) د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، 416.

(٣) د. سامي محسن حسين السري، د. أنور على احمد الطوشي، مرجع سابق، 194.

(٤) د. عصام القصبي، مرجع سابق، ص 159.

ومن جهة أخرى قد تثور منازعة الجنسية أمام القضاء العادي كمسألة أولية، والتي غالباً ما تكون متعلقة بمسائل التنازع في القوانين أو الاختصاص القضائي، كأن ينازع بعض الورثة في جنسية المتوفي حيث يترتب على تحديدها تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث، وهنا يلزم الفصل في مسألة الجنسية ليتسنى الفصل في قضية الميراث<sup>(١)</sup>.

وقد تثور هذه المنازعة أمام القضاء الجزائي؛ مثل أن تتهم النيابة العامة شخص بالدخول إلى الأراضي الوطنية وبقائه فيها بصورة مخالفة للقانون، فيقدم للمحاكمة فيدفع ببطلان قرار الاتهام تأسيساً على أنه لم يرتكب أيّاً من ذلك لأنه وطني يحمل جنسية هذه الدولة. وهنا يثور التساؤل من هي الجهة القضائية التي يجوز لها الفصل في هذا الدفع؟ وكيف يمكن تطبيق ذلك في ظل القانون اليمني؟ وهل تطبق قاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع؟ أم لا؟.

لا توجد مشكلة عندما يثور النزاع حول الجنسية كمسألة أولية أمام القضاء الإداري، فقاضي الأصل هو قاضي الفرع، والمحكمة الإدارية هي صاحبة الاختصاص العام في هذه المسائل. ولكن المشكلة تبرز بشكل حاد عندما تعرض المسألة الأولية أمام القضاء العادي - شخصي، مدني، جنائي - فهل يجوز للقاضي النظر فيها باعتبار أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع؟ أو أن الاختصاص بمسائل الجنسية هو اختصاص مقصور على القضاء الإداري يوجب معه على المحاكم العادية وقف النزاع ومنح الخصم مهلة محددة لاستصدار حكم في هذه المسألة؟.

وللإجابة على هذا التساؤل نعرض لموقف المشرع والقضاء المصري، حيث نصت المادة 10 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972م على انعقاد الاختصاص بشأن منازعات الجنسية للقضاء الإداري وحده دون القضاء العادي، وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية حيث توجب وقف الدعوى المنظورة أمام القضاء العادي وإعطاء الخصوم مهلة لاستصدار حكماً من محاكم مجلس الدولة في مسألة الجنسية<sup>(٢)</sup>.

وهذا هو النهج الذي تبناه المشرع الليبي في القانون رقم 88 لسنة 1971م بشأن القضاء الإداري في المادة الثانية منه الفقرة السادسة حيث جرى نصها على أنه: "تختص دوائر القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المسائل التالية: 6 - دعاوى الجنسية"، وقد اعتبر جانب

(١) هذا على خلاف النهج الذي تبناه المشرع اليمني، حيث أنهى مسألة التنازع في مثل هذا الفرض وأخضعها لقواعد القانون اليمني، يُنظر: نص المادة 27 من القانون المدني.

(٢) د. عصام القصبي، مرجع سابق، ص 161. وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1981/5/16م بأن "محاكم مجلس الدولة تختص بالفصل في دعاوى الجنسية أياً كانت صورتها أي سواء كانت في صورة دعوى أصلية بالجنسية أو في صورة طعن في قرار إداري صادر في الجنسية أو في صورة مسألة أولية في دعوى أصلية...." للمزيد انظر: د. أشرف وفا محمد، الجنسية ومركز الأجنبي، ط1، مصر، دار النهضة العربية، 2011، ص312. وهو النهج الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 37 من قانون الجنسية، فالقاضي الجزائري يوقف الفصل في الدعوى حين صدور حكم من المحكمة المختصة بدعوى الجنسية، للمزيد انظر: د. نادية إحسان، مرجع سابق، ص259.

من الفقه في ليبيا أن استعمال المشرع لاصطلاح (دعاوى الجنسية) إنما قصد منه منح دوائر القضاء الإداري اختصاصاً عاماً وشاملاً في كافة المنازعات المتعلقة بالجنسية وفي أي صورة اتخذت هذه المنازعة<sup>(١)</sup>.

أما في ظل القانون اليمني باعتبار أن القضاء الإداري حديث النشأة ولم تتضح معالمه بعد، وفي ظل غياب نصوص قانونية تجعل الاختصاص بمنازعات الجنسية من اختصاص محكمة أخرى دون غيرها، فإننا نقرر في هذا الصدد أن للمحاكم العادية نظر مسائل الجنسية التي تعرض أمامها كمسألة أولية لازمة للفصل في الدعوى الأصلية عملاً للقواعد العامة التي تقضي باختصاص المحاكم الابتدائية بجميع الدعاوى أيّاً كان نوعها أو قيمتها وفقاً للمادة 1/89 مرافعات والمادة 47 من قانون السلطة القضائية، وباعتبار أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، طبقاً لنص المادة 2/89 والمادة 180 من قانون المرافعات اليمني. فالقضاء الإداري لم يصبح صاحب الولاية الوحيد بمسائل الجنسية بموجب قرار المجلس الأعلى رقم 177 لسنة 2010، وإنما مازال القضاء العادي مختصاً بالنظر في دعاوى الجنسية التي لا يكون فيها مساس بالقرار الإداري. على أنه يجب إدخال الدولة كطرف في الدعوى إذا لم تكن طرفاً أصيلاً فيها، لضمان تنفيذ ما يسفر عن هذا القضاء من حكم، فحجية الحكم بالنسبة للدولة سوف يكون متأثراً بمدى تمثيلها في الدعوى من عدمه<sup>(٢)</sup>.

#### ثالثاً: الدعوى المجردة (دعوى اثبات الجنسية اليمنية أو نفيها):

ويقصد بالدعوى المجردة أو الدعوى الأصلية في مثل هذه الحالة تلك الدعوى التي يرفعها الفرد على الدولة بصفة أصلية ومستقلة ويطلب فيها الحكم بثبوت الجنسية له أو نفيها عنه<sup>(٣)</sup>، فهذه الدعوى لا تتعلق بقرار إداري مطعون فيه، كما أنها لا تتعلق بمسألة أصلية تنفرع عنها ويطلب الفصل فيها أولاً كمسألة أولية للفصل في النزاع الأصلي<sup>(٤)</sup>.

(١) وقد كان موقف المحكمة العليا الليبية مغايراً لما انتهى إليه الفقه الليبي حيث قررت في حكمها الصادر في 2007/11/18 " .. ان القضاء الإداري لا يختص بالفصل في دعاوى الجنسية إلا إذا كان موضوعها المطالبة بإلغاء قرار إداري، إيجابي أو سلبي، مشوب بعيوب من عيوب عدم المشروعية التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم 71/88م" وعلى هذا فإنه لا ينعقد الاختصاص لمحكمة القضاء الإداري إلا إذا تعلق الأمر بوجود قرار إداري سابق على قيام الدعوى المتعلقة بالجنسية. للمزيد انظر: (د. محمد نجيب أحمد الكبيتي، الاختصاص القضائي بدعاوى الجنسية، مجلة البحوث الأكاديمية، العدد - 12، 2018، ص 213).

(٢) د. سامي محسن حسين السري، د. أنور على أحمد الطوشي، مرجع سابق، ص 193.

(٣) د. أبو العلا على أبو العلا النمر، النظام القانوني للجنسية المصرية، ط2، مصر، دار النهضة العربية، 2000، ص 442.

(٤) ويمكن أن نبرز خصائص الدعوى الأصلية فيما يلي: أولاً: هي وسيلة الحماية القضائية للحق في الجنسية، لذا يجب أن ترفع وفقاً لإجراءات التقاضي المنصوص عليها في المرافعات، كما يجب أن يفصل فيها جهة قضائية محددة وفقاً للقانون. ثانياً: إنما دعوى مجردة ترفع دون الحاجة إلى نزاع أصلي آخر، أي يستطيع أن يرفعها المعني ابتداء بقصد الحصول على الحكم الذي يؤكد أو ينفي صفته الوطنية. ثالثاً: إنما لا تقبل التقادم ولا السقوط، وذلك لأنها ترمي إلى انتقاء النزاع حولها في المستقبل. رابعاً: إنما عبارة عن دعوى تقريرية، أي التي يكون الغرض منها مجرد تقرير حق أو مركز قانوني لم ينازع فيه، وهذا التقرير يجعل منها أيضاً دعوى وقائية، حيث يكفي فيها المصلحة المحتملة، والمصلحة في مثل هذه الدعاوى تتمثل في مجرد الوقاية من ضرر لم يقع بعد، ولكن احتمال وقوعه في المستقبل قائم. خامساً: إن الدعوى الأصلية بتقرير الجنسية لا تقبل إلا إذا كانت ترمي إلى تقرير وجود أو عدم وجود الصفة الوطنية للشخص. للمزيد يُنظر: د. نور الحجابيا، مرجع سابق، ص 38.

وبالرغم أن هذه الدعوى قد أثارت جدلاً كبيراً في الفقه، من حيث هل يحق للفرد أن يرفع دعوى على الدولة مطالباً فيها بإثبات جنسيتها له أو نفيها عنه لانعدام شرط المصلحة<sup>(١)</sup>، واستقر الفقه الراجح والتشريعات الحديثة في مصر وفرنسا والمغرب والجزائر إلى الاعتراف بحق الفرد في رفع دعوى أصلية بشأن إثبات الجنسية له أو نفيها عنه والاكتفاء بشرط المصلحة المحتملة<sup>(٢)</sup>. وهذا هو النهج الذي أخذ به قانون المرافعات اليمني رقم 40 لسنة 2002 في المادة 75 والتي جرى نصها على أنه: "لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة بقررها القانون ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه".

فدعوى اثبات الجنسية للشخص أو نفيها عنه هي دعوى تقرير للحقوق والمراكز القانونية<sup>(٣)</sup>، فالفرد عندما يلجأ إلى القضاء لطلب الحصول على حكم قضائي يؤكد وجود الحق في الجنسية أو المركز القانوني كوطني أو يؤكد عدم وجود ذلك الحق أو المركز القانوني، فإن ذلك لإزالة الشك الذي يثور حوله، والحكم الصادر في تلك الدعوى هو حكم بالمعنى الفني يوفر للشخص حماية قضائية ويقطع النزاع في المستقبل حول ما أكدته ثبوتاً أو نفياً<sup>(٤)</sup>.

ولكن يبقى السؤال لمن يكون الاختصاص في مثل هذه الدعوى، هل يكون للمحاكم الإدارية في الجمهورية اليمنية؟ أم يكون الاختصاص للمحاكم العادية؟.

للإجابة على هذا التساؤل نعرض للقانون المقارن ثم نبين موقف القانون اليمني، فبموجب نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972 فإن هذا الاختصاص ينعقد لمحاكم مجلس الدولة وهو اختصاص قاصر عليها، فإذا عرض النزاع على المحاكم العادية فيجب عليها الحكم بعدم الاختصاص<sup>(٥)</sup>. وهو النهج الذي تبناه المشرع العراقي في قانون الجنسية السالف ذكره<sup>(٦)</sup>.

(١) لقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي قبل صدور قانون الجنسية الفرنسي لسنة 1945 إلى عدم قبول هذه الدعوى، على أساس أن المطالبة القضائية المتعلقة بالاعتراف بالجنسية دون أن تكون هذه الجنسية محل نزاع ينقصه شرط المصلحة، وفي المقابل ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى قبول هذه الدعوى على أساس أنها دعوى وقائية يلجأ إليها الفرد ليتوقى الضرر قبل وقوعه، إذ يكفي لإقامة هذه الدعوى المصلحة الأدبية، التي بموجبها يستطيع الفرد أن يطلب من القضاء تحديد ما إذا كان فرنسياً أم لا؟ وقد انتهى هذا الاختلاف الفقهي حول قبول أو عدم قبول الدعوى الأصلية بتقرير الجنسية بتدخل المشرع الفرنسي، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والعشرين من القانون المدني على أن "كل فرد يستطيع أن يرفع دعوى يكون موضوعها الحكم بتمتعه بالجنسية الفرنسية أو عدم تمتعه بها". للمزيد انظر: (د. نور الحجابا، مرجع سابق، ص38).

(٢) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص305، د. عصام القصبي، مرجع سابق، ص154.

(٣) د. نادية إحسان، مرجع سابق، ص256.

(٤) د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص443.

(٥) د. عصام القصبي، مرجع سابق، ص157.

(٦) د. عبد الرسول كريم أبو صبيح، الاختصاص القضائي في دعاوى الجنسية، مجلة الكوفة، العدد 5، 2010، ص224.

أما القانون والقضاء الفرنسي فقد جعل الاختصاص للقضاء المدني في النظر في المنازعات المتعلقة بالجنسية الفرنسية، وقصر اختصاص القضاء الإداري في الرقابة على سلامة القرارات الإدارية خصوصاً تلك المتعلقة بمراسيم التجنيس، أو بمراسيم استرداد الجنسية الفرنسية، أو بمراسيم فقدان الجنسية الفرنسية<sup>(١)</sup>. حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والعشرين من القانون المدني على أن: "كل فرد يستطيع أن يرفع دعوى يكون موضوعها الحكم بتمتعه بالجنسية الفرنسية أو عدم تمتعه بها".

أما في القانون اليميني فلا يوجد هناك نص صريح يحدد الاختصاص لأي من الجهات القضائية في الدولة، وكل ما هنالك أن نص المادة 31 من قانون الجنسية جعل للقضاء الاختصاص في منازعات الجنسية، ويعزو ذلك إلى حداثة تنظيم القضاء الإداري في اليمن، وقد كان قرار مجلس القضاء الأعلى بشأن انشاء المحكمتين الإداريتين رقم 177 لسنة 2010م يشير بما لا يدع مجالاً للشك إلى اختصاص القضاء العادي من خلال المحاكم الابتدائية بالدعاوى المجردة التي لا تستند إلى قرار إداري، وهذا هو الاختصاص الأصيل لهذه المحاكم وفق نص المادة 1/89 من قانون المرافعات اليميني، والمادة 9 من قانون السلطة القضائية.

وبناءً على هذا الاستنتاج الذي انتهينا إليه، نقرر أن القضاء المختص بالدعوى المجردة في القانون اليميني هو القضاء العادي صاحب الاختصاص الأصيل، ولا يجوز رفع مثل هذه الدعاوى أمام المحاكم الإدارية، فإذا عرض على القضاء الإداري دعوى أصلية يطالب فيها المدعى بإثبات الجنسية اليمنية أو نفيها عنه دون الاستناد إلى قرار إداري سابق على رفع هذه الدعوى، يتعين على القاضي الحكم بعدم اختصاصه.

نستند فيما انتهينا إليه إلى الحجج الآتية:

أولاً: إن اختصاصات المحكمة الإدارية قد حددت في قرار المجلس الأعلى رقم 177 لسنة 2010م، وقد جاء هذا التحديد مبيناً على وجود القرار الإداري، فتختص المحكمة الإدارية في جميع الطعون المتعلقة بالقرار الإداري في مسائل الجنسية، وفي هذه الدعوى لا وجود لمثل هذا القرار، بل هي دعوى مبتدئة تقوم على مصلحة محتملة.

(١) وتأكيداً على حقه في الرقابة على سلامة القرارات الإدارية، فقد جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي رقم 204761 الصادر بتاريخ 2001/12/24 ما يلي: "إن كل قرار برفض طلب استرداد الجنسية الفرنسية أو التجنيس يجب أن يكون مسبباً، وذلك تطبيقاً لنص المادة 27 من القانون المدني الفرنسي والمادة الخامسة من قانون 1979/7/11 الخاص بتسبب القرارات الإدارية". لمزيد من التفصيل حول هذا القرار، يُنظر العنوان الإلكتروني الآتي :

<http://www.jurisactu actualites/jurisprudence.html.com>

ثانياً: إن حق الفرد في الجنسية من الحقوق التي يكون القانون مصدرها المباشر، لذلك يجب حماية هذا الحق عن طريق دعوى شخصية كسائر الدعاوى التي تحمي الحقوق، ولا شك أن الدعاوى الشخصية هي من اختصاص القضاء العادي، فالجنسية هي من مسائل الحالة الشخصية للفرد، وجميع المنازعات المتعلقة بحالة الشخص هي من اختصاص القضاء العادي<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: القول بأن الفرد لا يملك مخاصمة الدولة بخصوص جنسيته إلا بعد طلب الحصول على شهادة الجنسية أو التجنس من الجهة المختصة ورفض الطلب، أو فوات المدة القانونية دون الموافقة عليها، أو فوات مواعيد الطعن في القرار الإداري الصادر بشأن الجنسية، من شأنه ضياع حقوق الفرد، فهذا يعني أنه لا يستطيع أن يلجأ إلى القضاء العادي من أجل تقرير صفته الوطنية؟ مما يترتب معه تحقق ظاهرة انعدام الجنسية، وهذا يخالف جميع المواثيق الدولية التي تحث الدول على تمكين الأفراد من اللجوء إلى القضاء لإثبات صفتهم الوطنية<sup>(٢)</sup>.

رابعاً: الدولة طرف في خصومة الجنسية، وبالتالي فهي ممثلة أمام القضاء، فلا خوف من اختصاص القضاء العادي بهذه المنازعة، ولها ان تبدي ما يعني لها من ادلة الاثبات التي تثبت أو تنفي اتصال الشخص بالصفة الوطنية.

## المطلب الثاني

### حجية الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية ونطاقها

رأينا فيما سبق أن منازعات الجنسية تأخذ إحدى صور ثلاث: الطعن في القرار الإداري أو التعويض عنه، والمنازعة التي تتخذ شكل مسألة أولية كدفع في نزاع معروض أمام القضاء يلزم الفصل فيه قبل الفصل في الدعوى الأصلية، وأخيراً الدعوى المجردة التي ترفع من الفرد مطالباً فيها بإثبات جنسية الدولة أو نفيها عنه. ولكن يبقى أن نقرر ما هي الحجية التي تتمتع بها هذه الأحكام؟ وما نطاق هذه الحجية؟

أولاً: حجية الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية:

إذا كانت القواعد العامة في قانون المرافعات تعطي الأحكام القضائية حجية نسبية - كقاعدة - بحيث لا تسري الأحكام الصادرة عن القضاء إلا في مواجهة طرفي النزاع الصادر الحكم بشأنهما ولا تمتد إلى الغير، هذا ما تؤكد عليه المادة 234 من قانون المرافعات اليمني<sup>(٣)</sup>.

(١) إلا أنه في هذا الصدد يجب أن نشير إلى موقف القضاء الإداري المصري قبل صدور قانون رقم (47) لسنة 1972 الخاص بمجلس الدولة المصري - والذي من الممكن أن يطرح في ظل الوضع التشريعي في اليمن - الذي يرى أن الطريق الوحيد للفرد، إذا أراد تقرير صفته الوطنية، هو التقدم بطلب للحصول على وثيقة الاعتراف بالجنسية من الجهة المختصة، فإذا رفضت هذه الجهة الطلب، أو امتنعت عن إجابته، فمن حقه اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل إلغاء هذا القرار.

(٢) في مثل هذه الاتفاقيات يُنظر: اتفاقية 1954 بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية واتفاقية 1961 بشأن خفض حالات انعدام الجنسية.

(٣) ويورد الفقه شروط يجب توافرها في الحكم الذي يجوز حجية الشيء المقضي به تتمثل في: 1- أن يكون الحكم صادراً عن جهة قضائية مختصة بنظر النزاع. 2- أن يكون الحكم الصادر نهائياً وباتاً. 3- اتحاد الموضوع والسبب والخصوم. 4- اقتصر الحجية على منطوق الحكم. للمزيد يُنظر: (د. مهند أحمد محمود صانوري، إثبات الجنسية وانعكاساتها الأمنية، الأردن نموذجاً، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 29 العدد 58، 2014، ص 278).

فإنه يبرز السؤال المهم: ماهي حجية الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية في صورها الثلاث؟ هل تتمتع بالحجية المطلقة أم الحجية النسبية؟ بمعنى آخر، هل يكون للحكم الصادر في منازعة من منازعات الجنسية حجية في مواجهة الكافة؟ أم أنه ينطبق عليها القواعد العامة وبالتالي تتمتع بالحجية النسبية؟

تنص المادة 24 من قانون الجنسية اليمينية على أن: "جميع الأحكام التي تصدر في مسائل الجنسية تعتبر حجة على الكافة وينشر منطوقها في الجريدة الرسمية"<sup>(١)</sup>. وهنا يسير المشرع مع الرأي الراجح فقها وقضاء<sup>(٢)</sup> بتمتع الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية بالحجية المطلقة<sup>(٣)</sup>، ويستوي وفقاً لهذا النص الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية التي ترفع في صورة طعن في قرار إداري أو في صورة مسألة أولية<sup>(٤)</sup>، أو في صورة دعوى مجردة، وأياً كانت الجهة القضائية مصدرة هذا الحكم سواء القضاء الإداري أم القضاء العادي، بمعنى أن هذه الأحكام تكون لها حجية في مواجهة كافة السلطات والهيئات والأفراد، سواء كانوا أطرافاً في الدعوى أم لا، ويجب على الجميع احترام ما قضى به الحكم والتقييد بمضمون ما صدر فيه<sup>(٥)</sup>.

ويؤيد هذا القول نص المادة 234 من قانون المرافعات اليميني والتي جرى نصها على أن: "تقتصر حجية الأحكام على أطراف الخصومة وموضوعها وسببها وتستثنى من ذلك الأحكام الآتية لكونها ذات حجية مطلقة ... الأحكام الصادرة في دعاوى الغاء القرار الإداري..".

ويترتب على ذلك، إنه: "إذا صدر حكم بثبوت الصفة الوطنية لشخص معين، فإنه يكون حجة على الكافة، وليس لأحد أن ينازع في أمر هذه الجنسية التي ثبتت بحكم قضائي مبرم، وذلك بأن يرفع دعوى جديدة لإنكار ما قضى به الحكم الأول. كما يتعين على جميع سلطات الدولة وأجهزتها وهيئاتها وإداراتها المختلفة أن تعامل هذا الشخص على أساس أنه وطني"<sup>(٦)</sup>.

(١) وقد خالف المشرع الجزائري هذا النص في قانون الجنسية لسنة 2005 في المادة 40 حيث يثبت الحجية النسبية للأحكام الصادرة في مسائل الجنسية بعكس الحال في القانون القديم، للمزيد يُنظر: (د. نادية إحسان، مرجع سابق، ص374).

(٢) يُنظر: قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 44 لسنة 49 ق (أحوال شخصية) جلسة 1983/6/28 فقد قررت فيه: "...الأحكام التي تصدر في مسائل الجنسية تعتبر حجة على الكافة"، وفي القضاء اللبناني قرار محكمة بداية بيروت المدنية الصادر بتاريخ 1962/11/9، حيث قررت فيه: إن الأحكام الصادرة في مادة الجنسية تتمتع بالحجية المطلقة إذا كانت الدولة ممثلة بالدعوى.

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص457.

(٤) تفصيل ذلك سوف يأتي لاحقاً عند بحث نطاق الحجية.

(٥) كان المشرع الفرنسي صريحاً في مثل هذه المسألة حيث نص في المادة 1/136 من قانون الجنسية الفرنسية لسنة 1945 والمعدل في 1973م على أن: "يكون للأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء العادي في مسائل الجنسية الفرنسية حجية في مواجهة من لم يكونوا أطرافاً في الدعوى أو ممثلين فيها" وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة 22 من قانون الجنسية المصرية رقم 154 لسنة 2004م، والمشرع السوري في المادة 27 من قانون 1969. د. سامي محسن حسين السري، د. أنور الطشي، مرجع سابق، ص217.

(٦) د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص457.

نستند مع الرأي الراجح فقهاً إلى الحجج الآتية:

- ❖ **الجنسية صفة في الفرد لا تحتل التباين:** فالجنسية صفة تفيد انتماء الفرد لدولة معينة بصفة نهائية، وعليه فالفرد إما أن يكون وطنياً أو أجنبياً، ومن ثم لا يجوز القول بموجب حكم أن هذا الفرد وطني وينكر هذه الصفة عليه بمقتضى حكم آخر. فمثل هذا القول لا يتفق مع طبيعة الجنسية وجوهرها<sup>(١)</sup>. "فالجنسية صفة قانونية في الشخص تنشأ وتنقضي بحكم القانون وهي إما ان تتوفر في الشخص أو تنعدم ولكن في كلتا الحالتين يجب أن يكون وجودها وانعدامها حقيقة مطلقة يحتج بها في مواجهة الكافة"<sup>(٢)</sup>.
- ❖ **الجنسية من روابط القانون العام:** فالدولة طرفاً فيها، وهذا يضيف على الأحكام الصادرة فيها طابع خاص بأن تكون حجيتها على الكافة، بعكس روابط القانون الخاص. فأطراف الخصومة هما الفرد والدولة وهذا مانع من إعادة طرح المسألة على القضاء، بالإضافة إلى أن ذلك يضمن صدور حكم مضمون السلامة واليقين يتحدد معه مركز الفرد على نحو قاطع وبصفة نهائية مؤكدة<sup>(٣)</sup>.
- ❖ **الطبيعة القانونية للجنسية وتعلقها بالنظام العام:** فالجنسية تتعلق بالنظام العام وبالتالي تتمتع الأحكام الصادرة بشأنها بالنظام العام، ومقتضى هذا أنه يمنع الرجوع فيها أو المساس بما تقرر بمقتضاها، إذ أن من شأن القول بغير ذلك المساس بالمركز القانوني للفرد، فإذا صدر حكم بثبوت الجنسية لشخص ما فإنه يترتب على ثبوت هذه الصفة لهذا الشخص تمتعه بكافة الحقوق التي يتمتع بها الوطنيين ومنها الحقوق السياسية وتولي الوظيفة العامة، فإذا صدر حكم آخر مخالف ينفي عن هذا الشخص الصفة الوطنية، فإنه يصبح بين عشية وضحاها ملاحقاً ومطارداً بإقامته على إقليم الدولة غير مشروع، ومهدد بالإبعاد، بعد أن كان يتمتع بكافة الحقوق<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: نطاق حجية الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية:

إذا كان حديثنا آنفاً عن حجية الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية، وانتهينا إلى أنها تتمتع بالحجية المطلقة<sup>(٥)</sup>. فإن السؤال الذي يطرح هنا هل تتمتع جميع الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية أيأ كانت صورتها بذات الحجية المطلقة؟. بمعنى آخر هل يمتد نطاق هذه الحجية إلى جميع صور منازعات الجنسية، ما كان منها في صورة دعوى إلغاء قرار إداري أو دعوى إثبات الجنسية، أو في صورة مسألة أولية؟

(١) د. مريم عبد الله الجوفي، أحكام تنظيم الجنسية في القانون اليمني، اليمن، جامعة صنعاء، 2015، ص 265.

(٢) د. عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، مصر، دار النهضة العربية، ص 426.

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 461.

(٤) د. عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 427.

(٥) ويتحدد نطاق الحجية بالأحكام الصادرة في مسائل الجنسية اليمنية فقط أما الجنسية الأجنبية فلا تكون لها هذه الحجية وإنما تعرض أمام المحكمة باعتبارها واقعة من واقعات النزاع، يُنظر: د. عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 402.

نتفق مع الفقه على أن هذه الحجية المطلقة يتمتع بها الحكم القضائي الصادر في المنازعات التي تقوم بالاستناد إلى قرار إداري إلغاءً أو سحياً أو رداً وغير ذلك من القرارات الصادرة في مسائل الجنسية<sup>(١)</sup>. وكذلك الدعوى التي ترفع بصورة مجردة يطالب فيها الخصم بإثبات الجنسية اليمنية له أو نفيها عنه. أما الصورة الثالثة والمتمثلة في منازعات الجنسية التي تثور في صورة دفع أو مسألة أولية أمام القضاء العادي فقد اختلف الفقه بشأنها بين مؤيد لامتداد ذات الحجية المطلقة عليها<sup>(٢)</sup>، وبين من يرى أن هذه الأحكام تكون لها حجية نسبية<sup>(٣)</sup>.

وفي هذا المقام، حتى يتبين لنا مدى تمتع الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية التي تعرض على القضاء في صورة مسألة أولية بالحجية المطلقة من عدمه يتعين توضيح المسألة ببيان فروضها ثم اسقاط الحكم عليها، وذلك على النحو التالي:

- فقد تثار المسألة الأولية أمام قاضي الأحوال الشخصية، كأن تطلب الزوجة الأجنبية الطلاق من زوجها ويثور النزاع حول جنسية الزوج حيث يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى التطليق قبل تحديد جنسية الزوج. وهي كذلك في مسائل الإرث فتحدد المستحقين من الورثة ونصيب كلٍ منهم قد يتوقف في بعض الأحوال على معرفة جنسية المورث أو الورثة<sup>(٤)</sup>.
- كما قد تثور المسألة الأولية أمام القضاء الجنائي، مثل أن تتهم النيابة العامة شخص بالدخول إلى الأراضي الوطنية وبقائه فيها بصورة مخالفة للقانون فيقدم للمحاكمة على هذا الأساس فيدفع بأنه لم يرتكب أيّاً من ذلك وذلك لأنه وطني يحمل جنسية هذه الدولة.
- وقد تثور المسألة الأولية أمام القضاء الإداري كأن يصدر قراراً من وزير الداخلية بإبعاد شخص عن الإقليم اليمني فيطعن في هذا القرار على أساس أنه وطني لا يصح اتخاذ هذا الإجراء في مواجهته.

وبعد هذا العرض؛ فإن من المقطوع به أنه إذا صدر حكم في مسألة أولية من المحاكم الإدارية فإنه يجوز الحجية المطلقة فيما قضى به، وذلك أن مثل هذه الدعوى قد مثلت فيها الإدارة تمثيلاً كاملاً فهي طرف في الدعوى الإدارية الأصلية المرفوعة أمام المحكمة، وبالتالي يجوز الحكم الصادر عن هذه المحكمة الحجية المطلقة في مواجهتها، سواءً باعتبارها طرفاً في الدعوى وفق القواعد العامة، أو باعتبار الحكم الصادر بإلغاء قرار إداري يجوز الحجية المطلقة وفق نص المادة 234 من قانون المرافعات<sup>(٥)</sup>.

(١) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 360.

(٢) د. أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص 317.

(٣) د. عبد المنعم زرم، مرجع سابق، ص 427.

(٤) المشرع اليمني أغلق الباب هنا أمام قاعدة التنازع حيث جعل الاختصاص بمسائل الأحوال الشخصية فيما عدا الأهلية والحالة للقانون اليمني عند عرض النزاع على القضاء اليمني. وهنا ينبغي على المشرع المبادرة إلى تعديل ذلك الوضع حتى يتجنب المشكلات القانونية التي سوف تحدثها الأحكام الصادرة بناء على تلك القواعد.

(٥) يؤيد ذلك حكم المحكمة العليا في الطعن رقم 1 لسنة 1999 حيث تؤكد المحكمة " يكون أثر الحكم الإداري مطلقاً، بمعنى يحتج به في مواجهة كافة ولا تكون حجته مقصورة على أطراف الدعوى فقط " انظر مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني للمحكمة العليا المجلد رقم 1، ص 62.

أما الأحكام الصادرة عن القضاء العادي في مسألة أولية فقد برز بشأنها خلاف فقهي، في مدى تمتع تلك الأحكام بالحجية المطلقة؟ وهنا ذهب رأي في الفقه الى القول بأن هذه الأحكام تحوز الحجية المطلقة، لأن الحكمة من تقرير هذه الحجية متوافرة بشأنها، فهذه الحجية إنما قررت لتكفل استقرار حالة الشخص من حيث كونه وطنياً أو أجنبياً<sup>(١)</sup>، فلا تختلف صفة الشخص باختلاف المنازعة التي تنور بشأنها مسألة الجنسية<sup>(٢)</sup>.

ونرى أن هذا الرأي يصدق في ظل القانون المصري خصوصاً بعد صدور قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972، حيث تمثل الدولة في مثل هذه الدعاوى وتكون النيابة العامة طرف في الدعوى، أما في ظل القانون اليمني وبالرغم من نص المادة 24 التي عقدت اختصاصاً عاماً للقضاء في نظر منازعات الجنسية فإن الوضع مختلف، وهنا لا بد من وضع ضوابط لمثل هذه الحجية:

فإذا كانت الدعوى مرفوعة أمام القضاء العادي - مدني، شخصي، جنائي - ومثلت الدولة في هذه الدعوى كطرف أصيل أو متدخل أو مدخل، فإن هذه الأحكام تكون لها الحجية المطلقة باعتبار أن الدولة بما تملكه من وسائل تحري واستقصاء وما تجمعه من وثائق تكون في وضع يسمح لها بأن تمد المحكمة بكافة الأدلة والمستندات التي قد يعجز الأفراد عن تقديمها، ولا شك أن ذلك يضمن صدور حكم مضمون السلامة واليقين ويتحدد معه مركز الفرد من الجنسية الوطنية على نحو قاطع وبصفة نهائية ومؤكدة<sup>(٣)</sup>.

أما إذا لم تكن الدولة ممثلة في مثل هذه الدعوى، فلا يستقيم القول بأن لهذه الأحكام حجية مطلقة، وإنما تكون حجيتها نسبية بين أطرافها وموضوعها<sup>(٤)</sup>، إذ أن القول بغير ذلك سوف يجعل الجنسية اليمنية خاضعة لهوى الأفراد، فلو صدر عن القضاء العادي حكم في منازعة أثير بشأنها منازعة الجنسية كمسألة أولية واقتنعت المحكمة - بما قدم من أدلة - بأن هذا الشخص يمني للفصل في موضوع الدعوى الأصلية، لترتب على ذلك - إذا قلنا بالحجية المطلقة - أن يحتج هذا الشخص على وزارة الداخلية بمنحه الوثائق اليمنية باعتبار أن المحكمة قد قضت له بأنه يمني<sup>(٥)</sup>. ويتفق ما انتهينا إليه مع نص المادة 137 من قانون الجنسية الفرنسية حيث تجعل للأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية في إحدى منازعات الجنسية حجية نسبية بعكس الأحكام الصادرة عن القضاء المدني وفق نص المادة 136<sup>(٦)</sup>.

(١) د. عصام القصبي، مرجع سابق، ص 165.

(٢) د. هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 360.

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 460.

(٤) د. مريم عبد الله الجوفي، مرجع سابق، ص 265.

(٥) د. مقني بن عمار، الأحكام الصادرة في مواد الجنسية ومدى حجيتها، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة مولودي معمري - تيزي وزو، 2009، ص 225.

(٦) د. عصام القصبي، مرجع سابق، ص 159.

ولتجنب مثل هذا الأثر نرى أن على القاضي الذي تعرض أمامه مسألة أولية متعلقة بجنسية أحد الخصوم أن يدخل وزارة الداخلية في الدعوى حتى يتسنى لها تقديم ما يثبت أو ينفي - وهي تملك ذلك - جنسية هذا الشخص بصفة قاطعة، وذلك تجنباً للآثار التي يمكن أن يربتها الحكم فيما لو لم تمثل وزارة الداخلية في الدعوى.

على أن هذه الحجية المطلقة مشروطة بوحدة الأطراف والمحل ووحدة السبب<sup>(1)</sup>، فالأطراف هما الدولة والفرد، ذلك أن وجود الدولة في دعوى الجنسية أمر بالغ الأهمية لما تحوزه من أدلة وأسانيد ووثائق تثبت الصفة الوطنية أو تنفيها على النحو الذي يتأكد معه صدور الحكم الذي يترجم الحقيقة ويكشف عنها<sup>(2)</sup>، ومن جهة أخرى وجود الدولة كطرف باعتبار أن الحكم سيصدر في رابطة من روابط القانون العام التي تربط الدولة والفرد أو تنفيها عنه<sup>(3)</sup>. وطبقاً للقانون اليمني المادة 1/7 من قانون قضايا الدولة رقم 30 لسنة 1996م فإن من يمثل الدولة أمام القضاء هو وزارة الشؤون القانونية، ونرى أنه في دعاوى الجنسية يجب أن يعهد إلى وزارة الداخلية ممثلة بمصلحة الهجرة والجوازات لتمثيل الدولة، باعتبار أن وزارة الداخلية هي المنوط بها تطبيق أحكام قانون الجنسية<sup>(4)</sup>.

أما وحدة محل الحكم في منازعات الجنسية، فهو تحديد مركز الشخص من الجنسية الوطنية ثبوتاً أو نفيماً، بمعنى آخر أن موضوع الدعوى هو جنسية الشخص الذي ثار النزاع بشأنها وحده دون سواه، فإذا رفعت دعوى جديدة تستند إلى موضوع آخر غير الذي صدر الحكم بشأنه فلا تكون لهذا الحكم حجية يتمسك بها لرفض الدعوى الجديدة<sup>(5)</sup>.

وأما وحدة السبب الذي يمثل الأساس القانوني الذي تقررت الجنسية لهذا الشخص بمقتضاه سواء كان حق الدم أو الإقليم أو أي سبب آخر من الأسباب المكسبة للجنسية كالزواج أو التجنس أو الاسترداد أو النافية لها والتي يحددها القانون الوطني<sup>(6)</sup>، فإذا كان السبب الذي قامت عليه الدعويين واحد، كأن يصدر حكم من القضاء يقضي بإنكار جنسية دولة معينة على شخص بالاستناد إلى عدم ثبوت النسب فلا يجوز النظر في مثل هذه الدعوى مرة أخرى أمام القضاء بالاستناد إلى نفس السبب<sup>(7)</sup>.

(1) د. سامي محسن حسين السري، د. أنور على أحمد الطشي، مرجع سابق، ص 217. وقد أكد على ذلك حكم المحكمة العليا في الطعن المدني رقم 6000 لسنة 1422، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الفنية بالمحكمة ص 120.

(2) د. مقني بن عمار، مرجع سابق، ص 226.

(3) د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 466.

(4) وقد اختلف التشريعات في بيان من يمثل الدولة في دعاوى الجنسية، فالبعض يجعل النيابة العامة هي الممثل للدولة، وفي مصر تكون وزارة الداخلية هي الممثل للدولة في مثل هذه الدعاوى مع وجود النيابة كطرف ولكنها لا تكون الممثل الوحيد للدولة، وهو الأمر في القانون اللبناني، للمزيد يُنظر: (د. مقني بن عمار، مرجع سابق، ص 228).

(5) د. محمد عبد الله المؤيد، مرجع سابق، ص 54.

(6) د. مهند أحمد محمود صانوري، مرجع سابق، ص 282.

(7) د. محمد نجيب أحمد الكيتي، مرجع سابق، ص 220.

## الخاتمة

إن خاتمة كل بحث هي عصارة البحث وثماره اليانعة، وهنا نضع بين يدي القارئ الكريم هذه الثمار، في صورة نتائج تمثل خلاصة ما توصل إليه الباحث، ثم نتبع تلك النتائج ببعض التوصيات التي نأمل من المشرع والقضاة والمختصين في هذا المجال أخذها بعين الاعتبار. نعرض ذلك على النحو الآتي:

## أولاً: الاستنتاجات:

1. إنكار صفة السيادة عن القرارات الصادرة في مسائل الجنسية، وبالتالي خضوع جميع القرارات الصادرة في منازعات الجنسية لرقابة القضاء وفق نص المادة 24 من قانون الجنسية اليمنية.
2. عدم اكمال عقد القضاء الإداري في النظام القانوني اليمني، وبالتالي توزيع الاختصاص في مسائل الجنسية بين القضاء العادي والقضاء الإداري، حيث يختص القضاء الإداري بالمنازعات المتعلقة بالطعون في القرارات الإدارية الصادرة في مسائل الجنسية كسباً وفقداناً، السلبية منها والابجابية، ويختص القضاء العادي بالدعوى المجردة التي يكون موضوعها إثبات أو نفي الجنسية اليمنية، ويشترك الاثنان في المنازعات التي تكون في شكل مسألة أولية بحسب طبيعة المنازعة الاصلية المعروضة أمام المحكمة.
3. الأصل تمتع جميع الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية بالحجية المطلقة، بخلاف القواعد العامة التي تجعل حجية الأحكام نسبية وفق نص المادة 234 من قانون المرافعات اليمني، والاستثناء أن الأحكام الصادرة في منازعات الجنسية التي تتخذ شكل دفع أو مسألة أولية تحوز حجية نسبية عندما لا تكون جهة الإدارة طرفاً في الدعوى بأي صفة كانت.

## ثانياً: التوصيات:

- بما توصل إليه الباحث من استنتاجات فإنه يمكن أن نقدم بعض التوصيات التي نوجهها للمشرع والقضاة والباحثين على النحو الآتي:
1. نوصي المشرع بضرورة الإسراع في تنظيم مسائل الاختصاص، وضبط الاختصاص الإداري، وجعل مسائل الجنسية من اختصاص القضاء الإداري وفق نصوص واضحة ومحددة.
  2. وتوصية أخرى نوجهها للقضاء، في ضرورة إدخال جهة الإدارة في كل منازعة متعلقة بمسائل الجنسية، فهي الأقدر على تقديم الأدلة والبراهين في إثبات أو نفي الجنسية اليمنية، وحتى يكون الحكم حجة عليها لاستكمال الإجراءات الإدارية لتنفيذه.
  3. وأخيراً، نوصي الباحثين في هذا المجال بمعالجة وتقويم القضاء الإداري في اليمن بما يعزز تمكينه وبناءه البناء السليم، فهو ما يزال غصناً طرياً، يتطلب الاهتمام والرعاية.

## قائمة المراجع

1. د. إبراهيم الشربيني، الوجيز في شرح قانون المرافعات، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، 2012.
2. د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، النظام القانوني للجنسية المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2000.
3. د. أشرف وفاء محمد، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2011.
4. د. سامي محسن حسين السري، د. أنور على احمد الطشبي، الوجيز في شرح أحكام الجنسية ومعاملة الأجانب في القانون اليمني، جامعة العلوم والتكنولوجيا، صنعاء، اليمن، 2018.
5. د. سعيد خالد جباري الشرعبي، الموجز في أصول قانون القضاء المدني، منشورات مركز الصادق، صنعاء 2004.
6. د. صالح بن حمدون بن عبد الله الرحبي، القرارات الإدارية في دعاوى الجنسية، ورقة عمل مقدمة الى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم الإدارية المنعقد في لبنان، بيروت 7 – 10/ 9، 2013.
7. د. عبد الرسول كريم أبو صبيح، الاختصاص القضائي في دعاوى الجنسية، مجلة الكوفة، العدد 5، 2010.
8. د. عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
9. د. عصام القصبي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث (الجنسية ومركز الأجانب)، جامعة المنصورة، مصر، 2009.
10. د. عكاشة محمد عبد العال، أحكام الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مطابع البيان، دبي، 2004.
11. د. محمد عبد الله المؤيد، القانون الدولي الخاص مبادئ وأحكام الجنسية في القانون اليمني والقانون المقارن، المتفوق للطباعة والنشر، صنعاء، 2011.
12. د. محمد علي عبده سليمان، الطعن بإلغاء القرارات الإدارية في الجمهورية اليمنية، بدون جهة نشر، 2000.
13. د. محمد محمد الحسني، الجنسية ومركز الأجانب في القانون اليمني، مكتبة المتفوق، صنعاء، 2018.
14. د. محمد محمد الحسني، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني، مكتبة المتفوق، صنعاء، 2018.
15. د. محمد نجيب أحمد الكبتي، الاختصاص القضائي بدعاوى الجنسية، مجلة البحوث الأكاديمية، العدد 12، 2018.
16. د. مريم عبد الله الجوفي، أحكام تنظيم الجنسية في القانون اليمني، جامعة صنعاء، اليمن، 2015.
17. د. مقني بن عمار، الأحكام الصادرة في مواد الجنسية ومدى حجيتها، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة مولودي معمري – تيزي وزو، 2009.

18. د. مهند أحمد محمود صانوري، إثبات الجنسية وانعكاساتها الأمنية، الأردن نموذجاً، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 29 العدد 58، 2014.
19. د. نادية إحسان، تحديد اختصاص الفصل في منازعات الجنسية داخل النظام القضائي الجزائري، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة مولودي معمري - تيزي وزو، 2009.
20. د. نور الحجايا، الاختصاص القضائي بمنازعات الجنسية في القانون الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، مجلد (16) العدد (6) 2004.
21. د. هشام على صادق، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

## مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية  
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : [www.ojs.sabauni.net](http://www.ojs.sabauni.net)

### عنوان البحث: جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة في مجال المعلوماتية دراسة مقارنة في التشريع اليمني والتشريع الجزائري

د.فايز محمد راجح غلاب

أستاذ القانون الجنائي المساعد بأكاديمية الشرطة

#### ملخص البحث

يكتسب موضوع جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة في مجال المعلوماتية أهمية كبيرة؛ خاصةً مع تزايد الاعتداء على الحياة الخاصة بواسطة الوسائل الإلكترونية، كما تظهر أهمية هذا البحث أيضاً في بيان دور القانونين اليمني والجزائري في مواجهة هذا النوع من الجرائم. ويهدف هذا البحث إلى بيان أركان جريمة الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة في مجال المعلوماتية، ومعرفة مدى إمكانية تطبيق النصوص القانونية في التشريعين اليمني والجزائري على هذه الجرائم. وقد تم تقسيم هذا البحث إلى مطلبين، تم تخصيص المطلب الأول منه لبيان أركان جريمة الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة، وتم تخصيص المطلب الثاني لمعرفة مدى إمكانية تطبيق النصوص القانونية في التشريعين اليمني والجزائري على جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة في مجال المعلوماتية. وقد اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، وكذا المنهج المقارن، ثم اختتمت البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

#### معلومات البحث

تاريخ تسليم البحث:

١ سبتمبر ٢٠١٩

تاريخ قبول البحث:

١ أكتوبر ٢٠١٩

### Abstract

The subject of crimes of assault on private life in the field of informatics is of great importance, especially with the increasing assault on private life by electronic means. This research also shows the importance of the role of Yemeni and Algerian laws in confronting this type of crime.

This research aimed to explain the elements of the crime of assaulting the right to private life in the field of informatics, and to know the extent to which the legal provisions in the Yemeni and Algerian legislation can be applied to these crimes.

This research was divided into two requirements, the first of which was devoted to the elements of the crime of assault on the right to private life, and the second request was devoted to the extent to which the legal provisions in the Yemeni and Algerian legislation can be applied to crimes of assault on private life in the field of informatics.

It was based on the descriptive analytical method and the comparative approach in writing this research and then concluded with a set of conclusions and recommendations.

## مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، نحمده تعالى، ونستعينه ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتد ومن يضلل فلن تجد له ولياً مرشداً. أما بعد:

يعني الحق في الخصوصية وفقاً للمفهوم التقليدي: "عدم إجراء التنقيح المادي للشخص وممتلكاته، وحقه في الابتعاد والعزلة عن الناس"، ويعني بالمفهوم الواسع: "كل ما يجب الشخص أن يجعله من أسراره وخصوصياته"<sup>(1)</sup>.

وقد تطور مفهوم الحق في الخصوصية في ظل التقدم التكنولوجي بما يضمن حماية كل ما يتم تجميعه أو تخزينه في أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات ويتعلق بالحياة الخاصة.

ولا شك فإن التطور التقني في مجال تقنية المعلومات قد قدّم فوائد كثيرة في شتى مجالات الحياة المختلفة للفرد والمجتمع والدولة وللعلاقات الدولية وعلاقات الشركات والمؤسسات والأفراد، وهذا ما أوجد ما يعرف ببنوك المعلومات ( Data Bank)، والتي قد تكون مقصورة على بيانات ومعلومات تتصل بقطاع بعينه، وقد تكون شاملة لمختلف الشؤون والقطاعات، كما أنها قد تكون مهيأة للاستخدام على المستوى الوطني العام، وقد تكون كذلك مهيأة للاستخدام الإقليمي أو الدولي، وذلك ما سهل التعامل بدرجة كبيرة عما كان عليه الوضع في السابق؛ فأصبح العالم كأنه يعيش في محيط اجتماعي واحد لا يجد صعوبة في التعامل من خلال الحدود الجغرافية التي أصبحت مفتوحة في ظل العالم الافتراضي<sup>(2)</sup>، إلا أن ذلك التطور من ناحية أخرى قد أضحى يهدد الحياة الخاصة بالخطر، من خلال تخزين واسترجاع وتحليل كميات هائلة من البيانات الشخصية التي يتم تجميعها من قبل الهيئات والمؤسسات والدوائر الحكومية والشركات الخاصة، وما ينتج عن ذلك من معاملات يتم من خلالها نقل تلك المعلومات من مؤسسة إلى أخرى ومن دولة إلى أخرى، وبالتالي فإن تلك المعلومات قد تكون عرضة للانتهاك ما بين الحين والآخر.

وقد اهتمت معظم التشريعات في حماية الحياة الخاصة من الانتهاك، بل أن بعض التشريعات الحديثة قد تناولت حماية الحياة الخاصة في مجال المعالجة الآلية للمعطيات.

(١) د. محمود أحمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005، ص70.

(2) د. أحمد خليفه الملط، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص97، د. هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، أسبوط، ط1، 1992، ص43.

فهل النصوص التشريعية في القانون اليمني والجزائري تفي بحماية الحياة الخاصة بما فيها البيانات المخزنة في نظم المعالجة الآلية للبيانات وقواعد البيانات؟ أم أن الأمر يستدعي تشريع أو نصوص قانونية تتناسب مع حداثة الجريمة؟ وما هي الأركان التي تقوم عليها تلك الجريمة؟ ذلك ما سيتم تناوله في هذا البحث.

### أولاً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في أننا أمام انتهاك للحياة الخاصة بشكلها الافتراضي والتي تختلف عن الانتهاكات التي كانت تتم في الوضع المادي ويتم إثباتها بطرق مادية ويمكن مواجهتها من خلال القوانين التقليدية.

وذلك يثير التساؤل الآتي: هل جريمة الاعتداء على الخصوصية في مجال المعلوماتية تتطابق مع الأفعال التي يمكن أن ترتكب بها الجريمة بصورتها التقليدية؟

وهل تفي النصوص القانونية التقليدية لمواجهة هذا النوع من الجرائم؟ أم أننا بحاجة إلى نصوص قانونية جديدة للتعامل مع الجريمة بصورتها الافتراضية؟

### ثانياً: أهمية البحث:

تبدو أهمية هذا البحث في كونه يسلط الضوء على موضوع الحق في الخصوصية، والمخاطر التي تهدد الحياة الخاصة، وبيان موقف التشريع اليمني والتشريع الجزائري في حماية الحياة الخاصة من الانتهاكات؛ خاصة في المجال الإلكتروني، كما تتجلى أهميته في كون مثل هذه البحوث تساهم في إيجاد توعية رقمية في أمن المعلومات يعتمد على الوعي في كيفية الحفاظ على البيانات الشخصية في أجهزة الحاسوب وأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

### ثالثاً: أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق الآتي:

1. التعرف على أركان جريمة الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة بصورتها التقليدية وفي مجال المعلوماتية.
2. بيان مدى انطباق النصوص القانونية في التشريعين اليمني والجزائري ومواجهتهما لجرائم الاعتداء على الحياة الخاصة في مجال المعلوماتية.

**رابعاً: منهج البحث:**

اعتمدت هذه الدراسة بالدرجة الأساسية على المنهج الوصفي التحليلي؛ من خلال جمع المادة العلمية من المراجع المتخصصة ووصفها وتحليلها، مع استخدام المنهج المقارن بين التشريعات محل الدراسة - اليمني والجزائري - لبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما بشأن موضوع البحث.

**خامساً: خطة البحث:**

سنقوم بتقسيم هذا البحث إلى مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول: أركان جريمة الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة.

المطلب الثاني: مدى إمكانية تطبيق النصوص القانونية التقليدية على جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة في مجال المعلوماتية.

## المطلب الأول

### أركان جريمة الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة

جريمة الاعتداء على الحق في الخصوصية مثلها مثل غيرها من الجرائم التي تتطلب لاكتمالها توافر أركانها، سواءً الركن المادي أو الركن المعنوي، مع عدم إغفال الركن الشرعي الذي يُعد مناط التجريم في ظل وجود جريمة مستحدثة في نطاق المعلوماتية ووجود نصوص قانونية تقليدية كانت تتناسب مع واقع مادي ملموس، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب؛ من بيان أركان جريمة الاعتداء على الحق في الحياة الخاصة في الجانب التقليدي في النصوص القانونية في القانون اليمني والقانون الجزائري، ونقارنها في الجانب المعلوماتي لإيضاح الفرق، وفي نهاية المطلب نتطرق لعقوبة الجريمة في القانون اليمني والجزائري، وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً: الركن الشرعي للجريمة:

جريمة الاعتداء على الخصوصية وإفشاء الأسرار في مجال المعلوماتية مثلها مثل غيرها من الجرائم تتطلب لقيامها توافر الركن الشرعي للجريمة<sup>(1)</sup>، ومن خلال الركن الشرعي تتضح صور الجريمة بشكلها التقليدي، وبالمقارنة تتضح صور الجريمة بشكلها المستحدث من خلال ما سيتم عرضه.

نصت العديد من المواد في القانون اليمني والقانون الجزائري على ذلك، ومن تلك النصوص المواد (255، 256، 257، 258) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، والمواد (303، 303 مكرر، 303 مكرر1) من قانون العقوبات الجزائري. حيث نصت المادة (255) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة من فتح بغير حق خطاباً مرسلاً إلى الغير أو احتجز رسالة أو برقية هاتفية، ويعاقب بالعقوبة ذاتها من اختلس أو أتلّف إحدى هذه

(1) ثار خلاف بين الفقهاء حول مدى اعتبار الركن الشرعي أحد أركان الجريمة، ما بين معارض ومؤيد، فبينما يرى أصحاب الاتجاه المعارض: بأن النص القانوني هو عامل ردع، أو شرط أساسي للجريمة، ولا يعد أحد أركانها، لأنه هو الذي يخلقها وليس من الصواب بأن من يخلق يعد جزء من يخلقها، ومن ناحية أخرى فإنه إذا ما اعتبر النص القانوني ركن في الجريمة فينبغي إحاطة الجاني به، ويترب على ذلك انتفاء الجريمة في حالة عدم العلم به، بينما يرى أصحاب الاتجاه المؤيد: بأن الركن الشرعي يُعد أحد أركان الجريمة، إذ لا جريمة بدون نص، وهذا الرأي يُعد الصواب من وجهة نظرنا بدليل أن أي ظاهره أو فعل لا يكون مجرمًا بنص قانوني يُعد فعلاً مباحاً، ولا يمكن العقاب عليه، وبالنظر كذلك إلى الخلاف الفقهي والقضائي حول مدى خضوع جرائم المعلوماتية ومنها المتعلقة بالحياة الخاصة؛ وخاصة المستحدثة، بحيث يجعلها البعض خارج نطاق التجريم ليؤكد بأن النص القانوني يُعد أحد أركان الجريمة، وأن القول بعدم معرفة الجاني للنص ينفي قيام الجريمة وفقاً للرأي الأول يتعارض مع القاعدة المعروفة "لا يُعذر من يدعي الجهل بالقانون". لمزيد من التفصيل راجع: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 47، 48.

المراسلات، أو أفضى بمحتوياتها إلى الغير ولو كانت الرسالة قد أرسلت مفتوحة أو فتحت خطأ أو مصادفة، ويقضى بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بالغرامة إذا ارتكبت الجريمة من موظف عام إخلالاً بواجبات وظيفته<sup>(١)</sup>.

ويقابلها نص المادة (303) من قانون العقوبات الجزائري، حيث نصت على أنه: "كل من يفرض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير وذلك بسوء نية في غير الحالات المنصوص عليها في المادة (137) يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنة واحدة وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين"<sup>(٢)</sup>.

كما تنص المادة (256) عقوبات يعني على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضا المجني عليه:

1- استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيأ كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق الهاتف.

2- التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيأ كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضاه هؤلاء يكون مفترضاً. ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته. ويجرم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو إعدامها"<sup>(٣)</sup>.

ويقابل هذا النص ما ورد في قانون العقوبات الجزائري في المادة (303) مكرر والتي نصت على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وذلك:

3- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه.

4- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه.

(١) القانون رقم 12 لسنة 1994 بشأن الجرائم والعقوبات اليمني.

(٢) القانون رقم (06 - 23) المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمكمل لقانون العقوبات. وهذا النص يجرم فض أو إتلاف رسائل مرسله إلى الغير بسوء نية من أي شخص كان، بخلاف الحالات التي أشارت إليها المادة 137 والمتعلقة بإتلاف وفض الرسائل من قبل موظفي ومندوبي مصلحة البريد.

(٣) د. خالد عبد الباقي الخطيب، الجرائم الواقعة على الأشخاص، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، 2002، 2010م، ص280.

ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجرح المشار إليها في هذه المادة بالعقوبات المقررة للجريمة التامة. إن صفح الضحية يضع حداً للمتابعة الجنائية".

كما نصت المادة (257) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، أو بالغرامة كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة - 256- وكان ذلك بغير رضاه صاحب الشأن، ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم الحصول عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته.

وتقابلها في قانون العقوبات الجزائري المادة: (303 مكرر1)، حيث نصت على أنه: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة كل من احتفظ أو وضع أو سمح بوضع في متناول الجمهور أو الغير أو استخدم بأية وسيلة كانت، التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة (303 مكرر من القانون ذاته).

عندما ترتكب الجنحة المنصوص عليها في الفقرة السابقة عن طريق الصحافة تطبق الأحكام المنصوص عليها في القوانين ذات العلاقة، لتحديد الأشخاص المسؤولين، ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة.

وتنص المادة (258) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه مستودع سر فأفشاه في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو استعماله لمنفعته أو لمنفعة شخص آخر ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بإفشائه أو استعماله، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات إذا كان الجاني موظفاً عاماً استودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته".

وتأسيساً على النصوص القانونية السابقة والمتعلقة بالحياة الخاصة، يلاحظ بأن المشرع اليمني والمشرع الجزائري قد تعاملوا مع الجريمة على أن المساس بما يشمل الجانب المادي للحياة الخاصة فحسب، ولم يكن في الحسبان آنذاك ما سيؤول إليه الأمر من تطور في الجانب التقني والمعلوماتي لتصبح فيه الحياة الخاصة مهددة بسبب المعلومات المخزنة والمعالجة والمنقولة من نظام معلوماتي إلى آخر.

ولم تصدر أغلب التشريعات العربية - ومنها التشريع اليمني والتشريع الجزائري - قانوناً خاصاً لحماية خصوصية الإنسان في مجال المعلوماتية كما فعلت بعض التشريعات الغربية؛ ومنها التشريع الفرنسي<sup>(1)</sup>، ومع أنه توجد نصوص متناثرة في قوانين العقوبات والإجراءات الجزائية إلا أن مجمل تلك النصوص لا تتضمن نصاً تشريعياً يتعلق بحماية الحياة الخاصة من مخاطر الحاسوب الآلي وبنوك المعلومات، باستثناء ما تناوله المشرع الجزائري في تجريم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات من حماية للحياة الخاصة بصورة غير مباشرة، نتيجة تجريمه لأفعال تتعلق بالجرائم المعلوماتية المستحدثة؛ ومنها فعل الدخول أو البقاء في نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو افعال التلاعب بالبيانات المخزنة في النظام إذ أن تجريم تلك الأفعال تحقق نوع من الحماية للبيانات حال كانت تتعلق بالأمر الخاصة.

فضلاً عن ذلك، فإن تزايد مخاطر التقنيات الحديثة على حماية الخصوصية، كتقنيات رقابة (كاميرات) الفيديو، وبطاقات الهوية والتعريف الإلكترونية، وقواعد البيانات الشخصية، ووسائل اعتراض ورقابة البريد والاتصالات، ورقابة بيئة العمل وغيرها تجعل المجتمع يتحول بذلك إلى عالم تصبح فيها أسرارنا وأمورنا الشخصية ومعاملاتنا المالية وحياتنا العقلية والجسمانية مكشوفة<sup>(2)</sup>، لذلك أضحت الحاجة ملحة إلى تشريعات تتناسب مع تلك المخاطر التقنية على الحياة الخاصة.

#### ثانياً : الركن المادي لجرائم الاعتداء على الحياة الخاصة:

أضحى العدوان على المعلومات الشخصية في مجال المعلوماتية أمراً سهلاً، فقد أصبحت حياة الافراد وأسرههم تكيف تبعاً لمصالح معينة لجهات تملك معلومات مخزنة في أنظمتها، وبذلك يصبح الإنسان مكشوفاً في أسراره، تتحكم في بياناته أجهزة الكمبيوتر والشبكة المعلوماتية، بحيث تجعلها عرضة للانتهاك ما بين لحظة وأخرى، فقد أصبح الحال في ظل التطور التكنولوجي وثورة المعلوماتية أن يكون بمقدور الشخص الذي يتقن أو على الأقل يستطيع التعامل مع التقنية في أن يطلع على معلومات الآخرين منتهاكاً خصوصياتهم.

(١) اهتم المشرع الفرنسي في موضوع الخصوصية وعلاقتها بالبيانات الاسمية مكرماً، بموجب القانون الصادر بتاريخ 1978/1/6 بشأن المعلوماتية والبطاقات والمحريات، ونظراً لأهمية النصوص القانونية التي تضمنها هذا القانون فقد أصبحت نصوصه المتعلقة بالخصوصية جزءاً من ق.ع.ف الجديد في المواد من 226 - 6 إلى 226 - 28، وبهذا الخصوص فإن المادة (226 - 1) من ق.ع.ف الجديد تعاقب بالحبس سنة وبغرامة (45000 euros) كل من يعتدي على قداسة الحياة الشخصية للغير حال قيامه بإجراء معالجة آلية للمعلومات الاسمية دون التقيد بالشروط المقررة في القانون المؤرخ في 1987م. كما يعتبر التشريع الألماني المؤرخ في 1997 هو أول تشريع على مستوى دول الاتحاد الأوربي يتناول موضوع العلاقة بين البيانات الشخصية والإنترنت بموجب الاتفاقيات والتوجيهات الأوربية، يُراجع: عمر محمد أبو بكر يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، رسالة دكتوراه، جامعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 598، 599. كما يُرجع إلى: نص المادة (1 / 261) من قانون العقوبات الفرنسي بالفرنسي على الرابط الإلكتروني:

<http://www.legislationline.org/lawmaking/country/30>

(2) هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 182. (نقلاً عن الفقيه: آرثر ميللر (Mellor)، المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العصر الرقمي.

وقد زاد الأمر خطورة في مجال الاعتداء على الحياة الخاصة ما توفره شبكة الإنترنت من معلومات عن خصوصيات الأفراد بسبب عدم توفر السرية الكاملة والأمان في الشبكة، حيث أضحت الشركات التي تقوم بتجميع معلومات شخصية تخص الأفراد مثل شركات التأمين وغيرها، وكذلك مواقع التواصل الاجتماعي تعرف تفاصيل الحياة الخاصة للأفراد أكثر مما يعرفه الخطيب عن خطيبته حسب تعبير أحد الكتاب الأمريكيين<sup>(١)</sup>.

ويقوم الركن المادي في جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة على عدد من الأفعال التقليدية، أو التقنية، بحسب ما إذا كانت الجريمة مرتكبة بوسائل تقليدية أو بوسائل رقمية، وتمثل أهم تلك الاعتداءات في الآتي:

### 1. إساءة استعمال البيانات والمعلومات الاسمية:

تعرف البيانات الاسمية بأنها: "تلك البيانات التي من شأنها تحديد شخصية الشخص الطبيعي تحت أي شكل مباشر أو غير مباشر، سواءً أجزيت المعالجة المعلوماتية بواسطة شخص طبيعي أم معنوي".

كما تُعرف بأنها: "البيانات الشخصية التي تتعلق بالحق في الحياة الخاصة للفرد؛ كالبيانات المتعلقة بالجانب الصحي، أو المالي، أو المهني، أو العائلي، عندما تكون هذه البيانات محلاً للمعالجة الآلية"<sup>(٢)</sup>.

والبيانات والمعلومات الاسمية التي يتم تجميعها وتخزينها لابد أن يكون ذلك لغرض وهدف محدد ينحصر فيما جمعت وخزنت من أجله، بحيث يقتصر استخدامها على ذلك الغرض فحسب، فمثلاً البيانات التي جمعت من أجل التعداد السكاني لا ينبغي أن تستخدم من قبل الأجهزة الأمنية<sup>(٣)</sup>.

فإذا ما تم جمع البيانات والمعلومات من قبل جهة معينة أو شخص ما لغرض محدد ثم اتضح أن تلك البيانات والمعلومات قد انتقلت إلى جهة غير تلك التي قامت بجمع المعلومات، أو إلى شخص آخر فإن جريمة الاعتداء على الحق في الخصوصية تكون قد تحققت.

(١) محمد عبد الله الكعبي، الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع الشبكة الإنترنت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص139.  
(٢) يُراجع في التعريف الأول الذي تضمنه القانون الفرنسي رقم 78 - 17 الصادر في 6 يناير 1978، والمتعلق بالمعلوماتية والمعالجة الإلكترونية والحريات: عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية، بدون ذكر دار النشر، ط2، 2000، ص291. وفي التعريف الثاني: نائل صالح عبد الرحمن، واقع جرائم الحاسوب الآلي في التشريع الجزائري الأردني، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2000، ص15. (مشاركاً إليه لدى: نخلا عبد القادر المؤمني، الجرائم المعلوماتية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2007، ص168.

(٣) تطبيقاً لمخالفة استعمال البيانات للهدف الذي جمعت من أجله فقد أبطلت المحكمة الألمانية العمل باستمارات إحصاء سكاني في 1984 بعد أن ثبت لها أن وزارة الداخلية قد استخدمت استمارات الإحصاء في الحصول على عناوين مجموعة متطرفة، الأمر الذي يُعد إساءة لاستخدام البيانات التي جمعت من أجل غاية محددة وهي الإحصاء السكاني. يُراجع: عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص259.

كما يتم الاستخدام السيئ للمعلومات الاسمية من خلال استخدام المعلومات المعالجة والمخزنة في بنوك المعلومات، أو في أنظمة شركات خاصة استخداماً يسيء إلى الحياة الخاصة للأفراد فيشوهها ويترك آثاراً سلبية حيالها قد تؤثر على مستقبل أولئك الأشخاص<sup>(١)</sup>، الأمر الذي يتطلب وضع ضوابط وقيود يتم من خلالها المحافظة على الحق في الخصوصية، وسن قوانين أو نصوص قانونية لمنع أي جهة من إعطاء معلومات إلى جهة أخرى مختلفة عنها في الهدف، وإذا ما سمح بمثل هذا الأمر فلا بد وأن تحكمه ضوابط وقيود يتم من خلالها المحافظة على الحق في الخصوصية .

## 2. جمع البيانات وتخزينها على نحو غير مشروع:

يتمثل فعل الانتهاك للحق في الحياة الخاصة للأفراد في هذه الصورة في عملية جمع وتخزين بيانات عنهم، وقد تكون البيانات أو المعلومات التي يتم جمعها صحيحة، إلا أن عملية الجمع أو التخزين قد تتم على نحو غير قانوني<sup>(٢)</sup>، ويكون ذلك إما من مضمون المعلومات نفسها أو عن طريق الأساليب غير المشروعة المستخدمة للحصول على تلك البيانات والمعلومات، ويرجع السبب في ذلك إلى أن مضمونها يتعلق بكافة المعلومات الخاصة بالفرد والتي لا يرغب في إطلاع الغير عليها.

وجميع البيانات والمعلومات الاسمية التي تتعلق بالحياة الخاصة يجب أن يحظر تجميعها وتخزينها ومعالجتها داخل جهاز الحاسوب<sup>(٣)</sup>، حيث من المفترض أن مضمون البيانات والمعلومات التي تتعلق بالأفراد تدخل في إطار الأمور التي يحرص الأفراد على سريتها، لأن فكرة الحياة الخاصة تشتمل على قدر من المرونة يكون لإرادة الشخص دور في تحديد ما يدخل في إطارها.

أما عن الوسائل غير المشروعة التي يتم بها جمع المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة، فيكون إما عن طريق التقاط البيانات أثناء انتقالها من وحدة طرفية إلى أخرى<sup>(٤)</sup>، أو من خلال تحليل ومعالجة الأصوات عقب ارتطامها في جدران إسمنتية وتحويلها إلى

(١) وكمثال للاستخدام السيئ للبيانات والمعلومات الشخصية المعالجة والمخزنة بنظم المعلوماتية لدى جهات معينة أو شركات أو في بنوك المعلومات والاعتماد عليها في تقييم السلوك الشخصي والمهني وغيره، ما حدث في فرنسا عام 1965 عندما فُصل شخص من الشركة التي كان يعمل بها، ومكث خمس سنوات يبحث عن وظيفة لدى شركة أخرى، وكان يواجه برفض الطلب البالغ 625 طلباً، اتضح في نهاية الأمر أن السبب في ذلك هو البيانات المعالجة إلكترونياً والتي كانت تقدم من شركتين تعملان في مجال جمع المعلومات، وكانت المعلومات الخاصة به والتي تم جمعها ومعالجتها سيئة وتعلق بحياته الشخصية، فمثل هذه الحالة وغيرها تؤكد بأن اتخاذ القرارات أو إصدار الأحكام بموجب بيانات معالجة ومخزنة قد لا يتجنب الصواب، وخاصةً عندما تكون تلك البيانات والمعلومات غير صحيحة. يُراجع: نخلع عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص 173.

(2) نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي، القاهرة، ط1، 2005، ص 236.

(3) ومثال ذلك قيام عصابة في إيطاليا بأخذ صور شخصية تتضمن مشاهد مخلة بالحياء يتم التقاطها عبر كاميرا رقمية صغيرة يصل حجمها إلى حجم علبة الثقاب، وذلك من خلال وضعها في دورات المياه العامة، وغرف الفنادق، وحمامات السونا البخار، وغير ذلك من الأماكن التي يظن فيها الشخص عدم المساس بخصوصياته، بعد ذلك يتم نشر تلك الصور من خلال مواقع الإنترنت، بمقابل 15 دولار للكتلوج من تلك الصور. يُراجع: مصطفى محمد موسى، أساليب إجرامية بالتقنية الرقمية، دار الكتب والوثائق القومية المصرية، القاهرة، ط1، 2003، ص 185.

(4) كذلك من الأمثلة الواقعية لاستخدام وسيلة أو أكثر لتجميع البيانات وتخزينها، ما قام به مراهق ألماني لا يتجاوز عمرة 26 عام بنصب مصيدة بيانات نُجح من خلالها في التقاط المعلومات الشخصية بمستعملي نظام فيديو تكس، بالإضافة إلى قيامه بإتلاف بيانات بعض المستخدمين وتغيير كلمات السر التي يستخدمونها للتعامل مع النظام مما تسبب في حرمانهم من الخدمة. يُراجع: عفيفي كامل عفيفي، مرجع سابق، ص 253.

كلمات مفهومة، أو عن طريق توصيل أسلاك وربطها بالحاسوب أو الشبكة المراد التعدي على حقوق الأفراد الخاصة من خلالها<sup>(1)</sup>، أو عن طريق ملفات الكوكيز<sup>(2)</sup>، فهذه الوسائل وغيرها من الوسائل المستخدمة في مجال التقنية الحديثة، والتي يتم بواسطتها الاطلاع على مضمون البيانات الشخصية المتعلقة بالأفراد، فإذا تم الاطلاع على المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة باعتبار أن الاطلاع على تلك المعلومات يعد أمراً غير مشروع، أو إذا تم استخدام وسائل غير مشروعة للحصول على تلك المعلومات أو الاطلاع عليها، فإن جريمة الاعتداء على الحق في الخصوصية تكون متحققة، ولا يهم بعد ذلك نوع البيانات التي تم جمعها وتخزينها فقد تتعلق بالجانب المالي، وقد تتعلق بالجانب الصحي، أو الائتماني، وغير ذلك من البيانات ذات الطبيعة الشخصية والصليقة بصاحبها.

### 3. مخالفة القواعد المنظمة لجمع ومعالجة ونشر البيانات ذات طبيعة شخصية:

تُعد الأفعال التي تخالف القواعد الشكلية لجمع ومعالجة ونشر البيانات من الأفعال التي يقوم عليها الركن المادي لجرائم الاعتداء على الحق في الخصوصية. فإذا تطلب قانون معين سبق الحصول على ترخيص بجمع معلومات تتعلق بشخص أو بأشخاص، فإن الحصول على تلك البيانات دون سابق الحصول على الترخيص يُعد اعتداءً على الحق في الخصوصية<sup>(3)</sup>، ومن أمثلة هذه

(1) هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 193.

(2) كلمة كوكيز في عالم الإنترنت تعني الملفات النصية الصغيرة حيث يتم إرسالها عن طريق السيرفر الخاص بالموقع الذي يتم زيارته، فمجرد الدخول على صفحة معينة يقوم السيرفر الخاص بالموقع الذي يتم زيارته بإنشاء ملفين الأول يُحفظ به، والثاني يرسله إلى جهاز المتصفح ليتم تخزينه في مجلد الكوكيز بداخل مجلد النوافذ، وبطريقة مشابهة عند استعراض البريد الإلكتروني، وهي تتيح للموقع معرفة كثير من المعلومات الشخصية عن الشخص وعن جهازه - نوع الجهاز، نوع المعالج، رقم IP - وطريقة الاتصال بالإنترنت، نوع المودم، المواقع التي يتم زيارتها، عدد الساعات التي يتم البقاء فيها متصلًا بالشبكة، والأخطر من هذا هو اهتمام المتصفح، ما الذي يبحث عنه، وما الذي يريد شرائه، بالإضافة لكافة المعلومات التي يتم كتابتها في استمارات التسجيل مثل الاسم، العنوان، الكود البريدي، أرقام التليفون، أرقام بطائق الائتمان، وكل تلك الأفعال تشكل اعتداءً كبيراً على الخصوصية، مع أن الكثير لا ينتبهون أثناء تصفحهم للشبكة أنهم يتروكون آثارهم أينما ذهبوا. يُراجع: منديات الفلاش، ساعة الدخول 12 مساءً، الخميس 2018/10/29، منشور على الرابط الإلكتروني:

<http://www.alflash.com/vb/showthread.php?t=2808>

(3) ومن الأمثلة على مخالفة القواعد الشكلية لعملية تجميع وتخزين ونشر البيانات، ما قامت به شركة (skf) الفرنسية بتخزين بيانات الموظفين المتعلقة بالحياة الخاصة والاتجاهات السياسية، والتي حصلت عليها عن طريق استمارات طلبات التوظيف التي كانت محفوظة لديها بالطرق اليدوية دون موافقة مسبقة من لجنة المعلوماتية والحرية، وهو ما يُعد تسجيلاً وحفظاً غير مشروع يعاقب عليه القانون الفرنسي الخاص بالمعالجات الإلكترونية للبيانات الاسمية. يُراجع: هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 200. وكذلك نص المادة (20/226) من ق.ع.ف لعام 2004 والتي تحظر الإبقاء على معلومات أكثر من المدة التي ينص عليها القانون، أو في الحالات التي يتطلب القانون موافقة مسبقة من لجنة الحرية، حيث يعاقب بالحبس لمدة خمس سنوات والغرامة 300.000. ونص المادة بالفرنسي:

(Le fait de conserver des données à caractère personnel au-delà de la durée prévue par la loi ou le règlement, par la demande d'autorisation ou d'avis, ou par la déclaration préalable adressée à la Commission nationale de l'informatique et des libertés, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 Euros d'amende, sauf si cette conservation est effectuée à des fins historiques, statistiques ou scientifiques dans les conditions prévues par la loi.

Est puni des mêmes peines le fait, hors les cas prévus par la loi, de traiter à des fins autres qu'historiques, statistiques ou scientifiques des données à caractère personnel conservées au-delà de la durée mentionnée au premier alinéa).

منشور على الرابط الإلكتروني: <http://www.legislationline.org/lawmaking/country/30>

القوانين، القانون الفرنسي حيث ينص على أن: "يعاقب بعقوبة الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات والغرامة من 2000 فرنك إلى 200.000 فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يجري أو يقوم بإجراء المعالجة الإلكترونية للبيانات الشخصية دون ترخيص من اللجنة المختصة بذلك وفقاً لأحكام المادتين (15، 16) من هذا القانون، وللمحكمة أن تأمر بنشر الحكم كله أو ملخصه في جريدة أو أكثر بالشروط التي يحددها الحكم"<sup>(1)</sup>، كما ينطبق ذات الأمر في حال مخالفة القواعد الشكلية لنشر المعلومات المتعلقة بالخصوصية عندما يتم تسريب أو استخدام البيانات من قبل جهة أخرى<sup>(2)</sup>.

#### 4. الإفشاء غير المشروع للبيانات والمعلومات الاسمية:

تخزين البيانات ذات الطابع الشخصي أو التي تتعلق بالخصوصيات لا يعني بأنها قد انتقلت من الخصوصية إلى العلنية، كما أن رضا صاحب الشأن في التجميع أو التخزين لا يعني إعطاء الحرية في تبادل وتناقل المعلومات إلى جميع الناس<sup>(3)</sup>. وقد يتم تجميع تلك المعلومات من قبل بعض الأجهزة التي تعمل في مجال الشرطة، فيتم الاحتفاظ بكم هائل من المعلومات الخاصة بملايين الأشخاص في بنوك المعلومات للجهات ذاتها، وبالتالي فإن خطر إفشائها وارد من أشخاص قد يكونوا أمناء عليها<sup>(4)</sup>. ويتميز الحاسوب بدور كبير في إفشاء الأسرار، نظراً للدخول في عالم الشبكات، والأقمار الصناعية، والبث الفضائي، حيث أصبحت الدول لا تستطيع التحكم في ذلك المجال<sup>(5)</sup>، وفي عصر المعلومات ازدادت حوادث الاختراق والقرصنة من أجل الحصول على البيانات والمعلومات المخزنة في ذاكرة الحاسبات المستخدمة<sup>(6)</sup>.

(١) المادة (41) من القانون الفرنسي المؤرخ في 6 يناير 1978 والخاص بالمعالجات الإلكترونية للبيانات الاسمية.

(٢) من القضايا التي تتعلق بانتهاك الحق في الخصوصية في مجال المعالجة الآلية بمخالفة القواعد الشكلية قضية تتعلق بإحدى شركات التأمين الفرنسية بالاشتراك مع عاملين بشركة كهرباء فرنسا، وتتلخص وقائعها في استلام عدد من الأشخاص كانوا قد انتقلوا من منازلهم للسكن في منازل جديدة خطابات من إحدى شركات التأمين تعرض عليهم إجراء التأمين الخاص بالمنازل الجديدة من خلالها وبعد تحري هؤلاء الأشخاص عن المصدر الذي توصلت شركة التأمين من خلاله إلى البيانات الخاصة بهم تبين لهم أن هذا المصدر هي شركة الكهرباء خاصة أن بعض الأخطاء الإملائية في الأسماء التي انطوت عليها العقود المبرمة بين هؤلاء وشركة الكهرباء قد ظهرت في الخطابات التي أرسلت إليهم، وبناءً على ذلك، تقدم هؤلاء الأشخاص بشكوى إلى اللجنة الوطنية للمعلومات والحرية والتي قامت بدورها بالانتقال إلى شركة التأمين للتحري تمشياً مع ما تحوله إياها المادة ٢١ من القانون رقم ٧٨ - ١٧ لسنة ١٩٧٨، مما أسفر عن اكتشاف اللجنة أن شركة التأمين تدير أعمالها من خلال نظام المعالجة الآلية للمعلومات الشخصية ولم تحصل بشأنه على ترخيص، وأن المعلومات التي تمت برمجتها قد حصلت عليها بطريقة غير مشروعة بمساعدة بعض العاملين بشركة الكهرباء نظير مبالغ نقدية، وقد تقدمت اللجنة بناءً على ما تقدم ببلاغ إلى النائب العام حيث تم توجيه عدة اتهامات إلى مسؤولي شركة التأمين وإلى عاملين بشركة الكهرباء. يُراجع: نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، مرجع سابق، ص 239.

(٣) نحلأ عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص 177.

(٤) ومن تلك الجهات التي يوجد بها عدد كبير من ملفات المواطنين، المملكة المتحدة، حيث يضم الحاسوب الآلي الوطني للشرطة ملفات 22 مليون شخص، وفي الولايات المتحدة الأمريكية يضم مركز معلومات الجريمة التابع لمكتب التحقيقات الفدرالي سجلات تتعلق بحوالي 9 ملايين شخص. يُراجع: هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 194.

(٥) أيمن عبد الحفيظ عبد الحميد سليمان، استراتيجية مكافحة الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسوب الآلي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في علوم الشرطة، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 2003، ص 131.

(6) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، الأحداث والإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2002، ص 230.

وبناءً على ذلك، فإن هذه المخاطر المشار إليها في صور الاعتداء على المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة في مجال المعلوماتية أظهرت الأهمية الاستثنائية للحماية القانونية - إلى جانب الحماية التقنية - للبيانات الشخصية، ومن العوامل الرئيسة في الدفع نحو وجوب توفير حماية تشريعية وسن قوانين في هذا الحقل، أنه وقبل اختراع الكمبيوتر، فإن حماية هؤلاء الأشخاص كانت تتم بواسطة النصوص الجنائية التي تحمي الأسرار التقليدية، وعلى الرغم من ذلك فإن النصوص التقليدية لحماية الحياة الخاصة لا تغطي إلا جانباً من الحقوق الشخصية وبعيدة عن حمايته من مخاطر الوسائل التقنية الجديدة.

هذه المخاطر الجديدة التي تستهدف الخصوصية دفعت العديد من الدول لوضع تشريعات ابتداءً من السبعينات، تتضمن قواعد إدارية ومدنية وجنائية من أجل حماية الخصوصية من الاعتداء عليها، وتوصف بأنها تشريعات السرية وليست فقط مجرد تشريعات تحمي من أفعال مادية تطل الحياة الخاصة.

كما أن هذه المخاطر، وما يتفرع عنها من مخاطر أخرى كتلك الناتجة عن معالجة البيانات في شبكات الحواسيب المتصلة ببعضها والتي تتيح تبادل المعلومات بين المراكز المتباعدة و المختلفة كانت محل اهتمام دولي وإقليمي ووطني أفرز قواعد ومبادئ تتفق وحجم هذه المخاطر، كوجوب مراعاة الدقة في جمع البيانات وكفالة صحتها وسلامتها، واتخاذ تدابير أمنية لمعالجتها وتخزينها ونقلها، وإقرار مبدأ حق المشاركة الفردية في تعديل وتصحيح وطلب إلغاء البيانات، ووجوب تحديد الغرض من جمعها ومدة استخدامها، وإقرار مبدأ مسؤولية القائمين على وظائف بنوك المعلومات عند أي تجاوز أو مخالفة للمبادئ الموضوعية والشكلية في جمع ومعالجة وتخزين ونقل البيانات الشخصية<sup>(١)</sup>.

##### 5. الأفعال التي ترتكب بها الجرائم المعلوماتية المستحدثة اذا استهدفت الحق في الخصوصية:

تُعد الأفعال التي يمكن أن ترتكب بها إحدى جرائم المعلوماتية بصورتها المستحدثة إذا ما كان الهدف من ارتكابها التعدي على الحق في الخصوصية بكافة صورها ضمن الأفعال التي تمثل الركن المادي للجريمة، ومن تلك الأفعال فعل الدخول إلى نظام

(١) تم التوقيع على الكثير من الاتفاقيات، كما صدرت عدد من التوجيهات والتوصيات في مجال حماية الحياة الخاصة من الانتهاك، منها: الاتفاقيات والتوصيات الأوروبية المتعلقة بحماية الأفراد بالنظر إلى المعالجة الآلية للبيانات، ومن ذلك اتفاقية سنة 1981م الصادرة عن مجلس أوروبا التي تضمنت مفهوم حماية البيانات الشخصية في إطار الحاسوب، والتوجيه الأوربي لسنة 1995م، والتوجيه الأوربي رقم CE-85-2002 بتاريخ 12 يوليو 2002م بشأن معالجة البيانات الشخصية والحياة الخاصة في إطار الإنترنت، والذي تضمن موعد تنفيذها بتشريعات الدول الأوربية ابتداءً من 31 أكتوبر 2003، وقد تضمنت تلك الاتفاقيات الأطر والضمانات التي يجب على الدول مراعاتها أثناء تجميع وتخزين ومعالجة وتبادل البيانات، فتقرر المسؤولية والجزاء لكل من يملك معلومات خاصة إذا تم نشرها بشكل غير دقيق، وقررت معاقبة كل من يُعد بياناً بالمعالجة حول طبيعة المعلومات، كما تقوم تلك الاتفاقيات والتوجيهات على ردع كل محاولة رقابية على الإنترنت، بحيث ألزمت الدول الأعضاء بفرض عقوبات على العدوان على البيانات الشخصية. يُراجع: عمر محمد أبو بكر بونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، مرجع سابق، ص598، 599.

المعالجة الآلية للمعطيات أو البقاء في النظام، أو أفعال التلاعب بالمعطيات المخزنة بنظام المعالجة الآلية للمعطيات، سواءً تمثلت بالحو أو الازالة أو التعديل ، كذلك أي فعل من الأفعال التي تتم عن طريق التعامل مع المعطيات غير الشرعية التي ترتكب بها الجرائم المعلوماتية أو الناتجة عن ارتكاب جريمة معلوماتية؛ ومنها أفعال النشر لمحتوى الخصوصية المتحصل عليه من اقتراف إحدى جرائم المعلوماتية إذا كان يمس الخصوصية، وكذلك فعل التصميم للبرامج التي يمكن أن يتم بواسطتها انتهاك خصوصيات الأشخاص من خلال بياناتهم المخزنة في نظم المعلومات وأجهزة الحاسوب والهواتف الذكية<sup>(1)</sup>، إضافةً إلى الدخول على مواقع التواصل الاجتماعي<sup>(2)</sup>. وقد نكون بصدد تعدد مادي للجرائم في مثل هذه الحالات؛ ومثال ذلك: ارتكاب جريمة دخول إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وجريمة اعتداء على الخصوصية.

## 6. الأفعال التقليدية المكونة للركن المادي:

يقوم الركن المادي في جرائم الاعتداء على الخصوصية في القانون اليمني والقانون الجزائري على عدة أفعال، منها:

- فض أو احتجاز أو إتلاف المراسلات.
  - الاستماع أو التسجيل أو النقل للمحادثات التي تجري في مكان خاص أو عن طريق الهاتف.
  - الالتقاط أو النقل لصورة شخص من مكان خاص.
  - التهديد بإذاعة الأسرار الخاصة.
- وهذه الأفعال من شأنها أن تؤدي إلى فض أو احتجاز أو إتلاف المراسلات، أو الاستماع أو التسجيل أو النقل للمحادثات التي تجري في مكان خاص أو عن طريق الهاتف، أو الالتقاط أو النقل لصورة شخص من مكان خاص أو التهديد بإذاعة الأسرار الخاصة.

(1) بلغ عدد مستخدمي الهاتف حتى نهاية 2017 (3,790 مليار)، وهذا العدد الهائل من مستخدمي الهاتف الذكي يدل على أن خصوصيات الأفراد باتت معرضة للانتهاك بشكل أكثر من ذي قبل وبات الهواتف الذكية بما يجوي أو يمكن تحميل البرامج الخاصة بالاختراق واستخدامه في ذلك يمثل خطورة على الحق في الخصوصية. يُراجع: بارق منتظر عبدالوهاب لامي، جريمة انتهاك الخصوصية عبر الوسائل الإلكترونية في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2017، ص27.

(2) بلغ عدد مستخدمي الإنترنت في عام 2018 حوالي (4.021 مليار)، بزيادة تبلغ 7٪ سنوياً، وعدد مستخدمي وسائل التواصل الاجتماعي في عام 2018 أصبح (3.196 مليار)، أي بزيادة 13٪ سنوياً، كما بلغ عدد مستخدمي الهواتف المحمولة في عام 2018 حوالي (5.135 مليار)، بزيادة 4٪ سنوياً، يُراجع: جريدة إيلاف الإلكترونية س.د. 15:11 يوم الجمعة الموافق 2019/9/6 على الرابط:

<https://elaph.com/Web/Opinion/2018/3/1196481.html>

فإذا ما تحققت الأفعال السابقة فإن الركن المادي في جريمة الاعتداء على الحق في الخصوصية يكون متوافراً، ومن ذلك قيام الجاني بنشر صور أو تعليقات أو أخبار تتعلق بالحياة الخاصة بطريق العلانية ولو كانت هذه الصور أو الأخبار صحيحة<sup>(١)</sup>. وتأسيساً على ذلك، فلا يجوز الاطلاع على المراسلات إلا من مرسلها أو المرسل إليه بصرف النظر عن المعلومات التي تتضمنها، حتى لو لم تتضمن معلومات تتعلق بالحياة الخاصة، لما للمراسلات من حرمة تقتضي احترامها وعدم الاطلاع عليها أو كشف مضمونها. وكذلك فإن المكالمات الهاتفية قد تكون محلاً لتبادل الأسرار، ومن ثم فإن فعل التنصت عليها ومعرفة فحواها يدخل في إطار التحريم إذا تم التسجيل أو النقل أو الاستماع بأي جهاز كان. وبالتالي تقوم الجريمة إذا قام الجاني بإذاعة أو تسهيل أو استعمال مستند تم الحصول عليه عن طريق الالتقاط بأي جهاز كان.

### ثالثاً: الركن المعنوي:

يتخذ الركن المعنوي في هذه الجريمة صورة القصد الجنائي العام باعتبار أنها جريمة عمدية، يكفي لتحقيقها أن يكون الشخص عالماً بحقيقة الفعل الذي يقوم به وقت فضه للرسالة، أو سماعه للمحادثة، أو التقاطه للصورة في مكان خاص، أو إذاعته للسر، أو تسهيل أو استعمال مستند مما يعد محصوراً عليه استعماله أو إذاعته، كونه يتعلق بالحياة الخاصة للآخرين، أو غير ذلك من الأفعال المشار إليها أثناء إيضاح الركن المادي للجريمة. كما يشترط بجانب العلم أن تكون إرادة الجاني متوفرة آنذاك وتهدف إلى الإقدام على ارتكاب الجريمة، وأن تكون الإرادة حرة وواعية.

ويتطلب لتوافر الركن المعنوي في بعض جرائم المعلوماتية القصد الخاص؛ كأن تكون الجريمة المرتكبة هي جريمة الدخول إلى النظام، ويكون لدى الجاني نية بارتكاب جريمة أخرى قد تتمثل في إحدى جرائم الاعتداء على الخصوصية في مجال المعلوماتية؛ مثل الاعتداء على البيانات المتعلقة بالخصوصية أو افشائها مع علم المجرم أنه يقوم بجريمة دخول إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات ولا يشترط أن تتعاصر نية الدخول إلى نظام المعالجة مع نية اقتراف الجريمة الأخرى<sup>(٢)</sup>.

(١) محمد عبدالله الكعبي، مرجع سابق، ص 113.

(٢) جرمت بعض التشريعات الافشاء غير المشروع للمعلومات المبرجة آلبا بغض النظر عن طبيعة المعلومات التي تم افشاؤها قد تم الحصول عليها نتيجة دخول غير مشروع لنظام الحاسب الآلي، ومن تلك القوانين القانون الفدرالي لجرائم الحاسب الآلية لعام 1984، يُراجع: نائلة عادل محمد فريد قورة، مرجع سابق ص 276، 370.

## رابعاً: العقوبة:

فيما يلي نبين نصوص قانوني الجرائم والعقوبات اليمني وقانون العقوبات الجزائري حول هذه الجرائم كما يلي:

## 1. عقوبة جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة في مجال المعلوماتية في القانون اليمني.

أورد قانون الجرائم والعقوبات اليمني عدداً من النصوص التي تعاقب على الاعتداء على الحياة الخاصة، نبينها كما يلي:

- الحبس مدة لا تزيد على سنة أو الغرامة لكل من فتح بغير حق خطاباً مرسلًا إلى الغير أو احتجز رسالة أو برقية هاتفية، أو اختلس، أو أتلف إحدى هذه المراسلات، أو أفضى بمحتوياتها إلى الغير ولو كانت الرسالة قد أرسلت مفتوحة أو فتحت خطأ أو مصادفة، وتضاعف العقوبة إلى سنتين أو الغرامة إذا ارتكبت الجريمة من موظف عام إخلالاً بواجبات وظيفته (255 ق.ج.ع.ي).
- الحبس مدة لا تزيد على سنه أو بالغرامة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء الجني عليه المادة (256 ق.ج.ع.ي):
  - أ- استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيّاً كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق الهاتف.
  - ب- ألتقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيّاً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.
- فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضاء هؤلاء يكون مفترضاً، المادة (256 ق.ج.ع.ي).
- ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماد على سلطة وظيفته. ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو إعدامها، المادة (256 ق.ج.ع.ي).
- الحبس مدة لا تزيد على سنتين أو الغرامة لكل من أذاع أو سهل إذاعة، أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بإحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة- 256 - و كان ذلك بغير رضاء صاحب الشأن، المادة (257 ق.ج.ع.ي).

- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الأمور التي تم الحصول عليها بإحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتمادا على سلطة وظيفته، المادة (257 ق.ج.ع.ي).
- ويجرم في جميع الأحوال بعقوبة تكميلية تتمثل بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة ومحو التسجيلات المتحصلة عنها، المادة (257 ق.ج.ع.ي).

## 2. عقوبة جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة في مجال المعلوماتية في القانون الجزائري: أورد قانون العقوبات

الجزائري عدداً من النصوص التي تعاقب على الاعتداء على الحياة الخاصة، نبينها كما يلي:

- الحبس من شهر واحد (1) إلى سنة (1) واحدة، وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين لكل من يفض أو يتلف رسائل أو مراسلات موجهة إلى الغير وذلك بسوء نية في غير الحالات المنصوص عليها في المادة (137)<sup>(1)</sup>.
  - الحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج لكل من التقط أو سجل أو نقل مكالمات أو أحاديث أو صور خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه.
  - ويعاقب بنفس العقوبة المذكورة في الفقرة السابقة كل من احتفظ، أو وضع، أو سمح بوضع في متناول الجمهور أو الغير، أو استخدم بأية وسيلة كانت، التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المشار إليها في الفقرة الأولى.
  - يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة.
- كما أن العقوبات التي تضمنها قانون العقوبات الجزائري في الفصل الخاص بتحريم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للعقوبات لا تقتصر على جريمة الدخول والبقاء أو التلاعب بالمعطيات إلى غير ذلك من الجرائم، ولا علاقة لها بعقوبة الاعتداء على الخصوصية التي يفترض أن تكون لها العقوبة الخاصة بها ما لم تنطبق عليها العقوبة التقليدية.

(1) الحالات المنصوص عليها في المادة (137) ع.ج. تتعلق بعقوبة فض أو اختلاس أو إتلاف الرسائل أو البرقيات من قبل موظفي ومستخدمي مصلحة البريد أو البرق أو المندوبين، حيث تكون العقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 10.000 دج إلى 100.000 دج.

## المطلب الثاني

## مدى إمكانية تطبيق النصوص القانونية التقليدية على جرائم الاعتداء على الحياة الخاصة

بالنظر إلى نصوص قانون العقوبات اليمني والجزائري ومدى إمكانية تطبيقها على جريمة الاعتداء على البيانات الاسمية المعالجة آلياً يثار التساؤل حول مدى إمكانية تطبيقها؟ وهل أخذاً بالرأي القائل بصلاحيته النصوص التقليدية للانطباق على جريمة الاعتداء على الخصوصية في مجال المعلوماتية؟ لأن الفارق في ارتكاب الجريمة لا يكمن سوى في تغيير الوسيلة، فبينما كانت الجريمة ترتكب بالوسائل التقليدية أصبحت ترتكب بوسائل حديثة، وذلك لا يغير من نوع الجريمة، وبالتالي فإن العقوبة التي كانت تطبق عليها في صورتها التقليدية هي ذات العقوبة التي يجب أن تطبق عليها في صورتها المستحدثة<sup>(١)</sup>.

أم أن النصوص التقليدية في قانون العقوبات اليمني والجزائري لا تفي بمواجهة جرائم الاعتداء على البيانات الاسمية المعالجة آلياً، أخذاً بالرأي القائل بعدم صلاحية النصوص التقليدية لمواجهة جرائم الاعتداء على الخصوصية في مجال المعلوماتية، نبين ذلك على النحو الآتي:

## أولاً: بالنظر إلى الأفعال وفقاً للنصوص القانونية:

من خلال استعراض نصوص مواد قانون العقوبات اليمني والجزائري، ومنها المواد: (255، 256، 257) من قانون العقوبات اليمني، والمواد: (303، 303 مكرر، 303 مكرر1) من قانون العقوبات الجزائري، يتضح بأن تلك المواد تقرر حماية الحياة الخاصة للأفراد، بإحاطة مراسلاتهم، أو محادثاتهم العادية أو الهاتفية بالحماية، المتمثلة بعدم فض الرسائل، أو إتلافها، أو الاطلاع على مضمونها، وكذا إحاطة أوضاعهم الحياتية بسياج من السرية بما يكفل منع الاعتداء عليها من فرد أو سلطة<sup>(٢)</sup>.

ومحل التجريم وفقاً لهذه المواد، يتمثل في الحصول على حديث أو صورة لشخص في مكان خاص، أو الحديث في الهاتف بصورة غير قانونية، إضافة إلى تجريم الاعتداء على سرية الاتصالات الشخصية عن طريق تجريم إذاعة أو تسهيل إذاعة المستندات أو التسجيلات المتحصل عليها، وبالتالي فإن الأفعال الداخلة في نطاق التجريم هي فعل الإذاعة لمضمون تسجيل أو مستند، وكذلك فعل تسهيل الإذاعة ويقصد به تقديم العون والمساعدة لإفشاء مضمون التسجيل أو المستند. بالإضافة إلى فعل الاستعمال للتسجيل أو المستند.

(١) محمد عبيد الكعبي، مرجع سابق، ص 138 وما بعدها، كذلك فقد أخذ بهذا الرأي: حسام الدين اللاهوتي، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسوب الآلي، ص 10. وعمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسوب الآلي وأبعادها الدولية، دراسة نقدية وتحليلية لنصوص التشريع المصري مقارنةً بالتشريع الفرنسي، ط 2، 1995، ص 9، مشاراً إليهما لدى: عفيفي كامل عفيفي، مرجع سابق، ص 294.

(٢) عفيفي كامل عفيفي، مرجع سابق، ص 274.

وبهذا الشأن، نرى أن من تلك الأفعال ما يمكن أن ترتكب بواسطة النظم المعلوماتية، ومنها ما لا يمكن ارتكابها بواسطتها، ومن التي يمكن ارتكابها بواسطة نظم المعلوماتية على سبيل المثال جريمة فتح الرسائل البريدية، إذ يمكن أن تتحقق بفض الرسائل الإلكترونية المخزنة في البريد الإلكتروني، والفارق في الجريمتين هي الوسيلة فقط، حيث يتم فضها إما بطريقة يدوية للرسائل العادية، أو بطريقة إلكترونية للرسائل الإلكترونية، بعد القيام بعملية اختراق أو دخول إلى النظام المعلوماتي<sup>(١)</sup>.

وإذا كان ذلك بالنسبة لفتح الرسالة، فإن نص المادة (255) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني قد أوردت ألفاظاً أخرى في مجال الاعتداء على خصوصية الرسائل، وهي احتجاز الرسالة، أو إتلافها، أو اختلاسها، واقتصرّت المادة (303) من قانون العقوبات الجزائري على فعل الإتلاف بجانب الفض، وبالنظر إلى تلك الأفعال يلاحظ بأنها أفعال مادية تقتضي إما الإتلاف المادي للرسالة بتمزيقها، أو الاختلاس كفعل مادي يتم به اختلاس الرسالة وحيازتها مادياً، أو احتجازها، بخلاف الألفاظ التي يمكن التعامل معها في مجال المعلوماتية؛ ومنها بدل الإتلاف بالتلاعب بالبيانات التي تضمنتها الرسالة أو محو تلك البيانات، وبالتالي فإذا كان بالإمكان تطبيق المادتين فيما يخص فتح أو فض الرسالة على الرسائل المخزنة في البريد الإلكتروني، فقد لا تتناسب مع باقي الأفعال، ويترتب على ذلك أن على المشرع اليمني والمشرع الجزائري إعادة النظر في نصي المادتين، وإضافة ما يدل على شمولية النص لخصوصية الرسائل الإلكترونية.

أما بالنسبة فيما يتعلق بخصوصية المحادثات التي تتم في مكان خاص، وذلك بعدم جواز التقاطها، أو تسجيلها، أو نقلها، وكذلك الصور، وفقاً لنص المادة (256) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، والمادة (303 مكرر) من قانون العقوبات الجزائري، فالملاحظ بأن القانون الجزائري بالنسبة للتقاط أو تسجيل أو نقل المكالمات أو الأحاديث الخاصة أو السرية، وكذلك التقاط وتسجيل ونقل صور شخص من مكان خاص، قد توسع في تجريمها أكثر من المشرع اليمني بالنص على تجريم ارتكاب تلك الأفعال بأي تقنية كانت، مما يوحي بإمكانية ارتكاب تلك الأفعال بالوسائل الإلكترونية، فيمكن إدخال التقاط أو تسجيل أو نقل المحادثات التي تتم عبر الإنترنت كمحادثات تتمتع بالخصوصية في التجريم، طالما تمكن المتهم من التقاطها أو تسجيلها أو نقلها، ويلاحظ أيضاً بأن المشرع الجزائري قد اعتمد في تقرير خصوصية المحادثة على نوع المحادثة نفسها وليس على

(١) ففي إحدى القضايا قضت محكمة دبي الابتدائية ببراءة متهم من تهمة فض الرسائل الواردة إلى بعض موظفي مؤسسة الإمارات للاتصالات، والمسجلة على البريد الإلكتروني للمؤسسة، وذلك بقيام المتهم بكسر كلمة السر التي تحول دون علم الغير وإطلاعهم على الرسائل، ونسخ صور منها احتفظ بها على جهاز الحاسوب الخاص به، حيث اعتبرت المحكمة أن تلك الرسائل المنصوص عليها في قانون العقوبات لا تشمل الرسائل الإلكترونية، باعتبار أن هذه الرسائل استحدثت بعد صدور القانون. إلا أن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم وأدانت المتهم عن هذه التهمة استناداً إلى أن المادة (380) من ق.ع التي تعاقب على فض رسالة بغير رضاء من أرسلت إليه، بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة. يُراجع: محمد عبيد الكعبي، مرجع سابق، ص 143، هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 141.

المكان الذي تمت فيه من خلال العبارة: "المكالمات أو الأحاديث الخاصة أو السرية"، بخلاف المشرع اليمني الذي اعتمد في تفسير خصوصية المحادثة على خصوصية المكان وخصوصية المكالمة بقوله: "في مكان خاص أو عن طريق الهاتف"<sup>(١)</sup>.

كما أن المشرع الجزائري قد توسع في تجريم جريمة التقاط أو تسجيل أو نقل المحادثات التي تجري في مكان خاص وكذلك الصور، وذلك ما لم يفعله المشرع اليمني، حيث جرم الشروع في تلك الجريمة<sup>(٢)</sup>.

أما نص المادة (256) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني فإنه يلاحظ عليه بأنه قد جرم استراق السمع أو تسجيل أو نقل المحادثات في مكان خاص أو عن طريق الهاتف، وكلها أفعال يستدل من خلالها أنها تتم بطرق تقليدية دون تدخل التقنية الإلكترونية، ويتضح ذلك من ربط تلك الأفعال بالمكان الخاص أو عن طريق الهاتف كشرط لتحقيق الجريمة، وبالتالي فإن نص المادة سالفة الذكر يقتصر تطبيقه على تلك الأفعال، ونفس الشيء بالنسبة لالتقاط الصور من مكان خاص، ويتميز التشريع اليمني بهذا الخصوص بتجريمه لاستراق السمع للمحادثات التي تجري في مكان خاص حتى وإن لم يكن الجاني مستخدماً في ذلك أي جهاز أو تقنية، بل إنه يكفي للتجريم الاستماع خلسة لتلك المحادثات بالأذن، وذلك لم يتضمنه التشريع الجزائري.

إضافةً إلى أن أفعال الإذاعة أو الإفشاء لمضمون تسجيل أو مستند، أو التسهيل لإذاعة مضمون التسجيل، أو المستند، أو الاستعمال لمضمون التسجيل أو المستند ولو في غير علانية، ولو كان ذلك أيضاً بغير رضا صاحب الشأن. فهي كذلك مثلها مثل الأفعال السابقة تقتصر على الجانب المادي لا المعنوي.

ثانياً: بالنظر إلى النصوص المتعلقة بالاعتداء على الحياة الخاصة ومدى امكانية تطبيقها في حماية البيانات الاسمية المعالجة إلكترونياً:

لا جدل في أن دستور الجمهورية اليمنية، وكذلك دستور جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية لم يتضمنوا نصوصاً تتعلق بحماية البيانات الشخصية وحرية الوصول إلى المعلومات في مجال المعلوماتية، واقتصرت النصوص الموجودة على حماية المساكن

<sup>(١)</sup> تعتمد بعض التشريعات والاتجاهات في تحديد خصوصية المحادثات المتعلقة بالحياة الخاصة على معيار المكان الذي ارتكبت فيه جريمة الاعتداء على الحياة الخاصة، فإذا كان مكاناً خاصاً فإن الجريمة تكون متحققة، أما إذا كان المكان عام فلا تتحقق الجريمة، بينما يعتد أصحاب الاتجاه الآخر في تفسير الخصوصية بالنظر إلى موضوع الخصوصية ذاتها، فلا تتحقق الجريمة إلا إذا كانت المحادثة تتعلق بأمر خاص بالشخص، بغض النظر عن المكان الذي تم من خلاله الاستماع أو التقاط المحادثات الخاصة، أي حتى لو تمت تلك الأفعال في مكان عام. لمزيد من التفصيل يُراجع: عفيفي كامل عفيفي، مرجع سابق، ص 277 وما بعدها.

<sup>(٢)</sup> الفقرة (3) من المادة 303 مكرر من قانون العقوبات الجزائري رقم (06-23) المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

ودور العبادة ودور العلم من المراقبة أو التفتيش وكذا حرمة المراسلات والاتصالات وسريتها<sup>(١)</sup>. كما أن دساتير الدول العربية لم تتضمن نصوصاً دستورية تقرر حماية للبيانات الشخصية<sup>(٢)</sup>، مثلما فعلت أغلب الدساتير في الدول الأجنبية<sup>(٣)</sup>.

إضافة إلى أنه لا يوجد قانون يمني أو جزائري خاص بحماية الحياة الخاصة والبيانات الاسمية التي يتم تجميعها عن الأفراد من المخاطر الناتجة عن استخدام المعلوماتية وإنشاء بنوك المعلومات، وكذلك القوانين في الدول العربية، بخلاف القوانين في الدول الأوروبية والدول ذات التقدم التكنولوجي، حيث كيفت تشريعاتها مع ذلك التقدم وتأثيراته على الحياة الخاصة<sup>(٤)</sup>.

(١) يُراجع: نص المادة (51) والمادة (52) من دستور الجمهورية، والمادة (39) والمادة (40) من الدستور الجزائري.

(٢) لم تتضمن أي من الدساتير العربية ذكر للبيانات الشخصية أو مسائل المعالجة الإلكترونية على نحو ما هو موجود في دساتير الدول الأجنبية، عدا النصوص المتضمنة لحماية الخصوصية كمبدأ عام، فلا يوجد أي دستور عربي ينص على حماية البيانات الشخصية صراحة، أو على حق المواطنين في معرفة بياناتهم الشخصية والسيطرة عليها بأي مظهر من مظاهر السيطرة، أو حتى طلب التصحيح أو التحديث أو التعديل. كما لا يوجد أي دستور عربي يقيد إجراءات جمع البيانات وتخزينها واستخدامها من قبل السلطات العامة بالخضوع للقانون أو للغرض المشروع. ولا يوجد حظر على استخدام وسائل التعريف وكشف الحريات المستخدمة في النظم القانونية العربية. يُراجع: يونس عرب، حماية الخصوصية، مقال منشور على موقع عرب قانون، على الرابط الإلكتروني:

[www.arablaw.org/Download/Privacy\\_ArabWorld\\_Article.doc](http://www.arablaw.org/Download/Privacy_ArabWorld_Article.doc)

(٣) تضمنت غالبية إن لم يكن كافة دساتير التسعينات في الدول الأجنبية نصوصاً واضحةً وصريحةً بشأن حماية البيانات الشخصية بما فيها: مفهوم خصوصية المعلومات، والحق في الوصول للمعلومات، حرية المعلومات، فقد أقرت صراحة حماية الحياة الخاصة ومنع انتهاكها والحق في خصوصية المعلومات وحماية البيانات الشخصية وتقييد أنشطة جمعها ومعالجتها ونقلها واستخدامها على نحو يوفر حماية لحياة الأفراد الخاصة من مخاطر تقنية المعلومات واستخداماتها في أنشطة معالجة البيانات الشخصية، كما أقرت الحق في الحصول على المعلومات من أي مصدر والوصول للسجلات والوثائق والمعلومات العامة، وقيدته باعتبارها المصالح الوطنية العليا وحقوق الأفراد، ومن تلك الدساتير: الدستور النمساوي تناول ذلك في المادة (1)، والدستور الإسباني في المادة (18)، والدستور البرتغالي في الفقرة (1) من المادة (35)، وفي أواخر عام 2004م، قامت كافة الدول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي بالتوقيع على الاتفاقية المنشأة لدستور أوروبا، والذي يقرر بأن كل فرد لديه الحق في حماية بياناته الشخصية أو الاسمية المتعلقة به. يُراجع: عفيفي كامل عفيفي، مرجع سابق، ص 287، 288، ويُراجع أيضاً: يونس عرب، الخصوصية وحماية البيانات في البيئة العربية، منشور على

الرابط الإلكتروني: [www.arablaw.org/Download/Privacy\\_ArabWorld\\_Article.doc](http://www.arablaw.org/Download/Privacy_ArabWorld_Article.doc)

وكذلك يُراجع: التقرير الدولي للخصوصية وحقوق الإنسان 2005، ترجمة: عمر محمد أبو بكر يونس، موقع الجمعية الليبية للقانون والإنترنت، تاريخ الدخول: السبت 2008/11/1، على الرابط الإلكتروني:

<http://www.cyberlaw.org.ly/modules/news/print.php?storyid=13>

(٤) تم إصدار قوانين جديدة تتعلق بحماية حق الفرد في الخصوصية وحماية البيانات ومنها: القانون الأسترالي الصادر في 9 مارس 1982 والمعدل في 1983 بشأن حرية المعلومات، وينظم القواعد التي يتم بها نقل البيانات عبر الحدود، وقانون السجلات الخاصة بالدماركي رقم (293) الصادر في 8 يونيو 1978 حيث يتطلب الحصول على ترخيص لنقل البيانات خارج الدماركي في حالة تطلب تصريح بذلك لنشرها داخل الدماركي، والقانون السويدي رقم (289) الصادر في 11 مارس 1972 والمعدل بالقانون رقم (334) لسنة 1979 والقانون رقم (446) لسنة 1982 حيث يتطلب لنقل البيانات عبر الحدود الحصول على تصريح بذلك من هيئة الرقابة على البيانات، والقانون رقم (78-17) الصادر في 6 يناير 1978 والخاص بالمعلوماتية وملفات البيانات والحريات الفردية والعامة، كذلك قانون لوكسمبرج الصادر في 31 مارس 1979 الخاص بتنظيم المعالجة الآلية للبيانات الاسمية والذي يتطلب الحصول على تصريح قبل إنشاء أو استغلال أو استعمال بنك البيانات، وقانون نيوزلندا الصادر في 17 ديسمبر 1982 بشأن المعلومات الرسمية، والقانون الكندي الخاص بالتوصل للمعلومات، ونظيره الخاص بالخصوصية الصادر في 28 يونيو 1982 والذان بدأ نفاذهما في أول يوليو 1983، والقانون الأمريكي الخاص بتقرير الائتمان العادل، لمزيد من التفصيل يُراجع: هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 362 وما بعدها.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالحياة الخاصة في القانون اليمني والقانون الجزائري، نجد أنهما قد اقتصرتا على حماية الحياة الخاصة بمظهرها المادي فحسب وذلك بتجريم فض، أو الاطلاع على المراسلات، أو إتلافها، وكذلك التقاط أو تسجيل أو نقل المحادثات التي جرت في مكان خاص أو عن طريق الهاتف، بالإضافة إلى التقاط الصور في مكان خاص، وغيرها من الأشياء المتعلقة بالخصوصية -إفشاء الأسرار من قبل المؤمنین عليها، ضمانات التفتيش أو الضبط -واشترطت في كل تلك الأفعال أن تكون بدون رضاء صاحب الشأن.

وإذا ما أردنا تطبيق تلك النصوص على المساس بالبيانات الاسمية المتعلقة بالحياة الخاصة سواء أكانت مخزنة أم معالجة أم منقولة من نظام إلى آخر نجد بأن من تلك النصوص، نصوص اقتصر على توفير الحماية الجنائية للمحادثات العادية، أو الهاتفية أو صورة الإنسان، وذلك يؤكد عدم صلاحيتها لتوفير الحماية الجنائية للمعلومات والبيانات المحررة أو المسجلة بأي وسيلة أخرى، حيث أن موضوع الحياة الخاصة أكبر بكثير من مجرد توفير الحماية للمحادثات والصور والمراسلات<sup>(١)</sup>.

الجدير بالذكر، إن تلك النصوص ليس لها علاقة بمواجهة الاعتداء على الحياة الخاصة المتعلقة بالبيانات الاسمية، لأن تلك البيانات ذات كيان معنوي - موجات كهرومغناطيسية- بخلاف تلك النصوص التي وضعت لمواجهة الجريمة في صورتها المادية. ويرجع ذلك إلى أن:

1. الحاسوبات تُعد إضافة ذات أوجه مستجدة وخطيرة نتيجة لما تقوم به من تخزين الكم الهائل من البيانات، ومعالجتها، ونقلها، بحيث تفوق ما كانت عليه الطرق اليدوية، ولا وجه للمقارنة<sup>(٢)</sup>.
2. إن مخاطر الحاسوبات لا تقتصر على تخزين الكم الهائل من البيانات ولا على السرعة في عملها، بل تتعدى ذلك إلى إمكانية استخراج تلك البيانات من ذاكرة الحاسوب، ومن ثم الاطلاع عليها، وقد تكون تلك البيانات متصلة بالحياة الخاصة، وبالتالي فإن ثمة خطورة ناتجة عن الحاسوبات الآلية تتمثل في تمييزها عن الوسائل التقليدية بأنها تكون ذات ذاكرة مستديمة، يحتمل أن لا تُمحي البيانات المخزنة فيها، بل أنه توجد برامج يستطيع بواسطتها استعادتها ما تم محوها<sup>(٣)</sup>.
3. إن الحاسوبات تمثل خطورة من حيث إمكانية مقارنة البيانات المخزنة بها، خاصةً عندما تكون مرتبطة بشبكة معلومات، ويترتب على ذلك إمكانية التوصل إلى بيانات تتعلق بالحياة الخاصة، ما كان سيتم التوصل إليها لولا تلك الأنظمة<sup>(٤)</sup>.

(١) عفيفي كامل عفيفي، مرجع سابق، ص 281.

(٢) عفيفي كامل عفيفي، المرجع السابق، ص 294.

(٣) هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 180.

(٤) هشام محمد فريد رستم، المرجع السابق، ص 183.

وقد أظهرت الجهود الدولية إضافة إلى الدراسات الجنائية عدم كفاية النصوص التقليدية المتعلقة بإفشاء الأسرار، وحماية الحوادث والرسائل وغيرها من النصوص التي اقتضت على الجانب المادي في الخصوصية، لحماية خصوصيات الأفراد في مواجهة تهديدات ومخاطر تقنية المعلومات، ويتطلب من المشرع اليمني والمشرع الجزائري أن يستجيبا لتلك الجهود بإصدار قانون لكل منهما لحماية الخصوصية، والتركيز على حماية البيانات في مواجهة أخطار الحاسوب كبنوك للمعلومات، أو على الأقل أن يضمنا قانونا العقوبات في كلا البلدين نصوصاً قانونية لحماية الخصوصية في مجال المعلوماتية بما فيها البيانات الاسمية ذات العلاقة بالحياة الخاصة، كما فعلت مؤخرا بعض التشريعات العربية<sup>(1)</sup>، وخاصة المشرع الجزائري الذي عليه أن يستكمل المشوار الذي بدأ به في تجريمه المساس بأنظمة المعالجة الآلية للبيانات، وبهذا الصدد فإن على المشرع في كلا البلدين أن يستفيد من الاتفاقيات والتوصيات الدولية والتشريعات الاتفاقية الأوربية لحماية الأشخاص من مخاطر المعلومات المعالجة آلياً والتي أصبحت سارية المفعول من سنة 1985<sup>(2)</sup>، حيث راعت أمور أساسية لا يجب إغفالها ومنها:

- أ- أن يكون الحصول على المعلومات بطرق وأساليب مشروعة مع توفر علم ورضا صاحب الشأن.
- ب- أن تستخدم البيانات في الغرض الذي أنشئت من أجله وفي أضيق الحدود، وأن تكون دقيقة وكاملة.
- ج- أن تحاط البيانات بإجراءات وتدابير أمنية أثناء جمعها ومعالجتها وتخزينها و نقلها.
- د- أن يكون للأشخاص الذين تخصمهم حق الوصول إليها وحق الرقابة عليها لمعرفة مدى صحتها.
- هـ- أن تكون السياسة العامة للتطوير والخطط والتطبيقات المتعلقة بالبيانات ذات الطبيعة الشخصية متاحة للكافة معرفتها.
- و- مسألة المقصرين المنوط بهم التعامل مع تلك البيانات والمعلومات الهامة ذات الصبغة الشخصية.

(١) ومن القوانين العربية التي حرمت الاعتداء على الخصوصية في مجال المعلوماتية قانون الإمارات العربية المتحدة رقم (5) لسنة 2012 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وكذلك المرسوم السلطاني رقم (2001/72) المنشور في الجريدة الرسمية العمانية رقم 698 تاريخ 2001/7/1، وقانون مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي 2007، والقانون المصري رقم (175) لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وأفراداً فضلاً عن الجرائم المتعلقة بالحياة الخاصة في مجال المعلوماتية مادة (25)، وقانون جرائم تقنية المعلومات الكويتي رقم (36) لسنة 2015.

(٢) تضمنت المبادئ المذكورة القواعد الإرشادية لمنظمة التعاون الاقتصادية والتنمية والتي أصبحت سارية المفعول من أول أكتوبر 1985 بعد التوقيع عليها من عدد من الدول منها: النمسا، وبلجيكا، وكندا، والدنمارك، وفنلندا، وفرنسا، وألمانيا الاتحادية قبل اتحاد الألمانيتين، واليونان، وإيطاليا، واليابان، ولوكسمبورج، والمملكة المتحدة، والولايات المتحدة، وهولندا، والنرويج، وإسبانيا، وسويسرا، وتركيا. وهذه القواعد تعتبر إرشادية وغير ملزمة من وجهة نظر قانونية للدول الأعضاء ونطاق تطبيقها يشمل القطاعين الحكومي والخاص، وكذلك المعالجة الآلية وغير الآلية للبيانات، ونطاق تطبيقها يقتصر على الأشخاص الطبيعيين، وهي تتشابه مع القواعد الإرشادية من خلال المبادئ العشرة التي تضمنتها، إلا أنها أكثر تحديداً ودقة، حيث تشمل المحاور التي تدور هذه المبادئ حولها على ضرورة كون البيانات صحيحة ودقيقة ومستمدة بطرق مشروعة، ومدة حفظها محدودة زمنياً، وعدم إفشائها في غير الأغراض المحددة لها، وحق الشخص المعني في التعرف عليها وتصحيحها وحمايتها وتعديلها، وإحاطتها بسياج أمني يكفل حمايتها، وتحديد الأشخاص والجهات المختصة لهم الاطلاع أو الوصول إليها وإخضاعهم لتقيد الالتزام بالسرية المهنية، كما أقرت مبدأ الانفتاح والمساءلة، للمزيد يُراجع: هشام محمد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 356 وما بعدها.

## الخاتمة:

من خلال ما تم عرضه في إطار هذا البحث الذي بين أركان جريمة الاعتداء على الخصوصية بصورتها التقليدية ومقارنتها بالأفعال التي تقترب بواسطة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ومن ثم معرفة مدى إمكانية تطبيق النصوص التقليدية في قانون العقوبات اليمني والجزائري لمواجهة ذلك النوع المستحدث من الإجرام، ومدى الاحتياج لنصوص قانونية مستحدثة، فقد تم التوصل إلى عدد من النتائج إضافةً إلى عدد من التوصيات نوردتها على النحو الآتي:

## أولاً: النتائج: تبين من خلال هذا البحث:

1. إن الدساتير العربية لم تتناول الحماية للبيانات الشخصية والرسائل الإلكترونية، خلافاً للدساتير والقوانين الأجنبية.
2. إن القوانين العربية باستثناء بعض القوانين - في السنوات الأخيرة - لم تتناول الحماية للبيانات الشخصية والرسائل المعالجة إلكترونياً، أسوأً بالقوانين الأجنبية؛ ومنها القانون اليمني والجزائري، حيث لم يتضمنها نصوصاً قانونية تعنى بالحماية الجنائية للبيانات الشخصية المعالجة آلياً، باستثناء النصوص المستحدثة بالقانون الجزائري التي وفرت حماية للجرائم المعلوماتية المستحدثة.
3. تعامل المشرع اليمني والمشرع الجزائري مع جريمة الاعتداء على الخصوصية في مجال المعلوماتية على أن المساس بها يشمل الجانب المادي للحياة الخاصة فحسب دون الإخذ في الاعتبار التطور في الجانب التقني والمعلوماتي لتصبح فيه الحياة الخاصة مهددة بسبب المعلومات المخزنة والمعالجة والمنقولة من نظام معلوماتي إلى آخر.
4. إن أغلب التشريعات العربية - ومنها التشريع اليمني والتشريع الجزائري - لم تصدر قانوناً خاصاً لحماية خصوصية الإنسان والبيانات الاسمية عندما ترتكب الجريمة بواسطة تقنية المعلومات، كما لم تتضمن نصوصاً مستحدثة في قانوني الجرائم والعقوبات لكلا الدولتين بذات الخصوص.
5. اقتصرت الحماية الجنائية للحق في الخصوصية في قانوني الجرائم والعقوبات القانون اليمني الجزائري، على النصوص التقليدية، وهذه النصوص لا تفي كل صور الاعتداءات على الخصوصية.
6. عدم وجود الوعي الرقمي لاستخدام الهاتف الذكي ومواقع التواصل الاجتماعي ومواقع الانترنت كجزء أساسي في توفير الحماية للبيانات الشخصية.

## ثانيا: التوصيات:

- 1- يوصي الباحث المشرع اليمني إصدار قانون للجرائم المعلوماتية وتضمينه النصوص القانونية التي توفر الحماية الجنائية للخصوصية في مجال المعلوماتية، أو تعديل نصوص قانون العقوبات وتضمينه النصوص التي توفر الحماية الجنائية من مخاطر الجرائم المعلوماتية؛ بما فيها الجرائم المتعلقة بالحياة الخاصة .
- 2- يوصي الباحث المشرع الجزائري بإدخال تعديلات في النصوص القانونية لقانون العقوبات وبالتحديد بالقسم السابع المعدل والمتمم لقانون العقوبات والخاص بتجريم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، تتضمن تجريم الافعال التي ترتكب بها جريمة الاعتداء على الخصوصية في مجال المعلوماتية.
- 3- يوصي الباحث المشرع اليمني أن يقوم بالتدخل بنصوص قانونية تمنع أي جهة من إعطاء معلومات إلى جهة أخرى مختلفة عنها في الهدف، وإذا ما سمح قانوناً بمثل هذا الأمر فلا بد وأن تحكمه ضوابط وقيود يتم من خلالها المحافظة على الحق في الخصوصية.
- 4- يوصي الباحث الجهات المعنية المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات والجهات المعنية بتشريع وتطبيق القانون وضع برنامج توعوي وتكثيف الجهود في مجال التوعية، للحد من جرائم الاعتداء على الخصوصية في مجال المعلوماتية، ويتعين نشر الوعي الرقمي لمستخدمي أجهزة الحاسوب والأجهزة الذكية وكل ما يتعلق بوسائل تكنولوجيا المعلومات.

## قائمة أهم المراجع

أولاً: المراجع العامة والمتخصص:

1. د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي العام، الديون الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
2. د. أحمد خليفه الملط، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005م.
3. د. خالد عبد الباقي الخطيب، الجرائم الواقعة على الأشخاص، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ج2، 2010م.
4. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، الأحداث والإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2002.
5. د. عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية، بدون ذكر دار النشر، ط2، 2000م.
6. د. مصطفى محمد موسى، أساليب إجرامية بالتقنية الرقمية، دار الكتب والوثائق القومية المصرية، القاهرة، ط1، 2003.
7. د. نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي، القاهرة، ط1، 2005.
8. د. هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، أسيوط، جمهورية مصر العربية، بدون تاريخ طبعة.

ثانياً: الرسائل العلمية:

1. د. أيمن عبد الحفيظ عبد الحميد سليمان، استراتيجية مكافحة الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسوب الآلي دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في علوم الشرطة، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 2003.
2. بارق منتظر عبد الوهاب لامي، جريمة انتهاك الخصوصية عبر الوسائل الالكترونية في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2017.
3. عمر محمد أبو بكر يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
4. محمد عبد الله الكعبي، الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع الشبكة الإنترنت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004.
5. محمود أحمد عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005.

6. نخلا عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2007م.

#### ثالثاً: التشريعات:

1. دستور الجمهورية اليمنية.
2. دستور الجزائر.
3. القانون رقم 12 لسنة 1994 بشأن الجرائم والعقوبات اليمني.
4. القانون رقم (06 - 23) المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمكمل لقانون العقوبات الجزائري.

#### رابعاً: مراجع الإنترنت:

- <http://www.legislationline.org/lawmaking/country/30>
- <http://www.alflash.com/vb/showthread.php?t=2808>
- <http://www.legislationline.org/lawmaking/country/30>
- [www.arablaw.org/Download/Privacy\\_ArabWorld\\_Article.doc](http://www.arablaw.org/Download/Privacy_ArabWorld_Article.doc)
- [www.arablaw.org/Download/Privacy\\_ArabWorld\\_Article.doc \(1\)](http://www.arablaw.org/Download/Privacy_ArabWorld_Article.doc)
- <http://www.cyberlaw.org.ly/modules/news/print.php?storyid=13>
- <http://www.openarab.net/laws/2006/laws8.shtml>
- [http://www.escwa.un.org/information/meetings/editor/Download.asp?table\\_name=eventDetails&field\\_name=id&FileID=2030](http://www.escwa.un.org/information/meetings/editor/Download.asp?table_name=eventDetails&field_name=id&FileID=2030)



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences