



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences



مجلة علمية دورية محكمة

تصدر عن جامعة سبأ وأكاديمية الشرطة

العدد التاسع 2022

معامل التأثير العربي: 0.938



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences

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 مرجعًا علميًا 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 محليًا وإقليميًا وعالميًا.
- 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



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

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

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

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.د/ عنبرود الرازحي
جامعة تعز	القانون العام	أ.د/ قائد بن قائد مساعد الأسد.
جامعة تعز	علم النفس الاجتماعي	أ.د/ نبيلة عبدالكريم الشرجي
جامعة صنعاء	فقه مقارن	أ.م.د/ محمد سعد يحيى نجاد.
جامعة صنعاء	فقه مقارن	أ.م.د/ يحيى بن أحمد علي الخزان
أكاديمية الشرطة	قانون جنائي	أ.م.د/ محمد عبدالرزاق فرحان الحميدي.
جامعة المملكة/البحرين	قانون دستوري	أ.م.د/ أبو بكر مرشد فاضل الزهيرى.

مساعد رئيس التحرير
م. غيد عبدالوهاب صبره

جرافكس
م. غيد عبدالوهاب صبره

المراجعة اللغوية
أ.م.د. علي الجلال-د. خالد زهير

افتتاحية العدد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:
يسر هيئة تحرير المجلة أن تُقدم للقارئ الكريم العدد التاسع من مجلة العلوم القانونية والاجتماعية،
متضمنًا مجموعة من الأبحاث الرصينة ذات الصلة بالعلوم القانونية والاجتماعية.

ويشتمل هذا العدد على خمسة أبحاث في مجالات متنوعة من مجالات القانون، حيث تناول البحث
الأول موضوع من أهم الموضوعات المعاصرة، بعنوان: غسل الأموال بين التبعية والاستقلال في البنين
القانوني، أما البحث الثاني فكان بعنوان: الدفع بالإحالة للارتباط في قانوني المرافعات اليمني والمصري، أما
البحث الثالث فقد ناقش جريمة الاختراق الإلكتروني وطرق مواجهتها في القانون اليمني، وتطرق البحث الرابع
إلى خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، وقدم لنا البحث الخامس موضوعاً بعنوان: السيادة
وتحدياتها.

نرجو من الله تعالى أن نكون قد وفقنا في اختيار موضوعات هذا العدد، وأن تُسهم هذه الأبحاث في إثراء
الفكر القانوني والاجتماعي، وفي تلبية طموحات الباحثين والمهتمين بالمجالات القانونية والاجتماعية.

ونعد الجميع أننا لن نألو جهداً في مواصلة هذه المسيرة العلمية وتطويرها، لتكون منبراً لجميع الأقسام
المستتيرة، مرحبين بجميع المقترحات والآراء التي تخدم هذا الجانب.

وتتوجه هيئة التحرير بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان لكل من أسهم في إصدار هذا العدد، وفي مقدمتهم
الأخ الأستاذ الدكتور/ عمرو النجار رئيس جامعة سبأ، والأخ الأستاذ الدكتور/ مسعد الظاهري رئيس أكاديمية
الشرطة، وللإخوة الباحثين على إسهاماتهم العلمية القيمة التي تعالج العديد من الموضوعات القانونية
والاجتماعية، والشكر موصول للأساتذة الأفاضل الذين قاموا بتحكيم الأبحاث بأسلوب علمي متميز، والشكر
ممتد لجميع أعضاء هيئة تحرير المجلة على ما بذلوه من جهد لإصدار هذا العدد.

سائلين المولى عز وجل التوفيق والسداد.

أ.م.د/نديم التريزي

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 مستلاً 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 يُراعي 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 والانجليزية (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) للمتن، 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.

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).

٢. تسليم ثلاث نسخ من البحث مطبوعة على ورق (A٤) مع نسخة إلكترونية محفوظة على قرص مرص (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 بصلاحيته 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. جميع حقوق النشر تؤول إلى المجلة.

٥. رسوم النشر في المجلة :

أ- البحوث والدراسات المرسله من داخل الجمهورية اليمنية ٢٠ الف ريال يمني.

ب- البحوث والدراسات المرسله من الدول العربية ١٠٠\$.

ج- البحوث والدراسات المرسله 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 and Social Sciences

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

جدول المحتويات

رقم الصفحة	العنوان
٨٨ - ١	غسل الأموال بين التبعية والاستقلال في البيان القانوني د. محمد منصور الصايدي – أستاذ القانون الجنائي المساعد – كلية الدراسات العليا – أكاديمية الشرطة
١٧٠-٨٩	الدفع بالأحالة للإرتباط في قانوني المرافعات اليمني والمصري عبدالله أحمد أحمد عبدالقادر الملحاني-أستاذ المرافعات المدنية المساعد -جامعة الحديدة
٢٢١-١٧١	جريمة الاختراق الإلكتروني وطرق مواجهتها في القانون اليمني د. صالح يحيى رزق ناجي-أستاذ القانون الجنائي المساعد
٢٦٥-٢٢٢	خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني د.عبدالغني عبد الرقيب سعد الغرافي
٣١٤-٢٦٦	السيادة وتحدياتها د/ يحيى أحمد النعماني-أستاذ القانون الدستوري المساعد-أكاديمية الشرطة – كلية الشرطة



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

غسل الأموال بين التبعية والاستقلال في البيان القانوني

عنوان البحث:

د. محمد منصور الصايدي

أستاذ القانون الجنائي المساعد

كلية الدراسات العليا – أكاديمية الشرطة

ملخص البحث

معلومات البحث

هدفت هذه الدراسة إلى معرفة اتجاهي الفقه التقليدي بشأن اعتبار غسل الأموال جريمة مستقلة بذاتها أو صورة من صور المساهمة الجنائية التبعية، أو صورة من إخفاء أشياء متحصلة من جريمة.

تاريخ تسليم البحث:

١ يناير ٢٠٢٢

وقد توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج التي حاولت إزالة ذلك اللبس؛ منها: إن تكييف غسل الأموال كصورة من صور المساهمة الجنائية التبعية لا يستوعب بصورة كاملة أنشطة غسل الأموال، بل تعترضه الكثير من العقبات الموضوعية والإجرائية، كما إن تكييف غسل الأموال كصورة من صور إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة – وإن كان يمكن أن يستوعب الكثير من أنشطة غسل الأموال – يناله عددًا من أوجه النقد أيضاً، بحيث يصعب أن يصمد هذا الوصف في مواجهة الكثير من أنشطة غسل الأموال، وأخيراً فإن القول باستيعاب أو مواجهة جريمة الكسب غير المشروع أو قانون مكافحة الفساد، أو قانون مكافحة الإتجار والاستعمال غير المشروعين للمخدرات والمؤثرات العقلية لأنشطة غسل الأموال أو الحد منها، لا يصمد أمام الانتقادات الجوهرية، فضلاً عن إمكانية إفلات الجناة من غير الموظفين العموميين أو ذوي الصفة إذا تحصلوا على أموال من مصادر غير مشروعة، وبالتالي لا تتحقق المواجهة الفعالة.

تاريخ قبول البحث:

٢٠ يناير ٢٠٢٢

الباحث: د. محمد منصور الصايدي
البريد الإلكتروني:
tmsa970@yahoo.com

Abstract

This study aimed to know the two directions of traditional jurisprudence regarding considering money laundering as an independent crime or as a form of accessory criminal contribution, or as a form of concealment of things obtained from a crime.

The study reached a number of results that tried to remove this confusion; Including: The adaptation of money laundering as a form of accessory criminal contribution does not fully comprehend money laundering activities. Rather, it is encountered by many objective and procedural obstacles, and adapting money laundering as a form of concealment of things obtained from a crime - although it can accommodate many Money laundering activities - it receives a number of criticisms as well, so that it is difficult for this description to stand in the face of many money laundering activities. Money laundering or its curtailment does not stand up to substantial criticism, as well as the possibility of non-public servants or other qualified offenders escaping if they obtain funds from illegal sources, and thus effective confrontation is not achieved.

مقدمة:

غسل الأموال مصطلح ظهر في الآونة الأخيرة – أي في نهاية الثمانينيات من القرن العشرين – وهو بطبيعة الحال نشاط يهدف إلى إخفاء المصدر غير المشروع للأموال المراد غسلها والتي أكتسبت من أنشطة غير مشروعة، وذلك بالقيام بعمليات معقدة مصرفية أو غير مصرفية، وصولاً إلى استثمارها في مجالات مشروعة متنوعة، بحيث تنقطع الصلة بين تلك الأموال المتحصلة من جريمة وبين أصلها ومصدرها غير المشروع.

وغسل الأموال من الجرائم ذات البعد الاقتصادي؛ إذ غالباً ما ترتبط بالجرائم المنظمة وغيرها، لا سيما جرائم المخدرات والإتجار غير المشروع بالأسلحة والذخائر، والقرصنة، وجرائم الفساد والإتجار بالبشر والإرهاب واختطاف أو أخذ واحتجاز الرهائن وتقييد حريتهم، والتزوير والتزييف، وجرائم البيئة، والتهرب الضريبي والجمركي وغيرها من الجرائم؛ فلم يعد غسل الأموال مرتبطاً بالإتجار بالمخدرات فحسب – كما كان سائداً – بل أصبح إجراءً لازماً وضرورياً لأي نشاط إجرامي تتحصل منه أموال غير مشروعة.

ومع ظهور مصادر متنوعة للأموال غير المشروعة؛ وما شهده العالم من تقدم في علم الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وظهور العولمة، وكثرة التحولات السياسية والاقتصادية، وخصوصاً خلال العقد الأخيرين من القرن العشرين وأوائل القرن الحادي والعشرين تزايدت معدلات غسل الأموال بدرجة كبيرة⁽¹⁾؛ ولم تقف أساليب ارتكابه على الوسائل التقليدية، كإنشاء شركات الواجهة الوهمية والمضاربة في الأسهم والسندات في البورصة الوطنية والعالمية، وشراء الأراضي والعقارات وغيرها من صور الاستثمار للمال غير المشروع، بل تم استغلال وسائل التقنية

(1) تشير الإحصائيات الدولية إلى أن حجم المال للغسول في العالم قد يصل إلى (2,000,000,000,000) اثنين ترليون دولار في السنة، وهذا المال – في تقديري – لو استخدم في التنمية البشرية لتقدم العالم، ولما وجد فقير على وجه الأرض. للمزيد يُنظر:

Kevin Sullivan-Anti-Money Laundering in a Nutshell Awareness and Compliance for Financial Personnel and Business Managers-Apress, 2015,p5.

الحديثة كالحاسوب والشبكة العنكبوتية (الإنترنت)، في ابتكار وسائل لغسل الأموال، كالمعاملات المصرفية عبر الإنترنت، واستخدام النقود الإلكترونية أو البطاقات الممغنطة، والشيك الإلكتروني، والكرات الذكي وغيرها⁽¹⁾. ونظرًا للأخطار أو الأضرار البالغة التي قد يحدثها غسل الأموال على المجتمعات المتقدمة أو النامية من الناحية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأمنية والقيمية، فقد أدرك المجتمع الدولي خطورة هذه الآفة على المستويين الوطني والدولي، فبادر إلى إبرام واعتماد طائفة من الاتفاقيات والصكوك الدولية لمواجهة هذه الظاهرة والحد من آثارها، وأبرزها بيان بازل بشأن منع الاستخدام الإجرامي للنظام المصرفي لأغراض غسل الأموال عام 1988م، وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية لعام 1988م، والمعروفة باتفاقية فيينا، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (باليرومو) لسنة 2000م وغيرها، والتي حثت الدول الأطراف على سن تشريعات تجرم عمليات غسل الأموال، وأنشئت العديد من الأجهزة الدولية المعنية بمكافحة هذه الآفة⁽²⁾.

وقد تباينت بعض التقنيات في استيعاب نشاط غسل الأموال في ظل وجود نصوص قانونية قد تستوعب بعض عناصر غسل الأموال، الأمر الذي نجم عنه تباين في وجهات النظر لدى فقهاء القانون الجنائي، وانعكس ذلك بدوره على كثير من العاملين في أجهزة العدالة؛ ليكون نوعًا من اللبس في فهم وإدراك هذا النشاط في كونه مستقلاً في بنيانه القانوني، أو منضوياً في إطار بيان قانوني لجريمة أخرى، أو مجرد صورة من صور المساهمة الجنائية التبعية، كما أن كثيراً من التقنيات قد حاولت حسم هذه المسألة.

كل ذلك كان مدعاة لاختيار موضوع هذا البحث؛ الذي أدعو الله تعالى أن يوفقني في سبر أغواره لتحقيق

الفائدة المرجوة.

(1) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الأموال بين الوسائط الإلكترونية ونصوص التشريع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، مصر، 2005م، ص10، 11، د. عادل عبد العزيز الشنن، غسل الأموال من منظور قانوني واقتصادي وإداري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2008م، ص م.

(2) د. محمود كبيش، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2001م، ص59.

أولاً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في تضمن جريمة الإخفاء لمتحصلات الجرائم، لبعض عناصر السلوك الإجرامي لغسل الأموال، فضلاً عن إمكانية استيعاب قواعد المساهمة الجنائية لبعض صور هذا السلوك، الأمر الذي قد يترتب عليه اختلاف الوصف القانوني للجريمة المرتكبة من جهة، وبالتالي اختلاف مقدار الجزاء الجنائي المرصود لتلك الجرائم، وما ينجم عنه من ظهور مشكلات قانونية، وما قد يحدثه من لبس لدى كثير من العاملين في أجهزة العدالة، لا سيما في الجمهورية اليمنية.

وترتيباً لما سبق يمكن صياغة مشكلة البحث في السؤال الرئيس الآتي:

هل يستقل غسل الأموال عن إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة، وعن المساهمة الجنائية التبعية، وعن

بعض القوانين العقابية الخاصة، أم إنه لا يزال هناك بعض اللبس؟

ثانياً: تساؤلات البحث:

تنبثق عن مشكلة البحث العديد من التساؤلات الفرعية أبرزها:

- هل يمكن اعتبار غسل الأموال صورة من صور جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة؟
- هل يمكن اعتبار غسل الأموال صورة من صور المساهمة الجنائية التبعية؟
- هل يمكن اعتبار نشاط غسل الأموال مستوعباً في بعض القوانين الخاصة؟
- ما موقف المقتن من استقلال غسل الأموال أو تبعيته؟
- ما موقف الفقه الجنائي من استقلال غسل الأموال أو تبعيته؟
- ما مظاهر استقلال غسل الأموال عن ما يسبقه من أنشطة إجرامية؟
- هل يمكن إزالة اللبس لدى كثير من الباحثين والعاملين في أجهزة العدالة عند تكييف فعل الإخفاء لمتحصلات الجريمة أو فعل التمويه، وتكييف غسل الأموال؟

ثالثاً: أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يأتي:

- توضيح اتجاهي الفقه التقليدي والحديث بشأن اعتبار غسل الأموال جريمة مستقلة بذاتها أو صورة من صور المساهمة الجنائية التبعية، أو صورة من إخفاء أشياء متحصلة من جريمة، أو استيعابه في بعض القوانين الخاصة.
- بيان موقف المقتن اليميني وغيره من التقنيات من تبعية أو استقلال غسل الأموال.
- الكشف عن مكامن اللبس لدى كثير من العاملين في أجهزة العدالة عند تكييف فعل الإخفاء لمتحصلات الجريمة أو فعل التمويه وغسل الأموال، ومحاولة إزالته.

رابعاً: أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية هذا البحث من ناحيتين: **أولهما:** نظرية، تتمثل في إثراء المكتبة القانونية بمزيد من التحليل عن بعض عناصر غسل الأموال التي لا زالت تثير بعضاً من اللبس لدى كثير من العاملين في أجهزة العدالة، أملاً في الوصول إلى قناعات راسخة وبصيرة نافذة للتمييز بين غسل الأموال وما يلتبس به من مصطلحات أو أنشطة، أو محاولات تكييفه وفقاً لرؤى متباينة. **وثانيهما:** عملية، تتمثل في خدمة أجهزة العدالة، بترسيخ الثقافة القانونية عن غسل الأموال، ومواكبة تكييف هذا النشاط مع التقدم العلمي والتكنولوجي والعولمة، وإزالة أي لبس قد يحدث بشأن عناصر هذا السلوك الإجرامي، نتيجة استيعاب القواعد الجنائية العامة لتجريم بعض عناصر غسل الأموال، أو النص الخاص بجريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من الجرائم، أو نصوص بعض القوانين الخاصة.

خامساً: منهج البحث:

سيتم في هذا البحث اتباع المنهج الوصفي، وكذلك المنهج التحليلي، وصولاً للنتائج المرجوة.

سادساً: خطة تقسيم البحث:

تم تقسيم خطة هذا البحث إلى مبحثين يسبقهما مطلب تمهيدي على النحو الآتي:

مطلب تمهيدي: تعريف غسل الأموال.

المبحث الأول: الاتجاه التقليدي لتكثيف غسل الأموال، وتتناول فيه: تكثيف غسل الأموال كصورة من

صور المساهمة الجنائية التبعية، تكثيف غسل الأموال كصورة من جريمة إخفاء متحصلات جريمة أو استيعابه في

بعض القوانين العقابية الخاصة.

المبحث الثاني: الاتجاه الحديث بشأن تكثيف غسل الأموال، وتتناول فيه: تباين الاتجاه الحديث بشأن تجريم

غسل الأموال، مظاهر استقلال غسل الأموال في البنيان القانوني.

مطلب تمهيدي

تعريف غسل الأموال

غسل الأموال موغل في القدم؛ إذ يعود تاريخه إلى بداية اكتشاف الإنسان للثروة، ومحاولته إخفائها إذا كانت ناتجة عن أنشطة غير مشروعة، وكذلك منذ استعماله للنقود، واحترافه للجريمة واعتبارها نشاطاً له، ومحاولاته إخفاء معالمها؛ كي لا يتم اكتشافها ومعرفة مقترفيها⁽¹⁾.

وللخوض في تعريف غسل الأموال، يتعين أن نبين معناه في اللغة والفقه والاتفاقيات الدولية، وكذلك في الفكر الإسلامي، وكذلك معناه من وجهة نظر الباحث على النحو الآتي:

أولاً: تعريف غسل المال في اللغة

نظراً لحداثة مصطلح غسل المال - وفقاً للمفهوم القانوني- فلم نجد معجماً عربياً يشير إلى مدلول غسل المال، ولكن سنحاول الكشف عن مدلوله في اللغة ببيان معنى الغسل.

فالغسل لغة: مصدر الفعل الثلاثي غَسَلَ، ويقال غسل الشيء؛ أي نظفه وأزال عنه الوسخ، بينما الغسيل: صيغة مبالغة تعمل عمل اسم المفعول للشيء المغسول، فالمغسول الشيء الذي تم غسله⁽²⁾، ولذلك نسمع مصطلح غسل الأموال، ومن الخطأ في اللغة أن نقول غسيل الأموال، وتوضيحاً لذلك فإننا نقول قَتِيل؛ أي الشخص الذي تم قتله، وبالتالي نقول قَتَلَ الشخص وليس قَتِيل الشخص، وبالمثل غَسَلَ المال، وليس غَسِيل المال، وفضلاً عن ذلك فإن المقتن الجنائي يولي اهتمامه بالسلوك الإجرامي؛ أي بالفعل محل التجريم وهو الغسل وليس الغسيل.

والمتأمل لِكُنْهِ الغسل يجد أنه تعبير مجازي، فالغسل من النجاسة أو القذارة يكون غالباً بالماء، لإزالة تلك النجاسة أو القذارة ويصبح الشيء أو الشخص طاهراً أو نظيفاً حقيقة لا زيفاً، بينما غسل الأموال يحتوي على

(1) د. خالد حمد محمد الحمادي، جريمة غسل الأموال في عصر العولمة، بدون ناشر، مصر، 2006م، ص 23-24.

(2) جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري (ابن منظور)، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، بدون تاريخ النشر، ص 3256.

إظهار غير الواقع وإضفاء الشرعية على الأموال ظاهراً، في حين أن حقيقتها غير ذلك؛ أي أنها غير مشروعة وغير نظيفة؛ وبالتالي فإن تعبير "غسل الأموال" مجازي للدلالة على قيام الجاني عمليات من شأنها تنظيف أو تبييض الأموال شكلياً، بحيث تظهر أمام الآخرين بأنها نظيفة أو طاهرة أو مشروعة، ومع ذلك فهو- في تقديري- أكثر دلالة من غيره من المصطلحات للتعبير عن العمليات التي تُجرى للمال غير المشروع، وصولاً إلى إظهاره بأنه مشروع.

ثانياً: تعريف غسل المال في الفقه.

تعددت وتنوعت التعريفات لغسل الأموال، وفقاً لرؤى متعددة، قانونية أو اقتصادية، أو ذات أبعاد سياسية؛ لصلة غسل الأموال بتمويل العمليات الإرهابية في الوقت الراهن، وانقسمت تلك التعريفات إلى قسمين: ضيق وواسع، وستقتصر على إيراد عينة منهما.

فغسل الأموال وفقاً للمنظور الاقتصادي هو "عملية تحويل لأموال نقدية أو عينية، من خلال تمويه مصدرها وصولاً إلى إظهاره بصورة مشروعة"⁽¹⁾.

وهو "صورة من صور الجرائم الاقتصادية"⁽²⁾ المرتبطة بالجريمة المنظمة، وهي جريمة مستقلة وذات نطاق دولي، وليس لها مكان أو حد معين"⁽³⁾.

(1) د. عادل علي المناع، البيان القانوني لجريمة غسل الأموال، دراسة تحليلية مقارنة في التشريع الكويتي والمصري والفرنسي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة التاسعة والعشرون، صفر 1426هـ، مارس 2005م، ص 77.

(2) يقصد بالجرائم الاقتصادية: "كل فعل أو امتناع يشكل خطراً، أو يلحق ضرراً بالنظام العام الاقتصادي، أو يمس الاقتصاد القومي للدولة بجرمه المقتن ويعاقب عليه"، والجرائم الاقتصادية نوعان: تقليدية ومستحدثة، ومن أمثلة الجرائم الاقتصادية التقليدية: جرائم الغش التجاري، سواء في الغذاء أم الدواء أم في أي مادة استهلاكية أخرى، وجرائم الاحتكار والتلاعب بالأسعار، والجرائم الضريبية، وجرائم التهرب الجمركي، ومن أمثلة الجرائم الاقتصادية المستحدثة: جرائم الأسواق المالية والتخريب الاقتصادي، كجرائم الائتمان المصرفي، وغسل الأموال. لمزيد من التفاصيل انظر: د. عبد الكريم صالح محمد المجذوب، دور الشرطة في مكافحة الجرائم الاقتصادية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، 2011م، ص 14 وما تلاها.

(3) السيد عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مكافحة جريمة غسل الأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005م، ص 11.

وغسل الأموال وفقاً لمنظور قانوني هو: "كافة صور السلوك المادي التي تهدف إلى تمويه طبيعة الأموال غير المشروعة وقطع الصلة بينها وبين مصدرها الأصلي والحقيقي غير المشروع، وذلك من خلال مجموعة من العمليات المتداخلة لتبدو وكأنها متحصلة من مصدر مشروع؛ ليمكن صاحبها من الاستفادة منها بتوظيفها في أنشطة أخرى مشروعة أو غير مشروعة دون ملاحقة من جانب السلطات المختصة"⁽¹⁾.

وغسل الأموال وفقاً لمفهوم اقتصادي وقانوني⁽²⁾ هو "عمليات مالية وقانونية تقوم بها عصابات الجريمة المنظمة، وذلك لإضفاء المشروعية على المال غير المشروع"⁽³⁾.

وغسل الأموال هو " العملية التي من خلالها تبدو الأموال المتحصلة من أنشطة غير مشروعة- كتجارة المخدرات والأنشطة الإرهابية والجرائم الخطيرة الأخرى- كأنها ذات مصدر مشروع"⁽⁴⁾، وهذا التعريف ضيق، يقصر المصدر غير المشروع للأموال من جرائم محددة.

وغسل الأموال هو " عملية تنطوي على إخفاء لمصدر مال متحصل من أنشطة إجرامية، وجعلها تبدو في صورة مشروعة"⁽⁵⁾، أو هو عبارة عن: "عملية تحويل عائدات الجريمة إلى أموال أو أصول أخرى تبدو مشروعة ظاهرياً"⁽⁶⁾، وهذان التعريفان واسعان؛ إذ فتحا المجال لأن يكون المصدر غير المشروع للأموال من أي جريمة.

(1) د. عادل عبد العزيز السن، مرجع سابق، ص 10.

(2) هناك تعبير الأموال القذرة، وهي التي مصدرها غير قانوني؛ أي غير مشروع، ويفضل أصحابها دفع الضرائب عليها لإكسابها مظهر الشرعية، بينما هناك تعبير الأموال السوداء، والتي يقصد بها تلك الأموال التي يتم الاحتفاظ بها سراً بهدف التهرب من دفع الضرائب المستحقة عليها، وبالتالي يرى البعض أن غسل الأموال يشمل أيضاً الأموال التي مصدرها مشروع لكن تم إخفاؤها للتهرب من دفع الضرائب المستحقة عليها. ويبدو- في تقديري- أن هذا الرأي قد جانبه الصواب؛ لأن هناك نصوصاً قانونية تجرم هذا السلوك، وبالتالي يخضع هذا السلوك لتلك النصوص، ومن هنا تظهر مسألة تداخل غسل الأموال مع كثير من الأنشطة الإجرامية. د. السيد أحمد عبد الخالق، الآثار الاجتماعية والاقتصادية لغسل الأموال، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 22، أكتوبر 1997م، ص 3.

(3) د. خالد حمد محمد الحمادي، مرجع سابق، ص 26.

(4) Schott, Paul Allan, Reference guide to anti-money laundering and combating the financing of terrorism. World Bank Publications. Second Edition, 2006,p2.

(5) Sue Titus Reid, Crime and Criminology,7 edition, Harcourt Brace, Florida United states of America, 1994.p426.

(6) Frankl, Milan, and Ayse Ebru Kurcer, Money laundering and terrorist financing activities: a primer on avoidance management for money managers. Business Expert Press, 2016.p11.

ثالثًا: تعريف غسل المال في الاتفاقيات الدولية.

عرف إعلان بازل السويسرية، الصادر في 12 ديسمبر 1988م غسل الأموال بأنه: "جميع الأعمال المصرفية التي يقوم بها الفاعلون وشركاؤهم بقصد إخفاء مصدر الأموال وأصحابها"⁽¹⁾، وهذا الإعلان ركز على منع استعمال المؤسسات المصرفية لغسل الأموال.

وعرفت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية - المنعقدة في فيينا بتاريخ 20 ديسمبر 1988م- غسل الأموال بأنه "تحويل الأموال أو نقلها أو إخفاؤها أو تمويل حقيقتها أو حقيقة مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة فيها أو ملكيتها أو اكتسابها أو حيازتها أو استخدامها وقت تسليمها، مع العلم بأنها مستمدة من إحدى جرائم المخدرات أو الاشتراك بمثل هذه الجرائم، وذلك كله بهدف إخفاء أو تمويل المصدر غير المشروع للأموال أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب إحدى هذه الجرائم على الإفلات من العقاب"⁽²⁾.

أما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعروفة باتفاقية (بالريمو) 2000م، فقد عرفت غسل الأموال بأنه " أية أفعال ترتكب عمدًا، لتحويل الممتلكات أو نقلها مع العلم أنها عائدات جرائم بغرض إخفاء أو تمويل المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات، أو مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجرم الأصلي على الإفلات من العواقب القانونية لفعله، أو إخفاء أو تمويل الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها، مع العلم أنها عائدات جرائم"⁽³⁾.

(1) Basel AML Index 2016 Report, www.baselgovernance.org

(2) لمزيد من التفاصيل انظر المادة الثالثة (ب1، ب2، ج1) من الاتفاقية المذكورة المنشورة على موقع الأمم المتحدة الآتي:

<http://www.un.org/ar/documents> بتاريخ 2019/4/7م، رقم الوثيقة (A/RES/55/25).

(3) لمزيد من التفاصيل انظر موقع الأمم المتحدة على الرابط المذكور آنفًا، بتاريخ 2019/4/8م، رقم الوثيقة (A/RES/55/25).

وعرفت الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الصادرة في 21 ديسمبر 2010م غسل الأموال بأنه " ارتكاب أي فعل أو الشروع فيه يقصد من ورائه إخفاء أو تمويه أصل حقيقة أموال مكتسبة خلافاً لما تنص عليه القوانين والنظم الداخلية لكل دولة طرف، وجعلها تبدو كأنها مشروعة المصدر"⁽¹⁾.

رابعاً: غسل المال في الفكر الإسلامي.

اهتم الإسلام بالمال اهتماماً كبيراً بوصفه عصب الحياة وقوام المجتمع، ويبدو ذلك جلياً في تنظيم الإسلام لعملية الكسب والإنفاق؛ حيث وضع ضوابط للكسب والإنفاق؛ سواءً للفرد أم للدولة؛ فحرم التبذير والترف، وأوجب التوسط والاعتدال، وألزم المسلم أن يبتعد عن كل ما يثير شبهة الحرام عند كسب الرزق، حتى ولو قام بصرف المال غير المشروع في مصارف شرعية؛ كالزكاة والصدقات والمشاريع الخيرية ونحوها؛ فذلك مال حرام؛ لأن الله طيب لا يقبل إلا طيباً، وبالتالي فإن الكسب المتأتى عن جريمة ليس من طرق كسب المال الحلال التي أمر الله بها في كتابه الكريم، كيف لا والشرع نهي وحذر من ارتكاب تلك الجريمة المتولد عنها المال أصلاً⁽²⁾.

وقد تجلّى ذلك في قوله تعالى: ﴿وَذُرُوا ظَاهِرَ الْإِثْمِ وَبَاطِنَهُ إِنَّ الَّذِينَ يَكْسِبُونَ الْإِثْمَ سَيُجْزَوْنَ بِمَا كَانُوا يَقْتَرِفُونَ﴾⁽³⁾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽⁴⁾، بل حرم الإسلام كل حيلة تستعمل للوصول إلى ما حرم الله، وهو ما أكدته حديث الرسول ﷺ عندما قال: " قاتل الله اليهود حرم الله عليهم الشحوم فباعوها، وأكلوا أثمانها"⁽⁵⁾، فقد استخدم اليهود الحيلة للوصول إلى ما حرم الله، ومن باب أولى فإن كسب المال عن طريق الجريمة - ومنها غسل الأموال - يُعد طريقاً غير مشروع ومحرماً أخذه واكتسابه والانتفاع به بأية صورة كانت؛

(1) لمزيد من التفاصيل انظر المادة الأولى من الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الصادرة في 21 / 12 / 2010م، جامعة الدول العربية، من منشورات اللجنة الوطنية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، صنعاء، 2012م.

(2) للمزيد من التفاصيل انظر: د. خالد قبيل الحارثي، فاعلية ضوابط مكافحة جريمة غسل الأموال في النظام السعودي، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2010م، ص 17، 18، 64.

(3) سورة الأنعام، آية (120).

(4) سورة البقرة، آية (188).

(5) الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، المجلد (5-6)، الجزء الخامس، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، ص 41.

فالعبارة في الشرع بالمعاني والمقاصد لا بالألفاظ والعبارات، فغسل الأموال يعلم أن المال الذي معه حرام، لكنه يستخدم كل الحيل لإخفاء مصدره غير المشروع، فعبارة غسل الأموال براءة، لكن فحواها باطل ينطوي على الحيلة وإبراز المال الحرام بالمظهر الحلال. فضلاً عما سبق فإن في غسل الأموال إفساد لدمم أطراف المعاملة بالكسب الحرام الذي يُؤخذ بل إن في غسل الأموال اتكال وعدم العمل لكسب الرزق، والتسابق للكسب السريع عن طريق عملية غسل الأموال، وفيه أيضاً إعاقة على انتشار الجريمة، بتضليل السلطة والحيلولة دون العثور على المال غير المشروع المتأتي من الجرائم، وغير ذلك من المنكرات.

وترتيباً لما سبق فإن الشريعة الإسلامية قد بينت سبل الوقاية من هذه الجريمة، وحرمت كل أمر فيه حيلة أو خداع خلافاً للحقيقة، مما يؤكد أن هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان.

خامساً: غسل الأموال من منظور الباحث.

يمكن تعريف غسل الأموال بأنه: كل نشاط - أيًا كان نوعه - يقوم به شخص طبيعي أو اعتباري؛ لإخفاء صفة الشرعية على مال غير مشروع متحصل من جريمة، وقطع الصلة بمصدر ذلك المال، بأية وسيلة كانت- تقليدية أو تقنية حديثة- عبر عمليات مالية متداخلة، أو مشروعات استثمارية متنوعة؛ لتبدو أنها متحصلة من مصدر مشروع، للاستفادة منها في أنشطة مشروعة أو غير مشروعة، مع علمه بذلك أو كان ينبغي أن يعلم بأنها عائدات أو متحصلات إجرامية إذا كانت من مقتضيات وظيفته، والتهرب عن تتبع أو ملاحقة أجهزة إنفاذ القانون.

وبهذا التعريف أمكن تحديد ماهية غسل الأموال وبنينا القانوني ووسائله أيًا كانت - تقليدية أو حديثة- ومراحلها مهما تعددت أو تداخلت، وأهدافه التي تتجسد في إخفاء الرابطة بين المجرم والجريمة، والظهور بمظهر الملتزم بالقوانين والأنظمة، ومن ثم استثمار العائدات الإجرامية في مشروعات مستقبلية، مشروعة أو غير مشروعة.

المبحث الأول

الاتجاه التقليدي بشأن تكييف غسل الأموال

تمهيد وتقسيم:

تعددت المحاولات والاجتهادات الرامية إلى تكييف غسل الأموال - وفقاً للاتجاه التقليدي- الذي يرى أنه يمكن مواجهة أنشطة غسل الأموال وفقاً للقواعد العامة لقانون الجرائم والعقوبات كصورة من صور الاشتراك أو المساهمة الجنائية التبعية، كما يمكن مساءلة مرتكبي جرائم غسل الأموال جنائياً طبقاً لنصوص محددة في قانون الجرائم والعقوبات، أو طبقاً لقوانين خاصة تواجه هذه الأنشطة الإجرامية، وهو ما ترسخ في أذهان كثير من العاملين في أجهزة العدالة قبل صدور قانون خاص بجرائم غسل الأموال، ولا زال هذا التصور عالقاً في أذهان البعض منهم. لذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

تكييف غسل الأموال كإحدى صور المساهمة الجنائية التبعية

من المعروف أن المساهمة الجنائية تفترض تعدد الجناة ووحدة الجريمة المرتكبة، وفقاً لمبدأ تقسيم العمل على المشروع الإجرامي، وهذا الأخير ثمره لتعاون بين أشخاص عديدين، لكل منهم دوره المادي الذي قام به، ولكل منهم إرادته الإجرامية التي اتجهت على نحو يهدر أو يهدد بالخطر حقوق المجتمع⁽¹⁾. والمساهمة الجنائية تنقسم إلى نوعين، أصلية وتبعية، والمساهمة الجنائية الأصلية تعني: قيام الجاني شخصياً وبنفسه بتحقيق عناصر الركن المادي للجريمة، أو على الأقل الشروع فيه⁽²⁾.

(1) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1992م، ص1.

(2) نصت المادة (21) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم 12 لسنة 1994م على أنه "يعد فاعل من يحقق بسلوكه عناصر الجريمة، ويشمل ذلك المتماثل الموجود على مسرح الجريمة وقت حدوثها، ويعد فاعل بالواسطة من يحمل على ارتكاب الجريمة منفذاً غير مسؤول، هذا ولو تخلفت لدى الفاعل بالواسطة صفة يشترطها القانون في الفاعل، ويعد فاعلون من يقومون معاً بقصد أو بإهمال مشترك بالأعمال المنفذة للجريمة".

بينما المساهمة الجنائية التبعية تعني " نشاط يرتبط بالفعل الإجرامي ونتيجته برابطة السببية دون أن يتضمن تنفيذاً للجريمة، أو قياماً بدور رئيس في تنفيذها"، وقد تكون المساهمة التبعية بمخلق فكرة الجريمة، كي تتحول إلى تصميم على ارتكابها وهو (التحريض)، أو تقديم العون – أيًا كانت صورته – إلى الفاعل، فيرتكب الجريمة بناء عليه وهي (المساعدة)، أو انعقاد إرادتين أو أكثر على ارتكاب الجريمة، وذلك هو (الاتفاق)⁽¹⁾.

وقد نصت المادة (22) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (12) لسنة 1994م على أنه: "يعد محرضاً من يغري الفاعل على ارتكاب جريمة، ويشترط لمعاقبته أن يبدأ الفاعل في التنفيذ، ومع ذلك تجوز المعاينة على التحريض الذي لا يترتب عليه أثر في جرائم معينة". ونصت المادة (23) من القانون ذاته على أن: "الشريك هو من يقدم للفاعل مساعدة تبعية بقصد ارتكاب الجريمة وهذه المساعدة قد تكون سابقة على التنفيذ أو معاصرة له، وقد تكون لاحقه، متى كان الاتفاق عليها قبل ارتكاب الجريمة..".

بينما نصت المادة (24) من القانون ذاته على عقوبة الشريك (المساهم) بأنه: "في الجرائم التعزيرية من ساهم في الجريمة بوصفه فاعلاً أو محرضاً أو شريكاً، يعاقب بالعقوبة المقررة لها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، غير أنه إذا اختلف قصد مساهم في الجريمة عن قصد غيره من المساهمين عوقب كل منهم حسب قصده".

ولا تثار مشكلة إذا كان غاسل الأموال غير المشروعة هو نفسه مرتكب الجريمة الأصلية؛ إذ سيوقع عليه جزاء الجرم الأصلي الذي اقترفه، ومصادرة المتحصلات الناتجة من تلك الجريمة كعقوبة تكميلية وفقاً للقواعد العامة في قانون الجرائم والعقوبات⁽²⁾؛ لأنها أعمال مكتملة و متممة للركن المادي للجريمة الأصلية، ومثال ذلك قيام الجاني بشراء عقار من أموال ناتجة عن اختلاس مال عام.

(1) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 247، 286، 296، 302.
(2) نصت المادة (103) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه "يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة أو التي استعملت في ارتكابها أو التي كانت معدة لاستعمالها فيها، ويجب الأمر بمصادرة الأشياء المضبوطة التي يعد صنعها أو حيازتها أو إحرازها أو استعمالها أو بيعها أو عرضها للبيع جريمة في ذاته، ولو لم تكن مملوكة للمتهم أو لم يحكم بإدانتته، وفي الحالتين تراعى المحكمة حقوق الغير حسن النية".

ولكن المشكلة التي يمكن التوقف عندها، عندما يقوم شخص آخر غير المساهم الأصلي في الجريمة الأصلية التي تحصلت منها أموال غير مشروعة بمساعدته في ارتكاب الجريمة بنشاط لا يعد عملاً تنفيذياً في الجريمة أو دوراً رئيسياً في تنفيذها، كغسل الأموال المتحصلة من الجريمة الأصلية لإضفاء صفة المشروعية عليها؛ فهل يعتبر شريكاً في الجريمة الأصلية بأي صورة من الصور الثلاث (المساعدة أو التحريض أو الاتفاق)، وبالتالي يمكن إسباغ وصف المساهمة التبعية لنشاط غاسل المال المتحصل من الجريمة الأصلية؟

وللإجابة عن هذا التساؤل وتطبيقاً على أنشطة غسل الأموال، فإنه يمكن لأحد المصارف أن يقبل إيداع أموال متحصلة من جرائم (قرصنة، أو فساد ورشوة، أو تجار بالبشر... إلخ)، مع علمه بذلك، وبهدف إضفاء المشروعية على تلك الأموال، وقيامه بإجراء تحويلات لهذه الأموال لحسابات متعددة في دول عديدة، ثم إعادة لموطنها الأصلي؛ لإعادة استثمارها في أعمال مشروعة أو غير مشروعة مع علمه بذلك؛ وبالتالي يُسأل المصرف (باعتباره شخصاً معنوياً) جنائياً عن ذلك بوصف نشاطه اشتراكاً أو مساهمة جنائية تبعية للجاني في الجريمة الأصلية عن طريق وسيلة المساعدة، وهي أوضح وسيلة يمكن انطباقها على أنشطة غسل الأموال.

ويمكن أن يُسأل جنائياً عن مساهمة تبعية بوسيلة المساعدة من لديه نشاط تجاري مشروع كمتجر أدوات منزلية، ويقبل من مُستولٍ على مال عام أو خاص مبلغ من المال لاستثماره في أنشطة ذلك المتجر، ويثبت أن ذلك التاجر قد اتفق مع مالك الأموال غير المشروعة بأن يعيد المبلغ بعد سنتين - مثلاً - وأن تكون الأرباح للتاجر، وبذلك تم غسل المال غير المشروع بمساعدة التاجر، وتم إضفاء صفة المشروعية على ذلك المال.

وبذلك أرتأى أنصار الاتجاه التقليدي أن أنشطة غسل الأموال يمكن أن تستوعبها المساهمة الجنائية التبعية، ويُسأل مرتكبها على هذا الأساس، وهي القناعة التي لا زالت راسخة في أذهان بعض العاملين بأجهزة العدالة، ومع ذلك يسلّم أنصار هذا الاتجاه بوجود عقبات موضوعية وإجرائية تحول دون تقرير ذلك⁽¹⁾.

(1) د. أوزدن حسين دزة بي، جريمة غسل الأموال، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2013م، ص45.

ومع ذكر الأمثلة الآتفة الذكر فإنه يجب أن تتوفر أركان المساهمة الجنائية التبعية وفقاً للقواعد العامة في قانون الجرائم والعقوبات؛ إذ يجب أن يأتي الشخص نشاطاً يمثل مساعدة في الجريمة الأصلية أو تسهياً لها، وهنا المقصود بالجريمة (الجريمة المستقبلية)؛ التي تُستخدم فيها هذه الأموال بعد غسلها، وليس الجريمة التي ارتكبت قبل إتيان العمليات التي أنتجت المال محل الغسل أو المال غير المشروع، ويجب أن ترتكب الجريمة الأصلية - سواءً وقعت تامة أم توقفت عند الشروع - بناءً على أفعال المساعدة، فيكون غسل الأموال قد سهل ارتكابها، فضلاً عن ذلك يجب أن يتوفر القصد الجنائي لدى المساهم التبعية (المساعد)، وذلك بأن يعلم بحقيقة فعله وأن هذا النشاط يساهم في تسهيل ارتكاب جريمة معينة⁽¹⁾، وبالتالي سيعتري تكييف أنشطة غسل الأموال - باعتبارها صورة من صور المساهمة الجنائية التبعية - العديد من أوجه القصور على النحو الذي سيتم بيانه تباعاً.

● أوجه القصور الموضوعية والإجرائية لتكييف غسل الأموال كإحدى صور المساهمة الجنائية التبعية.

شاب تكييف غسل الأموال كإحدى صور المساهمة الجنائية التبعية العديد من أوجه القصور الموضوعية

والإجرائية نوجزها في الآتي:

أولاً: تعذر تحقق بعض عناصر المساهمة الجنائية التبعية على أنشطة غسل الأموال: ذكرنا آنفاً أنه يشترط لقيام المساعدة أن تكون سابقة على التنفيذ للجريمة الأصلية أو معاصرة له، وقد تكون لاحقه متى كان الاتفاق عليها قبل ارتكاب الجريمة، وأن تكون الجريمة الأصلية ثمرة لهذه المساعدة وهذه المساهمة، بينما المساعدة اللاحقة بدون اتفاق يمكن أن تشكل جريمة مستقلة⁽²⁾. وفي جريمة غسل الأموال يتدخل الجاني بعد وقوع الجريمة الأصلية، وهنا ينتفي إسباغ وصف المساهمة التبعية على ذلك التدخل.

(1) للمزيد من التفاصيل انظر: د. محمود كبيش، مرجع سابق، ص 75-79.

(2) كجريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة كإحدى جرائم تضليل القضاء، أو جريمة إخفاء الجناة، انظر على التوالي المادتين (183، 190) عقوبات بمبي، وكجريمة إخفاء المخطوف بعد خطفه أو إخفاء الأموال أو الأشياء المختطفة، المادة (10) من القانون رقم (24) لسنة 1998م بشأن مكافحة جرائم الاختطاف والتقطع البيمي.

وتقع جريمة غسل الأموال بعد الجريمة الأصلية⁽¹⁾، وبالتالي تنتفي علاقة أو رابطة السببية بين نشاط غاسل الأموال وهو المساهم بالمساعدة وبين الجريمة الأصلية؛ لأن الجريمة الأصلية كانت ستقع ولو لم يمارس غاسل المال نشاطه، سواء قبل التنفيذ أم أثناءه، وبانتفاء هذه العلاقة أو الرابطة السببية؛ التي تعد أحد عناصر الركن المادي للمساهمة الجنائية التبعية، تنتفي المساهمة التبعية ابتداءً، وبالتالي عدم جواز معاقبة غاسل الأموال لافتقاده صفة المساهم التبعي في هذه الحالة⁽²⁾.

وفضلاً عما سبق فإن المساهمة الجنائية التبعية تكون بعمل إيجابي، وليس بعمل سلبي؛ فالامتناع عمل سلبي لا يكون إلاً بنص خاص، وفي هذه الحالة لا يوجد نص خاص، وهو ما يصدق على حالة امتناع المصرف عن التحقق من العميل الذي يودع أموالاً غير مشروعة مع علمه بذلك، وهذا الامتناع يقع لاحقاً على ارتكاب الجريمة الأصلية، الأمر الذي يتناقض كلياً مع المفهوم القانوني للمساهمة التبعية بطريق المساعدة؛ التي تتطلب أن تكون سابقة على الجريمة الأصلية أو على الأقل معاصرة لتنفيذها، فتكون مجهزة، أو مسهلة، أو متممة لها.

ثانياً: إفلات غاسل الأموال من المسؤولية الجنائية عند تكييف نشاطه بأنه مساهمة جنائية تبعية في حالات توفر سبب من أسباب الإباحة أو صدور عفو شامل عن الجريمة الأصلية: وفقاً لقواعد المساهمة الجنائية التبعية فإن المساهم التبعي يستعير إجرامه من إجرام المساهم الأصلي؛ لأن نشاط المساهم الأصلي غير مشروع لذاته؛ باعتباره يخضع لنص تجريم، في حين أن نشاط المساهم التبعي لا يطابق نموذجاً معيناً حدده القانون، ومن ثم يستمد صفته الإجرامية عبر صلته بنشاط المساهم الأصلي، وعن طريق هذه الصلة يستعير صفة إجرامية تبعية مستمدة من الصفة الإجرامية الأصلية لنشاط المساهم الأصلي⁽³⁾.

(1) وهو ما يمكن معه القول بأن المساهمة الجنائية التبعية لها تأثير في ارتكاب الجريمة الأصلية، ولها تأثير كذلك على آثارها، وذلك لا يصدق على غسل الأموال؛ فغسل الأموال -مثلاً- ليس له تأثير على ارتكاب الموظف جريمة اختلاس المال الذي وجد في حيازته بسبب وظيفته، فكانت ستقع حتماً قبل أن يتم غسل متحصلاتها، كما أن فعل غسل الأموال ليس له تأثير في حصول الجاني على المال المتحصل من جريمة الاختلاس؛ لأن فعل الغسل لتلك المتحصلات لاحق ومستقل عن الجريمة الأصلية.

(2) للمزيد من التفاصيل انظر: د. مصطفى طاهر، المواجهة التشريعية لجريمة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2002م، ص 193-194.

(3) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 49.

ونشاط غاسل الأموال عندما نعهده مساهمة جنائية تبعية يرتب عددًا من النتائج القانونية تؤدي إلى إفلات غاسل الأموال من المسؤولية والعقاب؛ وذلك عندما يخضع نشاط المساهم الأصلي لسبب من أسباب الإباحة، أو انقضاء الدعوى الجزائية للجريمة الأصلية التي تحصلت منها الأموال بالتقادم، أو صدور عفو شامل عن المساهم الأصلي وذلك على التفصيل الآتي:

- **إباحة نشاط المساهم الأصلي:** يتسع نطاق أسباب الإباحة لطائفة من الأفعال تميزها شروط تجعلها غير ذات خطورة على المجتمع، وأساسها رغبة المقتن التوفيق بين المصالح المتعارضة ووضع حدود طبيعية لنصوص التجريم⁽¹⁾. ووفقًا للقواعد العامة في قانون العقوبات، فإن زوال الصفة غير المشروعة لنشاط المساهم الأصلي وامتناع عقابه لسبب من أسباب الإباحة، يؤدي إلى فقدان المساهمة التبعية للمصدر الذي تستمد منه صفتها غير المشروعة، فتفقد ركنها الشرعي، وتعدو غير قائمة في نظر القانون، وبالتالي إفلات المساهم التبعية من المساءلة الجنائية، باعتبار أسباب الإباحة - طبقًا للرأي الراجح من الفقه - ذات طبيعة موضوعية، يمتد تأثيرها إلى كل شخص ساهم في الجريمة، فيستفيد منها كافة القائمون على المشروع الإجرامي فاعلين كانوا أم شركاء (مساهمين)⁽²⁾، لذلك فإن غاسل الأموال إذا اعتبرناه مساهمًا تبعيةً فإنه سيستفيد من هذه القاعدة، ويفلت من العقاب، على الرغم من خطورة نشاطه.

- **انقضاء الدعوى الجزائية للجريمة الأصلية بطريق التقادم:** وفقًا للقواعد العامة في قانون العقوبات فإن الدعوى الجزائية للجريمة الأصلية التي تحصلت منها الأموال محل الغسل تنقضي بسبب التقادم ومرور فترة زمنية يحددها القانون، حيث لا يجوز مباشرة إجراءات الدعوى الجزائية⁽³⁾، وبالتالي لا ترفع دعوى على تلك الجريمة، ويمتد أثر ذلك إلى المساهم التبعية فيها، وتبعًا لذلك يفلت المساهم التبعية من الملاحقة والعقاب، وهنا يفلت غاسل الأموال المتحصلة من تلك الجريمة إذا اعتبرناه شريكًا أو مساهمًا تبعيةً فيها.

(1) ومن ذلك إباحة العمل الطبي للطبيب، واستعمال السلطة للموظف العام، د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 438.

(2) للمزيد من التفاصيل انظر: د. مصطفى طاهر، المرجع السابق، ص 195.

(3) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، نادي القضاة، مصر، 1977م، ص 957.

- انقضاء الدعوى الجزائية للجريمة الأصلية بطريق العفو الشامل: العفو الشامل يحو الصفة الجنائية للفعل- وهو يرد استثناء على نصوص التجريم - فيجعلها غير سارية المفعول على فعل أو مجموعة من الأفعال، ويختص بمجموعة معينة من الأفعال تتميزها الظروف الواقعية التي أرتكبت فيها، وتدفع إلى إصداره الرغبة في إسدال ستار النسيان على مجموعة من الأفعال تثير ذكريات لم يعد في مصلحة المجتمع إثارتها، وبالتالي فإن تأثير العفو الشامل عن الجرم الأصلي يفقد المساهمة التبعية ركنها الشرعي، لزوال المصدر الذي يستمد منه نشاط المساهم التبعية الصفة غير المشروعة، وهو يصدر قبل صدور الحكم في الجريمة الأصلية أو بعد صدوره. لذلك فإن غاسل الأموال إذا اعتبرناه مساهماً تبعياً للجريمة الأصلية، فإنه سيفلت من العقاب عند صدور عفو شامل لمرتكب الجرم الأصلي؛ لفقدان المساهمة التبعية أحد أركانها، وهو الركن الشرعي.

ثالثاً: تعذر الملاحقة الجنائية لمرتكب جريمة غسل الأموال حينما يعد مساهماً جنائياً تبعياً لاختلاف الأنظمة التشريعية والقضائية للدول المختلفة: غالباً ما يتم غسل الأموال عبر أكثر من دولة؛ للحيلولة دون ملاحقته من جهة، ولإضفاء الصفة المشروعة على المال غير المشروع عبر عمليات مالية؛ لقطع صلة المال بمصدره غير المشروع. وعندما تتم المساهمة التبعية بطريق المساعدة لغسل الأموال في الخارج - مثلاً - فإن الأنظمة التشريعية والقضائية في الدول المختلفة قد تحول دون الملاحقة القضائية؛ فالدولة التي يقع فيها نشاط غسل الأموال قد لا يجيز نظامها القانوني النظر في الجريمة؛ كون هذا النشاط من أنشطة المساهمة الجنائية التبعية للجريمة السابقة، وبالمقابل فإن الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة الأصلية دون أن يقع فيها أي نشاط من أنشطة غسل الأموال، فإن محاكمها لا تختص بالنظر في تلك الأنشطة لوقوعها خارج نطاق إقليمها⁽¹⁾، وبالتالي عدم اختصاصها المكاني.

(1) د. أوزدن حسين دزة بي، مرجع سابق، ص46.

لذلك فإن وصف أنشطة غسل الأموال بأنها مساهمة جنائية تبعية يبدو قاصراً بل وعاجزاً عن ملاحقة مرتكبي تلك الأنشطة غير المشروعة، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين، لا سيما عندما تكون تلك الأنشطة ضمن الجرائم المنظمة عبر الوطنية أو العابرة للحدود؛ لأنها ترتكب في أكثر من دولة.

والخلاصة إن تكييف غسل الأموال كصورة من صور المساهمة الجنائية التبعية لا يستوعب أنشطة غسل الأموال، بل تعترضه الكثير من العقبات الموضوعية والإجرائية؛ سواء تعلق الأمر بتعذر تحقق بعض عناصر المساهمة الجنائية التبعية على أنشطة غسل الأموال، أم إفلات غاسل الأموال من المسؤولية الجنائية في حالات توفر سبب من أسباب الإباحة أو تقادم الدعوى الجنائية للجريمة الأصلية، أو صدور عفو شامل عن الجريمة الأصلية، وأخيراً تعذر الملاحقة الجنائية لمرتكب جريمة غسل الأموال لاختلاف الاختصاصات التشريعية والقضائية للدول المختلفة.

المطلب الثاني

تكييف غسل الأموال كإحدى صور جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة

أو استيعابه في بعض القوانين العقابية الخاصة

يجد الاتجاه التقليدي مسوغات لتكييف غسل الأموال بأنه صورة من صور جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة، ويرى هذا الاتجاه أن بعض القوانين الخاصة كقانوني جرائم الكسب غير المشروع ومكافحة الفساد يمكن أن يستوعبا أنشطة غسل الأموال، وذلك ما سيتم بيانه في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

تكيف غسل الأموال كإحدى صور جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة

تُجمع أغلب التشريعات -لا سيما العربية - على تجريم كل ما من شأنه إخفاء أشياء متحصلة من أي جريمة، بهدف طمس معالمها⁽¹⁾، ومن ذلك التشريع اليمني؛ إذ نصت المادة (183) من قانون الجرائم والعقوبات تحت عنوان (تضليل القضاء) على أن: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ... ، 2- من أخفى أشياء متحصلة من جريمة أو أستعملت فيها مع علمه بذلك".

ويعتقد أنصار هذا الاتجاه⁽²⁾ إن نشاط غسل الأموال يأتي لاحقاً لارتكاب الجريمة الأصلية التي نتجت عنها الأموال غير المشروعة، ويحاول الجاني بأنشطة غسل الأموال إخفاء صفة المصدر غير المشروع أو تغيير صفته، وهو ما يمكن معه القول بأن الإخفاء يمكن أن يستوعب أنشطة غسل الأموال؛ ويدللون على ذلك بالآتي:

1- إن فعل الإخفاء في معناه الواسع يعني: "حيازة الشيء" المتحصل عن الجريمة؛ سواءً كانت تلك الحيازة مستترة؛ بأن كان الإخفاء قد تم سراً، أم كانت الحيازة علنية على مرأى من الجميع، وسواءً كان سبب اكتساب الحيازة مشروعاً، كالشراء والهبة والوديعة... إلخ، أم غير مشروع، ولا يشترط في الحيازة نية التملك، بل يكفي أن تتصل يد الشخص بالشيء المتحصل من الجريمة لاعتباره محققاً وأن يكون سلطان الشخص مبسوطاً على ذلك الشيء، ولو لم يكن في حوزته الفعلية، واتسع مفهوم الإخفاء ليستوعب صوراً عديدة، كمجرد الاستعمال غير المقتزن بالاستتار بالشيء أو المال المتحصل عن الجريمة، وكذلك الوساطة في تداوله، والحيازة المفترضة أو غير الشخصية،

(1) ومن ذلك: المادة (44 مكرراً) من قانون العقوبات المصري رقم (58) لسنة (1937م)، والمادة (387) من قانون العقوبات الجزائري رقم (66-156) لسنة 1966م، والمادة (106) من القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م، المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 20/2/1991م.
(2) ومن ذلك: التقرير الوطني لجمهورية مصر المقدم إلى مؤتمر الأمم المتحدة التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين (القاهرة 28 أبريل-8 مايو 1995م)، ص73، حيث أشار التقرير إلى أن غسل الأموال يعد صورة من جريمة صور إخفاء الأشياء المنصوص عليها في المادة (44 مكرراً) من قانون العقوبات المصري؛ إذ لا يمنع في القانون الجنائي المصري نظراً على الأقل من استيعاب جريمة حيازة الأموال ذات المصدر غير المشروع لنشاط غسل الأموال، وبالتالي يمكن العقاب على كثير من الأفعال التي يتحقق بها غسل الأموال.

كمساكنة الشخص الحائز لأشياء أو أموال ذات مصدر إجرامي، ومجرد الانتفاع بتلك الأموال المتحصلة من الجريمة، بل تتسع الحياة إلى (الحياة المستقبلية)؛ أي محض قبول الشخص لحياة الشيء أو المال غير المشروع، ولو لم يكن قد تسلمه أو حازه بالفعل⁽¹⁾.

وقد وسع المقنن الفرنسي من مدلول الإخفاء ليستوعب الاستفادة من متحصلات الجريمة بأية وسيلة كانت⁽²⁾، الأمر الذي تبعه توسع الفقه والقضاء الفرنسيين في تفسيرهما للإخفاء⁽³⁾. حيث اعتبرا أن الإخفاء لا ينصرف إلى عمليات مادية تباشر على الشيء، بل يتم كذلك بتصرفات قانونية؛ كالتنازل عن الشيء أو اكتساب ملكيته بطريقة صورية باللجوء إلى الشركات الوهمية ذات الجنسية الأجنبية، بل إن القضاء الفرنسي اعتبر أن مجرد الكذب في إعطاء معلومات كان يتعين على الشخص الإدلاء بها بشأن الأشياء المتحصلة من الجريمة، جريمة إخفاء، واعتبر كذلك قيام الشخص بإيداع شيكات مزورة في حساب مرتكب جريمة التزوير، جريمة إخفاء، وقيام المستفيد من الشيك، بصرف مبالغ مودعة في حساب جاري في المصرف، مع علمه بأن هذه المبالغ متحصلة من جريمة ارتكبتها الساحب وغير ذلك من الصور⁽⁴⁾.

ويمكن القول أن الأخذ بالمفهوم الواسع للإخفاء، فضلاً عن عدم تقييد المقنن لنوعية الجرائم المتحصل منها الأموال؛ بأن يكون محل الإخفاء هو ثمرة الجريمة –أيًا كان نوعها– سواء كان الشيء المتحصل منها بذاته أم ثمنه أم أي شيء مشتري بمال متحصل من جريمة، بل حتى مستبدل به، فإنه يستوعب أغلب أنشطة غسل الأموال.

(1) للمزيد من التفاصيل انظر: د. مصطفى طاهر، مرجع سابق، ص 200.

(2) وذلك عندما عرف الإخفاء في المادة (1-321) من قانون العقوبات لسنة 1992م، وفقاً لتعديل 5-11-2017م، بأنه: "واقعة إخفاء أو حيازة أو تداول أو التوسط بغرض تداول أشياء متحصلة من جنابة أو جنحة بأي وسيلة كانت، مع العلم بذلك"، وهو بذلك اعتبر النقل أو التوسط في النقل ضمن صور النشاط الإجرامي في جريمة الإخفاء، على الرغم من عدم الحيازة المادية للشيء، انظر السرايط:

<http://codes.droit.org/CodV3/penal.pdf>

(3) للمزيد من التفاصيل انظر: د. محمود كبيش، مرجع سابق، ص 86-87.

(4) د. محمود كبيش، المرجع السابق، ص 86-87.

2- إن العلم كأحد عناصر الركن المعنوي في جريمة الإخفاء ينصرف إلى علم الجاني بأن تلك الأموال قد تحصلت من جريمة ارتكبتها فاعل الجريمة الأصلية، وهو التشابه مع عنصر العلم في جريمة غسل الأموال، ولا يشترط أن يكون عالماً بكل الظروف التي وقعت فيها الجريمة التي تحصلت منها الأموال.

3- إن جريمة الإخفاء مستقلة في بنائها القانوني عن الجريمة الأصلية، كجريمة غسل الأموال.

4- إن قبول المصارف أو المؤسسات المالية لإيداع أموال غير مشروعة في حساب مصرفي لديها- سواء كان حساباً جارياً أم حساباً لأجل، يجعلها خاضعةً لجريمة الإخفاء⁽¹⁾؛ لقبولها حياة أموال ذات مصدر غير مشروع؛ للانتفاع بها أو الوساطة في تداولها أو نقلها.

5- إن محل الإخفاء يتسع ليشمل الأشياء المادية أو غير المادية على حدٍ سواء؛ كإخفاء المحتوى المعلوماتي للمستندات الورقية أو لبرامج الحاسب الآلي⁽²⁾.

6- إن جريمة الإخفاء تستلزم- بالضرورة - وقوع جريمة سابقة عليها تمثل المصدر الذي تحصلت عنه الأشياء محل الإخفاء أو الحياة وهي الجريمة الأصلية، أيًا كان نوعها، وهو ما ذهب إليه كثير من التشريعات ومنها التشريع اليمني، وبالتالي فإن جريمة الإخفاء جريمة تبعية لجريمة أصلية، كما في أنشطة غسل الأموال، وبالتالي يستوعبها هذا الوصف.

● أوجه القصور الموضوعية لتكليف غسل الأموال كإحدى صور جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة.

شاب تكليف أنشطة غسل الأموال كإحدى صور جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة العديد من أوجه القصور، ووجهت له الكثير من الانتقادات، يتعلق أولها: بالسلوك المكون للركن المادي لجريمة الإخفاء، وذلك بصعوبة اعتبار المصرف حائزاً للأموال، ويتعلق ثانيها: بمحل الإخفاء، وذلك بالتصادم مع مبدأ عدم قابلية الحساب المصرفي للتجزئة، ويتعلق ثالثها: بالجريمة الأصلية، وذلك بانتهاك مبدأ الشرعية الجنائية، ويتعلق رابعها:

(1) وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي. يُنظر: د. عزت محمد العمري، جريمة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2006م، ص96.

(2) د. مصطفى طاهر، مرجع سابق، ص201.

بالركن المعنوي لكل من جرمي إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة وجريمة غسل الأموال، وذلك باختلاف القصد الجنائي فيهما، ويتعلق خامسها: بإفلات الجاني من العقاب في بعض الحالات، كل ذلك وفقاً للتوضيح الآتي:

أولاً: صعوبة اعتبار المصرف حائزاً للأموال، كأحد عناصر السلوك للركن المادي في جريمة الإخفاء: لقيام الركن المادي في جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة يلزم أن يصدر عن الجاني نشاط إيجابي، يتجسد في فعل يندرج ضمن عناصر الركن المادي لجريمة الإخفاء، كإخفاء أو حيازة الأشياء أو الأموال ذات المصدر الإجرامي. وعندما يباشر (الشخص المعنوي) نشاطاً من أنشطة غسل الأموال، كأن يقبل المصرف إيداع أو تحويل أو استثمار أموال يعلم بأنها متحصلة من مصدر غير مشروع، فإنه يصعب لدى البعض⁽¹⁾ القول بارتكاب المصرف لجريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة. ذلك أن قبول المصرف إيداع أموال في حساب أحد عملائه لا يعني أن المصرف حائز بالفعل لتلك الأموال، بل تظل هذه الأموال مودعة باسم ولحساب ذلك العميل، ويظل لهذا العميل وحده حق التصرف في تلك الأموال، ولا يتعدى دور المصرف مجرد تسجيل العملية المصرفية في الجانب الدائن أو المدين للحساب المصرفي فحسب، والمصرف ملزم بالتصرف على هذا النحو، وإلا فإنه قد يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة إذا لم يتقيد بإرادة المودع في كيفية التصرف في الأموال المودعة لديه⁽²⁾.

وفضلاً عن ذلك فإن عمليات غسل الأموال لا تستلزم دائماً الحيازة المادية للمال موضوع الغسل، فغسل الأموال عن طريق إجراء قروض وهمية أو التلاعب في خطابات الضمان، لا يتضمن حيازة للمال المراد غسله، على الرغم من أنهما طريقتان شائعتان لغسل الأموال. كما أن حالة أمين المتحف – مثلاً- الذي يضم إلى مقتنيات المتحف عملاً فنياً يعلم أنه متحصل من سرقة، لا يعد مرتكباً لجريمة الإخفاء وفقاً لبعض القوانين؛ لأنه لا

(1) د. سليمان عبد المنعم، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، ظاهرة غسل الأموال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999م، ص 72-74.
(2) وعلى النقيض من ذلك يرى آخرون أن المصرف لا يعد حائزاً للأمانة، لأن المالك للأموال المودعة لدى المصرف ليس المودع بل المصرف، كما في عقد الوديعة النقدية؛ إذ تنتقل ملكية المال إلى المصرف وإن كان ملتزماً برد مثله بمجرد الطلب أو في معاد استحقاق الوديعة وفقاً للعقد مع العميل، انظر: د. جلال وفاق محمد، دور البنوك في مكافحة غسل الأموال، سلسلة بنك الكويت الصناعي، العدد 63، ديسمبر، 2000م، ص 40.

يخفي هذا الشيء وإنما يقوم بعرضه على الجمهور، وهو لا يجوز هذا الشيء لنفسه، بل يصبح تابعاً للمتخف، ولا يحصل أمين المتخف على فائدة شخصية لنفسه من هذه العملية، وبالتالي لا تتحقق عناصر الإخفاء⁽¹⁾.

وعلى افتراض أن السلوك الإيجابي لغسل الأموال يمكن أن يندرج ضمن جريمة الإخفاء، إلا أن السلوك السلبي لغسل الأموال يصعب تكييفه بأنه أحد صور السلوك في جريمة الإخفاء؛ ذلك أن امتناع المصرف وتفاعسه عن التزام الحيطه والحذر والتحري عن مصدر المال المودع لديه، أو التثبت من حقيقة العمليات المصرفية المشبوهة لا يرقى إلى مستوى النشاط الإيجابي الذي تقوم به جريمة الإخفاء المعاقب عليها، وهو ما حدا بالمقنن الجنائي في دول عديدة إلى التدخل بتجريم هذا السلوك بنصوص خاصة⁽²⁾.

ثانياً: التصادم مع مبدأ عدم قابلية الحساب المصرفي للتجزئة، فيما يتعلق بمحل الإخفاء: وفقاً للمفهوم المرن لمحل الإخفاء؛ الذي يدخل الأموال المعنوية ضمن مفهوم الشيء الذي يرد عليه فعل الإخفاء أو الحيازة من ناحية، وإمكانية تتبع الشيء المتحصل عن الجريمة من ناحية أخرى، فإنه يصطدم بإحدى القواعد المصرفية وهي: "عدم قابلية الحساب الجاري للتجزئة"⁽³⁾. حيث تندمج جميع بنود هذا الحساب في الكل، ويكون غير قابل للتجزئة؛ فلا يجوز استخراج أحد بنود الحساب بصورة منفردة استقلالاً عن الحساب في مجموعه لترتيب آثار قانونية عليه؛ إذ يختلط المال المشروع مع المال غير المشروع ذي المصدر الإجرامي على نحو يصعب التمييز بينهما، وبما لا يمكن معه استخراج محل جريمة الإخفاء، وبالتالي عدم إمكانية ملاحقة المصرف استناداً إلى وصف الإخفاء أو الحيازة للأموال المتحصلة من جريمة⁽⁴⁾؛ فقاعدة عدم قابلية الحساب الجاري للتجزئة تفقد محل الجريمة ذاتيته وتجعله غير ذي أثر.

(1) د. محمود كبيش، المرجع السابق، ص 92.

(2) د. مصطفى طاهر، مرجع سابق، ص 204.

(3) د. عزت محمد العمري، مرجع سابق، ص 99، د. مصطفى طاهر، المرجع السابق، ص 204-205.

(4) د. عزت محمد العمري، المرجع السابق، ص 99، د. مصطفى طاهر، المرجع السابق، ص 204-205.

ثالثاً: انتهاك مبدأ الشرعية الجنائية فيما يتعلق بالجريمة الأصلية: لم تحدد التشريعات الجنائية التي جرمت الإخفاء كجريمة مستقلة، ماهية الجريمة الأصلية السابقة على فعل الإخفاء، الأمر الذي سيدفع القضاء إلى التوسع في تطبيقه لمفهوم تلك الجريمة ليشمل كل أنواع الجرائم، وفي ذلك انتهاك لمبدأ الشرعية الجنائية؛ حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني منضبط، يحدد على وجه الدقة كافة الأركان والعناصر اللازمة لقيام الجريمة، وبالتالي فإن التشريعات التي تقصر جرائم غسل الأموال على ما يتم تحصيله من جرائم محددة- كجرائم الاتجار بالمخدرات - يرتب نتائج أبرزها: أن وصف نشاط غسل الأموال كصورة من صور جريمة الإخفاء، قد لا يخضع مرتكبه للمسؤولية الجنائية؛ لعدم وجود نص قانوني خاص، وهو الأمر الذي دعا كثير من الدول إلى تجريم أنشطة غسل الأموال بنصوص خاصة، على الرغم من وجود النصوص العامة التي تعاقب على إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة.

رابعاً: اختلاف القصد الجنائي فيما بين جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة وجريمة غسل الأموال: جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة من الجرائم العمدية، التي تتطلب توافر القصد الجنائي؛ بينما يمكن أن تقع جريمة غسل الأموال عمداً، كما يمكن أن تقع عن طريق الإهمال حسب الأحوال، وبالتالي يمكن أن يفلت المصرف أو أحد مستخدميهِ من المسؤولية الجنائية، إذا اعتبرنا سلوكه صورة من صور جريمة الإخفاء؛ وذلك في حالة تقاعس المصرف عن الوفاء بالتزام الحيطة والحذر فيما يتعلق بالتحقق من هوية العملاء، أو التثبت من حقيقة المصدر غير المشروع للأموال المطلوب إيداعها أو نقلها أو استثمارها بمعرفة ذلك المصرف⁽¹⁾.

خامساً: إفلات الجاني من المسؤولية الجنائية في بعض الحالات إذا اعتبرنا نشاطه صورة من صور جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة: يقتصر مجال التجريم في جريمة إخفاء أشياء مسروقة على فعل الإخفاء،

(1) د. دليلة مباركي، غسل الأموال، أطروحة دكتوراه، الجزائر، جامعة الحاج لخضر- باتنة- كلية الحقوق السياسية، 2008م، ص154، د. أوزدن حسين دزة بي، مرجع سابق، ص51.

ولا ينصرف إلى أنشطة غسل المال المعاقب عليها⁽¹⁾؛ فمثلاً من يساعد متهم في إخفاء المشروعية على الأشياء المتحصلة من جريمة، لا يكون مساعداً أو شريكاً في جريمة الإخفاء، ولكنه فاعلٌ أصليٌ في جريمة غسل الأموال، وأن إسباغ وصف جريمة الإخفاء على أنشطة غسل الأموال يؤدي إلى إفلات الجناة من مرتكبي هذا النشاط من العقاب⁽²⁾، فيما إذا توافر سبب من أسباب الإباحة، أو صدر عفو عن الجريمة السابقة؛ التي نتجت عنها الأموال محل الغسل وهي في الوقت ذاته محل الإخفاء؛ لزوال الصفة الإجرامية عن الجريمة السابقة.

الجدير بالذكر، إن جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة تركز على ناتج الجريمة السابقة عليها، بينما تسمح جريمة غسل الأموال بمواجهة ما يمكن أن يطلق عليه " الهندسة المالية"⁽³⁾، والتي تعني تغيير طبيعة ناتج الجريمة من أجل إلباسه لباساً مشروعاً؛ أي إجراء عمليات تجارية أو مصرفية أو نحوها لإخفاء المشروعية على متحصلات الجريمة السابقة، والتي قد تمتد إلى أكثر من دولة، وقد تستخدم وسائل التكنولوجيا الحديثة.

لذلك، فإن تكييف غسل الأموال كصورة من صور إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة – وإن كان يمكن أن يستوعب الكثير من أنشطة غسل الأموال – إلا أن عددًا من أوجه النقد يمكن أن تناله، بحيث يصعب أن يصمد هذا الوصف في مواجهة الكثير من أنشطة غسل الأموال، وسواء كانت تلك الانتقادات راجعة لصعوبة اعتبار المصرف حائزاً للأموال، كأحد عناصر السلوك للركن المادي في جريمة الإخفاء، أم التصادم مع مبدأ عدم قابلية الحساب المصرفي للتجزئة، فيما يتعلق بمحل الإخفاء، أم انتهاك مبدأ الشرعية الجنائية، فيما يتعلق بالجريمة الأصلية، أم اختلاف القصد الجنائي فيما بين جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة، وجريمة غسل الأموال، بل إمكانية إفلات الجاني من المسؤولية الجنائية في بعض الحالات، وأخيراً فإن المقنن ذاته لم يكن مستوعباً نشاط

(1) د. ديلة مباركي، غسل الأموال، المرجع السابق، ص153.

(2) د. أوزون حسين دزة بي، المرجع السابق، ص52.

(3) د. محمود كبيش، مرجع سابق، ص91.

غسل الأموال عند تقنين جريمة الإخفاء للمتحصلات، وبالتالي يكون التفسير باستيعابها لنشاط غسل الأموال خلافًا لقصد المقتن عند سنه للنص الخاص بجريمة الإخفاء.

وخلاصة ما سبق فإنه يتعذر التكييف القانوني لإسباغ وصف المساهمة الجنائية التبعية على أنشطة غسل الأموال، كما يصعب إسباغ إدراج أنشطة غسل الأموال ضمن جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة، الأمر الذي حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأن أنشطة غسل الأموال يمكن أن تستوعبها بعض نصوص القوانين الخاصة؛ كقانون مكافحة الفساد أو قانون مكافحة الكسب غير المشروع، أو ما يسمى في اليمن قانون الإقرار بالذمة المالية على النحو الذي سيتم بيانه تباعًا.

الفرع الثاني

استيعاب بعض القوانين الخاصة لأنشطة غسل الأموال

فضلاً عن المحاولات التقليدية -الآنفة الذكر- لإسباغ تكييف على أنشطة غسل الأموال، فإن هناك من يرى أن بعض القوانين الخاصة، كقانون الكسب غير المشروع، أو ما يسمى في التشريع اليمني "قانون الإقرار بالذمة المالية"، وقانون مكافحة الاتجار والاستعمال غير المشروعين للمخدرات والمؤثرات العقلية، وقانون مكافحة الفساد، يمكن أن تكون أدوات فاعلة أو آليات ناجعة لمواجهة أنشطة غسل الأموال، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: قانون الإقرار بالذمة المالية.

يهدف هذا القانون⁽¹⁾ إلى حماية المال العام، وتعزيز الثقة بأجهزة الدولة وموظفيها وصون كرامة الوظيفة العامة ومكافحة الكسب غير المشروع، والحد من العبث بقيم وأخلاقيات الوظيفة العامة.

(1) القانون رقم 30 لسنة 2006م بشأن إقرار الذمة المالية، الصادر بتاريخ 25 رجب 1427هـ، الموافق 19 أغسطس/2006م، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد (16)، لسنة 2006م.

ويسري هذا القانون وفقاً للمادة (4) على العاملين في وحدات الخدمة العامة كافة، سواء وظائف السلطة العليا (التنفيذية أو التشريعية أو القضائية) أم وظائف الإدارة العليا أم الوظائف المالية.

وحددت المادة (5) من القانون ذاته ما يُعد كسباً غير مشروع بأنه "كل مال منقول أو غير منقول أو حق منفعة في داخل اليمن أو خارجه يحصل عليه أي شخص تسري عليه أحكام هذا القانون، سواء لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الوظيفة العامة أو الصفة". ووضحت المادة (7) من القانون ذاته بأن: "أي إضافة لقيمة مالية لذمة أي من الأشخاص المشمولين بأحكام هذا القانون، سواء بكسب عيني أو شخصي أو بالانتفاع بأي من أموال الدولة المنقولة أو غير المنقولة، وكان ذلك باستغلال الصفة أو الوظيفة وبصورة غير مشروعة، وكذلك كل انتقاص مما على الشخص من التزامات مالية، وسواء كانت هذه الإضافة أو هذا الانتقاص مباشر أو غير مباشر، فإنها تعد من قبيل الثراء غير المشروع".

ووفقاً للمادتين (15، 16) من القانون ذاته فإنه يتم تقديم إقرارات إلى الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد من فئات الموظفين العموميين المحددة في القانون، لما يملكه الموظف وزوجه وأولاده القصر من أموال ثابتة أو منقولة، داخل اليمن أو خارجها، خلال ستين يوماً من تاريخ صدور هذا القانون أو من تاريخ دخول الموظف في أي من الفئات المحددة الخاضعة لأحكام القانون، على أن يقدم الموظف بصفة دورية إقراراً بالذمة المالية، بعد مرور عامين من تاريخ تقديم إقراره السابق، أو عند الطلب من الهيئة، وذلك طوال مدة خضوعه لأحكام هذا القانون، وعليه أن يقدم إقراراً قبل شهرين من التاريخ المحدد لانتهاء خدمته، أو انتهاء خضوعه لأحكام هذا القانون في الأحوال الأخرى، وإذا ما انتهت خدمته أو خضوعه لأحكام هذا القانون قبل تقديم إقراره بدمته

المالية، وجب عليه تقديم إقراره خلال شهرين من تاريخ تركه العمل لأي سبب كان⁽¹⁾.

(1) المادتان (15، 16) من قانون الإقرار بالذمة المالية السابق الإشارة إليه.

وبالتالي فإن أي تضخم في أموال الموظف - دون مبرر- يضعه في دائرة الاشتباه، مما يستدعي التحري والتدقيق عن ذلك الثراء؛ إذ قد يكون نتيجة استغلال الوظيفة العامة والتربح من أعمالها، وارتكابه أية جريمة من الجرائم الماسة بنزاهة الوظيفة العامة.

وحددت المادة (21) عقوبة الكسب غير المشروع بالنص على أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات، كل من كسب كسباً غير مشروع، أو سهل ذلك لغيره، مع إلزامه برد ما اكتسبه بسبب ذلك".

جدير بالذكر أن المال الذي يعجز صاحبه عن تبرير مصدره، هو متحصل من جريمة الكسب غير المشروع، وبالتالي فإن من يخفي هذا المال يخضع لعقوبة جريمة الكسب غير المشروع باعتبارها العقوبة الأشد، مع علمه بذلك وفقاً لبعض التشريعات⁽¹⁾.

لذلك يرى بعض الفقهاء⁽²⁾ أن قانون الكسب غير المشروع أو قانون الإقرار بالذمة المالية يمكن أن يستوعب أنشطة غسل الأموال ويعاقب على اقترافها، أو يمكن أن يحد أو يمنع عمليات غسل الأموال من خلال مساهمته في البحث والتحري عن الثروة أو التغيير الذي طرأ على عناصر الذمة المالية للأشخاص الخاضعين لهذا القانون.

ومع أن قانون الكسب غير المشروع يمكن أن يسهم في الحد من عمليات غسل الأموال، إلا أن عدم كفايته لمواجهة مختلف أنشطة غسل الأموال، فضلاً عن أوجه قصور عديدة سيتم بيانها تباعاً، يدعو إلى التدخل بتجريم أنشطة غسل الأموال بنصوص مستقلة.

● أوجه القصور لاستيعاب قانون الكسب غير المشروع لأنشطة غسل الأموال

يمكن إبراز أهم أوجه القصور لاستيعاب قانون الكسب غير المشروع لأنشطة غسل الأموال في الآتي:

(2) المادة (44 مكرراً) من قانون العقوبات المصري نصت على أنه "... إذا كان الجاني يعلم أن الأشياء التي يخفيها متحصلة من جريمة عقوبتها أشد، حكم عليه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة".
(2) د. محمد محمد مصباح القاضي، ظاهرة غسل الأموال ودور القانون الجنائي في الحد منها، دار النهضة العربية، 2000م، ص75.

(1) يرى بعض الفقهاء⁽¹⁾ أن النصوص الواردة في قانون الكسب غير المشروع هي دعوة غير مباشرة لغسل الأموال التي يتحصل عليها الخاضعون لأحكام القانون المشار إليه بسبب استغلالهم لوظائفهم أو لصفاتهم العامة؛ فحتى يتمكن الموظف أو صاحب الصفة من الإفلات من العقاب، بسبب ما يطرأ على ثروته أو ثروة زوجته وأولاده القُصّر من زيادة، فإنه يكون مضطراً في سبيل إثبات مصدر مشروع لها أن يلجأ إلى عمليات الغسل بأي من الأساليب الفنية.

(2) لا تركز العقوبة في جريمة الكسب غير المشروع على واقعة الحصول على المال بصفة غير مشروعة - وهو ما تتكفل به نصوص أخرى، كتلك التي تعاقب على الرشوة أو الاختلاس أو الاستيلاء أو الإضرار بمصلحة الدولة للحصول على ربح أو منفعة للموظف أو لغيره- وإنما تركز على الكسب الناتج من الجريمة أو تسهيل ذلك للغير، وكذلك من قدم بيانات غير صحيحة في إقرارات الذمة المالية، وأيضاً من تخلف دون عذر مشروع عن تقديم إقرار الذمة المالية في المواعيد المحددة أو امتنع عن ذلك بعد إبلاغه⁽²⁾، وبالتالي لا تشمل مختلف أنشطة غسل الأموال، والتي تتم بوسائل تكنولوجية حديثة.

(3) تُواجه نصوص الكسب غير المشروع (قانون الإقرار بالذمة المالية) عينة من المجتمع، هم الموظفون العموميون أو ذوو الصفة العامة، وتخص الأموال غير المشروعة المتأتية من استغلال تلك العينة للوظيفة العامة أو الصفة العامة، وتواجه سلوك من اكتسب هذه الأموال دون غيره من الذين أضفوا المشروعية عليها، وبالتالي يمكن أن يفلت هؤلاء من الجزاء.

لذلك فإن القول باستيعاب أو مواجهة جريمة الكسب غير المشروع لأنشطة غسل الأموال أو الحد منها، لا يصمد أمام الانتقادات الأنفة الذكر، فضلاً عن إمكانية إفلات الجناة من غير الموظفين العموميين أو ذوي الصفة إذا تحصلوا على أموال من مصادر غير مشروعة، وبالتالي لا تتحقق المواجهة الفعالة.

(1) د. محمود كبيش، مرجع سابق، ص 96.

(2) انظر المواد (21، 23، 24) من القانون اليمني بشأن الإقرار بالذمة المالية، سبقت الإشارة إليه.

ثانيًا: قانون مكافحة الاتجار والاستعمال غير المشروعين للمخدرات والمؤثرات العقلية

أصدر المقتن اليميني القانون رقم (3) لسنة 1993م بشأن مكافحة الاتجار والاستعمال غير المشروعين للمخدرات والمؤثرات العقلية⁽¹⁾؛ ليواجه تلك الجرائم، لما تشكله من خطر، بل أضحت ضررًا يصيب المجتمعات على المستويين الوطني والدولي. وقد تضمنت المادة (36) من القانون ذاته بأنه: "يُحكم في كل الأحوال بمصادرة الأموال المتحصلة من هذه الجرائم أيًا كان نوعها، كما يحكم بمصادرة وسائل النقل التي تكون قد استخدمت في الجريمة...."

ومن النص السابق، يمكن القول أن تلك المصادرة تحول بين الجناة وغسلهم لتلك الأموال، الأمر الذي يجد من عمليات غسل الأموال.

وإذا كان لهذا القانون دور في الحد من أنشطة غسل الأموال، إلا أنه يشوبه القصور، نبيته كما يلي:

• أوجه القصور لاستيعاب قانون مكافحة الاتجار والاستعمال غير المشروعين للمخدرات والمؤثرات العقلية لأنشطة

غسل الأموال: يمكن إبراز جوانب القصور في هذا القانون فيما يأتي:

(1) تنصب عقوبة المصادرة على الأموال المتحصلة من الاتجار والاستعمال غير المشروعين للمخدرات والمؤثرات العقلية، ولا تنصرف إلى سائر الجرائم، وبالتالي تفلت كثير من أنشطة غسل الأموال من العقاب في ظل هذا القانون.

(2) لا يستوعب هذا القانون أنشطة غسل الأموال المختلفة، وتحديدًا الأنشطة التي تتم بأساليب تكنولوجية حديثة، أو التي تتم عبر الدول، أو السلوك السليبي في عمليات غسل الأموال، وبالتالي لا يضمن ملاحقة فعالة لأنشطة غسل الأموال.

<http://www.yppwatch.org>

(1) انظر: المجموعة التشريعية لمجلس النواب اليمني على الرابط الآتي:

وقد ارتبطت جرائم غسل الأموال في البداية بجرائم المخدرات، لذلك كثفت إجراءات مكافحة غسل الأموال على المستوى الدولي من خلال إقرار اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية عام 1988م

ثالثاً: قانون مكافحة الفساد.

هدف القانون اليمني رقم(39) لسنة 2006م بشأن مكافحة الفساد⁽¹⁾ إلى تحقيق العديد من الأغراض، منها: منع الفساد ومكافحته ودرء مخاطره وآثاره، وملاحقة مرتكبيه وحجز واسترداد الأموال والعائدات المترتبة عن ممارسته.

وقد تضمن القانون حصراً لمختلف أنواع جرائم الفساد، وهو ما تضمنته المادة (30) من القانون ذاته، التي عدت ما يعد من جرائم الفساد ومنها: جرائم غسل العائدات الناتجة عن جرائم الفساد المنصوص عليها في هذه المادة، وجرائم الثراء غير المشروع.

وبالتالي يمكن القول أن هذا القانون يمكن أن يستوعب أنشطة غسل الأموال، ولا حاجة لإصدار قانون مستقل لمكافحة أنشطة غسل الأموال، باعتبار أن أنشطة غسل الأموال من جرائم الفساد. ومع وجاهة هذا القول – ظاهرياً- إلا أنه يفتقر إلى الدقة، فضلاً عن عدد من أوجه النقد، تُبينها تباعاً.

• أوجه القصور لاستيعاب قانون مكافحة الفساد لأنشطة غسل الأموال.

يمكن ذكر عدد من أوجه القصور لاستيعاب قانون مكافحة الفساد لأنشطة غسل الأموال كما يلي:

(1) إن جرائم الفساد محددة في القانون، ولفظ الفساد عام ينصرف إلى أغلب جرائم الفساد في قانون الجرائم والعقوبات، وأي جرائم أخرى ينص عليها قانون آخر بوصفها من جرائم الفساد، والمستهدف من صدور القانون بصورة رئيسة هم الموظفون العموميون ومن في حكمهم في السلطات الثلاث (التنفيذية والتشريعية والقضائية)، الذين يرتكبون تلك الجرائم، ولا ينصرف إلى باقي فئات المجتمع إلا إذا كانوا مساهمين فيها.

(2) إن قانون مكافحة الفساد في المادة (30) قد أحال بشأن العقوبات المقررة لتلك الجرائم إلى القوانين النافذة، وبالتالي يمكن اعتباره من القوانين المساعدة في الحد من أنشطة غسل الأموال، لكنه لا يغني عن القوانين الأخرى التي تواجه جرائم الفساد ومنها القانون الذي يواجه غسل الأموال.

(1) انظر المادة (3) من القانون رقم (39) لسنة 2006م بشأن مكافحة الفساد، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد(24)، 2006م.

(3) إن كثيراً من أنشطة غسل الأموال لا يستوعبها قانون مكافحة الفساد، ومنها الأنشطة المصرفية، فضلاً عن أنشطة غسل الأموال العابرة للحدود، والتي تنفذها عصابات إجرامية تستخدم وسائل تكنولوجية حديثة.

وخلاصة ما سبق فإن الاتجاه التقليدي لتكييف أنشطة غسل الأموال بأنها صورة من صور المساهمة الجنائية التبعية، أو صورة من جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة، أو أن نصوص القوانين الخاصة بالكسب المشروع أو مكافحة الاتجار والاستعمال غير المشروعين للمخدرات والمؤثرات العقلية، أو مكافحة الفساد يمكن أن تستوعبها، يعزوه الدقة، فضلاً عن عدم كفاءة وكفاية تلك النصوص لتحقيق المكافحة الفعالة لهذه الظاهرة؛ التي لم يعد أثرها على المستوى الوطني بل أضحت عابرة للحدود تتمدّد مختلف الدول في مختلف المجالات، الأمر الذي دعا المجتمع الدولي إلى الوقوف في مواجهة هذه الظاهرة والتصدي لها، بالعديد من الاتفاقيات الدولية؛ التي ألفت بظلالها على التشريعات الوطنية؛ لتفصح عن استقلال هذه الجريمة في بنائها القانوني، والتحرر من التبعية في ظل الكيوف الجنائية التقليدية، وهو ما سيتم بيانه تباعاً في الاتجاه الحديث بشأن غسل الأموال.

المبحث الثاني

الاتجاه الحديث بشأن تكييف غسل الأموال

نظرًا لأوجه القصور الذي شاب الاتجاه التقليدي لتكييف أنشطة غسل الأموال، فقد برز اتجاه حديث، انقسم بدوره إلى قسمين: أحدهما يعارض تجريم أنشطة غسل الأموال البتة، وثانيهما: يؤيد تجريم غسل الأموال كجريمة مستقلة في البيان القانوني؛ لعدم كفاية النصوص التقليدية لمواجهة أنشطة غسل الأموال؛ التي تعظم خطرها وتنوع آثارها، وكذلك استجابة للاتفاقيات الدولية التي حثت الدول على ضرورة تضمين تشريعاتها نصوصًا تجرم أنشطة غسل الأموال، لذلك سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

تباين الاتجاه الحديث بشأن تجريم غسل الأموال

ثار جدل في الفقه الجنائي بشأن تجريم غسل الأموال إلى اتجاهين أحدهما: يعارض تجريم أنشطة غسل الأموال ويكتفي بالوسائل الإدارية، وله مبرراته وحججه، وثانيهما: يؤيد تجريم غسل الأموال بنصوص مباشرة ومستقلة، وله مبرراته وحججه. وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

المعارضون لتجريم غسل الأموال بتقنين خاص

يرى هذا الاتجاه أنه لا داعي لتجريم غسل الأموال؛ لأن هناك آثار سلبية للتجريم، ومن الأفضل اللجوء إلى الوسائل الإدارية⁽¹⁾، لا سيما أن السياسة الجنائية الحديثة تنادي إلى الحد من التجريم والعقاب واللجوء إلى الجزاءات غير الجنائية. ويورد أنصار هذا الاتجاه عددًا من المبررات والحجج على النحو الآتي:

(1) للمزيد من التفاصيل انظر: د. عزت محمد العمري، مرجع سابق، ص 111.

(1) يسهم تجريم غسل الأموال في إعاقة الاستثمار، وعدم الاستقرار الاقتصادي، وهروب رأس المال، وبالتالي التعارض مع مصلحة المجتمع الاقتصادية⁽¹⁾، ومن أوجه الاستثمار أن عمليات غسل الأموال تسهم في إقامة المشروعات الاستثمارية التي تؤدي إلى توفير فرص العمل وحل مشكلة البطالة، وتوفير المعروض السلعي، واستقرار الأسعار المحلية، وأن المبالغ المغسولة في الخارج تعود إلى موطنها الأصلي ليطم استثمارها استثماراً حقيقياً منتجاً⁽²⁾.

(2) تجريم غسل الأموال يؤدي إلى إعاقة الإجراءات المصرفية، بالمساس بمبدأ سرية الحسابات المصرفية وفرض قيود على تداول الأموال، سواءً كانت تشريعية أم تنظيمية، وبالتالي إعاقة الاستثمار، بل ويتعارض مع سياسة التحرر الاقتصادي، والإخلال بالثقة في المؤسسات المالية والمصرفية، والتنافس بين المصارف⁽³⁾.

(3) إنه لا داعي لتكبد العناء بسن قوانين تهدف إلى منع استغلال النظام المالي لغسل أموال المجرمين والمنظمات الإجرامية، لا سيما وأن تلك الأموال غير المشروعة متأتية من جرائم ارتكبت في الغالب في دول أخرى وهي الجرائم الأصلية، ومن ثم لا ضرر من عمليات غسل الأموال بالمؤسسات المالية الوطنية⁽⁴⁾، وأنه يمكن تأجيل إجراءات مكافحة غسل الأموال إلى ما بعد البناء الاقتصادي⁽⁵⁾.

(4) تجريم غسل الأموال يؤدي إلى الإخلال بأصل من أصول المحاكمات الجزائية، الذي يقضي: "بعدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة"؛ لأن المال غير المشروع موضوع الغسل متحصل من جريمة، وبالتالي لا يجوز عقاب المتهم عن تلك الجريمة ثم عقابه مرة أخرى عن جريمة غسل ذلك المال⁽⁶⁾.

(1) د. محمد محمد مصباح القاضي، مرجع سابق، ص63.

(2) لتفصيل أوق انظر: د. عادل عبد العزيز السن، مرجع سابق، ص49.

(3) جمال عبد العزيز، ندوة المواجهة الجنائية لغسيل الأموال، مركز البحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ديسمبر 1999م، ص34.

(4) د. عصام أحمد محمد، مكافحة غسيل الأموال بين التجريم والتعاون الدولي، المركز القومي للدراسات القضائية، 1998م، ص2.

(5) د. عادل عبد العزيز السن، مرجع سابق، ص47.

(6) د. عبد الفتاح سليمان، مكافحة غسل الأموال، دار علاء الدين للطباعة والنشر، 2003م، ص29.

ومما سبق، يتبين إن المعارضين لتجريم غسل الأموال قد استندوا إلى عدد من الحجج والمبررات، إلا أنها - في تقديري- لا تصمد أمام حجج ومبررات المؤيدين لتجريم غسل الأموال بتقنين خاص ومباشر.

الفرع الثاني

المؤيدون لتجريم غسل الأموال بتقنين خاص ومباشر

يرى المؤيدون لتجريم غسل الأموال بتقنين خاص ومباشر، أن حجج ومبررات المعارضين لتجريم غسل الأموال ليست في مجموعها حاسمة، فضلاً عن وجود اعتبارات عديدة تؤيد وجوب تجريم غسل الأموال بتقنين خاص ومباشر، وفيما يأتي الرد على حجج المعارضين لتجريم غسل الأموال، ثم الاعتبارات التي تؤيد وجوب تجريم غسل الأموال.

أولاً: الرد على حجج المعارضين لتجريم غسل الأموال: تصدى أنصار هذا الاتجاه لحجج الاتجاه الرافض لتجريم غسل الأموال، وذلك بالرد على تلك الحجج على النحو الآتي:

(1) القول بأن تجريم غسل الأموال يسهم في إعاقة الاستثمار، وعدم الاستقرار الاقتصادي، وهروب رأس المال، وبالتالي التعارض مع مصلحة المجتمع الاقتصادية، هو قول غير صحيح وتنقذه النظرة الشمولية للتنمية، فقبول أموال الجريمة للاستثمار يؤدي إلى تشويه مناخ الاستثمار العام، ويؤدي إلى منافسة غير مشروعة مع المشروعات التي لا ترتبط بالجريمة، فضلاً عما يسببه من إبعاد المستثمر الأجنبي بل والمحلي؛ نتيجة لما تسببه تلك الأموال غير المشروعة من عنف وتهديد ورشاوى وعدم القدرة على التعايش مع ذلك المناخ، وبالتالي ستكون المحصلة سلبية على الاستثمار⁽¹⁾.

إن الدول الضعيفة اقتصادياً يمكن أن تتعرض لضغط الجماعات الإجرامية؛ وذلك بتغلغل تلك الأموال غير المشروعة في اقتصادها، ومن ثم التأثير على السياسيين والنظام القضائي ووسائل الإعلام، وغير ذلك من مقدرات

(1) انظر: د. عادل عبد العزيز السنن، المرجع السابق، ص 48-49، د. فؤاد شاكر، غسل الأموال وأثره في الاقتصاد القومي وكيفية مكافحته، محاضرات معهد الدراسات المصرفية للعام 1995، 1996م، ص5.

المجتمع. والقول بأن عمليات غسل الأموال لها آثار إيجابية على الاستثمار قول غير صحيح؛ لأن الدافع لخروج الأموال ليس دافعاً اقتصادياً بقدر ما هو محاولة الهروب من الملاحقة القانونية، وهذه الأموال كذلك يطلق عليها أموالاً ساخنة غير مستقرة؛ حيث تتحول من ودائع إلى سندات ثم عقارات وغير ذلك من أشكال الاحتفاظ بالثروة، وكذلك القول بأن أموال غسل الأموال تعود إلى موطنها الأصلي ليتم استثمارها استثماراً منتجاً قول غير دقيق⁽¹⁾؛ لأن هذه الأموال غالباً لا تعود إلى الموطن الأصلي إن كانت دولة نامية، وإن عادت لا يتم استثمارها بما يحقق التنمية، كسواء عقارات أو مزارب في البورصة، وبالتالي لا تشكل إضافة حقيقية للطاقة الإنتاجية في الاقتصاد.

(2) القول بأن تجريم غسل الأموال يؤدي إلى إعاقة الإجراءات المصرفية وزعزعة الثقة في المؤسسات المالية، قول مردود عليه؛ لأن عائدات تجارة المخدرات والأنشطة غير المشروعة قد تضاعفت في الآونة الأخيرة، بما يجعل من سهولة استخدام هذه العائدات غير المشروعة في شراء المؤسسات المالية ذاتها، فضلاً عن شراء ضعاف النفوس عن طريق الرشوة لتيسير استغلال هذه المؤسسات في غسل حصيلتهم من الجرائم، وهو ما تبدى في دول الاتحاد السوفيتي (سابقاً) الذي كانت المافيا تمتلك وتدير ثلاثة أرباع المصارف الجديدة فيه، وبذلك تم استدراج المؤسسات المالية لتتواطأ مع المجرمين، الأمر الذي يجعل مصداقيتها مشكوك فيها، بل إن السبب الرئيس لاختيار بنك الاعتماد والتجارة الدولي (BCCI) في لندن، هو قيامه بغسل أموال متأتية من تجارة المخدرات، وأن فساد إدارته هو سبب اختياره⁽²⁾.

(3) إن القول بأن تجريم غسل الأموال من شأنه التعارض مع التحرر الاقتصادي؛ لأنه يتم بالتجريم وضع قيود تشريعية وتنظيمية، قول غير صحيح؛ لأن إجراءات مكافحة عمليات غسل الأموال لا تعني التجريم لتلك العمليات فقط، بل بالدرجة الأولى إشراك المؤسسات المالية في مكافحة غسل الأموال عن طريق إلزامها بمجموعة من الواجبات، وبالتالي فإن اتخاذها للإجراءات لا تؤثر على الحرية الاقتصادية أو الأعمال

(1) د. عادل عبد العزيز السن، مرجع سابق، ص 49.

(2) د. عصام أحمد محمد، مرجع سابق، ص 5.

المشروعة، فالسرية المصرفية – مثلاً- قد يتم التضحية بها في الحالات المشتبه في تورطها بغسل الأموال، وليس الإلغاء التام للسرية المصرفية، وإنما الحصول على المعلومات التي تحقق الأمن الاجتماعي في مكافحة ظاهرة غسل الأموال، فلا يضير المستثمر الشريف الكشف عن مصادر أمواله، وفضلاً عن ذلك فإن التطور في مجال المعاملات المالية الرقمية عبر الشبكة العنكبوتية (الإنترنت) أو البطاقة الذكية التي تحقق الانتقال الفوري للنقود من دولة لأخرى يستدعي التدخل الفعال للحيلولة دون استغلال المجرمين لهذه التكنولوجيا لغسل عائداتهم الإجرامية⁽¹⁾.

(4) القول بأن المال هو المال أيًا كان مصدره، سواء كان مشروعًا أم غير مشروع ليس حاسمًا؛ لأن هناك فارقًا جوهريًا بين المال عندما يكون مودعًا لدى وسيط مالي، وحق استخدامه لا يزال مكفولًا للمودع، وبين المال عندما ينتقل من شخص إلى آخر بصفة نهائية، فيمكن انطباق القول على الحالة الثانية؛ لأن الحياة للمال تكون لدى شخص جديد حصل عليه من جهد أو بيع الأصل، ويخضع لسلوك الحائز الجديد، أما الحالة الأولى فإن استخدام المال سيكون في إطار المالك الذي حصل على المال بسلوك إجرامي وبالمخالفة للقانون، يؤكد ذلك قيام العصابات الإجرامية بإدارة أعمال يفترض أنها مشروعة إلى جانب أعمال إجرامية، ومن ثم يختلط النشاط المشروع بغير المشروع؛ مما يؤدي إلى إفساد مناخ العمل والمنافسة المشروعة، واضطراب السوق، وبالتالي طرد المشروعات التي هي شرعية، فضلاً عن تهافت أرباب الأنشطة غير المشروعة ومخالفتهم للأنظمة والقوانين في سبيل حماية وتنمية مصالحهم، ومن هنا يظهر الفارق بين الأموال المتأتية من الجريمة وتلك المتأتية من أنشطة مشروعة⁽²⁾، وفضلاً عن ذلك فإن المال غير المشروع قد يكون ناتجًا من التهرب الضريبي، مما يسبب حرمان خزينة الدولة من أموال كانت ستوجهها لخدمة التنمية الاقتصادية، والقول بأنه يمكن تأجيل إجراءات مكافحة غسل الأموال إلى ما بعد البناء الاقتصادي، أمر في

(1) د. ماجد عبد الحميد عمار، مشكلة غسل الأموال وسرية الحسابات المصرفية بالبنوك في القانون المقارن والقانون المصري، دار النهضة العربية، 2002م، ص161، د. أحمد جمال الدين موسى، الجريمة الدولية للمنظمة، تحليل اقتصادي، بدون ناشر، 1998م، ص19.

(2) د. عصام أحمد محمد، مرجع سابق، ص40.

غاية الخطورة، لأنه كلما قويت شوكة الجريمة ازدادت تأثيراتها السلبية على الاقتصاد والمجتمع، وصعبت السيطرة على نموها وانتشارها⁽¹⁾، وأخيراً فإن الكسب المتأتي من جريمة ليس من ضمن طرق كسب المال الحلال التي أمر الله بها في كتابه الكريم، وبالتالي سيكون مخالفاً للشرع والأخلاق وقيم المجتمع النبيلة.

(5) القول بأن تجريم غسل الأموال يؤدي إلى الإخلال بأصل من أصول المحاكمات الجزائية، الذي يقضي: "بعدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد أكثر من مرة واحدة"، قول غير صائب؛ لأن الجريمتين مستقلتان عن بعضهما⁽²⁾، فجريمة الإتجار بالمخدرات - مثلاً - جريمة مستقلة عن جريمة غسل الأموال المتأتية منها، فقد ترتكب جريمة الإتجار بالمخدرات ولا يتم غسل الأموال المتحصلة منها، وقد ترتكب جريمة الإتجار بالمخدرات ولا يتم عقاب فاعلها؛ لعدم معرفته مثلاً، ويتم معرفة الفاعل في غسل تلك الأموال ويتم عقابه، وقد يرتكب جريمة الإتجار بالمخدرات شخص، بينما يرتكب جريمة الغسل شخص آخر، وهو ما تؤكدُه الاعتبارات التي تؤيد تجريم غسل الأموال التي يتم بيانها تباعاً.

ثانياً: الاعتبارات التي تؤيد وجوب تجريم غسل الأموال: أهم الاعتبارات هي:

(1) عدم كفاءة وكفاية النصوص الجنائية التقليدية لمواجهة أنشطة غسل الأموال، لا سيما مع تعدد وتنوع عمليات الغسل واستخدامها الأساليب والوسائل التقنية الحديثة على النحو المبين آنفاً.

(2) عدم جدوى الجزاءات غير الجنائية ذات الطبيعة الإدارية والمالية لمواجهة غسل الأموال؛ لما للجزاء الجنائية من خاصية الردع والزجر.

(3) لعل الآثار البالغة والخطرة لغسل الأموال على كيان المجتمع، ما يوجب تجريم غسل الأموال بصورة مستقلة، فالآثار الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأمنية والدولية وتداعياتها التي تقوض الاستقرار السياسي والاقتصادي والأمني، بل وتخلخل كيان المجتمع، نتيجة لما تحدثه تلك الآثار من بطالة وفقر وشيوع الرشوة

(1) د. عادل عبد العزيز السنن، مرجع سابق، ص 48-49.

(2) د. عادل عبد العزيز السنن، المرجع السابق، ص 52.

وإفساد الذمم وتدمير القيم وانتشار الجريمة، وبروز التطرف وما يرتبط به من ظواهر كالعنف والكرهية وغيرها.

لذلك، فإن تجريم غسل الأموال يسهم في إتاحة الفرصة للمنافسة الشريفة والمتكافئة أمام الاستثمارات المشروعة الوطنية والأجنبية، وإنقاذ الاقتصاد من الأموال الملوثة، ومن تغلغل الفساد، بل ويسهم تجريم غسل الأموال في استرداد الأموال المغسولة في بنوك أجنبية في حالة مصادرتها لدعم جهود التنمية بالدولة.

(4) تجريم غسل الأموال بنص خاص يسهم في مكافحة الآفة التي تشكل أخطر الآفات التي أصابت المجتمعات والأفراد في العصر الحالي، وبتزايد نطاقها يوماً بعد يوم، وهي آفة الإرهاب، لسببين: أولهما: أن معظم الأموال التي تستخدم في دعم عمليات الإرهاب متحصلة من جرائم، وبالتالي فإن مصادرة الأموال يضيّق الخناق على مرتكبي العمليات الإرهابية مجرماتهم من مصدر مهم من مصادر تمويل تلك العمليات الإرهابية، وثانيهما: يتمثل في استخدام الإرهابيين عمليات غسل الأموال لإخفاء المصدر غير المشروع لأموالهم، وبالتالي يكون في تجريم غسل الأموال حرمان لمرتكبي هذه العمليات من ناتج عملياتهم الإرهابية.

(5) تجريم غسل الأموال يسهم في الحد من الجرائم الأصلية السابقة لعمليات غسل الأموال؛ فإجراءات مكافحة غسل الأموال تتضمن ضبط وتحميد الأموال كإجراءات تحفظية عاجلة، فيترتب على ذلك حرمان أصحابها من متحصلات نشاطهم الإجرامي، ويجهض محاولات غاسلي الأموال لتوقي إجراءات المصادرة التي تتهدد تلك الأموال، فضلاً عن عنصر الردع الذي يجعل من التعامل مع الأصول المالية المتحصلة من أنشطة إجرامية أمراً بالغ الخطورة لأربابها⁽¹⁾، سواء كانوا أشخاصاً أم منظمات إجرامية.

(6) تجريم غسل الأموال بنص خاص لم يعد شأنًا داخلياً لكل دولة، بل أضحى مطلباً دولياً، تؤيده كثير من الوثائق الأممية والإقليمية، وكثير من التقنينات الوطنية، ومنها التقنين اليميني؛ حيث عالج غسل الأموال بالقانون رقم (35) لسنة 2003م، ثم عدله بالقانون رقم (1) لسنة 2010م، وأخيراً تم تعديله بالقانون

(1) د. مصطفى طاهر، مرجع سابق، ص 23-24.

رقم(17) لسنة 2013م⁽¹⁾، ليواكب المتطلبات الدولية وما تفرضه توصيات مجموعة العمل المالي (F.A.T.F) و(MENA- F.A.T.F).

حيث عرفت المادة (3) من القانون المذكور جريمة غسل الأموال بالنص على أن: " (أ) يعد مرتكباً لجريمة غسل الأموال كل من يأتي فعلاً من الأفعال الآتية، سواء وقع الفعل داخل أو خارج الجمهورية"، ثم حددت صور السلوك الإجرامي الذي يعد مرتكبه غاسلاً للأموال. وأردفت الفقرة (ج) من المادة ذاتها بالقول " تعتبر الأفعال في البنود (1، 2، 3) من الفقرة (أ) من هذه المادة جرائم غسل أموال، وذلك متى ما كانت هذه الأموال متحصلة من جريمة من الجرائم الأصلية التالية: وعددت الجرائم من البند(1-20)، واختتمت البند (21) بـ "كافة الجرائم التي لم يرد ذكرها في أعلاه والمعاقب عليها بمقتضى أحكام القوانين النافذة".

وخلاصة ما سبق فإن الاعتبار التي تؤيد وجوب تجريم غسل الأموال بنصوص مباشرة ومستقلة أضحت واقعاً ملموساً، تؤيده الوثائق الأومية، والاتفاقيات الإقليمية، والتشريعات الوطنية، فضلاً عن عدم كفاءة وكفاية النصوص التقليدية لمواجهة أنشطة غسل الأموال، كل ذلك يدعونا إلى بيان مظاهر هذا الاستقلال في البيان القانوني؛ لإزالة أي لبس يمكن أن يثار بشأن عناصر هذا البيان، وهو ما سيتم التعرض له في المطلب الآتي.

المطلب الثاني

مظاهر استقلال غسل الأموال في البيان القانوني

بعد أن تبين لنا وجهة الاعتبار التي تؤيد تجريم غسل الأموال على نحو مباشر ومستقل، فإن أبرز مظاهر هذا الاستقلال هو استجابة أغلب التشريعات في الأنظمة المختلفة في دول العالم - ومنها التشريعات العربية - لغسل الأموال، وذلك بسن قوانين أو نصوص خاصة بتجريم هذه الآفة التي تبين مخاطرها الجسيمة على المستويين الوطني والدولي. وذلك يدعونا إلى الخوض في البيان القانوني لهذه الجريمة، لبيان مظاهر هذا الاستقلال،

(1) القانون اليمني رقم (35) لسنة 2003م، بشأن مكافحة غسل الأموال، وزارة الشؤون القانونية، نوفمبر 2007م، الذي ألغي بالقانون اليمني رقم (1) لسنة 2010م، بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الجريدة الرسمية، العدد(2)، يوليو 2012م، والذي عدلت بعض مواد القانون رقم (17) لسنة 2013م، بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الجريدة الرسمية، العدد (17)، سبتمبر، 2013م.

سواء كان في الركن المادي أم الركن المعنوي، مع بيان ما اعترى الركنين المادي والمعنوي من مسائل مثارة قد تعيد البعض إلى المربع الأول الذي بدأنا به هذا البحث، وهو تشابه بعض عناصر الركن المادي أو المعنوي لجريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة، أو قيام شخص واحد بارتكاب الجريمة الأصلية وغسل الأموال، أو مختلف المسائل المثارة في الركن المعنوي، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

مظاهر استقلال غسل الأموال في الركن المادي

الجريمة - كما هو معروف - تمثل عدواناً على مصلحة يحميها القانون؛ سواء كان القانون الجنائي أو القوانين الخاصة التي تحمي عددًا من المصالح الجديرة بالحماية.

وغسل الأموال يمس مصالح متعددة اقتصادية واجتماعية وسياسية وأمنية وغيرها، وهي مصالح جديرة بإسباغ الحماية الجنائية عليها، وهو ما دعا المقتنن اليميني والتقنيات المقارنة إلى التدخل بإصدار قوانين مستقلة أو نصوص مباشرة لمواجهة غسل الأموال، لا سيما في ظل عدم صمود النصوص التقليدية لمواجهة هذه الجريمة، وتزايد أخطارها على المستويين الوطني والعالمي. وغسل الأموال جريمة تفترض وقوع جريمة سابقة لها، لذلك سيتم بيان الشرط المفترض لجريمة غسل الأموال، ثم عناصر الركن المادي في هذه الجريمة، وبيان المسائل المثارة التي تعترض كل عنصر من هذه العناصر على النحو الآتي:

أولاً: الشرط المفترض لجريمة غسل الأموال: غسل الأموال جريمة ذات بعد اقتصادي ومن الجرائم المنظمة، ولها آثار ماسة بالمجتمع، وتفترض ارتكاب جريمة سابقة عليها، ولذلك فهي جريمة اقتصادية مركبة منظمة عبر دولية. وجريمة غسل الأموال ترتبط ارتباطاً وثيقاً بجريمة سابقة لها تتحصل منها أموال غير مشروعة؛ لتكون محلاً للغسل، هذه الجريمة السابقة لغسل الأموال يطلق عليها الجريمة الأصلية أو الجريمة الأولية- وهي مفترضة- وبالتالي فإن جريمة غسل الأموال جريمة تبعية لجريمة أصلية أو أولية؛ إذ لا يمكن الحديث عن البيان القانوني

الجريمة غسل الأموال ما لم يتم النظر إلى الجريمة الأصلية المتأتى منها المال محل الغسل، والذي يراد إخفاء مصدره غير المشروع.

وفي معرض الحديث عن الشرط المفترض لجريمة غسل الأموال نواجه ست مسائل مثارة يتعين بيانها. أولها: مسلك التشريعات في تحديدها لنوع الجريمة الأصلية، وثانيها: شرعية الجريمة الأصلية، وثالثها: معيار قيام الجريمة الأصلية، ورابعها: نوع المال المتحصل من الجريمة، وخامسها: إشكالية مكان وقوع الجريمة الأصلية. وسادسها: هل يمكن أن يرتكب الجريمة الأصلية وغسل الأموال شخص واحد؟ وذلك ما سيتم بيانه تباعاً.

1) مسلك التشريعات في تحديدها لنوع الجريمة الأصلية: انقسمت التشريعات في تحديدها لنوع الجريمة الأصلية

إلى ثلاثة اتجاهات: ⁽¹⁾ الاتجاه الأول: ويطلق عليه الاتجاه المطلق، والذي يعني عدم تحديد الجرائم مصدر المال غير المشروع، ليشمل الجرائم التي سنّها المقتن في قانون العقوبات، كالمقتن (الفرنسي، والمصري، واليمني، والكويتي والبحريني، والعماني، وغيرها). الاتجاه الثاني: ويطلق عليه (المقيد أو المحدد)؛ إذ ينص المقتن على جرائم أصلية محددة يتحصل منها المال المراد غسله على سبيل الحصر، فيقوم بتعدادها كالمقتن (القطري، واللبناني، والعراقي، وغيرها). الاتجاه الثالث: ويطلق عليه (المختلط)، حيث يجمع بين الاتجاهين السابقين، فيقوم المقتن بتحديد فئة من الجرائم الأصلية بصورة مجردة كالجنائيات والجنح، إلى جانب ذكر أنواع من الجرائم على سبيل الحصر، ويجرم غسل الأموال المتحصلة من تلك الجرائم، كالتشريع الأمريكي، والتشريع الفرنسي قبل التعديل الأخير عام 1996م، والذي جرم غسل الأموال الناتجة عن أعمال الدعارة أو القوادة، أو إحدى الجرائم الجمركية ⁽²⁾. والتشريع اليمني - كما أسلفنا - كان واضحاً وجلياً في تبني الاتجاه الأول، وتحديدًا في البند (21) من الفقرة (ج) من المادة الثالثة من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، في تعديل 2013م، عندما اختتمت تلك المادة بـ "كافة الجرائم التي لم يرد ذكرها في أعلاه، والمعاقب عليها بمقتضى أحكام القوانين

(1) للمزيد من التفاصيل انظر: د. سمير حسين العذري، المواجهة الجنائية والأمنية لجرائم غسل الأموال (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ط1، 2018م، ص220-221.

(2) انظر: د. محمود كبيش، مرجع سابق، ص121-127.

النافذة"، وبذلك أخذ المقتن اليمني بالتجريم العام لغسل الأموال، وتجنب الحصر للجرائم، حرصًا على مواجهة أشمل لعمليات غسل الأموال، ومراعاةً للمعايير الدولية في هذا المجال.

(2) **شرعية الجريمة الأصلية:** من المقرر طبقًا لقاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني"، أن تكون في جريمة غسل الأموال مسائل مثارة باعتبارها جريمة عبر وطنية؛ إذ من الممكن أن يرتكب الجريمة الأصلية شخص في إقليم دولة ما، ويُرتكب فعل غسل الأموال في إقليم دولة أخرى، فتبعًا لقانون أي دولة نستطيع أن نقرر أن الفعل الذي ارتكبت به الجريمة الأصلية يُعد مجرمًا؟ فهل يُطبق قانون دولة الجريمة الأصلية، أم قانون دولة غسل الأموال؟ للإجابة عن ذلك فإن مسلك التشريعات انقسم إلى فريقين⁽¹⁾:

أولهما: عدم تضمين قانون مكافحة غسل الأموال نصًا لمعالجة هذه المشكلة، ويترك المجال للقواعد العامة لتحديد ما إذا كان فعل الجريمة الأصلية مجرمًا أم لا، وهنا ستكون المشكلة مثارة عندما يكون فعل الجريمة الأصلية في دولة مجرمًا بينما في دولة أخرى مباحًا، فيكون فعل غسل الأموال مباحًا في تشريع الدولة التي تبيح فعل الجريمة الأصلية، ومثال هذا الفريق التشريع الفرنسي والتشريع الكويتي. **وثانيهما:** تشريعات تقرر بنص خاص كيفية التعامل مع هذه المشكلة بعيدًا عن القواعد العامة، ومثال الفريق الثاني: التشريع اليمني والتشريع المصري.

فالمادة (2/أ) من القانون اليمني لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب نصت على أن "يعد مرتكبًا لجريمة غسل الأموال كل من يأتي فعلاً من الأفعال الآتية، سواء وقع الفعل داخل أو خارج الجمهورية.."، كما نصت المادة (2/د) من القانون ذاته على أن "تشمل الجرائم الأصلية المبينة في الفقرة (أ) من هذه المادة الجرائم الأصلية التي ترتكب خارج الجمهورية إذا كانت تشكل جريمة وفقاً لقانون الدولة التي ارتكبت فيها، وتشكل في

(1) انظر: د. عادل علي المناع، مرجع سابق، ص 98-100.

الوقت ذاته جريمة وفقاً للقوانين النافذة في الجمهورية". وبالتالي تدخل المقنن بنص خاص لمواجهة هذه المشكلة، وكذلك فعل المقنن المصري في المادة (2) من قانون مكافحة غسل الأموال.

ويبدو أن اتجاه الفريق الثاني أقرب إلى الصواب، إلا أن الأصوب منه - في تقديري - هو النص على اشتراط توقيع العقاب على الفعل في أي من التشريعين الوطني أو الأجنبي وليس اشتراط توقيع العقاب في التشريعين معاً؛ لأن الفعل في الجريمة الأصلية قد يكون مباحاً في التشريع الأجنبي كالدعارة - مثلاً - ومجرماً في التشريع الوطني، وحينها سيفلت غاسل الأموال المتحصلة من ذلك الفعل في التشريع الوطني؛ لاشتراط تجريم الفعل في التشريعين الوطني والأجنبي معاً؛ لذلك فاشتراط توقيع العقاب في التشريعين الوطني أو الأجنبي أكثر فعالية لاحتواء الأفعال التي تتم بها الجريمة الأصلية كافة (الشرط المفترض).

3) ما معيار قيام الشرط المسبق (الجريمة الأصلية)؟ للإجابة عن هذا التساؤل، الذي يقصد منه أيضاً: ما اللحظة التي معها يمكن القول بتوافر الجريمة الأصلية كأرضية لقيام جريمة غسل الأموال؟ هل من لحظة ارتكاب العناصر المكونة للجريمة الأصلية، أم تتعدى ذلك إلى حين إثبات قيامها في مرحلة التحقيق، أو المحاكمة، أم لا بد من الانتظار حتى صدور حكم بات بإدانة مرتكب الجريمة الأصلية؟ وبالمقابل ما حجية الحكم الصادر بالبراءة في الشرط المسبق؟

وتوضيحاً لذلك، فلو أخذنا بمعيار صدور حكم بات بالإدانة لمرتكب الجريمة الأصلية، فقد يستغرق ذلك وقتاً طويلاً انتظاراً لصدور ذلك الحكم، وسيتيح هذا المعيار لغاسل الأموال فرصة لغسل الأموال دون التمكن من ملاحظته؛ لأن المرحلة السابقة على صدور الحكم القضائي البات لا تسمح بالجزم بأن المال متحصل من جريمة، بل إنه مع التسليم بأن معيار قيام (الشرط المسبق) الجريمة الأصلية هو وقت ثبوت وقائعها المادية بعد مرحلتى التحقيق الابتدائي والنهائي فسنتقع في الإشكال ذاته وهو الانتظار وقتاً طويلاً يستفيد الجناة منه لغسل الأموال دون تجريم أفعالهم⁽¹⁾. ومن جهة

(1) د. عادل علي المانع، مرجع سابق، ص92.

أخرى فإن محاكمة المتهم عن الجريمة الأصلية وصدور حكم براءته يضيف عائفاً قد يحول دون توافر جريمة غسل الأموال المتحصلة عن هذه الجريمة.

ولتفادي هذا العائق فإنه يجب التفرقة بين أسباب البراءة الموضوعية، كعدم وجود جريمة؛ لعدم ثبوت ارتكاب الفعل المادي المكون لها، أو لعدم خضوعه لنص تجريم أو لسريان سبب إباحة عليه، وصار باتاً بعد الطعن عليه، فإن هذه الأسباب تحول دون توافر جريمة غسل الأموال المتحصلة من هذه الجريمة، بينما لو صدر حكم براءة وكان مبنياً على عدم كفاية الأدلة، فإن ذلك يعني براءة المتهم من الجريمة الأصلية، وليس عدم وقوعها؛ فقد يكون الفاعل شخصاً آخر، وقام ثالث بغسل الأموال المتحصلة من تلك الجريمة⁽¹⁾.

وفضلاً عما سبق فإن وفاة المتهم قبل محاكمته، أو صدور أمر بالألّ وجه لإقامة الدعوى الجزائية أو بحفظ الأوراق لعدم توفر الأدلة، أو وجود قيد إجرائي يحول دون تحريك الدعوى الجزائية ضد المتهم، كقيد الإذن بتحريك الدعوى الجزائية على أحد أعضاء السلطة القضائية أو الانتظار لحين رفع الحصانة على أحد أعضاء السلطة التشريعية، كل ذلك يشكل عقبة أمام تطبيق نص تجريم غسل الأموال، فجميع تلك الأسباب تجعل من الجريمة الأصلية مصدر المال غير المشروع محتملة الوقوع، وذلك غير كاف، بل إن بعض الجرائم يصعب إقامة الدليل عليها، مما يؤدي في النهاية إلى صعوبة توفر أركان جريمة غسل الأموال، ولو قيل بغير ذلك لأمكن النيل من حق المتهم في افتراض قرينة البراءة فيه وهو مبدأ دستوري لا يجوز النيل منه. بينما توسع بعض الفقهاء في إثبات الجريمة السابقة، وذلك بمجرد أن المعلومات عن الذمة المالية للمتهم قد أظهرت عدم كفاية دخله المشروع لتمويل نفقات باهظة نقداً، فإن تلك المعلومات يمكن أن تشكل دليلاً على أن المال متحصل من مصدر غير مشروع، وهو ما جعل من مجرد توافر الدلائل أو القرائن على أن المال ناتج من جريمة كافياً لتطبيق النص الخاص

(1) ولا يمنع من تحقق جريمة غسل الأموال في فرضية أن هناك أموالاً ناتجة من تجار بالمواد المخدرة، ولم تغسل تلك الأموال إلا بعد صدور حكم قضائي ببراءة المتهم لوجود عيب إجرائي؛ كخطأ في إجراءات القبض أو التفتيش، انظر: د. غنام محمد غنام، مكافحة ظاهرة غسل الأموال في عصر العولمة، مؤتمر الوقاية من الجريمة في عصر العولمة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 6-8 مايو 2001م، ص32، د. عزت محمد العمري، مرجع سابق، ص152، د. عادل علي المناع، المرجع السابق، ص93.

بغسل الأموال حتى ولو لم تحرك الدعوى الجنائية عن الجريمة الأصلية⁽¹⁾، وهذا الاتجاه- سيؤدي إلى المساس بالحرية الفردية، وسيسهل في تشجيع سلطات الضبط والتحقيق على ذلك؛ مما يشكل تشجيعاً ومكافأة عن عجزها وتقاعسها في إثبات الجريمة الأصلية، وبالتالي النيل من قرينة البراءة المفترضة في المتهم.

ولذلك تحاشى المقتن اليميني الوقوع في هذه الإشكالية عندما نص في المادة 3/هـ من القانون رقم (1) لسنة 2010م بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب والمعدل بالقانون رقم(17) لسنة 2013م ، على أنه "تعتبر جريمة غسل الأموال جريمة مستقلة عن الجريمة الأصلية المتحصل منها المال، ولا يشترط حصول إدانة بارتكاب الجريمة الأصلية لإثبات المصدر غير المشروع لمتحصلات الجريمة"، وبالتالي لم يشترط المقتن اليميني إثبات الجريمة الأصلية أو صدور حكم بات بالإدانة، بل يكفي إثبات عناصر الجريمة الأصلية، ولو لم تحرك الدعوى الجزائية للجريمة الأصلية، وهو اتجاه يتعين الأخذ به، والاكتماء باقتناع المحكمة بأن المال متحصل من جريمة معاقب عليها بمقتضى القوانين النافذة، للمسوغات الأنفة الذكر، فضلاً عن أن الحكم الصادر بالإدانة في الجريمة الأصلية ليس ركناً من أركان جريمة غسل الأموال⁽²⁾، ولم يشترط القانون كذلك صدور حكم بالإدانة في الجريمة الأصلية، كل ذلك يؤكد استقلال الجريمة الأصلية عن جريمة غسل الأموال، وإن كانت شرطاً مفترضاً لقيامها.

4) ما نوع المال المتحصل من الجريمة الأولية محل جريمة الغسل؟

للمال مفهوم قد يختلف من جريمة لأخرى ومن مجال لآخر، ضيقاً واتساعاً، مادياً فقط أو مادياً ومعنوياً، منقولاً أو غير منقول. وجريمة غسل الأموال متطورة، سواء في وسائلها وآلياتها أم مراحلها؛ وذلك لاستخدام الوسائل التقنية والبنكية الحديثة التي يتغير معها شكل المال بسرعة، وقد يتم ذلك في مرحلة واحدة، فضلاً عن

(1) للمزيد من التفاصيل انظر: د. عزت محمد العمري، المرجع السابق، ص 150-151.

(2) وهو ما سلكته كثير من التقنينات، كالتقنين الإماراتي بعدم اشتراط حصول الإدانة بارتكاب الجريمة الأصلية لإثبات المصدر غير المشروع للمتحصلات، انظر المادة (3/2) من المرسوم بالقانون الاتحادي رقم (20) لسنة 2018م بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة، بعد إلغاء القانون رقم (4) لسنة 2002م بشأن غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وكذلك المادة (3/2) من المرسوم البحري بالقانون رقم (4) لسنة 2001 بشأن حظر ومكافحة غسل الأموال، انظر الرابط الآتي: <https://www.mof.gov.ae/ar/lawsAndPolitics/govLaws>

سعي غاسل الأموال لتغيير وتبديل شكل المال من حين لآخر؛ لقطع الصلة بين ذلك المال وبين مصدره على النحو الذي يبيانه آنفًا. لذلك راعت كثير من التقنينات⁽¹⁾.

هذا التطور والتغيير في شكل المال، وذلك بالنص على تعريف الأموال والمتحصلات من الجريمة الأصلية، تنفيذًا للاتفاقيات الدولية بشأن مكافحة غسل الأموال ومنها التوصيات الأربعين التي أوصت بتوسيع نطاق المال ليشمل جميع أنواع الممتلكات أيًا كانت قيمتها بصورة مباشرة أو غير مباشرة. وعلى سبيل المثال: عرف المقتن اليميني الأموال في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في المادة (2) بالقول أنها: "الأصول أيًا كان نوعها مادية أو غير مادية، منقولة أو غير منقولة؛ التي يتحصل عليها بأي وسيلة كانت، والوثائق أو الصكوك القانونية أيًا كان شكلها، بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي والتي تدل على ملكية تلك الأموال أو مصلحة فيها، وتشمل على سبيل المثال: العملات بجميع أنواعها المحلية والأجنبية والأوراق المالية والتجارية والاعتمادات المصرفية والشيكات السياحية والحوالات المالية والأسهم والسندات والكمبيالات وخطابات الاعتماد أو أية فوائد أو أرباح أو عوائد من هذه الأموال أو القيمة المستحقة منها أو الناشئة عنها".

كما عرفت المادة (2) من القانون ذاته المتحصلات بأنها: "الأموال الناتجة أو العائدة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من ارتكاب أي جريمة"، وهو ما تعرضت له المادة (1) من الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب الصادرة عام 2010م.

ونخلص مما سبق إلى أن المال المتحصل من الجريمة الأصلية (محل الغسل) يشمل المادي والمعنوي، العقار والمنقول أيًا كان شكله نقدًا مادية أو إلكترونية أو أسهم أو سندات أو خطابات اعتماد أو شيكات سياحية، أو معلومات تم الحصول عليها عن طريق التجسس الصناعي أو التجاري يمكن تقويمها بالمال، وأية فوائد أو

(1) انظر على سبيل المثال: المادة (1/1، د) من قانون مكافحة غسل الأموال المصري لسنة 2002م وتعديلاته، والمادة (1) من المرسوم البحريني بقانون رقم (4) لسنة 2001م بشأن حظر ومكافحة غسل الأموال، والمادة (1) من القانون اللبناني رقم (318) لسنة 2001م بشأن مكافحة تبييض الأموال وتعديلاته، والمادة (1) من القانون الكويتي رقم (35) لسنة 2002م بشأن غسل الأموال وتعديلاته، والمادة (1) من القانون الاتحادي الإماراتي بشأن غسل الأموال رقم (4) لسنة 2002م وتعديلاته، والمادة (1) من القانون الأردني رقم (46) لسنة 2007م، بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وتعديلاته، والمادة (1) من القانون القطري رقم (4) لسنة 2010م، بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

أرباح أو عوائد من هذه الأموال أو القيمة المستحقة منها أو الناشئة عنها، فيدخل في ذلك المقتنيات المشتراة بتلك الأموال، كالتحف والمجوهرات، بل حتى المبالغ الناشئة من عمليات تحايل على الأسواق المالية، وبالتالي يمكن مواكبة التطور أو التغيير في شكل المال محل الغسل مهما تغير أو تبدل.

بيد أن تساؤلاً يثار بشأن المال (محل الغسل)، هل يشترط أن يكون المال المتحصل من الجريمة الأصلية (الشرط المفترض) غير مشروع؟

للإجابة عن هذا التساؤل يرى بعض الفقهاء⁽¹⁾ أنه ليس بالضرورة أن يكون الشرط المفترض هو مصدر المال غير المشروع؛ لأنه قد يكون هذا المال وفي حالات نادرة مصدره الفعل المشروع، وهو فعل لا يشكل جريمة في قانون العقوبات، كالعمولات الكبيرة التي يتقاضاها بعض الأشخاص عند إبرام صفقات ضخمة، لا سيما في صفقات التجارة الدولية، لأن هذه الأموال في هذه الحالات تحتاج إلى عمليات لغسلها.

ومع وجاهة هذا الرأي ظاهرياً إلا أنه قد جانبه الصواب في بعض الأمور أبرزها: أن كل التشريعات تشترط أن يكون المال محل الغسل من مصدر غير مشروع، وإلا كان مآلاً مباحاً، وأن بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية قد أصدرت قانوناً لتجريم الرشوة في المعاملات التجارية الدولية، ومنها العمولات، فضلاً عن اشتراط قوانين مكافحة غسل الأموال بأن يعلم الشخص أو كان ينبغي أن يعلم بأن تلك الأموال عائدات أو متحصلات إجرامية⁽²⁾، فضلاً عن أن ذلك يخالف قاعدة معروفة في القانون الجنائي هي: (لا جريمة ولا عقوبة إلاً بنص)، وبالتالي فإنه يتعين أن يكون المال المتحصل من الجريمة الأصلية (الشرط المفترض) غير مشروع، أما إذا كان مشروعاً فلا مجال للحديث عن جريمة أصلية.

الجدير بالذكر أنه لا يشترط ضبط محل أو موضوع جريمة غسل الأموال المتحصل من الجريمة المصدر؛ إذ يكفي لثبوت الإدانة لدى المحكمة أن السلوك الإجرامي الذي ينسب إلى الجاني ارتكابه قد انصب على مال

(1) للمزيد من التفاصيل انظر: د. سمير حسين العذري، مرجع سابق، ص 231-232.

(2) على سبيل المثال انظر المادة (1،2،3/3)، من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب اليمني، سبقت الإشارة إليه.

متحصل من جريمة من الجرائم التي جرم المقتن غسل متحصلاتها⁽¹⁾، وهو ما يؤكد استقلال جريمة غسل الأموال عن الجريمة المصدر (الشرط المفترض)، وإن كان تحقق هذا الشرط لازم لوقوع جريمة غسل الأموال.

5) إشكالية مكان وقوع الجريمة الأصلية والقانون الواجب التطبيق

يغلب الطابع الدولي على جريمة غسل الأموال، وأن وقوع الجريمة الأصلية كشرط مفترض يشير إشكالية الاختصاص القضائي في حالة وقوع الجريمة الأصلية في دولة ووقوع غسل الأموال في دولة أخرى، ويثير كذلك القانون الواجب التطبيق.

وإذا رجعنا للقواعد العامة في قانون الجرائم والعقوبات اليمني لسنة 1994م، سنجد أن هناك مبدأ يحكم هذه المسألة وهو مبدأ سلطان النص الجنائي من حيث المكان؛ إذ يعد مظهرًا من مظاهر السيادة على الإقليم، والذي يعني: أن يحكم النص الجنائي الوطني كل جريمة تقع على إقليم الدولة، مهما كانت صفة مرتكبها أو المجرى عليه فيها، وسواء حددت مصلحة الدولة صاحبة السيادة على الإقليم أم حددت مصلحة لدولة أجنبية⁽²⁾. وقد نص القانون ذاته في المادة (3) على أن "يسري هذا القانون على كافة الجرائم التي تقع على إقليم الدولة أيًا كانت جنسية مرتكبها، وتعد الجريمة مقترفة في إقليم الدولة إذا وقع فيه عمل من الأعمال المكونة لها، ومتى وقعت الجريمة كلها أو بعضها في إقليم الدولة يسري هذا القانون على من ساهم فيها ولو وقعت مساهمته في الخارج، كما يسري هذا القانون على الجرائم التي تقع خارج إقليم الدولة وتختص المحاكم اليمنية بها وفقًا لقانون الإجراءات الجزائية"، وقد ورد النص في قانون الإجراءات الجزائية لسنة 1994م، بأن "تختص المحاكم اليمنية بمحاكمة كل من ارتكب

(1) فعدم ضبط المسروق لدى المتهم بإخفائه ليس من شأنه أن ينفي عنه الجريمة، فيكفي اقتناع المحكمة أن الشيء المسروق كان في حيازته فعلاً، فضلاً عن أن ضبط الشيء في حيازة المخفي ليس ركناً في جريمة الإخفاء. للمزيد من التفاصيل انظر: د. عزت محمد العمري، مرجع سابق، ص171.

(2) وهذا السلطان ليس على إطلاقه، سواء على ما يقع من جرائم في إقليم الدولة أم على ما يقع في أقاليم الدول الأخرى؛ إذ يرد عليه استثناءات تملئها المصلحة الوطنية أو الدولية، وللمزيد يُنظر: د. علي حسن الشرفي، شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، صنعاء، مكتبة الوسطية للنشر والتوزيع، ط9، ص123-142، د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص128.

خارج إقليم الدولة فعلاً يعد بمقتضى القانون جريمة إذا عاد إلى الجمهورية وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون الدولة التي ارتكبت فيه"⁽¹⁾.

وتطبيق القواعد العامة على الجريمة الأصلية في جريمة غسل الأموال نجد أن العبرة في تحديد مكان وقوع الجريمة هو بمكان ارتكاب ركني جريمة غسل الأموال وليس الجريمة الأصلية؛ لأن الأخيرة شرط مفترض يسبق ارتكاب غسل الأموال، وبالتالي لا يكون للشرط المفترض دور في تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان، فالعبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي بالمحاكمة عن الجريمة هو بالجريمة التي يحاكم الجاني عليها⁽²⁾ وهي في هذه الحالة جريمة غسل الأموال وليست الجريمة الأصلية المتأتية منها الأموال. وبالرجوع إلى القانون اليمني بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لسنة 2010م والمعدل بالقانون رقم (17) لسنة 2013م، نجد أن المادة (3/د) لم تفرق بين أن ترتكب الجريمة الأصلية في داخل أو خارج الجمهورية، لكنه اشترط أن تشكل جريمة وفقاً لقانون الدولة التي ارتكبت فيها، وتشكل في الوقت ذاته جريمة وفقاً للقوانين النافذة في الجمهورية اليمنية. ويتفق هذا المسلك مع المادة (2/6) من اتفاقية ستراسبورغ التي نصت على أنه "لا يؤخذ في الاعتبار في خصوص تجريم غسل الأموال كون الجريمة الأصلية من اختصاص قضاء العضو الذي يعاقب على عملية الغسل من عدمه"⁽³⁾. غير أنه يؤخذ على هذا المسلك أنه قد يحول دون تطبيق القانون اليمني إذا كانت الجريمة الأصلية لا تشكل جريمة في القانون الأجنبي، ولكن يمكن سد هذه الثغرة - في تقديري - باشتراط تجريم القانون اليمني للجريمة الأصلية دون اشتراط التجريم في القانونين معاً اليمني والأجنبي.

6) هل يمكن أن يرتكب الجريمة الأصلية وغسل الأموال شخص واحد؟ للإجابة عن هذا التساؤل برز اتجاهان:

- (1) المادة (246) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (13) لسنة 1994م، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد 19، ج4.
- (2) وهو ذات المسلك في التشريع الفرنسي المادة (113-2) من قانون العقوبات، والمادة (2) من قانون مكافحة غسل الأموال المصري.
- (3) للمزيد من التفاصيل انظر: د. عزت محمد العمري، مرجع سابق، ص155.

الاتجاه الأول: يرى أنه يمكن أن يكون الجاني فاعلاً للجريمة الأصلية التي تحصلت منها الأموال وفي الوقت ذاته فاعلاً لجريمة غسل الأموال، وحجج هذا الاتجاه ما يأتي:

1- أن اتفاقية استراسبورج لسنة 1990م، المادة (6/ب)، أجازت أن يكون الجاني في جريمة غسل الأموال هو ذاته في الجريمة التي تحصل منها المال⁽¹⁾، وبالتالي يمكن أن يكون الفاعل في الجريمة الأصلية فاعلاً أو شريكاً أو فاعلاً مع غيره في جريمة غسل الأموال.

2- أن المجرم لا يرتكب جريمة غسل الأموال إلاً عندما يريد إخفاء حقيقة المال غير المشروع المتحصل عليه من الجريمة الأصلية، وهو سلوك إجرامي مستقل عن السلوك الإجرامي في الجريمة الأصلية⁽²⁾.

3- أن المقنن لا يعاقب على جريمة غسل الأموال بمجرد حيازة المال غير المشروع، وإنما بإتيان الفاعل لأفعال معينة من شأنها إخفاء المصدر غير المشروع للمال، وذلك بخلاف جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة التي لا يجوز أن يتحد الجاني في الجريمة الأصلية مع الجاني في جريمة الإخفاء؛ لأن نشاط الجاني لا يعدو أن يكون امتداداً للجريمة الأصلية⁽³⁾.

4- إن الجريمة الأصلية شرط مفترض لجريمة غسل الأموال، وبالتالي فهي مستقلة بعناصرها وأشخاصها عما يأتي بعدها، وهو ما يتصور معه ارتكاب الجريمتين من قبل شخص واحد.

5- إن اشتراط المغايرة بين شخص من يقوم بالجريمة الأصلية وبين شخص من يقوم بجريمة غسل الأموال سيؤدي إلى نتائج غير محموددة؛ أبرزها أنه لا يمكن مساءلة شخص عن جريمة غسل أموال إذا كان هو نفسه من ارتكب الجريمة الأصلية، وقد يُسأل عن الجريمة الأصلية فقط وقد تكون عقوبتها أخف بكثير من عقوبة جريمة غسل الأموال.

(1) وكذلك بعض التقنينات الأوروبية، ومنها قانون العقوبات البلجيكي وفق تعديل 1995/4/7م الفقرة الثانية من التعديل، والتي أجازت أن يكون الفاعل الأصلي أو الشريك في الجريمة الأصلية فاعلاً في جريمة غسل الأموال، وللمزيد من التفاصيل انظر: Marcel culioli , *Infraction général da blanchiment*, Juris, classeur droit pénal 1997 art 324-1 a324-9 fasciale 20, No.6.
(2) انظر: د. عادل عبد العزيز السن، مرجع سابق، ص 85-86.
(3) د. عزت محمد العمري، مرجع سابق، ص 152.

6- أن الأخذ بهذا الاتجاه يكون جلياً في التشريعات التي تتضمن جريمة إخفاء أشياء متحصلة من الجريمة، وهو من

أبرز المشكلات - في تقديري - التي تثير اللبس بين غسل الأموال وتلك الجريمة.

الاتجاه الثاني: يرى أنه لا يجوز أن تجتمع في الشخص صفتا فاعل الجريمة الأصلية وفاعل جريمة غسل الأموال

وحجج هذا الاتجاه ما يأتي:

1- إن جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة قد ألفت بظلالها على هذا الاتجاه؛ فمرتكب الجريمة الأصلية شخص

آخر غير مرتكب جريمة الإخفاء، وبالمثل في جريمة غسل الأموال، فضلاً عن أن أفعال المساعدة في الجريمة تقتضي

أن يكون الفاعل فيها شخصاً آخر غير فاعل الجريمة الأصلية⁽¹⁾.

2- إن القول بغير هذا الاتجاه يؤدي إلى المساس بمبدأ عدم جواز محاكمة المتهم عن فعل واحد مرتين على أساس

أن نشاط غسل الأموال هو تكملة للنشاط الأصلي الذي تحصل منه المال؛ فكلاهما مشروع إجرامي

واحد⁽²⁾.

ويبدو أن الاتجاه الأول هو الأولى بالاتباع للمبررات الآتية:

1- إن فاعل الجريمة الأصلية قد يقترب الجريمة ولا يُكتشف أمره، وفي الوقت ذاته لا تسقط الدعوى الجزائية لأي

سبب، ولا تنقضي بمضي المدة، ويقوم الجاني نفسه بغسل المال المتحصل من الجريمة الأصلية التي ارتكبتها.

2- إن كثيراً من التشريعات قد أيدت إمكانية اتحاد الجاني في الجريمة الأصلية وجريمة غسل الأموال - ولو بصورة

غير مباشرة - ومنها التشريع اليمني؛ الذي أجاز في المادة 3 (أ، ب، ج) من قانون مكافحة غسل الأموال

وتحويل الإرهاب وفقاً للتعديل بالقانون رقم (17) لسنة 2013م، أن يقوم غاسل الأموال بأنشطة لصالح

الفاعل أو لصالح الغير، وبالتالي يمكن أن يكون غاسل الأموال شخص آخر غير مرتكب الجريمة الأصلية،

كما يمكن أن يكون الشخص نفسه مرتكبهما معاً.

(1) وقد أجاز المقتن الفرنسي في المادة (415) من قانون الجمارك بأن يتحد الجاني في جريمة غسل الأموال المتحصلة من جريمة من جرائم الجمارك؛ فمن يقوم باستيراد أو تصدير أموال متحصلة من مصدر غير مشروع يكون مرتكباً لجريمة غسل الأموال، يُنظر: Marcel culioli , op. cit, No.6.

(2) د. أشرف توفيق شمس الدين، تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، دار النهضة العربية، 2001م، ص36.

3- القول بغير ذلك - في تقديري- يجعل من جريمة غسل الأموال امتدادًا للجريمة الأصلية، وذلك ينفي استقلال جريمة غسل الأموال عن الجريمة الأصلية في البيان القانوني.

4- الواقع العملي يؤكد أن الشخص قد يقترف جريمة ويتحصل منها على أموال، فيسعى بنفسه بكل السبل القانونية وغير القانونية لإخفاء مصدر تلك الأموال، وقد يستعين بآخرين كفاعلين أو مساهمين؛ فإذا اختلس موظف عام - مثلاً- مالاً وجد في حيازته بسبب وظيفته ثم سعى لشراء أو تأسيس شركة استثمار، فإنه بذلك قد ارتكب جريمتين (الاختلاس وغسل الأموال)؛ باعتبارهما جريمتين مستقلتين منفردتين بينهما القانوني، لكنهما مرتبطتان ويجمع بينهما وحدة الغرض الإجرامي، وهو إخفاء الصفة المشروعة على المصدر الإجرامي للأموال، وهو هنا المال محل الاختلاس، فيحكم على كل جريمة بعقوبتها، ثم تطبق العقوبة الأشد طبقاً لنص المادة (115) من قانون الجرائم والعقوبات، كما ذكرنا آنفاً.

ثانياً: عناصر الركن المادي لجريمة غسل الأموال: ينهض الركن المادي لأي جريمة- ومنها جريمة غسل الأموال- على ثلاثة عناصر (سلوك إجرامي ونتيجة إجرامية وعلاقة سببية)، ويشير السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية في جريمة غسل الأموال مسائل قانونية عديدة، بينما لا تشير علاقة السببية أية مشكلات قانونية⁽¹⁾، وسنقتصر في الإيضاح على عنصر السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية ثم بيان الشروع في الجريمة والمساهمة الجنائية فيها، على النحو الآتي:

1- السلوك الإجرامي في جريمة غسل الأموال: يتحلل السلوك الإجرامي بشكل عام إلى سلوك إيجابي يتمثل في صورة الفعل، وسلوك سلبي يتمثل في صورة الامتناع على النحو الآتي:

أ- السلوك الإجرامي (الإيجابي) في جريمة غسل الأموال: هو كل فعل يستهدف إخفاء مظهر مشروع على الأموال والعائدات المتحصلة عن الجريمة، بأية وسيلة كانت، مصرفية أم غير مصرفية،

(1) للمزيد من التفاصيل انظر: د. سمير حسين العذري، مرجع سابق، ص 246-247.

مشروعة في ذاتها، أم غير مشروعة، كحيل التمويه المصرفي والحيل المعتمدة على التقدم التقني؛ كالتحويلات المصرفية الإلكترونية والتجارة الإلكترونية والبورصة عبر الإنترنت ونحوها. وبالرجوع إلى نص المادة (3) من القانون اليمني لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب المعدل بالقانون رقم (17) لسنة 2013م، نجد أنها تضمنت الآتي: "أ- يعد مرتكباً لجريمة غسل الأموال كل من يأتي فعلاً من الأفعال الآتية؛ سواء وقع الفعل داخل أو خارج الجمهورية: 1- تحويل أو نقل أموال من قبل أي شخص يعلم أو ينبغي أن يعلم بأنها عائدات أو متحصلات إجرامية، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الأموال، أو بقصد مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجريمة الأصلية التي نتجت منه، على الإفلات من العواقب القانونية لأفعاله. 2- إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها من قبل شخص يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بأنها عائدات أو متحصلات إجرامية. 3- اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال من قبل أي شخص يعلم أو كان ينبغي أن يعلم وقت تسلمها، بأنها عائدات أو متحصلات إجرامية، ويمكن استخلاص العلم المشار إليه في بنود الفقرة (أ) من هذه المادة من الظروف الواقعية الموضوعية".

ويلاحظ من مسلك المقتن اليمني أنه صاغ هذه المادة مسترشداً بكثير من مفردات اتفاقية (فيينا) لسنة 1988م بشأن مكافحة الإتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، وكذلك المادة (9) من الاتفاقية العربية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لسنة 2010م، وهو ما سلكته كثير من التشريعات في هذا الشأن؛ لذلك نجد أن صور النشاط الإجرامي الإيجابي هي: تحويل أو نقل الأموال، إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال، اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال.

ويقصد بتحويل الأموال: إجراء عمليات مصرفية أو غير مصرفية على تلك الأموال بقصد تغيير شكل الأموال إلى شكل آخر⁽¹⁾؛ كتحويل الأموال القذرة المتحصلة من أي جريمة إلى ذهب أو أي مجوهرات أو معادن نفيسة أو لوحات فنية أثرية ثمينة أو نحوها، ثم بيعها مقابل عملات أجنبية، وتحويل الأموال غير المشروعة إلى عدة مصارف لقطع الصلة بينها وبين مصدرها، واستخدامها بعد ذلك في تجارة مشروعة، أو تحويل الأموال غير المشروعة إلى عملة أجنبية خصوصاً في الدول التي لا تفرض أي قيود على تحويل العملة الوطنية إلى عملة أجنبية عبر المؤسسات المصرفية، أو التحويلات الإلكترونية للأموال ، أو التحويل إلى بطاقات ائتمان مزورة والسحب بها من حسابات العملاء، ثم إيداع تلك الأموال بالتلاعب في حسابات عادية في المصارف أو تحويلها على عدة فروع، ثم استخدامها واستغلالها في التعامل وغير ذلك من الوسائل التقليدية أو الحديثة.

ويقصد بنقل الأموال: تحريك أو انتقال الأموال من مكان لآخر، ويدخل في ذلك الأموال المهربة، ولذلك كثيراً ما نسمع عن ضبط أموال مهربة في الموانئ البرية والبحرية والجوية إلى الخارج أو العكس، لاستخدامها في صفقات غير مشروعة، وقد يكون تهريب تلك الأموال للمضاربة فيما يسمى " رأس المال الساخن قصير الأجل"، أو التهرب من الظروف الاقتصادية أو السياسية أو الأنظمة الرقابية الصارمة على التعامل بالنقد الأجنبي⁽²⁾.

وحقيقة النقل المادي للأموال لا يعد غسلًا لها في حد ذاته، إلا أن غاسلي الأموال يستعملون هذه الطريقة في غسل أموالهم القذرة لاستخدامها في صفقات متنوعة.

ونتيجة لاقتباس المقتن اليمني حرفياً لنصوص اتفاقية فيينا الخاصة بمكافحة الإتجار غير المشروع في المخدرات، فقد وقع في خلط بين صور السلوك الإجرامي - وهو هنا التحويل والنقل - وبين النتيجة الإجرامية

(1) د. غسان عبد العزيز شاني، جريمة تبييض الأموال (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005م، ص 69-70.

(2) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 153-154.

المرتتبة عنها عندما نص على: "... بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الأموال..."، وفي الوقت ذاته جعل من الإخفاء والتمويه سلوكًا إجراميًا في غسل الأموال، كما سنرى تباعًا.

ويقصد بإخفاء الطبيعة الحقيقية للأموال: "كل عمل من شأنه منع كشف حقيقة المصدر غير المشروع

للأموال المغسولة، بأي شكل أو وسيلة، سرًا أو علانية، بطريقة مشروعة أو غير مشروعة"⁽¹⁾، أو هو: "إبعاد الأموال عن مصدرها الإجرامي المستمدة منه عن طريق اتباع أساليب بالغة التعقيد من التحويلات المالية، والحد من إمكانية تتبع الخطوات للوصول إلى مصدرها، وتصعيب اكتشاف مصدرها"⁽²⁾، وهو معنى يختلف عن الإخفاء لمتحصلات الجريمة؛ الذي ينصرف إلى المعنى اللغوي الضيق للإخفاء.

وأغلب عمليات الإخفاء تتم من خلال حركة الأموال على حسابات في المصارف خروجًا ودخولًا وإيداعًا وسحبًا عن طريق الشركات الوهمية وشركات الغطاء، وشراء أسهم واستثمارات عن طريق سماسرة وبطرق معقدة وبعمولات كبيرة، وبيع ما سبق شراؤه وقبض الثمن بشيكات، وغير ذلك من الوسائل.

بينما يرى آخرون أن الإخفاء وفقًا للقواعد العامة هو: "عملية ستر أو احتفاظ أو تحويل أو توسط للقيام بأي من هذه العمليات لأي شيء مع العلم بأنه متحصل من جريمة"⁽³⁾، وأن إخفاء الطبيعة الحقيقية للأموال تعني: "حيازة المال المتحصل من الجريمة المصدر بصورة لا يدرك الغير حقيقته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه، أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك، وسواء كانت هذه الحيازة مستترة أم علانية"⁽⁴⁾.

وصفوة ما سبق فإنه يتعين عدم الأخذ بالمعنى اللغوي الضيق للإخفاء، وإنما فهمه بالمعنى الواسع الذي يشمل

كل عمل من شأنه منع كشف حقيقة المصدر غير المشروع للأموال المغسولة على النحو المبين آنفًا.

(1) ومثال ذلك: شراء شيء متحصل عن السرقة أو اكتساب الأموال غير المشروعة بطريق الهبة أو الوديعة أو غير ذلك. د. خالد حمد محمد الحمادي، مرجع سابق، ص 99.

(2) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 154-155.

(3) للمزيد من التفاصيل انظر: د. عادل علي المانع، مرجع سابق، ص 110.

(4) د. حسام الدين محمد أحمد، شرح القانون المصري رقم (80) لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال في ضوء الاتجاهات الحديثة، (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص 102 وما تلاها.

ومصطلح "الإخفاء" للأموال في جريمة غسل الأموال، يثير مسألة يحدث عندها اللبس لدى كثير من العاملين في أجهزة العدالة، وذلك عند تكييف فعل الإخفاء لمتحصلات الجريمة، فهل هو غسل أموال أم جريمة إخفاء متحصلات جريمة؟

ولإزالة ذلك اللبس فإن التشريعات الجنائية- في هذا الصدد- قد سلكت اتجاهين: أولهما: اعتبار أن فعل الإخفاء لمتحصلات أي جريمة يعد جريمة مستقلة قائمة بذاتها، وهو الوضع القائم في التشريع الفرنسي والمصري واليمني، وثانيهما: اعتبار أن فعل الإخفاء لمتحصلات أي جريمة يعد فعلاً من أفعال المساهمة الجنائية التبعية اللاحقة، وليس جريمة مستقلة؛ كالتشريع الكويتي.

والاتجاه الثاني يرد عليه مثالب عديدة، منها إمكانية إفلات شريك غاسل الأموال من المساءلة إعمالاً لقاعدة "عدم معاقبة الاشتراك في الاشتراك"، وإمكانية إفلات من شرع في غسل الأموال إعمالاً لقاعدة "عدم المعاقبة على الشروع في أفعال الاشتراك".

بينما الاتجاه الأول يمكن أن يجد مسوغاً لقبوله وإزالة اللبس بشأنه؛ فوجود نص خاص- كما في القانون اليمني لمكافحة غسل الأموال ومكافحة الإرهاب- لا يعني وجود اضطراب أو تناقض أو اختلاف مع النص العام الموجود في قانون الجرائم والعقوبات، بل إن الضرورة العملية وتعقد الأنشطة الجديدة لغسل الأموال وارتباطها بالتكنولوجيا الحديثة تستدعي التعامل الخاص مع ما يسنه المقتن، وإعمالاً بقواعد التنازع الظاهري للنصوص، فيتم تقديم النص الخاص على النص العام؛ أي تقديم نص قانون مكافحة غسل الأموال على النص العام لجريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة، فضلاً عن اختلاف العقوبة وجسامتها في جريمة غسل الأموال عن إخفاء أشياء متحصلة من جريمة.

ويقصد بتمويه الطبيعة الحقيقية للأموال: (اصطناع مصدر مشروع غير حقيقي للأموال غير المشروعة، أو إعطاء تبرير أو تسويق كاذب للمصدر غير المشروع للأموال بأية وسيلة كانت)⁽¹⁾؛ كإدخال هذه الأموال في صلب الأرباح الناتجة عن إحدى الشركات القانونية، فتظهر هذه الأموال وكأنها أرباح مشروعة ناتجة عن النشاط المشروع للشركة القانونية.

ويعرف البعض⁽²⁾ التمويه بأنه " تدوير الأموال أو فصل حصيلتها للأموال غير المشروعة عن مصدرها الحقيقي، من خلال مجموعة معقدة ومتتابعة من العمليات المالية لتمويه الصفة غير المشروعة للأموال"، ويطلق عليه " التشطير"؛ أي تجزئة هذه الأموال بعدد من التحويلات الداخلية والخارجية بحيث يصعب الوصول إلى مصدرها الحقيقي.

ومن مصطلح التمويه يمكن أن نجد الجريمة غسل الأموال ثلاثة ملامح: أولها: أنها تقوم بنشاط إيجابي⁽³⁾، وثانيها: أن الجريمة مادية، وأن السلوك فيها - وهو التسويق الكاذب - يحتاج إلى فترة زمنية طالت أم قصرت لتحقق النتيجة الإجرامية، الأمر الذي يمكن معه القول بتصور تحقق الشروع في هذه الجريمة، وهو ما نجده في كثير من التقنيات - ومنها التقنين اليميني - الذي جرم الشروع في هذه الجريمة، ومثاله البدء في تنفيذ فعل التمويه وعدم إتمامه لأسباب خارجة عن إرادة الجاني، وتقرير عقوبة الجريمة التامة لذلك الشروع، وثالثها: أن جريمة غسل الأموال جريمة مستمرة أحياناً، ومؤقتة أحياناً أخرى، لوقوع فعل التمويه وانتهائه في الوقت ذاته، واستمرار فعل التمويه باستمرار المال محل الغسل في حياة حائزه، سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً. وهنا يبدو مدى الاقتباس الحرفي للمشرع اليميني من اتفاقية فيينا الأنفة الذكر، والأخذ بمصطلح (التمويه)، وكذلك الحرص على استيعاب مختلف صور التمويه كالنقل والتحويل للأموال ونحوها؛ لتعدد وتنوع صور التمويه في الواقع العملي.

وهنا يثار تساؤل عن مدى التشابه بين مصطلح التمويه والإخفاء، وهل بالإمكان الاكتفاء بمصطلح

واحد؟

(1) د. نادر عبد العزيز شاتي، تبييض الأموال (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005م، ص 68.

(2) د. هدى حامد قشقوش، جريمة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998م، ص 26.

(3) د. عادل علي المانع، مرجع سابق، ص 106 - 108.

للإجابة عن هذا التساؤل، فإنه للوهلة الأولى ومن المعنى الواسع للإخفاء نجد أنه يستوعب معنى التمويه؛ سواء كان الإخفاء سرّاً أم علناً⁽¹⁾، وسواء كانت الحياة شخصية بمعنى وجود الشيء عند من يحوّزه، أم غير شخصية، بمعنى وجود الشيء عند غير حائزه، وفضلاً عن ذلك فإنه لا بد من تحقق (الشرط المفترض) وهو وجود مال غير مشروع متحصل من جريمة، قبل البحث في مفهوم الإخفاء وفقاً للقواعد العامة أو التمويه في جريمة غسل الأموال، وهو ما يفسر وجود لبس جدي في التفريق بين المصطلحين، الأمر الذي دفع كثيراً من المقتنين – ومنهم اليمني – إلى النص على فعل التمويه إلى جوار الإخفاء، ناهيك عن عدم استيعاب مصطلح الإخفاء لصور التمويه المتعددة والمتنوعة في جريمة غسل الأموال.

ويقصد باكتساب الأموال: (قيام أي شخص بتلقي أية أموال – نقدية أو عينية أو تحويلات مصرفية – من غاسلي الأموال على سبيل التكسب والترجح؛ سواء كانت من قبيل الرشوة أو مقابل عمل أو أداء خدمة)⁽²⁾.

حيازة الأموال فيقصد بها: "الاستئثار بها عن طريق التملك والاختصاص بالتصرف بها، دون الاستيلاء عليها، ومن مظاهر الحيازة: التصرف في المال بنقل ملكيته أو رهنه أو إدارته، وسواء كانت الأموال ملكاً للحائز أم للغير"⁽³⁾.

واستخدام الأموال يقصد به: استعمالها في أي غرض من الأغراض المشروعة أو غير المشروعة؛ كاستخدام سيارة يعلم أنها متحصلة من جريمة.

ومن النصوص السابقة نجد أنها قد تعددت وتنوعت، وكانت بمثابة الشرح أو التوضيح – وهو عيب في صياغة النصوص التشريعية – وجميعها تندرج في إطار (إدارة التعامل المالي) المصرفي أو غير المصرفي؛ الذي يمكن أن يستوعب تلك المصطلحات.

(1) د. عادل علي المانع، المرجع السابق، ص 110-112.

(2) للمزيد من التفاصيل انظر: د. خالد حمد محمد الحمادي، مرجع سابق، ص 100.

(3) أحمد المهدي، أشرف شافعي، مرجع سابق، ص 53.

ب- السلوك السليبي في جريمة غسل الأموال: السلوك السليبي هو عبارة عن امتناع أو إحجام، وهو سكون لا يتضمن نشاطاً إيجابياً، وهنا رأى بعض الفقهاء⁽¹⁾ إن جريمة غسل الأموال لا تقع بسلوك سليبي.

بينما الواقع يظهر أن جريمة غسل الأموال يمكن أن تقع بسلوك سليبي يتجسد في الامتناع أو الإحجام للشخص الطبيعي أو الاعتباري عن القيام بواجب أو التزام معين يفرضه القانون أو العقد، وهو ما يمكن أن تقع فيه المؤسسات المالية، كالمصارف عندما تنتصل عن تلك الالتزامات، فتقع عليها المسؤولية الجنائية.

ويقوم الامتناع بصورة عامة على عناصر أربعة: أولها: وجود التزام قانوني على الممتنع. وثانيها: الامتناع عن إتيان سلوك معين. وثالثها: إرادة ذلك الامتناع أو الإحجام، ورابعها: وجود صفة خاصة في الممتنع.

وتوضيحاً لذلك، يتعين أولاً: أن يكون هناك التزام قانوني يفرض على الممتنع القيام بالفعل الذي امتنع عنه، سواء كان مصدره قانون أو عقد مع المؤسسة المالية التي يعمل فيها، وأن يكون بإمكانه القيام بذلك الفعل؛ لأنه لا التزام بمستحيل، وبخلاف ذلك يكون الكل مسؤولاً عن كل ما يجري حوله، وذلك محال، وفي العنصر الثاني يتعين أن يمتنع الجاني عن تنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتقه وفقاً لقانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب؛ للحيلولة دون تمكن الجناة المتعاملين مع المؤسسة المالية من استغلالها كقناة لإسباغ صفة المشروعية على أموالهم المتحصلة من أنشطة إجرامية، والعنصر الثالث يتعلق بالقصد الجنائي، المتمثل بالعلم بالواجبات المحددة في القانون، وإرادة الامتناع عن تنفيذ الالتزامات المفروضة بموجب ذلك القانون.

بينما العنصر الرابع يتعلق بصفة خاصة في الممتنع، وتلك الصفة تتضمن أمرين، أولهما: أن يكون الممتنع من الموظفين في المؤسسات المالية أو المخاطبين بأحكام قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب في تكليفه

(1) د. عادل علي المانع، مرجع سابق، ص 106، بينما يعتبر البعض جرائم الامتناع، والتعامل المجهول أو بأسماء صورية أو وهمية، وإفشاء المعلومات الخاصة بجريمة غسل الأموال، وجرائم الشخص الاعتباري من الجرائم الملحقمة بجرائم غسل الأموال، انظر: أحمد المهدي، أشرف شافعي، المواجهة الجنائية لجرائم غسل الأموال، الطبعة الثانية، دار العدالة، القاهرة، 2006م، ص 58 وما تلاها.

بالقيام بواجبات امتنع عن القيام بها ولو كان غير موظف في تلك المؤسسات؛ كناقيل العملة من داخل اليمن إلى خارجه أو العكس، وثانيهما: أن يكون الممتنع مختصاً بإجراء التعاملات المالية جزئياً أو كلياً وفقاً للتنظيم الفعلي الذي تسلكه المؤسسات المالية في تحديد اختصاص موظفيها⁽¹⁾. وفي نطاق جريمة غسل الأموال هناك العديد من صور السلوك السلبي (الامتناع أو الإحجام) أبرزها: التنصل عن الالتزامات المفروضة بموجب قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وعدم بذل العناية اللازمة في التعامل مع الحالات التي تمثل درجة مخاطر مرتفعة، وعدم إبلاغ وحدة جمع المعلومات بالبنك المركزي اليمني بأي اشتباه أو أسباب معقولة للاشتباه في أن أموالاً أو ممتلكات لها صلة أو ارتباط بغسل أموال أو أنها تشكل عائدات لجرائم أصلية⁽²⁾.

2- النتيجة الإجرامية في جريمة غسل الأموال: النتيجة الإجرامية في أي جريمة - كما هو معلوم - هي

عبارة عن العدوان الذي يصيب حقاً أو مصلحة يحميها القانون، سواء تمثل هذا العدوان في ضرر فعلي يصيب الحق أو المصلحة محل الحماية الجنائية، أو مجرد تعريض هذا المحل للخطر.

وأغلب الجرائم يلزم لتوافرها تحقق نتيجة إجرامية بالمعنى المادي، ويطلق عليها الجرائم المادية أو " الجرائم ذات

النتيجة " أو " جرائم الضرر"، بينما هناك فئة أخرى من الجرائم، لا يتطلب نموذجها القانوني حدوث نتيجة

بالمعنى الآنف الذكر، ويطلق عليها: الجرائم الشكلية أو جرائم السلوك المحض أو مجرد أو جرائم الخطر⁽³⁾.

وفي نطاق جريمة غسل الأموال انقسم الفقه الجنائي بشأن طبيعة النتيجة الإجرامية إلى ثلاثة اتجاهات مادية

وشكلية ومختلطة⁽⁴⁾:

- (1) د. محمود نجيب حسني، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، المرجع السابق، ص8، د. أوزد حسين دزة بي، المرجع السابق، ص65.
- (2) انظر المادة (13) من القانون اليمني لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، سبقت الإشارة إليه، ويذكر البعض صوراً عديدة لجرائم الامتناع منها: الامتناع عن الإخطار عن العمليات المشبته في أنها تتضمن غسل أموال، والامتناع عن إمساك سجلات ومستندات لقيود العمليات المحلية أو الدولية، والامتناع عن وضع السجلات والمستندات تحت تصرف السلطات القضائية والجهات المختصة عند طلبها. إلخ، أنظر: أحمد المهدي، أشرف شافعي، مرجع سابق، ص60 وما تلاها.
- (3) ويترب على التفريق بين الجريمة ذات النتيجة المادية أو الشكلية نتائج مهمة أبرزها: أن الشروع في الجريمة الشكلية غير متصور، فإما أن تقع تامة أو لا تقع، بينما يتحقق الشروع في الجريمة المادية، كذلك لا محل للبحث عن علاقة السببية بين السلوك والنتيجة في الجريمة الشكلية، بخلاف الجريمة المادية، يُنظر: د.علي يوسف حربة، النظرية العامة للنتيجة الإجرامية في قانون العقوبات (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995م، ص5.
- (4) للمزيد من التفاصيل عن تلك الاتجاهات انظر: د. أوزد حسين دزة بي، مرجع سابق، ص92 وما تلاها.

فالاتجاه الأول: يرى أن النتيجة الإجرامية في غسل الأموال مادية، وذلك عندما ينص المقتن على أن غسل الأموال هو إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو تغيير حقيقته؛ أو تغيير صورة المال الذي يتم الحصول عليه من وسائل غير مشروعة، ل يبدو في ظاهره أنه تحصل بطريقة مشروعة، ومن ثم إدخال هذا المال في الدورة الاقتصادية وظهوره بمظهر مشروع، وبالتالي فإن إخفاء صفة المشروعية على الأموال ذات المصدر غير المشروع هي بمثابة النتيجة في هذه الجريمة.

والاتجاه الثاني: يرى أن النتيجة في جريمة غسل الأموال لا تفترض تحقق نتيجة مادية معينة؛ لأنها جريمة

شكلية، يكفي أن يأتي مرتكبها سلوكًا إجراميًا يشكل غسلًا للمال، مع توافر باقي الأركان؛ لأن اتفاقية فيينا لسنة 1988م وكثيرًا من تشريعات مكافحة غسل الأموال جعلت من مجرد وقوع سلوك إجرامي؛ كتحويل المال أو نقله أو اكتسابه مناطًا لتوقيع العقاب على مرتكبه⁽¹⁾.

والاتجاه الثالث: يرى أن النتيجة الإجرامية في غسل الأموال هي مادية وشكلية في وقت واحد؛ وذلك عند تحقق نتيجة إجرامية معينة وعند تحقق السلوك المجرد، وذلك عندما يكون من المحتمل تعريض المصلحة محل الحماية للخطر، وهو ما سلكته بعض التشريعات عندما تطلبت تحقق ضرر معين، بينما تشريعات أخرى لا تتطلب ذلك وتكتفي بارتكاب سلوك إجرامي معين أو احتمال أن يؤدي ذلك السلوك إلى نتائج خطيرة⁽²⁾.

ويبدو أن الاتجاهين الأول والثاني ينصرفان إلى المسلك الذي اتبعه كل مقتن، فإن تطلب نتيجة معينة كان الاتجاه الأول، وإن تطلب السلوك المجرد أو المحاولة كان الاتجاه الثاني، بينما الاتجاه الثالث خلط بين نوعي النتيجة على الرغم من استقلالهما بخصائص تميزهما عن بعضهما.

(1) بل إن بعض التقنينات جعلت من مجرد محاولة إدارة تعامل مالي من أجل تغيير صفة المال غير المشروع مكونًا لجريمة غسل الأموال، لخطورة هذه الجريمة؛ كونها من الجرائم الاقتصادية المضرة بالاقتصاد الوطني، كالتشريع العراقي والأمريكي والفرنسي، وللمزيد من التفاصيل انظر: د. أوزد حسين دزة بي، المرجع السابق، ص 94 وما تلاها.

(2) د. مفيد نايف الدليمي، غسل الأموال في القانون الجنائي، ط 1، دار الثقافة، عمان- الأردن، 2005، ص 135.

وبالرجوع إلى نص المادة (3) من القانون اليمني لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب المعدل بالقانون رقم (17) لسنة 2013م، نجد أنها نصت على أنه: (يعد مرتكبًا جريمة غسل الأموال من يأتي فعلاً من الأفعال الآتية... تحويل أو نقل أموال... إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة،... اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال من...)؛ لذلك فإن كل تلك الأفعال تمثل سلوكًا أو نشاطًا إجراميًا في هذه الجريمة وليست نتيجة مادية محددة، وأن النتيجة الإجرامية لم تحدد وهي - في تقديري - إضفاء الصفة المشروعة للأموال المتحصلة من الجرائم التي نص عليها القانون، وبالتالي يمكن إدراج هذا المسلك ضمن الاتجاه الثاني في تطلبه السلوك المجرد الذي يكفي فيه أن يأتي مرتكبها سلوكًا إجراميًا يشكل غسلًا للمال مع توافر باقي الأركان.

بينما حددت الفقرة (1) من المادة ذاتها الغرض من السلوك الاجرامي؛ سواء كان تحويلًا أو نقلًا للأموال من قبل أي شخص يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بأنها عائدات أو متحصلات إجرامية، بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الأموال، أو بقصد مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجريمة الأصلية التي نتجت منه على الإفلات من العواقب القانونية لأفعاله، وبالتالي فإن الإخفاء أو التمويه هنا ليسا نتيجة إجرامية، ولا يندرجان ضمن عناصر النتيجة، وإنما هما غرض من السلوك الإجرامي؛ أي قصد جنائي خاص تطلبه المقنن لتحقيق الجريمة، ولا ينبغي الخلط بينهما.

ومما سبق فإن مظاهر الاستقلال للنتيجة الإجرامية في غسل الأموال واضحة وجليّة وفقًا لاتجاه المقنن، وهي تختلف عن النتيجة الإجرامية في جريمة إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة؛ فضلًا عن مرور المال في جريمة غسل الأموال بعمليات تجارية أو مصرفية أو نحوها لإضفاء المشروعية على متحصلات الجريمة السابقة.

ثالثًا: **الشروع في غسل الأموال**: عرفت المادة (18) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (12) لسنة 1994م الشروع في الجريمة بأنه: "البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جريمة، إذا أوقف سلوك الفاعل أو خاب أثره

لسبب لا دخل لإرادته فيه، ولو استحال تحقق الجريمة التي قصد الفاعل ارتكابها، لقصور الوسيلة المستعملة أو لتخلف موضوع الجريمة أو لعدم وجود المجني عليه".

وتطبيقاً على جريمة غسل الأموال فإن الشروع يمكن أن يتحقق بمجرد إدخال الجاني للأموال في الدورة المالية (مرحلة التوظيف) من أجل إخفاء مصدرها غير المشروع (مرحلة التجميع)، دون الوصول إلى مرحلة مشروعية تلك الأموال (مرحلة الدمج) لسبب خارج عن إرادة الجاني.

وقد اعتبر المقتن اليمني الشروع في جريمة غسل الأموال جريمة تامة يستحق مرتكبه عقوبة الجريمة التامة، وهو ما تضمنته المادة (3/ب) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب المعدل بالقانون رقم (17) لسنة 2013م.

بيد أن هناك خروجاً على القواعد العامة للشروع في نطاق جريمة غسل الأموال؛ فكما أن المراحل التي تسبق البدء بتنفيذ الجريمة هي التفكير والعزم على ارتكاب الجريمة، والتحضير والإعداد لارتكابها، فإن التفكير والعزم لا عقاب عليهما ولا يُعدا شروغاً، فإذا فُكّر شخص في إخفاء صفة المشروعية على أموال متحصلة من الاتجار بالمخدرات - مثلاً- من خلال إجراء العديد من العمليات المالية عليها، ومن ثم عزم على فكرته وصمم عليها، فإن ذلك لا يُعد بدءاً في تنفيذ جريمة غسل الأموال، ولا عقاب عليه مالم ينفذ فكرته بأعمال مادية⁽¹⁾.

أما الأعمال التحضيرية في هذه الجريمة فإنها ذات طابع خاص؛ إذ أن القيام بأعمال مالية تمهيداً لارتكاب جريمة غسل الأموال لا يقصد بها الأعمال التحضيرية- كغيرها من الجرائم- بل هي أعمال مادية تُشكل شروغاً في جريمة الغسل لكن بشرط الثبوت من أن العمليات المالية التي تمت كانت بهدف إخفاء المصدر الإجرامي للأموال⁽²⁾، فمن يقوم بعمليات مالية، كشراء عقارات من أموال غير مشروعة تمهيداً لاكتساب تلك الأموال صفة المشروعية، بهدف إخفاء أو تمويه مصدرها، يندرج في مرحلة البدء في التنفيذ خلافاً للقواعد العامة.

(1) د. أوزدن حسين دزة بي، مرجع سابق، ص94 وما تلاها.

(2) د. خالد حمد محمد الحمادي، مرجع سابق، ص214-215.

ويبدو أن ذلك حرص من المقتن الجنائي على بسط حماية أوفى؛ نظرًا لخطورة هذا النوع من الجرائم على الاقتصاد الوطني وخطط التنمية الاقتصادية، فضلًا عن أن المقتن قد اعتبر أن من شرع في ارتكاب هذه الجريمة يخضع لعقوبة الجريمة التامة، وهو خروج على القواعد العامة؛ إذ نصت المادة (19) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أن " يعاقب على الشروع دائمًا ولا تزيد العقوبة عن نصف الحد الأقصى المقرر للجريمة التامة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك...".

ويرى بعض الفقهاء⁽¹⁾ أن الشروع غير متصور في هذه الجريمة؛ لأن الجانب المادي فيها ذو طبيعة خاصة تتعارض مع فكرة البدء في التنفيذ، ولأن إقدام الجاني على ارتكاب أي فعل من الأفعال التي حددها القانون يكفي لتمام جريمة غسل الأموال؛ فإن امتنع عن الإتيان به فإن الركن المادي لا يتحقق مطلقًا، فإما أن تقع جريمة غسل الأموال تامة أو لا تقع؛ فالحياسة المجردة للأموال المتحصلة من جريمة أصلية والقيام بأي سلوك حدده قانون مكافحة غسل الأموال، مع توافر القصد الجنائي بشقيه العام والخاص تقع به جريمة غسل الأموال في صورتها التامة.

مما سبق يتبين أن الشروع متصور في هذه الجريمة طالما أن النتيجة فيها مادية، أما جعل المقتن مجرد المحاولة جريمة تامة، فإن الشروع يكون غير متصور؛ لأن الجريمة إما أن تقع تامة أو لا تقع مطلقًا.

رابعاً: **المساهمة الجنائية في غسل الأموال**: نصت المادة (3/ب) من القانون اليمني رقم (1) لسنة 2010م بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب المعدل بالقانون رقم (17) لسنة 2013م على أن " يُعد مرتكبًا لجريمة غسل الأموال كل من شرع أو شارك أو حرض أو أمر أو تواطأ أو تأمر أو قدم مشورة أو ساعد على ارتكاب أي من الأفعال الواردة في البنود (1،2،3) من الفقرة (أ) من هذه المادة".

ولو عدنا إلى الفقرة (أ) من المادة ذاتها سنجد أن تلك الأفعال هي: تحويل أو نقل الأموال، وإخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق

(1) د. أحمد علي البدري علي، الأحكام الموضوعية والإجرائية لجريمة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012م، ص 167.

المتعلقة بها، واكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال...، وسنجد أن المقتن اليميني قد استقى أغلب المفردات من اتفاقية فيينا لسنة 1988م بشأن مكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، المادة (1/3 ج/4).

والمساهمة الجنائية تعني تعدد الجناة الذين ارتكبوا الجريمة، ويُطلق عليها أيضًا الاشتراك، وتقوم على أمرين: تعدد الجناة ووحدة الجريمة المرتكبة، وهي تنقسم إلى مساهمة أصلية، ومساهمة تبعية، والأولى تعني: من ساهم مع غيره في تنفيذ الجريمة، والثانية تعني: نشاط يرتبط بالفعل الإجرامي ونتيجته برابطة السببية، دون أن يتضمن تنفيذًا للجريمة، أو قيامًا بدور رئيسي في تنفيذها⁽¹⁾. ويدخل في نطاق المساهمة الجنائية الأصلية الفاعل، وهو "من يحقق بسلوكه عناصر الجريمة ويشمل ذلك المتماثل الموجود على مسرح الجريمة وقت حدوثها"، ويعد فاعلاً بالواسطة؛ "من يحمل على ارتكاب الجريمة منفذًا غير مسؤول- هذا ولو تخلفت لدى الفاعل بالواسطة صفة يشترطها القانون في الفاعل، ويعد فاعلين من يقومون معًا بقصد أو بإهمال مشترك بالأعمال المنفذة للجريمة"⁽²⁾، بينما حصرت أغلب التشريعات وسائل المساهمة الجنائية التبعية في التحريض والمساعدة⁽³⁾ والاتفاق.

وفي نطاق جريمة غسل الأموال توسع المقتن في صور المساهمة الجنائية التبعية؛ إذ لم يقتصر على التحريض والمساعدة والاتفاق وفقًا للقواعد العامة، بل أضاف "...أو أمر أو تواطأ أو تأمر أو قدم مشورة.."، وهي الأفعال ذاتها التي تضمنتها اتفاقية فيينا.

(1) د. محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 16، 54.

(2) انظر المادة (21) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، سبقت الإشارة إليه.

(3) يرى بعض الفقهاء أن المساعدة في غسل الأموال فعلاً أصلياً، وحجتهم في ذلك: ضمان الفعالية القانونية نحو تفعيل الملاحقة الجنائية لحيل مصرفية مشروعة في ذاتها تمكن غاسلي الأموال المشبوهة من استخدامها على نحو غير مشروع، لا سيما أن صورة المساعدة تعد من أكثر الوسائل المصرفية شيوعاً في مجال غسل الأموال. للمزيد من التفاصيل انظر: د. أوزدن حسين دزة بي، مرجع سابق، ص 106.

ولو تمعنا في هذه الأفعال سنجد أنها تندرج ضمن صور المساهمة الجنائية، وكان ذكرها إفراطاً وإسهاباً، ولكنها وردت - كما يبدو - احتياطاً وشمولاً وإحاطة بجميع صور أنشطة غسل الأموال؛ نظرًا لآثارها البالغة على الاقتصاد والمجتمع.

وخلاصة ما سبق فإن جريمة غسل الأموال مظاهر استقلال في الركن المادي بجميع عناصره، بل إن المقنن قد خرج على بعض القواعد العامة في قانون الجرائم والعقوبات، للإحاطة بجميع صور الأنشطة الإجرامية التي يمكن أن تُرتكب في عمليات غسل الأموال، فضلاً عن المساواة في العقوبة بين الجريمة التامة والشروع فيها.

الفرع الثاني

مظاهر استقلال غسل الأموال في الركن المعنوي

الركن المعنوي هو عبارة عن "علاقة تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني الذي ارتكبتها، والقصد الجنائي أحد أعمدة الركن المعنوي"⁽¹⁾، وله بعد نفسي قوامه عناصر نفسية، وله بعد قانوني قوامه عناصر نفسية أيضاً يهتم بها القانون، ويرتب عليها قواعد قانونية معينة، وأهم العناصر القانونية التي يقوم عليها القصد الجنائي العلم والإرادة"⁽²⁾. وقيام الجاني بالسلوك الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة غسل الأموال غير كاف؛ إذ يجب أن يتوفر لديه القصد الجنائي المكون للركن المعنوي بعنصره العلم والإرادة.

ولبيان مظاهر استقلال غسل الأموال في الركن المعنوي، فإنه يتعين بيان عناصر القصد الجنائي والمسائل التي تعترضه على النحو الآتي:

أولاً: عناصر القصد الجنائي في جريمة غسل الأموال.

يتكون القصد الجنائي في جريمة غسل الأموال من عنصرين هما: العلم والإرادة.

(1) والقصد الجنائي له صور عديدة أبرزها: القصد العام والقصد الخاص، والقصد الاحتمالي والقصد المتعدي، والقصد غير المحدد، والقصد المصمم عليه (سبق الإصرار)، للمزيد من التفاصيل راجع: د. عمر الشريف، درجات القصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2002م، ص 2 وما تلاها.
(2) د. عمر الشريف، المرجع السابق، ص 4 وما تلاها.

العلم: يعني معرفة الجاني بنشاطه الذي يقترفه- أيًا كان نوعه- اكتساب أموال، نقلها، إيداعها، استثمارها، حيازتها، إدارتها، حفظها، استبدالها، تحويلها، التلاعب في قيمتها... إلخ، وعلمه بحقيقة الأموال التي ينصب عليها نشاطه، بكونها من مصدر غير مشروع؛ أي متحصلة من إحدى الجرائم التي نص عليها القانون، فإذا كان يجهل حقيقة مصدرها، ويعتقد بحسن نية أن مصدر تلك الأموال مشروع، فينتفي القصد الجنائي لديه لعدم توافر العلم.

و يجب أن يعلم الجاني بنتيجة فعله أو أن يتوقعها، وهو ما نصت عليه المادة (9) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني بالقول: "ويتحقق القصد كذلك إذا توقع الجاني نتيجة إجرامية لفعله فأقدم عليه قابلاً حدوث هذه النتيجة".

وكذلك يجب أن يكون عالماً بالقانون الذي يجرم سلوكه، وهو علم مفترض، استقرت عليه التقنيات الجنائية؛ إذ لا يعذر أحد بجمله بالقوانين العقابية.

وبالمحصلة يجب أن ينصب العلم على الوقائع المادية لجرمة غسل الأموال، وعلى العلم بالقانون المفترض أصلاً، وبالتالي فإن العلم أساس لتكوين الإرادة، والإرادة: تعني "نشاط نفسي يصدر عن وعي وإدراك، اتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة"⁽¹⁾.

وفي جريمة غسل الأموال يلزم لتحقيق عنصر الإرادة أن تتجه إرادة الجاني إلى إحدى صور السلوك الإجرامي الإيجابي أو السلبي، وإلى النتيجة المترتبة على ذلك السلوك وهي إضفاء صفة المشروعية على الأموال ذات المصدر الإجرامي، وأن تكون تلك الإرادة عن وعي وإدراك؛ ذلك أن صدور النشاط عن إرادة غير واعية، كما في حالة صغر السن أو الجنون أو الغيبوبة أو السكر غير الاختياري أو عن إرادة منعدمة مشوبة بعيب الإكراه، لا يعتد بها ولا يمكن مساءلة الشخص عما ارتكبه من أفعال دون وعي وإدراك⁽²⁾.

فإذا قام موظف المصرف بتحويل أموال ذات مصدر إجرامي إلى مصرف في بلد آخر، أو امتنع عن التبليغ عن تعامل مشبوه، يجب لقيام مسؤوليته الجنائية عن جريمة غسل أموال أن تتجه إرادته إلى فعل تحويل تلك

(1) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، مرجع سابق، ص 613.

(2) د. عزت محمد العمري، مرجع سابق، ص 189-190.

الأموال أو إلى الامتناع عن التبليغ وفقاً للنص المحدد في القانون؛ فإذا وقع ذلك الموظف تحت تأثير الإكراه كتهديده بالسلاح للقيام بعملية التحويل أو عدم التبليغ، فإن الموظف لا يكون مسؤولاً جنائياً؛ لأنه شاب إرادته عيب الإكراه⁽¹⁾.

ومما سبق يتبين استقلال جريمة غسل الأموال في الركن المعنوي بعنصره العلم والإرادة، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود مسائل تعترى القصد الجنائي في هذه الجريمة، وهو ما سيتم توضيحه تباعاً.

ثانياً: المسائل التي تعترى القصد الجنائي في جريمة غسل الأموال.

هناك مسائل تعترى القصد الجنائي في جريمة غسل الأموال، ومن أبرزها: العلم بالمصدر غير المشروع للأموال (العلم المفترض، والعلم الحكمي)، ووقت ذلك العلم، وما نوع القصد الجنائي المطلوب في هذه الجريمة، وهو ما سيتم بيانه فيما يأتي:

أ) العلم بالمصدر غير المشروع للأموال (العلم المفترض، والعلم الحكمي).

يلزم لتوفر القصد الجنائي في جريمة غسل الأموال أن يتوفر علم الفاعل بالمصدر غير المشروع للأموال المتحصلة من الجريمة الأصلية السابقة لغسل الأموال، التي قام أو اشترك في تحويلها أو نقلها أو حيازتها أو اكتسابها أو استخدامها أو في إخفائها أو تمويه حقيقتها أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها، وأنها أموال متحصلة من جريمة تضمنها النص التجريمي لغسل الأموال.

والعلم بالصفة الإجرامية للسلوك أو القواعد الجنائية التجريبية، هو علم مفترض على الجميع، تطبيقاً لأحد المبادئ الراسخة في القانون الجنائي وهو⁽²⁾: (افتراض العلم بالقانون وعدم جواز الاعتذار بجهله)، ومن ثم تقوم المسؤولية الجنائية للجاني ولو ثبت جهله – من الناحية الواقعية – بأن السلوك الذي أتاه يشكل جريمة في قانون

(1) د. أوزد حسين دزة بي، مرجع سابق، ص 129-130.

(2) د. مصطفى طاهر، مرجع سابق، ص 115.

الجرائم والعقوبات أو في أحد القوانين المكملة له.

بيد أن العلم بالعناصر الواقعية الجوهرية في جريمة غسل الأموال لازمة لقيام الركن المعنوي وفقاً للنموذج التجريبي المنصوص عليه في القانون، ولا سيما العلم بمحقيقة الجريمة المصدر للمال غير المشروع، وبالتالي ينتفي العمد (القصد) وتمتتع المسؤولية الجنائية للفاعل إذا ثبت جهله بالمصدر الإجرامي لهذه الأموال، وذلك بأن اعتقد - بحسن نية - بمشروعية مصدرها، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب جدية ومعقولة⁽¹⁾.

إلا أن تساؤلاً يمكن إثارته وهو: هل يكفي العلم بعدم مشروعية مصدر الأموال المتحصلة من جريمة حددها القانون أم أنه يتعين العلم بطبيعة تلك الجريمة التي تحصلت منها الأموال، وما قد يقترن بها من ظروف؟ وللإجابة عن ذلك التساؤل، فإن كثيراً من التقنيات اكتفت باشتراط توفر العلم بأن الأموال متحصلة من جريمة⁽²⁾، بينما بعضها كالتقنين الفرنسي الجديد في المادة (4،2،1/324) اشترط العلم بمحقيقة وذاتية الجريمة المصدر لغسل الأموال، وبما قد يقترن بها من ظروف مشددة، وتطبيق عقوبة الجريمة المصدر إذا كانت أشد، ولكن بشرط علم الفاعل بالجريمة المصدر وبذاتيتها⁽³⁾.

وبالرجوع إلى القانون اليمني بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وفق تعديل 2013م، نجد أنه اشترط بأن يعلم الفاعل أو كان ينبغي أن يعلم بأنها عائدات أو متحصلات إجرامية، فلم يوجب العلم بطبيعة وذاتية الجريمة المصدر، بل إن القانون لم يشترط الإدانة بارتكاب الجريمة الأصلية لإثبات المصدر غير المشروع لمتحصلات الجريمة، عندما نص في المادة 3/هـ على أنه "تعتبر جريمة غسل الأموال جريمة مستقلة عن الجريمة الأصلية المتحصل منها المال، ولا يشترط حصول إدانة بارتكاب الجريمة الأصلية لإثبات المصدر غير المشروع لمتحصلات الجريمة"، وبالتالي فإن الحكم الصادر بالإدانة في الجريمة الأصلية ليس من متطلبات العلم كأحد عناصر الركن المعنوي في جريمة غسل الأموال.

(1) د. مصطفى طاهر، المرجع السابق، ص 119.

(2) كالتقنينين المصري والكويتي مثلاً .

(3) د. عادل علي المناع، مرجع سابق، ص 127.

غير أن اشتراط القانون اليمني العلم اليقيني أو العلم المفترض بقوله في المادة (3،2،1/3).... "من قبل أي شخص يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بأنها عائدات أو متحصلات إجرامية بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الأموال، أو قصد مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجريمة الأصلية التي نتجت منه على الإفلات من العواقب القانونية لأفعاله" يثير مسألة العلم المفترض، ويفرغ القصد الجنائي أو الركن المعنوي من محتواه.

ذلك أن العلم بكل واقعة تقوم عليها الجريمة يجب أن يكون علمًا يقينيًا لا ظنيًا ولا افتراضيًا، وهو ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في مصر في أحد أحكامها⁽¹⁾، وهو ما يستبعد العلم المفترض؛ لأن جريمة غسل الأموال جريمة عمدية، وافترض العلم كفيل بتشويه عنصر العمد وتغيير طبيعته.

ويبدو - في تقديري- أن المقنن اليمني في قانون غسل الأموال وتمويل الإرهاب وفق تعديل 2013م، المادة (3) قد قصد بعبارة (... أو كان ينبغي أن يعلم..)، أنه اعتد (بالعلم المفترض) من خلال إلزامه المؤسسات المالية وغير المالية والمهن المعنية باتخاذ إجراءات من شأنها الإبلاغ إلى الجهات المختصة عن أي اشتباه أو توفر أسباب معقولة للاشتباه بأن أموالاً أو متحصلات لها صلة بعمليات غسل أموال، باعتبار أن تقاعس أية مؤسسة مالية أو أي من موظفيها عن أداء الواجبات التي فرضها القانون يعني التحايل على العلم، وفي ذلك ذريعة للاحتجاج بعدم العلم، لذلك تضمن القانون النص على أنه كان ينبغي عليهم أن يعلموا؛ لأنه ألزمهم بالفحص والتحقق من مختلف عمليات غسل الأموال ومصدرها غير المشروع، وإلا تعرضوا للعقوبات المحددة في المادة (41) من القانون ذاته، وذلك- في تقديري - احتياط تشريعي؛ لإسباغ مزيد من المواجهة الجنائية لعمليات غسل الأموال، وسد الذريعة بعدم العلم بمصدر تلك الأموال، وهو كذلك تطبيق لنص المادة (8) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني التي تنص على أنه (لا يسأل شخص عن جريمة إلا إذا ارتكبها قصدًا (عمدًا) أو بإهمال).

(1) للمزيد من التفاصيل انظر: د. مصطفى طاهر، مرجع سابق، ص121.

أما العلم الحكمي، فإنه يستخلص ضمناً من بعض الظروف والملايسات التي لا ترقى إلى حد العلم اليقيني بمصدر الأموال غير المشروعة، الأمر الذي يؤدي إلى تغيير طبيعة الركن المعنوي لجرمة غسل الأموال، وجعله مبنياً على مجرد الخطأ أو الإهمال وليس العمد⁽¹⁾.

والواقع من الأمر أنه – في تقديري – يمكن استخلاص العلم بمصدر الأموال غير المشروعة وأنها متحصلة من جريمة وفقاً للنموذج الذي حدده قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب من خلال الظروف والملايسات الواقعية للواقعة الإجرامية التي تكوّن عقيدة القاضي الجنائي بتحقيق العلم اليقيني لا المفترض أو الحكمي؛ حتى لا نضحي بمبادئ قانونية مستقرة، وحتى لا يتم تفريع القصد (العمد) من محتواه بحيث يستوعب الخطأ أو الإهمال.

● وقت توفر العلم بمصدر الأموال غير المشروعة في جريمة غسل الأموال

هل يشترط تعاصر العلم مع السلوك الإجرامي في جريمة غسل الأموال، أم يمكن أن يتراخى العلم إلى بعد ارتكاب السلوك الإجرامي؟

الواقع أن ذلك يتوقف على تحليل السلوك أو النشاط الإجرامي (فعلاً كان أم امتناعاً)؛ فإذا كان الفعل أو الامتناع يقبل الاستمرار فإن الجريمة تكون مستمرة، ومن المتصور أن يتراخى العلم بالمصدر غير المشروع للأموال محل الغسل إلى وقت لاحق على تحقيق عنصر السلوك، بشرط ألا يتجاوز وقت أو لحظة انتهاء حالة الاستمرار، ومثال ذلك: أفعال الحياة للأموال التي تحصلت من الجريمة الأصلية أو الأولية، بينما إذا كان الفعل لا يقبل الاستمرار فإن الجريمة تكون وقتية، ومن ثم يتعين أن يتعاصر العلم مع الفعل أو السلوك الإجرامي؛ كالبيع بأقل من الثمن الحقيقي⁽²⁾.

(1) د. أيمن عبد العلي أبو ضيف الغندور، المواجهة الجنائية لجريمة غسل الأموال (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسبوط، 2014م، ص157.

(2) د. عادل الشربيني، التطبيقات العملية لجريمة غسل الأموال، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2007م، ص56-57.

كذلك فإنه عند تحديد ما إذا كانت جريمة غسل الأموال من الجرائم الوقتية أو المستمرة فإنه يتعين الرجوع إلى نموذج التجريم الخاص بالجريمة، فإذا أفصح أنها جريمة وقتية فلا مناص من التسليم بذلك، وإذا سكت عن تحديد الوقت الذي يجب أن يتوفر فيه العلم بأن المتحصلات مستمدة من جريمة، فالجريمة تكون مستمرة؛ لاتفاق ذلك مع طبيعتها المستمرة وقتاً طويلاً نسبياً، ومع ذلك فإن تقسيم الجريمة إلى وقتية ومستمرة ليس مطلقاً؛ فالجريمة قد تكون وقتية أحياناً، وقد تكون مستمرة أحياناً أخرى، وبالتالي لا بد أن تؤخذ بعين الاعتبار الظروف الواقعية التي تعاصر تنفيذ الجريمة والاعتراف للقاضي بسلطته التقديرية في تطبيق هذا التقسيم ذي الطابع النسبي⁽¹⁾.

وبالعودة إلى نص المادة (3،2،1/3) من القانون اليمني لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وفق تعديل 2013م، نجد أن هناك ألفاظاً للسلوك الإجرامي تضمنتها المادة المذكورة، تقتضي أن تكون الجريمة مستمرة؛ كالكسب أو حيازة أو استخدام الأموال ذات المصدر غير المشروع، أو إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال أو مصدرها أو مكانها أو مصدرها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها⁽²⁾؛ وهنا يكفي أن يعلم الجاني بحقيقة المصدر غير المشروع للأموال أو المتحصلات في أي لحظة تالية لارتكابه السلوك الإجرامي المنصوص عليه في القانون، فإذا كان يجهل المصدر غير المشروع للأموال أو المتحصلات، أو كان يعتقد بحسن نية بمشروعية المصدر، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، فإن القصد الجنائي ينتفي.

بينما ألفاظ (تحويل أو نقل) تقتضي أن تكون الجريمة مؤقتة؛ لأن النقل والتحويل يمكن أن يكون في لحظة واحدة غير ممتدة فترة من الزمن، وحينها يتعين أن يتعاصر العلم بالأموال أو المتحصلات غير المشروعة مع البدء بالنشاط الإجرامي، ويكون العلم في أية لحظة معاصرة لذلك النشاط.

(1) د. عزت محمد العمري، مرجع سابق، ص 186.

(2) ومع ذلك فإن هناك من يرى أن جريمة غسل الأموال جريمة مؤقتة أحياناً ومستمرة أحياناً أخرى؛ لتناسب ذلك مع طبيعة الجريمة، فعلم الجاني بحقيقة المال غير المشروع قد يتحقق عند بداية فعل التمويه أو أثناء قيامه، ولذلك حسناً فعلت كثير من التقنينات عندما لم تحدد لحظة قيام العلم بالركن المادي، فتركته وطبيعة ما يرتكب من أخطاء وسلوك مختلفة تبعاً لفعل التمويه. للمزيد من التفاصيل انظر: د. عادل المناع، مرجع سابق، ص 125.

ب) نوع القصد الجنائي المطلوب في هذه الجريمة.

الأصل أن يتطلب المقنن لقيام الجريمة في ركنها المعنوي توافر القصد الجنائي؛ الذي يقوم على عنصر العلم والإرادة فحسب، وهو ما يعبر عنه بالقصد الجنائي العام الذي يحيط بأركان الجريمة. وفي جريمة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، يتعين أن يتوفر العلم بجميع الوقائع المادية ومنها المصدر غير المشروع للأموال، والقانونية- وهي مفترضة - وإرادة النشاط المكون للركن المادي لهذه الجريمة، كالتسبب أو حيازة أو استخدام الأموال ذات المصدر غير المشروع أو نقلها أو تحويلها، وإرادة النتيجة الإجرامية المتمثلة في إضفاء الصفة المشروعة للأموال أو متحصلات الجريمة.

إلا أنه قد يتطلب المقنن - أحياناً - توافر قصدًا جنائيًا خاصًا، ويعتبر أن الغاية أو الغرض عنصر من عناصر القصد الجنائي في بعض الجرائم إذا رأى أن خطورة الفعل تتمثل في انصراف نية الجاني إلى تحقيق هذه الغاية أو ذلك الغرض، وليس مجرد اتجاه نيته إلى النتيجة غير المشروعة⁽¹⁾، ومن ثم فإن القصد الخاص ينصرف إلى الإرادة والعلم بعنصر أبعد من أركان الجريمة وهو الغاية من السلوك، وهو هنا في جريمة غسل الأموال قصد تمويه أو إخفاء المصدر غير المشروع للأموال.

ولذلك فإن القصد الجنائي الخاص وفقًا للقانون اليمني لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب وفقًا لتعديل 2013م هو توفر نية إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الأموال، أو قصد مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجريمة الأصلية التي نتجت منه على الإفلات من العواقب القانونية لأفعاله.

فإذا لم يثبت القصد الخاص فلا مجال للقول بوقوع جريمة غسل أموال وإن تحققت أركان جريمة أخرى، إذا كانت موصوفة وفقًا للنموذج القانوني بذلك الوصف.

(1) وهو ما سلكه كثير من التقنينات، كالقانون المصري لمكافحة غسل الأموال المعدل بالقانون رقم (13) لسنة 2014م في المادة (2) والقانون الاتحادي الإماراتي رقم (20) لسنة 2018م بشأن مواجهة جرائم غسل الأموال ومكافحة تمويل الإرهاب وتمويل التنظيمات غير المشروعة المادة (1/1).

ويرى بعض الفقهاء⁽¹⁾ أن مسلك المقتن اليميني وغيره كالتقنين المصري في تطلب توفر القصد الجنائي الخاص للقول بتحقيق جريمة غسل الأموال يثير صعوبات عند التطبيق ويفسح المجال للإفلات من تطبيق نص التجريم.

وتوضيحاً لذلك فإن هناك صعوبات في إثبات توافر القصد الجنائي الخاص؛ لأن المقتن يجرّم تحويل أو نقل أموال متحصلة من جريمة، أو إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها، أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها، أو اكتسابها أو حيازتها أو استخدامها، إذا كان يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بأنها عائدات أو متحصلات إجرامية، وبالتالي فإن مجرد العلم لا يكفي لتحقيق جريمة غسل الأموال في ركنها المعنوي، بل ينبغي أن تثبت سلطة الاتهام أن الجاني كان يقصد من سلوكه إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الأموال أو كان يقصد مساعدة أي شخص ضالع في ارتكاب الجريمة الأصلية التي نتجت منه على الإفلات من العواقب القانونية لأفعاله.

فإذا عجزت سلطة الاتهام عن إثبات ذلك تنتفي الجريمة، مما يؤدي إلى التضيق من نطاق تطبيق جريمة غسل الأموال، وبالتالي قد يفلت الجناة من الجزاء.

(1) د. أشرف توفيق شمس الدين، مرجع سابق، ص 62، د. سمير حسين العذري، مرجع سابق، ص 265.

الخاتمة

ختاماً لهذا البحث، وحصاداً لثماره، فإنه يمكن إبراز أهم النتائج التي تم التوصل إليها، والتي هي في الوقت ذاته

بمثابة توصيات لمعالجة أوجه اللبس الذي تم بيانه في متن الدراسة على النحو الآتي:

1) لعل أهم ما أثار اللبس لدى كثير من الباحثين والعاملين في أجهزة العدالة بشأن تبعية غسل الأموال في البيان

القانوني للجريمة الأصلية، إما بوصفه جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة، أو بوصفه مساهمة تبعية عن طريق

المساعدة، أو استيعابه في بعض القوانين الخاصة، كقانون الكسب غير المشروع (الإقرار بالذمة المالية)، أو قانون

مكافحة الفساد ما يأتي:

أ- التشابه في بعض عناصر الركن المادي لغسل الأموال وجريمة الإخفاء، لاسيما فعل الإخفاء لأشياء متحصلة

من جريمة أصلية، وتوسع بعض القوانين لمدلول الإخفاء ليستوعب الاستفادة من متحصلات الجريمة بأية

وسيلة كانت، ليشمل بعض أنشطة غسل الأموال.

ب- التشابه في تبعية جريمة الإخفاء لجريمة أصلية، كما في أنشطة غسل الأموال.

ج- التشابه في عنصر العلم كأحد عناصر الركن المعنوي في الجريمتين؛ فجريمة الإخفاء ينصرف علم الجاني بأن

تلك الأموال قد تحصلت من جريمة ارتكبتها فاعل الجريمة الأصلية، وهو التشابه مع عنصر العلم في جريمة

غسل الأموال.

د- قصور في الوعي القانوني بجريمة غسل الأموال لدى الكثير من الباحثين والعاملين بأجهزة العدالة الجنائية.

هـ- وجود بعض المعارضين لتجريم غسل الأموال، وتفضيلهم اللجوء إلى الوسائل الإدارية؛ لأن هناك آثاراً سلبية

للتجريم منها: إعاقة الاستثمار، وعدم الاستقرار الاقتصادي، وهروب رأس المال، وإعاقة الإجراءات المصرفية

بالمساس بمبدأ سرية الحسابات المصرفية وفرض قيود على تداول الأموال، وبالتالي التعارض مع مصلحة

المجتمع الاقتصادية.

(2) تبين أن تكييف غسل الأموال كصورة من صور إخفاء الأشياء المتحصلة من جريمة – وإن كان يمكن أن يستوعب الكثير من أنشطة غسل الأموال – إلا أن عددًا من أوجه النقد يمكن أن تناله، بحيث يصعب أن يصمد هذا الوصف في مواجهة الكثير من أنشطة غسل الأموال، وسواء كانت تلك الانتقادات راجعة لصعوبة اعتبار المصرف حائزًا للأموال، كأحد عناصر السلوك للركن المادي في جريمة الإخفاء، أم التصادم مع مبدأ عدم قابلية الحساب المصرفي للتجزئة، فيما يتعلق بمحل الإخفاء، أم انتهاك مبدأ الشرعية الجنائية، فيما يتعلق بالجريمة الأصلية، أم اختلاف القصد الجنائي فيما بين جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة، وجريمة غسل الأموال، بل إمكانية إفلات الجاني من المسؤولية الجنائية في بعض الحالات، وأخيرًا فإن المقنن ذاته لم يكن مستوعبًا نشاط غسل الأموال عند تقنين جريمة الإخفاء للمتحصلات، وبالتالي يكون التفسير باستيعابها لنشاط غسل الأموال خلافًا لقصد المقنن عند سنه للنص الخاص بجريمة الإخفاء، على النحو المبين في متن البحث.

(3) تؤكد جليًا بأن تكييف غسل الأموال كصورة من صور المساهمة الجنائية التبعية لا يصمد ولا يستوعب أنشطة غسل الأموال، بل تعترضه الكثير من العقبات الموضوعية والإجرائية؛ سواء تعلق الأمر بتعذر تحقق بعض عناصر المساهمة الجنائية التبعية على أنشطة غسل الأموال، أو إفلات غاسل الأموال من المسؤولية الجنائية في حالات توفر سبب من أسباب الإباحة أو تقادم الدعوى الجنائية للجريمة الأصلية أو صدور عفو شامل عن الجريمة الأصلية، وأخيرًا تعذر الملاحظة الجنائية لمرتكب جريمة غسل الأموال لاختلاف الاختصاصات التشريعية والقضائية للدول المختلفة، على النحو المبين في متن البحث.

(4) تبين أن جريمة إخفاء أشياء متحصلة من جريمة تركز على ناتج الجريمة السابقة عليها، بينما تسمح جريمة غسل الأموال بمواجهة ما يمكن أن يطلق عليه " الهندسة المالية"؛ التي تعني تغيير طبيعة ناتج الجريمة من أجل إباسه لباسًا مشروعًا؛ أي إجراء عمليات تجارية أو مصرفية أو نحوها لإضفاء المشروعية على متحصلات الجريمة السابقة، والتي قد تمتد إلى أكثر من دولة، وقد تستخدم وسائل التكنولوجيا الحديثة.

5) اتضح أن القول باستيعاب أو مواجهة جريمة الكسب غير المشروع أو قانون مكافحة الفساد، أو قانون مكافحة الاتجار والاستعمال غير المشروعين للمخدرات والمؤثرات العقلية لأنشطة غسل الأموال أو الحد منها، لا يصمد أمام الانتقادات المبينة في متن البحث، فضلاً عن إمكانية إفلات الجناة من غير الموظفين العموميين أو ذوي الصفة إذا تحصلوا على أموال من مصادر غير مشروعة، وبالتالي لا تتحقق المواجهة الفعالة.

6) لعل أهم ما رجح استقلال غسل الأموال في البنين القانوني، وأمكن إزالة أي لبس ما يأتي:

أ- عدم كفاءة وكفاية النصوص الجنائية التقليدية لمواجهة أنشطة غسل الأموال، لا سيما مع تعدد وتنوع عمليات الغسل واستخدامها الأساليب والوسائل التقنية الحديثة.

ب- عندما تتم المساهمة التبعية عن طريق المساعدة لغسل الأموال في الخارج - مثلاً - فإن الأنظمة التشريعية والقضائية في الدول المختلفة قد تحول دون الملاحقة القضائية؛ فالدولة التي يقع فيها نشاط غسل الأموال قد لا يجيز نظامها القانوني النظر في الجريمة؛ كون هذا النشاط من أنشطة المساهمة الجنائية التبعية للجريمة السابقة، وبالمقابل فإن الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة الأصلية دون أن يقع فيها أي نشاط من أنشطة غسل الأموال، فإن محاكمها لا تختص بالنظر في تلك الأنشطة لوقوعها خارج نطاق إقليمها، وبالتالي عدم اختصاصها المكاني، الأمر الذي يستدعي حل هذه الإشكالية بالتصدي لغسل الأموال بنصوص قانونية مستقلة.

ج- إن وجود قانون خاص بمكافحة غسل الأموال، يأتي ضمن حرص المقتن الجنائي على بسط حماية أوفى؛ نظراً لخطورة هذا النوع من الجرائم على الاقتصاد الوطني وخطط التنمية الاقتصادية، فضلاً عن أن كثيراً من التقنيات قد اعتبرت أن من شرع في ارتكاب هذه الجريمة يخضع لعقوبة الجريمة التامة، وهو تأكيد على ذلك الحرص، وإن كان فيه خروج عن القواعد العامة.

د- الآثار البالغة والخطرة لغسل الأموال على كيان المجتمع، توجب تجريم غسل الأموال بصورة مستقلة، فالآثار الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والأمنية والدولية وتداعياتها التي تقوض الاستقرار السياسي والاقتصادي

والأمني، بل وتخلخل كيان المجتمع، نتيجة لما تحدثه تلك الآثار من بطالة وفقر وشيوع الرشوة وإفساد الذمم

وتدمير القيم وانتشار الجريمة، وبروز التطرف وما يرتبط به من ظواهر كالعنف والكراهية وغيرها.

هـ- تجريم غسل الأموال يسهم في الحد من الجرائم الأصلية السابقة لعمليات غسل الأموال؛ فإجراءات مكافحة

غسل الأموال تتضمن ضبط وتجميد الأموال كإجراءات تحفظية عاجلة، فيتربط على ذلك حرمان أصحابها من

متحصلات نشاطهم الإجرامي.

و- تجريم غسل الأموال بنص خاص لم يعد شأنًا داخليًا لكل دولة، بل أضحى مطلبًا دوليًا، تؤيده كثير من الوثائق

الأممية والإقليمية، وكثير من التقنينات الوطنية التي صدرت لمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب بصورة

مستقلة، لتؤكد استقلال غسل الأموال في البنيان القانوني.

والحمد لله أولاً وآخراً

قائمة المراجع

أولاً: معاجم اللغة.

- الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، الجامع الصحيح، المجلد (5-6)، الجزء الخامس، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، بدون تاريخ النشر.
- جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب لابن منظور، دار المعارف، القاهرة، بدون تاريخ النشر.

ثانياً: الكتب العامة.

- د. أحمد جمال الدين موسى، الجريمة الدولية المنظمة، تحليل اقتصادي، بدون ناشر، 1998م.
- د. أحمد علي البدري علي، الأحكام الموضوعية والإجرائية لجريمة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012م.
- د. علي حسن الشرفي، شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، صنعاء، مكتبة الوسطية للنشر والتوزيع، ط9.
- د. عمر الشريف، درجات القصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2002م.
- د. محمود نجيب حسني، جرائم الامتناع والمسؤولية الجنائية عن الامتناع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ النشر.
- _____، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدبير الاحترازي، نادي القضاة، مصر، ط4، 1977م.
- _____، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1992م.

ثالثاً: الكتب المتخصصة.

- د. أحمد المهدي، أشرف شافعي، المواجهة الجنائية لجرائم غسل الأموال، ط2، دار العدالة، القاهرة، 2006م.

- د. أشرف توفيق شمس الدين، تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، دار النهضة العربية، 2001م.
- د. السيد أحمد عبد الخالق، الآثار الاجتماعية والاقتصادية لغسل الأموال، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد 22، أكتوبر 1997م.
- السيد عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مكافحة جريمة غسل الأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005م.
- د. أوزدن حسين دزة يبي، جريمة غسل الأموال، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2013م.
- د. حسام الدين محمد أحمد، شرح القانون المصري رقم (80) لسنة 2002 بشأن مكافحة غسل الأموال في ضوء الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.
- خالد حمد محمد الحمادي، جريمة غسل الأموال في عصر العولمة، بدون ناشر، مصر، 2006م.
- د. سليمان عبد المنعم، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة، ظاهرة غسل الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999م.
- د. سمير حسين العذري، المواجهة الجنائية والأمنية لجرائم غسل الأموال (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ط 1، 2018م.
- د. عادل الشربيني، التطبيقات العملية لجريمة غسل الأموال، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2007م.
- د. عادل عبد العزيز السن، غسل الأموال من منظور قانوني واقتصادي وإداري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2008م.
- د. عبد الفتاح سليمان، مكافحة غسل الأموال، دار علاء الدين للطباعة والنشر، مصر، 2003م.

- د. عبدالفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الأموال بين الوسائط الإلكترونية ونصوص التشريع، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية، مصر، 2005م
- د. عزت محمد العمري، جريمة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 2006م
- د. عصام أحمد محمد، مكافحة غسيل الأموال بين التجريم والتعاون الدولي، المركز القومي للدراسات القضائية، 1998م.
- د. غسان عبد العزيز شاني، جريمة تبييض الأموال (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005م.
- د. فؤاد شاكر، غسيل الأموال وأثره في الاقتصاد القومي وكيفية مكافحته، محاضرات معهد الدراسات المصرفية للعام 1995، 1995م.
- د. ماجد عبد الحميد عمار، مشكلة غسيل الأموال وسرية الحسابات المصرفية بالبنوك في القانون المقارن والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م
- د. محمد محمد مصباح القاضي، ظاهرة غسيل الأموال ودور القانون الجنائي في الحد منها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- د. محمود كبيش، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2001م.
- د. مصطفى طاهر، المواجهة التشريعية لجريمة غسل الأموال المتحصلة من جرائم المخدرات، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2002م.
- د. مفيد نايف الدليمي، غسيل الأموال في القانون الجنائي، دار الثقافة، عمان- الأردن، ط1، 2005 م.
- د. نادر عبد العزيز شاني، تبييض الأموال (دراسة مقارنة)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005م.

- د. هدى حامد قشقوش، جريمة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998م.

رابعاً: الرسائل العلمية.

- د. أيمن عبد العلي أبو ضيف الغندور، المواجهة الجنائية لجريمة غسل الأموال (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه،

كلية الحقوق جامعة أسيوط، 2014م.

- د. خالد قنبل الحارثي، فاعلية ضوابط مكافحة جريمة غسل الأموال في النظام السعودي، أطروحة دكتوراه،

كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2010م.

- د. دليلة مباركي، غسيل الأموال، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، الجزائر، باتنة، كلية الحقوق السياسية،

2008م.

- د. عبد الكريم صالح محمد المجذوب، دور الشرطة في مكافحة الجرائم الاقتصادية (دراسة مقارنة)، رسالة

دكتوراه، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة المصرية، 2011م.

- د. علي يوسف محمد حربة، النظرية العامة للنتيجة الإجرامية في قانون العقوبات (دراسة مقارنة)، رسالة

دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995م.

خامساً: الدوريات والمؤتمرات والندوات.

- د. جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال، سلسلة بنك الكويت الصناعي، العدد 63،

ديسمبر، 2000م.

- د. جمال عبد العزيز، ندوة المواجهة الجنائية لغسيل الأموال، مركز البحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة

المجرمين، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ديسمبر 1999م.

- د. عادل علي المانع، البنيان القانوني لجريمة غسيل الأموال، دراسة تحليلية مقارنة في التشريع الكويتي والمصري والفرنسي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة التاسعة والعشرون، صفر 1426هـ، مارس 2005م.

- د. غنام محمد غنام، مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في عصر العولمة، مؤتمر الوقاية من الجريمة في عصر العولمة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 6-8 مايو 2001م.

سادساً: القوانين.

- القانون رقم (12) لسنة 1994م بشأن الجرائم والعقوبات اليمني، الصادر بالقرار الجمهوري، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد (19)، ج3، 1994م، وتعديلاته في العدد (24) لسنة 2006م.

- قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (13) لسنة 1994م، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد 19، ج4، لسنة 1994م.

- القانون رقم (24) لسنة 1998م بشأن مكافحة جرائم الاختطاف والتقطيع، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد (2)، (ج2) لسنة 2002م.

- القانون رقم 30 لسنة 2006م بشأن إقرار الذمة المالية، الصادر بتاريخ 25 رجب 1427 هـ، الموافق 19 أغسطس / 2006م، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد (16)، لسنة 2006م.

- القانون رقم (39) لسنة 2006م بشأن مكافحة الفساد، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد (24)، 2006م.

- القانون رقم (17) لسنة 2013م، بشأن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد (17)، سبتمبر، 2013م.

سابعاً: المراجع الأجنبية.

- **Frankl, Milan, and Ayse Ebru Kurcer.** Money laundering and terrorist financing activities: a primer on avoidance management for money managers. Business Expert Press, 2016.
- **Kevin Sullivan,** Anti-Money Laundering in a Nutshell_ Awareness and Compliance for Financial Personnel and Business Managers-Apress, 2015.
- **Marcel culioli ,** Infraction général da blanchiment ,Juris ,classeur droit pénal 1997 art 324-1 a324-9 fascicale 20,No.6.
- **Schott, Paul Allan,** Reference guide to anti-money laundering and combating the financing of terrorism. World Bank Publications. Second Edition, 2006.
- **Sue Titus Reid,** Crime and Criminology, Harcourt Brace, Florida United states of America, 7 edition, 1994.

ثامناً: أبرز مواقع الشبكة العنكبوتية.

- www.basselgovernance.org
- <http://codes.droit.org/CodV3/penal.pdf>
- <http://www.un.org/ar/documents>



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

عنوان البحث:

الدفع بالإحالة للإرتباط في قانوني المرافعات اليمني والمصري (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)

د. عبدالله أحمد أحمد عبدالقادر الملحاني

أستاذ المرافعات المدنية المساعد

جامعة الحديدة

ملخص البحث

معلومات البحث

الدفع بالإحالة للإرتباط هي نوع من أنواع الدفع الشكلية في غالبية التشريعات، ويجب الاهتمام بها لما لها من أهمية كبيرة، وما يترتب عليها من آثار المترتبة في توحيد إجراءات نظر القضايا المتعددة ذات العلاقة في السبب والموضوع والأطراف، وفي تخفيف العبء على القضاء.

تاريخ تسليم البحث:

١ فبراير ٢٠٢٢

ويهدف هذا البحث إلى معرفة مفهوم الدفع بالإحالة للإرتباط، والمفترضات القانونية للدفع بالإحالة للإرتباط، ومعرفة المشكلات والمعوقات التي تحول دون تطبيق النظام القانوني للدفع بالإحالة للإرتباط.

تاريخ قبول البحث:

٢٠ فبراير ٢٠٢٢

ويشتمل هذا البحث على مبحثين: خصصت المبحث الأول لتوضيح فكرة ومفترضات الدفع بالإحالة للإرتباط. أما المبحث الثاني فقد خصصته لبيان آثار ومشكلات الدفع بالإحالة للإرتباط.

وقد تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي والتأصيلي الاستقرائي، لتحديد مفهوم الدفع بالإحالة للإرتباط من خلال المراجع القانونية المتوفرة، وتحليل الواقع والنصوص القانونية في قانون المرافعات المدنية وتعديلاته بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٢١م، ومقارنتها بالقانون المصري والقوانين ذات العلاقة بموضوع البحث، وقد توصلت في نهاية البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات كما ذكرت في الخاتمة.

الباحث: د. عبدالله أحمد أحمد الملحاني

Abstract

Defenses by referral to engagement are a type of formal defense in most legislation, and they must be taken into account because of their great importance, and the implications they have for unifying procedures for considering multiple cases related to cause, subject and parties, and in easing the burden on the judiciary.

This study aimed to know the concept of payment by referral of the link, the legal assumptions for payment by referral of the link, and to know the problems and obstacles that prevent the application of the legal system for payment by referral of the link.

This research includes two sections: The first section is devoted to clarify the idea and assumptions of payment by referral for the link. The second section was devoted to show the effects and problems of payment by referral for engagement.

The descriptive, analytical and inductive approach was used to define the concept of payment by referral for the link through the available legal references, and to analyze the reality and legal texts in the Civil Procedures Law and its amendments by Law No. 1 of 2021 AD, and compared them with the Egyptian law and laws related to the subject of the research. A number of results and recommendations were achieved as mentioned in the conclusion.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد من بعثه الله تعالى رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه وسلم، أما بعد: فإن مسألة تقرير الدفوع الشكلية ليست بالمسألة السهلة لأنها تحتاج إلى موازنة قانونية بين مسألتين هما: التشديد في الشكلية والتساهل فيها، وكلا الأمرين له ضرره، فالتشديد في الشكلية يؤدي إلى جمود نظام التقاضي وعرقلة سير العدالة ويؤدي إلى إبطال الدعاوى لأدنى الأسباب، كون بعض الدعاوى تأخذ مدى زمني كبير وهي تسير في سلك المحاكم وبين أيدي القضاة المتعددين، فكان لزاماً أن يتم الجمع بين الدعاوى المرتبطة التي ينظرها قضاة متعددون أمام محاكم متعددة، بأن تكون دعوى واحدة أمام محكمة واحدة وقاضٍ واحد، حتى يكون للمتقاضي الوصول لحقه بأقرب وقت وأقل جهد ممكن، وحيث إن إهدار مثل هذه الحلول تؤدي صدور أحكام متعارضة ومتناقضة.

والدفع بالاحالة للارتباط هو نوع من أنواع الدفوع الشكلية في غالبية التشريعات، وتحتل الدفوع الشكلية مكاناً مهماً في مجال المرافعات، لأنها مرتبطة بالنظام القضائي نفسه، حيث يبين قانون المرافعات الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المنظمة لإجراءات المرافعات، والدفوع الشكلية لها معنى واحد ومحدد في قانون المرافعات مرتب بكيفية التمسك بها وحق الخصم التمسك بالدفوع الشكلية حق أساسي، وما يرهق القضاء ويطيل أمد التقاضي وخاصةً في القضاء اليمني هو وجود الدعاوى المكررة التي لا تنقطع سلسلتها إلا بعد أمدٍ بعيد، أما التساهل في الشكلية فقد يؤدي إلى فوضى في العمل القضائي وإتاحة الفرصة للخصوم للاحتيال على إجراءات التقاضي كسباً للوقت بقصد الماطلة عند شعور الخصم بأنه على وشك أن يخسر دعواه أو دفعه أو رده.

لذلك، فإن الموازنة بين الدفوع الشكلية – ومنها الدفع بالاحالة للارتباط- هي مسألة أساسية، حيث يتم ذلك عبر دراسة مقارنة بين قانون المرافعات اليمني من جهة وقانون المرافعات المصري من جهة أخرى، مع الإشارة إلى بعض التشريعات التي لها اتجاه مخالف، مع عرض وتحليل بعض آراء شراح قانون المرافعات وذلك

بغية تحديد أفضل الأسس التي يفترض أن تبني عليها الدفوع الشكالية – ومنها الدفع بالاحالة للارتباط – حيث نجد بعض نصوص قانون المرافعات اليمني بحاجة إلى إعادة نظر وتعديل، مؤكدين على مسألتين مهمتين: الأولى: ضرورة ربط كل إجراء بالغاية التي قصدتها القانون، والثانية: إعطاء القاضي الدور الإيجابي. وقبل البدء في تفاصيل البحث نعرض في هذه المقدمة النقاط الآتية:

أولاً: الإشكاليات التي يعالجها موضوع البحث:

إن إشكاليات التي تنور حول الدفع بالاحالة للارتباط منها عدم وجود دراسات أو أبحاث منشورة في هذا الشأن بصورة مستقلة ومتخصصة ومكتملة لتعريف من يريد اللجوء إلى ذلك النوع من الدفع، كذلك عدم وجود نص صريح في قانون المرافعات يُخرج الإلزام والغموض القانوني حول ذلك الدفع بنص مستقل، لوجود أهمية لذلك الدفع ولكثرة إثارته في الواقع العملي، وصدور أحكام قضائية متكررة ومتعارضة ومتناقضة في نفس النزاع ومن محاكم متعددة، الأمر الذي يؤدي إلى إطالة أمد النزاع وإعادة نظره من جديد، وهذه أكبر إشكالية يعالجها الموضوع، كذلك عدم فهم بعض القضاة في محاكم الدرجة الأولى للدفع بالاحالة للارتباط من محكمة إلى أخرى لكون القضية متحدة لنفس السبب والموضوع والأطراف، وتكمن الإشكالية بشكل عام في: (عدم وجود نص قانوني واضح، عدم قيام المحاكم بتطبيق ذلك الدفع لاحالة أي قضية من محكمة إلى أخرى لوجود ارتباط موضوعي، كذلك عدم معرفة الخصوم بتلك الدفوع، عدم فهم بعض المحامين للدفع بالاحالة والبعض منهم غرضه إطالة أمد النزاع وتعدد النزاع أمام محاكم عدة من أجل لإستفادة المالية، وغياب التنظيم القضائي الواضح للمحاكم المتخصصة بنوع من القضايا وحتى عدم وجود قضاة متخصصين في مجال معين).

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع ونطاقه:

بالتأمل في كثرة المعوقات في المحاكم لسير العدالة وتأخر بعض القضاة عن إنجاز مهامهم في وقت مناسب وأحياناً عزوف البعض عن الاستمرار في أداء واجباته القضائية وفقاً للقواعد القضائية الصحيحة المتمثلة في

القواعد الإجرائية، مما يترتب على ذلك تطويل الإجراءات واستحالة التنفيذ، الأمر الذي جعلنا نحوض ونبحث في هذا النوع من الموضوعات، من خلال الممارسة العملية في المحاكم بمختلف درجاتها، ومن خلال البحث في هذا الموضوع تبين عدم التطرق اليه بالبحث والدراسة إلا ما ندر، وتلافاً لما فيه من قصور في الفهم من قبل بعض القضاة، ولما نص عليه قانون المرافعات، ولضرورة العمل به في التنظيم الاجرائي، الأمر الذي يحتاج معه دراسة كل موضوعاته دراسة مستفيضة ومتعمقة، لذلك قررنا الخوض في دراسة متعمقة لموضوع (الدفع بالاحالة للارتباط)، كون فكرة الارتباط مفيدة جداً وهو معرفة سبب الخلط بين فكرة الإحالة بصفة عامة وفكرتها كنتيجة لارتباط موضوعات الدعوى، وماتنج عن ذلك من قيام حقيقة تعثر تنفيذ الأحكام أو استحالة تنفيذها، وكما أشرنا فإن القليل من كتب عن هذه الفكرة بصورة متنوعة، خاصةً توضيح وتحديد هيكلها وتطبيقاتها في دراسة واحدة متكاملة لرفد المكتبة القانونية اليمنية بمثل تلك البحوث.

ثالثاً: أهمية موضوع البحث:

إن أهمية موضوع الدفع بالاحالة للارتباط هو لتعلقه بالعمل القضائي الذي به إقامة العدل ورفع الظلم، فبالقضاء العادل تستقر الدولة وتنتهي الاضطرابات والفوضى، والدفع الشككية ومنها الدفع بالاحالة للارتباط محل اهتمام رجال وشرح القانون كونه يغيب عن المحكمة وعن صاحب الحق الذي ينعكس سلباً على إجراءات التقاضي كون بعض جوانب الحق تنتهي بمجرد ابداء الدفع بالاحالة للارتباط ويحد من تراكم القضايا وصدور أحكام قضائية متعارضة ومتناقضة، كما إن هذا الموضوع لم يتطرق إليه رجال القانون بكتاب منفصل أو بحث مستقل. ونظراً لأن هذا البحث متعلق بقانون المرافعات فيجب توضيح الأحكام القانونية المتعلقة بهذا الموضوع وذلك بسبب خلو المكتبات من مثل تلك البحوث، ووجود حاجة للعاملين في السلطة القضائية ورجال القانون والاكاديميين إلى مثل هذه البحوث كون هذا الدفع لا يقل أهمية عن باقي الدفوع الأخرى، لا سيما وأن الدفع بالاحالة للارتباط يعالج مسألة مهمة قد لا تظهر آثارها السلبية إلا في وقت متأخر كاصدار أحكام متعارضة أو

متناقضة وظهور نزاعات مختلفة أمام محاكم متعددة النوع والدرجة مما يترتب عنها - عندما يغفل عن تلافيتها في مستهل تكوينها - إطالة أمد النزاع وإعاقة التنفيذ، مما يعني أن من يلجأ إلى القضاء لا يصل إلى حقه بجهد ووقت أقل، والدفع بالاحالة للارتباط هو الطريق الأنسب لتقصير أمد التقاضي في وقت وجهد قليل، فالمحاكم تستطيع إعادة تنظيم سير الدعوى المرتبطة كون الدفع وسيلة وقائية يتلافى بها ما قد يحدث بين المحاكم ونقل الدعوى بحالتها من محكمة إلى أخرى للحكم بها بحكم واحد وإجراءات موحدة.

رابعاً: أهداف البحث:

إن الهدف من البحث هو معرفة مفهوم الدفع بالاحالة للارتباط والمفترضات القانونية للدفع بالاحالة للارتباط، ومعرفة المشكلات والمعوقات التي تحول دون تطبيق النظام القانوني للدفع بالاحالة للارتباط.

خامساً: منهجية البحث:

نتناول هذا البحث بالمنهج التحليلي والتأصيل الاستقرائي الوصفي للواقع ولنصوص قانون المرافعات لما يجب عمله وتطبيقه، كونه يعني بالفصل في الدفع بالاحالة للارتباط وكذلك آراء شراح القانون.

تقسيم البحث: سنتناول في هذا البحث التقسيم الثنائي اللاتيني الذي يعتمد على تقسيم البحث إلى

مبحثين، وكل مبحث ينقسم إلى مطلبين مع وجود بعض التفرعات المتنوعة، وذلك كما يلي:

المبحث الأول: فكرة ومفترضات الدفع بالاحالة للارتباط حيث نتناوله في مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الدفع بالاحالة للارتباط وتمييزه عن المصطلحات المشابهة.

المطلب الثاني: المفترضات القانونية للدفع بالاحالة للارتباط.

المبحث الثاني: آثار ومشكلات الدفع بالاحالة للارتباط.

المطلب الأول: آثار الدفع بالاحالة للارتباط.

المطلب الثاني: مشكلات الدفع بالاحالة للارتباط.

المبحث الأول

فكرة ومفترضات الدفع بإلحالة للإرتباط

تمهيد وتقسيم:

الدفع بصفة عامة هو ما يرد به الخصم على طلب خصمه، والغرض منه تفادي الحكم له بصفة مؤقتة أو دائمة، والدفع على أنواع، فقد تكون دفعاً موضوعية وقد تكون دفعاً شكلية متعددة ومنها الدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى، ومن أنواع إلحالة: إلحالة لعدم الإختصاص، والإحالة لسبق الادعاء، والإحالة للإتفاق، والإحالة للإرتباط وغيرها، وهذا الأخير هو موضوع دراستنا، ومن الدفع بصفة عامة الدفع بعدم القبول، وموضوع البحث ينحصر في نوع من أنواع الدفع الشكلية هو الدفع بإلحالة ليس ذلك فقط، بل في نوع من أنواع الدفع بإلحالة وهو الدفع بإلحالة للإرتباط، والإرتباط فكرة موضوعية لها إنعكاس إجرائي في كافة مراحل الدعوى، فهي تؤدي خلال تلك المراحل دورها الأساسي المتمثل في المحافظة على وحدة الخصومة كي تدرك هدفها المنشود الذي يدور حول حسن سير القضاء وتجنب تعارض الأحكام وصيانة الحقوق.

والطريق المرسوم لحل مشكلة الإرتباط بين الدعاوى هو الدفع بإلحالة للإرتباط بمفترضاته القانونية⁽¹⁾، ومن هنا يمكن القول أن للدفع بإلحالة للإرتباط جانبين من الدراسة القانونية تمثل نظامه القانوني (أو مفترضاته القانونية)، الجانب الأول يتمثل بالمفترضات الموضوعية ويتمثل الجانب الموضوعي في الشروط التي يجب أن تتوافر لكي نكون أمام واقع يتعين معه إبداء الدفع بإلحالة للإرتباط، لذلك فإننا سوف نتناول آثار ذلك الدفع والمشكلات العملية التي تنثور حوله في مطلبين: الأول: مفهوم الدفع بإلحالة للإرتباط وتمييزه عن المصطلحات المشابهة، المطلب الثاني: المفترضات القانونية للدفع بإلحالة.

¹ - د/ أحمد أبو الوفاء، الإحالة بمقتضى المادة (135) مرافعات بالقانون رقم (100) لسنة 1962م مجلة المحاماة، السنة 58، 1978 عدد 3-4 مارس وإبريل 1980م، ص 88 وما يليها.

المطلب الأول

مفهوم الدفع بإحالة للإرتباط وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له

الدفع الشكلي بمعناه اللغوي: يمكن تعريفه إذا رجعنا إلى لفظة الدفع ولفظه الشكلي كل على حدة في اللغة⁽¹⁾ فإننا نجد أن كلمة دفع قد وردت في اللغة العربية بمعنى أبعده بقوة وأزاله، ودفع القول رده وأبطله بالحجة، وإن كلمة شكل قد وردت بمعنى صورة الشيء وهيئته، ولعل هذا المعنى اللغوي لا يتطابق كلياً مع المعنى الإصطلاحي للدفع الشكلي، ذلك أن مصطلح الدفع الشكلي أو المتعلقة بالإجراءات قد أصبح لها معنى محدد في التعريف الإصطلاحي في نطاق قانون المرافعات، حيث عرفه بعض شراح القانون بتعاريف متعددة، فعرف البعض الدفع الشكلي بأنه: "هو وسيلة دفاع، يوجه إلى إجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المدعى به، ويقصد به تفادي الحكم مؤقتاً في الموضوع"⁽²⁾. وعرفه آخر بأنه: "الدفع التي تتعلق بصحة الخصومة أمام المحكمة أو ببعض إجراءاتها، كالدفع بعدم اختصاص المحكمة أو بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى أو ببطلان أوراق التكاليف بالحضور أو أي دفع شكلي يتعلق بالإجراءات"⁽³⁾.

كما عرفه آخر: "بأنه الوسيلة التي يطعن فيها الخصم في صحة الخصومة أو في إجراءات المؤكدة لها"⁽⁴⁾. وعرفه آخر بأنه: "هو الذي يتعرض إلى إجراءات الدعوى بقصد تعطيل سيرها، فهو لا يتعرض إلى الحق الموضوعي الذي يستند المدعي إليه ولا يتعرض إلى الوسيلة التي يحمي المدعي حقه بها، ولكن يتعرض إلى عدم صحة عمل من أعماله كالدفع ببطلان عريضة الدعوى"⁽⁵⁾.

¹ - الإمام محمد بن أبي بكر عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، باب النون معجم الراءد، جبران مسعود، دار العلم للملايين، نخضة مصر.
² - أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة، 1988م، بند 74، ص169.
³ - د/أحمد الصبيد ساوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1981م، ص209.
⁴ - د/ أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1999م، ص217.
⁵ - القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969م وتطبيقاته العملية الجزء الأول، 1992م، ص197.

لذلك، يُعد الدفع بإلحالة للارتباط: من الدفوع الأولى التي تختص به أكثر من محكمة بدعوى واحدة، مما يجعل الخصوم يرفعون أكثر من دعوى أو دعاوى مرتبطة أمام عدة محاكم مختصة، وفي هذه الحالة ينشأ حق الخصم في الدفع بإلحالة للارتباط الذي يقصد به منع المحكمة من الفصل في الدعوى وإحالتها إلى محكمة غير تلك المطروح أمامها النزاع المرتبط، ويكون ذلك النزاع مطروحاً أمام محكمتين بينه وبين نزاع مطروح على محكمة أخرى للارتباط ويجعل من المصلحة الجمع بينهما لتسهيل الفصل فيهما ومنع تعارض الأحكام، وإذا كان الدفع بإلحالة هو دفع شكلي له نفس هدف الدفع بعدم إختصاص المحلي وهو منع المحكمة المعروض عليها النزاع من الفصل فيه، فإنه كذلك يجب إبداءه قبل أي دفع أو دفاع آخر في الموضوع وإلا سقط الحق فيه، وقد تناول القانون اليمني الدفع بإلحالة في المادتين (181، 184) من قانون المرافعات المدنية والتنفيذ المدني، كما أن القانون المصري قد تناول الدفع بإلحالة في المادة (112) من قانون المرافعات، وسوف تقتصر دراستنا على نوع واحد من الدفوع بإلحالة وهو الدفع بإلحالة للارتباط، وذلك في فرعين كما يلي:

الفرع الأول

تعريف الدفع بإلحالة للارتباط وأسسها الفنية وأنواعه

أولاً: تعريف الدفع بإلحالة.

1. المعنى الضيق للارتباط: قيل إن إلتباط يتوافر بين دعويين إذا كان موضوعهما أو سببهما واحد وهذا التعريف يضيق من نطاق إلتباط، ومن ناحية ثانية الارتباط هو صلة وثيقة بين دعويين تجعل من اللازم جمعهما أمام محكمة واحدة وإلا فقد يصدر فيهما حكمان يصعب تنفيذهما أو قد يستحيل هذا التنفيذ⁽¹⁾.

¹ د/ أحمد هندي، إرتباط الدعاوي والطلبات في قانون المرافعات، مركز الشرعي للطباعة والنشر، صنعاء، سنة 1997م، ص 34.

وهذا التعريف محل نقد لأنه يضيق بحيث لا يشتمل على كل حالات الارتباط، وبالتالي فإنه يصلح تعريفاً لحالة عدم التجزئة لا الارتباط، فلم يقصد من الدفع بالأحالة للإرتباط مجرد تفادي إستحالة أو صعوبة تنفيذ الأحكام، وإنما يقصد به ضمان حسن سير القضاء بتوفير الجهد والوقت، وذلك لأن جمع القضايا المرتبطة أمام محكمة واحدة يسير تحقيقها والفصل فيها في وقت قصير وبنفقات قليلة، وعلى ذلك فلا يشترط وحدة الموضوع والسبب والخصوم، وإنما يكفي وجود صلة وثيقة بين الدعويين تجعل الحكم في إحداها مؤثر على الحكم في الأخرى⁽¹⁾.

2. المعنى الواسع للإرتباط: الإرتباط بالمعنى الواسع: هو فكرة قانونية موضوعية تعني وجود صلة بين دعويين تؤدي إلى إشتراك الجزئي في عنصر من عناصر الدعوى محلاً وسبباً وأشخاصاً بحيث يؤثر إحداها في الأخرى⁽²⁾.

فهذا التعريف يتميز بأنه يوضح فكرة الإرتباط بعناصر موضوعية لا بأشياء عامة مثل حسن سير العدالة أو ضابط التوفيق بين الأحكام، إلا أن تلك الصلة الغامضة يمكن أن تتضح من خلال تحليل عناصر الدعوى الموضوعية، فإذا كان أحد تلك العناصر متحداً أو مشتركاً بين الدعويين، كنا بصدد صلة إرتباط تجعل الحكم الصادر في إحدى الدعويين يؤثر على الحكم الصادر في الأخرى. لذلك لا بد من معرفة محل الدعوى وسببها حتى نكون فكرة عامة عن صلة الارتباط كما يلي:

أ- محل الدعوى: هو ما يطلب من القاضي الحكم به، ويتمثل في الحق المطالب به أو إلتزام المطلوب وفاؤه، ووحدة المحل تتحقق عندما ترد كل من الدعويين على ذات الشيء المادي أو على ذات الحق أو عندما يطلب المدعي من القاضي الثاني ذات ما طلبه من القاضي الأول⁽³⁾.

¹ - د/ أحمد هندي، إرتباط الدعاوي، م. س، ص 271.

² - د/أحمد هندي، المرجع السابق، ص 35.

³ - د/ احمد مسلم أصول المرافعات بند 99، م. س، ص 207، 208م.، د/ فتحي والي، الوسيط في القانون المدني طبعة نادي القضاة، دار الكتاب الجامعي، 1980م، ص 85.

كما ذهب بعض شراح القانون⁽¹⁾ إلى أن محل الدعوى: هو الأثر القانوني المطلوب الحكم به في مواجهة المدعى عليه، ويطلق عليه طلبات المدعي أو أن يكون تقرير عدم وجود مركز قانوني (الدعوى التقديرية) أو إلزام المدعى عليه بأداء معين (دعوى إلزام) أو تغيير مركز قانوني (الدعوى المنشئة).

ب- سبب الدعوى: إن سبب الدعوى هي: مجموعة الوقائع المؤدية للحق المدعى به من ذلك الشخص الذي يلجأ إلى القضاء مدعياً أو شاكياً، يقدم مجموعة من الوقائع تمثل أساس دعواه فهي سنده في إدعائه، كما أنها سبب دعواه، وهنا يكون الارتباط في السبب إذا اتحد الدعويين أو كان مشتركاً بينهما، فإذا اختلفت الوقائع التي يستند إليها المدعي في دعواه عن الوقائع في الدعوى الأولى فإن السبب يكون مختلفاً في هذه الحالة حتى لو تشابهت هذه الوقائع أو تماثلت، وفي المقابل يتحقق الارتباط بوحدة الوقائع المؤيدة للطلب، وبالتالي يكون الارتباط فكرة موضوعية يمكن البحث عنه في العناصر الموضوعية للدعوى (المحل والسبب)، والفصل في إحداها يمكن أن يؤثر في الفصل على الأخرى، لذلك فالارتباط فكرة موضوعية ذات إنعكاس إجرائي، أما العنصر الشخصي فوحده عامل مساعد فقط في الكشف عن صلة الارتباط والعنصر الشخصي من السهل على قاضي الموضوع إدراكه، ويتيح لمحكمة النقض ممارسة رقابتها عليه في ذلك وهو الأمر الذي يمنع احتمال صدور أحكام متعارضة أو لا يمكن التوفيق بينهما في الدعاوى أو المتصلة وتلك هي أهم غايات الارتباط⁽²⁾.

ثانياً: الأساس الفني للإحالة للإرتباط.

تعتبر الرابطة الموضوعية بين دعويين أو أكثر أساس للإحالة القضائية للإرتباط تتمثل في وجود داخل المراكز الموضوعية بهذه الدعاوى ومصدر هذه الصلة هي الرابطة الأصلية للأشياء المتنازع عليها، فالإرتباط

¹ - د/ وجدي راغب، نظرية العمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1974م، ص 429

² - د/ أحمد هندي، إرتباط الدعاوى والطلبات م. س، ص 45، 272.

الموضوعي بين دعويتين أو أكثر يوجد وحدة الرابطة لإصلية للأشياء المتنازع عليها أو علاقة الفرع بأصله⁽¹⁾، وبالتالي تعددت محاولات شرح القانون والقضاء حول البحث عن معيار أو ضابط الارتباط وهذه المحاولات رغم تعدد صورها لم تخرج عن إجماعين: أحدهما موضوعي والآخر غائي، أي بالنظر إلى الغاية منه، نبين ذلك على النحو الآتي:

أ- المعيار الموضوعي كأساس للإحالة للإرتباط فقد حاول أصحاب هذا الإتجاه⁽²⁾ إيجاد وتحديد معيار لفكرة الإرتباط من خلال منظور العنصر بشقيه الموضوع والسبب، حيث أن الارتباط يقتضي أن تشترك الدعويان في أحد عنصري الموضوع والسبب لما ينتج عن الاشتراك في أي من العنصرين وحدة المسائل القانونية المشتركة، التي تقتضي جمع الدعويين أمام محكمة واحدة، وتطبيقاً لذلك قضى برفض الاحالة للإرتباط لعدم وجود وحدة في أي من عنصري الموضوع والسبب⁽³⁾.

ب- معيار الاشتراك في عنصري الموضوع والسبب يُعد ضابطاً غير جامع لأن الارتباط قد يوجد رغم اختلاف الموضوع والسبب في دعويتين كدعوى بتنفيذ عقد، ودعوى بفسخه، فالدعويين وإن اختلفتا محلاً وسبباً إلا أنه لا يمكن إنكار ما بينهما من إرتباط، كما أنه لا يوجد الارتباط رغم اختلاف الخصوم، فوحدة الخصوم ليست ضرورية لوجود إرتباط وليست كافية لوجوده، فقد يوجد إرتباط رغم اختلاف الخصوم، وقد لا يوجد رغم وحدتهم ومن ثم فوحدة الخصوم ليست لازمه لوجود الإرتباط⁽⁴⁾.

ج- معيار الغاية: ذهب الإتجاه الغالب لدى شرح القانون والقضاء المصري والفرنسي إلى تبني المعيار الغائي للإرتباط⁽⁵⁾ إلا أنهم اختلفوا في تبني هذا المعيار على النحو الآتي:

1- د/ أحمد مليحي، تحديد نطاق الولاية القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 1984م، ص 372.

2- د/محمد حامد فهمي المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1940م، ص 353.

3- د/علي أبو عطية هيكل، الدفع بالإحالة في قانون المرافعات، م. س ص 248، وما بعدها.

4- د/نبيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، منشأة المعارف، ط1، 1984م، ص 350، د/أحمد مليحي تحديد، م. س، ص 375.

5- د/ احمد أبو الوفاء نظرية الدفع م. س، ص 262.

- ذهب البعض إلى أن الارتباط صلة وثيقة بين دعويين، هذه الصلة تجعل من العدل والمناسب أن تجمع الدعويين أمام محكمة واحدة للحكم فيهما معاً⁽¹⁾.

- وذهب البعض الآخر إلى أن الارتباط صلة وثيقة بين طلبين، تجعل من المصلحة أن تنظرهما وتفصل فيهما معاً محكمة واحدة تفادياً لصدور أحكام قد يصعب أو يستحيل التوفيق بينها لو فصلت في الطلبين محكمتان⁽²⁾. وهذا الإتجاه اكتفى بإيراد غاية مبهمه ليست خاصة في الوجهة التي اتجه إليها بل هي غاية عامة لكل عمل قضائي.

- وذهب رأي ثالث⁽³⁾ محاولاً إجلاء الغموض عن المعيار الغائي للإرتباط، فربط معياره بالغاية منه (تعارض الأحكام) قائلاً: يمكن تصور تعارض الأحكام أو عدم التوافق بينهما رغم غياب الوحدة في أي عنصر من العناصر الثلاثة للدعوى المرتبطة وذلك من خلال علاقة منطقية، تتمثل في علاقة الفرع بأصله، أو علاقة التبعية أو علاقة السببية، إلا أن هذا الرأي باجتهاده لم يخرج الفكرة عن غموضها كما أنه لم يخرج إجتهاده هو الآخر عن الإتجاه الغائي؛ سواءً من جانب بناء المعيار على الغاية (تفادي تعارض الأحكام) أم من جانب العلاقة المنطقية التي يمكن إستخلاص التعارض من خلالها وكذا إستخلاص التناقض والتكرار.

ثالثاً: أنواع الارتباط ودرجاته:

ذكر الارتباط في نظر شراح القانون وتحقيق صلة سير العدالة في نظر الدعويين معاً تجنباً لصدور أحكام متعارضة فهذه الصلة قد تقوى وتصبح متمثلة في إرتباط قوي أو إرتباط لا يقبل التجزئه أو تباعي؛ سواء كان إرتباط مجازي أم شخصي أم حقيقي بمختلف أنواعه، وهذا التقسيم لدى شراح القانون، أما القانون اليمني

¹ - د/ علي أبو عطية، م. س، ص 253، د/ محمد حامد فهمي، المرافعات، م. س، ص 493، د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص 263، د/ أحمد أبو الوفاء، التعليق على قانون المرافعات، الجزء الأول، طبعة الإسكندرية، 1975م.

² - د/ أمينه النمر، قانون المرافعات، الكتاب الثالث، القاهرة، الطبعة 1982م، ص 244.

³ - د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص 263 وما بعدها.

والمصري لم ينظما تلك المراتب للإرتباط، لذلك سوف ندرس ما ذهب إليه شراح القانون من تقسيم درجات الارتباط كما يلي:

1. الارتباط الذي لا يقبل التجزئة:

يعتبر إارتباط الذي لا يقبل التجزئة من أقوى صور إارتباط، فهو إارتباط وثيق، ومن أمثلة ذلك، دعوى البائع على المشتري بطلب الثمن ودعوى المشتري على البائع بفسخ العقد ودعويان بالتعويض من شخص على آخر بالتبادل على نفس الحادثة، أو دعويان على شخصين بشيء غير قابل للتجزئة بطبيعته كحق إارتفاق من الضروري الفصل في تلك الدعاوى وأمثالها عن طريق محكمة واحدة وإلا فإنه يمكن أن تصدر فيها أحكاماً متعارضة أو لا يمكن التوفيق بينهما⁽¹⁾، هذا مع التأكيد بأن إارتباط الذي لا يقبل التجزئة أشار إليه القانون اليمني في المادة (2/89) مرافعات تحت عنوان: "إلاختصاص بحسب نوع الدعوى"، حيث جاء فيها: "إنشاء محكمة إبتدائية متخصصة لنظر نوع معين من الدعاوى يجعل ولايتها قاصرة على ذلك النوع فلا يجوز لها النظر في غيرها من الدعاوى ما لم تكن مرتبطة بدعوى أصلية مرفوعة أمامها إرتباطاً لا يقبل التجزئة". ومع ذلك فالقانون اليمني لم يبين معنى الارتباط الذي لا يقبل التجزئة هل هو الارتباط الذي نشأ بذات الحق المرتبط بطبيعته ويتحقق عندما يكون الالتزام بطبيعته لا يقبل إلتقسام وهي ما تسمى بعدم التجزئة المطلقة⁽²⁾. أما القانون المصري فقد أورد معالجة للموضوع في المادة (46) مرافعات التي تنص على أن: "لا تختص محكمة المواد الجزئية بالحكم في الطلب العارض أو الطلب المرتبط بالطلب الأصلي إذا كان بحسب قيمتها ونوعه لا يدخل في إختصاصها، وإذا عرض عليها طلب من هذا القبيل جاز لها أن تحكم في الطلب الأصلي وحده إذا لم يترتب على ذلك ضرر يسير العدالة وإلا وجب عليها أن تحكم من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى

¹ - د/ أحمد أبو الوفاء نظرية الدفع م.س، ص 250، د/ رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م، بند 319، ص 402.

² - د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الإثبات وآثار الإلتزام 1985م، نظرية الإلتزام بوجه عام، أو إنصاف الحوالة الإنقضاء، ج. 3، ص 375.

الاصلية والطالب العارض أو المرتبط بمآلتها إلى المحكمة لإبتدائية المختصة ويكون حكم الاحالة غير قابل للطعن".

لذلك، فإن القانون اليمني والمصري يتفقان بأن الارتباط القوي والذي لا يقبل التجزئه أشد تأثيراً على إاختصاص هو صورة عدم التجزئه وتأثيراً على الاختصاص، وهو السائد بعدم التجزئه على أنها أقوى صور الارتباط فهي إرتباط وثيق أو مدعوم وليس مجرد إرتباط بسيط⁽¹⁾.

2. الارتباط التبعي: (فكرة التبعية):

إن فكرة التبعية: هي صلة بين دعويين إحداهما أصلية وأخرى تابعة لها، وبالتالي فالدعوى التبعية إنما هي دعوى تترتب عن دعوى أخرى أو تنشأ عنها. والسؤال الذي يثور حول فكرة التبعية هل تعني الارتباط أم صورة من صورة أم لا تعني ذلك في شيء؟ سوف نتناول ذلك من خلال الاجابة على السؤال وذلك من حيث المدلول والنطاق والهدف الذي تسعى إليه على النحو الآتي:

– ذهب شراح القانون والقضاء في مصر إلى القول بإختلاف الدعوى التبعية عن الدعوى المرتبطة، وذلك لأن التبعية لا تقوم عادةً بين دعويين أصليتين بل دعوى أصلية وأخرى تابعة⁽²⁾.

لذلك يمكن القول إن فكري الارتباط والتبعية تهدفان إلى غاية واحدة هي تفادي صدور أحكام متعارضة أو لا يمكن التوفيق بينهما، لأن الارتباط يكون بين دعويين قائمتين في وقت واحد هما الدعوى الأصلية والمنازعة التبعية، فهي تنشأ عن نزاع أصلي أو تتولد عن تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى إاصلية ولا عبء بعد ذلك بأن تكون الخصومة الاصلية مطروحة فعلاً أمام القضاء وقت رفع الدعوى⁽³⁾.

¹ – أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص 250، د/ إبراهيم نجيب، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981م، ص 440 وما بعدها.

² د/ أحمد هندي، إرتباط الدعاوي، م. س، ص 52، د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص 252، د/ إبراهيم نجيب، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، م. س، 442، د/ علي أبو عطية هيكل، الدفع بالإحالة، م. س، ص 139 وما يليها.

³ – د/ مصطفى كامل كبره، شرح المرافعات اللبي، طرابلس، 1997م، ص 425، وما بعدها.

3. الارتباط المجازي والشخصي⁽¹⁾:

الارتباط المجازي لا يعني الاشتراك أو إلتحاد في العناصر الموضوعية، فكل دعوى تباشر بصورة مستقلة ومختلفة تماماً عن الدعوى الأخرى، ويعني لإشتراك في مسائل متحدة في الحل بوجود حالة إرتباط كما هو الحال بشأن دعاوى قائمة بين أشخاص مختلفين ومشاركين فيما بينهم في مسائل قانونية، كما لو رفع عمال مصنع دعوى على صاحبه، لأنه قام بفصلهم لأسباب مختلفة ولكل منهم عقد مستقل، فلا يوجد في هذه الحالة إرتباط محل إشتراك في المسألة المعروضة على القاضي – أي إرتباط افتراضي – مما يدفع القاضي لأن يجمع تلك الدعاوى المتعددة أمامه طاملاً بينهما تداخل يتمثل في وحدة المسائل المتعلقة بالنزاع⁽²⁾.

أما الارتباط الشخصي فإنه يتمثل في وحدة الخصوم فقط دون الإلتصال بأي صلة موضوعية، كالطلبات المتعددة المقدمة في مواجهة الشخص ذاته، تشمل جميع الفوائد المستحقة والمصاريف والتعويضات السابقة على تقديم دعوى رأس المال، والارتباط الشخصي على هذا النحو لا يحدث أي تأثير على الاختصاص، ولا يمكن أن يؤدي إلى التعدي على الاختصاص المحلي⁽³⁾ أو على الاختصاص القيمي إلا في حدود معينة، لأن للإرتباط دوراً مهماً في قوعد إلتصاص بما فيها المتعلقة بالنظام العام، فالقانون اليمني في المادة (2/89) مرافعات جعل إلتباط سبباً إستثنائياً للإختصاص النوعي، أما القانون المصري اعتبر الارتباط سبباً لمخالفة قواعد إلتصاص النوعي في المادة (46) مرافعات، حيث جعل المحكمة الجزئية الذي أوجب عليها أن تحيل الطلب الأصلي إذا إرتبط به طلب عارض لم يكن من إختصاصها، فتحيل الطلب الأصلي والطلب العارض إلى المحكمة لإبتدائية لأن القانون المصري جعل الارتباط سبباً لإحالة الدعوى من المحكمة صاحبة الاختصاص المحدد إلى المحكمة صاحبة إلتصاص العام، وفي كلا الحالتين فالارتباط سبباً للخروج أو لمخالفة قواعد الاختصاص النوعي والولائي المتعلق بالنظام العام.

¹ - د/ أحمد هندي، إرتباط الدعاوي والطلبات تحت عنوان درجات الإرتباط أو أنواعه في الفقه المقارن، ص 47.

² - المرجع السابق، ص 47.

³ - د/ سعيد خالد الشرعي، الموجز في أصول قانون القضاء المدني دراسة في أساسيات قانون المرافعات اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ص 248.

الفرع الثاني

تمييز الدفع بإلحالة للإرتباط عن المصطلحات المشابهة له

أولاً: تمييز الدفع بإلحالة للإرتباط عن سبق الادعاء وعدم الاختصاص.

1. التمييز عن سبق الإدعاء:

إن وجه الشبه في هذين النوعين من إلحالة يتمثل في أن كلاهما يهدف إلى تلافي (تجنب) صدور أحكام متعارضة لا يمكن التوفيق بينهما في ذات القضية أو في القضايا المرتبطة، لأن الفكرتين تهدف إلى توفير الإجراءات، ولأن فكري إلحالة للإرتباط ولسبق لإدعاء تهدف إلى إعمال مبدأ حسن سير العدالة الذي يُعد من المبادئ الحاكمة التي تعطي للمحكمة حق إشراف والمراقبة في تسيير الإجراءات، أي من الفكرتين (فكرة الدفع بإلحالة للإرتباط ولسبق لإدعاء)، وترتب عليهما جمع الدعويين والفصل فيهما معاً، أي أنه يتولد عن الفكرتين إحالة وتحقيق وحكم واحد وأحياناً ضمّاً للدعويين المتشابهتين أمام محكمتين وقد تقومان أمام نفس المحكمة⁽¹⁾، والفرق هو الارتباط والإحالة إلى محكمة واحدة للنظر في موضوع النزاع المتعدد.

أما أوجه الاختلاف بين كلي الفكرتين الارتباط وذات النزاع: فيتمثل في أن فكرة الارتباط تعبر عن صلة دعاوى مختلفة وتظهر هذه الصلة بجلاء من خلال إشتراك تلك الدعاوى المختلفة في المحل أو في السبب، ولا يشترط الاشتراك أو الاتحاد في عنصري السبب والمحل كون فكرة الارتباط يضيف عليها الغموض وقلة الانتشار نظراً للاختلاف حول تأصيله وتعريفه⁽²⁾، بينما فكرة ذات النزاع لا تتحقق إلا في الحالة التي تكون فيها الدعاوى متحدة أو متطابقة في جميع عناصرها (الإطراف والمحل والسبب)، حيث أنه إذا اختلف أي عنصر من تلك العناصر فإن مفهوم تلك الفكرة لا تتحقق، أي أن فكرة ذات النزاع تعبر عن تطابق تام للدعاوى، كون فكرة قيام ذات النزاع تتسم بالوضوح والتحديد وكذلك بالانتشار، فقلما يوجد قانون لا يعرف قيام ذات

¹ - د/ أحمد هندي، إرتباط الدعاوي والطلبات، م.س، ص 69.

² - د/ سعيد خالد الشرعي، الموجز، م.س، ص 380.

النزاع، ومع هذا فإن قيام ذات النزاع تكاد تكون نادرة لذا نجد بعض من الدعاوى ترفع مرتين وهذا لا يحدث عادة عن قصد بل عن إهمال أو خوف أو حادث طارئ كالوفاة وغيرها⁽¹⁾.

2. التمييز عن الدفع بعدم إختصاص:

الدفع بإلحالة للإرتباط هو الدفع الذي قصد منه منع المحكمة من الفصل في الدعوى وإحالتها إلى محكمة غير المحكمة المطروح أمامها النزاع⁽²⁾، أما الدفع بعدم الإختصاص فهو الدفع الذي يقصد به منع المحكمة من الفصل في الدعوى المعروضه أمامها لخروجها عن حدود ولايتها طبقاً لقواعد الإختصاص، فالخصم يطلب من المحكمة التنحي عن الفصل في الدعوى لخروج هذه القضية من حدود الولاية التي رسمها القانون⁽³⁾، إلا أن القانون اليمني في المادة (181) مرافعات والقانون المصري في المادة (180) مرافعات، قصر ذلك على الدفع بعدم الإختصاص المحلي، مما يعني الدخول في الموضوع بل قد تكون المحكمة أهدرت وقتاً لا يستهان به، وهنا تكمن أهمية الدفع بإلحالة، وبناءً على ذلك يجب إهدار القاعدة الواردة في نص المادة (181) من حيث وجوب إبدائه قبل التكلم في الموضوع وقبل تقديم أي دفع بعدم القبول، كما يجب إخراجها من مضمون هذا النص، حتى يكون للخصم الحق في إبدائه في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام أول درجة إن لم يكن في أي مرحلة كانت عليها الخصومة، لأن المنطق العقلي يقضي بذلك، كون الدفع متعلقاً بالنظام العام⁽⁴⁾.

ثانياً: تمييز الدفع بإلحالة للإرتباط عن الدفع بالضم والإحتواء.

1. الارتباط والضم:

يعتبر الدفع بإلحالة للإرتباط والدفع بالضم من الدفع الشكليه الواجب التمسك بها، فقد تناول القانون اليمني الدفع بإلحالة للإرتباط في المادة (184) من قانون المرافعات، وكذا تناول القانون المصري

¹ - د/ أحمد أبو الوفاء، الدفع، م. س، ص 175، د/ أحمد أبو الوفاء، المرافعات، م. س، ص 156.

² - د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص 176

³ - د/ علي أبو عطيه هيكل، الدفع بإلحالة، م. س، ص 140.

⁴ - د/ سعيد خالد الشرعي، الوجيز في قانون المرافعات اليمني، م. س، ص 381.

الدفع بالإحالة للارتباط في المادة (112)، ولم ينص على كونه دفعاً يتعلق بالنظام العام، ويقوم في حالة وجود إرتباط بين دعويين على مستوى محكمتين، ووفقاً للمقتضيات السالفة الذكر يدل على وجوب إحالة الدعوى لوجود إرتباط، ولتميز الضم عما سبق فإننا نجد أن الضم غير الاحالة للإرتباط عملاً بنص المادتين (181 - 184) مرافعات يمضي والمادة (112) مرافعات مصري الذي أعتبر بأن الضم يتم داخل نطاق المحكمة الواحدة، ويكون إما للإرتباط وتحتفظ كل دعوى بكيانها وإستقلالها من حيث تقدير قيمتها ونصابها القانوني وكذلك لإستئناف، ويحق للمحكمة أن تتخذ مستندات إحدى الدعويين دعامة لقضائها في الدعوى الأخرى⁽¹⁾، ونرى عند دراسة المادتين (184 - 186) مرافعات يمضي والمادة (112) مرافعات مصري إذا كانت تعتبر الخصومة واحدة عند ضم دعويين أو إن كل دعوى تكون لها خصومتها المستقلة عند إعمال هاتين المادتين اللتين تمنعان الطعن المباشر في الأحكام التي تصدر أثناء نظر الدعوى عدا تلك التي تنهي الخصومة برمتها.

2. الارتباط والاحتواء:

إن فكرة إحتواء: هي علاقة بين عناصر دعوى ودعوى أخرى ليست علاقة كيفية، بل علاقة كمية، بمعنى أن يكون سبب أو محل إحداها أكثر إتساعاً من سبب أو محل الأخرى، كما يحدث في طلب أحد الأموال في دعوى وطلب مجموع الأموال في دعوى أخرى، أو إذا طلب أحد الخصوم تقسيم شيء في دعوى وطلب في دعوى أخرى تقسيم ذمة مالية أكبر إتساعاً - في كل الأحوال يكون هناك احتواء دعاوى محل إحداها يكون أكبر من محل الأخرى⁽²⁾.

أي أنه يمكن القول أن الاحتواء هو قيام ذات النزاع ولكن بصورة جزئية تتمثل بدعويين إحداها صغيرة، والأخرى كبيرة، وبالتالي يظهر إختلاف فكرة الاحتواء عن فكرة إرتباط في دعويين - مختلفتين - كل ما

¹ - د/ احمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، م. س ص 498.

² - د/ احمد هندي، ارتباط دعاوي والطلبات في قانون المرافعات، م. س، ص 77.

بينهما إشتراك أو اتحاد جزئي موضوعي، بينما الاحتواء يتطلب الوحدة التامة في عنصري السبب والخصوم بين دعويين، والتطابق الجزئي في عنصر المحل.

ويزداد الفارق وضوحاً بين فكري الاحتواء والارتباط إذا فرض أن رفع شخص دعوى مطالباً فيها شخصاً آخر بمبلغ من المال إلى جانب طلب الفوائد عن هذا المبلغ، أي طلب رأس المال والفوائد معاً، ورفع دعوى أخرى على نفس الشخص مطالباً إياه بالفوائد فقط – في هذا العرض نكون بصدد إحتواء دعاوى لتطابق عنصري السبب والإشخاص في الدعويين بصورة كلية مع التطابق الجزئي في عنصر المحل – إذا الدعوى برأس المال والفوائد تحتوي تماماً الدعوى بالفوائد فقط – بينما إذا فرض أن طالب شخص برأس المال الذي له لدى شخص آخر في دعوى ثم طالبه في دعوى أخرى بالفوائد فقط عن هذا المبلغ فإننا نكون بصدد إرتباط بين الدعويين للإشتراك في السبب، بينما لا يكون هناك أي تطابق بصدد عنصر المحل، ففكرة الاحتواء تتميز بشكل إجرائي يتوسط فكرة قيام ذات النزاع وفكرة الارتباط بين هاتين الفكرتين⁽¹⁾، وبناءً على ما تقدم يمكن القول أن الارتباط أعم من الاحتواء فكل إحتواء ارتباط وليس العكس.

ثالثاً: التمييز بين الارتباط والتجزئة والتبعية.

1. التمييز بين الارتباط والتجزئة:

تعريف عدم التجزئة إصطلاحاً: هو لا يحمل معنى قانوناً إلا إذا انطبق على محل يكون موضوعاً قانونياً للدعوى بمعنى أن عدم التجزئة ليست صلة بين أشخاص ولا بين مفاهيم قانونية ولا حتى بين عدة طلبات، بل إنهما في الواقع رابطة ذهنية توحد الاعمال المختلفة بعضها ببعض، كما توحد الشروط المختلفة لنفس العمل، إن عدم التجزئة في المطلب الذي يستحيل معه أن يكون لحسم النزاع غير حل واحد، بحيث إذا صدر فيه حكمان يخالف إحداهما إلاخر إستحال تنفيذها معاً⁽²⁾.

¹ – المرجع السابق، ص 83.

² – د/ حامد محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، طبعه 1937م، بند 278، ص 567.

وبالتالي يمكن القول إنه بالرغم من إتحاد الغاية في كلى الفكرتين، إلا أن هناك إختلاف بينهما كما يلي⁽¹⁾:

– **الطبيعة القانونية للارتباط:** وهو افتراض دعويين مختلفتين بينهما صلة تجعل من الضروري تحقيقهما والفصل فيهما معاً تجنباً لصدور أحكام غير متوافقة ومتعارضة.

– **الطبيعة القانونية لعدم التجزئه:** لا تستلزم وجود دعويين فهي لا تعبر عن صلة بين طلبين ولكن فقط عن طابع الطلب، وهو طابع يستنتج من محل الدعوى وهذا المحل بطبيعته يتطلب حلاً وحيداً يقود لتجنب تناقض القرارات والأحكام.

وهذا التناقض المحتمل للقرارات وإن كان تفاديه هو غاية كل من الارتباط وعدم التجزئه، إلا أنه في حالة الارتباط يستنتج من الصلة التي تجمع الدعويين، بينما في عدم التجزئه يستنتج فقط من طبيعة المحل، فليس من الضروري أن تكون هناك دعويان كما هو الحال في الارتباط؛ فمثلاً إذا تقدم المشتري بعد بيع العقار إلى محكمة موطن العقار مطالباً بالفسخ وتقدم البائع إلى محكمة موطن المشتري مطالباً بالوفاء، فإن كان البيع قد فسخ فالتمن لا يستحق ويكون من الأفضل أن تجمع هاتان الدعويان والفصل فيهما بنفس الحل، وهنا من الضروري وحدة الحل لأن الارتفاق مادة غير مجزئة، وهنا يضع طابعه أو بصمته على تكييف ذات الطلب القضائي، وصفة عدم التجزئه لصيقة بموضوع الطلب القضائي المرفوع بشأنه النزاع⁽²⁾.

2. التمييز بين الارتباط والتبعية:

إن فكرة التبعية تتفق مع الارتباط من حيث لإعتبرات التي تبني عليه؛ فالأساس الذي تبني عليها هي إلحاق الدعوى التبعية بالدعوى لإصلية وهي نفس لإعتبرات والأسس الذي بني عليها إحالة الدعوى

¹ - د/ حامد محمد فهمي، م. س، ص 565.

² - د/ حمد هندي، م. س، ص 104 وبما بعدها.

المرتبطة وهي منع تعارض الأحكام وتفادي كثرة الإجراءات⁽¹⁾، فالتبعية تختلف عن الارتباط من حيث المدلول والنطاق إذ هي صلة بين دعويين إحداها أصلية وأخرى تابعة لها.

فالدعوى التبعية: هي دعوى تترتب عن دعوى أخرى أو تنشأ عنها، مثال: دعوى المطالبة بالاعتاب، التي تعتبر دعوى تبعية للدعوى أخرى التي أستوجبت الاعتاب بسببها، كما أن طلب الفوائد أو الثمار أو المصاريف يُعدُّ من الطلبات التابعة للطلب الأصلي برأس المال⁽²⁾، إذ أن بينهما صلة تبعية بحيث ان الحكم الصادر في إحداها يؤثر بالحكم على الأخرى إلا أنهما ليست هي الارتباط⁽³⁾.

اما الارتباط فهو: صلة بين دعويين أصليتين ينشأ عن الفصل في إحداها تأثير في الأخرى فالارتباط أوسع من حيث المدلول يقتضي جمع الدعويين المرتبطين امام محكمة واحدة كي يحكم فيهما معاً بحكم واحد إذا اقتضى الحال⁽⁴⁾، وبالتالي فإن فكرة التبعية وإن اختلفت عن الارتباط في المدلول والنطاق إلا أنهما يتفقان من حيث الاعتبارات التي تبني عليها كل منها.

المطلب الثاني

المفترضات القانونية للدفع بالإحالة للارتباط

إن الإحالة للارتباط تواجه مفترضات في الواقع العملي فتكون فيها دعاوى قائمة أمام بعض المحاكم من المفيد لحسن سير العدالة جمع تلك الدعاوى امام محكمة واحدة تجنباً لصدور أحكام متعارضة، لذلك فإحالة الدعوى من محكمة إلى محكمة أخرى يفترض توافر شروط موضوعية رئيسية كما يلي⁽⁵⁾:

أولاً: التعاصر لإجرائي: أي قيام الدعاوى أمام عدد من المحاكم في نفس الوقت.

¹ - د/ رمزي سيف، تنازع الاختصاص بين المحاكم الأهلية والمختلطة، م. س، ص 210.

² - د/ مصطفى كامل كيرة، قانون المرافعات، م. س، ص 430.

³ - د/ أحمد هندي، ارتباط الدعوى، م. س، ص 52.

⁴ - د/ أحمد هندي، م. س، ص 551.

⁵ - د/ أحمد هندي م. س، ص 127 – 128.

ثانياً: إتحاد الجهة والدرجة، أي مدى ضرورة، أن تكون تلك المحاكم تابعة لذات الجهة أو قائمة أمام نفس درجة التقاضي.

ثالثاً: إختصاص المحكمتين المطلوب الاحالة إلى أحدهما بالدعوى القائمة أمامهما بالدعوى التي ستحال إلى المحكمة المطلوب الاحالة إليها.

وتفصيل تلك في خمسة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول

تعاصر الدعويين أمام محكمتين متحدتين جهة ودرجة

يُعد إرتباط الدعوى ضرورة منطقية للإحالة، وتلك هي غاية الدفع بالاحالة للإرتباط، ومعنى تعاصر الدعوى أمام محكمتين: بأن تكون الدعويان قائمتين بالفعل أمام المحكمتين، فإذا كان الحكم قد صدر في إحداهما زال مبرر لإحالة⁽¹⁾، وتتناول ذلك في المسائل الآتية:

أولاً: تقديم الدفع بالإحالة قبل الفصل في إحدى الدعوى.

لكي يكون للدفع بالإحالة للإرتباط محله، فمن الضروري أن يتم ابدائه أثناء وجود فعليٍّ للدعويين، وأن يكون ذلك الوجود أمام محكمتين أو أكثر، فإذا إنقضت إحدى الدعويين سواءً كان ذلك بإنقضاء بحكم في الموضوع أم بغيره، كأن يكون الحكم بسقوطها أو بإنقضائها بالتقادم أو بمضي المدة، أو بإعتبارها كان لم تكن أو ببطلان صحفية الدعوى فإنه لا يتصور أن يقبل الدفع بإحالة للإرتباط⁽²⁾، فإذا كانت إحدى المحكمتين قد فصلت في الدعوى القائمة أمامها وأصبح قرارها نهائياً فإن الدفع بالاحالة للإرتباط لا يُعد مقبولاً أمام

¹ - د/ سعيد خالد الشرعي، قانون المرافعات م. س، ص 381.

² - د/ أحمد أبو الوفاء، الدفع م. س، بند 133، ص 256.

المحكمة الأخرى⁽¹⁾، والدعوى التي تبقى وحدها قائمة تتبع سيرها بالضرورة ونفس الأمر يتحقق حتى إذا كان الحكم الصادر بواسطة إحدى المحكمتين لم يصبح نهائياً حتى لو طعن فيه بالاستئناف.

ثانياً: الفصل في إحدى الدعويين قبل إتمام الاحالة.

معنى ذلك لو تحقق تعاصر الدعويين إجرائياً وقبل إتمام الاحالة فصلت المحكمة التي تحال إليها الدعوى المرتبطة في موضوع الدعوى مما ينعدم لانعدام قيام الاحالة للإرتباط، وذلك لتحقق مفترض الدفع بالحجية، إلا أن شراح القانون قد ساروا في إتجاهين مختلفين⁽²⁾:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أنه يتعين أن تعود الدعوى التي حكم فيها بالإحالة إلى المحكمة التي كانت تنظرها لزوال الحكمة من الاحالة، خصوصاً قد تكون المحكمة التي أحليت إليها الدعوى غير مختصة بنظرها⁽³⁾.

الاتجاه الثاني: ذهب إلى أنه ليس هناك ما يمنع هذه المحكمة من الفصل في الدعوى التي أحليت إليها على إعتبار أن المقصود من الاحالة هو الفصل في الدعويين بمعرفة محكمة واحدة لا الفصل فيهما معاً، لأن الاحالة القصد منها تفادي تناقض الأحكام في الدعويين وتيسير الفصل فيهما، وعلى وجه الخصوص تيسير الفصل في الدعوى المطلوب إحالتها⁽⁴⁾.

إلا أن الاتجاه الثاني تعرض للنقد من قبل بعض شراح القانون⁽⁵⁾، حيث يرى أن الغرض من الاحالة للإرتباط ليس هو بالتحديد بل هو جمع الدعويين أمام ذات المحكمة كي تحققها وتفصل فيهما معاً لما يضمن عدم تعارض الأحكام الصادر فيهما، مما يعني عدم وجود أي مبرر لبقاء الدعوى أمام المحكمة المحال إليها.

¹ - د/ أحمد هندي م. س ص، 132، د/ وجدي فهمي/ مبادئ القضاء المدني، في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص 654.

² - د/ علي أبو عطية هيكل، الدفع بالإحالة في قانون المرافعات، دراسة تحليلية وتطبيقية للدعوى، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2007م، ص 444.

³ - د/ أحمد أبو الوفاء، الدفع، م. س، بند 132، ص 357.

⁴ - د/ أحمد مسلم، أصول المرافعات والتنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979م، ص 16، 21.

⁵ - د/ أحمد هندي، في إرتباط الدعاوي والطلبات م. س، ص 133.

لكننا نرى أنه طالما أن الدفع بالإحالة للإرتباط قدم في وقته القانوني وله ما يبرره – أثناء تعاصر المدعين – واستجابت المحكمة المقدم أمامها الدفع وأصدرت قرار بالإحالة إلى المحكمة المحال إليها لتلك الدعوى لوجود إرتباط بينهما فإن المحكمة المحال إليها تلك الدعوى هي الأولى بنظرها حتى ولو قد فصلت بالدعوى المنظورة أمامها.

الفرع الثاني

إتحاد المحكمتين جهة ودرجة

إن تعدد القضاء في أي بلد فيه قضاء عادي وقضاء إداري كمصر مثلاً وإختلاف الدوائر داخل المحكمة الواحدة لا يُعد إرتباطاً وإنما يُجَل بقرار بإعتباره عمل من أعمال الإدارة القضائية يتضمن ضم القضايا المرتبطة أمام دائرة واحدة، على الرغم أن القانون المصري لم ينظم هذا لإجراء، أما في اليمن فإن تعدد جهات القضاء معدومة، ونقصد بذلك القضاء العادي والقضاء الإداري أو ما يسمى بمجلس الدولة، وهذا النوع من القضاء غير موجود في اليمن عدا وجود محاكم ابتدائية تختص بالقضاء الإداري، وسنبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً: وحدة الجهة القضائية التابع إليها محكمتي الاحالة:

إن فكرة الإرتباط بين محاكم جهة القضاء الإداري والقضاء العادي تؤدي دوراً واحداً إقتصاداً للإجراءات ومنعاً لتناقص الأحكام وتكرارها، فكان من المنطقي جمع الدعاوى والفصل فيها معاً، حتى لو إختلفت سبباً أو موضوعاً تجنباً لصدور أحكام متعارضة لا يمكن التوفيق بينها، وعلى هذا النحو تقوم فكرة الارتباط ولو أمام محاكم طعن إدارية⁽¹⁾، والسؤال الذي يمكن أن يثار هل هناك ما يبرر إتباع كل من محكمتي الاحالة للإرتباط جهة قضائية مختلفة أم واحدة، يمكن القول بأن شراح القانون قد إختلفوا في إجابة على هذا السؤال إلى إتحامين بين مؤيد للإحالة ورافض على النحو الآتي:

¹ - د/عبد العزيز خليل يدومي، الوجيز في المبادئ العامة للدعوى الإدارية وإجراءاتها، دار الفكر العربي، ط 1، 1970م، ص165 وما بعدها

الاتجاه الأول: المؤيد للإحالة بين جهات القضاء: يرى إمكانية تلك الإحالة، لأن فكرة إستقلال

المرعوم بين جهات القضاء بعضها عن البعض لإخر فكرة لم يُعد لها محل بعد تطور القضاء وإنحساره في جهتين تتبعان سيادة واحدة، كما أنه يمكن قياس الاحالة للإرتباط بالإحالة لعدم إختصاص، وفقاً لنص المادة (110) مرافعات مصري ويقابلها المادة (183) والمادة (89) مرافعات يعني التي مؤداها: (أن على المحكمة إذا قضت بعدم إختصاصها أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان إختصاص متعلقاً بالنظام العام وبالولاية)، هذا بالنسبة للقانون المصري الذي نظم جهات القضاء⁽¹⁾، أما القانون اليمني وعلى الرغم من أنه لم يوجد فيه ما يسمى بإختصاص الوظيفي إلا أنه أجاز إنشاء محكمة ابتدائية متخصصة لنظر نوع معين من الدعاوى يجعل ولايتها قاصرة على ذلك النوع ولا يجوز لها النظر في غيره من الدعاوى بحسب ما نصت عليه المادة (89) مرافعات يعني الفقرة الثانية والذي إعتبرت الإختصاص هو من الإختصاص المتعلق بالنظام العام وقصر ذلك النوع من الدعاوى، إلا أنه ورغم ذلك فقد أجاز لها نظر بعض الدعاوى التي لا تدخل في إختصاصها، حيث ورد في نهاية الفقرة السابقة (ما لم تكن مرتبطة بدعوى أصلية مرفوعة أمامها إرتباطاً لا يقبل التجزئة).

واستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الاجراءات التي تتم أمام هذه المحاكم متماثلة وأن القانون نفسه قد بين الإختصاص والارتباط في مواضع عدة وبنفس الطريقة في بعض المواد (108، 112) مرافعات مصري والمواد (181، 184، 274) مرافعات يعني، فيكون جواز الاحالة للإرتباط حالة إختلاف الجهة على الاحالة لعدم إختصاص وله ما يبرره⁽²⁾.

الاتجاه الثاني الرفض للإحالة: يرى أن تكون المحكمتان تابعتان لجهة واحدة، مؤكداً على نص المادة

(110) مرافعات مصري والتي تقابلها نص المادة (182) مرافعات يعني التي تجيز الاحالة من جهة إلى

¹ - د/علي أبو عيظة هيكل، م. س، ص 490.

² - د/مصطفى مجدي هرجه، دفع وأحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008م، ص 276 وما بعدها.

أخرى بالنسبة للقانون المصري وتوجب الاحالة من محكمة نوعية إلى محكمة عادية بالنسبة للقانون اليمني، وهذه المواد خاصة بإحالة بعد الحكم بعدم إختصاص وهو نص لا يجوز القياس عليه وتطبيقه على حالة الارتباط لما في الاحالة من محكمة إلى محكمة أخرى وخروج على مبدأ إستقلال المتبادل بين جهات القضاء ومخالفة لقواعد إختصاص الولايتي التي تتعلق بالنظام العام⁽¹⁾، لأنه يصعب أو يكون مستحيلاً وجود إرتباط حقيقي أو مؤكد بين طلبات تطرح على أي من القضاة كبعد المسافة بين طبيعة الطلب الاداري والعادي.

ثانياً: قيام الاحالة للإرتباط بين محكمتي الدرجة الثانية.

الاحالة للإرتباط بين محكمتين من محاكم الاستئناف لم ينظمه القانون اليمني أو المصري، لذا فقد جاءت إجتهدات شراح القانون متباينة في هذا الصدد⁽²⁾ وتطرق لذلك على النحو الآتي:

الاتجاه القائل بعدم جواز الدفع بإحالة للإرتباط: إذا كانت المحكمتان من محاكم الدرجة الثانية، لأن الدفع بإحالة يسقط بمواجهة الموضوع، ولا يجوز ابدائه في الاستئناف، لأن ذلك التزاماً حرفياً بنص المادة (108) مرافعات مصري ويقابلها نص المادة (181) مرافعات يمني، على أن إباحة الاحالة امام محاكم الاستئناف يُعد إخلالاً بتبعية المحاكم بعضها للبعض، وهذه المسألة من النظام العام⁽³⁾.

إلا أن البعض إستدركوا قائلين تجوز الاحالة إذا ارتبطت دعويان أمام محكمة الدرجة الأولى وتختلف المدعي عليه عن الحضور في إحدهما وصدر الحكم فيها، فإنه من الجائز أن يضمن صحيفة المعارضة أو الاستئناف تمسكه بالدفع بطلب الاحالة للإرتباط، وذلك عملاً بالمادة (108) مرافعات مصري حيث توضح في نهاية فقرتها الأولى أنه يسقط حق الطاعن في الدفع المتعلق بالإجراءات ومن هذه الدفوع الدفع بإحالة

¹ - د/ أحمد هندي، م. س، ص138.

² - د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع، م. س، بند 131 ص272، د/ نبيل عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986م، ص608.

³ - د/ أحمد هندي، م. س، ص140 وما بعدها، د/أحمد أبو الوفاء، م. س، ص275 وما بعدها.

للإرتباط طالملاً إنهما لم تبدء معاً في بداية النزاع إذا لم يبيدها في صحيفة الطعن⁽¹⁾، أما القانون اليمني فقد أورد في نهاية المادة (289) بما نصه: "وفيما لم يقض به القانون بنص خاص يتبع في شأن خصومة الاستئناف القواعد المتعلقة بما هو مقرر أمام محكمة الدرجة الأولى، وكذا ما ورد في الفقرة (ج) من المادة (288) التي تضمنت بأنه: "يجب على محكمة الاستئناف أن تنظر القضية المستأنفة على أساس ما يقدم لها من دفوع وأدلة جديدة وما كان قد قدم من ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى".

الاتجاه القائل بالإحالة: للإرتباط بين محكمتين من محاكم الاستئناف لأن الهدف من جمع الدعاوى

المرتبطة أمام محكمة واحدة هو الحيلولة دون صدور أحكام متعارضة، تحقيقاً لحسن سير العدالة، وهو ما يجب تفضيله على مبدأ تبعية المحاكم بعضها البعض، لأنه يُعد من المبادئ الحاكمة، ومن ثم فإلحالة بين محكمتي الدرجة الثانية (الاستئناف) جائزة خاصةً وأنهما أي محكمتي إاستئناف من محاكم الموضوع.

لذلك، فإننا نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه القائل بالإحالة للإرتباط بين محكمتي الدرجة الثانية كون هاتين المحكمتين محاكم موضوع إذا ما إنكشف أثناء نظر الدعويين أمام محكمتي الاستئناف أن هناك صلة ارتباط بينهما، وعلى ذلك فإذا ما قضت محكمة الاستئناف بالإحالة للإرتباط إلى محكمة إستئناف أخرى فيعد قضاءها صحيحاً⁽²⁾، مما يتعين مراعاة هذه الصلة لتوقع التعارض فيما تصدره هذه المحاكم من أحكام موضوعية أو مستعجلة وإلا كانت هذه الأحكام محلاً للطعن بالنقض لتعارضها أو تكرارها وتناقضها⁽³⁾.

¹ - د/ أحمد هندي، م. س بند 47، ص 150، د/ أحمد أبو الوفاء نظرية الدفوع م. س، بند 131، ص 256، د/ نبيل عمر، أصول المرافعات، م. س، بند 536، ص 208.

² - د/علي أبو عطية هيكل، م. س، ص 514.

³ - د/أحمد هندي، م. س، بند 47، ص 151، د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع، م. س، ص 256، د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجزري للأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000م، ص 54.

ثالثاً: حكم الارتباط أمام محكمة النقض.

إذا حصل ارتباط أمام محكمة النقض فإن الدفع بالإحالة للإرتباط لا يقبل بأي حال من الأحوال حتى مع من يرى جواز إبداء الدفع بالإحالة للإرتباط في أي حالة كانت عليه الدعوى⁽¹⁾ أمام مختلف درجات التقاضي كون قضاء النقض أي المحكمة العليا محكمة نص فلا تُعتبر درجة تقاضي الثالثة وإنما هي أعلى هيئة قضائية تشرف وتراقب الأحكام القضائية الصادرة من درجتي القضاء، ومن ثم يمكن أن تقرر بوجود الارتباط وتقرر إعادة القضية أو القضايا لمحاكم الاستئناف، وعند ذلك يصبح هناك محلاً للإحالة، وذلك بإعادة نظر القضية أمام محكمة الاستئناف أي أن ذلك لا يعني أن دعوى عرضت امام محكمة النقض قضية فيها إرتباط بالدعاوى⁽²⁾.

رابعاً: إختلاف محكمتي لاحالة في الدرجة.

ومعنى إختلاف الاحالة في هذا الصدد هو الاختلاف في الدرجة، وسوف نتناول ذلك كما يلي:

مبدأ التقاضي على درجتين: إن مبدأ التقاضي على درجتين يعني كفالة نظر النزاع الواحد بكافة عناصره أمام محكمتين على التوالي⁽³⁾، أي أن النزاع الذي يطرح أمام أول درجة يعاد طرحه أمام محكمة ثاني درجة لكي تعيد النظر فيما حكمت به المحكمة الأولى، وعلى ذلك يعتبر الطلب الجديد أمام محكمة ثاني درجة خالياً من خصومة أول درجة، وقبول ذلك الطلب يعني بالضرورة إلغاء الدرجة الأولى، بل يُعد مخالفاً لقواعد إلاختصاص النوعي التي توجب إبداء ذلك الطلب أمام محاكم أول درجة في القضاء عموماً، لاسيما في القضاء الجنائي المصري، حيث أن أعظم الجرائم وأخطرها تُنظر أمام محكمة الجنايات، حيث تتكون تلك المحكمة من دوائر في

¹ - وهو الفقه والقانون الفرنسي. يُنظر: د/أحمد هندي م. س، ص 151.

² - د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص 255، د/أحمد هندي، م. س، ص، 151.

³ - د/ أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، م. س، ص 48، د/ أحمد خليل، مبدأ التقاضي على درجتين، م. س، ص 39.

كل محكمة من محاكم الاستئناف، وما تصدره تلك المحاكم من أحكام فإنها لا تقبل الطعن⁽¹⁾ كون التقاضي على درجتين⁽²⁾.

ومما يجعل للتقاضي على درجتين فاعليته هو ما أجزى طرحه لأول مره أمام محكمة الاستئناف بالإدعاء أمامها مباشرة؛ كجرائم الجلسات والتي تقع أمامها وتنظرها وفقاً للإجراءات المتبعة أمامها وفقاً لنصوص المواد (174) وما بعدها من قانون المرافعات اليمني، وكذا دعاوى الرد والمخاصمة وكذا طلب التعويض عن لإستئناف الكيدي (58) مرافعات يمني، مع أن القانون اليمني في المادة (300) من نفس القانون أجاز طلب التعويض عن ممارسة حق الطعن بالنقض إذا تبين أنه كيدي، فمن باب أولى يجوز طلب التعويض أمام محكمة الاستئناف إذا كان كيدياً، مع أن تلك النصوص قد خلت من تنظيم مثل هذه المسألة، على الرغم من أن محكمة الاستئناف تكون أقدر من غيرها في تقدير مسألة كيدية الاستئناف ومسألة الحكم بالتعويض.

وقد انقسم الرأي لدى شراح القانون في هذا النوع من إحالة⁽³⁾ إلى التجهين:

الاتجاه الراض للإحالة: يعتبر الأصل السائد لدى شراح القانون⁽⁴⁾ ضرورة أن تتبع محكمتي الاحالة للإرتباط درجة تقاضي واحدة، ولا يجوز الاحالة من الدرجة الأولى إلى الدرجة الاعلى منها ولا العكس، لأن القول بغيره يعني حرمان الخصوم من حق من حقوقهم المكفول لهم بمقتضى القانون، الأمر الذي يؤدي إلى تفويت درجة من درجتي التقاضي على نحو يؤدي إلى الاخلال بمبدأ التقاضي على درجتين، كما أنه لا يمكن القول بجواز الاحالة من الدرجة الثانية إلى الدرجة الأولى لما فيه من إخلال لمبدأ التدرج القضائي، لأن القول الممكن هو الاحالة من الدرجة الأولى إلى الدرجة الأعلى منها، كون مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ المتعلقة بالنظام العام.

¹ - د/ محمد زكي أبو عامر، م. س، ص 742 وما بعدها.

² - د/ علي أبو عطية هيكل، م. س، بند 517، ص 26.

³ - د/ علي أبو عطية هيكل، م. س، بند 520، ص 528، د/ نبيل عمر، التعليق على قانون، م. س، ص 506. د/ وجدي راغب، مبادئ القضاء، م. س، ص 354. د/ أحمد مليجي، الإختصاص، م. س، ص 278 د/ أحمد هندي، م. س، بند 46، ص 148 وما بعدها.

⁴ - د/ أحمد ماهر زعلول، شرح قانون المرافعات، م. س، ص 477، د/ وجدي راغب، مبادئ القضاء، م. س، ص 354 وما بعدها.

الاتجاه القائل بإلحالة للإرتباط⁽¹⁾: ذهب هذا الاتجاه إلى رفض الاحالة في حال إختلاف الدرجة، معلاً ذلك بأن القول برفض الاحالة من المحكمة الأدنى إلى المحكمة الأعلى منها درجة لم يُعد بالحجة القاطعة، لما أصاب مبدأ التقاضي على درجتين من ضعف نتيجة الخروج المتوالي عليه من خلال النصوص الصريحة على نحو جعل التمسك به كحجة لرفض الاحالة أمر مشكوك فيه وأصبح الخروج عليه متاحاً متى ما وجد مبرراً لمشاكل اقتصادية واجتماعية يعجز عن حلها، متخفياً وراء ستار المبدأ التقليدي – التقاضي على درجتين – في الوقت الذي أثبت القانون عكس ذلك بدليل أن المبدأ ذاته اختلف جداً عن وضعه الذي تم توارثه حتى أصبح ينحدر إلى الاندثار كلما تأخر القانون عن التطور والتقدم نحو الاقتصاد في الاجراءات وتجنباً للمصدر الاجرائي.

إلا أن القانون المصري أجاز في المادة (4/214) إجراءات جنائية الاحالة للإرتباط إذا كانت الجرائم المرتبطة من إختصاص محاكم على درجات مختلفة تحال إلى المحكمة الأعلى درجة، مما يعني عدم جواز الاحالة من المحكمة الأعلى درجة إلى المحكمة الأدنى درجة، وعدم الجواز لعدم الاخلال بمبدأ التدرج القضائي، وكذا عدم الاخلال بالقاعدة التي مقتضاها: القضاء الأعلى يختص بالإلادني وليس العكس.

ونحن نرى ما يراه بعض شراح القانون⁽²⁾ في جواز إلحالة القضايا للإرتباط من أول درجة إلى ثاني درجة وليس العكس تحقيقاً للغاية التي يهدف إليها الدفع بإلحالة للإرتباط وهو ملائمة الحلول القضائية للنزاع المرتبط المتعدد، فضلاً عن الخروج على مبدأ التقاضي على درجتين بنصوص صريحة؛ سواءً بجواز الإدعاء مباشر ولأول مرة في إستئناف أم بجواز ابداء الطلبات الجديدة لأول مرة أمام الاستئناف وهو نزاع لم يطرح من قبل على محكمة أول درجة.

¹ - د/ علي أبو عطية هيكل، م. س، البند 521، ص 272.

² - د/ نبيل عمر الطعن بالإستئناف، م. س، بند 49، ص 90، د/ أحمد ماهر زعلول، دعوى الضمان الفرعية، م. س، ص 130.

الفرع الثالث

إختصاص محكمتين بالاحالة

لا يمكن أن يُطلب من إحدى المحاكم أن تحيل دعوى قائمة أمامها إلى محكمة أخرى دون أن تكون هذه المحكمة مختصة بتلك الدعوى، لأن الدعوى المرتبطة ليست دعوى متحدة بل دعاوى مختلفة تجمعها صلة ما؛ سواءً بقوة تلك الصلة أو بضعفها، وتتناول ذلك على النحو الآتي:

أولاً: إختصاص المحكمة المطلوب الاحالة منها بالدعوى القائمة أمامها.

من مفترضات الدفع بالاحالة للإرتباط أن تكون المحكمة المطلوب منها الاحالة مختصة بالدعوى المطلوب إحالتها وإلا فيبدي أمامها الدفع بعدم الإختصاص لا الدفع بالاحالة للإرتباط، لأن القول بجواز الاحالة من محكمة غير مختصة يؤدي إلى نتائج غير منطقية فقد يتضح للمحكمة المحال إليها الدعوى أنها هي غير مختصة لأن المحكمة المحيلة ليس لها سلطة التحقق من إختصاص المحكمة المطلوب الاحالة إليها⁽¹⁾، وعلى ذلك فالقانون اليمني والمصري لم يخولا المحكمة المحيلة التحقق من إختصاص المحكمة المطلوب الاحالة إليها، إلا أنه لا يمنع التحقق من إختصاصها إذا وجدت المحكمة المطلوب الاحالة منها أن المحكمة المطلوب الاحالة إليها غير مختصة، فتقوم بحجز القضية لنفسها وتفصل فيها توفيراً للوقت والجهد والاجراءات.

وقد نص القانون على إختصاص المحكمتين أو عدم إختصاصهما ونظم لكل منهما حكم يختلف عن الآخر، حيث نصت المادة (184) مرافعات يعني: "إذا كان النزاع أو ما يرتبط به مطروحاً أمام محكمتين مختصتين أوجب إبداء الدفع بالاحالة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً"، وبالتالي فإن ما جاء في المادة (112) مرافعات مصري التي نصت على: "وإذا دفع بالاحالة للإرتباط جاز إبداء الدفع أمام أي من

¹ - د/ أحمد هندي، إرتباط الدعوى، م. س، ص 176 وما بعدها، د/ سعيد خالد الشرعي، م. س، ص 381.

المحكمتين"، لذلك فإن الدفع أمام محكمتين مختصتين بالدعوى المرتبطة جائز، رغم أن القانون المصري لم ينص على إختصاص محكمتي لإحالة وترك ذلك إلى المادة (110) التي تنظم الاختصاص من عدمه.

ثانياً: إختصاص المحكمة المطلوب الاحالة إليها.

يعتبر إختصاص المحكمة المحال إليها من المفترضات القانونية للدفع بإحالة للإرتباط؛ سواء كان إختصاصها بالدعوى قائماً أمامها أم بالإرتباط للمحال إليها، لذا نتناول ذلك على النحو الآتي:

أ- إختصاصها بالدعوى القائمة أمامها:

أكد القانون اليمني على هذا النوع من الاختصاص صراحةً في المادة (184) لكي يكون شرطاً لازماً لقبول الدفع بإحالة أو بجواز إبدائه أمام المحكمة المحيلة كما سلف، وذلك بخلاف القانون المصري فقد نظم الدفع بإحالة في المادة (112) دون الإشارة فيها إلى الاختصاص من عدمه، لذلك فيشترط لجواز إبداء الدفع بإحالة للإرتباط بعدم إختصاص المحكمة المحيلة وإختصاص المحكمة المحال إليها الدعوى إختصاصاً ولائياً ونوعياً طبقاً للقانون اليمني ولا يشترط توفر إختصاص المحلي كما سبق⁽¹⁾، لأن الإتجاه السائد يذهب إلى أن المحكمة غير مختصة محلياً بالدعوى القائمة أمامها، ولم يعترض على ذلك في الوقت المناسب ثبت لها هذا الاختصاص واعتبرت مختصة محلياً بنظر تلك الدعوى، لأن قواعد إختصاص المحلي شرعت من أجل المصلحة الخاصة للخصوم عموماً⁽²⁾.

ب- إختصاص المحكمة بالدعوى المحالة إليها.

لكي تتحقق مفترضات الدفع بإحالة لا بد أن تكون المحكمة المحال إليها الدعوى مختصة بتلك الدعوى من جميع الجهات وظيفياً ونوعياً وقيماً بصرف النظر عن إختصاصها المحلي⁽³⁾، وإذا كان الأصل أن تكون

¹ - د/ سعيد خالد الشرعي م. س، ص 381، د/ أحمد هندي، م. س، ص 139 و 178.

² - د/ أحمد أبو الوفاء، الدفوع، م. س، ص 255، د/ محمد حامد فهمي، المرافعات، ج 2 بند 126، م. س، ص 110 وما بعدها.

³ - د/ أحمد مليجي، الإختصاص، م. س، بند 341، ص 279 وما بعدها.

المحكمة المحال إليها الدعوى مختصة بالدعوى المطلوب إحالتها إليها بتوافر ذلك الشرط يمكن إحالة الدعوى إليها بل يمكن أن تظل تلك الدعوى أمام المحكمة المطلوب الاحالة منها إذا كانت مرتبطة بالدعوى المرفوعة أمامها إرتباطاً لا يقبل التجزئة وفقاً لنص المادة (2/89) مرفعات يعني التي تنص على أن: "إنشاء محكمة إبتدائية متخصصة لنظر نوع معين من الدعاوى يجعل ولايتها قاصرة على ذلك النوع فلا يجوز لها النظر في غيره من الدعاوى ما لم تكن مرتبطة بدعوى أصلية مرفوعة أمامها إرتباطاً لا يقبل التجزئة"، وهذا ما أكد عليه القانون المصري، إذا كانت المحكمة الجزئية مختصة أساساً بطلب أصلي وعرض عليها بعد الطلب المرتبط أو العارض، ويخرج من إختصاصها ويدخل في إختصاص المحكمة الإبتدائية، فإنه يجب أن تحيل هذه الدعوى الأصلية والطلب المرتبط معاً إلى المحكمة الإبتدائية من أجل حسن سير العدالة والفصل في الطلبين معاً، رغم أن الطلب الابني لا يدخل أساساً في إختصاصها القيمي أو النوعي تطبيقاً للمادة (46) مرفعات مصري إذا كانت المحكمة إبتدائية كما في مصر، وإذا كانت محكمة عامة عادية كما في اليمن.

الفرع الرابع

مدى قيام الارتباط وتأثيره على قواعد الاختصاص

إن إختصاص محكمتي الاحالة للإرتباط شرط ضروري بل هو ما يميز الدفع بالإحالة للإرتباط عن الدفع بعدم الاختصاص، وهذا النوع من الدفع قد تناولته التعديلات الجديدة لقانون المرافعات بالقانون رقم 1 لسنة 2021م في المادة (91)، كما أن هذا النوع من الدفع ليس مجاله هنا إلا إذا كان له إرتباط بالدعوى أمام محكمتي النزاع، تُبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً: إختصاص محكمتي النزاع إختصاصاً محلياً.

يُعد هذا النوع من أنواع الاختصاص محلاً للخروج على قواعده في حالات، وما يبرر هذا الخروج إرتباط الدعوى⁽¹⁾، مع أن القانون المصري واليميني لم يحددا ما هو الاختصاص النوعي أو المكاني، ويفهم من القانون اليميني أنه قصد ذلك الاختصاص النوعي للدعوى، أما الاختصاص المكاني فقد أورد نصاً صراحةً على إختصاص محكمة الطلب الأصلي بالطلب العارض والطلب المرتبط طبقاً للمادة (99) مرافعات، لأن الهدف من الارتباط هو الاختصاص المحلي الذي يحقق حسن سير العدالة، ويهدف الارتباط إلى تحقيق المصالح العامة لجميع أطراف الدعوى المرتبطة بصدور أحكام متوافقة في مواجهة الأطراف، مما يسهل معه تطبيقها بدلاً من تعددها أو تناقضها أو تكررها فيصعب تطبيقها، ولذا اعتبر الهدف من تطبيق الارتباط هو تطبيق قواعد الاختصاص المكاني، وإن عدم الاختصاص المحلي بنظر الدعوى المحالة للمحكمة المحال إليها هو إختصاص نسبي لا يقوى على عدم تطبيق المادة (184) مرافعات يميني والمادة (112) مرافعات مصري متى توافرت صلة الارتباط امام محكمتي الدرجة الأولى⁽²⁾.

ثانياً: إختصاص محكمتي الاحالة إختصاصاً نوعياً.

إن الارتباط بنقل الدعوى من محكمة إلى أخرى يُعد ضابطاً لإنتقال الاختصاص النوعي للمحكمة المحال إليها، وهذا الامتداد للإختصاص يحدث بقوة القانون لأنه المقرر لقواعد إعماله عندما تتحد الرابطة الأصلية للأشياء المتنازع عليها محل التداعي، لذلك تُعد المحكمة الابتدائية أو الجزئية (كما في مصر) المحال إليها مختصةً نوعياً بما أحيل إليها للإرتباط، فيكون نظرها فيما تم إحالته إليها وارداً في محله بل يزيد على

¹ - د/علي أبو عطية هيكمل، م. س، ص510، د/ محمد حامد فهمي، المرافعات، م. س، ص453، ص495، د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص283، د/ رمزي سيف، الوسيط، م. س، ص406، د/ سعيد خالد الشرعي، م. س، ص252 وما بعدها.

² - د/ سعيد الشرعي، الموجز، ص250 وما بعدها.

إختصاصها نظرها فيما تم إحالته إليها مع ما هو مطروح أمامها، بناءً على صلة الارتباط وتحقيقاً لمصلحة العدالة والخصوم معاً، وتوافقاً لما قد يصدر في الدعويين معاً من أحكام يسهل تنفيذها⁽¹⁾.

ثالثاً: إختصاص محكمتي الاحالة إختصاصاً قيمياً.

هذا النوع من الاختصاص يُعد موجوداً في النظام القضائي المصري بخلاف النظام القضائي اليمني، عدا الاختصاص المتعلق بالنظام العام، فالارتباط وإن كان يؤثر على مثل هذا النوع من الاختصاص بالنسبة للمحكمة المحيلة بتخليها عن إختصاصها بصدد الدعوى المحالة دون سواها، فإنه يظل الاختصاص بحسب قيمته منعقداً لها، ومناطق ذلك هو إستقلالية كل دعوى من الدعاوى المرتبطة بقيمتها وإلا إعتبرت الاحالة للارتباط من قبيل البطئ في التقاضي⁽²⁾.

ومؤدى ذلك أن قواعد الاختصاص النوعي والقيمي في مجموعها وإن كانت من النظام العام إلا أن الارتباط لا يقل أهمية عنها كونه لا يهدف إلى غاية خاصة فحسب بل وإلى غاية عامة تتمثل في توفير الوقت والجهد للقضاة والمحاكم بشكل عام.

الفرع الخامس

الجانب الاجرائي للدفع بالاحالة للإرتباط

يهدف النظام القانوني للدفع الاجرائي إلى تفادي ضياع الوقت والجهد أمام المحكمة في مناقشة المسائل الاجرائية، ولما كان الدفع الاجرائي يثير عقبه قبل نظر موضوع الدعوى فإن القانون الاجرائي قد ميّزه بنظام قانوني يختلف عن غيره من الدفوع في ذلك النظام الذي يتعلق بإبدائه وبسلطة المحكمة وحكمها المتعلق به، ونستعرض ذلك على النحو الآتي:

¹ - د/محمد العشماوي ود/ عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، ج2، المطبعة النموذجية، 1958م، بند 396، ص510.

² - د/ علي عيطه هيكلم. م. س، بند 500، ص509.

وقت إبداء الدفع بالإحالة للإرتباط.

الدفع بالإحالة للإرتباط كغيره من الدفع الاجرائية له قواعد وقيود إذا خالفها صاحب الشأن سقط حقه في الإجراء؛ سواءً من حيث الوقت الذي يبدي فيه أو الكيفية الذي يتميز به إجراء الدفع بالإحالة، ويقدم الدفع بالإحالة للإرتباط إلى المحكمة المطلوب الاحالة منها، وهنا يختلف القانون اليمني عن المصري إذ نجد القانون اليمني قد نص صراحة على تقديم الدفع بالإحالة للإرتباط أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً بخلاف القانون المصري⁽¹⁾، فقد أجاز إبداء الدفع أمام أي من المحكمتين وهذا يميز القانون المصري، إذ أنه لم يقيد حرية الخصوم بمحكمة واحدة وهي المحكمة الأخيرة، كما أن القانون اليمني قد سوى في تلك الاحالة للإرتباط بالإحالة لذات النزاع بخلاف القانون المصري فقد قيد الخصوم بالنسبة للدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام المحكمة التي قدم إليها النزاع أخيراً، إذ الدفع بالإحالة للإرتباط يعد أكثر أهمية من إحالة للإرتباط، وأنه جعل الخيار في تقديمه إلى أي المحكمتين دون تقديمه إلى محكمة معينة، وهنا يمكن أن يترك تقدير ذلك للخصوم وللقضاء دون أي تقييد، وعلى ذلك سوف نتناول النظام القانوني للدفع بالإحالة للإرتباط على النحو الآتي:

أولاً: نظام تقديم الدفع بالإحالة للإرتباط: سوف نتناول ذلك من خلال القواعد الآتية:

- يتعين إبداء الدفع بالإحالة للإرتباط باعتباره دفعاً شكلياً قبل الخوض في الموضوع⁽²⁾، فمثلاً إذا قدم الخصم طلباً أو دعواً يمس موضوع الدعوى أو مسألة فرعية فيها كمسألة دستورية القانون أو التسليم بصحة الدعوى أو طلب رفضها أو تفويض الأمر للمحكمة بشأنها؛ سواءً كان ذلك الطلب أو الدفاع المتعلق بالموضوع أبدي شفاهةً أو كتابةً، فإنه لا يمكن أن يكون مناسباً للدفع بالإحالة للإرتباط؛ سواءً علم الخصم بسقوط حقه في الدفع أو لم يعلم، لأن الدفع له طبيعته الخاصة بين سائر الدفع الاجرائية

¹ - د/ سعيد خالد الشرعي، م.س، ص 381.

² - د/ سعيد خالد الشرعي، م.س، ص 372.

الأخرى، وكون الدفع الاجرائية تسقط حتى ولو لم يطلب الخصم التأجيل؛ كطلب التأجيل لإدخال ضامن أو للإطلاع على المستندات المتعلقة بالموضوع، أو تقديم مستندات دون بيان مضمون هذه المستندات⁽¹⁾.

وبالتالي، فإن الدفع بإلحالة للإرتباط لا يسقط بطلب رد القاضي أو المنازعة في صحة تمثيل الخصم، كما لا يسقط إذا إشتملت المذكرة التي قدم بها الدفع الاجرائي على دفع موضوعي حتى لو كان الدفع في مقدمة المذكرة، وإلا كان ذلك إغراقاً في الشكل، كما أن سقوط الدفع للإرتباط في مواجهة خصمه في الموضوع لا يسقط حق غيره في الدفع⁽²⁾. وقد إنقسم شرح القانون إلى ثلاثة إتجاهات:

الاتجاه الأول: ذهب إلى إمكان إبداء الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى.

الاتجاه الثاني: يرى وجوب إبداء هذا الدفع في بداية النزاع وهو ما ذهب إليه غالبية شرح القانون⁽³⁾.

الاتجاه الثالث: ذهب إلى جواز إبداء الدفع بإلحالة للإرتباط في أية حالة تكون عليها الدعوى أمام

محكمة أول درجة دون الاستئناف والنقض، وقد نال هذا الاتجاه التأييد⁽⁴⁾، ورغم هذه الاختلافات حول وقت تقديم الدفع بإلحالة للإرتباط، إلا أننا نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الأول وذلك لعدة أسباب ومن هذه الأسباب ما أورده الرأي المعارض للإتجاه الأول⁽⁵⁾، ومن هذه الأسباب إن الارتباط يقوم على إعتبارات عديدة وإن كانت في أغلبها وفي المقام الأول من مصلحة الخصوم، لأنها تؤدي في النهاية إلى حسن سير القضاء وتهدف أساساً لتجنب صدور قرارات متعارضة، وليس من المنطقي أن نضحى بتلك الاعتبارات الهامة لمجرد أن صاحب المصلحة في الدفع قد نسي أو لم يستطع إبداء الدفع في بداية النزاع، بل أن فكرة الارتباط ذاتها هي

¹ - د/محمد كمال عبدالعزيز، م. س، ص 646.

² - د/وجدي راغب م. س، ص 418، د/ سعيد خالد، م. س، ص 372، محمد كمال م. س، ص 647.

³ - د/أحمد هندي، م. س، ص 201.

⁴ - د / سعيد خالد الشرعي م. س، ص 381.

⁵ - د / أحمد هندي، م. س، ص 205.

فكرة دقيقة الاكتشاف والتقدير فهي صلة بين دعويين وليس من السهل الوقوف على معالم تلك الصلة⁽¹⁾، فكيف نطلب من الخصم أن يستبين تلك الصلة من أول مرة وأن يبيّن عليها دفعاً يثيره في أول لحظة أو حتى في أول جلسة، مع أن القضاء ذاته لا يستطيع ذلك في أحوال كثيرة مع ماله من حنكة وخبرة ودراية في ذلك ولا تتوافر بحال من الأحوال للخصم أو حتى لو كيله القانوني⁽²⁾.

- يتعين إبداء الدفع قبل أي دفع بعدم القبول⁽³⁾؛ سواء كان بعدم القبول موضوعياً كالدفع بإنعدام الصفة أو المصلحة أو لسبق الفصل في الدعوى أو كان عدم القبول إجرائياً، كعدم القبول بطلب سقوط الخصومة أو عدم القبول للطعن لرفعه بعد الميعاد أو لرفع الدعوى بعد الميعاد القانوني المحدد لرفعها⁽⁴⁾، وهذا يتنافى مع صعوبة الكشف عن صلة الارتباط إذ هي مسألة غامضة قد لا تظهر في أغلب الدعاوى بمجرد الدخول في الموضوع، وبالتالي نجد أن القانون المصري قد نص على ذلك صراحة في المادة (108) بخلاف القانون اليمني فلم يرد فيه ما يمنع إبداء الدفع الاجرائي بعد الدفع بعدم القبول بحسب المادة (181) مرافعات يمني، وهنا نجد أنه لم يرد فيه صراحةً إبداء الدفع الشكلية قبل أي دفع بعدم القبول بل إكتفى بتعداد الدفع التي يجب إبدائها قبل الدخول في الموضوع ومنها الدفع بالإحالة للإرتباط ولم يذكر بأنه يجب إبداء الدفع الاجرائية قبل إبداء أي دفع، وهذا لا يستقيم مع ما للإرتباط من خاصية لا يمكن تطبيق كافة القواعد المتعلقة بالدفع الاجرائية عليه لعدم الكشف عن صلة الارتباط قبل الدخول في الموضوع وقبل تقديم أي دفع آخر متعلقاً بالإجراءات.

- إبداء جميع الدفع الشكلية معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبدى منها بعد الدفع بالإحالة للإرتباط من الدفع الشكلية التي تسري عليه هذه القاعدة وهو ما قصده القانون المصري، وكذلك اليمني في نص

¹ - د/ أحمد هندي، م. س، ص 206.

² - أحمد هندي، ارتباط الدعاوى والطلبات، م. س، بند، 68، ص 603 وما بعدها، د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، بند 139، ص 262.

³ - المقصود بالدفع بعدم القبول هو الدفع المنصوص عليه في المادة (115) مرافعات مصري ويقابله (180، 181) يمني.

⁴ - د/ سعيد خالد، م. س، ص 372، ص 453.

المادة (181) سقط الحق في الدفع بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام نفس ذات النزاع أو للإرتباط بدعوى أخرى مرفوعة أمامها أو سائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات إذا لم تبد جميعها أو يراد إبداءه منها دفعة واحدة قبل الدخول في موضوع النزاع... الخ.

- يتعين إبداء كافة الأوجه التي يبني عليها الدفع معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، والمقصود بهذا الشرط أن يكون الإجراء الواحد قد شابه أكثر من عيب فيتعين عندئذ التمسك بكافة العيوب التي شابهته وإلا سقط الحق في التمسك بالعيب الذي لم يتمسك به صاحب الشأن، فإذا كانت صحيفة الدعوى معيبة بنقص إحدى بياناتها ومعيبة، كذلك رفعها من متعددين لا تربطهم رابطة، ورفعها بطلبات لا يجمع بينها أي إرتباط فإنه يتعين التمسك بكافة هذه الأوجه وإلا سقط فيما لم يبد منها⁽¹⁾، وهنا نجد أن كلاً من القانون المصري اليمني نصاً صراحةً على هذه القاعدة في المادتين (108) مصري والمادة (181) يمني، حيث جاء فيهما ويجب إبداء جميع الوجوه التي بني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، ويمكن أن يستثنى من تلك القاعدة مسألتان⁽²⁾:

- المسألة الأولى: الدفوع المتعلقة بالنظام العام كالدفع بعدم الإختصاص النوعي أو الوظيفي وكالدفع ببطلان الاعلان لعدم توقيع المحضر، حيث يجوز التمسك بها في أي وقت وأمام جميع المحاكم بما في ذلك المحكمة العليا.

- المسألة الثانية: إذا كان الدفع الاجرائي قد نشأ بعد الكلام في الموضوع كالدفع ببطلان المحاكمة ومخالفة القانون، حيث أن الكلام في الموضوع كان قبل نشأة الدفع الاجرائي، وبذلك لا يسقط الحق في التمسك به وإنما الذي يسقط الكلام الجديد في الموضوع بعد نشأة الحق فيه⁽³⁾، وهنا كان الأخرى بالقانون اليمني أن ينص على ذلك صراحةً وبالإلخاص الدفع بالإحالة للإرتباط لما يكتنفه من الغموض وعدم ظهور صلة

¹ - د/ محمد كمال عبد العزيز، م. س، ص 650، د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع رقم (79)، م. س، ص 173.

² - د/ وجدي راغب، م. س، ص 418، د/ سعيد خالد الشرعي، م. س، ص 453، د/ إبراهيم سعد، م. س، ص 647.

³ - د/ سعيد خالد الشرعي، م. س، ص 374، د/ أحمد مسلم، أصول المرافعات، م. س، ص 567 وما بعدها.

الارتباط إلا بعد السير في إجراءات الدعوى والخوض في الموضوع، وربما يكون السير في الدعوى قد يكون قبل النطق بالحكم، بل قد لا يكون أمام المحكمة الابتدائية وإنما أمام محكمة الاستئناف.

سلطة المحكمة في الحكم بالدفع بالإحالة للإرتباط:

سوف ندرس سلطتها في الحكم وذلك على النحو الآتي:

– **الحكم في الدفع:** يجوز للمحكمة أن تقضي في الدفع الاجرائي على إستقلال أو أن يتضمنه الموضوع⁽¹⁾.

أي أن هناك أصل وإستثناء، فإلاصل أن تقضي المحكمة في الدفع قبل بحث الموضوع، لأن الفصل في الدفع قد يغنيها عن التعرض للموضوع، وإذ يترتب على قبوله إنقضاء الخصومة أمامها، أما الاستثناء فإنه لا يمنع المحكمة من أن تقرر ضم الدفع إلى الموضوع وأن تقضي فيهما معاً بحكم واحد، غير أنه مع هذا الاستثناء إلا أن المحكمة مقيدة بقيدين، هما⁽²⁾:

أ- يجب على المحكمة أن تنبه الخصوم لإبداء الدفوع الموضوعية احتراماً لحق الدفاع وذلك حتى لا يفاجئ الخصوم بالانتظار للفصل في الدفع دون أن يقدموا دفوع موضوعية وإلا كان حكمها باطلاً.

ب- يتعين على المحكمة أن تبين ما حكمت فيه في كل من الدفع الموضوعي والدفع بالإحالة للإرتباط على حده بقرار مسبب، إذ لم يغنيها عن الفصل في الموضوع، مسaireً مع مبدأ حسن سير العدالة، فقد اعتبره بعض شراح القانون من المبادئ الحاكمة⁽³⁾، أما إذا كان يغنيها عن الفصل في الموضوع فقد أوجب القانون الفصل فيه إستقلالاً أو كان ذلك مما يجوز فيه الفصل في الاستقلال كالدفع بالإحالة للإرتباط وفقاً لنص المادة (274) مرفعات يعني.

¹ - محمد كمال عبد العزيز، م. س، ص 653، إبراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981م، ص 646.

² - هذان القيدان وردا في نص المادة (180) بمعي والمادة (108) مصري صراحة من أجل مسaireً مبدأ حسن سير العدالة.

³ - د / سعيد الشرعي، م. س، ص 375.

- **تقدير المحكمة لطلب الاحالة:** يتولى القاضي المثار أمامه الدفع بإلحالة للإرتباط تقديره، تمهيداً للفصل فيه على المحل المتنازع عليه ومدى العلاقة أو الصلة بينه وبين غيره من المراكز القانونية المرتبطة به ليحدد الرابطة الأصلية وتقديره لصلة للإرتباط، ويكون مقيداً بما يتضمنه طلب الاحالة من واقع الدعوى مستعيناً بالنظرية العامة للقانون وبما تضمنه من قرائن وحيل ومعايير وضوابط قانونية ووسائل منطقية للفهم والإدراك، مع شرحه لأسباب تقديره، وطرق إختيار بعض الأدلة دون البعض، وما قدره وما لم يقدره، فإذا إنتهى بتقديره إلى وجود صلة الارتباط وحدد مصدرها أمكنه تكييفها⁽¹⁾، ومن ثم الوصول إلى النتيجة التي يكون فيها قد أصبح له سلطة تقديرية في القضاء بإلحالة من عدمه.

والمحكمة متى ما أصدرت قرار الاحالة أصبح ملزماً لها لأنها قدرت الدعوى القائمة أمامها وينبغي أن تحال إلى المحكمة الأخرى وأصدرت قراراً بهذا، كما أن المحكمة المحال إليها الدعوى تلتزم بإلحالة وتنظر الدعوى المحالة إليها، ولا يمكن لها أن ترفض نظر تلك الدعوى طالما أنها مرتبطة بدعوى أمامها، فلا يكون لها أن ترفض الاحالة والحكم بعدم اختصاصها (المادة (184) مرافعات يميني، والمادة (112) مرافعات مصري).

- **الطعن بإلحالة للإرتباط ورقابة النقص:** وهنا يتم معالجة ذلك في ظل المقارنة بين نص المادة (274) مرافعات يميني والمادة (212) مرافعات مصري، ثم نقارن آراء شراح القانون والتعليق، على النحو الآتي:

الطعن في الحكم الصادر في الدفع⁽²⁾: يعتبر الحكم الصادر بالدفع بإلحالة للإرتباط من الأحكام التي

يجوز الطعن فيها أثناء سير الخصومة ولو لم تكن تكتفئ للخصومة بموجب نص المادة (174) مرافعات يميني التي

¹ - محمد العشماوي وعبد الوهاب العشاوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج2، ط2، 1958م، ص444.

² - وهذا بحسب نص المواد (180) مرافعات يميني (والفصل فيه بحكم مسبب) وكذا المصري (274) (ما أصدرته المحكمة) ويقابله المصري في المادة (212)، كما أن التعديلات الجديدة لقانون المرافعات بالقانون رقم 1 لسنة 2021م في المادة (86) التي تنص على (أ- يكون الحكم الابتدائي نهائياً غير قابل للطعن بالاستئناف وقابلاً للطعن أمام المحكمة العليا في الأحوال التالية: 1- في قضايا الأحوال الشخصية الصادرة بشأن النفقات والزواج والطلاق والفسخ والحضانة والرؤية والكفالة. 2- في قضايا الإيجارات والشفعة والأحكام الصادرة في التظلمات من أوامر الأداء وفي الاختصاص. 3- في المسائل المدنية إذا كان المحكوم به لا يتجاوز خمسة ملايين ريال. 4- في المسائل التجارية إذا كان المحكوم به لا يتجاوز عشرة ملايين ريال. ب- في قضايا الفسخ المرفوعة ضد الزوج الغائب يجب على النيابة العامة فور استلامها نسخة الحكم بالفسخ عرضه على المحكمة العليا وتعند المرأة من تاريخ استلام نسخة الحكم الصادر من المحكمة العليا ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن).

تنص على أنه: "لا يجوز الطعن فيما أصدرته المحكمة من أحكام غير منهيبة للخصومة أثناء سيرها إلا بعد صدور الحكم المنهي لها كلها عدا ما ذكر منها (الدفع بإلحالة للإرتباط). بينما نجد نص المادة (212) مرفعات مصري خالياً من ذلك الدفع بإلحالة للإرتباط من الأحكام التي لا يجوز الطعن إلا إذا كانت منهيبة للخصومة وإعتباره مما يجوز فيه الطعن إستقلالاً أثناء سير الخصومة، بل نصت على: الحكم الصادر بعدم الإختصاص وإلحالة فقط، مع أنه قد أفرد للدفع بإلحالة للإرتباط نص خاص في الباب السادس الفصل الأول من المادة (112) وأعطى الخيار في تقديمه أمام أي محكمة دون أن يقيد ذلك في رفعه أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً، كما هو عليه القانون اليمني.

وبعد عرض رأي القانون في المسألة سوف نتعرض لحكم الطعن في القرار الصادر بإلحالة وبالتالي فإن القرار الصادر في الدفع بإلحالة للإرتباط إما يكون بقبول الدفع وتتم إلحالة أو برفض الدفع وعدم إلحالة وذلك على النحو الآتي:

أ- **الحكم الصادر بقبول الاحالة:** اختلف شراح القانون حول الحكم بقبول إلحالة للإرتباط إلى إجتاهين⁽¹⁾ بين من يرى جواز الطعن مباشرة وعدمه:

الاتجاه الأول: يرى جواز الطعن فيه على إستقلال دون إنتظار لصدور الحكم المنهي للخصومة كله، فهو قد أنهى الخصومة أمام المحكمة المطلوب منها الاحالة وبالتالي يجوز إستئنافه على إستقلال⁽²⁾، وقد اتفق مع هذا الإتجاه القانون اليمني في المادة (274) مرفعات الذي أجاز الطعن في الدفع بإلحالة للإرتباط إستقلالاً فيكون قصد القانون اليمني أن الحكم بقبول الاحالة لم ينهي الخصومة ككل بل أنهى الخصومة أمام المحكمة المحيلة في موضوع الاحالة.

¹ - د/ أحمد هندي، م. س، ص 194، د/ الشرقاوي، م. س، ص 309، أ/ محمد كمال، م. س، ص 262.

² - د/ أحمد هندي، م. س، ص 194، د/ محمد كمال عبد العزيز، م. س، ص 262.

الاتجاه الآخر: يرى أن الحكم الصادر بإلحالة للإرتباط لا يقبل الطعن الفوري المباشر لما يترتب عليه من إنتقال الدعوى بحالتها دون إنقضاء الخصومة لأن المقصود بالحكم المنهي للخصومة هو المنهي لها في درجة التقاضي دون الاعتداد إلى خصم ما أو محكمة ما⁽¹⁾، وهو ما يتوافق مع ما ذهب إليه القانون المصري في المادة (212) مرافعات الذي لم يذكر الدفع بإلحالة للإرتباط من جملة الأحكام التي يجوز الطعن فيها إستقلالاً ولو لم تنه الخصومة كما هو عليه القانون اليمني، وذلك لأن صدور الحكم في الموضوع قد يغني الخصم الذي تمسك بالدفع عن الطعن في الحكم الصادر في هذا الدفع إذا صدر لمصلحته⁽²⁾.

لذا تؤيد الرأي القائل بجواز الطعن المباشر في الحكم الصادر بإلحالة للإرتباط، لأنه وإن لم يكن منهي للخصومة كلها إلا أنه منهي للخصومة أمام المحكمة المحيلة على نحو لم يبقى شيئاً مطروحاً على المحكمة التي أصدرته، فمفهوم المادة (183) والمادة (184) مع المادة (274) مرافعات يعني لا تختلف من حيث الاحالة لعدم الإختصاص هي نفس الاحالة للإرتباط، وذلك لا يمنع من كون الاحالة في المادة (112) مرافعات مصري هي نفس الاحالة في المادة (110) مصري من حيث النتيجة.

ب- الحكم الصادر برفض الدفع بإلحالة: يعتبر الحكم الصادر برفض الاحالة للإرتباط من الأحكام التي لا تنتهي به الخصومة كلها أو بعضها، وبالتالي فهو من الأحكام الفرعية الصادرة أثناء سير الخصومة حسب نص المادة (212) مرافعات مصري⁽³⁾، ويطعن فيه بعد الحكم المنهي للخصومة، وهو ما يمكن تنفيذه فوراً بإستمرار نظر الدعوى، وهذا بحسب المادة (274) مرافعات يعني التي لم تنظم الحكم برفض الدفع بإلحالة للإرتباط، بل نظمت الحكم بإلحالة الذي يجوز الطعن فيه مباشرة على إستقلال، أما نص المادة (212) مرافعات مصري فلا يمكن إسناد حكم رفض الدفع بإلحالة للإرتباط من عدمه لعدم وروده أصلاً.

¹ - د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص261، نظرية الأحكام، م. س، ص655، د/ نبيل عمر، الطعن بالإستئناف، م. س، ص 263.

² - د/ فتحي والي، الوسيط، م. س، ص722، السيد تمام، م. س، بند 204، ص249.

³ - د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، م. س، ص248، نبيل عمر، الطعن بالإستئناف، بند رقم 182، م. س، ص 262.

ثانياً: رقابة محكمة النقض على تقدير الارتباط⁽¹⁾: تعددت إتهامات شراح القانون والقضاة في مدى

خضوع تقدير وتكييف الارتباط لرقابة النقض على النحو الآتي:

1- ذهب الاتجاه الأول: إلى أن تقدير فكرة الارتباط وتكييفها مسألة موضوعية يستقل بها قاضي

الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض لأنها فكرة تتعلق بظروف كل دعوى وملاساتها، إلى

القول بأن تقدير قاضي الموضوع وتكييفه حسب ظروف كل دعوى ووفقاً لإعتبار الملائمة على تقدير

قاضي الموضوع وتكييفه لفكرة الارتباط لا يخضع لرقابة المحكمة العليا.

2- ذهب الاتجاه الثاني⁽²⁾: إلى أن لقاضي الموضوع السلطة العامة في إستخلاص الارتباط من وقائع

الدعوى، أما تكييفه له فهو يخضع لرقابة محكمة النقض، على إعتبار أن عملية تقدير العلاقة بين

دعويين وما إذا كانت هذه العلاقة توجب أن تفصل فيهما معاً محكمة واحدة تعتبر هذه العملية ذات

عنصر قانوني، وإن الخطأ في تقدير هذه العلاقة يكون قانونياً، وهو بهذا التقدير يمنح الاختصاص إلى

محكمة كانت محرومة منه وينزع إختصاصاً من أخرى كان مخلولاً لها الفصل فيها⁽³⁾.

3- الاتجاه الثالث⁽⁴⁾: ذهب إلى أن قاضي الموضوع في تقديره وتكييفه لفكرة الارتباط يخضع لرقابة النقض

بما لهذه الفكرة من تأثير على قواعد الاختصاص وهو من القواعد القانونية، أو لأن الارتباط فكرة

قانونية أو لأن قرار القاضي بالارتباط يجب أن يكون مسبباً، بالرغم من أن القانون لم يُعرّف الارتباط.

لذلك نرى أن للقاضي حرية التقدير والتقرير للوصول إلى فكرة طبيعية للوقائع المقدمة إليه ليتولى بعد

ذلك صياغة الأسباب القانونية للحكم والفصل في الدفع للارتباط وبالتالي نوافق ما ذهب إليه الرأي الثاني.

¹ - د/ علي أبو عطية هيكل، م. س، ص556 بند رقم 549، د/ محمد حامد فهمي، م. س، ص353.

² - د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص252.

³ - د/ محمد حامد فهمي، م. س، بند رقم 327، ص 353.

⁴ - د/ علي أبو عطية هيكل، م. س، ص557، د/ محمد حامد فهمي، م. س، ص238، د/ رمزي عبدالفتاح تسبب الأحكام في أعمال القضاء في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1983م، ص170.

المبحث الثاني

آثار ومشكلات الدفع بإلحالة للإرتباط

للدفع بإلحالة للإرتباط آثار؛ منها ما يتعلق بالجانب المباشر أو الملازم للحكم بإلحالة لوجود صلة إرتباط يعني إحالة ما تم إتخاذه من الإجراءات وأحكام دون الفصل في الموضوع أمام المحكمة المحيلة، ومنها ما يتعلق بالجانب اللاحق أو بما يسمى بالأثر المستقبلي الذي نعني منه تفادي صدور أحكام غير متوافقة وتفادي مشكلة تنفيذ الأحكام في المستقبل والمدى الزمني للتقاضي والبحث عن الحل المناسب لتنفيذ الأحكام، وسوف نتناول ذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

الأثر المباشر بالدفع للإحالة للإرتباط

سوف نتناول هذه الآثار في ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول

مدى سلطة المحكمة في قبول أو رفض الدفع

لمعرفة تلك الآثار على سلطة المحكمة بالفصل في ذلك الدفع وما يترتب عليه من إجراءات من خلال معرفة مدى سلطة المحكمة في نظر الدفع بإلحالة، وهنا يمكن أن يثار تساؤل هل المحكمة ملزمة بقبول طلب الإحالة للإرتباط؟

وللاجابة على هذا السؤال يمكن ذلك من خلال معرفة آراء شراح القانون الذي اختلف في إجابة حول هذا السؤال إلى إتجاهين على النحو الآتي:

الاتجاه الأول⁽¹⁾: ذهب إلى أنه ليس للمحكمة أن تقضي بإحالة للإرتباط من تلقاء نفسها، لأن الدفع بإحالة لا يتصل بالنظام العام فيجب أن يثيره أي من الخصوم، وإذا طلب أي من الخصوم الاحالة من إحدى المحاكم كما في مصر أو من المحكمة التي قدمت إليها الدعوى أخيراً كما هو في اليمن، فإن تلك المحكمة تتمتع في هذا الصدد بسلطة كبيرة، فهي غير ملزمة بأن تقضي بإحالة، بل لها أن ترفضها رغم أنها قد تتحقق من قيام الارتباط بين الدعويين وتوافر سائر شروط الاحالة، فالأمر يدخل في مطلق سلطاتها حسب هذا الاتجاه، فالمحكمة المطلوب منها الاحالة غير ملزمة بقبول هذا الطلب فلها سلطة رفضه والاستمرار في نظر الدعوى القائمة أمامها حسبما تراه وتبعاً للظروف والأحوال، وهي في ذلك لا تخضع لرقابة محكمة النقض، ما لم تكن قد قبلت طلب الاحالة أو الدفع بإحالة فإنها تصبح ملزمة بإحالة الدعوى القائمة أمامها إلى المحكمة الأخرى، والقرار الصادر منها يلزمها هي والمحكمة المحال إليها الدعوى وفقاً لنص المادة (112) مرافعات مصري، حيث قضي في تلك المادة بأنه: "تلزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها"⁽²⁾، بخلاف قانون المرافعات اليمني فلا يوجد ما يلزم المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى.

الاتجاه الثاني⁽³⁾: ذهب إلى أن المحكمة ملزمة بقبول طلب الاحالة، وبتقديرها للإرتباط فإذا طلب أي من الخصوم المدعي أو المدعى عليه الدافع بإحالة أمام أي من محكمتي الاحالة في حالة إتحداهما في الطبقة أو أمام المحكمة الأدنى في الطبقة أو الدرجة حال إختلاف المحكمتين في أي من الطبقة أو الدرجة كما هو الحال في مصر وأمام المحكمة التي قدم إليها الدفع أخيراً كما هو في اليمن، تعين على المحكمة المثار أمامها الدفع بطلب الاحالة وقبوله، وتُعد المحكمة ملزمة بقبول طلب الاحالة ولو لم تقض بها، وذلك حتى لا يكون قضاؤها في الموضوع حالة تعارض محلاً للطعن بالنقض لوجود التعارض⁽⁴⁾.

¹ أحمد هندي، م. س، ص 63، علي أبو عطيه هيكل، الدفع بالاحالة/ م. س، 445 وما يليها.

² - د/أحمد هندي، م. س، ص 63.

³ - د/ علي أبو عطيه هيكل، الدفع بالاحالة، م. س، ص 456، د/ وجدي راغب، مبادئ القضاء، م. س، ص 357.

⁴ - أحمد السيد صاوي، الوسيط، م. س، بند 6، ص 297.

وبالتالي فإن القاضي المثار أمامه طلب الاحالة يتولى تقديره والفصل فيه كما هو الحال في المسائل الاجرائية التي يتعين تصفيتهما أولاً بأول حتى تسير الدعوى سيراً منتظماً، فإذا انتهى القاضي بتقديره إلى وجود صلة الارتباط المثار أمامه وحدد مصدرها أمكنه تكييفها دون الاعتداد بتكييف الخصوم، فإذا انتهى بتكييفه إلى أن الصلة بين المراكز القانونية المتنازع عليها هي صلة إرتباط وحدد مصدرها فيكون بذلك قد تجاوز مرحلة الالتزام وأصبح له السلطة التقديرية في القضاء بالاحالة من عدمه⁽¹⁾.

وبالإعتماد على السلطة التقديرية فقد يرى أنه الأكثر فائدة أن يحجز النزاع ليفصل فيه، أو يرجع على الارتباط اعتباراً آخر، كأن تكون الدعوى القائمة أمامه أكثر أهمية أو أخطر شأنًا، أو أن في قضائه بالاحالة ما يتعارض مع مصلحة الخصوم أو مصلحة العدالة، أو أنه لا خيفة من تعارض الأحكام أو تكرارها أو أن المحكمة المطلوب الاحالة إليها قد حجزت دعواها للحكم فيها ورفض القاضي للإحالة في هذه الحالة عدم وجود إرتباط، وإنما لإعتبارات تتجاوز غايتها - فالغاية من الارتباط - سواءً تعلقت هذه الاعتبارات بمصلحة الخصوم، أم بمصلحة العدالة⁽²⁾، أما إذا قضى بالاحالة عُدد قضائه ملزماً له وللقاضي المطلوب الاحالة إليه وللخصوم، ومصدر إلزام كما سبق هو القانون⁽³⁾.

وعند المقارنة والترجيح بين الرأيين السابقين نؤيد الرأي القائل بإلزام المحكمة بقبول طلب الاحالة، لأن القول بغير ذلك فيه مصادرة لحق من حقوق الدفاع الذي يجب على القاضي أن يراعي ذلك ويضعه في الاعتبار، كما أن القول بغير ذلك معناه إعطاء المحكمة السلطة التقديرية المطلقة وفي ذلك من التحكم والحيف ما لا يخفى، خاصةً لو كانت صلة الارتباط فعلاً موجودة، فإن القول بعدم إلزامية المحكمة بقبوله ومن ثم الفصل فيه يترتب عليه تعارض أو تناقض الأحكام إضافة إلى إهدار الوقت والجهد والنفقات، كما أن قبول طلب الاحالة للإرتباط مسألة سابقة على الفصل في ذلك الطلب كما لا يترتب على قبول طلب الاحالة

¹ - د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، بند 4، ص 82.

² - د/ علي أبو عيضة هيكل، م. س، بند 546، ص 55.

³ - د/ علي عيضة هيكل، م. س، ص 556.

حتماً الفصل فيها، بل أن ذلك الطلب أي طلب الاحالة للإرتباط خاضع لتقدير وتكييف القاضي المشار أمامه، وأن القاضي قد يرى بعد الانتهاء من تقديره لذلك الدفع ومعرفة مصدره، ووجود صلة الارتباط ما يبرر ذلك الاجراء كما سبق.

الفرع الثاني

إحالة الدعوى المرتبطة

إن الآثار المباشرة أو الملازمة للحكم بإحالة لوجود صلة إرتباط، تعني إحالة ما تم إتخاذه من إجراءات وأحكام دون الفصل في الموضوع أمام المحكمة المحيلة، فضلاً عن تحديد جلسة للخصوم أمام المحكمة المحال عليها وإعلانهم بها، وتلتزم المحكمة المحال عليها بكل ما تم إتخاذه أمام المحكمة الأولى، وستتناول ذلك من حيث إحالة الدعوى وتحديد المحكمة المحال إليها الدعوى والتزامها بنظرها، وتحديد جلسة أمامها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: إحالة الدعوى:

تعتبر إحالة الدعوى الأثر المباشر الرئيسي للدفع بإحالة للإرتباط، فالقانون اليمني والمصري قد نصا صراحةً على الاحالة للإرتباط في المادة (184) مرافعات يمني والمادة (112) مرافعات مصري، وهنا يثور سؤال هل تحال الدعوى بحالتها؟ وهل تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها؟

للإجابة على هذا السؤال يمكن أن نستعرض ما أورده القانونين اليمني والمصري وما ناقشه شراح القانون على النحو الآتي:

إن بعض شراح القانون المصري⁽¹⁾ ذهب إلى قانون المرافعات في مادته الثانية وفي الفقرة الأولى منها، والتي نصت على أن: "كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً في ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم

¹ - د/ علي أبو عطيه هيكل، م. س، ص610، د/ وحدي راغب، مبادئ القضاء، م. س، ص251، د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص286، د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، م. س، ص591، 592، د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط، م. س، ص285.

ينص على غير ذلك"، والمادة (2/46) مرافعات مصري نصت على أنه: "... بإحالة الدعوى لإصلية والطلب العارض أو المرتبط بمحالتها"، كما أن نص المادة (181) مرافعات يعني على أن: "تحال الدعوى بمحالتها"، وفي فقرتها الثانية: "تلتزم المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى"، وهو ذاته ما نصت عليه المادة (3/112) مرافعات يعني: "تلتزم المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها"، وقد أكد ذلك التعديل التشريعي 23 لسنة 1992م في مادتها الثانية عشر أنه: "تحال الدعوى بالحالة التي تكون عليها".

ويترتب على ذلك القول إن الدعوى تحال بما اشتملت عليه من إجراءات وأحكام فرعية حتى وقت الحكم بإحالتها ويعتد هذا الوجه بدوره ليحتوي ما يتضمنه الحكم بالإحالة من تحديد المحكمة التي تحال إليها الدعوى⁽¹⁾.

ومن هذه الاجراءات ما يتعلق بمواعيد تم إتخاذها، أو تعلق بقواعد الحضور والمثول أمام المحكمة المحيلة وتكييفها للدعوى بما في ذلك صحيفتها وما يترتب على تقديم الصحيفة من آثار⁽²⁾، فإذا كانت إحالة على هذا النحو يعني ذلك أن القانون قد قصد الحفاظ على هذه الاجراءات والوقاية من هدرها حتى وقت إحالتها للدعوى ليجد هذا التوجيه جوهره ومبناه في فكرة أكثر إتساعاً وهي فكرة الوقاية من الهدر الاجرائي، والحفاظ على ما تم إتخاذ من إجراءات صحيحة، مما يؤدي بمذه المحافظة وبدورها إلى الحفاظ الضمني على الأموال التي صرفت عليها أو الحفاظ على الوقت الذي بذل في إتخاذها والنتائج الاجرائية والموضوعية التي تولدت منها⁽³⁾.

وعلى ذلك، فإن القول بإحالة الدعوى بمحالتها له ما يبرره في الواقع وأن عدم النص على ذلك من قبل القانونين اليمني والمصري لا يعني أن المحكمة في حالة الحكم بإحالة الدعوى لا تحيلها وإلا فما الفائدة من إحالة إذا لم تكن بمحالتها، بل أن القول بذلك يعني إعادة النظر في كل ما تقدم نظره أمام المحكمة المحيلة وذلك يتعارض مع الهدف والغاية التي قصدها القانون من الدفع بالإحالة للإرتباط التي هي الاقتصاد في الوقت

¹ - د/علي أبو عطيه هيكل، م. س، ص 611 - 612.

² - عاشور مبورك: النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، 1988م، ص 99.

³ - د/نبيل عمر، الهدر الإجرائي واقتصاديات الإجراء، م. س، ص 44، د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص 286 وما بعدها.

والجهد والنفقات، ويكون على المحكمة المحال عليها الدعوى أن تستكمل السير في تلك الاجراءات على أن تكون الاجراءات التي تم إتخاذها أمام المحكمة المحيلة صحيحة، لأن تهيئة الدعوى بإجراءات صحيحة أمام المحكمة المحيلة لا يقتضي إتخاذ إجراءات جديدة لتحضيرها بمعرفة المحكمة المحال إليها.

والمقصود بتلك الاجراءات هي تلك التي ينظمها قانون المرافعات وأيضاً تكييف المحكمة للدعوى، فكل هذه الاجراءات تُعد أثراً ملازماً للحكم بالإحالة وهذا الأثر يُعد قاصراً على ما تم إتخاذ من إجراءات صحيحة دون غيرها⁽¹⁾.

فإذا كانت المحكمة قد فصلت في بعض المسائل الفرعية والتي تجمعها فكرة واحدة وهي أنها تصدر أثناء سير الدعوى، ودون أن تحسم النزاع ولو في شق منه حول أصل الحق، سواءً تعلقت هذه الأحكام بإجراءات غيره منهيّة أم منهيّة للخصومة.

فالأحكام المنهيّة للخصومة كالحكم بعدم الاختصاص لإنتفاء الولاية، والحكم بسقوط الخصومة والحكم بعدم قبول الدعوى، فهذه الأحكام تعتبر منهيّة للخصومة ولم يبق بعد صدورها ما يمكن إحالته لأي سبب من أسباب الإحالة ما لم تكن هذه الاحالة صادرة في جزء من الدعوى⁽²⁾.

أما الأحكام الفرعية غير المنهيّة للخصوم، كالحكم في مسألة الاختصاص والحكم بقبول الدعوى وتكييفها، والحكم بقبول الطلبات العارضة والتدخل وهذه الأحكام هي ما يطلق عليها الأحكام القطعية الاجرائية والأحكام الصادرة في مسائل فرعية وتتعلق بالخصومة الاصلية دون أن يُعد الفصل في هذه المسائل فصلاً في الخصومة الاصلية، كالحكم برد وبطلان عقد بيع قبل الفصل في موضوع الادعاء الأصلي، فهذه الأحكام وفقاً لما أستقر عليه شراح القانون والقضاء والتشريع يتضمنها الحكم بالإحالة أيّاً كانت صورتها⁽³⁾،

¹ - د/ عبد الباسط جمبجي، الإساءة في المجال الإجرائي، ص 209، 203.

² - د/ علي أبو عطيه هيكل، م. س، بند 609، ص 617.

³ - د/ نبيل عمر، الدفع بعدم القبول، م. س، ص 283 وما بعدها.

والحكم في مسألة إجرائية أو عارضة حسمتها المحكمة دون أن يكون ذلك الحكم فصلاً في الخصومة الاصلية يُعد أياً من الحكمين ملزماً للحكم بالإحالة.

والاعتداد بالأحكام الصادرة دون الفصل في الموضوع أمام المحكمة المحال إليها يُعد خروجاً على ما تستلزمه المادة (167) مرافعات مصري والمادة (222) مرافعات يمني، ووجه الخروج هو أن المحكمة التي تصدر الحكم الاخير لم تسمع المرافعة في الأحكام الفرعية التي إحتواها الحكم بالإحالة ونقلها إليها، ومع ذلك يجد الاعتداد بهذه الأحكام أمام المحكمة المحال إليها جوهره ومبناه في قاعدتين أساسيتين:

القاعدة الأولى: إن تغير الهيئة مرحلة من مراحل الدعوى، ويجعل المراحل الاخيرة مستقلة عما سبقها⁽¹⁾، فكل مرحلة من مراحل الدعوى إنتهت بحكم تعتبر مستقلة عن غيرها من المراحل من حيث الهيئة التي تصدر الحكم فيها، وذلك لا مناص من أن تكون الأحكام الفرعية أصدرتها هيئة خلاف الهيئة التي تصدر الحكم النهائي⁽²⁾.

القاعدة الثانية: إن الحكم الذي يصدر من هيئة غير التي سمعت المرافعة يكون صحيحاً إذا حدد الخصوم طلباتهم أمام الهيئة الجديدة⁽³⁾.

كما أن إنتقال العمل من مرحلة إلى أخرى لا يترتب عليه إلغاء المرحلة الاولى وإهدار ما تمخض عنها من نتائج، لأن طبيعة العمل القضائي تتكون من خلال مراحل إجرائية متعاقبة، حيث تُعد كل مرحلة فيها مفترضاً للمرحلة التالية لها فإن الحكم بالإحالة ينطوي على تحديد المحكمة الثانية المحال إليها⁽⁴⁾.

¹ - د/ محمد حامد فهمي، المرافعات، م. س، ص 622.

² - د/ أحمد السيد صاوي، الوسيط، م. س، بند 407، ص 628.

³ - د/ علي أبو عطيه هيكل، م. س، ص 622. د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الأحكام، م. س، ص 80، بند 35.

⁴ - د/ علي أبو عطيه هيكل، م. س، ص 623.

ثانياً: تحديد المحكمة التي تحال إليها الدعوى:

من الآثار الذي يترتب عليه الحكم بإحالة تحديد المحكمة المحال إليها الدعوى، وتحديد محكمة الاحالة يُعد أمراً بديهياً لأنه من غير المتصور أن تحال الدعوى دون أن يرد الحكم بإحالة على المحكمة محددة تلتزم به وتعمل على تطبيقه.

وهو ما أعتمده القانونان اليمني والمصري في المادة (184) مرافعات بمي والمادة (112) مرافعات مصري، حيث أن القانون اليمني قد أوجب تقديم الدفع أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً الأمر الذي يتضح معه تحديد المحكمة المحال إليها الدعوى وهي المحكمة التي رفع إليها النزاع أولاً، فهو معلوم مسبقاً بخلاف القانون المصري فقد أجاز لمن له الحق في الدفع بإحالة للإرتباط إبدائه أمام أي من المحكمتين، لذلك فإن معرفة المحكمة التي تحال إليها الدعوى لا يمكن معرفتها بالنسبة للتشريع المصري إلا بعد أن يكون صاحب الحق في الدفع بإحالة للإرتباط قد قدم دفعه أمام إحدى المحكمتين، ويكون من المعلوم أن المحكمة الأخرى هي المحكمة التي تحال إليها الدعوى⁽¹⁾، ولذلك فإن تحديد المحكمة المحال إليها الدعوى مفترض وليس بالصعب فإن لم يكن صريحاً فهو ضمناً⁽²⁾، أما قانون المرافعات اليمني فقد أكد في المادة (184) التي تنص على أنه: "إذا كان النزاع أو ما يرتبط به مطروحاً أمام محكمتين مختصتين وجب إبداء الدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع إليها النزاع أخيراً وإذا كانت إحدى المحكمتين غير مختصة وجب إبداء الدفع أمام المحكمة غير المختصة وعلى المحكمة أن تحدد للدعوى أمام المحكمة الأخرى جلسة لنظر ذات النزاع أو لنظر القضية المرتبطة به"، بمعنى على المحكمة أي الخيلة أن تحدد للدعوى أمام المحكمة الأخرى جلسة لنظر ذات النزاع أو لنظر القضية المرتبطة وهو ما نص عليه القانون المصري في المادة (113) مرافعات (كلما حكمت المحكمة في إحوال

¹ - د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع، م. س، ص 288، بند 45، د/ أحمد مليكي، الإختصاص، م. س، ص 240.

² - د/ علي أبو عطيه هيكال، م. س، ص 625. أحمد هندي، قانون المرافعات، م. س، ص 295، د/ محمود مصطفى يونس، م. س، ص 63 وما بعدها.

المتقدمة – ومنها لإحالة للإرتباط – كان عليها أن تحدد للخصوم الجلسة التي يحضرون فيها أمام المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى)، وذلك لا يمكن إلا إذا حددت المحكمة المحال إليها.

ثالثاً: تحديد جلسة للخصوم أمام المحكمة المحال إليها:

يعتبر تحديد جلسة أمام المحكمة المحال إليها الدعوى من الآثار التي يترتبها الحكم بإحالة للإرتباط، وهو ما نص عليه القانون اليمني في المادة (184) في فقرتها الأخيرة والقانون المصري في المادة (113)، وبالتالي فإن إلزام المحكمة المحيلة إلى تحديد جلسة للخصوم وإعلان هؤلاء الخصوم بقرار الاحالة، بخلاف القانون اليمني فإنه إكتفى بتحديد الجلسة لنظر القضية المرتبطة دون إعلان ذلك للخصوم وسوف نتناول ذلك من خلال نقطتين هما تحديد الجلسة والإعلان:

النقطة الأولى: تحديد جلسة للخصوم أمام المحكمة المحال إليها الدعوى: وهو ما أتفق عليه كلٌّ من

القانونين اليمني والمصري في النصوص الصريحة التي قضت على أن ينطوي الحكم بإحالة على تحديد الجلسة التي تحضر فيها الخصوم أمام المحكمة المحال إليها الدعوى، فهذا التحديد يختلف من حيث ضروريته وأثر تخلفه عن تحديد المحكمة نفسها التي تحال إليها الدعوى والذي يُعد التحديد الأخير مفترض للتحديد الأول، فعدم إحتواء الحكم بإحالة على تحديد المحكمة التي تحال إليها، لا يتصور معه ثمة إحالة⁽¹⁾.

كما أن عدم إحتواء الحكم بإحالة على تحديد جلسة للخصوم يحضرون أمام المحكمة المحال إليها لا يترتب على تخلف ذلك بطلان الحكم لأن تحديد جلسة وإن كانت أثراً ملازماً للحكم بإحالة إلا أنه عملاً تنظيمياً⁽²⁾، فإحالة تُعد قائمة ولو لم يتضمن الحكم هذا التحديد طالماً أحيلت الدعوى إلى محكمة معينة، فإحالة الدعوى إلى محكمة معينة يخول الأخيرة تحقيقاً لدورها الإيجابي مكنة السير في الخصومة، ولو لم يحدد

¹ - د/ أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع، م. س، بند 145، ص 289. علي أبو عطية هيكل، م. س، ص 632.

² - د/ أحمد مسلم، التأصيل المنطقي لأحوال إنقضاء الخصومة، ص 88.

أمامها جلسة يحضر فيها الخصوم، فعدم تحديد هذه الجلسة لا يُعدُّ مبطلاً للحكم ولا يُعدُّ مسقطاً للخصومة⁽¹⁾.

النقطة الثانية: إعلان الخصوم بقرار الإحالة: حيث يعتبر إعلان الخصوم من قبل المحكمة المحيلة بقرار

الإحالة أثراً من آثار ذلك القرار ويقصد القانون بذلك إعلان الخصوم الغائبين، وهو ما صرح به القانون المصري في الفقرة الأخيرة من المادة (113) مرافعات وما أثاره بعض شراح القانون⁽²⁾، وذلك بخلاف القانون اليمني فقد جاء نص المادة (184) منه خالياً من ذلك لإجراء ولم ينص على إخبار الغائبين من الخصوم بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول وبالتالي فإن حكم هذه المسألة في التشريع اليمني يمكن الرجوع فيها إلى القواعد العامة لإعلان الأوراق القضائية وفقاً لنص المادة (42) والمادة (276) مرافعات التي قضت على أن: "يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ إستلام المحكوم عليه نسخة الحكم أو من تاريخ إعلانه إعلاناً صحيحاً".

وبما أن القانون المصري في المادة (174) مرافعات نصت على ذلك صراحة بأنه: "يعتبر النطق بالأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة إعلاناً للخصوم الذين حضروا إحدى الجلسات أو قدموا مذكرات بدفاعهم، وذلك ما لم ينقطع تسلسل الجلسات..."، فيشترط لإعتبار النطق بالحكم في هذه الحالة إعلاناً أن يكون الخصم قد حضر أو قدم مذكرة بدفاعة، وأن يكون سير الجلسات عقب ذلك متتابعاً في تسلسل لم يعترضه عائق، ولا عتب على من لم يحضر جلسة النطق، إذ المفترض في الشخص العادي المعني بأمور نفسه أن يتابع سير دعواه؛ سواءً قبل إقفال باب المرافعة فيه أم بعده، ما دام سير الجلسات متتابعاً في تسلسل لم يعترضه عائق⁽³⁾، فحضور الخصم بنفسه أو بوكيل عنه جلسة النطق بقرار الإحالة وكذا لو قدم

¹ -د/نبيل عمل، إعلان الأوراق القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص88.د/أحمد هندي، القلم القانوني بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني، دار الجامعة الجديدة، 1999، ص94.

² - د/ علي أبو عطية هيكل، م. س، بند 625، ص 634.

³ - د/محمد كمال عبد العزيز، م. س، ص977، علاج ظاهرة بقاء التقاضي، مقال المتحدث في قانون المرافعات، م. س، ص7-13.

مذكرة بدفاعه، ولو لم يحضر بعد مواصلة السير في الدعوى أعتبر النطق بهذا القرار إعلاناً له، وعليه فلا محل لإعلانه بالطرق المقررة للإعلان؛ سواءً في ذلك ما عليه القانون المصري أم اليمني.

رابعاً: إلزام المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها:

يعتبر إلزام المحكمة المحال إليها من الآثار الضرورية للإحالة القضائية بشكل عام⁽¹⁾، إذ أن القول بغير ذلك يعني تجريد الاحالة من الفائدة المرجوة منها، والانحراف بالقصد الذي ابتغاه القانون والغاية التي هدف إليها من تشريع الاحالة، فلا تكفي الاحالة المجردة، كما لا يكفي تعيين المحكمة وتحديد جلسة للخصوم يحضرون أمامها إذ أن الاحالة لا تكتمل إلا إذا شملت إلزام المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها، لأن متابعة محكمة لإحالة للدعوى المحالة إليها من حيث إنتهت المحكمة المحيلة أمر يجعل الحكم بالإحالة يؤدي ثمرته ومدى فاعليته وتحقيقاً للغاية من تشريعه⁽²⁾. فإلزام المحكمة المحال إليها هي القاعدة العامة في الاحالة وأن مصدر الالزام هو القانون أيأ كانت المحكمة التي قضت بها أو المحكمة التي تلتزم بها، ولو كان الحكم بالإحالة قد بني على قاعدة قانونية غير سليمة أو خالف نصاً قانونياً صريحاً مما يمتنع على المحكمة المحال إليها وعلى الخصوم الجدل من جديد في المسألة التي فصل فيها الحكم بالإحالة⁽³⁾.

ومع ذلك، فإن للمحكمة المحال إليها الدعوى الحق بممارسة سلطتها في قبولها أو عدم قبولها للدعوى لبطلان صحيفتها، أو لإنعدام الصفة لدى المدعى عليه، كما لها حق إحالتها لسبب خلاف السبب التي أحيلت إليها به، كما لو كانت الدعوى قد إحيلت إليها للإرتباط، فأثرت أمامها مسألة وحدة ذات النزاع، فلها أن تقضي بالإحالة لوجود المسألة الأخيرة وقضاء المحكمة بالإحالة بعد إحالة لا يعني التعارض بين حكيمين؛ فالحكم الجديد الصادر في المسألة الاجرائية يلغي ضمناً الحكم السابق، وبالتالي لا نكون أمام حكيمين قائمين حتى يمكن الانتقال إلى بحث مسألة مدى وجود تعارض بينهما، بل سنكون أمام حكم وحيد

¹ د/ أحمد هندي، إرتباط الدعوى والطلبات في قانون المرافعات، طبعة الدار الجامعية، القاهرة، سنة 1997م، ص 495.

² - د/ أحمد خليل، التعارض بين الاحكام القضائية، م. س، ص، 91 وما بعدها.

³ - د/ علي أبو عطية هيكل، م. س، البند 619، ص 628.

هو الحكم الصادر لاحقاً، وإن كان صحيحاً فإن هذا الالغاء يُعد غير قانوني نظراً لقطعية الحكم السابق، وما يترتب على هذه الصيغة من إستنفاد المحكمة لولايتها، ووجوب إمتناعها عن إعادة بحث المسألة الثانية، إلا أن هذه المخالفة للقانون تعالج من خلال طرق الطعن المتاحة ولكن بعيداً عن حالة الطعن لتعارض الأحكام، فالأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع كالأحكام الإجرائية تخرج من مشكلة التعارض⁽¹⁾. أما القانون اليمني فلم ينص على إلزام المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها، كما هو عليه الحال في القانون المصري وكان الأحرى بالقانون اليمني أن ينص صراحةً على ذلك والتأكيد عليه، لان ذلك الاجراء هو الغاية والهدف من الحكم بالإحالة حتى تكتمل الصورة الحقيقية للإحالة القضائية.

الفرع الثالث

الأثر اللاحق للإحالة

يهدف الدفع بالإحالة للإرتباط إلى تحقيق الغاية منه المتمثلة في إحالة الدعوى المرتبطة إلى محكمة أخرى كما سبق ذكره، من أجل الوصول بالدعوى أمام محكمة واحدة لتكتمل الغاية المقصودة، وهي صدور أحكام متوافقة غير متكررة، ولا متناقضة وتفاذي تعثر التنفيذ لتلك الأحكام في مرحلة تنفيذها، وبالتالي فإن الآثار المترتبة على الاحالة القضائية للإرتباط في المرحلة المستقبلية متعددة ومتنوعة، ويمكن الاقتصار على أهمها، على النحو الآتي:

أولاً: تفادي صدور أحكام غير متوافقة في موضوع النزاعات المرتبطة.

ويقصد من الاحالة القضائية للإرتباط: أن تأتي الحلول القضائية التي تصدر في موضوعات هذه المنازعة متوافقة، ليتحقق فيها إعادة التوازن في المصالح المتعارضة، أي أن تأتي الأحكام الموضوعية فيها متوافقة ومتقاربة، لإرتباط المراكز الموضوعية التي تصدر فيها هذه الأحكام، تجنباً لصدورها على نحو لا يمكن التوافق

¹ - د/أحمد حشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الاحكام، ص 25، طعن 30/436، نقض 1965/5/27م، المكتب الفني، المجموعة 16، ص 651، قاعدة 104.

بينهما أو صدورهما متناقضة؛ فالأحكام المتوافقة هي التي يستقيم ويتوافق منطوقها مع بعضها البعض على نحو يسهل تنفيذها معاً بدون وقف لتنفيذ الحكم أو بطلان الحكم المكرر أو المتناقض، والقاعدة هي إن الحكم يبطل إذا خلا من المنطوق، كما يكون محلاً للطعن إذا جاء المنطوق متعارضاً مع بعضه البعض، أما الأحكام المتناقضة فهي التي تتعارض تقديراتها الواقعية أو القانونية، مما يؤدي تحقيقه إلى صعوبة تنفيذها⁽¹⁾.

ويترتب على توافق الأحكام عدم تناقضها وعدم تكرارها، فكل من التوافق وعدم التناقض والتكرار وجهاً لحقيقة واحدة، وهذه الحقيقة هي أن الأحكام التي تصدر في موضوعات النزاعات المرتبطة يجب أن تكون متوافقة، على نحو لا تصدر بوجه متناقض أو متكرر، فكل من التوافق وعدم التناقض أو التكرار يترتب على الآخر ويكمله، ومبناها واحد الذي هو علاقة الفرع بأصله، أو وحدة الرابطة الأصلية للأشياء المتنازع عليها، ويؤكد ذلك حالة الكشف عن الارتباط الموضوعي من جانب الخصوم، وتطبيقه من جانب المحكمة وسوف يحقق الغاية من الاحالة للإرتباط وتكرار الأحكام⁽²⁾، وأن هذه الغاية لا تتحقق إلا في شأن الأحكام محل حجية الأمر المقضي به.

فالدفع بإحالة الدعوى لوجود صلة إرتباط بينهم يهدف إلى جمع المنازعة المرتبطة أمام محكمة واحدة، على نحو يؤدي إلى التوافق بين الأحكام التي تصدر في موضوع هذه المنازعة، ويهدف التوقي من احتمالات تكرار هذه الأحكام وتناقضها بدلاً من صدورها على نحو لا يمكن أو يصعب تنفيذها⁽³⁾.

فتوافق الأحكام لوحدة الرابطة الأصلية للأشياء المتنازع عليها محل المنازعة المرتبطة يختلف عن وحدة الحكم، فوحدة الحكم يكون لوحدة موضوع ذات النزاع بينهما، أما توافق الأحكام فيكون لجمع المنازعة

¹ أنظر حاشية على أبو عطية هيكل، الدفع بالإحالة رقم 1، 2 م. س، ص 648 - حامد فهمي، الطعن بالنقض، م. س، ص 488 بند 216 - نبيل عمر الوسيط في الألتماس، م. س، ص 320، وما بعدها بند 249
² د/ فتحي وإلى، نظرية البطلان، م. س، ص 161- د/ عصام سليم، قاعدة عدم تفرقه التصرف القانوني في القانون المدني، لسنة 1991م، ص 698.
³ د/علي أبو عطية هيكل م. س، ص 648.

المرتبطة، فالهدف والغاية من الدفع بإلحالة أن يكون محلاً للدفع بإلحالة للإرتباط وتوافق الأحكام مع بعضها هي الغاية الأساسية من التشريعات.

ثانياً: تفادي مشكلة تنفيذ الأحكام في المستقبل.

سبق وأن تناولنا الوسائل العلاجية التي نظمها القانون اليمني ونظيره المصري تجنباً لظاهرتي تكرار الأحكام وتناقضها، وتوصلنا إلى كشف بعض القصور في تلك الوسائل وذلك لضعف الآليات التي إستخدمها القانونان اليمني والمصري مثل عدم الاهتمام من قبل القانون الاجرائي بإلحالة القضايا، الأمر الذي أظهر العيب في وسائل العلاج على نحو أدى إلى ظهور بعض القصور في الوسائل العلاجية وعلى نحو ظهرت معه مشكلة تنفيذ الأحكام، مما يعني الاهتمام بموضوع الدفع بإلحالة للإرتباط بإعتباره وسيلة من الوسائل الفاعلة في العمل على تبديد مكونات هاتين الظاهرتين في مستهل تكوينهما، فإلحالة القضايا للإرتباط من الوسائل التي تعمل على الحد من تناقض الأحكام بل من شأن الاحالة القضائية للإرتباط بتطبيقها تسعى إلى توافق الحكم القضائي مع غيره من الأحكام التي تصدر في المنازعة المرتبطة، وذلك بقصد تنفيذ الحكم مع غيره من الأحكام لتفعيل الاحالة القضائية، وبمقتضى ذلك تعمل على تفادي مشكلة تنفيذ الأحكام بتبديد مكوناتها في مستهل تكوينها، سواءً تعلقت هذه المشكلة بوقف الحكم المعارض أم بطلانه⁽¹⁾.

وتبديد مشكلة وقف تنفيذ حكم قد يصدر متعارضاً لحكم آخر في نزاع مرتبط، وكذا بتبديد مكونات بطلان الحكم الثاني، أو الحكم بعدم جوازه حسب الأحوال، هو تبديد للآثار التي قد تترتب على التناقض أو تكرار حالة تواجدها، فضلاً على إحترام قوة الأمر المقضي به إعلاءً لشأنه، وبتطبيق الاحالة وسعيها من وراء

¹ - د/علي أبو عطيه هيكيل، م. س، ص 650. د/ أحمد خليل، طلبات وقف التنفيذ م. س، بند 24، ص 39، د/ أحمد أبو الوفاء، م. س، ص 348 وما بعدها.

د/ نجيب أحمد عبدالله، قانون التنفيذ الجبري في المسائل المدنية والتجارية، دراسة للتنفيذ المباشر وغير المباشر، منشورات مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، ط 4، 2009م، ص 55.

جمعها - في المنازعة المرتبطة - أمام محكمة واحدة بقصد وحدة الحكم، أو بتوافقه مع غيره بقصد تبديد ظاهري تكرار الأحكام وتناقضها، وبدوره تبديد لمشكلتي وقف تنفيذها، أبو بطلانها.

فوقف تنفيذ الحكم يُعد من الوسائل التي تقوم بدور وقائي ضد مخاطر الخضوع أو إستمرار الخضوع لتنفيذ حكم معرض للإلغاء، كما أنه يقوم بدور وقائي ضد مخاطر إستحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه، وغير ذلك من النتائج غير المرغوبة التي قد يفرزها التنفيذ غير الملائم⁽¹⁾، وتعتبر الاحالة القضائية للدعوى كوسيلة وقائية تعمل على تفادي وتجنب تكرار وتناقض الأحكام ومن ثم العمل على وأد ووقف تنفيذ الأحكام أو بطلانها⁽²⁾، وهو الأمر الذي يزيد من أهمية الاحالة القضائية كوسيلة وقائية تعمل على التوافق بين الأحكام التي تصدر متناقضة أو متعارضة، وقضى تطبيقها.

لذلك على المحاكم كلما ظهر لها احتمال وقوع التناقض بين الأحكام أن تديره بما يسره لها القانون من سبل ومنها إحالتها إلى محكمة أخرى مطروح أمامها نزاع مرتبط، وذلك كله جمعاً لشتات المنازعات المتداخلة، ومن أجل الوصول إلى الفصل فيها جملة واحدة وتحقيقاً للعدالة الشاملة، وتوقياً من تضارب الأحكام ولو كان على حساب بعض قواعد الاختصاص، وذلك كله تفادياً لوقف تنفيذ الأحكام، أو الحكم ببطلانها.

المطلب الثاني

مشكلة الدفع بإحالة للإرتباط

المشكلات التي تؤثر على فعالية النظام القانوني للحكم القضائي عديدة، وهي تنتج حسب إعتقادنا بسبب إختلال وظائف النظم الاجرائية التي تنظم قوانين العدالة القضائية؛ فالمشكلات التي تؤدي إلى إطالة أمد النزاع - إجراءات التقاضي - كثيرة ومتنوعة تجعل المستجير بالقضاء لا يصل إلى حقه خلال الوقت الذي يتوقعه ويحلم به بل يصبح الوصول إلى الحق المطالب به - محل الدعوى - أمنية أصابها اليأس، ومن هذه

¹ - د/ علي أبو عطية هيكل، أنظر الحاشية رقم (3) م. س، ص 650.

² - المرجع السابق، ص 651.

الاشكالات النص القانوني بشكل عام ونصوص المواد (183 – 184 – 274) من قانون المرافعات اليمني في الموضوع الذي نحن بصدد دراسته بشكل خاص من خلال المشكلات التي تثور حول النص القانوني والوقائع العملية.

لذلك سوف نتناول في هذا المطلب أهم المشكلات التي تثور حول الموضوع – الاحالة للإرتباط – والحل المناسب، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

النص القانوني والمشكلات التي تثور حوله

إن المشكلات التي تثور حول النصوص القانونية كثيرة، ومن هذه المشكلات ما يثار حول نص المادة (274)⁽¹⁾ مرافعات يمني، المتعلقة بمشكلة تنازع الاختصاص بين محاكم الدرجة الأولى، على الرغم أن القانون اليمني في المادة (181) مرافعات والمادة (180) مرافعات مصري⁽²⁾ قد أوجبا ضرورة أن يتقدم الخصم بدفع أمام المحكمة قبل النظر في الموضوع، وأن تلك النصوص تُعد من الأسباب التي تؤدي إلى إطالة النزاع في الأحوال التي قد يتقدم الخصم بهذا الدفع، وينتج عن ذلك صدور أحكام متعارضة، وما قد يؤدي إليه ذلك الأمر من إطالة النزاع؛ إما بسبب الإجراءات الإضافية التي يستلزمها هذا الوضع لإزالة هذا التعارض، وإما بسبب إستحالة التنفيذ، مما ترتب عليه وجود أحكام مناقضة، أضف إلى ذلك لو تخللت إجراءات التقاضي في هذه المرحلة طلبات رد القاضي⁽³⁾ لأن هذا السبب يُعد من أسباب الاطالة في إجراءات التقاضي في هذه المرحلة.

¹ – حيث تنص المادة (274) من قانون المرافعات على أنه: "لا يجوز الطعن فيما تصدره المحكمة من أحكام غير منهيبة للخصومة أثناء سيرها إلا بعد صدور الحكم المنهي لها كلها فيما عدا ما يلي: أ- ما تصدره المحكمة من أحكام بوقف الخصومة أو في الاختصاص أو في الإحالة على محكمة أخرى للإرتباط، فيجوز الطعن في هذه الأحوال استقلاً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها وعلى محكمة الإستئناف الفصل فيها على وجه الاستعجال.

ب- في الأحكام المستعجلة أو القابلة للتنفيذ الجزري ويتم الطعن فيها وفقاً للمواعيد المنصوص عليها في هذا القانون".

² – د / هيكمل أحمد عثمان، نظرية الحكم القضائي، م. س، ص 377، 387.

³ – أحمد صديقي محمود، المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي دار النهضة العربية، القاهرة، ص 61 – 84.

كما أن المشكلة التي تتور حول المواد (181 - 184) مرافعات يعني وكذا نص المادة (112) مرافعات مصري مشتركة، حيث جاءت تلك النصوص خالية من تنظيم الاحالة بين المحاكم المختلفة في الدرجة كما في مصر، الأمر الذي يحول بين الخصم وحقه في إستخدام وسيلة الدفاع أو الدفع بإلحالة للدعوى لوجود إرتباط وثيق بين الدعوى، فمن المنطق العملي والطبيعي أن تكون تلك الدعوى المنظورة أمام المحكمة واحدة، ولو أن الخصم تقدم بدفع يطلب فيه إحالة الدعوى من المحكمة الأدنى إلى المحكمة الأعلى منها درجة، لذلك سوف نقسم هذا الفرع إلى فقرتين، وذلك على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: طول المدى الزمني واستحالة تنفيذ الحكم القضائي:

فمن المشكلات التي يمكن أن تتور حول نص المادة (89) مرافعات يعني أنها جعلت المحكمة النوعية تنظر نوعاً من الدعاوى التي لا تدخل إختصاصها مع أنها صاحبة إختصاص مقصور، حيث جاء في الفقرة الثانية: "إنشاء محكمة ابتدائية متخصصة لنظر نوع معين من الدعاوى يجعل ولايتها قاصرة على ذلك النوع فلا يجوز لها النظر في غيره من الدعاوى"، ثم إستثناء من ذلك الدعوى المرتبطة - ما لم تكن مرتبطة بدعوى أصلية مرفوعة أمامها إرتباطاً لا يقبل التجزئة - وتمكن هذه المشكلة في أن القانون اليمني يبين ماهية الارتباط الذي لا يقبل التجزئة حتى نكون أمام رؤية واضحة، ومن له الحق في التمسك بذلك الحق؟ ومتى يكون ذلك التمسك واجباً؟ حتى ولو بعد الخوض في موضوع الدعوى، مع أنه القانون قد جعل الدفع بإلحالة للإرتباط من الدفع التي يسقط التمسك به بمجرد الدخول في الموضوع، كما أنه كان من الأحرى بالقانون جعل إلتصاص الأصل والعام للمحكمة الابتدائية العادية، وأن يجعل المحكمة النوعية ذات الإلتصاص القاصر تحيل القضية المرتبطة كاملة إلى المحكمة ذات الولاية العامة، لأن في ذلك تكليف أيما تكليف، لأن إلتصاص المحكمة النوعي هو إستثناء وإلتصاص بالدعوى المرتبطة إستثناء إضافي، وذلك ليس إلا إعتراضاً من القانون بأهمية الارتباط وإنها لا تقل أهمية عن القواعد التي تتعلق بالنظام العام الذي نسعى ونوصي المقتن بإعادة النظر

في قواعد الارتباط وجعلها من النظام العام، فالغاية من الاحالة للإرتباط بشكل عام أكبر أهمية منه في نص المادة (2/88) آفة الذكر وأولى بالاستثناء، وجعل حق إثارته للمحكمة وللخصوم في أي مرحلة تكون عليها الخصومة.

مشكلات الواقع العملي: رتبت الصور التشريعية وعدم التنظيم القانوني السليم مشكلات في الواقع،

منها ما ورد في نص المادة (274/أ) مرافعات يمي التي تقضي بأنه: "لا يجوز الطعن فيما أصدرته المحكمة من أحكام غير منهية للخصومة أثناء سيرها إلا بعد صدور الحكم المنهي لها لحلها عدا ما يلي: أ- ما أصدرته المحكمة من أحكام بوقف الخصومة أو بعدم الاختصاص أو بإحالة على محكمة أخرى للإرتباط فيجوز الطعن في هذه الأحوال إستقلالاً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورهما، وعلى محكمة الاستئناف والفصل فيه على وجه الاستعجال". ففي هذا النص جعل القانون اليمني الاحالة للإرتباط من الأحكام التي يجوز الطعن بها إستقلالاً ولو لم تنته الخصومة، وهنا تثار المشكلة فلو أن الشخص تقدم أمام المحكمة المختصة بالدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لوجود صلة إرتباط ثم أن المحكمة قبلت ذلك الدفع وحكمت بإحالة الدعوى إلى المحكمة المطلوبة إحالة الدعوى إليها إلا أن الخصم الآخر طعن بقرار الاحالة أمام محكمة إستئناف في الوقت الذي تستمر فيه المحكمة المحال إليها الدعوى بالسير في الاجراءات حتى إصدار قرارها في الدعوى المرتبطة النظرة أمامها ثم أن محكمة الاستئناف قضت بإلغاء القرار الصادر بإحالة، وهنا يكون تعارض وتناقض في الأحكام.

وفي ذلك إهدار للوقت والجهد والنفقات؛ سواءً للخصوم أم المحاكم أم للقضاة، والسبب في ذلك هو أن القانون اليمني نص على الاحالة المنهية للخصومة وأغفل مسألة في غاية الاهمية وهي وقف السير في نظر الدعوى المحالة حتى يتم الفصل بقرار الاحالة أمام الاستئناف، فإن عدم النص هو عين السبب في إضاعة

الوقت والجهد (إطالة أمد النزاع)، كما أن نص المادة (274) يمني يؤدي إلى تعارض النتائج وهنا تكون المشكلة العملية المرتبة على النص القانوني العقيم الجامد.

وبما أن القانون اليمني في المادة (274) مرافعات قد أوجب على محكمة الاستئناف الفصل في قرار الاحالة على وجه الاستعجال خلال خمسة عشر يوماً إلا أن ذلك لو قيس بالواقع لوجدنا كثيراً من تلك المسائل بل أغلبها تكاد تكون مستحيلة الفصل في تلك المسائل الواردة في المادة (274) آنفة الذكر خلال تلك المدة الخمسة عشر يوماً، لأن من تلك المسائل ما يمر عليها السنة وما يزيد دون جدوى لمراعاة تلك المدة، والسبب في ذلك هو كثرة القضايا وقلة القضاة، بل ربما السبب في ذلك هو النظر إلى ذلك الدفع بأنه ليس من النظام العام لذلك لا يكون له إهتمام.

وذلك بخلاف القانون المصري في المادة (212) مرافعات التي قضت في فقرتها الأخيرة بأنه " يجب على المحكمة المحال إليها الدعوى أن توقفها حتى يفصل في الطعن"، ومع أن القانون المصري أفرد نصاً قانونياً خاصاً للدفع بالاحالة كما هو في المادة (112) مرافعات مصري إلا أنه لم يجعل الدفع بالاحالة للإرتباط من جملة الأحكام التي يجوز الطعن فيها بالاستئناف ولو لم ينهي الخصومة كما فعل القانون اليمني.

الفقرة الثانية: استحالة التنفيذ للأحكام والمفترضات لتناقضها.

إن إستحالة تنفيذ الحكم القضائي الصادر في الدعوى المرتبطة يُعد نتيجة منطقية للتناقض بين الحكمين الذي يفترض أن الحكمين فصلا في دعوى واحدة أو مرتبطة - إعتقاداً على مسألة أساسية مشتركة - بمعنى أنه يجب أن تكون الدعوى التي رفعت وفصل فيها من قبل إحدى المحاكم الوطنية هي ذات الدعوى التي فصل فيها من قبل المحاكم الأجنبية.

أما المفترضات اللازمة لمعرفة تناقض الأحكام فالقاعدة أنه يفترض لتحقق التناقض بين التأكيد القضائي ضرورة توافر عدة مفترضات لا يمكن القول بوجود تناقض إلا إذا توافرت تلك المفترضات، وهي وجود سنيين

تنفيذين يتمتعان بالقوة التنفيذية، كذلك ضرورة أن يكون الحق محلها تم تأكيد وجوده وتعين مقداره وتأكيد حلول وقت أدائه بموجب السند التنفيذي، أما بالنسبة لتناقض السندين التنفيذي فلا يمكن القول بوجود حالة من حالات التناقض التي تؤدي إلى تعثر تنفيذ الحكم القضائي إلا إذا توافرت هذه المفترضات بين الحكمين، لذلك يفترض أن تتحدد عدة فروض منها:

الفرض الأول: وجود حكمين قضائيين يتمتعان بقوة الأمر المقضي به، ويترتب على ذلك أن التناقض

أو إستحالة التنفيذ لا يقوم إذا لم يكن لأي من الحكمين أو لكليهما معاً حجية الأمر المقضي به في ذات المسألة وفي ذات الوقت، وينتج عن ذلك عدة نتائج أنه لا تناقض بين حكم له حجية الأمر المقضي به وحكم آخر لا يتمتع بهذه الحجية، ويتمثل ذلك بصدور حكمين من محكمتين وفي دعوى مرتبطة⁽¹⁾.

الفرض الثاني: عدم قبول الدفع بإلحالة لقيام الدعوى أو صلة بها أمام المحكمة الأخرى، الأمر الذي

يترتب على ذلك صدور أحكام أو حكمين متعارضين أو متناقضين، على نحو يؤدي إلى إستحالة التنفيذ لتلك الأحكام أو الحكمين، مما يستلزم معه إجراءات إضافية لإزالة التناقض حتى يمكن معه إتخاذ إجراءات التنفيذ بعيداً عن أي تناقض أو تعارض يذكر، وهذا سبب من أسباب إطالة أمد النزاع إلى جانب إستحالة التنفيذ⁽²⁾.

الفرض الثالث: فرض وجود تناقض بين الحكمين، بمعنى أنه يلزم أن يكون الحكمين متناقضين بحيث لا

يستقيمان معاً، وأن التناقض بين حكمين نهائيين أو مستعجلين قضائيين، بمعنى أنه لا يمكن أن يوجد تناقض بين حكم موضوعي وحكم مستعجل، أو حكم نهائي وحكم غير نهائي، أو حكم له حجية الأمر المقضي به، وعمل آخر لا يتمتع بهذه الحجية.

¹ - د/ القاضي/ هيكل عثمان، نظرية الحكم القضائي كسند تنفيذي في قانون القضاء المدني، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، المطبعة القضائية، الطبعة الأولى، 2012م، ص255.

² - المرجع السابق، ص255.

الفرع الثاني

الوسائل الوقائية والعلاجية لحل مشكلة تعارض أو تناقض الأحكام

إن التناقض يؤدي إلى إهدار قيمة التأكيد القضائي، ويمنع إكتسابه للقوة التنفيذية، ويعطل وظيفة القضاء، فقد حرص القانون اليمني والمصري على إيجاد نظام قانوني مهمته الوقاية أو الحيلولة دون إصدار أحكام متناقضة ووسائل علاجية تهدف إلى معالجة المشكلات الناتجة عن عجز النظام القانوني وتزليل عيب التناقض بعد حدوثه، لذلك تُبين الوسائل الوقائية والعلاجية على النحو الآتي:

أولاً: الوسائل الوقائية التي تحول دون إصدار أحكام متناقضة.

أدرك القانون اليمني ونظيره المصري أهمية وسائل الوقاية من التناقض بين الأحكام وتعدد تلك الوسائل، ويأتي على رأسها ما نحن بصدد دراسته وهو الدفع بالإحالة إلى محكمة أخرى لوجود الارتباط الموضوعي للقضية، ومع هذه الأهمية فإن القانون اليمني وكذا المصري قد جعلوا الدفع تسقط بمجرد الدخول في الموضوع، الأمر الذي يوصف بالقصور في التشريع، إذ لو أجاز القانون إبداءها في أية حالة كانت عليها الدعوى - ولو أمام الاستئناف - لحد من مشكلات تعارض الأحكام ووفر الوقت والجهد للقضاء والمتقاضين، فذلك يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بالإضافة إلى مصلحة المتقاضين (الخصوم).

كما أن هناك وسائل أخرى تأتي في المرتبة التالية بعد الدفع بالإحالة للإرتباط هي الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمتين مختصتين في ذات الوقت، وعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، ووجوب وقف الدعوى المدنية إلى حين صدور حكم جنائي في الدعوى الجنائية، وهذا يؤكد على قاعدة تقييد القاضي المدني بما فصل فيه الحكم الجنائي من وقائع فصله فيها ضرورياً كقاعدة جواز التدخل إنضمامياً أو إختصاصياً، حل تنازع الولاية أو الاختصاص، الوقف التعليقي للخصومة بالحجية، ورغم وجود التنظيم القانوني لوسائل الوقاية من التناقض إلا أنه يتجلى لنا من خلال إستقراء النظام القانوني إن هناك قصور في النظام القانوني

المنظم لوسائل الوقاية، وتتمثل أوجه ذلك القصور في النص القانوني (181 - 184) مرافعات يمعي، ويمكن للقاضي إثارة الدفع من تلقاء نفسه، ولا يجب أن يسقط إذا لم يتم تقديمه في أول الخصومة، ونظراً لأن احتمالية فشل وسائل الوقاية عن تحقيق حل مشكلة التناقض، فإن القانونين اليمني والمصري حددا وسائل علاج التناقض، والتي سنبينها في الفقرة التالية.

ثانياً: الوسائل العلاجية التي تزيل عيب التناقض بعد حدوثه⁽¹⁾:

حدد كلاً من القانون اليمني والقانون المصري وسائل علاجية تهدف إلى إزالة التناقض بين الأحكام الناتجة عن قصور الوسائل الوقائية عند تادية عملها، وتتمثل تلك الوسائل بالطعن في الحكم المناقض للآخر؛ الطعن بالاستئناف، الطعن بالنقض في أي من الحكمين المناقضين، المفاضلة بين المناقضين، حظر الأمر بتنفيذ حكم أجنبي.

وبالرغم من ذلك، ومن خلال إستقراء نصوص النظام القانوني، يتجلى لنا وجود بعض القصور في نصوص القانونيين اليمني والمصري، حيث أنهما لم يُبينوا الوسائل العلاجية لحل مشكلة التناقض وخاصة في الأحوال التي يكون فيها التناقض قائماً بين حكم قضائي وطني وآخر أجنبي أو بين سنيين تنفيذيين يتمتعان بالقوة التنفيذية.

كما أن القانون المصري لم يوضح الحل القانوني لكيفية إزالة التناقض بين سنيين تنفيذيين صادرين عن هيئة قضائية واحدة، وهذا الحال لا يقل بل يتساوى مع إنكار العدالة، إضافةً إلى أن من أوجه القصور كما سبق نص المادة (181) مرافعات يمعي ونص المادة (180) مرافعات مصري، أنهما توجبان إبداء الدفع بالإحالة للإرتباط قبل الدخول في الموضوع وسقوطها إذا لم يتم إبدأؤها، الأمر الذي يؤدي حتماً إلى وجود

¹ - د/ أحمد محمد حشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، القاهرة، طبعة 1997م، ص139. د/ القاضي/ هيكل، م. س، ص257. د/ علي هادي العيدي، الاختصاص القضائي للمحاكم الابتدائية في سلطنة عمان، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة السابعة والأربعون، يناير 2005م، ص 289.

أحكام متعارضة، وكان المفترض أن تتضمن تلك النصوص إعطاء الحق للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، وأن يعطي ذلك الحق للخصوم حتى بعد بدء الخصومة، على نحو يجعل المستجير بالقضاء على بينه من أمره.

كما أن الملاحظ في هذه النصوص أنها تؤدي إلى إطالة النزاع بل تكون السبب في ذلك في الأحوال التي قد لا يتقدم الخصم بهذا الدفع وينتج عن ذلك صدور أحكام متعارضة، وما قد يؤدي إليه ذلك الأمر من إطالة النزاع، أما بسبب الإجراءات الإضافية التي يستلزمها هذا الوضع لإزالة هذا التعارض، وإما بسبب استحالة التنفيذ في حالة استمرار هذا الأمر.

أما موضوع إرتباط الدعاوى فيثير الجدل حول مشكلات تنفيذ الأحكام، فالارتباط بين الدعاوى يُعد نتيجة منطقية لصدور أحكام متعارضة، وهذا يؤدي بالتأكيد إلى مشكلات تعثر تنفيذ الأحكام الصادرة، خاصةً مع غياب الوعي القانوني لدى الخصوم وعدم فاعلية السياسة القضائية الحكيمة، التي تُمكن المستجير بالقضاء من الحصول على المطلوب بأقل وقت وجهد ونفقات.

بالإضافة إلى تلك السياسة التشريعية القاصرة، نواجه كم من النصوص القانونية التي تجعل من الحصول على الحكم بعد عناء وإرهاق شديد، فضلاً عن صدور أحكام متعارضة ومتناقضة أو لا يمكن التوفيق بينهما، أضف إلى ذلك عدم إحترام أحكام القضاء وكفالة تنفيذها، لأن الاخلال بهذا المبدأ يصير مبدأ القانون إلى العدم، فلا حماية قضائية إلا بكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة من السلطة القضائية، ولا قيمة للقانون بغير تنفيذ مقتضاه، وإلا فماذا يجدي أن يجتهد ويتكرر القاضي في إيجاد الحلول الناجحة بما يتلاءم وصون الحقوق والحريات المشروعة إذا كانت أحكامه لا يحصل عليه المستجير بالقضاء إلا بعد أن يكون قد أرهاق كاهله ويكون مصيرها بعد الحصول عليه في بعض الأحوال الموت أو عدم التنفيذ، إذ أن ما يطمح إليه كل متقاضٍ

من رفع دعواه لدى القضاء إستصدار حكم لصالحه يحمي حقوقه المعتدى عليها من طرف المعتدي في مدى زمني مناسب مع ترجمة منطوقة على أرض الواقع بتنفيذه⁽¹⁾.

لذلك فالمشكلات التي تم التطرق اليها وتحققت على أرض الواقع، ليس معناها عدم وجود حكم قضائي وأنه لا يحفظ حقاً يذكر لا نفاذ له، بل يترتب على ذلك الحق أثر حتمي وهو إهمال الحقوق والمساس بالمراكز القانونية التي وجد القضاء من أجل حمايتها، وأن عدم الحماية يجعل القضاء مهزوزاً لدى أصحاب الحقوق، وبالتالي تنتهي القيمة القانونية والهيبية القضائية وتغيب رسالة القضاء الذي من أجلها أنشئ، ومن ثم عدم فاعلية القواعد القانونية، الأمر الذي قد يؤدي الى تعطيل تلك القواعد وانحياز منظومة القضاء وتثور الفوضى وعدم الاستقرار، وبالتالي لا بد من الحفاظ على القضاء وتطبيق القانون من أجل عدم الوصول إلى مرحلة الفوضى وعدم الاستقرار.

¹ - د/ القاضي/ هيكل عثمان، م.س، ص 426. د/ أحمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، م.س، ص83 وما بعدها. التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2002م، ص5، وما بعدها.

الخاتمة

تناولنا موضوع الدفع بإلحالة للارتباط من خلال دراسة ومعرفة ماهيتها، وتمييزه عن غيره من مصطلحات الدفع المشابهة له، ثم معرفة مفترضاته القانونية مروراً بالآثار المترتبة عليه، ووقوفاً على المشكلات والمعوقات التي تحول دون تطبيقه، فقد تطرقنا إلى المعوقات في فكرة الدفع بإلحالة لوجود الارتباط وما يترتب عليها من إضاعة الوقت والجهد الذي تبذله الدولة ممثلة بالسلطة القضائية واهداراً لحقوق المتقاضين في الدعاوى المتعددة أمام عدة محاكم لنفس الأطراف والموضوع والأسباب، والتي تأخذ وقت وزمن طويل وهي تنظر في أروقة المحاكم وبين أيدي القضاة المتعددين، فكان لزاماً على القضاء والقضاة الجمع بين تلك الدعاوى المتحدة للأطراف والسبب والموضوع أمام محكمة واحدة وقاض واحد، حتى يتمكن صاحب الحق الوصول إلى حقه بسهولة ويسر وفي وقت قصير وجهد أقل، وفي حالة إهمال ذلك الحق ستؤدي إلى عواقب كبيرة على المتقاضين وعلى القضاء على حدٍ سواء، وعلى سبيل المثال صدور أحكام متعددة ومتعارضة لنفس الأشخاص والموضوع والسبب، ولا يمكن تلافي ذلك إلا بتطبيق الدفع بإلحالة للارتباط ويكون ذلك الدفع بإلحالة للارتباط مسبباً تسبباً قانونياً، كون ذلك النوع من الدفوع تعتبر دفوعاً شكلية في غالبية التشريعات، كونها تحتل مكاناً مرموقاً في قانون المرافعات لارتباطها بالنظام القضائي، كون قانون المرافعات يوضح الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المنظمة لإجراءات المرافعات، وكيفية التمسك بهذا الاجراء والدفوع الشكلية، كونها حق أساسي من أجل المحافظة على الاشكال والأوضاع التي نص عليها قانون المرافعات والجزاء المترتب على مخالفة ذلك الدفع بإلحالة.

كما تناولنا الدفوع الشكلية وهي ليست بالمسألة السهلة لأنها تحتاج إلى موازنة دقيقة بين مسألتين هما التشديد في الاجراءات الشكلية والتساهل فيها، وفي كلا الأمرين له أضراره؛ فالتشديد في الشكلية يؤدي إلى جمود نظام التقاضي وعرقلة سير العدالة مما يؤدي إلى إبطال الدعاوى لأدنى الأسباب، ويهق القضاء بدعاوى

مكررة لا تنقطع سلسلتها إلا بعد أمد بعيد، أما التساهل في الشكلية قد يؤدي إلى فوضى في العمل القضائي وإلى إتاحة الفرصة أمام الحضور للاحتيال على إجراءات التقاضي كسباً للوقت أو للمماطلة عند شعور الخصم بأنه على وشك أن يخسر دعواه أو دفعه، ومن خلال تلك الدراسة التي تناولت الدفع بالإحالة من جميع جوانبها والبحث في تحليل وتوصيف وتأصيل الدفع بالإحالة لوجود الارتباط الموضوعي فقد توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

أولاً: النتائج:

- الدفع بالإحالة للإرتباط يُعد من أهم الوسائل التي رسمها القانون في سبيل الوقاية من عيوب وقصور التنظيم القضائي المؤدي إلى صدور أحكام متعارضة أو متناقضة على نحو لا يمكن التوفيق بين تلك الأحكام وهو ما تميزت به إحالة عن غيرها من الافكار الاجرائية الأخرى التي قد تختلط بها وتعيقها.
- الإحالة القضائية للإرتباط تعتبر من الوسائل المهمة والفاعلة لحل مشكلات الواقع العملي على نحو يؤدي إلى اقتصاد في الاجراءات وتعزيز الثقة لدى المتقاضيين في قضاء أكثر ملائمة مع متطلباتهم القضائية ومشكلاتهم الواقعية التي أصبحت بحاجة إلى تنظيم معاصر وفعال يلتمس الواقع الحالي.
- الاحالة القضائية للإرتباط فكرة أكثر إرتباطاً مع الاختصاص القضائي في جميع أنواعه، إذ هي نوع من الاختصاص.
- لم يورد القانون اليمني والمصري نصاً صريحاً على تعريف خاص بالدفع بالإحالة للإرتباط، كما أنهما لم يحددوا فكرة واضحة حول فكرة الارتباط، وأن كل ما هو سائد في اليمن ومصر إنما هو عبارة عن تعريفات تتسم بالغموض وعدم الدقة والتأصيل القانوني والبعد عن التحليل المنطقي السليم الذي يُعبر وينبع من الجوهر والمضمون، لا للغاية والأثر.

- أتفق القانونان اليمني والمصري على جعل الدفع بإلحالة للإرتباط من الدفع الإجرائية، مع ضرورة أن يتقدم الخصم بالدفع بإلحالة للإرتباط أمام المحكمة قبل النظر في موضوع الدعوى، ورتب كلاً من القانونين على عدم إبداء هذا الدفع قبل النظر في الموضوع سقوط الحق فيه.

- أظهرت الدراسة قصوراً في التنظيم القانوني اليمني والمصري من حيث أهمها لم يضع أي حل للتعارض بين سنيين تنفيذيين.

- عدم وجود سيلة لعلاج التعارض بين حكمين باتين صادرين من محاكم تتبع جهة قضائية واحدة، فلا يوجد في القانون المصري أية وسيلة علاج، وهو أمر غير مقبول لأنه يتساوى مع إنكار العدالة ويؤدي إلى تعثر تنفيذ الأحكام وطول المدى الزمني للتقاضي.

- إنفرد القانون اليمني في وجوب إبداء الدفع بإلحالة للإرتباط أمام المحكمة التي رفع إليها أخيراً بخلاف القانون المصري فقد أعطى الخيار في تقديمه أمام أيّاً من المحكمتين وانفرد القانون المصري في إلزام المحكمة المحال إليها بنظر الدعوى المحالة، واكتفى القانون اليمني بإلزام المحكمة المحيلة أن تحدد للدعوى أمام المحكمة الأخيرة جلسة لنظر القضية المرتبطة به دون إلزامها بنظرها.

- أنفرد القانون اليمني في جعل قرار الاحالة للإرتباط من الأحكام التي يجوز الطعن فيها إستقلالاً ولو لم ينهي الخصومة، إلا أنه لم ينص على وقف التنفيذ حتى يتم الفصل في قرار الاحالة وذلك بخلاف القانون المصري.

- لم ينص القانون اليمني والمصري على الاحالة للإرتباط أمام محاكم الدرجة الثانية وهي ما تسمى الاحالة بين محكمتين متحدتين في الدرجة، كما أنهما لم ينصا على الاحالة من الدرجة الأولى إلى الدرجة الثانية وهي ما تسمى بإلحالة بين محكمتين مختلفتين في الدرجة، ولا على الاحالة بين جهات القضاء كما في مصر.

- لم يضع القانون اليمني والمصري ضابطاً محدداً لفكرة الارتباط وأكتفيا بذكر مصطلح الارتباط الذي لا يقبل التجزئة، كما أنهما لم يفرقا بين أنواع ودرجات الارتباط كما هي عليه بقية القوانين.

- الارتباط كفكرة إجرائية تلعب دوراً هاماً في مختلف مراحل الخصومة، والاختصاص بمختلف أنواعه يتأثر بتلك الفكرة؛ فالمحكمة -في قانون المرافعات اليمني - تجد نفسها مختصة بدعوى أخرى أو بطلب آخر خلاف ما هو قائم أمامها، على الرغم من كونها غير مختصة بذلك حسب الأصل، كما هو في المادة (2/89)، وهذا الإمتداد في الاختصاص يرجع في أساسه إلى الارتباط، كما أن الارتباط فكرة تربط أو ترسم الاطار الذي تقوم فيها الطلبات العارضة بمختلف أنواعها، فالارتباط هو مناط قبول تلك الطلبات في مجموعة، بل هو أساس ذلك القبول.

- إن للارتباط الدور الهام والفعال؛ سواءً في مرحلة إصدار الحكم أم في مرحلة الطعن فيه، إذ يحافظ على وحدة الحكم ويبسط حجيته إلى أحكام أخرى مرتبطة بل أو لاحقة عليه، ويكسر إطار الحجية لذلك الحكم، فتمتد الحجية إلى الاسباب الموضوعية ويوسع من نطاق الطعن الموجه إلى هذا الحكم، كما أن الارتباط يبيح تقديم طلبات جديدة في الاستئناف، بل هو سبب لقبول الاستئناف والاستئناف الفرعي.

- للارتباط له دور واسع في مجالات المرافعات؛ سواءً مجال الاختصاص أم الحكم أم الطعن أم الطلبات المثارة أثناء مرحلة الخصومة، وفي مختلف مراحلها وبدرجات متفاوتة.

- الارتباط له من الأهمية ما يجعله يؤثر على قواعد النظام العام؛ كالاختصاص النوعي، حيث يمتد لإختصاص النوعي إلى الارتباط في الطلبات الأصلية والعارضة، إلا أن ذلك الامتداد أو التأثير يختلف من حيث النطاق في التشريع اليمني عنه في المصري، كما يختلف من حيث النطاق في التشريع اليمني عنه في المصري، وكل ذلك الامتداد للإختصاص وإختلاف الضابط والطريقة التي يسير عليها يرجع إلى عدم الاهتمام بقواعد الارتباط وتوسيع الحق في التمسك به أمام المحاكم المختلفة؛ فالقانون اليمني جعل

الارتباط إمتداداً لإختصاص المحكمة النوعية صاحبة الاختصاص المقصور كما هو في المادة (89) مرافعات يعني، على خلاف ما هو عليه القانون المصري الذي جعل الارتباط إمتداداً لإختصاص المحكمة الابتدائية بطلبات لا تدخل أساساً على الارتباط نظراً لما تتمتع به من ولاية عامة، أو نظراً لما يتوفر للمحكمة الابتدائية من ضمانات، أو لأن المحكمة المختصة بالكثير تختص بالقليل وإخراج ذلك من المحكمة الجزئية صاحبة لإختصاص المقصور.

ثانياً: التوصيات.

إذا كانت تلك هي النتائج والأفكار التي توصلنا إليها في بحثنا لفكرة الاحالة القضائية للإرتباط كسبب من أسباب الدفع بإحالة، فإنه من أجل تعزيز وظائف النظام القانوني لهذا النوع من الدفع ووصولاً إلى العدالة القضائية بأقل جهد ووقت ونفقات فإننا نقدم بعض التوصيات التي نأمل أن تلقى قبولاً، وتؤخذ بعين الاعتبار، وهي على النحو الآتي:

- يمكن تعريف الإحالة للارتباط بأنه: عبارة عن صلة بين دعويين مشتركيتين في عناصرهما الموضوعية - المحل أو السبب - أو في جزء منها ينشأ عن الفصل في إحداها تأثيره على الآخر.

- نوصي المقنن وكذلك سلطتي القضاء والتشريع اليمني والمصري بحذف عبارة: والدفع بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لإرتباطها بدعوى أخرى مرفوعة أمامها من المادة (181) مرافعات يعني والمادة (108) مرافعات مصري أو إستثناءً، وذلك بعد حذفها من أول النص بحيث يصبح نص العبارة في آخر نص المادة المراد تعديلها كما يلي: " .. بإستثناء الدفع بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لإرتباطها بدعوى أخرى".

- نقترح على مجلس القضاء الأعلى أن يتقدم بطلب إلى السلطة التشريعية وذلك بأن تدرج عبارة: "إلا إذا نشأ سبب الدفع بعد الدخول في الموضوع"، في نص المادة (181): يسقط الحق في الدفع بعدم

- الاختصاص المكاني وفي الدفع ببطلان الاعلان أو الاستدعاء في الدفع بطلب إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام نفس ذات النزاع أمامها أو لإرتباطها بدعوى أخرى مرفوعة أمامها وكذلك سائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات إذا لم تُبدَّ جميعها أو ما يراد بداؤه منها دفعة واحدة قبل الدخول في موضوع النزاع.
- نوصي السلطين التشريعية والقضائية في اليمن ومصر بإفراء نص خاص بالإحالة للإرتباط على نحو يعطي الخصوم الحق في إبداءه في أي مرحلة تكون عليها الخصومة ولو أمام الاستئناف.
- نوصي المقنن اليمني والسلطة القضائية بأن يُعطى الخصوم - صاحب الحق في الدفع - الخيار في تقديم الدفع بالإحالة للإرتباط أمام أي من المحكمتين وإلزام المحكمة المحال إليها الدعوى بنظرها مادامت مختصة كما فعل القانون المصري، ولا يقيد ذلك أمام المحكمة التي قدمت إليها الدعوى أخيراً.
- نوصي السلطة القضائية والمقنن اليمني بحذف عبارة: وإذا كانت إحدى المحكمتين غير مختصة وجب إبداء الدفع أمام المحكمة غير المختصة من المادة (184) مرافعات، لعدم الجدوى من ذكرها في النص الخاص الذي ينظم أحكام الاحالة للإرتباط.
- نوصي السلطة التشريعية والقضائية اليمنية بإضافة عبارة: وفي الحالة الأخيرة يجب على المحكمة المحال إليها الدعوى أن توقفها حتى يفصل في قرار الاحالة إلى نص المادة (274) مرافعات يعني كما فعل القانون المصري.
- نوصي السلطة التشريعية والقضائية اليمنية وكذا المصرية النص صراحةً على جواز الاحالة من الدرجة الأولى إلى الدرجة الثانية متى ما توافر مبرر الإحالة، والتفريق بين أنواع الارتباط؛ العادي، وغير القابل للتجزئة.
- نوصي السلطة التشريعية والقضائية اليمنية أن يعملوا على إضافة نص على التزام المحكمة المحال إليها الدعوى المرتبطة بنظرها كما فعل القانون المصري، لأن القول بغير ذلك أو عدم النص عليه صراحةً يعني

أن للمحكمة المحال إليها الدعوى رفض تلك الدعوى أو عدم السير فيها، الأمر الذي يؤدي إلى خلاف ما قصده القانون من الإحالة، وسوف نكون أمام حلقة ليس لها نهاية.

- نوصي المقتن اليمني أن يعمل على تعديل الفقرة الثانية من المادة (89) إما بحذف عبارة ما لم تكن مرتبطة بدعوى أصلية مرفوعة أمامها إرتباطاً لا يقبل التجزئة حتى يبقى الاختصاص على الأصل العام، وتعود القضية المرتبطة إلى المحكمة العامة، لأنها صاحبة الاختصاص الأصيل.

تم بحمد الله رب العالمين.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع اللغوية:

الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح باب النون، نخضة مصر، معجم الرائد.

ثانياً: المراجع القانونية العامة:

- د/ إبراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1981م.

- د/ أحمد صدقي محمود، المدعى عليية وظاهرة البطء في التقاضي، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت.

- د/ أحمد ملبجي، تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.

- د/ أحمد هندي، العلم القانوني بين الواقع والمنطق في التنظيم القانوني، دار الجامعة الجديدة، سنة 1999م.

- د/ حامد محمد حامد فهمي، النقص في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، 1937م.

- د/ رمزي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام في أعمال القضاء في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1983م.

- د/ عاشور مبروك، النظام الإجرائي للطعن بالنقض في المواد المدنية مكتبة الجديد، المنصورة، 1995م.

- _____، النظام القانوني لمثول الخصوم أمام القضاء المدني، مكتبة الجلاء الجديدة، الطبعة الأولى، 1988م.
- د/عبد الملك الجنداري، الولاية القضائية والاختصاص القضائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، 1434هـ - 2013م.
- عبيد محمد القصاص، تناقض الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
- د/فتحي والي، الوسيط في القانون المدني، طبعة نادي القضاة، دار الكتاب الجامعي، 1980م.
- د/ محمد توفيق فهمي، إختيار قواعد العدالة وإنصاف لحل منازعات التجارية الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.
- د/نبيل عمر، الاصدار الإجرائي وإقتصاديات الاجراء، دار الجامعة الجديدة، 1999م.
- _____، التجهيل الاجرائي، دراسة في قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة، ط 2008م.
- _____، الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام، طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000م.
- _____، الوسيط في الطعن في الاستئناف، دار الجامعة الجديدة، 2000م.
- د/ نجيب أحمد عبدالله الجبلي، قانون التنفيذ الجبري، في المسائل المدنية والتجارية، دراسة للتنفيذ المباشر وغير المباشر، منشورات مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، الطبعة الرابعة، 2009م.
- د/وجدي راغب، نظرية العمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974م.

ثالثاً: المراجع الخاصة:

- د/أحمد أبو الوفاء، أصول المحاكمات المدنية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، بيروت، 1999م.
- _____، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة، 1988م.
- _____، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 1987م.
- _____، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986م.
- د/أحمد خليل، التعارض بين الأحكام القضائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988م.
- د/ أحمد محمد عشيش، مبدأ عدم جواز تناقض الأحكام، القاهرة، 1997م.
- د/أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي القاهرة، 1979م.
- د/أحمد هندي، إرتباط الدعاوى والطلبات في قانون المرافعات، طبعة الدار الجامعية، 1997م.
- _____، مبدأ التقاضي على درجتين، مكتبة ومطبعة الاشعاع، 1992م.
- د/أشرف الندي، الأصول القضائية في المرافعات القانونية، المكتب الفني للإصدارات القانونية.
- د/السيد عبدالعال تمام، تأثير إرتباط الدعوى على وحدة الخصومة المدنية، القاهرة، 1991م.
- د/أمنية النمر، قانون المرافعات، الكتاب الثالث، 1982م.
- د/رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م.
- د/ سعيد خالد الشرعي، الموجز في أصول قانون القضاء المدني، مركز الصادق للطباعة والنشر، صنعاء، 1421هـ.

- _____، حق الدفاع أمام القضاء المدني، دراسة فقهية مقارنة في القانونيين المصري واليمني، وشرح القانون الاسلامي، رسالة دكتوراه، عين شمس، 1990م.
- د/عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات في قانون المرافعات الجديد، دار الفكر، 1980م.
- د/علي أبو عطية هيكل، الدفع بالأحالة في قانون المرافعات، دراسة تحليلية، دار المطبوعات الجامعية، 2007م.
- د/فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، قام بتحديثها أحمد ماهر زغلول، الطبعة الثانية، 1997م.
- _____، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت.
- محمد راتب ومحمد نصر الدين كامل، ومحمد فاروق راتب، قضاء الامور المستعجلة إختصاص قاضي لإامور المستعجلة، عالم الكتب، الطبعة السادسة، 1976م.
- د/محمد وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، الجزء الثاني، الطبعة النموذجية، سنة 1958م.
- د/ محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج 1، 2، 1957م، 1958م.
- د/محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء شرح القانون والقضاء، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، 1995م.
- د/مصطفى مجدي هرجة، دفوع وأحكام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر والقانون المنصورة، طبعة، 2008م
- د/ نبيل عمر، أصول المرافعات، المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، طبعة 1986م.

- _____، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر.
- د.ق/هيكل أحمد عثمان، نظرية الحكم القضائي كسند تنفيذي في قانون القضاء المدني، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة، المطبعة القضائية، الطبعة الأولى، 2012م.
- د/ وجددي راغب، مبادئ القضاء المدني، في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.

رابعاً: المقالات والمجلات:

- د/ إبراهيم محمد العنابي، الحق في محاكمة عادلة في ضوء الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، مقارنةً بوثائق الدول الأخرى، مجلة العلوم القانونية، الأردن، العدد الأول، يناير 1996م.
- د/أحمد أبو الوفاء، الاحالة بمقتضى المادة (135) مرافعات مدنية بالقانون رقم (100) لسنة 1962م، مجلة إدارة قضايا الدولة، السنة الثامنة العدد الثالث، يوليو سبتمبر 1962م.
- د/أحمد خليل، التقاضي على درجة واحدة وعلى ثلاث درجات في القانون اللبناني، مجلة الحقوق، العدد 1، 2، 1994م.
- د/أحمد مسلم، التأصيل المنطقي لأحوال انقضاء الخصومة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الثانية، ع1، 1960م.
- د/توفيق الشاوش، الارتباط بين الدعاوى وأثره في توزيع إختصاص بين المحاكم الجنائية العادية، مقال في مجلة القانون والاقتصادي، عدد 4، سنة 1954م.

- د/ عبد الباسط جميعي، سلطة القاضي الولائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الخامسة عشر، ع2، يوليو 1969م.
- د/ علي هادي العبيدي، الاختصاص القضائي للمحاكم الابتدائية في سلطنة عمان، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة السابعة والاربعون، يناير، 2005م.
- د/ نور حمد مسلم الحجايا، التناقض بين الأحكام القضائية وأثره على التنفيذ في القانون الدولي الخاص الأردني، مجلة الحقوق العدد الرابع، 29 ذو القعدة، 1426هـ - 2005م.



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

عنوان البحث: جريمة الاختراق الإلكتروني وطرق مواجهتها في القانون اليمني

د. صالح يحيى رزق ناجي
أستاذ القانون الجنائي المساعد

ملخص البحث

معلومات البحث

بالرغم من الفوائد الكبيرة التي أنتجها التقدم التكنولوجي في مجال الاتصالات والمعلومات في جميع مناحي الحياة، إلا أنه سائر ذلك ظهور العديد من الجرائم ذات طابع تكنولوجي ولا تتطلب أي جهد بدني؛ ومن هذه الجرائم جرائم الاختراق الإلكتروني.

تاريخ تسليم البحث:

٢٥ فبراير ٢٠٢٢

وفي هذه الجريمة يقوم مرتكبها بالدخول غير المشروع إلى نظام الكمبيوتر والشبكات والقيام بأنشطة غير مصرح له بها؛ كتعديل البرمجيات التطبيقية وسرقة البيانات السرية أو تدمير الملفات والبرمجيات أو النظام أو لمجرد الاستخدام غير المشروع. وقد هدفت هذه الدراسة إلى بيان ماهية جريمة الاختراق الإلكتروني وأركانها، وكيفية مواجهتها، واقتراح الأساليب والوسائل المناسبة للحد من هذه الجرائم ذات الخطورة البالغة.

تاريخ قبول البحث:

١٨ مارس ٢٠٢٢

وقد تناول هذا البحث التعريف بجريمة الاختراق الإلكتروني وأركانها، كما تناول هذا البحث كيفية المواجهة الوقائية والعقابية لجريمة الاختراق الإلكتروني.

وقد توصل البحث إلى عدد من النتائج والتوصيات التي نرجو من الله تعالى أن تُحقق الهدف المرجو منه.

الباحث: د. صالح يحيى رزق ناجي

البريد الإلكتروني :
salehrzq777800576@Gmail.

Abstract

Despite the great benefits produced by technological progress in the field of communications and information in all aspects of life, this has been accompanied by the emergence of many crimes of a technological nature that do not require any physical effort; Among these crimes are the crimes of electronic hackers.

In this crime, the perpetrator illegally enters the computer system and networks and performs unauthorized activities; Such as modifying the application software, stealing confidential data, destroying files, software, or the system, or just for illegal use.

This study aimed to clarify the nature of the crime of electronic penetration and its elements, and how to confront them, and to suggest appropriate methods and means to reduce these crimes of extreme danger.

This research dealt with the definition of the crime of electronic hackers and its pillars, and this research also dealt with how to confront the preventive and punitive crime of electronic hackers.

The research reached a number of results and recommendations, which we hope from God Almighty to achieve the desired goal.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين محمد بن عبد الله الصادق الأمين وعلى آله وأصحابه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين، أما بعد:

يشهد العالم اليوم ثورة معلومات نظراً لتطور قطاع الاتصالات و تقنية المعلومات، والتي نتج عنها اختراع وتطوير الأجهزة الإلكترونية التي وفرت للبشرية قدرات هائلة على الاحتفاظ بالمعلومات ومعالجتها بسرعة خيالية لم تكن تخطر على بال الإنسان من قبل⁽¹⁾.

كما تُعد شبكة الإنترنت إحدى تقنيات المعلومات والاتصالات وسهلت للناس التواصل مع بعضهم البعض مشاهدة وتجاوز، حيث حررت المستخدم تدريجياً من قيود المكان إلى أن حولت العالم كقرية صغيرة تتلاشى فيه سيادة الدول⁽²⁾.

وبالرغم من الفوائد الكثيرة لهذه الطفرة العلمية التي لا غنى عنها في هذا العصر، إلا أنه نتج عن ذلك التطور جانب سلبي خطير بسبب سوء استخدام هذه التقنية المتطورة، فبتوسع شبكة الإنترنت وبدء استخدامها في المعلومات لشتى المجالات اليومية ودخول معظم فئات المجتمع إلى قائمة المستخدمين، ظهرت أنماط إجرامية حديثة على هذه الشبكة⁽³⁾.

ونتيجة تطور هذه التقنية ظهرت جرائم جديدة لا تتطلب أي جهد بدني، والتي يلزمها وسيلة مناسبة لتنفيذ الجريمة؛ كالجريمة الإلكترونية التي تعد من أخطر جرائم العصر وذلك لسهولة ارتكابها، فالجرم هنا يحتاج إلى وسيلة إلكترونية فقط للقيام بجريمته.

(1) د. هلاي عبد الاله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، مكتبة النسر الذهبي، القاهرة، 1999م، ص6.

(2) تعتبر شبكة النت مهمة للغاية في هذا العصر بحيث لا يمكن الاستغناء عنها لعمل النظم المعلوماتية وشبكات الاتصالات التي تعمل بواسطة برامج معلوماتية، والدخول إلى النظم المعلوماتية بواسطة شبكات الاتصالات وكذلك سريان المعلومات من مكان لآخر في العالم كله يتم بواسطة شبكة النت، للمزيد انظر: د. أحمد حسام طه تمام، الحماية الجنائية لتكنولوجيا الاتصالات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص1.

(3) ا. إبراهيم محمد القاسمي، جرائم الدخول والبقاء غير المشروع في نظام المعالجات الآلية للمعطيات الإلكترونية، رسالة ماجستير- كلية الحقوق - جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018م، ص1.

مشكلة البحث: تظهر مشكلة البحث في النقاط التالية:

- حداثة هذه الجريمة، وتطورها المستمر، مع عدم كفاية وقدرة النصوص القانونية الحالية لمواجهتها (القصور التشريعي).
- خطورة الجريمة الإلكترونية على أمن المعلومات في كافة المجالات العامة والحيوية، وعلى الأمن القومي.
- سهولة إخفاء معالم الجريمة الإلكترونية وصعوبة الحصول على دليل إثباتها، مما يصعب مواجهتها.

أهمية البحث: تظهر أهمية البحث في النقاط التالية:

- أهمية الدراسة من الوجهة العملية؛ خاصةً مع التزايد الملحوظ والمتسارع لمعدلات جريمة الاختراق الإلكتروني على الأفراد والمؤسسات والدول.
- رفع الوعي لدى القضاة وغيرهم من العاملين في المجال القانوني والأجهزة العاملة على مكافحة تلك الجرائم.
- إثراء الفكر القانوني بالدراسات ذات الصلة بجريمة الاختراق الإلكتروني في المجتمع اليمني.

أهداف البحث: تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف الآتية:

1. بيان ماهية جريمة الاختراق الإلكتروني وأركانها.
2. توضيح كيفية مواجهة جرائم الاختراق الإلكتروني.
3. اقتراح الأساليب والوسائل المناسبة للحد من هذه الجرائم ذات الخطورة البالغة.

تساؤلات الدراسة: تطرح دراسة جريمة الاختراق الإلكتروني العديد من التساؤلات، أهمها:

1. ما المقصود بجريمة الاختراق الإلكتروني؟ وماهي صورها وأركانها؟
2. ما أساليب مواجهة جريمة الاختراق الإلكتروني؟
3. هل توجد قوانين تجرم الاختراق الإلكتروني وتضع لها عقوبات؟

منهج الدراسة:

سنتبع في كتابة هذا البحث المنهج الوصفي و التحليلي، من خلال استخلاص الأفكار المتعلقة بالموضوع من الرسائل العلمية والمؤلفات العامة، والأبحاث والدوريات المتخصصة من جهة، وتجميع النصوص القانونية اليمنية ذات العلاقة من جهة أخرى، وتحليلها وتشخيص الظاهرة، وصولاً إلى وضع الحلول والمعالجات المناسبة للحد منها.

كما سنتبع المنهج المقارن لأهميته في هذه الدراسة، بغية تحقيق النتائج العلمية المرجوة، من خلال إبراز أوجه الاختلاف والتشابه بين عدد من القوانين ومن ثم الخلوص إلى نتائج محددة، ليسترشد بها المقنن اليمني.

خطة الدراسة: سوف نتناول هذه الدراسة في مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية جريمة الاختراق الإلكتروني.

المطلب الأول: مفهوم جريمة الاختراق الإلكتروني.

المطلب الثاني: أركان جريمة الاختراق الإلكتروني.

المبحث الثاني: المواجهة الوقائية والعقابية لجريمة الاختراق الإلكتروني.

المطلب الأول: التدابير الوقائية من جرائم الاختراق الإلكتروني.

المطلب الثاني: المواجهة الجنائية العقابية لجرائم الاختراق الإلكتروني.

المبحث الأول

ماهية جريمة الاختراق الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

من المعلوم أن التقدم التكنولوجي في مجال الاتصالات والمعلومات له العديد من الإيجابيات، التي خدمت وطورت وسهلت للإنسان في كثير من نواحي الحياة العملية والعلمية ولا يمكن الاستغناء عنها في هذا العصر، ومع ذلك ظهر لهذا التطور جانب سلبي نتيجة الميول الإجرامي لدى البعض وإساءة استخدام هذه التكنولوجيا في أنماط مختلفة من الجرائم؛ كجريمة الاختراق الإلكتروني.

حيث صاحب التقدم العلمي والتكنولوجي، ظهور أنماط وأساليب إجرامية لم تكن معروفة من قبل، ويأتي في مقدمتها جريمة الاختراق الإلكتروني، والدخول غير المشروع على شبكات الحاسب، ونظم المعلومات ونشر الفيروسات وإتلاف البرامج وتزوير المستندات ومهاجمة المراكز المالية والبنوك، التي تؤدي إلى الحرب الإلكترونية، والإرهاب الإلكتروني، ونشر الشائعات والأكاذيب، إضافة إلى نشر الرذيلة والإباحية، وغيرها من الجرائم الإلكترونية⁽¹⁾.

كما تختلف الأهداف المباشرة لهذه الجريمة، فقد تكون المعلومات هي الهدف المباشر حيث يسعى المخترق لتغيير أو سرقة أو إزالة معلومات معينة، وقد يكون الجهاز هو الهدف المباشر بغض النظر عن المعلومات المخزنة عليه؛ كأن يقوم المخترق بعملية بقصد إبراز قدراته الاختراقية أو لإثبات وجود ثغرات في الجهاز المخترق⁽²⁾.

(1) د. سليمان عبد الرزاق الغديان، صور جرائم الابتزاز الإلكتروني ودوافعها والآثار النفسية المترتبة عليها من وجهة نظر المعلمين ورجال الهيئة والمستشارين النفسيين، بحث منشور في مجلة البحوث الأمنية- كلية الملك فهد الأمنية، العدد 69، 1439هـ/ 2018م، ص162.

(2) د. محمد محسن حسينات، جرائم الحاسوب والإنترنت، مجلة جامعة فلسطين للأبحاث والدراسات، فلسطين، العدد2، 2012م ص334.

لذلك، سنتناول في هذا المبحث مفهوم جريمة الاختراق الإلكتروني في مطلب أول، ثم نتناول أركان الجريمة في مطلب ثاني، على النحو الآتي:

المطلب الأول

مفهوم جريمة الاختراق الإلكتروني

لا شك أن التقدم الحضاري الذي يشهده العالم أثر في كافة مناحي الحياة، سواءً كان ذلك التغيير في سلوكيات الأفراد أم غير ذلك من التأثيرات الخاصة بنوعية الجريمة والمجرم وأصبح ملموساً لدى كل المختصين والمهتمين بعلم الإجرام⁽¹⁾، ومن هذه الآثار جريمة الاختراق الإلكتروني⁽²⁾، لذلك سنحاول التعرف على هذا النوع من الإجرام من خلال البحث في مصطلحات الدراسة، ثم أهم صور جريمة الاختراق، على النحو التالي:

الفرع الأول

مصطلحات الدراسة

سنتعرف في هذا الفرع على مصطلحات الحاسب الآلي والجريمة الإلكترونية والاختراق الإلكتروني، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الحاسب الآلي:

الحاسب الآلي عبارة عن جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقاً للتعليمات المعطاة له بسرعة كبيرة تصل إلى عشرات الملايين من العمليات الحسابية في الثانية الواحدة وبدرجة عالية من الدقة وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات وتشغيلها واسترجاعها عند الحاجة إليها⁽³⁾.

(1) مجمع البحوث والدراسات، الجريمة الإلكترونية في المجتمع الخليجي وكيفية مواجهتها، أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة - سلطنة عمان، 2016م، ص19.

(2) أصبحت جريمة الاختراق من الجرائم التي يصعب حماية أي مؤسسة أو فرد منها وذلك لعدة أسباب، منها: المحاولات المستمرة من قبل المخترقين للعثور على طرق جديدة لاستهداف المعلومات. (د. إسماعيل عبدالله حسن حميد: الأمن السيبراني، مكتبة الجيل الجديد - صنعاء، 2021م، ص101).

(3) أ. محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، 2004م، ص13.

كما عُرف الحاسب الآلي بأنه: "جهاز إلكتروني يستطيع ترجمة أوامر مكتوبة بتسلسل منطقي، لتنفيذ عمليات إدخال بيانات، أو إخراج معلومات وإجراء عمليات حسابية أو منطقية، وهو يقوم بالكتابة على أجهزة الإخراج أو التخزين، والبيانات يتم إدخالها بواسطة مشغل الحاسب عن طريق وحدة الإدخال، مثل لوحة المفاتيح، أو استرجاعها من خلال وحدة المعالجة المركزية التي تقوم بإجراء العمليات الحسابية، وكذلك العمليات المنطقية، وبعد معالجة البيانات، تتم كتابتها على أجهزة الإخراج مثل الطابعات أو وسائط التخزين المختلفة⁽¹⁾.

ثانياً: الجريمة الإلكترونية:

تعرف الجريمة بشكل عام بأنها: "كل فعل أو امتناع عن فعل يراه المشرع الجنائي متعارضاً مع القيم والمصالح الاجتماعية فيتدخل بالنص على العقاب عليه"⁽²⁾.

أما الجريمة الإلكترونية فتُعرف بأنها: "نشاط غير مشروع موجه لنسخ أو تغيير أو حذف أو الوصول إلى المعلومات المخزنة داخل الحاسب أو التي تحول عن طريقه"⁽³⁾.

كما عُرفت بأنها: "جريمة ناعمة ترتكب دون عنف، وفي الخفاء، لا أثر خارجي لها، ويمكن تدمير أي أثر عليها في ثانية واحدة أو عدة ثواني، ويكون اكتشافها في الغالب بالصدفة"⁽⁴⁾.

وعرفها آخر بأنها: "نشاط إلكتروني يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير مادياً ومعنوياً عن طريق استخدام الحاسب الآلي من الجاني ضد حاسوب المجني عليه"⁽⁵⁾.

(1) د. هلاي عبد اللاه أحمد، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص17.

(2) د. فوزية عبد الستار، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص14.

(3) د. هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص5.

(4) د. فريد منعم جبوري، حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم المعلوماتية، منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان، 2010م، ص183.

(5) د. محمد مصلح علي الجراي، آثار مسرح الجريمة ودورها في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، رسالة دكتوراه، جامعة القرآن الكريم وعلومه الإسلامية، السودان، 2019م، ص 278. أ/ طارق الشداي، آية البناء الأمني لنظم المعلومات، دار الوطن للطباعة والنشر - الرياض، 1421هـ، ص20، 21.

وعُرفت أيضاً بأنها: "نشاط إجرامي تستخدم فيه التقنية الإلكترونية (الحاسوب وشبكة الإنترنت) بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كوسيلة لتنفيذ الفعل الإجرامي المستهدف"⁽¹⁾.

والجدير بالذكر، إن الجريمة الإلكترونية بدأت في الانتشار مع ظهور برامج قياس درجات الأمان في أنظمة الحاسبات الآلية، حيث تم استخدام هذه البرامج لالتقاط المعلومات والتلاعب بأنظمة الحاسبات التي تحتوي عليها، وذلك لأغراض غير مشروعة، وتستخدم هذه البرامج للتعرف على نقاط الضعف في نظام الحاسب الآلي الخاص بالجنبي عليه، والتي من خلالها يستطيع الجاني أن يسيطر على النظام ثم يقوم بنشاطه غير المشروع وبحول هذا النشاط إلى مكاسب غير مشروعة، وينتهي محو كل أثر يمكن أن يكشف الجريمة⁽²⁾.

وخلاصة القول، إن الجريمة الإلكترونية عبارة عن: "سلوك غير مشروع صادر عن إرادة جنائية، موجه للأجهزة الرقمية أو باستخدامها".

ثالثاً: تعريف جريمة الاختراق الإلكتروني:

دائماً الاختراق مرتبط بالشبكة العنكبوتية⁽³⁾، التي تُعد وسيلة لاختراق الأجهزة والشبكات المعلوماتية، ويقصد بالاختراق: "الدخول بدون تصريح وبطريقة متعمدة إلى الحاسب الآلي، أو الموقع الإلكتروني أو النظام

(1) أ. أسامة أبو كلعوش علي، جرائم الحاسوب ووسائل مواجهتها، مجلة الشرطة، الجزائر، العدد 84، 2007م. ص 51. أ. صغير يوسف، الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت، رسالة ماجستير - جامعة مولود معمري - تيزي وزو - الجزائر - 2013م، ص 9.

(2) د. نائلة عادل محمد قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان، 2005م، ص 36.

(3) يصنف الاختراق إلى ثلاثة أنواع، هي: (اختراق الأجهزة، اختراق المواقع، اختراق البريد). وحتى تتم عملية الاختراق لابد من برنامج يتم تصميمه ليتيح للمخترق اختراق الحاسب الآلي لشخص آخر أو اختراق موقع إلكتروني أو اختراق البريد الإلكتروني الخاص بشخص ما، وقد صممت العديد من تلك البرامج التي تتيح عملية الاختراق. (أ. منير الجنبهي، أ. ممدوح الجنبهي، أمن المعلومات الإلكترونية، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، 2005م، ص 27). وآلية عمل برامج الاختراق: تستخدم نوعين من الملفات: الأول: يسمى CLIENT EXE والثاني: SERVER. EXE وكلاهما يندرج تحت اسم TROJAN حيث يعمل ملف SERVER على فتح ثغرة في الحاسب المستهدف ليتمكن ملف CLIENT من الدخول إلى الحاسب من خلال هذه الثغرة = VULNERABILITIE= والمقصود بالثغرة هنا PORT وكل برنامج اختراق يعتمد على رقم منفذ خاص به حيث أن برنامج NET BUS المنفذ (1 2 3 4 5) للدخول من خلاله، وعليه فإن عملية الاختراق مبنية على فكرة السيطرة عن بعد REMOTE CONTROL وهذه العملية لا تتم إلا من خلال الملفين المذكورين آنفاً والمنفذ الخاص به الذي يمكن المخترق من إدخال عنوان الحاسب المستهدف I.P ADDRESS ويرسل هذا الملف إلى الحاسب المستهدف بواسطة الطرق التالية: - رسائل البريد الإلكتروني E-MAIL MESSAGES . - برنامج الدردشة (ICQ). - إنزال البرامج من المواقع غير الموثوق بها. أ. منير محمد الجنبهي، أ. ممدوح محمد الجنبهي، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، 2005م، ص 53.

المعلوماتي عبر شبكة النت، حيث يقوم به أشخاص لهم دراية ومعرفة بأنظمة الحاسب والشبكات ونظم التشغيل، مما يمكنهم من تخطي وسائل الحماية وإجراءات الأمن بقدرة فائقة، وأغلب الجرائم الإلكترونية تتم عن طريق الاختراق، ولا يقتصر دور الاختراق في استهداف النظام الإلكتروني فقط، وإنما يشمل حالة استخدام النظام الإلكتروني في ارتكاب الجريمة⁽¹⁾.

لذلك يُعرف اختراق الأنظمة بأنه: "دخول شخص غير مخول بذلك إلى نظام الكمبيوتر والقيام بأنشطة غير مصرح له بها كتعديل البرمجيات التطبيقية وسرقة البيانات السرية أو تدمير الملفات والبرمجيات أو النظام أو مجرد الاستخدام غير المشروع"⁽²⁾.

ويُعرفه آخر بأنه: "عبارة عن فعل دخول غير مصرح به إلى جهاز الحاسب الآلي العائد للغير وشبكتة الإلكترونية ويتم هذا الاختراق باستخدام برامج متطورة يستخدمها أشخاص لديهم الخبرة والقدرة على استخدامها في الدخول غير المصرح به"⁽³⁾.

وقد هذا الصدد عرفت المادة (1) من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري الاختراق بأنه: "الدخول غير المرخص به أو المخالف لأحكام الترخيص، أو الدخول بأي طريقة غير مشروعة إلى نظام معلوماتي أو حاسب آلي أو شبكة معلوماتية وما في حكمها"⁽⁴⁾.

أما مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات اليمني⁽⁵⁾ . فلم يذكر تعريفاً للاختراق الإلكتروني.

(1) أ. خالد ناصر السيد، الحاسب والمجتمع الإلكتروني، مكتبة الرشد- الرياض، ط2، 2005م، ص197.

(2) د. إسلام عبدالله محمد عباس، أمن المعلومات على شبكة الإنترنت واستخدام طريقة حقن لغة الاستعلام في اختراق قواعد بيانات المواقع الإلكترونية، رسالة دكتوراه- جامعة النيلين، السودان، 2010م، ص18.

(3) د. نديم محمد حسن التريزي، الإقرار بواسطة الوسائل الحديثة في القضايا الجنائية- دراسة تحليلية بين الشريعة الإسلامية والقانون اليمني، مكتبة الصادق للطباعة والنشر- صنعاء، 2012م، ص213. أ/أسامة غانم العبيدي، جريمة الدخول غير المشروع إلى النظام المعلوماتي، دراسة قانونية في ضوء القوانين المقارنة، مجلة دراسات المعلومات، العدد14، 2012م، ص13.

(4) القانون المصري رقم (175) لسنة 2018م، في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

(5) مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات اليمني، النسخة المعدلة بتاريخ 2020/11/13م، والمعتمدة من وزارة الشؤون القانونية..

وخلاصة القول، إن جريمة الاختراق عبارة عن سلوك غير مشروع يتم عبر الدخول غير المصرح به إلى أجهزة الحاسب الآلي أو التلفون، للتجسس أو لإتلاف أو محو أو تعديل أو نسخ أو ابتزاز أو إرهاب أو غيرها من الجرائم الماسة بالحاسوب والتلفون.

الفرع الثاني

صور من جرائم الاختراق

يوجد العديد من صور الجرائم المرتبطة بشبكات المعلومات والتي تنوعت فيما بينها⁽¹⁾، ما بين جرائم ذات طابع سياسي أو ذات ارتباط بالأمن القومي، وبين جرائم ذات طبيعة جنائية، تنوعت بدورها إلى جرائم ذات طابع اقتصادي؛ كقرصنة البرامج وعمليات الاحتيال التي تتم عبر الشبكة وعمليات غسيل الأموال، وجرائم تتعلق بسلامة الأفراد، والجرائم المخلة بالأداب العامة، وكذلك الجرائم التي تتعلق بسلامة شبكات المعلومات ذاتها؛ كتعطيل وإفساد أنظمتها والاستيلاء على المعلومات التي يتم نقلها عبر الشبكة والاعتداء على المواقع الإلكترونية لإفسادها⁽²⁾. لذلك سوف نتناول في هذا الفرع أهم صور جرائم الاختراق الإلكتروني، على النحو الآتي:

أولاً: جريمة التجسس الإلكتروني:

من المعلوم أن الثورة المعلوماتية وبفضل وجود تقنيات عالية التطور أصبحت حدود الدول مستباحة بأقمار التجسس والبعث الفضائي، مما أدى إلى تحول وسائل التجسس من الطرق التقليدية إلى الطرق الإلكترونية خاصة مع استخدام الإنترنت وانتشاره عالمياً.

(1) أ. صغير يوسف، الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، 2013م، ص43.

(2) د. نائلة عادل محمد فريد قورة، مرجع سابق، ص37. وهناك تقسيم لأنواع الاختراق من حيث محل الاعتداء مثل: 1- اختراق المبرودات أو الأجهزة الرئيسية للشركات والمؤسسات أو الجهات الحكومية وذلك باختراق الجدران النارية التي توضع لحمايتها. 2- اختراق الأجهزة الشخصية والعبث بما تحويه من معلومات. 3- التعرض للبيانات أثناء انتقالها والتعرف على شفراتها، وهذه الطريقة تستخدم في كشف أرقام البطاقات الائتمانية وكشف الأرقام السرية للبطاقات البنكية. أ. أحمد المشد، القرصنة الإلكترونية وأمن المعلومات، مؤسسة الأمة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017م، ص34.

لذلك يعتبر التجسس الإلكتروني من المجالات الخصبة للجرائم الإلكترونية، حيث يعد الحاسب الآلي من أهم الوسائل التي تساعد في ارتكابها، كما يتسع التجسس في مجال المعلوماتية ليشمل أنماطاً متعددة من المعلومات والتي تتعلق بأسرار الدولة وبالعديد من المجالات؛ لاسيما أسرار الدفاع⁽¹⁾. كما سهلت شبكة الإنترنت الأعمال التجسسية بشكل كبير، حيث يقوم المجرمون بالتجسس على الأشخاص أو الدول أو المنظمات أو الهيئات أو المؤسسات الدولية أو الوطنية، حيث تستهدف عملية التجسس في العصر المعلوماتي ثلاثة أهداف رئيسية، وهي: التجسس السياسي والعسكري والاقتصادي⁽²⁾. لذلك يعتبر التجسس الإلكتروني أحد أشكال التجسس الحديث؛ الذي يتم بواسطة الأرقام الصناعية و بواسطة طائرات الاستطلاع المتقدمة، مما يصعب في معظم الأحيان تمكن الدول من ضبط الشخص الذي قام بالتجسس الإلكتروني رغم معرفتها بالمكان الذي يتم التجسس عليها من خلاله⁽³⁾.

وتكمن خطورة جريمة الاختراق أثناء عمليات التجسس التي تقوم بها الأجهزة الاستخبارية للحصول على أسرار ومعلومات الدولة بغرض إفشائها لدولة أخرى معادية، أو استغلالها بصورة تضر المصلحة الوطنية للدولة. حيث توجد برامج معينة يلجأ إليها قراصنة الإنترنت عند التجسس، بحيث تتيح لهم الاطلاع على المعلومات والبيانات الخاصة بالأشخاص المتعاملين عبر شبكة الإنترنت⁽⁴⁾، كالشركات التجارية والمؤسسات، بحيث يقوم قراصنة الإنترنت باستخدام هذه المعلومات والبيانات من أجل ممارسة الأنشطة الإجرامية⁽⁵⁾.

(1) د. نائلة عادل محمد قورة، مرجع سابق، ص 272. د. إبراهيم محمود اللبيدي، الحماية الجنائية لأمن الدولة، بدون دار نشر، القاهرة، 2007م، ص 76.

(2) أ. علي عدنان الفيل، الإجرام الإلكتروني، منشورات زين الحقوقية، دمشق، 2011م، ص 96، 79.

(3) أ. منير محمد الجنبهي، أ. ممدوح الجنبهي، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، مرجع سابق، ص 110.

(4) ومن الأمثلة الشهيرة في جريمة التجسس عبر الاختراق الإلكتروني إلى منظومة معلوماتية تخص الدولة، ما قام به موقع ويكيليكس من عملية اختراق المواقع الإلكترونية لبعض الحكومات، والبريد الإلكتروني للعديد من الجهات الحكومية، وبعض مشاهير العالم ونشر المعلومات السرية لتلك الحكومات والأشخاص عبر الإنترنت من خلال موقعهم المسمى ويكيليكس. على النت.

(5) د. جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان المغنطة، دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 2003م، ص 36.

الجدير ذكره، أن جرائم الاختراق زادت في المراكز العسكرية الاستراتيجية وتعرضها لقرصنة معلوماتية⁽¹⁾، بغرض الحصول على البيانات والمعلومات المخزنة في ذاكرة الأجهزة المستعملة لديها.

وخلاصة القول، إن التجسس الإلكتروني هو عبارة عن اعتداء على سرية المعلومات الموجودة على جهاز الحاسوب دون إذن صاحبها؛ سواءً كان شخص أم دولة ودون معرفه بذلك.

ثانياً: جريمة التزوير الإلكتروني:

يُعرف التزوير بأنه عبارة عن تغيير الحقيقة في المحررات بإحدى الطرق المخالفة للطرق التي حددها القانون، تغييراً من شأنه أن يرتب ضرراً للغير، وذلك بنية استعمال هذا المحرر فيما أُعد له⁽²⁾.

لذلك يعتبر التزوير الإلكتروني تغيير الحقيقة في المستندات المعالجة آلياً والمستندات المعلوماتية وذلك بغية استعماله، ويختلف التزوير الإلكتروني عن التزوير التقليدي، حيث يتضمن التزوير المعلوماتي إتلاف المعلومات أو تشويشها أو تحريفها بالتعديل؛ سواءً بالحذف أو بالإضافة، إضافة إلى أنه قد يتعلق بالكيان المادي للحاسب الآلي، أو البرامج ذاتها، حيث يعتبر التزوير الإلكتروني سلوك غير مشروع يتعلق بمعالجة المعلومات ونقلها، فهو سلوك غير قانوني وغير مسموح به يتعلق بالتعامل الفوري مع المعلومات والبيانات أو انتقالها⁽³⁾. وفي هذا الخصوص يوجد التزوير الإلكتروني و له صورتان هما:

1. تزوير التوقيع الإلكتروني⁽⁴⁾.

(1) ومن هذه الحوادث سرقة معلومات عسكرية من أنظمة الحاسوب الخاص بالقوات المسلحة الفرنسية في صيف 1994م. وكذلك اختراق نظام الدفاع الأمريكية- البنتاجون- من قبل قرصان أمريكي استطاع اختراق نظم الحماية وضعت لحماية هذا النظام. د. جميل عبد الباقي الصغير، الإنترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص33. أشار إليه د. عبد الفتاح بيومي حجازي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، مرجع سابق، ص217.

(2) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م، ص244.

(3) د محمد حماد مرهج الهيتي، جرائم الحاسوب، دار المناهج للنشر والتوزيع- عمان، 2005م، ص76

(4) عرف القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية التوقيع الإلكتروني في المادة (2) بأنه: "عبارة عن جزء مشفر في إرسال البيانات أو مضاف إليها أو مرتبط بها ويتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون مدرجاً بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة بحيث يمكن من خلاله التعرف على المنشئ وتمييزه وتحديد هويته والتأكد على موافقته على محتواه". فيما عرف الملقن المصري التوقيع الإلكتروني في الفقرة (ج) من المادة (1) من القانون رقم 15 لسنة 2004م بتنظيم التوقيع الإلكتروني بأنه: "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

2. تزوير البريد الإلكتروني⁽¹⁾.

وهناك طرق عدة للتزوير الإلكتروني، منها⁽²⁾:

- تغيير المحرر بالإضافة أو الحذف: والتزوير الإلكتروني من الممكن وقوعه بطريقة الحذف أو الإضافة.
- وضع أو تغيير إمضاء أو ختم بصمة صحيحة: ويتم التزوير الإلكتروني بهذه الطريقة متى تم إدخال التوقيع أو الإمضاء أو البصمة بطريقة الماسح الضوئي على مستند معالج أو محفوظ داخل الحاسوب، وتصبح الوثيقة وكأنها موقعة وممضاة من قبل صاحب التوقيع أو الإمضاء أو البصمة.
- الحصول بطريق المباغتة أو الغش على إمضاء أو ختم أو بصمة: والمتمثل في التزوير المعلوماتي حين يقوم أحدهم بالحصول على توقيع الجاني أو بصمته أو ختمه وإضافته عبر الماسح الضوئي إلى مستند لم يعرض مضمونه على ذلك الشخص صاحب البصمة أو الختم أو الإمضاء أو يتم الحصول على التوقيع دون رضا الشخص نفسه.
- اصطناع محرر أو تقليده ونسبته إلى الغير: يمكن استخراج محرر طبق الأصل للمحرر الموجود عبر تقنيات الماسح الضوئي والطابعات الملونة.
- ملء ورقة موقعة على بياض دون موافقة صاحب التوقيع: ويمكن حصول التزوير المعلوماتي في المحررات الرسمية كتزوير قسائم سداد الرسوم في مصلحة حكومية.

(1) يعرف البريد الإلكتروني بأنه: وسيلة لتبادل رسائل إلكترونية على عنوان محدد بين أكثر من شخص طبيعي أو اعتباري عبر شبكة معلوماتية أو غيرها من وسائط الربط الإلكتروني من خلال أجهزة الحاسب الآلي وما في حكمها. المادة (2) في التسمية والتعاريف من مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات اليمني. ويعرف اختراق البريد الإلكتروني بأنه: خرق لخصوصية الآخرين وهتك حرمتهم وتجسس على معلوماتهم وبياناتهم التي لا يرغبون أن يطلع عليها غيرهم. ومن الأخطار التي تكنتف البريد الإلكتروني: 1- إغراق صناديق البريد الإلكتروني سواء الشخصية، أم المملوكة لأشخاص اعتبارية بالإميلات الدعائية لمنتجات معينة، مما يؤدي إلى خنق شبكات نقل المعلومات واستهلاك ل موارد الحاسب وحرمان مستخدميه من تشغيل التطبيقات التي يحتاجونها، أو الوصول إلى شركة الإنترنت، 2- استغلال البريد الإلكتروني لنقل العديد من البرامج الضارة ونشرها. 3- استخدام البريد الإلكتروني كوسيلة لجمع المعلومات الشخصية والمالية الحساسة أو ما يسمى بالنصب الإلكتروني باستخدام شبكة الإنترنت. للمزيد أنظر: د. إسماعيل عبد الله حميد، مرجع سابق، ص350.

(2) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص79. د. عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، المجلد الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003م، ص225. الدليل الجنائي و التزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتاب القانونية، مصر، 2001م، ص209، 216. الجريمة في عصر العولمة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م، ص1، 127، 572.

- انتحال الشخصية أو استبدالها في محرر أعد لإثباتها: ويمكن التزوير المعلوماتي عن طريق انتحال شخصية الغير في الاستيلاء على بطاقته الائتمانية مدعياً أنه صاحبها، وبالتالي قيامه بسحب مبالغ مالية من أرصدة المجني عليه، وتكون جريمة انتحال الشخصية غالباً مقترنة بجريمة أخرى إما سرقة بيانات أو عمليات نصب أو احتيال أو استيلاء على أملاك الغير⁽¹⁾.
- تحريف الحقيقة في محرر حال تحريره فيما أعد لإثباته.

لذلك حرصت التشريعات الحديثة على حماية المعلومات الإلكترونية من التزوير الإلكتروني، فحرمت كل صور الاعتداء عليه مثل: الدخول بطريق الغش أو التدليس على نظام معلومات أو قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني، صناعة أو حيازة برنامج أو نظام لإعداد توقيع إلكتروني دون موافقة صاحبه، تزوير أو تقليد محرر أو توقيع إلكتروني أو شهادة اعتماد إلكتروني⁽²⁾.

وبناءً على ما سبق، إن جريمة التزوير الإلكتروني تكون بالدخول بطريقة مشروعة أو غير مشروعة بهدف تزوير البيانات على القاعدة الموجودة في نظم المعلومات وتعديلها؛ سواءً بإلغاء بيانات موجودة بالفعل أو بإضافة بيانات لم تكن موجودة من قبل، باستخدام الحاسب الآلي وملحقاته للحصول على محرر أو وثيقة إلكترونية مزورة.

ثالثاً: جريمة الابتزاز الإلكتروني:

تُعد جريمة الابتزاز الإلكتروني من الجرائم الحديثة بفعل التقدم الكبير في تكنولوجيا المعلومات، التي سهلت الكثير من أمور الحياة، حيث أدت إلى تطورات وفوائد في النواحي الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والعلمية، إلا أنه لكل ثورة علمية ثورة مضادة يتم من خلالها تسهيل لظهور نوع من المجرمين يستخدمون هذه التقنيات

(1) أ. عمرو عيسى الفقي، الجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص103.

(2) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، 2007م، ص152.

لتنفيذ جرائمهم بواسطتها، كجريمة الابتزاز الإلكتروني الذي يتم فيه استخدام الإمكانيات التكنولوجية الحديثة لتنفيذها، والتي أغلب ضحاياها من النساء من خلال ابتزازهن مادياً أو جنسياً.

ويتمثل هذا الابتزاز في استعمال أسلوب من أساليب الضغط والإكراه، يمارسه المبتز على الضحية للخضوع والرضوخ لمطالبه، وفي حالة عدم تلبية مطالبه يلجأ المبتز إلى عدة طرق لتهديد الضحية منها: التشهير على النطاق الواسع إن لم تلب طلباته، وغالباً ما يكون عبر التقنية المعلوماتية، أو إبلاغ أقارب المرأة من زوج أو أخ أو أب أو غيرهم، مما يجعل الضحية ضعيفة تحت وطأة وضغوط المبتز، ليجبرها على مجاراته وتحقيق رغباته غير المشروعة⁽¹⁾.

لذلك فقد تم تعريفها بأنها عبارة عن: جريمة من الجرائم التي يحيط بها الغموض يستخدم فيها التهديد بكشف معلومات معينة عن شخص المجنى عليه نفسه أو من يهيمه أو ارتكاب أفعال تؤدي إلى إيلاسه وتدميره في حالة عدم الرضوخ والاستجابة لطلبات الجاني وكل ذلك يتم باستخدام التكنولوجيا في التطبيقات الإلكترونية بالأجهزة الذكية أو الحواسيب وكل ما يشبهها⁽²⁾.

والملاحظ مما سبق أن جريمة الابتزاز عبارة عن عملية تهديد وترهيب للضحية من خلال نشر صور أو مواد فيلمية مخلة بالشرف، أو تسريب معلومات سرية وخطيرة تخص الضحية، مقابل دفع مبالغ مالية، أو استغلالها للقيام بأعمال غير مشروعة لصالح المبتزين كالإفصاح بمعلومات سرية خاصة بجهة العمل أو غيرها من الأعمال غير القانونية.

ومثال التهديد أو الابتزاز الذي يتم عن طريق وسائل التقنية الحديثة قيام الجاني بعملية مونتاج للصورة الخاصة بشخص المجنى عليه، حيث يقوم بالحذف والإضافة بمطابقة الصورة مع الغرض الذي يراد استخدامه مما

(1) أ. فلاح الشمري، جريمة ابتزاز النساء ودور جهاز الحسبة في مكافحتها، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، 1428هـ، ص10.

(2) أ. وائل سليم شاطر، الإطار الإلكتروني لجريمة الابتزاز الإلكتروني في الألعاب الإلكترونية، المجلة العربية للنشر العلمي، السعودية، عدد16، 2020م، ص428.

يحدث نكاية بشخصية المجني عليه عن طريق تركيب صورة له في موقف لم يكن موجوداً فيه، الأمر الذي يؤدي إلى الإضرار بسمعة المجنى عليه و اللجوء إلى ابتزازه بغرض القيام بفعل معين أو الامتناع عن فعل معين⁽¹⁾.

كما أن هناك ابتزازاً معلوماتياً يقوم فيه الشخص بسرقة معلومات عبر ما يسمى ب: (الاختراق)، وهو دخول الشخص إلى قاعدة بيانات الشركة أو المنظمة ويقوم بسرقة تلك المعلومات، أو تغيير في البيانات، أو تعطيل شبكتها حتى يصبح السوفت وير(البرنامج) غير مؤهل لنقل البيانات التي تطلبها الشركة المبتزّة⁽²⁾.

وتأسيساً على ما سبق، فإن الابتزاز الإلكتروني هو عبارة عن استخدام التهديد بالإيذاء الجسدي أو النفسي أو الإضرار بالسمعة والمكانة الاجتماعية بتلفيق الفضاخ وإصاق التهم ونشر الأسرار مما يجبر الشخص المبتز على الدفع مُكرهاً لمن يمارس الابتزاز عليه وخاصةً ابتزاز النساء بأخذ صور غير لائقة لهن؛ سواءً كانت صور حقيقية أم تم تحريفها، والتي يحصل عليها المجرم المعلوماتي من خلال اختراقه لأجهزتهم الإلكترونية الشخصية.

رابعاً: جريمة الإتلاف المعلوماتي:

تشكل المعلومات والبيانات المخزنة ثروة هائلة وأهمية بالغة، مما يدفع البعض إلى محاولة اختراق النظم الحمايية الخاصة بها والوصول إليها واكتشاف أسرارها من جهة و تدميرها من جهة أخرى، حيث يتم محو المعلومة أو البرنامج كلياً أو جزئياً أو تشويهه أو تدميره إلكترونياً على نحو يجعله غير صالح للاستعمال، لذلك ينتج عن هذا التعدي لتلك الثروة المعنوية فادحة نظراً لجسامة تكاليف إعدادها، وما تتضمنه من معلومات وبيانات ذات قيمة وخصوصية في مجالات عدة⁽³⁾.

(1) د.عبد الفتاح بيومي حجازي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص122. عمرو عيسى الفقي، مرجع سابق، ص110.

(2) د. سليمان عبد الرزاق الغديان، مرجع سابق، ص175.

(3) د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، 2007م، ص238.

كما يمكن أن يتم الإتلاف المعلوماتي عن طريق الاعتداء على سير نظام المعالجة الآلية للبيانات⁽¹⁾ أو المعطيات، وإلحاق الضرر بنظام المعالجات الآلية للبيانات وما يتضمنه من معلومات، من خلال القيام بالتصرفات التديسسية وما يترتب عليها من إتلاف للبيانات والمعلومات والبرامج والأنظمة المعلوماتية، مما يؤدي إلى إفساد نظام التشغيل⁽²⁾.

لذلك يقصد بتدمير نظم المعلومات إتلاف أو محو التعليمات أو البرامج أو البيانات ذاتها، و التدمير هنا لا يهدف إلى مجرد الحصول على منفعة الحاسب الآلي أياً كان شكلها مثل: استيلاء على نقود أو اطلاق على معلومات، حيث يهدف إلى إحداث ضرر بالنظام المعلوماتي وإعاقة عن أداء وظيفته⁽³⁾. وهناك عدة أساليب لإتلاف برامج الحاسب الآلي، منها⁽⁴⁾:

- إتلاف المعلومات المنسوخة على الدعامات والشرائط الممغنطة: بأي طريقة من طرق الإتلاف الأمر الذي يخرجها عن نطاق الصلاحية والاستعمال.
- إتلاف المعلومات الموجودة داخل النظام المعلوماتي.

ونخلص مما سبق، إن الإتلاف المعلوماتي من الجرائم التي تتطلب نتيجة، حيث يشترط لقيامها حصول نتيجة معينة، كإتلاف المعلومات أو محوها أو التلاعب بالنظام المعلوماتي أو تعطيله عن أداء وظائفه.

(1) في العام 2010م هاجم فيروس منشأة نظنر النووية في إيران، وتسبب بعطل في أكثر من 30 ألف حاسوب في مفاعل نظنر، واتهمت إيران في حينها واشنطن وتل أبيب بإنتاج الفيروس الذي أصاب ودمر حوالي 100 جهاز طرد مركزي في نظنر ما أثار خللاً في البرنامج الخاص بتخصيب اليورانيوم، منشور على الرابط: www.syria.tv تاريخ الدخول 2022/1/5م. وكذلك اختراق إلكتروني لشبكة الكهرباء في منشأة نظنر النووية في إيران سبب في قطاع التيار الكهربائي عن المنشأة مما تسبب في أضرار لم يتم ذكرها، منشور على الرابط: www.france24.com تاريخ الدخول 2022/1/5م.

(2) د. صورية أحمد بو ربابة، جريمة الإتلاف المعلوماتي للمعلومات وتظيل أنظمة معالجتها، بحث منشور في مجلة منارات الأمن- أكاديمية الشرطة، صنعاء، العدد 6، 2021م، ص 175. د. محمد أمين الشوابكة، جرائم الحاسوب والإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، ط4، 2011م، ص 222.

(3) د. علي عبد القادر القهوجي، جرائم التعدي على نظم معالجة المعطيات، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات، 2000م، ص34.

(4) أ. خالد السعدي، جريمة إتلاف برامج ومعلومات الحاسب الآلي- في التشريعين الكويتي والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1433هـ- 2012م، ص96.

خامساً: جريمة الدخول غير المصرح به إلى نظام الحاسب الآلي:

لاشك أن كثيراً من أنظمة وأجهزة الحاسبات الآلية التي تعمل من خلال شبكات المعلومات، تتعرض للاختراق من أشخاص غير مصرح لهم بالدخول إليها، حيث تختلف الوسائل التي يمكن اللجوء إليها للدخول غير المصرح به إلى نظام الحاسب الآلي، والتي تستلزم جميعها قدراً من المعرفة بتكنولوجيا الحاسبات الآلية، فهناك حالات لا يتطلب الدخول أكثر من تشغيل الحاسب الآلي أو فتح البرنامج الذي يقوم بتشغيله، غير أن هناك حالات أخرى تتطلب للدخول وسائل أكثر تعقيداً، كما في حالة الحصول على الشفريات الخاصة بالدخول باستخدام جهاز لفك الشفرة⁽¹⁾.

ويقصد بالدخول: كل الأفعال التي تسمح بالولوج إلى نظام معلوماتي والإحاطة أو السيطرة على المعطيات والمعلومات التي يتكون منها⁽²⁾، كما يعني الدخول إلى محتويات جهاز الكمبيوتر ذاته، أي إجراء اتصال بالنظام محل الحماية بالطرق الفنية اللازمة لذلك⁽³⁾. لذلك، فإن جريمة الدخول غير المشروع إلى النظام المعلوماتي، تعتبر جريمة ذات طبيعة خاصة، حيث لا تتحقق إلا بتوافر شرط خاص أو مفترض، هو محل الجريمة المتمثل في وجود الكيان المادي للنظام الآلي لمعالجة المعلومات، والمكونات المادية له من أجهزة وآلات ومعدات أو نظام معلوماتي أو نظام إلكتروني أو غيره من وسائل تقنية المعلومات⁽⁴⁾.

وبناءً على ما سبق، فإن جريمة الدخول غير المشروع إلى النظام المعلوماتي تتمثل في ثلاث صور:

1. الدخول إلى النظام المعلوماتي بدون تصريح.
2. تجاوز حدود تصريح الدخول إلى النظام المعلوماتي.
3. البقاء بصورة غير مشروعة في النظام المعلوماتي.

(1) د. نائلة عادل محمد فريد قورة، مرجع سابق، ص 315.

(2) أ. ثملة عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، 2008م، ص 158.

(3) أ. محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، 2004م، ص 102.

(4) أ. إبراهيم القاسمي، جريمة الدخول والبقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات، 2018م، ص 10.

المطلب الثاني

أركان جريمة الاختراق الإلكتروني

من المعلوم أنه لا عقاب دون وجود ماديات الجريمة، بمعنى ضرورة أن يتوافر الركن المادي للجريمة، فإذا انعدم الركن المادي فلا قيمة للركن المعنوي للجريمة، إذ لا عقاب على مجرد الإثم الجنائي، وإنما لابد من توافر ماديات الجريمة⁽¹⁾. حيث يشترط لقيام أي جريمة من توافر أركانها المادية والمعنوية بحسب الأصل. لذلك سوف نتكلم في هذا المطلب عن أركان جريمة الاختراق الإلكتروني في فرعين، على النحو الآتي:

الفرع الأول

الركن المادي لجريمة الاختراق الإلكترونية

يقصد بالركن المادي لأي جريمة ذلك النشاط المادي المكوّن للسلوك الإجرامي الذي يدخل في البنيان القانوني للجريمة وهو مظهرها الخارجي ومجموع العناصر المادية وفقاً لما ينص عليه المشرع⁽²⁾. ويتمثل الركن المادي لجريمة الاختراق الإلكتروني في المظهر الذي تظهر به الجريمة إلى العالم المحيط بالجاني، وعلى كافة الأجهزة التي اخترقها في النشاط الإجرامي⁽³⁾. والسلوك الإجرامي في جريمة الاختراق الإلكتروني يرتبط دائماً بالمعلومة المخزنة على الحاسب الآلي، أو تلك التي يتم إدخالها للحاسب الآلي، وصعوبة المشكلة أن السلوك الإجرامي قد يتحقق بمجرد ضغط زر في

(1) د. محمد أحمد طه، د. عبد الرزاق المواي: شرح قانون العقوبات، القسم العام، مطابع جامعة المنوفية، القاهرة، د.ت، ص208.

(2) د. هدى حامد قشقوش: شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م، ص114. د. رؤوف عبيد: القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط4، 1979م، ص288-289.

(3) د. هدى حامد قشقوش: جرائم الحاسب الآلي في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص100.

الحاسب فيتم تدمير النظام المعلوماتي أو حصول التزوير أو التجسس أو الابتزاز أو السرقة عن طريق التسلسل إلى أرصدة العملاء في البنوك⁽¹⁾. ويتخذ الركن المادي في جريمة الاختراق الإلكتروني عدداً من الصور، منها⁽²⁾:

- الدخول إلى محتوى جهاز الحاسب الآلي الخاص بالأفراد أو بالشخص المعنوي دون رغبتهم ودون علمهم لغرض الإضرار بأجهزتهم أو بنفسياتهم ومعنوياتهم، وذلك من خلال الاختراق لشبكة الإنترنت.
- اقتحام الأنظمة والشبكات المعلوماتية، سواءً الخاصة بالأفراد أم بالأشخاص الاعتبارية.
- استعمال برامج مخصصة في فك السر من خلال شفرة خاصة تمكن الجاني من الاختراق.
- إضافة معطيات جديدة لم تكن موجودة من قبل على الدعامة الخاصة؛ سواءً كانت خالية أم يوجد بها معطيات، وهي من أكثر الصور شيوعاً وانتشاراً.
- التشويش على صحة البيانات والمعلومات القائمة.
- تدمير البيانات والمعلومات والبرامج أو التعطيل، وتعد هذه الصور الأخطر والأبعد أثراً.
- محو البيانات والمعلومات أو إخفائها.
- التهديد؛ سواءً بالقول أم بالكتابة أم بأي فعل آخر، من شأنه إفزاز المجنى عليه أو إلقاء الرعب في نفسه من خطر يراد إيقاعه بشخصه أو ماله، أو بشخص يهيمه أمره.
- التجسس وتهديد أمن الدولة بقيام الجاني بإنشاء موقع إلكتروني، بهدف الحصول على بيانات تمس أمن الدولة من جهة الداخل أو الخارج، وكذلك البيانات الخاصة بالاقتصاد الوطني.

ولا بد من الإشارة إلى أنه في بعض الجرائم قد يتطلب القانون توافر حالة واقعية أو قانونية يحميها القانون، ويفترض توافرها قبل وقوع الجريمة وتسمى بالشرط المفترض⁽³⁾، الذي يعتبره البعض بأنه: "مركز قانوني تحميه

(1) أ. سميرة معاشي: ماهية الجريمة المعلوماتية، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني، جامعة خضير بسكرة، الجزائر، العدد7، 2011م، ص280. (أشار إليه أ. عبد الله دغش العجمي، المشكلات العملية والقانونية للجرائم الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، فلسطين، 2014م، ص27).

(2) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص215.

(3) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م، ص409.

القاعدة الجنائية"⁽¹⁾، وبالتالي يعتبر ركن المحل في الجرائم الإلكترونية هو توافر نظام معلوماتي؛ سواءً موقعاً إلكترونياً أم أنظمة معلومات إلكترونية أم شبكة معلومات أم أي وسيلة تقنية معلومات، بحيث يتم الاعتداء عليها فيتحقق ركن المحل أو بحسب مسمياته المختلفة.

خلاصة القول، إن الركن المادي في جريمة الاختراق يتمثل في السلوك أو النشاط الإجرامي الذي يسببه الجاني عمداً في اختراق الشبكة المعلوماتية، لغرض تعطيلها أو إعاقتها أو التجسس عليها، أو انتهاك خصوصية الآخرين لغرض الابتزاز، أو الإتلاف أو الحو أو التزوير.

الفرع الثاني

الركن المعنوي لجريمة الاختراق الإلكتروني

يقصد بالركن المعنوي مجموعة العناصر النفسية والذهنية التي يسهم بها الشخص في ارتكاب الجريمة، أي في مقارفة السلوك الممنوع شرعاً⁽²⁾. ولا يكفي لقيام جريمة الاختراق وجود الركن المادي فقط بل يلزم أن يكون ذلك السلوك قد صدر عن إرادة آثمة، لأنها اتجهت اتجاهاً إرادياً منحرفاً، أي إرادة مجرمة قانوناً⁽³⁾ كانتحال شخصية المزود عبر الإنترنت.

وتُعد جريمة الاختراق الإلكتروني من الجرائم العمدية التي يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي، ويتطلب هذا القصد لتوافره العلم والإرادة، ويتوافر العلم إذا كان الجاني يعلم بالوقائع المكونة للجريمة وتوقع أو تصور النتيجة التي ستترتب على هذا الفعل، ثم اتجه إرادة الفعل المكون للجريمة، وإرادة نتيجته الذي يتمثل فيها الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون⁽⁴⁾.

(1) د. عبد العظيم مرسي وزير: شرح قانون العقوبات، النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6، 2008م، ص199.

(2) د. علي حسن الشرفي: شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، النظرية العامة للجريمة، القسم العام، ج1، مكتبة الوسطية، صنعاء، 2012م، ص339.

(3) د. أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م، ص23. د. هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص189.

(4) د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 1988م، ص32.

وخلاصة القول، إنه لتوافر القصد الجنائي في جريمة الاختراق الإلكتروني، فإن ذلك يقتضي ثبوت علم الجاني بأنه يعتدي بفعل اختراق الأجهزة الإلكترونية التي هي ملك الغير⁽¹⁾، وتتجه إرادته إلى إحداث إتلاف أو تخريب أو تعطيل أو تجسس أو تزوير إلكتروني أو ابتزاز الضحايا، ينتج عنه تحقق الضرر المترتب على هذه الجرائم، أي لا بد من ثبوت علم الجاني بعناصر الجريمة، وأن يحيط علمه بكل واقعة ذات أهمية قانونية.

وبناءً على ما سبق، فإن تحقق العلم لدى الجاني لا يكفي لقيام القصد الجنائي، بل لا بد من توافر عنصر الإرادة أيضاً، فلا يكون مكرهاً ولا مضطراً بل قام باقتراح الفعل بمحض إرادته وعلمه.

ورغم التوافق بين جميع الجرائم في وجوب توافر الركن المعنوي فيها، إلا أن هناك استثناءات فيما يخص الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت، وذلك في ظل الطبيعة اللامادية للجريمة، والسرعة في ارتكابها، حيث لا تدع المجال لتحديد الفعل من عدمه، فما بالك بتحديد القصد الجنائي فيها، بالإضافة إلى اختلاف طبيعة المجرمين الذين يقومون بأفعالهم غير المشروعة عبر الإنترنت عن نظرائهم في الجريمة التقليدية فيما يخص الباعث⁽²⁾.

لذلك أرى أن القصد الجنائي في جريمة الاختراق الإلكتروني يكون استخلاصه بإدراك الظروف المحيطة بالدعوى والمظاهر الخارجية التي يأتيها الجاني وتكشف عما يضمرة في نفسه، وهي عملية متروكة للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، حيث ينظر في الوقائع المقدمة له والظروف والملازمات وقت وقوع الجريمة⁽³⁾. وإن جريمة الاختراق الإلكتروني هي من الجرائم العمدية التي تحتاج إلى توافر القصد الجنائي العام فقط بعنصرية العلم والإرادة.

(1) أ. خالد حربي السعدي، جريمة إتلاف برامج ومعلومات الحاسب الآلي، مرجع سابق، ص 96.

(2) أ. صغير يوسف، الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 72. والباعث هو القوة النفسية الحاملة على السلوك الإرادي المنبثقة عن إدراك وتصور للغاية. د. علي الشرفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1986م، ص 41.

(3) نصت المادة (367 إ.ج.ي)، على أنه: "بمحكم القاضي في الدعوى بمقتضى العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته من خلال المحاكمات...". ويقابلها المادة (302) من قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم (058) لسنة 1937م طبقاً لتعديلات 2006م. والمادة (427) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي.

المبحث الثاني

المواجهة الوقائية والعقابية لجريمة الاختراق الإلكتروني

مما لا شك فيه أن مواجهة جريمة الاختراق الإلكتروني بحاجة إلى تفعيل الدور الوقائي من قبل الجهات ذات العلاقة، وتشديد العقوبات على مرتكبيها من خلال إصدار القوانين الرادعة لمكافحة هذه الجرائم المستحدثة، لذلك، سنتناول في هذا المبحث مواجهة جريمة الاختراق عبر التدابير الوقائية في المطلب الأول، ثم العقوبات المقررة لهذه الجريمة في القوانين اليمنية وبعض القوانين المقارنة في مطلب ثانٍ، على النحو الآتي:

المطلب الأول

التدابير الوقائية من جرائم الاختراق الإلكتروني

برز الدور الوقائي إلى الوجود، كدور أساسي لتحقيق الأهداف المرجوة، وأصبح المبدأ المعروف في العلوم الطبية: "بأن الوقاية خير من العلاج"، وهذا المبدأ ينطبق في مجال السياسة الجنائية في عصرنا الحالي، لذلك، سنتناول في هذا المطلب التدابير الوقائية للحد من جريمة الاختراق من خلال الآتي:

الفرع الأول

التدابير الإدارية لمواجهة جرائم الاختراق الإلكتروني

سنتناول في هذا الفرع الإجراءات الإدارية الوقائية التي اتخذها المقتن اليمني في مشروع القانون⁽¹⁾، ثم وسائل الوقاية من الجريمة بشكل عام، على النحو الآتي:

أولاً: الإجراءات الوقائية الواردة في مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات:

- ألزم المشرع اليمني في مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات جميع الجهات ومزودي الخدمة باتخاذ الإجراءات الوقائية للحد من جرائم الاختراق، والمتمثل في نص المادة (35) من المشروع التي

(1) مسودة معدلة بتاريخ 2020/11/13م، من مشروع القانون اليمني لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، والمعتمدة من وزارة الشؤون القانونية.

نصت على أنه: "على كافة الأشخاص والجهات العامة والخاصة والمختلطة وضع وتطبيق القواعد والإجراءات الإدارية والفنية والمادية الكافية لحماية أنظمتها المعلوماتية ومواقعها الإلكترونية وشبكاتها المعلوماتية والبيانات والمعلومات الإلكترونية الخاصة بها وتأمين استمرارية وانتظام تشغيلها.

- أقر مشروع القانون إنشاء مركز وطني لأمن تقنية المعلومات يتمتع بالشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة ويخضع لإشراف وزير الاتصالات وتقنية المعلومات، ويهدف إلى ضمان أمن المعلومات وتوفير المساعدة الفورية في الإجراءات المتعلقة بجرائم تقنية المعلومات⁽¹⁾.

ثانياً: وسائل الوقاية من جريمة الاختراق الإلكتروني بشكل عام: تتمثل هذه الوسائل في الآتي⁽²⁾:

- رفع كفاءة الأجهزة التقنية المختصة برصد التهديدات والمخاطر والتبليغ بالإنذار المبكر وتزويدها بأحدث المعدات.
- تدريب وتأهيل الفنيين والمهندسين العاملين في مجال الأدلة الرقمية وتطوير أدائهم.
- تدريب وتأهيل المختصين بأجهزة العدالة الجنائية على كيفية التعامل مع الأدلة الرقمية.
- إتباع كافة وسائل التوعية الأمنية للحد من مخاطر الجريمة الإلكترونية.
- عمليات الحفظ: وهي القيام بعمل نسخة إضافية من المواد المخزنة على إحدى وسائط التخزين؛ سواءً داخل النظام أم خارجه، وتخضع عمليات الحفظ لقواعد يتعين أن تكون محددة سلفاً وموثقة ومكتوبة ويجري الالتزام بها لضمان توحيد معايير الحفظ وحماية النسخ الاحتياطية.
- التنسيق والشراكة بين مختلف الأجهزة الرسمية وغير الرسمية لمكافحة جرائم اختراق النظم الإلكترونية.

⁽¹⁾ المادة (41/ أ / ب) من مشروع القانون اليمني لمكافحة جرائم تقنية المعلومات، 2020م.

⁽²⁾ مجمع البحوث والدراسات، أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة، الجريمة الإلكترونية في المجتمع الخليجي وكيفية مواجهتها، 2016م، ص41. أ. منير محمد الجنبهي، مدوح الجنبهي، أمن المعلومات الإلكترونية، مرجع سابق، ص19.

الفرع الثاني

الإجراءات الفنية لمواجهة جريمة الاختراق الإلكتروني

يقصد بالدور الفني إتباع أساليب المكافحة الإلكترونية للجرائم من خلال الاستخدام الأمثل للوسائل التكنولوجية والإلكترونية المتمثلة في نظم الحاسبات الآلية والاتصالات. وهناك عدد من الوسائل يمكن اتخاذها لحماية أمن المعلومات والأنظمة من الاختراق الإلكتروني، ومن أهمها⁽¹⁾:

أولاً: التشفير:

وهو تدبير احترازي يُوضع لمواجهة الجرائم المرتكبة باستخدام التقنيات العلمية الحديثة والتدخلات غير المشروعة من الغير بقصد ضمان عدم تسرب البيانات والمعلومات المخزونة إلكترونياً إلى الغير، حيث يقوم الترميز أو التشفير بالحيلولة من الدخول غير المشروع في الاتصالات والمبادلات التي تتم بين طرفي العقد، لأنه يكون أمام نص مشفر عبارة عن رموز غير مفهومة، وهذا يؤدي بالنتيجة إلى حمايته⁽²⁾.

والتشفير هو عملية ترميز البيانات المسجلة داخل الحاسوب أو على شبكة المعلومات الدولية، وغيرها من الوسائل الإلكترونية، ليظل محتوى البيانات سرياً إذا ما تعرض الحاسوب أو الشبكة للخطر، أي أنه بمثابة قفل على المخزون الإلكتروني؛ ليكون في مأمن من اختراقه⁽³⁾. وقد يتم التشفير من خلال نوعين من المفاتيح⁽⁴⁾ هي:

1. التشفير المتماثل (المفتاح العام): في هذا النوع يستخدم كل مرسل البيانات ومستقبلها المفتاح

الخصوصي الذي تم إعداده بين طرفي العلاقة، ليتم التشفير من خلاله وتحويلها إلى رموز وإشارات غير مفهومة، ويتم فك الشفرة بواسطة المفتاح نفسه المعد للتشفير، وفي حال إنشاء المفتاح يتم الاتفاق بين

(1) د. إسماعيل عبدالله حسن حميد، مرجع سابق، ص 81.

(2) د. عصمت عبد الحميد، أثر التقدم العلمي في العقد، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، 2007م، ص 131. أشار إليه: أ. حفصي عباس، جرائم التزوير الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، الجزائر، 2014/2015م، ص 132.

(3) أ. نبراس محمد جاسم الاحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، 2018م، ص 154. أشار إليه د. مصطفى عبد الرحمن الفانكي، النظام القانوني للإدارة العامة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسبوط، مصر، 2020م، ص 629. د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص 152.

(4) أ. حفصي عباس، جرائم التزوير الإلكتروني، مرجع سابق، ص 132.

الطرفين في البداية على كلمة المرور حيث يتم إعداد كلمة مرور طويلة لتستخدم في التشفير وفك الشفرة التي تم إعدادها.

2. التشفير غير المماثل: ويستخدم فيه مفتاحان لكل مستخدم، أحدهما مفتاح عام (public key)،

معروف من قبل الآخرين حيث يسجله الشخص عادةً مع توقيع على البريد الإلكتروني، في حالة

الرغبة في إرسال رسالة مشفرة إلى ذلك الشخص يتم استخدام ذلك المفتاح العام لكتابة الرسالة، أما

لفكها فيستخدم مفتاح خاص (Private key) لا يعرفه إلا المستقبل نفسه⁽¹⁾.

وهكذا يتبين أن التشفير هو الوسيلة الأهم للمحافظة على سرية البيانات وحمايتها لكي لا يستطيع أي

شخص القيام بعملية الاختراق الإلكتروني، وبالتالي صعوبة الاطلاع على البيانات أو سرقتها أو إتلافها أو

التجسس على المعلومات.

ثانياً: جدار الحماية:

لمقاومة أخطار المخترقين وحماية المعلومات منهم فقد ظهرت تقنيات ومفاهيم متعددة، من أكثرها انتشاراً

جدار الحماية (Firewall) الذي يسمى أيضاً الجدار الناري، وهو عبارة عن نظام مؤلف من برنامج

(software) في الحاسب الآلي، وفكرة جدار الحماية تشبه فكرة نقطة تفتيش التي تسمح بمرور معلومات،

وتمنع مرور أخرى، بناءً على تعليمات مسبقة⁽²⁾.

أنواع جدار الحماية:

1. جدران نارية لحماية المنشآت الكبيرة: (Enterprise)، وهذا النوع توفره شركات كبرى

متخصصة؛ مثل: (CISCO) و (Nortel) و (Symantec) وغالباً ما توفر الشركة المصنعة

أنواعاً متعددة من جدران الحماية تتفاوت من حيث سرعتها والخدمات التي تقدمها.

(1). د. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص60.

(2). د. إسماعيل حميد، مرجع سابق، ص118، 123.

2. جدران نارية لحماية المنشآت الصغيرة: وهذا النوع يشبه إلى حدٍ ما النوع الأول في كونه جهاز

مخصصاً قائماً بذاته، إلا أنه أقل منه سرعة في معالجة البيانات، وأقل من حيث الخدمات المقدمة.

3. جدران نارية لحماية الأجهزة الشخصية: وهي عبارة عن برامج يتم تحميلها في الحاسب الشخصي،

بحيث تمر من خلالها جميع المعلومات الخارجة من الحاسب أو الداخلة إليه.

ثالثاً: التحديث المستمر لأنظمة وبرامج الحاسب والشبكات:

أتاحت الشركات المنتجة لأنظمة التشغيل الحديثة طريقة سهلة سريعة لكي يستطيع المستخدم تحديث

النظام الذي يتعامل معه على جهازه، وهو التحديث الأوتوماتيكي للنظام، ويهدف تحديث نظام التشغيل إلى

سد الثغرات الأمنية التي يمكن أن ينفذ منها الفيروسات والبرامج الضارة بالحاسب.

رابعاً: المصادقة الثنائية (Two-Factor Authentication):

وتعني أنك بحاجة إلى تقديم شيئين مختلفين من مصدرين مختلفين لإثبات هويتك، ويمكن استخدام ثلاثة

أنواع مختلفة من المعرفات لأغراض المصادقة الثنائية (2FA) عندما يتعلق الأمر بالحسابات عبر الإنترنت.

خامساً: استخدام كلمة مرور قوية وجدار حماية شخصي لتصبح مهمة من يريد الحصول على المعلومات

المخزنة في الجهاز.

سادساً: تحميل برنامج خفي يسهل معه متابعة الجهاز، بحيث يقوم بالاتصال ببرنامج آخر كلما ارتبط

الجهاز بالإنترنت، ويمكن أن يكون البرنامج المتصل به مخزناً في الجهاز الخادم الخاص بالشركة المالكة للجهاز.

وتأسيساً على ما سبق، فإن الإجراءات الوقائية التي تحد من جرائم الاختراق الإلكتروني أمر في غاية

الأهمية، في ظل التطورات المتسارعة التي أثرت على الإمكانيات التقنية المتقدمة والمتاحة والرامية إلى خرق

منظومات الحاسوب بهدف السرقة أو إتلاف المعلومات أو تدمير أجهزة الحاسوب، فكان لا بد من البحث

لإيجاد وسائل دفاعية ووقائية لحماية هذه التقنيات المعلوماتية وأجهزة الحاسوب من أي اختراق.

الفرع الثالث

التعاون الدولي لمواجهة جرائم الاختراق الإلكتروني

يتمثل التعاون الدولي في الآتي:

أولاً: إصدار التشريعات المواكبة لتطورات الجريمة الإلكترونية، لتكون منسجمة مع القوانين الوطنية مع الاتفاقيات والقواعد الدولية والقوانين المقارنة ذات الصلة، ولتمكين أجهزة العدالة الجنائية من أداء دورها على النطاق الوطني والإقليمي والدولي بالصورة التي تسهم بالمكافحة الفعالة للجريمة الإلكترونية.

ثانياً: الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات - القاهرة 2010م، والتي تُعد من أهم الاتفاقيات العربية التي أبرمت في مجال مكافحة الجريمة التقنية بمهدف الحد منها. مثل: الاعتداء على سلامة البيانات، وجرائم إساءة استخدام وسائل تقنية المعلومات، والتزوير الإلكتروني، والاعتداء على حرمة الحياة الخاصة.

ثالثاً: اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية: انعقدت الاتفاقية الأوربية لجرائم الإنترنت في بودابست عاصمة المجر عام 2001م، وتعتبر هي الأساس الأول للتعاون الدولي في مكافحة الجريمة الإلكترونية⁽¹⁾. وقد حثت الاتفاقية على سن قوانين داخلية لدول الأعضاء لمكافحة الجرائم المعلوماتية، ومن هذه الجرائم:

1. **الولوج غير القانوني:** أوجبت المادة (2) من الاتفاقية على كل طرف أن يتبنى الإجراءات التشريعية أو أية إجراءات أخرى يرى أنها ضرورية من أجل اعتبارها جريمة جنائية، وفقاً لقانونه الداخلي؛ سواءً الولوج العمدي لكل جهاز الحاسب أم لجزء منه بدون حق⁽²⁾.

2. **الاعتداء على سلامة البيانات:** أوجبت الاتفاقية على كل طرف أن يتبنى الإجراءات التشريعية أو أية إجراءات أخرى يرى أنها ضرورية للتجريم، تبعاً لقانونه المحلي، إذا حدث ذلك عمداً، ودون وجه حق،

(1) د. هلالى عبد اللاه أحمد: اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، معلقاً عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م، ص 48 وما بعدها.

(2) نص المادة (2) من اتفاقية بودابست.

أي ضرر، أو محو، أو تعطيل، أو إتلاف، أو طمس لبيانات الحاسب. كما يمكن لأي طرف أن يحتفظ بحق اشتراط أن يكون السلوك المنصوص عليه في الفقرة الأولى يؤدي إلى أضرار جسيمة⁽¹⁾.

3. **الاعتماد على سلامة النظام:** ألزمت المادة (5) من الاتفاقية كل طرف أن يتبنى الإجراءات التشريعية أو أية إجراءات أخرى يرى أنها ضرورية للتجريم تبعاً لقانون المحلي، إذا تم ذلك عمداً، وبدون حق، لوظيفة نظام الحاسب، عن طريق إدخال، أو نقل، أو إضرار، أو محو، أو تعطيل، أو إتلاف، أو طمس البيانات المعلوماتية⁽²⁾.

4. **التزوير المعلوماتي المتصل بالحاسب الآلي:** أوجبت المادة (7) من الاتفاقية على كل طرف أن يتبنى الإجراءات التشريعية أو أية إجراءات أخرى يرى أنها ضرورية من أجل اعتبارها جريمة جنائية، وفقاً لقانونه الداخلي، الإدخال الإتلاف، المحو، أو الطمس العمدي، وبدون حق للبيانات المعلوماتية، الذي يتولد عنه بيانات غير صحيحة. ويمكن لأي طرف أن يشترط في قانونه الداخلي نية الغش أو نية إجرامية مشاهمة من أجل تقرير المسؤولية الجنائية⁽³⁾.

المطلب الثاني

المواجهة العقابية لجريمة الاختراق الإلكتروني

يعبر عن الجزاء الجنائي تقليدياً بالعقوبة التي تتضمن بطبيعتها عنصر الإيلاام، أي فرض معاناة من نوع أو آخر على المحكوم عليه، أو انتقاصاً بوجهه أو بآخر من حق من حقوقه، أو تكبيده مشقة محددة تشعره بوطأة الأثر الذي يرتد إليه من جراء جريمته⁽⁴⁾.

(1) نص المادة (4) من اتفاقية بودابست

(2) نص المادة (5) من اتفاقية بودابست

(3) نص المادة (7) من اتفاقية بودابست.

(4) د. أحمد عوض بلال، النظرية العامة للجزاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص14.

والعقوبة هي الجزاء الذي يقرره القانون ويختص القاضي بتوقيعه بمقتضى حكم صادر من محكمة مختصة على شخص مسئول عن جريمة معينة⁽¹⁾. لذلك، سنتناول في هذا المطلب العقوبات المحددة في القانون اليمني والتشريعات المقارنة، على النحو الآتي:

الفرع الأول

عقوبة جريمة الاختراق في القانون اليمني

سنتحدث في هذا الفرع عن عقوبة جريمة الاختراق الإلكتروني في عدد من القوانين على النحو الآتي:

أولاً العقوبات الأصلية:

1. قانون الجرائم والعقوبات رقم 12 لسنة 1994م: عاقب المشرع اليمني بالإعدام على كل الأعمال

والإجراءات التي من شأنها المساس بأمن الدولة بأية وسيلة؛ سواءً التقليدية منها أم التقنية الحديثة⁽²⁾.

كما جرم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة بجميع أشكالها، ومنها الاعتداء بواسطة تقنية المعلومات،

حيث نصت المادة (256) عقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة كل

من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة...". والاعتداء على الحياة الخاصة قد يتحقق عبر الاختراق

الإلكتروني. كما جرمت المادة (255) عقوبات انتهاك حرمة المراسلات بقولها: "يعاقب بالحبس مدة

لا تزيد على سنة أو بالغرامة...".

وعاقب المشرع كل من هدد غيره بأية طريقة أو عبر أي وسيلة كانت، حيث نصت المادة (254)

عقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة كل من هدد غيره بأي وسيلة بارتكاب

(1) فوزية عبد الستار، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 219.

(2) نصت المادة (125) عقوبات على أنه: "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب فعلاً بقصد المساس باستقلال الجمهورية أو وحدتها أو سلامة أراضيها...".

جريمة، أو بعمل ضار أو بعمل يقع عليه أو على زوجته أو احد أقاربه حتى الدرجة الرابعة إذا كان من شأن التهديد أن يحدث فرعاً لدى من وقع عليه". كما عاقب أيضاً على التهديد بإذاعة الأسرار الخاصة⁽¹⁾.

وعاقب المشرع أيضاً الابتزاز بشكل عام: الابتزاز التقليدي أو الابتزاز عبر وسائل التقنية الحديثة (الابتزاز الإلكتروني)، حيث نصت المادة (313) عقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات أو بالغرامة كل من يبعث قصداً في نفس شخص الخوف من الإضرار به، أو بأي شخص آخر يهمله أمره ويحمّله بذلك وبسوء قصد على أن يسلمه أو يسلم أي شخص آخر أي مال أو سند قانوني أو أي شيء يوقع عليه بإمضاء أو ختم يمكن تحويله إلى سند قانوني".

كما جرّم المشرع الاحتيال، ومن ذلك الاحتيال الإلكتروني، والمتمثل بالمادة (310) عقوبات، والتي عاقبت بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة من توصل بغير حق إلى الحصول على فائدة مادية لنفسه أو لغيره وذلك بالاستعانة بطرق احتيالية.

وعاقب المشرع كذلك الأفعال والصور المخلة بالأداب العامة بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين أو بالغرامة⁽²⁾.

كما جرم المشرع كل عمل يؤدي إلى تخريب الأموال المتعلقة بالاقتصاد الوطني، ومنها جرائم الاختراق الإلكتروني التي تؤثر على اقتصاديات الدول⁽³⁾.

ويمكن القول، إن جميع المواد السالفة ذكرها من قانون العقوبات تعتبر قواعد عامة للجرائم التي ذكرت فيها؛ سواءً كانت تقليدية أم مستحدثة، وبالتالي كان لابد علينا من الأخذ بما كون المشرع اليمني لم يصدر

(1) نصت المادة (257) عقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن 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، أو كان ذلك بغير رضا صاحب الشأن...".

(2) المادة (199) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

(3) المادة (147) عقوبات والتي نصت بقولها: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن عشر سنوات من خرب بنية إحداث أضرار في الاقتصاد القومي...".

قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات أسوة بدول العالم، وهذا يعتبر قصوراً من المشرع اليمني. كما أن العقوبات في المواد السابقة لا تفي بالغرض كونها عقوبات خفيفة؛ وخاصةً عقوبة الغرامة التي لم يحدد مقدارها.

2. قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية⁽¹⁾: عاقب المشرع في المادة (38) من

هذا القانون كل من قام بإنشاء أو نشر أو قدم شهادة توثيق مستعنياً بطرق احتيالية بغرض الاستيلاء أو التوصل إلى حصول فائدة مادية له أو لغيره بأي شكل من أشكال الطرق التقليدية أو بالتقنية الحديثة، بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن مليون ريال⁽²⁾. كما عاقبت المادة (41) على كل فعل يشكل جريمة باستخدام الوسائل الإلكترونية، حيث نصت على أنه: "يعاقب كل من يرتكب فعلاً يشكل جريمة بموجب أحكام القوانين النافذة بواسطة استخدام الوسائل الإلكترونية بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة الف ريال ولا تزيد على مليون ريال".

3. قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب⁽³⁾: جرّم المشرع كل جرائم غسل الأموال وتمويل

الإرهاب سواءً تمت بالطرق التقليدية أم بواسطة اختراق النظم الإلكترونية⁽⁴⁾. كما عاقبت المادة (41) من القانون ذاته كل من ارتكب أية جريمة من جرائم غسل الأموال أو تمويل الإرهاب بالسجن مدة لا تزيد عن سبع سنوات والمصادرة.

(1) قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية، رقم (40) لسنة 2006م.

(2) المادة (38) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية.

(3) قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب اليمني رقم (1) لسنة 2010م.

(4) المادتان (3)، (4)، من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب اليمني رقم (1) لسنة 2010م.

4. مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات⁽¹⁾: جرم المشرع اليمني في مشروع القانون الاعتداء على

سلامة وسرية البيانات والمعلومات الإلكترونية والمنظومة المعلوماتية، وعاقب بعقوبات متفاوتة لعدد من الجرائم.

حيث نصت المادة (6) من مشروع القانون على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مليون ريال كل من دخل عمداً دون وجه حق، أو دخل بخطأ غير عمدي وبقي دون وجه حق، أو تجاوز حدود الحق المخول له من حيث الزمان أو مستوى الدخول موقعاً إلكترونياً أو بريداً إلكترونياً أو حساباً خاصاً أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلومات أو وسيلة تقنية معلومات أو جزءاً منها. فإذا كان الدخول أو التجاوز لموقع يدار بمعرفة أو لحساب الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو مملوكاً لها أو يخصها فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة سنوات، وغرامة لا تزيد على عشرين مليون ريال. فإذا ترتب على أي من الأفعال السابقة إلغاء أو حذف أو نسخ أو تغيير أو تعديل أو إتلاف أو محو أو إخفاء أو إضافة أو تعطيل أو تخريب أو إعاقة أو توقيف أو نقل أو استخدام أو إلحاق ضرر بالمستخدمين أو المستفيدين أو إفشاء أو نشر أو إعادة نشر بيانات ومعلومات إلكترونية مخزنة في موقع إلكتروني أو في نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات أو تدمير أي منها أو تغيير تصميم الموقع الإلكتروني أو شغل عنوانه أو طريقة استخدامه أو انتحال صفة وشخصية مالكه أو المخول بإدارته فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تزيد على عشرين مليون ريال. فإذا حدثت أي نتيجة مما تقدم بموقع له صلة بالدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية، أو ترتب على أي فعل من الأفعال السابقة الحصول على بيانات أو معلومات إلكترونية حكومية سرية فتكون العقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة ملايين ريال ولا تزيد على خمسين مليون ريال".

(1) مسودة مشروع القانون (آخر تعديل) بتاريخ 13 / 11 / 2020م، وروجعت من وزارة الشؤون القانونية.

كما نصت المادة (14) من المشروع ذاته على أنه: "أ- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن مليون ريال ولا تزيد على عشرة ملايين ريال كل من استخدم موقعاً إلكترونياً أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات في ارتكاب جريمة تزوير معلوماتي، وذلك بتغيير الحقيقة في بيانات ومعلومات إلكترونية أو في مستند إلكتروني أو سجل إلكتروني أو عقد إلكتروني أو شبك إلكتروني أو توقيع إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني بالإضافة أو الحذف أو الاستبدال أو التغيير بقصد استعمالها كبيانات ومعلومات إلكترونية صحيحة تكون مقبولة قانوناً في نظام معلوماتي ما من شأنه تحقيق منفعة لنفسه أو لغيره أو إلحاق ضرر بالغير، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة سنوات ولا تزيد على عشر سنوات وغرامه لا تقل عن عشرين مليون ريال ولا تزيد على مائة مليون ريال إذا كانت البيانات والمعلومات أو السجل أو العقد أو الشبك أو التوقيع الإلكتروني حكومياً أو كانت متعلقة ببيانات ومعلومات إلكترونية طبية.

ب- يعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة، وبجسب الأحوال، كل من استعمل البيانات والمعلومات الإلكترونية المزورة رغم علمه بتزويرها".

كما عاقبت المادة (15) من مشروع القانون بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تزيد على عشرة ملايين ريال كل من استخدم موقعاً إلكترونياً أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلومات في الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة. وعاقبت المادة (17) من المشروع ذاته بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسمائة الف ريال ولا تزيد على خمسة ملايين ريال كل من ارتكب جريمة تهديد أو ابتزاز باستخدام موقعاً إلكترونياً أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات.

وعاقبت الفقرة (ب) من المادة (22) من مشروع القانون الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة ملايين ريال ولا تزيد على مائة مليون ريال كل من قام بأي عمل إرهابي على أنظمة المعلومات الإلكترونية العامة أو البيانات والبرامج المخزنة بها المتعلقة بالاقتصاد الوطني أو الأمن الوطني إذا ترتب على ذلك إتلافها أو تعطيلها أو إعاقة نشاطها، ويندرج ضمن ذلك ممارسة الابتزاز والتهديد بالاختراق أو التدمير لأنظمة المعلومات الإلكترونية.

خلاصة القول: نرى أنه كان من الأحرى على المشرع اليمني في مشروع القانون تحديد حد أدنى للعقوبة في المادتين (6، 15)، كما عمل في المواد (14، 17، 22) التي حددت حد أدنى وحد أعلى للعقوبتين، حتى لا يفلت الجاني من العقاب بسبب سوء استخدام القاضي لسلطته التقديرية.

ومع ذلك، فقد جاء مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات - ولو متأخراً - مواكباً للمتغيرات التكنولوجية والمعلوماتية والاقتصادية والاجتماعية التي أدت إلى ظهور الجرائم الإلكترونية على المستوى العالمي وشيوعها في العديد من الدول، والتنوّ بأضرارها، وقد أهتم المشرع اليمني بإتباع سياسة تشريعية جنائية هدفت إلى بيان أغلب الأفعال والسلوكيات التي تعد من قبيل الجرائم الإلكترونية مع وضع العقوبات اللازمة حيالها. لذلك ننصح بضرورة الإسراع في المصادقة على مشروع القانون، نظراً لأهميته في هذا العصر الذي تزايد الاعتماد على تقنية المعلومات في شتى مجالات الحياة.

ثانياً: العقوبات التكميلية:

1. في قانون الجرائم والعقوبات: العقوبات التكميلية تكمل العقوبة الأصلية، وتتوقف على نطق القاضي بها، ولا يجوز تنفيذها على المحكوم عليه إذا لم ينص القاضي عليها في الحكم، والعقوبة التكميلية هي الحرمان من كل أو بعض الحقوق المنصوص عليها في المادة (100) من قانون العقوبات، والوضع تحت المراقبة والمصادرة.

كما أجازت المادة (102) من قانون العقوبات وضع المحكوم عليه بالحبس تحت المراقبة لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن ثلاث سنوات وتبدأ من يوم انقضاء عقوبة الحبس. وأجازت أيضا المادة (103) من نفس القانون عند الحكم بالإدانة أن تحكم بمصادرة الأشياء المضبوطة التي تحصلت من الجريمة، أو التي استعملت في ارتكابها، أو التي كانت معدة لاستعمالها فيها.

2. في مشروع قانون مكافحة تقنية المعلومات: نصت المادة (31) من المشروع على عقوبات تكميلية

على أنه: "أ)- مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية على المحكمة في حالة الحكم بإدانة في أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون أن تقضي بما يلي:

1) مصادرة أو إتلاف الأجهزة والبرامج والأدوات والمعدات والتجهيزات والوسائل المستخدمة أو المعدة لاستعمالها في ارتكاب أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

2) مصادرة الأموال المتحصلة من تلك الجرائم.

3) حظر النفاذ أو الإيواء أو قطع النفاذ أو حجب الموقع الإلكتروني أو نظام المعلومات الإلكتروني أو الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية المعلومات التي ارتكبت الجريمة فيها أو بواسطتها.

ب)- للمحكمة أن تحكم بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون الجرائم

والعقوبات أو بعقوبة أو أكثر من العقوبات التالية:

- إغلاق المنشأة أو المقر الذي ارتكبت فيه أو بواسطته أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.
- إيقاف الترخيص والنشاط مؤقتاً لمدة تحددها المحكمة والتي لا تزيد على نصف المدة المحددة للترخيص.
- إلغاء الترخيص كلياً أو جزئياً.
- حل الشخص الاعتباري.
- نشر الحكم على نفقة المحكوم عليه.

الفرع الثاني

عقوبة جريمة الاختراق الإلكتروني في القوانين المقارنة

أولاً: العقوبات في القانون المصري:

جرّم المشرع المصري الاعتداء على سلامة شبكات وأنظمة وتقنية المعلومات في القانون رقم (175) لسنة 2018م، في شأن مكافحة تقنية المعلومات، حيث نصت المادة (13) منه على أنه: "يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تقل عن عشرة ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من انتفع بدون وجه حق عن طريق شبكة النظام المعلوماتي أو إحدى وسائل تقنية المعلومات بخدمة اتصالات أو خدمة من خدمات قنوات البث المسموع والمرئي".

كما نصت المادة (14) من القانون ذاته على أنه: "يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل عمداً، أو دخل بخطأ غير عمدي وبقي بدون وجه حق، على موقع أو حساب خاص أو نظام معلوماتي محظور الدخول عليه، فإذا نتج عن ذلك الدخول إتلاف أو محو أو تغيير أو نسخ أو إعادة نشر للبيانات أو المعلومات الموجودة على ذلك الموقع أو الحساب الخاص أو النظام المعلوماتي، تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين، وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تجاوز مائتي ألف جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

ثانياً: العقوبات في القانون العماني:

جرّم المشرع العماني في القانون رقم (12) لسنة 2011م، بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، التعدي على سلامة وسرية وتوافر البيانات والمعلومات الإلكترونية والنظم المعلوماتية في المادة (3) منه التي نصت على أنه: "يُعاقب بالسجن مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن مائة ريال عماني ولا تزيد على خمسمائة ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل عمداً ودون وجه حق موقعاً إلكترونياً

أو نظاماً معلوماً أو وسيلة تقنية المعلومات أو جزءاً منها أو تجاوز الدخول المصرح به إليها أو استمر فيها بعد علمه بذلك. فإذا ترتب على ما ذكر في الفقرة الأولى إلغاء أو تغيير أو تعديل أو تشويه أو إتلاف أو نسخ أو تدمير أو نشر أو إعادة نشر بيانات أو معلومات إلكترونية مخزنة في النظام المعلوماتي أو وسائل تقنية المعلومات أو تدمير ذلك النظام أو وسائل تقنية المعلومات أو الشبكة المعلوماتية أو إلحاق ضرر بالمستخدمين أو المستفيدين، تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وغرامة لا تقل عن خمسمائة ريال عماني ولا تزيد على ألف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا كانت البيانات أو المعلومات المنصوص عليها في الفقرة الثانية شخصية تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات وغرامة لا تقل عن ألف ريال عماني ولا تزيد على ثلاثة آلاف ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين".

كما عاقب المشرع في المادة (6) من القانون على جريمة التجسس على المعلومات الحكومية السرية بعقوبات مشددة إذا ترتب على الفعل المجرم إلغاء أو تغيير أو تعديل أو تشويه أو إتلاف أو نسخ أو تدمير أو نشر البيانات أو المعلومات الإلكترونية، السجن مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على عشر سنوات وغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف ريال عماني ولا تزيد على عشرة آلاف ريال عماني.

كما عاقب المشرع في المادة (12) من القانون كل من استخدم تقنية المعلومات في ارتكاب جريمة تزوير معلوماتي تكون حكومية تكون العقوبة السجن المؤقت مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن خمس عشر سنة وغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف ريال عماني ولا تزيد على خمسين ألف ريال عماني.

ويلاحظ أن المشرع العماني قد شدد العقوبة عندما يكون التجسس أو التزوير أو التهديد أو الإتلاف على جهات حكومية.

ثالثاً: العقوبات في القانون الكويتي:

عاقب المشرع الكويتي في القانون رقم (63) لسنة 2015م، بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، حيث نصت المادة (2) منه على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تجاوز ألفي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من ارتكب دخولاً غير مشروع إلى جهاز حاسب آلي أو إلى نظامه أو إلى نظام المعالجة إلكترونياً للبيانات أو إلى نظام إلكتروني مؤتمت أو إلى شبكة معلومات. فإذا ترتب على هذا الدخول إلغاء أو حذف أو إتلاف أو تدمير أو إفشاء أو تغيير أو إعادة نشر بيانات أو معلومات، فتكون العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سنتين والغرامة التي لا تقل عن ألفي دينار ولا تجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين. فإذا كانت تلك البيانات أو المعلومات شخصية فتكون العقوبة الحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات والغرامة التي لا تقل عن ثلاثة آلاف ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

كما عاقبت المادة (3) من القانون الحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثة آلاف دينار ولا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

- ارتكب دخولاً غير مشروع إلى مواقع أو نظام معلوماتي عن طريق الشبكة المعلوماتية.
- زور أو أتلّف مستنداً أو سجلاً أو توقيعاً إلكترونياً أو نظام معالجة إلكتروني للبيانات.
- استخدم وسيلة من وسائل تقنية المعلومات في تهديد أو ابتزاز شخص طبيعي أو اعتباري لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه.

والذي أراه أن المشرع العماني قد أصاب حين حدد لعقوبة جرائم تقنية المعلومات حداً أدنى، في حين جانب الصواب المشرع الكويتي والمصري في عدم تحديد حد أدنى للعقوبة، مما قد يسهم في إفلات الجناة من العقاب، حيث يستخدم القاضي سلطته التقديرية في عدم حبسه كونه لا يوجد حداً أدنى للعقوبة، وفي نفس

الوقت القاضي طبق النص القانوني دون أي مخالفة، واعتقد إن المشرع الكويتي قد أخذ من القانون المصري، والذي بدوره أخذ من القانون الفرنسي في أسلوب تحديد العقاب وتدرجه.

رابعاً: العقوبات في القانون الفرنسي:

كان المشرع الفرنسي من أوائل التشريعات التي عاجلت جريمة الاختراق في قانون العقوبات 19/88، ثم القانون الجديد الذي بدأ تطبيقه عام 1994م، حيث عاقب على جريمة إتلاف أو تعطيل نظام المعالجة الآلية للمعلومات الحبس 3 سنوات وبغرامة (45) ألف يورو. ويعاقب بنفس العقوبة السابقة على جريمة إتلاف معلومات متضمنة في نظام معلوماتي⁽¹⁾.

وفي تعديلات القانون رقم (575) لسنة 2004م للمادة (2-323)، رفع العقوبات السابقة لجريمة الإتلاف؛ سواءً للمعطيات أم البيانات أو بالنسبة لتشغيل النظام بعقوبة الحبس لمدة خمس سنوات وغرامة (75) ألف يورو.

وفي تعديلات 2012م، و2014م⁽²⁾، في المادتين (2-323، 3-323) زيادة عقوبة الحبس إلى (7) سنوات وغرامة (100000) ألف يورو، إذا وقع الإتلاف المعلوماتي أو جريمة التلاعب المعلوماتي على نظام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية التي تنفذها الدولة.

وفي تعديلات نص المادة (3-323) المعدلة بالقانون رقم (912) لسنة 2015م، على أن الفعل الذي بمقتضاه يتم إعاقة وإفساد عمل نظام المعالجات للبيانات يعاقب عليه بالحبس...وتكون العقوبة سبع سنوات وغرامة ثلاثمائة ألف يورو إذا كان الفعل ضد نظام المعالجة الآلية لبيانات الدولة⁽³⁾.

كما تدرج قانون العقوبات الفرنسي في رفع عقوبة جريمة الدخول والبقاء غير المشروع في صورتها المشددة وفقاً للقوانين المتعاقبة، فقانون 1988م رفع عقوبة الحبس من سنة إلى سنتين، بينما ترك الحد الأدنى للجريمة

(1) المادة (2-232) المعدل والمادة (3-323) المنتم من قانون العقوبات الفرنسي لعام 1994م.

(2) المادة 2-323 عقوبات فرنسي، والمادة 3-323 عقوبات فرنسي.

(3) أشار إليه: د. مصطفى الفاتكي، مرجع سابق، ص 454.

بصورتها شهرين، ورفع عقوبة الغرامة في حدها الأدنى والأقصى، أما في قانون 1994م الذي نص على نفس عقوبة الحبس ورفع عقوبة الغرامة إلى ثلاثين ألف يورو، بينما رفعت عقوبة الحبس بموجب قانون العقوبات لعام 2004م إلى ثلاث سنوات للجريمة في صورتها المشددة، وستين للجريمة البسيطة، كما رفعت الغرامة وفقاً للقانون الأخير إلى خمسة وأربعون ألف يورو⁽¹⁾.

واستخلاصاً لما سلف يلاحظ الباحث أن جميع القوانين المقارنة التي تم ذكرها والتي لم نذكرها تجرم وتعاقب على جريمة الاختراق الإلكتروني بعقوبات متفاوتة، وعلاوة على ذلك تقوم هذه الدول بالتجديد والتطوير بين كل فترة وأخرى مواكبةً للمتغيرات التكنولوجية والمعلوماتية والاقتصادية والاجتماعية، والتنبؤ بأضرارها، وعلى العكس من ذلك نرى المشرع اليمني الذي لم يصدر قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات حتى اللحظة.

(1) أ. محمد خليفة: الحماية الجنائية لمعطيات الحاسب الآلي في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص 174.

الخلاصة

لقد تناولت في هذا البحث الجزء اليسير من جريمة الاختراق الإلكتروني وآليات مواجهتها في التشريع اليمني وبعض التشريعات المقارنة، وتوصلت إلى عدة نتائج وتوصيات نبينها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

خلص الباحث إلى عدد من النتائج أهمها:

- 1- عدم إصدار المقتن اليمني قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات.
- 2- إن البيانات والمعلومات الإلكترونية معرضة للاختراق الإلكتروني وخاصةً في ظل التطور المعلوماتي المستمر.
- 3- من أهم جرائم الاختراق الإلكتروني: التجسس الإلكتروني، الابتزاز الإلكتروني، التزوير الإلكتروني، الإتلاف المعلوماتي، الدخول غير المصرح به إلى نظام الحاسب الآلي.
- 4- عدم اتخاذ إجراءات وقائية وحمائية للأجهزة الإلكترونية يعرضها للاختراق والقرصنة الإلكترونية.
- 5- إن جرائم الاختراق الإلكتروني لا تتسم بالعنف على عكس الجرائم التقليدية.
- 6- إن جميع القوانين جرمت الأفعال التي تساعد على اختراق نظم حماية أنظمة الحاسبات الآلية.
- 7- إن التشفير وجماد الحماية هما الوسيلة الأهم للمحافظة على سرية البيانات وحمايتها لكي لا يستطيع أي شخص القيام بعملية الاختراق الإلكتروني وبالتالي صعوبة الاطلاع على البيانات أو سرقتها أو إتلافها أو التجسس على المعلومات.

ثانياً: التوصيات:

خلص الباحث إلى عدد من التوصيات أهمها:

- 1-نوصي السلطة التشريعية بسرعة إصدار قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات نظراً لأهميته القصوى في ظل هذا التطور المتسارع لتقنية المعلومات والاتصالات.
- 2- إنشاء لجنة مشتركة من وزارتي الداخلية و وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات وجهاز الأمن والمخابرات لوضع استراتيجية وطنية شاملة لمكافحة الجرائم الإلكترونية.
- 3- إنشاء وحدة متخصصة لمكافحة جرائم تقنية المعلومات تابعة للإدارة العامة للأدلة الجنائية، مع توفير الإمكانيات الفنية والمادية اللازمة لنجاحها.
- 4-إنشاء نيابة متخصصة في الجرائم الإلكترونية، إضافة إلى محاكم خاصة للبت في هذه الجرائم، بعد تأهيل عدد من أعضاء النيابة والقضاة في هذا المجال.
- 5-تكثيف برامج التوعية عبر وسائل الإعلام المختلفة؛ سواءً المقروءة أم المسموعة أم المرئية، عن خطورة اختراق الأجهزة الإلكترونية الشخصية وعدم الإبلاغ عنها.
- 6-نوصي وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات لإقامة المؤتمرات والندوات الثقافية والتوعوية بأهمية وخطورة وسائل التقنية المعلوماتية، والعقوبات التي تنتظر من يتجاوز حدود الاستخدام المشروع لهذه الوسائل وتسخيرها للإضرار بالغير بالمخالفة للقانون.
- 7-نوصي وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات بإنشاء موقع إلكتروني خاص يكون مفتوحاً للجميع للرد على كافة الشكاوي ولاستفسارات.
- 8-نوصي الجهات المختصة (وزارة الاتصالات وتقنية المعلومات، وزارة الداخلية، وغيرها) أن تتبنى الأشخاص المبرزين في مجال تقنية المعلومات للاستفادة من خبراتهم في هذا المجال.

المراجع

أولاً: الكتب العامة:

- 1- د. أحمد عوض بلال، الإثم الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م.
- 2- _____، النظرية العامة للجرائم الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
- 3- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، ج1، دار النهضة العربية- القاهرة، 1981م.
- 4- د. رؤوف عبيد، القسم العام من التشريع العقابي، دار الفكر العربي- القاهرة، ط4، 1979م.
- 5- د. علي حسن الشرفي، شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني- النظرية العامة للجريمة- القسم العام، ج1، مكتبة الوسطية للنشر والتوزيع- صنعاء، 2012م.
- 6- د. فوزية عبد الستار، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- 7- _____، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988م.
- 8- د. محمد أحمد طه، د. عبد الرزاق المواوي عبد اللطيف، شرح قانون العقوبات- القسم العام، مطابع جامعة المنوفية، بدون سنة نشر.
- 9- د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 1988م.
- 10- د. هدى حامد قشقوش، شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م.

ثانياً: الكتب المتخصصة:

- 1- د. إبراهيم محمود الليدي، الحماية الجنائية لأمن الدولة، بدون دار نشر، 2007م.
- 2- أ. أحمد المشد، القرصنة الإلكترونية وأمن المعلومات، مؤسسة الأمة العربية للنشر والتوزيع- القاهرة، 2017م.
- 3- د. أحمد حسام طه تمام، الحماية الجنائية لتكنولوجيا الاتصالات، دار النهضة العربية، 2002م.
- 4- د. إسماعيل عبدالله حسن حميد، الأمن السيبراني، مكتبة الجيل الجديد - صنعاء، 2021م.
- 5- د. جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان المغنطة، دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري، ط2، دار النهضة العربية، 2003م.
- 6- _____، الإنترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
- 7- أ. خالد حربي السعدي، جريمة إتلاف برامج ومعلومات الحاسب الآلي- في التشريعين الكويتي والمقارن، دار النهضة العربية، 1433هـ- 2012م.
- 8- خالد ناصر السيد، الحاسب والمجتمع الإلكتروني، مكتبة الرشد- الرياض، ط2، 2005م.
- 9- طارق الشدادي، آلية البناء الأمني لنظم المعلومات، دار الوطن للطباعة والنشر - الرياض، 1421هـ.
- 10- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
- 11- _____، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، المجلد الثاني، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، 2003م.

- 12- _____، الدليل الجنائي و التزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية- المحلة الكبرى- مصر، 2001م.
- 13- أ. علي عدنان الفيل، الإجرام الإلكتروني، منشورات زين الحقوقية- دمشق، 2011م.
- 14- أ. عمرو عيسى الفقي، الجرائم المعلوماتية، المكتب الجامعي الحديث- الإسكندرية، 2006م.
- 15- د. فريد منعم جبوري، حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم المعلوماتية، منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان، 2010م.
- 16- محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004م.
- 17- د. محمد أمين الشوابكة، جرائم الحاسوب والإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، ط4، 2011م.
- 18- د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م،
- 19- د محمد حماد مرهج الهبتي، جرائم الحاسوب، دار المناهج للنشر والتوزيع- عمان، 2005م،
- 20- د. محمد علي العريان، الجرائم المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية، 2004م.
- 21- د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، 2007م.
- 22- أ. منير محمد الجنبهي، أ. ممدوح محمد الجنبهي، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، 2005م.
- 23- _____، أمن المعلومات الإلكترونية، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، 2005م.

- 24- د. نائلة عادل محمد قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان، 2005م.
- 25- أ. نبراس محمد جاسم الاحبابي، أثر الإدارة الإلكترونية في إدارة المرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- 26- د. نديم محمد حسن التريزي، الإقرار بواسطة الوسائل الحديثة في القضايا الجنائية- دراسة تحليلية بين الشريعة الإسلامية والقانون اليمني، مكتبة الصادق للطباعة والنشر- صنعاء، 2012م.
- 27- أ. نحلة عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان، 2008م.
- 28- د. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- 29- _____، جرائم الحاسب الآلي في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
- 30- د. هلالى عبد الاله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية، كلية الحقوق- جامعة أسيوط، 1999م.
- 31- _____، تفتيش نظم الحاسب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.
- 32- _____، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية- معلقاً عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م.

ثالثاً: الرسائل العلمية:

❖ رسائل الدكتوراه:

- 1- د. إسلام عبدالله عباس، أمن المعلومات على شبكة الإنترنت واستخدام طريقة حقن لغة الاستعلام في اختراق قواعد بيانات المواقع الإلكترونية، رسالة دكتوراه- جامعة النيلين، السودان، 2010م.
- 2- حفصي عباس، جرائم التزوير الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة وهران 1 –الجزائر، 2015/2014م.
- 3- د. علي حسن عبدالله الشريفي، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية - دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1986م.
- 4- د. محمد مصلح علي الجراي، آثار مسرح الجريمة ودورها في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، رسالة دكتوراه، جامعة القرآن الكريم وعلومه الإسلامية، السودان، 2019م.
- 5- د. مصطفى عبد الرحمن عبده الفاتكي، النظام القانوني للإدارة العامة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط- مصر، 2020م.

❖ رسائل الماجستير:

- 1- أ. إبراهيم محمد القاسمي، جرائم الدخول والبقاء غير المشروع في نظام المعالجات الآلية للمعطيات الإلكترونية، رسالة ماجستير- جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2018م.
- 2- م. زكريا أحمد عمار، حماية الشبكات الرئيسية من الاختراق والبرامج الضارة، رسالة ماجستير، جامعة النيلين، السودان، 2011م.
- 3- أ. صغير يوسف، الجريمة المرتكبة عبر الانترنت، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2013م.

4- أ. عبد الله دغش العجمي، المشكلات العملية والقانونية للجرائم الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، فلسطين، 2014م.

5- أ. فلاح الشمري، جريمة ابتزاز النساء ودور جهاز الحسبة في مكافحتها، ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، 1428هـ.

رابعاً: الدوريات:

1- أ. أسامة أبو كلحوش علي، جرائم الحاسوب ووسائل مواجهتها، مجلة الشرطة، الجزائر، العدد 84، 2007م.

2- أسامة غانم العبيدي، جريمة الدخول غير المشروع إلى النظام المعلوماتي، دراسة قانونية في ضوء القوانين المقارنة، مجلة دراسات المعلومات، العدد 14، 2012م.

3- د. سليمان عبد الرزاق الغديان، صور جرائم الابتزاز الإلكتروني ودوافعها والآثار النفسية المترتبة عليها من وجهة نظر المعلمين ورجال الهيئة والمستشارين النفسيين، بحث منشور في مجلة البحوث الأمنية- كلية الملك فهد الأمنية، الرياض، العدد 69، 1439هـ/ 2018م.

4- أ. سميرة معاشي، ماهية الجريمة المعلوماتية، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني- جامعة خضير بسكرة - الجزائر، العدد 7، 2011م.

5- د. صورية أحمد بو ربابة، جريمة الإتلاف المعلوماتي للمعلومات وتطيل أنظمة معالجتها، بحث منشور في مجلة منارات الأمن- صنعاء، العدد 6، 2021م.

6- د. عصمت عبد المجيد، اثر التقدم العلمي في العقد، موسوعة القوانين العراقية، بغداد 2007م.

7- د. علي عبد القادر فهوجي، جرائم التعدي على نظم معالجة المعطيات، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات، 2000م.

8- د. محمد محسن حسينات، جرائم الحاسوب والإنترنت، مجلة جامعة فلسطين للأبحاث والدراسات، العدد 2، 2012م.

9- مجموع البحوث والدراسات، الجريمة الإلكترونية في المجتمع الخليجي وكيفية مواجهتها، أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة- سلطنة عمان، 2016م.

10- وائل سليم عبدالله شاطر، الإطار الإلكتروني لجريمة الابتزاز الإلكتروني في ألعاب الإنترنت، بحث منشور بالمجلة العربية للنشر العلمي - السعودية، العدد 16، 2020م.

خامساً: القوانين:

- 1- قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (12) لسنة 1994م.
- 2- قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية و المصرفية الإلكترونية اليمني رقم (40) لسنة 2006م.
- 3- قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب اليمني رقم (20) لسنة 2010م.
- 4- قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات المصري رقم(175) لسنة 2018م.
- 5- قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات العماني رقم(12) لسنة 2011م.
- 6- قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الكويتي رقم(63) لسنة 2015م.
- 7- قانون العقوبات الفرنسي رقم (19) لسنة 1988م، وقانون سنة 1994م، والقانون رقم(575) لسنة 2004، والتعديلات لسنة 2012م، وعام 2014م، 2015م.

8- مشروع قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات اليمني رقم(بدون) لسنة 2020م.

سادساً: الاتفاقيات:

- 1- اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية لسنة 2001م.
- 2- الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2010م.



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

عنوان البحث:

خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني (دراسة مقارنة)

د. عبدالغني عبد الرقيب سعد الغرافي

ملخص البحث

معلومات البحث

إن خيار الرؤية من الخيارات الشرعية والقانونية التي تثبت بقوة الشرع والقانون لا باتفاق الأطراف عليه؛ لأن الأساس الشرعي الذي من أجله شرع هذا الخيار هو دفع الضرر عن المتعاقد الذي تعاقد على ما لم ير. والأخذ بخيار الرؤية له أهمية كبيرة في الحياة العملية بين المتعاقدين في عقود المعاوضات المالية التي تقبل الفسخ؛ بهدف استقرار المعاملات بين المتعاقدين. ويهدف هذا البحث إلى بيان خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني، ومعرفة مدى قيام المشرع اليمني بأخذ جميع أحكامه كما هو عليه الحال في الخيارات الأخرى.

تاريخ تسليم البحث:

٢ مارس ٢٠٢٢

تاريخ قبول البحث:

٢٠ مارس ٢٠٢٢

وقد اشتمل هذا البحث على أربعة مباحث؛ تم تخصيص المبحث الأول منه لبيان ماهية خيار الرؤية ومشروعيته، واحتوى المبحث الثاني على شروط خيار الرؤية ونطاقه، وجاء المبحث الثالث متضمناً وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانوني من خيار الرؤية، وتطرق المبحث الرابع إلى آثار خيار الرؤية وأسباب سقوطه.

وقد اتبع الباحث في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي القائم على الاستقراء والتحليل والاستنباط، وخرج البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

الباحث: د. عبدالغني عبدالرقيب سعد الغرافي.

البريد الإلكتروني:

abdulghanialghorafi@gmail.com

Abstract

The option of vision is one of the legitimate and legal options that are proven by the strength of Sharia and the law, not by the agreement of the parties on it. Because the legal basis for which this option was legislated is to pay the damages for the contracting party who contracted for what he did not see. The adoption of the option of vision is of great importance in practical life among the contracting parties in financial exchange contracts that accept rescission; In order to stabilize transactions between the contracting parties.

This study aimed to clarify the option of vision in Islamic jurisprudence and Yemeni law, and to know the extent to which the Yemeni legislator has taken all its provisions as is the case in the other options.

This research included four sections; The first section was devoted to clarify the nature of the vision option and its legitimacy, the second section contained the conditions and scope of the vision option, and the third section included the viewpoint of Islamic and legal jurisprudence from the vision option, and the fourth one dealt with the effects of the vision option and the reasons for its downfall.

In this research, the researcher followed the descriptive analytical approach based on induction, analysis and deduction, and the research came out with a set of results and recommendations.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، نحمده ونستعين به ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين، أما بعد:

لقد أولى الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية مسألة الخيارات عناية كبيرة؛ باعتبارها من الموضوعات ذات الأهمية البالغة في المعاملات؛ ولاتصالها بركن الرضا بين المتعاقدين من ناحية؛ ولاعتبار الخيار أمر عارض على العقد من ناحية أخرى؛ لذلك فقد قُسمت الخيارات إلى نوعين رئيسيين:

النوع الأول: خيارات إرادية تثبت بالاتفاق بين المتعاقدين ويقوم هذا النوع على مبدأ سلطان الإرادة.

النوع الثاني: الخيار الشرعي أو القانوني الذي نص عليه المشرع كخيار المجلس، وخيار العيب، وخيار الرؤية (وهذا الأخير هو موضوع بحثنا هذا)، والأساس الشرعي الذي يقوم عليه هذا النوع من الخيارات هو دفع الضرر عن المتعاقد وفقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، فدفع الضرر عن المتعاقد هو الأساس الذي من أجله شرع فسخ العقد بمقتضى الخيارات، فحق المتعاقد في الفسخ في خيار الرؤية يهيئ المتعاقد الذي لم يرَ المعقود عليه دفع الضرر عنه من خلال عدم إلزام نفسه بشيء لا يوافق رغباته، ونظراً للأهمية العملية لهذا النوع من الخيارات خاصة في وقتنا الحاضر؛ نتيجة توسيع نطاق المعاملات بين الأشخاص، سواء كانت اشخاص طبيعية أم اعتبارية في مختلف المناطق والأقطار المتباعدة واقتضاء أن تكون السرعة عنصر هام في هذه المعاملات، الأمر الذي أبرز أهمية خيار الرؤية بصورة أكثر، ومن خلال هذه الأهمية الخاصة لهذا الخيار فقد وقع اختياري له كموضوع لبحثي هذا الموسوم بـ: "خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني".

- مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في أن المشرع اليمني لم يتناول خيار الرؤية كتناوله لبقية الخيارات بجميع أحكامه التي تناولها الفقه الإسلامي، حيث تناول خيار الرؤية في أربعة مواد على عكس ما تناوله في خيار المجلس وخيار الشرط والذي تناول فيهما جميع الأحكام، رغم عدم معرفة الكثير من الناس حكم هذا الخيار وآثاره في ظل التعامل بالبيع والشراء عن بعد عبر وسائل التقنية الحديثة في عصرنا الحاضر.

- سبب اختيار موضوع البحث:

1- انتشار هذا النوع من أنواع الخيارات بين المتعاقدين في المجتمعات البشرية دون الوقوف على مدى مشروعيته وما يترتب عليه من آثار.

2- حاجة الناس في هذا العصر لمعرفة الحكم الشرعي والقانوني لهذا النوع من أنواع الخيارات الذي يمس المعاملات في حياتهم اليومية.

3- تساهل بعض المتعاقدين في موضوع الخيارات خاصة خيار الرؤية وما يترتب عليه من آثار.

4- معرفة المزيد من الأحكام الشرعية والقانونية المنظمة لهذا النوع من الخيارات والذي يمس معاملات الناس اليومية.

- أهمية البحث : تكمن أهمية البحث في الآتي:

1- إفادة المهتمين والباحثين في مجال المعاملات بهذا النوع من أنواع الخيارات وأفراد المجتمع الذين يتعاملون بهذا النوع من أنواع الخيارات.

2- رغبة الباحث في دراسة هذا النوع من أنواع الخيارات وهو (خيار الرؤية)، وبيان حكمه الشرعي والقانوني كونه أصبح واقعاً فعلياً ومعاشاً في كثير من معاملاتنا اليومية.

3- رغبة الباحث في الإسهام والمشاركة قدر المستطاع في بيان هذا النوع من أنواع الخيارات، خاصةً في ظل التعامل بالبيع والشراء عن بعد عبر وسائل التواصل الاجتماعي والذي ظهر في عصرنا الحاضر.

4- إفادة الباحثين والمهتمين بالجانب الشرعي والقانوني من خلال موضوع البحث .

● **أهداف البحث:** يهدف هذا البحث إلى:

1- بيان مدى مشروعية خيار الرؤية الشرعية والقانونية.

2- معالجة القصور القانوني لدى المشرع اليمني في خيار الرؤية.

3- معرفة آراء الفقهاء حول خيار الرؤية في المذاهب الفقهية المختلفة والقانون اليمني.

● **أسئلة البحث:** سوف أحاول أن أجيب في هذا البحث على عدة أسئلة أهمها:

1- ما هو المقصود بخيار الرؤية وشروطه ونطاقه وآثاره وأسباب سقوطه؟

2- ما هو الحكم الشرعي لخيار الرؤية في الفقه الاسلامي والقانوني؟

3- ما هو القصور لدى المشرع اليمني بشأن خيار الرؤية؟

● **منهج البحث:** سوف أسلك في بحثي المنهج الوصفي القائم على الاستقراء والتحليل والاستنباط، وسيتم

الاستقراء من خلال جمع النصوص الشرعية والقانونية والآراء حول هذا النوع من أنواع الخيارات والقيام

بالمقارنة بين الفقه الشرعي والقانون اليمني.

● **الدراسات والأبحاث السابقة:** سوف أشير إلى بعض الدراسات التي ذكرت وتناولت موضوع خيار الرؤية

ولعل أهمها:

- أحكام الخيارات في الشريعة الاسلامية والقانون اليمني: للدكتور/ عبدالله عبدالله العلفي، "دراسة مقارنة"،

دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.

- أحكام المعاملات الشرعية: للدكتور/ علي الخفيف، دار الفكر العربي، ط1، 1996م.

- فقه المعاملات الاسلامية والشرعية: للدكتور علي القليصي، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ط1، 1992م.

- الفقه الاسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، ط٤، سنة ١٩٩٧م.

- مشروعية خيار الرؤية في الفقه الاسلامي: بحث مقدم من رياحي أحمد وعماري ابراهيم، مجلة الأكاديمية

للدراستات الاجتماعية والانسانية، دورية دولية محكمة، جامعة حسينية بن بو علي الشلف، الجزائر، العدد،

تاريخ 25 / 8 / 2020م.

هذه الدراسات السابقة وإن كانت تناولت خيار الرؤية فقد تناولته من جوانب متعددة اختلفت عن

بعضها البعض وفق رؤية كل باحث فيها، من منطلق هدف بحثه، وإن كان المرجع الرئيسي لها كتب الفقه

الإسلامي التي تناولت موضوع خيار الرؤية.

في حين تميز بحثنا في بيان خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني "دراسة مقارنة"، من منطلق

الغاية والهدف المرجو من قبل الباحث لحل المشكلة التي وجدها لدى المشرع اليمني في القانون المدني الصادر برقم

(14) لسنة 2002م في عدم بيان أحكام خيار الرؤية بكاملها كما تناولها الفقه الإسلامي، على عكس ما هو

عليه الحال في بقية الخيارات.

● **تقسيمات البحث:** لقد قسمت هذا البحث إلى أربعة مباحث، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية خيار الرؤية ومشروعيته وفيه مطلبان: هما: ماهية خيار الرؤية، مشروعية خيار الرؤية.

المبحث الثاني: شروط خيار الرؤية ونطاقه، وفيه مطلبان، هما: شروط خيار الرؤية، نطاق خيار الرؤية.

المبحث الثالث: وجهة نظر الفقه الاسلامي والقانوني من خيار الرؤية، وفيه مطلبان، هما: وجهة نظر الفقه

الإسلامي من خيار الرؤية، وجهة نظر الفقه القانوني من خيار الرؤية.

المبحث الرابع: آثار خيار الرؤية وأسباب سقوطه، وفيه مطلبان، هما: آثار خيار الرؤية، أسباب سقوطه.

الخاتمة: وفيها النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية خيار الرؤية ومشروعيته

ماهية الشيء حقيقته وطبيعته وبيانه، ولما كانت عقود المعاملات المبرمة بين المتعاقدين تقتضيها الثقة والائتمان فيبيع شخص لآخر شيئاً لم يره قبل العقد أو أثنائه فيثبت للمشتري حق الخيار عند رؤيته للمعقود عليه إن شاء فسخ العقد أو أمضاه، وهذا الحق مشروع في الفقهاء الاسلامي والقانوني، وسوف نتناول في هذا المبحث ماهية خيار الرؤية ومشروعيته في مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

ماهية خيار الرؤية

للتعرف على خيار الرؤية لابد من الخوض في معنى ذلك الخيار من الناحية اللغوية والاصطلاحية:

أولاً: خيار الرؤية في اللغة:

لفظ خيار الرؤية هو من المركب الإضافي، يتكون من لفظين، لفظ الخيار ولفظ الرؤية، فالخيار اسم من الاختيار، وخلاف الأشرار، وأنت بالخيار خياره⁽¹⁾، (وخيار شمر) شجر، له ثمر كالحروب يستعمل في الطب كملين لطيف⁽²⁾.

أما الرؤية فهي مصدر للفعل رأى يرى، ومعناه لغةً النظر بالعين والقلب، وحقيقة تعني النظر بالعين، أما مجازاً فهي إدراك ماهية الشيء المرئي والوقوف على خصائصه المادية باستعمال أي حاسة من الحواس، وبمعنى آخر أن يكون العلم به في ذهن الرائي صورة حقيقية لذلك الشيء، ويقال: (رأى - رؤية، ورؤيا) أي نظر بالعين أو القلب،

(1) جرجي شاهين عطية، المعتمد، مكتبة صادر، بيروت، سنة 1927م، ص 208.

(2) الأب لويس معلوف اليسوعي، المنجد، المطبعة الكاثوليكية، ط9، سنة 1937، ص 198.

ومضارعه: (يرى- أرها- يرثا)، ولا تستعمل في أصلها إلا نادراً، ورأى بالأمر رأياً ذهب إليه⁽¹⁾، وكما قال الشاعر جميل: ولم نرى ليلي ونسمع قولها، ويلي لها رأي يصاغ.

والرؤية بمعنى العلم يقال: (رأيت زيداً عالماً بمعنى علمته)، (والرؤية بالعين تتعدى إلى مفعول واحد، وبمعنى العلم تتعدى إلى مفعولين)⁽²⁾، ويقال: (ألم تر)⁽³⁾ كلمة تقال للتعجب وتنبيه المخاطب، وقال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِأَصْحَابِ الْفِيلِ﴾⁽⁴⁾، والرؤيا ما نراه في المنام، وجمعها رؤى، ويقال: جاء حين جن رؤيا، أو رأى أي حين اختلط الظلام فترة الرؤية.

ثانياً: خيار الرؤية في الاصطلاح:

ليبيان المعنى الاصطلاحي لخيار الرؤية فإن ذلك يتطلب بيان معناه في فقه الشريعة والقانون كي نتوصل إلى تعريف جامع مانع لهذا الخيار وذلك على النحو الآتي:

❖ خيار الرؤية في الفقه الاسلامي:

تناول فقهاء المسلمين خيار الرؤية بالبحث من جوانب عديدة وعرفوه بتعريفات كثيرة كل منها يعبر عن اتجاه فقهاء مذهب معين ورؤيتهم الخاصة لهذا الخيار حيث عرفه:

(1) فقهاء الشيعة الإمامية بأنه: "الخيار الذي يثبت للمتعاقد الذي تعاقده على ما لم يره إذا ما وصف في العقد أو أخبره به البائع واتضح أنه بخلاف ذلك الوصف أو سبقت له رؤيته قبل التعاقد واتضح تغيره"⁽⁵⁾، فخيار الرؤية لدى الشيعة الإمامية يثبت للمتعاقد الذي اشترى المعقود عليه بناءً على رؤية سابقة أو على الوصف، فإن ظهر عند الرؤية أن المعقود عليه متغير عن الرؤية السابقة أو مغايراً للوصف ثبت له خيار الرؤية.

(1) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، سنة 1981م، ص226. جرحي شاهين عطية، المعتمد، مرجع سابق، ص250.

(2) مختار الصحاح للرازي، مرجع سابق، ص226.

(3) جرحي شاهين عطية، المعتمد، مرجع سابق، ص250.

(4) سورة الفيل: الآية (1).

(5) زين الدين الحبيبي العاملي: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج1، الكتاب العربي مؤسسة مصرية للطباعة الحديثة، مصر، ص324، العلامة الحسن بن المظهر الحلي: تذكرة الفقهاء، ج7، مطبعة النجف الأشرف، سنة 1955م، ص34.

(2) **فقهاء الحنفية:** هم ممن توسع في إيراد ما يتعلق بهذا الخيار من أحكام وفي رفع ما يقيدده لدى فقهاء المذاهب

الأخرى، فهم لا يقيدون حق المتعاقد باستعمال الخيار بضرورة عدم مطابقة المعقود عليه لأوصافه المذكورة؛

لذلك يعرفونه بأنه: "الحق الثابت للمتعاقد الذي لم ير المعقود عليه المعين جنسه لا وقت العقد ولا قبله وإن

وصف له وجاء مطابقاً للوصف فله الخيار، فتعيين المعقود عليه يتم بالإشارة إليه أو بتسميته أو بوصفه"⁽¹⁾.

(3) **فقهاء الحنابلة:** عند البحث فيما ذهب إليه فقهاء الحنابلة على القول الذي أثبتوا فيه خيار الرؤية للمتعاقد لم

نعثر على تعريف يخص هذا الخيار، إلا أنه في استعراضهم لأحكام هذا الخيار الذي يثبتونه للمتعاقد إن

توفرت عدة قيود ما يمكن أن نستنتج منه تعريف يُعبر عن رأي المذهب بالنسبة لخيار الرؤية ومن أهم

هذه القيود ما يلي:

أ- أن يكون المعقود عليه غائباً عن نظر المتعاقدين وقت العقد.

ب- أن يكون التعاقد قد تم بناءً على رؤية سابقة للمعقود عليه أو بناءً على الوصف.

ج- أن لا يظهر المعقود عليه عند رؤيته بعد العقد مطابقاً للصورة التي كان عليها في الرؤية السابقة أو

مطابقة للوصف وإلا فإن حصول المطابقة يعني لديهم عدم قيام الخيار.

د- إن خيار الرؤية لديهم يُعد خياراً شرعياً يثبت في العقد دون حاجة لاشتراطه ودون دخل لإرادة

المتعاقدين في انشائه⁽²⁾.

ويمكن أن نستنتج مما ذكر أعلاه تعريفاً يُعبر عن ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة فيعرف بأنه: "خيار شرعي

يثبت للمتعاقد الذي لم ير المعقود عليه في وقت العقد إن تم التعاقد بناءً على رؤية سابقة أو على الوصف

شريطة عدم مطابقة المعقود عليه عند رؤيته لما كان عليه سابقاً أو لما وصف به".

(1) الشيخ كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي: فتح القدير، ج5، المطبعة الأميرية ببلاط، مصر، ط1، سنة 1316هـ، ص137، علاء الدين أبي

بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982م، ج5، ص292، شمس الدين السرخسي:

المبسوط، ج13، مطبعة السعادة، مصر، ط1، بدون سنة نشر، ص70.

(2) شيخ الاسلام أبي محمد موفق الدين عبدالله ابن قدامة المقدسي: الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل، ج2، منشورات المكتب الإسلامي، بدون سنة

طبع، ص12. الشيخ اسحاق محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي: المبدع في شرح المقنع، ج4، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة 1400هـ، ص25.

(4) **فقهاء الزيدية:** لم يصرحوا بتعريف خيار الرؤية على وجه الخصوص رغم أنهم من الفقهاء الذين توسعوا في بيان أحكام هذا الخيار، فخيار الرؤية لديهم يثبت للمتعاقد الذي لم يرَ المعقود عليه لا وقت العقد ولا قبله وإن لم يوصف، فإن تم التعاقد بناءً على الوصف وإن ظهر المعقود عليه مطابقاً له لدى الرؤية بعد العقد فله الخيار وله استعماله، فخيار الرؤية لدى الزيدية هو خيار شرعي لا يحتاج المتعاقد لاشتراطه في العقد⁽¹⁾، ومن خلال ذلك يمكن أن نستنتج أنهم يعرفون خيار الرؤية بأنه خيار شرعي يثبت للمتعاقد الذي لم يرَ المعقود عليه لا وقت العقد ولا قبله، وله أن يستعمله في امضاء العقد أو فسخه وإن جاء المعقود عليه مطابقاً للوصف عند رؤيته بعد العقد.

(5) **فقهاء المالكية:** يعتبرون خيار الرؤية شرطاً تعاقدياً إرادياً لا يثبت في العقد إلا إذا اشترط فيه، ويثبت هذا الخيار لديهم في حالتين، الأولى: إن كان المعقود عليه مستتراً عن نظر المتعاقد غير موصوف، والثانية: إن كان المعقود عليه موصوفاً إلا أنه غائب في مكان بعيد جداً بحيث لا يمكن للمتملك من المتعاقدين أن يتعرف عليه بسهولة، فيثبت الخيار له باشتراطه في العقد، أما إن كان المعقود عليه غائباً غير موصوف مع عدم اشتراط الخيار يقع العقد باطلاً لديهم⁽²⁾، ويمكن أن نستنتج أن المالكية يعرفون خيار الرؤية بأنه: "خيار عقدي لا يثبت للمتعاقد إلا إذا اشترطه في العقد وهو بذلك خيار إرادي، أي أن إرادة المتعاقد هي الأساس في إنشائه وبه يتمكن من فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية المعقود عليه"، فالمالكية في ذلك يختلفون عن بقية الفقهاء الذين يعتبرون خيار الرؤية خيار شرعي.

(1) الشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني: السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج3، تحقيق إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1405هـ، ص99. أبو الحسن عبدالله ابن مفتاح: شرح الأزهار المنتزع المختار من الغيث المدرار، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، سنة 1332هـ، ص92.

(2) أبي الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط6، 1402هـ-1982م، ص156. محمد محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، طرابلس ليبيا، بدون سنة طبع، ص296. الشيخ أبو عمر يوسف بن عبدالبر النمري: الكافي، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1407هـ، ص329.

❖ خيار الرؤية في الفقه القانوني:

تناول فقهاء القانون خيار الرؤية بالتعريف به وبيان أحكامه كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية؛ لأهمية هذا الخيار في نظام المعاملات المالية، حيث عرفوه بتعريفات عديدة، ولا تختلف تلك التعريفات عن التعريفات التي وضعها فقهاء الشريعة ومن تلك التعريفات:

تعريف الدكتور حامد محمود شمروخ والذي عرفه بأنه: "هو أن يكون للمتعاقد الحق في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية المعقود عليه إذا لم يكن قد رآه عند التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه"⁽¹⁾.

وعرفه علي الخفيف بأنه: "ما يثبت لأحد المتعاقدين عند رؤية محل العقد من الحق في فسخ العقد أو إمضائه؛ بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد أو قبله"⁽²⁾.

وعرفه الدكتور عبدالله العلفي بأنه: "حق قانوني سببه عدم رؤية محل العقد يرد على عقود محدودة ويحول صاحبه سلطة فسخ العقد أو إمضائه بإرادة منفردة"⁽³⁾.

وعرفه الدكتور/ ذبيان بن محمد الذبيان بأنه: "حق يثبت به للمتملك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره"⁽⁴⁾.

وعرفه القانون اليميني بأنه: "الحق في إمضاء العقد أو فسخه بعد رؤية المعقود عليه في عقود المعاوضات المالية، وهي الشراء أو الإجارة وقسمة الأعيان والصلح بمال ولا يثبت في العقود التي لا تحتمل الفسخ"⁽⁵⁾.

وبالاطلاع على التعريفات السابقة نجد أنها لا تختلف عن التعريفات التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية وإن كانت مختلفة في الألفاظ، غير أنها موحدة المعنى باعتبار أن هذا الخيار مأخوذ عن فقهاء الشريعة الإسلامية.

(١) د. حامد محمود شمروخ: مدخل الفقه الإسلامي، 1410هـ - 1990م، ص 425.

(٢) علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، ط1، 1996م، ص 378.

(٣) د. عبدالله عبد الله العلفي: أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون اليميني، "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص 328.

(٤) د. ذبيان بن محمد الذبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، سنة 2013م، ص 331.

(٥) المادة (238) من القانون المدني رقم (14) لسنة 2002م، الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية.

لذلك فإن خيار الرؤية هو: "أن يكون للمتعاقد الحق في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية المعقود عليه إذا لم يكن قد رآه عند التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه"⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مشروعية خيار الرؤية

أولاً: مشروعية خيار الرؤية: اختلف الفقهاء حول مشروعية خيار الرؤية على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: وهو مذهب الإمام أبو حنيفة والزيدية والرواية المشهورة عن الإمام أحمد والشافعي في مذهبه القديم⁽²⁾، حيث يرون أن خيار الرؤية في بيع الغائب ثابت ومشروع بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول. أما القرآن: عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽³⁾ الآية تدل على جواز البيع عموماً. أما السنة: فمنها ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه"⁽⁴⁾، فهذا الحديث يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد جعل للمشتري الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه عند رؤيته للمبيع، سواء وصف له المبيع أم لم يوصف، وسواء شرطه العاقد أم لم يشترطه⁽⁵⁾.

أما الإجماع: فقد روي أن عثمان باع لطلحة بن عبيد الله رضي الله عنهما أرضاً بالبصرة لم يرها كل واحد منهما، فقيل لطلحة إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لي الخيار لأني بعته ما لم أره، فحكّم بينهما جبير بن مطعم، فحكم بأن الخيار لطلحة".

(1) د. حامد محمود شمروخ: مدخل الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص425.

(2) الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص163، أبو الحسن علي بن أبي بكر عبدالجليل المرغيناني: الهداية، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990م، ص37، عبدالله بن مفتاح: شرح الأزهاري، ج3، مرجع سابق، ص91، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة: المغني، ج4، دار الفكر، بيروت، طبعه 1992م، ص82، إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي: المهذب، ج1، دار الفكر، بيروت، ص263.

(3) سورة البقرة: الآية (275).

(4) الإمام علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني، سنن الدار قطني، دار المعرفة، بيروت، 1386 - 1966، تحقيق، السيد عبد الله هاشم بماني المدني، ج3، ص5.

(5) د. بجاش سرحان المخلافي: أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ط7، 1435هـ - 2014م، ص90.

فقال الفقهاء إن هذه القصة اشتهرت وانتشر خبرها ولم يُروَ عن أحد خلاف ذلك، فكان إجماعاً.

أما المعقول: فهو أن الحاجة والضرورة قد دعت إلى هذا الخيار؛ لأن الشخص ربما يحتاج إلى شراء شيء غائب عنه، فلو انتظر حتى يتمكن من رؤيته ربما فاتته الفرصة في شرائه، وذلك بأن يشتريه شخص آخر يكون قد رآه، فيضطر إلى شرائه دون رؤيته، ولو أجزنا العقد وألزمناه به ولم نجعل له الخيار لألحقنا به الضرر والغبن؛ لأنه قد يجد المعقود عليه غير موافق لغرضه الذي اشتراه من أجله، فكانت المصلحة تقتضي مشروعية العقد على الغائب مع إثبات خيار الرؤية للعاقِد⁽¹⁾.

المذهب الثاني: وهو مذهب الإمام مالك والرواية الثانية عن الإمام أحمد⁽²⁾، حيث يرون جواز خيار الرؤية في حالات معينة وبشروط محددة، وهو جوازه للمشتري الذي اشترى العين الغائبة عن مجلس العقد واشترط ذلك في العقد، أو وصف له وصفاً يعين نوعه وجنسه، فإن لم يشترطه فليس له الخيار. وبناءً على ذلك، إذا باع شخص سلعة ما بيعاً باتاً بدون خيار رؤية من المشتري لها، وبدون أن توصف له وصفاً دقيقاً من غير البائع أو من البائع على المعتمد فإن البيع يقع فاسداً.

المذهب الثالث: وهو مذهب الشافعي - في الجديد -⁽³⁾، والذي يرى أن خيار الرؤية غير جائز وغير مشروع، وحجته في ذلك أن هذا الخيار يكون في العقد على الشيء الغائب، والعقد على الشيء الغائب لا يصح ولو كان موصوفاً؛ لأنه غرر يفضي إلى النزاع، وقد نهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، وفي هذا البيع غرر، فيكون باطلاً بمقتضى النهي، وإذا كان العقد باطلاً فلا خيار فيه؛ لأن الخيار لا يلحق إلا العقد الصحيح.

(١) د. بجاش سرحان محمد المخلافي: أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 91.

(٢) محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، دار الفكر، بيروت، تحقيق: محمد عليش، ص 25 وما بعدها، المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 77.

(٣) المذهب، مرجع سابق، ج 1، ص 263.

والذي يظهر لنا، إن ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول هو الراجح، وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة ومسايرة لعرف الناس وتصحيحاً لمعاملاتهم، كما أن الحكمة التي من أجلها شرع خيار المجلس الذي ورد النص به، وخيار العيب الذي أجمع الفقهاء عليه نجدها محققة في هذا الخيار.

ثانياً: سبب مشروعية خيار الرؤية:

سبب مشروعية خيار الرؤية هو عدم رؤية المتعاقد محل العقد أثناء التعاقد أو قبله، لذلك يثبت في هذه الحالة بدون اشتراطه في العقد (بقوة الشرع)، فإذا كان قد رآه سقط الخيار بشرط توافر أمران:

الأول: أن يكون المتعاقد على علم بأن هذا المحل الذي يتعاقد عليه هو الذي رآه من قبل فإن لم يكن على علم بذلك كان له الخيار.

الثاني: أن يكون المحل وقت التعاقد على الصفة التي كان عليها عند رؤية المتعاقد له، فإن لم يعد المحل على الصفة التي رآها عليه كان له الخيار، وسوف نتناول هذا بشيء من التوضيح عند الحديث عن أسباب سقوط خيار الرؤية.

ولا يمنع هذا الخيار ما إذا كان محل العقد قد وصف للمتعاقد عند التعاقد وصفاً ينفي الجهالة عنه؛ لأن الوصف ولو كان دقيقاً لا يبلغ مبلغ العلم به عند الرؤية، ولهذا شرع الخيار عند الرؤية ليحصل العلم الكافي بمحل العقد حتى إذا أمضى العقد كان عن رضاً تاماً، وهذا الرضا هو أساس صحة العقود ولزومها⁽¹⁾، ويثبت خيار الرؤية بحكم الشرع من غير حاجة إلى اشتراطه في العقد بخلاف خيار الشرط أو التعيين، فلا بد من اشتراطهما في العقد⁽²⁾.

(١) د. حامد محمود شمروخ: مدخل الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 425.

(٢) المرجع السابق، ص 426، علي الخفيف، مرجع سابق، ص 379، د. وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات الفقهية والعقود، ج3، دار الفكر العربي، دمشق، ط2، 1985م، ص267.

ثالثاً: كيفية تحقق الرؤية:

خيار الرؤية من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه؛ لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية⁽¹⁾، والمقصود بالرؤية التي يثبت بها خيار الرؤية هي الرؤية المميزة التي تتمثل في الوقوف على خصائص الشيء ومكوناته ومزاياه بإحدى الحواس الخمس، أي العلم بمحل العقد بأي حاسة من حواس الإنسان التي تناسب طبيعة المحل، لذلك فهي تختلف باختلاف نوع السلعة فإن كانت من المرئيات كالقمماش كان العلم بها بواسطة حاسة البصر، وإن كانت من المشمومات؛ كالروائح العطرية تعرف بواسطة الشم، وإن كانت من الأطعمة كان العلم بها بواسطة الذوق، وإن كانت من السلع التي لا تعرف إلا باللمس كان العلم بها بواسطة اللمس، وهكذا فليس المراد بالرؤية الإبصار فقط، ولذلك تحصل الرؤية من الأعمى في الأشياء التي لا يحتاج العلم بها إلى النظر⁽²⁾ والسلع القيمة تتحقق رؤيتها بمعابنتها معاينة مادية شاملة وإن تعددت؛ لأن رؤية أحدها لا يغني عن رؤية الباقي لما بينها من تفاوت، وفي السلع المثلية وهي التي تتشابه آحادها والمتساوية أثمانها، فإن رؤية إحداهما أو بعضها تغني عن رؤية الباقي منها، كما في بيع الكيليات والموزونات والمعدودات المتقاربة، ولا يكون للمشتري بعد ذلك الخيار لتحقيق التساوي بين ما رآه، وما لم يره ما لم تكن هذه السلعة تختلف مع ما رآه⁽³⁾.

أما القانون اليمني فقد اشترط الرؤية المميزة لثبوت خيار الرؤية في المادة (239) مدني والتي تنص على أنه: "من تعاقد على من لم يره فهو مخير عند رؤيته المميزة إن شاء قبل وأمضى العقد، وإن شاء فسسخه، وله الفسخ قبل الرؤية وعقبها ما لم يسقط حقه أو ما لم يرض بعد الرؤية قولاً أو فعلاً، ويثبت الخيار للأعمى بما يقوم مقام الرؤية".

(١) د. عبدالله العلفي: أحكام عقد البيع، دراسة في القانون المدني اليمني، دار الفكر لمعاصر، صنعاء، ط2، 1418هـ - 1997م، ص 79، زين الدين إبراهيم بن محمد بن نجيم: البحر الزخار، ج6، دار المعرفة، بيروت، ص28.

(٢) د. علي الخفيف، مرجع سابق، ص38. د. حامد محمود شمروخ، مرجع سابق، ص426.

(٣) القاضي أحمد بن قاسم العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب، دار إحياء الكتب العربية، ج2، ط1، 1947م، ص397.

المبحث الثاني

شروط خيار الرؤية ونطاقه

لكي يثبت خيار الرؤية للمتعاقد الذي لم ير محل العقد أثناء التعاقد أو قبله لا بد من توافر جملة من الشروط وبخلفها أو تخلف إحداها لا يثبت الخيار، وذلك لاستقرار المعاملات بين المتعاقدين وحماية لطرفي تلك المعاملات محل نطاق خيار الرؤية الذي يُعد مجاله الذي يعمل فيه، وهي عقود المعاوضات المالية، وسوف نتناول في هذا المبحث شروط خيار الرؤية ونطاقه في مطلبين وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

شروط خيار الرؤية

كما أسلفنا القول بأن خيار الرؤية لا يثبت للمتعاقد الذي لم ير المعقود عليه في عقود المعاوضات المالية أثناء التعاقد أو قبله إلا بتوافر عدد من الشروط نوجزها بالآتي:

الشرط الأول: أن يكون محل العقد مما يتعين بالتعين.

ومعنى ذلك أن يكون محل العقد معيناً بذاته؛ كالدار التي في الجهة الفلانية وفي الموقع الفلاني فيخرج بذلك المحل المعين بنوعه وأوصافه كبيع السلم، وبيع الأشياء المتلية كالقمح فلا يثبت فيها خيار الرؤية؛ لأن وسيلة معرفتها الوصف لا الرؤية؛ ولأن ما لا يتعين بالتعين لا يملك بالعقد بل بالقبض، والفسخ إنما يكون فيما يملك بالعقد⁽¹⁾؛ ولأن هذه الأشياء تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والوفاء بالمثل ممكن، لهذا يتمتع الفسخ بخيار الرؤية، وإن تعذر الوفاء بالمثل فُسخ العقد بمقتضى خيار فوات الوصف⁽²⁾.

(1) د. حامد محمود شروخ: مدخل الفقه الإسلامي، (مرجع سابق)، ص 429، د / وهبة الزحيلي (مرجع سابق)، ج 4، ص 582.

(2) د. عبدالله العلفي: أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني (مرجع سابق)، ص 326.

الشرط الثاني: عدم رؤية العاقد محل العقد أثناء العقد أو قبله:

وذلك باعتبار أن عدم الرؤية لمحل العقد هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية، فإذا كان قد رآه سقط حقه في الخيار، وسواءً كانت هذه الرؤية سابقة على إبرام العقد أم مصاحبة له، بشرط أن تكون هذه الرؤية مميزة، وأن يكون المحل مما لا يتغير عادةً، وأن لا تكون المدة المتخللة بين رؤية المحل والعقد طويلة يتغير خلالها المحل غالباً، فإذا وجده متغيراً كان له الخيار⁽¹⁾، وقد نص المشرع اليمني على ذلك في المادة (478) مدني على أنه: "من اشترى ما رآه وتعرف عليه طبقاً لما تقدم فليس له أن يرده إلا إذا وجده متغيراً عن الحالة التي رآه عليها".

الشرط الثالث: أن يكون العقد مما يقبل الفسخ:

لثبوت خيار الرؤية يجب أن يكون العقد من العقود التي تقبل الفسخ، كعقد البيع والإيجار وعقد قسمة الأعيان، وعقد الصلح، أما العقود التي لا تقبل الفسخ لا يثبت فيها خيار الرؤية لصعوبة رد محل العقد بعد انعقاده، كعقد الزواج وعقد الصلح على دم العمد، فلا يدخلها خيار الرؤية، فعقد الزواج لا يفسخ برد المهر، وكذلك إسقاط القصاص لا يفسخ برد الدية، فالأصل أن كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه الخيار وما لا يفسخ فلا خيار فيه⁽²⁾.

(١) د. علي القليصي: فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، ج1، دار الجامعة اليمنية، صنعاء، ط3، 1997م، ص 65، د/ عبدالله العلفي: أحكام عقد البيع، مرجع سابق، ص82. علي الخفيف، مرجع سابق، ص339.
(٢) علاء الدين الكاساني: بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص292.

المطلب الثاني

نطاق خيار الرؤية

نطاق خيار الرؤية هو مجاله الذي يعمل فيه ويتحدد هذا النطاق في جوانب ثلاثة هي: نطاقه من حيث الأشخاص، ونطاقه من حيث العقود، ونطاقه من حيث المدة.

أولاً: نطاقه من حيث الأشخاص:

يثبت خيار الرؤية لكل من تلقى تصرفاً دون أن يرى العين محل التصرف، وقد نص على ذلك المشرع اليمني في المادة (239) مدني، حيث نصت على أنه: "من تعاقد على من لم يره فهو مخير عند رؤيته المميزة إن شاء قبل وأمضى العقد وإن شاء فسحبه..". لذلك يثبت خيار الرؤية في عقد البيع للمشتري إذا اشترى ما لم يره، ويثبت للمستأجر في عقد الإيجار إذا استأجر عين لم يرها، ويثبت للشريك الذي لم ير نصيبه أثناء القسمة في عقد قسمة الأعيان، ويثبت أيضاً للمتصالح في عقد الصلح الذي لم ير العين التي تصالح عليها⁽¹⁾.

ويثبت خيار الرؤية في الفقه الإسلامي عند القائلين به للمشتري ونحوه - الممتلك - باتفاق القائلين به، أما ثبوته للبائع ونحوه - المملك - إذا باع مالاً من غير أن يراه فقد اختلفوا فيه، فأكثر الفقهاء يرون عدم ثبوته للبائع، ويبررون ذلك بأن دليل مشروعيته هو قصة عثمان وطلحة، حيث ثبت فيها الخيار للمشتري دون البائع، كما أن الخيار بأنواعه ثبت على خلاف القياس فيقتصر فيه على مورد النص ولا يتوسع فيه، وقالوا: أنه لا حاجة لإثباته في جانب البائع؛ لأن المعقود عليه يكون في الغالب تحت يده، وبالتالي يكون على علم كافٍ به ويندر أن يبيع الإنسان شيئاً من غير أن يراه ولو فعل لكان مقصراً في حقه، وعليه أن يتحمل نتيجة تقصيره

(١) د. عبدالله العلفي: أحكام الخيارات، مرجع سابق، ص332.

بخلاف المشتري بأن شراءه لما لم يره يقع كثيراً في الحياة العملية، غير أنه في بيع المقايضة يثبت للمتعاقدین معاً إذ كل منهما يعتبر بائعاً ومشترياً^(١).

وفي المذهب الزيدي يمنحون البائع خياراً آخر بدلاً من خيار الرؤية، هو خيار الغرر، وذلك في حالة أن يقع على البائع تدليس من المشتري أو من الغير بتحريض من المشتري^(٢).

ثانياً: نطاق خيار الرؤية من حيث العقود:

حددت المادة (238) من القانون المدني اليمني نطاق خيار الرؤية من حيث العقود والتي تنص على أن: "خيار الرؤية هو الحق في إمضاء العقد أو فسخه بعد رؤية المعقود عليه في عقود المعاوضات المالية، وهي الشراء والإجارة وقسمة الأعيان والصلح بمال .."، وبذلك تكون العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية أربعة عقود هي:

1- **عقد البيع:** ويثبت الخيار فيه للمشتري إذا اشترى ما لم يره، وكان المبيع معيناً بالذات، أما إذا كلن معيناً بالوصف كما في السلم فلا يثبت فيه الخيار.

2- **عقد الإجارة:** يثبت الخيار فيه للمستأجر إذا كانت الإجارة واردة على محل معين بالذات كشقة أو أرض زراعية محددة لم يرها المستأجر أثناء العقد أو قبله.

3- **عقد قسمة الأعيان في الأموال القيمة:** كالحیوانات والأراضي فإذا قسم الشركاء هذه الأموال ولم يرَ أحد الشركاء نصيبه أثناء القسمة كان له الخيار إذا رآه.

4- **عقد الصلح في دعوى المال:** حيث يثبت خيار الرؤية فيه للمتصالح الذي لم ير المال الذي تصالح عليه إذا كان هذا المال معيناً بالذات؛ لأن الصلح في معنى البيع إذ يعتبر معارضة بين الحق المدعى به والمال المتصالح عليه^(٣).

(١) حامد محمود شمروخ، مدخل الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص427، د. عبدالرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، دار الفكر، ط1954م، ص123.

(٢) العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب، ج3، مرجع سابق، ص397.

(٣) د. بجاش المخلافي: أحكام المعاملات المالية في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص93. د. حامد شمروخ، مدخل الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص428.

ولا يثبت هذا الخيار في العقود التي لا تحتتمل الفسخ كالزواج؛ لأن من شروط خيار الرؤية أن يكون العقد الذي يدخله قابلاً للفسخ، وان يرد على عقد لازم، وان يكون العقد محل الخيار من عقود المعاوضات المالية، فلا يثبت في عقود التبرع كالهبة ونحوه، وان يكون محل العقد مما يتعين بالتعيين⁽¹⁾ كما أسلفنا بيانه عند الحديث في شروط خيار الرؤية⁽²⁾.

ثالثاً: نطاق خيار الرؤية من حيث المدة:

كل نطاق تحكمه بداية ونهاية، وبداية زمن خيار الرؤية تتحكم فيها واقعة رؤية الشيء محل العقد، فإما أن تكون هذه الواقعة بعد العقد مباشرة أو بعد ذلك بأيام، وعليه فنطاق خيار الرؤية من حيث المدة يبدأ برؤية المشتري للشيء محل العقد وينتهي باستعمال حقه في الخيار مباشرة بعد هذه الرؤية، فإذا تراخى سقط حقه في الفسخ ولزم العقد، وقد نص على ذلك القانون اليمني في المادة (239) والتي نصت على أنه: "من تعاقد على ما لم يره فهو مخير عند رؤيته المميزة له، إن شاء قبل وامضى العقد، وإن شاء فسخه ..".

كما قضت الفقرة الثانية من المادة (240) من نفس القانون بسقوط حق من له الخيار أصيلاً أو كيبلاً برؤية الشيء بعد إبرام العقد إذا لم يفسخ بعدها مباشرة.

وهذا يعني أن استعمال حق الرؤية من قبل المتعاقد الذي لم ير محل العقد على الفور لا على التراخي بعد الرؤية المميزة⁽³⁾.

(١) د. عبدالله العلفي: أحكام الخيارات، مرجع سابق، ص338- 344.

(٢) يُنظر: شروط خيار الرؤية من هذا البحث.

(٣) د. عبدالله العلفي: أحكام عد البيع، مرجع سابق، ص84.

المبحث الثالث

وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانوني من خيار الرؤية

تمهيد وتقسيم:

لقد انفرد الفقه الإسلامي بالقول في خيار الرؤية، وأخذ ذلك منه الفقه القانوني، حيث أثرى الفقهاء المسلمون خيار الرؤية إثراءً كبيراً في كتبهم الفقهية، وكذلك أثرى فقهاء القانون المدني هذا الخيار في كتبهم القانونية، ورغم اختلاف الفقهاء في هذا الخيار من حيث جوازه وعدم جوازه إلا أن ذلك بين أهمية هذا الخيار في الحياة العملية في مجال عقود المعاوضات المالية، وسوف نتناول في هذا المبحث وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانوني من خيار الرؤية في مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: وجهة نظر الفقه الإسلامي من خيار الرؤية.

المطلب الثاني: وجهة نظر الفقه القانوني من خيار الرؤية.

المطلب الأول

وجهة نظر الفقه الإسلامي من خيار الرؤية

لقد تفرد الفقه الإسلامي بالقول بخيار الرؤية؛ نظراً للأهمية العملية لهذا الخيار في مجال المعاملات المالية، كون فكرة خيار الرؤية تقوم على أساس حماية المتعاقد الذي لم يرَ المعقود عليه أثناء التعاقد؛ ودفع الضرر عنه بما يدعم مبدأ استقرار المعاملات وتحقيق الغاية التي يسعى من وراء تعاقد، لذلك فقد اعتنى بهذا الخيار الفقهاء المسلمون المجيزون له، فصاغوا أحكامه وقواعده وأثاره بدقة، وتناولوا ذلك في كتبهم الفقهية على مر العصور والأزمان، وكشفت الاتجاهات والآراء الفقهية المتباينة من هذا الخيار مدى أهميته لتعلقه بركن الرضا من ناحية والمعقود عليه من ناحية أخرى، وسوف نتناول ذلك بالنقاط الآتية:

- مدى جواز بيع العين الغائبة بناءً على وصفها.
- من يثبت له خيار الرؤية من المتعاقدين.
- التقدير للاتجاهات الفقهية من خيار الرؤية.
- مدى جواز بيع العين الغائبة بناءً على وصفها: اختلف الفقهاء المسلمون حول مسألة بيع الغائب بناءً على وصفه، وهل العلم بأوصاف المبيع والتمن شرط لصحة العقد؟ والجهل بما مانع من الصحة؟ وهل يكفي الوصف للعلم بحقيقة المبيع؟ أم لا بد من الرؤية للشيء المبيع لكي يتحقق العلم الكافي به؟ لذلك سوف نستعرض إجابة كل اتجاه على هذه الأسئلة على النحو الآتي:

1- ذهب الأحناف في رددهم على هذه الأسئلة إلى القول: بأن العلم بأوصاف المبيع والتمن ليس شرطاً لصحة العقد، والجهل بما مانعاً من الصحة، لكنه شرط للزوم⁽¹⁾، وأن جهالة الأوصاف بسبب عدم

(1) الكاساني، بدائع الصنائع: مرجع سابق، ص163.

الرؤية لا تفضي إلى المنازعة بعد ما صار معلوم العين، وإنما تأثير هذه الجهالة في انعدام الرضا به، وذلك شرط إبرام العقد لا شرط جوازه، فيصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزمه⁽¹⁾.

2- **وعند الزيدية** أن من اشترى أو أجاز شيئاً غائباً لم يكن قد رآه رؤية مثله أو رآه رؤية غير مميزة، وقد ذكر جنسه وقدره صح البيع وله الخيار حتى وإن وجده على الصفة المذكورة⁽²⁾، أي أن الجهل بأوصاف المبيع من قبل المشتري لا يفسد العقد بل أن العقد صحيح وله الخيار.

3- **وعند الشافعي** (رحمه الله تعالى) كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة، فلا يجوز بيع ما لم يره المشتري عنده⁽³⁾، وأن جهالة الذات إنما منعت صحة العقد لإفضائها إلى المنازعة.

ووجه ذلك أن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها باختلاف ماليتها؛ ولأن عدم الرؤية يوجب تمكن الغرر في البيع، وقد نهي الرسول صلى الله عليه وسلم عنه، والغرر هو الخطر، والخطر في هذا البيع من ثلاثة وجوه، وهي في أصل العقود عليه وفي وصفه وفي وجوه التسلم.

4- **وعند المالكية** فقد جاء في بداية المجتهد: "وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع، ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبية المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على الصفة⁽⁴⁾، كما أنهم اعتبروا البيع على الصفة في جهة ما هو غائب يدخله غرر آخر، لذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة.

5- **وعند الحنابلة** فأظهر الروايات عن الإمام أحمد (رحمه الله تعالى) أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه، وإذا وصف المبيع للمشتري فذكر من صفاته ما يكفي لصحة السلم صح بيعه في ظاهر

(1) محمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، ج13، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ، ص 68.

(2) العنسي: التاج المذهب، ج2، مرجع سابق، ص396-397.

(3) إبراهيم الشيرازي: المذهب، ج1، مرجع سابق، ص263.

(4) القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، مرجع سابق، ص117.

المذهب، وهو قول أكثر أهل العلم كما ذكر ابن قدامة. وعن أحمد لا يصح حتى يراه؛ لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع، فلم يصح البيع بما كالذي لا يصح فيه، ورجح ابن قدامة الصحة⁽¹⁾.

• من يثبت له خيار الرؤية من المتعاقدين:

من خلال بيان الآراء الفقهية السابقة في مدى جواز بيع العين الغائبة بناءً على وصفها تبين لنا اتجاهات ثلاثة حول ذلك: أحدهم يجوز مطلقاً، وثانيهم مانع مطلقاً، والثالث توسط فلم يمنع مطلقاً وإنما جوز ذلك البيع في حالات معينة وفقاً لشروط محددة، فإذا قلنا بأنه يجوز بيع ما لم يره المتعاقد – كما ذهب المجيزون – فهل يثبت الخيار لكل المتعاقدين أم لأحدهما؟ وفي الإجابة على ذلك فقد اختلف الفقهاء المسلمون فيها، ونوجز هذا الاختلاف على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: وهم الأحناف والزيدية وقول الشافعي في القديم: فقد ذهبوا إلى القول بثبوت خيار

الرؤية للمشتري الذي تعاقد على شيء لم يره وليس للبائع خيار، وسندهم في ذلك هو عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾⁽²⁾، وقوله صلى الله عليه وسلم: "من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه"⁽³⁾، كما احتجوا بما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وطلحة بن الزبير أنهما تبايعان داريهما بالكوفة والأخرى بالمدينة فقيل لعثمان: إنك غبنت، فقال: ما أبالي؛ لأني بعت ما لم أره، وقيل لطلحة: إنك غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، فتحاكما إلى جبير فجعل الخيار لطلحة⁽⁴⁾.

الاتجاه الثاني: وهو قول الشافعي في الجديد وأظهر الروايات عن أحمد: فقد ذهبوا إلى القول: أن

الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه وأن الرؤية شرط لصحة العقد، وحثتهم في ذلك إضافة

(١) ابن قدامة المقدسي: المغني، ج4، مرجع سابق، ص15.

(٢) سورة البقرة: الآية (275).

(٣) رواه أبو بكر بن عبدالله بن أبي مريم: والحديث مرسل، سنن البيهقي الكبرى، ج5، لأحمد بن الحسن بن علي بن موسى، أبو بكر البيهقي، مكتبة البار، مكة المكرمة، 1414هـ - 1994م، ص268.

(٤) بدر الدين محمود بن أحمد العيني: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج11، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ النشر، ص267، ابن قدامة المقدسي، المغني، ج4، مرجع سابق، ص15.

إلى أدلة الإتجاه الأول ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهي عن بيع الغرر؛ ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح، وان الآية مخصوصة بالأصل الذي ذكر وهو الحديث السابق، وأما حديث عثمان وطلحة فيحتمل أنهما تباعا بالصفة على أنه قول صحابي وفي كونه حجة خلاف، وأما الاحتجاج بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: " من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه" فقد رواه عمر بن إبراهيم الكردي وهو متروك الحديث، ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه⁽¹⁾.

الإتجاه الثالث: وهم المالكية وأحد قولي الإمام أحمد: وهذا الإتجاه أجاز بيع العين الغائبة كما مر ولكن

في حالات معينة وبشروط محددة، وتبعاً لذلك فقد ذهب الإمام مالك إلى القول: بخيار الرؤية في حالة واحدة وهي أن يشترطه المشتري الذي اشترى العين الغائبة عن مجلس العقد، فإن لم يشترطه فليس له الخيار، وله خيار فوات الوصف إن لم يجده حسب ما وصف له عند العقد⁽²⁾، أي أن المالكية جعلوا خيار الرؤية من الخيارات الإرادية التي تثبت إلا باشتراطها عند العقد.

الإتجاه الرابع: وهم الحنابلة: فأظهر الروايات عند الحنابلة عدم جواز بيع الغائب، ومن ذهب منهم بجواز

ذلك إذا وصف من صفاته ما يكفي لصحة السلم⁽³⁾، وعلى ذلك فلا وجود عندهم لخيار الرؤية كالشافعية.

• التقدير للاتجاهات الفقهية من خيار الرؤية:

من خلال ما تم استعراضه في الاتجاهات الفقهية من خيار الرؤية نجد أن الإتجاه القائل بخيار الرؤية قد دعم رأيه بالأدلة النقلية التي استند إليها وإن كانت لا تنهض بها حجة عند أصحاب الإتجاه الآخر القائلين بعدم خيار الرؤية، كما ذهب إلى ذلك الإمام الشوكاني بقوله: "أقول لا يخفك أنه قد صح النهي أن يبيع البائع ما ليس عنده كما قدمناه، ويبيع البائع للغائب هو من يبيع ما ليس عنده، وصح أيضاً النهي عن بيع الغرر، وهو

(1) ابن قدامة: المغني، ج4، مرجع سابق، ص15. الشافعي: الأم، ج3، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1993م، ص74.

(2) محمد الخطيب الشربيني: معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، دار الفكر، بيروت، (بدون تاريخ سنة نشر)، ص18.

(3) د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، مرجع سابق، ص587. د/ عبدالله العلفي: أحكام الخيارات، مرجع سابق، ص84. د. علي القليصي: فقه المعاملات، مرجع سابق، ص64.

ما لم يقف المشتري على حقيقته، والغائب عن المشتري الذي لم يكن قد رآه ووقف على حقيقته، فلا بد أن يأتي دليل يخصص هذا البيع من النهي ولم يثبت في ذلك شيء تقوم به الحجة...، ومع ذلك فقد مر أن البيع الشرعي هو التراضي، فعلى تقدير أنهما تراضيا على بيع الغائب فإن وجده على الصفة التي رضي بها فيها وإن لم يجده على تلك الصفة فله أن يتركه لانكشافه عدم الرضا المحقق، وهذا معنى خيار الرؤية...⁽¹⁾.

والذي يبدو أن أصحاب هذا الاتجاه يجيزون بيع الغائب على أساس التراضي كون العقود تقوم على ذلك، فمتى شاب هذا الرضا خلل جاز لمن اختل رضاه فسخ العقد، ومهما كان الاتجاه القائل لجواز هذا الخيار لا تسعفه الأدلة النقلية إلا أن العمل به يعد دعامة أساسية لمبدأ استقرار المعاملات ومراعاة للمصالح والغايات التي من أجلها شرعت العقود، وما دامت الشريعة تهدف إلى جلب المنافع وحماية مصالح العباد ودفع المفساد ورفع الحرج عنهم، فالقول بخيار الرؤية يعد من إحدى هذه الوسائل التي تحقق ذلك، والقول بعدم جواز بيع الغائب بناءً على وصفه وعدم جواز خيار الرؤية فيه حرج ومشقة وتعطيل للمعاملات بين المتعاقدين، خاصة في وقتنا الحاضر الذي توسعت فيه نطاق المعاملات بين الافراد والدول داخلياً وخارجياً، خاصة في مجال التجارة الدولية والتي يتم فيها عقد الصفقات التجارية بناءً على عقود نموذجية نمطية معدة مسبقاً تبين التزامات المتعاقدين، ويتم إجراء عملية البيع والشراء فيها عبر وسائل الاتصالات الحديثة كالتلكس أو الفاكس ووسائل التواصل الاجتماعي دون رؤية محل التعاقد، وعلى أساسه يتم التعاقد، والتزام كل طرف بما تضمنه ذلك العقد. وعلى هذا الأساس نقول: بجواز خيار الرؤية للمتعاقد الذي تعاقد على ما لم يره في عقود المعاوضات المالية.

(1) محمد بن علي محمد الشوكاني: السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ، تحقيق: محمود إبراهيم زايد ص98.

المطلب الثاني

وجهة نظر الفقه القانوني من خيار الرؤية

عرفت المادة (238) مدني يعني خيار الرؤية بأنه: "الحق في إمضاء العقد أو فسخه بعد رؤية المعقود عليه

في عقود المعاوضات المالية، وهي الشراء أو الجارة وقسمة الأعيان والصلح بمال...".

ولا تختلف التعريفات التي وضعها فقهاء القانون لخيار الرؤية عن هذا التعريف وإن كانت مختلفة في

الألفاظ غير أنها موحدة المعنى باعتبار أن هذا الخيار مأخوذ عن الفقه الإسلامي، ومن تلك التعريفات: **تعريف**

الدكتور حامد محمود شمروخ والذي عرف خيار الرؤية بأنه: "أن يكون للمتعاقد الحق في فسخ العقد أو إمضائه

عند رؤية المعقود عليه إذا لم يكن قد رآه عند التعاقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه"⁽¹⁾.

وعرفه علي الخفيف بأنه: "ما يثبت لأحد المتعاقدين عند رؤية محل العقد من الحق في فسخ العقد أو

إمضائه؛ بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد أو قبله". **وعرفه الدكتور عبدالله العلفي** بأنه: "حق قانوني سببه

عدم رؤية محل العقد يرد على عقود محدودة ويحول صاحبه سلطة فسخ العقد أو إمضائه بإرادة منفردة"⁽²⁾. **وعرفه**

الدكتور/ ذيبان بن محمد الذيبان بأنه: "حق يثبت به للمتملك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين

الذي عقد عليه ولم يره"⁽³⁾، وقد سبق بيان ذلك.

موقف الفقه القانوني من خيار الرؤية: يُقر الفقه القانوني المعاصر خيار الرؤية غير أنه لم يسر في اتجاه

واحد في تكيفه لهذا الخيار، فذهب فريق إلى القول: بأن خيار الرؤية ويعبر عنه (بشرط العلم بالمبيع) يُعد تطبيقاً

من تطبيقات الغلط"⁽⁴⁾.

(1) د. حامد محمود شمروخ: مدخل الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 425.

(2) د. عبدالله عبد الله العلفي: أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مرجع سابق، ص 328.

(3) د. ذيبان بن محمد الذيبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، مرجع سابق، ص 331.

(4) أ.د. محمد بن حسين الشامي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني (المعاملات المالية)، ج 1، ط 6، ص 181م. عبدالرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 2، دار الفكر، سنة 1954م، ص 123 وما بعدها.

وذهب فريق آخر إلى القول: بأن شرط العلم بالمبيع (خيار الرؤية) يُعد سبباً لإبطال العقد مستقبلاً عن سائر أسباب الإبطال⁽¹⁾، وسوف نستعرض هذين الاتجاهين بإيجاز على النحو الآتي:

أولاً: خيار الرؤية يقوم في أساسه على فكرة الغلط:

الأصل أن شراء المشتري لما لم يره غير لازم؛ لأن الجهالة في الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللاً فيه، واختلاف الرضا في البيع يوجب الخيار، وهذا الخيار يقوم في أساسه على فكرة الغلط؛ لأن المشتري لم يقدم على الشراء إلا على ظن أنه يصلح له، فلما تبين له بعد الرؤية أنه لا يصلح له، جاز له الخيار لرفع الغلط الذي وقع فيه⁽²⁾.

ويتميز هذا الغلط القائم على عدم علم المشتري بالمبيع علماً كافياً عن غيره من الغلط المفسد للرضا بأنه غلط يفترضه القانون ويعفي المشتري من إثباته، فيصدق المشتري في شأنه بمجرد قوله، ويقع على عاتق البائع أن يثبت علم المشتري بالبيع العلم الكافي⁽³⁾.

وما يدعم حجة هذا الاتجاه هو أن الفقه الاسلامي القائل بهذا الخيار قد ذهب إلى اعتبار عدم العلم الكافي بالمبيع خللاً في الرضا يوجب الخيار للمشتري، حيث جاء في كتاب المبسوط للسرخسي: "وجهالة الأوصاف بسبب عدم الرؤية لا تفضي إلى منازعة بعد ما صار معلوم العين، وإنما تأثير هذه الجهالة في انعدام تمام الرضا به وذلك شرط إبرام العقد لا شرط جوازه"⁽⁴⁾.

وبناءً على ذلك، يمكن القول بأن العلم بالمبيع علماً كافياً يعتبر في الفقه القانوني ومنه القانون اليمني شرطاً لسلامة الرضا، بمعنى أن عدم العلم الكافي فيه يعد غلطاً في صفات المبيع الجوهرية يترتب عليه قابلية العقد

(١) د. عبدالله عبد الله العلفي: أحكام الخيارات، مرجع سابق، ص 377، 383 وما بعدها.

(٢) د. محمد بن حسين الشامي: النظرية العامة للاتزام، ج 1، مرجع سابق، ص 181.

(٣) د. سليمان مرقس: العقود المسماة (عقد البيع)، دار الكتب القانونية، ط 5، ص 307.

(٤) الكاساني: بدائع الصنائع، ج 5، مرجع سابق، ص 292.

للفسخ عند رؤية المحل، حيث نصت المادة (473) مدني يعني على أنه: "يلزم تعيين المبيع حال العقد بذاته أو بذكر جنسه ووصفه أو بالإشارة إليه مع بيان مكانه".

كما أن المادة (474) من نفس القانون حددت الحالات التي يكون فيها المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً نافياً للجهالة، وذلك إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكنه من التعرف عليه، وبينت المادة (475) من ذات القانون الحالة التي يسقط فيها حق المشتري في التمسك بدعوى عدم علمه بالمبيع وهي إذا ذكر في العقد أن المشتري عالماً بالمبيع، إلا إذا أثبت غش البائع فلا يسقط حقه بدعوى عدم علمه بالمبيع.

ثانياً: خيار الرؤية يعد سبباً مستقلاً للإبطال:

إن عدم العلم بالمبيع يُعد سبباً مستقلاً للإبطال يقرر حكماً خاصاً يتميز عن الغلط، وهذا ما ذهب إليه أغلب الشراح في وقتنا الحاضر⁽¹⁾، ويبيّن هذا الاتجاه حجته على أساس عدم العلم بالمبيع أو عدم رؤيته، ويترتب على ذلك أن المشتري ليس له الحق في إبطال المبيع بدعوى عدم علمه به إذا أثبت علمه به أو تضمن العقد بياناً لأوصافه الأساسية أو ذكر فيه أنه عالماً بالمبيع.

ومع ذلك يجوز له أن يطلب إبطال هذا العقد للغلط إذا أثبت أنه بالرغم من علمه بالمبيع فإن إقدامه على التعاقد جاء نتيجة توهمه غير الواقع، وهذا يعني أنه ليس هناك تلازم بين شرط العلم بالمبيع والغلط، فوجود أحدهما لا يعني بالضرورة وجود الآخر؛ وذلك لأن لكل منهما معنى خاص به، فالغلط وهم يقوم في نفس المتعاقد فيصور الأمر على غير حقيقته، أما عدم العلم بالمبيع فهو جهل بخصائص ومميزات المبيع.

وعليه فإن الحق في إبطال العقد لعدم توافر العلم الكافي بالمبيع لا يرتبط بنظرية عيوب الرضا التي يعرفها القانون الوضعي، فنظام الإبطال نظام متميز مأخوذ من الشريعة الإسلامية، وفقهاء الشريعة لا يربطون مطلقاً بين خيار الرؤية وبين تعيب إرادة المشتري أو وقوعها في غلط⁽²⁾.

(١) د. عبدالله العلفي: أحكام الخيارات، مرجع سابق، ص 377.

(٢) د. عبدالله العلفي: أحكام الخيارات، مرجع سابق، ص 377.

المبحث الرابع

آثار خيار الرؤية وأسباب سقوطه

تمهيد وتقسيم:

يرتب خيار الرؤية أثراً ملزماً لطرفي العقد كانتقال الملكية للمبيع من البائع إلى المشتري، وانتقال الثمن من المشتري إلى البائع، وذلك في حالة الإمضاء على العقد بعد الرؤية؛ كون العقد صار لازماً، بالإضافة إلى أثره في الالتزام بالتسليم، وكذلك أثره في ملكية ثمار المبيع وتبعية الهلاك على خلاف بين الفقهاء في ذلك كما سنوضحه لاحقاً، ويسقط هذا الخيار بتوافر شروط معينة ومحددة، وسوف نتناول في هذا المبحث آثار خيار الرؤية وأسباب سقوطه في مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

آثار خيار الرؤية

أثر خيار الرؤية على أحكام العقد يستلزم تناول مسائل ثلاث هي: أثره على انتقال الملكية، أثره على الالتزام بالتسليم، أثره على ملكية الثمار وتبعية الهلاك، وسوف نتناول هذه المسائل على النحو الآتي:

أولاً: أثر خيار الرؤية على انتقال الملكية:

لما كان أي عقد من عقود المعاوضات المالية يرد على عين لم يعاينها المشتري يثبت له الخيار عند رؤيتها، ولكن ما هو أثر هذا الخيار على انتقال الملكية قبل الرؤية أو بعدها؟.

● **مرحلة ما قبل الرؤية:** تبدأ هذه المرحلة من لحظة انعقاد العقد وتنتهي بالرؤية للعين محل التعاقد، وقد اختلف الفقهاء في اعتبار العقد في هذه المرحلة تاماً ولازماً ومن ثم تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع، أم يعتبر العقد غير تام وذلك على وجهين:

الوجه الأول: وهو مذهب الأحناف والزيدية ويكون عندهم العقد الوارد على العين الغائبة غير لازم لمن ثبت له الخيار⁽¹⁾؛ وذلك لأن تمامه بالرضا به وقبل الرؤية لا يحصل الرضا، وترتب على هذا القول نتائج هامة وهي أنه يجوز للمشتري فسخ العقد قبل الرؤية⁽²⁾، وهذا الحق في الفسخ يقوم على أساس أن العقد مع عدم العلم بالمبيع عقد غير لازم، والعقد غير اللازم عقد قابل للفسخ استناداً إلى عدم لزومه لا استناداً إلى خيار الرؤية، حيث أن هذا الخيار لم يتحقق بعد لعدم توافر أهم شروطه وهي الرؤية⁽³⁾.

الوجه الثاني: هو قول الحنابلة والمالكية والشيعة الإمامية⁽⁴⁾ والذين يرون أن العقد في هذه المرحلة عقد تام فلا يجوز فسخه، ولا فرق بينه وبين أي عقد موصوف إلا إذا وجد محل العقد خلافاً لما وصف له⁽⁵⁾.
أما أثر الخيار خلال فترة ما قبل الرؤية فلا يمنع انتقال الملكية في البديلين، فتنقل ملكية المبيع إلى المشتري والتمن إلى البائع؛ لأن عقد انتقال الملكية هو العقد الصحيح.

● **مرحلة ما بعد الرؤية:** وتبدأ هذه المرحلة من لحظة الرؤية لمحل العقد، وتنتهي بأي سبب من اسباب سقوط الحق في الخيار، كما أنه يتحقق للمشتري بهذه الرؤية شرط من شروط قيام خيار الرؤية، وأصبح من حقه فسخ العقد ورد العين المبيعة إلى البائع واسترداد الثمن، وإذا كان مستأجراً سلم العين المؤجرة إلى صاحبها واسترد الإيجار منه⁽⁶⁾.

وبالنسبة لملكية المبيع والتمن فيكون المبيع في ملك المشتري والتمن في ملك البائع حتى ولو لم يتسلم المشتري العين محل التعاقد، أو لم يدفع الثمن إلى البائع، وللمشتري حق التصرف بالمبيع لكونه في ملكه وله ثماره

(1) د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، مرجع سابق، ص272، زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، دار المعرفة، بيروت، ط2، ص28-29.

(2) العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب، ج2، مرجع سابق، ص403.

(3) د. عبدالله العلفي: أحكام الخيارات، مرجع سابق، ص387، ابن نجيم: البحر الرائق، ج6، مرجع سابق، ص29.

(4) الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي: المجموع في شرح المذهب، ج9، دار الفكر، بيروت، ط1، 1417هـ-1996م، ص284.

(5) المرجع السابق، ص284.

(6) د. عبدالله العلفي: أحكام الخيارات، مرجع سابق، ص389.

وعليه نفقاته من يوم إبرام العقد، هذا عند فقهاء الأحناف الذين لا يجعلون خيار الرؤية سبباً مانعاً من انتقال الملكية.

أما القانون اليمني فقد قرر حكم عام يشمل كل بيع مقترن بحق الخيار مفاده، أن العقد المقترن بخيار لا يترتب عليه أي أثر من آثاره إلا إذا أجازته من له الخيار في مدته أو سقط خياره، وذلك في المادة (524) مدني والتي تنص على أنه: "إذا انعقد البيع نافذاً غير لازم بأن كان فيه خيار لأحد المتعاقدين أو لهما معاً فلا تترتب عليه آثاره إلا إذا أجازته من له الخيار في مدته أو سقط خياره طبقاً لما هو منصوص عليه في القانون".

ثانياً: أثر خيار الرؤية على الالتزام بالتسليم:

وفقاً لنص المادة (524) مدني يمني السالف بيانها، فالقانون اليمني لا يقر بانتقال الملكية في العقد الثابت فيه خيار الرؤية، ويعني ذلك عدم وجوب الالتزام بتسليم المبيع، أما في الفقه الإسلامي فإن الأحناف الذين يجعلون العقد مع خيار الرؤية عقد ناقل للملكية، فمقتضى هذا الانتقال وجوب الالتزام بتسليم المبيع لا الثمن؛ لأن العقد لازم في حق البائع فقط، فليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه.

ثالثاً: أثر خيار الرؤية على ملكية الثمار وتبعية الهلاك⁽¹⁾:

عند الأحناف تصير ثمار المبيع للمشتري بمجرد تمام العقد ولا محل للرد بعد القبض بسبب الخيار بعد حدوث الرؤية، وبالتسليم تنتقل تبعة الهلاك من البائع إلى المشتري، أما قبله فتقع على البائع. وتقسم الزيدية فوائد المبيع إلى نوعين: فرعية وأصلية، ويجعلون الفوائد الفرعية للمشتري في حالة الفسخ في خيار الرؤية، أما الفوائد الأصلية فتزد مع المبيع للبائع، حيث جاء في التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي أنه: "إذا قبض المشتري المبيع ولم يره ثم حصلت منه فوائد ثم رآه ففسخه بالرؤية استحق فرعية فوائد ما قبض ولا يلزمه ردها وإن رد المبيع، والمراد بالفرعية هذا حيث اشتراه وهو مؤجر ولم تنفسخ الإجارة أو غضب عليه فلزمه

(1) الكاسائي: بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص257.

الأجرة ... وأما الفوائد الأصلية وهي ما لها جرم كالصوف واللبن والولد والثمر، فحكمها في يده أمانة، فإنه يلزمه ردها إذا فسخ، وتصير في يده أمانة لا يضمنها إذا تلفت بدون جنابة منه ولا تفريط".

المطلب الثاني

أسباب سقوط خيار الرؤية

يسقط خيار الرؤية بتوافر عدد من الأسباب، وقبل الحديث عن بيان تلك الأسباب نتحدث عن انتقال خيار الرؤية إلى الورثة أولاً، ثم عن أسباب سقوطه وذلك على النحو الآتي:

أولاً: انتقال خيار الرؤية:

ذهب القائلون بخيار الرؤية وهم الزيدية والأحناف إلى منع انتقال خيار الرؤية إلى الورثة، فلو توفي المشتري بعد ثبوت اختيار له بطل خيار الرؤية في حقه ولزم المبيع ورثته، وهو نفس الحكم كما لو ارتدَّ ولحق بدار الحرب. إلا أن الزيدية لم يأخذوا بمبدأ السقوط في حالة فقد الأهلية، فلو جن من تقرر له الخيار انتقل حقه في الفسخ إلى من ينوب عنه في مباشرة تصرفاته، وكذلك إذا تقرر الخيار لولي القاصر وبلغ هذا القاصر قبل سقوط الخيار عن الولي انتقل الخيار إليه⁽¹⁾، وهذا خلاف الأحناف الذين لا يفرقون بين وفاة صاحب الخيار أو فقدان أهليته، فيتربط على الأمرين عندهم سقوط الحق في الخيار.

بينما المشرع اليمني أورد نصوصاً صريحة قضت بانتقال خيار المجلس والشرط إلى الورثة وذلك في المادة (229) مدني بشأن انتقال خيار المجلس، والمادة (235) مدني بشأن انتقال خيار الشرط إلى الورثة، أما في انتقال خيار الرؤية إلى الورثة فلم يشر إلى ذلك.

وقد ذهب أستاذنا الدكتور/ عبدالله العلفي إلى القول: "بانتقال خيار الرؤية إلى الورثة قياساً على مذهب المشرع اليمني بانتقال خيار المجلس والشرط إلى الورثة"، وحثته في ذلك أن فكرة حق الخيار وحده لا تتجزأ وإن

(1) العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب، ج2، مرجع سابق، ص399.

اختلفت أسبابها؛ لأن خيار الرؤية كخيار المجلس وخيار الشرط حق يغلب عليه الطابع المالي لتعلقه بمحل التعاقد⁽¹⁾، وما دام الأمر كذلك فإن انتقال خيار الرؤية إلى الورثة يكون أمراً طبيعياً؛ لأن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم يقول: "من ترك مالا فلورثته"⁽²⁾.

ثانياً: أسباب سقوط خيار الرؤية:

نصت المادة (240) مدني يعني: "يسقط من له حق خيار الرؤية أصيلاً أو وكيلًا في الأحوال الآتية:

- 1- تصرف من له الخيار في العين تصرفاً يوجب حقاً للغير.
- 2- رؤية المتعاقد عليه قبل العقد بمدة لا تتغير فيها عادة رؤية مميزة تفي بالعرض أو رؤيته بعد العقد إذا لم يفسخ بعدها مباشرة.

3- رؤية بعض المتعاقد عليه مما يدل على ذاته، بحيث يحصل برؤيته لبعضه معرفته لباقيه.

وسوف نتناول هذه الأسباب بشيء من التوضيح بصورة موجزة على النحو الآتي:

أ - التصرف في العين محل التعاقد:

التصرف بطبيعته هو تعبير إرادي يترتب عليه آثار قانونية⁽³⁾ سواءً بالبيع أم بالهبة أم بالتأجير أو الرهن للعين محل العقد، فإذا تصرف من ثبت له خيار الرؤية في العين محل التعاقد بأحد هذه التصرفات أو غيرها تصرفاً يوجب حقاً للغير سقط حقه في خيار الرؤية، ولو كان تصرفه على وجه فاسد فيسقط الخيار، نحو أن يبيعه قبل أن يقبضه أو يرهنه أو يؤجره، وضابط ذلك: "إن كل تصرف غير الاستعمال يبطل الخيار، والفرق بين التصرف والاستعمال أن الاستعمال قد يجوز في ملك مع ظن الرضا، وأما التصرف فلا يكون إلا في الملك؛ فلذلك كان

(١) د. عبدالله العلفي: أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مرجع سابق، ص 403.

(٢) أبي هريرة: صحيح البخاري، في باب من ترك ديناً، رقم الحديث (2176)، ج 2، ص 805. ورواه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة في باب من ترك مالا فلورثته، رقم الحديث (1619)، صحيح مسلم، ج 3، ص 1237.

(٣) د. عبدالله العلفي: أحكام عقد البيع، مرجع سابق، ص 86.

قرينة الرضا بخلاف الاستعمال فليس بقرينة، ولذا فلا يبطل به الخيار ولو أكثر⁽¹⁾، وهذا عند الزيدية بخلاف الأحناف، حيث يعتبرون استعمال المبيع – بعد الرؤية – دليلاً على التمسك بالعقد وسبب من أسباب سقوط الخيار، أما التصرفات التي تصدر ممن له الخيار ولا توجب حقاً للغير كالمبيع مع شرط الخيار وقبض العين محل الخيار أو غرضها على البيع أو طلب الشفعة بها فهذه التصرفات لا يسقط بها خيار الرؤية إلا إذا كانت بعد الرؤية وليس قبلها.

ب- عدم فسخ العقد بعد الرؤية:

إذا رأى من تقرر له الخيار محل العقد ولم يفسخ العقد مباشرة بأن سكت كان سكوته دليلاً على الرضا بالعقد، وكان سبباً في سقوط خيار الرؤية، وقد أخذ المشرع اليمني بهذا الحكم في المادة (239) مدني، وهو مذهب بعض القائلين بجواز خيار الرؤية وهم الزيدية، حيث جاء في التاج المذهب: "إذا رأى المبيع بعد العقد مع علمه أنه المبيع وأن السكوت مبطل وأن الفسخ على الفور فسكت ولم يفسخ نفذ البيع وبطل الخيار بسكونه عقبها، ولو سكت بتأمله بعد أن رآه رؤية كاملة فإنه يبطل خياره"⁽²⁾، وذلك خلافاً لما ذهب إليه جمهور الأحناف الذين لا يعدون السكوت عند ممارسة الخيار رضاً بالعقد، فإن سكت المشتري بعد رؤية العين ظل حقه في الخيار قائماً إلى أن يوجد ما يبطله⁽³⁾، كما اعتبر المشرع اليمني رؤية المتعاقد عليه قبل العقد بمدة لا تتغير فيها عادة رؤية مميزة تفي بالغرض من مسقطات خيار الرؤية⁽⁴⁾، ويعتبر هذا محل انتقاد عند بعض الشراح⁽⁵⁾ باعتبار أن الرؤية قبل العقد لا تُعد سبباً من أسباب سقوط الخيار، وإنما من أسباب عدم قياسه، فيشترط لثبوت خيار الرؤية عدم رؤية العين محل التعاقد؛ سواءً كانت الرؤية سابقة للعقد أو معاصرة له.

(1) العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب، ج2، مرجع سابق، ص399-400.

(2) العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب، ج2، مرجع سابق، ص399-400.

(3) الكاسائي: بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص295.

(4) الفقرة الثانية من المادة (240) مدني يعني.

(5) د. عبدالله العلفي: أحكام الخيارات، مرجع سابق، ص411.

ج- رؤية بعض المتعاقد عليه:

وهو ما يعرف ببيع النموذج في الفقه الإسلامي، فرؤية بعضاً من المبيع أو عينة منه إذا كان ذلك البعض يدل على الباقي ويحصل به معرفة جميعه، نحو رؤية بعض الطعام وبعض الثياب المستوية في النسيج والجنس والصفة والصبغ أو ظاهرها الذي يعرف به خشونتها ولينها وقرتها، لأن رؤيته في البعض للمستوى بمنزلة رؤيته للجميع فيبطل خياره ولو لم يدخل الذي رآه في المبيع أما إذا كان رؤية البعض لا يدل على الباقي لم يبطل خياره كون المبيع مختلفاً لما رآه⁽¹⁾.

وقد اعتبر المشرع اليمني رؤية بعض المتعاقد عليه مما يدل على ذاته بحيث يحصل برؤيته لبعضه معرفته للبقية من مسقطات خيار الرؤية⁽²⁾، وقد تعرض هذا لنقد بعض الشراح⁽³⁾.

وهناك أسباب أخرى في الفقه الإسلامي يسقط بها خيار الرؤية نوردتها بإيجاز على النحو الآتي:

1- هلاك محل العقد كله أو بعضه أو زيادته زيادة منفصلة أو متصلة متولدة أو غير متولدة؛ لأن الهلاك يجعل رؤية محل العقد منعدمة لانعدام المحل⁽⁴⁾.

2- موت من له الخيار، فإذا مات من له الخيار سقط هذا الخيار ولزم محل التعاقد ورثته، كذلك إذا ارتد ولحق بدار الحرب عند الزيدية⁽⁵⁾، وعند الحنفية يبطل العقد والخيار معاً فلا يلزم ورثته⁽⁶⁾.

3- التعيب الحادث في المبيع قبل رؤيته، إذا حدث بعد القبض ولو بسبب من البائع أو بفعل المشتري⁽⁷⁾.

4- رؤية الوكيل لمحل التعاقد؛ لأن رؤيته رؤية للموكل، فلو رآه الوكيل ثم فسخ الموكل لم يفسخ.

5- سكوت من له الخيار بعد الرؤية حتى ينتهي وقته؛ كون ذلك يعتبر رضا بالعقد يسقط الخيار.

(1) العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب، ج2، مرجع سابق، ص402.

(2) الفقرة الثانية من المادة (240) مدني يمني.

(3) د. عبدالله العلفي: أحكام الخيارات، مرجع سابق، ص430.

(4) الكاسائي: بدائع الصنائع، ج5، مرجع سابق، ص295.

(5) العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب، ج2، مرجع سابق، ص400.

(6) البحر الرائق، ج6، مرجع سابق، ص28.

(7) العنسي: التاج المذهب لأحكام المذهب، ج2، مرجع سابق، ص400-401، د. حامد شروخ، مدخل الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص431.

الخاتمة

بعد هذا الاستطرد لخيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقانون اليمني يمكن أن نخلص إلى الخاتمة المتضمنة لأهم النتائج والتوصيات وهي كالتالي:

أولاً: النتائج: بالاطلاع على ما تضمنته مادة هذا البحث نستخلص النتائج التالية:

1- أسبقية الفقه الإسلامي بالقول بخيار الرؤية للمتعاقد الذي لم ير محل العقد أثناء التعاقد أو قبله، غير أنه لم يكن محل اتفاق عند جميع المذاهب الفقهية الإسلامية، فمنهم من أجازهم وهم الأحناف والزيدية، ومنهم من لم يجزه وهم الشافعية والحنابلة، ومنهم من أجازهم بشروط وهم المالكية، وهذا يدل على ثراء الفقه الإسلامي وعظمة فقهاؤه الكرام، وصلاحيته الشرعية الإسلامية في كل زمان ومكان.

2- أخذ الفقه القانوني بخيار الرؤية من الفقه الإسلامي؛ لما لهذا الخيار من أهمية كبيرة في الحياة العملية بين المتعاقدين في عقود المعاوضات المالية، خاصة في وقتنا الحاضر؛ نتيجة لتوسيع نطاق المعاملات؛ سواءً الداخلية أو الخارجية (التجارة الدولية) والتي صارت تعتمد على العقود النمطية ويتم إجراء الصفقات التجارية عبر وسائل التواصل الحديثة كالتللكس أو الفاكس ووسائل التواصل الاجتماعي وفق نماذج معينة وعلى أساسه يتم التعاقد والتزام كل طرف بما تضمنه ذلك العقد.

3- إن خيار الرؤية من الخيارات التي تثبت بقوة الشرع والقانون لا باتفاق الأطراف عليه؛ لأن الأساس الشرعي الذي من أجله شرع هذا الخيار هو دفع الضرر عن المتعاقد الذي تعاقد على ما لم ير؛ حرصاً من الشارع على سلامة رضاه، وذلك من أن يلزم نفسه بشيء لا يتوافق مع ما تصوره في ذهنه حقيقة أثناء التعاقد ثم تبين عند المعاينة بخلاف ذلك التصور.

4- إن خيار الرؤية لا يرد إلا على العقود اللازمة التي تقبل الفسخ وهي عقود المعاوضات المالية وهي عقد البيع وعقد الإيجار وعقد قسمة الأعيان وعقد الصلح على مال، وأما العقود التي لا تقبل الفسخ فلا يرد عليها هذا الخيار كعقد الزواج ونحوه.

5- إن خيار الرؤية صورة من صور الغلط في صفة جوهرية في محل العقد؛ كونه يتعلق بركن الرضا؛ لأن إقدام المتعاقد في التعاقد على شيء بناء على أوصافه دون رؤيته وقت التعاقد أو قبله ثم ينكشف له على غير ما وصف له أو خلافاً لما يتصوره في ذهنه يُعد إخلالاً في رضاه بموجبه يحق له فسخ العقد.

6- إن فكرة خيار الرؤية تقوم على أساس حماية المتعاقد الذي تعاقد على شيء لم ير محله أثناء التعاقد أو قبله ودفع الضرر عنه، وهذا يدعم مبدأ استقرار المعاملات بين المتعاقدين وتحقيق الغاية التي يسعى إليها كل متعاقد من وراء تعاقداته.

7- إن خيار الرؤية لم يحدد بمدة زمنية محددة يجب خلالها على المتعاقد الذي ثبت له الخيار مباشرة رؤية المبيع واستعمال حقه في الفسخ أو الإمضاء، سواءً في الفقه الإسلامي أم الفقه القانوني، مما يجعل تلك المدة داخله تحت تقدير صاحب الخيار، الأمر الذي قد يتيح للمتعاقد سيء النية أن يسيء استخدام ذلك في إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر فيتراخى عن رؤية محل التعاقد، وبعد فترة طويلة يفسخ العقد ويفوت بذلك على المتعاقد الآخر فرصة إبرام صفقة ممكنة رابحة، فكان من الضروري تحديد مدة زمنية معقولة لحماية المتعاقدين من نظرائهم سيئي النية.

8- لم ينص المشرع اليمني على مسألة انتقال خيار الرؤية إلى الورثة كما هو الحال في خياري المجلس والشرط، مما يجعل الأمر محل للاجتهادات الفقهية والقضائية والتي قد لا تتوافق مع ما يهدف إليه المشرع من تشريعه لهذا الخيار؛ لذا فإن النص على انتقال هذا الخيار إلى الورثة في حالة وفاة من له الخيار قبل الرؤية لمحل العقد يحقق الغاية من تشريع هذا الخيار.

9- القول بأن الموت يسقط الخيار ويلزم المبيع الورثة يتناقض مع الهدف الأساسي من تشريع خيار الرؤية

وهو منع وقوع الضرر لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار".

ثانياً: التوصيات: يوصي الباحث بالآتي:

1- أن يتناول المشرع اليمني جميع أحكام خيار الرؤية كما وردت في الفقه الاسلامي بدلاً من قصر بيانه

في أربعة مواد فقط، خاصة وأن الفقه القانوني قد أخذ هذا الخيار من الفقه الإسلامي.

2- أن يتلافى المشرع اليمني القصور الذي أورده عند تقنينه لأحكام خيار الرؤية وذلك بالنص على انتقال

خيار الرؤية إلى ورثة المتوفي الذي له حق الخيار وتوفى قبل رؤية محل العقد كما هو الشأن في خياري المجلس

والشرط.

3- أن تحدد مدة معقولة للمتعاقد الذي له حق الخيار ومن معيار موضوعي محدد لحماية للمتعاقد الآخر

من المتعاقد سيء النية وذلك من أجل استقرار المعاملات بين المتعاقدين.

4- أن يقرر المشرع اليمني بنص القانون عدم سقوط خيار الرؤية لورثة المتوفي بعد وفاة مورثهم الذي تقرر

له حق الخيار.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: مراجع السنة النبوية:

- 1- أبو الحسن مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (بدون سنة نشر).
- 2- أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، ط3، سنة 1407هـ-1986م.
- 3- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي: سنن البيهقي الكبرى، (المتوفى سنة 458هـ)، مكتبة الباز، مكة المكرمة، 1414هـ - 1994م.
- 4- بدر الدين محمود بن أحمد العيني: عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ النشر.
- 5- الإمام علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني: سنن الدار قطني، ج3، دار المعرفة، بيروت، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، 1386 - 1966.

ثالثاً: المراجع اللغوية:

- 1- محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، سنة 1981م.
- 2- الأب لويس معلوف اليسوعي: المنجد، المطبعة الكاثوليكية، ط9، سنة 1937.
- 3- جرحي شاهين عطية: المعتمد، مكتبة صادر، بيروت، سنة 1927م.

رابعاً: المراجع الفقهية:

• الفقه الحنفي:

- 1- ابن نجيم: زين الدين إبراهيم بن محمد بن نجيم (المتوفي سنة 970هـ): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، (بدون تاريخ سنة النشر).
- 2- أبو بكر محمد بن سهل السرخسي (المتوفي سنة 473هـ): المبسوط، دار المعرفة، بيروت، طبعة 1406هـ.
- 3- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاسائي (المتوفي سنة 587هـ): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، سنة 1982م.
- 4- الشيخ كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي: فتح القدير، ج5، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ط1، سنة 1316هـ .

• الفقه المالكي:

- 1- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط6، 1402هـ-1982م.
- 2- الشيخ أبو عمر يوسف بن عبدالبر النمري الكافي: دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1407هـ.
- 3- محمد عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار الفكر، بيروت، تحقيق: محمد عليش، بدون تاريخ سنة النشر.
- 4- محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي الخطاب: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، طرابلس، ليبيا، بدون سنة نشر.

• **الفقه الشافعي:**

- 1- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي (المتوفي سنة 476هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ النشر.
- 2- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (المتوفي سنة 204هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، سنة 1393م.
- 3- الشيخ محمد بن أحمد الشربيني الخطيب، المتوفي سنة 977هـ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج شرح على متن المنهاج، مطبعة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده بمصر، طبعة سنة 1377هـ- 1958م.
- 4- محي الدين بن زكريا بن يحيى بن شرف النووي الدمشقي (المتوفي سنة 631هـ)، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ط1، سنة 1417هـ- 1996م.

• **الفقه الحنبلي:**

- 1- أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي: المبدع في شرح المنقح، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة 1400هـ.
- 2- الشيخ/موفق الدين محمد موفق الدين عبد الله ابن قدامه المقدسي: الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، منشورات المكتب الاسلامي، بدون سنة نشر.
- 3- موفق الدين محمد بن عبد الله بن أحمد بن قدامة (المتوفي سنة 670هـ): المغني، دار الفكر، بيروت، ط1، سنة 1405هـ.

• **الفقه الزيدي:**

- 1- أبي الحسن عبدالله بن مفتاح (المتوفي سنة 877هـ): شرح الأزهار، مكتبة التراث الاسلامية، صعدة، طبعة خاصة بوزارة العدل، سنة 1424هـ - 2003م.
- 2- أحمد بن قاسم النسي اليماني الصنعاني (المتوفي سنة 1390هـ): التاج المذهب لأحكام المذهب، دار إحياء الكتب العربية، ط1، سنة 1947م.
- 3- محمد بن علي الشوكاني (المتوفي 1250هـ): السيل الجرار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، سنة 1405هـ.

• **الفقه الشيعي:**

- 1- زين الدين بن علي الجبعي العاملي: الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، طبعة الكتاب العربي بمصر مؤسسة مصرية للطباعة الحديثة، بدون تاريخ سنة النشر.
- 2- العلامة الحسن بن يوسف بن علي بن مطهر الحلبي: تذكرة الفقهاء، مطبعة النجف الأشرف، 1955م.

خامساً: مراجع الفقه العام:

- 1- د/ بجاش سرحان محمد المخلافي: أحكام المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، مكتبة الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، ط7، 1435هـ - 2014م.
- 2- د/ حامد محمود شمروخ: مدخل الفقه الإسلامي، ط3، سنة 1410هـ - 1990م.
- 3- د/ ذبيان بن محمد الذبيان: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، سنة 2013م.
- 4- د/ عبدالرزاق السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سنة 1954م.

- 5- د/ عبدالله عبد الله العلفي: أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
- 6- د/ عبدالله العلفي: أحكام عقد البيع دراسة في القانون المدني اليمني، دار الفكر المعاصر، صنعاء، ط2، سنة 1418هـ - 1998م.
- 7- د / علي أحمد القليصي: فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة اليمنية، صنعاء، ط3، 1997م.
- 8- علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، ط1، 1996م.
- 9- د/ محمد بن حسين الشامي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني (المعاملات المالية)، ط6، سنة 1422هـ - 2002م.
- 10- د / وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، النظريات الفقهية والعقود، دار الفكر العربي، ط2، دمشق، 1985م.
- 11- القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م، الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية.



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

عنوان البحث:

السيادة وتحدياتها

د/ يحيى أحمد العماني
أستاذ القانون الدستوري المساعد
كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة

ملخص البحث

معلومات البحث

السيادة هي جوهر البناء التقليدي في العلاقات الدولية والأساس الذي تمارس عليه الدول علاقاتها في ظل القانون الدولي، وقد شهد العالم في السنوات الأخيرة تحديات عديدة للسيادة، كان لها الأثر العميق في تشكيل العلاقات الدولية على النحو القائم. وأبرز هذه التحديات التدخل الدولي الإنساني، والعولمة بما تدعيه من تحريرها للاقتصاد العالمي، وكذلك مكافحة الإرهاب والجريمة المنظمة. وقد هدفت هذه الدراسة إلى بيان مفهوم السيادة وتطورها التاريخي، والوقوف على أبرز تحديات السيادة؛ والتي تعمل على إضعافها بذرائع متنوعة، مستهدفة بذلك النيل من كيان الدولة واستلاب قرارها وثوراتها الوطنية، مع توضيح مستقبل السيادة في ظل تلك التحديات.

تاريخ تسليم البحث:

١٨ فبراير ٢٠٢٢

تاريخ قبول البحث:

٢٥ مارس ٢٠٢٢

وقد اشتمل البحث على مبحثين، تطرق المبحث الأول إلى مفهوم السيادة وتطورها التاريخي، بينما تناول المبحث الثاني تحديات السيادة ومستقبلها. وقد توصلت في نهاية هذا البحث إلى عدد من النتائج، أهمها إن ظهور فاعلين جدد على مسرح الحياة الدولية؛ كالشركات متعددة الجنسية ومنظمة التجارة الدولية كان لهم بالغ الأثر على السيادة، حتى انتهى به الحال إلى هذا التحجيم القائم حالياً.

الباحث: د/ يحيى أحمد العماني
البريد الإلكتروني:

AMENALANSI@yahoo.com

Abstract

Sovereignty is the essence of the traditional structure in international relations and the basis on which states practice their relations under international law. In recent years, the world has witnessed many challenges to sovereignty, which have had a profound impact in shaping international relations as they exist. The most prominent of these challenges are international humanitarian intervention, globalization, with what it claims to liberalize the global economy, as well as combating terrorism and organized crime.

This study aimed to clarify the concept of sovereignty and its historical development, and to identify the most prominent challenges of sovereignty; to weaken it under various pretexts, aiming to undermine the entity of the state and usurp its decisions and national wealth, while clarifying the future of sovereignty in light of these challenges.

The research included two sections, the first section dealt with the concept of sovereignty and its historical development, while the second section dealt with the challenges of sovereignty and its future.

At the end of this research, I reached a number of results, the most important of which is the emergence of new actors on the international life scene; Such as multinational companies and the World Trade Organization had a great impact on sovereignty, until it ended up with this current scaling.

مقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، ﴿مَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَهُوَ الْمُهْتَدِي وَمَنْ يُضِلِّ فَلَنْ يَجِدَ لَهُ وَلِيًّا مُرْشِدًا﴾ سورة الكهف آية (17)، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له القائل: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ سورة يوسف، آية (40)، وأشهد أن محمد عبده ورسوله القائل: (تركتكم على المحجة البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها إلا هالك).

لقد واجهت السيادة وخاصةً بعد الحرب العالمية الثانية تحديات عديدة، ومن هذه التحديات المفاهيم الليبرالية للسيادة التي أعطت للحريات العامة وحقوق الانسان قدسية أعلى من سيادة الدول، وكذلك مفاهيم وآليات العولمة الاقتصادية التي جاءت لتؤكد بأن تنمية قدرات أية دولة لا يمكن أن يتم بالاعتماد على نفسها بدون الانفتاح على الدول الأخرى، كذلك ثورة المعلومات والاتصالات كانت أعظم شأنًا في اختراق سيادة الدولة وإحداث تغيير فيها، وعليه فالمبررات الفكرية والقانونية التي عززت من فكرة السيادة قد تصدعت وجعلت من مفهوم السيادة مفهوماً مرناً أو نسبياً.

مشكلة البحث:

إن الخلاف في تفسير مفهوم السيادة في المفاهيم الدولية لها والمفاهيم الداخلية أدى إلى ظهور مشكلة كبيرة في تحديد نطاقها على المستوى الدولي لا سيما وأن الدول القوية لا زالت تفهم السيادة من خلال القوة، وهذه المشكلة تتبع منها تساؤلات منعية عديدة: ما المقصود بالسيادة؟ وما هي أنواعها وأشكالها؟ وما أثر العولمة على السيادة؟ وكذلك ما أثر الازهاق على السيادة؟ وما أثر التدخل الانساني على السيادة؟ وأخيراً ما أثر المتغيرات الدولية على السيادة؟

أهمية البحث:

تظهر أهمية البحث في إبراز الدور المهم الذي تلعبه السيادة في العلاقات الدولية، فأشخاص القانون الدولي ملزمين باحترامها، من أجل الحفاظ على قواعد القانون الدولي، وعدم السماح بتهديد السلم والأمن العالميين، من خلال الاستخدام المفرط للقوة في العلاقات الدولية، والدور الواجب تقديمه من قبل الأمم المتحدة والمجتمع الدولي لاحترام سيادة الدول.

أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى تحقيق ما يلي:

1. بيان مفهوم السيادة وتطورها التاريخي.
2. الوقوف على أبرز تحديات السيادة؛ والتي تعمل على اضعافها بذرائع متنوعة، مستهدفة بذلك النيل من كيان الدولة واستلاب قرارها وثرواتها الوطنية.
3. توضيح مستقبل السيادة في ظل تلك التحديات.

منهج البحث:

للمضي في هذا البحث، سنحاول الإجابة على مشكلة البحث وتساؤلاته، منتهجين المنهج الوصفي والتحليلي الذي يعتمد على جمع الوثائق والدراسات والابحاث ذات العلاقة بالموضوع، وكذلك المنهج التاريخي كمنهج مساعد، لأنه لا يمكن إعطاء نظرة شاملة لموضوع ما، دون ربط حاضره بمستقبله، وقد رأينا ضرورة إعطاء نبذة موجزة عن تطور مفهوم السيادة عبر العصور بعد التعريف اللغوي والاصطلاحي.

خطة البحث:

ترتيباً على ما سبق، سيتم تناول مواضيع البحث وتقسيمها ضمن خطة على النحو الآتي:

المبحث الاول: تعريفات مفهوم السيادة وتطورها التاريخي وذلك في مطلبين، يتناول المطلب الأول تعريف السيادة لغة واصطلاحاً، ويتناول المطلب الثاني التطور التاريخي لمفهوم السيادة، موضحاً فيه نظريات السيادة ومظاهر السيادة وخصائصها والسيادة في الفكر الاسلامي.

اما المبحث الثاني: فهو بعنوان تحديات السيادة ومستقبلها، وقد تم تقسيمه أيضاً إلى مطلبين، المطلب الأول سنوضح فيه تحديات السيادة وهي ثلاث تحديات: التدخل الدولي الإنساني، العولمة، مكافحة الارهاب. والمطلب الثاني سنبين فيه مستقبل السيادة في ظل تلك التحديات، ثم نُنتهي هذا البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات، واخيراً المصادر التي اعتمدت عليها هذه الدراسة.

المبحث الأول

مفهوم السيادة وتطوره التاريخي

تمهيد وتقسيم:

لقد ظهر وتبلور مفهوم السيادة مع ظهور وتبلور نشأة الدولة، باعتبار السيادة خاصية أساسية قامت عليها الدولة في شكلها الحديث ومميزاً لها عن غيرها من الكيانات الأخرى، وهذا ما جعل مفهوم السيادة يتبوأ حيزاً لا يستهان به في ذاكرة فقهاء القانون الدستوري والدولي على حدٍ سواء، وأصبح من أكثر المفاهيم إثارةً للجدل لما يحمله من معانٍ مختلفة، بل كرمز للحرية والكرامة والاستقلال. ونظراً لأن الدولة تمتلك وجهان وجه باطن يتجسد فيه رغبتها الشديدة لاستعمال القوة لغرض سيطرتها، ووجه آخر ظاهر يتجسد فيه جانب اللين لإقناع مواطنيها بشرعيتها التي يفرضها القانون⁽¹⁾، ونظراً لما يحمله هذا المعنى من دلالات مختلفة فسوف نتعرض لتعريفه لغةً واصطلاحاً، ثم ننتي بتناول التطور التاريخي للمفهوم، وذلك في مطلبين كما يلي:

المطلب الأول

تعريف السيادة لغة واصطلاحاً

هناك تعريفين للسيادة؛ اللغوي، والاصطلاحي، وستتطرق لكل منهما على حده على النحو الآتي:

الفرع الأول

تعريف السيادة لغة

كلمة السيادة في اللغة العربية جاءت من الفعل ساد، بمعنى يسود سيادة وسدود أي شرفاً ومجداً، وساد قومه أي صار سيدهم، والسود مصدر السيادة أو السؤدد، ويعني كرم المنصب والمكانة الرفيعة، والسيادة تعني أيضاً لقب

(1) د/ ابن أحمد الورداني، حق الشعب في استرداد السيادة، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2008 م، ص12.

شرفي أي صاحب سيادة وسمو⁽¹⁾، وهي في اللغة العربية عموماً تعني رفعة القدر والمكانة وشرف المنزلة، وتدل على أن فلان سيد قومه وكبيرهم، أي أنه المقدم على غيره جاهاً أو مكانة أو منزلة أو غلبة وقوة وأمراً ورأياً، فهو مفهوم يدل على العلم والقوة والمنزلة⁽²⁾.

الفرع الثاني

تعريف السيادة اصطلاحاً

تُعرّف السيادة في اصطلاح الفقه القانوني أحياناً بالسلطة العليا، وهي مستقاه من الأصل اللاتيني *superana* وهي مصطلح قانوني مترجم من كلمة فرنسية، معناها الأعلى وهي *souverainete* ورغم أنها من المفاهيم الحديثة نسبياً التي ظهرت في فرنسا وسط ظروف تاريخية معينة، إلا أنها حظيت باهتمام كبير لدى فلاسفة اليونان (كأرسطو) الذي أشار إليها في كتابه السياسة على أنها السلطة العليا للدولة. فهو تعريف فيه إيجاء بأنها الطاعة المطلقة لقوانين الدولة على اعتبار أنها صاحبة السيادة العليا التي لا تعلوها أي سيادة أخرى⁽³⁾.

عُرِّفت السيادة بأنها: "السلطة العليا التي لا تعرف فيما ينظم من علاقات سلطة عليا أخرى". وعُرِّفت كذلك بأنها: "وصف للدولة الحديثة أي بمعنى أن تكون لها الكلمة العليا واليد الطولى على إقليمها وعلى ما يوجد فوقه أو فيه"، وعُرِّفت كذلك بأنها: "السلطة العليا المطلقة التي تفردت وحدها بالحق في إنشاء الخطاب الملزم المتعلقة بالحكم على الأشياء والأفعال".

والتعريفات السابقة متقاربة ولعل أشملها لمفهوم السيادة، هو التعريف الأخير لوصفه السيادة بأنها سلطة عليا ومطلقة وإفرادها بالإلزام وشمولها بالحكم لكل الأمور والعلاقات؛ سواءً التي تجري داخل الدولة أم خارجها⁽⁴⁾.

(1) مراد هبه، المعجم الفلسفي، دار قباء الحديثة، القاهرة، ط5، 2007م، ص346.

(2) د/ محمد أحمد مفتي، السيادة وثبات الأحكام في النظرية السياسية الإسلامية، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1991م، ص27.

(3) خديجة غرداين، إشكالية السيادة والتدخل الإنساني، حالة الدول العربية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015م، ص(42).

(4) د/ محمد طلعت الغنيمي، الوسيط القانوني الدولي العام، قانون الامم وقت السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971م، ص(317).

فالسيادة أشمل من السلطة، لأن السلطة هي ممارسة مظاهر السيادة، حيث أن أول من وضع تحديداً لمفهوم السيادة هو الكاتب الفرنسي (بودان) في كتابه المسمى بالكتب الستة للجمهورية سنة 1576م بقوله: إنها سلطة الدولة العليا المطلقة والأبدية والجازمة والدائمة التي يخضع لها جميع الأفراد، وأضاف أنها السلطة العليا المعترف بها، والمسيطرة على المواطنين والرعايا دون تقييد قانوني، ما عدا القيود التي تفرضها القوانين الطبيعية والشرائع السماوية، والخاصة الأساسية لهذه السيادة تكمن في وضع القوانين أي بمعنى سلطة التشريع، بل إنه أول من وضع نظرية متكاملة للسيادة تحمل أبدية تواجدها رغم إمكانية زوال حاملها، وأكد بأنه في غياب السيادة تختفي الدولة⁽¹⁾.

ولم يكن بودان هو من استند في تعريفه للسيادة على الشأن الداخلي، بل سبقه عدد من رجال القانون والسياسة الذين اختلفوا في تحديدهم لمفهوم السيادة، وسنتطرق إلى بعض تعريفات هؤلاء على النحو الآتي:

- تعريف (توماس هوبز): لقد أسس هوبز فكرته في السيادة على الإنسان الذي هو بطبعه مصلحي، وذاتي التفكير، ولا يحافظ على عهوده، وعقوده، ولا يطيع قوانين المجتمع إذا لم تنسجم مع مصالحه، ولهذا نشأت الحاجة إلى سلطة عليا، تستطيع أن تفرض النظام والسلم الاجتماعي على مجموعات قد لا تتجه نحو العيش بسلام وانسجام مع بعضها البعض، وبالتالي فإن سلطة الدولة وسيادتها ضرورية للبقاء⁽²⁾.
- تعريف (جون أوستن) للسيادة بأنها تقوم على فكرة القانون الطبيعي ومفادها: وجود رئيس أعلى في الدولة لا يطيع أحد، بل يفرض هو طاعته على الجميع، وهذا الرئيس هو صاحب السيادة في المجتمع⁽³⁾، والسيادة ليست سوى ممارسة الإدارة العامة.

(1) طلال ياسين العبيسي، السيادة بين مفهومها التقليدي والمعاصر، دراسة في مدى تداول السيادة في العصر الحاضر، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق 2010م، المجلد 26، ص 62.

(2) جمعة صالح حسين، القضاء الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1998م، ص 54.

(3) عضبان مبروك، التصادم بين العولة والسيادة، حقوق الإنسان نموذجاً، محاضرات القيت بجامعة سطيف، الجزائر، 2005م، ص 15.

● وهناك تعريفات عربية، كان لها إسهام كبير في تعريف هذا المفهوم، ومنها تعريف العلامة (عبدالرحمن ابن خلدون) الذي عرفها: بأنها العصبية القاهرة والغالبة لكل العجالات الأخرى، وكذلك تعريف الدكتور محمد طلعت الغنيمي في كتابه (الأحكام العامة في قانون الأمم) حيث عرفها بأنها: أحد معطيات القانون الدولي الأساسية فهي مرتبطة به، ويضيف بأن السيادة لدى العرب بدأت ذات صبغة دينية بإسم الخلافة، ثم اتجهت وراثية في عهد بني أمية، لتصنع بصبغة الحق الإلهي في العهد العباسي، واليوم فإن مفهوم السيادة في الدولة الإسلامية هو الذي يتكلم عنه القانون الدولي⁽¹⁾.

● تعريف د/ مصطفى أبو زيد فهمي للسيادة بأنها: السلطة الأصلية التي تتبع سائر السلطات الأخرى منها، وهي لا تتبع أي منها لأنها الاصل.

● تعريف محكمة العدل الدولية في قضية مضيق (كورفو) عام 1949م للسيادة بأنها: ولاية الدولة في حدود إقليمها ولاية انفرادية ومطلقة، وأن إحترام السيادة الإقليمية فيما بين الدول المستقلة يُعد أساساً جوهرياً من أسس العلاقات الدولية⁽²⁾.

ومن خلال التعريفات السابقة، نجد أن هناك تطور تدريجي في فهم مدلول السيادة يرجع أساساً إلى كون الفكرة لم تكن وليدة بحوث ودراسات، وإنما كانت نتيجة صراع تاريخي طويل ومرير بين الحاكم والرعية، حيث تحولت السيادة من أداة في يد الشعب لمحاربة النظم الاستبدادية المتسلطة في القرن الثامن عشر، إلى شرط لاستكمال الاستقلال التام (في القانون الدولي العام) في الوقت الحاضر، وأن هذه التعريفات تشترك في التركيز على اعتبار السيادة سلطة عليا، تضمن للمتمتع بها - سواءً الحاكم أم الشعب أم الدولة حسب التطور التاريخي - الإستقلالية وعدم الخضوع، وإنما أي السيادة تحولت من مبدأ فلسفي عند بودان، إلى سيادي في معاهدة

(1) د/ محمد طلعت الغنيمي، مرجع السابق، ص 318.

(2) عضبان مبروك، مرجع سابق، ص 16.

ووستفاليا 1648م، إلى مبدأ قانوني في معاهدة فيينا 1815م، وارتبطت بالقانون الدولي ارتباطاً وثيقاً إلى درجة أن في انتهاكها انتهاكاً للقانون الدولي في حد ذاته⁽¹⁾.

وعلى هذا، فالسيادة العليا المطلقة التي تفردت بالحق في إنشاء الخطاب الملزم المتعلق بالاشياء والأفعال، فهي التي تملك جعل الفعل واجباً، أو محرماً، أو مباحاً، وهي التي تملك جعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً، ويلاحظ أن السيادة والديمقراطية تعبيران عن فكرة واحدة، فالسيادة التعبير القانوني والديمقراطية هي التعبير السياسي⁽²⁾.

ويمكن القول بأن السلطة السيادية التي تمارس مظاهر السيادة تشكل إلى جانب الاقليم والسكان أركان الدولة ولا يمكن أن تكتمل الشخصية القانونية للدولة إلا بتوافر هذه الأركان، وإذا كانت السيادة أهم خصائص وسمات الدولة الحديثة فإن من يملك السيادة هم الأفراد وفقاً لنظرية سيادة الشعب أو الأمة بوصفها مجموع الأفراد وفقاً لنظرية سيادة الأمم⁽³⁾.

المطلب الثاني

التطور التاريخي لمفهوم السيادة

بالنظر إلى العصر القديم، نجد أن فلاسفة اليونان قد عبروا عن السيادة بمفاهيم مختلفة، نتيجة لتاريخهم الحافل بالازدهار العلمي، وخاصةً في ميدان الفلسفة والرياضيات، ساعدهم على إقامة مجتمع ديمقراطي، كما في المدينة الفاضلة عند كل من روادها افلاطون وساعدهم ذلك في وضع قوانين تنظم علاقاتهم الداخلية والخارجية وحسم النزاعات التي قد تنشأ فيما بينهم وفيما بين مجتمعاتهم والمجتمعات الأخرى، وذلك باللجوء إلى التحكيم للفصل فيها وحلها.

(1) المرجع السابق، ص18.

(2) د/ صلاح الصاوي، نظرية السيادة وأثرها على شرعية الأنظمة الوضعية، بدون طبعة، ص11.

(3) ماجد عمران، السيادة في ظل الحماية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 27، 2001م، ص464.

وعلى الرغم من ارتباط السيادة في أذهان كثير من كتاب السياسة ورجال القانون الدستوري في العصر الحديث بظهور الدولة وتطورها فيه، إلا أنها وجدت في العصور القديمة، حيث نشأت وتطورت بالتزامن مع ظهور الدولة وممارستها للسيادة والسلطة في العديد من دول الحضارات القديمة كالإغريق والصين وبلاد الرافدين.

إن الفلسفة اليونانية هي ما مهدت الطريق فيما بعد لطرق موضوع السيادة، رغم أنها كانت محاطة لديهم بحالة من المعتقدات الدينية التي تضيء عليها صفة القداسة والإلزامية والطاعة، غير أن هناك نوع من الانقسام بين منظريهم في حينه، فالبعض كان يميل إلى تركيز السيادة في الجماعة، كالعالم أرسطو، الذي أوردتها في كتابه السياسة، ومنهم من اتجه نحو لصق السيادة بالطبقة الحاكمة كالفيلون⁽¹⁾.

وقد أدى هذا الانقسام إلى مطالبة الشعب بتدوين هذه القوانين باعتبارها كانت عرفية لتحديد حقوق وواجبات كل فرد من أفراد المجتمع، فالإغريق كانوا يعتبرون السيادة هي حق تقرير المصير، بينما الرومان كانوا يعتبرون السيادة مرادفة للسلطة، إذ أن الدولة المجسدة في سلطة الامبراطور، كانت لها الحق في كل شيء، أما الأفراد فقد كانت تمنح لهم بعض الامتيازات القابلة للإلغاء في أي وقت⁽²⁾، ولأن الحضارتين اليونانية والرومانية كانتا متقاربتين في فهمهما لمذلول السيادة إلى حد بعيد، فقد كانوا ينظرون إليها على أنها تمثل الدولة التي تستأثر بكل مظاهر السلطة ولها صلاحية يخضع لها الجميع، وهي مجسدة في فئة صغيرة من الناس، هم الحكام والزعماء⁽³⁾.

أما في العصور الوسطى فقد نشأ صراع طبقي، نتيجة سيادة النظام الإقطاعي، وانتشار الاسترقاق، وسيطرة المفاهيم التي تمجد الحاكم، وتمنحه سلطان مطلق مستمد من الله، على اعتبار أنه يمثل ظل الله على الأرض، وكان محور هذا الصراع سلطة الحاكم، وسلطة البابا التي اكتسبها مع الانتشار الواسع للديانة المسيحية وسيطرة الكنيسة، باعتبارها كياناً مستقلاً عن الدولة، وتنفشى تبعاً لذلك نظام الاقطاع، بما أحدثته من تنازع للسيادة بين

(1) د/ أيمن أحمد الورداني، حق الشعب في استرداد السيادة، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2008م، ص 30 - 36.

(2) جمعة صالح حسين، مرجع سابق، ص 55.

(3) أيمن أحمد الورداني، مرجع سابق، ص 37.

الحاكم الملك، وبين الاقطاع الذي كان يحكم الداخل، وبين المسيحية كديانة، فكان الامبراطور هو صاحب السلطة السياسية، في حين الإقطاع يسيرون شؤون المقاطعات داخلياً، وأما البابا فيتمتع بالسلطة الروحية. وقد نتج عن هذا الصراع بين التنظيمات الثلاثة (الامبراطور والكنيسة والاقطاع) تحول في مفهوم السيادة على يد القديس (توما الإلكويني)، الذي جاء بنظرية الإمارة التي أطاحت بمركز الامبراطور والاقطاع الديني وسلطتهما المطلقة، وحل محلها الدولة المستقلة الخاضعة للقانون الإلهي والقانون الطبيعي⁽¹⁾، وأصبح هناك فصل بين السلطة الزمنية المتمثلة في الحاكم، والسلطة الدينية المتمثلة في الكنيسة ورجال الدين.

أما السيادة في الإسلام، فقد ظهرت بظهور الدولة الاسلامية التي كانت بداية نشأتها في المدينة المنورة بعد هجرة الرسول صلى الله عليه وسلم عام 622م إليها واستقراره فيها، تلك الدولة التي كفلت لمجتمع المدينة حقوقهم وحرياتهم، ووضحت ماعليهم من واجبات، ففي الوقت الذي كانت فيه أوروبا تتخبط في صراعها الدامي حول السلطة والسيادة، أسست أعظم دولة قانونية يسودها العدل والمساواة بين كل البشر على يد رسول الله صلى الله عليه وسلم، واستمرت في عهد خلفائه الراشدين، إذ بقي مفهوم السيادة ثابتاً لا يتغير، والذي مؤداه وجود إرادة عامة غير إرادة الأفراد يخضع لها الكل هي إرادة الله جل وعلا، فهو الحاكم الحقيقي للعالم، وقانونه هو القانون السامي، بينما الإنسان مجرد خليفة له، قال تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ سورة البقرة، آية (30)، وقال تعالى: ﴿وَيَجْعَلُكُمْ خُلَفَاءَ الْأَرْضِ﴾ سورة النمل، آية (62)، فكانت دولة قانونية شورية قائمة على أسس ثابتة من القرآن والسنة مع وضع الإرادة العامة لأفراد الشعب موضع الاعتبار عند إختيار الحكام، أو عزلهم، وكان ذلك معيار وجود السيادة من عدمه، إلا إنه وبمرور الوقت حاد البعض من حكام المسلمين عن هذا المفهوم فتحوّلت من خلافة اسلامية راشدة في عهد الخلفاء الراشدين إلى حكم وراثي في عهد بني أمية ثم إلى حق إلهي في عهد العباسيين.

(1) عدنان نعمه، السيادة في ضوء التنظيم الدولي المعاصر، بيروت 1998م، ص122.

ومع حلول عصر النهضة في أوروبا، أثرت فكرة السيادة كوسيلة للتحرر من النفوذ الديني (البابا) والزمني (الامبراطور)، وانتهت بزوال فكرة السيادة المطلقة، وحلول السيادة، المقيدة محلها، وقد مهد لهذه الفكرة الكثير من الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي بودان صاحب التأصيل الحديث لفكرة السيادة فهو أول من صاغ نظرية السيادة الحديثة في مواجهة الباباوات وأمراء الاقطاع، وذلك لتدعيم سلطة الملوك، واعتبرها سلطة دينية، وغير محددة بقوانين إلى أن جاء الفيلسوف الفرنسي (جان جاك روسو) في القرن الثامن عشر، ونادى بإخضاع السيادة للإرادة العامة للشعب، من خلال كتابه الشهير "العقد الاجتماعي"، مما أدى إلى قيام العديد من الثورات بين الملك والطبقة الأرستقراطية من جهة والبرجوازية مدعومة بالشعب من جهة أخرى، لتتحول مصدر السيادة من الحق الإلهي إلى الإرادة العامة للشعب.

وفي العصر الحديث وجدت نظريات متعددة قللت من أهمية السيادة، كالنظرية الماركسية التي طالبت بإلغاء السيادة تمهيداً لإقامة مجتمع شيوعي، وأبرز روادها "هاربول لاسكي" الذي اعتبر السيادة بمثابة خطر محقق وهذا ينتقص من حقوق الشعوب، وتقيد حرياتهم، ليقابلها على النقيض تماماً النظرية الواقعية التي كانت كثيراً ما تؤكد على ضرورة بقاء السيادة المطلقة في يد الدولة، إيماناً منها بأهمية ما توفره السيادة للدولة من القوة التي تجعلها حاضرة بفاعلية في المجتمع الدولي كونها الفاعل الرئيسي في العلاقات الدولية⁽¹⁾.

إن السيادة في مفهومها المعاصر تختلف شكلاً ومضموناً، فرصيد السيادة الوطنية يتناقض لصالح سيادة القواعد الدولية وحقوق الانسان المعنية بها المنظمات الدولية، كالأمم المتحدة ومنظمات حقوق الإنسان، مما أدى لقياس سيادة الدولة الفعلية بما تمتلكه من هيمنة، وقوة في المجتمع الدولي، كما أن التدخل في الشؤون الداخلية للدول لم يعد أمراً غير مشروع كما كان في الماضي، بل أصبح جائزاً ومبرراً بحقائق راهنة، ومن أبرز تلك المبررات علاقة الدول برعاياها تحديداً في مجال حقوق الإنسان والحريات العامة، بالإضافة إلى علاقتها بمكافحة الإرهاب، وكذلك سياساتها المالية والاقتصادية.

(1) خديجة غرداين، مرجع سابق، ص76.

ولكي تتضح الرؤية أكثر، فإننا سنعرض تحليلاً موجزاً لنظريات السيادة، ثم لمظاهر السيادة وخصائصها، وكذلك السيادة في الفكر الإسلامي وذلك في ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول

نظريات السيادة

هناك إتحاهين رئيسيين يتجادبان مفهوم فكرة السيادة أحدهما يرى بأنها مطلقة والآخر يرى بأنها مقيدة. وسنعرض لكلا المفهومين بالشرح والتوضيح على النحو الآتي:

أ- السيادة المطلقة:

لقد جاءت فكرة السيادة المطلقة من الفلسفة المؤيدة للحكم المطلق خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر، إنطلاقاً من نظرية توماس هوبز التي تبرر الحكم المطلق والمستبد للملك، كونها تؤكد بأن عجز أي جماعة من الناس عن حفظ استقلالها والدفاع عن نفسها ضد أي إعتداء ينفي عنها وصف الدولة، فجعل بذلك السيادة مرادفه للقوة وأعتبرها ركيزة للدولة. كون الدولة في أصل نشأتها قامت على تنازل الأفراد بالتعاقد فيما بينهم عن جميع حقوقهم لصالح ملك إختاروه، ولا يحل لهؤلاء الأفراد الابتعاد عن التزاماتهم إلا في حالة تنازل الملك عن سلطانه أو إنخراطه مثلاً في حرب خارجية⁽¹⁾.

وقد تبنت ألمانيا هذه النظرية، فظهرت نظرية الألمان القومية في السيادة على يد "كانت وهيغل"، ومؤداها أن الحرب والقوة هما القانون الطبيعي بين الأمم وبشرت بسمو الألمان على باقي الشعوب بسبب إحتفاظه بنقائه العرقي منذ القدم وأن القوة هي مصدر القانون وأن العناية الإلهية قد اختارت الجنس الألماني لحكم الأجناس والأمم الأخرى، وقد طبقت ألمانيا هذه النظرية بظهور النازية الألمانية خلال الحرب العالمية الثانية تحت شعار "ألمانيا فوق الجميع"، وأخذت هذه النظرية مبرراً للغزو والاعتداء على الدول المجاورة خلال القرنين الثامن عشر

(1) د/ فوزي أو صديق، الوائي في شرح القانون الدستوري، المجلد الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003م، ص33.

والثاسع عشر، وبطبيعة الحال فقد تعرضت هذه النظرية لإنتقادات حادة لما تحمله من أفكار خطيرة تعمل على هدم القانون الدولي ومبادئه وتكرس منطق القوة والعنف والاعتداء الذي ساد تلك الفترة.

ومن أبرز منتقدي هذه النظرية "شارل روسو" الذي يرى أنه من الغريب أن الشخص القانوني يكون سعيداً إذ وجد فوق القانون، وأن السيادة المطلقة لا تكون للدولة إلا إذا كانت تعيش في عزلة تامة عن العالم، وهو ما يتناقض مع واقع العلاقات الدولية المتشعبة التي أصبحت تضم كل دول العالم، كما إن اعتماد فكرة السيادة المطلقة يؤدي إلى انتفاء المسؤولية الدولية، وبالتالي حصول تصادم بين الدول، ومزيداً من الإفراط في استعمال القوة، ولكن بوجود القانون الدولي الذي يمنع ذلك التصادم، فإن القول بالسيادة المطلقة ضرباً من الخيال⁽¹⁾.

وخلاصة القول، فإن المفهوم التقليدي للسيادة كان قائماً على استئثار الدولة وحدها بهذه السيادة، وجعلها مطلقة لها حتى تتمكن من مواجهة الداخل والخارج في تحقيق استقلالها، غير أنه بظهور مفاهيم متعددة ومنها التعاون الدولي والعولمة، أصبحت تلك السيادة مقيدة بصعود العديد من القواعد الدولية على غيرها والتي جاءت تنافسها في عقر دارها بل وفي كثير من الأحيان تعلق عليها شكلاً ومضموناً وخاصة في بعض المجالات (كحقوق الانسان، والسلم الدولي، والعمل الدولي، والبيئة والتلوث، والطاقة، والتضخم والبطالة، والإرهاب والعنف السياسي، والأمراض الوبائية... الخ).

ب- السيادة المقيدة أو المحدودة.

لقد ظهرت فكرة السيادة المقيدة، كنتيجة حتمية للتطور الاجتماعي وتشابك العلاقات الدولية، وإزدياد الحاجة إلى التعاون الدولي، وبحكم تواجد هذه الدولة أو تلك في مجتمع منظم (الجماعة الدولية) أو مجتمع تنظيمي (المنظمات الدولية)، فبانتماء الدولة إلى مجتمع دولي منظم ترتب بعض القيود المفروضة على سيادتها، فالدولة لها مطلق السيادة على إقليمها مع تقيدها بأحكام القانون الدولي في علاقاتها مع الدول كعدم جواز استخدام القوة

(1) عبد القادر القادري، القانون الدولي العام، مكتبة المعارف، الرباط، 1984م، ص10.

في حل منازعتها الدولية، واحترامها لسيادة اراضي الدول الأخرى، واستقلالها السياسي، بل وضرورة تعاونها الدولي لحل المشكلات الدولية⁽¹⁾. وهناك مدرستين تؤيد فكرة السيادة المقيدة هما:

1. **مدرسة القانون الطبيعي**: الذي تزعمها الفقيه "بودان"، وكان خلاصة فكر هذه المدرسة، أن قواعد القانون الطبيعي، ليست من وضع البشر، وهي قابلة للتطبيق على جميع الناس بإعتبارها القاسم المشترك بين الأمم، وكونها ثابتة لا تتغير بتغير الزمان والمكان، كما هو الحال بالنسبة للقوانين الوضعية، وحتى تتمكن الدولة من تحقيق التوازن الاجتماعي الذي يكفل لها الاستقرار وتحقيق العدل والمساواة، كان لزاماً عليها التقيد الكامل بقواعد القانون الطبيعي، فالدولة لا تتصرف بإرادتها المطلقة، وإنما تخضع للقانون الطبيعي، الذي سبق وجودها ويعلو سلطاتها، وبهذا فإن السيادة مقيدة بقواعد القانون الدولي الذي يستمد شرعيته من قواعد القانون الطبيعي الذي له السمو على باقي القوانين⁽²⁾.

2. **مدرسة العقد الاجتماعي**: الذي تزعمها المفكر الفرنسي الشهير "جان جاك روسو" في كتابه العقد الاجتماعي الذي جاء فيه بأن الجسم السياسي ككيان آدمي له إرادة، وهذه الإرادة الآدمية تنزع إلى المحافظة على كل جزء من الكائن وعلى رفاهيته، كذلك فإن السيادة ملك للأمم جمعاء، وأنها كالجسم الحي غير قابلة للتجزئة ولا للتنازل عنها وكان لهذه المدرسة تأثير بارز على رجال الثورة الفرنسية بتحويله إلى مبدأ دستوري، نص عليه الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان 1789م، ورد فيه (الأمة هي مصدر كل سيادة) أي أن الشعب هو صاحب السيادة وأن الحاكم لا يكتسب صفة الشرعية، إلا إذا كان قائماً على رضا الشعب. فالحاكم يمارس سلطانه بالوكالة عن الشعب الذي تنازل له عن جزء من حقوقه من خلال التفويض الممنوح له من قبلهم وهو ما يعرف بالعقد الاجتماعي.

(1) أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص413.

(2) محمد السناري، القانون الدستوري، نظرية الدولة والحكومة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص770.

وقد نجحت كلتا المدرستين في الحد من السلطة المطلقة للحاكم، وبينت المصدر الحقيقي للسيادة، وحمّت الحقوق والحريات العامة للأفراد، وكانت بذرة لظهور ما يسمى اليوم (المنظمات الدولية) التي تمثل اجتماع آراء مجموعة من الدول لتحقيق هدف مشترك مع ما يترتب عليها من جعل سيادتها مقيدة بأحكام تلك المنظمات. وخلاصة لما سبق، نستطيع القول بأن مبدأ السيادة دائماً مستمر لا يتغير، إلا أن صورتها وحقيقتها والمسؤوليات التي تنهض بها تتغير مع الزمن، أو يعاد توزيعها.

ولا تعني التطورات الراهنة نهاية مفهوم السيادة، ولكن تعني أن السيادة قد تغير مفهومها وتم إعادة توزيعها فقبل الثورة الفرنسية كانت السيادة ملكاً للأباطرة والملوك ثم انتزعتها الثوار ومنحوها للشعب، وجاءت التطورات العالمية الحالية بتدويل السيادة، وتوسيع نطاقها، بحيث لم تعد خاصة بالشعب والدولة وحدها، ولكن يشارك فيها المجتمع الدولي ممثلاً في القوى المحكمة به، أما ما يشار إليه من مبدأ المساواة في السيادة بين الدول، فإنما هو مبدأ نظري يكاد يكون العمل في الغالب والواقع على غير ذلك، ومؤدى ذلك أن السيادة ترتبط إرتباطاً وثيقاً من حيث طبيعتها ومدى اتساع نطاق تطبيقها بقدر الدولة وإمكاناتها الذاتية⁽¹⁾.

ومما سبق، ذكر يمكن تلخيص تطور مفهوم السيادة الداخلية في ثلاثة مراحل على النحو الآتي:

- (1) السيادة في التاريخ القديم كانت تنحصر في الحكام.
- (2) السيادة في التاريخ الوسيط كانت مشتركة بين الحكام والشعب.
- (3) السيادة في التاريخ الحديث أصبحت مطلقة للشعب فهو مصدرها الوحيد.

أما السيادة الخارجية فقد كانت تنحصر في القوة ثم جاءت عصبة الأمم المتحدة وبعدها هيئة الأمم المتحدة، ووضعت قواعد تلتزم بها الدول على قدم المساواة من الناحية النظرية على الأقل، وتعترف بسيادة كل دولة على إقليمها وشعبها باستثناء ما تنص عليه الإتفاقيات الدولية والمعاهدات وهذا ما سيتضح أكثر في الفرع التالي.

(1) عثمان علي ميراثيك، السيادة في ضوء القانون الدولي المعاصر، دراسة السيادة العراقية 1991-2003، ط1، أبريل، العراق، 2009م، ص81. وكذلك عبد الواحد ناصر، الإرهاب وعدم المشروعية في العلاقات الدولية الراهنة، الرباط، 2002م، ص520.

الفرع الثاني

مظاهر السيادة وخصائصها

بعد أن تناولنا فيما سبق مفهوم السيادة وتطورها فلا بد من بيان مظاهرها وخصائصها حتى يكتمل الموضوع وتتضح الفكرة بصورة أشمل وادق، على النحو الآتي:

أولاً: مظاهر السيادة:

للسيادة مظهران: مظهر خارجي، ومظهر داخلي؛ فالمظهر الخارجي يكون بتنظيم علاقاتها مع أشخاص القانون الدولي العام في ضوء أنظمتها الداخلية، وحريتها في إدارة شئونها الخارجية وتحديد علاقاتها بغيرها من الدول، والمنظمات الدولية وحريتها في إبرام المعاهدات والاتفاقات الدولية معها وحقها في إعلان الحرب أو السلام أو التزام الحياد.

والسيادة الخارجية للدولة: هي مرادفة للاستقلال السياسي، فكثير ما يستعمل كلاهما في العديد من المحافل الدولية، على غرار ارتباط السيادة بالاستقلال بدرجة وثيقة من ناحية، وبحدود الاستقلال السياسي للدولة من ناحية أخرى، فالاستقلال هو ما يتيح للسيادة ممارسة أعمالها الداخلية والخارجية فكلهما متكاملان، فأينما وجد شعب مستقل عن غيره كانت لديه سيادة⁽¹⁾، ومقتضاها عدم خضوع الدولة صاحبة السيادة، لأي دولة أجنبية، بل إنهما تقف على قدم المساواة مع جميع الدول ذات السيادة.

فإنشاء وتنظيم العلاقات الخارجية يكون على أساس من الاستقلال، ويعطي الدولة الحق في تمثيل الأمة والدخول باسمها في علاقات مع الأمم الأخرى، ولا يمنع هذا من ارتباطها وتقييدها بالتزامات أو معاهدات دولية مع غيرها من الدول.

(1) د/محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 22، العدد الثاني، 2006م، ص116.

والمظهر الداخلي للسيادة يكون ببسط سلطتها على إقليمها برأً وجواً وبحراً، بكافة تقسيماته المحلية (ولايات، أو محافظات)، وبسط سلطاتها على كل الرعايا الذين يحملون جنسيتها وتطبيق انظمتها عليهم جميعاً فهي أقوى سلطة، ولا ينبغي أن توجد داخل الدولة سلطة أخرى أقوى منها، فسلطتها سامية وشاملة ولا يعلو عليها سلطة أخرى، أو تنافسها في فرض إرادتها، فهي التي تحدد نفسها، بنفسها وهي ثابتة لها بالأصالة حيث لا توجد جهة أخرى خیر منها أو مثلها، فهي إرادة تعلو جميع الإرادات، وسلطة تحمي على كافة السلطات⁽¹⁾ وقد ورد في دساتير بعض الدول قيود تحد من السيادة بما يتواءم مع تلك الشرائع الدينية فيها.

ومع ذلك، فإن الإطلاق للسيادة الذي كان يمثل خاصية أساسية في سيادة الدولة في الفقه التقليدي بدأ يخضع لقيود كثيرة؛ سواءً في المجال الداخلي أم المجال الخارجي، ويرجع ذلك إلى ما تسود الدول المعاصرة من مبدأ سيادة القانون، والذي بمقتضاه تحولت الدولة من دولة استبدادية إلى دولة قانونية.

ثانياً: خصائص السيادة.

السيادة تتميز بخصائص عديدة يمكن إجمالها في ست خصائص أساسية هي:

1- إنها سيادة شاملة: أي أنها تطبق على جميع مواطني الدولة، ومن يقيم في إقليمها، بفرض طاعتهم لها مهما كانت جنسياتهم، بمعنى شمول السيادة للإقليم ومن عليه من أشخاص وجمعيات وأموال وثروات، باستثناء ما يرد في الاتفاقات والمعاهدات الدولية، مثل موظفي المنظمات الدولية، والدبلوماسيين، والفنصليات، والسفارات الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية⁽²⁾.

2- سيادة دائمة: بمعنى أنها تدوم بدوام الدولة، فالعلاقة بين السيادة وديمومتها علاقة متلازمة فبقاء السيادة مرتبط ببقاء الدولة، وانهاؤها بانتها الدولة، فالسيادة تكون شبيهة بحرية الفرد التي لا تنتهي إلا بانتهائه⁽³⁾.

(1) د/ صلاح الصاوي، مرجع سابق، ص 67.

(2) د/ عبد القادر القادري، مرجع سابق، ص 48.

(3) د/ خالد النوي، السيادة الوطنية وتحولات العلاقات الدولية الراهنة، المعهد العربي للدراسات، 4 ديسمبر 2019م، ص 7.

3- سيادة مطلقة: بمعنى أنه ليس هناك سلطة أو هيئة داخل إقليم الدولة تملؤها، فهي بذلك تفرض سلطتها

على جميع المواطنين، ولا مكان لسلطة أخرى منافسة أو معارضة والقانون هو التعبير عن إرادتها.

4- سيادة لا يمكن التنازل عنها: وهذا يعني أن التنازل عنها يفقد الدولة ركناً من أركان قيامها، فالسيادة

والدولة مفهومان متلازمان ومتكاملان لا يجوز التصرف في أي منهما ففي تنازل الدولة عن سيادتها فقدان

لذاتها، إلا أن هذا لا يعني رفض الدولة التقييد بالتزاماتها في نطاق ما تبرمه من اتفاقيات ومعاهدات في إطار

علاقاتها الدولية، وإن كان يجد من حريتها في ممارسة سيادتها، وهو ما أقرته محكمة العدل الدولية

الدائمة⁽¹⁾، في حكمها المشار إليه.

5- سيادة واحدة غير قابلة للتجزئة: بمعنى أنه لا يوجد في الدولة الواحدة سوى سيادة أو سلطة عليا واحدة

لا يمكن تجزئتها مهما كان النظام الدستوري أو الإداري للدولة، فسواءً كانت الدولة موحدة أم اتحادية أم

كانت تتبع نظام المركزية الادارية أو اللامركزية الادارية فإنها ذات سيادة واحدة، ويمكن توزيع ممارسة السلطة

على الأجهزة الحكومية المختلفة للدولة، إلا أن السيادة تظل واحدة.

وقد أثير موضوع تجزئة سيادة الدولة بمناسبة الصلاحية المعطاة للمنظمات الدولية التي تتخذ قرارات في بعض

المسائل التي تدخل أساساً في نطاق السيادة والسلطان الداخلي للدولة، إلا أنه أوجب على ذلك بأن الدولة

هي من منحت تلك المنظمات هذه الاختصاصات بإرادتها ورضائها، دون أن يمثل ذلك إنتهاكاً لسيادتها، ولأن

تلك المنظمات لا تستطيع ممارسة دورها داخل إقليم الدولة إلا بتلك الاختصاصات الممنوحة.

ويرتبط مبدأ وحدة السيادة وعدم تجزئتها بمبدأ عدم إمكانية نقل السيادة وعدم امكانية تفويضها، والتفويض

يقصد به التوكيل، أي بمعنى نقل المفوض بعض صلاحياته إلى المفوض إليه مع حقه في العدول عن قراره،

وممارسة الصلاحيات التي تم تفويضها مباشرة دون الرجوع إلى المفوض إليه، وبناءً عليه فإن تنازل الدولة عن

(1) بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000م، ص91.

سيادتها باطل ومستحيل، لأن السيادة لا يمكن تفويضها، ولأن التفويض يعد في هذا المقام فقدان الدولة لإرادتها وشخصيتها.

6- سيادة غير قابلة للتقادم: بمعنى أن السيادة لا تسقط حتى لو توقف العمل بها لمدة معينة، سواء كانت تلك المدة طويلة أو قصيرة، كما في حال الدول المتمثلة سابقاً فهي لا تنقل من دولة لأخرى إلا في حالة توقيع الدولة مالكة الإقليم المغتصب، معاهدة صلح بضم الإقليم مع الدولة المغتصبة. فإذا اغتصبها من ليس أهلاً لها، وفرض على الناس سلطانه فترة من الزمن، فإنه لا يستطيع أن يدعي شرعية سيادته مهما طال الأمد، فغصب السيادة ستظل دائماً غصباً ولا يثبت بالحيازة ولا يبرره التقادم.

الفرع الثالث

السيادة في الفكر الإسلامي

لقد جاء الإسلام بتشريع كامل متكامل لا يعتريه أي نقص، وبمحجة قاطعة، بأن الحكم الأعلى هو للشرع لا لغيره، وأن القبول بهذا الشرع هو قبول بالإسلام، والإعراض عنه كفر به؛ فحقيقة الإنقياد للشرع هو الرضاء بالشرع حاكماً، وأمراً، وناهياً، ومصدراً للحلال والحرام، وقبول سائر ما يصدر عنه من تشريعات وأحكام.

لقد تعرضنا فيما سبق لقضية السيادة في الفكر الغربي، وبيننا بأنها السلطة العليا المطلقة التي لا تساويها أو تساميتها سلطة أخرى، وإن إرادتها هي القانون، وأنها ثابتة لها بالأصالة أي أن إرادتها تعلق جميع الارادات.

ومفهوم السيادة لدى الغرب قد إنتقل بمفهومه الحديث إلى البلدان العربية، وبدأ يغزو دساتير العديد من الدول العربية والإسلامية، حيث صيغت العديد من القواعد الدستورية فيها بأن التشريع المطلق والارادة العليا هي لممثلي الشعب أو الأمة، وما يقتضيه ذلك من فصل الدين عن الدولة، لتكون بذلك السيادة للأمة والقانون هو التعبير عن إرادتها، لذا كان لزاماً علينا في هذا البحث ان نتعرض للسيادة في الفكر الإسلامي حتى نلم بالموضوع من جميع جوانبه.

إن الإرادة التي تعلق جميع الإرادات في الفقه الإسلامي، هي إرادة الله عز وجل، وانعقد اجماع الأمة كلها على ذلك، وإن لا حرام إلا ما حرمه الله ولا حلال كذلك إلا ما أحله الله، وأن من رد شيئاً من ذلك التحليل والتحریم، كافر بإجماع المسلمين⁽¹⁾، وإن هذا الإجماع قد انعقد على أن الحاكم في الإسلام هو الله عز وجل، وأنه لا شرع إلا من الله، وقد صرح بذلك القرآن الكريم في أكثر من موضع، حيث قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ﴾ سورة الأنعام: آية (57)، وسورة يوسف: آية (40 ، 67) وقال تعالى: ﴿وَأَنَّ الْحُكْمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾، سورة المائدة: آية (49)، وهناك أدلة كثيرة تدل على تفرد الشريعة الإسلامية بالسيادة ومن تلك الأدلة ما يلي:

أ- إن الإسلام هو الاستسلام لله وحده، وهذا يتضمن عبادته وحده وطاعته وحده، فهو الدين الذي لا يقبل الله غيره، قال تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾ سورة آل عمران: آية (19)، وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾، سورة آل عمران: آية (85).

ب- إن عقيدة التوحيد تتضمن أفراد الله عز وجل بالحكم والتشريع المطلق، فهو الخالق الأمر بلا منازع، فمن نازعه فهو مشرك بعبادته أو كافر به، والأمر لله عز وجل له وجهين أمر كوني يدبر به شؤون المخلوقات جميعاً بقوله للشئ كن فيكون، وأمر شرعي يفصل به الحلال والحرام وسائر التكاليف، ومن ادعى مشاركة الله عز وجل من العلمانيين في هذا الأمرين ملحد، حيث أن بعض العلمانيون ادعوا مشاركة الله عز وجل في هذا الحق وجعلوا الكون مملكة تدار مشاركة بينهم وبين الله وزعموا بأن الله حكم القلوب والأرواح ولهم حكم الجسد والعلاقة بين العباد⁽²⁾.

إن طواغيت البشر قد نازعوا الله في هذا الحق فأدعى أحبار اليهود ورجالهم ذلك، قال تعالى: ﴿اتَّخَذُوا أَحْبَابَهُمْ وَرُءُوسَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَالْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهًا وَاحِدًا﴾، سورة التوبة: آية (31)،

(1) د/ صلاح الصاوي. مرجع سابق، ص31.

(2) المرجع السابق، ص34.

فأحلوا به الحرام وحرّموا الحلال وصاروا بذلك أيضاً أرباباً من دون الله، ثم نازعهم الملوك ذلك الحق في القرون الوسطى فاقترسوا السلطة معهم، حتى جاء العلمانيون والثوار بعد الثورة الفرنسية فانتزعوا هذا الحق من هؤلاء ونقلوه إلى هيئة تمثل الأمة أو الشعب أطلق عليها اسم البرلمان أو مجلس الأمة.

فالدين القيم عكس ما أراده الأحرار والملوك والعلمانيون، هو دين أفرد الله عز وجل بالخلق والأمر والحكم قال تعالى ﴿إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ أَمَرَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ﴾، سورة يوسف: آية (40).

ج- إجماع الأمة على كفر من زعم لنفسه حق التشريع المطلق من دون الله عز وجل قال تعالى: ﴿أَمْ هُمْ شُرَكَاءَ شَرَعُوا لَهُمْ مِّنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ﴾، سورة الشورى: آية (21)، وهذه الآية دليل على أن من شرع من الدين ما لم يأذن به الله فهو مشرك بالله؛ فالتشريع حق خالص لله عز وجل ومن زعمه لنفسه فقد ادعى الربوبية ومن تابعه على ذلك من عامة الناس قد عبده من دون الله. وفي هذا يقول أحد الفقهاء: "والإنسان متى حلل الحرام المجمع عليه وحرّم الحلال المجمع عليه، أو بدل الشرع المجمع عليه كان كافراً ومرتداً باتفاق الفقهاء"، بدليل قوله تعالى ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾، سورة المائدة: آية (44).

د- إن الاحتكام إلى الشرع شرطاً للإيمان: فقد نفى الله عز وجل الإيمان عمن لم يحتكم إلى شرعه أو صد عن التحاكم إليه قال تعالى: ﴿فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾، سورة النساء: آية (59)، وفي هذه الآية أمر من الله عز وجل بأن كل شيء يتنازع فيه الناس من أصول الدين أن يردوا الفصل في ذلك التنازع إلى الكتاب والسنة كما ورد في تفسير ابن كثير رحمه الله لهذه الآية وأكدها بقوله تعالى: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِن شَيْءٍ فَحُكِّمُوهُ إِلَى اللَّهِ﴾ سورة الشورى: آية (10)، فما حكم به الكتاب والسنة وشهد له بالصححة فهو الحق، وماذا بعد الحق إلا الضلال بل أقسم الله سبحانه وتعالى بذاته المقدسة على نفي الإيمان عمن لم يحكموا رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما شجر بينهم أو وجدوا في

انفسهم حرجاً من حكمه قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ سورة النساء: آية (65)، فمن ترك الشرع المحكم والمنزل على محمد ابن عبدالله خاتم الانبياء وتحاكم إلى غيره من الشرائع المنسوخة كفر بإجماع المسلمين بل يجب قتله⁽¹⁾، وسواءً كان ذلك الترك بعدم القبول والتسليم به أم بالشك فيه.

هـ- إن التحاكم إلى غير ما انزل الله نفاق: فكما أن من سوغ الخروج على الشرع كافر بالإجماع كذلك فمن تحاكم إلى غير ما أنزل الله منافق معلوم نفاقه قال تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا نُزِّلَ إِلَيْكَ وَمَا أَنزَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيدًا﴾ ﴿60﴾ وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا إِلَىٰ مَا أَنزَلَ اللَّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ رَأَيْتَ الْمُنَافِقِينَ يَصُدُّونَ عَنْكَ صُدُودًا﴾ سورة النساء: آية (60، 61)، وعلى ذلك فإن من تحاكم أو حاكم إلى غير ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم فقد حَكَم الطاغوت وتحاكم إليه. والطاغوت هو كل ما تجاوز به العبد حد من معبود أو متبوع أو مطاع؛ فعبادة غير الله أو اتباع غير شرع الله أو طاعة غير الله ورسوله كله طاغوت.

و- إن الطاعة المطلقة حق خالص لله: فلقد حث القرآن الكريم في أكثر من ثمانية وعشرين موضع على وجوب طاعة الله ورسوله قال تعالى ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ سورة النساء: آية (59)، فطاعة الله ورسوله مطلقة، وأما طاعة ولي الأمر فمشروطة بطاعة الله، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"، وكذلك الطاعة للوالدين أيضاً مقيدة، قال تعالى: ﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَىٰ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ سورة لقمان: آية (15)، وكذلك طاعة الزوجة لزوجها فلا طاعة في معصية لأحد وإنما الطاعة في المعروف.

(1) ابن كثير، البداية والنهاية، المجلد 13، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص 119.

إدًا فالشريعة حاکمة لغيرها ولا يجوز تجاوزها أو إلغائها أو تبديلها أو تعديلها⁽¹⁾ وهي لله عزوجل متمثلة في الكتاب والسنة، والدولة إنما تستمد سيادتها من خلال التزامها بالأحكام الشرعية وتنفيذها لها، ولأمة بعد ذلك حق تولية الإمام ومحاسبته وعزله، فلا عبادة إلا لله ولا طاعة إلا لله ولمن يعمل بأمره وشرعه، وإذا كانت بعض الدول الحديثة تعتز بأنها تلتزم بسيادة الدستور، فإن الدول الإسلامية تعتز بالتزامها بأحكام الشريعة الإسلامية. وللسيادة في الإسلام مظهران: مظهر داخلي متمثل في بسط الدولة سلطاتها على إقليمها وولاياتها ورعاياها، ومظهر خارجي متمثل في عدم خضوع الدولة صاحبة السيادة لأي دولة اجنبية والمساواة مع جميع الدول ذات السيادة، ولا يمنع هنا من ارتباطها بالتزامات أو معاهدات دولية مع غيرها من الدول.

وهنا يثار تحدي السيادة في الفكر الإسلامي بمن هو مصدر هذه السيادة وما يتبعه من إزدواج في السيادة، وقد وجد اتجاهين، الأول: يرى بأن الأمة وحدها لدى عدد من الفقهاء هي مصدر السلطة والنزول على إرادتها فريضة والخروج على رأيها تمرد⁽²⁾، فالمسلمون هم أول من قال بأن الأمة هي مصدر السلطات كلها. وبهذا يتبين لنا أن الأمة هي صاحبة السيادة والسلطان في إدارة شئونها العامة، بحيث أن ما تنتهي إليه إرادتها العامة يكون قانوناً ملزماً للجميع حكماً ومحكومين.

وقد نتج عن ذلك إزدواج السيادة، فالأمة والشريعة يمثلان مصدر السيادة في الدولة الإسلامية ويفرق أيضاً هذا الاتجاه بين النصوص، فما كان فيه نص قطعي الدلالة أصبحت السيادة لله وينتفي دور الأغلبية أو الإجماع، وما كان فيه نص ظني الدلالة فتصبح السيادة شعبية مكتملة لدور الشريعة⁽³⁾.

ويرى معارضوا هذا الإتجاه، وهم أصحاب الرأي الثاني: إن الاجتهاد في مصادر الشريعة لاستنباط حكم شرعي فيما لم يرد فيه نص قطعي لا يعطي صاحبه حق السيادة فالشرع مهيم على الاجتهاد، بقوله تعالى:

(1) د/ عبدالواحد ناصر، مرجع سابق، ص 48.

(2) د/ محمد الصوفي، تحولات النظام الدولي في عصر العولمة، مكتبة دار السلام، بيروت، لبنان، ط 1، 2001، ص 3.

(3) د/ محمد علي الغراء، العولمة والحدود، مجلة عالم الفكر، العدد 4، المجلد 32، الكويت، 2004، ص 80.

﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ سورة النساء: آية (59)، وقوله تعالى: ﴿وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ﴾ سورة الشورى: آية (10).

بل إن القول بتجزئة السيادة وقيام سيادة شعبية يدل على وجود نقص في الشريعة، وأن سيادة الشعب تكمل هذا النقص، وهذا افتراء على الله لمناقضته النص القرآني الدال على كمال الدين وإكمال النعمة، حيث يقول الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ سورة المائدة آية (30)، وخلص أصحاب الرأي الثاني إلى أن السيادة للشرع وليست للشعب الذي يمتلك فقط السلطان المتمثل في تولية الإمام ومراقبته وعزله.

يتضح مما سبق عرضه أن لا سيادة إلا للشرع وأن الشريعة الإسلامية حصرت السيادة في عقيدتها وأحكامها الشرعية وحرمت على الحاكم والمحكوم الخروج عليهما.

المبحث الثاني

تحديات السيادة ومستقبلها

تمهيد وتقسيم:

إن التطور السريع وغير المسبوق الذي تشهده العلاقات الدولية جعل إختصاصات سيادة الدولة على خلاف كبير بين الباحثين في العلوم السياسية والقانونية، وذلك لانعدام المعيار الواضح الذي من الممكن الاعتماد عليه في التمييز بين ما يدخل ضمن اختصاصات وسيادة الدولة من عدمه.

إن مضمون مبدأ السيادة قد تغير تبعاً لتغير العلاقات الدولية التي هي بدورها تتغير وفقاً لتزايد الحاجات المشتركة للمجتمع البشري وتغيراته، بل وتطوره، فقد تطور التنظيم الدولي من نقطة الفوضى بإتجاه مرحلة القبض على جميع السلطات الدولية، وبالمقابل ينطبق على مفهوم السيادة من نقطة السلطة المطلقة إلى نقطة إنعدام السلطة⁽¹⁾.

وقد برز اتجاهين في هذا الموضوع، الأول: يرى أنه أمام التطورات الدولية تراجع مفهوم السيادة من صيغته المطلقة إلى الصيغة النسبية، بحيث أصبح وسيلة وليس غاية، ويعمل على تحقيق الخير العام الداخلي والدولي باعتبار الانسان هو الهدف الأسمى له، ولم تعد السيادة مبرراً لانتهاك حقوقه، وأصبح القانون الدولي في ظل النظام العالمي الجديد إحدى أدوات اختراق حرمة الاختصاص الداخلي للدولة، والوسيلة المثلى للحد من السيادة. والاتجاه الثاني يرى بأن فكرة السيادة بمفهومها الجديد والمتطور لم تعد عائقاً للدولة للإلتزام بضمان حقوق الانسان، إذ أصبح مقبولاً أن توقع الدولة على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الانسان، بحيث تسلم جزءاً من اختصاصاتها السيادية إلى المجتمع الدولي، فالحرية لم تعد أمراً داخلياً بحتاً، بل هي شأن دولي يهم الجماعة الدولية، ويتجاوز السيادة القومية ليجعل من الانسان شخصياً دولياً على نحوها، ولا يوجد تعارض بين

(1) ندوة السيادة الوطنية وتحولات العلاقات الدولية الراهنة، المعهد المصري للدراسات، مرجع سابق.

مسئولية الدولة وسيادتها في أن الدولة من منطلق ممارستها لسيادتها تلتزم بقواعد قانونية دولية، بما فيها القواعد المنظمة لحقوق الانسان وأن ذلك لا يلغي شخصيتها الدولية بل يكرسها⁽¹⁾؛ سنناقش على النحو الآتي:

المطلب الأول

تحديات السيادة

يُعد التدخل الدولي الانساني أحد ذرائع التدخل في سيادة الدولة، كما تُعد العولمة بمفهومها المعاصر ذريعة أخرى من ذرائع التدخل في سيادة الدولة، وكذلك مكافحة الإرهاب، ويمكن توضيح ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

التدخل الدولي الإنساني (حماية حقوق الانسان)

هنالك تعريف ضيق للتدخل الإنساني وتعريف واسع، فالتعريف الضيق هو المساعدة المصحوبة باستخدام القوة الهادفة إلى توفير الحماية لمواطني دولة ما إزاء المعاملة التعسفية وغير الانسانية التي يتعرضون لها والمتجاوزة للحد من العدالة والحكمة⁽²⁾، أما التعريف الواسع للتدخل الانساني فهو التدخل الذي يتم دون استخدام القوة أو التهديد بها، كاستخدام وسائل الضغط السياسية والاقتصادية والدبلوماسية، وإن المعيار الانساني هو الهدف من استعمال تلك الوسائل.

وبناءً على ما تقدم، يتفق البعض⁽³⁾ على أن التفسير الضيق للتدخل الانساني قد يتفق مع المرحلة السابقة لقيام الأمم المتحدة، إذ كانت الحرب وسيلة مشروعة ومقبولة لتسوية النزاعات الدولية، إلا أنه لا يتفق مع المرحلة اللاحقة لإبرام ميثاق الأمم المتحدة عام 1945م حيث تم حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية.

(1) خديجة غرداين، السيادة في القانون الدولي المعاصر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع العدد 2، يناير 2018م ص419.

(2) د/ محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003م، ص240.

(3) البعض هنا أمثال الدكتور: حسام حسن حسان في كتابه التدخل الإنساني في القانون الدولي المعاصر وكذلك الدكتور فرست سوفي في كتابه الوسائل القانونية لمجلس الأمن في تدويل النزاعات الداخلية وتسويتها.

إن التدخل الانساني هو مفهوم قديم وحديث في آن واحد؛ حيث أن هذا المبدأ ظهر بالأساس في إطار ما عرف بحماية حقوق الأقليات، وبعض الجماعات العرقية الأخرى في منتصف القرن التاسع عشر، وبعد الحرب العالمية الثانية وقيام منظمة الأمم المتحدة أضحت المسألة الخاصة بالحماية الدولية لحقوق الانسان أحد المبادئ الأساسية للتنظيم الدولي المعاصر، وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في سنة 1988 القرار (131/43) المتعلق بالمساعدة الانسانية لضحايا الكوارث الطبيعية، كون بقاء الضحايا بدون مساعدة يمثل تهديداً لحياة الانسان ومساساً بالكرامة الانسانية⁽¹⁾.

والحقيقة أن التدخل الانساني لا يؤثر بشكل كبير على السيادة عندما يقتصر على التزويد بالمواد الغذائية والطبية أو حتى إنقاذ بعض المدنيين لمعالجة أوضاع الكوارث المستعصية، إلا أن الأمر يختلف عندما يتعلق بتدخل قوة مسلحة لمنع بعض خرق حقوق الانسان، كما حدث في حرب كوسوفو، عندما تدرع حلف شمال الأطلسي بأن حرب كوسوفو هي حرب أخلاقية، الهدف منها القضاء على سياسة التطهير العرقي في كوسوفو، دون مبالاة بالسيادة، بينما هناك حالات مشابهة لم يحرك حلف الأطلسي ولا الولايات المتحدة الأمريكية فيها بالأى، والأمثلة على ذلك عديدة منها إبادة الجنس البشري بأبشع الصور في رواندا وليبيريا وأنغولا والكونغو وفلسطين⁽²⁾.

وهذا يدل على أن التدخل الانساني من قبل الدول الكبرى هو لمصلحتها فقط، بحجة حماية حقوق الانسان في بلادهم، بل تكريساً للتفوق الغربي الشامل بقيادة امريكا.

أن مفهوم الأمن الانساني في سعيه لإظهار سبل تحقيق الأمن الشامل دعم حق التدخل الانساني وأحدث ضرورة التجديد في المؤسسات الموكلة إليها مهمة المحافظة على الأمن والسلم الدوليين، وطرح تصوراً جديداً للسيادة لتفادي الجدل حول مشروعية وعدم مشروعية التدخل لاعتبارات انسانية. فلم يُعد الإشكال في السيادة

(1) دياحة القرار 131/43 الفقرة (3) ، الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1988م المتعلق بالمساعدات الإنسانية لضحايا الكوارث الطبيعية والحالات الاستعجالية المشابهة.

(2) مسعود أحمد ربحان، مستقبل السيادة في ظل المتغيرات الدولية الجديدة، مجلة جامعة الأنبار، العراق، العدد الأول، آذار 2012م، ص308.

لأنها مرتبطة بمسؤولية الدولة في ضمان أمن مواطنيها والرعايا الأجانب على إقليمها، فإن عجزت عن ذلك أو كانت هي المتسببة في الانتهاكات يسقط حقها في التحجج بالسيادة، وانتقلت المسؤولية إلى أطراف دولية أخرى بما فيها الدول.

ومما لاشك فيه، إن انتهاكات حقوق الإنسان تعرض السلم والأمن الدوليين للخطر، غير أن تجاهل السيادة الوطنية من شأنه أن يؤدي إلى الفوضى وعدم الاستقرار في العلاقات الدولية، لذا لا بد من توخي الحذر، لكي لا يصبح الدفاع عن حقوق الانسان حجة البعض للتعدي على اختصاص الدولة وتقويض سيادتها، وهو الأمر الذي تتخوف منه دول العالم الثالث، لأن المسألة تؤخذ بمقياس الكيل بمكيالين وفق ما تقتضيه مصالح الدول الكبرى، وليس وفق ما تستدعيه مصالح الشعوب والأفراد، وإن كان الأمن الإنساني مفهوماً كونياً، تعاونياً، جمعياً وديمقراطياً، فالميدان العملي يؤكد أن سيادة الدول لم تمت وبأن سيادة الأفراد لم تفر بعد.

من جهة أخرى، لا يجوز أن تكون مسؤولية الحماية التبرير الذي تستند إليه الدول للقيام بتدخلها عسكرياً في غيرها من الدول، خارج الشرعية الأممية، وخارج نطاق توظيف القوة المسموح به في القانون الدولي، وإلا فقدت كل من الأمم المتحدة والقانون الدولي قوتهما القانونية، وأصبح الإحتكام في العلاقات الدولية لمنطق القوة، وليس لمنطق القانون والمساواة في السيادة ما بين الدول، الأمر الذي سيؤدي في الأخير إلى الإضرار أكثر بحقوق الإنسان وليس حمايتها.

وعلى الرغم من أن القانون الدولي يحظر على أي دولة التدخل في الشؤون الداخلية لدولة أخرى، كون كل دولة حرة في اختيار وتطوير نظامها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي، إلا أن سيادة الدولة مقيدة بأحكام القانون الدولي، وبخاصة فيما يتعلق بحقوق الانسان (من جرائم الحرب، وإبادة الجنس البشري)، فالدولة ليست مطلقة التصرف في ميدان العلاقات الدولية بل مقيدة في علاقتها مع الدول الأخرى والمهيمات الدولية.

فالإقرار بوجود حقوق دولية للإنسان، جعل جميع الدول تقرر بأن هناك مجالاً من المجالات الأساسية لاختصاصاتها الداخلية، وهناك مجالات قد أصبحت محل تدخل للقانون الدولي بالتنظيم والحماية، وذلك بفعل المفاهيم المعاصرة التي تبنتها الأمم المتحدة، خاصةً بعد نهاية الحرب الباردة. وهو الأمر الذي مكن هيئة الأمم المتحدة من رقابة سلوك الدول الأعضاء فيها، في حالة تهديد السلم والأمن الدوليين، وبهذا أصبح الزاماً على السيادة الوطنية، التضحية بجزء من حقوقها في هذه السيادة من أجل استمرار الدولة نفسها، واستمرار الجماعة الدولية في ذات الوقت، وبدأت الحقوق السيادية الوطنية تنحسر لصالح الحقوق الدولية حفاظاً على مصلحة السلام الدولي.

وفي هذا السياق يمكن أن نرصد الدور الأمريكي في تعزيز التدخل الإنساني، واتخاذ حقوق الانسان ذريعة للتدخل في الشؤون الداخلية للدول، باعتبارها محورين رئيسيين للعمل على تقويض ما تبقى من مبدأ السيادة الوطنية⁽¹⁾.

إن مسألة التدخل الإنساني وفقاً للمفهوم الحديث للقانون الدولي، لم تعد اختراقاً للسيادة الوطنية، حيث أصبحت من اختصاصات المجال الدولي، فالتوسع المتزايد في عقد الاتفاقات الدولية التي تشرعن للهيئات الدولية القيام بمهام مراقبة ومتابعة الدول الأعضاء في مجالات حقوق الانسان، والسلم النووي أظهر مشاكل دولية تستلزم تضافر الجهود والإرادات السياسية للدول الأعضاء للتوصل إلى حلول مجديه وفعاله لها.

ومن تلك المشاكل البيئة والتلوث والطاقة، والجفاف والتصحر، والتضخم والبطالة والفقر، ونقص الغذاء، الإرهاب والعنف السياسي، الأمراض الوبائية كالايدز وكورونا، وكذلك الجرائم المنظمة ومنها الإبادة الجماعية.

إن التدخل الإنساني وإن كان يحمل في بعض جوانبه إعتداء على السيادة الوطنية، فهو يمثل في جوانبه الأخرى آلية لحماية حقوق الانسان من الممارسات القمعية للأنظمة الاستبدادية، التي يحتبئ وراء فكرة السيادة ومبدأ عدم التدخل، ولكن الإشكاليه الحقيقية هي في كيفية اسقاط فكرة التدخل الانساني بمبادئه على أرض

(1) د/ محمد جميل الشبيخي، مفهوم السيادة الوطنية ومبدأ استخدام القوة في العلاقات الدولية، بدون طبعة، ص83.

الواقع دون أن يجرد من إنسانيته، فيكون تدخل انتقامي بمعايير مزدوجة وهذا ما اثبتته تجارب التدخل الانساني في كل من سوريا وليبيا واليمن والعراق وغيرها من بلدان المنطقة العربية⁽¹⁾.

إن التدخل الدولي الانساني أثار إشكالية ثلاثية الأبعاد تكاد تطال مجمل جوانب النظام الدولي، فمن جهة تمس السيادة الوطنية، ومن جهة أخرى تمس حقوق الانسان، أما من الجهة الثالثة، فهي تمس الأمن والسلم الدوليين⁽²⁾.

وفي ظل تطور مفهوم التدخل الانساني على حساب السيادة الوطنية ، وجد غموضاً لمستقبل السيادة الوطنية بين أنصار يؤكدون اختفاء السيادة مستقبلاً، وبين اتجاه يرى استمرار السيادة مستقبلاً مرهوناً بقدرتها على التطور والتكيف وستبقى ما دامت الدولة باقية في النظام الدولي.

الفرع الثاني

العولمة وتحرير الاقتصاد العالمي

منذ منتصف القرن الماضي وظهور مصطلح العولمة، بدأ يتضائل مصطلح السيادة الكاملة للدولة، فلم تعد هي الدولة الأمرة المؤثرة صاحبة الكلمة الأولى والأخيرة، بل ظهرت بصعود العديد من الفاعلين من الأجهزة والأدوات الدولية قيود عديدة على تلك السيادة، وتلك الفواعل الدولية من منظمات وهيئات وشركات عابرة القارات جاءت لتنافس الدولة في عقر دارها، بل في كثير من الأحيان تعلق عليها شكلاً ومضموناً⁽³⁾.

وهناك تعريفات متعددة للعولمة، منها تعريف مالكوم واترز، بأنها: "كل المستجدات والتطورات التي تسعى بقصد أو بدون قصد إلى دمج سكان العالم في مجتمع عالمي واحد"، وكذلك تعريف الدكتور اسماعيل صبري عبدالله، بأنها: "التدخل الواضح لأموال الاقتصاد والاجتماع والسياسة والثقافة دون إعتبار يذكر للحدود

(1) علي عدنان مراد، التدخل الإنساني بين حماية حقوق الإنسان ومبدأ السيادة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة(2)، المجلد(2)، العدد(3)، الجزء

(2)، مارس 2018م، العراق، ص240.

(2) المرجع السابق، ص241.

(3) محمد سعد أبو عامور، العولمة والدولة، مجلة السياسة الدولية، العدد 1 يوليو 2005م، مصر، ص203.

السياسية للدول ذات السيادة"، وهناك من يعرفها بأنها: "القوى التي لا يمكن السيطرة عليها كالأسواق الدولية، والشركات المتعددة الجنسية، والتي ليس لها ولاء لأي دولة إقليمية"⁽¹⁾.

ومن خلال التعريفات السابقة، يمكننا القول: بأن العولمة وما يرتبط بها من ظواهر ومشكلات عابرة للحدود، تخلق حقائق تتضمن بعض القيود التي تحد من قدرة الدولة على ممارسة السيادة المطلقة بمفهومها التقليدي، وبهذا تُجبر الدول بالانتقال من السيادة المطلقة إلى السيادة النسبية التي تكون مرنة بما يتوافق والسيادة الدولية الحديثة والشاملة. وقد نتج عن العولمة ظهور فاعلين جدد على مسرح الحياة الدولية، كالشركات متعددة الجنسية، ومنظمة التجارة العالمية، وكان لهم بالغ الأثر على سيادة الدول.

وقد اختلف المضمون في التسميات التي تطلق على هذه الكيانات مثل: (الشركات العابرة للحدود، والشركات الكوكبية، الشركات العالمية، الشركات العملاقة)، إن تفجر الثورة الصناعية ورسوخها كان لها بالغ الأثر في نشاط وهياكل هذه الشركات متعددة الجنسية التي أخذت في التطور والتوسع والتنوع في نشاطها وخاصة بعد الحرب العالمية الأولى حتى وصلت إلى قدرات وطاقت فاقت معها العديد من الدول، حيث يرى البعض أن سيادة الدول والحكومات محددة على أراضيها، بينما هذه الشركات ليس لسيادتها الانتاجية والتوزيعية والتسويقية أية أراضي أو حدود سياسية أو جغرافية أو إقليمية أو ثقافية أو عقائدية، فهي تحوم حرة فوق العالم وتطوف طلبقة حوله باستخدام سرعة المواصلات وسهولة الاتصالات المعلوماتية⁽²⁾.

وهذه الشركات تسعى في تسهيل مصالحها إلى عقد صفقاتها في الدول التي تعمل بها عن طريق الرشاوي للمسؤولين في هذه الدول، الأمر الذي أدى إلى اضطرابات سياسية واقتصادية عنيفة في كثير من الدول مثل أفغانستان والعراق وإعلان الحرب عليها وتدميرها لنهب ثروتها البترولية والاقتصادية⁽³⁾.

(1) المرجع السابق، ص 207.

(2) أميره حناشي، مبدأ السيادة في ظل التحولات الدولية الراهنة، رسالة ماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2007م.

(3) عبيد أحمد، الشركات متعددة الجنسية في ظل العولمة وتأثيرها على اقتصاديات الدول النامية، شبكة البصرة، العراق، 13 سبتمبر 2008م، ص 2.

كذلك فإن منظمة التجارة العالمية التي تأسست 1995م وضمت في عضويتها 155 دولة من بينها مجموعة من الدول العربية، جعلت أهم أهدافها تحرير التجارة العالمية عن طريق رفع الحواجز الجمركية، وذلك من أجل تدفق السلع والخدمات عبر العالم بدون قيود⁽¹⁾، وهذا بدوره عمل على إنحسار وتآكل السيادة الوطنية للدول النامية، فالدعوات الاقتصادية الجديدة تدعو إلى استبدال النظام الاقتصادي الوطني المدار من الحكومة باقتصاد عالمي يتكامل بصوره متزايد خارج نطاق التنظيم الحكومي، فالتضحية بمبدأ السيادة أولى خطوات الاندماج في النظام الاقتصادي العالمي الجديد لأن هذه المنظمات تعمل بتوجيه من الدول الكبرى ذات القوة الاقتصادية الهائلة. وهذا ما يجعل العلاقة غير متوازنة في الاستفادة من هذه المنظمات.

وقد وضع الباحثون أربعة سيناريوهات رئيسية لمستقبل السيادة في ظل العولمة هي:

أ. **سيناريو اختفاء السيادة:** يرى أنصار هذا السيناريو أنه كما حلت سلطة الإقطاع تدريجياً منذ نحو خمسة قرون، سوف تحل اليوم الشركات المتعددة الجنسيات تدريجياً محل الدولة، بما يؤدي تدريجياً إلى اختفاء السيادة، ثم الدولة القومية ذاتها لاحقاً، وسيكون دور الدولة حماية المصالح المسيطرة، والواقع أن فكرة تلاشي الدولة من الأفكار الشائعة في تاريخ تطور الفكر السياسي.

ب. **سيناريو استمرارية السيادة:** يرى أنصار هذا السيناريو إن التطورات الراهنة في النظام الدولي لن تأتي على السيادة تماماً، فالسيادة ستظل دائماً ما بقيت الدولة القومية ذاتها، وأقصى ما يمكن للتطورات الجارية أن تفعله هو أن تنال من طبيعة الوظائف مقارنة بوظائفها في النظام الدولي التقليدي.

ج. **سيناريو الحكومة العالمية:** يذهب هذا السيناريو إلى أن هناك تغييراً سيحدث في مفهوم السيادة الوطنية، حيث تتنازل الدولة القومية عن سيادتها لصالح حكومة عالمية منبثقة من نظام عالمي ديمقراطي.

(1) د/ السيد عبد المنعم المرابي، التجارة الدولية وسيادة الدولة في ظل تنامي التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص217.

د. سيناريو التفكيك: يتوقع أنصار هذا السيناريو أن الدولة القومية لن تكون قادرة على مباشرة مظاهر سيادتها على إقليمها بسبب تفككها إلى دول قومية صغيرة، تحت ذرائع مختلفة من بينها: التعبير عن هويات من حقها التعبير عن نفسها، وتخيّر النظام الدولي لجماعات دون أخرى⁽¹⁾.

ويفهم هنا أن الدولة في عصر العولمة لا تفقد شكلها كوحدة حقوقية سياسية دولية، غير أن العولمة تؤثر تأثيراً عميقاً بسياسة الحكومات وتنظيماتها، وقد برر ذلك الأمين العام السابق للأمم المتحدة "كوفي عنان" في مشروعه الذي طرحه على الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها 54 عام 2000م، حين قال: "إن السيادة لم تعد خاصة بالدولة القومية، ولكن تتعلق بالأفراد انفسهم، وهي تعنى الحريات الأساسية لكل فرد، والمحفوظة من قبل الأمم المتحدة، وبالتالي أصبحت السيادة هي الحفاظ على حقوق الأفراد، والسيطرة على مصيرهم، أما الدولة فمهمتها حراسة حقوق الأفراد".

وبالتالي يكون عنان قد أزال العقبات أمام التنظيمات الدولية، لكي تباشر أعمالها في مشروع التدخل لوقف انتهاكات حقوق الانسان دون تفويض من الأمم المتحدة.

وقد تمكنت الشركات متعددة الجنسية من القفز فوق الحدود وإزالة الحواجز الجمركية، فسلبت بذلك الكثير من سلطات الدول التي كانت تمارسها ضمن حدودها السياسية⁽²⁾، وكانت الدول العربية مهددة أكثر من غيرها بخطر، نبينهما على النحو الآتي:

أولاً: خطر إنتزاع السيادة ونقلها إلى كيانات دولية أكبر منها ، كمنظمة التجارة العالمية وكيانات إقليمية أضخم منها كمشروع الشرق الأوسط الكبير والشراكة الأورو متوسطية.

ثانياً: خطر الحروب الأهلية التي تهدد بتفتت السيادة وتمزيق الوحدة الوطنية (كسوريا وليبيا واليمن).

(1) جلال أمين، العرب والعولمة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2000، ص160.

(2) محمد سعد أبو عامور، العولمة والدولة. السياسة الدولية، عدد 1 يوليو، 2005م، ص203.

وبذلك فإن لهذه المنظمات والشركات متعددة الجنسية أثر سلبي على سيادة الدول في جميع المجالات بما فيها المجال السياسي، إذ تستطيع هذه الشركات بما تمتلكه من قدرات وامكانيات ووسائل غير قانونية (الانقلابات وتقديم الرشاوي) أن تغير مسار الدولة التي تمنعها في السياسات الاقتصادية وهذا يجد ذاته بشكل أكبر تحديد لمبدأ السيادة.

الفرع الثالث

مكافحة الإرهاب والجريمة المنظمة

لقد أثارت أحداث 11 سبتمبر 2001م تساؤلات عديدة حول مسألة التدخل، بدعوى مكافحة الإرهاب، بعد الهجوم الذي تعرضت له الولايات المتحدة الأمريكية على برجى مركز التجارة العالمي في نيويورك ومبنى البنتاجون، وأثر ذلك التدخل على سيادة الدول، فكان للولايات المتحدة الأمريكية أبعاد ثلاثة من خوضها تلك الحرب:

البعد الأول: إثبات أساس زعامتها للعالم .

البعد الثاني: تحقيق البعد الانتقامي من المذلة والمهانة التي تعرضت لها إزاء ذلك الهجوم.

البعد الثالث: تحقيق البعد الوقائي بتحويل تلك الحروب إلى دول الشرق الأوسط والأقصى .

وكان لذلك التدخل الأمريكي بدعوى مكافحة الإرهاب جدل واسع حول مسألة السيادة. فبينما رفض بعض فقهاء القانون الدولي إعلان الولايات المتحدة الأمريكية أنها في حالة حرب، فإن قرارات مجلس الأمن صنفت ما حدث، بأنه تهديد للأمن والسلم الدوليين، ولكن وبالرغم من هذا التصنيف، فإن المجلس ذاته لم يستطع أن يقوم بمباشرة إجراء محدد بموجب الفصل السابع، كون مصدر الإرهاب مجهول، ولم يحدد دولة بذاتها،

وإن كان هناك إشارات إلى تنظيم القاعدة، ولكن تنظيم القاعدة ليس محصوراً بدولة معينة حتى يفعل الفصل السابع ذلك فهو تنظيم منتشر على مستوى العالم⁽¹⁾.

وهذا الأمر أعطى للولايات المتحدة مبررين، الأول: أن تقوم بشن الحرب منفردة أو مع حلفائها ضد أي تنظيم أو دولة أو حتى شخص في العالم، والمبرر الثاني: إن تشن تلك الحرب دون رقابة من مجلس الأمن وبدون تحديد زمني لها، وبهذا جعلت الممارسة الأمريكية السيادة القانونية للدول عرضة لخسارة تلك المكتسبات القانونية، والتي منها تحريم استخدام القوة واحترام السيادة، والاستقلال السياسي، والسلامة الإقليمية للدول، ومبدأ عدم التدخل⁽²⁾.

إن الحرب المعلنة على الإرهاب هي حرب امريكية الأهداف والمصالح، بل حرب صليبية جديدة بالمفهوم التاريخي للحروب، كونها موجهة لهدم المكاسب التي حققها القانون الدولي منذ نشأة الأمم المتحدة، ويتضح هذا من خلال تصريحات وزير الدفاع الأمريكي آنذاك (رونالد رامسفيلد) التي تؤكد بأن هذه الحرب لن تنتهي باحتلال منطقة أو انهزام قوة عسكرية معادية، لأنها حسب تعبيره تتطلب عملية ضبط سياسي وأمني واستخباراتي على المدى الطويل وتحقيق الشفافية في الأنشطة السياسية والاقتصادية والمالية لجميع الدول⁽³⁾.

فالخرب على الإرهاب أعطت للولايات المتحدة الأمريكية فرصة ابتداء شرعية دولية جديدة موازية وبديلة عن شرعية الأمم المتحدة، وهذه الشرعية الجديدة المزعومة ستفتح الباب على مصراعيه أمام أي تدخل بدعوى الدفاع عن المبادئ أو المحافظة على المصالح تحت ذريعة محاربة الإرهاب، وفي التواجد الدائم في مناطق معينة لأية مواجهة محتملة مع القوى الكبرى الأخرى كروسيا والصين، أو مع القوى الإقليمية المجاورة، كإيران وباكستان وافغانستان، بل وصياغة مقاربة جديدة لمبدأ التدخل الذي تتحصن وراءه الدول الصغرى لحماية سيادتها الوطنية واستغلالها، بدعوى ممارسة الحق في الدفاع الشرعي بصورة جماعية.

(1) محمد بو بوش، أثر التحولات الدولية الراهنة على مفهوم السيادة الوطنية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 137 .

(2) عبد الواحد ناصر، مرجع سابق، ص 48.

(3) المرجع السابق، ص 49-52.

وتحت مبرر مكافحة الإرهاب انتهكت حصانة رؤساء الدول الذين يعدون رموز السيادة لدولهم، فالدولة شخص اعتباري ورئيسها هو الشخص الطبيعي الذي يقوم بتمثيلها والتعبير عن إرادتها في المجتمع الدولي، وهو رمز السيادة الوطنية بما له من وضع قانوني خاص واختصاصات وظيفية كبيرة ومتعددة⁽¹⁾ وهو المعبر عن شخصها القانوني وإرادتها أمام المجتمع الدولي، وقد وجدت نظريتين لتبرير تلك الحصانة النظرية الأولى: نظرية الصيغة التمثيلية والنظرية الثانية نظرية مقتضيات الوظيفة، وكلاهما يقدمان أساساً قانونياً وافياً لتبرير تلك الحصانة بمعناها الواسع، بما فيها الحصانة القضائية التي تحتل المكانة الأكثر أهمية بين مجموعة الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها رؤساء الدول في القانون الدولي العام.

ومن هذه الانتهاكات حكم إحدى المحاكم الفرنسية بجواز خضوع الرئيس الليبي السابق معمر القذافي للمحاكمة أمامها لسبب إتهامه باسقاط الطائرة الفرنسية فوق النيجر 1989⁽²⁾

إن الحرب على الإرهاب أعطى فرصة إبتداع شرعية حديثة من شأنها فتح الباب على مصراعيه أمام أي تدخل بدعوى الدفاع عن المبادئ أو المحافظة على المصالح تحت ذريعة محاربة الإرهاب. وهذا ما أكده وزير الدفاع الأمريكي روسفيلد بقوله: "بأن الحرب على الإرهاب لن تنتهي باحتلال منطقة أو بإهزام قوة عسكرية معادية، لأن هذه الحرب تتطلب عملية ضبط سياسي وأمني واستخباراتي على المدى الطويل، لتحقيق الشفافية في كافة الأنشطة السياسية والاقتصادية والمالية لجميع الدول"⁽³⁾ وهو ما يعني تجاوز جميع المكتسبات التي حققها مبدأ السيادة القانونية للدول وخاصة المستضعف منها.

(1) محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة السادسة، 2007م، ص710-720.

(2) د/ عز الدين الخطيب، سيادة الدولة وحصانة رؤسائها في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة العدل، وزارة العدل المملكة العربية السعودية، العدد 38 إبريل 2013م، ص12

(3) د/ محمد جميل الشخي، مرجع سابق، ص83.

المطلب الثاني

مستقبل السيادة في ظل تلك التحديات

تواجه السيادة في ظل التحديات القائمة خيارين، الخيار الأول يدعو إلى بقاء الدولة، والآخر يقول باختفائها ، إلا أن الواقع الدولي ما زال يقر بوجود السيادة، ولكنه بات يقيدتها أكثر فأكثر بالقانون الدولي، تُبين تفاصيل هذين الخيارين في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

خيار بقاء سيادة الدولة

يرى أنصار هذا الخيار أن التطورات في النظام الدولي لن تأتي بالقضاء على الدولة القومية وسيادتها، فالسيادة الوطنية باقية ما بقيت الدولة القومية، وأقصى ما يمكن للتطورات الجارية في النظام الدولي المعاصر أن تفعله هو أن تنال من طبيعة الوظائف والأدوار التي تضطلع الدولة بها بالمقارنة بما كان عليه الحال في ظل النظام الدولي التقليدي⁽¹⁾.

ويقلل أصحاب هذا الرأي من أهمية الآراء التي تقول بأن الدولة ستنتهار بعد أعوام، بل على العكس، فإنهم يؤكدون بأن الدولة أعظم اختراع انساني في التاريخ، لأنها مكنت المجتمعات من أن تقوم، وأن تنظم نفسها، وتأمين أمنها في الداخل والخارج، فكما أن الدين نهض بالمجتمعات، وصقل وجدان الافراد، وهذبهم بالقيم الانسانية الرفيعة، كذلك نهضت الدولة بدور تهذيب سلوك الجماعات وترشيده، وضبط انفلاته، ولولا الدولة لكانت الحياة الاجتماعية لا تطاق، بل لكان فناء النوع الانساني ممكناً، وقد لا يعرف قيمة الدولة، إلا من عاش تجربة غياب الدولة، كما في حالة المجتمعات المنغمسة في حروب اهلية⁽²⁾، فلا سبيل للمجتمعات

(1) خليل حسين ، قضايا دولية معاصرة (دراسة موضوعات في النظام الدولي الجديد) ، دار المنهل اللبناني، بيروت، ط1، 2007، ص221.

(2) عبدالإله بلقزيز، الدولة كأعظم اختراع انساني في التاريخ، جمعية الاتحاد الإماراتي، فبراير، 2008، ص25.

الاجتماعية لكي تتقدم وتتنظم كيائها الداخلي إلا بتحولها إلى جماعات سياسية، ولا سبيل ان يعيش مجتمع من دون دولة مهما كانت درجة التنظيم الذاتي لذلك المجتمع.

فلقد ولد المجتمع مرتين؛ المرة الأولى بالتنام الأفراد بروابط النسب والجوار، والمرة الثانية حيث قامت الدولة، وتلك كانت الولادة الحقيقية كمجتمع؛ لأنه من خلالها فقط أمكنه أن يحقق تنظيمه الداخلي، ويقسم العمل فيه، ويوزع السلطة بين أفراد وفئاته، ويردع العدوان الداخلي بين جماعاته، ويفرض احترام ارادته من خلال التمييز بين حقوق الأفراد والجماعات وحقوق المجتمع ككل.

ويرى أيضاً هذا الخيار أن أقصى ما يمكن لهذه التطورات والتحويلات الراهنة فعله أن تنال من طبيعة الأدوار أو الوظائف التي تضطلع بها الدول، فالنظام الدولي الجديد في سلوكه يعمل على تعزيز السيادة في دول المركز، في الوقت الذي يعمل على إضعاف السيادة في دول الأطراف أو ما بات يعرف بعالم الجنوب ومنطقة الشرق الأوسط على وجه الخصوص. ويرون أيضاً بأن الاتجاه نحو تقليص دور السيادة الوطنية في نطاق العلاقات الدولية أخذ دون شك في التزايد، إلا أن ذلك لن يفضي إلى زوال مبدأ السيادة الوطنية تماماً، وتجربة الاتحاد الأوربي خير مثال على ذلك، فعلى الرغم من كل ما يقال عن الوحدة الأوربية الشاملة، وفتح الحدود السياسية للدول الأعضاء أمام حرية انتقال الأشخاص، ورؤوس الأموال، عبر الأقاليم المختلفة لهذه الدول، إلا أن الشيء المؤكد في هذا الخصوص هو أن السيادة الوطنية لفرنسا أو لألمانيا أو غيرها لم تختفي تماماً وان كانت تلك الدول ستفقد لا شك بعض سلطاتها السيادية لصالح ذلك الاتحاد⁽¹⁾، ولطالما بقيت الدول ستبقى معها رموزها السياسية ومنها مبدأ السيادة.

فالوظائف التي تؤديها الدولة، تجعل احتفاظها بسيادتها قائمة شاء من شاء وأبي من أبي، فالوظيفة الاقتصادية التي تؤديها الدولة في تحقيق التوازن بين المطالب التنافسية والمتصارعة، والتوسط بين القوى

(1) أحمد الرشدي، التطورات الدولية الراهنة ومفهوم السيادة الوطنية، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، العدد 85، عام 1994، ص 22.

الاقتصادية القومية وغير القومية تؤكد حتمية وجود الدولة بسيادتها، حتى تتمكن من القيام بهذه الوظيفة، فالدول الأوربية يوجد فيها ما لا يقل عن 18 مليون عاطل، كما أن 17% من سكانها يعيشون تحت خط الفقر الأمر الذي يتطلب ضرورة تدخل الدولة⁽¹⁾.

كذلك الوظيفة الثقافية للدولة، فالدولة بقدر ما تولد مشاعر التقارب والتجانس والتشابك بين الثقافات، فإنها تعزز في الوقت نفسه مشاعر التمايز والخصوصية للدولة ذاتها، والمحافظة على الثقافة الوطنية والحلول دون زوالها.

الفرع الثاني

خيار اختفاء سيادة الدولة

يرى أنصار هذا الخيار أنه كما حلت الدولة محل سلطة الاقطاع تدريجياً، سوف تحل اليوم الشركات متعددة الجنسيات محل الدولة، والسبب أن الشركات متعددة الجنسيات تسعى خلال تلك المرحلة إلى إحداث تقليص تدريجي في سيادة الدولة، بما يؤدي إلى اختفاء مفهوم السيادة، ثم الدولة القومية ذاتها في مرحلة لاحقة، وستكون الوظيفة الجديدة للدولة هي خدمة المصالح المسيطرة وهي في الأساس مصالح شركات الدولة العملاقة، والواقع أن فكرة تلاشي سيادة الدولة، ثم اختفاء الدولة القومية في مرحلة لاحقة من الأفكار الشائعة في تاريخ تطور الفكر السياسي؛ حيث قال بها ماركس، ومع ذلك لم تنتهي السيادة ولم تلاشي الدولة القومية⁽²⁾.

وينطلق انصار هذا الخيار من القول بأن التنظيم الدولي بشكله الحالي يتناقض مع مبدأ السيادة، لأن المنظمات الدولية تفرض ضمانات وقواعد تعلو فوق الدول، وعلى الدول احترام تلك القواعد وبالتالي لا مجال للقول بمبدأ السيادة، بل إن الدولة غاية وجودها سعادة الرعايا الذين يقيمون على إقليمها⁽³⁾ ويترتب على ذلك أن معيار السيادة معيار خاطئ، لأنه يعطي السلطة اختصاصات مطلقة، تظهر بموجبها على أنها إرادة لا تخضع لأي

(1) نيفين مسعد، في تعقيب على دراسة جلال أمين، العملة والدولة والتنمية العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1999، ص185

(2) محمد مسعد أبو عامر، العملة والدولة، السياسة الدولية، عدد1، يوليو، 2005، ص203.

(3) سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، نشأة المعارف، الإسكندرية، 1989، ص185.

إرادة أخرى حتى القانون. ويرى أيضاً هذا الخيار أن السيادة أصبحت لا معنى لها في القانون لأنها تؤدي إلى عرقلة القانون الدولي العام بسبب تمسك الدولة بسيادتها.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن مبدأ السيادة قد شكّل خطراً كبيراً على جانب السلم والأمن الدوليين، لأنه قد أسى استخدامه ليسوغ الإستبداد الداخلي والفضوى الدولية، وبالتالي يعد أداة بيد الدولة تعرقل أعمال أحكام القانون الدولي الإنساني، خاصة في ظل ظروف النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي⁽¹⁾.

وفي الوضع الراهن ثمة عملية انسحاب وتنازل طوعي تجريها الدولة لحساب رأس المال ممثلاً بشكل رئيسي بالشركات المتعددة الجنسية، والعولمة هي الصيغة المتقدمة التي تؤكد ضرورة انتقال كل شيء من أسر الدولة القومية إلى رحاب الإنسانية الواسعة، ومن الولاءات الاقتصادية الضيقة والثقافات المحلية إلى الأسواق المفتوحة. لذا نستطيع القول: إن النظام العالمي الجديد لديه ميل لاستلام السيادة الوطنية للدولة عبر شركاته العابرة للحدود والقوميات، ليصبح العالم كله سوقاً لها، ساعده في ذلك الضعف الذي يعتري الدول التي توجد فيها نزاعات داخلية، وسينهج النظام العالمي الجديد طريقتين لذلك هما:

الطريقة الأولى: التفكيك: وذلك يجعل الدول القومية غير قادرة على مباشرة مظاهر سيادتها على أقاليمها، بسبب تفكيكها إلى عشرات من الدول القومية الصغيرة، تارةً تحت دعوى التعبير عن هويات من حقها أن تعبر عن نفسها، وتارةً احتجاجاً على تميز النظام الدولي الجديد لجماعات دون أخرى، الأمر الذي يزيد من تلك الحروب الأهلية والنزاعات الانفصالية⁽²⁾.

الطريقة الثانية: الترويج لحكومة عالمية: تتنازل في ظلها الدولة القومية عن سيادتها لصالح تلك الحكومة العالمية، المنبثقة من نظام عالمي ديمقراطي، وعلى العولمة الترويج لذلك يجعل الحكومة العالمية عملية تطور كوني وحلاً قريب المنال.

(1) جيرانيكو نجيكو، تنفيذ القانون الإنساني ومبدأ السيادة للدولة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 18، مارس 1991، ص 121.

(2) خليل حسين، مرجع سابق، ص 70

الختامة

الخلاصة لما تقدم إن مبدأ السيادة دائم ومستمر لا يتغير إلا أن صورتها وحقيقتها والمسئوليات التي تنهض بها تتغير مع الزمن ويعاد توزيعها، فقبل الثورة الفرنسية كانت السيادة ملكاً للأباطرة والملوك، ثم انتزعتها الثوار ومنحوها للشعب، وإن التطورات العالمية الحالية قد أدت إلى تدويل السيادة وتوسيع نطاقها بحيث لم تعد خاصة بالشعب والدولة وحدها، ولكن يشارك فيها المجتمع الدولي ممثلاً في القوى المتحكمة به.

أما ما يشار إليه في الفقه القانوني عادةً بمبدأ المساواة في السيادة فإنما هو مبدأ نظري، لأن السيادة ترتبط إرتباطاً وثيقاً من حيث طبيعتها ومدى إتساع أو ضيق نطاق تطبيقها بقدرات الدولة وامكاناتها الذاتية، أي أن القوة شرط من شروط ممارسة السيادة والحفاظ عليها.

أولاً: النتائج:

- 1- إن المتغيرات الدولية الكبيرة التي أصابت التنظيم الدولي بحلول الألفية القبطية، كان لها تأثير كبير على مبدأ سيادة الدولة، حتى انتهى به الحال إلى هذا التحجيم القائم حالياً.
- 2- إن ظهور فاعلين جدد على مسرح الحياة الدولية؛ كالشركات متعددة الجنسية ومنظمة التجارة الدولية كان لهم بالغ الأثر على السيادة.
- 3- تُخترق السيادة من خلال العولمة والتدخل الإنساني ومكافحة الإرهاب.

ثانيًا: التوصيات:

- 1- العمل على منع الشركات متعددة الجنسية من التهرب عن دفع المستحقات التي عليها والتي تؤثر سلبيًا على مالية الدولة وسيادتها.
- 2- العمل على حماية مبدأ السيادة من الانتهاك وذلك من خلال تنسيق الجهود، والسعي لحل الإشكالات والأزمات ضمن إطار الأمم المتحدة، وليس ضمن شرعية دول المركز الرأس مالي وسيطرتها، مع ضرورة إدراج ضوابط ومعايير دقيقة وموضوعية للقيام بعملية التدخل الإنساني وبيان حدودها لإيجاد توازن بين السيادة والتدخل لاعتبارات إنسانية.
- 3- بما أن حقوق الانسان الحججة التي تستخدم للتدخل في سيادة الدول من قبل أمريكا وحلفائها؛ فعلى هذه الدول اتباع مبادئ العدالة والإنسانية لإزالة هذا العذر.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب الفقهية:

1. ابن كثير، البداية والنهاية، المجلد 13، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

ثانياً: الكتب:

1. د/ أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2004م.

2. د/ السيد عبد المنعم المراكبي، التجارة الدولية وسيادة الدولة في ظل تنامي التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

3. د/ أيمن أحمد الورداني، حق الشعب في استرداد السيادة، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2008م.

4. د/ بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000م.

5. جلال أمين، العرب والعمولة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2000.

6. جمعه صالح حسين، القضاء الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.

7. د/ خالد النوبي، السيادة الوطنية وتحولات العلاقات الدولية الراهنة، المعهد العربي للدراسات، 4 سبتمبر 2019م، ص7.

8. خليل حسين، قضايا دولية معاصرة "دراسات موضوعات في النظام الدولي الجديد"، دار المنهل اللبناني، بيروت، ط1، 2007.

9. سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، نشأة المعارف، الإسكندرية، 1989.

10. د/ صلاح الصاوي، نظرية السيادة وأثرها على شرعية الانظمة الوضعية، بدون طبعة.
11. عبدالإله بلقزير، الدولة كأعظم اختراع انساني في التاريخ، جمعية الاتحاد الاماراتي، فبراير 2008.
12. د/ عبد القادر القادري، القانون الدولي العام، مكتبة المعارف، الرباط، 1984م.
13. د/ عبدالواحد ناصر، الإرهاب وعدم المشروعية في العلاقات الدولية الراهنة، الرياض، 2002.
14. عثمان علي ميراثيك، السيادة في ضوء القانون الدولي المعاصر، دراسة السيادة العرقية 1991-2003 إبريل 2009م.
15. عدنان نعمه، السيادة في ضوء التنظيم الدولي المعاصر، بيروت، 1998م.
16. فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، المجلد الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003م.
17. د/ محمد أحمد على مفي، السيادة وثبات الأحكام في النظرية السياسية الاسلامية، مركز بحوث الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1991م.
18. محمد السناري، القانون الدستوري نظرية الدولة والحكومة، دراسة مقارنة ، قناة المعارف ، الإسكندرية، 1995م.
19. د/ محمد الصوفي، تحولات النظام الدولي في عصر العولمة، مكتبة دار السلام، ط1، 2001.
20. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة السادسة، بيروت، 2007م.

21. محمد بوبوش، أثر التحولات الدولية الراهنة على مفهوم السيادة الوطنية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006م.

22. د/ محمد جميل الشخفي، مفهوم السيادة الوطنية ومبدأ استخدام القوة في العلاقات الدولية، بدون طبعة.

23. د/ محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في القانون الدولي العام، قانون الأمم في وقت السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971م.

24. مراد هبه، المعجم الفلسفي، القاهرة، دار قباء الحديثة، ط5، 2007م.

ثالثاً: الرسائل العلمية:

1. أميرة حناشي، مبدأ السيادة في ظل التحولات الدولية الراهنة، رسالة ماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2007م.

2. خديجة غرداين، إشكالية السيادة والتدخل الإنساني، حالة الدول العربية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015م.

رابعاً: الدوريات:

1. أحمد الرشدي، التطورات الدولية الراهنة ومفهوم السيادة الوطنية، مركز البحوث والدراسات السياسية، جامعة القاهرة، العدد 85، عام 1994.

2. جيرانيكو نجيكو، تنفيذ القانون الإنساني ومبدأ السيادة للدولة، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 18، مارس 1991.

3. خديجة غرداين، السيادة في القانون الدولي المعاصر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع العدد 2، الجزائر، يناير 2018م.
4. طلال ياسين العبسي، السيادة بين مفهومها التقليدي والمعاصر، دراسة في مدى تداول السيادة في العصر الحاضر، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول 2010م.
5. د/ عز الدين الخطيب، سيادة الدولة وحصانة رؤسائها في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة العدل، العدد 38 ابريل 2013م.
6. علي عدنان مراد، التدخل الانساني بين حماية حقوق الانسان ومبدأ السيادة، مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة (2) المجلد (2) العدد (3) الجزء (2) مارس 2018م.
7. ماجد عمران، السيادة في ظل الحماية الدولية لحقوق الانسان، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2001، المجلد 27.
8. محمد سعد أبو عامور، العولمة والدولة، السياسة الدولية، العدد 1 يوليو 2005م.
9. د/ محمد علي الغراء، العولمة والحدود، مجلة عالم الفكر، العدد 4، المجلد 32، 2004.
10. د/ محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 22، العدد الثاني، 2006م.
11. مسعود أحمد ربحان، مستقبل السيادة في ظل المتغيرات الدولية الجديدة، مجلة جامعة الأنبار، العدد الأول، آذار 2012م.

خامساً: الأوراق والندوات:

1. عبيد أحمد، الشركات متعددة الجنسية في ظل العولمة وتأثيرها على اقتصاديات الدول النامية، شبكة البصرة، 13 سبتمبر 2008م.
2. عضبان مبروك، التصادم بين العولمة والسيادة، حقوق الإنسان نموذجاً، محاضرات القيت بجامعة سطيف، 2005م.
3. ندوة السيادة الوطنية وتحولات العلاقات الدولية الراهنة، المعهد المصري للدراسات، <https://eipss-eg.org/3/13>
4. نيفين مسعد، في تعقيب على دراسة جلال أمين، العولمة والدولة والتنمية العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1999م.



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences



مجلة العلوم القانونية والإجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences