



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences



مجلة علمية دورية محكمة

تصدر عن جامعة سبأ وأكاديمية الشرطة

العدد الثالث عشر 2024

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.د. نديم محمد حسن التريزي

أعضاء الهيئة الاستشارية

جامعة أسيوط - جمهورية مصر العربية	قانون إداري	أ.د/ السيد خليل أحمد هيكل.
جامعة المنصورة - جمهورية مصر العربية	قانون دستوري	أ.د/ صلاح الدين فوزى محمد فرج.
جامعة ملايا - ماليزيا	الأدلة القانونية، قانون دولي عام	أ.د/ رزمان بن محمد نور.
جامعة المنوفية-مصر	قانون جنائي	أ.د/محمد سامي الشوا.
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.
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.
أكاديمية الشرطة	قانون تجاري	أ.د/ عبده محمد السويدي.
أكاديمية الشرطة	قانون جنائي	أ.د/ منير محمد الجوبي.
أكاديمية الشرطة	علم الاجتماع	أ.د/ عبداللطيف عبدالقوي العسالي.
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 فزع الزهيرى.

مساعد رئيس التحرير والجرافكس
م. غددير عبدالوهاب صبره

هيئة التحرير
أ.م.د. نبيل الفيشاني
د. سيف الحيمي
د. حالية حنش

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

افتتاحية العدد

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

يطل عليكم العدد الثالث عشر من مجلة العلوم القانونية والاجتماعية في موعده المحدد، متضمناً مجموعة من الأبحاث الرصينة ذات الصلة بالعلوم القانونية.

ويصدر هذا العدد متضمناً خمسة أبحاث في مجالات متنوعة من مجالات القانون ذات الصلة بالواقع العملي، حيث كان البحث الأول بعنوان: حجية اعتراف المتهم أمام مأمور الضبط القضائي. أما البحث الثاني فكان بعنوان: الحقوق الأساسية للمتهم في القانون اليمني (دراسة مقارنة). وجاء البحث الثالث بعنوان: ضمانات استجواب المتهم في القانون اليمني والعهود والمواثيق الدولية. وقدم لنا البحث الرابع موضوعاً بعنوان: الحماية القانونية لحق اللجوء في العمل وفقاً للقوانين الوطنية (القانون اليمني) والاتفاقيات الدولية. وكان البحث الأخير في هذا العدد بعنوان: المرافق العامة (دراسة مقارنة).

نرجو من الله تعالى أن نكون قد وفقنا في اختيار موضوعات هذا العدد، وأن تكون مليئةً لطموحات الباحثين والمهتمين بالمجالات القانونية والاجتماعية.

ولا يفوتنا هنا أن نعبر عن خالص شكرنا وعظيم امتناننا 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، والشكر موصول لجميع الأساتذة الكرام الذين قاموا بنشر أبحاثهم في هذه المجلة الرائدة، والأساتذة 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.د/نديم محمد الترزي

رئيس التحرير

ضوابط النشر: تقوم المجلة بالنشر باللغتين العربية والإنجليزية وفق الضوابط والإجراءات الآتية:

١. أن يُقدم الباحث طلب لنشر بحثه في المجلة.
 ٢. أصالة الدراسة أو البحث، وألا يكون البحث مستأجلاً من رسالة علمية (ماجستير أو دكتوراه).
 ٣. ألا 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 والمنهجية المتعارف عليها في كتابة البحوث الأكاديمية.
 ٦. سلامة ودقة اللغة.
 ٧. أن يُراعي الباحث دقة التوثيق العلمي والمنهجية المتعارف عليها في كتابة البحوث الأكاديمية.
 ٨. أن لا تزيد عدد صفحات البحث على أربعين صفحة، ولا تقل عن ثلاثين صفحة، على ورق (A٤).
 ٩. أن يتصدر البحث ملخصاً (ABSTRACT) باللغتين العربية والإنجليزية (١٥٠ - ٢٠٠ كلمة).
- مواصفات النشر:

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

١. تقدم البحوث مطبوعة بخط (SIMPLIFIED ARABIC)، حجم (١٤) للمتن، ويكتب البحث على وجه واحد مع ترك مسافة ١,٥ بين السطور.
٢. تكتب العناوين الرئيسية والفرعية: بالخط الأسود العريض.
٣. تدرج الرسوم البيانية والأشكال التوضيحية في النص، وتكون الرسوم والأشكال باللونين الأبيض والأسود، وترقم ترقيماً متسلسلاً، وتكتب أسماؤها والملاحظات التوضيحية أسفلها.
٤. تدرج الجداول في النص وترقم ترقيماً متسلسلاً وتكتب أسماؤها أعلاها، أما الملاحظات والتوضيحات فتكتب أسفل الجدول.
٥. يراعى عند كتابة الهوامش ما يلي:
 - أ- أن يكتب الهامش أسفل كل صفحة بحجم (١٠).
 - ب- أن تُرقم هوامش كل صفحة على حدة.
 - ج- عند ذكر المرجع أو المصدر في الهامش يُذكر اسم الشخص، ثم أبيه، ثم جده، ثم لقبه، عنوان الكتاب، دار النشر، مكان النشر، تاريخ النشر، رقم الصفحة. والدوريات يذكر اسم الشخص، ثم أبيه، ثم جده، ثم لقبه، عنوان البحث، اسم الدورية، العدد، مكان النشر، تاريخ النشر، رقم الصفحة.
 ٦. تخصص قائمة للمراجع في نهاية البحث بالترتيب الهجائي.

إجراءات النشر:

١. ترسل البحوث والدراسات وجميع المراسلات المتعلقة بالمجلة إلى العنوان التالي:
 - الجمهورية اليمنية، صنعاء، مدينة الأنسي، عصر.
 - جامعة سبأ - مجلة العلوم القانونية والاجتماعية.
 - هاتف/ فاكس: (٠٠٩٦٧٧١٤٠٤٠٧٧، ٠٠٩٦٧٧١٠٦١٢٠٦).
 - البريد الإلكتروني: (ALTARZIYEMEN@YAHOO.COM)، (JLSS@SABAUNI.NET).
٢. تسليم ثلاث نسخ من البحث مطبوعة على ورق (A٤) مع نسخة إلكترونية محفوظة على قرص مرن (CD).
٣. في حالة قبول البحث مبدئياً، يتم عرضه على محكمين من ذوي الكفاءة والاختصاص في مجال البحث، لتحديد مدى صلاحية البحث للنشر في المجلة، ويتم اختيارهم بسرية تامة، ولا يُعرض عليهم اسم الباحث أو بياناته.
٤. يُخطر الباحث بصلاحيته بحثه للنشر من عدمه خلال 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، بناءً على ملاحظات محكمي البحث - على أن يُعاد للمجلة خلال مدة لا تزيد على ١٠ أيام.
٦. الأبحاث والدراسات التي لم توافق لجنة التحكيم على نشرها لا تُعاد إلى الباحث دون إبداء الأسباب.

ضوابط ختامية:

١. يُرفق بالبحث موجزاً للسيرة الذاتية للباحث.
٢. يرفق مع البحث تعهد من الباحث بأن البحث لم يسبق نشره أو مقدم للنشر في جهة أخرى حسب القالب المرفق.
٣. البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجامعة أو الأكاديمية.
٤. جميع حقوق النشر تُؤول إلى المجلة.
٥. رسوم النشر في المجلة:
 - أ- البحوث والدراسات المرسله من داخل الجمهورية اليمنية ٢٠٠٠٠ الف ريال يمني.
 - ب- البحوث والدراسات المرسله من الدول العربية \$١٠٠.
 - ج- البحوث والدراسات المرسله من غير الدول العربية \$٢٠٠.
 - د- هذه الرسوم غير قابلة للإرجاع، سواءً 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
٤١ - ١	حجية اعتراف المتهم أمام مأمور الضبط القضائي. أ.د/ نديم محمد حسن التريزي-أستاذ القانون الجنائي-أكاديمية الشرطة - كلية الشرطة.
٩٤-٤٢	الحقوق الأساسية للمتهم في القانون اليمني (دراسة مقارنة). أ.د/ منير محمد الجوبي- أستاذ القانون الجنائي- كلية الدراسات العليا- أكاديمية الشرطة
١٤٧-٩٥	ضمانات استجواب المتهم في القانون اليمني والعهود والمواثيق الدولية. أ.م.د. محمد عبدالله العاقل-أستاذ القانون الجنائي المشارك- كلية الشرطة-أكاديمية الشرطة.
١٨٢-١٤٨	الحماية القانونية لحق اللاجئ في العمل وفقا للقوانين الوطنية (القانون اليمني) والاتفاقيات الدولية. أ.م.د محمد عبد الملك محسن المحبشي- أستاذ القانون المدني المشارك مركز الدراسات والاستشارات القانونية والتحكيم - جامعة صنعاء
٢٤٣-١٨٣	المرافق العامة (دراسة مقارنة) د/ أحمد ناجي أحمد المرابي - أستاذ القانون العام المساعد- كلية الشرطة- أكاديمية 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

عنوان البحث:

حجية اعتراف المتهم أمام مأمور الضبط القضائي

أ.د. نديم محمد حسن التريزي

أستاذ القانون الجنائي

كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة

ملخص البحث

معلومات البحث

الاعتراف هو عبارة عن قول صادر عن المتهم يُقر فيه على نفسه وبارادة واعية بصحة ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه، فإذا تم ممارسة أية وسيلة من وسائل الضغط المادي أو المعنوي على المتهم للحصول على اعترافه، فإن ذلك الاعتراف يبطل ويبطل معه ما ترتب عليه من إجراءات.

تاريخ تسليم البحث:

٢٧ يناير ٢٠٢٤ م

وقد هدف هذا البحث إلى بيان وسائل التأثير على إرادة المتهم؛ المادية والمعنوية، ومن ثم توضيح الآثار المترتبة على الاعتراف غير الإرادي.

تاريخ قبول البحث:

٢٠ مارس ٢٠٢٤ م

وقد اشتمل هذا البحث على أربعة مباحث يسبقها مطلب تمهيدي. تم تخصيص المبحث الأول لتوضيح مبدأ الإرادة الحرة والمكلف بإثباتها، وجعلنا المبحث الثاني لبيان الوسائل المادية غير المشروعة للحصول على اعتراف المتهم، أما المبحث الثالث فقد تضمن الوسائل المعنوية غير المشروعة المستخدمة للحصول على اعتراف المتهم. وتطرق المبحث الرابع إلى الآثار المترتبة على الاعتراف غير الإرادي.

وقد اتبعت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي وخرجت بمجموعة من النتائج والتوصيات.

الباحث: أ.د. نديم محمد حسن التريزي

البريد الإلكتروني:

altarziyemen@yahoo.com

Abstract

A confession is a statement issued by the accused in which he acknowledges and with a conscious that he committed the crime charged against him. If any means of physical or moral pressure is exerted on the accused to obtain his confession, that confession is invalidated and the procedures resulting from it.

This research aimed to explain the means of influencing the will of the accused. The material and moral, and then clarify the implications of involuntary confession.

This research included four chapters preceded by an introductory question. The first chapter was devoted to clarify the principle of free will and the task of proving it, and the second chapter to explain the illegal material means to obtain the confession of the accused, while the third chapter included the illegal moral means used to obtain the confession of the accused. The fourth chapter dealt with the effects of involuntary confession.

In writing this research, I followed the descriptive analytical approach and came up with a set of results and recommendations.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد الأنبياء والمرسلين وعلى آله الطيبين الطاهرين .. أما بعد:

مما لا شك فيه، إن الاعتراف الإرادي هو أقوى الأدلة، ولا يزال المحققون والقضاة ومأمورو الضبط القضائي يرحبون به ويتطلعون للحصول عليه بأقل وقت وجهد ممكن.

وبالرغم من التقدم الفكري وابتعاد حضارتنا عن الحضارات القديمة والتي كانت تقدر الاعتراف بغض النظر عن الوسيلة التي تم بها الحصول عليه، إلا أن البعض من مأموري الضبط القضائي لا يزال يؤثر الراحة والسرعة والاقتصاد في المجهود والوقت ويتمنى الحصول على الاعتراف بأقل مجهود وأسرع وقت ممكن.

ولكن يجب أن يكون الإقرار الذي يُعول عليه إختيارياً، فلا يصح التعويل على الإقرار إذا كان وليد استخدام إحدى وسائل التأثير، وعلى القضاة أن يتحققوا من صحة الإقرار وأن يبذلوا أقصى العناية للتأكد من أنه صدر خالياً من العيوب.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى أربعة مباحث يسبقها مطلب تمهيدي. تم تخصيص المطلب التمهيدي لبيان ماهية الاعتراف، أما المبحث الأول فقد جعلناه لتوضيح مبدأ الإرادة الحرة والمكلف بإثباتها، وسنتناول في المبحث الثاني الوسائل المادية غير المشروعة المستخدمة في الحصول على اعتراف المتهم، أما المبحث الثالث فسنبين فيه الوسائل المعنوية غير المشروعة المستخدمة في الحصول على اعتراف المتهم. وفي المبحث الرابع سندرس الآثار المترتبة على الاعتراف غير الإرادي.

مطلب تمهيدي

ماهية الاعتراف

سنتناول في هذا المبحث تاريخ الاعتراف، ومن ثم نتعرف على المقصود بالاعتراف وشروطه، وذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

تاريخ الاعتراف

يكشف التطور التاريخي للاجراءات الجزائية عن أن مباشرة بعض الاجراءات التي تُعد في نظرنا اليوم غير مشروعة كانت هي القاعدة إلى من باشروها في وقت اتخاذها وغير محرمة؛ ففي العصور الوسطى إلى نهاية القرن الثامن عشر حين كان الاعتراف معتبراً سيد الأدلة يقتضية حكم الإدانة كانت الدول تعترف رسمياً بالتعذيب⁽¹⁾.

فعند اليونان كان أرسطو يرى أن التعذيب أحسن الوسائل للحصول على الاعتراف، ثم عند الرومان لا سيما أواخر عصر الجمهورية الرومانية، وأمتد التعذيب إلى تاريخ قيام الثورة الفرنسية. ولكن يبدو أن الإستجواب مع التعذيب لحمل المتهم على الاعتراف هو في جذوره نظام روماني نما في أواخر العصر الجمهوري وأوائل العصر الإمبراطوري، وكان في البداية مقصوراً على الأرقاء وأهل المستعمرات دون المواطنين، ثم لم يلبث في أول العصر الإمبراطوري أن امتد إلى المواطنين في جرائم الخيانة العظمى ثم صار يطبق في كل الأحوال⁽²⁾.

وبذلك نستطيع القول: إن العهد الجمهوري في روما لم يعرف نظام الأدلة القانونية ومنذ قيام الإمبراطورية الرومانية بدأ تغيير جذري في نظام القضاء، ومن الطبيعي أن يتأثر نظام الإثبات بهذا التغيير، وبدأ القضاء بأخذ أقوال الشهود، أما الاعتراف فكان من الممكن أن يكون دليلاً كاملاً⁽³⁾.

(1) د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي: جرائم السلطة الشرطة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، دت، ص19.

(2) د. سامي صادق الملا: إقرار المتهم، المطبعة العالمية، القاهرة، ط3، 1986م، ص1.

(3) د. محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ط1، 1988م، ص14.

وفي القرن الثاني عشر انتشر التعذيب في أوروبا واستقر بصورة شائعة، واعتبر من النظم الطبيعية الأساسية في الإجراءات الجنائية، حيث كان الإقرار هو شغل العدالة الشاغل في ذلك الزمان، وكان التعذيب يبدو في نظر الناس طبيعياً، إلى درجة أنهم كانوا يسمونه في فرنسا في اللغة الجارية بالإستجواب القضائي، وكان لكل إقليم طريقة في التعذيب بل لكل محكمة طرقها الخاصة. وجرى العرف في ذلك سلوك أحد طريقتين: أحدهما إستجواب المتهم في سرية كاملة بدون مدافع عنه مع تحليفه اليمين على قول الحقيقة، وهذا الإقرار كانوا يسمونه بالإقرار الاختياري. والآخر إستجواب المتهم تحت التعذيب للحصول على الإقرار الإضطراري⁽¹⁾.

وفي منتصف القرن الثامن عشر هاجم الكتاب والفلاسفة إستعمال الوسائل الوحشية ضد المتهم لحمله على الإقرار؛ ففي انجلترا ظهر هذا المبدأ وحظرت كافة الدساتير إيذاء المتهم جسمانياً ومعنوياً وأصبح التعذيب جريمة تستوجب العقاب. أما قانون تحقيق الجنايات الفرنسي فلم ينظم نظرية الإقرار في أي من المواد الأساسية في باب الإثبات، حتى جاء قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية كنظام قانوني له من الدواعي والأسباب ما يحتم محاربة التعذيب وهذه الأسباب تتمثل في ما يلي⁽²⁾:

1. من الناحية القانونية: من بديهيات القانون أن تعذيب المتهم لحملة على الإقرار يهدم مشروعية الإجراء ومشروعية الدليل.
2. من الناحية الأخلاقية: لا يقبل الضمير الإنساني أن يتسلح رجل السلطة بوسائل السلطة وإمكاناتها في مواجهة إنسان أعزل محاط بالأغلال والقيود لإنتراع إقراره.
3. من الناحية العملية: أثبت التاريخ أن العنف لا يولد إلا العنف، وفي هذا المناخ يقف الأفراد مع بعضهم البعض ضد رجل السلطة.

وفي الإتجاه الآخر، نرى أنه قبل الإسلام استخدمت العديد من وسائل التعذيب، وخاصةً في الجرائم الكبيرة التي تثير الرأي العام، والويل لمن وقعت عليه الشبهة لأنه سائر لا محالة للتعذيب. ففي العصور البدائية كانت وسائل التحقيق مع المتهم عجيبة تسيطر

(1) د. سامي صادق الملا: مرجع سابق، ص2.

(2) د. عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحملة على الإقرار، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1986، ص21.

عليها الأوهام والتخيلات وتنتج عنها مظالم لا حد لها فيدان البرئ وينجو المجرم، فكانوا يتجهون إلى ما يُسمونها الآلهة في اعتقادهم لتكشف لهم عن الفاعل وتُظهر لهم الحقيقة عن طريق الإشارات والتجارب، وفي الطور القبلي لجئوا إلى الإحتكام إلى الآلهة وهو ما يسمى بالإبتلاء فاستعملوا الماء الساخن والبارد والسم؛ فالمشتبه به ملزم بإثبات براءته بالتجربة المقدسة، فإذا خرج من التجربة منتصراً عُد بريئاً وإلا كان مذنباً، وكثيراً ما كان المشتبه به يلقي حتفه، واتخذت التجارب أشكالاً عديدة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للحال عند ظهور الإسلام فقد ثبت أنه من بداية عهد الإسلام أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم لم يكن يأخذ إلا بالإقرار الإرادي واعتبره دليلاً من أدلة الإثبات، فقد أمر بالقطع في السرقة بناءً على إقرار السارق، وفي القتل بناءً على إقرار اليهودي برض رأس الجارية، وكذا أجمعت الأمة الإسلامية على جواز الإقرار دون إنكار من أحد من لدن الرسول صلى الله عليه وعلى آله وسلم وحتى يومنا هذا.

الفرع الثاني

المقصود بالإعتراف وشروطه

للتعرف على حقيقة الإقرار وحجتيه لا بد أولاً أن نتعرف على مدلوله، ومن ثم نتعرف على الشروط اللازم توافرها حتى يكون هذا الإقرار منتجاً لآثاره القانونية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الإقرار. سنتناول التعاريف التي أتى بها بعض شراح القانون للإقرار، على النحو الآتي:

عرفه البعض بأنه: "إقرار من المتهم على نفسه بإرتكاب الوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها"⁽²⁾.

(1) هشام قبيلان: الندوة العلمية الأولى (المتهم حقوقه في الشريعة الإسلامية)، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1986م، ص112.

(2) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص7.

وعرّفه آخر بأنه: "قول صادر عن المتهم يُقر فيه بصحة إرتكابه للوقائع المكونة للجريمة بعضها أو كلها"⁽¹⁾.

كما عرفه البعض بأنه: "إقرار من المتهم على نفسه بالتهمة المسندة إليه"⁽²⁾.

وعرّف أيضاً بأنه: "إقرار المتهم على نفسه بصحة إرتكابه للتهمة المسندة إليه"⁽³⁾.

ويمكن تعريف الإقرار بأنه: قول صادر عن المتهم يُقر فيه على نفسه وبإرادة واعية بصحة ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه بإعتباره فاعلاً أصلياً أو شريكاً فيها.

عناصر التعريف: يتكون التعريف من عنصرين لا بد من توافرها حتى يكون صحيحاً، هما:

– **إقرار المتهم على نفسه:** ففي هذا العنصر يجب أن يكون الإقرار صادراً من المتهم على نفسه بواقعة تتعلق بشخصه لا بشخص غيره، فإذا تطرق الإقرار إلى جرائم صدرت عن الغير ففي هذه الحالة لا يسمى إقراراً وإنما شهادة على الغير.

– **الإقرار بالوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها:** يجب أن يكون موضوع الإقرار هو الوقائع المكونة للجريمة كلها أو بعضها؛ فالإقرار ببعض وقائع لا تتعلق بالجريمة لا يعتبر إقراراً بالمعنى المقصود في قانون الإجراءات الجزائية، على أن هذا لا يحول دون أن تستند إليه المحكمة لإثبات ظروف الجريمة. فمثلاً: لو اعترف المتهم بأنه كان على علاقة غير مشروعة بالمجنى عليها ولم يعترف بقتلها ثم استخلصت المحكمة من أدلة أخرى بأنه من قام بقتلها، فإن للمحكمة أن تستند إلى إقراره بأنه على علاقة غير مشروعة بالمجنى عليها كباعث على قتلها دون أن تعتبر ذلك إقراراً بالمعنى القانوني. وبذلك فإنه لا يعتبر إقراراً إقرار المتهم بصحة التهمة المسندة إليه مالم يُقر صراحةً بإرتكابه الأفعال المكونة لها. وكذا يشترط في الإقرار أن ينصب على الوقائع التي إرتكبتها لا التي يعترف على إرتكابها في المستقبل.

(1) عدلي خليل: اعتراف المتهم فقهاً وقضاً، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987م، ص 17.

(2) د. محمود محمود مصطفى: مرجع سابق، ص 51.

(3) د. مصطفى مجدي هرجه: الإثبات في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1990م، ص 219.

ثانياً: شروط الإقرار.

حتى يكون الإقرار صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية فلا بد أن تتوافر فيه أربعة شروط، نذكرها فيما يلي:

الشرط الأول: توافر الأهلية الإجرائية للمعترف.

وهي أن تتوافر لدى الشخص المعترف الأهلية اللازمة للإقرار، أي أن يكون متمتعاً بالإدراك والتمييز عند الاعتراف، لكي يعلم ما تم في الدعوى ويُدرِك معنى ما يُقر به، ويجب التفرقة بين الأهلية الجنائية والأهلية الإجرائية؛ فالأهلية الجنائية تتمثل في مدى قدرة الشخص على الإرادة الحرة التي هي أساس المسؤولية الجنائية، وعناصر هذه الأهلية ليست إلا الشروط التي يوجبها القانون للاعتداد بإرادة الجاني، وهي تتمثل في الإدراك والتمييز وحرية الاختيار. أما الأهلية الإجرائية فهي الأهلية لمباشرة نوع من الإجراءات على نحو يعتبر معه هذا الأجراء صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية⁽¹⁾. وبذلك فإن الإقرار كعمل إجرائي يجب لصحته توافر شرطان:

1. أن يكون المعترف متهماً بارتكاب جريمة.

2. أن يتوافر لديه الإدراك والتمييز وقت الإدلاء بالإقرار.

لذلك، فإن عدم مراعاة شرط الأهلية الإجرائية يترتب عليه البطلان، باعتباره متعلق بالنظام العام، ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى⁽²⁾.

الشرط الثاني: صدور الإقرار عن إرادة حرة.

بمعنى أن تكون إرادة المتهم غير متأثرة بوعد أو وعيد أو عنف أو بأية وسيلة أخرى من الوسائل غير المشروعة التي تضعف الإرادة أو تعدها فتجعل الإقرار الصادر عنها بعيد الاحتمال عن الحقيقة⁽³⁾.

(1) عدلي خليل: مرجع سابق، ص 40.

(2) المرجع السابق، ص 40.

(3) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص 23.

وبهذا نقول: إن الإقرار الذي يُعَوَّل عليه يجب أن يكون اختيارياً، ولا يعتبر الإقرار كذلك إذا صدر إثر ضغط أو إكراه كائناً ما كان قدره، ويعتبر الوعد أو الإغراء قرين الإكراه والتهديد لما له من تأثير على حرية المتهم في الاختيار، ويؤدي إلى حمله على الإقرار بأنه قد يجني من وراء الإقرار فائدة أو يتجنب ضرراً^(١). لذلك يعتبر الإقرار شرط هاماً من شروط الإقرار، لأن الإقرار يقوم على إقرار من المجرم بجريمته^(٢).

الشرط الثالث: أن يكون الإقرار صريحاً ومطابقاً للحقيقة.

يجب أن يكون إقرار المتهم صريحاً لا يقبل التأويل في ارتكابه للواقعة المسندة إليه، فلا يجوز إستنتاج الإقرار ولو من مقدمات ينتجها العقل والمنطق؛ كهروب المتهم بعد الواقعة أو إقراره بأنه تصالح مع المجنى عليه على مبلغ يدفعه تعويضاً أو تسليمه بأنه كان ساعة الحادثة في مكان وقوعها، وأن بينه وبين المجنى عليه ضغينة، لأن الإقرار المعتبر في المواد الجزائية يجب أن يكون نصاً في إقرار الجريمة وصريحاً وواضحاً بحيث لا يحتمل تأويلاً، وأن يكون متعلقاً بالواقعة الإجرامية لا ملابساتها المختلفة^(٣).

الشرط الرابع: إستناد الإقرار إلى إجراءات صحيحة.

قد يصدر الإقرار تلقائياً دون إجراءات سابقة عليه، ولكن ذلك قليل الحدوث، والغالب أن يأتي الإقرار في ثنايا إجراءات أخرى أو بعد مباشرتها، وعليه لا بد أن يستند الإقرار إلى إجراءات صحيحة لكي يُقبل في الإثبات، لأن الإقرار المبني على إجراءات باطلة يقع باطلاً، وعادةً ما يصدر الإقرار الباطل متأثراً بقبض أو تفتيش باطل، وإذا كان الإستجواب باطلاً بسبب تحليف المتهم اليمين أو بسبب عدم دعوة محامي الإتهام للحضور قبل الإستجواب في غير حالتي التلبس والإستعجال فيكون الإقرار باطلاً^(٤).

(١) د. محمد زكي عامر: الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة، الإسكندرية، دت، ص 196.

(٢) د. محمد فاروق النبهان: مرجع سابق، ص 270.

(٣) د. سامي صادق الملا: مرجع سابق، ص 23.

(٤) د. عبدالحميد الشواربي: الإثبات الجنائي في القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988م، ص 75.

المبحث الأول

مبدأ الإرادة الحرة في الاعتراف والمكافئ اثباتها

تمهيد وتقسيم:

الإعتراف الذي يُعَوَّل عليه يجب أن يكون إختيارياً صادراً عن إرادة حرة، لذلك فإننا في هذا المبحث سنتناول مفهوم الإرادة الحرة ومن يقع عليه عبء الإثبات، وذلك في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

مبدأ الإرادة الحرة في الاعتراف

مفهوم هذا المبدأ هو أن يكون المتهم قد أدلى بالإعتراف وهو في كامل إرادته؛ فالإعتراف الذي يُعَوَّل عليه في مجال الإثبات يجب أن يكون صادراً عن إرادة حرة وواعية، وهذا يقتضي أن يكون المتهم على علم بما تم في الدعوى مدركاً معنى ما يُقر به، متمتعاً بحرية الإختيار، لذلك كله يجب أن تكون إرادة المتهم بعيدة عن أي ضغط من الضغوط التي تعيبها أو تؤثر عليها، فأي تأثير على المتهم - سواءً أكان عنفاً أم تهديداً أم وعداً - يُعيب إرادته، وبالتالي يفسد إقراره. أما إذا صدر الإعتراف من المتهم بإختياره وهو بكامل إرادته بدون أي ضغط أو تأثير وتوافرت بقية شروط الإعترافات فإنه يكون دليلاً صحيحاً مقبولاً في الإثبات⁽¹⁾.

وبناءً عليه، فإن الإعتراف الذي يُعَوَّل عليه في الإثبات الجنائي يجب أن يكون صادراً عن إرادة حرة، لذلك يجب إستبعاد وسائل التأثير المختلفة لحمل المتهم على الإعتراف، فعندما يُدلي المتهم بأقوال يجب أن يكون في مأمن من كل تأثير خارجي عليه⁽²⁾.

والحقيقة إن الإعتراف خبر يحتمل الصدق والكذب، فإذا لم يكن تلقائياً فلا يمكن ترجيح جانب الصدق على جانب الكذب فيه إذ لا يدري إن كان المتهم قد إعترف لدرء العذاب

(1) عدلي خليل: مرجع سابق، ص 55.

(2) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص 64.

عن نفسه أو بدافع الولاء لينفذ شخص عزيز لديه كأبيه أو شقيقه⁽¹⁾. وقد أتجه الدستور اليميني إلى تقرير هذا المبدأ فنص في المادة (48/ب) منه على أنه: " .. ويحظر القسر على الاعتراف أثناء التحقيقات ..". كما نصت المادة (6) من قانون الإجراءات الجزائية اليميني على هذا المبدأ، بقولها: "يحظر تعذيب المتهم أو معاملته بطريقة غير إنسانية أو إيداعه بدنياً أو معنوياً لقصره على الاعتراف، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شيء مما ذكر يهدر ولا يعول عليه".

وهناك عدد من التوصيات⁽²⁾ التي جاءت بها المؤتمرات الدولية مؤيدة ضرورة توافر الإرادة الحرة للمتهم، حيث أوصى المؤتمر السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما سنة 1953م بأنه لا يجوز التحايل أو إستخدام العنف أو الضغط كوسيلة للحصول على إقرار المتهم، وأيده المؤتمر الدولي الخامس للقانون المقارن الذي انعقد في بروكسل في 4 اغسطس سنة 1958م لدراسة وسائل البحث الحديثة وحماية حقوق الدفاع.

كذلك أجمع أعضاء حلقة البحث التي انعقدت في (باجيو) الفلبين في فبراير 1958م لدراسة الإقرار والضمانات ضد الوسائل غير المشروعة أثناء التحقيق على أن الإقرارات التي يتم الحصول عليها بالعنف أو التهديد أو الوعد لا تؤخذ في الإعتبار؛ فالإقرارات لا تكون مجدية إلا إذا كانت إرادية.

وفي حلقة البحث التي إنعقدت في فيينا في يوليو سنة 1960م لدراسة وسائل حماية المشتبه فيه أو المتهم من المعاملة التي تؤثر على حريته أجمع الأعضاء على أنه يجب أن يُعامل معاملة حسنة، وألا يُعرض للضغط أو لسوء المعاملة بغرض الحصول على معلومات أو إقرارات منه، وإنه لكي يُقبل الإقرار في الإثبات يجب أن يُدلي به المتهم بحرية تامة، وإن الإقرار الذي أتى نتجة الحيلة أو أي ضغط لا يُقبل في الإثبات.

(1) د. جودة حسين محمد جهاد: الإثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م، ص78.

(2) المرجع السابق، ص66 وما بعدها.

هذا وقد إنعقدت حلقة دراسية سنة 1978م بمقر هيئة اليونسكو ونظمها المعهد الدولي للشرطة بوزارة الداخلية الفرنسية لبحث موضوع الشرطة والحريات ومن ضمن توصياتها معاملة المتهمين وعدم إجبارهم على إقرارات غير حقيقية⁽¹⁾.

وبناءً على ما سبق، فإن الإقرار الصادر من المتهم يجب أن يكون صادراً عن إرادة حرة وواعية، وإن ممارسة أية وسيلة من وسائل الضغط المادي أو المعنوي يبطل الإقرار ويبطل ما ترتب عليه من إجراءات، لأن ما بني على باطل فهو باطل. وكذا فإن تعذيب المتهم لحمله على الإقرار يتنافى مع المبادئ الإنسانية والأخلاقية، ويرفض استخدام هذه الوسائل ديننا الحنيف قبل كل شيء، مصداقاً لقول رسولنا الكريم عليه وعلى آله أفضل الصلاة والتسليم: "رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما أستكرهوا عليه".

المطلب الثاني

المكلف بإثبات الإرادة الحرة في الاعتراف

المكلف بعبء الإثبات أي بإقامة الدليل على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم هي النيابة العامة، فهي المكلفة بإثبات أن الإقرار الصادر من المتهم كان عن إرادة حرة. وقاعدة عبء الإثبات على النيابة أساسها قرينة البراءة التي يتمتع بها المتهم، لذلك فإننا سنتناول ماهية قرينة البراءة وما يترتب عليها، على النحو الآتي:

أولاً: ماهية قرينة البراءة: هي إفتراض براءة المتهم حتى يقوم الدليل على إدانته، فلا يضير العدالة إفلات المجرم من العقاب بقدر ما يضيرها الإفتتات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق، وهذه القرينة هي إحدى الضمانات للحرية الشخصية ومنصوص عليها في أغلب الدساتير، ومنها دستور الجمهورية اليمنية، حيث نصت المادة (47) منه على أن: "وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات". كما تناولت المادة (4) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني قرينة البراءة، حيث نصت على أن: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته، ويفسر الشك لمصلحة المتهم ولا يقضي بالعقاب إلا بعد محاكمة تجري وفق أحكام هذا القانون وتصان فيه حرية الدفاع".

(١) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص 69 وما بعدها.

وإعتراف المتهم بإرتكاب الجريمة لا يؤثر في قرينة البراءة، فيضل المتهم محتفظاً بها إلى أن تصدر المحكمة حكماً بإدانته، ويقع على النيابة عبء إثبات أن الإعتراف قد صدر من المتهم عن إرادة حرة بدون أي تأثير وذلك إذا ما نازع المتهم في صحة الإعتراف. فالأصل أن الإعتراف صحيح وصادر عن إرادة حرة وواعية فإذا دفع المتهم بصدور الإعتراف منه نتيجة إكراه أو تهديد أو وعيد وقع عليه، فعلى النيابة العامة إثبات عدم صحة هذا الدفع⁽¹⁾.

ثانياً: نتائج قرينة البراءة: يترتب على قرينة البراءة ما يلي⁽²⁾:

1. إن كل شك في ثبوت التهمة قبل المتهم يجب أن يفسر لمصلحته، ويجب على القاضي الجزائي مراعاة هذا المبدأ عند تكوين إقتناعه.
2. إن إفتراض البراءة لا يتناقض مع إتخاذ بعض إجراءات التحقيق الابتدائي الماسة بالحرية؛ كالإستجواب والقبض والتفتيش، ولكن تُتخذ هذه الإجراءات في أضيق الحدود من خلال إحترام ضمانات الحرية الفردية.
3. يستفيد جمع المتهمين من هذه القرينة من كان منهم عائداً أو من أجرم لأول مرة.
4. إن إعتراف المتهم بإرتكاب الجريمة لا يؤثر في قرينة البراءة فيظل المتهم المعترف مفترضاً أنه بريء إلى أن تصدر المحكمة قراراً بإدانته، ويقع على النيابة عبء إثبات أن الإعتراف قد صدر من المتهم عن إرادة حرة بدون أي تأثير وذلك إذا ما نازع المتهم في صحة هذا الإعتراف. فالأصل في الإعتراف أنه صحيح وصادر عن إرادة حرة لأن هذا هو الوضع العادي، فإذا دفع المتهم بصدور الإعتراف منه نتيجة إكراه وقع عليه فعلى النيابة إثبات عدم صحة هذا الدفع.
5. إن مجرد الإدعاء بأن الإعتراف لم يصدر عن إرادة حرة لايلزم النيابة إثبات عدم صحته، إذ أن الإثبات سيقع على وقائع سلبية، والمفترض أن يقدم المتهم الأدلة على أن الإعتراف كان وليد إكراه ثم تكلف النيابة بدحض هذه الأدلة.

(١) عدلي خليل: مرجع سابق، ص 56.

(٢) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص 75.

وتأسيساً على ما سبق، فإن قيام النيابة بالإثبات بأن الإقرار صدر عن المتهم بإرادة حرة وواعية لا يبدأ إلا عندما ينادى المتهم بأن الإقرار الصادر منه كان نتيجة استخدام إحدى وسائل التأثير. ويبقى الافتراض أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي، وبذلك يبقى المتهم مستفيداً من قرينة البراءة حتى صدور الحكم القضائي بإدانته؛ سواء كان مجرمًا مبتدئاً أم مجرمًا معتاداً، لأن قرينة البراءة تصاحب وتلازم كل شخص بغض النظر عن قيامه بإرتكاب جريمة سابقة قد انتهت بالتقدم أو العقوبة المقررة أو بإنقضاء الحق، وكذا يبقى محتفظاً بها حتى لو وقع منه جريمة لاحقة ولم يصدر حكم قضائي بها، فإذا ما صدر هذا الحكم سقطت عنه هذه القرينة، مع ملاحظة أن الشك في قيام النيابة بإثبات إرادة الإقرار يفسر لمصلحة المتهم وعلى القاضي المنظورة أمامه القضية مراعاة ذلك.

المبحث الثاني

استخدام الوسائل المادية غير المشروعة للحصول على اعتراف المتهم

تمهيد وتقسيم:

الاعتراف الذي يُعَوَّل عليه هو الذي يصدر من المتهم عن إرادة حرة، فإذا كان وليد الإكراه أو الضغط فإنه لا يُعَوَّل عليه ويترتب عليه البطلان، لذلك فإننا في هذا المبحث سنتناول وسائل التأثير المادي التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي لانتزاع الاعتراف من المتهم في ثلاثة مطالب، على النحو الآتي:

المطلب الأول

استخدام العنف مع المتهم

إستخدام العنف مع المتهم لحمله على الإقرار هو من وسائل التأثير المادي التي تجعل إرادة المتهم غير سليمة، ويعتبر الإقرار الناتج عن إستخدامه باطلاً، ويبطل كذلك ما يترتب عليه، لذلك سنتناول في هذا المطلب تعريف العنف (الإكراه المادي)، ومقدار العنف المبطل للإقرار، وشروط توافر جريمة إستخدام العنف أو التعذيب للمتهم، وعلاقة السببية بين الإصابات المترتبة على العنف وبين الإقرار، على النحو الآتي:

أولاً: ماهية العنف ومقدار العنف المبطل للإعتراف.

1. تعريف العنف (الإكراه المادي): "هو كل قوة مادية خارجة عن المتهم تستطيل إلى جسمه ويكون من شأنها تعطيل إرادته"⁽¹⁾. وبناءً عليه، فإنه يعتبر عنفاً تعذيب المتهم أو قص شعره أو شاريه أو طلاء وجهه أو جسمه أو هتك عرضه أو دفعه بالقوة أو دفعه من ملابسه بشدة وتمزيقها، فإذا ما وقع على المتهم عنف أو إكراه مادي فإن الإعتراف الصادر من المتهم يكون باطلاً ولا يُعَوَّل عليه⁽²⁾.

2. مقدار العنف المبطل للإعتراف: يتحقق الإكراه المادي بأي درجة من العنف، ويبطل الإعتراف طالما أن فيه مساس بسلامة الجسم؛ ويستوي أن يكون قد سبب ألماً أو لم يسبب. ويبطل كذلك نتيجة العنف غير المباشر، أي العنف بالترك مثل: حرمان المتهم من الإتصال أو وضعه بزنزانة مظلمة بمفرده لعدة أيام قبل أخذ أقواله⁽³⁾. لذلك فإن المقنن لم يشترط درجة معينة من الجسامة لتحقق الإكراه، لأن الإكراه لا يرتبط بجسامة الأفعال التي يأتيها الجاني وإنما يرتبط بما تُحدثه من أثر في نفس الخاضع لها⁽⁴⁾.

ثانياً: شروط توافر جريمة استخدام العنف ضد المتهم.

لتوافر جريمة استخدام العنف ضد المتهم لحملة على الإعتراف لا بد من توافر ثلاثة شروط، هي⁽⁵⁾:

1. وقوع تعذيب على المتهم: كلمة التعذيب معناها الإيذاء البدني المتضمن لمعنى الإنتزاع والإعتصار والإستخراج بالقوة، وعبارة التعذيب تتسع للضرب والجرح والتقييد بالأغلال والحبس والتعرض للهوان والحرمان. أما إصطلاح المتهم فإنه يعني كل شخص تحركت نحوه أي سلطة مدفوعة بالإشتباه في مساهمته في ارتكاب جريمة معينة بالذات أو النوع. وتقدير توافر التعذيب من عدمه متروك لقاضي الموضوع

(1) عدلي خليل: مرجع سابق، ص ٦٨.

(2) المرجع السابق، ص ٦٩.

(3) د. سامي صادق المأل: مرجع سابق، ص ١٣٦.

(4) د. عمر الفاروق الحسيني: مرجع سابق، ص ١٣٦ وما بعدها.

(5) يُنظر: د. قديري عبد الفتاح الشهاوي: مرجع سابق، ص ٢٨. عدلي خليل: مرجع سابق، ص ٧١.

يفصل فيه دون معقب، بشرط أن يستوفي تسبيب حكمه.

2. وقوع التعذيب من موظف أو مستخدم عام: يشترط لوقوع جريمة التعذيب أن يقع من

موظف أو مستخدم عام منه مباشرة. أي أن يقارف أعمال التعذيب بنفسه أو بواسطة غيره بأن يأمره به مع مراعاة أن سكوت الموظف أو المستخدم عن وقوع التعذيب تحت بصره ودون أن يمنعه قد يتخذ في بعض الظروف دليلاً موضوعياً على أن التعذيب حدث بأمره وتنفيذاً لتعليماته وأوامره، خاصةً إذا كان يملك سلطة رئاسية على الشخص الذي ارتكب هذه الأفعال.

لذلك، فإنه ليس بشرط أن يكون التعذيب من موظف له سلطة التحقيق، فقد يقوم بالتعذيب مأمور الضبط القضائي؛ سواءً كان مرتكب الفعل ضابطاً أم جندياً أم غيره، وكذا فإنه ليس بالضرورة لزوم المرتب الشهري أو السنوي لإعتبار الشخص موظفاً عاماً⁽¹⁾.

3. توافر القصد الجنائي وهو حمل المتهم على الإقرار: يتوافر القصد الجنائي متى

كان الجاني عالماً بأن الشخص الذي يعذبه أو يأمر بتعذيبه متهم بإقرار جريمة، وكان غرضه من تعذيبه حمله على الإقرار. أي أن يكون لدى مأمور الضبط القضائي غرض معين أو قصد خاص هو حمل المتهم على الإقرار. لذلك لا يكفي إتجاه إرادة الموظف إلى إيذاء المتهم، كما لا يكفي أن يصدق على هذا الإيذاء وصف التعذيب لتحقق جريمة التعذيب، بل يجب أن تتجه إرادة الموظف الصادر منه التعذيب فضلاً عن إيقاع الإيذاء إلى الوصول بالإيذاء إلى نتيجة معينة وهي إقرار المتهم.

ولا يشترط حصول الإقرار فعلاً؛ فحصوله أو عدم حصوله غير مؤثر في قيام الجريمة متى توافر لدى الموظف قصد الحصول على الإقرار. كما أنه لا يشترط في الإقرار أن يكون قضائياً ولا أن يكون إجراء من إجراءات التحقيق، ولا أن يكون قد سبقه أو عاصره استجواب، ولا يؤثر على إجرامية المحاولة أن يكون المطلوب هو الاعتراف على الغير متى كان ذلك يتضمن حتماً الإقرار على النفس. لذلك يتحقق القصد الجنائي للموظف متى كان الموظف قد أستههدف من التعذيب الحصول من الشخص على أي

(١) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي: مرجع سابق، ص ٣١.

اعتراف بنسبة الجريمة كلها أو بعضها إلى نفسه⁽¹⁾.

وعلى ذلك إذا كان قصد الموظف أو المستخدم من التعذيب هو الإنتقام أو التلذذ من الإيذاء دون حمل المتهم على الإعتراف فلا تقوم هذه الجريمة وإنما تقوم جريمة إستعمال القسوة إذا توافرت شروطها⁽²⁾.

ثالثاً: علاقة السببية بين العنف والإعتراف.

يتعين أن تتوافر علاقة السببية بين الإصابات المترتبة على العنف وبين الإعتراف، بحيث يثبت أن المتهم ما كان ليعترف إذا لم يكن قد وقع عليه هذا الإكراه. والأصل أن المحكمة يتعين عليها أن تبحث الصلة بين إعتراف المتهمين والإصابات الموجودة في المتهم. وكذا فإن عدم ملاحظة وكيل النيابة المحقق وجود إصابات ظاهرة بالمتهمين لا ينفي وجود إصابات بهم، كما أن حضور محامين مع المتهمين في تحقيق تجريه النيابة العامة لا ينفي وقوع التعذيب، لذلك فإنه لزاماً على المحكمة قبل أن تقطع برأي في سلامة الإعتراف أن تتولى بنفسها ما أثاره الطاعنون في هذا الشأن، وأن تبحث الصلة بين الإعتراف وبين هذه الإصابات. أما وقد نكلت عن ذلك وعوّلت في إدانة الطاعنين المستمد من إعترافهم فإن حكمها يكون معيباً بالقصور والفساد في الإستدلال، فضلاً عن إخلاله بحق الدفاع.

والدفع ببطلان الإعتراف لصدوره تحت تأثير الإكراه هو دفع جوهرى، إذ يتصل بصلاحيّة الإعتراف كدليل، ومن ثم يجب على محكمة الموضوع مناقشته والرد عليه، فإن لم تفعل كان حكمها قاصراً ولا يجوز الدفع به لأول مره أمام محكمة النقض لما يتطلبه من إجراء تحقيق موضوعي تتحسر عنه وظيفة هذه المحكمة⁽³⁾، وقد جرى في محكمة النقض المصرية ضرورة وجود شرط معين لإبطال الإعتراف الناشئ عن الوعد أو الإكراه، وهذا الشرط هو وجود رابطة السببية بين الإكراه أو الوعد وبين الاعتراف.

وتطبيقاً لذلك، فإنه يتعين على المحكمة وقد قُدم لها الدليل من وجود إصابات بالمتهم

(1) المرجع السابق، ص ٣٤.

(2) عدلي خليل: مرجع سابق، ص ٧٢.

(3) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص ١٤٦.

أن تتولى هي تحقيق دفاعه من أن الإقرار المسند إليه في التحقيقات قد صدر نتيجة تعذيبه من أمور الضبط القضائي، وذلك بأن تبحث هذا الإكراه وسببه، وقاضي الموضوع هو المنوط به القول بحصول الإكراه أو التدليس وكفايته لعيب الإقرار، وتوافر علاقة السببية بينهما، فإذا استبان القاضي أنه لا علاقة بين الأمرين فلا جناح عليه إذا هو استند في حكمه إلى الإقرار، وعليه عندئذ أن يبين بأدلة سائغة إنقطاع رابطة السببية وإلا كان حكمه ناقص البيان^(١).

رابعاً: موقف القانون اليمني من استخدام العنف على المتهم.

جاءت النصوص في الدستور وقانون الإجراءات الجزائية مؤكدة على حظر التعذيب للمتهم أو إيذائه بدينياً أو معنوياً لحملة على الإقرار، بإعتبار أن ذلك مخالفاً للشريعة الإسلامية وللمبادئ الإنسانية، بالإضافة إلى عدم التعويل على الدليل المستمد من الإكراه. وقد أكدت ذلك المادة (٤٧/ب) من دستور الجمهورية اليمنية السالفة الذكر. وكذلك المادة (6) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني المذكورة آنفاً.

وبناءً على ما سبق، فإن العنف أو الإكراه المادي - كغيره من وسائل التأثير المادي - أسلوب يتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية والمبادئ الإنسانية؛ فالإقرار يُفترض أن يكون صحيحاً خالياً من العيوب، فإذا كان الإقرار ناتجاً عن التعذيب أو استخدام أية وسيلة من وسائل التأثير فإنه يكون باطلاً ولا يُعول عليه وتبطل جميع الإجراءات المترتبة عليه.

(١) د. حسني الجندي: مرجع سابق، ص ٤٠.

المطلب الثاني

إستخدام الكلاب البوليسية

الكلاب البوليسية تقوم بتتبع الأثر عقب وقوع الجرائم والإستعراف على الجناة؛ فالجاني مهما أحتاط أثناء ارتكابه الجريمة لا بد أن يترك أثراً له في مكان الحادث يحمل رائحته أو يلامس شيئاً في مكان الجريمة، ويمكن الإستفادة من هذا الأثر المتخلف من خلال اقتفاء الكلب أثر صاحبه. وقد ثبت من التجارب العملية أن لكل إنسان رائحة تميزه عن غيره، وعن طريق هذه الرائحة المميزة يمكن لكلاب الشرطة مع شئ من التدريب الفني اقتفاء الأثر، ولا يصلح لهذه العمليات إلا الكلاب التي تقدر حاسة شمها بنسبة ١٠٠%^(١).

وبذلك، فإن المحقق يرى إمكانية الإستفادة بها في معرفة أصحابها، والوقوف على الجهات التي سلكها صاحب هذه الآثار من خلال عملية الإستعراف التي تقوم بها كلاب الشرطة^(٢)، ولكن يجب إستخدام الكلب الشرطي عقب الحادث مباشرةً قبل أن يتعرض الأثر للعبث به والتأثر بعوامل التعرية^(٣).

وتكون الإستعانة بالكلاب البوليسية مقصورة على الأحوال التي يمكن الإفادة من حاسة الشم، فلا محل لعرض مضبوطات ومتهمين عديدين على الكلب لتمييز صاحب المضبوطات من بينهم متى كانت شائعة بينهم أو أنهم جميعاً حملها أو تناولها، كما أنه لا وجه للإستعانة بالكلب البوليسي للتعرف على ملكية المتهم للمضبوطات إذا كان المتهم قد أقر في إقراره أثناء التحقيق بأنه حازها أو وقعت في يده زمنياً ثم تركها ودست عليه، ويجب أن تُنزه عملية العرض عن كل شبهة تلحق بها، فإذا ضبط غطاء للرأس أو حذاء أو ملابس فلا يجوز للمحقق الذي يريد الإستعانة بالكلاب البوليسية أن يلبس المتهم شيئاً منها للتحقق مما إذا كانت تناسبه، بل أن من واجبه أن يباعد بينها وبين المتهم ويحرص على عدم إتصاله بها حتى تتم عملية العرض، وكذا يجب دائماً إجراء تجربة تمهيدية لإختبار حاسة الشم في الكلب البوليسي^(٤).

(١) عدلي خليل: مرجع سابق، ص 76.

(٢) د. حسني الجندي: مرجع سابق، ص ٥٠.

(٣) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص ١٦٥.

(٤) محمد أحمد عابدين: الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت، ص 89، 91.

حكم الإقرار الصادر من المتهم عند إقرار الكلب البوليسي عليه:

إذا اعترف المتهم عقب إقرار الكلب البوليسي عليه فيجب أن نفرق بين حالتين:

أ- الإقرار الصادر عن إختيار: إذا اعترف المتهم عقب إقرار الكلب البوليسي عليه وكان ذلك طوعاً وإختياراً منه، دون أن يكون واقعاً تحت تأثير خوف أو رغب من الكلب البوليسي أثناء عملية الإقرار، فإن هذا الإقرار ينتج جميع الآثار القانونية ويكون صحيحاً⁽¹⁾.

وكذلك إذا أقر قبل قيام الكلب بدوره في عملية الإقرار، ففي هذه الحالة يعتبر الإقرار طوعاً وإختياراً ودون خوف أو رهبة من الكلب، ومن ثم يكون لهذا الإقرار نتائجه وقوته⁽²⁾.

ب- الإقرار الصادر بناءً على إعتداء الكلب البوليسي على المتهم:

إذا اعترف المتهم عقب إقرار الكلب البوليسي ووثبه عليه أو تمزيق ملابسه فإن صدور الإقرار في هذه الحالة يُعد نتيجةً لتأثير مادي على إرادة المتهم، وبالتالي فإن الإقرار الصادر منه لا يكون حراً وصادراً عن إختيار مطلق، حتى لو حاول المحقق بذل ما في وسعه الحيلولة دون إعتداء الكلب البوليسي على المتهم. وعلة ذلك، إن مناط البطلان للإقرار الصادر بغير إرادة حرة ليس في أن المحقق هو الذي أعدم الإرادة أو أضعفها وإنما لأن شرط الإرادة الحرة هو شرط موضوعي في الإقرار كعمل إجرائي، فإذا تخلف بطل الإقرار. وبذلك فإن الإقرار يبطل حتى ولو كانت الإصابة بسيطة ولا تحتاج إلى علاج، بل ويبطل الإقرار الذي صدر من المتهم بمجرد وثوب الكلب عليه ودون إحداث إصابات إذا تبين أن هذا الإقرار صدر من المتهم بمجرد وثوب الكلب عليه دون إحداث إصابات، إذا تبين أن هذا الإقرار صدر من المتهم وهو مكره لوثوب الكلب عليه⁽³⁾.

والجدير بالذكر، إنه لا يوجد نص خاص في القانون اليمني يحظر الإقرار بواسطة

(1) د. سامي صادق المأ: مرجع سابق، ص ١٦٠.

(2) محمد أحمد عابدين: مرجع سابق، ص 89، 91.

(3) د. سامي صادق المأ: مرجع سابق، ص ١٦١.

الكلاب البوليسية، ولكن الإستعراق بواسطة الكلب البوليسي - كغيره من وسائل التأثير المادي - يؤدي إلى إيذاء المتهم ويجعله يقوم بالإعتراف نتيجة لخوفه من الكلب البوليسي، وهذا ما أكدته المادة (٦) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني السالفة الذكر.

لذلك، فإن قيام مأمور الضبط القضائي بإستخدام الكلب الشرطي للإستعراق على المتهمين لا يعدو أن يكون إلا وسيلة من وسائل التأثير المادي لحمل المتهم على الإعتراف في جريمة وقعت. وكما هو معروف قانوناً إن الإعتراف الذي يجب أن يُعَوَّل عليه هو الإعتراف الذي صدر عن إرادة حرة للمتهم، وبالتالي فإن الإعتراف الناتج عن إستعراق الكلب البوليسي لا يُعَوَّل عليه؛ يستوي في ذلك أن يقوم الكلب بالوثوب على المتهم وتمزيق ملابسة وإحداث إصابات به أو تكون الإصابات بسيطة أو لم تحدث أي إصابة، فمجرد وثوب الكلب البوليسي على المتهم وخوفه منه يُعيب إرادة المتهم ويبطل الإعتراف الناتج عنه.

المطلب الثالث

إستخدام وسائل التأثير النفسي

قد يقوم مأمور الضبط القضائي بإخضاع المتهم لبعض وسائل التأثير النفسي؛ كالتنويم المغناطيسي أو للعقاقير المخدرة أو غيرها، بهدف الوصول إلى إعترافه بجريمة وقعت، فإذا ما تحقق هذا الإعتراف واستطاع المتهم الدفع ببطلانه لعدم تحقق شرط الإرادة الحرة فإن هذا الإعتراف يكون باطلاً ولا يُعَوَّل عليه. لذلك سنكتفي بتناول وسيلتي التنويم المغناطيسي والعقاقير المخدرة، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

الإعتراف الناشئ عن إستخدام التنويم المغناطيسي

التنويم المغناطيسي من وسائل التأثير المادي التي قد يستخدمها مأمور الضبط القضائي بغية الحصول على إعتراف المتهم، نبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً: المقصود بالتنويم المغناطيسي.

التنويم المغناطيسي هو نوع من النوم لبعض ملكات العقل الظاهر، يمكن إحداثه

صناعياً عن طريق الإيحاء بفكرة النوم، وهو مُستخدم منذ منتصف القرن التاسع عشر في علاج الأمراض النفسية لحمل المريض بعد تنويمه على تذكر أسباب مرضه النفسي ورده إلى وعيه وشعوره والتأثير المباشر في العقل الباطن وغرس المعتقدات الطبية فيه، وبالتالي فإن فائدة التنويم تنحصر في تسهيل وتقوية عملية الإيحاء، فهو من العلاج بمثابة التخدير في العملية الجراحية⁽¹⁾، وفي حالة النوم المغناطيسي يضيق نطاق الإتصال الخارجي للنائم ويقصر على شخصية المنوم وتحجب الذات الشعورية للنائم وتبقى ذاته اللا شعورية تحت سيطرة ذات أجنبية هي ذات المنوم المغناطيسي، وبذلك تشمل الوظيفة الأساسية لعقل الإنسان⁽²⁾.

وبناءً على ذلك، فإن التنويم المغناطيسي وسيلة لقهر الإرادة أو تعطيلها وهي نفس النتيجة التي يمكن الوصول إليها بالعنف التقليدي، فالتنويم المغناطيسي يُعد إحدى صور الإكراه المادي لوقوعه على جسم الخاضع شخصياً، وفضلاً عن ذلك التعدي فإن هناك تعدياً مادياً يلحق بالجسم ويؤثر على سلامة جهازه العصبي⁽³⁾.

ثانياً: مدى تأثير التنويم المغناطيسي على إرادة المتهم.

لا شك أن التنويم المغناطيسي للمتهم يؤثر على إرادته بل ويعدمها، ويكون ما صدر من إقرار أثناء ذلك باطلاً، إذ أن المتهم يكون في هذه الحالة خاضعاً لتأثير من ينومه فتأتي إجابته صدى لما يُوحى به إليه، ويعتبر مكرهاً مادياً على ما يأتيه من أفعال وأقوال، لذلك يحظر الإلتجاء إلى التنويم المغناطيسي أثناء التحقيق، فلا يجوز تنويم المتهم للحصول على أي أقوال أو أدلة. وبذلك فإن أي أقوال أو أدلة تصدر من المتهم المنوم مغناطيسياً لا قيمة لها ولا تؤخذ في الإعتبار لأن التنويم يدخل في عداد الأعمال غير المشروعة، شأنه في ذلك شأن التعذيب الذي يسلب إرادة المتهم ويعتدي على حرية الدفاع⁽⁴⁾، لأن النائم يتأثر بالإيحاء فيخضع لإرادة المنوم ويعتبر النائم مكرهاً مادياً على ما يأتيه من أفعال، لذلك يحظر الإلتجاء إلى التنويم المغناطيسي للحصول على إقرارات كان

(1) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص ١٦٤.

(2) عدلي خليل: مرجع سابق، ص ١٤٤، ١٤٣.

(3) د. عمر الفاروق الحسيني، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(4) عدلي خليل: مرجع سابق، ص ١٤٤، ١٤٣.

المتهم يرفض الإدلاء بها وهو متمتعاً بإرادته الحرة وله السيطرة التامة على ملكات عقله^(١).

ثالثاً: تأثير موافقة المتهم على تنويمه مغناطيسياً.

يرى البعض أنه لا يوجد مانع قانوني من تنويم المتهم مغناطيسياً إذا وافق المتهم أو طلب ذلك وهو بكامل شعوره وحرية لإظهار براءته، بل أنه من الظلم أن يرفض طلب للمتهم الذي قد يحقق له فائدة. وعكس هذا الرأي ورد في حكم محكمة ألمانية، حيث قضت أن الإعترافات أو مجرد الأقوال التي يُدلي بها المتهم تحت تأثير التنويم المغناطيسي هي أمور لا يمكن قبولها ولو كان المتهم هو الذي طلبها، فهذا ليس حقاً له، وإلا اعتبر مجرد فشل هذه التجربة في الحصول على إقرار منه بإرتكاب جريمة دليلاً على براءته، فمن حق المتهم أن يُدلي بأقواله في حرية تامة لا يُكبل فيها بإغلال مثل هذه التجارب القاسية^(٢).

وتأسيساً على ذلك، فإن قيام أمور الضبط القضائي أو غيره بإخضاع المتهم للتنويم المغناطيسي بهدف الحصول على إقراره في جريمة وقعت هو أسلوب مرفوض في الإجراءات الجزائية لأن التنويم يؤثر على إرادته ويسلبها فينعدم عند المتهم الإختيار ويكون ما صدر عنه من أقوال أو أدلة باطلاً لأن هذه الأقوال والأدلة ترتبت على باطل ولا يصح هذا الإعتراف كون المتهم وافق على إستخدام التنويم المغناطيسي، وذلك لإحتمال أن يكون رضائه ناتجاً عن خوف أن يُعتبر رفضه بإجراء التنويم المغناطيسي معه دليل إدانته. وكذلك فإن رضائه ليس له قيمة قانونية لأن المتهم لا يستطيع أن يتنازل عن الضمانات الدستورية التي يجب أن تحيط بدفاعه.

(١) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص ١٦٧، ١٦٥.

(٢) المرجع السابق، ص ١٦٧، ١٦٥.

الفرع الثاني

الإعتراف الناشئ عن استخدام العقاقير المخدرة.

قد يلجأ مأمور الضبط القضائي للوصول إلى إقرار المتهم في جريمة وقعت إلى استخدام العقاقير المخدرة، وللمزيد من البيان، سنتناول في هذا الفرع المقصود بالعقاقير المخدرة، ومشروعية استخدامها، ومدى تأثير موافقة المتهم على استخدامها، على النحو الآتي:

أولاً: المقصود بالعقاقير المخدرة.

تُسمى هذه العقاقير - عند البعض - بعقاقير الحقيقة، وتستخدم في التحليل النفسي والتشخيص وإستجاب المتهم. ويؤدي تعاطيها إلى نوم عميق تعقبه يقظة بعد حوالي عشرون دقيقة ويفقد الشخص أثناء نومه القدرة على الإرادة والإختيار ويكون أكثر قابلية للإيحاء والمصارحة والتعبير عن مشاعره، وبذلك يمكن إكتشاف الدوافع والرغبات وما يحاول أن يخفيه المتهم وهو في حالة الشعور. وهذه الوسيلة غير مؤكدة علمياً ويرفض غالبية الشراح الإلتجاء إلى التخدير للحصول على معلومات لما في ذلك من إعتداء على حقوق الإنسان^(١).

وأهم المواد المستخدمة في ذلك هي (البننتوتال)، والتي يُسميها البعض مصل الحقيقة، ولكن تسمية العقاقير المخدرة بمصل الحقيقة فيه نوع من التجاوز، إذ من الحقائق العلمية أن الأقوال والإعترافات التي تصدر تحت تأثير هذه العقاقير ليس من الضرورة أن تأتي في جميع الأحوال مطابقة للحقيقة^(٢).

ثانياً: مدى مشروعية استعمال العقاقير المخدرة.

نظراً لأن هذه العقاقير تُقلل من سيطرة الشخص على إرادته وتعطل ملكة الإنتباه لديه، بحيث تجعله يسترسل في الكلام بغير قصد، مما يشوب إرادته الحرة، فقد أستقرت الآراء على حظر استعمال هذه الوسيلة للحصول على إقرارات من المتهم، لأنها من قبيل الإكراه

(١) د. عبد الحميد الشواربي: الإثبات في القضاء والفقه، مرجع سابق، ص ١٦.

(٢) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص ١٦٩.

المادي. ففي فرنسا يجمع فقهاء القانون أن إستعمال هذه العقاقير لحمل المتهم على الإعتراف فيه إعتداء واضح على الحرية الشخصية وفيه مساس بكرامة الإنسان. وقد عُقدت عدة مؤتمرات دولية لدراسة هذه الظاهرة فرفضت جميع هذه المؤتمرات إستعمال هذه العقاقير لما تنطوي عليه من إعتداء على حرية العقل الباطن للمتهم وشل حريته في الدفاع. وأوصت لجنة حقوق الإنسان بعدم جواز إستعمال العقاقير المخدرة أو أية وسيلة أخرى من شأنها أن تشل حرية المتهم في التصرف أو تؤثر في ذاكرته وتمييزه، كما أوصت بعدم قبول أي قرار يصدر من المتهم بواسطة هذه الوسائل⁽¹⁾.

وبناءً على ما سبق، فإن إستعمال العقاقير المخدرة لا تثير صعوبة في الحكم بعدم مشروعيتها، بل وفي إندراجها تحت ما يوصف بالإكراه المادي، فضلاً عما تنطوي عليه هذه الوسيلة من قهر للإرادة لحمل المتهم على الإعتراف⁽²⁾.

ثالثاً: إستعمال العقاقير المخدرة بموافقة المتهم.

الرأي السائد هو عدم جواز إستعمال المخدر على الإطلاق ولو بموافقة المتهم، وعلّة ذلك إن القانون قد ضمن حرية المتهم في إبداء أقواله وهو ضمان لا يجوز التهاون فيه ولا يقبل أن يتنازل عنه، لأنه يتعلق بحقوق الإنسان وهو جزء من النظام العام⁽³⁾.

لكن هناك من يرى إن الإعتراف الذي صدر من المتهم أثناء وقوعه تحت تأثير المخدر الذي أعطي بهدف العلاج، يعتبر إعتراً إرادياً مقبولاً في الإثبات⁽⁴⁾.

ومما يجدر ذكره، إن المقنن اليمني في المادة (٦) من قانون الإجراءات الجزائية لم يُشر صراحةً على منع إستعمال العقاقير المخدرة، ولكنه نص في إحدى مواده على أن إستعمال التعذيب أو إيذاء المتهم بدنياً أو معنوياً لقصره على الإعتراف هو أسلوب محظور إستعماله، وإستعمال العقاقير المخدرة يترتب عليه إيذاء بدني لجسم المتهم.

وفي الحقيقة، إن إستعمال العقاقير المخدرة غير جائز على الإطلاق، لأن إستعمالها

(١) المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٢) د. عمر الفاروق الحسيني: مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٣) عدلي خليل: مرجع سابق، ص ١٤٥، ١٤٦.

(٤) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص ١٧٧.

يجعل المتهم فاقداً للإرادة والإختيار، فإذا ما صدر منه إقرار أثناء ذلك كان إقراره باطلاً ولا يُعول عليه ولو كان الإقرار جاء عارضاً أثناء استعمال العقار المخدر بغرض العلاج الطبي. وعلة ذلك هو عدم تحقق شرط الإرادة والإختيار للمتهم حتى لو وافق المتهم على استعمالها، لأن موافقته غير صحيحة لأنها جاءت على عمل غير مشروع، وكذا فإن القانون قد ضمن حرية المتهم في إبداء أقوله وهذا الضمان لا يجوز التنازل عنه لأنه متعلق بالنظام العام.

المبحث الثالث

الوسائل المعنوية غير المشروعة المستخدمة في الحصول على إقرار المتهم

تمهيد وتقسيم:

قد يعجز مأمور الضبط القضائي في الحصول على إقرار المتهم بإختياره وإرادته، لذلك قد يلجأ إلى استخدام إحدى وسائل التأثير المعنوي للحصول على الإقرار في جريمة وقعت وإسنادها إليه، لذلك سنتناول في هذا المبحث وسائل التأثير المعنوي في ثلاثة مطالب، على النحو الآتي:

المطلب الأول

تهديد المتهم

قد يقوم مأمور الضبط القضائي من أجل الوصول إلى إقرار المتهم بتهديده بإحدى صور التهديد، وقد يترتب على هذا التهديد إقرار المتهم، ولكن هذا الإقرار يكون معيباً لعدم توافر شرط الإرادة والإختيار، وللمزيد من البيان سنبين ماهية التهديد (الإكراه المعنوي) وصوره وشروطه وأثره، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: ماهية التهديد:

هو ضغط شخص على إرادة آخر لتوجيهها إلى سلوك معين، ويستوي في ذلك أن يكون التهديد بإيذاء المهدد في شخصه أم في ماله أم بإيذاء غيره من أعزائه، وبهذا يتميز

التهديد بأمرين⁽¹⁾:

1. صدوره عن إنسان.

2. صدوره بقصد الحمل على فعل أو إمتناع معين.

ولما كان الإعتراف الذي يُعتد به يجب أن يكون إختيارياً صادراً عن إرادة حرة فلا يصح التعويل على الإعتراف ولو كان صادقاً متى كان وليد إكراه أو تهديد كائناً ما كان قدره، وجريمة التهديد تتوفر متى ثبت أن المهدد ارتكب التهديد وهو يُدرك أثره من حيث إيقاع الرعب في نفس المجنى عليه، وأنه يريد تحقيق ذلك الأثر بما قد يترتب عليه أن يذعن المجنى عليه مرغماً إلى إجابة الطلب، وذلك بغض النظر عما إذا كان قد قصد إلى تنفيذ التهديد فعلاً، ومن غير حاجة إلى تعرف الأثر الفعلي الذي أحدثته التهديد في نفس المجنى عليه⁽²⁾. لذلك نصت المادة (١٧٨) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أنه: "لا يجوز تحليف المتهم اليمين الشرعية ولا إجباره على الإجابة .. كما لا يجوز التحايل أو إستخدام العنف أو الضغط بأي وسيلة من وسائل الإغراء والإكراه لحمله على الإعتراف".

ثانياً: صور التهديد:

صور التهديد المبطل للإعتراف كثيرة ومتعددة؛ منها تهديد القاتل إذا لم يعترف بالشنق أو بالضرب بالرصاص، أو تهديد المتهم بالقبض على زوجته أو والدته أو أي شخص عزيز عليه، أو تهديده بتسليمه لأهل القتل للإنتقام منه إذا لم يعترف، كل ذلك يترتب عليه بطلان الإعتراف. كما يبطل الإعتراف إذا أدلى المتهم بإعترافه وهو محاط بأهل القتل خاضع لسيطرتهم يسمع شتائمهم ويراهم يهيئون الوسيلة لقتله أو لإيذائه، ويستوي أن يكون التهديد مصحوباً بفعل مادي أو غير مصحوب، كما يستوي أن يكون متضمناً إيقاع الأمر المهدد به في الحال أو غير متضمن له، كما أن التهديد غير المباشر كتعذيب شريك المتهم أمامه يُبطل الإعتراف. كل هذه الصور إذا أحدثت إعتراً فإنه يترتب عليه البطلان⁽³⁾.

(1) د. سامي صادق المأل: مرجع سابق، ص ٩٤.

(2) عدلي خليل: مرجع سابق، ص ٥٩.

(3) د. سامي صادق المأل: مرجع سابق، ص ٩٥.

ثالثاً: شروط التهديد المبطل للإعتراف وأثره على إرادة المعترف: يشترط في التهديد

المبطل للإعتراف شرطان، هما:

الشرط الأول: صدور التهديد بناءً على سبب غير مشروع: إن بعض إجراءات الإستدلال والتحقيق تتسم بطبيعتها بالقهر أو العنف، وبناءً على ذلك ينبغي التمييز بين الوسائل المشروعة التي أتت مع المتهم لحمله على الإعتراف والوسائل غير المشروعة التي أتت في شأنه، فلا يكفي مجرد إخضاع المتهم للتهديد ما لم يكن هذا التهديد وليد إجراءات غير مشروعة. وعلى ذلك لا يكفي التذرع بالخوف من القبض أو الحبس حتى يتحلل المقر من إقراره ما دام القبض والحبس قد وقعا صحيحين وفقاً للقانون. كما أن مجرد وجود المتهم في السجن تنفيذاً لحكم لا أثر له في صحة الإعتراف الصادر منه وهو داخل السجن⁽¹⁾، وإذا شعر المتهم في نفسه بالرهبة والخوف من المحقق متأثراً بقوته وسلطته واعترف تحت تأثير هذه الرهبة فهو إعتراف صحيح حيث لا يوجد إكراه، وذلك لأن سلطان الوظيفة في ذاته بما يسبغه على صاحبه من إختصاصات وإمكانيات لا يُعد إكراهاً مادام هذا السلطان لم يستطل إلى المتهم بأي أذى؛ مادياً كان أم معنوياً. كما أن مجرد الخشية منه لا يُعد قرين الإكراه المبطل للإعتراف ما لم تستخلص المحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها تأثر إرادة المتهم من ذلك السلطان حيث أدلى بإعترافه، ومرجع ذلك لمحكمة الموضوع⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن يؤدي التهديد مباشرة إلى إعتراف المتهم:

إن مجرد حصول تهديد غير مشروع على المتهم لا يكفي لبطلان الإعتراف ما لم يكن هذا التهديد قد أدى مباشرة إلى حمل المتهم على الإعتراف، فإذا رفض المتهم الخضوع تحت تأثير التهديد ولم يصدر منه أي إعتراف بناءً على ما تعرض له من أنواع التهديد ثم اعترف بعد ذلك في مناسبة أخرى فلا يجوز له الإدعاء بأن هذا الإعتراف قد جاء أعقاب التهديد. فالعبرة هنا هي بكون هذا الإعتراف أثراً للتهديد، ولا يُغني عن ذلك مجرد التعاقب الزمني بين الإثنين. ولا يشترط أن يكون الخوف الناتج عن التهديد بدرجة معينة حتى

(1) علي خليل: مرجع سابق، ص ٥٩.

(2) د. سامي صادق الملائ: مرجع سابق، ص ٩٩، ١٠٠.

يكون مفسداً للإعتراف، فلا عبء بدرجة الخوف الذي تعرض له المتهم ما دام الإعتراف قد جاء نتيجة مباشرة لهذا الخوف⁽¹⁾، لذلك إذا توافر شرطي التهديد ونتج عنه إعتراف المتهم كان هذا الإعتراف باطلاً، لأنه صدر عن إرادة غير حرة مع مراعاة أن أثر التهديد في إرادة المعترف أمر متروك تقديره لمحكمة الموضوع على ضوء ظروف كل متهم⁽²⁾.

رابعاً: أثر التهديد في إرادة المعترف.

يؤثر التهديد في إرادة المتهم فيجعل إعترافه باطلاً، لأن المتهم سيجد نفسه بين أمرين: إما أن يعترف ليتفادى الضرر المهدد به، وإما ألا يعترف فيتعرض للخطر. وإختياره الإدلاء بالإعتراف تحت التهديد مرتبط بهدف هروبه من موقفه القاسي الذي لا يمكن للإنسان مقاومته عادةً تحت التهديد، كما يختلف من شخص إلى آخر حسب إختلاف السن والجنس ودرجة التعليم والخبرة والبيئة؛ فأثره على المتهم لأول مرة يختلف على من اعتاد مواقف الإتهام، فمن اعتاد الإجرام لا يتأثر عادةً بالتهديد إلا إذا مس أشخاص أعزاء عليه كوالديه وزوجته أو أولاده فإنه في الغالب يضعف ويعترف⁽³⁾. لذلك نصت المادة (٦) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أنه: "يحظر تعذيب المتهم أو معاملته بطريقة غير إنسانية أو إيدائه بدنياً أو معنوياً لقسره على الإعتراف وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شئ مما ذكر يُهدر ولا يُعَوَّل عليه".

المطلب الثاني

تحليف المتهم اليمني

حظر المقنن اليمني في قانون الإجراءات الجزائية على مأمور الضبط القضائي تحليف المتهم اليمني، حيث نصت المادة (١٧٨) منه على أنه: "لا يجوز تحليف المتهم اليمني الشرعية ولا إجباره على الإجابة ولا يعتبر إمتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة ضده". لذلك إذا كان المقنن قد ألزم الشاهد بأن يحلف يميناً قبل أداء شهادته بأن يشهد بالحق ولا يقول إلا الحق وذلك بهدف حمله على الصدق في أقواله، إلا أن هذا الإلزام لا يسري على

(١) المرجع السابق: ص ١٠٠.

(٢) عدلي خليل: مرجع سابق، ص ٦٠.

(٣) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص ١٠٠.

المتهم، فلا يجوز للمحقق أو لمأمور الضبط القضائي تحليف المتهم اليمين، لأن ذلك فيه إعتداء على حرّيته في الدفاع عن نفسه وإبداء أقواله، كما أنه يضعه في مركز حرج؛ بين مصلحته في حلف اليمين كذباً فيخالف ضميره الديني، وبين أن يُقرّ بالحقيقة ويُعرض نفسه للجزاء، ومبادئ الأخلاق إذا كانت تتجاوز عن المتهم عند كذبه أمام العدالة، لكنها تنكر عليه أن يحلف يميناً كاذبة⁽¹⁾، وقد أجمع الفقه والقضاء على تحريم هذا الإجراء وبطلان الإعتراف المترتب عليه، إذ أن تحليف المتهم اليمين يعتبر من صور التأثير الأديبي في إرادة المتهم مما لا يجوز الإلتجاء إليه⁽²⁾.

وبناءً على ذلك، إذا وجه للمتهم اليمين وحلفها فإن ذلك يعتبر من قبيل الإكراه المعنوي، وهو ما يترتب عليه بطلان الإستجواب وما يترتب عليه من أدلة منها الإعترافات. وهذا البطلان متعلق بالنظام العام، ومن ثم فإنه لا يجوز للمتهم أن يتنازل عنه ولا يصح أن يطلب المتهم تحليفه اليمين قبل إستجوابه إلا إذا حلف المتهم اليمين من تلقاء نفسه فإنه لا يعتبر هذا تقييداً لحرّيته في إبداء أقواله وإنما هو أسلوب في الدفاع يهدف إلى بث الثقة في صدق ما يقرره⁽³⁾.

وبناءً على ذلك، إذا سلمنا بأنه يجوز أن يحلف المتهم اليمين حسب طلبه فإن ذلك سيجعل الفرصة كبرى أمام المتهم لأن يتخلص من التهمة المسندة إليه، لأنه قد يكون المتهم من الأشخاص الذين لا يراعون المبادئ الدينية فسهلاً عليه حلف اليمين ليتخلص من التهمة المنسوبة إليه، لذلك كله لا يجوز تحليف المتهم اليمين ولو بحسب طلبه لأن الضمانات المقررة للمتهم من النظام العام فلا يجوز التعدي عليها ولا يحق للمتهم التنازل عنها، ويترتب على تحليف المتهم اليمين البطلان لجميع الإجراءات المترتبة عليها بما فيها الإعتراف.

(1) عدلي خليل: مرجع سابق، ص ٦١.

(2) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص ١٠٣.

(3) المرجع السابق، ص ١٠٦.

المطلب الثالث

استخدام إحدى وسائل الحيلة والخداع

لا يُجيز القانون لسلطة التحقيق ولا لمأمور الضبط القضائي استخدام وسائل الحيلة والخداع للوصول إلى اعتراف المتهم في جريمة وقعت، والعلة من ذلك أن ممارسة هذا الإجراء يؤثر على إرادة المتهم وقد يجعله يعترف تحت تأثير هذا الإجراء، لذلك سنتناول هذا المطلب على النحو الآتي:

أولاً: المقصود بالحيلة والخداع.

الحيلة تقتضي أن يأتي الشخص أعمالاً خارجية يؤيد بها أقواله الكاذبة ويستر بها غشه لأن الكذب المجرد لا يكفي لتكوين الحيلة بل يلزم تأييده بمظاهر خارجية تعززه، ولا يُجيز القانون استعمال وسائل الحيلة والخداع للوصول إلى اعترافات المتهم، حتى ولو كان الوصول إلى الحقيقة متعذراً بدون استعمالها، لذلك يجب استبعاد الاعترافات الناتجة عن الحيلة والخداع⁽¹⁾. ومثال ذلك إيهام المتهم بوجود أدلة معينة أو قراءة شهادة مغلوطة منسوبة إلى أحد الشهود أو إيهامه بأن غيره من المتهمين قد اعترفوا بالتهمة⁽²⁾.

فكل هذه الوسائل الخادعة تفسد حرية المتهم في الاختيار وتعيب إرادته مما يبطل الاعتراف الصادر منه بناءً عليها، على أنه يشترط وجود علاقة سببية بين هذه الحيل وبين اعتراف المتهم⁽³⁾.

ثانياً: العلة من استبعاد الاعتراف المبني على الحيلة والخداع.

العلة من استبعاد الاعتراف المبني على الحيلة والخداع أن الحيلة تنطوي على نوع من التدليس الذي يوقع المتهم في الغلط فيعيب إرادته، وطالما كانت إرادته معيبة وقت الإدلاء بالاعتراف فإنه لا يكون صحيحاً. على أنه يجب أن تكون الحيلة بقصد إيهام المتهم بواقعة غير حقيقية، أما اعتراف المتهم تحت تأثير اعتقاده الخاطيء بأن الدعوى الجزائية قد سقطت بمضي المدة يعتبر اعترافاً صحيحاً لعدم وجود أي خدعة من الغير. ومجرد قول

(1) د. سامي صادق المأل: مرجع سابق، ص 107.

(2) د. حسني الجندي: مرجع سابق، ص 40.

(3) عدلي خليل: مرجع سابق، ص 62.

المتهم بأن الأقوال والاعترافات التي صدرت منه كانت بإيعاز من مأمور الضبط القضائي لا يُعد دفعًا ببطلان الاعتراف، لأن الإيعاز لا يحمل معنى الإكراه المعنوي ولا التهديد المدعى بهما⁽¹⁾.

ثالثاً: أهم صور التذليل التي يلجأ إليها مأمور الضبط القضائي أو المحقق.

قد يلجأ مأمور الضبط القضائي أو المحقق إلى العديد من وسائل الحيلة والخداع من أجل الوصول إلى اعتراف المتهم، وأهم هذه الوسائل ما يلي:

1. الاستماع خلسة إلى المحادثات التلفونية:

المحادثات التلفونية تتضمن أدق أسرار وخبايا النفس، ففيها يطمئن المتحدث إلى غيره فيبثه أسراره دون حرج أو خوف من تسمّع الغير، معتقداً أنه في مأمن من الفضول واستراق السمع⁽²⁾. والاستماع خلسة إلى هذه المحادثات أي مراقبتها يعتبر من الطرق الاحتيالية المحرمة لأن فيها انتهاكاً واعتداءً على حق الإنسان في سرية مراسلاته⁽³⁾. وذلك لأن مبدأ حرمة الاتصالات الخاصة بالأفراد والمبادئ الأساسية متعلقة بالنظام العام فلا يجوز الخروج عليها⁽⁴⁾. وقد أكد على ذلك قانون الإجراءات الجزائية اليمني، حيث نصت المادة (14) منه على أنه: "لا يجوز المساس بحرية الحياة الخاصة للمواطن في غير الأحوال المصرح بها في هذا القانون ويعتبر مساساً ارتكاب أحد الأفعال التالية:

- 1) استراق السمع أو تسجيل أو نقل المحادثات التي تجرى في مكان خاص أو عن طريق الهاتف أو عن طريق جهاز من الأجهزة أيًا كان نوعه.
- 2) التقاط أو نقل صورة شخص في مكان خاص بجهاز من الأجهزة أيًا كان نوعه.
- 3) الاطلاع على الخطابات أو الرسائل أو البرقيات أو مصادرتها.

(1) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص 107 وما بعدها.

(2) عدلي خليل: مرجع سابق، ص 63.

(3) د. سامي صادق الملاً: مرجع سابق، ص 107 وما بعدها.

(4) عبد الحميد الشواربي: الإثبات الجنائي في القضاء والفقهاء، مرجع سابق، ص 22.

ومراقبة التلغونات إجراء من اجراءات التحقيق فلا يجوز لمأموري الضبط القضائي القيام بمثل هذا العمل. وبالرغم من أن هذا الإجراء من اجراءات التحقيق إلا أن المقنن رأى عدم إطلاق يد النيابة وهي سلطة التحقيق بالنسبة لهذا الإجراء، حيث حد من حريتها وجعل سلطتها في مراقبة التلغونات مشروطة بالحصول أولاً على أمر مسبب بذلك من القاضي ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً، فإذا روعيت الشروط المنصوص عليها في القانون أثناء تسجيل المحادثات التلغونية فإن هذا الاجراء يضحى إجراءً قانونياً وتقبل الأدلة المترتبة عليها ومن بينها الاعتراف.

2. تسجيل أقوال المتهمين خلسة بواسطة آلة التسجيل:

تسجيل الأقوال خلسة بواسطة آلة التسجيل هو أمر يجافي قواعد الخلق القويم وتآباه مبادئ الحرية التي كفلتها كافة الدساتير، وهو في حقيقته يعتبر تلصصاً وانتهاكاً لألصق الحقوق بشخص الإنسان وهو حقه في ألا يتسلل أحد إلى حياته الخاصة⁽¹⁾. ولم يُجز المقنن اليمني التسجيل خلسة للأماكن الخاصة في المادة (14) من قانون الإجراءات الجزائية السالفة الذكر.

وبناءً على ذلك، فإن التسجيل خلسة يُعد اقتحام لحق الخلو الشخصية للفرد، ويترتب على ذلك بطلان الإجراءات المترتبة عليه بطلاناً مطلقاً، ولا يصححه إقرار المتهم وموافقته على إجراء التسجيل، لذلك فإن المحكمة تستبعد التسجيلات وتهدر ما ترتب عليها من اعترافات دون حاجة إلى الخوض في تفاصيلها⁽²⁾.

(1) عدلي خليل: مرجع سابق، ص 66.

(2) د. سامي صادق المألا: مرجع سابق، ص 115 وما بعدها.

المبحث الرابع

الأثار المترتبة على الاعتراف اللاإرادي

سنتناول في هذا المبحث الآثار المترتبة على الاعتراف اللاإرادي، وذلك من خلال التعرف على حجية الاعتراف الصادر من المتهم بدون إرادة حرة منه، وكذا العلة من عدم الأخذ بهذا الاعتراف، وما هي العقوبة التي رتبها القانون لمن يقوم بممارسة هذا الإجراء، وذلك في مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول

حجية الاعتراف اللاإرادي

استخدام وسائل التأثير - المادية والمعنوية كما أسلفنا - يتعارض مع حرية الإرادة والاختيار التي يجب أن يتمتع بها المتهم حتى يكون اعترافه ثمرة بواعث ذاتية، لذلك سنبين في هذا المطلب مدى حجية الاعتراف الناشئ عن استخدام إحدى وسائل التأثير، ومن ثم نتناول تقدير المحكمة لهذا الاعتراف، على النحو الآتي:

أولاً: حجية الاعتراف الناشئ عن قيام مأمور الضبط القضائي بانتزاعه بإحدى وسائل التأثير.

لكي يكون الاعتراف صحيحاً ومنتجاً لأثاره فإنه يتعين أن يصدر عن شخص يتمتع بحرية الإرادة والاختيار، أي أن يكون ثمرة بواعث ذاتية للمتهم⁽¹⁾. فإذا تخلف شرط تمتع المتهم بحرية الاختيار وجاء اعترافه غير صادر عن إرادة حرة وواعية فإن هذا الاعتراف يترتب عليه البطلان وهو بطلان متعلق بالنظام العام، ويجوز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، وتقضي المحكمة به ولو بغير طلب، وإذا تقرر بطلان الاعتراف فإن الدليل المستمد منه لا يكون محلاً لأي اعتبار، كما أن هذا البطلان يمتد إلى جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة، لأن كل ما يبنى على باطل فهو باطل⁽²⁾.

(1) د. حسني الجندي: مرجع سابق، ص 25.

(2) عدلي خليل: مرجع سابق، ص 78.

ويستوي أن يكون المعترف هو الذي دفع بالبطلان أو أن يكون أحد المتهمين الآخرين في الدعوى قد تمسك به، ما دام الحكم قد عوّل في قضائه بالإدانة على ذلك الاعتراف⁽¹⁾.

والدفع ببطلان الاعتراف لصدوره تحت التهديد أو الاكراه هو دفع جوهرى يجب على محكمة الموضوع مناقشته والرد عليه ما دام الحكم قد عوّل في قضائه بالإدانة على ذلك الاعتراف⁽²⁾.

وقد رتب القانون اليمني على استخدام إحدى وسائل التأثير للحصول على اعتراف المتهم ببطلان هذا الاعتراف، فلا يأخذ به ولا يعوّل عليه، وذلك لصدوره عن إرادة غير حرة للمتهم، وهذا ما أكدته المادة (6) من قانون الاجراءات الجزائية اليمني، والتي نصت على أنه: "يحظر تعذيب المتهم او معاملته بطريقه غير إنسانية أو إيذائه بدنياً أو معنوياً لقصره على الاعتراف، وكل قول يثبت أنه صدر عن أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شيء مما ذكر يهدر ولا يعوّل عليه".

ثانياً: تقدير المحكمة للاعتراف أمام مأمور الضبط القضائي.

الاعترافات التي تحدث أمام مأمور الضبط القضائي هي اعترافات غير قضائية تخضع لحريه القاضي في تكوين عقيدته منها، لأنها لا تخرج عن كونها دليلاً في الدعوى الجزائية، شأنها شأن سائر باقي الأدلة. فطالما أن الأدلة في المواد الجزائية إقناعيه فإن وقت الاعتراف أو الجهة التي أدلي به أمامها ليس لها أهمية متى اقتنعت سلطة الحكم بصحته وبأنه لم يكن وليد إكراه أو تأثير ما.

لذلك، إذا عدل المتهم عن اعترافه أو أنكره أمام المحكمة وجب عليها أن تبين في حكمها سبب عدم أخذها بعدول المتهم أو انكاره الذي تم أمامها وتحويلها على اعترافه السابق أمام مأمور الضبط القضائي أو النيابة ما دامت قد أطمأنت إليه.

(1) د. عبد الحكيم فودة: مرجع سابق، ص 339.

(2) د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص 363.

والاعترافات في المسائل الجزائية من عناصر الاستدلال التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها وقيمتها في الإثبات بغير معقب ما دامت تقيمه على أسباب سائغة⁽¹⁾.

فإذا دفع المتهم بأن اعترافه أمام مأمور الضبط القضائي كان تحت إكراه أو تأثير فعلى المحكمة أن تتحقق من هذا الدفع؛ فالقاضي له أن يعول على اعتراف المتهم متى اطمئن أنه يمثل الواقع، على الرغم من إنكاره أمامه بجلسة المحكمة، وبذلك صار تقدير الاعتراف وقيمه من شؤون قاضي الموضوع يُجيزه حسبما ينكشف له من ظروف الدعوى⁽²⁾.

لذلك، إذا كان الاعتراف ناتجاً عن استخدام إحدى وسائل التأثير، أي لم يتوافر فيه شرط الاختيار والإرادة، فعلى القاضي أن يطرح هذا الاعتراف، فإن لم يفعل بطل الحكم الذي استند على هذا الاعتراف لأنه استند على دليل باطل⁽³⁾.

ثالثاً: علة عدم قبول الاعتراف اللا إرادي.

العله من استبعاد الاعتراف اللاإرادي هو أن الحصول عليه عن طريق العنف أو التهديد أو الوعد يجعله بعيداً عن الحقيقة مزوراً ضد مصلحة المتهم⁽⁴⁾. باعتبار أن الشخص لا يمكنه أن يدلي بمحض إرادته باعتراف مزور ضد مصلحته، كما أن الاعتراف غير اللا إرادي مرفوض بسبب ما يتهدد المتهم من خطر إذا هو لم يعترف زوراً. وكذا فإن من أسباب استبعاد الاعتراف اللاإرادي الرغبة في منع مأموري الضبط القضائي والمحققين من التمادي في إساءة استعمال السلطة؛ فعندما يتبينون أن مجهوداتهم التي بذلت للتأثير على المتهم لحمله على الاعتراف ذهبت هباءً، فإن ذلك يدفعهم إلى عدم تكرار هذه التصرفات واتخاذ الإجراءات القانونية السليمة. كذلك من أسباب استبعاد الاعتراف اللاإرادي هو أن الإكراه يجعل المتهم يعترف بغير إرادته، فأقراره هنا لا قيمة له أي أن وسائل التأثير تتطوي على قهر للإرادة لحمل المتهم على الاعتراف⁽⁵⁾.

(١) عدلي خليل: مرجع سابق، ص 140، 144.

(٢) د. مصطفى مجدي هرجة: مرجع سابق، ص 224.

(٣) د. محمد زكي عامر: مرجع سابق، ص 198.

(٤) عدلي خليل: مرجع سابق، ص 55.

(٥) عمر الفاروق الحسني: مرجع سابق، ص 150.

المطلب الثاني

مسؤولية مأمور الضبط القضائي عن الاعتراف بالإرادي

الاعتراف الذي يجب أن يعول عليه لابد أن يكون اختياريًا، بحيث يكون المتهم قد أدلى بالاعتراف وهو في كامل إرادته، وهذا يقتضي أن يكون المتهم على علم بما تم في الدعوى مدرّكًا معنى ما يُقر به متمتعًا بحرية الاختيار، لذلك يجب أن تكون إرادته بعيدة عن أي ضغط ما لم سيترتب على ذلك بطلان الاعتراف⁽¹⁾. ولم يتوقف المقنن اليمني على بطلان الاعتراف فحسب، بل عاقب الشخص الذي قام بممارسة هذا الإجراء، وهذا ما تبين في المادة (160) من قانون الجرائم العقوبات اليمني، حيث نصت على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات كل موظف عام عذب أثناء تأديته وظيفته أو استعمل القوه أو التهديد بنفسه أو بواسطة غيره مع متهم أو شاهد أو خبير لحمله على الاعتراف بجريمة أو على الإدلاء بأقوال أو معلومات في شأنها وذلك دون إخلال بحق المجنى عليه في القصاص أو الدية أو الأرش"⁽²⁾.

من خلال المادة السابقة يتضح لنا أن المقنن قد واجه فرضين:

أولهما: إنه ترك الصلاحية للقاضي الحرية في اختيار العقوبة المناسبة للموظف العام الذي قام بتعذيب المتهم، حيث أنه جعل العقوبة لا تزيد على عشر سنوات، وبذلك يستطيع أن يختار مدة العقوبة بحيث لا تتجاوز العشر السنوات.

ثانيهما: إنه في حالة التعذيب الذي يؤدي الى الوفاة نص المقنن على عدم الإخلال بحق المجنى عليه في القصاص أو الدية أو الأرش، فبذلك يمكن أن يتقرر القصاص من مأمور الضبط القضائي (الموظف العام)، إذا أدى إلى وفاة المجنى عليه أو الاستعاضة عن القصاص بالدية إذا سقط القصاص لأي سبب، وكذا حق المجنى عليه في الأرش إذا توافرت شروطه.

(1) علي خليل: مرجع سابق، ص 55.

(2) القرار الجمهوري بالقانون رقم (12) لسنة 1994م بشأن الجرائم والعقوبات اليمني، وزارة الشؤون القانونية.

كذلك نصت المادة (256) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة كل من أعتدى على حرمة الحياة الخاصة وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجنى عليه:

أ- استراق السمع وسجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيًا كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق الهاتف.

ب- التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيًا كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

ويعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو بالغرامة الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماد على سلطة وظيفته. ويحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم في الجريمة كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو إعدامها".

الخاتمة

في ختام دراستنا توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات نوجزها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج: خلص الباحث إلى عدد من النتائج، أهمها:

1. إن وسائل التأثير المادي والمعنوي المستخدمة للحصول على الاعتراف يعتبر تعدياً واضحاً على الحرية الشخصية للمتهم.
2. إن ما يعتبره مأمور الضبط القضائي مشروعاً للحفاظ على مصلحة الأمن، فإنه يعتبر في حقيقة الأمر مخالفة صارخة لنصوص القوانين التي وجدت لحماية الحقوق والحرريات.
3. رتب القانون البطلان على الاتراف اللا إرادي، بالإضافة إلى المسؤولية الجزائية على مأمور الضبط القضائي الذي قام بممارسة العنف على المتهم للحصول على اعترافه.

ثانياً: التوصيات: انتهى الباحث إلى عدد من التوصيات، أهمها:

1. على مأمور الضبط القضائي أن يراعي أن هذا المتهم يتمتع بكافة الحقوق والحرريات، وعليه أن يحترم تلك الحقوق والحرريات باعتبارها ذات طابع دستوري لا يجوز التعدي عليها ولو بموافقة المتهم.
2. ضرورة عقد عدد من الدورات التأهيلية من أجل ترسيخ النصوص الشرعية والقانونية، والتأكيد على تطبيقها والترفع عن استخدام أية وسيلة تهدم الحقوق والحرريات التي تحميها، باعتبار أن هذه النصوص عندما وضعت لم توضع إلا لتطبق لا أن تهمش أو أن تكون مظهر من مظاهر مسيطرة ركب التطور الإنساني أو مجرد براهين نظرية على حماية حقوق الفرد وحياته.
3. ضرورة تفعيل النصوص العقابية على مرتكبي جرائم العنف على المتهمين.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة والمتخصصة.

1. د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
2. د. جودة حسين محمد جهاد: الإثبات الجنائي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م.
3. د. حسني الجندي: أصول الإجراءات الجزائية في الإسلام، دن، طبعة 1990م.
4. د. رشيد التليلي: الندوة العلمية الأولى (المتهم حقوقه في الشريعة الإسلامية)، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1986م.
5. د. سامي صادق الملا: إقرار المتهم، المطبعة العالمية، القاهرة، ط3، 1986م.
6. د. طه جابر العلواني: الندوة العلمية الأولى (المتهم حقوقه في الشريعة الإسلامية)، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1986م.
7. د. عبد الحكيم فوده: البراءة وعدم العقاب في الدعوى الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990م.
8. د. عبدالحميد الشواربي: الإثبات الجنائي في القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988م.
9. د. عبدالحميد الشواربي: البطلان الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.
10. عدلي خليل: اعتراف المتهم فقهاً وقضاً، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987م.
11. د. عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحمله على الإقرار، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1986م.

12. د. قدري عبدالفتاح الشهاوي: جرائم السلطة الشرطة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، د.ت.
 13. محمد أحمد عابدين: الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الجنائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.
 14. د. محمد زكي عامر: الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة، الإسكندرية، د.ت.
 15. د. محمد فاروق النبهان: مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي، وكالة المطبوعات بالكويت، ط2، 1981م.
 16. د. محمد نعيم فرحات: شرح القسم الخاص في التشريع الجنائي الإسلامي، دار النهضة الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م.
 17. د. محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988م.
 18. د. مصطفى مجدي هرجه: الإثبات في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعة، الإسكندرية، 1990م.
 19. هشام قبلان: الندوة العلمية الأولى (المتهم حقوقه في الشريعة الإسلامية)، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 1986م.
- ثانياً: الدساتير والقوانين.**

1. الدستور الدائم للجمهورية اليمنية.
2. القرار الجمهوري بالقانون رقم (13) لسنة 1994م بشأن الاجراءات الجزائية اليمني.
3. القرار الجمهوري بالقانون رقم (12) لسنة 1994م بشأن الجرائم والعقوبات اليمني.



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية Journal of Legal & Social Sciences

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences

الصفحة الرسمية للمجلة : www.sabauni.net/ojs

عنوان البحث:

الحقوق الأساسية للمتهم في القانون اليمني (دراسة مقارنة)

أ.د. منير محمد الجوبي

أستاذ القانون الجنائي

كلية الدراسات العليا - أكاديمية الشرطة

ملخص البحث

معلومات البحث

تحظى حقوق الإنسان باهتمام دساتير وقوانين الدول المختلفة في أنحاء العالم وكذا لدى المؤتمرات والمواثيق الدولية والإقليمية، وقد جاء ذلك نتيجة لما عاناه الإنسان من إهدار لكرامته واضطهاد لأدميته على مر العصور.

تاريخ تسليم البحث:

١ مارس ٢٠٢٤ م

وتظهر أهمية هذا البحث في أنه يُبين كيفية حماية الحقوق والحريات الشخصية في مواجهة الإجراءات المخولة لسلطات الضبط القضائي، من خلال إبطال كل إجراء مخالف للقواعد والضوابط القانونية المنظمة له، وما يترتب على ذلك من رفع دعاوى تعويض عن الأضرار التي أصابت الأفراد من خلال الإجراءات غير المشروعة.

تاريخ قبول البحث:

٨ أبريل ٢٠٢٤ م

وقد هدف هذا البحث إلى بيان الحقوق الأساسية للمتهم في القانون اليمني؛ كحق المتهم في البراءة، وحق المتهم في الاستعانة بمحامى، وحق المتهم في السلامة الجسدية.

وقد اشتمل هذا البحث على ثلاثة مباحث، تم تخصيص المبحث الأول لتوضيح حق المتهم في البراءة، وجعلنا المبحث الثاني لبيان حق المتهم في الاستعانة بمحامى، أما المبحث الثالث فقد تضمن حق المتهم في السلامة الجسدية.

وقد استعنت في كتابة هذا البحث بالمنهج الوصفي التحليلي، وكذا المنهج المقارن كلما استدعى الأمر ذلك، وفي نهاية البحث خرجت بمجموعة من النتائج والتوصيات.

الباحث: أ.د. منير محمد الجوبي

البريد الإلكتروني:

Dr-aljobi@gmail.com

Abstract

Human rights receive attention in the constitutions and laws of various countries around the world, as well as in international and regional conferences and conventions. This came as a result of the loss of human dignity and persecution of humankind throughout the ages.

The importance of this research appears in that it shows how to protect personal rights and freedoms in the face of measures authorized by judicial control authorities, by invalidating every measure that violates the rules and legal controls regulating it, and the resulting filing of claims for compensation for the damages that befell individuals through illegal procedures. .

This research aimed to clarify the basic rights of the accused in Yemeni law. Such as the accused's right to innocence, the accused's right to seek the assistance of a lawyer, and the accused's right to physical integrity.

This research included three sections. The first section was devoted to clarify the accused's right to acquittal, and the second section to explain the accused's right to seek assistance from a lawyer. The third section included the accused's right to physical integrity.

In writing this research, I used the descriptive and analytical method, as well as the comparative method whenever necessary, and at the end of the research I came up with a set of results and recommendations.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد، فما من مخلوق أكرمه الله ورفع قدره مثل الإنسان، إذ خلقه بأمره وسواه بيده وأسجد له ملائكته وبعث إليه رسله، ونادى بشأنه في هذا الوجود، قال تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا"⁽¹⁾.

ومن مظاهر تكريم الإنسان أن تظل حرية مكفولة وكرامته مصونة، ونتيجة لتطور المجتمع إتسع نطاق تدخل الدولة في تصرفات الأفراد، واتسعت بذلك قاعدة التجريم والعقاب، وقد كشف هذا التطور عن حقوق أساسية للإنسان في مواجهة سلطات الدولة، ومن ثم قامت الحاجة لإقامة توازن حقيقي بين حق الفرد في التمتع بحقوقه وحرياته العامة أو الأساسية وبين سلطة الدولة في العقاب.

وتوخياً للتطبيق السليم لقاعدة التجريم والعقاب، كان لا بد من تنظيم القضاء الجزائي وبيان حدوده واختصاصاته المختلفة، وذلك لإرساء المبادئ التي تكفل تطبيق هذه النصوص، ولم يقف التنظيم القضائي عند حد بيان جهات الحكم وكيفية إيقاع الجزاء، بل أوجد من القواعد القانونية التي توضح سير الإجراءات من لحظة وقوع الجريمة حتى صدور حكم بات فيها، متوخياً التحديد الدقيق للواقعة وانطباقها على النص التجريمي، وتحديد من صدرت عنه الأفعال المجرمة تحديداً نافياً لكل شبهة⁽²⁾، وواقع الحال يؤكد أن القضاء وحده لا يستطيع تحمل عبء الجريمة منذ لحظة وقوعها حتى صدور حكم بات فيها، لذلك باتت الحاجة ماسة إلى وجود عدد من الأجهزة التي تُعين القضاء على النهوض بعمله، ومن بين هذه الأجهزة جهاز الضبطية القضائية الذي يتولى القيام بوظيفته موظفون عاملون يطلق عليهم مأموري الضبط القضائي. ويختص جهاز الضبطية القضائية أساساً بوظيفة تمهيدية تسبق مرحلتي التحقيق الابتدائي والمحاكمة، تهدف إلى اكتشاف الجرائم وجمع دلائل إثبات التهمة أو نفيها وضبط مرتكبيها، ويطلق على المرحلة التي تباشر فيها هذه الوظيفة مرحلة جمع الاستدلالات⁽³⁾.

⁽¹⁾ سورة الإسراء: الآية (70).

⁽²⁾ د. محمد عيد الغريب: الاختصاص القضائي لمأموري الضبط القضائي في الأحوال العادية والاستثنائية، 2000م، ص 5.

⁽³⁾ د/ محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 3، 1995م، ص 410.

وإذا كان هذا هو الاختصاص الأصلي لمأمور الضبط، فإن القانون قد منح مأمور الضبط بصفة استثنائية الحق في القيام ببعض الإجراءات التي تختص بمباشرتها أصلاً سلطة التحقيق مثل إجراءات القبض والتفتيش، لما فيها معنى الاعتداء على حرمة الشخص أو حرمة مسكنه، وذلك في أحوال التلبس بالجريمة وكذا بناءً على أمر النائب. وترتيباً على ما سبق، فقد حرصت القوانين الإجرائية على تحديد نطاق اختصاص كلاً من سلطة الضبطية القضائية وسلطة التحقيق الابتدائي، وذلك لاستقرار النظام القانوني وتحقيق التوازن الاجتماعي بين حقوق الأفراد وواجبات السلطة⁽¹⁾.

كما أن لهذه الدراسة فائدة لأعضاء الضبطية القضائية، وكذلك بالنسبة للأفراد، فبالنسبة لأعضاء الضبطية القضائية فإن هذه الدراسة تظهر أهميتها في بيان الضوابط والضمانات القانونية التي يتعين عليهم الالتزام بها عند مباشرتهم لإجراءاتهم. وبالنسبة للأفراد فإن هذه الدراسة تظهر أهميتها في حماية حقوقهم وحياتهم الشخصية في مواجهة الإجراءات المخولة لسلطات الضبط القضائي من خلال إبطال كل إجراء مخالف للقواعد والضوابط القانونية المنظمة له، وما يترتب على ذلك من رفع دعاوى تعويض عن الأضرار التي أصابت الأفراد من خلال الإجراءات غير المشروعة⁽²⁾.

ولا شك أن اختصاص مأمور الضبط القضائي ينحصر في البحث عن الجرائم وجمع الاستدلالات التي تلزم للتحقيق في الدعوى، بحيث لا يدخل في مجال اختصاصهم أي عمل من أعمال التحقيق، إذ أن هذه الأخيرة تمس الحريات الشخصية وغيرها من الحقوق، فضلاً عن أن الضمانات المتوفرة في أعضاء سلطة التحقيق قد لا تتوافر في إجراءات التحقيق⁽³⁾.

وسوف تتركز دراستنا لهذا البحث في ثلاثة مباحث، الأول سوف ندرس فيه حق المتهم في البراءة، والثاني سنجعله محلاً لبيان حق المتهم في الاستعانة بمحامي، أما المبحث الثالث سيكون موضوعه حق المتهم في السلامة الجسدية.

⁽¹⁾ د. عمر السعيد رمضان: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م، ص5.

⁽²⁾ أكدت على ذلك محكمة النقض المصرية في إحدى أحكامها بقولها: "إن أي قيد يرد على الحرية الشخصية بوصفها حقاً طبيعياً من حقوق الإنسان لا يجوز إجراؤه إلا في حالة من حالات التلبس كما هو معروف قانوناً أو بإذن من السلطة المختصة، نقض 2000/1/17م، أحكام محكمة النقض، س51 رقم 23765".

⁽³⁾ د/ عبدالله ماجد العكايلة: الاختصاصات القانونية لمأمور الضبط القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010م، ص28.

المبحث الأول

حق المتهم في البراءة

تمهيد وتقسيم:

إن أصل ضمانات الحرية الشخصية جميعها ينبعث من مبدأ افتراض براءة المتهم، فهو بمثابة الدستور الأساسي لضمان حرية المتهم الشخصية وتدعيم موقفه أمام قوة الإدعاء، ولا يحد من نطاق هذا الافتراض غير الحكم الصادر بالإدانة وحده⁽¹⁾.

ولهذا يعتبر مبدأ البراءة مصدراً لكافة الضمانات الإجرائية التي أحاط بها القانون الوضعي كل من يوضع موضع الاتهام، ولكونه الدعامة الأساسية التي يقوم عليها صرح العدالة الجنائية، واستناداً إلى هذا المبدأ لا يجوز لرجل الشرطة خلال مرحلتي الاستدلال والتحقيق أن يتخذ أي إجراء من شأنه المساس بحقوق الأفراد وحريةهم الأساسية؛ كالمساس بحرية الحركة والتنقل، أو الاعتداء على السلامة الجسدية، أو حرمة الحياة الخاصة، أو الحرمان من حق الاستعانة بمحام⁽²⁾، لذلك سنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول

مفهوم مبدأ البراءة

أولاً: في القانون.

إن المبدأ الأساسي للإجراءات الجزائية هو مبدأ البراءة الذي يستفيد منه الشخص المدعى عليه حتى صدور حكم نهائي ضده⁽³⁾، ويتصل أصل البراءة بمبدأ الشرعية اتصالاً وثيقاً لا يقبل التجزئة؛ فأصل البراءة هو جوهر الشرعية الجنائية، إذ لا وجود للشرعية بدون

⁽¹⁾ د. نبيل عبدالمنعم جاد: ضمانات الحرية الشخصية في ظل قانون الطوارئ خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة، مرجع سابق، ص92؛ ويُعد حق الإنسان في افتراض براءته من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد، حيث يترتب عليه كافة حقوق الإنسان الأخرى، فحماية الحرية الشخصية التي يتمتع بها كل إنسان تفترض براءته إلى أن يثبت إدانته في محاكمة قانونية، د. عبدالرزاق عبداللطيف، حق الإنسان في افتراض براءته، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد الثالث والعشرون، السنة الثانية عشر، إبريل 2033م، ص285.

⁽²⁾ لقد سبقت التشريعات الغراء كافة التشريعات الوضعية في إقرارها لمبدأ البراءة والأخذ به، وتنظيمه ووضع ضوابطه وقيوده، وليس هذا بغريب على الشريعة الإسلامية السمحة التي أرست أسس مبادئ العدالة الحقة، فتشددت في احترام حقوق الإنسان الأساسية، وحرصت كل الحرص على الحفاظ عليها من أن يمسه يد العدوان، وإذا كان العصر الحالي قد عرف بأنه عصر الحرية والمحافظة على حقوق الإنسان، فإن الشريعة قد عرفت ذلك وطبقته منذ نحو أربعة عشر قرناً من الزمان، د. عادل خراشي، مرجع سابق، ص70،69.

⁽³⁾ M.L.Rassat: Traite de procedure penale., op.cit., p.614 .

احترام هذا الأصل في كافة مراحل الدعوى الجزائية، فكل إجراء يتخذ قبل المتهم يجب أن يراعي فيه هذا المبدأ، وبذلك نحافظ على إنسانية المتهم وكرامته وحياته الخاصة⁽¹⁾.

وافترض براءة المتهم من الاتهام الموجّه إليه يُعد قاعدة من القواعد الأساسية في نظم الإجراءات الجزائية الحديثة، وهي تعني أن على سلطات الدولة كافة أن تعامل المتهم وتنتظر إليه على أساس أنه لم يرتكب الجريمة أو الجرائم محل الاتهام ما لم يثبت عليه ذلك بحكم قضائي بات⁽²⁾.

وتبدو أهمية هذا المبدأ في أنه يُعد ضماناً أساسياً للحرية الشخصية لكل من يوضع موضع الاتهام، إذ يقضي ذلك أن كل شخص يُتهم بجريمة مهما بلغت خطورتها يجب معاملته بوصفه شخصاً بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، أي أن براءة الإنسان هي الأصل العام ولا تنتقي إلا وقت خروجه من دائرة الإباحة إلى نطاق التجريم، وهو ما لا يمكن الجزم به وتقريره إلا بحكم قضائي بات⁽³⁾.

على أن البحث عن الحقيقة المجردة لا يمكن تحقيقه دون مساس بحرية المتهم وحقوقه الأساسية، وهذا يعني أن حرية المتهم مهددة من جانب السلطات في سبيل الوصول إلى الحقيقة، الأمر الذي اقتضى حماية هذه الحرية وتلك الحقوق بافتراض براءة المتهم طيلة الفترة التي تستغرقها الإجراءات الجزائية حتى تثبت إدانته بالدليل القاطع⁽⁴⁾.

ولهذا يعتبر مبدأ البراءة مصدراً لكافة الضمانات الإجرائية التي أحاطت بها القوانين الوضعية كل من يوضع موضع الاتهام، أي أن هذا المبدأ يمثل الحصن الحصين الذي يلوذ به كل من يكون في قفص الاتهام ليحتمي وراءه من جور السلطة وتعسفها⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ د. عبدالإله النوايسه، مرجع سابق، ص 135.

⁽²⁾ د. محمد سليم العوا: الأصل براءة المتهم، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب الرياض، 1406هـ - 1986م، ص 243.

⁽³⁾ د. حسن ربيع، مرجع سابق، ص 483، 484.

⁽⁴⁾ بيد أن هذه الحماية يجب ألا تكون على حساب المصلحة العامة التي تقتضى ألا يفلت مجرم من العقاب، فحرية الفرد مصنونة، ما لم يعتدي على حريات الآخرين، وحقوقه مصنونة ما لم يعتدي على حقوق الآخرين، فإن أساء استعمال حقه في الحرية المتاحة له فمقتضى العدالة أن يسلب قسطاً من حرية من لم يحسن استغلالها والانتفاع بها، وهذا ما تقتضيه ضرورة حفظ كيان المجتمع وحماية استتباب الأمن فيه. للمزيد يُنظر: أحمد إدريس أحمد، مرجع سابق، ص 64.

⁽⁵⁾ لذلك حرص المقننات اليميني والمصري على النص صراحةً على هذا المبدأ في الدستور في المادة (47) يمني و(67) مصري، حيث قررا بأن: "المتهم برئ حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات".

ثانياً: في الشريعة الإسلامية:

تُعد براءة الذمة مبدأً مهماً في الشريعة الإسلامية وإحدى الوسائل الكثيرة المتضافرة على تحقيق العدالة للمتهم؛ فالمرء يولد خالياً من كل خطيئة ومسؤولية وما يتعلق به إنما يطرأ لأسباب عارضة، قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: "كل مولد يولد على الفطرة..."⁽¹⁾، فإذا اتهم شخص بجريمة وأنكر فهو بريء حتى يثبت المدعي ذلك، لأن ظاهر الحال شاهد له ولم يثبت خلافه، وإذا وقع الشك في وجود ما يزيل اليقين بقي الأمر المتيقن معتبراً حتى يتحقق السبب المزيل، لأن اليقين لا يزول بالشك⁽²⁾، قال تعالى: "وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً"⁽³⁾. وعندما يتحدث فقهاء المسلمين عن مبدأ البراءة إنما يتحدثون عنه باعتباره أصلاً عاماً يطبق في كل فروع العبادات والمعاملات، فهو يشمل كل صور الواجبات والتكليفات حتى الدينية البحتة أو التعبدية المحضة⁽⁴⁾.

ويتفرع عن هذا المبدأ أقوال أخرى منها ما يُعبر عنه الفقهاء بقولهم: "اليقين لا يزول بالشك"، وقاعدة أخرى مقتضاها: "درء الحدود بالشبهات"، وكثيراً ما يتردد على ألسنة الفقهاء قولهم "الأصل براءة الذمة" أي تخلصها وعدم انشغالها بحق آخر، فكل شخص يولد وذمته بريئة تطبيقاً لقوله صل الله عليه وآله وسلم: "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه..."⁽⁵⁾.

ومجرد الشك والريبة لا يكفي دليلاً لعقاب المتهم أو المساس بحقوقه وحرياته، لأن البراءة أصل فيه، ولا يرتفع هذا الأصل بمجرد الشك والريبة، بل لا بد من قيام الدليل الشرعي القاطع على ثبوت التهمة، ويؤيد هذا ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: "لو كنت راجماً أحد بغير بينة لرجمت فلانة، فقط ظهر منها الريبة في منطقتها وهيئتها ومن يدخل عليها"⁽⁶⁾.

¹ صحيح مسلم بشرح النووي للحديث رقم 2658، كتاب القدر، ج8، ص210.

² د.التهامي النقرة: وسائل تحقيق العدالة للمتهم في الشريعة الإسلامية، المركز العربي للدراسات الأمنية، الرياض، 1406هـ-1986م، ص90، 89.

³ سورة النجم: الآية (28).

⁴ د.محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص300.

⁵ صحيح مسلم بشرح النووي، الحديث رقم 2658، كتاب القدر، ج8، ص210.

⁶ صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب اللعان، الحديث رقم 1497، ج5، ص128، نيل الأوطار للشوكاني، ج4، مرجع سابق، ص651.

وهذا يستلزم بالضرورة معاملة المتهم على أساس مبدأ البراءة أو براءة ذمته مما وجّه إليه من اتهام إلى أن يثبت هذا الاتهام في مواجهته بالحكم البات، فالأصل براءة الذمة، فمن أدعى على غيره حقاً أو قولاً فعليه الدليل⁽¹⁾.

ونخلص مما سبق، إلى أن شريعتنا الإسلامية الغراء قد سبقت كافة القوانين الوضعية في إقرارها لمبدأ البراءة⁽²⁾ والأخذ به وتنظيمه ووضع ضوابطه وقبوده، والأخذ بنتائجها وتطبيقاته المختلفة، وهذا ليس بغريب على الشريعة الإسلامية السمحة التي أرست مبادئ العدالة الحقة، فتشددت في احترام حقوق الإنسان الأساسية، وحرصت كل الحرص على الحفاظ عليها من أن تمسها يد العدوان.

المطلب الثاني

أساس مبدأ البراءة ومبرراته

سنتناول بالدراسة هذا المطلب في فرعين نبين في الفرع الأول أساس مبدأ البراءة ونوضح في الفرع الثاني مبررات مبدأ البراءة.

الفرع الأول

أساس مبدأ البراءة

أولاً: أساس مبدأ البراءة في القانون الوضعي.

يعتمد هذا الأصل الإنساني في أساسه المجرد على المنطق الطبيعي للأمر الذي يؤكد أن الأصل في الأشياء الإباحة وأن الاستثناء هو التجريم والعقاب، فقد خلق الله الإنسان وسخر كل ما في الكون لخدمته، ليعمرها ويستمتع بنعم خالقه عليه. فحكمة الخلق تكمن أساساً في الإباحة والإطلاق، وهذا الإطلاق غير قاصر على مجال أو نطاق دون آخر بل يشمل كافة مجالات الحياة، ومن ثم يمكن القول بأن الأصل في الإنسان هو الخير دون الشر والإباحة دون التجريم، والبراءة دون التأييم⁽³⁾.

⁽¹⁾ أحمد إبراهيم إبراهيم: طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، المطبعة السلفية، القاهرة، 1475هـ، ص16.

⁽²⁾ كما تشددت في إثبات الجرائم قبل كل من يوضع موضع الإتهام حتى لا يدان بريء أو ينكل مظلوم؛ فالإسلام حمى حرية الإنسان باعتبارها أعز مقومات وجوده في هذه الحياة، للمزيد يُنظر: د.حسن ربيع: حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة في التحقيق، مرجع سابق، ص484، 485.

⁽³⁾ د.نبيل جاد: ضمانات الحرية الشخصية في ظل قانون الطوارئ خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة، مرجع سابق، ص94.

وقد لاقى مبدأ افتراض البراءة اهتماماً كبيراً من جانب إعلانات الحقوق والاتفاقيات الدولية. فقد نص على هذا المبدأ إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا غداة الثورة الفرنسية سنة 1789م، حيث نصت المادة التاسعة منه على أن: "كل إنسان يفترض أنه بريء حتى تثبت إدانته"، كما أسبغ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في عام 1948م الطابع الدولي على هذا المبدأ، حيث نص عليه في المادة (1/11)، والتي نصت بأن: "كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه"، كما تضمنت الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان هذا المبدأ، إذ نصت في المادة (2/6) على أن: "كل متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه"، كما أكدت على هذا المبدأ الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسة الصادرة عام 1966م، حيث نصت المادة (2/14) منه على أن: "لكل فرع متهم بتهم جنائية الحق في أن يعتبر بريئاً ما لم تثبت إدانته طبقاً للقانون⁽¹⁾.

ثانياً: أساس مبدأ البراءة في الشريعة الإسلامية:

أصل البراءة في الشريعة الإسلامية مستمد من قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِيبُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ"⁽²⁾، وقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثْرًا مِّنَ الظَّنِّ"⁽³⁾.

فأصل البراءة يؤدي إلى حماية الضعفاء، إذ أن من يوضع موضع الاتهام يكون بحاجة لمن يسنده ويدافع عنه قبل إدانته، والشريعة الإسلامية تدعو إلى حماية الضعفاء، كما أن الأحكام فيها تبنى على اليقين لا الظن، قال تعالى: "إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا"⁽⁴⁾، وتقوم قاعدة البراءة الأصلية أو قاعدة افتراض البراءة على مبدأ

¹ كما نصت أغلب الدساتير على هذا المبدأ لكونه عنصراً أساسياً في الشريعة الإجرائية ولأهميته في الحفاظ على حريات الأفراد، وقد أكد على هذا المبدأ الدستور المصري في المادة (67)، والدستور اليمني في المادة (47)، والدستور الكويتي في المادة (34) والدستور الجزائري في المادة (42) والدستور السوداني في المادة (69)، للمزيد يُنظر: د. عبدالإله النوايسة، مرجع سابق، ص142؛ د. عبدالرزاق عبداللطيف، مرجع سابق، ص290.

² سورة الحجرات: الآية (6).

³ سورة الحجرات: الآية (12).

⁴ سورة النجم: الآية (28).

الاستصحاب⁽¹⁾ المقرر في الفقه الإسلامي، وتأسيساً على هذا المبدأ فقد أقر الفقهاء القاعدة القائلة: "الأصل براءة الذمة"⁽²⁾.

وهذه القاعدة هي التي تقررها النظم الجنائية الحديثة التي تجعل الأصل في الإنسان البراءة، وذلك باعتبار الجريمة صورة من صور السلوك الشاذ الخارج عن المألوف، ومن ثم يجب الاحتياط في نسبتها إلى شخص معين وذلك بافتراض براءته حتى يثبت بدليل قاطع عكس ذلك، أي يثبت ارتكاب الجريمة⁽³⁾.

الفرع الثاني

مبررات مبدأ البراءة

استند الفقه في الشريعة الإسلامية للقانون إلى بعض المبررات للقول بمبدأ البراءة، ومن هذه المبررات ما يلي⁽⁴⁾:

أ- اتفاق المبدأ مع الاعتبارات الدينية والأخلاقية.

يتفق مبدأ البراءة مع الاعتبارات الدينية والأخلاقية التي تهتم بحماية الضعفاء والمحافظة على حقوق الإنسان الأساسية ضد أي طغيان، كما أنها تعاقب بصراحة على ظلم الأبرياء، فالحديث الشريف يأمر بدرء الحدود بالشبهات تحرزاً من الخطأ في إدانة بريء، بل ونبّه إلى أن الخطأ الذي يترتب عليه إفلات المجرم من العقاب أخف ضرراً على المجتمع من الخطأ المؤدي إلى إدانة البريء.

ب- حماية أمن الأفراد وحياتهم الشخصية.

يكفل مبدأ البراءة حماية أمن الأفراد وحياتهم الشخصية ضد تحكم السلطة عند افتراض الجرم في حق المتهم، لأنه في هذه الحالة تستطيع السلطة العامة أن تعصف بأمن الأفراد

⁽¹⁾ الاستصحاب: هو بقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره، فما علم وجوده في الماضي وحصل تردد في زواله، حكمنا ببقائه استصحاباً لوجوده السابق، للمزيد يُنظر: د. عبدالكريم زيدان الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص 264.

⁽²⁾ الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي، المتوفي سنة 991م، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1399هـ-1979م، ص7.

⁽³⁾ د. محمد سليم العوا، مرجع سابق، ص 244.

⁽⁴⁾ للمزيد يُنظر: د.حسن ربيع حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة في التحقيق الجنائي، مرجع سابق، ص 495 وما بعدها؛ د. نبيل جاد، ضمانات الحرية الشخصية في ظل قانون الطوارئ خلال مرحلتي التحقيق والمحاكمة، مرجع سابق، ص 97 وما بعدها؛ د. محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص 306، 307.

وحررياتهم فتتخذ فيهم من الإجراءات ما يمس حقوقهم الأساسية، ويصبح كل من يوضع موضع الاتهام عرضة لمخاطر جسيمة، ومن هنا ينهض مبدأ افتراض البراءة حائلاً بين السلطة وبين المساس بحريات المواطنين، فحماية الحرية الفردية وتحقيق العدالة ينبغي أن يطغيا بصورة كلية على الاهتمام بقمع السلوك الإجرامي، فكم من إجراءات جنائية من قبض وتفتيش وحبس اتخذت، بل ومن أحكام قضائية صدرت ثم يتبين بعد ذلك عدم نسبة الجرم إلى المتهم.

ج- استحالة تقديم الدليل السلبي.

إذا كان قانون الإثبات المصري في المواد المدنية ينص في المادة الأولى منه على أن الدائن إثبات التزامه، فيكون من باب أولى على سلطة الاتهام إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم، حيث أنه إذ لم تقتض البراءة في المتهم فإن مهمته ستكون صعبة لأنه سيكون ملزماً بإثبات وقائع سلبية وهو دليل يستحيل تقديمه، ويترتب على ذلك أن يصبح المتهم غير قادر على إثبات براءته مما يؤدي إلى التسليم بجرمه حتى ولو تقدم سلطة الاتهام دليلاً عليه.

د- اتفاق المبدأ وطبائع الأمور.

يتفق مبدأ الأصل في المتهم البراءة وطبائع الأمور، فالأصل أن الإنسان يلتزم في تصرفاته بالقانون، والاستثناء هو الخروج على قواعده وأحكامه، كما أن طبائع الأمور تظهر لنا أن الأصل في الإنسان هو الخير لا الشر، كما أن الأصل فيه عدم الإقدام على الاعتداء على مال أو عرض الغير، وهكذا يمكن القول بأن افتراض براءة المتهم حتى صدور حكم قضائي نهائي بالإدانة يتفق تماماً وطبائع الأمور.

هـ- مساهمة المبدأ في تلافي ضرر الأخطاء القضائية.

يُسهّم هذا المبدأ في تلافي ضرر الأخطاء القضائية بإدانة الأبرياء، خاصةً أن هذه الأخطاء تقعد ثقة المجتمع في النظام القضائي القائم، مما يؤدي إلى عواقب وخيمة والتي لا يمكن تعويضها إذا ما ثبت براءة المتهم الذي فرض فيه الجرم، لذلك كان من الأحوط معاملة المتهم على أنه بريء منذ بدء الاتهام إلى نهايته.

المطلب الثالث

النتائج المترتبة على مبدأ البراءة

تُرتب الشريعة الإسلامية والقانون على هذا المبدأ عدداً من النتائج الهامة تشير إلى أهمها فيما يلي⁽¹⁾:

أولاً: حماية الحرية الشخصية للمتهم:

يفرض إعمال هذا المبدأ على عاتق السلطة القائمة بالتحقيق التزاماً بعدم المساس بحقوق الأفراد وحياتهم الشخصية في جميع عناصرها، وأهمها حقهم في السلامة الجسدية، وفي التنقل، وفي الحياة الخاصة، ومعاملة المتهم باعتباره بريئاً أيّاً كان نوع الجريمة التي ارتكبها، والآثار التي ترتبت عليها، وتتمثل آثار هذا المبدأ في القيود والضوابط التي يفرضها القانون على القائمين بمرحلة التحقيق عند اتخاذ أي إجراء قانوني ماس بالحرية الشخصية للمتهم والتي تنبثق من قاعدة افتراض براءة الإنسان، ويترتب على ذلك أن كل إجراء جنائي ينص عليه القانون يجب أن يكون مقيداً بهذه الضوابط والقيود حماية لحقوق الإنسان وحياته، ودرءاً لخطر التحكم من جانب سلطة التحقيق.

من ناحية أخرى قررت الشريعة الإسلامية وجوب الاحتفاظ للإنسان بكرامته، وعدم المساس بحقوقه وحياته، حيث فرضت على أولي الأمر - لا سيما القائمين بالكشف عن الجريمة - أن يصونوا حرمة الأفراد من الاعتداء عليها وذلك في قوله تعالى: "وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ"⁽²⁾.

كما كفلت الشريعة حرية الأفراد في الحركة والتنقل ولم تجز تقييدها أو المساس بها بغير مبرر شرعي، استناداً لقوله تعالى: "هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَأَمْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ"⁽³⁾.

⁽¹⁾ للمزيد يُنظر، د.حسن ربيع: حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة في التحقيق الجنائي، مرجع سابق، ص496، ص100، د. عصام زكريا عبدالعزيز، مرجع سابق، ص63؛ د. ناصر عبدالله حسن، مرجع سابق، ص77؛ د. محمد راجح نجاد، حقوق المتهم في مرحلة الاستدلال، مرجع سابق، ص316 وما بعدها؛ د.عبدالمجيد محمود مطلوب: الأصل براءة المتهم، المركز العربي للدراسات الأمنية، الرياض، ج1، 1405هـ- 1986، ص230،

⁽²⁾ سورة الإسراء: الآية (33).

⁽³⁾ سورة الملك: الآية 15.

ثانياً: عدم التزام المتهم بإثبات براءته.

يتطلب افتراض البراءة في المتهم عدم مطالبته بتقديم أي دليل على براءته، فله أن يتخذ موقفاً سلبياً تجاه الدعوى المقامة ضده، وعلى المدعي تقديم الدليل على ثبوت التهمة المنسوبة إليه. فإذا توافرت أدلة تفيد صحة الاتهام كان من حق المتهم تقديم ما لديه من أدلة لدحض ما توافر ضده، فإذا خلت الدعوى من دليل قاطع على صحة الاتهام لا يُلزم المتهم بتقديم أي دليل على براءته، لأن الأصل فيه البراءة، ومن ثم فإن إلقاء عبء الإثبات على عاتق سلطات الإدعاء يُعد نتيجة منطقية لمبدأ البراءة، فإذا كان الأصل في الإنسان هو البراءة، فإن هذا الأصل لا يدحض إلا بصدور حكم نهائي من السلطة القضائية بالإدانة، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل إثبات ذلك.

وهذه الأحكام ثابتة في الفقه الإسلامي، فلا يقع على عاتق المتهم إثبات البراءة وإنما يتطلب من المدعي تقديم الدليل على ثبوت التهمة المنسوب إلى المتهم، وأساس إلقاء عبء الإثبات على المدعي قوله صلى الله عليه وآله وسلم: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"⁽¹⁾. لأن المدعي يدعي أمراً خفياً، فيحتاج إلى إظهار، وللبينة قوة إظهار.

ثالثاً: الشك يفسر لمصلحة المتهم.

من الأمور المتفق عليها أنه يجب أن يكون إسناد الفعل إلى المتهم مؤكداً، أي مبنياً على الجزم واليقين لا على الظن والاحتمال⁽²⁾، لذلك فإنه إذا تردد القاضي بين الإدانة والبراءة وثار لديه الشك فيهما تعين عليه أن يرجح جانب البراءة، ويقضي بها، ومن هنا جاءت القاعدة التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المتهم الذي يفترض فيه البراءة أصلاً⁽³⁾. لذلك فكل شك في إثبات الجريمة يجب أن يفسر لمصلحة المتهم، فهذا الشك

⁽¹⁾ أبو داود: سنن أبي داود، المجلد الثاني، ج3 حديث رقم 3619، ص311، جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، سنن النسائي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج2، ص399، الأمام جلال الدين عبدالرحمن السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي، مرجع سابق، ص508.

⁽²⁾ نقض 1977/2/6م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س28، ق39، ص180.

⁽³⁾ "المحكمة الموضوع القضاء ببراءة المتهم متى تشككت في صحة إسناد التهمة إليه غير أن ذلك مشروط بأن يشتمل حكمها على ما يفيد أنها فحصت الدعوى وأحاطت بظروفها وبأدلة الثبوت التي قام الاتهام عليها عن بصر وبصيرة ووازنت بينها وبين أدلة النفي فرجحت دفاع المتهم، أو داخلتها الريبة في صحة عناصر الإثبات"، نقض 1998/1/14م، مجموع أحكام محكمة النقض، س49، رقم 41691، ص90.

يعني إسقاط أدلة الاتهام والعودة إلى الأصل العام وهو البراءة ، ولا محل دائماً لدحض مبدأ البراءة إلا بصدر حكم قضائي بات.

ولضمان تفسير الشك لمصلحة المتهم قضت المادة (310) إ.ج مصري على أنه: "يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي بني عليها، وأن يشير إلى نص القانون الذي حكم بموجبه"⁽¹⁾، فتسبب الأحكام يعتبر ضماناً هاماً لتطبيق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المتهم، وكذلك تدعيم الثقة في القضاء؛ فالشك يجب أن يستفيد منه المتهم لأن الأصل فيه هو البراءة، قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "ادروا الحدود بالشبهات"⁽²⁾.

رابعاً: حق المتهم في الصمت.

يترتب على عدم تكليف المتهم بإثبات أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية إنه لا يجوز إجباره على الكلام، أو أن يتخذ من صمته قرينة على إدانته، فلا يجوز أن يُنسب لساكت قول أو أن يتخذ من سكوته أية استنتاجات في غير مصلحته⁽³⁾.

وواقع الأمر أن حق المتهم في الصمت لم يكن معترفاً به في العصور القديمة، فقد كان إجبار المتهم على الكلام من الأمور المشروعة قانوناً، ولو باستخدام أشنع أساليب القوة والتعذيب، بل إن صمت المتهم أمام الوقائع المنسوبة إليه كان يفسر على أنه اعتراف منه بتلك الوقائع⁽⁴⁾.

¹ كما نصت المادة (372) إ.ج يعني على أنه: "يجب أن يشمل الحكم على الأسباب التي بني عليها وكل حكم بالإدانة يجب أن يشتمل على الأدلة التي تثبت صحة الواقعة الجزائية ونسبتها للمتهم ويتعين أن يتضمن الحكم بتوقيع العقوبة نص التجريم والأسباب التي قدرت العقوبة على أساسها ويترتب البطلان على مخالفة ذلك؛ ويكفي أن يتشكك القاضي في صحة إجراءات القبض والتهمة كي يقضي بالبراءة، إذ أن الأمر كله يرجع إلى وجدانه وما يطمئن إليه فما دام قد أحاط بالدعوى عن بصر وبصيرة وخلا حكمه من عيوب التسيب" نقض 2002/2/6م، أحكام محكمة النقض، س53، رقم 6867، (حكم غير منشور).
² وعن عائشة رضي الله عنها، قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سيله، فإن الإمام يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"، نيل الأوطار للشوكاني، ج4، مرجع سابق، ص653، وفي رواية "ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا" الدراري المضيئة للشوكاني، ج2، مرجع سابق، ص225.

³ فالأصل أن المتهم لا يكلف بإقامة الدليل على براءته، وله الحق أن يبقى صامتا اعتماداً على أصل البراءة، ولا يقع على عاتقه التزام أن يبين اللبس أو الغموض في الملابس التي يمكن أن تدعم اتهامه فإذا لم يقدم أي دفاع والتزم الصمت فلا يجوز أن يتخذ من ذلك ذريعة لإدانته؛ د.عبدالإله النوايسة، مرجع سابق، ص158.

⁴ Charles: Le droit au silence de l'incolpe, Rev. international de droit, penale, 1953,p.137ets.

أما في ظل القوانين الحديثة التي تقدر حقوق الفرد وكرامته الإنسانية، فللمتهم الحرية الكاملة في ألا يجيب على الأسئلة الموجهة إليه، ولا يلزم بأن يتكلم بدون أن يستنتج من صمته هذا اعتراف ضمني بإرتكاب الفعل المنسوب إليه⁽¹⁾.

ويختلف موقف القوانين من النص على حق المتهم في الصمت؛ فبعضها نص على ذلك صراحةً وألزم المحقق تنبيه المتهم بهذا الحق، ومنها من أقر هذا الحق بصورة ضمنية وهناك قوانين ترفض الاعتراف بهذا الحق⁽²⁾.

هذا ولم يتعرض المقنن المصري كغالبية القوانين العربية في أي نص لحق المتهم في الصمت، إلا أن هذا الحق ثابت من أحكام التشريع وروحه التي تقر عدم جواز إجبار المتهم على الإدلاء بأقوال لا يرغب في الإدلاء بها، كما يتضح ذلك أيضاً من نص المادة (274) إ.ج: "لا يجوز تحليف المتهم اليمين الشرعية ولا إجباره على الإجابة ولا يعتبر امتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة ضده، كما لا يجوز التحايل أو استخدام العنف أو الضغط بأي وسيلة من وسائل الإغراء أو الإكراه لحمله على الاعتراف".

ويؤيد أغلب الفقه ومعهم الباحث حق المتهم في الصمت، فله الحرية الكاملة في عدم إبداء أقواله، كما أن له الامتناع عن الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه متى شاء⁽³⁾.

⁽¹⁾ ذلك أن سكوت المتهم يكون غالباً إما لعوامل نفسية تتوافر نتيجة لوجود الشخص في موقع الاتهام، وإما تعبير من الشخص عن رغبته في عدم إبداء أقواله في غير وجود المدافع عنه؛ د.حسن محمد ربيع، مرجع سابق، ص518؛ كمال عبدالرشيد، مرجع سابق، ص531.

⁽²⁾ من القوانين التي تقر بحق المتهم في التزام الصمت أثناء التحقيق القانون الفرنسي والقانون الإيطالي وقانون الإجراءات السوداني الصادر عام 1974م، حيث تنص المادة (2/812) منه على أنه: "لا يكون المتهم عرضة للعقاب إذا رفض الإجابة على تلك الأسئلة أو إذا أجاب عنها إجابة غير صحيحة، ولكن يجوز للمحكمة أن تستخلص من هذا الرفض ومن تلك الإجابات ما تراه عادلاً"، كما ورد النص على هذا الحق في المادة (851) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي لسنة 1960م، وأقر قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لسنة 1966م، للمتهم الحق في الصمت في المادة (100).

أما القوانين التي لا تعترف بالحق في الصمت فهي وإن كانت لا تجبر المتهم على الإجابة عما يطرح عليه من أسئلة، إلا أنها تسمح ببناء استنتاجات معاكسة نتيجة لصمت المتهم، وهذا ما تأخذ به قوانين بعض الولايات السويسرية، وفي إنجلترا بعد صدور قانون 1993م، الذي اقترحه السيد جون ميجور أصبح بإمكان القضاة وهيئة المحلفين بناء استنتاجات معاكسة إذا التزم المتهم الصمت في حالات معينة، د.عبدالإله النوايسة، مرجع سابق، ص158.

⁽³⁾ تنص المادة (274) إ.ج على أنه: "لا يجوز استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك وإذا ظهر أثناء المرافعة والمناقشة بعض وقائع يرى لزوم تقديم إيضاحات عنها من المتهم لظهور الحقيقة يفتنه القاضي إليه ويرخص له بتقديم تلك الإيضاحات...".

بينما المقنن اليمني نص صراحةً على حق المتهم في الصمت، وذلك في المادة (178) إ.ج بقوله: "لا يجوز تحليف المتهم اليمين الشرعية ولا إجباره على الإجابة ولا يعتبر امتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة ضده، كما لا يجوز التحايل أو استخدام العنف أو الضغط بأي وسيلة من وسائل الإغراء أو الإكراه لحمله على الاعتراف".

ويؤيد أغلب الفقه ومعهم الباحث حق المتهم في الصمت فله الحرية الكاملة في عدم إبداء أقوله، كما أن له الامتناع عن الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه متى شاء⁽¹⁾.

ونخلص مما سبق، إلى أن مبدأ البراءة هو المحدد للنطاق القانوني لضوابط التحقيق التي يجب أن يلتزم بها رجال الشرطة عند مباشرتهم لإجراءات التحقيق الابتدائي، إذ بمقتضى هذا المبدأ يعتبر المتهم بريئاً حتى تثبت إدانته بأدلة قاطعة، ويبنى على ذلك أنه يجب أن يعامل على هذا الأساس وفي نطاق الإطار المحدد لهذا المبدأ، فلا يجوز للشخص المكلف بالتحقيق الابتدائي أن يقيد من حركة المتهم أو ينتهك حرمة حياته الخاصة أو أن يعتدي على سلامته الجسدية بأي وسيلة أو أن يتخذ معه أي إجراء لا يتفق مع الشرعية الإجرائية، بل يجب على المحقق تبصير الشخص المحتجز بالحقوق اللصيقة بوضعه رهن الاحتجاز⁽²⁾.

⁽¹⁾ وقد أيدت محكمة النقض المصرية حق المتهم في الصمت، حيث قضت بأنه من المقرر قانوناً أن للمتهم إذا شاء أن يتمتع عن الإجابة أو عن الاستمرار فيها ولا يُعد هذا الامتناع قرينة ضده، وإذا تكلم فإنما ليبيدي دفاعه، ومن حقه دون غيره أن يختار الوقت والطريقة التي يبدي فيها هذا الدفاع، فلا يصح أن يتخذ الحكم من امتناع المتهم عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه قرينة على ثبوت التهمة قبله، نقض 1973/3/18م مجموعة أحكام محكمة النقض، س24، رقم 73، ص337.

⁽²⁾ J.Pradel,A. Varinard: Les grands arrest de la procedure penale, 3ed, Dalloz, 2001,p.249..

المبحث الثاني

حق المتهم في الاستعانة بمحامي

تمهيد وتقسيم:

يمثل الحق في الاستعانة بمحام⁽¹⁾ الدعامة الأساسية التي يستند عليها مبدأ حرية الدفاع، ويستمد هذا الحق أساسه من حق الإنسان الطبيعي في الدفاع عن نفسه ضد كل أذى يتهدهده في حياته أو صحته أو ماله أو حريته، كما يستمد أيضاً من تلك القاعدة الحكيمة التي في كافة القوانين الحديثة وهي أن الأصل في الإنسان البراءة لا الإدانة⁽²⁾. ويعتبر حق الاستعانة بمحام من أهم ضمانات التحقيق الابتدائي، إذ أن حضور المدافع مع المتهم أثناء التحقيق فيه ضماناً لسلامة الإجراءات من ناحية، ولعدم استعمال الوسائل الممنوعة وغير الجائزة مع المتهم من ناحية أخرى، وكذا فإن حضور المحامي يهدئ من روع المتهم ويساعده على الاتزان والهدوء في إجاباته⁽³⁾. وللمزيد من البيان، سنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب، على النحو الآتي:

المطلب الأول

الاستعانة بمحامي في مرحلة جمع الاستدلال

حق المتهم في الاستعانة بمحام يعتبر من أهم ضمانات حق المتهم في الدفاع عن نفسه، إذ إن في حضور المحامي مع المتهم دعماً لموقفه ومساعدة له على الإجابة بهدوء واتزان، وضمناً لسلامة الإجراءات وعوناً للعدالة على إظهار الحقيقة⁽⁴⁾. وهو حق معترف به في مرحلتي التحقيق الابتدائي والمحكمة، وتتص عليه كل الدساتير والقوانين في أغلب الدول إن لم تكن كلها، حيث تعتبره من الحقوق الواجب مراعاتها للمتهم⁽⁵⁾، ولكن الخلاف يثور حول مدى توافر حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة

⁽¹⁾ يُعرّف المحامي بأنه: "الشخص الذي حصل المؤهل القانوني اللازم للمرافعة أمام القضاء واستوفى الشروط القانونية المطلوبة وقيد اسمه بجدول المحامين المشتغلين"، د.حسن محمد غلوب، مرجع سابق، ص12.

⁽²⁾ د. ممدوح السبكي، مرجع سابق، ص460.

⁽³⁾ د. عبد الجواد عبد الغفار محمد أبو هشيمة: ضمانات الحريات الشخصية للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي في قانون الإجراءات الجنائية المصري مقارناً بالشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بني سويف، 1995م، ص302.

⁽⁴⁾ د. سعد حماد صالح القبائلي، مرجع سابق، ص411؛ د. جمال محمد مصطفى، صراحة المتهم وصمت المتهم في القانون الجنائي، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد السابع والعشرون، أبريل 2003م، ص76.

⁽⁵⁾ د.محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص347.

جمع الاستدلال، فالبعض اتجه إلى تقريره، والبعض الآخر اتجه إلى عدم تقريره. وسوف نستعرض الاختلاف في الآراء بشيء من الإيجاز، على النحو الآتي:

الرأي المعارض لحق الاستعانة بمحام في مرحلة الاستدلال:

يرى أصحاب هذا الرأي أن المشتبه فيه ليس من حقه الاستعانة بمحام في مرحلة الاستدلال كونها لا تُعد من مراحل الدعوى الجزائية، ولا يتولد عنها دليل، ومن ثم لا حاجة إلى توفير الضمانات التي يقتضيها نشوء الدليل⁽¹⁾، كما أن جمع الاستدلالات لا يعتبر من إجراءات التحقيق وليس مرحلة من مراحل الدعوى بل هي مرحلة ممهدة لها⁽²⁾، ولا يحق لمأموري الضبط القضائي المساس بحقوق وحرريات المتهم أثناء تأديتهم لواجباتهم، وما داموا كذلك، فلا داعي لحضور المحامي في هذه المرحلة⁽³⁾.

إضافةً إلى أن الاستعانة بمحام في هذه المرحلة يعرقل عمل الشرطة، ويؤثر على سير التحقيق وعملية البحث عن الأدلة والكشف عن الحقيقة، لما يخشى من تأثير المحامي على المتهم في عدم الإدلاء بأقواله، أو عدم الرد على الأسئلة الموجهة إليه⁽⁴⁾.

الرأي المؤيد لحق الاستعانة بمحام في مرحلة الاستدلال:

يرى غالبية الفقه⁽⁵⁾ إن المشتبه فيه يكون في أمس الحاجة إلى الاستعانة بمحام في مرحلة الاستدلال من المتهم في مرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة، لأن فيهما من الضمانات للمتهم ما ليس في مرحلة جمع الاستدلال، ولأن المتهم في هذه الحالة يكون في

⁽¹⁾ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 347.

⁽²⁾ علة التفرقة إن الحاجة إلى الضمانات لا تنشأ إلا إذا ثبتت صفة المتهم، وهذه الصفة لا تثبت إلا بأول إجراء من إجراءات التحقيق، أما في مرحلة الاستدلال فإن الشخص مازال مشتبهاً فيه، من ثم لا حاجة إلى الدفاع الذي تقتضيه أعمال التحقيق، فلا يجوز إذا التمسك باصطحاب محامي في هذه المرحلة، د. محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 586-587.

⁽³⁾ د. محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص 349.

⁽⁴⁾ د. عبد الستار الكبيسي، مرجع سابق، ص 373.

⁽⁵⁾ د. محمد عيد الغريب: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 588، د. أسامة قايد، حقوق وضمانات المشتبه في مرحلة الاستدلال، مرجع سابق، ص 200، د. أبو السعود عبدالعزيز، مرجع سابق، ص 126-127، د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 485-486، د. سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 224، د. محمد محي الدين عوض، حقوق الإنسان في الإجراءات المنيعه وإجراءات التحري، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في الاسكندرية من 9-12 ابريل سنة 1988م، د. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 266.

- M.L. Rassat: Traite de procedure penale, op.cit., p.557.

أمس الحاجة إلى محامي يقف بجانبه، ليحميه من تعسف مأمور الضبط القضائي ولجوءه إلى وسائل غير مشروعة لحمل المتهم على الاعتراف.

كما أن وجود المحامي معه يشعره بالأمان ويحد من تسلط رجال الشرطة في الحصول على ما يدين المتهم بطرق غير مشروعة، بالإضافة إلى أن حضور المحامي مع المتهم في هذه الحالة فيه محافظة على حقه في الدفاع عن نفسه⁽¹⁾.

موقف المشرعان اليمني والمصري:

لم نجد نصاً دستورياً أو قانونياً في التشريعين يكفل للمشتبه فيه في مرحلة الاستدلال حق التمتع بضمانة الاستعانة بمحام، فنصوص الدستور حصرت هذا الحق في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، وهذا ما يستفاد من نص المادة (49) من الدستور اليمني: "حق الدفاع أصالة أو وكالة مكفول في جميع مراحل التحقيق والدعوى وأمام جميع المحاكم وفقاً لأحكام القانون وتكفل الدولة العون القضائي لغير القادرين وفقاً للقانون"، فهذا النص لم يُشر إلى مرحلة جمع الاستدلال.

ونجد أيضاً أن قانون الإجراءات الجزائية اليمني ينص في المادة (179) على أن: "حق المتهم في إعلان اسم محاميه أثناء التحقيق"، كما ينص كذلك على حقه في الاستعانة بمحام أثناء المحاكمة، ولم يذكر حقه في الاستعانة بمحام أثناء مرحلة الاستدلال.

وأكد المقنن المصري على حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة التحقيق، حيث ينص في المادة (77) إ.ج. على أن: "للخصوم الحق دائماً في اصطحاب وكلائهم في التحقيق"، أما في إجراءات التحري والاستدلال فلا يوجد ما يلزم الاستعانة بمحام، وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي، حيث قررت بأن: "منع محامي المتهم من الحضور أثناء تحريره محضر الاستدلال لا يؤدي إلى البطلان، وإن الدفع ببطلان المحضر لا أساس له من القانون"⁽²⁾.

والذي أراه، أن استعانة المشتبه فيه بمحام في مرحلة الاستدلال غدت مطلباً ضرورية، فغالبية الفقه الجنائي ترى لزوم النص على ذلك في صلب الدساتير والقوانين الاجرائية،

⁽¹⁾ د. محمد سالم الحلبي، مرجع سابق، ص 181؛ د. كمال عبد الرشيد محمود، مرجع سابق، ص 534، د. عبد الستار الكبيسي، مرجع سابق، ص 257، د. محمد راجح نجاد، حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص 357.

⁽²⁾ نقض 1961/5/1م، مجموعة أحكام النقض، س 12، ق 95، ص 913.

فحق المتهم في الاستعانة بمحام يكون ضرورياً كلما كان الشخص أو حرته في خطر من المساس بها أو تقييدها.

كما أن المقنن قد كفل هذا الحق في مرحلة التحقيق التي تتوافر فيها ضمانات متمثلة في سلطة التحقيق ذاتها، وهو ما لا يتوافر في سلطة جمع الاستدلال، كما تُعد مرحلة جمع الاستدلالات من أخطر المراحل وأشدّها حاجة للاستعانة بمدافع، حيث أنها مرحلة الاجراءات البوليسية التي يتسم العمل فيها بالسرية المطلقة، وهي المرحلة الحرجة التي يمر بها المشتبه فيه، فما ينتج عن تلك المرحلة هو في الغالب ما تبني عليه القضية برمتها. ومن ناحية أخرى ليس من المنطق والعدل أن يكفل حق الدفاع في الحالات التي يباشر فيها مأمور الضبط القضائي إجراءات الاستدلال، رغم ما قد يكون لهذا الإجراء من تأثير في مركز المشتبه فيه، كما أن حضور محام عن المتهم يحقق ممارسة مبكرة لحقوق الدفاع التي تساعد على تحقيق سلامة هذه الإجراءات التي يكون لها أثر في تكوين عقيدة القاضي متى وجدت مع غيرها من الأدلة القانونية⁽¹⁾.

وعلى أية حال، فإنه رغم عدم النص على هذا الحق في أغلب القوانين، فإنه لا يعني حظر إتاحة ذلك الحق للمشتبه فيه، غير أن الأمر يترك لتقدير مأمور الضبط القضائي الذي له أن يسمح بحضور المحامي مع المشتبه فيه أو يمنعه، وفقاً لما إذا كان من شأن حضور المحامي التأثير على سير أعمال الاستدلال وعرقلة عملية البحث عن الأدلة وكشف الحقيقة أم لا⁽²⁾.

⁽¹⁾ وأيضاً فإن استعانة المشتبه فيه بمحام كانت محل اهتمام المؤتمرات الدولية، فقد أوصى المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات بروما عام 1953م بضرورة تعيين مدافع عن المتهم قبل أن يسأل عن شخصيته وقبل أن يدلي بأية أقوال وإبلاغه بحقه في الصمت حتى في حضور محاميه، وما أوصت به الجمعية المصرية للقانون الجنائي في مؤتمرها الأول بالقاهرة عام 1987م بضرورة أن يسمح مأمور الضبط القضائي لمحامي المشتبه فيه بحضور سؤاله في محضر جمع الاستدلالات دون أن يحق له منعه من الحضور. للمزيد انظر د. محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 24.

⁽²⁾ للمزيد يُنظر: د. محمد عبد الغريب: شرح قانون الاجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 588، و د. محمد راجح نجاد، حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص 367، د. محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 55، د. ممدوح السبكي، مرجع سابق، ص 473، د. مطهر عبده محمد الشميري، الشرعية الإجرائية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 78.

المطلب الثاني

استعانة المتهم بمحامي في مرحلة التحقيق الابتدائي

إن الإلمام بما عليه الحال في النظم الإجرائية الوضعية بالنسبة لحق الاستعانة بمحام في مرحلة التحقيق الابتدائي تستوجب أن نوضح الأحكام القانونية المتعلقة بالتنبيه بحق الاستعانة بمحام، ثم نبين الحق في حضور الإجراءات، وحق الاطلاع على ملف التحقيق، وحرية الاتصال بين المتهم ومحاميه، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الأحكام القانونية المتعلقة بالتنبيه بحق الاستعانة بمحام.

بالنسبة للقانون المصري فإن المادة (123) إ.ج لم تتضمن ما يُلزم المحقق بتنبيه المتهم بحقه في الاستعانة بمحام، وذلك على خلاف الوضع المستقر في القانون الفرنسي، الأمر الذي ينبغي تداركه خاصة وأن المادة (124) إ.ج مصري تطلب ضرورة دعوة محامي المتهم في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لحضور الاستجواب أو المواجهة، كما تنص المادة (125) إ.ج مصري على وجوب وضع ملف الدعوى تحت تصرف المحامي في اليوم السابق، فكيف يمكن تنفيذ هذا الإجراءات دون تنبيه المتهم به. لذلك ينبغي إضافة فقرة جديدة إلى نص المادة (123) سالفه الذكر تستوجب التنبيه، بينما قرر قانون الإجراءات الجزائية اليمني وجوب تنبيه المتهم بحقه في عدم الإجابة إلا بحضور محاميه⁽¹⁾، وعلى خلاف القانون المصري⁽²⁾ فإن القانون اليمني يقصر حق المتهم في الاستعانة بمحام على الجنايات (الجرائم الجسيمة) دون الجنح (الجرائم غير الجسيمة) ويتضح ذلك من نص المادة (181) إ.ج يمني والتي تنص على أنه: "في غير حالة الجريمة المشهودة وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة لا يجوز للمحقق في الجرائم الجسيمة أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور إن وجد وعليه أن يخطر أن من حقه ألا يجيب إلا بحضور محاميه"، وهذا وضع منتقد لأن هناك من الجرائم غير الجسيمة ما يترتب عليها من نتائج لا تقل

⁽¹⁾ تنص المادة (181) إ.ج يمني على أنه "في غير حالة الجرائم المشهودة وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة لا يجوز للمحقق في الجرائم الجسيمة أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور أن وجد عليه أن يخطر أن من حقه إلا يجيب إلا بحضور ماميه".

⁽²⁾ القانون المصري تدارك ذلك القصور بتعديل نص المادة (124) بالقانون رقم 45 لسنة 2006م.

أهمية عن بعض الجنايات من حيث المساس بحرية المتهم وسمعته وشرفه، مما يتطلب توفير هذا الضمان⁽¹⁾.

ثانياً: الحق في حضور الإجراءات.

إن الشرعية الإجرائية تقتضي ضمان حق الدفاع للمتهم، عن طريق إحاطته بكل ما يتم اتخاذه في الدعوى، مما يستلزم مباشرة الإجراءات في حضور الخصوم، إذ إن حضور المتهم ومحاميه لما يتم اتخاذه من إجراءات أثناء التحقيق يجعل مهمة الدفاع أسهل لوقوفهما على جميع حيثيات الدعوى، وبالحضور يستطيع المتهم أو محاميه تقديم ما يلزم من الطلبات والدفع، وللحضور أهمية تكمن في قطع مظنة أن يوجس المتهم في نفسه خيفة حياكة بعض الإجراءات في غيابه فتتغرس الريبة في نفسه بكل ما يتخذه المحقق من إجراءات⁽²⁾.

وقد أكدت المادة (77) إ.ج مصري على هذا الحق بقولها: "للنيابة العامة وللمتهم وللمجنى عليه والمدعى بالحقوق المدنية والمسئول عنها ولوكلائهم أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق...". وبنفس المعنى نصت المادة (122) إ.ج يميني بقولها: "للمتهم أو المجنى عليه أو ورثته أو من أصابه ضرر من الجريمة أو المطالب بالحقوق المدنية أو المسئول عنها ولوكلائهم طبقاً للقانون أن يحضروا جميع إجراءات للتحقيق".

ثالثاً: حرية اتصال المتهم بمحاميه.

حرية اتصال المتهم بالمحامي من أهم ضمانات الدفاع التي اعترفت بها القوانين الحديثة لصالح المتهم لكي يتمكن من مواجهة سلطات المحقق واختصاصاته الواسعة بحيث لا يكون مضطراً تحت وطأة هذه الظروف إلى اتهام نفسه دون مبرر⁽³⁾. وحق

⁽¹⁾ للمزيد يُنظر: د. ممدوح السبكي، مرجع سابق، ص 477، د. إبراهيم حامد طنطاوي، د. محمد الشهاوي، مرجع سابق، ص 5 وما بعدها.

⁽²⁾ د. عبدالإله النوايسة، مرجع سابق، ص 268، وعليه قضت محكمة النقض المصرية "بوجوب أن يكون لكل متهم بجناية محام يدافع عنه والإدلاء بما رآه من أوجه دفاع"، نقض 1998/3/7م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 49، رقم 14831، ص 375؛ نض 1998/1/5م، مجموع أحكام محكمة النقض، رقم 23908، ص 260.

⁽³⁾ د. مطهر الشميري: الشرعية الإجرائية في القانون اليمني، مرجع سابق، ص 118؛ وقضت محكمة النقض المصرية "بوجوب دعوة محاميه إن وجد لحضور الاستجواب أو المواجهة، إلا أن هذا الالتزام مشروط بأن يكون المتهم قد أعلن اسم محاميه بالطريق الذي رسمه القانون وهو التقرير في قلم كتاب المحكمة أو أمام مأمور السجن"، نقض 2002/4/8، أحكام محكمة النقض، س 53، رقم 25436، (حكم غير منشور).

اتصال المتهم بمحاميه إعمالاً لمبدأ عدم الفصل بين المتهم ومحاميه، إذ لا يوجد ما يدعو إلى السماح للمتهم بحضور إجراءات التحقيق ومنع محاميه من ذلك، فكل حالة يتم فيها منع المحامي من الاتصال بالمتهم يشكل اعتداء على حق الدفاع وتجعل الشبهات تحوم حول صحة الإجراءات؛ فالمتهم لا يستعين بمحام إلا للدفاع ولا يتأتى ذلك بالشكل الصحيح إلا بالسماح للمحامي بالاتصال بالمتهم وحضور الإجراءات إلى جانب المتهم حتى يكون على علم بكل جوانب الدعوى .

ونص القانون اليمني على حق المحامي في الاتصال بالمتهم في المادة (73) إ.ج بقولها أنه: "يبلغ فوراً كل من قبض عليه بأسباب هذا القبض وله حق الاطلاع على أمر القبض والاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع والاستعانة بمحام"، والنص يقرر حقاً عاماً للمتهم بالاتصال بمن يريد ولاشك أن المتهم يكون أشد حاجة إلى من يهدئ روعة ويدخل السكينة إلى نفسه⁽¹⁾.

أما في مصر فقد تضمنت حرية الاتصال بين المتهم ومحاميه المادة (141) إ.ج، حيث نصت على أن: "للنيابة العامة ولقاضي التحقيق في القضايا التي يندب لتحقيقها وفي كل الأحوال أن يأمر بعدم اتصال المتهم المحبوس بغيره من المسجونين وبألا يزوره أحد وذلك بدون إخلال بحق المتهم بالاتصال دائماً بالمدافع عنه بدون حضور أحد". بينما في فرنسا يستطيع قاضي التحقيق أن يفرض الحجز على المراسلات المتبادلة بين المحامي وعميله متى كانت هذه المراسلات، تحمل بطبيعتها دليلاً على مشاركة المحامي في الجريمة⁽²⁾.

رابعاً: حق محامي المتهم في الاطلاع على ملف التحقيق.

لا يمكن للمحامي عن المتهم أن يؤدي دوره في الدفاع عن المتهم إلا إذا سمح له بالاطلاع على ملف التحقيق، فقد يجد بين ثنايا أوراق التحقيق الجملة أو الكلمة التي تثير

¹ وقد نص قانون الإجراءات السوداني صراحة على هذا الحق في المادة (3/83) بقولها: 'يكون للمقبوض عليه حق الاتصال بمحاميه والحق في مقابلة النيابة أو القاضي'.

² G.Stefani, G.Levasseur,B.Bould:Procedure penale, op.cif.,p.625.

الحقيقة⁽¹⁾ والتي من خلالها يتمكن من تحسين مركز موكله، وقد يعثر على بعض الهفوات التي وقع فيها المحقق فيستعين بها في مرحلة المحاكمة ليبطل إجراء غير صحيح⁽²⁾.
وقد نص قانون الإجراءات اليمني في المادة (180) على أن: "يسمح للمحامي بالاطلاع على التحقيق في اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة ما لم يقرر المحقق غير ذلك"، كما نصت المادة (1/125) إ.ج مصري على أنه: "يجب السماح للمحامي بالاطلاع على التحقيق في اليوم السابق على الاستجواب أو المواجهة ما لم يقرر القاضي غير ذلك".

وحق المحامي في الاطلاع يخضع للسلطة التقديرية للمحقق، وهذا بدوره يؤدي إلى إضعاف حق الدفاع ويجرد هذه الضمانة من فعاليتها وأصبحت مجرد منحة من المحقق إن شاء وهبها وإن لم يشأ حجبها⁽³⁾.

المطلب الثالث

حق الاستعانة بمحامي في الشريعة الإسلامية

لقد كفلت الشريعة الإسلامية حق الدفاع للمتهم، ومنعت حرمانه منه بأي حال ولأي سبب من الأسباب، ففي الحديث أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لعلي بن أبي طالب عليه السلام حين ولاه القضاء في اليمن: "يا علي إن الناس سيتقاضون إليك، فإذا أتاك الخصمان فلا تقض لأحدهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء وتعلم الحق"⁽⁴⁾.

وعن جابر بن عبد الله قال أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فسلمت عليه فقلت له إني أردت الخروج إلى خيبر فقال: "إذا أتيت وكيلي فخذ منه

⁽¹⁾ د. هلال عبد الله أحمد: المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، مرجع سابق، ص 205.

⁽²⁾ د. عبد الإله النوايسة، مرجع سابق، ص 271.

⁽³⁾ د. عبد الإله النوايسة، المرجع السابق، ص 271.

⁽⁴⁾ وفي رواية حدثنا عمرو بن عون قال: اخبرنا شريك، عن سماك، عن حنش عن علي عليه السلام، قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضياً، فقلت يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: "إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء، قال: فما زلت قاضياً وما شككت في قضاء بعده" سنن أبي داود، المجلد الثاني، ج 3، رقم الحديث 3582، مرجع سابق، ص 301، محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيئ من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1415 هـ - 1995 م.

خمسة عشر وسقاً، فإذا ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته"، وقال عبد الله بن جعفر كان علي بن أبي طالب عليه السلام يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب فما كبر عقيل وكلني⁽¹⁾.

وقد اعترف جانب كبير من فقهاء الشريعة الإسلامية بحق المتهم في الاستعانة بمن يدافع عنه⁽²⁾ لأن الإخلال بهذا الحق إخلال بالعدالة ذاتها، ومن ثم يحضر شرعاً حرمان المتهم من حقه في الدفاع؛ سواءً بنفسه أو بالاستعانة بغيره وقد استندوا في ذلك إلى الحجج التالية:

1. عرفت الشريعة الإسلامية نظام الوكالة للدفاع عن المتداعين، وذلك النظام الذي يُجيز لصاحب الدعوى أن يوكل عنه من يطالب بحقوقه، وللمتهم أن يوكل عنه من يدافع عنه أمام القضاء⁽³⁾، ولقد جاء ذلك في قوله تعالى على لسان سيدنا موسى عليه السلام: "قَالَ رَبِّ إِنِّي قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَأَخَافُ أَنْ يَقْتُلُونِ * وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسَلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَدِّبُونَ * قَالَ سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ وَنَجْعَلُ لَكَ سُلْطَانًا فَلَا يَصِلُونَ إِلَيْكُمَا بِآيَاتِنَا أَنْتُمْ وَمَنْ اتَّبَعَكُمَا الْغَالِبُونَ"⁽⁴⁾. فهذه الآيات تدل على أن طلب سيدنا موسى عليه السلام بالاستعانة بأخيه هارون لم يكن لحماية من القتل، ولو كان ذلك لوصف أخاه بالقوة البدنية أو الشجاعة أو المهارة في القتال، وغير ذلك من الصفات التي يحتاجها المقاتل، ولكنه وصفه

⁽¹⁾ السنن الصغرى للبيهقي، ج2، مرجع سابق، ص672.

⁽²⁾ عبد القادر الرفاعي (المتوفي سنة 1323هـ): شرح تنوير الأبصار، ج14، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ-1988م، ص642، الإمام أحمد بن يحيى المرتضى: البحر الزخام الجامعي لمذهب علماء الأنصار، ج5، دار الحكمة اليمنية، صنعاء، 1409هـ-1988م، ص55.

⁽³⁾ الوكالة لغة التفويض، وشرعاً: تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته؛ للمزيد يُنظر، مغني المحتاج للشريني، ج2، مرجع سابق، ص194.

وقد وكل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عمرو بن الجعد في شراء الشاة، وأبا رافع في تزويج ميمونة، وعمرو بن أمية الضميري في تزويج أم حبيبة، وتصح الوكالة أي إيجابها بكل قول يدل على الإذن في التصرف كوكلتك أو فوضت إليك في كذا أو أذنت لك فيه كأقمتك مقامي أو جعلتك نائباً عني، لأنه لفظ دال على الإذن فصح كلفظها الصريح، كشاف القناع للبهوتي، ج3، مرجع سابق، ص498، الغرر البهية للإمام الشيخ زكريا بن محمد الأنصاري، ج15، مرجع سابق، ص483 وما بعدها، والرجل يجوز أن يوكل في المخاصمة حاضرراً كان أو غائباً معذوراً كان أو غير معذور، موسوعة الإمام الشافعي، كتاب الأم، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي القرشي، ج4، مرجع سابق، ص203-204، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى للشيخ مصطفى السيوطي، ج6، مرجع سابق، ص427.

⁽⁴⁾ سورة القصص: الآيات (33-35).

بفصاحة اللسان وقوة الحجة، مما يدل على أن طلب موسى لأخيه كان من أجل الاستعانة به كمحام للدفاع عنه بالحجة القوية والبرهان الواضح لإقناع قومه، فدل ذلك على جواز الاستعانة بمحام⁽¹⁾.

2. قوله تعالى: "فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ"⁽²⁾. فهذه الآية تدل على جواز الاستعانة بالشخص القادر لبيان الحق وإظهاره إذا ما عجز عنه صاحبه⁽³⁾.

3. قوله صل الله عليه وآله وسلم: "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ، وإنما أقطع له به قطعة من النار"⁽⁴⁾، فهذا الحديث يُشير إلى ضرورة استعانة الشخص بمن يدافع عنه لما ينتابه من اضطرابات نفسية تحول دون الدفاع عن نفسه، وتقد حججه⁽⁵⁾.

4. إن منع المتهم من حقه في الاستعانة بمحام قد يكون سبباً في إصاق التهمة به رغم براءته، وذلك مثلما حدث للسيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها فقد رميت بتهمة الزنا إفكاً ولم تجد دفاعاً عنها يمزق خيوط الاتهام التي نسجت حولها، فجاء دفاع الحق في القرآن الكريم ببراءتها، وذلك في قوله تعالى: "إِنَّ الَّذِينَ جَاءُوا بِالْإِفْكِ عُصْبَةٌ مِنْكُمْ لَا تَحْسَبُوهُ شَرًّا لَكُمْ بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَكُمْ لِكُلِّ امْرِئٍ مِنْهُمْ مَا اكْتَسَبَ مِنَ الْإِثْمِ وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ مِنْهُمْ لَهُ عَذَابٌ عَظِيمٌ". إلى قوله تعالى: "وَأُولَآئِكَ فَضَّلَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ لَمَسَّكُمْ فِي مَا أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ"⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ د. عادل خراشي: مرجع سابق، ص 501.

⁽²⁾ سورة البقرة: الآية (282).

⁽³⁾ محمد علي الصابوني: مختصر لتفسير الأمام الجليل الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل ابن كثير الدمشقي، دار القرآن الكريم، بيروت، ط1، 1402هـ - 1981م، ص 253-254.

⁽⁴⁾ محمد ناصر الدين الألباني: رياض الصالحين للإمام النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، ص 130، الإمام الحافظ ابي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري (المتوفى سنة 256هـ): صحيح البخاري، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، رقم الحديث 6967، ج4، ط2، 1418هـ - 1997م، ص 2179. نيل الأوطار للشوكاني، ج5، مرجع سابق، ص 56.

⁽⁵⁾ ويتفق هذا الرأي مع ما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية، في عقد الوكالة من جواز التوكيل في الخصومة؛ سواء كانت مدنية أم جنائية. لإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن شد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الفكر، القاهرة، ص 226.

⁽⁶⁾ سورة النور: الآيات (11-14).

5. ومن الحجج التي استند إليها المؤيدين لحق الاستعانة بمحام منازعة كانت بين حسان بن ثابت وبين بعض الأفراد لدى عثمان بن عفان رضي الله عنه فقضى عثمان على حسان، فجاء حسان إلى عبدالله بن عباس رضي الله عنه فشكا ذلك إليه، فقال له ابن عباس: الحق حقك ولكن أخطأت حجتك، انطلق معي، فخرج به حتى دخلا على عثمان، فاحتج له ابن عباس، أي ترفع عنه حتى تبين عثمان الحق فقضى به لحسان بن ثابت⁽¹⁾.

وبذلك يمكن القول، بأن استعانة المتهم بمحام أصل ثابت في الشريعة الإسلامية، وهو من الشرع بلا خلاف وحق من حقوق الإنسان، يكفله الإسلام له في جميع مراحل الدعوى الجزائية، فروح العدالة ومبادئ الشريعة الإسلامية والعقل والمنطق السليم توجب التسليم بحق المتهم في الاستعانة بمن يدافع عنه⁽²⁾.

المبحث الثالث

حق المتهم في السلامة الجسدية

تمهيد وتقسيم:

الحق في سلامة الجسم يعني المصلحة التي يُسبغ عليها القانون حماية من أجل أن تسير الحياة على النحو الطبيعي، وأن يحتفظ بتكامله الجسدي وأن يتحرر من آلامه البدنية⁽³⁾.

وتعنى الدساتير والقوانين بمختلف أنواعها بحق الإنسان في سلامة جسده من أي اعتداء عليه، وهذا ما أقرته كذلك المؤتمرات والمواثيق الدولية، فقد ركزت على ضمان هذه السلامة في أكثر من محفل دولي أو إقليمي، لما لهذه السلامة من أهمية كبيرة، فهي منبع الكرامة والاحترام للإنسان، غير أننا نجد أن الشريعة الإسلامية الغراء قد اهتمت بالسلامة الجسدية للإنسان من أي اعتداء قبل الدساتير والقوانين الوضعية والمؤتمرات والمواثيق الدولية - بما يزيد على أربعة عشر قرناً من الزمان، أي منذ أن كان الإنسان يعاني من

⁽¹⁾ د. ظافر القاسمي، مرجع سابق، ص 382.

⁽²⁾ د. أسامة قايد: حقوق وضمائم المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، مرجع سابق، ص 197؛ د. حمدي رجب عبد الغني: مرجع سابق، ص 312 وما بعدها.

⁽³⁾ د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1986م، ص 426.

التعذيب والامتهان وسوء المعاملة الإنسانية في كثير من الدول. لذلك سنتناول في هذا المبحث في مطلبين، على النحو الآتي:

المطلب الأول

تهديد المتهم

وتتمثل الوسائل التقليدية الماسة بالسلامة الجسدية في وسيلتين أساسيتين إحداهما: وسيلة الإكراه والتعذيب، والأخرى: وسيلة الاستعانة بالكلاب البوليسية، وهو ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الإكراه

إن الهدف من الإجراءات الجزائية ليس هو كشف الحقيقة بعيداً عن احترام حرية المتهم، وإنما يتعين احترام حرته وتأكيد ضماناتها، فلا قيمة للحقيقة التي يتم الوصول إليها على مذابح الحرية⁽¹⁾.

المقصود بالإكراه:

يُعرّف الإكراه بأنه: "كل صورة من صور العنف المباشر مادياً كان أو معنوياً الواقع على المتهم لحمله على الاعتراف"، ويراد بالعنف المباشر كل فعل ينطوي على إيلاء جسدي أو نفسي للخاضع للتعذيب، وهذا الإكراه يسمى بالإكراه التقليدي أو البوليسي وهو نوعان⁽²⁾:

النوع الأول: وهو الإكراه المادي، ويقصد به شل إرادة المتهم بقوة مادية لا قبل له بمقاومتها فتتعطل إرادته⁽³⁾؛ كربط يد المتهم، وقيد رجليه بالحبال، وكذلك تجريد المتهم من ملابسه، وتسليط الكشافات المضيئة القوية عليه، ونزع شعر الجسد بالأيدي، ونزع الأظافر⁽⁴⁾، وغيرها من الأساليب التي قد تُستخدم أحياناً للحصول على اعتراف المتهم⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ د. عمر الفاروق الحسني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، مرجع سابق، ص5.

⁽²⁾ د. علي الشرفي: شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني وفقاً لمشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، دار المنار، القاهرة، 1412هـ-1993م، ص235.

⁽³⁾ د. محمد السعيد عبد الفتاح: أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2002م، ص9.

⁽⁴⁾ د. عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، مرجع سابق، ص146، أحمد بسيوني أبو الروس: المتهم، مرجع سابق، ص268،

⁽⁵⁾ د. محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص474.

النوع الثاني: فهو الإكراه المعنوي، ويعرف بأنه ضغط شخص على إرادة آخر لتوجيهها إلى سلوك معين، ويستوي في ذلك أن يكون التهديد بإيذاء المهدد في شخصه أو بإيذاء غيره من أعزائه⁽¹⁾، ولهذا النوع صور كثيرة منها التهديد بتسليم المتهم لأولياء المقتول للانتقام منه، أو تهديده بإلقاء القبض على زوجته أو أي عزيز له، أو تهديده بحرمانه من الطعام، ويشترط الفقهاء لصحة الإكراه أن يكون المكره قادراً على تنفيذ تهديده، وأن يكون الشيء المهدد به مما يشق على المكره تحمله، وأن يغلب على ظن المكره إيقاع ما هدد به في الحال وأن يكون الإكراه بغير حق⁽²⁾.

موقف القانون والشريعة من الإكراه:

أولاً: موقف القانون:

يُجمع الفقه على عدم جواز الالتجاء لوسائل العنف والإكراه مع المتهم للحصول على اعترافه في جميع مراحل الدعوى الجزائية، وإن أي استخدام للعنف يبطل هذا الاعتراف، حتى ولو كان مطابقاً للحقيقة⁽³⁾، ولقد أكدت محكمة النقض المصرية بضرورة أن يقدم الطاعن دليلاً جازماً على تعرضه للإكراه وإلا لا يلتفت إلى طعنه بقولها: "دفع الطاعن ببطان إقراره بعبارة مرسلة دون أن يشير على نوع الإكراه ودليل وقوعه لا يلتفت إليه"⁽⁴⁾. ولقد تكفل المقنن القانوني؛ سواءً الدستوري أم الجنائي، بحماية السلامة الجنسية للأفراد، وحضر على رجال السلطة الالتجاء إلى كافة وسائل الإكراه المواد (42، 57) من الدستور المصري يقابلها المادة (48) من الدستور اليمني والمواد (126، 129) من قانون العقوبات المصري يقابلها المواد (166، 167، 168) من قانون العقوبات اليمني، والمواد (302، 40) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، كما أكد المقنن الفرنسي أنه يجب أن يخضع المتهم لاستجواب سليم، وألا يتعرض لأي ضغط نتيجة استخدام الوسائل القسرية ضده⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ د. علي حسن الشرفي: شرح الأحكام العامة، مرجع سابق، ص 335.

⁽²⁾ د. محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص 476.

⁽³⁾ د. قدرى الشهاوي: جرائم السلطة الشرطية، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ص 18.

⁽⁴⁾ نقض 1998/5/11م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 49، رقم 14869، ص 688؛ نقض 2000/3/13، مجموعة

أحكام محكمة النقض، س 51، رقم 26293 (حكم غير منشور).

⁽⁵⁾ J.Pradel: L'instruction preparatoire, op.cit., p.103..

ويترتب على ذلك أنه يحظر على مأموري الضبط القضائي ورجال السلطة بصفة عامة استخدام وسائل العنف أو الإكراه أو التعذيب أو أي فعل من شأنه المساس بالسلامة الجسدية للمتهمين⁽¹⁾.

ثانياً: موقف الشريعة الإسلامية.

الشريعة الإسلامية بمصدرها الأساسين القرآن والسنة، حسمت قضية الإكراه منذ الوهلة الأولى، ففردت الشريعة الإسلامية بنظامها الجنائي الإسلامي المتكامل الذي سبق كل الحضارات وكل دعاة المدنية وحرية الرأي والحريات العامة، فنجد أن القرآن الكريم يقرر في قول الله تعالى: "لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ"⁽²⁾، فهذه الآية الكريمة تبين أن العقيدة ذاتها في الشريعة الإسلامية قائمة على حرية الاختيار والإرادة، فهما حجر الأساس في الإيمان والعقيدة، ثم يقرر بعد ذلك حكم من يُكره على ترك دين الله بأنه غير أثم، وذلك في قوله تعالى: "إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ"⁽³⁾، فهذا هو المبدأ في العقيدة، ومن ثم فهو الأساس الذي ينطبق في كل الوقائع، فحرية الاختيار في الشريعة الإسلامية هي الأساس، ومن ثم فلا مجال للتعذيب فيها ولا للضغط ولا للتهديد⁽⁴⁾.

ولا تجيز الشريعة الإسلامية إكراه المتهم أو تهديده في ماله أو عرضه أو غير ذلك تطبيقاً لقوله تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً"⁽⁵⁾. وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: "إن دماءكم وأعراضكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا"⁽⁶⁾، وقوله: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكروهوا عليه"⁽⁷⁾.

والإكراه لغة: حمل الإنسان على شيء يكرهه، وشرعاً: فعل يوجد من المكره فيصير به المكره مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه.

⁽¹⁾ كما استقر القضاء على رفضه لكافة صور الإكراه والتعذيب مع المتهمين خلال مراحل الدعوى الجزائية، ورتب على ذلك بطلان أي إجراء يقع تحت تأثير هذا الإكراه، نقض 1969/10/13م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س 20، ق 208، ص 1059.

⁽²⁾ سورة البقرة الآية (256).

⁽³⁾ سورة النحل: الآية (106).

⁽⁴⁾ د. محمد السعيد عبدالفتاح: مرجع سابق، ص 21.

⁽⁵⁾ سورة الإسراء: الآية (70).

⁽⁶⁾ سنن الترمذي رقم الحديث 3153، ج 3، مرجع سابق، ص 486، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: "المسلم من سلم الناس من لسانه ويده والمؤمن من أمنه الناس على دمانهم وأموالهم".

⁽⁷⁾ سنن الحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجه، حديث رقم 2045، ج 1، مرجع سابق، ص 659.

والإكراه نوعان: تام وهو: الملجئ بتلف نفس أو عضو أو ضرب مبرح، وناقص وهو: غير الملجئ.

ويرى بعض الفقهاء أن الإكراه ينقسم إلى قسمين إكراه على كلام، وإكراه على فعل، فالإكراه على الكلام لا يجب به شيء وكذلك الحال في الإكراه على القيام بأفعال دون إرادته⁽¹⁾.

لذلك ذهب أغلب فقهاء المسلمين إلى القول بعدم مشروعية الإكراه وإبطال أي إقرار جاء نتيجة للضغط أو التعذيب، واعتبار ما أقر به لاغياً ولا يرتب أي أثر⁽²⁾، لقوله تعالى: "إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ"⁽³⁾، فتبين لنا في هذه الآية الكريمة أن الإكراه جعل مسقطاً لحكم الكفر فمن باب أولى ما عداه. ولم تقف الشريعة عند تحريم مثل هذه الوسائل بل ذهبت إلى معاقبة المسئول عن ممارسة هذه الوسائل بالإضافة إلى ما تقرره من عقوبة أخروية متمثلة في قول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: "إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا"⁽⁴⁾.

ولقد قرر الفقهاء أنه لا بد لتام الإكراه من توافر أركان أربعة هي⁽⁵⁾:

الركن الأول: هو أن يكون قادراً على ايقاع ما هدد به.

الركن الثاني: لتحقيق معنى الإكراه أن يقع في نفس المكره أن المههد سينفذ ما هدد به، ويقع منه الفعل تحت تأثير ذلك الخوف.

الركن الثالث: أن يكون الأمر الذي هدد به متلفاً للجسم ومؤدياً له أو متلفاً للمال أو لبعضه.

الركن الرابع: أن يكون الفعل الذي أكره عليه محرماً.

⁽¹⁾ عبدالقادر الرفاعي (المتوفي سنة 1323هـ): شرح تنوير الأبصار، ج14، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ - 1998م، ص727. شمس الدين السرخسي: كتاب المبسوط، المجلد الثاني عشر، دار المعرفة، بيروت، ط3، ص38-39.

⁽²⁾ الإمام احمد بن يحيى بن يحيى بن المرتضى (المتوفي سنة 840هـ): البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار، ج5، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، ط1، 1409هـ-1988م، ص99-100. سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، بيروت، المجلد الثاني، 1412هـ - 1992م، ص370.

⁽³⁾ سورة النحل: الآية (106).

⁽⁴⁾ رياض الصالحين حديث رقم (1613) مرجع سابق، ص517، وقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: "الراحمون يرحمهم الرحمن ارحموا أهل الأرض يرحمكم من في السماء"، سنن أبي داود، حديث رقم 4941، ج4، مرجع سابق، ص285.

وفي رواية: "من لا يرحم الناس لا يرحمه الله" رياض الصالحين، حديث رقم 232، مرجع سابق، ص132.

⁽⁵⁾ الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص482 وما بعدها.

مما سبق يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية تحرم بشدة كل صور الإكراه والتعذيب التي تمارس على المتهمين للحصول على اعترافاتهم، لأن حياة الإنسان مصونة شرعاً فلا يجوز التعرض لها بأي شكل من أشكال الاعتداء الظالم؛ سواءً أكان هذا الاعتداء على البدن أم على النفس أم المشاعر، وهذا التحريم هو ما قرره القانون أيضاً في نصوصه وفقهه وقضائه، ويترتب على ذلك أنه يحضر على مأموري الضبط القضائي ورجال السلطة العامة استخدام كافة صور الإكراه والتعذيب خلال مرحلة التحقيق وسائر مراحل الدعوى الجنائية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الاستعانة بالكلاب البوليسية

يستعان بالكلاب البوليسية في أعمال الأمن العام المختلفة فتستخدم في حراسة المنشآت الهامة والأماكن التي تتطلب حراستها يقظة تامة. كما تقوم الكلاب البوليسية بتتبع الأثر عقب وقوع الجرائم والاعتراف على الجناة، فالجاني مهما احتاط أثناء ارتكاب الجريمة لا بد أن يترك أثراً له في مكان الحادث يحمل رائحته، أو يلامس شيئاً في مكان الجريمة، ويمكن الاستفادة من هذا الأثر المتخلف فيقتفي الكلب أثر صاحبه⁽²⁾.

ويتم استخدام هذه الوسيلة في الكشف عن الجريمة بقيام الكلب البوليسي بشم المخلفات والمتعلقات التي يكون الجاني قد تركها في محل الجريمة أو الأماكن المتصلة بها، ثم بعد ذلك يعرض المتهم على الكلب وسط مجموعة من الناس فهذه العملية تشبه عملية العرض القانوني للمتهم على شاهد الرؤية، فقد يتعرف الكلب على المتهم إذا كان هو صاحب الآثار، أو إذا كان قد استعملها في الجريمة وقد يحدث العكس⁽³⁾.

مدى مشروعية الاستعانة بالكلاب البوليسية:

أولاً: في القانون.

يرى بعض الفقهاء أن استخدام الكلاب البوليسية للاعتراف على المتهمين يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه تبطل الاعتراف الصادر من المتهم؛ سواءً هجم الكلب الشرطي على

⁽¹⁾ "كل إجراء يقوم به مأمور الضبط القضائي في الكشف عن الجريمة صحيح طالما بقيت إرادة الجناة حرة وما دام لم يقع منه تحريض على ارتكابها"، نقض 1998/10/8م، مجموعة أحكام محكمة النقض، س49، رقم 20899، ص 1021.

⁽²⁾ د. سامي صادق الملا: مرجع سابق، ص157؛ د. فتحي محمد أنور: مرجع سابق، ص401.

⁽³⁾ د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م، ص112.

المتهم ومزق ملابسه وأحدث فيه إصابات أو لم يهجم عليه إطلاقاً، إذ في الحالة الأخيرة يعتبر استخدام الكلاب البوليسية وسيلة من وسائل الإكراه الأدبي أو التهديد التي تمس نفسية المتهم، فوضع المتهم بين أشخاص آخرين ومرور الكلب البوليسي للتعرف على الجاني والتفاف المحقق وضابط المباحث ورجال الشرطة حولهم، فهذه التصرفات كلها تخلق جواً مُخيفاً يفسد اعتراف المتهم حتى ولو لم يهجم عليه الكلب البوليسي⁽¹⁾.

كما يضيف البعض أنه لا خلاف في أن استخدام الكلاب البوليسية في التعرف على الجاني يمثل انتهاكاً لحق الشخص في سلامة الجسم وخاصة من الناحية النفسية، إذا ترتب على استخدام هذه الوسيلة تعد على جسم المتهم أو إخافته⁽²⁾.

وهناك رأي آخر في الفقه يتجه إلى القول أنه إذا كانت محكمة النقض تعتبر الاعتراف الصادر من المتهم عقب عملية التعرف عليه، إنما هو اعتراف وليد حالة نفسية مصدرها هذا التعرف، فبمفهوم المخالفة أنه إذا جاء الاعتراف بعد التعرف بفترة من الزمن كان ذلك قرينة على أن الاعتراف حر وعن طواعية وانتقت معه كل مظنة للإكراه أو الضغط أو الحالة النفسية التي تحدثها عملية الاستعراق على المتهم، كما يرى عدم اعتبار الفترة الزمنية التي تمتد بين الاستعراق والاعتراف معيار وجود مظنة الإكراه أو الضغط، لأن تحديد تلك الفترة أمر مرن ومطاط ولا يمكن التحكم فيه، وذلك يُترك لتقدير المحكمة⁽³⁾.

ونحن نؤيد الرأي الذي يقول إن استخدام الكلاب البوليسية للاستعراق على المتهمين يعتبر وسيلة إكراه تبطل الاعتراف الصادر من المتهم.

وتأسيساً على ما تقدم يكون من الأفضل استخدام هذه الوسيلة في البحث عن الأدلة المتعلقة بالجريمة والتي يؤدي اكتشافها إلى المساعدة في ظهور الحقيقة.

ثانياً: في الشريعة الإسلامية.

حرصت الشريعة الإسلامية على معاملة المتهم معاملة تليق بأدميته وكرامته استناداً لقوله تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً"⁽⁴⁾. كما أمر المولى عز وجل الملائكة بالسجود

⁽¹⁾ د. سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص162؛ د. عبدالله أحمد العززي، مرجع سابق، ص238.

⁽²⁾ د. أسامة قايد: حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص 276.

⁽³⁾ د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي: الموسوعة الشرعية والقانونية، مرجع سابق، ص217؛ د. أحمد محمد العلفي: مرجع سابق، ص449؛ د. فتحي محمد أنور: مرجع سابق، ص404 وما بعدها.

⁽⁴⁾ سورة الإسراء الآية (70).

لآدم في قوله تعالى: "وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ أَبَىٰ وَاسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ"⁽¹⁾.

ومن هذا المنطلق فإن فقهاء الشريعة يحظرون اللجوء إلى كافة الوسائل التي من شأنها أن تحط من آدمية المتهم وكرامته، وتؤثر على إرادته، وفي ذلك يقول الإمام مالك: "لا يؤخذ باعتراف المتهم إذا كان هذا الاعتراف قد تم نتيجة التأثير على إرادته بالتهديد أو القيد أو الحبس أو الضرب أو الوعيد"⁽²⁾.

ولما كانت وسيلة الاستعانة بالكلاب البوليسية من شأنها أن تحدث الخوف لدى المتهم، فربما يُقر بشيء لم يفعله وقد يترتب عليها حدوث إصابات بجسده، كما أن النتائج المترتبة عليها ليس مقطوعاً بصحتها، فضلاً عن أنها لا تليق بآدمية الإنسان وكرامته، لكل هذه الأسباب فإن الشريعة لا تقر بمشروعية استخدام هذه الوسيلة في التعرف على المتهمين، كما لا تقر بما يترتب عليها من اعتراف، أما استخدامها في الكشف عن الجريمة وما يتصل بها من أدلة؛ كاختفاء آثار المجرمين، والبحث عن الأسلحة المستعملة في ارتكابها، أو البحث عن جثة القتيل، فالشريعة تقر بمشروعيتها في هذه الحالة، لأن روح الشريعة ومبادئها لا تمنع من اتخاذ أية وسيلة من شأنها أن توصل إلى الحقيقة، طالما تم ذلك في إطار الشرعية الإجرائية⁽³⁾.

المطلب الثاني

المساس بالسلامة الجسدية بالوسائل العلمية الحديثة

تضاعف الاهتمام بالوسائل العلمية الحديثة المستخدمة في كشف الحقيقة بسبب ما تنطوي عليه من مساس بالحرية الشخصية؛ فتناولته بالبحث كثير من الدراسات وحظيت بالكثير من الاجتماعات والمؤتمرات العلمية، ولا تتعلق تلك الدراسات بالقيمة العلمية لهذه الوسائل، ولكنها تتعلق بمدى مشروعيتها استخدامها في التحقيق مع المتهم⁽⁴⁾.

ويقصد بالوسائل تلك التي تباشر أو تقع على الفرد، ويكون من شأنها ألا تجعل في مقدوره التحكم في إرادته في شأن ما يريد الإفضاء به أو عدم البوح به، أو هي التي تقع

¹ سورة البقرة: الآية (34).

² الإمام مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، ج6، دار الفكر، بيروت، ط1، 1419هـ - 1998م، ص2961-2962.

³ شمس الدين السرخسي: المبسوط، المجلد الثاني عشر، مرجع سابق، ص83، د. عادل خراشي، مرجع سابق، ص394.

⁴ د. أسامة قايد: حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة جمع الاستدلالات، مرجع سابق، ص270.

على جسم المتهم أو نفسه؛ سواءً أكان ذلك بطريقة مباشرة أم غير مباشرة⁽¹⁾.
ومن أهم الوسائل العلمية الحديثة⁽²⁾ التي تمثل مساساً بالسلامة الجسدية والذهنية للمتهمين خلال مرحلة التحقيق هي مصل الحقيقة (العقاقير المخدرة)، والتتويم المغناطيسي، وجهاز كشف الكذب⁽³⁾، وسوف نتناول هذه الوسائل في ثلاثة فروع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

مصل الحقيقة (العقاقير المخدرة)

مفهوم مصل الحقيقة:

يعتبر مصل الحقيقة من العقاقير المخدرة التي تستخدم لإحداث نوع من التخفيض أو التعطيل في التحكم الإرادي لدى الفرع، ونزع حواجز عقله الباطن بما يمكن معه التعرف على المعلومات المخترنة في داخل النفس البشرية⁽⁴⁾.
ويمكن القول: بأن العقاقير المخدرة تؤدي إلى حالة من النوم أو الاسترخاء لمدة قد تصل من خمس إلى عشرين دقيقة ثم تعقبها اليقظة، ويظل الجانب الإدراكي سليماً فترة التخدير، بينما يفقد الشخص القدرة على الاختيار والتحكم الإرادي مما يجعله أكثر قابلية للإيحاء ورغبة في المصارحة والتعبير عن مشاعره الداخلية⁽⁵⁾. وأهم تلك المواد هي البنثوتال (Pentotal)⁽⁶⁾، وهو العقار المسمى بمصل الحقيقة، وتسمية العقار المخدر بمصل الحقيقة فيها شيء من التجاوز، فالتحقيق بطريق التخدير لا يسعى إلى الحصول على الحقيقة مباشرة، إذ إنه من الحقائق العلمية السلمية المعروفة أن الأقوال والاعترافات التي تصدر تحت تأثير هذه العقاقير ليس من الضروري في جميع الأحوال أن تأتي

⁽¹⁾ د. حسن علي السمني، مرجع سابق، ص 266.

⁽²⁾ ومنها بصمة الحامض النووي أو البصمة الوراثية أو البصمة الجينية أو بصمة الدم أو بصمة (DNA)، والحامض النووي عبارة عن مادة كيميائية تتحكم في تطوير شكل الخلايا والأنسجة في جسم الإنسان، فهو بمثابة خريطة خاصة بتطوير الجسم محفوظة في داخل كل خلية من خلاياه، وهذا الحمض مسئول عن نقل الصفات الوراثية عبر الأجيال، ولها أهمية في قضايا العنف والقتل والتي يعتمد الإثبات فيها على عنصر الدم، وقضايا الاغتصاب بصفة خاصة؛ ومن الوسائل العلمية الحديثة أيضاً بصمة الصوت، فمن المسلم به أن لكل صوت خصائصه الفريدة التي تميزه عن باقي الأصوات ولقد اختلف الفقه حول مشروعيتها استخدامها. للمزيد يُنظر، د. جمال جرجس، مرجع سابق، ص 376 وما بعدها.

⁽³⁾ د. حسن علي السمني، مرجع سابق، ص 266.

⁽⁴⁾ د. محمد محيي الدين عوض: حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، بدون دار نشر، 1989م، ص 286.

⁽⁵⁾ للمزيد يُنظر د. عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، مرجع سابق، ص 149 وما بعدها.

⁽⁶⁾ وقد استعمل هذا العقار في أعقاب الحرب العالمية الثانية بصدد إجراء بعض الاختبارات على الجنود للحصول على اعترافات بشأن الوقائع التي اشتركوا فيها.

مطابقة للحقيقة⁽¹⁾.

موقف الفقه من استخدام العقاقير المخدرة:

انقسم الفقه ما بين مؤيد ومعارض تجاه استخدام العقاقير المخدرة في مجال كشف الجريمة والبحث الجنائي، وسوف نتناول كلا الاتجاهين على النحو الآتي:
الاتجاه الأول⁽²⁾:

يرفض أصحاب هذه الاتجاه استخدام هذه الوسيلة مع المتهم للوصول إلى الاعتراف، وذلك لما فيها من مساس بحرية الشخص وسلامته الجسدية، ويُعلل أصحاب هذا الرأي رفض اللجوء إلى مصل الحقيقة بأنه قد يترتب عليها أضرار خطيرة بسلامة جسم الإنسان الذي يخضع لها لما قد يسبب للمتهم من أضرار جسدية ونفسية باعتبارها وسائل تجنح إلى انتزاع معلومات سرية منه تكون مقصورة عليه وحده فلا يصح أن تنتزع منه انتزاعاً ولا أن تخرج عنه إلا برضاه، فمن المبادئ المقررة في الدساتير المعاصرة أن حرية الإنسان مصونة.

إضافة إلى أن استخدامها يُشكل اعتداءً على الحقوق والحريات الفردية، ويسلب المتهم حقوقاً لا يجب أن تسلب ولو كان ذلك من قبيل الضرورات احتراماً لحقه في السلامة الجسمية والنفسية، وحقه في احترام حياته الخاصة، فأنصار هذا الاتجاه وإن تنوعت آسائدهم التي بنوا عليها رفضهم لاستخدام هذه الوسيلة، إلا أنهم ملتقون جميعاً حول اعتبار مثل هذه الوسيلة نوعاً من أنواع الإكراه أو التعذيب للمتهم.

الاتجاه الثاني:

ذهب جانب ضئيل من الفقه إلى تأييد هذه الوسيلة في المسائل الجنائية، حيث رأى أنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من الاستفادة من هذه الوسيلة في أعمال الخبرة النفسية والعقلية، وقد استند هذا الاتجاه فيما ذهب إليه إلى عدد من الآسائيد منها: إن استخدام العقاقير المخدرة في مجال البحث الجنائي له أهمية كبيرة لا تقف عند حد اكتشاف الحقيقة، بل له

¹ من تجارب الدكتور/ سكارلين في هولندا وجد بين 100 قضية استخدم فيها التحقيق بطريق التخدير لم ينجح التحليل سوى في 12 حالة فقط، د. سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 171.

² د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 585، د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 303؛ د. حسن صادق المرصفاوي: المحقق الجنائي، مرجع سابق، ص 95؛ د. أحمد ضياء الدين محمد خليل، حق المتهم في عدم المساهمة في إدانة نفسه، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد الثاني عشر، أكاديمية مبارك للامن، القاهرة، يناير 2005م، ص 97 وما بعدها.

أهمية بالنسبة للمتهم لما يكشف عنه من اضطرابات نفسية وعضوية، وبالتالي يمكن معرفة البواعث التي دفعتة إلى ارتكاب الجريمة، وعلى ضوء ذلك يمكن تقدير مدى مسؤوليته الجنائية، لكن يشترط لهذا الاستخدام الاستعانة بخبير لهذا العمل وكذلك رضا المتهم بذلك وفي حضور محامية كلما أمكن ذلك.

كما استند هذا الاتجاه إلى أن التحليل التخديري وسيلة فعالة لمعرفة أغوار النفس، ولا يمكن أن يعتبره القانون وسيلة ضغط وإكراه⁽¹⁾.

موقف الشريعة من العقاقير المخدرة:

في الحقيقة لم تكن هذه الوسيلة معروفة في الإسلام على عهد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم منذ أربعة عشر قرناً من الزمان، لأن هذه الوسيلة تُعد من الوسائل العلمية الحديثة، لكن ليس معنى هذا أن الفقه الإسلامي لم يصيغ في آرائه وأحكامه ما يخص هذه الوسيلة، بل أن هناك نصوصاً كثيرة تكفلت بمعالجة هذه الظاهرة، وإن كانت لا تُشير إلى هذه الوسيلة بالذات، ولكنها تبين حكم ما من شأنه المساس بجسم المتهم أو عقله أو كرامته⁽²⁾، وهو ما قرره الله سبحانه وتعالى في تكريم الإنسان، في قوله: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا"⁽³⁾.

مما سبق، يتبين لنا مدى حرص الشريعة على المحافظة على عقل الإنسان أيّاً كان وضعه؛ سواءً كان متهماً أم غير متهم، فإذا كان الله سبحانه وتعالى قد حرم على الإنسان تناول المسكر حرصاً منه على عقله، فلا يمكن للبشر التلاعب بهذا العقل بأي وسيلة مهما كانت⁽⁴⁾. ولهذا حرم أي اعتداء يقع عليه أو إكراه يتعرض له بأي وسيلة كانت، واعتبر أي إقرار يأتي نتيجة للإكراه لا يُعَوّل عليه شرعاً، ولا يرتب أي أثر، فالمتهم في حالة حقنة بمصل الحقيقة يكون مسلوب الإرادة، غير مالك الاختيار، لضعف السيطرة، حيث أن المقصود بالإرادة الحرة هي قدرة الإنسان على توجيه سلوكه للغاية التي يريدتها

⁽¹⁾ د. عبدالله سعيد محمد بن عمير: استخدام الشرطة للوسائل الفنية الحديثة في التحقيق الجنائي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، أكاديمية مبارك للأمن، القاهرة، 2005م، ص392؛ د. محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص504؛ د. أحمد العلفي، مرجع سابق، ص477.

⁽²⁾ د. محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص499.

⁽³⁾ سورة الإسراء: الآية (70).

⁽⁴⁾ د. محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص500.

هو لا الغاية التي يجبر عليها؛ سواءً كان هذا الإجبار مصدره الإنسان أم آلة أم أي شيء، ويندرج مصطلح الحقيقة تحت المعنى الواسع لهذا المفهوم، وعلى ذلك يعتبر إقرار المتهم تحت تأثير مصطلح الحقيقة في الفقه الإسلامي كمن أقر في حالة الإكراه أياً كان نوعه⁽¹⁾. كما أن معظم الفقه القانوني ممثلاً في الاتجاه الأول يرفضون بشدة الأخذ بوسيلة التحليل التخديري أو العقاقير المخدرة كأسلوب للكشف عن الحقيقة خلال مراحل الدعوى الجزائية، لأن هذه الوسيلة من شأنها التأثير على إرادة المتهم وسلامته الجسدية والذهنية، فهي من وسائل الإكراه والتعذيب التي تتعارض مع الحقوق الفردية التي كفلتها الدساتير. كما ترفض الشريعة الإسلامية استخدام هذه الوسيلة في الكشف عن الحقيقة بل إنها سبقت كل القوانين والأنظمة الوضعية في استبعاد الدليل الذي جاء بطرق غير مشروعة، بل ذهبت إلى أبعد من ذلك واعتبرت الوسائل التي يتم بها الحصول على مثل هذا الدليل من باب الجرائم المعاقب عليها⁽²⁾.

ومن ذلك كله نذهب إلى القول بأن مصطلح الحقيقة يتعارض مع حق المتهم في السلامة الجسدية، وإن كان هناك بعض المؤيدين لذلك، إلا أن حجتهم لا تقوى على مناهضة ما قيل في تحريم اللجوء إلى هذه الوسيلة.

الفرع الثاني

التنويم المغناطيسي

ماهية التنويم المغناطيسي⁽³⁾:

يقصد بالتنويم المغناطيسي عملية افتعال لحالة نوم غير طبيعي يصاحبه تغير في حالة النائم نفسياً وجسماً على النحو الذي يتغير معه أدائه الطبيعي وملكاته العليا، وهو ما يستتبع تقوية عملية الإيحاء لدى النائم، وصيرورته سهل الانقياد فيفرضي بأمور ما كان ليفرضي بها لو كان بوعيه، لذلك فالتنويم المغناطيسي يترتب عليه أن تتطمس الذات

⁽¹⁾ د. محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة الاستدلال، مرجع سابق، ص 501.

⁽²⁾ للمزيد يُنظر: د. عادل خراشي، مرجع سابق، ص 434؛ د. محمد راجح نجاد، المرجع السابق، ص 505؛ د. سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 178.

⁽³⁾ يرجع تاريخ التنويم المغناطيسي منذ القدم إلى كثير من الحضارات، فلدى الفراعنة عثر على ورقة بردية عمرها ثلاثة آلاف سنة، كتب عليها إجراءات التنويم المغناطيسي، وهذه الإجراءات هي نفس ما يتبع الآن في التنويم المغناطيسي، للمزيد: د. حسين محمود إبراهيم، مرجع سابق، ص 201؛ د. محمد محمد سيف شجاع، الحماية الجنائية لحقوق المتهم، مرجع سابق، ص 507.

الشعورية للنائم وتبقى ذاته اللاشعورية تحت سيطرة ذات خارجية هي ذات المنوم المغناطيسي بعد أن يضيق اتصال النائم بالعالم الخارجي ويقتصر اتصاله على المنوم فيمكن لذلك إخضاعه لارتباط إيحائي⁽¹⁾.

موقف الفقه من التنويم المغناطيسي:

اختلفت آراء الفقهاء حول مشروعية استخدام هذه الوسيلة في التحقيقات الجنائية والتعويل على ما يمكن التوصل عن طريقها من اعترافات إلى مؤيد ومعارض وسوف نوضح الاتجاهين فيما يلي:

الاتجاه المؤيد:

يذهب بعض الفقه إلى إمكانية استخدام هذه الوسيلة في الكشف عن الجريمة وفي الإثبات في مسائل التحقيقات الجنائية، ويرى أهمية وسيلة استجواب المتهم بعد تنويمه مغناطيسياً لا يصح إهمالها على الإطلاق في مجال البحث والإدانة بسبب ما أثير حولها من اعتراضات، لذا يمكن استخدام هذه الوسيلة مع تجنب العيوب التي أثرت لأنه يمكن تجنب تلك العيوب إذا وضعنا في الاعتبار بعض الضمانات والشروط المطلوبة في حالة استجواب المتهم بعد تنويمه، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بموافقة المتهم، وعدم اللجوء إليه إلا عند الضرورة على أن يكون ذلك مقصوراً على الجرائم الخطيرة التي تتوافر فيها أمارات قوية على الاتهام، وأن يتم ذلك بمعرفة الخبير المختص⁽²⁾.

كما ذهب رأي آخر إلى إمكانية التفرقة في استخدام هذه الوسيلة إلى أمرين، أحدهما أن يكشف التنويم المغناطيسي عن أمور في مصلحة المتهم؛ والآخر أن يكشف عن أمور في غير مصلحة المتهم وتسيئاً إلى مركزه القانوني، فإذا كانت النتائج في مصلحة المتهم لتغيير الوصف القانوني للجريمة فإن الأمر يصبح أمام قاعدة أو مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم، وفي هذه الحالة يمكن الاعتداد بالنتائج المترتبة على التنويم المغناطيسي، وإذا كانت النتائج في غير صالح المتهم كأن تشدد الوصف القانوني للجريمة أو تتضمن اعتراف المتهم بارتكاب الجريمة فإنه لا يُعتد بتلك النتائج⁽³⁾.

⁽¹⁾ للمزيد يُنظر: د. عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحملة على الاعتراف، مرجع سابق، ص 147 وما بعدها؛ د. فريد أحمد القاضي: الاستجواب اللاشعوري، مجلة الأمن العام، العدد (30)، 1965م، ص 28.

⁽²⁾ د. عادل خراشي: مرجع سابق، ص 440.

⁽³⁾ د. حسين محمود إبراهيم، مرجع سابق، ص 249.

الاتجاه المعارض:

يذهب غالبية الفقه⁽¹⁾ إلى أنه لا يجوز للطبيب بأمر المحقق أو القاضي أن ينوم المتهم مغناطيسياً للوصول إلى انتزاع الاعتراف منه بارتكاب الجريمة لأنه يُعد وسيلة لقهر الإرادة وتعطيلها، وهي نفس النتيجة التي يمكن الوصول إليها بالعنف التقليدي، بل أنه يُعد في الواقع إحدى صور الإكراه المادي لوقوعه على الخاضع شخصياً، فضلاً عن وقوعه على جانبه النفسي، كما يُعد التنويم المغناطيسي من أخطر الوسائل لأنه يصدّم الضمير الإنساني ويعامل الإنسان كالحوانات التي تجرى عليها التجارب⁽²⁾.

كما عارض الأستاذ (جرافن) بشدة استخدام هذه الوسيلة للحصول على الاعترافات من المتهم، لأن المحقق بهذا يكون قد قام بالبحث عما يدور بخلد المتهم، بالإضافة إلى أن هذا التصرف ينطوي على اعتداء على شعوره وانتهاك لأسرار النفس البشرية الواجب احترامها⁽³⁾.

موقف الشريعة من التنويم المغناطيسي:

التنويم المغناطيسي في الشريعة الإسلامية شأنه شأن مصل الحقيقة في الحظر، فهو حالة من حالات النوم الصناعي يقع فيها شخص بتأثير آخر بحيث يصبح النائم تحت تأثير المنوم يفعل كما يأمر بفعله، وينفذ النائم عادةً هذه الأوامر بصورة آلية فلا يشعر بما فعل تلبية للأمر الصادر إليه⁽⁴⁾.

وإذا طبقنا قواعد الفقه الإسلامي على حالة التنويم المغناطيسي وجب أن يلحقها بحالة النائم أو المكره أو المغمى عليه، استناداً لقول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: "رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يبلغ"⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون إجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 303؛ د. محمود نجيب حسني: الدستور والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 119؛ د. عبد المنعم الشيباني، الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص 404.

⁽²⁾ كما قيل أنه لا يمكن التعويل على هذا الإجراء في مسائل التحقيق الجنائي لأن هذه الوسيلة مشكوك فيها ومشكوك في النتائج التي يمكن الوصول إليها عن طريقها، فالنائم مغناطيسياً قد تأتي أفكاره التي يتقوه بها غير معبرة عن الحقيقة، وإنما على شكل نسيج من الخيال لكل ما كان يعتدل في عقله الباطن، د. ممدوح خليل بحر، مرجع سابق، ص 517-518.

⁽³⁾ د. حسن علي السمني، مرجع سابق، ص 365.

⁽⁴⁾ والواقع أنه يصعب الحاق التنويم المغناطيسي بالجنون، لأن النوم الصناعي الذي يقع فيه النائم لا يسلبه الإدراك وإنما يسلبه فقط الاختيار وأراء أغلب شراح القوانين تتفق مع الشريعة في اعتبار التنويم المغناطيسي إكراهاً وإن كانوا يتكلمون عنه عادة بمناسبة الكلام عن الجنون. عبد القادر، ج 1، مرجع سابق، ص 591.

⁽⁵⁾ الإمام أبو محمد عبدالله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدرامي (المتوفي سنة 255هـ): سنن الدرامي، ج 2، دار إحياء السنة النبوية، بيروت، ص 171.

وقوله: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁽¹⁾.

لذلك يقول البعض إذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها دون الباطنة، وذلك كأن تصدر من غير قصد التلغظ بها؛ كالعبرة الصادرة من الجنون والمغمي عليه والنائم والصبي غير المميز أو الواقع تحت تأثير التنويم المغناطيسي، فعبرة هؤلاء لا تقيد أي التزام لأنها لا تعبر أصلاً عن إرادة معتبرة رغم وجود الصيغة، وذلك دون خلاف بين الفقهاء، لذلك فإن اعتراف المنوم مغناطيسياً تحت تأثير التنويم لا قيمة له لانتفاء القصد⁽²⁾، وعلى ذلك فإن التصرفات التي يأتي بها المتهم وهو في حالة التنويم المغناطيسي تشبه إلى حد كبير حالة النائم والمجنون⁽³⁾.

من خلال ما ذكرناه حول مشروعية استخدام التنويم المغناطيسي كوسيلة للحصول على اعتراف المتهم، فإننا نجد أن الرأي الذي يعارض اللجوء إلى استعمال التنويم المغناطيسي هو الأرجح لقوة آرائه وحججه التي استند إليها وتناسبها مع الواقع، كما أن استخدام هذه الوسيلة سواءً أكانت برضاء المتهم أم بناءً على طلبه تتطوي على مساس بحريته وقهر لإرادته، وهي لا تختلف في طبيعتها عن وسائل الإكراه والتنويم التي كانت تستخدم قديماً للحصول على اعتراف المتهم.

أما عن موقف الشريعة حيال استخدام هذه الوسيلة فهي ترفض استخدام هذه الوسيلة للحصول على اعتراف من المتهمين خلال مراحل الدعوى الجزائية، نظراً لما تمثله من مساس بإرادة المتهم وسلامته الجسدية، كما تبطل كل أثر ترتب على هذا الاعتراف لصدوره تحت تأثير الإكراه⁽⁴⁾.

¹ سنن ابن ماجه، حديث رقم 2045، كتاب الطلاق، ج1، مرجع سابق، ص659، السنن الصغرى للبيهقي، ج2، مرجع سابق، ص322.

² د. عبد المجيد مطلوب: نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، بحث مقارنة بين المذاهب، 1409هـ-1989م، ص83.

³ عبد القادر عودة، ج1، مرجع سابق، ص591.

⁴ للمزيد يُنظر: د. سامي صادق الملا: مرجع سابق، ص168؛ د. عادل خراشي، مرجع سابق، ص446/د. أحمد العلفي، مرجع سابق، ص455؛ د. محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص517؛ د. عبد الله سعيد محمد بن عمير، مرجع سابق، ص341.

الفرع الثالث

جهاز كشف الكذب

ماهية جهاز كشف الكذب⁽¹⁾:

يعتبر جهاز كشف الكذب من أحدث الأجهزة العلمية التي يستعان بها في البحث الجنائي لاكتشاف الحالات التي يكذب فيها الشخص، وقد أعد الجهاز بحيث يرصد الاضطرابات أو الانفعالات النفسية التي تعترى الإنسان، إذا أثرت أعصابه أو نبهت حواسه لأي مؤثر قد يتأثر به، كالخوف أو الخجل أو الشعور بالمسئولية أو الجرم ويرصد الجهاز كل التغيرات التي تحدث في التنفس وضغط الدم، ودرجة مقاومة الجلد عند سريان تيار كهربائي خفيف فيه⁽²⁾.

ويستعمل جهاز كشف الكذب⁽³⁾ في الدول التي تستخدمه بتوسع، بمعرفة الشرطة ويدخل ضمن إجراءاتها ليكون معيماً على استبعاد الأبرياء، ولكن قد يكون الجهاز في بعض الأحيان مصيدة أو بندقية صيد قد تصيب - بانتشار مقذوفها - كل من يتواجد في مجال الاشتباه⁽⁴⁾.

موقف الفقه من جهاز كشف الكذب:

لقد ثار خلاف بين الفقهاء بخصوص قبول هذه الوسيلة في الإثبات إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول (الاتجاه المؤيد):

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه ليس ثمة ما يمنع من استعمال جهاز كشف الكذب في مجال التحقيق الجنائي، وقد اعتمد الجانب المؤيد لهذا الاستخدام على أنه لا يحمل مساساً بالسلامة الجسدية أو الحسية للشخص محل التجربة حيث لا يتعدى الأمر سوى ربط بعض أجزاء من جسمه كالمعصم وأسفل الساق والجزء الأعلى من الصدر وذلك بأسلاك متصلة بأجهزة لقياس التغيرات المختلفة التي تطرأ على الجسم من نبض وضغط

⁽¹⁾ د.حسن السمني، مرجع سابق، ص272، د.سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص128، وعند العرب تستعمل "البشعة" لكشف كذب المتهمين؛ للمزيد يُنظر: د. فتحي محمد أنور، مرجع سابق، ص471.

⁽²⁾ د. سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص128.

⁽³⁾ يتكون جهاز كشف الكذب من عدة أجهزة يقوم كل منها بعمل معين، جهاز لقياس نبضات القلب Cardiograph، جهاز لقياس ضغط الدم Sphygomograph، جلفانو متر ليسجل تغير مقاومة الجلد للكهرباء Galvan graph؛ يُنظر: د.حسين

محمود إبراهيم، مرجع سابق، ص124.

⁽⁴⁾ د.حسين محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص125.

الدم والتنفس، فهو جهاز مشابه لجهاز رسم القلب الكهربائي⁽¹⁾.

ويرى الأستاذ (جرافن) أن استخدام جهاز كشف في البحث الجنائي يكون مقبولاً لأنه لا يتضمن أي اعتداء على المتهم وحرية، فهو يقوم على قياس التغيرات والآثار التي تحدث للخاضع للاختبار، ولا يؤثر على وعيه وإرادته، فالمعلومات الحاصلة من الجهاز مجرد دلائل يستعين بها القاضي بحذر، كما أن استخدام الجهاز لا يمس حقوق الإنسان ولا يشترط رضا المتهم باستخدامه، إلا أنه يشترط أن يكون بقرار قضائي صريح⁽²⁾.

ويضيف البعض القول بأنه من الممكن استخدام الجهاز في مرحلة جمع الاستدلالات لما له من أهمية في استرشاد السلطة المختصة به في تقييمها للحقائق وجمع الأدلة ومعرفة المتهم، فإذا ثبت من استخدام الجهاز أن المتهم كاذب في إنكاره قامت بالبحث عن أدلة أخرى كافية لإدانته وكشف كذبه دون أن تعتبر هذه الأقوال بمثابة أدلة عند المحاكمة⁽³⁾.

ثانياً: الاتجاه الثاني (الاتجاه المعارض).

على الرغم من وجود في الفقه يؤيد استخدام جهاز كشف الكذب إلا أن الاتجاه الغالب⁽⁴⁾ يرفض استخدامه ولا يعطي لنتائجه أي قيمة قانونية، وقد استند البعض في رفضه لاستخدام هذا الجهاز بأنه يُعد من قبيل الإكراه المادي لما فيه من اعتداء حقيقي على سلامة الإنسان الجسدية وحقوقه التي كفلتها له المواثيق العالمية والداستاتير الوطنية، من أهمها حق الدفاع وما يتفرع عنه من حق الصمت والحق في الكذب، وفقاً لقاعدة أنه لا يلزم الشخص بتقديم دليل إدانته⁽⁵⁾.

ومن أهم الحجج المعارضة لاستخدام الجهاز ما قيل من أن نتائجه ليست ثابتة علمياً بل إنها ما زالت محلاً للنقاش، فالجهاز يساعد على معرفة الحالة النفسية والانفعالية للفرد إزاء موقف معين، ولكن النتائج أكدت أن ردود الفعل ليست دائماً كاشفة للكذب، فالفرد

⁽¹⁾ د. أحمد العلفي: مرجع سابق، ص 426.

⁽²⁾ د. سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص 130؛ د. حسن السمني، مرجع سابق، ص 291.

⁽³⁾ د. حسين محمود إبراهيم، مرجع سابق، ص 142.

⁽⁴⁾ د. محمود نجيب حسني: الدستور والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 119؛ د. محمد عيد الغريب، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 868؛ د. حسني الجندي: شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مرجع سابق، ص 574.

⁽⁵⁾ د. أسامة قايد: حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة جمع الاستدلالات، مرجع سابق، ص 274، د. حسن السمني، مرجع سابق، ص 285؛ د. حسين محمود إبراهيم، مرجع سابق، ص 140.

هادئ الأعصاب يستطيع إخفاء كذبه والتحكم في حالته الانفعالية، ومن ناحية أخرى فإن الانفعالات قد يكون مصدرها جريمة أخرى غير تلك التي يجري التحقيق في شأنها، كما أن الشخص الخاضع للتجربة قد يكون في حالة من الاضطراب النفسي فيزداد هذا الاضطراب لمجرد توجيه الاتهام إليه، وقد يكون مريضاً بمرض نفسي أو عضوي، ومن الثابت أن الطبيب عند قياسه لضغط الدم لدى بعض المرضى يجده مرتفعاً في حين إذا أعاد لقياس مرة أخرى بعد فترة وجيزة وجده أكثر انخفاضاً وهذا مرجعه إلى شعور المريض بالاضطراب لمجرد وجوده تحت الاختبار، والأمر لا يختلف كثيراً بالنسبة لجهاز كشف الكذب⁽¹⁾.

موقف الشريعة من جهاز كشف الكذب:

لا يختلف موقف الشريعة الإسلامية من جهاز كشف الكذب عن موقفها تجاه وسيلة العقاقير المخدرة (مصل الحقيقة)، والتنويم المغناطيسي، فهي ترفض كل وسيلة من شأنها التأثير على إرادة المتهم وسلامته الجسدية⁽²⁾.

ومن خلال مطالعة كتب الفقه وما قيل في الإقرار، نجد أن الإجماع يكاد ينعقد على عدم الأخذ بالإقرار إلا إذا توافرت شروط صحته ومنها أن يكون الإقرار اختيارياً أي صادراً عن إرادة حرة، وتتقي صفة الإرادة الحرة إذا كان الإقرار صادراً تحت تأثير الإكراه المعنوي أو استعمال وسيلة تؤدي إلى إفساد إرادة المقر، وهو ما يسري بالنسبة لجهاز كشف الكذب، وفي هذه الحالة تشوب هذا الإقرار شبهة تعيبه وتهدر آثاره⁽³⁾ استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم "إد رءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن الإمام يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"⁽⁴⁾.

فإذا استندنا إلى الإقرار الصادر مع استخدام جهاز كشف الكذب من خلال التغيرات التي تطرأ على الشخص فإننا نكون قد تجاوزنا ما أخذت به الشريعة الإسلامية من عدم الأخذ بالإقرار الصادر تحت تأثير أي ضغط حتى ولو كان معنوياً⁽⁵⁾.

بالإضافة إلى أنما ينتج من استخدام جهاز كشف الكذب هو عبارة عن قرينة لا تصل

⁽¹⁾ د.حسن السمني: مرجع سابق، ص 287.

⁽²⁾ د.عادل خراشي، مرجع سابق، ص 455.

⁽³⁾ د.محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص 520.

⁽⁴⁾ سبق تخريجه..

⁽⁵⁾ د.محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص 521.

إلى مرتبة الدليل الكامل، والشريعة الإسلامية لا تبني أحكامها على القرائن وحدها، وإنما على الأدلة الثابتة، لأن القرينة قد تحتل الشبهة، والحكم لا يقبل إذا تطرقت إليه الشبهة⁽¹⁾.

ولقد شبه البعض جهاز كشف الكذب بالفراسة، على اعتبار أن هذا الجهاز يقوم على دراسة الانفعالات النفسية وردود الفعل التي تعترى الإنسان عند استجوابه، كما يتفق مع الفراسة من حيث الخطوات التي يتم فيها التحري عن صدق المتهم أو كذبه واستغلال الظواهر الجسدية وما يظهر على الفرد من أعراض وإن اختلفا في أن استخدام جهاز كشف الكذب يتم بطريقة آلية ومقاييس وبيانات علمية، بينما تقوم الفراسة على عمليات إسقاط التجربة الذاتية على الفرد⁽²⁾.

وبذلك يتضح موقف الشريعة تجاه جهاز كشف الكذب فهي ترفض كل وسيلة من شأنها المساس بالسلامة الجسدية والنفسية للمتهم؛ سواءً لإثبات التهمة أو للحصول على إقرار منه، وجهاز كشف الكذب يُعد من الوسائل المحظورة لما يترتب على استعماله من مساس بالسلامة الجسدية والنفسية للخاضع له، كما أن النتائج التي يتم التوصل إليها تُعد غير حقيقية ومشكوكاً في صحتها⁽³⁾.

يتبين لنا من دراسة جهاز كشف الكذب والآراء التي قيلت في إمكانية استخدامه أو عدم استخدامه في المجال الجنائي، وما استند إليه كل فريق من حجج أن الرأي الثاني القائل برفض استخدام جهاز كشف الكذب في أية مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية هو الراجح والذي نؤيده لما استند إليه من حجج قوية دعمتها أحكام ونصوص القوانين.

كما اتضح لنا موقف الشريعة الإسلامية تجاه هذا الجهاز، فقد حظرت استخدامه وكل

⁽¹⁾ د. سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص131؛ د.محمد راجح نجاد، المرجع السابق، ص521؛ فالقرائن في أغلب الأحوال غير قاطعة، وهي تحمل أكثر من وجه، فإذا اعتمد عليها كدليل لإثبات الجريمة فقد اعتمد على دليل مشكوك فيه لا يمكن التسليم مقدماً بصحته؛ عبدالقادر عودة، ج2، مرجع سابق، ص340.

⁽²⁾ د.حسن السمني، مرجع سابق، ص760، كما أن الفراسة تعتبر طريقاً للبحث والتحقيق واستكشاف حالة الشخص المتهم، ولكنها لا تكون طريقة حكم وعملية لأنها تقيّد الاحتمال الذي هو أقل من الظن ولا تقيّد اليقين والترجيح والأصل البراءة ولا تزول بالأدلة القاطعة؛ د.عبد الله عبد الرحمن البسام، مدى صلاحية القرائن في إدانة المتهم، بحث مقدم للندوة الأولى حول المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، المركز العربي للدراسات الأمنية والرياض، ط1، 1406هـ-1986م، ص384، الطرق الحكيمة لابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص9 وما بعدها.

⁽³⁾ د.عادل خراشي، مرجع سابق، ص459.

وسيلة من شأنها التأثير على إرادة المتهم وسلامته الجسدية، سواء كان هذا التأثير مادياً أو معنوياً، بالوسائل التقليدية أم بالوسائل الحديثة، وأبطلت كل اعتراف ناتج عن هذه الوسائل، وجهاز كشف الكذب يعتبر من الوسائل المحرمة، لكون المتهم إنسان قبل أن يصبح متهماً، فلا ينبغي معاملته معاملة تحط من كرامته وأدميته التي كرمها المولى عز وجل في قوله تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا"⁽¹⁾.

وبهذا تكون الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية والمؤتمرات والمواثيق الدولية في المحافظة على حق المتهم في سلامة جسمه من أي اعتداء، وتحريمها لكافة وسائل الإكراه والتعذيب التي تمارس ضد المتهمين، ومن كل ما سبق فإنه يحظر على مأموري الضبط القضائي ورجال السلطة بصفة عامة الالتجاء إلى وسائل الإكراه والتعذيب لحمل المتهمين على الإقرار؛ سواءً كان ذلك بالوسائل التقليدية أم بالوسائل العلمية الحديثة⁽²⁾.

⁽¹⁾ سورة الإسراء: الآية (70).

⁽²⁾ للمزيد يُنظر: د. أحمد العلفي، مرجع سابق، ص426؛ د.سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص134؛ د. محمد راجح نجاد،: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، مرجع سابق، ص539؛ د.عادل خراشي، مرجع سابق، ص459؛ د.أسامة قايد: حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة جمع الاستدلالات، مرجع سابق، ص274؛ د.عبد الله سعيد محمد بن عمير، مرجع سابق، ص368؛ د.محمد محمد سيف شجاع، الحماية الجنائية لحقوق المتهم، مرجع سابق، ص532؛ د.عمر الفاروق الحسيني، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف، مرجع سابق، ص149؛ د.عادل حامد بشير محمد، مرجع سابق، ص269؛ د.عبد الجواد عبد الغفار، مرجع سابق، ص71.

الخاتمة

(ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا)

في هذه الخاتمة سنوضح أهم نتائج هذه الدراسة لئتم على ضوءها وضع التوصيات المناسبة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج: خلص الباحث من خلال الدراسة إلى عدد من النتائج، أهمها:

1. إن أصل الضمانات جميعها ينبعث من مبدأ الأصل في الإنسان البراءة، فهو بمثابة الدستور الأساسي لضمان حرية المتهم وكرامته الإنسانية، ولا يحد من نطاق هذا المبدأ غير الحكم البات.

2. سبق الشريعة الإسلامية لكافة القوانين الوضعية في إقرارها لمبدأ الأصل في الإنسان البراءة، ومعاملة المتهم على هذا الأساس.

3. حق الدفاع من الحقوق الضرورية للمتهم، لأنه يهدف إلى حماية مصالحه؛ بتمكينه من الدفاع عن نفسه، وينشأ هذا الحق من اللحظة الأولى التي يوجه فيها الاتهام إلى المتهم.

4. على خلاف القانون المصري فإن القانون اليمني يقصر حق المتهم في الاستعانة بمحام على الجرائم الجسيمة (الجنايات)، دون الجرائم غير الجسيمة (الجنح)، وهذا الوضع منتقد لأن هناك من الجرائم غير الجسيمة يترتب عليها نتائج لا تقل أهمية عن بعض الجنايات، من حيث المساس بحرية المتهم وسمعته وشرفه، مما يتوجب عليه توفير هذا الضمان في الجرائم غير الجسيمة، أسوةً بالقانون المصري.

5. أكدت الدراسة بأنه لا خير في إجراء يُتخذ تجاه المتهم وفيه تعدي على السلامة الجسدية والنفسية أو انتهاكاً لحياته الخاصة، فمناطق مشروعية أي وسيلة مستحدثة كانت أو تقليدية هو عدم مساسها بالحقوق الفردية أو الكرامة الإنسانية، ودون وضع أي اعتبار لأي أدلة أو نتائج تُحصلت بواسطتها؛ فالغاية لا تبرر الوسيلة.

6. فيما يتعلق بالوسائل العلمية الحديثة؛ كالتتويج المغناطيسي والعقاقير المخدرة وجهاز كشف الكذب فإن أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون قد حرموا استخدامها للحصول على الدليل، واعتبروها من الوسائل غير المشروعة.

- ثانياً: التوصيات: انتهى الباحث من خلال دراسته إلى عدد من التوصيات، أهمها:
1. القانونان اليمني والمصري لا يُلزمان المحقق بتنبية المتهم بحقه في الاستعانة بمحام، والأحرى بهما أن يجعل ذلك إلزامياً على المحقق، لأنه من الضمانات والحقوق المهمة للمتهم.
 2. على المقنن اليمني أن يحذوا حذو المقنن المصري في منح المتهم الحق في الاستعانة بمحام في الجرائم الجسيمة وغير الجسيمة على حدٍ سواء، وألا يستثني الجرائم غير الجسيمة.
 3. نظراً لما يتعرض له المتهم من انتهاكات وتجاوزات، فإنه يجب توفير الحماية الكافية للمتهم وتفعيلها من خلال تشديد الرقابة القضائية على الإجراءات وأماكن الاحتجاز، مع ضرورة قيام النيابة العامة بالرقابة الدائمة على أعمال مأموري الضبط القضائي، للتأكد من عدم استعمالهم وسائل غير مشروعة أو إساءة استعمال السلطة المخولة لهم.
 4. ضرورة إقامة دورات وورش عمل لمأموري الضبط القضائي حول كيفية التعامل مع المتهمين بأسلوب قانوني وإنساني يؤكد على احترام كرامة المتهمين وحرّياتهم الأساسية.
 5. على المقننين اليمني والمصري النص صراحةً على تحريم استخدام الوسائل العلمية الحديثة - التي تم التطرق إليها في هذا البحث - في التحقيق، لما فيها من إهدار لكرامة المتهم والمساس بسلامته الجسدية والنفسية وانتهاك لحقوقه الأساسية في الدفاع عن نفسه.

قائمة المراجع

أولاً: كتب الحديث والفقہ.

1. أحمد إبراهيم إبراهيم: طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، المطبعة السلفية، القاهرة، 1475هـ.
2. الإمام/ أحمد بن يحيى المرتضى: البحر الزخام الجامعي لمذهب علماء الأنصار، ج5، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، 1409هـ -1988م.
3. الإمام/ أبو الوليد محمد بن أحمد بن شد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الفكر، القاهرة.
4. الإمام/ أبو محمد عبدالله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام الدرامي (المتوفي سنة 255هـ): سنن الدرامي، ج2، دار إحياء السنة النبوية، بيروت.
5. الإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي القرشي: كتاب الأم، ج4.
6. الإمام أبي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري (المتوفي سنة 256هـ): صحيح البخاري، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، رقم الحديث 6967، ج4، ط2، 1418هـ-1997م.
7. جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، سنن النسائي، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت.
8. الشيخ/ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقہ الشافعي، المتوفي سنة 991م، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.
9. شمس الدين السرخسي: كتاب المبسوط، المجلد الثاني عشر، دار المعرفة، بيروت، ط3.
10. عبد القادر الرافي (المتوفي سنة 1323هـ): شرح تنوير الأبصار، ج14، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ -1988م.

11. د. عبد الله عبد الرحمن البسام، مدى صلاحية القرائن في إدانة المتهم، بحث مقدم للندوة الأولى حول المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، المركز العربي للدراسات الأمنية والرياض، ط1، 1406هـ-1986م.
12. د. عبد المجيد مطلوب: نظرية الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، بحث مقارنة بين المذاهب، 1409هـ-1989م.
13. الإمام/ مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، ج6، دار الفكر، بيروت، ط1، 1419هـ-1998م.
14. محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، لم يحدد تاريخ النشر.
15. محمد علي الصابوني: مختصر لتفسير الإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل ابن كثير الدمشقي، دار القرآن الكريم، بيروت، ط1، 1402هـ-1981م.
16. محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيئ من فقهها وفوائدها، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1415هـ-1995م.
17. أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري: صحيح مسلم بشرح النووي، الحديث رقم 2658، كتاب القدر، ج8.

ثانياً: المراجع العامة والمتخصصة.

1. د. أحمد بسيوني أبو الروس: المتهم، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، لم يحدد تاريخ النشر.
2. د. أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
3. د. التهامي النقرة: وسائل تحقيق العدالة للمتهم في الشريعة الإسلامية، المركز العربي للدراسات الأمنية، الرياض، 1406هـ-1986م.

4. د. حسن علي حسن السمني: شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية، رسالة دكتوراه، غير محدد مكان النشر، طبعة 1983م.
5. د. حسين محمود إبراهيم: الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م.
6. د. عبد الجواد عبد الغفار محمد أبو هشيمة: ضمانات الحريات الشخصية للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي في قانون الإجراءات الجنائية المصري مقارناً بالشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بني سويف، 1995م.
7. د. عبدالله ماجد العكايلة: الاختصاصات القانونية لمأمور الضبط القضائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010م.
8. د. عبدالمجيد محمود مطلوب: الأصل براءة المتهم، المركز العربي للدراسات الأمنية، الرياض، ج1، 1405هـ - 1986.
9. د. علي الشرفي: شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني وفقاً لمشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة، دار المنار، القاهرة، 1412هـ - 1993م.
10. د. عمر السعيد رمضان: مبادئ قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985م.
11. د. عمر الفاروق الحسيني: تعذيب المتهم لحمله على الإقرار، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1986م.
12. د. قدري عبدالفتاح الشهاوي: جرائم السلطة الشرطة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، د.ت.
13. د. محمد السعيد عبد الفتاح: أثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2002م.

14. محمد راجح نجاد: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات، دار المنار، القاهرة، جمهورية مصر العربية، طبعة 1414 هـ / 1994م.
15. د. محمد سليم العوا: الأصل براءة المتهم، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب الرياض، 1406 هـ - 1986م.
16. د. محمد عيد الغريب: الاختصاص القضائي لمأمور الضبط القضائي في الأحوال العادية والاستثنائية، 2000م.
17. د. محمد محيي الدين عوض: حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، بدون دار نشر، 1989م.
18. د. محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1988م.
19. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 1995م.
20. د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1986م.

ثالثاً: الرسائل والبحوث العلمية.

1. د. أحمد ضياء الدين محمد خليل: حق المتهم في عدم المساهمة في إدانة نفسه، مجلة كلية الدراسات العليا، العدد الثاني عشر، أكاديمية مبارك للامن، القاهرة، يناير 2005م.
2. د. جمال محمد مصطفى، صراحة المتهم وصمت المتهم في القانون الجنائي، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد السابع والعشرون، أبريل 2003م.
3. د. عبدالرزاق عبداللطيف، حق الإنسان في افتراض براءته، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، العدد الثالث والعشرون، السنة الثانية عشر، ابريل 2033م.

4. د. عبد المنعم الشيباني، الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.
5. د. فريد أحمد القاضي: الاستجابات اللاشعوري، مجلة الأمن العام، العدد (30)، 1965م.
6. د. محمد محي الدين عوض، حقوق الإنسان في الاجراءات المنيعه وإجراءات التحري، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في الاسكندرية من 9-12 ابريل سنة 1988م.

رابعاً: الدساتير والقوانين.

1. الدستور الدائم للجمهورية اليمنية.
2. القرار الجمهوري بالقانون رقم (13) لسنة 1994م بشأن الاجراءات الجزائية اليمني.
3. القرار الجمهوري بالقانون رقم (12) لسنة 1994م بشأن الجرائم والعقوبات اليمني.
4. قانون الإجراءات السوداني الصادر عام 1974م.
5. قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية الكويتي لسنة 1960م.
6. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لسنة 1966م.



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:

ضمانات استجواب المتهم في القانون اليمني والعهود والمواثيق الدولية

أ.م.د. محمد عبدالله حسين العاقل

أساذ القانون الجنائي المشارك

كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة

ملخص البحث

معلومات البحث

يسعى القانون اليمني إلى الحفاظ على حقوق المتهم أثناء استجوابه، ووضع الضمانات الموضوعية والإجرائية لحماية هذه الحقوق.

تاريخ تسليم البحث:

٢٠ فبراير ٢٠٢٤ م

وقد هدف البحث إلى التعريف بالاستجواب وأهميته، وبيان الإجراءات اللازم مباشرتها للوصول إلى كشف الحقيقة، مع تسليط الضوء على الضمانات الواردة في القانون اليمني والمواثيق الدولية التي كفلتها، لحماية المتهم أثناء استجوابه، بوصفه أحد إجراءات التحقيق الابتدائي.

تاريخ قبول البحث:

٢٨ مارس ٢٠٢٤ م

وقد اشتمل هذا البحث على مبحثين، يسبقها مطلب تمهيدي مبيناً فيه مفهوم الاستجواب وما يميزه عن غيره من المصطلحات المشابهة، وتم تخصيص المبحث الأول لتوضيح ضمانات الاستجواب ودراسة الضمانات العامة التي وضعها القانون اليمني والمواثيق الدولية للمتهم أثناء الاستجواب، أما المبحث الثاني فقد تم تخصيصه لبيان الضمانات الإجرائية التي كفلها القانون اليمني والمواثيق الدولية للمتهم أثناء الاستجواب؛ كالجبهة المختصة بالاستجواب، وحضور المتهم، وإحاطته بالتهمة المنسوبة إليه، والاستعانة بمحامي أثناء استجوابه، وكفالة حريته عند استجوابه. وقد اختتمت هذا البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات، التي أتمنى أن تحقق الفائدة المرجوة من هذا البحث.

الباحث: أ.د. محمد عبدالله حسين العاقل

البريد الإلكتروني:

Dr_akel@hotmail.com

Abstract

Yemeni law seeks to preserve the rights of the accused during his interrogation, and to establish substantive and procedural guarantees to protect these rights.

The research aimed to introduce interrogation and its importance, and explain the necessary procedures to be undertaken to uncover the truth, while highlighting the guarantees contained in Yemeni law and the international conventions that they guarantee, to protect the accused during interrogation, as one of the primary investigation procedures.

This research included two sections, preceded by an introductory section explaining the concept of interrogation and what distinguishes it from other similar terms. The first section was devoted to clarifying the guarantees of interrogation and studying the general guarantees established by Yemeni law and international conventions for the accused during interrogation. The second section was devoted to explaining the guarantees. The procedural procedures guaranteed by Yemeni law and international conventions for the accused during interrogation; Such as the authority responsible for interrogation, the presence of the accused, informing him of the charge against him, seeking the assistance of a lawyer during his interrogation, and ensuring his freedom when interrogated.

I concluded this research with a set of results and recommendations, which I hope will achieve the desired benefit from this research.

Key words: the accused, interrogation, the accused's right to innocence, physical integrity, the public prosecution.

مقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وأصحابه المنتجبين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين:

كرم الله سبحانه وتعالى الإنسان على سائر المخلوقات تكريماً يقتضي صيانة حقوقه وحياته؛ بكونه إنساناً وإن ظل الطريق، وهي حقوق كثيرة تشملها الحماية القانونية والشرعية، ويمتد نطاقها لكل ما يمس المتهم أو يهدده، كما أنها لصيقة بشخصيته وصفته، لما كرمه الله سبحانه وتعالى مصداقاً لقوله تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً"⁽¹⁾.

وتسعى الدول من خلال سن القوانين إلى الحفاظ على حقوق المتهم أثناء مباشرة إجراءات التحقيق الابتدائي، ومنها الاستجواب بوصفه من أهم إجراءات التحقيق الابتدائي، وذلك بفرض القواعد والضوابط التي تضمن منع أية تجاوزات من قبل سلطة التحقيق تجاه المتهم أثناء استجوابه⁽²⁾.

وقد احتلت حقوق الإنسان اهتماماً واضحاً في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، تضمنت العديد من المبادئ لتعزيز حقوق الإنسان وتهيئة السبل الكفيلة لحمايتها، وكان لمنظمة الأمم المتحدة دوراً بارزاً في إظهار مفاهيم حقوق الإنسان وتجسيدها على شكل إعلانات ومعاهدات، وكان أول اقتراح للحقوق الأساسية للإنسان في مؤتمر سان فرانسيسكو - الذي تم فيه إقرار ميثاق الأمم المتحدة عام 1945م.

ويستند نظام الأمم المتحدة لحماية حقوق الإنسان على ثلاث وثائق أساسية تشكل الميثاق الدولي لحقوق الإنسان⁽³⁾. والتي اشتقت منها مختلف الوثائق القانونية الدولية، كما تجسدت في مواثيق المجتمعات المتحضرة وديساتيرها وقوانينها الداخلية، ومنها دستور الجمهورية اليمنية لسنة 1991م، وتعديلاته عام 1994م، 2001م، وقانون الإجراءات الجزائية رقم (13) لسنة 1994م، حيث أقرت العديد من الحقوق المقررة للمتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي؛ منها حقوق المتهم أثناء الاستجواب وضمانته العامة والإجرائية.

(1) سورة الاسراء: الآية (70).

(2) للمزيد يُنظر: د أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص33.

(3) الوثائق هي: 1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948م، العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام 1966م، العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966م.

أولاً: مشكلة البحث:

تظهر مشكلة البحث في السؤال الرئيسي التالي: هل تُعد الضمانات المنصوص عليها في القانون اليمني والاتفاقيات الدولية كافية لحماية حقوق الإنسان أثناء الاستجواب؟ وتتفرع عن هذا السؤال التساؤلات الفرعية التالية:

1. ما مفهوم المتهم؟ وما هي أبرز حقوقه؟
2. ما المقصود بالاستجواب؟ وما الفرق بينه وبين المصطلحات المشابهة له؟
3. ماهي الضمانات العامة والنصوص القانونية والشرعية التي وضعتها أحكام الشريعة الإسلامية، وكفلها القانون اليمني، والعهد والمواثيق الدولية والإعلانات العالمية لحماية حقوق المتهم أثناء الإستجواب.
4. ما هي الضمانات الإجرائية التي وضعتها الشريعة الإسلامية، وأخذ بها القانون اليمني، وأكدت عليها المواثيق الدولية لصحة الإجراءات التي تتخذ في مواجهة المتهم أثناء الاستجواب؟

ثانياً: أهمية البحث.

تتجلى أهمية البحث تبعاً للطبيعة الخاصة بالاستجواب، والذي يُعد من أهم إجراءات التحقيق الابتدائي وأخطرها مساساً بحريات الأفراد، مما يتطلب كفالة حقوقهم، لذلك تبرز أهمية هذا البحث في الآتي:

1. بيان الفرق بين مفهوم الاستجواب وما يميزه عن غيره من المصطلحات المشابهة.
2. تسليط الضوء على الإجراءات والضمانات الشرعية والقانونية والدولية لحماية المتهم أثناء الاستجواب.
3. توضيح الإجراءات القانونية أثناء استجواب المتهم.

ثالثاً: أسباب اختيار الموضوع.

1. سبب ذاتي: يتعلق بواقع ممارستي لتدريس شرح قانون الإجراءات الجزائية، منها استجواب المتهم.
2. سبب موضوعي: يتعلق بموضوع البحث، فهو من الموضوعات المهمة التي يُثار حولها العديد من التساؤلات، ويشوبها بعض الغموض؛ سواءً من الناحية القانونية أم من الناحية الحقوقية.

رابعاً: أهداف البحث: يتجه هذا البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

1. توضيح الفرق بين استجواب المتهم، والاستيضاح والمواجهة وسؤال المتهم.
2. بيان دور النيابة العامة أثناء استجواب المتهم، ودورها في حماية المتهم وحرياته الأساسية من الانتهاك من عدمه.
3. توضيح الضمانات العامة والإجرائية التي وضعتها الشريعة الإسلامية وأخذ بها القانون اليمني والمواثيق الدولية أثناء استجواب المتهم، بُغية إظهار مواطن النقص والثغرات التي يستوجب على المقنن اليمني تداركها.

خامساً: منهجية البحث.

اتبعت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، لملاءمته لموضوع البحث، للوقوف على الإجراءات القانونية الواجب اتباعها في استجواب المتهم، وتحليل تلك الإجراءات والنصوص الشرعية والقانونية الوطنية والدولية لبيان هدف المقنن في حماية المتهم أثناء الاستجواب.

سادساً: تقسيم البحث: تم تقسيم البحث إلى مبحثين يسبقهما مطلب تمهيدي، كالتالي:

- مطلب تمهيدي: مفهوم استجواب المتهم.
- الفرع الأول: المقصود بالمتهم وشروطه.
- الفرع الثاني: المقصود باستجواب المتهم.
- الفرع الثالث: التمييز بين الاستجواب وغيره من المصطلحات المشابهة.
- المبحث الأول: حقوق المتهم أثناء الإستجواب.
- المطلب الأول: حق المتهم في البراءة.
- المطلب الثاني: حق المتهم في السلامة الجسدية.
- المطلب الثالث: حق المتهم في الدفاع.
- المبحث الثاني: الضمانات الإجرائية لاستجواب المتهم.
- المطلب الأول: الجهة المختصة بالاستجواب وإجراءاتها.
- المطلب الثاني: حضور المتهم وإحاطته بالتهمة.
- المطلب الثالث: حق المتهم في إبداء أقواله وعدم تحليفه اليمين أثناء الإستجواب.
- الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

مطلب تهديدي

ماهية استجواب المتهم

يُعد استجواب المتهم من أخطر إجراءات التحقيق، وأهم ما يميزه هو أن الشخص يحضر فيه لأول مرة بصفته متهمًا أمام المحقق. ومن بين سبل الحصول على أدلة الجريمة الاستجواب، وقد عالج المقنن اليمني في قانون الإجراءات الجزائية هذا النوع من الإجراءات تحت عنوان استجواب المتهم، لذلك يستوجب أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، على النحو الآتي:

الفرع الأول

المقصود بالمتهم وشروطه

أولاً: تعريف المتهم:

1. تعريف المتهم لغةً: اسم مفعول من الفعل (اتهم)، والتهمة بكذا أي اتهم الرجل،

صار به الريبة، وأدخل عليه التهمة وظنه به، والتهمة أي الاتهام وما يتهم عليه⁽¹⁾.

والتهمة: الشك والريبة. والدعوى في اللغة غير التهمة، فهي الإخبار مطلقاً⁽²⁾.

2. تعريف المتهم اصطلاحاً: شاع عند بعض الفقهاء استعمال لفظ (المدعى عليه)

بدلاً من المتهم، أو لفظ المشتبه فيه⁽³⁾.

في حين يرى بعض الفقهاء⁽⁴⁾ إن كلمة "المتهم" تشمل كل شخص تحرك نحوه الاتهام

بواسطة تحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها قبله، وهذا هو الأرجح، لأن لفظ (المدعى عليه)

لفظ عام يطلق على كل من أُدعي عليه؛ سواءً كانت دعوى جزائية أم مدنية أم غيرها،

بينما لفظ (المتهم) أنسب مع طبيعة الدعوى الجزائية⁽⁵⁾.

(1) د. أحمد شوقي الشلفاني، مبادئ الاجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003م، ص52.

(2) مختصر صحيح مسلم للمنذري، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، 1993م، ص321.

(3) د. محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ج2، دار الهدى، الجزائر، 1991-1994م، ص12.

(4) د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص137.

(5) د. هلالى عبد اللاه أحمد، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م، ص72.

3. تعريف المتهم في القانون اليمني:

بالرغم من تعدد التعريفات للمتهم، إلا أن القانون اليمني لم يُعرّف المتهم في نصوص قانون الجرائم والعقوبات، بالرغم من أنه استخدم لفظ (المتهم) في أكثر من نص. بينما نجد أن لائحة الإجراءات الجزائية اليمنية الملغاة، عرفت المتهم بأنه: "يعتبر متهمًا ويتمتع بالضمانات المقررة للمتهم من يُسند إليه في أي عمل إجرائي ارتكاب جريمة، ويتمتع أيضاً بضمانات المتهم من يقبض عليه أثناء مرحلة البحث أو التحقيق أو المحاكمة"⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن المقنن اليمني استخدم مصطلح "المتهم" في جميع مراحل الدعوى الجزائية، فقد نصت المادة (48) من الدستور على أن: "المسؤولية الجزائية شخصية...، وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ..."⁽²⁾. وكذلك استخدم قانون الإجراءات الجزائية اليمني مصطلح (المتهم)، فقد نصت المادة (4) منه، على أن: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته ويفسر الشك لمصلحة المتهم".

وبالتالي، لا يعتبر متهماً من قدم ضده بلاغ أو شكوى أو أي إجراء قام به مأمور الضبط القضائي أثناء التحريات أو الاستدلالات، وإنما يعتبر مشتبهاً فيه، لأن المتهم يعني تحريك الدعوى قبله وما يتبع ذلك من تخويله بعض الحقوق وتحمله بعض الالتزامات.

ثانياً: الشروط المطلوبة في المتهم: يشترط في المتهم ما يلي⁽³⁾.

1- الشروط الموضوعية:

- أ- وقوع الجريمة ووجود دلائل كافية على ارتكابه للجريمة أو الاشتراك فيها.
- ب- أن يكون شخصاً قانونياً حياً⁽⁴⁾.
- ج- أن ترفع الدعوى الجزائية على متهم معين.

2 الشرط الشكلية:

- أ- أن يكون خاضعاً للقضاء الوطني.
- ب- أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة وقت تحريك الدعوى الجزائية ومباشرتها.

(1) المادة (67/ 201) من لائحة الإجراءات الجزائية اليمنية الملغاة، مشاراً إليه لدى: د. إلهام محمد محسن العاقل،

الإجراءات الجزائية، ج1، مكتبة الصادق، صنعاء، ط3، 2014م، ص136.

(2) يُراجع: المادة (48) من دستور الجمهورية اليمنية، الصادر عام1991م، والمعدل عام 1994، وعام 2001م.

(3) د. إلهام محمد حسن العاقل، مرجع سابق، ص137.

(4) د. فوزية عبد الستار: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2000، ص91، د. محمد زكي

أبو عامر، الإجراءات الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1994، 273.

الفرع الثاني

المقصود باستجواب المتهم

أولاً: الاستجواب لغة وإصطلاحاً:

1. تعريف الاستجواب في اللغة: هو طلب الجواب عن أمرٍ ما، أو هو وجوب في أسماء الله المجيب، وهو الذي يقابل الدعاء، والسؤال بالعباءة والقبول من الله سبحانه وتعالى، وهو اسم فاعل من أجاب يجيب⁽¹⁾، والجواب هو: ترديد الكلام، والفعل: أجاب يجيب، قال الله تعالى: "وَإِذَا سَأَلَكَ عِبَادِي عَنِّي فَإِنِّي قَرِيبٌ أُجِيبُ دَعْوَةَ الدَّاعِ إِذَا دَعَانِ فَلْيَسْتَجِيبُوا لِي وَلْيُؤْمِنُوا بِي لَعَلَّهُمْ يَرْشُدُونَ"⁽²⁾.

2. تعريف الاستجواب في الإصطلاح: يقصد به مناقشة المتهم تفصيلاً في الأدلة والشبهات القائمة ضده ومطالبته بالرد عليها إما بإنكارها وإثبات فسادها وإما بالتسليم بها، وما يستتبعه من اعتراف بالجريمة⁽³⁾. في حين عرفه البعض⁽⁴⁾ بأنه: "إجراء من إجراءات التحقيق يهدف إلى جمع الأدلة حول وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم وإتاحة الفرصة لهذا المتهم في الدفاع عن نفسه".

3. المقصود بالاستجواب في القانون اليمني: عرّف القانون اليمني الاستجواب، في المادة (177) إ.ج، على أنه: "يقصد بالاستجواب علاوةً على توجيه التهمة إلى المتهم مواجهته بالدلائل والأدلة القائمة على نسبة التهمة إليه ومناقشته فيه تفصيلاً...".

وبالتالي، فإن الاستجواب يُقصد به إجابة المتهم المقبوض عليه عن ثبوت الجريمة أو نفيها بالنسبة له.

ثانياً: خصائص الاستجواب: يتميز الاستجواب بعدة خصائص، أهمها:

1. إنه وسيلة للإثبات والدفاع في الوقت نفسه.
2. أن يكون الشخص قد ارتكب جريمة وتوجد دلائل قوية على إدانته.

(1) د. كمال محمد عواد: الإجراءات الجنائية لتقييد حرية المتهم في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط1، 2011، ص218.

(2) سورة البقرة: الآية (186).

(3) د. محمد نجيب حسني: شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5، 1999، ص678.

(4) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص45.

3. إنه إجراء اتهام الهدف منه جمع الأدلة بشأن الجريمة الواقعة ومناقشة المتهم تفصيلاً في التهمة المنسوبة إليه.
 4. أن يواجه المتهم بالأدلة.
 5. الجهة المختصة به النيابة العامة.
- ثالثاً: طبيعة الاستجواب:**

1. يُعد الاستجواب إجراء من إجراءات التحقيق، يهدف إلى الوقوف على حقيقة التهمة المنسوبة إلى المتهم ليقول كلمته فيها؛ إما بالاعتراف أو الإنكار.
2. إن الاستجواب ذو طبيعة ثلاثية: الأولى: إنه يأخذ طابع المناقشة التفصيلية حول الواقعة المقدمة ضد المتهم وجمعها، ويجوز للمحقق الالتجاء إليه في أية لحظة خلال التحقيق، أو إعادة استجواب المتهم كلما رأى ضرورة لذلك. والثانية: يعتبر وسيلة دفاع لأنه يستلزم إحاطة المتهم بحقيقة التهمة المنسوبة إليه، والأدلة والقرائن المقامة ضده مع تمكينه من تنفيذ تلك الشبهات. والثالثة: إنه يُعد مصدر من مصادر الأدلة في التحقيق على أساس أن لسلطة التحقيق أن تأخذ منه العناصر الكافية لإثبات أو نفي التهمة المنسوبة إلى المتهم⁽¹⁾.
3. إنه يساعد على استجلاء الحقيقة بإتاحة الفرصة للمتهم ليفند ما أحيط به من شبهات وإثبات براءته للوصول إلى الحقيقة⁽²⁾.
4. يعتبر الاستجواب وسيلة دفاع؛ كونه يستلزم إحاطة المتهم بحقيقة التهمة المنسوبة إليه، والأدلة والقرائن المقامة ضده مع تمكينه من تنفيذ تلك الشبهات، وحقه في دعوة المحامي للحضور معه أثناء الاستجواب، وحقه في الاطلاع على ملف الدعوى.
5. إنه يقوم على عنصرين هما: حقيقي، وحكمي⁽³⁾، أما الحقيقي فيقوم من خلال توجيه التهمة ومناقشة المتهم تفصيلاً عنها ومواجهته بالأدلة القائمة ضده، وأما الحكمي، فيقصد به المواجهة، أي مواجهة المتهم بغيره من الشهود لكي يدلي كل

(1) د. محمود حسني الجندي، شرح قانون الاجراءات الجزائية اليمنية، ج1 (الدعوى الجزائية والمدنية)، جامعة صنعاء، ط1، 1988م، ص561.

(2) د. محمد سامي النصراني، دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة دار السلام، بغداد، ط4، 1998م، ص381.

(3) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص66.

منهما بأقواله أمام الآخر. وهو ما أخذت به القوانين الحديثة، ومنها القانون اليمني، وفقاً لنص المادة (177) إ.ج.⁽¹⁾.

6. إن الاستجواب في الشريعة الإسلامية أمر مستحسن، فقد عمل به الرسول صلى الله عليه وآله وسلم وعمل به الصحابة، فكان الرسول لا يوقع عقوبة إلا بعد أن يسأل المتهم عن التهمة، ويواجهه بالأدلة المقامة ضده⁽²⁾. وبهذا استدل على أن الاستجواب له أصل في الشريعة الإسلامية.

رابعاً: أهداف الاستجواب⁽³⁾. للاستجواب عدة أهداف، أهمها:

1. التعرف على شخصية المتهم وعلى السلوك الاجرامي، وكيفية ارتكابه للجريمة، والأساليب والأدوات المستخدمة فيها؛ سواءً بطريقة مباشرة كإعتراف المتهم بالتهمة المنسوبة إليه، أم بطريقة غير مباشرة من خلال الاستنتاج من تعارض أقواله والظروف الأخرى المتعلقة بإجاباته التي يتضح منها ارتكاب الجريمة.
2. تحقيق مصلحة المتهم، من خلال عدم المساس بحريته إلا إذا توافرت أدلة كافية ضده، كون الهدف منه كشف الحقيقة وليس إدانة المتهم، ومنحه حق الكلام أو الدغاع عن نفسه.
3. التعرف على ظروف وملابسات الجريمة؛ سواءً كانت سابقة، مثل: الثأر والخلاف بين المتهم والمجنى عليه، والحالة التي عليها المتهم وقت الحادثة، أم لا حقة إثر الحادثة، مثل: مظاهر الثراء، أو الحالة النفسية للمتهم⁽⁴⁾.
4. معرفة البواعث والدوافع التي أدت إلى ارتكاب الجريمة، ومدى علاقة المتهم بارتكابها؛ فقد تكون بدافع انتقام أو الحصول على أموال أو غير ذلك.

(1) للمزيد يُراجع نص المادة (177) إ.ج.

(2) فقد روى عن وائل بن حجر قال: إني قاعد مع النبي صلى الله عليه وسلم إذ جاء رجل يقود آخر بنفسه فقال: رسول الله اقتلته؟ قال: نعم قتلته، قال: كيف قتلته؟ قال: كنت أنا وهو نحتطب من شجرة فسبني وأغضبني فضربتته بالفأس على قرنيه فقتلته... (نيل الأوطار للشوكاني، ص175. وأستجوب الإمام علي رضي الله عنه النفر الذين قتلوا الرجل الذي خرج معهم، فعدوا ولم يعد الرجل فشكى ولده إلى أمير المؤمنين علي فأخذ أقوال المتهمين، الطرق الحكمة في السياسة الشرعية، ابن القيم الجوزي، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، ص58. مشاراً إليه لدى: د. مطهر عبده الشميري، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مكتبة الصادق، صنعاء، 3، 2010م، ص220.

(3) د. محمد محمد سيف شجاع الدين، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مكتبة الصادق، صنعاء، 6، 2006م، ص330.

(4) د. أحمد بن عبدالله السعيد، الاستجواب الأمني، مركز البحوث والدراسات، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1، 2013، ص4.

5. السعى إلى معرفة الحقيقة حيال الجريمة المرتكبه من المتهم؛ سواءً باعترافه بمكان الحادث، أم بالتثبت من صحة أقوال المتهم⁽¹⁾.
6. العمل على اكتشاف الحقيقة من المتهم حيال الجريمة المرتكبه منه، باعترافه بإرادته أو انكاره على ذلك دون انتزاعه بالإكراه⁽²⁾.
7. التعرف على الأسلوب الاجرامي وتحديد كيفية ارتكاب الجريمة والآلات والأدوات التي استخدمت في تنفيذ الجريمة، مقارنة بالأساليب الإجرامية الأخرى.
8. التثبت من صحة أقوال المتهم؛ من خلال مواجهته بأدوات الجريمة أو الشهود أو المتهمين الآخرين.

خامساً: ضوابط الاستجواب. للإستجواب عدة ضوابط بيّنتها، المادة (182) إ.ج.ي، أهمها⁽³⁾:

1. إن الاستجواب غير جائز في مرحلة الاستدلال، ولا يجوز ندب مأمور الضبط القضائي لكي يجرى الاستجواب، وكذلك في مرحلة المحاكمة لا يجوز استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك، أما في مرحلة التحقيق الابتدائي فالإستجواب متروك لتقدير المحقق، فله أن يجريه إذا قدر أن مصلحة التحقيق تقتضيه.
2. لا ترتهن سلطة المحقق في اجرائه على موافقة أو عدم موافقة المتهم فله أن يجريه على الرغم منه.
3. لا يلتزم المحقق بإجرائه، ولو طلب المتهم ذلك، فلا يبطل تحقيق خالي من استجواب، إلا أن هناك حالتين، أوجب فيها القانون اليميني الاستجواب: حالة القبض على المتهم، وحالة الحبس الاحتياطي⁽⁴⁾.
4. عند حضور المتهم لأول مرة أمام المحقق، يجب على المحقق أن يتثبت من شخصيته وأن يحيطه بالتهمة المنسوبة إليه، ويتعين على المحقق تعريف المتهم بأنه حر في الادلاء بأية ايضاحات ويثبت أقواله في المحضر.

(¹) د. خالد عبد الباقي الخطيب، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية- الاستدلال والتحقيق الابتدائي، مركز خالد بن الوليد، صنعاء، ط1، 2015م، ص244.

(²) د. رمزي رياض عوض، الاجراءات الجنائية في القانون الانجلوا أمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص41.

(³) د. خالد عبد الباقي الخطيب، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية -الاستدلال والتحقيق الابتدائي- مرجع سابق، ص245.

(⁴) د. مطهر عبده الشميري، مرجع سابق، ص219.

5. أثناء استجواب المتهم بارتكاب جريمة قذف أو سب بطريق النشر في إحدى الصحف أو غيرها من المطبوعات، يستوجب على المتهم أن يقدم للمحقق عند أول استجواب وعلى الأكثر في السبعة الأيام التالية - بيان الأدلة على كل فعل مسند إلى موظف عام أو شخص ذي صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة وإلا سقط حقه في إقامة الدليل المنصوص عليه في قانون العقوبات.

6. إذا كلف المتهم بالحضور أمام المحكمة مباشرة وبدون تحقيق سابق، وجب عليه أن يعلن النيابة العامة والمدعى بالحق الشخصي ببيان الأدلة في السبعة الأيام التالية لإعلان التكليف بالحضور وإلا سقط حقه في إقامة الدليل، ولا يجوز تأجيل نظر الدعوى في هذه الأحوال أكثر من مرة واحدة ولمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً وينطق بالحكم مشفوعاً بأسبابه⁽¹⁾.

7. يجب تدوين أقوال المتهم أثناء استجوابه، في محضر يوقع عليه المحقق (عضو النيابة)، ولم يبين القانون كيفية تدوين المحضر، مما يعني سريان القواعد التي تحكم تدوين محاضر التحقيق.

سادساً: بطلان الاستجواب.

نظراً لأهمية الاستجواب وخطورته، فإنه يخضع من حيث صحته أو بطلانه للقواعد العامة في البطلان، فيبطل مطلقاً إذا خولفت في إجراءاته قاعدة جوهرية، وفيما عدا ذلك يكون البطلان نسبياً، هذا ما سنبينه في النقاط التالية:

1. إذا باشر استجواب المتهم مأمور الضبط القضائي يكون باطلاً، لانعدام الولاية بإجراءاته؛ كون البطلان متعلقاً بالنظام العام.

2. إذا بوشر الاستجواب تحت تأثير الإكراه أو التهديد أو الإرهاق المتعمد للمتهم.

3. إذا تعمد المحقق خداع المتهم أو كانت الأسئلة التي وجهها إليه من النوع الأيحاء⁽²⁾.

4. إذا تجاوز المحقق الضمانات الاجرائية⁽³⁾، أو الخاصة بالمتهم أثناء استجوابه⁽⁴⁾.

(1) د. مطهر عبده الشميري، مرجع سابق، ص 221.

(2) د. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، ج1، دار الفكر العربي، ط5، 2001م، ص 431.

(3) مثل استجواب المتهم من قبل مأمور الضبط القضائي.

(4) مثل: عدم دعوة محامي المتهم للحضور، أو عدم احاطته بالتهمة يكون البطلان نسبياً. للمزيد يُنظر: د. مطهر عبده الشميري، مرجع سابق، ص 224.

5. يجوز تصحيح الاستجواب من خلال إعادة الاستجواب مع تلافي بطلانه.
6. إذا خولفت في اجرائه قاعدة جوهرية تحمي مصلحة هامة يكون باطلاً مطلقاً، وفيما عدا ذلك يكون البطلان نسبياً⁽¹⁾.
7. إذا لم يقيم المحقق بفتح محضر للإستجواب والتوقيع عليه.

الفرع الثالث

التمييز بين الاستجواب وغيره من المصطلحات المشابهة

يتميز الاستجواب عن غيره من المصطلحات المشابهة له، نبينها في النقاط التالية تباعاً:

أولاً: الاستجواب وسؤال المتهم.

يُقصد بسؤال المتهم قيام مأمور الضبط القضائي بسؤاله عن التهمة المنسوبة إليه أو سماع أقواله وإثباتها دون مناقشته فيها، وليس مواجهته بالأدلة القائمة، فسؤال المتهم مجرد استيضاح يُعد من قبيل الاستدلالات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي⁽²⁾. أما استجواب المتهم فإن النيابة العامة هي المعنية بتوجيه الأسئلة التفصيلية الدقيقة إلى المتهم ومناقشته فيها واستظهار ما بين إجاباته من تناقض، ومواجهته بالأدلة الموجهة ضده؛ كي يفندها ويعترف بها أو ينكرها⁽³⁾. وهناك اختلاف، نبينه على النحو الآتي⁽⁴⁾:

أ- من حيث الآثار القانونية: إن القانون اليمني لم يرتب على سؤال المتهم الآثار القانونية التي رتبها بالنسبة للاستجواب، فالحبس الاحتياطي مثلاً لا يجوز الأمر به إلا بعد استجواب المتهم بمعرفة سلطة التحقيق ولا يجوز الأمر به بناءً على سماع الأقوال بمحض الاستدلالات.

ب- من حيث الجهة المختصة⁽⁵⁾: الاستجواب من سلطة التحقيق (النيابة العامة)، بينما سؤال المتهم من سلطة مأمور الضبط القضائي، وإن كان سؤال المتهم عن التهمة إجراء

(1) د. خالد عبد الباقي الخطيب، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية، الاستدلال والتحقيق الابتدائي، مرجع سابق، ص 244.

(2) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 299.

(3) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2، 2010، ص 366.

(4) د. حسني الجندي، مرجع سابق، ص 562.

(5) د. أحمد أبو الروس، التحقيق الجنائي والأدلة الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1989، ص 31 وما بعدها.

أجازته القانون لكل من مأمور الضبط القضائي والنيابة العامة⁽¹⁾. إلا أن الاستجواب يختلف عن سؤال المتهم، حيث أن الإجراء الذي يقوم به مأمور الضبط القضائي أثناء محضر جمع الاستدلالات، هو مجرد سماع أقواله عن التهمة المنسوبة إليه دون تفصيل ودون تحقيق دفاعه، ولا يرتب له أي آثار قانونية، أو يحاط بضمانات.

ثانياً: الاستجواب والاستيضاح.

يُقصد بالاستيضاح استفسار المحكمة عن بعض النقاط أو ما يظهر أثناء سماع أدلة الدعوى والمرافعة فيها عما يرى تحقيقاً للعدالة، وسماع كلمته في شأنه قبل الأخذ به عليه أو له، ويجوز للمحكمة أن تقدمه فتطلب من المتهم أن يبدي ملاحظاته في صدده إذا ما أراد. أما الاستجواب فهو محظور على المحكمة أن تقوم به إلا بناء على طلب المتهم نفسه يتقدم به ويبيده أثناء الجلسة إذا رأى ذلك أنه لمصلحته، تطبيقاً للمادة (360) إ.ج.⁽²⁾. وعملاً بذلك، فإن استيضاح المحكمة من المتهم عن الذي قتل قبل الحادث ومن هو المتهم في قتله، لا يُعد مخالفاً للقانون ولا يمس بحق الدفاع، كونه ليس استجواب.

ثالثاً: الاستجواب والمواجهة.

بالرغم أن القانون اليمني لم ينص على تعريف المواجهة، إلا أنه أقرن المواجهة مع الاستجواب في الفصل السادس باعتبارها من اجراءات التحقيق في المادة (177) إ.ج. ويقصد بالمواجهة: الجمع بين المتهم وآخر، أو بين المتهم وشاهد، كي يدلي كل منهما بأقواله في مواجهة الآخر فيما يتعلق بواقعة معينة، فيرد عليها إما بتأييدها أو بتفنيدها، ويثبت المحقق هذه المواجهة في المحضر⁽³⁾. وقد يواجه المحقق المتهم بأدوات الجريمة المستخدمة في الجريمة. في حين الاستجواب هو مواجهة المتهم بالأدلة القائمة ضده ومناقشته تفصيلاً.

(1) د. فؤاد عبد المنعم أحمد، التحقيق الجنائي العملي والعملي، المكتبة المصرية، القاهرة، 2001م، ص3 وما بعدها.
(2) تنص المادة (360) إ.ج.ي على أنه: "لا يجوز للمحكمة أن تستوجب المتهم إلا إذا قبل ذلك وإذا ظهرت أثناء المرافعة والمناقشة وقائع مما يلزم إيضاحات عنها من المتهم للكشف عن الحقيقة نبه القاضي إليها ويرخص له بتقديم تلك الإيضاحات".

(3) د. فوزية عبدالستار، مرجع سابق، ص366.

– أوجه الشبه والاختلاف بين الاستجواب والمواجهة:

1. إن الاستجواب والمواجهة تدفع المتهم للاعتراف بالتهمة مع تقرير ما ليس في صالحه- صدقًا أو كذبًا.
2. المواجهة الشخصية تختلف عن المواجهة القولية، حيث أن الأولى تكون في حالة تعارض أقوال المتهم مع متهم آخر أو شاهد، فهي تأخذ حكم الاستجواب من حيث الضمانات المقررة للإستجواب، أما القولية، فتكون في مواجهة المحقق للمتهم بما أدلى به الشاهد أو متهم آخر في التحقيق، وتُعدّ جزءًا مكملًا للاستجواب ومن إجراءات التحقيق.
3. إن المواجهة تقتصر على جزء يسير من الاستجواب يرى المحقق أهميتها للمقارنة بين أقوال المتهم وأقوال غيره فيجمع بينهما لاستجلاء الحقيقة، أما الاستجواب فيكون في القضية كلها.
4. إن المواجهة كالاستجواب يحظر على مأمور الضبط القضائي القيام بها.
5. كل منهما له محضر خاص به (محضر الاستجواب ومحضر المواجهة).

المبحث الأول

حقوق المتهم أثناء الإستجواب

تمهيد وتقسيم:

يُعد استجواب المتهم من أهم إجراءات التحقيق، وذا فاعلية مؤثرة في سير الدعوى الجزائية، وما يترتب عليه من نتائج تفيد ثبوت الاتهام، باعتبار أن المتهم خلال سير الدعوى يتعرض إلى مجموعة من الاجراءات الماسة بحريته الشخصية وتعطيل مصالحه والاساءة إلى سمعته.

ولصحة استجواب المتهم فإنه يستوجب توافر عدة شروط، وهي الضمانات التي من شأنها أن تحافظ على حقوقه، وهي الضمانات التي أخذت بها أحكام الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرناً، وأرستها معظم دول العالم في دساتيرها وقوانينها، وسنها المقنن اليمني في الدستور، كما في المادة (47) منه⁽¹⁾، وقوانينه، كما في المادة (4) إ.ج⁽²⁾،

(1) يُراجع نص المادة (47) من دستور الجمهورية اليمنية.

(2) حيث نصت المادة (4) إ.ج، على أن: "المتهم برئ حتى تثبت إدانته...".

والمادة (155) من قانون الاثبات⁽¹⁾. وكفلتها العهود والمواثيق الدولية وإعلانات حقوق الإنسان لعام 1948، في المادة (1/11) منه⁽²⁾. والمادة (14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966.

والهدف من تلك الضمانات إقامة التوازن بين مصلحة المجتمع ومصلحة المتهم، المنبعثة من مبدأ افتراض براءة المتهم، وإقرار كفالة حق الدفاع، وبموجبه يُعامل المتهم بوصفه بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي، ولضمان حريته الشخصية على نحو تام. ولكل ما سبق يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، على النحو الآتي:

المطلب الأول

حق المتهم في البراءة

سنتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

مفهوم حق البراءة

أولاً: حق البراءة في الفقه الإسلامي.

تُقر الشريعة الإسلامية قاعدة مؤداها الأصل في الإنسان البراءة، وقد طُبقت هذه القاعدة في قول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم: "كل مولود يولد على الفطرة... إلخ"⁽³⁾. وقد شكلت الحقوق والحريات الأساسية للإنسان اهتمام الأديان السماوية والقوانين الأرضية محوراً جوهرياً في الصراع؛ لإخراج العباد من عبادة العباد ومن ضيق الدنيا، بغية تحرير الإنسان، وحمايته حقوقه، وتحقيق العدل والمساواة، وما ترتب عنها من صراعات، ومعارك غايتها الدفاع عن حقوق وحريات وكرامة الإنسان⁽⁴⁾.

الجدير بالذكر، إن من أعظم مظاهر تكريم الخالق سبحانه وتعالى للإنسان أن اسبغ عليه نعمة العصمة في ماله وعرضه ودمه، وجعلها أصلاً ثابتاً مصوناً لا يُنتقص إلا بحكم نهائي أو بات، وإن كل من خوله القانون حق التعامل مع المتهم إدراك أنهم يتعاملون مع

(1) يُراجع نص المادة (155) من قانون الاثبات اليمني.

(2) نصت المادة (1/11) منه، على: "إن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تومن له فيها ضرورة الضمانات للدفاع عن نفسه". الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عام 1948م.

(3) السيوطي، الجامع الصغير، ط5، ج1، ص137.

(4) د. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2000م، ص5.

إنسان بريء، حتي لو كانت الأدلة تتجه إلى إدانته ما لم ينطق القضاء بتلك الإدانة وبعد محاكمة عادلة⁽¹⁾.

وهو ما قرره الاسلام الحنيف للفرد من صيانة وحماية، بما يحفظ به دمه وعرضه وحرية، وأخذ به القانون اليمني، والتي ضمن للمواطنين التمتع بالحقوق والحريات، بُغية توفير أسباب العيش والأمن والاستقرار للمجتمع⁽²⁾.

ثانياً: حق البراءة في الدستور والقانون والفقهاء والمواثيق الدولية.

1. المقصود ببراءة المتهم في الدستور والقانون اليمني:

وردت براءة المتهم، في المادة (47) من الدستور، والتي نصت على أن: "المسؤولية الجزائية شخصية ...، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على نص شرعي أو قانوني، وكل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ولا يجوز سن قانون يعاقب على أي أفعال بأثر رجعي لصدوره".

وجاءت براءة المتهم في المادة (4) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني، والتي نصت على أن: "المتهم بريء حتي تثبت إدانته..."، كما وردت في قانون الإثبات اليمني في المادة (155) منه، والتي نصت على أن: "القرائن هي: أ- قرائن شرعية. ب- قرائن قضائية ج- قرائن بسيطة: وهي التي لا تصلح دليلاً مستقلاً ولكن تستأنس بها المحكمة⁽³⁾".

والجدير بالذكر، إن قرينة البراءة تحمي الحقوق والحريات الشخصية لرجل السلطة الضبطية عن طريق اشتراط أن يكون القانون هو المصدر الوحيد للتنظيم، والقيام بهذا الإجراء يفترض براءته أمام أي إجراء قد يتخذ ضده.

2. المقصود ببراءة المتهم في الفقه:

بين بعض الفقه براءة المتهم⁽⁴⁾، بأنه مدلول البراءة هو مدلول عام، ويقصد به عجز الإنسان عن ارتكاب الشر، فيقال براءة الأطفال وبراءة الحمل بمعنى الطهارة والنقاء.

(1) د. منير محمد الجوبي، حقوق المتهم أثناء مباشرة مأمور الضبط القضائي من رجال الشرطة إجراءات التحقيق الابتدائي، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة المصرية، كلية الدراسات العليا، القاهرة، 2008م، ص1.

(2) الامام أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي، القاهرة، 1999م، ص26، د.حسني الجندي، أصول الاجراءات الجزائية في الاسلام، دراسة مقارنة بين قانون الاجراءات الجزائية في دولة الامارات العربية المتحدة وبعض التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2009م، ص126.

(3) القانون رقم (20) لسنة 1996 بشأن قانون الإثبات اليمني.

(4) د. مفيدة سويدان، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985م، ص419.

وهناك اتجاه آخر يرى أن للبراءة مدلولاً اجتماعياً، ويعني حالة الشخص المشهور بالورع والصلاح والتقوى⁽¹⁾.

في حين يرى جانب آخر من فقهاء القانون الجنائي⁽²⁾ أن للبراءة مدلولان، أحدهما، موضوعي، ويعني أن البراءة قرينة قانونية تُلقى على عاتق السلطة عبء الاثبات، فالمتهم بريء حتى تثبت إدانته قانوناً. والمدلول الآخر، شخصي، ويعني أن عبء الاثبات يقع على القائمين على الدعوى الجزائية وتفرض عليهم معاملة المتهم على أنه بريء، طالما أن إدانته لم تثبت بعد بحكم قضائي⁽³⁾. ومن ثم فإن هذان المدلولان مكملان بعضهما بعضاً، وهو ما يسمى بالمدلول القانوني لأصل البراءة.

3. براءة المتهم في العهود والمواثيق الدولية.

أ- نصت المادة (1/11) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام 1948م، على أن: "كل شخص متهم بجريمة يفترض أنه بريء إلى أن يثبت ارتكابه لها قانوناً في محكمة علنية تكون قد وفرت له فيها جميع الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه".

ب- نصت المادة (14/2) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية 1966، على أن: "من حق كل متهم بارتكاب جريمة أن يُعد بريئاً إلى أن يثبت عليه الجرم قانوناً"⁽⁴⁾.

ج- نصت المادة (66) من النظام الأساسي للمحكمة الجزائية الدولية، على أن: "الإنسان بريء إلى أن تثبت إدانته أمام المحكمة وفقاً للقانون الواجب التطبيق".

ثالثاً: طبيعة حق البراءة.

هناك الكثير من رجال الفقه والقانون والقضاء يعتبر البراءة قرينة قانونية بسيطة⁽⁵⁾؛ وهي التي لا تصلح دليلاً مستقلاً ولكن تستأنس بها المحكمة، وفقاً للمادة (155) من قانون الإثبات اليمني، بينما عدّ البعض الآخر أن هذا المبدأ أصل فطري⁽⁶⁾.

(1) د. محمد حسن شريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص 446.

(2) د. محمد محي الدين عوض، الاثبات بين الازدواج والوحدة، مطبوعات جامعة القاهرة، 1994م، ص 26.

(3) د. محمد محي الدين عوض، نفس المرجع السابق، ص 26.

(4) اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهد الدولي المذكور في 16/ ديسمبر/ 1966م، ودخل حيز التنفيذ في مارس 1976م وبلغ عدد الأطراف فيه 140 دولة حتى 1988م، وقد فنن الحقوق المدنية والسياسية في صورة معاهدة ملزمة للدول تصادق عليها أو تنظم إليها.

(5) والقرينة هي استنتاج مجهول من معلوم، والمعلوم هو أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يقرر العكس بحكم قضائي على وقوع الجريمة واستحقاق العقاب، والمجهول المستنتج من هذا الأصل هو براءة الانسان حتى تثبت ادانته بحكم قضائي. للمزيد يُنظر: د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 598.

(6) د. عبد المنعم الشيباني، الحماية الجنائية للحق في أصل البراءة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2006م، ص 24.

في حين نجد أن بعض الفقه الجنائي⁽¹⁾، يرى أن كل شخص تقام ضده الدعوى الجزائية بصفته مرتكباً لجريمة أو شريكاً فيها يُعد بريئاً حتى تثبت إدانته، وأن تتم معاملته على أساس أنه بريء أثناء الإجراءات الجزائية، ولا يتأثر هذا المبدأ بجسامة الجريمة أو بحجم الأدلة المتوفرة ضده أو اعترافه أو حتى ضبطه متلبساً بالجريمة، فكل ذلك لا ينال من أصل البراءة ولا ينقصه سوى الحكم البات الصادر بالإدانة.

الفرع الثاني

مبررات مبدأ براءة المتهم

هناك العديد من المبررات لهذا الحق، أهمها:

1. يُعد حق أساسي ومقرر في أحكام الشريعة الإسلامية وجميع الشرائع والقوانين وصمام أمان على الدول تطبقه في قوانينها.
2. يوازن بين حق المتهم في الحفاظ على حريته وسلامته من جهة وحق سلطة الاتهام في تقصي الحقيقة وكشف المجرم من جهة أخرى.
3. يُعد ركناً أساسياً في الشرعية الإجرائية، تطبيقاً لقاعدة: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" يفترض حتماً وجود قاعدة افتراض البراءة في المتهم حتى يثبت جرمه قانوناً.
4. إن مبدأ البراءة يقبل إثبات العكس، ولا يكفي لدحضها عن طريق أدلة الإثبات المقدمة، والإجراءات التي تباشرها النيابة العامة، بل إن المبدأ يظل قائماً رغم الأدلة المتوفرة والمقدمة حتى يصدر حكم قضائي بات يفيد إدانة المتهم.
5. يهدف هذا المبدأ إلى حماية المتهم؛ سواءً فيما يتعلق بمعاملته معاملة حسنة، أم ما يتعلق بإثبات إدانته أو براءته، مع مراعاة مصلحة المجتمع⁽²⁾.
6. يُعد ضماناً أساسية من ضمانات التحقيق والمحاكمة العادلة، والحقوق المطلقة الذي لا يرد عليه أي استثناء، ويجب أن يحترم في جميع الأوقات بما في ذلك أوقات الحرب والظروف الاستثنائية الأخرى.
7. كل متهم مهما بلغت جسامة جريمته، يجب معاملته بوصفه بريئاً حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل أن يثبت دعواه.

(1) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص 179.

(2) للمزيد يُنظر: أ. حسين جميل، حقوق الإنسان والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 53.

الفرع الثالث

أثر قرينة البراءة في استجواب المتهم

- يترك مبدأ الأصل في المتهم براءة الذمة آثاراً كثيرة أثناء الإستجواب، أهمها ما يأتي⁽¹⁾:
1. ضمان الحرية الشخصية للمتهم: يُعد هذا المبدأ أساسياً لضمانة الحرية الشخصية للمتهم ومصلحة المجتمع، ولا يجوز أن تمس الحرية الشخصية لكشف الجريمة إلا في أضيق الحدود وفي إطار تحقيق التوازن بين مصلحة المجتمع وحقوق وحرّيات الفرد، وبصورة استثنائية يحددها القانون، وأن أي إجراء خارج القانون والقيود والضمانات يصبح إجراءً غير مشروع وباطل.
 2. يُعدّ أي إجراء من إجراءات التحقيق، ومنها استجواب المتهم أمراً طارئاً واستثناءً لحكم الأصل، وهو مبدأ أصل البراءة حتى يثبت العكس بمحاكمة عادلة وقانونية، ويؤمن له جميع الوسائل المشروعة للدفاع عن نفسه.
 3. معاملة المتهم على أنه بريء: حيث يقضي هذا الأصل العام حماية الشخصية للإنسان في جميع عناصره، وأهمها حقه في سلامة جسده وفي التنقل وفي الحياة الخاصة، وتتجلى هذه الحماية في فرض ضمانات معينة تؤكد احترام هذه الحقوق في مواجهة السلطة العامة، ومنها النيابة العامة أثناء استجواب المتهم، فيجب دائماً معاملته بما يحفظ كرامته بغض النظر عن بشاعة أو أسلوب ارتكاب الجريمة⁽²⁾، وهو ما أكدّه الله سبحانه وتعالى في تكريمه للإنسان، مصداقاً لقوله تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا"⁽³⁾.
 4. مبدأ أصل البراءة ينشطر إلى شطرين: الأول: يؤكد على أن البراءة أصل في الانسان، أما الثاني: فيعتبر إدانة المتهم استثناءً معلقاً على صدور حكم بات.
 5. تفسير الشك لمصلحة المتهم: إن عبارة الشك يفسر لصالح المتهم هي قاعدة واجبة الاتباع، ومن أهم نتائج افتراض البراءة في المتهم، ومن الأسس المهمة في حق المتهم في الدفاع⁽⁴⁾، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: "إدروا الحدود عن المسلمين ما

(1) د. محمود العادلي، حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، رسالة دكتوراه جامعة الأزهر، القاهرة، 1991م، ص15.

(2) د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للإثبات في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة، القاهرة، 1992، ص19.

(3) سورة الاسراء: الآية رقم (70).

(4) د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 1995م، ص70.

استطعتم، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله، فإن يخطئ الإمام في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة"⁽¹⁾. وبالتالي، فإن مبدأ أصل براءة المتهم قاعدة قانونية ملزمة للقاضي يجب إعمالها كلما ثار لديه شك في الإدانة، فإذا خالفها واعتبر الواقعة محل شك وقضى بالإدانة كان حكمه باطلاً، ويجوز أن يستند الطعن في الحكم بذلك⁽²⁾. وإن مجال تطبيق هذا المبدأ في مجال تقدير أدلة الإثبات وليس في تفسير القانون. حيث أن الشك والظن لا يمكن التعويل عليهما لتأسيس إدانة صائبة وصحيحة، واستناداً إلى هذه القاعدة الذهبية، فإن وجود مثل هذا الشك يفسر لمصلحة المتهم ويستفيد منه هو أولاً وأخيراً⁽³⁾.

6. لا يُلزم المتهم بإثبات براءته⁽⁴⁾: إن الاتهام لا يُزيح أصل البراءة ولا يُزيله؛ سواءً في مرحلة التحقيق أم قبل المحاكمة أم إثباتها⁽⁵⁾. وإن عبء الإثبات يقع دائماً على عاتق سلطة الاتهام، فعلى من يتهم شخص بارتكاب جريمة فعليه عبء الإثبات، وهي النيابة العامة، التي عليها إثبات توافر جميع أركان الجريمة وإقامة الدليل على مسؤولية المتهم عنها، فلا يقتصر دورها على مجرد إثبات عناصر الجريمة بشهادة أو بدليل مادي، بل يتعدى ذلك إلى إثبات عدم توفر أي سبب يؤدي إلى تبرئة المتهم، بمعنى أن الواقعة لا تخضع لسبب من أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية، إلا أن هناك استثناء، حيث يقع عبء الإثبات على المتهم، ومن ذلك إثبات أنه كان في حالة دفاع شرعي، أو إنه ارتكب الفعل تنفيذاً للقانون أو بأمر سلطة قانونية⁽⁶⁾.

(١) الشوكاني، نيل الاوطار، ج7، ص110.

(٢) د. حسين جميل، مرجع سابق، ص63.

(٣) د. ياسين سيف عبدالله الشيباني، البراءة الأصلية للمتهم وأثرها في الاثبات الجنائي وتأمين إجراءات الأدلة (الحبس الاحتياطي)، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط1، 2013، ص12.

(٤) ويقصد بعبء الإثبات: تكليف أحد المتداعيين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه. للمزيد يُنظر: د. هلال عبدالاه أحمد، مرجع سابق، ص671.

(٥) د. أحمد إدريس، افتراض براءة المتهم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1990، ص60.

(٦) د. عبدالله بن منصور البراك، حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2000، ص50.

المطلب الثاني

حق المتهم في السلامة الجسدية

لا شك أن استخدام التعذيب والعنف لانتزاع بعض المعلومات أثناء استجواب المتهم يُعد انتهاكاً لكرامة الفرد، فلا يجوز استخدام التعذيب والقسوة، أو اللجوء إلى بعض الأجهزة والتقنيات لاستخراج أقوال واعترافات من المتهم، كونها تتنافى مع القواعد والمبادئ القانونية، كقاعدة عدم جواز إدانة الشخص لنفسه، وفقاً للمادة (216) ج^(١).

وقد حرمت الشريعة الإسلامية كافة صور التعذيب للمتهم أثناء استجوابه، وفي ذلك يقول الرسول الأعظم صلى الله عليه وآله وسلم: "رفع عن أمتي ثلاث الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".

كما وضعت العهود والمواثيق الدولية والإعلانات العالمية، ومعظم قوانين العالم ومنها القانون اليمني، ضمانات للمتهم في مرحلة التحقيق، وذلك بعدم جواز استخدام القسوة والتعذيب أثناء استجوابه، وحقه في الصمت أو الامتناع عن الإقرار بالذنب أثناء استجواب النيابة العامة له، وعلى المحكمة أن تقضي ببطلان كل إقرار أو اعتراف بالذنب نتيجة عدم الكلام. وسنتناول هذا المطلب في فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

مفهوم السلامة الجسدية

يُقصد بالسلامة الجسدية بأنه حق الإنسان في عدم المساس بسلامته الجسدية بأي صورة من الصور. أو أنه كل فعل أو سلوك من شأنه المساس بسلامة الجسم يترتب عليه المساس بحق المتهم في سلامة جسمه في عضو أو أكثر من أعضائه.

أولاً: حظر تعذيب المتهم أثناء استجوابه في القانون اليمني.

1. حظر الدستور اليمني في المادة (48/ب) منه، استخدام التعذيب جسدياً أو نفسياً أو معنوياً ضد المتهم، ويحظر القسر على الاعتراف أثناء التحقيقات". باعتبار أن المتهم له الحق أن يلزم الصمت وعدم الاعتراف بالذنب، أمام النيابة العامة أو أمام المحكمة، كونه من الحقوق والضمانات الأساسية الواجب احترامها في مرحلة ما قبل المحاكمة، وهذا حق

(١) يُراجع نص المادة (216) ج.ي.

ويجب على المحكمة أن تستعبد كل إقرار أو اعتراف بالذنب، أو أيه أقوال أو أدلة أو قرائن تدين المتهم إذا ثبت للقاضي أو القضاة أن ذلك قد حدث عن طريق إكراه المتهم.

2. نص المادة (5/48) من الدستور على وضع عقاب على من يستخدم التعذيب أثناء الإستجواب^(١).

3. منح قانون الجرائم والعقوبات اليمني المتهم الحق في الصمت، كحق من حقوقه أمام القضاء، والتي تُعد من أهم الضمانات، فلا يجوز إخضاعه إلى أي وسائل تمس أو تمتهن كرامته، من إكراه أو تعذيب جسدي أو نفسي أو معاملة غير إنسانية لاستخراج أو الحصول على أقوال أو اعترافات.

4. حظر قانون الإجراءات الجزائية اليمني تعذيب المتهم، في المادة (6) منه، والتي تنص على أنه: "يحظر تعذيب المتهم أو معاملته بطريقة غير إنسانية أو إيذائه بدنياً أو معنوياً لقسره على الاعتراف وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شيء مما ذكر يهدر ولا يعول عليه".

5. في حالة امتناع المتهم عن الاجابة عن الأسئلة التي وجهت إليه، لا يجوز معاقبته وفقاً للمادة (361) إ.ج، والتي تنص على أنه: "إذا امتنع المتهم عن الإجابة أو إذا كانت أقواله في الجلسة مخالفة لأقواله في محضر جمع الاستدلالات ومحضر التحقيق جاز للمحكمة أن تأمر بتلاوة أقواله الأولى"، والمادة (363) إ.ج أيضاً، والتي نصت على أنه: "لا يكون المتهم عرضه للعقاب إذا رفض الإجابة عما وجه إليه من الأسئلة".

6. كفل قانون الإجراءات الجزائية اليمني للمتهم الحق في الصمت وعدم إجباره على الإجابة أمام النيابة أو المحكمة إلا بحضور محاميه وعدم تحليفه اليمين، كما جاء في المادة (178) إ.ج، والتي تنص على أنه: "لا يجوز تحليف المتهم اليمين الشرعية ولا إجباره على الإجابة، ولا يعتبر امتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة ضده"، فمن باب أولى أن يثبت له ذلك أمام المحكمة.

7. حدد القانون اليمني عقاباً على كل من يعذب أي متهماً أثناء الاستجواب، كما في المادة (166) جرائم وعقوبات، والتي نصت على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على

(١) حيث نصت على أنه: "يحدد القانون عقاب من يخالف أحكام الفقرة (ب)، كما يحدد التعويض المناسب عن الأضرار التي قد تلحق بالشخص من جراء المخالفة، ويعتبر التعذيب الجسدي أو النفسي عند القبض أو الاحتجاز أو السجن جريمة لا تسقط بالتقادم ويعاقب عليها كل من يمارسها أو يأمر بها أو يشارك فيها".

عشر سنوات كل موظف عام عذب أثناء تأدية وظيفته أو استعمل القوة أو التهديد، بنفسه أو بواسطة غيره، مع متهم أو شاهد أو خبير لحمله على الاعتراف بجريمة أو على الإدلاء بأقوال أو معلومات في شأنها، وذلك دون إخلال بحق المجنى عليه في القصاص أو الدية أو الأرش".

ثانياً: حظر تعذيب المتهم أثناء استجوابه في المواثيق الدولية.

اهتمت المواثيق والعهود بالإعلانات الدولية المعنية بحماية حقوق الإنسان لضمان حرته الأساسية والشخصية، حيث أكدت على حظر التعذيب وغيره من صنوف المعاملة غير الإنسانية كوسيلة للحصول على الاعترافات أمام أجهزتها الرسمية، ومن أبرز الأمثلة على ذلك ما يلي:

1. الاتفاقية الدولية بشأن حظر التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، المادة (15) منها⁽¹⁾، والمادة (16) منها أيضاً⁽²⁾.
2. نصت المادة (1/14) من الاتفاقية ذاتها، على أن جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء، و كل فرد أن يحاكم أمام محكمة مختصة ومستقلة محاكمة علنية وعادلة.
3. نصت المادة (5) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948م، على منع تعذيب المتهم، حيث نصت على أنه: "لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الإحاطة بالكرامة"، ومن العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية، ونص المادة (7) منه، التي تنص على أنه: "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية المهينة". ونص المادة (12) منه، والتي تنص على إن: "الأقوال التي تصدر بناءً على تعذيب لا يمكن الاستناد إليها كدليل في الدعوى".

4. نصت المادة (7) من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية لعام 1966، على أنه: "لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية المهينة". كما نصت المادة (12) منه، على أن: "لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء

(¹) نصت المادة (15) من الاتفاقية، على أنه: "تضمن كل دولة طرف عدم الاستشهاد بأية أقوال يثبت أنه تم الإدلاء بها نتيجة للتعذيب كدليل على الإدلاء بهذه الأقوال".

(²) للمزيد يُراجع المادة (16) من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية المهينة، التي اعتمدها الجمعية العامة وفتحت باب التوقيع والتصديق إليها بموجب القرار 46/3 المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1984م، ودخلت حيز النفاذ في 26 حزيران/يونيه 1987.

النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية: " .. (ز): ألا يُكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذنب"⁽¹⁾.

5. أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1975 إعلاناً بشأن حماية جميع الأشخاص ضد التعذيب أو المعاملة غير الإنسانية أو المهينة بقرارها رقم (3452)، في المادة (1) منه.

ثالثاً: الوسائل غير المشروعة المستخدمة أثناء استجواب المتهم.

الوسائل غير المشروعة قد تكون مادية أو معنوية، وتعد من الوسائل المعنوية، مثل: التعذيب: ويتمثل في التصرف مع المتهم بجفاء واستهانة أو استعمال طرائق الإغراء، كإثارة فكرة في ذهنه تدفعه إلى الإقرار ظناً منه إن ذلك ينجيه من العقاب أو يخفف عنه أو التأثير النفسي على المتهم، كالتهديد على نفسه أو عائلته، نبين ذلك على النحو الآتي:

1. الإكراه المادي إزاء المتهم، فالتعذيب - ولو بقدر يسير - يبطل الاستجواب⁽²⁾.
2. الإكراه المعنوي؛ كتهديد المتهم بخطف أحد أقاربه، أو شخص عزيز عليه، أو تحليفه اليمين من المحقق قبل استجوابه.
3. خداع المتهم واللجوء إلى الأسئلة الإيحائية؛ كما لو أطلعه المحقق على سند يعلم بتزويره وناقشه في بياناته، أو لفق له شهادة زور وواجهه بشاهاها.
4. تعدد المحقق إطالة مدة الاستجواب على نحو يرهق المتهم بحيث يصل به الإرهاق إلى الإنقاص من سيطرته على إرادته⁽³⁾.
5. تنويم المتهم مغناطيسياً أثناء الاستجواب؛ فالمتهم النائم يخضع لمنومه ويُدلي بإجابات معينة، ومن ثم لا يمكن القول بأن هذه الإجابات هي تعبير عن إرادته⁽⁴⁾.
6. إذا حقن المتهم قبل استجوابه بعقار مخدر - كعقاقير مصل الحقيقة - من شأنه إضعاف سيطرته على ما يريد الإفشاء به من معلومات مخترنة في ذاكرته، بحيث يفضي بما لم تكن إرادته الحرة تتجه إلى الإفشاء به لو كان في حالته العادية.

(¹) نص المادة (55) من هذا النظام الأساسي للمحكمة الدولية، على أنه: أ- لا يجوز إجبار الشخص على تجريم نفسه أو الاعتراف بأنه مذنب.

(²) د. كمال محمد عواد، مرجع سابق، ص 252.

(³) د. محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، مرجع سابق، ص 416.

(⁴) د. مطهر عبده الشيري، مرجع سابق، ص 223.

7. إذا استعمل المحقق أثناء استجواب المتهم- جهاز كشف الكذب - ليعرف بطريقة ما إذا كانت إجاباته صادقة أم كاذبة، فإذا علم المتهم أن هذا الجهاز يراقب صدق إجاباته، فإن ذلك يجعله في حالة من التوتر والاضطراب، الأمر الذي يؤثر على سلامة إرادته.

وخلاصة القول، فإنه يحظر على المحققين اللجوء إلى وسائل الإكراه لحمل المتهم على الإدلاء بأي قول يحمل دليلاً ضده.

الفرع الثاني

أثر الحق بالسلامة الجسدية في الاستجواب

يترتب على المساس بسلامة جسد المتهم أثناء استجوابه عدة آثار، أهمها⁽¹⁾:

1. بطلان كل اعتراف بالتهمة، أو أية أقوال أو قرائن تدين المتهم، تم أخذها بالقوة أو تم اللجوء إلى وسائل وأساليب من شأنها انتهاك حقوق المتهم.
2. بطلان كل حكم أصدرته المحكمة لا تتفق مع القواعد العامة والمعايير الدولية في المحاكمة العادلة. وهذا يعني أن على عضو النيابة أن يثبت التهمة في مواجهة المتهم دون اللجوء إلى وسائل أو أساليب تنتهك حقوق المتهم، وبما يتفق مع القواعد والمعايير الدولية في المحاكمة العادلة.
3. حق المتهم أثناء جلسات المرافعة وقبل الفصل في استكمال المحاكمة الطعن أمام المحكمة، أن الأدلة أو الاعترافات قد انتزعت منه بالإكراه.
4. إن حظر التعذيب يُعد قاعدة قانونية دولية آمرة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال، وتحت أي ظرف كان، وضع أي استثناء لهذا الحظر أو الانتقاص منه.
5. إن تعذيب المتهم واستعمال القوة أثناء استجوابه جريمة جسيمة لا تسقط بالتقادم⁽²⁾، ويظل مرتكبها عرضة للعقاب، حتى في حالة الحرب أو التهديد بالحرب، أو عدم الاستقرار السياسي، أو النزاعات المسلحة الداخلية.
6. عدم قبول التذرع بحالات، مثل: الضرورة أو الدفاع عن النفس أو حماية الأمن أو غيرها من المبررات والذرائع، لتبرير التعذيب أو المعاملة السيئة.

(1) د. مطهر عبده الشيري، مرجع سابق، ص223.

(2) د. محمد عبدالله حسين العاقل، شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني-القسم العام- الجزء الثاني، الأحكام العامة للعقوبة، مكتبة الصادق للنشر والتوزيع، صنعاء، ط1، 2018، ص234.

7. يستفيد من هذه الضمانة جميع الأشخاص بصرف النظر عن نوع وجسامة التهم التي يحاكمون بشأنها، وفي جميع الأوقات بما في ذلك أوقات الحرب والطوارئ، وفي جميع الأماكن التي تخضع لسيطرة الدولة داخل وخارج حدودها الوطنية⁽¹⁾.

المطلب الثالث

حق المتهم في الدفاع

نظراً لأهمية وخطورة استجواب المتهم، فقد كفلت الشريعة الإسلامية للمتهم حقه في الدفاع عن نفسه، فقد ورد في وصية للإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه بأنه: "إذا جلس الخصمان فلا تقضي بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنك إذا فعلت ذلك تبينت القضاء. وأقرته العهود والمواثيق الدولية، وأغلبية القوانين، ومنها القانون اليمني، باعتبار أن حق المتهم من الحقوق الأساسية التي يجب مراعاتها والأخذ بها في جميع مراحل الدعوى. وسنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

حق المتهم الاستعانة بمحام

إن حقوق الدفاع بمجملها تتضمن إجراءات الاستجواب والمواجهة التي أوجبتها أحكام الشريعة الإسلامية، واعتمد عليها القانون اليمني في قوانينه، وأخذت بها المواثيق والعهود الدولية، وذلك لضمانات وحماية مصالح المتهم، ومنها حق المتهم بحقه في الاستعانة بمحام⁽²⁾. نذكرها على النحو الآتي:

أولاً: حق المتهم الاستعانة بمحام في التشريع الإسلامي.

لا خلاف في أن فكرة الوكالة - بصفة عامة - ليست بغريبة عن الشريعة الإسلامية، فهناك أصول من نصوص القرآن الكريم والسنة والاجماع تدل عليها.

ولا شك إن مقدرة الخصوم على عرض وجهة نظرهم أمر متفاوت، قال عز وجل: "قَابَعْنُوا أَعْدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ"

(1) فإذا ادعى المتهم في أي مرحلة من مراحل نظر الدعوى أمام المحكمة أن الأدلة أو الاعترافات قد انتزعت منه بالإكراه، فعلى المحكمة أن تمكنه من الطعن في ذلك وأن تنظر في مدى صحة ما يدعيه قبل أن تمضي قدماً في استكمال المحاكمة. للمزيد يُنظر: د. محمد محمد سيف شجاع، مرجع سابق، ص 335.

(2) د. طه زاكي صافي، الاتجاهات الحديثة للمحاكمات الجزائية - بين القديم والجديد - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط 1، 2001م، ص 296.

وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا"⁽¹⁾، وقال عز وجل: "فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما"⁽²⁾، فقد يكون أحدهم ألحن بحجته من بعض، لذلك أجازت الشريعة الوكالة في الدعوى إذا كان هناك عذر للموكل، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: "وَأَخِي هَارُونُ هُوَ أَفْصَحُ مِنِّي لِسَانًا فَأَرْسَلْهُ مَعِيَ رِدْءًا يُصَدِّقُنِي إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُكَدِّبُونَ، قَالَ سَنَسُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ وَنَجْعَلُ لَكُمَا سُلْطَانًا فَلَا يَصِلُونَ إِلَيْكُمَا بِآيَاتِنَا أَنْتُمْ وَمَنِ اتَّبَعَكُمَا الْعَالَمُونَ"⁽³⁾. أما إذا لم يكن للموكل عذر فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة آراء، أرجحها القائل بالجواز مطلقاً وإليه ذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد ابن الحسن وغيرهم، استدلالاً بأن علياً بن أبي طالب رضي الله عنه، كان لا يحضر الخصومة ويقول أن لها قمحاً (مهالك) يحضرها الشيطان، فجعل الخصومة لأخيه عقيل، وكان عليه السلام يقول: "ما قضى لوكليي فلي، وما قضى عليه فعلي"⁽⁴⁾.

وبما أن الناس يتفاوتون في مقدرتهم على عرض الموضوع المتنازع عليه، لذلك يجوز للمعتدى عليه - حسب الرأي الذي نؤيده - أن يوكل من يطالب بحقه وبخاصة في الجرائم التي يتوقف إثباتها واستيفائها على دعوى، كحد القذف والسرقة وجرائم القصاص، استناداً إلى أن المطالبة حق للموكل، فيجوز أن يوكل فيه غيره⁽⁵⁾.

وإذا كان يواجه المتهم خصماً ألحن وأبلغ بحجته منه بدون شك، وهو النيابة العامة، فهو أحوج ما يكون إلى من يعينه على بسط أدلته ودحض أدلة اتهاماته⁽⁶⁾. وقد يكون المتهم ممن لا يحسنون الدفاع عن أنفسهم، فإن العدالة لا تقر بالدفاع عن المتهم أبتز كهذا الدفاع، وإذا لم نجد نصاً يحظر على المتهم أن يستعين بمدافع وهذا غير موجود، فإن روح الشريعة ومبادئها العامة لا تأبى عليه ذلك، بل أنها تحض على نجدة الملهوف وإغاثة المكروب، وأشد ما يكرب به المرء، هو أن يساق إلى قضاء ويتهم أمامه.

(1) سورة الكهف: الآية (19)، وفي السنة، روى أبو داود عن جابر قال: (أردت السير إلى خيبر، فأتيت النبي ﷺ فقلت له إني أريد الخروج إلى خيبر، فقال إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً)، أما الاجماع، فلقد تعامل الناس بالوكالة من المصدر الأول إلى الآن من غير تكبر، إذ الحاجة داعية إليها، فالإنسان قد لا يكون قادراً على القيام بجميع شؤونه بنفسه، فلو لم تشرع الوكالة، لأدى ذلك إلى الحرج وضياح الكثير من الحقوق. للمزيد يُنظر: د. هلالى عبد اللاه، المركز القانوني للمتهم، مرجع سابق، ص 354، سنن أبي داود 2/282.

(2) سورة النساء، الآية (35).

(3) سورة القصص: الآية (34، 35).

(4) أخرجه البيهقي (بدائع الصنائع، 255/4).

(5) د. هلالى عبد اللاه احمد، مرجع سابق، ص 363.

(6) د. طه العلوانى، مرجع سابق، ص 57.

ثانياً: استعانة المتهم بمحام في القانون اليمني.

1. أوجبت المواد (73، 122، 124، 125، 179، 181) إ.ج، على النيابة العامة اخطار المتهم قبل استجوابه بحقه في الاستعانة بمحامي وبمن يريد، والاتصال بمحاميه وحقه في الامتناع عن الاجابة إلا بحضور محاميه⁽¹⁾. ولا يجوز الفصل بين المتهم ومحاميه الحاضر معه أثناء التحقيق.

2. لم يستثن القانون اليمني من حضور محامي المتهم إلا في حالة الجريمة المشهودة، وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة، حيث نصت المادة (181) إ.ج على أنه: "في حالة الجرائم المشهودة وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة، لا يجوز للمحقق في الجرائم الجسمية أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين، أو الشهود إلا بحضور محاميه". ويُعد حضور محامي المتهم أثناء الاستجواب ضماناً للمتهم تمكنه من الدفاع عن نفسه، ويبعث في نفسه الاطمئنان فيجعله يحسن الرد والمناقشة، وقد يقترح المحامي على المحقق توجيه أسئلة معينة إلى المتهم، وقد يكون اقتراحه مفيداً للتحقيق فيؤخذ به وفي الأمرين مصلحة للتحقيق.

3. على المحقق قبل أن يستجوب المتهم أن يسأله عما إذا كان وكلاً محامياً للحضور معه، وفي حالة رده بالإيجاب فإنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء معه إلا بعد دعوة المحامي، وفي حالة دعوة المحامي وفقاً للقانون، ولم يحضر أو تأخر فيجوز للمحقق أن يستجوب المتهم في الوقت المحدد ولا يعطل إجراءه، باعتبار أن دعوة حضور المحامي مع المتهم لا يكون إلا بالنسبة للاستجواب والمواجهة، فليس للدفاع أن يتمسك بذلك في باقي إجراءات التحقيق⁽²⁾. وأما مجال هذا الالتزام فمقتصر على الجرائم الجسمية، وعلى المحقق أن يتغاضى في دعوة محامي المتهم في الجرائم غير الجسمية أثناء مواجهته بغيره من المتهمين، أو متلبساً أو في جريمة السرقة حصراً وذلك خوفاً من ضياع الأدلة. والعلة من دعوة وحضور المحامي، يرجع إلى تحقيق مبدأ المواجهة والذي يعد أصل من أصول حقوق الدفاع، ومن أجل معرفة الحقيقة لا بد من مواجهة الدفاع بالأدلة المتوافرة ضده، كون المواجهة تهدف إلى كشف الحقيقة لكل الأطراف⁽³⁾.

(1) للمزيد يُراجع نصوص المواد (73، 122، 124، 125، 179، 181) إ.ج.

(2) للمزيد يُنظر: د. محمد سيف شجاع الدين، مرجع سابق، ص337.

(3) د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ط3، 2004، ص414.

وفي حالة عدم إمكان المتهم أو ذويه أو المعسر أو الفقير توكيل محام بسبب عدم قدرته دفع الأتعاب، فتتولى الدولة تعيين محام معتمد من المحكمة يتم انتدابه وتدفع أتعابه من خزينة الدولة⁽¹⁾، للترافع عنه في أية مرحلة من مراحل الدعوى بما في ذلك مرحلة التحقيق، وفقاً للمادة (1/9) إ.ج.⁽²⁾.

4. حدد القانون اليمني للمحامي دوراً إجرائياً محدوداً أثناء حضوره استجواب المتهم بأنه لا يجوز للمحامي الكلام إلا بإذن، وإذا لم يتم الإذن وجب إثبات ذلك في المحضر، فليس له أن يدخل في نقاش مع المحقق، أو أن يدلي بدفاع لصالح المتهم، وإنما عليه أن يطلب الإذن من المحقق في الكلام. ولم يشترط أيضاً القانون شكل معين أثناء دعوة المحامي⁽³⁾.

ثالثاً: استعانة المتهم بمحام في العهود الدولية.

من أجل تأكيد حق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلة التحقيق، فقد نص العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية في المادة (14/3د) منه، على أن: "لكل فرد عند النظر في أية تهمة جنائية ضده الحق في الضمانات التالية كحد أدنى مع المساواة التامة: "أن تجري محاكمته بحضوره وأن يدافع عن نفسه بنفسه أو بواسطة مساعدة قانونية يختارها هو وأن يبلغ عندما لا يكون لديه مساعدة قانونية في أية حالة تستلزمها مصلحة العدالة ودون أن يدفع مقابل ذلك إذا لم تكن موارده كافية لهذا الغرض".

كما جاء في الباب التاسع من النظام الأساسي للمحكمة الجزائية الدولية، أنه يستوجب إبلاغ المتهم بها قبل الاستجواب، بالآتي⁽⁴⁾: 3- الاستعانة بالمساعدة القانونية التي يختارها وإذا لم يكن لدى الشخص مساعدة قانونية توفر له تلك المساعدة في أية حالة تقتضي فيها دواعي العدالة ذلك، ودون أن يدفع الشخص تكاليف تلك المساعدة في أي حالة من هذا النوع إذا لم تكن لديه الإمكانيات الكافية لتحملها. 4- أن يجري استجوابه في حضور محام، مالم يتنازل الشخص طواعية عن حقه في الاستعانة بمحام.

(1) أشارت إلى ذلك المادة (1/9) إ.ج.

(2) يُراجع نص المادة (1/9) إ.ج.

(3) لم يتطلب المقنن شكلاً خاصاً فقد تتم بخطاب أو على يد محضر أو أحد رجال السلطة العامة وإذا لم يكن للمتهم محام أو لم يحضر محاميه بعد دعوته وجب على المحقق من تلقاء نفسه أن يندب له محامياً.

(4) نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، المادة (55) الفقرة (2).

ونؤيد رأي بعض الفقه⁽¹⁾، الذي يرى أن حق المتهم في حضور محامية أثناء الاستجواب من الضمانات التي قررها القانون لصالح المتهم. لذا، يجب أن يتمتع المتهم بهذا الحق مهما كان نوع الجريمة ودرجة جسامتها، فحضور المدافع إلى جانب المتهم يبعث على الاطمئنان لدى المتهم، إضافة إلى ما يبديه المدافع من توجيهات قبل الجلسة. فضلاً عن حق الدفاع يرتبط بحرية الدفاع، ومن حرية الدفاع استعمال المتهم لحقه في الدفاع عن نفسه أمام القضاء.

الفرع الثاني

حق المتهم في الكلام والدفاع عن نفسه

اهتمت الشريعة الإسلامية بكرامة الإنسان، ووضعت عدد من الضمانات الأساسية التي تكفل له حرياته وحقوقه، وأخذت بها المواثيق الدولية، وسنتها الدول في دساتيرها وقوانينها، ومنها القانون اليمني، ومن تلك الحقوق عدم إكراه المتهم على الاعتراف بالذنب أمام المحقق، أو منعه من الكلام. وسنبين ذلك على النحو الآتي:

أولاً: حق المتهم في الكلام.

لا شك أن سلامة وإرادة المتهم أثناء استجوابه، تُعد من الحقوق الأساسية والمطلقة التي لا ترد عليها أية استثناءات، وهو ملزم لجميع الدول، وفي جميع الأوقات بما في ذلك أوقات الطوارئ والنزاعات المسلحة، وقد وردت تلك الحقوق في العهود والاعلانات الدولية والقانون اليمني، نذكرها تباعاً:

1- حق المتهم في الكلام في المواثيق الدولية.

أ- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة (10) منه⁽²⁾.

ب- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، المادة (14 / 1) منه⁽³⁾.

2- حق المتهم في الكلام في القانون اليمني: منح القانون للمتهم عدد من الحقوق

وعدد من الإلتزامات، وكفل له ضمانات كثيرة، إضافة إلى أنه كفل له الحق في حماية حرياته الشخصية، ومنها حقه في الكلام أثناء استجوابه، أهمها:

(1) د. محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، كتاب مقرر لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ط3، 1999، ص266.
(2) تنص المادة (10) من الاعلان العالمي، على أن: "لكل إنسان الحق، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل في حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه".
(3) تنص المادة (14 / 1) منه، على أن: "لكل شخص يواجه تهمة جنائية، أن يحاكم محاكمة عادلة، أمام محكمة مختصة، مستقلة ومحيدة، ومشكلة وفقاً للقانون".

أ- المادة (183) إ.ج، والتي جاء فيها أنه: "إذا اعترف المتهم بالتهمة الموجهة إليه في أي وقت أثبت المحقق اعترافه في محضر التحقيق فور صدوره ونوقش فيه تفصيلاً...".

ب- المادة (177) إ.ج، والتي نصت على أنه: "... ويجب على المحقق أن يكفل للمتهم حقوق الدفاع كاملة وعلى الأخص حقه في تنفيذ ومناقشة الأدلة القائمة ضده، وللمتهم في أي وقت أن يبدي ما لديه من دفاع أو يطلب اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق وتثبيت أقواله وطلباته في المحضر".

ج- المادة (179) إ.ج، والتي نصت على حق المتهم أن يعلم اسم محاميه⁽¹⁾.

د- المادة (183) إ.ج، والتي بيّنت حق المتهم في أن يكون آخر من يتكلم في الدعوى⁽²⁾.

وغيرها من الحقوق التي منحها القانون اليمني للمتهم أثناء استجوابه، منها الحضور في جميع إجراءات التحقيق، وحقه في تعيين خبير ونحو ذلك.

ويتعين لصحة الاستجواب أن يباشر في ظروف لا تؤثر فيها على إرادة المتهم وحرية في إبداء أقواله ودفاعه، فإذا توافر ظرف من الظروف التي تعدم إرادة المتهم أو تشوبها أو تمنعه من الكلام تُعد معيبة وباطله، باعتبار أنها تؤثر على إرادته المتهم، ويُعد الاستجواب باطلاً، ويفوت غرض الاستجواب ويحرم التحقيق من أحد المصادر الهامة للمعلومات وجمع الأدلة بشأن الجريمة محل التحقيق⁽³⁾.

والجدير بالذكر، إن استخدام التعذيب والعنف أثناء استجواب المتهم ومنعه من الكلام، يُعد انتهاكاً لكرامة الفرد⁽⁴⁾، فالجماعة لا صالح لها إلا في التعرف على الحقيقة المجردة فهي لا تبتغي توقيع العقاب على بريء، فإذا وقع على المتهم عنف أو إكراه عند التحقيق أو منه من الكلام والدفاع عن نفسه، فإن ما أدلى به أثناء التحقيق أو منع من الكلام يُعد باطلاً، ولا يُعتمد به كدليل في مجال الإثبات، الأمر الذي يستوجب التثبت من صحة الاتهام أو بطلانه⁽⁵⁾.

(1) للمزيد يُراجع نص المادة (179) إ.ج.

(2) للمزيد يُراجع نص المادة (183) إ.ج.

(3) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 688.

(4) د. مأمون سلامة، مرجع سابق، ص 73.

(5) د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في التحقيق الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص 4.

ثانياً: حق المتهم في الصمت.

إذا كان للمتهم حق المساهمة الإيجابية في الإثبات عن طريق الحق في تقديم الأدلة التي تدحض الاتهام المنسوب إليه فإنه يستطيع أيضاً أن يلتزم الصمت دون أن يفسر هذا الصمت على إنه اعتراف بالتهمة. فحق المتهم في الصمت حق أصيل من حقوق المتهم⁽¹⁾، يجب أن يسمح له بمساحة حرة في تنظيم دفاعه كيفما يريد، ولو بالصمت، دون أن يستتج من هذا الصمت دليل على سلامة ما ينسب إليه من اتهام.

لذلك، فللمتهم الحرية الكاملة في ألا يجيب على الأسئلة التي توجه إليه ولا يلزم بأن يتكلم، فله أن يرفض إعطاء أي معلومات، أو بيانات تطلب منه، كما انه غير ملزم بالبت في موضوع اتهامه عندما يوجه السؤال إليه⁽²⁾.

والجدير بالذكر، إن حق المتهم الصمت وإقراره قد وجد في القوانين والمواثيق الدولية والذي تم بدلالات لفظية مختلفة، سوف نبينها على النحو الآتي:

1. حق المتهم الصمت في المواثيق الدولية.

وضعت المواثيق الدولية ضمانات للمتهم في مرحلة التحقيق، ومن ذلك حقه التزام الصمت أو الامتناع عن الإقرار بالذنب أثناء استجوابه، وعلى المحكمة أن تقضي ببطلان كل إقرار أو اعتراف بالذنب نتيجة عدم الكلام، ومن أبرزها ما يلي:

- نص المادتين (5 ، 12) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽³⁾.
- نص المادة (7) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية⁽⁴⁾.
- نص المادة (143) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية أيضاً⁽⁵⁾.
- كما أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قراراً برقم (3452) عام 1975م، بشأن حماية جميع الأشخاص ضد التعذيب أو المعاملة غير الإنسانية أو المهنية.

¹ لمزيد من التفصيل حول هذا الحق ، د. حسام الدين محمد أحمد ، حق المتهم في الصمت ، دراسة مقارنة ، ط3 ، دار النهضة العربية ، 2003.

⁽²⁾ د. محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المطبعة العالمية، القاهرة، ط5، 2000م، ص31.

⁽³⁾ راجع نص المادتين (5، 12) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان.

⁽⁴⁾ راجع نص المادة (7) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

⁽⁵⁾ تنص المادة (143) منه، على أن: " لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية: .. والفقرة (ز)، التي تنص على أن: " ألا يكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذنب".

- نص المادة (6) من "الاتفاقية الأوروبية: "إلا أنه لا شك في أن الحق في التزام الصمت أثناء الاستجواب، وحق عدم التجريم، من المعايير المعترف بها دولياً بوجه عام التي تدخل في صلب فكرة عدالة الإجراءات الواردة".

2. حق المتهم في الصمت في القانون اليمني.

- نص المادة (48/ب) من الدستور، والمادة (6) إ.ج.
- نص المواد (71، 178، 363) إ.ج.
- نص المواد (122، 124، 179، 181، 125، 73) إ.ج. والتي أعطيت للمتهم الحق في الامتناع عن الاجابة، وتقديم الدفوع والطلبات التي يرى تقديمها أثناء التحقيق وعلى المحقق اثباتها.

ومن خلال ما سبق، يتبين لنا أن الموائيق والاتفاقيات الدولية، والقانون اليمني، أكدا على حق المتهم في الصمت وعدم إجباره على الاعتراف بالذنب، ولا يعقاب المتهم بسبب رفضه عن الكلام أو عن الاجابة.

وإذا كان للمتهم الحق في الصمت وعدم إجباره على الإجابة أمام النيابة العامة، فلا يُعد امتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة ضده. ومن ثم يجب على المحقق أثناء استجواب المتهم إعلامه بأنه حر في أقواله، وله الحق في الصمت والامتناع عن اجابة أية سؤال، فلا يجوز للمحقق أن يستخلص من صمت المتهم قرينة ضده و إلا كان في ذلك إطاحة بقرينة البراءة وما تولد عنها من حقوق الدفاع⁽¹⁾. فضلاً عن أنه غير ملزم بالبت في موضوع اتهامه عندما يوجه السؤال إليه⁽²⁾.

وبالتالي فإن الصمت - أيًا كانت دوافعه - حق للمتهم.

(1) د. محمد محمد مصباح القاضي، مرجع سابق، ص 46.

(2) د. محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المطبعة العالمية، القاهرة، ط5، 2000م، ص 31.

المبحث الثاني

الضمانات الإجرائية لاستجواب المتهم

تمهيد وتقسيم:

يُعد استجواب المتهم من أخطر الإجراءات التي يتعرض له المتهم في مرحلة التحقيق، لذلك وضع القانون اليمني بعض الضمانات الإجرائية الواجب مراعاتها وكفالة احترامها لحماية حقوق المتهم أثناء الاستجواب، وأكدها المواثيق الدولية، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان. ولكل ما سبق سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول

الجهة المختصة بالاستجواب

سنتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

الجهة الأصلية (النيابة العامة)

نظراً لأهمية الاستجواب وخطورته فلا يقوم به إلا جهة قضائية⁽¹⁾، مختصة بالتحقيق، كونها طرف محايد، تأكيداً لمبدأ الفصل بين سلطتي الإتهام والتحقيق.

والجهة المختصة بالاستجواب هي الشخص أو السلطة التي يعهد إليها القانون بالتحقيق الابتدائي (النيابة العامة)⁽²⁾. وقد عرفها المقنن اليمني في المادة (50) من قانون السلطة القضائية بأنها: "هيئة قضائية تمارس الاختصاصات المخولة لها قانوناً".

وبيّن في المواد (50، 51، 53، 55)، والمادتان (21، 23) إ.ج، اختصاصها بتحريك الدعوى الجزائية ورفعها ومباشرتها⁽³⁾. ومن تلك الاختصاصات (الاستجواب)⁽⁴⁾.

(1) د. محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، مرجع سابق، ص 67.

(2) النيابة العامة هي المدعي في الدعوى الجزائية وصاحب الاختصاص الأصيل باستعمال الدعوى الجزائية ومباشرتها.

(3) للمزيد يُراجع نصوص المواد (50، 51، 53، 55)، والمادتان (21، 23) إ.ج.

(4) د. نديم محمد التريزي، د. منير محمد الجوبي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر، صنعاء، ط4، 2023م.

والوضع في القانون اليمني هو الجمع بين سلطتي التحقيق والاتهام في يد واحدة هي النيابة العامة، وفقاً للمادتين (115، 116) إ.ج⁽¹⁾، ويتحدد اختصاص أعضاء النيابة العامة في التحقيق في الجرائم الواقعة في نطاق اختصاص المحاكم التي يعملون في دوائرها، وفقاً لنص المادة (115) إ.ج.

ونظراً لأهمية الاستجواب وخطورته، فقد أعطى القانون للمحقق سلطة تقديرية واسعة في إجرائه على حسب ما يراه ملائماً، ولكن يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة ولو لم يسبق ذلك الرفع استجواب المتهم في حالة الجرائم غير الجسيمة. والمدة التي يستغرقها المحقق في استكمال إجراءات التحقيق؛ بما في ذلك الاستجواب، هي الفترة ذاتها المحددة للحبس الاحتياطي، أي مدة لا تزيد على ستة أشهر.

الفرع الثاني

الجهة الاستثنائية

بالرغم أن القاعدة العامة قد حددت أن الجهة المختصة بإجراء الإستجواب هي النيابة العامة، إلا أنه يوجد إستثناء لتلك القاعدة، وهو جواز القيام به من قبل مأمور الضبط القضائي، والمحكمة. هذا ما سنتناوله على النحو الآتي:

أولاً: سلطة مأمور الضبط القضائي في استجواب المتهم.

القاعدة العامة أن استجواب المتهم لا يكون إلا من قبل سلطة التحقيق وهي النيابة العامة، فلا يجوز أن يُعهد به إلى مأموري الضبط القضائي، إلا أن القانون اليمني قد أجاز - استثناءً - لمأموري الضبط القضائي استجواب المتهم، وذلك في أحوال الضرورة التي يخشى معها فوات الوقت، حيث يجوز لمأمور الضبط القضائي استجواب المتهم، وفقاً لنص المادة (118) إ.ج، والتي نصت على أنه: "... وللمكلف أن يجري أي عمل من أعمال التحقيق أو أن يستجوب المتهم في أحوال الضرورة التي يخشى معها فوات الوقت متى كان ذلك لازماً لكشف الحقيقة". ففي هذا النص نجد أن المقنن قد اشترط لقيام مأمور الضبط القضائي باستجواب المتهم أن يكون الاستجواب لازماً وضرورياً لكشف الحقيقة، مثال على ذلك: أن يكون المتهم في حالة مرضية متأخرة تنذر بالوفاة، ويسرى نفس الحكم

(¹) تنص المادة (116) إ.ج على أن: "يتولى النائب العام سلطة التحقيق والادعاء وكافة الاختصاصات التي ينص عليها القانون وله أن يباشر سلطاته بنفسه أو بواسطة أحد أعضاء النيابة العامة أو من يندب لذلك من مأموري الضبط القضائي".

بالنسبة للمواجهة التي تُعد كالاستجواب، كون التأخير فيه يؤدي إلى الأضرار بمصلحة العدالة⁽¹⁾.

ثانياً: سلطة المحكمة في استجواب المتهم.

مبدأ حرية القاضي في تكوين قناعته من التهمة المنسوبة إلى شخص معين يُعد أحد مبادئ أدلة الإثبات، وللمحكمة أن تستوضح من المتهم أو تسأله عن التهمة المنسوبة إليه، إلا أن القاعدة العامة في القانون تحظر على المحكمة استجواب المتهم، إلا إذا قبل ذلك وإذا ظهرت أثناء المرافعة والمناقشة وقائع مما يلزم تقديم إيضاحات عنها من المتهم للكشف عن الحقيقة، أو بناءً على طلب يديه المتهم أثناء الجلسة بعد تقريره لموقفه وما تقتضيه مصلحته، وفقاً للمادة (360) إ.ج.⁽²⁾. عكس الاستيضاح عن بعض النقاط والمعلومات الموجودة في الدعوى، أو سؤال المتهم عن التهمة المنسوبة إليها، أو طريق استقصارها من المتهم عن نقاط الاتهام أو عما يظهر لها من مسائل متعلقة بالتهمة أثناء سماع أدلة الدعوى والمرافعة فيها، وما ترى المحكمة تحقيقه وسماع كلمته في شأنه، فإذا تطوع المتهم - بنفسه - بذكر تفصيلات الواقعة وسردها، فإن ذلك لا يُعد من المحكمة استجواباً، ولا ينطوي على خروج على محظورات القانون ولا مساس بحق الدفاع⁽³⁾.

ونظراً لأن المحكمة هي أصل العدالة، فإن عليها التقيد بحدود الدعوى المرفوعة من النيابة العامة، إلا أن لها الحق في تعديل التهمة أو تغيير الوصف القانوني، طبقاً لمبدأ إقتناع القاضي، فللمحكمة الحق في الاستيضاح من المتهم لتكوين عقيدتها، أو استجوابه مرة أخرى، فإذا أنكر التهمة المرفوعة ضده من النيابة العامة، وأثبت ذلك للمحكمة، مثل: تعرضه للتعذيب والقسوة وغيرها من الوسائل غير المشروعة من قبل المحقق أثناء استجوابه، فإنه لا يجوز للمحكمة أن تستند إلى تلك الإجراءات التي اتخذتها النيابة العامة، أو تستند إلى الأدلة الأخرى؛ كون ذلك الاستجواب جاء دون موافقة المتهم على ذلك، وما جرى على باطل فهو باطل⁽⁴⁾. لذلك تبدأ المحكمة من جديد في استجواب المتهم.

(1) للمزيد يُنظر: د. محمد سيف شجاع الدين، مرجع سابق، ص334.

(2) تنص المادة (360) إ.ج، على أنه: "لا يجوز للمحكمة أن تستجوب المتهم إلا إذا قبل ذلك..".

(3) د. حسن علي مجلي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني - المحاكمة - مقرر على طلبة كلية الشريعة والقانون بجامعة صنعاء، ط5، 2013م، ص72 وما بعدها.

(4) المستشار/ عدلي خليل، استجواب المتهم فقهاً وقضاً، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 1999م، ص46.

الفرع الثالث

الإجراءات التي يتخذها المحقق أثناء استجواب المتهم

أولاً: واجبات المحقق.

أوجب القانون عند حضور المتهم أثناء استجوابه، أن يقوم المحقق بالآتي:

1. أن يثبت من شخصيته ثم يحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه وتدوين أقواله مع بيان ما لديه من أدلة لنفيها، وتعريفه بأنه حر في إبداء إفادته، والمتهم عند الاستجواب غير مجبر على الإجابة، فله أن يمتنع عن الإجابة عن أي سؤال يسأله المحقق، وفقاً للمادة (183) إ.ج⁽¹⁾، ولكن ذلك ليس في مصلحته، لأن أدلة الاتهام تظل قائمة ضده دون أن تحض.

2. أن يسمح للخصوم بإبداء ملاحظاتهم بعد سماع أقوال الشهود، وفقاً للمادة (170) إ.ج⁽²⁾. وعلة ذلك هي عدم توفر المعلومات قبل سماع المحقق لشهود الإثبات.

3. أن يسمح للمتهم في إبداء أقواله بعد سماع المحقق للمشتكي، ومعنى ذلك إن الحق في إبداء الأقوال لا يبتدىء عند الانتهاء من سماع جميع شهود الإثبات، وإنما يجوز للمتهم نفي التهمة أو الإقرار به بعد سماع شهادة المشتكي فقط؛ كون المتهم هو آخر من يتكلم.

ثانياً: التزامات المحقق عند حضور المتهم أثناء استجوابه: أن يقوم بالآتي:

1. ترتيب الأسئلة والوقائع، ومناقشة المتهم بأسلوب سهل دون ترك للمتهم اللجوء إلى الإجابات الغامضة، وحتى لا يسمح للمتهم الرجوع عن أقواله.

2. السيطرة على الموقف وعدم السماح للمتهم الخروج عن الموضوع.

3. إذا كان المتهم محترف في الإجرام، فعلى المحقق أن يدخل مباشرة في مواجهته بالأدلة والوقائع المستخدمة في ارتكاب الجريمة.

(¹) تنص المادة (183) إ.ج، على أنه: "إذا اعترف المتهم بالتهمة الموجهة إليه في أي وقت أثبت المحقق اعترافه في محضر التحقيق فور صدوره ونوقش فيه تفصيلاً، أما إذا أنكر أرجى استجوابه تفصيلاً إلى ما بعد سماع شهود الإثبات ويوقع المتهم على أقواله بعد تلوتها عليه أو يثبت في محضر التحقيق عجزه أو امتناعه عن التوقيع".

(²) تنص المادة (170) إ.ج، على أنه: "يجوز للخصوم عند الانتهاء من سماع أقوال الشاهد إبداء ملاحظاتهم عليها ولهم أن يطلبوا من المحقق سماع أقوال الشاهد عن نقطة أخرى يبينونها، وللمحقق رفض توجيه أي سؤال غير متعلق بالدعوى أو عندما يكون في صيغته مساس بالغير".

4. أن يهتم بشخصيته وظروفه المالية، ويعامله على أساس أنه إنسان بريء، فلا يسأله عن الجريمة إلا إذا اعترف.

5. إذا استرسل المتهم في الكلام فلا يقاطعه، ولا يظهر له أسئلة إلا بعد أن يوقف عن الكلام.

ثالثاً: محضر الاستجواب.

يتطلب من المحقق أن يدون أقوال المتهم وأجوبته عن الأسئلة الموجهة إليه في المحضر، فالاستجواب يستمد قوته من المحضر الذي يكون كتابياً، وأن يتم التوقيع عليه من المتهم والمحقق، إلا إذا تعذر عليه التوقيع أو امتنع عن ذلك، فيجب أن يدون المحقق ذلك في المحضر مع بيان الأسباب إن ابداهها المتهم، وفي كل الأحوال يضع كل من المحقق والكاتب إمضائه على كل صفحة أولاً بأول المادة (169) إ.ج⁽¹⁾.

وفي حالة إقرار المتهم بارتكاب جريمة فعلى المحقق تدوينها وتلاوتها على المتهم ومن ثم توقيعها من المتهم والمحقق والكاتب، كما أجاز القانون أن يدون المتهم إفادته بنفسه بحضور المحقق، وثم التوقيع عليها من المحقق والمتهم وأن يثبت ذلك في المحضر، وإذا حصل في المحضر كشط أو تحشير أو اقتضي الأمر حذف كلمة أو زيادتها، فيجب أن يوقع عليها المحقق والكاتب، وفقاً للمادة (120) إ.ج⁽²⁾.

رابعاً: بيانات محضر الاستجواب.

يثبت في المحضر المكان والتاريخ واليوم والشهر والسنة وساعة فتح المحضر، ومحل إقامة المتهم، لما له من أهمية في معرفة الفرق بين وقت البلاغ وبين فتح المحضر لاحتمال العبث بالدليل، وحتى يكون المحضر محلاً للثقة التي يهدف إليها القانون، مع ذكر اسم الكاتب وهل هو مختص بذلك أم منتدب⁽³⁾. فتدوين المحضر هو المستند الوحيد لا ثبات صدور الإجراء ممن صدر منه على الوجه المعتبر قانوناً، وحتى يرتب آثاره

(¹) تنص المادة (169) إ.ج. على أن "يضع كل من المحقق والكاتب إمضائه على الشهادة وكذلك الشاهد بعد تلاوتها عليه وإقراره بأنه مصر عليها فإن أمتنع عن وضع إمضائه أو ختمه أو لم يمكنه وضعه أثبت ذلك في محضر مع ذكر الأسباب التي يبديها".

(²) تنص المادة (120) إ.ج. على أنه: "لا يجوز أن يحصل في محضر التحقيق كشط أو تحشير وإذا اقتضى الأمر حذف كلمة أو زيادتها وجب على المحقق والكاتب أن يوقعا على هامش المحضر ويعتبر لا غياً كل كشط أو خدش أو إضافة غير موقع عليها".

(³) د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 518.

واحتمساب مدة التقادم والمدة اللازمة لتنفيذه، إذا كان انتداباً لمدة محددة فإنه يجب أن يبين ويشير إلى الساعة وتاريخ مباشرة الإجراء، والتوقيع بعد التأكد من هويته⁽¹⁾.

خامساً: شكل الاستجواب.

لم يحدد القانون اليمني شكل معين يلتزم به المحقق أثناء استجواب المتهم، وإنما ترك ذلك لفظنته وتقديره؛ كون الاستجواب هو البحث عن الحقيقة، مما يستلزم من المحقق أن يكسب ثقة المتهم، واحترام حقوقه وحرياته الأساسية، بُغية الحصول على أحسن أجوبة.

سادساً: وقت استجواب المتهم: لتحديد وقت الإستجواب يتعين التفريق بين ثلاث حالات، هي:

الأولى: حالة ما يكون المتهم مطلق السراح، ففي هذه الحالة للمحقق أن يستجوبه في أي وقت يراه مناسباً.

الثانية: بعد إحالته من مأمور الضبط القضائي، فيقوم المحقق باستجوابه مع إشعاره أنه حر وله الحق بالاستعانة بمحام.

الثالثة: بعد ارتكاب الجريمة والقبض عليه مباشرةً.

لم يحدد القانون اليمني عدد حالات استجواب المتهم، وترك الأمر إلى فطنة المحقق، فقد يستمر عدة مرات وعدة أوقات، حتى يتم البحث أو الكشف عن الحقيقة، ومدى نسبة التهمة من عدمه إلى المتهم. بحيث لا تزيد مدة الاستجواب عن المدة القانونية، وبحسب وطبيعة الجرم المرتكب من المتهم؛ خاصةً في الجرائم الماسة بأمن الدولة.

ثامناً: مكان الاستجواب المتهم.

نظراً لخطورة الاستجواب، يجب أن يكون في سرية، ويقتصر على حضور الأشخاص ذوي العلاقة؛ الكاتب، المتهم، المحامي، المترجم إن لزم الأمر ذلك، وإذا تعدد المتهمون فعلى المحقق استجواب كل واحد على انفراد، ولا يمنع من مواجهتهم فيما بينهم إذا استدعى التحقيق ذلك.

(1) د. محمد راجح نجاد، شرح قانون الاجراءات الجزائية، القسم الثاني، الاجراءات السابقة على المحاكمة، جامعة صنعاء، كلية الشريعة، ط3، 2004م، ص165.

المطلب الثاني

حضور المتهم واحاطته بالتهمة

سنتناول هذا المطلب في فرعين، على النحو الآتي:

الفرع الأول

حضور المتهم

أولاً: مباشرة إجراء الاستجواب بحضور المتهم.

الأصل أن القاعدة العامة توجب ضرورة حضور المتهم أو المجنى عليه، وكل من لحقه ضرر أثناء الاستجواب، وكل المعنيين من أعضاء النيابة في التحقيق، وليس للجمهور حضوره؛ فالتحقيق ليس علنياً⁽¹⁾. وكلما كان للمتهم حق حضور إجراءات التحقيق يكون للمدافع عنه حق الحضور.

وقد أكدت على ذلك الشريعة الإسلامية في أحكامها، وأخذ به الفقهاء، بل أقره بعدم جواز القضاء على الغائب عند مجلس الحكم، هذا في مرحلة المحاكمة، وتطبيق هذه القاعدة على مرحلة التحقيق الابتدائي، على أساس أن العلة هي تمكين المتهم من تنفيذ الاتهامات ضده، أو إقامة الدليل على البراءة موجودة في مرحلة التحقيق، لأن للمتهم مصلحة حقيقية في حضور إجراءات التحقيق.

وقد أخذ القانون اليمني بهذه القاعدة وأوردها في نصوصه الإجرائية، وفقاً للمادة (122) إ.ج.⁽²⁾. وكذلك المادة (177) إ.ج.⁽³⁾، بهدف معرفة حقيقة التهمة المنسوبة إلى المتهم من شخص المتهم، إما بالتسليم بها أو تنفيذها.

كما أكد القانون اليمني على تلك القاعدة العامة، في حق المتهم في حضور جميع إجراءات التحقيق ما لم يكون هناك ضرورة مباشرة ببعض الإجراءات في غيبته، مثل: حضور تفتيش المسكن والإطلاع على الرسائل المضبوطة - وهو ليس بحثنا - وفقاً للمواد (134، 146) إ.ج.

(١) د. محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 243.

(٢) تنص المادة (122) إ.ج، على أن: "المتهم وللمجنى عليه أو ورثته ومن أصابته ضرر من الجريمة والمطالب بالحقوق المدنية والمسئول عنها ولوكلائهم - طبقاً للقانون - أن يحضروا جميع إجراءات التحقيق وليس لهم الحق في الكلام إلا بإذن من المحقق وإذا كان المتهم مقبوضاً عليه أو محبوساً وجب على المحقق إحضاره".

(٣) تنص المادة (177) إ.ج، على أن: "للمتهم في كل وقت أن يبدي مآلديه من دفاع أو يطلب اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق ويثبت جميع أقواله وطلباته في المحضر".

ثانياً: سرية التحقيق تجاه المتهم.

في بعض الأحيان تقتضي العدالة مباشرة إجراء التحقيق في غير حضور الخصم، وذلك استثناء من الأصل المتمثل في حق المتهم في حضور التحقيق الذي تجرية النيابة العامة، حيث أجاز القانون اليمني، وفقاً للمادة (2/122) إ.ج - استثناء - للمحقق إجراءات التحقيق في غيبة الخصوم كلهم أو بعضهم إذا اقتضى الأمر ذلك، ولا يكون في ذلك بطلان، وللمتهم التمسك لدى محكمة الموضوع بما قد يكون في التحقيق من نقص أو عيب، وذلك في حالتين، هما:

الأولى: حالة الاستعجال كما في الجريمة المشهودة، **والثانية:** حالة الضرورة وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة⁽¹⁾. ففي حالة الضرورة يجب استجواب المتهم بدون الانتظار لسلطة التحقيق لما قد يترتب على التأخير من أضرار بمصلحة العدالة، ولا يتصور توافرها بالنسبة لجميع إجراءات التحقيق كله في غيبة الخصوم، بل يقتصر على حالة الجريمة المشهودة لسماع الشاهد على وشك الموت أو المعاينة قبل أن تضيع معالمها⁽²⁾.

ونطاق استجواب المتهم تقتصر على الجرائم الجسيمة، فلا يجوز مواجهته بغيره من المتهمين إلا بحضور محاميه، المادة (181) إ.ج⁽³⁾.

وخلاصة القول، فإن استجواب المتهم يُعد إجراء من إجراءات التحقيق، والذي يتطلب حضور المتهم أثناء الاستجواب، وواجب قانوناً عند القبض عليه أو حبسه احتياطياً وإن يحصل خلال أربع وعشرين ساعة من حضوره⁽⁴⁾، بعد التثبت من شخصيته وإحاطته علماً بالجريمة المنسوبة إليه، ما عدا سماع الشهود، فليس للمتهم الحق في الحضور، وذلك بسبب أن حضورهم قد يحدث تأثيراً على هؤلاء الشهود فلا يقولون الحقيقة.

(1) والعلة من هذه الاستثناءات أن المحقق قد يجد في انتظار إخطار الخصوم وحضورهم ما قد يؤدي إلى ضياع أو إضعاف إجراء التحقيق، كما لو كان الشاهد على وشك الوفاة، وتقدير توافر الاستعجال والضرورة متروك للمحقق تحت رقابة محكمة الموضوع، ولكن لا يهدر القانون حق الخصوم في الدفاع وتقديم طلباتهم، فقد أعطى لهم الحق في الاطلاع على الأوراق المثبتة لهذا الإجراء وألزم المحقق بإطلاع الخصوم الذين تم الإجراء في غيبتهم على ما تم بمجرد انتهائه.

(2) د. منير محمد الجوبي، حقوق المتهم أثناء مباشرة أمور الضبط القضائي من رجال الشرطة إجراءات التحقيق الابتدائي، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، 2008م، ص 59.

(3) تنص المادة (181) إ.ج، على أنه: "لا يجوز للمحقق أن يستجوب المتهم في الجرائم الجسيمة، أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوة محاميه للحضور إن وجد، وعليه أن يخطره أن من حقه ألا يجيب إلا بحضور محاميه".

(4) يُراجع نص المادة (48/ج) من دستور الجمهورية اليمنية لعام 1991م، وتعديلاته.

الفرع الثاني

إحاطة المتهم بالتهمة

يجب إحاطة المتهم بالتهمة المسندة إليه لكي يتمكن من الدفاع عن نفسه وإثبات دفعه، فلما كان القبض على المتهم ينطوي ضمناً على إسناد تهمة معينة إليه وجب إخطاره بهذه التهمة.

وقد أكدت الاتفاقيات والمواثيق الدولية، وأغلبية دساتير وقوانين دول العالم على حرية المواطنين ومنها المتهم، وسنتناول ذلك على النحو الآتي:
أولاً: موقف المقتن اليمني.

راعى المقتن اليمني حماية المتهم المقبوض عليه في عدد من النصوص، كما يلي:

1- نص المادة (48/أ) من دستور الجمهورية اليمنية، على حرية المواطنين بعد القبض عليه. وكذا نص المادة (48/ب) منه، على عدم تفتيشه والقبض عليه إلا بأمر من القضاء، ونص المادة (48/ج) منه على أن يقدم بعد القبض عليه إلى المحكمة خلال أربع وعشرين ساعة من تاريخ القبض عليه.

2- نص المادة (72 إ.ج)، والتي حرص المقتن اليمني فيها حماية المتهم المقبوض عليه، وذلك بتخصيص مكان مناسب وعدم إيذائه؛ كونه بريء حتي يثبت إدانته، وضرورة أن يكون الأمر بالقبض كتابة موقعاً عليه ممن أصدره، ويجوز أن يكون شفويًا.

3- نص المادة (177) إ.ج، حق المتهم في إبداء ما لديه من دفاع أو يطلب اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق وإثبات جميع أقواله وطلباته في المحضر.

4- نص المادة (333) إ.ج، حق المتهم في طلب سماع من يريد من الشهود.

5- نصوص المواد (73، 182) إ.ج، التي اشترطت أن يتضمن أمر القبض على اسم المتهم ولقبه وهويته وأوصافه ومحل إقامته، وإبلاغه بأسباب القبض وأنه حر في الإدلاء بأية إيضاحات ويثبت أقواله في محضر، وإطلاعه على الأمر والاتصال بمن يرى إبلاغه والاستعانة بمحامي، وإحاطته بالتهمة المنسوبة إليه⁽¹⁾.

(1) يُراجع نص المواد (73، 182) إ.ج.

ثانياً: موقف العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والاتفاقية الأوروبية.

1- نص المادة (2/9) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، على وجوب إخطار كل شخص مقبوض عليه بأسباب القبض والتهمة المنسوبة إليه.

2- نص المادة (3/6) من الاتفاقية الأوروبية، في المادة (3/6) منها، على حق كل شخص تم القبض عليه أن يعرف سبب ذلك.

وفي جميع الأحوال، فإنه يجب إبلاغ المتهم بالتهمة الموجهة إليه قبل مباشرة التحقيق معه لأول مرة أمام المحقق، والواقع إنه ليس من السهل دائماً تحديد التهمة وتكييفها من الناحية القانونية على وجه الدقة منذ بدء مرحلة التحقيق، فضلاً عن احتمال كشف ظروف جديدة تدعو إلى تغيير وصفها، لهذا يكفي إحاطة المتهم بالواقعة بشكل عام.

والحكمة من اشتراط بيان التهمة، إتاحة الفرصة للمتهم كي يعلم بها فيُعد دفاعه بشأنها ومن جانب آخر رسم حدود الدعوى، وتتفرع من حق المتهم في إحاطته بالتهمة أن يكون له حق الاطلاع على أوراق التحقيق حتى يعرف حقيقة التهمة الموجهة إليه.

المطلب الثالث

حرية المتهم في إبداء أقواله وعدم تعليفه اليمين أثناء الاستجواب

سنتناول هذا المطلب في فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

حرية المتهم في إبداء أقواله

لاشك أن المواثيق الدولية، وأغلبية دساتير وقوانين دول العالم، قد كفلت الضمانات الأساسية للمتهم، في حرياته وحقوقه التي كرمها الله سبحانه وتعالى، وسنتها الدول في دساتيرها، ومنها القانون اليميني، حيث لا يجوز أن يُكره المتهم على الاعتراف بالذنب أمام المحقق، كون الاعتراف بالذنب يُعد حقاً من الحقوق والضمانات الأساسية الواجب احترامها والمقررة للمتهم في مرحلة ما قبل المحاكمة، فللمتهم الحرية الكاملة في ألا يجيب على الأسئلة التي توجه إليه ولا يلزم بأن يتكلم، فله أن يرفض إعطاء أي معلومات، أو بيانات تطلب منه، كما أنه غير مُلزم بالبت في موضوع اتهامه عندما يوجه السؤال إليه^(١).

(١) د. محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ط5، 2000م، ص31.

وقد أكد القانون اليمني هذا المبدأ، وذلك في حق المتهم بالصمت وعدم إجباره على الاعتراف بالذنب بحماية مشددة، وذلك في المادة (48/ب) من الدستور، والمادة (6) إ.ج، ثم أعاد التأكيد على ذلك مرتين في المادة (71) والمادة (178) إ.ج. وعدم عقابه بسبب رفضه عن الكلام أو عن الإجابة، وفقاً للمادة (363) إ.ج.

وإذا كان قانون الإجراءات الجزائية اليمني قد قرر حق المتهم في الصمت وعدم إجباره على الإجابة أمام النيابة العامة، فلا يُعد امتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة ضده، فمن باب أولى أن يثبت له ذلك أمام المحكمة.

وبالرغم من أهمية هذا الحق فإنه لم يرد نص صريح في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بشأنها، بينما نجد هذا الحق في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية - نظام روما المعتمد في 17/يوليو/1998م بشأن حقوق الأشخاص أثناء التحقيق، وجاء هذا الحق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، في المادة (143) منه⁽¹⁾.

وخلاصة القول، فإنه يجب على المحقق أثناء استجواب المتهم إعلامه بأنه حر في أقواله، وله الحق في الصمت والامتناع عن اجابة أي سؤال، كون صمت المتهم وامتناعه عن الإجابة استعمالاً لحق مقرر قانوناً، فلا يجوز للمحقق أن يستخلص من صمت المتهم قرينة ضده وإلا كان في ذلك إطاحة بقرينة البراءة وما تولد عنها من حقوق الدفاع⁽²⁾.

الفرع الثاني

عدم تحليف المتهم اليمين

يُعد تحليف المتهم من أهم شكليات التحقيق والمحاكمة التي كانت تعترف بها النظم القانونية القديمة وتضع لها القواعد والضوابط اللازمة، من حيث صيغتها وكيفية أدائها والوقت المحدد لها وعقاب من يحنث عنها⁽³⁾.

(1) تنص المادة (143) منه على أن: "لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية: .. الفقرة (ز): "ألا يكره على الشهادة ضد نفسه أو على الاعتراف بذنب".

(2) د. محمد محمد مصباح القاضي، مرجع سابق، ص 46.

(3) ففي عهد الفراعنة كان المتهم يكلف بان يقسم بالإله على أن يقول الصدق ولا يكذب، ويعرض نفسه لأشد العقوبات إذا حنث عن يمينه. إما في فرنسا - قديماً - اتخذ القضاة فكرة تحليف المتهم اليمين قبل أن تسمع أقواله، فإذا فشلت التجربة اتخذت معه مختلف طرق الإكراه. وفي العصر الإسلامي اختلف فقهاء الشريعة في هذا الشأن، ولكن الراجح كان يذهب إلى عدم تحليف المتهم اليمين. ومن المتفق عليه إن اليمين لم تكن تؤدي إذا كان المدعى به حقا خالصا لله تعالى وهو الشأن في جرائم الحدود. للمزيد، يُنظر: د. محمد سامي النبراوي، مرجع سابق، ص 56.

وقد جسدت هذا المعنى المادة (3/14) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وتتص على أن: "لا يكره المتهم على الشهادة ضد نفسه أو الاعتراف بذنبه". كما نص قانون الإجراءات الجزائية اليمني، في المادة (178) إ.ج⁽¹⁾ بعدم جوز أن يحلف المتهم اليمين إلا إذا كان في مقام الشهادة على غيره. فالقاعدة العامة لا يحلف المتهم اليمين، لأن تحليف اليمين القانونية يُعد من قبيل الإكراه، وذلك بوضع المتهم في موقف محرج يحتم عليه إما أن يكذب وينكر الحقيقة أو يضحى بنفسه ويعترف. أي أن التحليف يؤدي إلى أن ينازع المتهم عاملان هما المحافظة على نفسه وعدم التفريط بها وتعرضها للخطر بأن يدفعه إلى ارتكاب جريمة شهادة الزور لإنقاذ نفسه أو قول الحقيقة حفاظاً على معتقداته الدينية أو الأخلاقية التي يؤمن بها، مما يرتب عليه تعريض المتهم نفسه إلى الإدانة في حال اعترافه بالتهمة المنسوبة إليه⁽²⁾، أو قد يسوق المتهم الخوف من الإثم إلى الإقرار بجريمة لم يرتكبها. وتجدر الإشارة هنا، إلى أن المتهم لا يحلف اليمين إلا في مقام الشهادة على غيره من المتهمين، فلو ظهر أن المتهم بعد تدوين إفادته بصفته متهماً، فإن إفادته تتضمن شهادة ضد متهم آخر تفرق دعواه عن دعوى من يشهد عليه، استناداً لنص المادة (33) من قانون الإثبات⁽³⁾، بمعنى أنه لا تقبل شهادة المتهم في قضية على غيره من المتهمين فيها، وتقبل شهادة المتهم على غيره من المتهمين في قضية أخرى، فإذا تبين للمتهم شهادة على متهم آخر، فتدون شهادته وتفرق دعوى كل منهما⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة (178) إ.ج، على أنه: "لا يجوز تحليف المتهم اليمين الشرعية ولا اجباره على الاجابة ولا يعتبر امتناعه عنها قرينة على ثبوت التهمة، كما لا يجوز التحايل أو استخدام العتف أو الضغط بأي وسيلة من وسائل الإغراء والاكراه لحمله على الاعتراف".

(2) د. محمد سامي النبراوي، مرجع سابق، ص 67.

(3) تنص المادة (33) منه، على أنه: "تقبل شهادة المثل على مثله إذا ظن القاضي صدقها إلا أن يشتهر الشاهد بشهادة الزور أو حلف الفجور"، بمعنى أنه لا تقبل شهادة المتهم في قضية على غيره من المتهمين فيها، وتقبل شهادة المتهم على غيره من المتهمين في قضية أخرى، فإذا تبين للمتهم شهادة على متهم آخر، فتدون شهادته وتفرق دعوى كل منهما.

(4) د. مطهر أنقع، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ط2، 2001، ص 130.

الخاتمة

في ختام هذا البحث توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات نوجزها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج: توصلنا من خلال دراستنا إلى عدد من النتائج، أهمها:

1. توجد إجراءات قانونية تشبه الاستجواب في بعض الجوانب وتختلف عنه في جوانب أخرى.
2. يُعد الاستجواب من أخطر إجراءات التحقيق الابتدائي وتختص به النيابة العامة.
3. احتلت كرامة وحقوق الإنسان اهتماماً واضحاً في الفقه الإسلامي، وتضمنتها المواثيق والعهود الدولية والاعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأخذ بها الدستور والقانون اليمني، وذلك لتعزيز حماية وحقوق المتهم أثناء إستجوابه.
4. إن مبدأ أصل البراءة يُعد ضماناً أساسية للحرية الشخصية للمتهم ومصلحة المجتمع، وإن استجواب المتهم هو أمراً استثنائياً، ولا ينقص من عصمته شيئاً ولا يزيلها؛ سواءً في مرحلة التحقيق أم المحاكمة حتى تثبت الادانة بحكم قضائي بات.
5. وضع الدستور والقانون اليمني مجموعة من القواعد الاجرائية لحماية وحرية وشخصية المتهم، وكفل له حق الدفاع عن نفسه.
6. إن اتباع الإجراءات القانونية والشرعية السليمة أثناء استجواب المتهم، من شأنها أن تؤدي إلى سلامة الإجراءات وسلامة التحقيق والمحاكمة، وتجسيدها لمبدأ العدالة وتحقيق التوازن بين حقوق الفرد والمجتمع.

ثانياً: التوصيات.

1. يوصي الباحث سلطة التحقيق- النيابة العامة - بعقد دورات تدريبية مكثفة لأعضاء النيابة العامة على كيفية التعامل مع المتهم أثناء استجوابه؛ ومراعاة حقوقه القانونية.
2. ضرورة قيام مكتب النائب العام بالنزول الميداني للنيابات العامة، والتأكيد على إلزام أعضاء النيابة العامة بالضوابط القانونية أثناء التحقيق وبالأخص الإستجواب.

3. يوصي الباحث المقنن بتعديل المادة (181) إ.ج، والتي نصت على أنه: "في حالة الجرائم المشهودة وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة، لا يجوز للمحقق في الجرائم الجسيمة أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين، أو الشهود إلا بحضور محاميه". بحيث تكون على النحو الآتي: "في حالة الجرائم المشهودة وجرائم أمن الدولة والجرائم الجسيمة وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة، يستوجب على المحقق أن يستجوب المتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين، أو الشهود دون حاجة إلى حضور المحامين"، وذلك لسد أي ذريعة يطعن بها المحامي.

آمالاً أن يكون هذا البحث قد ارتقى إلى المستوى المطلوب على الرغم من التقصير وعدم الكمال، فالكمال لله وحده.

قائمة المراجع

أولاً: مراجع اللغة والفقہ والحديث.

- 1- الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تونس عام 450هـ، مطبعة مصطفى الباجي الحلبي، مصر، 1966م.
- 2- المنذري: مختصر صحيح مسلم، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، 1993م.

ثانياً: الكتب العامة والمتخصصة:

- 1- د. أحمد الكبسي ود. محمد شلال حبيب: المختصر في الفقہ الجنائي الإسلامي، بغداد، 1989م.
- 2- د. أحمد بيومي أبو الروس، التحقيق الجنائي والأدلة الجزائية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1989.
- 3- د. أحمد شوقي الشلفائي: مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003م.
- 4- د. أحمد بن عبدالله السعيد، الاستجواب الأمني، مركز البحوث والدراسات، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ط1، 2013.
- 5- د أحمد فتحي سرور: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.
- 6- د. —: الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م.
- 7- د. —: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2000م.
- 8- د. —: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، القاهرة، ط3، 2004.
- 9- د. إلهام محمد حسن العاقل، الإجراءات الجزائية، ج1، مكتبة الصادق، صنعاء، ط3، 2014م.

- 10- د. حسني الجندي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمنية، الجزء الأول (الدعوى الجزائية والمدنية)، جامعة صنعاء، ط1، 1988م.
- 11- د. —، أصول الإجراءات الجزائية في الاسلام، دراسة مقارنة بين قانون الإجراءات الجزائية في دولة الامارات العربية المتحدة وبعض التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2009م.
- 12- د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في التحقيق الجنائي، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون تاريخ.
- 13- د. حسن علي مجلي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني - المحاكمة - مقرر على طلبة كلية الشريعة والقانون بجامعة صنعاء، ط5، 2013م.
- 14- حسين جميل، حقوق الإنسان والقانون الجنائي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1988.
- 15- د. حسين محمد طه الباليسياتي، أ/ زيب محمود حسين، قرينة افتراض البراءة وآثارها القانونية، دراسة قانونية مقارنة على ضوء الدساتير والقوانين والمواثيق الدولية، 2019م.
- 16- د. خالد الخطيب، مبادئ قانون الإجراءات الجزائية - الاستدلال والتحقيق الابتدائي - دار الكتب القانونية، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط1، 2015م.
- 17- د. رمزي رياض عوض، الإجراءات الجزائية في القانون الانجلو أمريكي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م.
- 18- د. سامي النصاروي، دراسة في أصول المحاكمات الجزائية، مطبعة دار السلام، بغداد، ط4، 1998م.
- 19- د. طه زاكي صافي، الاتجاهات الحديثة للمحاكمات الجزائية، بين القديم والجديد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2001م.
- 20- د. عبد المنعم سالم الشيباني، الحماية الجزائية للحق في أصل البراءة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2006م.
- 21- عدلي خليل، استجواب المتهم فقهاً وقضاً، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 1999م.

- 22- د. فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2010.
- 23- د. كامل السعيد، شرح أصول المحاكمات الجزائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، ط3، 2005.
- 24- د. كمال محمد عواد، الإجراءات الجنائية لتقييد حرية المتهم في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، ط1، 2011.
- 25- د. مأمون سلامة، الإجراءات الجزائية في التشريع المصري، ج1، دار الفكر العربي، القاهرة، ط5، 2001م.
- 26- د. محمد حسن شريف، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
- 27- د. محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجزائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1994.
- 28- د. محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة، عمان الاردن، ط1، 1994م.
- 29- د. محمد عبدالله حسين العاقل، شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني-القسم العام- الجزء الثاني، الأحكام العامة للعقوبة، مكتبة الصادق للنشر والتوزيع، صنعاء، ط1، 2018.
- 30- د. محمد محدة، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، ج2، دار الهدى، الجزائر، 1991-1994.
- 31- د. محمد محمد سيف شجاع الدين، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مكتبة الصادق، صنعاء ط6، 2006م.
- 32- د. محمد محمد مصباح القاضي، حق الإنسان في محاكمة عادلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5، 2001م.
- 33- د. محمد محي الدين عوض، الاثبات بين الازدواج والوحدة، مطبوعات جامعة القاهرة، 1994م.

- 34- د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجزائية، كتاب مقرر لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ط3، 1999.
- 35- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 36- —، النظرية العامة للإثبات في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- 37- د. مطهر أنقع، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، ط2، 2015.
- 38- د. مطهر عبده الشميري، شرح قانون الإجراءات الجزائية، مكتبة الصادق، صنعاء، ط4، 2010م.
- 39- د. مفيدة سعد سويدان، نظرية الاقناع الذاتي للقاضي الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1985م.
- 40- د. منير محمد الجوبي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني (المحاكمة)، مكتبة الصادق للطباعة والنشر، صنعاء، ط1، 2016م.
- 41- د. نديم محمد الترزي، د. منير محمد الجوبي، شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، مكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر، صنعاء، ط4، 2023م.
- 42- د. هلالى عبد الإله أحمد، المركز القانوني للمتهم في مرحلة التحقيق الابتدائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989م.
- 43- د. ياسين سيف عبدالله الشيباني، البراءة الأصلية للمتهم وأثرها في الاثبات الجنائي وتأمين إجراءات الأدلة (الحبس الاحتياطي)، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، ط1، 2013.

ثالثاً: الرسائل العلمية.

- 1- أحمد إدريس، افتراض براءة المتهم، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1990.
- 2- رنا علي حميد السعدي، ضمانات الحرية الشخصية للمتهم، رسالة ماجستير قدمت إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2007.

- 3- عبد الله بن منصور البراك، حق المتهم في الدفاع في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، رسالة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2000م.
- 4- د. محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المطبعة العالمية، القاهرة، ط5، 2000م.
- 5- د. محمود العادلي، حقوق الدفاع أمام القضاء الجنائي، رسالة دكتوراه جامعة الأزهر، القاهرة، 1991م.
- 6- د. منير محمد الجوبي، حقوق المتهم أثناء مباشرة أمور الضبط القضائي من رجال الشرطة إجراءات التحقيق الابتدائي، رسالة دكتوراه، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 2008م.

رابعاً: الدوريات والقوانين:

- 1- دستور الجمهورية اليمنية عام 1991 والمعدل في عام 1994، 2001.
- 2- القانون رقم (12) لسنة 1994م بشأن الجرائم والعقوبات اليمني.
- 3- القانون رقم (13) لسنة 1994م بشأن الإجراءات الجزائية اليمني.
- 4- القانون رقم (21) لسنة 1992م بشأن الاثبات اليمني.

خامساً: المواثيق والعهود والاعلانات الدولية:

- 1- الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عام 1948م.
- 2- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، لعام 1984م، ودخلت حيز النفاذ عام 1987.
- 3- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية 1966.
- 4- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية عام 1966م.



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:

الحماية القانونية لحق اللاجئ في العمل وفقا للقوانين الوطنية (القانون اليمني) والاتفاقيات الدولية

أ.م.د محمد عبد الملك محسن المحشي

أستاذ القانون المدني المشارك

مركز الدراسات والاستشارات القانونية والتحكيم

جامعة صنعاء

ملخص البحث

معلومات البحث

إن ظاهرة اللجوء من أهم الظواهر الموجودة في المجتمع الدولي؛ لذلك قامت التشريعات الدولية والوطنية بعمل حماية قانونية خاصة بها راعت فيها حقوق اللاجئ، ومن أهم هذه الحقوق الحق في العمل؛ لأنه يمنح اللاجئ حياة إنسانية كريمة في البيئة التي يعيش فيها. وقد تناول هذا البحث دراسة هذا الحق ومدى وجود حماية قانونية خاصة له. وقد هدفت هذه الدراسة إلى التعريف بظاهرتي اللجوء والعمل، مع توضيح مدى وجود الحماية القانونية لهاتين الظاهرتين؛ سواءً في القانون الدولي أم في القانون اليمني، مقارنة بالشريعة الإسلامية.

تاريخ تسليم البحث:

٨ يناير ٢٠٢٤ م

تاريخ قبول البحث:

٢ مارس ٢٠٢٤ م

وقد اشتمل هذا البحث على ثلاثة مباحث، تم تخصيص المبحث الأول منه لتوضيح مفهوم ظاهرتي اللجوء والعمل، وتم تخصيص المبحث الثاني لبيان مدى وجود الحماية القانونية الدولية لحق اللاجئ في العمل، أما المبحث الثالث فسيتناول الحماية القانونية الوطنية لحق اللاجئ في العمل.

وقد اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، لوصف الوضع القانوني الدولي والوطني المتعلق بالحماية القانونية لحق اللاجئ في العمل، مع تحليل نصوص القوانين والاتفاقيات المنظمة لهذا الحق، واختتمت هذا البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

الباحث: أ.م.د محمد عبد الملك المحشي

البريد الإلكتروني:

mahb.ashi@yahoo.com

Abstract

The phenomenon of asylum is one of the most important phenomena in the international community. Therefore, international and national legislation created its own legal protection that took into account the rights of the refugee, and the most important of these rights is the right to work. Because it gives the refugee a decent humane life in the environment in which he lives.

This research examined this right and the extent to which there is special legal protection for it.

This study aimed to introduce the phenomena of asylum and work, while clarifying the extent of legal protection for these two phenomena. Whether in international law or in Yemeni law, compared to Islamic law.

This research included three sections, the first section of which was devoted to clarify the concept of the phenomena of asylum and work, and the second section was devoted to demonstrate the extent of international legal protection for the refugee's right to work, while the third section addressed national legal protection of the refugee's right to work.

In writing this research, I relied on the descriptive and analytical approach to describe the international and national legal situation related to the legal protection of the refugee's right to work, while analyzing the texts of the laws and agreements regulating this right. I concluded this research with a set of results and recommendations.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين،
وبعد.

يقوم المشرع بوضع قواعد قانونية الغرض منها حماية الطرف الضعيف والفئة الضعيفة
من الناس، باعتبارهم أنهم مشمولون بالرعاية والحماية القانونية بل والأحق بذلك.

أولاً: مشكلة البحث:

موضوع هذا البحث يتناول موضوعاً مهماً يتعلق بحقوق طائفة في المجتمع؛ هم
اللاجئون باعتبارهم عنصر إنساني لجأ إلى هذه البلدة أو تلك للعيش بعيداً عن الظروف
الإنسانية في بلده، كما يتناول حقاً خاصاً وهو الحق في العمل، ومدى حماية هذا الحق
في الدولة التي يعيشون فيها كلاجئين، ومدى وجود حماية قانونية لهؤلاء؛ سواءً في
القوانين الدولية أم القوانين الوطنية، والقيود الواردة عليها.

ثانياً: تساؤلات البحث:

يقوم البحث على عدة تساؤلات، على النحو الآتي:

1. ما هو المفهوم القانوني لظاهرة اللجوء والعمل.
2. ما مظاهر الحماية القانونية الدولية لظاهرة اللجوء.
3. ما مظاهر الحماية القانونية الدولية لظاهرة العمل.
4. ما مظاهر الحماية القانونية الدولية لحق اللاجئ في العمل.
5. ما مظاهر الحماية القانونية الوطنية لظاهرتي اللجوء والعمل.
6. ما مدى وجود حماية قانونية وطنية لحق اللاجئ في العمل في القانون اليمني.

ثالثاً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تتمثل أهمية الموضوع وأسباب اختياره في الآتي:

1. إن ظاهرة اللجوء ظاهرة دولية ظهرت بسبب ظروف سياسية واقتصادية مختلفة،
والمجتمع الدولي ليس بمنأى عنها.

2. إن حق اللاجئين في العمل فيه مراعاة للاجئ ليعمل بحيث يشعر أنه ليس عالة على المجتمع الذي آواه ولجأ إليه.

3. إن نصوص القانون اليمني لم تذكر بصراحة حق اللاجئين في العمل.

رابعاً: أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

1. التعريف بظاهرة اللجوء كظاهرة دولية.
2. التعريف بظاهرة العمل.
3. توضيح الحماية القانونية الدولية لظاهرتي اللجوء والعمل.
4. توضيح الحماية القانونية الوطنية لظاهرتي اللجوء والعمل.
5. معرفة مدى وجود حماية دولية خاصة بحق اللاجئين في العمل.
6. معرفة مدى وجود حماية دولية خاصة بحق اللاجئين في العمل.

خامساً: منهج البحث:

اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، من خلال وصف الوضع القانوني الدولي والوطني المتعلق بالحماية القانونية لحق اللاجئين في العمل، وتحليل نصوص القوانين والاتفاقيات المنظمة لحق اللاجئين في العمل.

سادساً: خطة البحث:

سنتحدث عن هذا الموضوع من خلال المباحث الآتية:

- المبحث الأول: مفهوم ظاهرتي اللجوء والعمل.
- المبحث الثاني: الحماية القانونية الدولية لحق اللاجئين في العمل.
- المبحث الثالث: الحماية القانونية الوطنية لحق اللاجئين في العمل.

المبحث الأول

مفهوم ظاهرتي اللجوء والعمل

سنتحدث في هذا المبحث عن ظاهرتي اللجوء والعمل من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم ظاهرة اللجوء.

المطلب الثاني مفهوم ظاهرة العمل.

المطلب الأول

مفهوم ظاهرة اللجوء

تُعد إشكالية اللاجئين من الإشكاليات المعقدة التي تعتري المجتمع الدولي المعاصر بسبب تزايد النزاعات المسلحة؛ سواءً الدولية أم الداخلية التي أدت بدورها إلى تشرد الملايين ولجؤهم إلى مناطق أخرى خارج بلدانهم طلباً للأمن والأمان.

أولاً: تعريف اللجوء لغةً واصطلاحاً:

تعريف اللجوء لغةً: اللجوء مصدر لجأ، يُقال: لجأ إلى شيء أو إلى مكان معين بمعنى لاذ واعتصم به، ويُقال ألجأت أمري إلى الله أي أسندت أمري لله وسلمت أمري له.

ويعني الملجأ لغةً: ما يُعتصم به من الخطر، كالحصن والجبل والغارة⁽¹⁾.

تعريف اللجوء اصطلاحاً: يعني اللجوء اصطلاحاً هو: "قيام مجموعة من الأشخاص بشكل فردي أو جماعي بالهجرة إلى أراضي دولة أخرى فراراً من الاضطهاد أو الضرر الجسيم الذي لا يمكن جبره، بغرض طلب الحماية لهم من هذه الدولة"⁽²⁾.

واللاجئ: "هو كل من وجد وبسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة"⁽³⁾.

(1) أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، ط2، 1418هـ-1997م، ص94

(2) د. صالح زيد قصيلة، حقوق الإنسان، مكتبة خالد ابن الوليد، صنعاء، 2011م، ص 176.

(3) المادة (1) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين (1951م) الموقعة في جنيف وبروتوكولها (1967م).

ثانياً: نشوء ظاهرة اللجوء:

نشأت ظاهرة اللجوء كظاهرة فطرية إنسانية بسبب رغبة الإنسان في البقاء والمحافظة على حياته وسلامة بدنه وجسمه، وبالتالي ارتبطت بنشوء وظهور المجتمعات البشرية، فعندما يترسخ في نفوس الناس وجود خوف عليها، له ما يبرره من التعرض للقتل أو الإصابة أو الانتهاكات، فلا بد أن تنشأ لديهم الرغبة في الهروب من هذا الخطر الذي يحرق بهم، ولا بد من بحثهم عن الأمان عبر الحدود، والتماس ملجأ من دولة أخرى لغرض حمايتهم من تلك المخاطر⁽¹⁾.

وقد عرفت البشرية منذ القدم تدفقات كثيرة من اللاجئين بحثاً عن ملاذ يحميهم من الخطر، وظهرت على ضوء ذلك الكثير من الهجرات على مدار تاريخ البشرية⁽²⁾. وهكذا عرفت البشرية ظاهرة اللجوء من أجل البقاء وهروباً من الأخطار إلى أماكن آمنة.

ثالثاً: موقف الشريعة الإسلامية من ظاهر اللجوء:

نشأت هذه الظاهرة بداية الدعوة الإسلامية عندما تعرض المسلمون للاضطهاد الديني من قريش، وهنا بدأ النبي صلى الله عليه وآله وسلم، بالبحث عن مأوى وملجأ لأصحابه من الاضطهاد فكان اللجوء الأول والثاني للحبيشة طلباً للأمان عند النجاشي ملك الحبشة الذي لا يُظلم عنده أحد، ثم كان طلب اللجوء من النبي صلى الله عليه وآله وسلم للطائف والذي أسفر عن خيبة أمل بسبب ردة فعل أهل الطائف السلبية، وانتهت حالات اللجوء باللجوء الجماعي للنبي صلى الله عليه وآله وسلم وأصحابه باللجوء إلى يثرب؛ فراراً وخوفاً على دينهم من أذى قريش، وعُرفت هذا الظاهرة في تاريخ الحضارة الإسلامية بالهجرة باعتباره مصطلحاً قرآنيًا، حث عليه القرآن حماية للدين، وطلباً للرزق⁽³⁾.

(1) وجدان ماجد حمزة الدفاعي، دور المفوضية السامية للأمم المتحدة في رعاية اللاجئين، جامعة صنعاء، مركز دراسات الهجرة واللاجئين، 1434هـ - 2013م، ص8.

(2) د. محمد أسعد أطلس، تاريخ العرب، دار الأندلس، بيروت، لبنان، ط 3، 1983م، ج1/9، د. السيد عبدالعزيز سالم، تاريخ العرب قبل الإسلام، شركة الأمل للطباعة والنشر، القاهرة، ط 2، 2000م، ص 43.

(3) علي علي منصور، الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، 1390هـ - 1971، ص 372.

وهكذا نجد أن اللجوء يأتي في الشريعة الإسلامية بمعنى الهجرة، والتي من أهم أسبابها هو المحافظة على الدين وطلب الرزق، قال تعالى: {لِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضَ اللَّهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا فَأُولَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَسَاءَتْ مَصِيرًا⁽¹⁾.

وقوله تعالى: {وَمَنْ يُهَاجِرْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يَجِدْ فِي الْأَرْضِ مُرَاعًا كَثِيرًا وَسَعَةً وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكُهُ الْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا⁽²⁾.

رابعاً: أسباب اللجوء وأنواعه:

أسباب اللجوء: لظاهرة اللجوء عدة أسباب من أهمها: الاضطهاد والحروب والاحتلال والعدوان الخارجي والحروب الأهلية وانهيار نظام الحكم والكوارث الطبيعية والوضع الاقتصادي والمعيشي الرديء⁽³⁾.

أنواع اللجوء: لظاهرة اللجوء عدة أنواع كما يأتي⁽⁴⁾:

1. اللجوء الفردي.
2. اللجوء العائلي.
3. اللجوء الجماعي.
4. اللجوء السياسي.
5. اللجوء الإنساني.
6. اللجوء الديني.
7. اللجوء الاقتصادي.

(1) سورة النساء: الآية (97).

(2) سورة النساء: الآية (100).

(3) د. صالح زيد قصيلة، حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 176.

(4) وجدان ماجد حمزة الدفاعي، دور المفوضية السامية للأمم المتحدة في رعاية اللاجئين، مرجع سابق، ص 18.

المطلب الثاني

مفهوم ظاهرة العمل

سنتعرف في هذا المطلب على مفهوم العمل وأقسامه وأهميته ونشوء وتطور ظاهرة العمل، ومكانته في الشريعة الإسلامية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: تعريف العمل لغةً واصطلاحاً:

تعريف العمل لغةً: يُعرف العمل لغةً بأنه: "نشاط يحتاج إلى بذل الجهد لتحقيق غاية أو نتيجة معينة، ويشير في الغالب إلى المهنة أو الحرفة التي يمارسها الفرد⁽¹⁾.

وللعمل مفهوم عام، حيث يشمل أعمال الكسب والعبادة والتعلم ونحوها، ومفهوم خاص وهو العمل لطلب الرزق.

تعريف العمل اصطلاحاً: "هو أي واجب منتظم يقوم به الأفراد فكرياً ومادياً من أجل تنفيذ مهمة ما تتطلب جهداً متواصلًا أو مستمرًا مقابل الحصول على أجر أو مكافأة مالية"⁽²⁾.

تعريف العمل قانوناً: عرّف قانون العمل اليمني العمل بأنه: "كل ما يبذله العمال من جهد ذهني أو عضلي أو كليهما بصفة دائمة أو مؤقتة لقاء أجر معين"⁽³⁾.

ثانياً: أقسام العمل⁽⁴⁾: ينقسم العمل إلى:

1. **عمل مستقل (المهنة الحرة):** مثل عمل الطبيب في عيادته والمحامي في مكتبه.
2. **عمل تابع:** بمعنى أنه يخضع العامل فيه لحساب غيره وتحت إشراف صاحب العمل، ورقابته وإدارته نظير أجر معين؛ مثل العامل في شركة أو مصنع أو حقل أو متجر أو أي منشأة.

(1) أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص 144.

(2) د. عبد الله علي الخياري، شرح أحكام قانون العمل، الأمين للنشر والتوزيع، صنعاء، 2005م، ص 14.

(3) القرار الجمهوري بالقانون رقم (5) لسنة 1995م بشأن العمل، وزارة الشؤون القانونية، الجمهورية اليمنية.

(4) د. محمد علي الشرفي، شرح قانون العمل، ط 4، 2008-2009م، ص 5.

ثالثاً: أهمية العمل⁽¹⁾:

أ- الأهمية الاجتماعية: تُعد ظاهرة العمل من أكثر الظواهر الاجتماعية انتشاراً، حيث يقوم بها عدد كبير من السكان، والمتمثل في العمال، ويؤثر على حياتهم اليومية، وينعكس على حياتهم العائلية، من حيث تحديد ساعات العمل وأوقات الراحة والإجازة، وبالتالي تظهر أهميته فيما يلي:

1. يؤثر على السلم الاجتماعي.

2. يحقق الأمن الاجتماعي والاستقرار بين الطبقات.

3. يسعى لتحقيق التوازن بين الطبقات.

4. يقضي على البطالة سبب الجرائم الاجتماعية.

ب- الأهمية الاقتصادية للعمل: يؤدي إلى النمو الاقتصادي وزيادة الإنتاج.

رابعاً: نشوء وتطور ظاهرة العمل⁽²⁾:

نشأت ظاهرة العمل بنشوء الإنسان ونزوله للأرض بسبب حاجته إلى إشباع غرائزه الفطرية من مأكّل ونحوه؛ ولذا لجأ للعمل.

وبسبب الثورة الصناعية وكثرة المصانع والمنشآت التجارية المصدرة لإنتاجها وكثرة العمال فيها، ظهرت الحاجة لتنظيم هذه الظاهرة وحماية الجانب الأضعف وهم العمال، ومن ثم استدعت الحاجة تنظيم هذه العلاقة المهمة من الناحية الاجتماعية.

لذلك تم وضع قانون العمل، كرد فعل للبيّس الذي لحق بالعمال في الصناعة مع بداية الثورة الصناعية في أوروبا مما نتج عنه وضع قواعد قانون العمل.

(1) د. محمد عبد القادر الحاج، شرح قانون العمل اليمني، ص10.

(2) د. حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون العمل، بدون تاريخ نشر ولا مكان نشر ص3.

خامسا مكانة العمل في الشريعة الإسلامية⁽¹⁾:

جاءت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية لتبحث على العمل بصور مختلفة، كما يلي:

- التنبيه إلى تسخير الكون للإنسان للاستفادة منه بالعمل: قال تعالى: {أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعْمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُجَادِلُ فِي اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ وَلَا هُدًى وَلَا كِتَابٍ مُنِيرٍ} (2).
- الحث على المشي في الأرض: قال تعالى: {هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَأَمْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ} (3).
- الحث على العمل: قال تعالى: {وَقُلْ اْعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ} (4).
- العمل من أجل الزواج: قال تعالى: {قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ} (5).
- كما حث النبي صلى الله عليه وآله وسلم على العمل بقوله: {من بات كالا من عمل يده بات مغفوراً له} (6)، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: {ما أكل أحد قط خير من أن يأكل من عمل يده} (7)، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: {لأن يأخذ أحدكم حبله ثم يأتي الجبل فيأتي بحزمة حطب على ظهره فيبيعهما فيكف الله بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه} (8)، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: {إذا دنت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة فاستطاع ألا تقوم حتى يغرسها فله بذلك أجر} (9).

(1) د. عبد الله مبروك النجار، مبادئ تشريع العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2003-2004م، ص11

(2) سورة لقمان: الآية (20).

(3) سورة الملك: الآية (15).

(4) سورة التوبة: الآية (105).

(5) سورة القصص: الآية (27).

(6) رواه الطبراني في "الأوسط" ٧٥١٦.

(7) رواه البخاري: 2072.

(8) رواه البخاري: 1471.

(9) رواه البخاري في الأدب المفرد: 371.

المبحث الثاني

الحماية القانونية الدولية لحق اللجوء في العمل

ظاهرة اللجوء ظاهرة دولية تتعدى الحدود وأصبحت مشكلة عامة لاسيما بسبب الحرب العالمية الثانية والتي كانت هي السبب المباشر لصدور الاتفاقية الخاصة باللجوءين، لذلك، سنتحدث هنا عن الحماية الدولية ومصادرها ومظاهرها، من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: الحماية القانونية الدولية لظاهرة اللجوء واللجوءين.

المطلب الثاني : الحماية القانونية الدولية لظاهرة العمل.

المطلب الثالث: الحماية القانونية الدولية لظاهرة عمل اللجوءين.

المطلب الأول

الحماية القانونية الدولية لظاهرة اللجوء واللجوءين

أولاً: المقصود بالحماية القانونية للجائين:

الحماية القانونية هي جميع الأعمال الهادفة إلى تحقيق الاحترام الكامل لحقوق الفرد وفقاً لنص وروح القوانين ذات الصلة بما فيها قانون حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي وقانون اللجوءين⁽¹⁾.

ثانياً: سبب الحماية الدولية للجائين:

1. تنشأ الحماية الدولية عندما تتصل الدولة عن الحماية القانونية لحقوق الإنسان أو تكون غير قادرة عن تقديم تلك الحماية.

2. اهتمام الأمم المتحدة بهذه الإشكالية كان ناتجاً بسبب ظروف نشأة الأمم المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية، والتي نتج عنها الكثير من حالات اللجوء؛ لذلك تبنت الأمم المتحدة إحدى أهم الاتفاقيات الدولية في مجال حماية اللجوءين، وهي الاتفاقية الدولية المتعلقة بوضع اللجوء 1951م، والتي دخلت حيز التنفيذ 1954م.

(1) وجدان ماجد حمزة الدفاعي، دور المفوضية السامية للأمم المتحدة في رعاية اللجوءين، مرجع سابق، ص 17.

ثالثاً: مصادر الحماية القانونية الدولية للاجئين⁽¹⁾:

1. القانون الدولي لحقوق الإنسان كمصدر للحماية الدولية للاجئين.
2. القانون الدولي الإنساني.
3. المصادر الدولية الخاصة لحماية اللاجئين.

وسوف نبين كل منها على النحو الآتي:

1. القانون الدولي لحقوق الإنسان كمصدر للحماية الدولية للاجئين:

- نصت المادة (1/14) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م: على أنه: "لكل فرد حق التماس ملجأ في بلدان أخرى والتمتع به خلاصاً من الاضطهاد".
- نصت المادة (2) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري 1965م على: الحق في الحماية من التمييز.
- نصت المادة (2) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966م على: حق الفرد في الحرية والأمن على شخصه.
- نصت المادة (11) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966م على: الحق في مستوى معيشي كاف.
- نصت المادة (3) من اتفاقية مناهضة التعذيب 1948م على: الحق في الحماية من الإعادة القسرية.

2. القانون الدولي الإنساني:

- يهدف إلى حماية المدنيين أثناء المنازعات المسلحة.
- من وثائقه: اتفاقيات جنيف الأربع مع بروتوكولاتها.
- حمايتها للاجئين: تمنح اللاجئين الحماية ضمن الفئة العامة للأشخاص المحميين.

(1) د. صالح زيد قصيلة، حقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 81.

- محل الحماية القانونية الدولية: اللاجئين - طالبو اللجوء - العائدون - الأشخاص عديمو الجنسية - الأشخاص النازحون داخلياً.

3. المصادر الدولية الخاصة لحماية اللاجئين⁽¹⁾.

- الاتفاقيات الخاصة باللاجئين سنة 1951م، الموقعة في جنيف.
- اعتمدت يوم 28 تموز/يوليه 1951 مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، الذي دعتة الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى الانعقاد بمقتضى قرارها رقم 429 (د-5) المؤرخ في 14 كانون الأول/ديسمبر 1950.
- تاريخ بدء النفاذ: 22 نيسان/أبريل 1954، وفقاً لأحكام المادة 43.
- تمت المصادقة عليها من اليمن بتاريخ 1980/1/8م.
- مضمونها: تطبيق الدول المتعاقدة الالتزامات الخاصة بحماية اللاجئين دون تمييز بسبب العرق أو الدين أو بلد المنشأ.
- تم وضع الاتفاقية السابقة أصلاً لإعادة توطين الأشخاص الذين تركوا أوطانهم جراء الحرب العالمية الثانية، وتناولت ما يلي:
 - حث الدول المتعاقدة على الامتناع عن فرض عقوبات جزائية بسبب الدخول غير القانوني للاجئين.
 - عدم جواز طرد اللاجئين بأي صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته أو حريته مهددتين فيها.
- تم أيضاً اعتماد بروتوكول إضافي سنة 1967م بغرض توسيع نطاق الحماية المقررة في الاتفاقية الخاصة باللاجئين لتشمل كافة مظاهر اللجوء وأسبابها وأشخاصها وأحداثها.

(1) د. فؤاد شرهان، بناء الدولة من خلال تطوير وحماية الحقوق والحريات في اليمن، التحديات الواقع وآمال المستقبل، منشور في مؤلف الأبحاث العلمية لمؤتمر الحوار الأكاديمي الصادر عن جامعة الملكة أروى، ص129.

- المبادئ العامة في الاتفاقية الخاصة باللجئين:

- (1) حقوق اللاجئين ومعايير معاملتهم.
- (2) الواجبات المفروضة على اللاجئين تجاه دولة الملجأ.
- (3) مبدأ عدم إعادة القسرية.
- (4) عدم فرض عقوبات على اللاجئين أو طالبي اللجوء في حالة الدخول غير القانوني.
- (5) عدم التمييز في التعامل مع اللاجئين من حيث العرق أو الدين أو الموطن.
- (6) حق اللجوء في التقاضي.

- حقوق اللاجئين المتساوية مع حقوق المواطنين:

- (1) حق ممارسة الشعائر الدينية.
- (2) حق الدخول في سوق العمل.
- (3) الحق في الحصول على الغذاء والموارد.
- (4) حق التعليم الأساسي العام.
- (5) حق المساعدة والإغاثة العامة.
- (6) حق الضمان الاجتماعي.
- (7) حق حرية التنقل.
- (8) إصدار وثائق السفر.
- (9) الأعباء الضريبية.

- حقوق تتساوى مع الأجانب في حالة عدم وجود أفضلية خاصة للاجئين (م1/7):

- (1) حق حيازة الممتلكات وحق التعاقد بالشراء والإيجار.
- (2) حق الانتماء للجمعيات والنقابات (غير السياسية).

- (3) حق العمل مقابل أجر.
- (4) حق العمل الحر والمهنة الحرة.
- (5) حق الإسكان.
- (6) حق التعليم الثانوي والعالي.
- (7) حق الحصول على المساعدات الإدارية.
- **الالتزامات والواجبات (م 2):** على كل لاجئ إزاء البلد الذي يوجد فيه واجبات تُفرض عليه خصوصاً أن ينصاع لقوانينه وأنظمتها، وأن يتقيد بالتدابير المتخذة فيه للمحافظة على النظام العام.
- **البروتوكول الخاص بوضع اللاجئين 1967م:**
- (1) الغرض منه: المساواة في الحماية القانونية للاجئين الذين ينطبق عليهم التعريف الوارد في الاتفاقية دون تقييد بحد أول كانون الثاني/يناير 1951م.
- (2) شمول معنى لاجئ دون استثناء بمنطقة جغرافية أو أحداث معينة.
- **تبليغ المعلومات عن التشريعات الوطنية (م 3):** توافي الدول الأطراف في هذا البروتوكول الأمين العام للأمم المتحدة بنصوص ما قد تعتمد من قوانين وأنظمة لتأمين تطبيق هذا البروتوكول.
- **المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين الدولية⁽¹⁾:**
- (1) الإنشاء: تم إنشاؤها في ديسمبر 1950، حيث أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة رسمياً النظام الأساسي للمفوضية، كأحدى منظمات الأمم المتحدة لفترة ثلاث سنوات، بحيث يتعين على المفوض السامي أن يوفر حماية دولية تحت رعاية الأمم المتحدة للاجئين.

(1) وجدان ماجد حمزة الدفاعي، دور المفوضية السامية للأمم المتحدة في رعاية اللاجئين، مرجع سابق، 1434هـ - 2013م، ص 8.

(2) مهمة المفوضية: تتمثل مهمة المفوضية في الآتي:

- تقديم الحماية الدولية للاجئين.
 - التماس حلول دائمة لمشكلة اللاجئين عبر مساعدة الحكومات.
 - تيسير العودة الطوعية للاجئين إلى بلدانهم.
 - دمج اللاجئين في المجتمعات المحلية الجديدة.
- ونخلص مما سبق، إلى وجود حماية قانونية دولية للجوء تقوم برعاية وحماية ظاهرة اللجوء، باعتبارها ظاهرة إنسانية خطيرة، وتمثلت هذه الحماية في تشريع دولي وهي اتفاقية اللاجئين، وكذا إنشاء منظمة دولية تُعنى بذلك وهي المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين.

المطلب الثاني

الحماية القانونية الدولية لحق العمل

عُنيت ظاهرة العمل - أيضًا - بحماية قانونية دولية وذلك بسبب الثورة الصناعية وما ظهر فيها من مشاكل اجتماعية خطيرة تمثلت في ضياع حقوق العمال، وتمثلت هذه الحماية الدولية في الآتي:

أولاً: أسباب ظهور الحماية الدولية لظاهرة العمل⁽¹⁾:

1. الظروف الاقتصادية: والمتمثلة في ظهور الآلة وما صاحب ذلك في ظل الاقتصاد الحر من سوء حال العمال.
2. الظروف الاجتماعية: والتي أدت إلى ظهور مشاكل اجتماعية والضرر الذي أصاب الأسرة والمجتمع.

ثانياً: مصادر دولية (الحماية الدولية لعلاقة العمل)⁽²⁾:

1. منظمة العمل الدولية التابعة لعصبة الأمم.
2. منظمة العمل الدولية (1946) التابعة لمنظمة الأمم المتحدة.

(1) د. محمد علي الشرفي، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص5.

(2) د. عبد الله علي الخياري، شرح أحكام قانون العمل، مرجع سابق، ص14.

3. مؤتمر العمل الدولي.
4. منظمة العمل العربية.
5. الاتفاقيات الدولية: المتمثلة في:
 - اتفاقية خاصة بتطبيق الراحة الأسبوعية في المنشآت الصناعية.
 - اتفاقية خاصة بشأن منع الخدمة والعمل الإجباري.
 - الاتفاقية الخاصة بالتفتيش على المحال الصناعية والتجارية.
 - الاتفاقية الخاصة بالحرية النقابية وحماية التنظيم النقابي.
 - الاتفاقية الخاصة بتطبيق مبادئ حق التنظيم والمفاوضة الجماعية.
 - الاتفاقية الخاصة بتساوي أجور العمال والعاملات بالعمل الواحد.
 - الاتفاقية الخاصة بتحريم العقوبات الجنائية على العمال الوطنيين عند إخلالهم بعقد العمل.
 - الاتفاقية الخاصة بإزالة التفرقة العنصرية في الاستخدام والمهنة.
 - الاتفاقية الخاصة بالإجازات السنوية مدفوعة الأجر.
 - الاتفاقية الخاصة بحماية ممثلي العمال وتقديم التسهيلات لهم.

المطلب الثالث

الحماية القانونية الدولية لظاهرة عمل اللاجئ (حق اللاجئ في العمل)

تمثلت الحماية القانونية الدولية للاجئ لإدماجه في مجتمعات دول المأوى، ولا شك أن من أهم مظاهر الاندماج هو السماح للاجئين بالعمل والاكتساب لتأمين مصدر رزق لهم ولأسرهم، وكذلك من الناحية النفسية والاجتماعية ليشعروا أنهم ليسوا عالة على أهل بلد - دولة المأوى- وبالتالي سيشعر أهل بلد المأوى بأهمية هذا اللاجئ ولن يشعر نحوه بالاحتقار، وتتعدد مظاهر حق اللاجئ في العمل ما بين عمل تابع لصاحب العمل أو عمل حر كالزراعة ونحوها، أو مهن حرة كالطب والهندسة والمحاسبة والمحاماة ونحوها،

وقد صرحت الاتفاقية الخاصة باللاجئين في الفصل الثالث منه بعنوان أعمال الكسب، المواد (17-19)، وتناولت حق اللاجئين في العمل المأجور والعمل الحر والمهنة الحرة، نبيّن كل منها على النحو الآتي:

أولاً: العمل المأجور⁽¹⁾:

1- المقصود بالعمل المأجور: هو ذلك العمل الذي يكون فيه اللاجئ العامل تابعاً لصاحب العمل، والذي يخضع فيه لقانون العمل.

2- كفلت الاتفاقية السابقة للاجئين الحق في العمل، وألزمت الدول الأعضاء بمعاملة اللاجئين بمعاملة أفضل من معاملة الأجنبي في العمل والمقيدة في القوانين الوطنية بقيود الغرض منها حماية العمالة الوطنية.

3- كما أُلزمت الاتفاقية الدول الأعضاء برفع قيود العمل المتعلقة بالأجانب على عمل اللاجئين.

4- شروط عمل اللاجئين:

أ- أن يكون قد استكمل ثلاث سنوات من الإقامة في البلد،

ب- أن يكون له زوج يحمل جنسية بلد إقامته، على أن اللاجئ لا يستطيع أن يتذرع بانطباق هذا الحكم عليه إذا كان قد هجر زوجته.

ج- أن يكون له ولد أو أكثر يحمل جنسية بلد إقامته.

5- التزام دولة المأوى في حق اللاجئين في العمل: تنظر الدول المتعاقدة بعين العطف في أمر اتخاذ تدابير لمساواة حقوق جميع اللاجئين بحقوق مواطنيها من حيث العمل المأجور، وعلى وجه الخصوص حقوق أولئك اللاجئين الذي دخلوا أراضيها بمقتضى برامج لجلب اليد العاملة أو خطط لاستقدام مهاجرين.

(1) المادة (17) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين (1951م) وبروتوكولها (1967م).

ثانياً: العمل الحر⁽¹⁾:

1- المقصود بعمل الحر: هو ذلك العمل الذي يقوم به اللاجئ بصفة يكون فيها عمله حراً غير تابع لصاحب العمل، حيث يكون اللاجئ فيه صاحب عمل، كالزراعة ونحوها.

2- منحت الاتفاقية للاجئين الحق في العمل الحر وألزمت الدول الأعضاء فيها بمعاملة اللاجئين فيها أفضل معاملة ممكنة، على ألا تكون في أي حال أقل رعاية من تلك الممنوحة للأجانب عامة في نفس الظروف، فيما يتعلق بممارستهم عملاً لحسابهم الخاص في الزراعة والصناعة والحرف اليدوية والتجارة، وكذلك في إنشاء شركات تجارية وصناعية.

ثالثاً: المهن الحرة:

1- المقصود بالمهن الحرة⁽²⁾: هي الأعمال التي يقوم بها أشخاص ذوو كفاءة خاصة، والتي يحتاج القيام بها أشخاص حاصلين على مؤهلات علمية خاصة من شهادات علمية وخبرات عملية؛ كالمحاماة والطب والمحاسبة ونحوها.

2- وقد كفلت الاتفاقية السابقة حق ممارسة اللاجئ للمهن الحرة بشرط حصولهم على شروط ممارسة المهنة من شهادات ونحوها، وألزمت الدول الأعضاء بمعاملة اللاجئ بأفضل معاملة تعامل بها الأجنبي.

ونخلص مما سبق، إلى وجود حماية قانونية دولية لحق العمل تمثلت في نصوص خاصة تحمي حق العمل للاجئ، وأوجبت على الدول الأعضاء في الاتفاقية الخاصة بحماية اللاجئين بنصوص خاصة بحق اللاجئ في العمل بصوره المختلفة: العمل المأجور والعمل الحر والمهن الحرة، وألزمت الدول الأعضاء في معاملتهم بأفضل معاملة من الأجانب.

(1) المادة (18) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين (1951م) وبروتوكولها (1967م).

(2) المادة (19) من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين (1951م) وبروتوكولها (1967م).

المبحث الثالث

الحماية القانونية الوطنية لحق اللجوء في العمل

سنتكلم في هذا المبحث عن الحماية القانونية الوطنية لعمل اللاجئين، وذلك من خلال المطالب الآتية:

- المطلب الأول: الحماية القانونية الوطنية لظاهرة اللجوء (حق اللجوء).
- المطلب الثاني: الحماية القانونية الوطنية لظاهرة العمل (حق العمل).
- المطلب الثالث: الحماية القانونية الوطنية لحق اللجوء في العمل.

المطلب الأول

الحماية القانونية الوطنية لظاهرة اللجوء (حق اللجوء)

لم تكن اليمن بمنأى عن ظاهرة اللجوء العالمي، لاسيما أنها كانت مجاورة لمنطقة القرن الإفريقي، وانعكس ذلك على النظام القانوني اليمني، وتمثل ذلك في عدة مظاهر كما يلي:

أولاً: موقف اليمن من اتفاقية اللاجئين:

قامت اليمن بالمصادقة على الاتفاقية الخاصة باللاجئين بتاريخ 1980/1/8م، وجاء ذلك تطبيقاً لمبدأ دستوري يمني مضمونه التأكيد على العمل بقواعد القانون الدولي والتي من أهم مصادرها المعاهدات والاتفاقيات⁽¹⁾.

ثانياً: موقف الدستور اليمني:

نص الدستور اليمني صراحةً على حماية اللاجئين حيث نصت المادة (46) منه على أنه: "تسليم اللاجئين السياسيين محظور".

ثالثاً: القوانين الوطنية كمصدر للحماية القانونية للاجئين:

- نصت المادة (27) من قانون دخول وإقامة الأجانب رقم (47) لسنة 1991م على أنه: "يحدد الوزير بقرار من أشكال وأوضاع وثائق السفر التي تُعطى لبعض فئات

(1) د. فؤاد شرهان، بناء الدولة من خلال تطوير وحماية الحقوق والحريات في اليمن، مرجع سابق، ص 129.

الأجانب واللاجئين وشروط وإجراءات منحها واقتراح مقدار الرسوم التي تتحصل عنها وحالات الإعفاء منها كلياً أو جزئياً".

- نصت المادة (4/38) من القانون ذاته على أنه: "لا تسري أحكام دخول وإقامة الأجانب على ... المعفون بموجب اتفاقيات دولية تكون الجمهورية طرفاً فيها وذلك في حدود تلك الاتفاقيات".

- تم إنشاء اللجنة الوطنية لشئون اللاجئين بالقرار جمهوري برقم (381) لسنة 2000م.

المطلب الثاني

الحماية القانونية الوطنية لظاهرة العمل (حق العمل)

اهتم النظام القانوني اليمني بحماية ظاهرة العمل باعتبارها من أهم الظواهر الاجتماعية، وما ينتج عنها من آثار اقتصادية واجتماعية خطيرة، وللمزيد من البيان سنتناول موقف الدستور اليمني والقوانين المنظمة لهذه الحماية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: موقف الدستور اليمني:

- قيام المجتمع اليمني على أساس التضامن: حيث نصت المادة (25) منه على أنه: "يقوم المجتمع اليمني على أساس التضامن الاجتماعي القائم على العدل والحرية والمساواة وفقاً للقانون".

- حق المواطن في العمل: حيث نصت المادة (29) منه على أن: "العمل حق وشرف وضرورة لتطور المجتمع، ولكل مواطن الحق في ممارسة العمل الذي يختاره لنفسه في حدود القانون، ولا يجوز فرض أي عمل جبراً على المواطنين إلا بمقتضى قانون ولأداء خدمة عامة وبمقابل أجر عادل، وينظم القانون العمل النقابي والمهني والعلاقة بين العمال وأصحاب العمل".

ثانيًا: القوانين المنظمة لحماية ظاهرة العمل (قانون العمل): وترجمة لذلك قام المقنن اليمني بإصدار قانون خاص يتناول تنظيم ظاهرة العمل وحمايتها وهو قانون العمل⁽¹⁾.

ثالثًا: خصائص قواعد قانون العمل: يتميز قانون العمل بالخصائص الآتية⁽²⁾:

- 1- الطابع الواقعي لقانون العمل.
- 2- الصفة الأمرة لقانون العمل (الجزاء القانوني).
- 3- الجزاء المدني لمخالفة قواعد قانون العمل (البطلان): بطلان الشرط العقدي المخالف لقانون العمل - بطلان الصلح أو الإبراء في بعض الأحوال.
- 4- الجزاء الجنائي: في المواد (153- 156) والمتعلقة بفرض غرامات مالية على بعض المخالفات التي تُعد جريمة.
- 5- نظام التفتيش على أماكن العمل (المنشآت العمالية).

رابعًا: المزايا العمالية في القضايا والتنفيذ⁽³⁾:

- 1- الإعفاء من الرسوم القضائية.
- 2- القضاء العمالي قضاء مستعجل.
- 3- النفاذ المعجل في القضايا العمالية.
- 4- امتيازات حقوق العمال.
- 5- يكون لجميع المبالغ المستحقة للعامل أو المستحقين عنه بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال صاحب العمل المدين المنقولة وغير المنقولة وتستوفى قبل غيرها من الديون بما في ذلك المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة.

(1) د. عبد الله علي الخياري، شرح أحكام قانون العمل، مرجع سابق، ص34.

(2) د. محمد علي الشرفي، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص41.

(3) د. عبد الله علي الخياري، شرح أحكام قانون العمل، مرجع سابق، ص58.

المطلب الثالث

الحماية القانونية الوطنية لحق اللجوء في العمل

عند الحديث عن حق اللجوء في العمل في القوانين اليمنية، لابد من توضيح المركز القانوني العام للجائئ في النظام القانوني اليمني، ثم نذكر مدى أحقية اللجوء في العمل في القانون اليمني، وسنذكرهما كما يلي:

أولاً: المركز القانوني العام للجائئ في القانون اليمني (مركز الأجنبي):

أ- المبادئ العامة للمركز القانوني للأجنبي⁽¹⁾:

بالرجوع إلى القانون اليمني نجد أن المقنن اليمني لم يجعل للجائئ أي خاصية تميزه عن الأجنبي، سوى ما ورد في الدستور من حظر تسليم اللجائئ في المادة (46)، وكذا ما ورد من استثناءات خاصة متعلقة بالإقامة ونحوه، كما هي في قانون دخول وإقامة الأجانب السابق ذكرها، وبالتالي فإن الوصف القانوني الذي يوصف به اللجائئ هو الأجنبي، وهو الشخص الذي لا يحمل جنسية الدولة المقيم فيها. وبالتالي ينطبق على هذا الأجنبي ما يُعرف "بمركز الأجنبي".

ومركز الأجنبي: هي مجموعة القواعد التي تحد من تمتع الأجانب بالحقوق في دولة معينة.

ونطاق مركز الأجنبي: هو بيان ما يتمتع به الأجنبي من حقوق وما يتحمل من واجبات، كما يتناول كيفية دخولهم الدولة وتنظيم إقامتهم وخرجهم وإبعادهم، ومدى ممارستهم للحريات العامة.

وللدولة سلطة في تنظيم مركز الأجنبي تعتمد فيه على نظرية حق السيادة، لاعتبارات سياسية واقتصادية وسكانية وأخلاقية وأمنية.

(1) د. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، صنعاء، 1995م، ص147.

ب- قيود المركز القانوني للأجنبي: يخضع المركز القانوني للأجنبي لعدة قيود، تتمثل في الآتي⁽¹⁾:

- العرف الدولي في تنظيم الحد الأدنى لحقوق الأجانب.
- قيد الاتفاقيات الدولية والمعاهدات الدولية المنظمة لمركز الأجانب.

ج- وسائل تنظيم مركز الأجانب⁽²⁾:

- تسوية الأجانب بالوطنيين: حق الانتقال - العمل - الإقامة - التملك الإرث - الإيلاء - حرية ممارسة النشاط الاقتصادي - حرية انتقال رؤوس الأموال.
- شرط ومبدأ المعاملة بالمثل.
- مبدأ الدولة الأولى بالرعاية.

د- قبول الأجانب في الدولة الإسلامية⁽³⁾: أجازت الشريعة الإسلامية دخول الأجنبي عن طريق نظام عقد الأمان المستأمن، قال تعالى: {وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَعْلَمُونَ} (4).

هـ- قيود حق الأجنبي في العمل: أما عن حق الأجنبي فالمبدأ العام يقتضي تمكين الأجنبي من ممارسة أوجه النشاط الاقتصادي أسوة بالوطنيين، إلا إن الدول تضع عدة قيود في حق الأجنبي في العمل، لأغراض متعددة منها ما يلي⁽⁵⁾:

- حماية للعمالة الوطنية من الوقوع في البطالة.
- حماية مستوى الأجور من الانخفاض بسبب مزاحمة الأيدي العاملة الأجنبية.
- تختلف القيود من دولة إلى أخرى تخفيفاً وتشديداً بحسب حاجتها للعمالة الأجنبية.
- شرط حصول العامل الأجنبي على ترخيص خاص بالعمل.

(1) د. عبد العزيز سعد النعماني، مركز الأجانب، ط8، 1440هـ - 2019م، ص8.

(2) د. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص150.

(3) د. عبد العزيز سعد النعماني، مرجع سابق، ص102.

(4) سورة التوبة: الآية (6).

(5) د. محمد علي الشرفي، شرح قانون العمل، مرجع سابق، ص78.

وبالرجوع إلى نصوص قانون العمل نجد أن المقنن اليمني في المواد (19- 26)، نظم أحكام عمل الأجانب، وأورد مجموعة من القيود الخاصة بإبرام عقد العمل؛ وذلك حماية للعمالة الوطنية، وهي كالتالي:

1- ضرورة حصول الأجنبي على ترخيص بالعمل (المادة 19):

- لا يجوز للعامل غير اليمني أن يزاول عملاً إلا إذا كان حاصلاً على ترخيص عمل رسمي من الوزارة أو أحد مكاتبها، كما يمنع أي صاحب عمل من تشغيل غير اليمني إلا إذا كان حائزاً على ذلك الترخيص.
- تسري أحكام هذه المادة على العمال غير اليمنيين العاملين في القطاعات غير المشمولة بأحكام هذا القانون.

2- شروط تشغيل العامل الأجنبي (المادة 20): يشترط لاستكمال تشغيل غير اليمنيين استيفاء الشروط التالية:

- 1) حيازة ترخيص بالإقامة والعمل.
- 2) استيفاء شروط شغل المهنة وان يكون المصرح له بالعمل في لياقة صحية تامة.
- 3) أن يزاول المهنة المرخصة له مزاولتها.
- 4) أن يكون حائزاً على ترخيص مزاوله المهنة وذلك للمهن التي تتطلب وجود ترخيص خاص بمزاولتها.
- 5) أن يكون التشغيل في حرفة أو مهنة لا تتوافر فيها الخبرات اليمنية.

3- ضابط النسبة المسموح بها لتشغيل الأجنبي (المادة 21): لا يجوز أن يزيد عدد العمال غير اليمنيين لدى صاحب العمل على 10% من إجمالي العمال اليمنيين وللوزير أن يزيد أو يخفض هذه النسبة عند الاقتضاء ووفقاً للاتجاهات التي يقرها مجلس الوزراء.

4- إجراءات تشغيل الأجنبي (المادة 22):

أ- على كل صاحب عمل يرغب في استخدام الأجانب أن يقدم طلباً للموافقة على استقدامهم وفقاً للنموذج الذي تحدده الوزارة، على أن يتضمن الطلب البيانات التالية:

- 1) اسم صاحب العمل وجنسيته ومهنته ومركز عمله الرئيسي.
- 2) اسم العامل المطلوب استقدامه ولقبه وجنسيته وديانته وتاريخ ميلاده ومحل إقامته الأصلي ووضعه العائلي.
- 3) نوع العمل الذي سيقوم العامل بتأديته ونوع عمله السابق.
- 4) المدة المتوقعة استخدام العامل خلالها.
- 5) بيان ما إذا كان العامل قد سبق له دخول الجمهورية وسبب وتاريخ ذلك مع ذكر تاريخ مغادرته وأسبابها.
- 6) بيان مجموع عدد العمال الأجانب المستخدمين لدى صاحب العمل مع بيان عدد من يعملون منهم بنفس المهنة التي سيعمل فيها العامل المطلوب استخدامه، وعدد العمال اليمنيين العاملين لديه.
- 7) أية بيانات أخرى تطلبها الوزارة أو مكتبها المختص.

ب- يجب أن يرفق بالطلب المبين في الفقرة السابقة من هذه المادة الوثائق التالية:

- 1) شهادة من الوزارة أو مكتبها المختص تفيد عدم توفر العنصر اليمني للقيام بالعمل المطلوب استقدام العامل الأجنبي من أجله.
- 2) شهادة العامل المطلوب استقدامه ومؤهلاته الفنية وخبراته مرفقة بترجمة معتمدة إلى اللغة العربية إذا كانت محررة بلغة أجنبية.
- 3) صورة من مشروع عقد العمل المزمع إبرامه مع العامل موضحاً فيه مقدار الأجر والحوافز والمزايا النقدية والعينية التي ستمنح له توضيحاً كافياً.

4) بيان بالمشاريع والأعمال التي يزاولها صاحب العمل وقت تقديم الطلب مدعمة بالوثائق والمستندات اللازمة.

5) أية وثائق أو بيانات تطلبها الوزارة أو مكتبها المختص.

5- تجديد بطاقة العامل غير اليمني (المادة 23):

أ- على صاحب العمل أن يتقدم إلى الوزارة أو مكتبها المختص بطلب تجديد بطاقة العمل لغير اليمني قبل انتهاء صلاحيتها بمدة لا تقل عن شهر.

ب- على الوزارة أو مكاتبها إكمال معاملة التجديد المنصوص عليها في الفقرة (أ) خلال فترة أسبوعين من تاريخ انتهاء الترخيص كحد أقصى وفقاً للقانون.

6- أحكام رسوم العمال الأجانب (المادة 24):

1) يسلم العامل غير اليمني حال تسجيله بطاقة عمل برسم مالي تدون فيها كافة البيانات الضرورية عنه وعن عمله ومحل إقامته في الجمهورية.

2) لا يكون العامل غير اليمني ملزماً بتسديد رسم استخراج بطاقة عمل في الحالات التي تنطبق عليه قاعدة المعاملة بالمثل.

3) يحدد بقرار من مجلس الوزراء الرسوم المالية المستحقة على استخراج بطاقات العمل وتجديدها للعمال غير اليمنيين واستخراج بدل فاقد أو صورة منها وقيمة الاستثمارات المخصصة لتلك الأغراض.

7- التزامات صاحب العمل المتعلقة بعمل الأجنبي (المادة 25): على كل صاحب

عمل يستخدم عامل غير يمني أن يقوم بما يلي:

1) أن يُقيد اسم العامل وكافة البيانات المحددة في بطاقة العمل في سجل خاص خلال أسبوعين من تاريخ مباشرة العمل.

2) تعيين نظير يمني للعامل غير اليمني متى توافر النظير المحلي بالمؤهلات والكفاءات المناسبة، وذلك طوال مدة عمله على أن تكون فترة التدريب ملزمة للعامل غير اليمني ونظيره.

3) تبليغ الوزارة فوراً عن أية متغيرات في أوضاع العمال غير اليمنيين.

8- حالات حظر عمل الأجانب (المادة 26): يحظر تشغيل غير اليمنيين في إحدى الحالات التالية:

- 1) إذا سبق له العمل في الجمهورية وفصل منه لسوء سلوكه أو بالحكم عليه قضائياً.
- 2) إذا كان قد ترك الخدمة مع صاحب العمل أو الجهاز الإداري أو إحدى مؤسساته.
- 3) إذا كان دخوله الجمهورية لغرض آخر غير العمل.
- 4) إذا تحققت للوزارة إمكانية ترشيح عامل في الوظيفة المعلن عنها.

9- شروط الحصول على الترخيص للأجنبي للعمل:

- 1) أن يكون الأجنبي مصرحاً له بالعمل في اليمن.
- 2) أن يكون الأجنبي مصرحاً له بالإقامة في اليمن.
- 3) أن يكون الأجنبي حسن السيرة والسلوك.
- 4) أن يكون الأجنبي في لياقة صحية تامة.
- 5) أن يزال المهنة المرخص له بمزاومتها.
- 6) أن تكون لديه خبرة غير متوفرة في العامل اليمني.

10- حق الأجانب في ممارسة بعض المهن الحرة⁽¹⁾:

- 1) المحاماة: وهي مهنة الدفاع عن الحريات العامة وحقوق الإنسان بحسب قانون المحاماة (1993/31م)، وشرط المحامي التمتع بالجنسية اليمنية.
- 2) المحاسبة القانونية: (قانون تدقيق ومراجعة الحسابات رقم (1999/26): هو الشخص المرخص له بمزاولة مهنة المحاسبة والمراجعة وتدقيق وتفتيش الحسابات. وحددت المادة 1/3 من القانون ذاته شرط الحصول على رخصة المحاسب القانوني: "أن يكون شخصاً طبيعياً متمتعاً بالجنسية اليمنية أو من مواطني إحدى الدول العربية بشرط المعاملة بالمثل".

(1) د. عبد العزيز سعد النعماني، مرجع سابق، ص 167.

3) **مزاولة المهن الصحية:** قانون المهن الصحية (1992/32م): هو خاص باليميني ويجوز استقدام أجنبى لمدة سنتين.

ونخلص مما سبق، إلى أن القانون اليميني لا يوجد في نصوصه قواعد قانونية خاصة بتنظيم حق اللاجئ في العمل، ليس هذا فحسب بل حتى لم ينظم المركز القانوني الخاص للاجئ إلا في حدود ما يتمتع به الأجنبي من مركز قانوني في القانون اليميني باستثناء قواعد الإقامة والإبعاد ونحوها تطبيقاً للقاعدة الدستورية التي تحظر تسليم اللاجئين.

ثانياً: مدى التزام الدولة بالحماية الدولية لحق اللاجئ في العمل في القانون اليميني:

أ- اعتراف القانون اليميني بقواعد القانون الدولي: اعترف القانون اليميني بقواعد القانون الدولي العام، جاء ذلك في نصوص صريحة في الدستور كما يلي:

1) تدل المادة (6) من الدستور دلالة واضحة على العمل بقواعد القانون الدولي.

2) حددت المادتان (92)، (118) من الدستور سلطة المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات.

3) ومن مصادر القانون الدولي العام الاتفاقيات والمعاهدات، والوسيلة التي تجعل المعاهدة ملزمة بالنسبة للدولة الموقعة عليها أمام الدول الأخرى، عن الطريق التصديق عليها.

والتصديق: هو تصرف قانوني تعلن السلطة المختصة بإبرام المعاهدات في الدولة موافقتها على المعاهدة وارتضاؤها الالتزام بأحكامها بصورة نهائية.

كما أن التصديق هي الوسيلة الخاصة لرقابة النظام الداخلي المتمثل في سلطة التصديق من عدم مخالفة الاتفاقية أو المعاهدة مع النظام العام والآداب العامة في القانون الداخلي ومنها الشريعة الإسلامية بالنسبة للنظام اليميني⁽¹⁾.

(1) د. سارة محمود العراسي، مدى مواءمة الحقوق المدنية والسياسية في التشريع اليميني مع الاتفاقيات الدولية، الأبحاث العلمية لمؤتمر الحوار الأكاديمي ص 253.

ب- موقف الشريعة الإسلامية من القانون الدولي⁽¹⁾:

احترام المعاهدات في القانون اليمني ناتج عن احترام الشريعة الإسلامية والمسلمين للمواثيق والمعاهدات، والتي وردت بها عدة نصوص قرآنية كما يلي:

- (1) ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁽²⁾.
- (2) ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾⁽³⁾.
- (3) ﴿وَإِنْ اسْتَنْصَرْتُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾⁽⁴⁾.

ج- تعارض القانون الدولي مع القانون الداخلي بشأن حق اللجوء في العمل:

وهنا تكمن مشكلة لدى النظام القضائي اليمني في وجود تعارض في حق اللجوء للعمل بين الحماية الدولية المتمثلة في اتفاقية اللاجئين السابقة (م 17-19)، وبين نصوص القانون الداخلي قانون العمل والمتمثل في القيود السابق ذكرها لعمل الأجانب.

ويرى بعض الفقه القانوني أن على القاضي تقديم القانون الدولي على القانون الداخلي مستدلاً ببعض النصوص القانونية⁽⁵⁾، والمتمثلة في:

- المادة (33) مدني تجعل القانون الدولي مقدم في التطبيق على القانون الداخلي بشرط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في مجال قواعد تنازع القوانين من حيث المكان (القانون الواجب التطبيق). حيث جاء نص المادة (33) (مدني) بقولها: "لا تخل الأحكام المتقدمة بتطبيق القواعد التي ينص عليها قانون خاص أو اتفاق دولي أو معاهدة دولية نافذة في الجمهورية فإنها تطبق دون أحكام المواد السابقة وإذا لم

(1) علي علي منصور، الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، مرجع سابق، ص372، د. عبد الواحد عزيز الزنداني، السير والقانون الدولي، منشورات الجامعة اليمنية، صنعاء، ص41.

(2) سورة الإسراء: الآية (34).

(3) سورة النحل: الآية (91).

(4) سورة الأنفال: الآية (72).

(5) د. نبيل محمد سعد الله أبو هادي، إجراءات موامة حقوق الإنسان بين القوانين اليمنية والمواثيق الدولية، الأبحاث العلمية لمؤتمر الحوار الأكاديمي، ص167.

يوجد نص في قوانين الجمهورية يحكم مسألة تنازع القوانين المعروضة على القضاء فيرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً ما لم يتعارض أي من ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية".

- المادة (497) مرافعات يمّني تجعل القانون الدولي مقدم في التطبيق على القانون الداخلي في مجال تطبيق قواعد الاختصاص المكاني للقضاء الدولي، حيث نصت على أنه: "العمل بالقواعد المتقدمة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة والتي تعقد بين اليمن وبين غيرها من الدول في هذا الشأن".

د- الوسيلة القانونية لتطبيق القضاء للاتفاقيات والمعاهدات الخاصة باللاجئين: لتطبيق الاتفاقية الخاصة باللاجئين في القضاء اليمني يجب اتخاذ إحدى الوسيلتين:

- الوسيلة الأولى: إدماج القواعد القانونية للاتفاقية في القوانين اليمنية.

- الوسيلة الثانية: تفسير النصوص القانونية الداخلية تفسيراً موسعاً على ضوء الاتفاقية الخاصة، على اعتبار أن الدستور أكد على العمل بقواعد القانون الدولي والتي من أهم مصادرها الاتفاقيات، كما أن الدستور بيّن طرق إلزامية المعاهدة عن طريق التصديق ووضحت إجراءات التصديق، كما أن الدستور اليمني قد حظر تسليم اللاجئين، وبالتالي ينتج عن ذلك ضرورة إدماج اللاجئين واعتبارهم جزءاً من المجتمع اليمني والذي يستلزم قيام اللاجئين بممارسة كافة أنشطتهم المدنية ومنها حقهم في العمل؛ سواء العمل التابع المأجور أم عن طريق العمل الحر والمهنة الحرة، وهذا سيؤدي بدوره إلى المحافظة على كرامتهم وعدم اعتبار أنفسهم عالية يتكفون الناس، كما أن مواطني دولة المأوى والملجأ سيشعرون بأهمية هؤلاء عندما يرون أن وجودهم في أرض الوطن له فائدة وأنهم يخدمون الوطن المقيمون فيه.

ونخلص مما سبق، إلى أنه يتم تقديم تطبيق الاتفاقية الخاصة باللاجئين فيما يتعلق بحق اللاجئين في العمل على النصوص القانونية المقيدة لحق الأجانب في العمل، واعتبار اللاجئين حالة خاصة يستلزم معها لتعامل كأنهم وطنيون.

الغائمة

وفي ختام هذه البحث نذكر أهم النتائج والتوصيات كما يلي:
أولاً: النتائج:

1. إن ظاهرة اللجوء من أكثر الظواهر الدولية انتشاراً بسبب الظروف السياسية والاقتصادية، والحروب.
2. إن القانون الدولي قد فرض حماية دولية خاصة للاجئين ناتج عن فلسفة قيام منظمة الأمم المتحدة على حقوق الإنسان ومنها حماية حقوق اللاجئين.
3. إن الحماية الدولية للاجئين تمثلت في الاتفاقية الخاصة باللاجئين سنة 1951م، وإنشاء المفوضية السامية للأمم المتحدة في رعاية اللاجئين.
4. إن الحماية القانونية الدولية لحق اللجوء في العمل قد تضمنتها الاتفاقية السابقة في المواد (117-19).
5. إن اليمن صادقت على اتفاقية اللاجئين ولكن لم يتم إدماج بنود تلك الاتفاقية في قوانينها الداخلية لاسيما حق اللجوء في العمل، حيث ما زلت نصوص قانون العمل تضع قيوداً على عمل الأجانب.
6. إن الوسيلة القانونية في تطبيق الحماية الدولية لحماية حق اللجوء في العمل يتمثل في إدماج تلك القواعد في نصوص القوانين الداخلية، أو في تفسير النصوص الداخلية تفسيراً واسعاً على ضوء اعتراف اليمن بالاتفاقية السابقة والمصادقة عليها، بحيث يمنح حق اللجوء في العمل حماية قانونية داخلية كتلك الحماية الدولية.

ثانياً: التوصيات:

1. نوصي المقتن اليمني إدماج اتفاقية اللاجئين المصادق عليها من اليمن في القوانين الداخلية ومنها قانون العمل.
2. نوصي القضاء بالتعامل مع اتفاقية اللاجئين السابقة بتفسير نصوص القانون تفسيراً واسعاً يتلاءم مع ما ورد من حقوق خاصة للاجئين.
3. نوصي الفقه اليمني بعمل الدراسات الخاصة بحقوق اللاجئين ووضع الحلول والدراسات والوسائل التي تساعد على تطبيق الحماية الدولية للاجئين في النظام القانوني اليمني.

المراجع

أولاً: المراجع العامة والمتخصصة:

1. د. أحمد قاسم الحميدي، القانون الدولي العام، مكتبة خالد ابن الوليد، صنعاء، ط1، 1442هـ - 2021م.
2. د. السيد عبد العزيز سالم، تاريخ العرب قبل الإسلام، شركة الأمل للطباعة والنشر، القاهرة، ط2، 2000م.
3. د. حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون العمل، بدون مكان نشر، بدون تاريخ نشر.
4. د. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، صنعاء، 1995م.
5. د. صالح زيد قصيلة، حقوق الإنسان، مكتبة خالد ابن الوليد، صنعاء، 2011م.
6. صالح محمد محمود بدر الدين، الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997م.
7. د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1995م.
8. د. عبد العزيز سعد النعماني، مركز الأجانب، ط8، 1440هـ - 2019م.
9. د. عبد الغني محمود، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1999-2000م.
10. د. عبد الله علي الخياري، شرح أحكام قانون العمل، الأمين للنشر والتوزيع، صنعاء، 2005م.
11. د. عبد الله مبروك النجار، مبادئ تشريع العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، ط4، 2003-2004م.
12. د. عبد الواحد عزيز الزنداني، السير والقانون الدولي، منشورات الجامعة اليمنية، صنعاء.

13. علي علي منصور، الشريعة الإسلامية والقانون الدولي العام، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية، القاهرة، 1390هـ - 1971.
14. د. محمد أسعد أطلس، تاريخ العرب، دار الأندلس، بيروت، لبنان، ط3، 1983م.
15. د. محمد عبد القادر الحاج، شرح قانون العمل اليمني.
16. محمد علي الشرفي، شرح قانون العمل، ط4، 2008-2009م.
17. د. محمد علي علي الحاج، الوسيط في القانون الدولي العام، مكتبة الصادق، صنعاء، 2019م.
18. وجدان ماجد حمزة الدفاعي، دور المفوضية السامية للأمم المتحدة في رعاية اللاجئين، مركز دراسات الهجرة واللاجئين، جامعة صنعاء، 1434هـ - 2013م.
- ثانيًا: الأبحاث المتخصصة:**

1. د. سارة محمود العراسي، مدى موامة الحقوق المدنية والسياسية في التشريع اليمني مع الاتفاقيات الدولية، الأبحاث العلمية لمؤتمر الحوار الأكاديمي الصادر عن جامعة الملكة أروى، 2013م.
2. د. فؤاد شرهان، بناء الدولة من خلال تطوير وحماية الحقوق والحريات في اليمن التحديات الواقع وآمال المستقبل، منشور في مؤلف الأبحاث العلمية لمؤتمر الحوار الأكاديمي الصادر عن جامعة الملكة أروى، 2013م.
3. د. نبيل محمد سعد الله أبو هادي، إجراءات موامة حقوق الإنسان بين القوانين اليمنية والمواثيق الدولية، الأبحاث العلمية لمؤتمر الحوار الأكاديمي الصادر عن جامعة الملكة أروى 2013م.
4. الأبحاث العلمية لمؤتمر الحوار الأكاديمي الصادر عن جامعة الملكة أروى.
- ثالثًا: الاتفاقيات الدولية:**

1. الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين (1951م) وبروتوكولها (1967م).

رابعًا: الدساتير والقوانين:

1. دستور الجمهورية اليمنية.
1. قانون المهن الصحية رقم 32 لسنة 1992م.
2. قانون العمل رقم (5) لسنة 1995م.
3. قانون المحاماة رقم 31 لسنة 1999م.
4. قانون تدقيق ومراجعة الحسابات رقم 26 لسنة 1999م.
5. القانون المدني رقم 14 لسنة 2002.
6. قانون المرافعات رقم 40 لسنة 2002م.



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:

المرافق العامة دراسة مقارنة

د. أحمد ناجي أحمد الماربي
أستاذ القانون العام المساعد
كلية الشرطة - أكاديمية الشرطة

ملخص البحث

معلومات البحث

المرفق العام أصبح من المواضيع الأساسية في القانون الإداري، وبالتالي فتحديد مفهوم المرفق العام يعني تحديد مفهوم القانون الإداري، ولا يمكن أن يكون للمرفق العام مفهوم جامع ومانع وبشكل مجرد وحيادي إلا في ضوء الأهداف والغايات الإدارية والاجتماعية والاقتصادية التي تحدد له مسبقاً، مع ضرورة تحديد الجهة التي تختص بإنشائه. ونظرية المرفق العام شأنها شأن غيرها من نظريات القانون الإداري، تطورت وتأثرت بالمتغيرات السياسية والاقتصادية؛ سواءً في مدلول المرفق العام ذاته أم في شخص القائم علي المرافق العامة أم في وسائل وطرق إدارتها.

تاريخ تسليم البحث:

٢٠ فبراير ٢٠٢٤ م

تاريخ قبول البحث:

١٣ مارس ٢٠٢٤ م

وقد هدف هذا البحث إلى بيان مفهوم المرافق العامة في مختلف دول المقارنة، مع المقارنة بينها في آلية تشغيل المرافق العامة.

وقد اشتمل هذا البحث على مبحثين يسبقهما مطلب تمهيدي لتعريف بالمرافق العامة، وتم تخصيص المبحث الأول من هذا البحث لتوضيح أنواع المرافق العامة، بينما تم تخصيص المبحث الثاني لبيان طرق إدارة المرافق العامة، وقد اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، بالإضافة إلى المنهج المقارن بين القوانين محل الدراسة، واختتمت البحث بخاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها الدراسة.

الباحث: د. أحمد ناجي أحمد الماربي
البريد الإلكتروني:

ahmedelmarbi@gmail.com

Abstract

Public facility has become one of the basic topics in administrative law, and therefore defining the concept of public facility means defining the concept of administrative law, and public facility cannot have a comprehensive, comprehensive, abstract and neutral concept except in light of the administrative, social and economic goals and objectives that are determined for it in advance, with the necessity of specifying the entity. which is responsible for its creation.

The theory of public utility, like other theories of administrative law, developed and affected by political and economic variables. Whether in the meaning of the public facility itself, or in the person in charge of the public facilities, or in the means and methods of managing them.

This research aimed to explain the concept of public facilities in various comparison countries, with a comparison between them in the mechanism of operating public facilities.

This research included two sections preceded by an introductory section introducing public facilities. The first section of this research was devoted to clarifying the types of public facilities, while the second section was allocated to explaining methods of managing public facilities. In writing this research, I relied on the descriptive and analytical approach, in addition to the the comparison between the laws under study, and the research was concluded with a conclusion that included the most important results and recommendations reached by the study.

مقدمة:

تُعد فكرة المرافق العامة إحدى الأفكار المحورية والرئيسية للقانون الإداري، وتشكل مع فكرة السلطة العامة حجر الزاوية لقواعد هذا القانون ذات الطبيعة المتميزة عن القواعد المدنية، وإشباع الحاجات العامة للأفراد هو موضوع وظائف الإدارة، ولن يكون ذلك إلا بالتدخل في نطاق النشاط الفردي للأشخاص لتنظيمه وضمان صيانتها.

وولا شك أن صيانة النظام العام في المجتمع هي التي تمثل الوظيفة الأولى للإدارة وتسمى الضبط الإداري.

وهناك من الحاجات العامة ما لا يستطيع الأفراد القيام بإشباعها، أو ترى الدولة أن من المصلحة عدم تركها للأفراد، فتقوم هي بنفسها بإشباعها، ووسيلتها في ذلك إنشاء المرافق المتخصصة التي توكل إليها إشباع هذه الحاجات، هذه المرافق هي المرافق العامة وهي الوظيفة الثانية للإدارة.

فأهم ما تقوم به السلطة الإدارية من مهام إلى جانب الضبط الإداري هو إدارة المرافق العامة المختلفة لإشباع الحاجات العامة للمواطنين الضرورية والهامة، فتظهر أهمية المرفق العام الذي بواسطته وبواسطة نطاقه القانوني تستطيع السلطة الإدارية المختصة في الدولة أن تضمن إشباع الحاجات العامة في الدولة والمجتمع بانتظام واضطراد بأفضل صورة.

وكون فكرة المرفق العام وسيلة ومظهر من وسائل الوظيفة الإدارية في الدولة، فإن له قيمة علمية ونظرية وفنية وعملية حيوية وفعالة في علم القانون الإداري وعلم الإدارة بصفة خاصة.

كما أن لفكرة المرفق العام دور وأهمية في بناء نظريات القانون بصفة عامة وفي بناء نظريات وأحكام القانون الإداري وعلم التنظيم بصفة خاصة، وهو موضوع أساسي بالقانون الإداري، وبالتالي فتحديد مفهوم المرفق العام يعني تحديد مفهوم القانون الإداري.

وقد أصبح المرفق العام من المواضيع الأساسية في القانون الإداري، حيث أخذ به كمعيار لتحديد مفهوم القانون والادارة، وعليه فإن المرفق العام يُعد نواة القانون الاداري من الجانب القانوني⁽¹⁾.

ولا زالت فكرة المرفق العام ماثلة في كتابات كبار الفقهاء، وما زالت تُصر عليها أحكام مجلس الدولة الفرنسي، كأساس لبناء القانون الإداري ومعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري.

ولا يمكن أن يكون للمرفق العام مفهوم جامع ومانع وبشكل مجرد وحيادي إلا في ضوء الأهداف والغايات الإدارية والاجتماعية والاقتصادية والتي تحدد له مسبقاً.

وقد تطورت نظرية المرفق العام، وهذا التطور والتحول الذي عرفه مفهوم المرفق العام الحديث يجد في التحول الذي عرفه مفهوم المصلحة العامة، كما ساهمت المتغيرات السياسية والاقتصادية على التحول؛ سواءً في مدلول المرفق العام ذاته أو في شخص القائم علي المرافق العامة أو في وسائل وطرق إدارتها.

وقد أدت التطورات في مفهوم المرافق العامة الحديثة إلى الاعتماد علي عقود تفويض المرافق العامة في فرنسا ومصر التي تُعد الصورة الحديثة لعقود الامتياز، كما أدى الانفتاح الاقتصادي في الدول المقارنة في (فرنسا ومصر)، والحاجة لإشراك القطاع الخاص في أعباء التنمية إلى التحول من عقد الامتياز كعقد لتسيير المرافق العامة الموجودة ابتداءً إلى عقود "البوت" كآلية ليس للإشياء فقط وإنما للتسيير أيضاً⁽²⁾.

وعلى الرغم أن النظام القانوني في اليمن قد أخذ بالمفهوم الواسع للمرافق العامة إلا أنه لا يوجد في اليمن تنظيم قانوني خاص بتنظيم عقد البوت في اليمن أو عقد تفويض المرافق العامة، وإنما بشكل عام تطبيق على هذا النوع من المرافق الادارية الحديثة إن وجدت في اليمن أحكام القانون المدني اليمني.

(1) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 89.

(2) المرجع السابق، ص 88.

أولاً: مشكلة البحث.

تُعد فكرة المرافق العامة من أبرز المفاهيم الشائعة في القانون الإداري رغم أهميتها كمعيار للنظام اللاداري برمته، نظراً لارتباطها بالمعطيات السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في الدولة. وبذلك تظهر مشكلة هذا البحث في التساؤل الآتي: إلى أي مدى يمكن أن يؤدي المرفق العام دوره بمختلف النظم والسياسات في الدول المقارنة لا سيما في ظل التطور الذي وصلت إليه فكرة المرفق العام الحديث.

ثانياً: تساؤلات البحث: تثير مشكلة البحث التساؤلات الآتية:

- ماهي المرافق العامة؟

- ما هو المفهوم الحديث للمرافق العامة؟

- ما هي أنواع المرافق العامة؟

- كيف تدار المرافق العامة؟

ثالثاً: أهمية البحث.

تتمثل أهمية هذا البحث في أنه يُسلط الضوء علي فكرة المرافق العامة وطرق إدارتها في الدول المقارنة، وهو موضوع أساسيات القانون الإداري، بل أصبح للمرافق العامة الدور الأساسي والرئيسي في تحديد نطاق القانون الإداري، فحيث توجد المرافق العامة يوجد القانون الإداري، كما تظهر أهمية هذا البحث في لفت نظر الدارسين والباحثين إلى دراسة المرافق العامة ومعرفة أنواعها والتطورات التي حدثت في طرق إدارتها وبصورة موسعة.

رابعاً: أهداف البحث.

يهدف هذا البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

1. فهم مدلول المرافق العامة في مختلف دول المقارنة.
2. مقارنة أنظمة دول المقارنة في تنظيم تشغيل المرافق العامة.
3. الاستفادة من تجارب الدول لغاية تطوير نظام المرافق العامة في اليمن.

خامساً: منهجية البحث.

اعتمدت في كتابة هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي؛ من خلال وصف طبيعة المرفق العام في مختلف دول المقارنة، وتحليل القواعد القانونية التي تحكم المرفق العام في مختلف دول المقارنة، مع الاستعانة بالمنهج المقارن للنظم القانونية المقارنة (فرنسا ومصر).

سادساً: تقسيمات البحث: قمت بتقسيم البحث على النحو الآتي:

مطلب تمهيدي: التعريف بالمرافق العامة.

المطلب الأول: تعريف المرافق العامة.

المطلب الثاني: عناصر المرافق العامة.

المبحث الأول: أنواع المرافق العامة.

المطلب الأول: المرافق العامة من حيث طبيعة نشاطها.

المطلب الثاني: المرافق التي لها شخصية اعتبارية والمرافق التي ليس لها شخصية اعتبارية

المطلب الثالث: المرافق العامة القومية والمرافق الإقليمية المحلية.

المطلب الرابع: المرافق العامة الاختيارية والمرافق العامة الاجبارية.

المبحث الثاني طرق إدارة المرافق العامة.

المطلب الأول: طريق الاستغلال المباشر.

المطلب الثاني: أسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة.

المطلب الثالث: التزام أو امتياز المرافق العامة.

المطلب الرابع: الاستقلال المختلط.

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات.

مطلب تمهيدي

التعريف بالمرافق العامة

تتجه محاولات تعريف المرفق العام في اتجاهين أساسيين: اتجاه يُركز تعريفه للمرفق العام على الجانب العضوي أو الشكلي، والاتجاه الشكلي يركز على الجانب المادي أو الموضوعي، وهناك اتجاه ثالث يجمع بين الجانبين العضوي والمادي لفكرة المرفق العام.

الفرع الأول

تعريف المرافق العامة

المرافق العامة فكرة أساسية في القانون الإداري، وهي في الواقع العملي عبارة عن مشروعات خاضعة للسلطات العامة تستهدف إشباع حاجات عامة، فهي تعني ببساطة أنشطة أشخاص القانون العام في إشباع الحاجات العامة⁽¹⁾.

تعريف المرافق العامة لغوياً:

تُعرف المرافق العامة في معجم المعاني والجامع ب: (المصالح، المنافع، الموارد)، أي كل ما يخدم المواطن ويحقق المنفعة له؛ كالبريد، والطرق، والحدائق... إلخ⁽²⁾. ويُعرف بعض الفقهاء المرافق العامة بأنها: "مشروعات تهدف إلى تحقيق النفع العام، تحتفظ الحكومة بالكلمة العليا في إنشائها وإدارتها وإلغائها"⁽³⁾.

كما يُعرف المرفق العام بأنه: "منظمة إدارية تخضع لسلطة الدولة وتهدف إلى إشباع حاجة عامة"، وهناك من يرى أن تعريف المرافق العامة يختلف باختلاف الزاوية التي ينظر منها إليها، فإذا نظرنا إليها من الزاوية الشكلية أو العضوية فإنها تعرف بأنها جهاز إداري يدير نشاطاً معيناً، وهذا التعريف يستند إلى المكونات المادية للمرافق بغض النظر عن هدف النشاط الذي تقوم به. أما إذا نظرنا إلى المرفق العام من الزاوية الموضوعية فإن المرفق العام يُعرف بأنه نشاط تقوم به الدولة بهدف تحقيق مصلحة عامة⁽³⁾.

(1) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 26.

(2) معجم المعاني الجامع على الرابط: [ar-ar-https://www.almaany.com](https://www.almaany.com)

(2) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1933م، ص 370.

(3) د. أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مكتبة الصادق، صنعاء، 2010م، ص 130.

غير أنه يعيب على هذين التعريفين أن كلاهما ينظر إلى المرفق من زاوية واحدة ويهمل الزاوية الأخرى، فالمرفق الخاضع للدولة إذا لم يكن يحقق المنفعة العامة فإنه لا يعتبر مرفقاً عاماً، ويمكن القول إن اصطلاح المرفق العام يستعمل بمعنيين، الأول عضوي والآخر مادي، فالمعنى العضوي يقصد به المنظمة أو الهيئة أو الجهة العامة التي تمارس - بعمالها وأموالها - النشاط ذي النفع العام، ومن أمثلة المرافق العضوية الجامعات والمستشفيات ومراكز الشرطة والوزارات وفروعها بصفة عامة.

أما المعنى المادي وهو المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداري؛ سواءً في فرنسا أم مصر⁽¹⁾، وكذلك الحال بالنسبة لليمن⁽²⁾، فيقصد به النشاط أو العمل الذي يمارسه المرفق تحقيقاً للنفع العام، ومن أمثله التعليم وحماية الصحة وصيانة الأمن ومجمل الخدمات التي تنفذها الحكومة للجمهور.

وتتمثل أهمية التفرقة بين الأخذ بالتعريف العضوي للمرفق العام، والتعريف المادي في مسألة الخضوع لأحكام لأي من القانونين العام أو الخاص، ومدى سلطة الحكومة على المرفق، ففي حالة المرفق العضوي تخضع الهيئة والنشاط المرفقي الذي تقوم به لأحكام القانون العام، وتبسط الحكومة سلطاتها ليس فقط على النشاط المرفقي، وإنما كذلك على الهيئات المرفقية صاحبة هذا النشاط من حيث تنظيمها وعمالها وأموالها، أما في حالة المرفق المادي فلا يخضع لأحكام القانون العام سوى النشاط المرفقي، بينما تخضع الهيئة التي تديره لأحكام القانون الخاص، وتتقلص سلطة الحكومة فتتحصر في النشاط المرفقي ولا تمتد إلى الهيئة الخاصة التي تمارسه؛ سواءً من حيث تنظيمها أم عمالها أم أموالها⁽³⁾.

وسنأخذ بالتعريف القائل بأن: "المرفق العام منظمة إدارية تخضع لسلطة الدولة وتهدف إلى إشباع حاجة عامة"، حيث وهذا التعريف شامل للمعنى العضوي والمادي معاً، وشامل لعنصري المرفق العام المتمثلة في: السلطة العامة، والنفع العام.

(1) يُنظر: د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، 1981م، ص51، د. طعيمة الجرف،

القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978م، ص513، 514.

(2) يأخذ النظام الإداري في اليمن بمفهوم واسع للمرافق العامة، فلم يُعد دور الدولة اليمينية يقتصر على الأعمال التقليدية للدولة كالحفاظ على الأمن الخارجي والداخلي وإقامة العدالة، وإنما امتد نشاط الدولة كي يشمل كافة المجالات الاقتصادية والتجارية والاجتماعية والخدمية والإنتاجية، وهذه الأنشطة تقوم بها الدولة من خلال مرافق عامة في شكل مؤسسات عامة ومصالح عامة وأصبحت جزءاً أساسياً في البناء الإداري للدولة، وهو ما أعطى للمرافق العامة مفهوماً واسعاً للغاية في النظام القانوني الإداري في اليمن. يُراجع د. خالد باجنيد، القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص60.

(3) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص372.

المفهوم الحديث للمرفق العام:

إن التحول والتطور الذي عرف مفهوم المرفق العام يجد أساسه في التحول الذي عرف مفهوم المصلحة العامة، كما ساهمت الظروف السياسية والاقتصادية في تطور مفهوم المرفق العام، حيث ظهر مؤخراً اتجاه يدافع عن فكرة المرفق العام الافتراضية التي تعتبر أن كل نشاط يقدم خدمة عامة هو مرفق عام، هذا التحول أدى إلى عزل العناصر المكونة للمفهوم التقليدي للمرفق العام⁽¹⁾.

تأثير الإدارة الإلكترونية على عمل المرفق العام:

تُسهّم الإدارة الإلكترونية في القضاء علي البيروقراطية التي كثيراً ما كانت عائقاً كبيراً يهدد مصالح الأفراد، ويؤثر علي مصداقية المرفق العام. فالإدارة الإلكترونية ساعدت الأفراد في الحصول على الخدمات وكذا التأثير في الإجراءات الإدارية، مما ساهم في تحسين خدمات المرفق العام، بالإضافة إلى تحسين إجراءات العمل، وإمكانية ممارسة العمل في أي مكان، بالإضافة إلى وضع نظام آلي لأعمال الموظفين مما يساعدهم في تحقيق كفاءة وفاعلية الأداء⁽²⁾.

الفرع الثاني

عناصر المرفق العام

لقيام المرفق العام لابد من توافر عنصرين أساسيين وهما السلطة العامة، أي خضوع المرفق لسلطة الدولة، وعنصر النفع العام أي تحقيق المرفق للمنفعة العامة.

العنصر الأول: السلطة العامة:

لكي يكون المرفق عاماً لابد أن يكون للسلطة العامة الكلمة العليا في إنشائه وإدارته وإلغائه.

(1) حكيمة جاب الله، تطبيقات الإدارة الإلكترونية للمرفق العام الجزائر، نماذج من الواقع، ورقة قدمت في مؤتمر علمي دولي، النظام العام للمرفق العام الإلكتروني، واقع وتحديات، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة المسيلة، الجزائر، 26-27 نوفمبر 2008، ص 20.

(2) ميلاس محمد الزيين: الإدارة الإلكترونية في ترشيد الخدمة العمومية، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية، الجزائر، مجلد 5 - العدد 2، 2021.

فالسطة العامة هي التي تقرر اعتبار نشاط معين مرفقاً عاماً، سواءً كانت الهيئة التي تتولاها عامة أو خاصة، ويكون ذلك بقانون يصدر بإنشاء المرفق أو بناءً على قانون يخول إحدى سلطات الدولة إنشائه، ويكون لها الاختصاص في إدارته وإلغائه⁽¹⁾.

ونظراً لصلة المرافق العامة بمجالات النشاط الفردي والحريات الفردية وما قد يؤدي ذلك إلى إعاقة لنشاط الأفراد خصوصاً عندما تكون هذه المرافق ذات صبغة اقتصادية أو كانت احتكارية للدولة، يمنع على الأفراد ممارسة هذه الأنشطة الاحتكارية، فإن بعض الشراح يرى أن الاختصاص في إنشاء المرافق العامة ينبغي أن يُنَاط بالسلطة التشريعية باعتبارها الأمانة على حقوق وحريات الأفراد⁽²⁾.

إلا أن جانب آخر من الشراح يرى أن السلطة التنفيذية هي الأولى بهذا الحق كونها الأكثر احتكاكاً بالجمهور وهي الأقدر على معرفة الحاجات العامة التي تقتضي إنشاء المرافق لإشباعها، واستثنى أصحاب هذا الاتجاه المرافق التي لها صلة مباشرة بحقوق وحريات الأفراد؛ كالمرافق الاحتكارية التي تقيد الحرية الاقتصادية بأن جعلوا حق إنشائها للسلطة التشريعية⁽³⁾.

ولما كانت وسائل القانون العام تنطوي على قدر كبير من المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم فلا بد من إحاطة هذا الإنشاء بشيء من الضمانات للتأكد من أن هذا المساس له ما يبرره⁽¹⁾.

لذلك، فإن الدساتير غالباً ما تتضمن تحديداً لمن يملك هذا الاختصاص؛ كالدستور الفرنسي لسنة 1985م الذي كان في الأصل العام يقضي بأن يكون إنشاء المرافق العامة بقانون صادر من السلطة التشريعية المختصة، والدستور المصري الصادر سنة 1971م الذي بموجبه أصبح إنشاء المرافق العامة بقرارات جمهورية وليس بناءً على قانون⁽²⁾، ودستور الجمهورية اليمنية المعدل 2001 الذي جعل إنشاء عقد الامتيازات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة لا يتم إلا بقانون⁽³⁾.

(1) د/ ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 373.

(2) د/ سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 45.

(3) د/ أحمد شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 134، 135.

(1) د/ طعيمة الجرف، القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم نشاط السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص 523.

(2) د/ ثروت بدوي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 404، 405.

(3) المادة (18) دستور الجمهورية اليمنية المعدل 2001م.

ففي فرنسا كان الفقه الفرنسي يُجمع أو يتجه في غالبية العظمى قبل دستور 1958م الحالي إلى أن إنشاء المرفق العام يكون بقانون أو بناءً على قانون، إلا أنه بعد صدور دستور عام 1958 تغير الأمر وأصبح اختصاص إنشاء المرافق العامة من اختصاص السلطة التنفيذية، ولا يستثنى من ذلك إلا المرافق التي تنشأ نتيجة تأميم بعض المشروعات الخاصة أو إقامة طوائف جديدة من المؤسسات العامة، بالإضافة إلى تدخل البرلمان لمنح الائتمان اللازم للمرافق الجديدة⁽¹⁾.

وكذلك الأمر في الدستور المصري الصادر عام 1971م الذي جعل هذا الحق لرئيس الجمهورية طبقاً لنص المادة (46) منه التي تنص على أن: "يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة"⁽²⁾. ومن الملاحظ بعد دستور 1971 صدرت أربعة دساتير في مصر أولها عام 1975م وأخرها الدستور الحالي الصادر في عام 2019م، وجميعها لا يتغير فيها الاختصاص لرئيس الجمهورية بإصدار القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق العامة.

أما دستور الجمهورية اليمنية فقد جعل إنشاء المرافق التي تقوم على الامتياز لا يكون إلا بقانون، حيث نصت المادة (18) منه على أن: "عقد الامتيازات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة لا يتم إلا بقانون...".

وجعل الدستور اليمني المعدل عام 2001 م الحق في إنشاء ما عدا ذلك من المرافق لرئيس الجمهورية، وذلك طبقاً لنص المادة (120) منه التي جعلت اختصاص رئيس الجمهورية بإصدار القرارات واللوائح اللازمة لتنظيم المصالح والإدارات العامة⁽³⁾.

وطبقاً للقرار الجمهوري بقانون رقم (35) لسنة 1991م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة، فإن الحق بإنشائها مناط برئيس الجمهورية، حيث جعل له سلطة إنشاء الهيئات والمؤسسات العامة طبقاً لنص المادة (7) منه التي تنص على أن: "تنشأ الهيئة العامة المشمولة بأحكام هذا القانون بقرار جمهوري بعد موافقة مجلس الوزراء بناءً على

(1) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007م، ص372، 373، مؤلف مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دراسة مقارنة، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، دار الفكر العربي، طبعة منقحة 2014م، ص25 وما بعدها.

(2) د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص374.

(3) دستور الجمهورية اليمنية المعدل بتاريخ 20 فبراير 2001م، المواد (18)، (120).

عرض الوزير المختص، وذلك لإدارة مرفق عام مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة". كما نصت المادة (21) على أن: "تنشأ المؤسسة المشمولة بأحكام هذا القانون بقرار جمهوري بعد موافقة مجلس الوزراء..."⁽¹⁾.

اما المادة (146) من الدستور اليمني المعدل 2001م فقد أعطت السلطة المحلية حق إنشاء المرافق المحلية حيث تنص على أن: "تقوم الدولة بتشجيع ورعاية هيئات التطوير التعاوني على مستوى الوحدات الإدارية باعتبارها من أهم وسائل التنمية المحلية"، فلها الحق في انشاء المرافق المحلية وفقاً للقانون رقم (4) لسنة 2000 الخاص بالسلطة المحلية.

وللإدارة سلطة تقديرية في إنشاء وإلغاء المرافق العامة وليس لأحد إجبارها أو مطالبتها قضائياً بإنشاء مرفق من المرافق مهما كانت أهميته، ولكن القانون أحياناً قد يلزم الأشخاص المعنوية المحلية كالمحافظات والمدن بإنشاء بعض المرافق العامة المحلية، وفي هذه الحالة يحق لأصحاب المصلحة المطالبة بإقامة هذه المرافق تنفيذاً للقانون، كما يجوز لهم الطعن في قرارات الإدارة في حالة الرفض، ويصدق نفس الحكم إذا قرر القانون إقامة مرفق عام معين بنصوص تجعل اختصاص الإدارة مقيدة في هذا المجال⁽²⁾.

والعبرة هي بإرادة السلطة العامة لإنشاء المرفق العام؛ سواءً ظهرت هذه الإرادة صراحةً أم ضمناً من استعراض النصوص التي تحكم المشروع أو القرائن المحيطة؛ كحالة احتكار السلطة العامة لنوع النشاط الذي أنشئ المشروع للقيام به.

وينبغي أن يكون للسلطة العامة - سواءً كانت مركزية أم لا مركزية - الكلمة العليا في إدارة المرفق العام بكل ما تنطوي عليه عملية الإدارة من مفاهيم، وعلى ذلك فإن المرافق التي لا تخضع لسلطة الإدارة كالمدارس والمستشفيات الخاصة ومشروعات البر والإحسان... الخ، لا تعتبر مرافق عامة إذا لم تعترف لها السلطة العامة بصفة المرفق العام، حتى ولو كانت تؤدي منفعة عامة⁽³⁾.

(1) قانون رقم (35) لسنة 1991م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة المواد (7، 8) السلسلة الصادرة من وزارة الشؤون القانونية، مطابع التوجيه، الطبعة الثالثة، فبراير 2009م.

(2) د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص372.

(3) د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص136 وما بعدها.

وطبقاً لقاعدة: "من يملك الإنشاء يملك الإلغاء"، فإن القاعدة العامة أن السلطة التي أنشأت المرفق العام هي المختصة بإلغائه، سواءً كانت السلطة التشريعية أم السلطة التنفيذية أم السلطة المحلية. وطبقاً لذلك فإن المرفق الذي أنشئ بقانون لا يجوز إلغاؤه إلا بقانون، والمرفق الذي أنشئ بقرار يجوز إلغاؤه بقرار مثله، كما يجوز إلغاؤه بقانون تطبيقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية.

ونرى أن المقنن اليمني قد أخذ بالاتجاه السليم في منح الاختصاص لإنشاء المرفق العامة عندما جعل إنشاء المرافق العامة التي تقوم علي الامتياز لا يكون إلا بقانون، بينما جعل الحق في ما عدا ذلك من المرافق لرئيس الجمهورية، وذلك يتوافق مع التطورات الحديثة التي تقتضي أخذ النظام الإداري اليمني بالمفهوم الواسع للمرافق العامة. وقد أخذ القضاء الإداري اليمني⁽¹⁾ بالقواعد السابقة في إنشاء وإلغاء المرافق العامة، فالسلطة التي أنشأت المرفق تكون صاحبة الحق في إلغائه أو تحويل الغاية منه، وكذلك يجب أن تكون أداة الإلغاء أو التحويل مماثلة لأداة الإنشاء⁽²⁾ أو صادرة عن جهة أعلى درجة من الجهة التي صدر عنها قرار الإنشاء⁽³⁾.

ونحن إذ نستشهد بالحكم المذكور، فما هو إلا لتأكيد أن الرقابة القضائية تمارس في الجمهورية اليمنية من قبل المحاكم العادية المدنية أو الجزائية، سواءً بصفتها قضاء عادي أو قضاء إداري على حدٍ سواء وفقاً لنظام القضاء الموحد الذي أخذ به المقنن اليمني.

(1) يلاحظ أن الوضع القضائي القائم في اليمن حالياً هو الأخذ بنظام القضاء الموحد، حيث لا يوجد قضاء إداري مستقل وخاص بالمنازعات الإدارية، كما هو الحال عليه في مصر وفرنسا. يُراجع في ذلك: د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 11. د/ أحمد بن عبدالملك بن أحمد بن قاسم، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة "دراسة مقارنة"، دار الجامعات اليمنية، 1997، ص 260. د/ محمد علي سليمان، قضاء الإلغاء في الجمهورية اليمنية "التطور والتطبيق، الطبعة الثانية 2003م، بدون دار نشر، ص 79، 80. د/ حمود محمد القديمي، أسس ومبادئ القضاء الإداري في الجمهورية اليمنية، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، 2012، ص 11.

(2) بالرغم من إنشاء محكمتين إداريتين متخصصتين في أمانة العاصمة ومحافظة عدن، طبقاً لقرار مجلس القضاء الأعلى رقم (77) لعام 2010م، الذي قرر أن تنشأ في كل من أمانة العاصمة ومحافظة عدن محكمة ابتدائية متخصصة للنظر في القضايا الإدارية، بالإضافة إلى وجود الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا التي تختص بالفصل في الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات الصادرة في القضايا الإدارية، إلا أن وجود هذه الهيئات القضائية المتخصصة لا يعني وجود قضاء إداري مستقل في اليمن يختص بالمنازعات الإدارية، فالنظام القضائي في اليمن لا يزال يتسم بوحدة.

(3) الحكم في القضية الإدارية رقم (11) لسنة 1416هـ الصادر من المحكمة الابتدائية لغرب الأمانة والذي قضت فيه بإلغاء أمر رئيس مجلس الوزراء بتحويل منشأة مركز التأهيل النسوي بعزلة الحضارم إلى مدرسة للبنات، وإزالة كل الآثار المترتبة على ذلك الأمر، مأخوذ عن: "مبادئ قانونية وقضائية في الدعاوى الإدارية" للدكتور/ حسن علي مجلي، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، الطبعة الأولى، 2004م.

غير أن القضاء الإداري اليمني في الحكم المشار إليه قد قيد حق الدولة في إلغاء المرافق العامة أو تحويل غايتها حسب حاجة الأفراد للمرفق، وذلك على أساس تقدير الفوائد والمضار والظروف والملابسات ووزن وتمحيص المبررات والأسباب، وقرر أن القرار الإداري بإلغاء المرفق يكون باطلاً حتى وإن كان صادراً من صاحب السلطة في الإلغاء متى كانت فوائد الإلغاء تقل عن أضراره بصورة كبيرة، وذلك تطبيقاً لقاعدة "انعدام التناسب بين الفوائد والضرر"⁽¹⁾.

ونرى هنا أن القضاء اليمني قد قرر هذا القيد في هذا الحكم المشار إليه آنفاً من باب "التعسف في استعمال الحق" المنصوص عليه في المادة (17) من القانون رقم (14) لسنة 2002م بشأن القانون المدني، والتي نصت على أن: "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر، أما من استعمل حقه استعمالاً يتنافى مع الشرع والعرف، فإنه يكون مسئولاً عما يترتب على استعماله غير المشروع من ضرر، ويكون استعمال الحق غير المشروع في الأحوال الآتية"⁽²⁾:

1. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
 2. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
 3. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.
- وعندما يتم إلغاء المرفق العام فإن أمواله تضاف على الجهة التي نص عليها القانون الصادر بإلغائه، فإن لم ينص على ذلك فإن أموال المرفق تضاف إلى أموال الشخص الإداري الذي كان يتبعه هذا المرفق.

ومثال ذلك في الجمهورية اليمنية ما تضمنه القرار الجمهوري رقم (387) لسنة 2002م بإنشاء الهيئة العامة للتنمية السياحية التي حلت محل الهيئة العامة للسياحة (سابقاً) التي تم إنشائها بالقرار الجمهوري رقم (51) لسنة 1993م، حيث تم توزيع الأصول الثابتة

(1) يُراجع الحكم في القضية الإدارية رقم (11) لسنة 1416هـ الصادر من المحكمة الابتدائية بغرب الأمانة، المشار إليه آنفاً.
(2) المادة (17) من القانون المدني رقم (14) لسنة 2002م، سلسلة إصدارات وزارة الشؤون القانونية لإعادة نشر بعض القوانين 2006/8/15م توزيع دار الكتب اليمنية للطباعة والنشر والتوزيع ومكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر والتوزيع صنعاء

للهيئة العامة للسياحة (سابقاً) إلى وزارة السياحة والبيئة، وتوزيع الأصول المنقولة للهيئة العامة للسياحة (سابقاً) إلى الهيئة العامة للتنمية السياحية.

أما بالنسبة للمرافق العامة التي تديرها أشخاص معنوية عامة مستقلة، فإن مصير أموالها يتم تحديده من خلال معرفة مصدر هذه الأموال، كأن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الإقليمية الأخرى، أما إذا كان مصدرها تبرعات الأفراد والهيئات الخاصة فإن هذه الأموال تتول إلى إحدى المرافق العامة التي تستهدف نفس غرض المرفق الذي تم إلغاؤه أو غرضاً مقارباً له، احتراماً لإرادة المتبرعين⁽¹⁾.

وعلى كل حال ينبغي أن تكون المصلحة العامة أساساً لإلغاء المرافق العامة مثلما كانت السبب في إنشائها، وتقدير توافر المصلحة العامة متروك للسلطة المختصة بالإنشاء أو الإلغاء دون معقب عليها، فقواعد إلغاء المرافق العامة تعتبر قواعد عامة مجردة لا ترتب بذاتها حقوقاً مكتسبة مثل القرارات الفردية، لذلك لا يجوز الاعتراض عليها⁽²⁾.

العنصر الثاني: النفع العام:

لابد أن يكون الغرض من المرفق العام هو تحقيق المنفعة العامة، وإشباع حاجات الأفراد أو تقديم خدمة عامة، سواءً كانت هذه الحاجات أو الخدمات مادية؛ كمد الأفراد بالمياه والكهرباء أم معنوية؛ كتوفير الأمن والعدل للمواطنين أو توفير التعليم.

فإلى جانب خضوع المرفق العام للسلطة العامة في إدارته وإنشائه وإلغائه لابد أن يكون إنشاء هذا المرفق مؤدياً إلى تحقيق النفع العام لكي يصبح مرفقاً عاماً.

وعلى ذلك فعنصر النفع العام من أهم العناصر المميزة للمرفق العام عن غيره من المشروعات التي تستهدف تحقيق النفع الخاص وتهدف إلى إشباع النفع الخاص والنفع العام معاً.

فالعبرة هي بمدى تحقيق المرفق العام للنفع العام، لذلك فإن المشروعات الاقتصادية أو الصناعية والتجارية أو الاستثمارية التي تقيمها الدولة لا تعتبر مرافق عامة إلا إذا كانت

(1) د/ مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص191، 192.

(2) د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري مرجع سابق، ص137.

تهدف إلى تحقيق النفع العام، أما إذا كان هدفها هو تحقيق الكسب المادي فإنها لا تعتبر مرافق عامة حتى ولو كانت مملوكة للدولة.

ومع ذلك، فإن تحقيق بعض المرافق العامة للربح لا يعني حتماً فقدانها صفة المرفق العام، طالما أن هدفها الرئيسي ليس تحقيق الربح، وإنما تحقيق النفع العام، كما أن تحصيل بعض المرافق لعوائد مالية لقاء تقديمها الخدمات إلى المواطنين، كما هو الحال بالنسبة لمرفق الكهرباء أو رسوم التسجيل العقاري أو رسوم التسجيل بالجامعات... الخ، لا تفقد هذه المرافق صفة المرفق العام، كونها لا تسعى إلى كسب عوائد مالية بقدر ما يُعد ذلك وسيلة لتوزيع الأعباء العامة على كل المواطنين⁽¹⁾.

والغالب أن الدولة في تقريرها لضرورة مساهمة المنتفعين في تحمل نفقات المرفق عن الخدمة التي يقدمها بفرضها رسوماً معينة على ذلك، تنظر إلى أهمية الخدمة التي يقدمها المرفق العام للمنتفعين، فهناك من الخدمات اللازمة لكل الأفراد على مختلف مستوياتهم الاجتماعية مثل التعليم والرعاية الصحية التي تحرص الدولة على تقديمها مجاناً أو قد تكون الخدمة ليست في مستوى الأهمية ولا يستفيد منها إلا الفئات الاجتماعية القادرة على الدفع، فتقر الدولة هنا مساهمة المنتفعين في تحمل نفقات المرفق الذي يقدمها بدلاً من توزيعها على الكافة بتحميلها على الخزينة العامة، وفي كل الأحوال تعتبر هذه مرافق عامة لأنها تهدف إلى تحقيق النفع العام⁽²⁾.

وبذلك، فإن توافر عنصر النفع العام والسلطة العامة للمرفق يضي عليه صفة المرفق العام ويخضع لنظام قانوني خاص هو نظام القانون الإداري، الذي يقوم أساساً على ما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة، وإن كانت المرافق العامة الصناعية والتجارية تخضع في جانب هام من نشاطها لأحكام القانون الخاص نظراً لطبيعتها نشاطها⁽³⁾.

(١) يُنظر: د/ مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 137، د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري المرجع السابق، ص 137، د/ ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 372، 373، د/ محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الجزء الأول، سنة 1999، بدون دار نشر، ص 191، د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 26.

(٢) د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(٣) د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 366.

المبحث الأول

أنواع المرافق العامة

وضحنا في المطلب التمهيدي أن المرافق العامة تتنوع من حيث طبيعتها إلى عضوية وأخرى مادية، وأن أهمية التفرقة بين المرافق العضوية والمرافق المادية تتمثل في مسألة الخضوع لأحكام أي من القانونين العام أو الخاص، ومدى سلطة الدولة على المرفق. ولا تأخذ المرافق العامة صورة واحدة بل تتعدد أنواعها⁽¹⁾، تبعاً للزاوية التي ينظر منها إليها، فمن حيث طبيعة النشاط الذي تمارسه تقسم إلى مرافق إدارية ومرافق اقتصادية، ومرافق مهنية، ومن حيث استقلالها تنقسم إلى مرافق ذات شخصية معنوية مستقلة ومرافق لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ومن حيث نطاق نشاطها إلى مرافق قومية وأخرى محلية، ومن حيث مدى الالتزام بإنشائها إلى مرافق اختيارية ومرافق إجبارية⁽²⁾.

المطلب الأول

المرافق العامة من حيث طبيعة نشاطها

تنقسم المرافق العامة من حيث طبيعة نشاطها إلى ثلاثة أنواع:
أولاً: المرافق العامة الإدارية.

وهذه هي المرافق الإدارية بمعناها الدقيق⁽³⁾، ويقصد بها تلك المرافق التي تتناول نشاطاً لا يزاوله الأفراد عادةً، إما بسبب عجزهم عن ذلك لقلة أو انعدام مصلحتهم فيه⁽⁴⁾. ومثالها: مرافق الدفاع والأمن والقضاء، حيث أن هذه المرافق تمارس أنشطة تغاير الأنشطة التي يزاولها الأفراد، وتستهدف الدفاع عن سلامة الدولة من الناحية الخارجية وعن أمنها من الناحية الداخلية، مع ترك الأفراد أحراراً في مزاوله نشاطهم.

(1) تنقسم المرافق العامة في اليمن بتعدد أنواعها، وهو نتاج لدور الدولة المعاصرة في اليمن الذي أنتج مدلولاً واسعاً لمفهوم المرافق العامة، فإلى جانب المرافق العامة التقليدية هناك المرافق العامة المتمثلة في المؤسسات العامة والشركات العامة والشركات المختلطة، وقد يمتد نشاط المرافق العامة والمركزية إلى كافة أنحاء البلاد، وقد تكون محلية ينحصر نشاطها في إطار جغرافي محدد من البلاد كالمحافظة. يراجع د. خالد عمر باجنيد، القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 141.

(2) د/ مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 191 - 192.

(3) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 383.

(4) د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 279.

وتخضع المرافق العامة الإدارية من حيث الأصل لأحكام القانون العام وتتمتع بوسائله وامتيازاته، فعمالها يعتبرون موظفين عموميين، وأموالها أموالاً عامة، وتصرفاتها أعمالاً إدارية، وقراراتها تُعد قرارات إدارية، وعقودها عقوداً إدارية، وتحكمها المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة بانتظام واضطراد، كما تُعد هذه المرافق أساس ظهور قواعد القانون الإداري⁽¹⁾.

ثانياً: المرافق الاقتصادية (صناعية وتجارية):

وهي المرافق التي تزاول نشاطاً يماثل النشاط الذي يزاوله الأفراد تجارياً أو صناعياً أو زراعياً⁽²⁾. ومن أمثلتها المرافق التي تزاول النقل البري والجوي والبحري والسكك الحديدية أو الطائرات، والسفن... الخ، ومرافق البريد والمؤسسات الاقتصادية والإنتاجية، فهذه المرافق تزاول نشاطاً تجارياً أو صناعياً مماثلاً لنشاط الأفراد وتعمل في ظروف مماثلة لظروف عمل المشروعات الخاصة، وكثيراً ما تقوم بينهما منافسة تؤدي إلى صالح الأفراد، وقد زاد انتشار هذا النوع من المرافق في الدول المختلفة في الوقت الحاضر نتيجة انتشار مذهب التدخل.

وبسبب طبيعة النشاط الذي تؤديه هذه المرافق دعا الفقه الإداري الحديث والقضاء الإداري في فرنسا إلى ضرورة تحرير هذه المرافق من الخضوع لقواعد القانون العام. على الأقل فيما يتعلق بالنواحي المالية، وطرق الإدارة، دون أن يمنع ذلك من خضوعها لأحكام القانون العام باعتبارها نوعاً من أنواع المرافق العامة⁽³⁾.

وقد اختلف الفقهاء حول معيار تمييز المرافق العامة الاقتصادية عن المرافق العامة الإدارية على النحو الآتي:

1. معيار القانون الذي يخضع له المرفق: ذهب جانب من الفقه⁽⁴⁾ إلى أن المميز الرئيسي للمرافق الصناعية والتجارية ينحصر في خضوعها لأحكام القانون الخاص.

(1) يُنظر: د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص168، د/ مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص192.

(2) د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(3) لمزيد من التفصيل يُنظر: د/ سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص384 وما بعدها، د/ ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص379، د/ مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص112، 193.

(4) يُنظر: د/ ثروت بدوي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص177 وما بعدها. د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة، 2014، مرجع سابق، ص41 وما بعدها.

غير أن هذا المعيار غير سليم ولا يتفق مع المنطق لأن المطلوب هو تحديد نوع المرفق العام قبل إخضاعه لنظام قانوني معين، وليس العكس، أي أن خضوع المرفق الاقتصادي لقواعد القانون الخاص ما هو إلا نتيجة لثبوت الصفة الاقتصادية للمرفق.

2. معيار الغرض الأساسي للمرفق: طبقاً للرأي القائل بهذا المعيار فإن المرافق

الاقتصادية هي التي ينصب هدفها الأساسي على توفير إيرادات للإدارة بهدف تحقيق الربح مثلما هو الحال في المشروعات الخاصة⁽¹⁾.

ويؤخذ على هذا المعيار بأنه ليس المعيار القاطع لتمييز المرافق الاقتصادية أو التجارية، إذ أن تحقيق الربح ما هو إلا نتيجة منطقية لكون هذه المرافق اقتصادية أو تجارية، فتحقيق الربح ليس الغرض من إنشائها كونها تستهدف أساساً تحقيق المنفعة العامة⁽²⁾، كما أن المرافق الإدارية يمكن أن تحقق ربحاً من جراء ما تتقاضاه من رسوم تقوم بتحصيلها مقابل الخدمات التي تقدمها.

3. معيار طبيعة النشاط الذي يزاوله المرفق⁽³⁾

طبقاً للرأي القائل بهذا المعيار فإنه لكي يعتبر المرفق العام ذا طبيعة اقتصادية أو تجارية، يجب أن تكون الخدمات التي يؤديها هذا المرفق مما يعتبره القانون الخاص تجارياً فيما لو قام به أحد الأفراد.

وعلى الرغم من أن هذا الرأي أقرب إلى الدقة في تمييز المرافق العامة ذات الصبغة الصناعية والتجارية، وأخذ به الكثير من فقهاء القانون الإداري أمثال قالين وبونار وشافون، إلا أنه يغيب عن البال أن المرافق التجارية والصناعية هي مرافق عامة، لهذا تخضع للقواعد الضابطة لسير المرافق العامة جميعاً، والتي يسمى "القانون العام للمرافق العامة"، والتي تنحصر بثلاث قواعد رئيسية هي: سير المرفق العام بانتظام واطراد، وقابليته للتجهيز ليتلائم مع الظروف الجديدة، ومساواة المنتفعين أمامها، كما أن هذه المرافق تستفيد من

(1) يُراجع: بونار، موجزة بالقانون الإداري، 1935، ص 4.

(2) قضت محكمة القضاء الإداري في مصر: "... أن التطور الحديث في الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرفق الصناعي والتجاري مع أنه يعمل لتحقيق الربح ولكن الواقع من الأمر أن الهدف الرئيسي لمثل هذه المرافق ليس تحقيق الربح الذي يحققه إلا أثر من الآثار المترتبة على صفة المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية أو تجارية...". حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1957/6/2 القضية رقم 3480 لسنة 9 قضائية، مشار إليه مبادئ القانون الإداري د/ سليمان الطماوي، ص 386.

(3) د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 386 وما بعدها، د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص 169.

وسائل القانون العام كلما كانت هذه الوسائل لازمة أو مفيدة لها في أدائها لوظائفها، ومثال ذلك نزع الملكية، والاستيلاء المؤقت، والأشكال العامة، والقرارات الإدارية... الخ، وفي كل هذه الحالات يكون الاختصاص للمحاكم الإدارية، أما في ما عدا ذلك فإن الاختصاص للمحاكم القضائية والقانون الذي يطبق هو القانون الخاص⁽¹⁾.

ولم يقيّد القضاء الإداري الفرنسي بأي من المعايير السابقة باستمرار، وبذلك فإن الرأي الراجح هو القائل بترك الأمر للقضاء في تحديد المرافق الاقتصادية والتجارية إذا لم يكن القانون قد حدد بصورة قاطعة طبيعة المرفق، ويستهدي القضاء في تحديده ذلك بالمعايير السابقة، سواءً من حيث العنصر الموضوعي المتعلق بطبيعة النشاط الذي تزاوله الإدارة والذي ينبغي أن يكون هذا النشاط صناعياً أو تجارياً بطبيعته، أم من حيث العنصر الشخصي الذي يضع في الاعتبار رغبة الإدارة في تنظيم وإدارة المرفق الذي يزاول النشاط الصناعي والتجاري.

فيجب أن تكشف الإدارة عن نيتها في إخضاعه للنظام القانوني المقرر للمرافق التجارية والصناعية بأن تتولى الإدارة تسييره في ظروف مماثلة للمشروعات الخاصة⁽²⁾.

مدى خضوع المرافق الاقتصادية والتجارية للقانون الخاص:

تخضع المرافق الاقتصادية والتجارية للقانون العام والخاص معاً⁽³⁾، فقد استقر القضاء الإداري على أن تخضع لقواعد القانون الخاص في نشاطها ووسائل إدارتها، مع خضوعها لبعض قواعد القانون العام من قبيل انتظام سير المرافق العامة والمساواة بين المنتفعين بخدماتها وقابليتها للتغيير بما يتلاءم مع المستجدات، وتمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة اللازمة لحسن أدائها لنشاطها مثل نزع الملكية للمنفعة العامة، والاستيلاء المؤقت، وينعقد الاختصاص في هذا الجانب من نشاطها لاختصاص القضاء الإداري⁽⁴⁾.

(1) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 41، 42.

(2) أنظر: د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 389.

(3) د/ ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 380.

(4) طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن الأمور الآتية تخضع للقانون الخاص: عمال المرافق الاقتصادية والتجارية من غير شاغلي وظائف القيادة والتوجيه "المديرون والمحاسبون" يعتبرون موظفون عموميين يخضعون للقانون العام، وما عداهم يخضعون للقانون الخاص، وكذلك النظام المالي بدرجة كبيرة بما فيها الضرائب المستحقة على هذه المرافق تخضع للقانون الخاص، ودعاوي المسؤولية المترتبة على نشاط المرفق الاقتصادي والعقود التي تبرمها حتى مع الموردين، وكذلك علاقة المرفق بعملائه، جميعها تخضع للقانون الخاص.. يُراجع: د/سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 390، 391. د/ مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 195.

ثالثاً: المرافق العامة النقابية أو المهنية:

وهي المرافق التي تنشأ بقصد توجيه النشاط المهني ورعاية المصالح الخاصة بمهنة معينة⁽¹⁾، ويُعهد بإدارتها إلى أعضاء منتخبين من أبناء هذه المهنة، ويخولها القانون بعض امتيازات السلطة العامة، ويلزم كل من يمارسها بالانضمام إليها⁽²⁾.

فهذا النوع من المرافق يرمي إلى تنظيم المهن الرئيسية في الدولة عن طريق أبناء المهنة أنفسهم⁽³⁾، وقد ظهر هذا النوع من المرافق العامة وانتشر عقب الحرب العالمية الثانية، ويمكن التمييز بين نوعين رئيسيين من هذه المرافق⁽⁴⁾:

النوع الأول: مرافق التوجيه الاقتصادي:

ويهدف إلى المساهمة في التوجيه الاقتصادي في الدولة، وقد وجد هذا النوع قبل الحرب العالمية الثانية، ولكن نطاقه قد اتسع بعدها بوجود هيئات ومنظمات اقتضتها سياسة الاقتصاد الموجه، وما تطلبه مواجهة المشاكل التي كان يتعرض لها أصحاب هذه المهن والدفاع عنهم وحماية مصالحهم، ومن أشهرها في فرنسا الهيئات المسماة "بلجان التنظيم"، حيث ظهرت فيها لجان تنظيم الإنتاج الصناعي عام 1940م، واتخذت تلك المنظمات صوراً وتسميات مختلفة كان أشهرها لجان أو هيئات التنظيم، التي نظمها قانون 16 أغسطس 1940م، وكان الغرض منها إحصاء المشرعات الصناعية وإعداد خطة عامة للصناعة، وتنظيم أنواع المنافسة وتشغيل الأيدي العاملة... الخ، وقد أنشئت مع لجان التنظيم هذه لجان أخرى أطلق عليه اصطلاح "المكاتب المهنية" وقد تم إلغاؤها جميعاً سنة 1945، إلا أن المبادئ التي أقرها القضاء حول هذه المرافق في فرنسا ما زال له قيمته⁽⁶⁾. ويدخل في طائفة هذا النوع من المرافق في فرنسا الغرف التجارية والصناعية التي كانت تعيش في شكل المؤسسات العامة، فنظامها القانوني هو نظام المؤسسات العامة.

(1) د/ مازن ليلو راضي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 195.

(2) د/ ماجد رغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 381.

(3) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 393.

(4) يُراجع: د/ مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 291-292، د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 393.

(6) اختصت لجان التنظيم (Las committed organization) بالذكر كون المشرع الفرنسي قد خلع عليها امتيازات واسعة من امتيازات السلطة العامة ووسائل القانون العام، فكان من حقها أن تصدر قرارات فردية أو لائحية واجبة النفاذ.

أما لجان التنظيم - وما أنشئ على غرارها من هيئات - فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن هذه الهيئات لا يمكن أن تُعد مؤسسات عامة على الرغم من أنها تدير مرفق عام، ويحكمها نظام قانوني مختلط، إذ يشترك في تنظيمها القانون العام يطبقه مجلس الدولة، والقانون الخاص وتطبيقه المحاكم العادية⁽¹⁾.

وقد كان حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "مونبير" Monpeurt⁽²⁾ دور هام في وضع أسس النظام القانوني لهذه المرافق، حيث أصدرت إحدى لجان التنظيم هذه - وهي لجنة التنظيم الخاصة بصناعة الزجاج - قراراً طعن فيه السيد "مونبير Monpeurt" لدى مجلس الدولة، فقضى المجلس بأن لجان التنظيم هذه: "وإن كان المشرع لم يصنع منها مؤسسات عامة، فإنها مكلفة بالمساهمة في تنفيذ مرفق عام، ومن ثم فإن قراراتها التي تصدرها في مجال اختصاصاتها، سواءً عن طريق اللوائح أم عن طريق النصوص ذات الطابع الفردي، تعتبر قرارات إدارية⁽³⁾.

لقد كان هذا الحكم من الأحكام العامة ذات المبادئ التي وضعت أسس النظام القانوني لهذه المرافق، فالنشاط الذي تقوم عليه "لجان التنظيم" مرفق عام، و"لجان التنظيم" نفسها هيئات خاصة.

وبذلك فإنها تخضع لنظام قانوني مختلط، فالقانون العام يحكم "نشاط المرفق العام" الذي تقوم به هذه الهيئات، فهي بمقتضى هذا النشاط تصدر قرارات لائحية وقرارات فردية، وتعتبر قرارات إدارية يمكن الطعن فيها بالإلغاء لدى مجلس الدولة.

وأما التنظيم الداخلي لهذه الهيئات وفي علاقاتها بموظفيها وعمالها وإدارتها لأموالها، فإنه يدخل في نطاق القانون الخاص، وهي إذا فصلت موظفاً أو أبرمت عقداً في إدارة أموالها، كانت المنازعات من اختصاص المحاكم العادية⁽⁴⁾.

(1) أشار لهذا الحكم الدكتور/ مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص 81 وما بعدها في أكثر من صفحة من صفحات المرجع، وهو مأخوذ عن:

Monpurt: C.E:31 Juil. 1942. Rec. P. 2395. 1942-3-37 concl. Segalat D. 1942- 138 note
Bonnard: J.C.P. 1942-2046 note LA rogue

(2) مشار إليه لدى د/ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 81.

(3) د/ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص 85.

(4) د/ مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط القانون الإداري، المرجع السابق، ص 85.

أما في مصر فليس هناك ما يقابل لجان التنظيم التي كانت موجودة في فرنسا وكل ما هو موجود هو الغرف التجارية والصناعية، وطبقاً لقضاء مجلس الدولة المصري فإن الغرف التجارية يحكمها نظام المؤسسة العامة، وهو ما سار عليه التشريع المصري بعد ذلك في القانون رقم 189 لسنة 1951، المنظم لها، والذي نصت مادته الأولى على اعتبارها من المؤسسات العامة، ومقتضى ذلك تكون: "قرارات الغرف التجارية ما هي إلا قرارات إدارية قابلة للطعن عليها بالإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري مجلس الدولة شأنها في ذلك شأن باقي القرارات الإدارية.."⁽¹⁾.

وكذلك الأمر بالنسبة للغرف الصناعية، يحكمها نظام المؤسسة العامة، وذلك طبقاً للقانون رقم 21 لسنة 1958 الذي صدر لتنظيم الصناعة وتشجيعها في مصر، وقضت المادة (28) بأن: "تتشأ الهيئات الآتية بقرار من رئيس الجمهورية: 1. الغرف الصناعية 2. المجالس الإقليمية للصناعة 3. اتحاد الصناعات. ويكون لهذه الهيئات الشخصية الاعتبارية، وتعتبر من المؤسسات العامة". وهو ما أكدته القرار الجمهوري رقم 453 لسنة 1958 بإنشاء الغرف الصناعية -الذي جاء في مادته الأولى بأن إنشاء غرف صناعية للصناعات التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير الصناعة وتعتبر هذه الغرف من المؤسسات العامة.."⁽²⁾.

النوع الثاني: مرافق التنظيم المهني:

وهي المرافق العامة النقابية "أو المهنية" وتهدف إلى تنظيم المهن الحرة المختلفة كالمحاماة والطب والهندسة، وتتكون من النقابات المهنية المختلفة كنقابة المحامين ونقابة المهندسين ونقابة المهن الفنية.

وقد بدأ الفقه الإداري في فرنسا يهتم بأمر هذه النقابات المهنية بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "بوجان" Bouguen سنة 1943 التي كان الأمر فيها يتعلق بقرار صدر من أحد المجالس الإقليمية لنقابة الأطباء بمنع الطبيب بوجان من الاستمرار في

(1) المادة (1) من القانون المصري رقم 189 لسنة 1951 المنظم للغرف التجارية والصناعية، مشار إليه في د/ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع نفسه، ص412.

(2) لمزيد من التفصيل أنظر: القانون المصري رقم 21 لسنة 1958م بشأن تنظيم الغرف الصناعية، القرار الجمهوري رقم 453 لسنة 1958م بإنشاء الغرف الصناعية في مصر، د/ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق نفسه، ص 411 - 412.

عيادته الثانية التي اتخذها في بلدة ثانية غير تلك التي يقيم فيها، وقد طعن السيد بوجان في هذا القرار لدى المجلس الأعلى لنقابات الأطباء ولكن هذا المجلس رفض طعنه وأبقى على قرار المجلس الإقليمي كما هو، وإزاء ذلك لجأ الطبيب بوجان إلى مجلس الدولة ليطعن بالإلغاء في قرار المجلس الأعلى لنقابة الأطباء، وقضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء هذا القرار، وقال وهو يعرض لاختصاصه بنظر الدعوى أن: "المشروع قد أراد أن يجعل من تنظيم مزاوله مهنة الطب والرقابة عليها مرفقاً عاماً وأنه إذا كان المجلس الأعلى لنقابة الأطباء لا يعتبر مؤسسة عامة فإنه يساهم في سير هذا المرفق..."⁽¹⁾.

وتخضع قرارات النقابة لرقابة القضاء الإداري فتخضع النقابة في كافة المسائل المتصلة بتنظيم المهنة لأحكام القانون العام⁽²⁾. وما عدا ذلك من أعمال النقابة كتلك المتصلة بالعاملين فيها ومعاشات أعضائها أو أموالها الخاصة وعقودها فتحكمها قواعد القانون الخاص.

على أن النقابات المهنية التي عرضنا لها يجب عدم الخلط بينها وبين نقابات العمال، فالأولى تعتبر من أشخاص القانون العام، على خلاف الثانية التي تعتبر من أشخاص القانون الخاص، كما أن القواعد القانونية التي تحكم التنظيم الداخلي للنقابات المهنية تختلف عن تلك التي تحكم نشاطها الداخلي للنقابات المهنية في علاقاتها بعمالها وموظفيها، وفي إدارتها لأموالها. وأما نشاط المرفق العام الذي تقوم عليه نقابة مهنية وما تصدره من قرارات لائحية أو قرارات فردية في هذا الشأن فإن القانون العام هو الذي يحكمه⁽³⁾.

المرفق العامة النقابية أو المهنية في القانون اليمني:

منظمات المجتمع اليمني واحدة من العناصر الفعالة في الأسس السياسية، حيث أن الدستور المعدل 2001 الحالي للجمهورية اليمنية قد بين بصراحة ووضوح حق المواطنين

- (1) مشار إليه لدى د/ مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 85، ص 293- 412. مأخوذ من (منشور في سيرى 1944-2-2565) note celive 1944-4565.
- (2) جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1958/4/12 "إن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة وهي مرافق عام، مما يدخل في صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة، فإن رأيت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لأنهم أقدر عليه مع تخويلهم نصيباً من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقها في الإشراف والرقابة تحقيقاً للمصالح العام، فإن ذلك لا يغير من التكييف القانوني لهذه المهن بوصفها مرافق عامة" مشار إليه لدى د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 397.
- (3) لمزيد من التفصيل يُنظر: د/ مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص 85، 86، 87، ص 291.

في تكوين النقابات والمنظمات العلمية والثقافية والاجتماعية والاتحادات الوطنية، لذلك فإن تشكيلها والعمل بها من قبل المواطنين ما هو إلا تحقيق لحق دستوري⁽¹⁾، أكدته المادة 58 من الدستور اليمني التي تنص على أن: "للمواطنين في عموم الجمهورية - بما لا يتعارض مع نصوص الدستور - الحق في تنظيم أنفسهم سياسياً ومهنياً ونقابياً والحق في تكوين المنظمات العلمية والثقافية والاجتماعية والاتحادات الوطنية بما يخدم أهداف الدستور، وتضمن الدولة هذا الحق...، كما تتخذ جميع الوسائل الضرورية التي تمكن المواطنين من ممارسته، وتضمن كافة الحريات للمؤسسات والمنظمات السياسية والنقابية والثقافية والعلمية والاجتماعية"⁽²⁾.

وتشكل النقابات على أساس نقابة عامة واحدة لجميع عموم الجمهورية ولها فروع كثيرة في كل محافظات الجمهورية وتساهم في إقناع الطبقات والفئات الاجتماعية المختلفة بأهدافها نحو ترسيخ سلطتهم وتعزيز دورهم في الرقابة عليها⁽³⁾.

وعلى عكس المقنن المصري، فإن المقنن اليمني لم ينص على اعتبار الغرف التجارية الصناعية من المؤسسات العامة.

فطبقاً للمادة (3) من القانون رقم (28) لسنة 2003م بشأن الغرف التجارية الصناعية واتحادها العام، تنشأ الغرف بقرار من وزير الصناعة والتجارة بناءً على طلب من الاتحاد العام للغرف التجارية والصناعية، كما يكون للغرفة شخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة⁽⁴⁾.

ويتكون الاتحاد العام للغرف التجارية والصناعية من الغرف التجارية والصناعية المنشأة في الجمهورية، حيث نصت المادة (43) من القانون المذكور على أن: "ينشأ بمقتضى هذا القانون اتحاد عام للغرف التجارية الصناعية يكون مقرها "أمانة العاصمة" ويتمتع الاتحاد بشخصية اعتبارية وذمة مالية مستقلة تخوله ممارسة التصرفات القانونية والتقاضي أمام المحاكم"⁽⁵⁾.

(1) د/ خالد عمر عبدالله باجنيد، د/ أحمد صادق الجيزاني، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مؤلف مشترك، سلسلة الكتاب الجامعي، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، عدن، 2003، ص 299.

(2) المادة 58 من دستور الجمهورية اليمنية المعدل 2001.

(3) د/ خالد عمر باجنيد، د/ أحمد صادق الجيزاني، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص 299.

(4) المادة (3) من القانون رقم (28) لسنة 2003م بشأن الغرف التجارية والصناعية واتحادها العام.

(5) المادة (43) قانون الغرف التجارية الصناعية واتحادها العام، المرجع السابق.

وعلى الرغم من انتشار النقابات المهنية في اليمن انتشاراً محسوساً وزاد عددها إلى حد كبير، مثل نقابة الأطباء ونقابة الصيادلة، ونقابة المهن التعليمية والتربوية، ونقابة المحامين، ونقابة المهندسين... الخ، وغيرها من النقابات النوعية⁽¹⁾، إلا أن الفقه الإداري اليمني⁽²⁾ يرى أن وضع النقابات المهنية في الجمهورية اليمنية غير محدد قانوناً، وأن ممارسة المهن غير محكوم تنظيمياً عبر النقابات التي لا تملك أية سلطة على من يمارسون المهنة، كالأطباء والمهندسين، وإن كان الأمر يختلف بالنسبة لنقابة المحامين الذي صدر القانون رقم 31 لسنة 1999 بشأن تنظيم مهنة المحاماة، وبدأ يأخذ طابع تنظيم هذه المهنة عبر نقابة المحامين.

وتطبيقاً للمبادئ التي أقرها الفقه والقضاء الإداري المصري، والفرنسي بصورة عامة، والتي من مقتضاها أن المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة هي مرافق عامة⁽³⁾، فإن المهن التي صدرت بتنظيمها وأعطت النقابة الخاصة بها حق تنظيم هذه المهنة، فإنه يمكن القول أن مثل تلك النقابات المهنية هي من المرافق العامة، وتخضع في نشاطها الخارجي في أداء المهمة الموكلة إليها في الإشراف على مهنة معينة للقانون العام، أما تنظيمها الداخلي في علاقاتها بعمالها وأموالها وعقودها فيحكمه القانون الخاص، كما أنها تتمتع بالشخصية الاعتبارية وذمة مالية مستقلة تخولها ممارسة التصرفات القانونية، والنقاضي أمام المحاكم الابتدائية والاستئنافية والمحكمة العليا طبقاً للنظام الموحد الذي أخذ به القضاء اليمني. وكل ذلك بطبيعة الحال ما لم ينص القانون المنظم لأي نوع من هذه النقابات على خلاف ذلك⁽⁴⁾.

- (1) يجب عدم الخلط بين هذا النوع من النقابات ونقابات العمال التي ينظمها القانون رقم (35) لسنة 2002م والذي نص في المادة (4) منه على أنه: "لا يسري هذا القانون على: (1) الجمعيات والمؤسسات الأهلية (2) الجمعيات والاتحادات التعاونية (3) النقابات النوعية التي تنشأ وفقاً لقوانين خاصة بها..".
- (2) د. خالد عمر باجنيد، القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 199.
- (3) يُنظر د/ ماجد رغب الحلو، القانون الإداري، مرجع السابق، ص 282، 283، وفي فرنسا راجع حكمي مجلس الدولة في قضية ومبير Monpeurt وقضية بوجان Bouguen السابق ذكرهما.
- (4) فنجد أنه على خلاف القواعد المقررة بالظعن في قرارات الجمعية العمومية، ومجلس النقابة للنقابات بصورة عامة أو الغرف التجارية والصناعية، والتي تقضي بأن يقدم الظعن من ذي المصلحة أو صاحب الصفة أمام المحكمة المختصة، وهي المحاكم الابتدائية عموماً، فإن القانون رقم (31) لسنة 1999 بشأن تنظيم مهنة المحاماة، قد جعل الظعن في قرارات الجمعية العمومية للنقابة ومجلس النقابة أمام المحكمة العليا خلال 30 يوم من إبلاغ صاحب المصلحة في الظعن بالقرار، وكذلك قرارات الجمعية العمومية للفروع ومجالس التأديب الفرعية، يتم الظعن فيها أمام المحكمة الاستئنافية على أن ترفع خلال (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغ صاحب المصلحة بالقرار... (يراجع نص المادة 100 من القانون المذكور).

وبذلك فإن في هذه الأنواع الثلاثة من المرافق العامة المذكورة في الثلاثة الفروع السابقة، "يتجلى التطور الحديث الذي تناول فكرة المرفق العام"⁽¹⁾، كما يقول الفقيه الإداري المصري الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي: "المرفق الإدارية تمثل المرافق التقليدية التي تقوم على أساس المشروعات الإدارية ووسائل القانون العام. والمرافق الاقتصادية يتمثل فيها الخدمات العامة التي أُقيمت على عاتق الدولة نتيجة للأفكار الاشتراكية، والتي تخضع لوسائل القانون الخاص إلى حد كبير، والمرافق المهنية يتجلى فيها معاونة الأفراد للدولة الحديثة في أداء واجباتها وتمكينهم بالتالي من ممارسة قدر معين من السلطة العامة كان فيما مضى وفقاً على الدولة.

ولهذا ففكرة المرفق العام لم تهدم ولكنها تطورت لكي تستجيب لمستلزمات الإدارة الحديثة"⁽²⁾.

المطلب الثاني

المرافق العامة من حيث الاستقلال

تنقسم المرافق العامة من حيث استقلالها إلى مرافق تتمتع بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية ومرافق لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

فالمرافق التي تتمتع بالشخصية المعنوية هي المرافق التي يعترف لها قرار إنشائها بالشخصية المعنوية، ويكون لها كيان مستقل كمؤسسة عامة، مع خضوعها لقدر من الرقابة أو الوصاية الإدارية⁽³⁾. وذلك مثل الجامعات التي تمنح الشخصية الاعتبارية المستقلة عن وزارة التعليم العالي.

أما المرافق العامة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية فهي المرافق التي لا يعترف لها قرار إنشائها بالشخصية المعنوية، ويتم إلحاقها بأحد أشخاص القانون العام وتكون تابعة لها⁽⁴⁾. وذلك كمرافق التعليم المختلفة من مدارس ومعاهد ومراكز... الخ تتبع وزارة التربية

(1) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 398.

(2) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(3) د/ مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 196.

(4) د/ مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 196.

والتعليم ومرافق الصحة كالمستشفيات والمختبرات العامة... الخ التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية وإنما تتبع وزارة الصحة.

وتبدو أهمية التفرقة بين المرافق التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية والمرافق التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية من حيث مجال الاستقلال المالي والإداري ومن حيث تحديد المسؤولية، إذ تملك المرافق العامة المتمتعة بالشخصية الاعتبارية قدراً كبيراً من الاستقلال الإداري والمالي والفني في علاقتها بالسلطة المركزية مع وجود قدر من الرقابة كما بينا، وكذلك فإن المرافق المتمتعة بالشخصية الاعتبارية تكون مسئولة عن أخطائها الضارة في ميزانيتها، بينما المرافق التي لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية تسأل عنها الدولة أو الوزارات التي تتبعها⁽¹⁾.

وجرى العمل في القوانين والقضاء الفرنسي والمصري قديماً وحالياً أن إنشاء المرافق العامة لا يتم إلا بإجراء من السلطة العامة، بحيث لا يمكن الاعتراف بصفة المرفق العام إلا عندما يكون للسلطة العامة الرأي الأعلى في إنشائها وتنظيمها وإغائها، والسلطة العامة التي تنشئ المرفق العام هي التي تمنحه في قرار إنشائه الشخصية المعنوية التي تحقق لها الاستقلال المالي والإداري، أو لا تعترف له في قرار إنشائه بالشخصية المعنوية، وإنما يتم إلحاقه بأحد أشخاص القانون العام ويكون تابعاً له⁽²⁾.

وطبقاً للقرار الجمهوري بالقانون رقم (35) لسنة 1991م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة في الجمهورية اليمنية فإنه يجوز أن يكون للهيئات والمؤسسات والشركات العامة فروع أو مكاتب داخل الجمهورية أو خارجها، وتتمتع هذه الوحدات بالشخصية الاعتبارية ويكون لها ذمة مالية مستقلة⁽³⁾.

(1) يُنظر: د/أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز أحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص 170-171، د/ مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 197.

(2) د/ ثروت بدوي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 403، 407. و د/ مازن ليلو أبو ماضي، القانون الإداري مرجع سابق، ص 179.

(3) قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العام رقم (34) لسنة 1991، المواد 5، 6.

المطلب الثالث

المرافق العامة، القومية، والمرافق الإقليمية المحلية

وهذا التقسيم ينظر إليه من زاوية نشاط المرافق العامة وأهميتها، والمرافق القومية هي التي يشمل نشاطها الدولة كلها، بحيث يستفيد منها أكبر عدد ممكن، لهذا فإن الدولة هي التي تشرف على إدارتها عادة حتى تحقق هذه الاستفادة على أكمل وجه⁽¹⁾، ومن أمثلتها مرافق الدفاع والأمن الوطني، والجمارك... الخ.

أما المرافق الإقليمية أو المحلية فهي التي يقتصر نطاق نشاطها على جزء من إقليم الدولة، كمحافظة أو مديرية، ويستفيد من هذه المرافق بصفة أساسية أبناء الإقليم نفسه، وذلك كمرافق النقل الداخلي، وخدمات المياه والصرف الصحي⁽²⁾.

لذلك فإن الذي يتولى إنشاء إدارة المرافق المحلية في الدول التي تأخذ بنظام اللامركزية الإدارية، هي الهيئات المحلية المنتخبة الممثلة لسكان هذه الوحدات، أي المجالس المحلية للمحافظات والمديريات في الجمهورية اليمنية التي تخضع لها المرافق المحلية من حيث الإنشاء والإشراف والإدارة، بل والإلغاء أيضاً كما سبق الإيضاح أن القاعدة العامة من يملك الإنشاء يملك الإلغاء.

وتتمثل أهمية التفرقة بين النوعين من المرافق من حيث المسؤولية، حيث تتحمل الدولة المركزية مسؤولية الأخطاء الضارة الصادرة من المرافق القومية، بينما تتحمل الأشخاص الاعتبارية العامة الإقليمية مسؤولية الأخطاء الضارة الصادرة من المرافق الإقليمية.

على أنه يلاحظ أن تقسيم المرافق العامة إلى قومية وإقليمية لا يعني انعدام الصلة بين النوعين، بل تظل المرافق القومية رافداً للكفاءات والخبرات الإدارية والمعونات العينية بالنسبة للمرافق الإقليمية، كما أن النوعين من المرافق قد يشتركان من حيث خضوعهما لسلطة إشرافية واحدة، فالمحافظون مثلاً يشرفون على المرافق العامة القومية والمحلية في الأقاليم في نفس الوقت، مما جعلهم نقطة وصل مستمر بين النوعين⁽³⁾.

(1) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 338.

(2) د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري، مرجع سابق، ص 167.

(3) د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، المرجع السابق، ص 168.

المطلب الرابع

المرافق العامة من حيث مدى الالتزام بإنشائها

هذا التقسيم يُنظر إليه من زاوية حرية الإدارة في إنشائها، فالأصل في المرافق العامة أن يتم إنشائها بشكل اختياري من جانب الدولة. وتملك الإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار وقت ومكان إنشاء المرفق ونوع الخدمة أو النشاط الذي يمارسه وطريقة إدارته⁽¹⁾، فالمرافق العامة تنشئها الدولة متى تبين لها أن حاجة من الحاجات العامة يجب أن تشبع عن طريق مرفق عام، ولا يستطيع الأفراد إجبار الدولة على إنشاء المرفق العام، فلها سلطة تقديرية كما ذكرنا وهي التي تقدر ضرورة إنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة من المرفق. ويطلق الفقه على المرافق العامة التي تنشئها الإدارة بسلطتها التقديرية اسم المرافق العامة الاختيارية⁽²⁾.

لكن الإدارة قد تكون ملزمة استثناء بإنشاء بعض المرافق العامة عندما يلزمها القانون أو جهة إدارية أعلى بإنشائها، وذلك مثل إنشاء الإدارة لمرفق الأمن أو الصحة، التي تُعد مرافق إجبارية بطبيعتها كونها تهدف لحماية الأمن والصحة العامة وغالباً ما تصدر القوانين بإنشائها⁽³⁾.

وعندما تفقد الإدارة المختصة سلطتها التقديرية في إنشاء المرفق العام، ويصبح إنشاء هذا المرفق العام ملزماً للإدارة فإن هذا النوع من المرافق يسمى المرافق العامة الإجبارية. وعلي العموم، مهما كان تنوع المرافق العامة أو تعدد صورها تبعاً للزاوية التي ينظر منها وإليها، فإن إنشاء المرافق العامة؛ سواءً في فرنسا أم في مصر أم في اليمن لا يتم إلا بإجراء من السلطة العامة، فالمرفق العام يرتبط بالسلطة العامة ارتباطاً معنوياً، بحيث لا يمكن الاعتراف بطبيعة المرفق العام إلا عندما يكون للسلطة العامة الرأي الأعلى في إنشائه وتنظيمه وإلغائه، فالمهم في تحديد صيغة المرفق العام هو وجود ذلك الارتباط العضوي بين المشروع والسلطة الادارية، بحيث يكون لها الهيمنة الكاملة في إنشاء وتنظيم وإلغاء المشروع الذي يُعد مرفقاً عاماً.

(1) د/ مازن ليلو راضي، القانون الاداري، مرجع سابق، ص198.

(2) د/ محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، 1982، ص138.

(3) د/ مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص199.

المبحث الثاني

طرق إدارة المرافق العامة

تتنوع طرق إدارة المرافق العامة لاسيما من حيث درجة تدخل الدولة، وهذا التنوع نتيجة لعوامل واعتبارات كثيرة تضعها الإدارة نصب عينها عند إتباعها لهذا الأسلوب أو ذاك من أساليب إدارة المرافق العامة.

فطبيعة النشاط الذي يقوم به المرفق وأهميته، والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية للدولة، تجعل من الملائم تنوع طرق إدارة المرافق العامة.

حيث أن أهمية المرفق قد تفرض على الدولة إدارته بالطريق المباشر، وطبيعته قد تقتضي إدارته عن طريق المؤسسة العامة أو الهيئة العامة، وإمكانات الدولة قد تجعلها تلجأ إلى إدارته بنظام الامتياز "أي بواسطة الأفراد"، كما أن سياسة الدولة في تنمية القطاع المختلط قد تملي على الدولة إدارة بعض المرافق الاقتصادية عن طريق اشتراك الدولة مع الأفراد بنظام الاقتصاد المختلط⁽¹⁾.

على أنه مهما تكن الطريقة المتبعة في إدارة المرفق العام فإنها لا تؤثر على طبيعته، كما أن رقابة الدولة موجودة دائماً، ولكن الخلاف ينحصر في درجة هذه الرقابة، وهذا هو المميز الأساسي للمرفق العام⁽²⁾، وأهم طرق إدارة المرافق العامة هي⁽³⁾:

1. الاستغلال المباشر.
 2. أسلوب طريقة المؤسسة أو الهيئة العامة.
 3. التزام أو امتياز المرافق العامة.
 4. الاستغلال المختلط.
- وسنقوم ببيان تلك الطرق بشيء من التفصيل في المطالب التالية:

(1) د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الاداري، مرجع سابق، ص138.

(2) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الاداري، مرجع سابق، ص404.

(3) لمزيد من التفصيل في طرق إدارة المرافق العامة ينظر: د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص404 وما بعدها، د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، مرجع سابق، ص138 وما بعدها، د/ مازن ليلو راضي، القانون الاداري، مرجع سابق، ص209 وما بعدها، د/ ماجد راغب الحلو، القانون الاداري، مرجع سابق، ص401 وما بعدها، د/ مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الاداري، مرجع سابق، ص363 وما بعدها.

المطلب الأول

طريق الاستغلال المباشر

يقصد بهذه الطريقة أن تقوم الدولة بنفسها - سواءً أكانت السلطة المركزية أم سلطة محلية - بإدارة المرفق العام مستعينة في ذلك بأموالها وموظفيها ومستخدمة في ذلك وسائل القانون العام. وتتبع هذه الطريقة في إدارة المرافق العامة الإدارية القومية، نظراً لخطورتها⁽¹⁾، وأهميتها واتصالها بسيادة الدولة كمرفق الأمن والدفاع والقضاء، أو لإحجام الأفراد عن القيام بها لقلّة أو انعدام أرباحها⁽²⁾.

وهذا النظام لا يقتصر على المرافق العامة الإدارية وحدها، بل إن كثيراً من الدول قد تلجأ إلى هذه الطريقة أحياناً لإدارة بعض المرافق الصناعية أو التجارية مثلما كان الأمر في مصر سابقاً، عندما استعملته في إدارة بعض المرافق الصناعية أو التجارية كمرفق السكك الحديدية أو الاتصالات السلكية واللاسلكية قبل أن تتحول تلك المرافق إلى مؤسسات وهيئات عامة⁽³⁾. وأصبحت الكثير من المرافق الإدارية في الوقت الحاضر تدار بهذه الطريقة وكذلك بعض المرافق الصناعية والتجارية متى وجدت الإدارة أن من المناسب عدم ترك إدارتها لأشخاص القانون الخاص، وتخضع المرافق الصناعية والتجارية في هذه الحالة لقواعد القانون العام فيما يتعلق بسيرها وإدارتها، وتعيين موظفيها وتحديد مرتباتهم وترقياتهم واختصاصاتهم، كما تخضع ميزانيتها لقواعد المالية العامة⁽⁴⁾.

وتُعد ميزة المرافق العامة التي تدار بطريقة الاستغلال المباشر أنه يغلب عليها طابع المصلحة العامة دون طابع الربح إلى الحد الذي يجعلها تقدم خدماتها مجاناً أو بمقابل رسوم رمزية لاتكاد تغطي نفقات توفير تلك الخدمات⁽⁵⁾.

(1) قامت الإدارة في اليمن في فترات متفاوتة بترك الأفراد يمارسون نشاط مرافق عامة إدارية بحته، كجباية ضرائب القات التي كانت تتم في منافذ المدن وأسواق القات العامة، حيث كان يتولاها ملتزم (مقاول) نظير دفع مبلغ إجمالي للدولة، إلا أنه تم العدول عن ذلك لعدم اتفاقه مع القوانين والأنظمة السارية في الجمهورية اليمنية، التي تعطي سلطة جباية الضرائب المختلفة للجهة المختصة المتمثلة بمصلحة الضرائب وفروعها.

(2) يُنظر: د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 139، د/ مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 210.

(3) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 405.

(4) يُنظر: د/ مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 210، د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

(5) د/ ثروت بدوي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 466.

على أنه إذا كانت طريقة الاستغلال المباشر تمتاز بأنها تناسب المرافق القومية، إلا أن إتباعها بالنسبة للمرافق الاقتصادية لا يساعد في رفع كفاءتها الإنتاجية نظراً لما تنطوي عليه من روتين إداري بطيء وتعقيدات لا تتفق وطبيعة هذه المرافق وظروف تشغيلها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

أسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة

قد يلجأ المقنن إلى أسلوب آخر لإدارة المرافق العامة، فيمنح إدارتها إلى أشخاص عامة تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة ويسمح لها باستخدام وسائل القانون العام، ويكون موظفيها موظفين عموميين، وأموالها أموال عامة، وأعمالها أعمالاً إدارية، وهذا هو أسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة⁽²⁾، فقد تدير الدولة المرافق العامة عن طريق منظمة تتمتع بالشخصية الاعتبارية وتسمى مؤسسة عامة أو هيئة عامة⁽³⁾.

أسس فكرة إنشاء المؤسسة العامة:

يطلق على هذه الأشخاص الإدارية التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية بأنها هيئات عامة إذا كان نشاط المرفق الذي تديره تقديم خدمات عامة، أما إذا كان موضوع نشاط المرفق تجارياً أو صناعياً أو زراعياً أو مالياً فيطلق عليها مؤسسة عامة⁽⁴⁾، وتقوم فكرة المؤسسة العامة على الأسس الآتية⁽⁵⁾:

1- المؤسسة العامة طريقة من طرق إدارة المرافق العامة أو نشاط إداري تتوافر فيه صفات المرفق العام.

- (1) يُنظر: د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 402.
- (2) يطلق على هذه الطريقة اصطلاح الأشخاص المرفقية أو المصلحية، وهي تتمتع بالشخصية المعنوية العامة وتنشأ لإدارة مرفق عام. يُنظر: د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، الصفحة ذاتها، د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 136.
- (3) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 407.
- (4) لمزيد من التفصيل حول التمييز بين الهيئات والمؤسسات العامة ينظر: د/ طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 272 وما بعدها، د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 402، 423. د/ مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 212، د/ عبدالله حمود قلامه، القانون الإداري وقضايا الوظيفة العامة في اليمن، مكتبة الصادق، صنعاء، 2010م، ص 128.
- (5) يُنظر: د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 407 وما بعدها، د/ طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 460 وما بعدها.

2- يدار المرفق في هذه الحالة عن طريق منظمة عامة، فطريقة المؤسسة العامة هي طريقة من طرق الإدارة المباشرة ولا تختلف عن طريقة الاستغلال المباشر إلا في تمتع المؤسسة العامة بالشخصية المعنوية، لذلك فالقرارات الصادرة من المؤسسة العامة هي قرارات إدارية، وعمال المؤسسة العامة موظفون عموميين، والأعمال التي تتم على عقار لصالحها تعتبر أشغالاً عامة، وأموالها أموال عامة...الخ.

3- المرفق الذي يدار عن طريق المؤسسة العامة يمنح الشخصية المعنوية التي ترفق له قدر كبير من الاستقلال الذي يساعده على تحقيق أهدافه، لذلك يعتبر الفقهاء الإدارة عن طريق المؤسسة العامة نوع من اللامركزية ويطلقون عليها اللامركزية المرفقية التي تقابلها اللامركزية الإقليمية، الصورة الأخرى من صور اللامركزية الإدارية⁽¹⁾.

ويترتب على تمتع المرفق العام بالشخصية المعنوية أن تكون له ذمة مالية مستقلة عن مالية الدولة، بحيث يكون مستقلاً بإيراداته ومصروفاته، يتحمل في حدودها مسؤولية أعماله، ويكون له الحق في قبول الهبات والوصايا ويوقف عليه. وترفع عليه الدعاوى ويكون له حق التقاضي والتعاقد...الخ. ويتحمل وحده المسؤولية عن أعماله الضارة، ويعتبر موظفوه موظفين عموميين، غير أنهم يكونون مستقلين عن موظفي الدولة، ويجوز أن توضع لهم أنظمة خاصة بهم تختلف عن الأنظمة المتبعة بالنسبة لبقية موظفي الدولة، على أن استغلال المؤسسات العامة مقيد بقيدين⁽²⁾:

الأول: قيد التخصص، فالمؤسسات العامة تنشأ لتحقيق أغراض محددة وليس لها أن تخرج عليها.

الثاني: خضوع المؤسسات العامة للوصاية الإدارية بحيث تمارس الحكومة الرقابة عليها لكي تتأكد من عدم خروجها عن الغرض المحدد لإنشائها.

(1) د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 47- 48.

(2) د/ سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 409، د/ مصطفى أبو زيد فهمي، مرجع سابق، ص 376- 378.

إنشاء المؤسسة العامة والغاؤها:

القاعدة المستقرة فقهاً وقانوناً أن المؤسسة العامة لا تنشأ إلا بقانون أو بناءً على قانون⁽¹⁾، ولكن لا يستلزم ذلك أن ينشئ القانون المؤسسة العامة بذاتها أي بصورة فردية، بل يكفي أن يكون ذلك بصورة مؤسسة عامة، كما أن إنشاء المؤسسة العامة بقانون أو بناءً على قانون لا يلزم أن يكون صريحاً، فقد يكون ضمناً يستدل عليه من مجموعة القواعد المنظمة للمرفق الذي يستهدفه القانون. وعلى أية حال، فإن تدخل المقتن لإنشاء المؤسسة العامة قد يتحقق في العمل في إحدى صورتين: فإما يكون تدخلاً مباشراً وذلك حين ينشئ القانون مرفقاً عاماً جديداً يمنحه الشخصية المعنوية، أو حين يقرر الشخصية المعنوية لمرفق عام موجود سلفاً، وإما تدخلاً غير مباشر، حيث يكتبي القانون بوضع الشروط المتعلقة بمنح الشخصية المعنوية ثم يترك الأمر بعد ذلك للإجراءات الإدارية التي يمكنها أن تتصرف في كل حالة على حدة⁽²⁾.

وتنتهي المؤسسات العامة بالاستغناء عن المرفق العام عن طريق إلغائه أو بسحب الشخصية المعنوية المعترف بها للمرفق، كما قد تدمج المؤسسة العامة في مؤسسة عامة أخرى يكون نشاطها قريباً من نشاط المؤسسة المندمجة⁽³⁾.

مزايا وعيوب أسلوب المؤسسة او الهيئة العامة:

لنظام الأشخاص المرفقية "المؤسسات أو الهيئات العامة" مزايا متعددة إذا حسن تطبيقها في إدارة المرفق العامة على النحو الآتي⁽⁴⁾:

- 1- تحرر المرفق من الروتين وقيود الإدارة الحكومية وإتباع أساليب الإدارة التي تتفق وطبيعة نشاط المرفق وظروفه، كما هو الحال في المؤسسات والهيئات الاقتصادية.
- 2- التخفيف من العبء الملقى على الحكومة والذي يقتصر دورها إزاء هذا النوع من المرافق على رقابتها أو ممارسة الوصاية الإدارية عليها.

(1) د/سعاد الشرفاوي، القانون الإداري وتحرير الاقتصاد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص155 وما بعدها، د/سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، مرجع سابق، ص57 وما بعدها.

(2) د/ طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سابق، ص457-458.

(3) يُراجع د/سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص408، وما بعدها، د/أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص139، وما بعدها.

(4) د/ سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص410، 411، د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص404.

3- إبعاد المؤسسات والهيئات العامة عن التيارات السياسية فتحاول هذه المرافق باستقلال سلوك أفضل الطرق الموضوعية لتحقيق أهدافها.

4- فكرة تخصيص المؤسسة العامة بنشاط من نوع معين، تمكن من أن تعهد بهذا النشاط لأشخاص فنيين متخصصين في هذا النوع من النشاط، بحيث تؤدي المؤسسة العامة واجبها على أكمل وجه.

5- التحفيز على تقديم الهبات والوصايا للشخص المرفقي "المؤسسة العامة" تأييداً للهدف الذي أنشئ من أجله، لشعور المانحين بأن ما قدموه من أموال ستخصص للغرض الذي قدموها لأجله، كما هو الحال في الهبات المعدة للمستشفيات والجامعات ومكاتب العون الاجتماعي.

6- إدارة المرافق العامة ذات الصبغة الاقتصادية أو التجارية بأسلوب المؤسسة أو الهيئة العامة هو الطريقة المناسبة لإدارة هذه المرافق، كون ذلك يعطيها قدرًا من الاستقلال الذي تتمكن به من مزاوله نشاطها بقدر من الحرية والمرونة ويبعدها عن الروتين الحكومي الذي تحكمه قوانين ولوائح تنسم بالجمود والإجراءات الطويلة المعقدة التي تعيق هذه المرافق عن منافسة المشروعات الحرة.

غير أن طريقة الأشخاص المرفقية "المؤسسات والهيئات العامة" عند التطبيق العملي لها في إدارة المرافق قد لا تخلو من بعض الصعوبات التي ترجع إلى الآتي⁽¹⁾:

1- إساءة استعمال الشخص المرفقي لما يتمتع به من استقلال مع تراخي السلطة صاحبة الوصاية الإدارية في رقابته.

2- وجود عدة أشخاص مرفقية "مؤسسات أو هيئات عامة" تزاوّل نشاطات متجانسة وعدم التنسيق بينها يؤدي إلى تضارب هذه المرافق في تحقيق نفس الهدف، وإلى إضاعة الأموال العامة.

لهذا يجب أن تنظم الوصاية الإدارية على هذه المرافق العامة بحيث يمكن التوفيق بين مراعاة المصلحة العامة من ناحية، والاستقلال لهذه المؤسسات من ناحية أخرى⁽²⁾.

(1) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 410-412.

(2) د/ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 412.

المؤسسات العامة في فرنسا:

كان الأصل في فرنسا أن المؤسسة أو الهيئة العامة هي صورة الشخص المعنوي العام في نظام اللامركزية المرفقية، وكانت المؤسسات من البداية كلها إدارية متجانسة تخضع لأحكام عامة موحدة⁽¹⁾. فطبقاً لنص المادة (34) من دستور الجمهورية الخامسة سنة 1958م خلق أنواع وطوائف جديدة من المؤسسات العامة، وليس للسلطة التنفيذية سوى خلق مؤسسات جديدة في إطار الأنواع القائمة من قبل، إلا أن تعدد أنواع المؤسسات شيئاً فشيئاً أفقدها مفهومها الدقيق، ونشأت أشخاص عامة مرفقية رفض مجلس الدولة الفرنسي الاعتراف لها بصفة المؤسسة العامة. وأطلق اصطلاح المؤسسة العامة على بعض الأشخاص المعنوية العامة التي تدير مشروعات عامة لا تتوافر لها صفة المرفق العام⁽²⁾.

ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن المؤسسات العامة الصناعية والتجارية تدخل ضمن طائفة قانونية يطلق عليها المشروعات العامة⁽³⁾، والتي تخضع من حيث المبدأ لقواعد القانون الخاص، ويعتبر عمالها أجراً يخضعون لقانون العمل، وتُعد أموالها من الأموال الخاصة باستثناء ما ينطبق عليه تعريف المال العام. وقد أصبح موضوع المؤسسات العامة وعلاقتها بالمشروعات العامة من الموضوعات بالغة التعقيد في فرنسا، وهو ما جعل بعض الفقهاء الفرنسيين يرى أن وجوب قصر اصطلاح المؤسسة العامة على المؤسسة العامة التقليدية الخاضعة بصفة أصلية لأحكام القانون الإداري هو العلاج المناسب لهذا الموقف، إلى جانب تنمية استقلال طائفة المشروعات العامة، وتحديد فكرة التاجر العام⁽⁴⁾.

غير أن الراجح هو الرأي القائل باعتبار هذه المرافق العامة الجديدة مؤسسات عامة إذا ما منحت الشخصية المعنوية، وطبقاً لهذا الرأي فإنه يمكن تقسيم الأشخاص العامة المصلحية "أو المرفقية" إلى أنواع ثلاثة: الأول: المرافق العامة الإدارية ذات الشخصية المعنوية والتي تخضع للقانون العام، والثاني: المؤسسات الاقتصادية التي تشمل المرافق العامة الصناعية والتجارية ذات الشخصية المعنوية، والنوع الثالث: هو المؤسسات المهنية

(1) د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، ص405.

(2) د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص405.

(3) د/ ماجد الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص406. ود/ سعاد الشرفاري، القانون الإداري وتحرير الاقتصاد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص156 وما بعدها. د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص155 وما بعدها.

(4) جان ريفيرو، مرجع سابق، ص428. د. ماجد الحلو، المرجع السابق، ص407.

التي تشمل النقابات المختلفة كنقابة المحامين والأطباء والمهن الهندسية... الخ، ويخضع النوعان الأخيران لمزيج من أحكام القانون العام والخاص⁽¹⁾.

المؤسسة العامة في مصر:

في مصر فإن فكرة المؤسسة العامة قد تطورت تشريعياً بشكل كبير، حيث كانت التسمية المستقرة حتى عام 1963م هي المؤسسة العامة، وذلك على صعيدي الفقه والقضاء وكذلك الصعيد التشريعي، حتى تدخل المقتن المصري سنة 1963م وحدد مدلولاً متميزاً لكل المؤسسات العامة والهيئات العامة، وذلك بمقتضى القانون رقم 60 لسنة 1963م بشأن المؤسسات العامة. ثم عاد المقتن وأصدر القانون رقم (1) لسنة 1975م بإلغاء المؤسسات العامة، بحيث لم يبق إلا "الهيئات العامة" التي ينظمها أحكام القانون المشار إليه، والذي جعل إنشاء الهيئات العامة من اختصاص رئيس الجمهورية⁽²⁾.

وبذلك فقد استقر هذا الوضع القانوني في مصر الآن الذي أصبحت فيه الهيئات العامة بعد إلغاء المؤسسات العامة هي الصورة الوحيدة للأشخاص المرفقية في مصر، بصرف النظر عن نشاط الهيئة أكان اقتصادياً كهيئة كهرباء مصر أم كانت تقوم بخدمة عامة من الخدمات التقليدية التي كانت تقوم بها الدولة أصلاً كالهيئة العامة للبريد؛ وسواء كانت الهيئة تخضع لوصاية السلطة المركزية أم كانت تخضع لوصاية إحدى السلطات المحلية⁽³⁾.

النظام القانوني للمؤسسات والهيئات العامة في اليمن:

يحكم الهيئات والمؤسسات العامة في الجمهورية اليمنية حالياً قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة الصادر بالقرار الجمهوري بقانون رقم (35) لسنة 1991م⁽⁴⁾. وقد اتجه المقتن اليمني في هذا القانون إلى التفرقة بين المرافق العامة ذات الطابع الخدمي، وبين المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي، فقصر اصطلاح "هيئة عامة" على

(1) لمزيد من التفصيل: راجع د: سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص 427-452.

(2) غير أنه إذا كان إنشاء الهيئة العامة أو إلغائها يمس أوضاعاً قانونية لا يجوز المساس بها إلا بقانون، ففي هذه الحالة تكون أداة الإنشاء والإلغاء هي القانون وليس القرار الجمهوري، راجع د/ سليمان الطماوي، نفس المرجع، ص 419.

(3) د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 409، ص 420. وانظر البوابة القانونية للتشريعات المصرية على الرابط : <https://elpa:idec gov.eg>

(4) القانون رقم (35) لسنة 1991م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة (منشور في الجريدة الرسمية - العدد السابع، الجزء السادس لسنة 1991م، ومنشور بصياغته المعدلة الصادرة بقانون رقم (7) لسنة 1997م، في الجريدة الرسمية العدد

(2) لسنة 1997م، مأخوذ عن سلسلة إصدارات وزارة الشؤون القانونية الطبعة الثالثة فبراير 2009م.

الأشخاص العامة ذات الطابع الخدمي، واصطلاح "مؤسسة عامة" على الأشخاص العامة المرفقية ذات الطابع الاقتصادي⁽¹⁾.

وبالرغم من أن المقنن اليمني قد استحسن تحديد النظام القانوني للهيئة العامة والمؤسسة العامة بتعريفه لهما في المادة (2) من قانون الهيئات والمؤسسات العامة المشار إليه إلا أن ذلك لا يُعد معياراً دقيقاً بين المؤسسة العامة والهيئة العامة لتحديد الأشخاص المرفقية أو المصلحية⁽²⁾.

وهو ما يجعلنا نؤكد الدعوة إلى وجود قانون يحدد بوضوح التمييز القانوني بين مفهوم المؤسسة العامة ومفهوم الهيئة العامة، مع ضرورة إعادة النظر في التسميات الحالية لبعض المرافق كالمؤسسة العامة للكهرباء وغيرها من المرافق التي يطلق عليها اصطلاح المؤسسة العامة أو الهيئة العامة وطبيعة نشاطها مغاير مما يثير الخلط بينها.

إنشاء وإلغاء الهيئات والمؤسسات العامة:

جعل المقنن اليمني إنشاء الهيئات والمؤسسات العامة من اختصاص رئيس الجمهورية، فنص القانون على أن تنشأ الهيئات العامة المشمولة بأحكام هذا القانون بقرار جمهوري بعد موافقة مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير المختص، وذلك لإدارة مرفق عام يقوم على مصلحة أو خدمة عامة، وحدد القانون أن يشمل قرار إنشاء الهيئة البيانات التالية⁽³⁾:

- 1- اسم الهيئة ومركزها الرئيسي.
- 2- الغرض الذي أنشئت من أجله ومجال نشاطها.
- 3- بيان بالأموال التي تدخل في الذمة المالية للهيئة.
- 4- ما يكون لها من اختصاصات السلطة العامة لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله.
- 5- الوزير المشرف على الهيئة.

(1) عرفت المادة (2) من القانون المشار إليه الهيئة العامة بأنها: "كل وحدة خدمية تملكها الدولة ملكية كاملة"، كما عرف المؤسسة العامة بأنها: "كل وحدة اقتصادية تمارس نشاطاً إنتاجياً أو خدمات مرتبطة بالإنتاج السلعي وتملكها الدولة ملكية كاملة".

(2) فإذا كان الأمر واضحاً بالنسبة للعديد من الأشخاص العامة المرفقية كالجامعات ومطابع الكتاب المدرسي والبريد والتأمينات والمعاشات، إلا أن الأمر يظل غامضاً بالنسبة لبعض المرافق للكهرباء، والمياه. فهذه المرافق مع أنها خدمتية في الأساس، إلا أنه أطلق عليها اصطلاح المؤسسة العامة مما أثار الخلط بينها وغاب التمييز بين المؤسسة العامة والهيئة العامة". يُرجع د. خالد عم باجنيد، القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 198.

(3) المادة (7) من القرار بقانون رقم (35) لسنة 1991م بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة.

كما نص القانون على أن تنشأ المؤسسة المشمولة بأحكام هذا القانون بقرار رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الوزراء، على أن يتضمن قرار الإنشاء⁽¹⁾:

1- اسم المؤسسة ومركزها الرئيسي.

2- الوزير المشرف على المؤسسة.

3- الغرض الذي أنشئت من أجله ومجال نشاطها.

4- رأس مال المؤسسة ومكوناتها.

5- السلطات المخولة لتحقيق أغراضها.

أما بالنسبة لإلغاء الهيئات والمؤسسات العامة⁽²⁾: فقد أغفل المقتن اليمني الإشارة إلى إلغاء الهيئات العامة، لذلك يمكن أن تطبق عليها القاعدة العامة التي مقتضاها أن أداة الإلغاء هي نفس أداة الإنشاء، فيكون إلغاء الهيئات العامة بقرار جمهوري مثلما إنشائها بقرار جمهوري.

أما إلغاء المؤسسات العامة فإن المقتن اليمني في المادة (70) من القانون رقم (35) لسنة 1991 لإنشاء الهيئات والمؤسسات والشركات العامة قد خرج عن القاعدة السابقة بالنسبة للإلغاء أو تصفية المؤسسة، وأعطى حق تصفية المؤسسة العامة لمجلس الوزراء، ونص على أن يصدر مجلس الوزراء قرار التصفية محدداً فيه طريقة التصفية وإجراءاتها ومدتها⁽³⁾. وفي كل الأحوال يجب أن يحدد قرار التصفية مآل أموال الهيئات أو المؤسسات العامة الملغاة ومصير موظفيها.

وكون الهيئات والمؤسسات العامة من المرافق العامة فإن القانون اليمني يخضعها للقيود العامة المقررة في فقه القانون الإداري بالنسبة للمرافق العامة، حيث تخضع لرقابة مخففة وهو ما يسمى بالوصاية الإدارية، حيث نص القانون على أن للوزير المختص سلطة التوجيه والإشراف والرقابة على الهيئات العامة التابعة له⁽⁴⁾.

(1) يُراجع المادة (21) من القانون المشار إليه آنفاً.

(2) قرار الإنشاء يكسب الهيئة العامة الشخصية المعنوية ويمكنها من التمتع بأهلية الأداء، أما المؤسسة العامة فإن اكتسابها للشخصية المعنوية وتمتعها بأهلية الأداء لا يتحقق إلا من تاريخ تسجيلها في السجل التجاري، راجع المواد (6)، (23) من القانون ذاته.

(3) يُراجع المادة (10) من القانون ذاته.

(4) يُراجع المواد (45)، (53) من قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة المشار إليه.

كما أن المؤسسات العامة بالإضافة إلى خضوعها لإشراف الوزير المختص تخضع وفقاً لنص القانون للرقابة والتفتيش المالي والمحاسبي من قبل وزارة المالية والجهاز المركزي للرقابة والمحاسبة⁽¹⁾. وذلك ما يميز بينها وبين حالة إدارة المرفق العام عن طريق عقد الالتزام.

إدارة الهيئة العامة والمؤسسة العامة: أناط المقنن سلطة إدارة الهيئة العامة لمجلس الإدارة ورئيس مجلس الإدارة، وحددت المادة (12) من قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة مهام مجلس إدارة الهيئة، وأهمها⁽²⁾:

1- إصدار القرارات واللوائح الداخلية والقرارات المتعلقة بالشؤون المالية والإدارية والفنية للهيئة.

2- وضع اللوائح المتعلقة بتعيين موظفي الهيئة وترقيتهم ونقلهم وفصلهم ومكافآتهم وفقاً لقرار إنشاء الهيئة والقانون العام للخدمة المدنية.

3- الموافقة على مشروع الميزانية السنوية للهيئة.

4- النظر في التقارير الدورية عن سير العمل بالهيئة ومركزها المالي.

أما رئيس مجلس الإدارة فيتولى إدارتها وتصريف شؤونها وفقاً للأحكام التي يتضمنها القرار الصادر بإنشائها وتحت إشراف الوزير المختص، كما يمثل الهيئة في صلاتها بالأشخاص الأخرى وأمام القضاء⁽³⁾.

كما أناط القانون لإدارة المؤسسة العامة أن يتم بواسطة⁽⁴⁾:

1- مجلس إدارة يرأسه رئيس تنفيذي للمؤسسة ويكون له نائب أو أكثر.

2- مجلس مديرين يرأسه مدير عام المؤسسة ويكون له نائب أو أكثر.

ويجوز أن يرأس الوزير مجلس إدارة المؤسسة شريطة ألا يكون متفرعاً لهذا العمل وفي هذه الحالة يجب أن يكون للمؤسسة مدير عام تنفيذي. ويتم تعيين أعضاء مجلس إدارة المؤسسة بقرار من مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير المختص⁽⁵⁾.

(1) راجع المادة (45) من قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة المشار إليه آنفاً.

(2) راجع المادة (12) من القانون ذاته.

(3) راجع المواد (13)، (14) من قانون الهيئات والمؤسسات والشركات العامة المشار إليها.

(4) راجع المادة (46) من القانون ذاته.

(5) راجع المادة (47) من القانون ذاته.

وهذا على خلاف الحال بالنسبة للهيئات العامة التي لم يوضح المقنن بصريح النص كيفية تعيين رئيس مجلس إدارة الهيئة وأعضائه، وإنما أحال ذلك إلى القرار الصادر بإنشاء الهيئة.

وأوجب القانون أن يعقد المجلس برئاسة الوزير ثلاثة مرات في السنة على الأقل، وحدد له ممارسة مهام واختصاصات محددة⁽¹⁾.

إلا أن النص الذي ورد في الفقرة (3) من المادة (46)، ونص المادة (56) من هذا القانون والذي أجاز الجمع بين منصب الوزير المختص ومنصب رئيس مجلس الإدارة معيب ويتنافى مع القواعد المقررة في فقه القانون الإداري التي تضع قيود عامة بالنسبة للمرافق العامة منها قيد الرقابة، حيث لا يستقيم الأمر إذا جمع الوزير بين الصفتين، ولا يصح أن يكون رقيب على نفسه باعتباره الوزير الذي يملك سلطة الإشراف والرقابة على المؤسسة وهو المفترض مراقباً باعتباره رئيس مجلس الإدارة، لذلك فإننا نؤكد الرأي الذي يدعو المقنن اليمني إلى تعديل النصوص القانونية التي أجازت جمع الوزير بين الصفتين⁽²⁾.

المطلب الثالث

التزام أو امتياز المرافق العامة

عرف القانون المدني اليمني عقد امتياز "أو التزام" المرافق العامة في المادة (897) التي نصت على أن: "التزام المرافق العامة عقد بين الجهة الحكومية المختصة بتنظيم مرفق عام ذي صفة اقتصادية وبين فرد أو شركة يُعهد إليها بإدارة هذا المرفق واستغلاله في مدة معينة"⁽³⁾.

وعرف القانون المدني المصري عقد التزام المرافق العامة في المادة (668) بأنه: "عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم المرفق وبين فرد أو شركة يُعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن".

(1) راجع المواد (48)، (56) من القانون ذاته.

(2) يُراجع في ذلك د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 153- 154.

(3) القانون رقم (14) لسنة 2002م بشأن القانون المدني، منشور في الجريدة الرسمية العدد السابع الجزء الأول.

وعرفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد الالتزام في حكمها الصادر في 25 مارس 1956 بقولها: "... إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة واستيلائه على الأرباح، فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يتحصلها من المنتفعين...".⁽¹⁾

وعرف الفقه عقد الالتزام: "بأنه عقد إداري يتولى الملتزم - فرداً كان أو شركة - بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الالتزام".⁽²⁾

كما عرفه البعض بأنه: "اتفاق بمقتضاه يعهد شخص عام إلى شخص آخر باستغلال مرفق عام نظير مقابل مالي، يتحدد وفقاً للنتائج المالية للاستغلال".⁽³⁾

وفي فرنسا فإن المادة (1101) من قانون العقود والالتزام رقم 131 الصادر في 10 فبراير 2016 عرفت العقد بأنه: "اتفاق يلزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عنه".⁽⁴⁾

ويسلم الفقه الفرنسي الحديث بأن عقود وتفويض المرفق العام هي عقود إدارية بامتياز، لأن هذه العقود التي يعهد بمقتضاها شخص إلى شخص آخر بإدارة مرفق عام تكون بالضرورة عقود إدارية.⁽³⁾

(1) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في الدعوى رقم 146 لسنة 8ق، جلسة 25/3/1956م، السنة 10، ص259، استشهد به: د/مطيع علي جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص150.

(2) د/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 5ط، 1991م، 1991م، ص108. Laubadere (A), Modern (f) et Delvolve (p) traite des contrats administratifs t. 1.op.cit.p237(3)

أشار إليه: د/ مطيع جبر، العقد الإداري بين التشريعي والقضاء، مرجع سابق.

(4) مأخوذ عن قانون العقود والالتزام الفرنسي، باللغة العربية، ترجمة د/ نبيل العبيدي . تقديم: د/ صبر حمد خاطر.

(3) تدخل المشرع الفرنسي بالحديث في مجال تفويض المرافق العامة في ما لا يقل عن (6) قوانين حديثة صدرت خلال أربع سنوات، أهمها قانون سبان الصادر في سنة 1920 بشأن الإدارة الإقليمية للجمهورية بقانون الوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الاقتصادية والاجراءات العامة عام 1993، وقانون حماية البيئة الصادر عام 1995، وقانون تنظيم وتنمية الأراضي 1995، يُنظر: د/ بلغول عباس، مقياس تفويض المرافق العامة، جامعة وهران، بدون تاريخ نشر، ص3 " مأخوذ عن <https://elearn.univ-oran.a.dz> .

النظام القانوني لعقد الالتزام: وفي ذلك سنبين الآتي :

مضمون عقد الالتزام:

بمقتضى هذه الطريقة تتعاقد الإدارة مع فرد أو شركة لإدارة واستغلال مرفق من المرافق الاقتصادية لمدة محددة بأمواله وعماله وأدواته وعلى مسؤوليته مقابل التصريح له بالحصول على الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق. ويسمى ذلك بعقد التزام المرفق العامة أو عقد الامتياز⁽¹⁾. وتختلف هذه الطريقة عن طريقتي الاستغلال المباشر أو المؤسسات والهيئات العامة السالف الإشارة إليها، فهنا لا تتولى الإدارة بنفسها إدارة المرفق العام، بل تتخلى عن هذه الإدارة إلى فرد أو شركة، كما أن الإدارة لا تقدم الأموال اللازمة للمشروع بل يتحمل الملتزم نفقات المرفق وأخطارها المالية، ومن ناحية أخرى فإن المشرفين على إدارة المشروع من هذه الأنواع ليسوا موظفين عموميين بل عمال وأجراء يخضعون في علاقاتهم مع الملتزم لقواعد القانون المدني، كما أن المرفق هنا لا يؤدي خدماته بالمجان - كما هو الشأن في معظم المرافق الإدارية - بل لابد أن يؤدي المنتفعون عوضاً مقابل ما يتحمله الملتزم من نفقات في الإنشاء والإدارة وتقديم الخدمة للمنتفعين. ولذلك فهذه الطريقة مقصورة على إدارة المرافق ذات الطابع الاقتصادي⁽²⁾.

تكييف عقد الالتزام:

استقر القضاء والفقهاء على اعتبار عقد الالتزام عملاً قانونياً مركباً يشتمل على نوعين من النصوص⁽³⁾، الأول: يتعلق بتنظيم المرفق العام وتسييره، وتملك الإدارة تعديل هذه النصوص وفقاً لحاجة المرفق، أما النوع الثاني: من النصوص يسمى بالنصوص أو الشروط التعاقدية التي تحكمها قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، ومنها ما يتعلق بتجديد مدة الالتزامات المالية بين المتعاقدين ولا يتعدى ذلك ليشمل أسلوب تقديم الخدمات للمنتفعين⁽⁴⁾.

وأياً كانت طريقة عقد الالتزام لا يمكن أن تغير من طبيعة المرفق العام ويعتبر نصاً تعاقدياً كل ما أمكن الاستغناء عنه لو أن المرفق أدير عن طريق الإدارة مباشرة، بينما

(1) د/ مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 212.

(2) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 453.

(3) د/ مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 212.

(4) د/ طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 527-528.

يعتبر لائحة النصوص التي تبقى لو أدير المرفق العام عن طريق الإدارة العامة مباشرة، ذلك أن طريقة الإدارة لا يمكن أن يغير من طبيعة المرفق العام⁽¹⁾.

ويتمتع المرفق الذي يدار بأسلوب الامتياز بامتيازات المرافق العامة الأخرى، كونه يهدف إلى تحقيق النفع العام، كما يخضع لنفس المبادئ الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، وهي مبدأ سير المرفق بانتظام واضطراد، ومبدأ قابلية المرفق للتعديل ومبدأ المساواة في الانتفاع بخدمات المرفق⁽²⁾.

وبذلك فإن التزام (أو امتياز) المرافق العامة هو عقد إداري يتولى الملتزم بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية التي تسري على جميع المرافق العامة⁽³⁾.

خصائص نظام الالتزام⁽⁴⁾:

- 1- إنه عقد إداري ذو طبيعة خاصة.
- 2- إن موضوعه غالباً مرفق عام من المرافق الاقتصادية التي تحقق عائداً.
- 3- إن مدته محدودة تسمح بتعويض الملتزم عما يكون قد أنفقه في إنشاء المرفق وفي إدارته. وذلك في شكل رسوم تحصلها من المنتفعين تحددتها جداول التعريفات التي يتضمنها العقد أو قائمة الشروط والالتزامات التي تلحق به.
- 4- للإدارة سلطة تقديرية واسعة في اختيار الملتزم، فتترك لها حرية الاختيار للفرد أو الشركة التي تجدها قادرة مالياً وفنياً على حسن إدارة واستغلال المرفق.

كيف يمنح التزام المرافق العامة.

اختلف الرأي في مصر حول ما جاء في نص المادة (137) من دستور عام 1923م التي تنص على أن: "كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد، أو مصلحة من مصالح الجمهور الهامة، وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون..." هل يقصد منها صدور قانون خاص في كل حالة يراد فيها منح امتياز كما هو المدلول

(1) يُراجع في ذلك: د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 453، وما بعدها، كذلك د/ مطيع جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مرجع سابق، ص 151- 154.

(2) د/ مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 213.

(3) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 256.

(4) لمزيد من التفصيل يُراجع: د/ طعيمة الجرف، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 527 وما بعدها، د/ مطيع جبير، مرجع سابق، ص 155.

اللفظي لهذه العبارة، أم يكفي أحياناً بقرارات إدارية يصدرها مجلس الوزراء أو مجلس المديرية أو المجلس البلدي... الخ، وانتهى البرلمان بمجلسيه في حينه إلى إقرار الرأي القائل بوجوب إصدار قانون خاص في كل حالة يراد فيها منح التزام بمرفق عام⁽¹⁾. وقد نظم الدستور المصري الصادر عام 1956 هذا الموضوع بمقتضى نصوص المواد (98، 99) والذي فرق بين حالتين:

الأولى: حالة كون الالتزام المراد منحه يتضمن احتكاراً وحينئذ لا يمكن منحه إلا بقانون⁽²⁾، في كل حالة على حده، ويرى بعض الفقهاء أنه يجب التسوية في هذه الحالة بين الاحتكارات القانونية والاحتكارات الفعلية.

الثانية: ألا يتضمن منح الامتياز احتكاراً، وهنا أحال الدستور ذلك إلى قانون عام يصدر مبيناً كيفية منح الامتيازات باستغلال الموارد الطبيعية والمرافق العامة، ويمكن منح الالتزام في هذه الحالة بموجب قرار إداري استناداً إلى القانون⁽³⁾.

كما أن المادة (123) من الدستور المصري الصادر 1971م وإن لم تنص على ذلك صراحة، فقد تضمنت نفس المضمون الذي نهجته الدساتير السابقة ابتداءً من عام 1923م ودستور عام 1956م والدستور المؤقت 1958م، ودستور عام 1964م، حيث يكون منح الالتزام بمرفق قومي بقرار من رئيس الجمهورية أما الالتزامات بمرافق عامة محلية فيكون منحها من الجهة الإدارية المختصة وفقاً للقانون⁽⁴⁾.

أما دستور الجمهورية اليمنية فقد أكد بوضوح أن عقود الامتياز المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة لا يتم إلا بقانون، حيث نصت المادة (18) من الدستور المعدل عام 2001م على أن: "عقد الامتيازات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة لا يتم إلا بقانون، ويجوز أن يبين القانون الحالات محدودة الأهمية التي يتم منح الامتيازات بشأنها وفقاً للقواعد والإجراءات التي يتضمنها...".

(1) يُراجع: د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري مرجع سابق، ص456-459.

(2) المقابل الفرنسي لعبارة (بقانون) هو "en vertu de la loi" وترجمتها الدقيقة هي "بمقتضى القانون، وهي تتيح للبرلمان أن يخول الحكومة منح التزامات بمرافق عامة، يُراجع: د/سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص456 وما بعدها.

(3) د/ عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1992م، ص380.

(4) نص المادة (99) من مشروع تقنين العقود الإدارية في مصر، مشار إليه لدى: د/مطيع جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مرجع سابق، ص158-159.

وهذا النص عام لم يتطرق إلى الامتياز التي يتضمن احتكار، مما يعني أن القانون الذي يصدر بمنح الامتياز هو الذي يحدد ذلك، وإن كان منع الاحتكار قد ورد في نص المادة (10) من الدستور إلا أن موضعها هنا وإن كان صحيحاً إلا أنه معلق بموضوع آخر هو حرية التجارة والاستثمار الذي تضمنته المادة سالفة الذكر.

وعلى ذلك فإن الدستور اليمني جعل منح الامتيازات التي تتضمن احتكاراً لا يتم إلا بقانون، وكذلك الامتيازات التي لا تتضمن احتكاراً لا تمنح إلا بقانون، وهذا هو تفسير النص الدستوري على إطلاقه.

والمقنن اليمني قد نظم عقد الالتزام في القانون المدني رقم 14 لسنة 2002م من المواد (897) إلى (904)، وتضمنت هذه المواد الأحكام الخاصة بعقد الامتياز، حيث تضمنت هذه المواد العلاقة بين الملتزم والمنفعة الذي يحصلون على الخدمة من المرفق موضوع عقد الالتزام "الامتياز"، وذلك باعتبار أن هذه العلاقة علاقة مدنية، وإن كانت بعض المواد قد تعرضت في تنظيمها لعقد الالتزام لأحكام إدارية مثل قاعدة مساواة المنفعة أمام المرافق العامة التي تعتبر إحدى المبادئ والضوابط التي تحكم سير المرافق العامة.

وكونه لا يوجد قانون للمرافق العامة في القانون اليمني، وكون إدارة المرفق العام بطريقة الالتزام "أو الامتياز" مقصور على إدارة المرافق ذات الطابع الاقتصادي، والتي يتطلب إدارتها قدرًا من المرونة والحرية للملتزم في تسييرها بما يتفق والقواعد والشروط المحددة في عقد الالتزام، وفي نفس الوقت ما تستهدفه طريقة الالتزام لإدارة مرفق عام من تحقيق للمصلحة العامة، والذي يقتضي تمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة من اختيار الملتزم، الذي تراه قادراً مالياً وفنياً على حسن إدارة واستغلال المرفق، فإننا نرى أن بقاء النص الدستوري في المادة (18) من الدستور اليمني المعدل عام 2001م على إطلاقه غير سليم، وندعو المقنن الدستوري اليمني إلى تعديل نص المادة المذكورة، بحيث تتضمن أن "يكون منح الالتزام بمرفق عام بقانون إذا تضمن احتكاراً قانونياً أو فعلياً، وينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الامتيازات المتعلقة بموارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة..."، على أن يصدر قانون لتنظيم كيفية منح الالتزام بوجه عام، بحيث يتضمن في أحكامه الحكم المقترح في النص الدستوري: "بألا يجوز منح الاحتكار إلا بقانون"، أما في غير ذلك من الأحوال يكون منح الالتزام بمرفق قومي بقرار من رئيس الجمهورية، أما

الالتزامات بمرافق عامة محلية فيكون منحها من الجهة الإدارية المختصة وفقاً للقانون. وهو ما يعني أنه ليس بالضرورة صدور قانون لكل التزام أو امتياز على حده عدا الامتيازات التي تنطوي على احتكار كما بينا، حيث أن ذلك يتفق مع المنطق الذي تقرضه اعتبارات المرونة التي يجب أن يتم بها استغلال المرافق العامة.

آثار عقد الالتزام:

يرتب عقد الالتزام آثاراً متعددة، بالنسبة لكل من الإدارة مانحة الالتزام، والملتزم المتعاقد مع الإدارة، والمنتهين من المرفق موضوع الالتزام، وذلك كما يلي⁽¹⁾:

1- للإدارة مانحة الالتزام حق الرقابة على الملتزم من إعداد المرفق وإدارته وتشغيله، وهذا الحق مستمد من طبيعة المرفق باعتبارها مسؤولة عن حسن سير المرافق العامة، وحق الإدارة في الرقابة ثابت دون الحاجة إلى نص في عقد الالتزام، ولها أن تعهد بهذه الرقابة إلى هيئة عامة أو خاصة، ويلتزم الملتزم بتقديم كل ما يطلب منه من بيانات، ولها أن تجبره على تنفيذ شروط الالتزام أو تعديلها وفقاً لمبدأ قابلية المرفق للتعديل ليساير الحاجات المتجددة مثل تعديل سعر الخدمة التي يقدمها المرفق، وأن توقع عليه الجزاءات المناسبة في حالة الإخلال بما عليه من التزامات. كما تملك السلطة الإدارية مانحة الالتزام الحق في استرداد المرفق قبل انتهاء مدة العقد متى قررت أن الالتزام لم يعد يحقق المصلحة العامة التي أنشئ من أجلها المرفق، وذلك عن طريق شرائه وتعويض الملتزم بما يصيبه من ضرر نتيجة ذلك.

2- وفي المقابل الملتزم إذا قام بإدارة المرفق موضوع الالتزام بنفسه بصورة منتظمة مستمرة، فإنه يحق له الحصول من المنتهين بالمرفق على رسوم مقابل الخدمة التي تؤدي لهم، واستقر الفقه والقضاء والقانون في فرنسا ومصر على أن الشروط التي تحدد المقابل بالنسبة للمنتهين هي من الشروط اللائحية، التي يجوز للإدارة تعديلها بالزيادة أو النقصان دون تدخل الملتزم، كما يحق للمنتهين المطالبة ببطلان ما

(1) لمزيد من التفصيل يُنظر: د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 460، ص 467 وما بعدها، د/ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، مرجع سابق، الصفحات (423، 432-435، 476)، د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص 155، د/ مازن ليلو راضي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 215، د/ مطيع جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، المرجع السابق، ص 161، ص 167، القانون اليمني رقم (14) لسنة 2002، المواد (897-904).

يخالفها. ولا يحق للملتزم زيادة رسوم الانتفاع إلا بالاتفاق مع الإدارة، كما يتدخل المقنن لحماية المنتفعين بوضع حد أقصى لنسبة الأرباح التي يجوز للملتزم تحقيقها. وإذا تعرض الملتزم لمخاطر مالية جسيمة أثناء تشغيله المرفق على نفقته، فإنها تطبق على عقد الالتزام فكرة التوازن المالي للعقد التي تُعد من المبادئ الأساسية التي تسود كافة العقود الإدارية، وتلعب دوراً هاماً في عقد الامتياز بالذات نظراً لطول مدته، وأهم تطبيقات هذه الفكرة نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

فطبقاً للنظرية الأولى يُعاد التوازن المالي للعقد إذا نشأ الخلل نتيجة إجراءات أو أعمال قامت بها السلطة الإدارية مانحة الالتزام أدت إلى تعرض الملتزم لمخاطر مالية وأضرت به فإن عليها تعويض الملتزم تعويضاً كاملاً عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة. وطبقاً لنظرية الظروف الطارئة، إذا كانت المخاطر المالية التي تعرض لها الملتزم قد جاءت نتيجة ظروف طارئة - ظروف اقتصادية غير متوقعة أو نتيجة قرار عام - لا يد للسلطة مانحة الالتزام ولا الملتزم فيها، فإن الإدارة تشارك الملتزم في تحمل الخسائر المالية دون أن تتحملها كلها.

وعلى السلطة مانحة الالتزام الوفاء بكل ما التزمت به في العقد ومن ذلك تقديم التسهيلات المالية عند الاقتضاء، أو أن تخصص لمشروعه بعض الأموال العامة أو الخاصة المملوكة لها وتضعها تحت يده.

غير أن حقوق الملتزم هذه مقيدة بضمان سير المرفق، فعليه أن يستمر في أداء الخدمة دون توقف، ولا يعفيه من هذا الالتزام إلا القوة القاهرة⁽¹⁾.

وكون المنتفعين هم الذين يتمتعون بحق الانتفاع بخدمات المرفق العام الذي منح الملتزم امتيازات إدارية وتشغيله، فإن لهم أن يطلبوا من الإدارة أن تتدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط الالتزام، على أن ينفذ الملتزم قاعدة المساواة بين المنتفعين ويكون ذلك في حدود توافر الشروط المتطلبة للانتفاع، وإذا رفضت الإدارة طلب المنتفعين بالتدخل صراحة أو ضمناً جاز لهم الطعن بالإلغاء في قرار الرفض لمخالفته القانون⁽²⁾.

(1) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص467.

(2) د/ ماجد رغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص432.

نهاية عقد الالتزام "الامتياز" ومنازعاته:

ينتهي عقد الالتزام "الامتياز" بانتهاء المدة المحددة له، أو بالقوة القاهرة التي يستحيل معها على الملتزم تنفيذ التزاماته، أو بإنهائه من جانب الإدارة إما كعقوبة للملتزم نتيجة إخلاله الجسيم بشروط الالتزام أو باسترداد المرفق عن طريق الشراء كما ينتهي عقد الالتزام بنفسه بواسطة القاضي بناءً على طلب أحد طرفيه إذا أصبح المشروع خاسراً دون أمل في إصلاحه، أو كعقوبة للملتزم يحكم بها القاضي وهي عقوبة العزل أو إسقاط الحق⁽¹⁾.

ويختص القضاء الإداري في الدول التي تأخذ بهذا النظام بالمنازعات التي تثور بين الإدارة والملتزم، كون عقد الالتزام عقد إداري، كما يختص بالمنازعات التي تثور بين السلطة مانحة الالتزام والأفراد فيما يتعلق بإرغام الملتزم على احترام قواعد تنظيم المرفق والطعن في القرارات التي ترفض فيها الإدارة ذلك، أما المنازعات التي تقع بين الملتزم والمنتفعين بالمرفق أو الغير المتعامل معها كالموردين له أو العاملين عنده فإنها تخضع للقانون العادي لأنهم من أشخاص القانون الخاص⁽²⁾.

المطلب الرابع

الاستغلال المختلط

يقوم هذا الأسلوب على أساس اشتراك الدولة، أو أحد الأشخاص العامة مع الأفراد في إدارة مرفق عام⁽³⁾، وتتخذ هذه المشاركة صورة شركة مساهمة عادة تكتتب الدولة "أو أحد الأشخاص العامة" في جزء كبير من رأسمالها فتتشارك في إدارتها، وتتحمل مخاطرها كباقي المساهمين⁽⁴⁾. وتخضع هذه الشركات لقواعد قانون الشركات والقانون التجاري، مع احتفاظ السلطة العامة بوصفها ممثلة للمصلحة العامة بالحق في تعيين بعض أعضاء مجلس الإدارة، ويكون لجمعية المساهمين بما فيها الدولة هيمنة على تنظيم وإدارة هذه الشركات، ويكون للسلطة العامة الرأي الأعلى في هذه الجمعية العمومية للمساهمين، ويأتي هذا من

(1) يُنظر: د/سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص460. د/ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص432، 433.

(2) د/ ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص423.

(3) د/ماجد الحلو، القانون الاداري، المرجع السابق، ص423.

(4) د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الاداري، مرجع سابق، ص423.

خلال الرقابة الفعالة التي تمارسها الدولة أو الشخص العام المشارك في هذه الشركة على أعمالها وحساباتها⁽¹⁾.

والمرافق التي تدار بهذه الطريقة تحقق نوعاً من التعاون بين الأفراد والسلطة العامة بما يحقق الوصول إلى إدارة ناجحة وتحقيق ربح معقول، وتحاول هذه الطريقة تلافي عيوب طريقتي الاستغلال المباشر والامتياز، فعن طريق الخضوع لأحكام القانون الخاص بتقاضي التعقيدات الإدارية ومساوئ الروتين في طريقة الاستغلال المباشر، وعن طريق رقابة الإدارة من الداخل تتقاضي مبالغه الملتزم في السعر لتحقيق الربح على حساب مصلحة المرفق في عقد الامتياز⁽²⁾.

ولقد انتشر هذا النظام ولقي نجاحاً كبيراً في أوروبا، ومن أمثلة شركات الاقتصاد المختلط في فرنسا شركة النقل المعروفة باسم S.N.O.F التي أنشئت عام 1937م، كما حظي هذا النظام باهتمام الدول النامية ومنها الجمهورية اليمنية التي يوجد فيها عدد من شركات الاقتصاد المختلط مثل: البنك اليمني للإنشاء والتعمير، وشركة يمن موبايل للهاتف النقال، وشركة التبغ والكبريت الوطنية، وعدد من الشركات البترولية⁽³⁾.

عقود تفويض المرافق الادارية :

أمام تراجع الموارد المالية للدول بسبب الأزمات الاقتصادية، والتي يقابلها حاجة متزايدة لتوفير المرافق العامة ومشاريع البنية التحتية، وبحثها المستمر عن الكفاءة والجودة في إنجاز ذلك تم الاعتماد علي عقود تفويض المرافق العامة التي يُعد عقد الامتياز أهمها، فتم ضبط نظامها القانوني في ظل التطورات الحديثة لفكرة المرافق العامة.

وعقود تفويض المرافق العامة: هي عقود إدارية من نوع جديد تبرمها السلطة الإدارية بسلطتها التقديرية ولا معقب عليها في استخدام هذه السلطة من حيث الانشاء والالغاء⁽⁴⁾.

(1) د/أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في القانون الإداري اليمني، مرجع سابق، ص155

(2) د/ ماجد رغب الحلو، القانون الاداري المرجع السابق، ص434.

(3) يُنظر: د/ ماجد راغب الحلو، المرجع نفسه، ص435. د/ أحمد عبدالرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الاداري اليمني مرجع سابق، ص155.

(4) د/ فرحان نزال أحمديد المساعد، التنظيم الدستوري والقانوني لأطراف عقد تنظيم المرفق العام والمستفيدين منها، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية، العدد (47)، كلية القانون، جامعة آل البيت، المرفق، الأردن، ص36- 38.

ونجد أن الدول ومنها دول مقارنة (فرنسا، مصر) قد أقرت نصوص دستورية لهذا النوع من العقود ووفرت الضمانات اللازمة أيضاً حتى لا يتم إساءة استخدام السلطة من قبل الإدارة⁽¹⁾.

وتكتسب عقود "البوت" أهمية كبيرة من الناحيتين العملية والعلمية، حيث كثر اللجوء إلى هذا النوع من العقود لما توفره من فرص في الدولة لتحقيق التنمية الاقتصادية ومساعدة الدول الفقيرة على إقامة المشروعات الكبيرة، خاصة وأن موازنات هذه الدول لا تساعد على إقامة هذه المشروعات الكبيرة التي تتطلب مبالغ مالية ضخمة. وتُعد عقود البوت عقود إدارية تتوافر فيها أركان العقد الإداري، والتي تقوم على وجود الإدارة كأحد طرفي العقد، وتعلق العقد بمرفق عام، وتوافر الشروط الاستثنائية في العقد مع الإدارة في عقود البوت⁽²⁾.

ويرى العديد من الباحثين أن أول ظهور لعقد البوت كان في فرنسا عندما عهدت الحكومة الفرنسية امتياز بتوزيع المياه في مدينة باريس إلى شركة الأخوة بيريه PERIER ROTHERS، وهي شركة خاصة توسعت أعمالها وذلك عام 1872م، إلا أن تطور الأحداث الفرنسية دفع المدينة إلى إلغاء الامتياز⁽³⁾.

وقد أخذ هذا النظام بالانتشار في فرنسا عام 1920م، وامتد ليشمل أسبانيا وإيطاليا وألمانيا، ويشار إلى أن التطور اللافت في نطاق البوت في العهد الحديث كان الاتفاق المبرم بين حكومتي بريطانيا وفرنسا من جهة وشركة يورتال (Eurotunnel) لتنفيذ نفق المنش (the channel tunne) عام 1988م⁽⁴⁾. أما في مصر فقد بدأت إصدار العديد من القوانين المنظمة لعقود التزام المرافق العامة بنظام البوت بداية 1996م وحتى الآن، وبالرغم من ذلك لا يوجد قانون موحد يحكم إبرام مثل هذا النوع من العقود، وهو ما جعل الفقه المصري يدعو إلى وجوب مراعاة الضوابط الدستورية الموجودة بالدستور الصادر عام

(1) المرجع السابق، الصفحات ذاتها.

(2) الباحث/ وليد مصطفى الطرونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص 120، 121.

(3) Emmanuelle Auriol and pierre M.A theory of bot Contract s, journal of economic behaviour & organization, 2013, volume 89, Issue 1, p.188

(4) د/ خالد محمد عبدالله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1999م، ص 14.

2014م المتعلقة بمدة الالتزام لا تزيد عن (30) عاماً طبقاً لمبدأ المشروعية الذي يوجب بأن تتفق تصرفات جميع السلطات مع أحكام الدستور⁽¹⁾.

أما في اليمن فلا يوجد تنظيم قانوني خاص بعقد البوت وإنما بشكل عام يمكن القول أنه ينطبق على هذا النوع من العقود أحكام القانون المدني المنظمة لعقد الالتزام⁽²⁾.

وظهرت في اليمن مؤخراً عقود بموجبها تلتزم شركات خاصة بإنتاج الطاقة الكهربائية عبر مولدات خاصة لتزويد المواطنين بالطاقة في مقابل مادي أو شركات خاصة يعهد إليها إدارة محطات إنتاج الطاقة تابعة للدولة، ولسنا هنا بصدد النقد لهذا النوع من العقود، إلا أنه يمكننا الاستشهاد من خلالها أنه لا يوجد قانون يمني موحد لتنظيم عقود البوت، التي أصبح لها أهمية كبيرة ودور فعال في تحقيق التنمية الاقتصادية ومساعدة الدولة علي إقامة المشروعات الكبيرة لا سيما في الظروف الحالية التي تغتقر فيها الدولة لموازنة مالية كبيرة كافية لإقامة المشروعات الكبيرة.

(¹) يُراجع: د/ كريم سيد محمد سيد أبو العزم، الاشكاليات الدستورية في قوانين منح الالتزام بنظام البوت، بدون تاريخ أو دار نشر، ص 206، 207 (منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية علي الرابط: https://alalexu_journals.ekb.eg).

(²) يُراجع المادة (2) وبقية المواد المنظمة للعقود من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث نسأل الله تعالى أن نكون قد وفقنا في إعداده، ونختتم هذا البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات نوجزها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

1- المرفق العام من المواضيع الأساسية في القانون الإداري، حيث أخذ كمعيار لتحديد مفهوم القانون الإداري، بل أن المرفق العام يعتبر نواة القانون الإداري من الجانب القانوني.

2- إنه لا يمكن أن يكون للمرفق العام مفهوم جامع مانع وبشكل مجرد وحيادي إلا في ضوء الأهداف والغايات الإدارية والاجتماعية والاقتصادية التي تحدد مسبقاً، وبذلك فإن التحول الذي عرفه مفهوم المرفق العام يجد أساساً بالتحول الذي عرف مفهوم المصلحة العامة في ظل التطور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي لدول المقارنة (فرنسا، مصر، اليمن)، وظهور الوظائف الحديثة للدولة الذي أدى إلى ظهور فكرة المرفق الافتراضي التي يعتبر أن كل نشاط يقدم حرية عامة هو مرفق عام.

3- ضرورة تحديد الجهة التي تختص بإنشاء المرافق العامة، وهي كما بينا بالبحث تأرجحت في الفقه بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، والأخيرة هي الأقرب باعتبار أن إنشاء المرافق العامة يدخل في الإطار التنظيمي لها من جهة، وتحقيق المصلحة العامة يتطلب سرعة الإنشاء والتنظيم من جهة ثانية، إضافة إلى أن سياسية الدولة هي التي تبني المرافق العامة.

4- أغفل المقتن اليمني الإشارة إلي إلغاء المرافق العامة ولم يبين أداة الإلغاء، لذلك يمكن أن تطبق عليها القاعدة العامة التي مقتضاها أن أداة الإلغاء هي نفس أداة الإنشاء، فيكون إلغاءها الهيئات العامة بقرار جمهوري مثل ما تم إنشائها بقرار جمهوري.

5- اتجه المقتن اليمني إلي التفرقة بين المرافق العامة ذات الطابع الخدمي، وبين المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي، بقصر اصطلاح "هيئة عامة" على الأشخاص العامة ذات الطابع الخدمي، واصطلاح "مؤسسة عامة" على الأشخاص العامة المرفقية ذات الطابع الاقتصادي.

6- بغض النظر عن الجدل الفقهي حول أي السلطتين التشريعية أم التنفيذية أولى بإنشاء المرافق العامة فإن تسيير هذه المرافق يحتاج إلي أساليب وطرق تم حصرها في: طريقة الاستغلال المباشر، المؤسسة أو الهيئة العامة، التزام أو امتياز المرافق العامة، الاستغلال المختلط، وبما أن المرفق العام لا ينشأ إلا لإشباع مصلحة عامة فإنه لا يجوز إلغاء المرفق العام إلا إذا كان هذا الإلغاء لمصلحة عامة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال إلغاء مرفق عام أياً كانت أداة الإلغاء لغير الصالح العام، وفي كل الأحوال فإن أمر إلغاء المرافق العامة يكون ضمن السلطة التقديرية للدولة باعتبارها هي القائمة على تقدير الصالح العام.

7- أخذت دول المقارنة (فرنسا ومصر) بالمفهوم الواسع للمرافق الإدارية، وعلى نفس المنوال أخذ النظام الإداري في اليمن بالمفهوم الواسع للمرافق العامة، فلم يعد دور الدولة يقتصر على الأعمال التقليدية للدولة كالحفاظ على الأمن الخارجي والداخلي وإقامة العدالة، وإنما امتد نشاطها ليشمل كافة المجالات الاقتصادية والتجارية والاجتماعية والخدمية والإنتاجية، حيث تقوم الدولة بهذه الأنشطة من خلال مرافق عامة في شكل مؤسسات ومصالح عامة وأصبحت جزءاً أساسياً في البناء الإداري للدولة، وهو ما أعطى المرافق العامة مفهوماً واسعاً للغاية في النظام القانوني في اليمن.

8- أدى تراجع الموارد المالية للدول بسبب الأزمات الاقتصادية، والتي يقابلها حاجة متزايدة لتوفير المرافق العامة ومشاريع البنية التحتية، وبحثها المستمر عن الكفاءة والجودة في إنجاز ذلك إلى الاعتماد على عقود تفويض المرافق العامة التي تُعد من الصور الحديثة لعقود الامتياز في فرنسا أو مصر.

9- أدى الانفتاح الاقتصادي في دول المقارنة والحاجة لإشراك القطاع الخاص في أعباء التنمية إلى التحول من عقد الامتياز كعقد لتسيير المرافق العامة ابتداءً إلى عقود البوت كآلية ليس للإنشاء فقط وإنما للتسيير أيضاً.

10- تُعد عقود البوت عقوداً إدارية تتوافر فيها أركان العقد الإداري، ويمكن اعتبارها عقوداً إدارية على اعتبار أنها امتداد لعقد الالتزام.

11- لا يوجد في اليمن تنظيم قانوني خاص بتنظيم عقود تفويض المرافق العامة أو عقود البوت، وإنما بشكل عام يمكن القول أنه يمكن أن ينطبق على هذا النوع من العقود، أحكام القانون المدني اليمني المنظمة لعقد الالتزام.

ثانياً: التوصيات:

- 1- يدعو الباحث إلى وجود قانون يحدد بوضوح التمييز القانوني بين مفهوم المؤسسة العامة ومفهوم الهيئة العامة، مع ضرورة إعادة النظر للتسميات الحالية لبعض المرافق؛ كالمؤسسة العامة للكهرباء وغيرها من المرافق التي يطلق عليها اصطلاح المؤسسة العامة أو الهيئة العامة وطبيعة نشاطها مغاير مما يثير الخلط فيها.
- 2- ندعو المقنن اليمني إلى تحديد الجهة المختصة بإلغاء الهيئات العامة بأن ينص صراحة أن يكون إلغاء الهيئات العامة بقرار جمهوري مثلما إنشائها بقرار جمهوري.
- 3- نوصي المقنن اليمني بتعديل النصوص القانونية التي أعطت الوزير المختص الحق في إعادة النظر في قرارات المؤسسات كلياً أو جزئياً، وكذلك النصوص التي أجازت الجمع بين منصب الوزير المختص ومنصب رئيس مجلس إدارة المؤسسة، لتتافي ذلك مع القواعد المقررة في فقه القانون الإداري، التي تضع قواعد عامة بالنسبة للمرافق العامة، ومنها قيد الرقابة، حيث أن بقاء تلك النصوص على حالها يتنافى مع فاعلية الرقابة وغايتها.
- 4- ندعو المقنن اليمني إلى تعديل النص الدستوري الذي جعل عقد الامتيازات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة لا يتم إلا بقانون، بحيث يتم التعديل أن يكون منح الالتزام بمرفق عام بقانون إذا تضمن احتكاراً قانونياً أو فعلياً، وينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الامتيازات المتعلقة بمرافق الثروة الطبيعية والمرافق العامة، مع ضرورة أن يصدر قانون لتنظيم كيفية منح الالتزام بوجه عام.
- 5- يرى الباحث أن عقد وتفويض المرافق إلى شركات الاقتصاد المختلط فيه تحقيق للمصلحة العامة، وبذلك نوصي المقنن اليمني بضرورة إصدار قانون ينظم عقود التفويض في المرافق العامة مع ترك سلطة تقديرية للإدارة في تقدير الحاجة إليها.

6- ندعو المقنن اليمني إلى وضع قانون موحد لتنظيم عقود البوت، بسبب أهميتها الكبيرة ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية، على أن يتم تحديد جهة إدارية مختصة يُعهد إليها عملية الرقابة والإشراف على تنفيذ هذا العقود بكافة مراحلها، ولأهمية هذه العقود نقترح أن يتم صياغتها في نماذج خاصة من قبل المختصين والخبراء الاقتصاديين والقانونيين مع الاستفادة من تجارب دول المقارنة (فرنسا ومصر) وبقية الدول الرائدة في هذا المجال، حيث أن جعل هذه العقود معدة مسبقاً يمنع أي تجاوزات قد تحدث في هذه العقود خلال مراحل الإنشاء والتشغيل.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع اللغوية.

1- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، باب الضبط، مطبعة دار المعارف، 1982م.

ثانياً: الكتب القانونية والمؤلفات العامة:

1- د. أحمد بن عبد الملك بن أحمد بن قاسم، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة "دراسة مقارنة، دار الجامعات اليمنية، صنعاء، 1997م.

2- د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني، مكتبة ومركز الصادق، صنعاء، 2009م.

3- د. حمود محمد القديمي، أسس ومبادئ القضاء الإداري في الجمهورية اليمنية، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، 2012م.

4- د. خالد عمر باجنيد، د. أحمد صادق الجيزاني، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، سلسلة الكتاب الجامعي، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، 2003.

5- د. خالد عمر عبدالله باجنيد، القانون الإداري اليمني، دار جامعة عدن للطباعة والنشر، عدن، 2000م.

6- خالد محمد عبدالله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1999م.

7- د. زكريا المصري، أسس الإدارة العامة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2007م.

8- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1991م.

9- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007م.

10- د. طعيمة الجرف، القانون الإداري والمبادئ العامة في تنظيم ونشاط السلطات الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978م.

- 11- د. عبدالله حمود قلامة، القانون الإداري وقضايا الوظيفة العامة في اليمن، مكتبة الصادق، صنعاء 2010م.
- 12- د. عزت فوزي حنا، المرفق العام الاقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامع عين شمس، القاهرة، 1992م.
- 13- د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 1981م.
- 14- د. فرحان نزال أحمد المساعد، التنظيم الدستوري والقانوني لأطراف عقد تنظيم المرفق العام والمستفيدين منها، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية، العدد (47)، كلية القانون، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن.
- 15- د. كريم سيد محمد سيد أبو العزم، اشكاليات الدستورية في قوانين منح الالتزام بنظام البوت بدون تاريخ أو دار نشر.
- 16- وليد مصطفى الطرونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.
- 17- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1983م.
- 18- د. مازن ليلو راضي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م.
- 19- د. محمد عبدالله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الجزء الأول، بدون دار نشر، سنة 1999.
- 20- د. محمد علي سليمان، قضاء الإلغاء في الجمهورية اليمنية "التطور والتطبيق، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، 2003م.
- 21- د. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982/1981م.
- 22- د/ مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

23- د/ مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م.

ثالثاً: الدساتير والقوانين والقرارات:

- 1- دستور الجمهورية اليمنية المعدل بتاريخ سنة 2001م.
- 2- دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1971م.
- 3- القانون رقم (35) لسنة 1991 بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة في الجمهورية اليمنية.
- 4- القانون رقم (14) لسنة 2002م بشأن القانون المدني اليمني.
- 5- القرار الجمهوري رقم (387) لسنة 2002م بإنشاء الهيئة العامة للتنمية السياحية في الجمهورية اليمنية.
- 6- القانون رقم (189) لسنة 1958م المنظم للغرف التجارية والصناعية في مصر.
- 7- القرار الجمهوري رقم (453) لسنة 1958م بشأن تنظيم الغرف التجارية في مصر.
- 8- القانون رقم (28) لسنة 2003م بشأن الغرف التجارية والصناعية واتحادها العام في الجمهورية اليمنية.
- 9- القرار الجمهوري بالقانون رقم (35) لسنة 1991 بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة في الجمهورية اليمنية.
- 10- القانون المعدل رقم (7) بشأن الهيئات والمؤسسات والشركات العامة في الجمهورية اليمنية.

رابعاً: الأحكام القضائية وإصدارات القضاء:

أ- الأحكام والإصدارات اليمنية:

- 1- القواعد القضائية المستخلصة من الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الثاني، ج1، المطبعة القضائية، سنة 2008م.
- 2- مبادئ قانونية وقضائية في دعاوى الإدارية، قام باختيار الأحكام وتلخيصها واستخلاص المبادئ القانونية والقضائية منها د. حسن علي مجلي، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء، الطبعة الأولى، 2004م.

3- الحكم في القضية الإدارية رقم (11) لسنة 1416هـ الصادر من المحكمة الابتدائية لغرب الأمانة.

4- مجموعة أحكام قضائية متفرقة في قضايا إدارية صادرة من محاكم ابتدائية واستئنافية مختلفة في القضاء اليمني (منشورة وغير منشورة).

5- أحكام قضائية متفرقة صادرة من الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا بخصوص نزاعات إدارية (منشورة وغير منشورة).

ب- الإصدارات ومجموعات الأحكام الأجنبية:

1- مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري المصري، للثلاث سنوات والسنة الثانية والسنة العاشرة، مجموعة عامة القسم (4، 3).

2- قانون العقود والالتزام الفرنسي باللغة العربية، ترجمة د/ نبيل العبيدي، بدون دار وتاريخ نشر.

خامساً : المجلات والدوريات:

1- مجلة القانون الدوري والتنمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبدالحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، المجلد (7)، العدد (2)، 2019م.

2- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية على الرابط:

https://lalexu_journals, ekb.eg

سادساً: الروابط الإلكترونية:

1. <https://elearn.univ-oran.a.dz>
2. https://lalexu_journals, ekb.eg

سابعاً: المراجع الأجنبية:

1. A. delonbadere traite de droit adinistratif 1973, t,1.
2. Bonnard: J.C.P. 1942-2-2046 note larogue.
3. Monpurt: C.E: 31 Juil. 1942. Rec. 1942-3-37 concl. segalat.
4. Rivero Droit adinistratif, 3e ed, precis dall 02 .
5. Emmanuelle Auriol and pierre M.A theory of bot Contract s, journal of economic behaviour &organization, 2013, volume 89, Issue 1.



مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of Legal and Social Sciences



مجلة العلوم القانونية والإجتماعية
Journal of Legal and Social Sciences