



المجلس الأعلى
للمحكمة العليا
المكتب الفني

مجلة البحوث القضائية

مجلة علمية متخصصة تعنى بالبحوث والمراسل القانونية والشرعية

يصدرها
المكتب الفني بالمحكمة العليا اربع مرات في السنة

العدد: (2)
ديسمبر 2005م

رحلة البحوث القضائية

مجلة علمية متخصصة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والشرعية

يصدرها

المكتب الفني بالمحكمة العليا أربع مرات في السنة .

العدد : الثالث

إبريل ٢٠٠٦م

الآراء والتعليقات تعبر عن آراء الكتّاب، ولا تعبر
بالضرورة عن اتجاه قضائي لدى المحكمة، أو رأي الجهة
التي يعمل لديها الكاتب، ولا تعاد المواد لهم نشرت أو لم
تنشر .

المحتويات

رقم الصفحة	الكاتب	الموضوع
	القاضي / فيصل عمر مثنى	كلمة العدد
	القاضي / فيصل عمر مثنى	الدعوى المدنية
	القاضي / حسين محمد المهدي	رقابة القضاء على أعمال الإدارة
	القاضي / عبد الجليل محسن العلفي	التفتيش القانوني
	القاضي / أحمد صالح فرحان	التأمين الإلزامي في المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات
	القاضي / زيد حنش عبد الله	التحكيم الدولي الخاص

المادة

القانون مجموعة قواعد حقوقية ، الهدف منها تنظيم المجتمع وعلاقات الأفراد فيه ، وكل قاعدة حقوقية لها مؤيد ، أي أن الأشخاص ملزمون باتباعها واحترامها ، فيفرض عليهم احترامها واتباعها بالمؤيد أو الجزاء ن والدولة وحدها هي المالكة لوسائل الإجبار على احترام القاعدة الحقوقية .

ومنذ قيام الوحدة المباركة تسارع إصدار القوانين المنظمة للمجتمع في شتى مناحي حياته وعلاقاته ، مزيلاً التباين في التنظيم الذي ورثته اليمن في عهود التشطير ، ومنظمة لعلاقات لم تكن منظمة في السابق فرضها تطور المجتمع في علاقاته الداخلية والخارجية وبداهة فإن تلك القوانين يفترض أن تأخذ طريقها إلى التطبيق ، فهي قوانين غير مرجئة التطبيق أو معلقاً العمل بها على إرادة الجهات المعنية بتطبيقها والسهر عليها .

عن كل القوانين تحمل حكّمين الأول: نفاذها بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية ، والثاني: أمر رئيس السلطة التنفيذية (رئيس الجمهورية) إلى السلطة التنفيذية بأن تطبق القانون وبذلك لا يكون لأية جهة تنفيذية إعاقه تطبيق القانون أياً كانت رؤيتها إلى القانون ، لأن في ذلك تعدياً على سلطة التشريع ورفضاً لأمر صادر من الرئيس الأعلى لسلطة التنفيذية .

وإذا كان يجب على الأفراد تطبيق القانون من تلقاء أنفسهم ، فإن ذلك لا يعفي سلطات الدولة من فرض القانون عن طريق أرغامهم على تطبيقه وأتباعه عند الاقتضاء.

والملاحظ أن هناك قوانين صدرت منذ فترات طويلة لم تطبق ، ولم تسع الجهات المعنية بها على تطبيقها ، ومن أمثلتها قانون التأمين الإلزامي من المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات الصادر في ١٠/٤/٩١م (يحتوي هذا العدد على مقالة عنه) عن هذا القانون وقد مضى على صدوره أكثر من ثلاثة عشر عاماً لا يطبق ولم تتخذ الإجراءات للإجبار على تطبيقه سوى على السيارات الحكومية .

إن الغاية من سن هذا القانون هي أن يحصل المضرور على حقه كاملاً من غير أن يواجه بمسئول متعثر أو مماطل أو معسر وأن يرفع عن كاهل المسئول هذه المسئولية وبقية أحياناً الإفلاس والخراب ، والتأمين المنظم بهذا القانون إلزامي وليس اختيارياً. عن إهمال الجهات المعنية في السلطة التنفيذية تطبيق القوانين النافذة لا يعكس إهداراً للغايات التي تغيئها الشارع وللحقوق التي أراد الشارع حمايتها فقط بل يطرح إشكالية تتخلص في أنه إذا كانت الدولة لا تحترم القوانين التي تصدرها ن وتتعامل معها وكأنها قوانين للقراءة فقط فكيف يُطالب المواطن العادي باحترامها والانصياع لها؟

إنها إشكالية نرى وجوب التصدي لها وحلها من خلال رصد ورقابة صامتين .

**القاضي /
فيصل عمر مثنى
عضو المحكمة العليا
رئيس المكتب الفني**

الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية

القاضي / فيصل عمر مثنى
عضو المحكمة العليا
رئيس المكتب الفني

الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية

ينتج عن الجريمة ضرران، ضرر يصيب المجتمع جزاؤه العقوبة، وضرر يصيب المضرور و جزاؤه التعويض. أن العقوبة و هي حق المجتمع تطلبها النيابة العامة بوصفها من يمثل المجتمع ، و التعويض يطلبه المضرور (١)

والجريمة قد ترتب مسئولية جزائية و مسئولية مدنية معاً (العقوبة و التعويض) وقد ترتب فقط المسئولية الجزائية دون المسئولية المدنية إذا لم ينتج من الجريمة ضرر لأحد.

إن الدعوى الجزائية تختلف عن الدعوى المدنية سبباً و موضوعاً و خصوصاً ، فسبب الدعوى الجزائية هو إخلال المتهم بنظام المجتمع و موضوعها العقوبة ، و خصماها النيابة العامة ممثلة المجتمع ، و المتهم ، أما الدعوى المدنية الناتجة عن الجريمة فسببها هو الضرر و موضوعها هو تعويض هذا الضرر و خصماها المضرور و المتهم .

و الأصل أن لكل دعوى قاضيتها ، و تنتظر مستقلة عن الأخرى ، غير انه لما كان سبب الدعويين هو الجريمة التي أخلت بنظام المجتمع و ألحقت ضرراً بالمجني عليه ، فقد رأى المشرع أن يجيز نظر الدعويين، أي الدعوى الجزائية و دعوى المضرور من الجريمة معاً أمام المحكمة التي تنتظر الدعوى الجزائية توفيراً للوقت ، و لمصلحة المتهم في عدم توزيع جهده بين محكمتين، و للحد

^١ (يرتب القانون اليمني حقاً ثالثاً في بعض الجرائم هو الحق الشخصي ، و هو حق المطالبة بالقصاص أو بالدية أو بالارش .

من تضارب الأحكام في الدعوى المدنية و الدعوى الجزائية القائمة على سبب واحد هو الجريمة - إلى حد ما - ، و لكون المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية تتكشف أمامها من خلال التحقيق القضائي عناصر دعوى التعويض عن الجريمة ، فنصت المادة ٤٣ من قانون الإجراءات الجزائية (٩١/١٣م) على انه يجوز لكل من لحقه ضرر من الجريمة ان يرفع الدعوى المدنية مهما بلغت قيمتها بتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة أمام المحاكم الجزائية لنظرها مع الدعوى الجزائية .

أركان الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية

إن أركان الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية هي السبب ،

والموضوع و الخصوم

أولاً: سبب الدعوى:

لما كان يمكن أن يترتب على الجريمة إضافة الى الضرر الذي يصيب المجتمع ضرراً لفرد أو لأفراد من الناس ، فبهذا الضرر ينشأ حق المطالبة بالتعويض ، وتقضي المادة ٣٠٤ من القانون المدني (٢٠٠٢/١٤ م) على ان كل فعل أو ترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه ، و لا يخل ذلك بالعقوبات المقررة للجرائم طبقاً للقوانين النافذة . و في ذلك أيضاً تنص المادة ٤٣ من قانون الإجراءات الجزائية بقوله : يجوز لكل من لحقه ضرر من الجريمة رفع الدعوى المدنية مهما بلغت قيمتها بتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة أمام المحاكم الجزائية لنظرها مع الدعوى الجزائية . ان الضرر قد يكون مادياً - وهو الغالب - في الجسم أو المال ، و قد يكون أدبياً كالضرر في الشرف أو الكرامة . و يشترط في الضرر المادي شرطان الأول : ان يكون هناك إخلال بحق أو بمصلحة مالية كأن تضر الجريمة بحق الإنسان في الحياة و سلامة جسمه (جرائم القتل و الإيذاء الجسماني) و كأن تضر الجريمة بحق مالي كما في جرائم الاعتداء على المال . الثاني : أن يكون الضرر محقق الوقوع أو سيقع حتماً^(٢) أما الضرر الأدبي فقد نصت المادة ٣٥٢ من القانون المدني على أن يشمل التعويض الضرر المادي و الضرر الأدبي ، و لكن لا يجوز أن ينتقل الحق في تعويض

^٢ - أنظر تفصيلاً في شروط القرر ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام

ص ٨٥٥ - ٨٦٤ وإحياء التراث العربي

الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا اتفق على ذلك أو كان صاحب الحق قد طالب به أمام القضاء .

وقد يجتمع في الجريمة الضرران المادي والأدبي، وقد ينتج عن الجريمة ضرر مادي فقط كما في جريمة السرقة، وقد ينتج عن الجريمة مجرد ضرر أدبي كما في جرائم القذف والسب .

شروط الضرر

يشترط في الضرر ثلاثة شروط هي ان يكون شخصياً و ان يكون ثابتاً على وجه اليقين و التأكيد واقعاً و لو في المستقبل وان تقوم علاقة سببية مباشرة بين الضرر و بين الجريمة .

١- أن يكون الضرر شخصياً :

لا يجوز للشخص ان يدعي مدنياً عن ضرر لحق غيره مهما كانت علاقته بهذا الغير ، فالوكيل لا يستطيع ان يطالب باسمه بتعويض الضرر الذي أصاب موكله ، و لكن يجوز له المطالبة باسم الموكل^(٣)

٢- أن يكون الضرر ثابتاً على وجه اليقين و التأكيد واقعاً و لو في المستقبل:

يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع ، و ذلك بان يكون قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً (مستقبل) أما الضرر المحتمل فهو ضرر غير محقق فلا يجب التعويض عنه إلا إذا وقع فعلاً^(٤) و من أمثلة الضرر المستقبل المحقق الوقوع و الذي يصلح أساساً للتعويض ان يعتدي شخص على سلامة جسم غيره فيحدث به عاهة مستديمة ، فالضرر يحدث جزء منه عقب الاعتداء ، و الجزء الآخر يحدث في المستقبل ، فهناك ضرران ضرر حدث فعلاً و ضرر مؤكد الحدوث مستقبلاً، و الضرران يصلحان أساساً لطلب التعويض، و

^٣ - أصول المحاكمات الجنائية ، حسن المرصفاوي ، ص ٥٣٣ ، دار المعارف بالإسكندرية ، ١٩٧٢م .

^٤ - تفصيلاً ، السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٨٥٨ - ٨٦٣ .

مثال الضرر المحتمل الذي يصلح أساساً لطلب التعويض المطالبة بمكافأة الفوز في سباق للسيارات ممن اتلف سيارة شخص ينوي المشاركة بها في السباق ، فالفوز احتمال و الخسارة احتمال فالفوز غير مؤكد .

٣- علاقة السببية المباشرة بين الضرر والجريمة:

لكي تصح المطالبة بالتعويض عن الجريمة يجب ان تقوم علاقة مباشرة بين الجريمة و بين الضرر ، أي علاقة سببية ، فقد يكون الضرر غير ناتج مباشرة عن الجريمة ، و من أمثلة ذلك ان يسوق شخص سيارته دون ترخيص ، فيصدم أحد المارة نتيجة خطأ المار، لا خطأ السائق ، فليس في هذا المثال علاقة سببية بين الفعل المنهي عنه قانوناً و هو قيادة سيارة بدون ترخيص و بين الضرر الذي أصاب المار ، إذ يكون الضرر هنا ناتجاً عن خطأ المصاب لا خطأ السائق ، وإذا أحيل السائق لمحكمة بتهمة قيادة مركبة آلية بدون ترخيص ، ما جاز للمصاب أن يرفع الدعوى المدنية تبعاً للدعوى الجزائية للمطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه ، إذ لا علاقة سببية بين الضرر و بين القيادة بدون ترخيص .

و إذا قاد شخص سيارته في الاتجاه المعاكس فاصطدم بسيارة يقودها آخر في خطه بسرعة و بدون ترخيص فان مجرد قيادة سيارة بدون ترخيص، و السرعة لا تكفيان لقيام علاقة سببية بين الأضرار الناتجة عن الحادث و قيادة السيارة بدون ترخيص و بسرعة ، و قد حكم بان على المحكمة ان تبين علاقة السببية بين سرعة الطاعن (و هي موضوع اتهامه) و بين وقوع الحادث قبل التعرض لنسبية لخطأ و الفصل في المسؤولية ، وحيث تبين ان التهمة المسندة الى المطعون ضده قد تمثلت في قيادة مركبته بإهمال في الخط العام و عند محاذاته لمفرق....خرج إلى الخط المعاكس دون ان يتأكد من خلوه ، فارتطم بسيارة الطاعن التي كانت في خطها و هي بلا شك تهمة تهون عندها تهمة الطاعن المتمثلة في مجرد السرعة و عدم الحصول على

رخصة قيادة ، مما لا يجوز معه التسوية بين التهمتين و من ثم التسوية في تحمل تبعات النتائج التي أسفر عنها الحادث^(٥)

ومن أمثلة انتفاء علاقة السببية إن يصدر شخص شيكاً بدون رصيد ، فان قيمة الشيك لا تدخل في مفهوم التعويض الذي يمكن ان يطالب به المضرور من الجريمة تبعاً للدعوى الجزائية ، ذلك لان القضاء بالوفاء بقيمة الشيك يعد قضاء بالوفاء بدين سابق على جريمة إصدار شيك دون رصيد من الأمثلة التي تنتفي فيها علاقة السببية أيضاً ان يزور شخص توقيع شخص آخر على شيك ، ويتم دفع قيمة الشيك ، فليس لمن زور توقيعك ان يطالب البنك بقيمة الشيك ذلك لان صرف قيمة الشيك كان ناتجاً عن خطأ موظف البنك الذي لم يصادق التوقيع و ليس الضرر ناتجاً عن جريمة التزوير . وإذا جاز لمن زور إمضاءه (عميل البنك. الساحب) ان يرفع دعوى مدنية مستقلة على البنك إلا انه لا يجوز له ان يرفع دعواه المدنية بطلب التعويض من الجريمة. صحيح ان خطأ موظف البنك متصل بالواقعة المرفوعة بها الدعوى الجزائية (التزوير) إلا انه لا يدخل فيها ، فلا علاقة له مباشرة بالجريمة.

إن أي أساس غير الجريمة لا يصلح لرفع الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية ، فلا تختص المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية بنظر الدعوى المدنية بطلب التعويض متى كان الضرر المطالب بجبره أساسه أمراً آخر غير الجريمة ، فدعوى الضمان مثلاً ليست ناشئة عن الجريمة ، و إنما عن عقد لذا نصت المادة ٤٨ إجراءات جزائية على عدم جواز رفع دعوى الضمان أمام المحاكم في الدعاوى الجزائية ، وقد قضت محكمتنا العليا ان " مسئولية الضامن تقوم على أساس آخر هو الالتزامات الناشئة عن عقد الضمان ، فالضرور لا يطالب الضامن عن

^(٥) المحكمة العليا للجمهورية ، نقض جزائي رقم ٢٠٢١٦ ك ، ٢/١٠/٢٠٠٤ م

الفعل الضار بل يطالب بتنفيذ عقد الضمان ، فإذا فكل نزاع يقوم حول هذا العقد هو نزاع متعلق بمسئولية عقدية لم يجرز القانون رفعه أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية ، إذ أن محله المحكمة المدنية أو التجارية بحسب الحال و الحكم على الضامن و الحال كذلك محمولاً على سبب غير الجريمة المطروحة على المحكمة لم يجرز القانون رفع الدعوى المدنية على أساسه" (٦)

و لما كان اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية بنظر الدعوى المدنية التابعة لها هو من قبيل الاستثناء ، فان المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية لا تكون مختصة بنظر الدعوى المدنية ما لم يثبت قيام جريمة رفعت بها الدعوى الجزائية و أن تثبت نسبتها إلى المتهم و أن يكون التعويض مؤسساً على الفعل المرفوعة به الدعوى الجزائية ، فمتى كانت الدعوى غير مؤسسه على الجريمة فلا اختصاص لها بها " فالأصل في دعاوى الحقوق المدنية ان ترفع إلى المحاكم استقلالاً ، و إنما أباح القانون استثناء رفعها إلى المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية متى كانت تابعة للدعوى الجزائية و كان الحق المدعى به ناشئاً عن ضرر وقع للمدعي من الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجزائية ، فإذا لم يكن الضرر الذي لحق به ناشئاً عن هذه الجريمة سقطت تلك الإباحة ، و سقط معها اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية بنظر الدعوى المدنية " (٧) فاختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية بنظر الدعوى المدنية التابعة لها مقصور على الفصل في التعويض المترتب على الجريمة ، أما غير ذلك فلا اختصاص لها فيه و يكون حكمها باطلاً

(٦) المحكمة العليا للجمهورية ، نقض جزائي رقم ١٦٧٩٩ ك ، ٢٠٠٤/٣/١ م .

(٧) المحكمة العليا للجمهورية ، نقض جزائي رقم ١٨٢٨١ ك ، ٢٠٠٤/٥/٣٠ م

فيما قضت فيه خارج تلك الدائرة ، فغير ذلك من المطالبات المدنية خارج تلك الدائرة ترفع به دعاوى مدنية مستقلة^(٨)

فإذا ثبت للمحكمة أن لا جريمة في الفعل المسند إلى المتهم ، و أنه من قبيل الإخلال بالتعاقد ، فان المحكمة تحكم بعدم اختصاصها ، فان هي قضت برفض الدعوى كان قضاؤها قضاء في أمر خارج عن اختصاصها. وليس للمحكمة أن تغير من سبب الدعوى وإلا كان ذلك منها تجاوزاً لسلطتها بالحكم بما لم يطلب منها ، فالمحكمة يجب أن تحكم برفض الدعوى إذا انعدمت المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الجريمة ، و تحكم بعدم الاختصاص إذا طلب منها الحكم في تعويض مؤسس على سبب آخر غير الجريمة ، و كذلك لا يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض رغم البراءة ، إذ يكون التعويض قائماً على أساس غير الجريمة ، فلا اختصاص لها به ، و المقصود بالجريمة كل عمل أو ترك يحظره القانون و يعاقب عليه سواء وصف هذا العمل أو الترك بأنه جريمة جسيمة ، أو جريمة غير جسيمة ، وسواء عوقب عليه بموجب قانون الجرائم و العقوبات أو بموجب أي قانون آخر .

و اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية بنظر الدعوى المدنية التابعة لها متعلق بولاية المحكمة فهو من النظام العام الذي يجب أن تتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها ، و يجوز إثارة الدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا ، و قد حكمت محكمتنا العليا بأن " عدم اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية بنظر الدعوى المدنية، غير دعوى المضرور من الجريمة بطلب

^(٨) المحكمة العليا للجمهورية ، نقض جزائي رقم ١٩٣٢٤ ك ، ٢٠٠٤/٧/١٩ م .

تعويضه متعلق بولايتها القضائية وهو من صميم النظام العام يجب على المحكمة أن تقضي به و لو من تلقاء نفسها^(٩)

ثانياً: موضوع الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية

موضوع الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية هو التعويض. أن التعويض أما أن يكون مادياً ، أي مبلغاً من النقود ، وقد يكون التعويض أدبياً في بعض الجرائم كالتنشر في الصحف كما في الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار ، وقد يكون طلب التعويض بقصد جبر الضرر كاملاً وقد يكون طلب التعويض مجرد مطالبة بإثبات حق المضرور ، وذلك عن طريق المطالبة بتعويض رمزي (مبلغ زهيد من المال).

و يشمل التعويض رد ما فقده المدعي بالحق المدني بسبب الجريمة متى ما ضبطته السلطات العامة ، و ما لم يضبط ، فيحق للمدعي بالحق المدني طلب رده عيناً أو دفع ثمنه ، فرد الحالة إلى ما كانت عليه قيل وقوع الجريمة من قبيل التعويضات و لا يحكم بالرد ما لم يطلبه المدعي إلا إذا كان القانون يوجب الرد دون طلب أو يجيز القانون للمحكمة أن تحكم به دون طلب . كما يشمل التعويض المصاريف القضائية التي أنفقها المدعي بالحق المدني من رسوم و أتعاب محاماة و أتعاب خبراء و مصاريف شهود.

وتتص المادة ٣٨٥ إ، ج ان على المحكمة ان تحكم بالمصاريف على المتهم المحكوم عليه بالتعويضات لصالح المدعي بالحقوق المدنية ، و للمحكمة أن تخفض مقدارها إذا رأت ان بعضها كان غير لازم ، و إذا لم يحكم على المتهم بالتعويضات التي طلبها المدعي بالحقوق المدنية كلها أو

^٩ المحكمة العليا للجمهورية ، نقض جزائي رقم ١٧٢٥٢ ك، ١١/٤/٢٠٠٤م

بعضها تقدر المصاريف التي يتحملها المتهم أو المدعي بالحقوق المدنية بنسبة ما يقضي به من تعويضات لما رفض منها.

ويجب ملاحظة أن المحكمة هي وحدها التي تختص بالحكم فيما إذا كان المتهم يتحمل المصاريف أم لا ، أما تقدير هذه المصاريف فالمادة ٢٨٨ إ، ج تنص على أن تقدر المصاريف في الحكم أن أمكن و إلا قدرها رئيس المحكمة التي أصدرت الحكم بأمر على عريضة يقدمها المحكوم له و يعلن هذا الأمر للمحكوم عليه و يجوز لكل من الخصوم أن يتظلم من ذلك الأمر ، و يحصل التظلم بتقرير في دائرة كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم خلال العشرة الأيام التالية لإعلان الأمر ، و تحدد دائرة الكتاب اليوم الذي ينظر فيه التظلم أمام المحكمة في غرفة المداولة و يعلن الخصوم بذلك قبل اليوم المحدد بثلاثة أيام و تقضي المحكمة في ذلك التظلم بقبوله أو رفضه أو بتعديل الحكم الصادر في الدعوى الأصلية من حيث جواز استئنافه ، ذلك أن التظلم في تقدير المصاريف لا يعدو أن يكون تظلاً من أمر صادر على عريضة و الحكم الصادر فيه يعتبر متمماً للحكم الصادر من محكمة الموضوع في موضوع الدعوى و قابلاً للطعن فيه بمختلف طرق الطعن أو غير قابل له .

و إغفال المحكمة الحكم في بعض الطلبات أو في ما يوجب القانون عليها أن تفصل فيه من مصاريف من تلقاء نفسها إغفالاً تاماً يعني ان الطلب أو ما يوجب القانون عليها الفصل فيه من المصاريف يبقى معلقاً أمامها ، و علاجه يكون وفق ما نصت عليه المادة ٢٣٢ مرافعات بالرجوع الى نفس المحكمة لتستدرك ما فاتها الفصل فيه ، و من ثم فلا يصلح إغفال المحكمة الفصل في تحمل المصاريف متى أوجب القانون على المحكمة الفصل فيها من تلقاء نفسها (مصاريف المدعي بالحق المدني) سبباً للطعن في الحكم .

تقدير التعويض :

يشتمل التعويض على أمرين هما : الخسارة التي لحقت المضرور ،
و ما فاته من كسب ، و يقدر التعويض قاضي الموضوع مراعيًا في
تقديره الظروف الملازمة للمضرور .

وإذا كانت المسؤولية واجبة عن كل فعل خاطئ ، و الجريمة كذلك ،
إلا أن هذه المسؤولية تتضاءل بنسبة خطأ المضرور ، و حجم اشتراكه مع
الجاني في إحداث الضرر ، فاشترك المجني عليه في الخطأ المسبب
للحادثة يوجب توزيع المسؤولية المدنية على قدر الخطأ ، و تنتفي المسؤولية
في التعويض إذا كان طالب التعويض هو الذي أخطأ و كان خطؤه
السبب المباشر للضرر الذي لحق به .

و إذا كان تقدير التعويض مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع إلا أن
قاضي الموضوع مقيد بان لا يدخل فيه ما لا شأن له بالتعويض و إلا تعرض
حكمه للنقض

وإذا تعدد المسؤولون عن العمل الضار كانوا مسئولين بينهم
بالتساوي ، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض بحسب
تأثير عمل كل واحد منهم ، و إذا كانوا متواطئين على الفعل كانوا
متضامنين في المسؤولية^(١٠) (م ٣١٠ مدني)

وإذا ثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد للمتهم فيه ، فلا يلزم
المتهم التعويض ، وقد نصت المادة ٣٠٦ من القانون المدني على أنه إذا
اثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادثة

^(١٠) التضامن في القانون معناه أن يكون كل من المطالبين ملزماً للطالب واحداً ، وأكثر بكل المطلوب .

مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ من الغير فإنه يكون غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك .

ثالثاً : خصوم الدعوى المدنية

١- المدعي

يشترط في المدعي أن يكون ذا صفة و أن يكون أهلاً للتقاضي

صفة المدعي :

تقام الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية ممن لحقه ضرر شخصي مباشر من الجريمة ، و لو لم تكن الجريمة قد وقعت عليه شخصياً فالمضروب من الجريمة قد يكون أي شخص و لو كان غير المجني عليه طالما هناك ضرر أصابه مباشرة من الجريمة كأولاد القتل في جريمة القتل ، و يصح ان يكون المضروب شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً ، على أن يرفع الدعوى عن الشخص الاعتباري من يمثله .

أن الأصل في دعاوى الحقوق المدنية أن ترفع إلى المحاكم المدنية ، و النيابة العامة هي صاحبة الولاية في رفع الدعوى الجزائية .

وأمام القضاء المدني يجوز أن ينتقل الحق في رفع الدعوى المدنية من المضروب من الجريمة شخصياً بتعويضه إلى ورثته و دائنيه و المحال إليهم ، غير انه أمام المحكمة الجزائية التي تنظر دعوى تعويض المضروب من الجريمة بالتبعية للدعوى الجزائية فان الحق في رفع الدعوى المدنية مقصور على شخص المضروب مباشرة من الجريمة ، و عليه فإذا جاز لورثة القتل رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجزائية بتعويضهم عن الضرر الذي أصابهم شخصياً من وفاة مورثهم نتيجة الاعتداء عليه و لو سبق له التنازل عن ما ثبت له قانوناً من الحق في تعويض الضرر فالمورث لا يملك أن يتنازل عنه قبل وجوده ، فحق الورثة لا يولد إلا من تاريخ موت المورث^(١١) . إلا أنه لا يجوز لهم إذا توفى المورث بسبب آخر غير الاعتداء عليه رفع

^(١١) طعن رقم ١٣٦٨ سنة ٤ ق، جلسة ١٩٣٤/٥/٢٨ م ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية لمحكمة النقض المصرية الجزء الخامس ، ص٤٥٦ ، الفكهاني وحسني ، الدار العربية للموسوعات .

الدعوى بطلب تعويضهم عن الضرر الذي أصاب المورث قبل وفاته ، إذ لا يجوز لهم المطالبة بأية حقوق مدنية كانت لمورثهم تم انتقلت إليهم بوفاته . ولا تقبل دعوى الدائنين باسم مدينهم المضرور من الجريمة و لا ممن حول إليه الحق في التعويض ، و انما يجوز لهم اللجوء الى القضاء المدني ، و لا يجوز لهم اللجوء الى المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية للمطالبة بتلك الحقوق تبعاً للدعوى الجزائية ، و في ذلك قضت محكمة النقض المصرية بقولها " إذا أجاز القانون للمدعي بالحق المدني أن يطالب بتعويضه عما لحقه من ضرر أمام المحكمة الجزائيةفان هذه الإجازة أن هي إلا استثناء من أصلين مقرررين حاصل أولهما أن المطالبة بمثل هذه الحقوق إنما تكون أمام المحكمة المدنية و مؤدى ثانيهما أن تحريك الدعوى الجزائية إنما هو حق تمارسه النيابة العامة وحدها ، و من ثم يتعين عدم التوسع في الاستثناء المذكور و قصره على الحالة التي يتوافر فيها الشرط الذي قصد الشارع أن يجعل الالتجاء إليه فيها بتوافره وهو أن يكون المدعي بالحق المدني هو الشخص الذي أصابه ضرر شخصي مباشر من الجريمة " (١٢)

وإذا توفى المدعي بالحق المدني قبل ان يفصل في الدعوى و كان قد حضر عنه محام لم يذكر للمحكمة انه توفى ، و لم يكن المتهم على علم بوفاته فلا وجه للطعن على الحكم الصادر في الدعوى ببطلان إجراءاته (١٣) . و الدفع بانعدام الصفة للمدعي مدنياً تبعاً للدعوى الجزائية من النظام العام .

^{١٢} (محكمة النقض المصرية ، نقض رقم ١٨١٧ سنة ٢٤ ق، جلسة ١٥/٢/١٩٦٥م الموسوعة الذهبية ، الجزء الخامس ص٣٠٢ المرجع السابق .

^{١٣} (محكمة النقض للعربية ، نقض رقم ١٠١ سنة ١٨ ق، جلسة ١٩/٤/١٩٤٨م ، الموسوعة الذهبية ، الجزء الخامس ، ص٢٨٢ ، المرجع السابق .

أهلية المدعي :

تقبل الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية من المضرور من الجريمة إذا كان أهلاً للتصرف ، أما إذا كان فاقداً الأهلية أو ناقصها فلا تقبل الدعوى إلا ممن يقوم مقامه قانوناً ، ولياً أو وصياً أو قيماً ، و إذا لم يكن هناك من يقوم مقامه قانوناً جاز للنيابة أو المحكمة تعيين وكيل له للدعاء بحقوقه المدنية أمامها (م ٤٧، ج)

٢- المدعى عليه :

المدعى عليه في الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية هو المتهم سواء كان فاعلاً للجريمة أو شريكاً فيها ، و توجه الدعوى إذا كان المتهم فاقداً الأهلية الى من يمثله قانوناً ، و اذا تعدد المتهمون كانوا مسئولين فيما بينهم بالتساوي ، و للمحكمة ان توزع المسئولية بينهم بحسب تأثير عمل كل واحد منهم ، و اذا كانوا متواطئين على الفعل كانوا متضامنين في المسئولية (م ٣١٠ مدني)

و قد تترتب المسئولية المدنية من الجريمة على غير المتهم و هو المسئول عن الحقوق المدنية ، فيجيز القانون رفع الدعوى المدنية عليه تبعاً للدعوى الجزائية المقامة ضد المتهم ، و قد نصت المادة ٤٨ من قانون الإجراءات الجزائية على انه يجوز رفع الدعوى المدنية أيضاً على المسئولين عن الحقوق المدنية عن فعل المتهم ، و المقصود بهم الأشخاص المسئولين قانوناً عن عمل غيرهم كما في حالة مسئولية المتبوع عن فعل تابعه و مسئولية متولي الرقابة عن الأعمال الصادرة عن متولي رقابته .

و أجازت المادة ٥٤، ج رفع الدعوى المدنية على المؤمن لديهم لتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية و قررت سريان جميع الأحكام الخاصة بالمسئول عن الحقوق المدنية على المؤمن لديه . و للمسئول عن الحقوق المدنية التدخل في الدعوى من تلقاء

نفسه في أية حالة كانت عليها ليدفع المسؤولية عن نفسه ، و للنيابة العامة و المدعي بالحقوق المدنية المعارضة في قبول تدخله ، على انه لا يجوز تدخل المسئول عن الحقوق المدنية اذا لم تكن هناك دعوى مدنية مرفوعة امام المحكمة ، فطالما كانت الحقوق المدنية ليست محل نظر أمام المحكمة فتدخل المسئول عن الحقوق المدنية يكون غير جائز . و قبول المدعي بالحق المدني للحكم الاستثنائي برفض دعواه لا يجيز له التدخل أمام المحكمة الاستثنائية اذا أعيدت الدعوى الجزائية إليها بناء على طعن النيابة العامة بالنقض على الحكم الاستثنائي الذي رفض دعواه و قبله المدعي بالحق المدني .

و أجاز القانون للنيابة العامة ان تدخل المسئول عن الحقوق المدنية و لو لم يكن في الدعوى مدع بحقوق مدنية للحكم عليه بالمصاريف المستحقة للحكومة. و إذا توفى المتهم " فان اثر الوفاة في الدعوى الجزائية يختلف عنه في الدعوى المدنية ، فالأخيرة لا تتأول إلا أموال المتهم التي يتعلق بها حق المدعي المدني ، و من ثم لا تؤثر الوفاة على الدعوى المدنية و تسير في طريقها ، بيد أنها يجب أن توجه ضد الورثة ليقضى في مواجهتهم بالتعويض من تركة المتوفى " ^(١٤) و يكون إلزام كل وارث بقدر نصيبه من التركة و لا يسألون عن التعويض بالتضامن إذ أن التضامن يفترض الاشتراك في الخطأ و هو ما لا يتوافر في هذه الحالة و إذا لم يترك الجاني أو المسئول مدنياً تركة سقط الالتزام بالتعويض إذ لا يلتزم الورثة به من أموالهم الخاصة ^(١٥)

١- المحكمة العليا للجمهورية ، نقض جزائي رقم (١٨٠٨) ك ، ١١/٤/٢٠٠٤م .

^{١٥} - شرح قانون الإجراءات الجزائية ، محمود مصطفى ، ص ١٧٨ ، ١٩٨٨م ، مطبعة جامعة القاهرة

القيود الواردة على حرية المدعي المدني في اللجوء إلى المحكمة الجزائية

يرد على حق المضرور من الجريمة في اللجوء إلى المحكمة الجزائية بطلب التعويض عن الأضرار التي أصابته من الجريمة قيودان هما تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية ، وإلا يكون المضرور قد سلك طريق الدعوى المدنية المستقلة .

القيود الأول: تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية :

رأينا فيما سبق ان الحكم بالتعويض هو فصل في دعوى مدنية تختص به في الأصل المحكمة المدنية ، و ان القانون اباح استثناء للمحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية ان تفصل في طلب المضرور من الجريمة بتعويضه ، فيقتضي هذا الاستثناء ان تكون هناك دعوى عامة قد حركت ضد متهم وإذا رفعت الدعوى الجزائية على متهم بغير الطريق الذي رسمه القانون فان إجراءاتها تكون باطلة ، فإذا قضت المحكمة ببطلان رفع الدعوى الجزائية لزمها القضاء بعدم قبول الدعوى المدنية التابعة لها كأثر من آثار تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية .

وإذا انقضت الدعوى العامة قبل ان ترفع إلى المحكمة كأن يتوفى المتهم قبل رفع الدعوى إلى المحكمة أو يصدر عفو عام أو يصدر قرار من النيابة العامة بأن لا وجه لإقامة الدعوى العامة فلا يقبل من المضرور الادعاء مدنياً إذ تقتضي قاعدة تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية ان تكون المحكمة المختصة بنظر الدعوى الجزائية ، فإذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها بالدعوى الجزائية أو بعدم قبولها لم يعد من اختصاصها التعرض للدعوى المدنية .

و لكن قد تتقضي الدعوى الجزائية بعد رفعها الى المحكمة بسبب من الأسباب الخاصة بها كالعفو أو وفاة المتهم أو صدور قانون جديد لا يعاقب على الواقعة، فلم ير المشرع إبقاء التلازم بين الدعويين الجزائية والمدنية فقرر ان انقضاء الدعوى الجزائية بعد رفعها بسبب من الأسباب الخاصة بها لا يؤثر على سير الدعوى المدنية المرفوعة أمامها (م ٥٥، ج)
وخروجاً على قاعدة تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية ، أجاز القانون للمحكمة اذا رأت ان تدخل المدعي بالحقوق المدنية يؤخر الفصل في الدعوى الجزائية ان تقرر تأجيل نظر الدعوى المدنية الى ما بعد الفصل في الدعوى الجزائية أو ان تنظر فيها على حده (م ٤٥، ج)^(١٦)
و ينبنى على ذلك ان المشرع اليمني وان قرر تبعية الدعوى المدنية للدعوى الجزائية الا انه قرر جواز ان يصدر حكم مستقل في الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية بعد الفصل في الدعوى الجزائية .

و اذا كان القانون قد اباح للمحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية الفصل في دعوى المضرور من الجريمة بتعويضه استثناء من الأصل المقرر من ان المحاكم المدنية هي المختصة بالفصل في دعاوى الحقوق المدنية ، فانه أجاز استثناءً أيضاً للمحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية ان تفصل في طلب المتهم بتعويضه ، رغم ان طلب المتهم بتعويضه ليس ناتجاً عن جريمة ، و انما

^{١٦}) تنص القوانين المقارنة كالقانون المصري على عدم جواز ان يترتب على تدخل المدعي بالحقوق المدنية تأخير الفصل في الدعوى الجزائية ، و الا حكمت المحكمة بعد قبول تدخله (م ٢٥١، ج مصري) كما ينص على انه اذا كان الفصل في التعويضات يتطلب إجراء تحقيق خاص ينبنى عليه = إرجاء الفصل في الدعوى الجنائية ، فان المحكمة تحيل الدعوى الى المحكمة المدنية بلا مصاريف (م ٣٠٩، ج مصري) و في غير ذلك يجب ان يصدر الحكم في الدعويين معاً

عن خطأ المدعي بالحق المدني ، فنصت المادة ٦٣ إ، ج على ان للمتهم ان يطالب المدعي بالحقوق المدنية أمام المحكمة بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب رفع الدعوى المدنية إذا كان لذلك وجه .

و لا يكفي لإجابة المتهم الى طلبه ان تقضي المحكمة برفض التعويضات التي يطلبها المدعي المدني ، و انما يشترط فضلاً عن ذلك أن يثبت أن المدعي بالحقوق المدنية قد أقام الدعوى بسؤ قصد أو على الأقل بغير تبصر و لا ترو ((١٧) و إذا فصلت المحكمة في الدعوى المدنية مع الدعوى الجزائية لم يجز لها الفصل في طلب المتهم بتعويضه ، اذ يشترط ان تقام الدعوى في حضور المدعي بالحق المدني ، و كذلك اذا ترك المدعي بالحق المدني دعواه فلا يقبل منه طلب التعويض اذ لا يعود للمدعي بالحق المدني صفة في الدعوى ، غير أن هناك من يرى قبول طلب المتهم بتعويضه بشرط ان يعلن المدعي بالحقوق المدنية (١٨)

و للمدعي بالحق المدني ان يطعن بالاستئناف و النقض على الحكم الفاصل في دعواه المدنية ، و تنظر محكمة الاستئناف أو المحكمة العليا في الدعوى المدنية دون الدعوى الجزائية ، وهو أمر يؤدي إلى احتمال نشؤ تناقض بين حكم محكمة أول درجة القاضي بالبراءة و حكم محكمة الاستئناف القاضي بالتعويض بناءً على استئناف المدعي بالحق المدني للحكم الصادر من محكمة أول درجة في شقه المدني ، ذلك لان الحكم في الدعوى الجزائية القاضي بالبراءة لا يكون ملزماً لمحكمة الاستئناف و هي تفصل في استئناف المدعي بالحق المدني للحكم الصادر في شقه المدني ، لان الدعوى الجزائية و الدعوى المدنية التابعة لها و ان كانتا ناشئتین عن سبب واحد هو الجريمة الا ان موضوع كل منهما يختلف عن الآخر ، فلا يكون

^{١٧} (محمود مصطفى، المرجع السابق، ص ١٨٤

^{١٨} (المرصفاوى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٨ .

التلازم بينهما لازماً عند الفصل في الدعوى المدنية استثنائياً ، فالتلازم لا يشترط الا عند بدء اتصال القضاء الجزائي بهما .

القيد الثاني: عدم سلوك المضرور طريق الادعاء المدني المستقل

للمضرور من الجريمة ان يختار أحد طريقين ، الأول طريق الدعوى المدنية المستقلة . والثاني طريق الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية (م ٢٧ ، م ٤٤ إ ، ج) وإذا اختار المضرور طريق الادعاء المدني المستقل عن الدعوى الجزائية فهناك ثلاث احتمالات الاحتمال الأول : ان يستمر في هذه الدعوى التي رفعها أمام المحكمة المدنية و لا يتركها ، بصرف النظر عن وجود دعوى جزائية مرفوعة قبلها أو رفعت بعدها .

الاحتمال الثاني : ان يكون قد رفع دعواه المدنية على وجه الاستقلال ثم يرفع الدعوى الجزائية بعد ذلك ، ثم يريد ترك دعواه المدنية ليرفعها أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية ، وهنا يستطيع ان يفعل ذلك ولكن ليس له بعد ذلك تجديد دعواه أمام المحكمة المدنية إلا إذا قررت المحكمة الجزائية ان يجدها (م ٦١ ، ج)

الاحتمال الثالث : ان يكون المضرور قد رفع دعواه المدنية المستقلة بعد رفع الدعوى الجزائية ، وهنا يمتنع عليه رفع دعواه المدنية بالتبعية للدعوى الجزائية على ان تكون الدعوى المدنية المراد رفعها أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية هي ذات الدعوى التي رفعها أمام المحكمة المدنية أي ان تتحد الدعويان خصوصاً و موضوعاً و سبباً أما إذا كانت الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحكمة المدنية تتصل بالجريمة و لكنها ليست دعوى تعويض عن ضرر مباشر منها ، جاز للمضرور رفع الدعوى الأخيرة بالتبعية للدعوى الجزائية . وحكم انه إذا كان المدعي بالحق المدني قد رفع دعواه أمام

المحكمة المدنية بطلب تسليمه منقولاته عيناً ففُضي له ، فان لجوؤه بعد ذلك إلى المحكمة الجزائية بطلب تعويضه عن الضرر الناشئ عن تبديد منقولاته المذكورة يكون سليماً ، ولم يجز الدفع بعدم قبول الدعوى لان المدعي قد لجأ إلى القضاء المدني وقضي له^(١٩) وإذا كانت الدعوى المدنية المرفوعة أمام المحكمة المدنية مرفوعة على الفاعل الأصلي جاز للمضرور رفع دعواه المدنية إلى المحكمة الجزائية على الشريك بالتبعية للدعوى الجزائية.

و يشترط لعدم قبول الدعوى المدنية أمام المحكمة الجزائية لكونها رفعت أمام المحكمة المدنية بعد رفع الدعوى الجزائية ان تكون المحكمة المدنية مختصة بالفصل فيها ، فإذا حكمت المحكمة المدنية بعدم اختصاصها جاز للمضرور رفع دعواه إلى المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية

و الدفع بسقوط حق المدعي في اختيار الطريق الجزائي ليس من النظام العام ، فهو يسقط بعدم إبدائه قبل الخوض في موضوع الدعوى^(٢٠) و لكن لا يهم ان يكون هذا الدفع لم يبد في أول جلسة حددت لنظر الدعوى مادام إبدائه كان قبل التكلم في الموضوع^(٢١)

أما إذا اختار المضرور طريق الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية فهو يستطيع أن يترك دعواه المدنية أمام المحكمة الجزائية و يرفعها أمام

^{١٩} (محكمة النقض المصرية، نقض رقم ٥٢٢، سنة ٢٥ ق، جلسة ١٠/٣/١٩٥٥ ،

الموسوعة الذهبية ، ص ٢٩٧ ، المرجع السابق

^{٢٠} (محكمة النقض المصرية، نقض رقم ٣١٠، سنة ٢٧ ق، جلسة ١٤/٥/١٩٥٧ ، الموسوعة الذهبية ، ص ٣٣٢ ،

المرجع السابق

^{٢١} (محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ١٩٠ .

المحكمة المدنية، ما لم يكن قد صرح بالتنازل عن الحق موضوع الدعوى (٥٩، ج)

إجراءات الادعاء مدنياً بالتبعية للدعوى الجزائية

كيفية الادعاء مدنياً

أجاز القانون للمضروور من الجريمة أن يدعي مدنياً أثناء جمع الاستدلالات و التحري فيها وفي مرحلة تحقيق النيابة و أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية ، فقد نصت المادة ٤٦ ، ج على أن الادعاء مدنياً يحصل اما في الشكوى التي تقدم إلى النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي أو بإعلان المتهم وفقاً لقانون المرافعات ، كما يجوز ان يتم في الجلسة المنظورة فيها الدعوى إذا كان المتهم حاضراً و الا و جب تأجيل الدعوى و تكليف المدعي بإعلان المتهم بطلباته ، فإذا كان قد سبق قبوله في التحقيق بهذه الصفة فإحالة الدعوى الجزائية إلى المحكمة تشمل الدعوى المدنية

الادعاء مدنياً أثناء مرحلة جمع الاستدلالات :

مأمورو الضبط القضائي مكلفون باستقصاء الجرائم و تعقب مرتكبيها و فحص البلاغات و الشكاوى و جمع الاستدلالات و المعلومات المتعلقة بها و إثباتها في محاضرتهم و إرسالها إلى النيابة العامة (م ٩١، ج)

فإذا قدمت شكوى من جريمة و لم يدع مقدماً باية حقوق مدنية عدت مجرد بلاغ ، اما إذا ادعى فيها بشكل صريح بحقوق مدنية أو طلب فيها

تعويضاً عدت الشكوى مباشرة للدعوى المدنية ، و لا يشترط في الشكوى ان تكون مكتوبة ^(٢٢) فيصح ان يكون الادعاء مدنيا شفاهة مثبتاً في محضر ، و يجوز لمقدم الشكوى استدراك ذلك إذا لم يدع بحقوق مدنية أو بالتعويض في الشكوى بان يصرح بذلك في ورقة أخرى يقدمها للمأمور الضبط القضائي ، ويتضح من نص المادة ١٦ ، ج ان الادعاء مدنياً في مرحلة جمع الاستدلالات إذا لم يكن في الشكوى و انما بعد ذلك أن يكون مكتوباً

الادعاء مدنياً أمام النيابة العامة:

و كما يمكن الادعاء مدنياً في الشكوى التي تقدم الى مأمور الضبط القضائي ، يمكن ان يكون الادعاء مدنياً في الشكوى التي تقدم الى النيابة العامة ، و ما قيل في الشكوى التي تقدم إلى مأمور الضبط القضائي يقال في الشكوى التي تقدم الى النيابة العامة ، ويمكن أن يكون الادعاء مدنياً أمام النيابة بورقة مكتوبة أثناء تحقيق النيابة العامة .
و إذا ادعي مدنياً أمام النيابة العامة فان قرار النيابة العامة بقبول المدعي مدنياً أو عدم قبوله نهائي، غير أن قرار النيابة العامة لا يحول دون رفع المدعي المدني دعواه بعد ذلك أمام المحكمة التي تنظر الدعوى الجزائية ، كما ان قرار النيابة العامة بقبول المدعي بالحق المدني لا يلزم المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى (م ١٥٣، ج) و إذا قبلته النيابة العامة وجب عليه ان يودع مقدماً الأمانة التي تقدرها النيابة لمواجهة أتعاب و مصاريف الخبراء و الشهود و غيرهم

^{٢٢} (عرف قانون الإجراءات الجزائية الشكوى في المادة (٢) بأنها الإدعاء الشخصي أو الكتابي المقدم إلى النيابة العامة بأن شخصاً معلوماً أو مجهولاً قد ارتكب جريمة .

الادعاء مدنيا أمام المحكمة الجزائية:

يحصل الادعاء مدنياً لدى المحكمة المرفوعة إليها الدعوى الجزائية بإعلان المتهم بواسطة محضر أو صاحب الشأن عند الضرورة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (م ٣٩ مرافعات) أما الادعاء مدنياً في الجلسة المنظورة فيها الدعوى فيشترط القانون فيه أن يكون المتهم حاضراً و الا وجب تأجيل الدعوى و تكليف المدعي بإعلان المتهم بطلباته على ان ذلك يكون حيث لا يكون المدعي قد قبل بهذه الصفة في مرحلة التحقيق ، اذ تعتبر إحالة الدعوى الجزائية في هذه الحالة شاملة الدعوى المدنية و لا يجوز للمضروور أن يدعي مدنياً لأول مرة بعد نقض الحكم و إعادة القضية للفصل فيها مجدداً من محكمة الموضوع إذا كان نقض الحكم حاصلًا بناءً على طلب أحد الخصوم غير النيابة العامة ، فلا يضار بطعنه ، و أن طبيعة الطعن بالنقض و أحكامه و إجراءاته لا تسمح بالقول بجواز تدخل المدعي بالحق المدني لأول مرة في الدعوى الجزائية بعد إحالتها من محكمة النقض إلى محكمة الموضوع لإعادة الفصل فيها بعد نقض الحكم^(٢٣) و على المدعي بالحق المدني أمام المحكمة الجزائية ان يعين له موطناً في البلدة الكائن فيها مقر المحكمة ما لم يكن مقيماً فيها و يكون ذلك بتقرير في دائرة الكتاب و إذا لم يقم المدعي بالحق المدني بتعيين موطن له في البلدة الكائن فيها مقر المحكمة و لم يكن مقيماً فيها صح تسليم الأوراق إليه بتسليمها إلى دائرة الكتاب (م ٥٠، ج) و يجب على المدعي بالحق المدني أن يدفع الرسوم القضائية و يودع الأمانة التي تقدرها المحكمة لمواجهة أتعاب و مصاريف الخبراء و الشهود و غيرهم و إيداع الأمانة التكميلية إذا لزم (م ١٥١، ج)

^(٢٣) محكمة النقض المصرية ، نقض رقم ٤١٨ ، سنة ٢٤ ق ، جلسة ٦٤/١٠/٥ ، الموضوع الذهبية .

آثار الادعاء مدنياً:

يصبح المدعي بالحق المدني خصماً إذا قبل بهذه الصفة سواء في مرحلة التحقيق أو في مرحلة المحاكمة ، و يترتب على ذلك انه في مرحلة التحقيق إذا أصدرت النيابة العامة أمراً بالحفظ و جب عليها إعلانه إلى المدعي بالحق المدني ، و إذا كان المدعي بالحق المدني قد توفى كان الإعلان لورثته جملة في محل إقامته ، و للمدعي بالحق المدني أن يحضر جميع إجراءات التحقيق بنفسه أو بوكيل عنه ، لكن ليس له الكلام إلا بإذن المحقق ، و للمحقق ان يجري التحقيق في غيبة المدعي بالحق المدني إذا اقتضى الأمر ذلك ، غير ان له الحق في الاطلاع على الأوراق المثبتة للإجراءات التي تمت في غيبته (م ١٢٢، ج)

و إذا أمرت النيابة العامة بعد التحقيق بان لا وجه لإقامة الدعوى الجزائية ، جاز للمدعي بالحق المدني الطعن في الأمر أمام محكمة الاستئناف خلال عشرة أيام من تاريخ إعلانه بالأمر (م ٢٢٤، ٢٢٦، ج)

و في مرحلة المحاكمة للمدعي بالحق المدني جميع الحقوق و عليه جميع الواجبات مسأوياً في كل ذلك أطراف القضية الآخرين فله الحق في تقديم الأدلة و مناقشتها و طلب فحصها عن طريق الخبراء بعد موافقة المحكمة (م ٢٤٤، ج) و للمدعي بالحق المدني استئناف حكم أول درجة اذا كانت التعويضات المطلوبة تزيد على النصاب الذي تحكم فيه المحكمة الابتدائية نهائياً وفقاً للمادة ٨٦ مرافعات ، و كذا يجوز له الطعن بالنقض و لكن في حدود دعواه المدنية (م: ٤١٤ ، ٤١٧ ، ٤٣٣ ، ج)

ترك الدعوى المدنية :

تنص المادة ٥٦ إ، ج على أن للمدعي بالحقوق المدنية أن يترك دعواه في اية حالة كانت عليها الدعوى ، و يلزم بدفع المصاريف السابقة على ذلك ، مع عدم الإخلال بحق المتهم في التعويضات أن كان لها وجه .

و ترك الدعوى أو التنازل عن الخصومة كما يسميه قانون المرافعات هو ان يعلن المدعي إرادته في النزول عن الخصومة بدون حكم في موضوعها . و المدعي بالحق المدني قد يتنازل عن خصومته للمتهم لأسباب منها ان يرى ان من مصلحته ان يرفع الدعوى إلى المحكمة المدنية .

ان للترك الدعوى شروطاً هي :

- ١- أن يصدر الترك من المدعي بالحق المدني
- ٢- أن يكون المدعي بالحق المدني أهلاً للتقاضي^(٢٤) على أن ليس للوكيل بالخصومة أن يترك الدعوى إلا بموجب توكيل خاص

٣- أن لا يكون الترك مشروطاً أو متضمناً تحفظاً ما

٤- أن يتم الترك في الشكل الذي رسمه القانون

يكون الترك طبقاً لما نصت عليه المادة ٢١٠ مرافعات بإعلان خصمه بالتنازل قبل الجلسة المحددة وفقاً لأحكام الإعلان الواردة في قانون المرافعات أو بان يقرر ترك الدعوى في مواجهة خصمه و إثبات ذلك في محضر الجلسة أو أن يصرح بذلك في مذكرة موقعة منه أو من وكيله المأذون له بذلك و يطلع عليها خصمه ، و للمتهم أن يعارض في اعتماد الترك إلى أن يحكم له في طلباته ، و هذا مستفاد من قول المادة ٥٦ إ، ج : مع عدم الإخلال بحق المتهم في التعويضات أن كان لها وجه^(٢٥) . و يعتبر المدعي بالحق المدني تاركاً دعواه طبقاً لما نصت عليه المادة ٥٨ إ، ج إذا

^{٢٤} - هي صلاحية الشخص لان يقوم بعمل إجرائي باسمه أو باسم شخص آخر .

^{٢٥} هناك من يرى أن ليس للمتهم أن يعارض في اعتماد الترك حتى يحكم له في طلباته ، أنظر المرصفاوى ، ص ٢٧٧ ، المرجع السابق .

لم يحضر أمام المحكمة بغير عذر مقبول بعد إعلانه لشخصه أو لعدم إرساله و كياً عنه .

و يترتب على الترك عدة آثار هي :

- ١ - يعتبر الترك نهائياً لا يجوز الرجوع عنه .
- ٢ - لا تأثير لترك المدعي بالحقوق المدنية دعواه على الدعوى الجزائية (م٥٧، ج)
- ٣ - لا يمس ترك المدعي بالحق المدني أصل الحق فله بعد الترك أن يرفع دعواه إلى المحكمة المدنية بشرط أن لا يكون قد صرح بتنازله عن الحق موضوع الدعوى (م٥٩، ج)
- ٤ - استبعاد المسئول عن الحقوق المدنية من الدعوى إذا كان دخوله بناء على طلب المدعي بالحق المدني (م٦٠، ج) ، أما إذا كان دخوله بناء على طلب النيابة العامة فلا أثر له على وجود المسئول عن الحقوق المدنية في الدعوى، و كذلك إذا كان وجوده في الدعوى بناء على تدخله من تلقاء نفسه ليدفع عن نفسه المسؤولية.
- ٥ - يلزم المدعي بالحق المدني بدفع المصاريف السابقة على الترك .
- ٦ - لا يخل الترك بحق المتهم في التعويضات إن كان لها وجه (م٥٦، ج) و الدفع باعتبار المدعي بالحق المدني تاركاً لدعواه دفعاً يستلزم تحقيقاً موضوعياً ، فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا قي معرض نظرها الطعن بالنقض

الإجراءات المطبقة على الدعوى المدنية التابعة :

تنص المادة ٦٢، ج على أن يتبع في الفصل في الدعوى المدنية التي تنظر تبعاً للدعوى الجزائية الإجراءات المقررة في هذا القانون .

و عليه فان الإجراءات التي يجب أن تطبق في نظر الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية هي الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات الجزائية لا قانون المرافعات و الأمر مقصور على الإجراءات باستثناء قواعد الإثبات في القانون الذي يحكم الواقعة ، إما موضوع الدعوى المدنية فيتبع بشأنه أحكام القانون المدني.

و يترتب على خضوع الدعوى المدنية لقانون الإجراءات الجزائية ان تأخذ الدعوى المدنية حكم الدعوى الجزائية في سير المحاكمة و الأحكام و الطعن فيها و في الإجراءات و المواعيد حتى و لو انحصرت الخصومة في الدعوى المدنية في مرحلة الاستئناف لعدم استئناف النيابة العامة و المتهم الحكم الجزائي ، و عليه لا يجوز تطبيق قواعد شطب الدعوى و شطب الاستئناف الواردة في قانون المرافعات ، و لا يجوز تطبيق أحكام وقف الخصومة بناء على اتفاق الخصوم على عدم السير فيها الواردة في المواد ٢٠٤ - ٢٠٦ مرافعات ، و لا أحكام انقطاع الخصومة و لا أحكام سقوط الخصومة و لا أحكام الطعن الواردة في قانون المرافعات و انما أحكام الطعن الواردة في قانون الإجراءات الجزائية ، و في هذا تنص المادة ٤١٦ إ،ج على انه لا يجوز الطعن في الجزء من الحكم المتعلق بالدعوى المدنية وحدها الا بالطرق المقررة في قانون الإجراءات الجزائية .

رقابة القضاء على أعمال الإدارة

القاضي /
حسين محمد المهدي
عضو المحكمة العليا
عضو المكتب الفني

رقابة القضاء على أعمال الإدارة

ملهيّد

من المعلوم أن الدولة التي تقيم سلطانها على ناموس الفطرة السليمة، وتؤسس كيانها على قوانين العدالة، وتقيم نظامها على أساس مبدأ المشروعية، لا تطلق لسلطة الإدارة العنان دون رقيب يكفل احترام الإدارة لقواعد اختصاصها، وحدود سلطانها، ويخضع السلطات الإدارية لقواعد شرعية وقانونية تسموا عليها، وتقيدها في تصرفاتها وإدارتها لشؤون الحكم، فالإدارة لا يجوز لها أن تصدر من جانبها قرارات تكون ملزمة للأفراد نافذة عليهم إلا بمقتضى نص شرعي أو قانوني، يعطي هذا الحق، ويمنح تلك الصلاحية التي تقوم على أساس مبدأ المشروعية لأن خروج الإدارة عن مبدأ المشروعية يترتب عليه بطلان التصرف، وحينئذ لا بد من أن تلزم الإدارة في تصرفاتها وفي قراراتها الإدارية، التي تشكل الجانب الأكبر من تصرف السلطة العامة التي تتدخل في شؤون الأفراد، ومن المسلم به أن أي عمل أو تصرف قانوني أو مادي تقوم به الإدارة لا بد فيه من التزام ضوابط وشروط تكفل سلامة تصرفات الإدارة وقراراتها، وذلك يحتم وجود رقابة قضائية جوهرية على تصرفات الإدارة وقراراتها، إذ انه لا يكفي إعلان مبدأ المشروعية وسيادة القانون وتأكيد في مجال التشريع والإدارة إذا لم تكفل حماية واقعية وحقيقية للمواطن يجسد مبدأ المشروعية وسيادة القانون، الذي بمقتضاه تخضع الإدارة في تصرفاتها للقانون، ويُمكن الأفراد بالوسائل المشروعة من رقابة الإدارة في أدائها لوظيفتها، بحيث يمكن ردها إلى جادة الصواب كل ما عن لها أن تخرج على حدود ضوابط الشرع والقانون عن عمد أو إهمال.

ولم يبعد المستشار/ محمد وجدي عبد الصمد حينما سارع إلى القول بأنه لا توجد في الدولة العصرية إدارة حكومية لا تخضع إداراتها لأي نوع من القيود والقواعد (٢٦) ، فإن قلت وهل كانت الدولة الإسلامية تقوم على أساس مراقبة الإدارة ومحاسبتها قلنا نعم فذلك مما شُهر وعُرف منذ ظهور الدولة الإسلامية فباستقراءنا للتاريخ الإسلامي نجد أن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم قد أوجد في عصره السلطة السياسية على إقليم المدينة المنورة بعد هجرته إليها ، وكان المهاجرون والأنصار في بداية الأمر هم شعب هذه الدولة ، وقد مارس الرسول صلى الله عليه وآله وسلم سلطات رئيس الدولة فابرم المعاهدات وقاد الجيوش ، وراسل الملوك وقضى بين الناس واشرف على الإدارة العامة ، وعين العمال وحاسبهم ، وسار على ذلك المنهج الخلفاء الراشدون في محاسبة عمالهم .

وقد ذكر الدكتور/ أحمد شرف الدين أنها تعتبر الدولة الإسلامية الدولة الوحيدة في التاريخ الذي تستمد شرعيتها من القانون فمن المعلوم أن أحكام الشريعة الإسلامية ابتداءً نزولها في مكة المكرمة وأستمر الوحي ينزل بها ثلاثة عشر عاما قبل أن تقوم الدولة ، إذ أن الدولة الإسلامية لم تقم بداية آلا في المدينة أي بعد نزول جانب كبير من أحكام الشريعة فقامة الدولة بناء على أحكام الشريعة ولتطبيق أحكام الشريعة ، في حين أننا لو نظرنا للدول الوضعية فإننا سنجد الدولة أسبق إلى الظهور من القانون فالدولة وجدت أولا بالقوة ثم أوجدت هذه الدولة القانون فالدولة الوضعية لا تستمد شرعيتها من القانون في بداية نشأتها ، وإذا عرفنا أن الإسلام دين

^{٢٦} - أنظر في ذلك الاعتذار بالجهل بالقانون دراسة تفصيلية تأصيلية مقارنة تأليف المستشار/ محمد

وجدي عبد الصمد رئيس محكمة النقض - الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٨م - ص ٦٧٢

ودولة تأكد لنا وجود نظام سياسي وأداري لهذه الدولة(٢٧) ومعلوم أن القانون الذي تقوم عليه الدولة الإسلامية هو القانون العادل المستمد من الكتاب والسنة والإجماع والقياس والعرف والاستحسان، وقد وجد في تاريخ الدولة الإسلامية نظام قضاء المظالم، والذي يندرج تحته نظام القضاء الإداري فالشريعة الإسلامية تخضع الكافة لأحكامها ولا تفرق بين الحاكم والمحكومين في ذلك فالجميع فيها سواء فقد حكا لنا التاريخ عدة مواقف تساوى فيها الحاكم والفردي العادي أمام القضاء فوحدة القضاء القائم على العدل ووحدة القانون هما من سمات الدولة الإسلامية، فإذا ما نظرنا إلى اختصاصات ناظر المظالم في الدولة الإسلامية والتي لخصها الماوردي في عشر نقاط أولها النظر في تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة، فهذه من لوازم النظر في المظالم الذي لا يقف على ظلامته متظلم، فيكون لسيرة الولاة متصفحا وعن أحوالهم مستكشفا، ليقومهم إن أنصفوا ويكفهم إن عفوا ويستبدل بهم إن لم ينصفوا .

وثاني هذه الاختصاصات هو النظر في جور العمال فيما يجبونه من الأموال ، فيرجع فيه إلى القوانين العدالة في دواوين لائحة فيحمل الناس عليها، ويأخذ العمال بها، وينظر فيما استزادوه، فإن رفعوه إلى بيت المال أمر برده، وأن أخذوه لأنفسهم أسترجه لأربابه وثالث هذه الاختصاصات هو النظر في كتاب الدواوين لأنهم أمناء المسلمين على ثبوت أموالهم فيما يستوفونه له ويوفونه منه فيتصفح أموالهم فيما وكل إليهم فإن عدلوا بحق من دخل أو خرج إلى زيادة أو نقصان أعاده إلى قوانينه، وقابل على تجاوزه

٢٧ - أنظر الوجيز في القانون الإداري اليمني للدكتور / أحمد عبد الرحمن شرف الدين أستاذ ورئيس القانون العام بكلية الشريعة جامعة صنعاء - الناشر دار الفكر المعاصر بيروت -ص ١٥

١٠٠ الخ ما أورده الماوردي(٢٨) في لأحكام السلطانية عن اختصاصات ناظر المظالم ومما يندرج في هذه الاختصاصات القضاء الإداري، ولو تتبعنا التاريخ الإسلامي لوجدنا الكثير من الملوك والرؤساء الذين كانوا يقعدون لنظر مظالم الولاية ويخصصون لذلك أياماً معلومة .

أما مصادر القانون الإداري فإننا نجدتها تنحصر وفقاً لما أورده شراح القانون في أربعة مصادر هي التشريع والعرف والقضاء والفقهاء والتشريع يقصد به هنا كل القواعد القانونية في الدولة ابتداءً بالدستور الذي يمد القانون الإداري ببعض النصوص المتصلة بالرقابة القضائية على نشاط الإدارة أو الإدارة المحلية أو سلطة إنشاء المرافق العامة ، وقد نص الدستور اليمني بالمادة (٢) أن الإسلام دين الدولة ، وصرح بالمادة (٣) أن الشريعة الإسلامية مصدر التشريعات كلها ، وهذا يعني أن قواعد القانون التي يجب أن تراعى بصفة عامة في الجمهورية اليمنية تنحصر في التشريع دستورياً كان أو قراراً برلمانياً أو قراراً لائحياً فإن لم يوجد نص في هذا التشريع فإنه يمكن رجوع الإدارة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ومصادرها الأصلية ، ثم التبعية وهي مرتبة على نحو لا يجوز مخالفته ، فيرجع أولاً إلى القرآن الكريم ثم إلى السنة ثم الإجماع والقياس ثم إلى المصادر التبعية كالعرف والمصلحة المرسله ، فلا يحتل العرف المرتبة الثانية بعد التشريع ، كما هو الحال عند شراح القوانين الوضعية ، كما أن القضاء ليس مصدراً بذاته ، وكذلك الشأن بالنسبة للفقهاء ، وما يصدر عنهما إنما هو مجرد آراء يمكن الاستهداء والعمل بها وفقاً لقواعد الاجتهاد فقط .

أما الخضوع لمبدأ المشروعية فإنه في الدولة الإسلامية ، والدولة القانونية الحديثة محط اتفاق فالخضوع لمبدأ المشروعية يعني خضوع الدولة

٢٨ - أنظر الأحكام السلطانية لأبي يعلى محمد بن الحسن الفراء - مصطفى الحلبي الطبعة

الثانية ١٣٨٦هـ - ص ٨٠

في تصرفاتها للقانون، ويتمكن بمقتضى ذلك الأفراد من رقابة الدولة في أداء وظيفتها لأنه يترتب على مخالفة الإدارة لمبدأ المشروعية بطلان التصرف الذي خالفت به الإدارة القانون، ومبدأ المشروعية في معناه العام لا يعني أكثر من سيادة القانون بمعنى أن تكون تصرفات الإدارة في حدود القانون، والقانون هنا يعني القانون بمدلوله العام أي جميع القواعد الملزمة في الدولة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة مع مراعاة التدرج في قوتها، ومبدأ المشروعية بالمعنى العام مستقل عن شكل الدولة فهو يسري على الدولة الديمقراطية كما يسري على الدولة التي تأخذ بالملكية المطلقة أو بأي صورة أخرى من صور الحكم غير الديمقراطي ما مادامت تخضع للقانون، أما إذا أهدر هذا المبدأ صارت الدولة بوليسية^(٢٩) ولكي تكون الدولة قانونية وحتى يسود مبدأ المشروعية ويحقق نتائجه فإنه يجب أن تقوم الدولة على الأسس التالية :

١- مبدأ فصل السلطات : فهذا المبدأ يرسم لكل سلطة في الدولة حدود اختصاصاتها.

٢- خضوع الإدارة للقانون : فإذا كانت وظيفة السلطة التنفيذية وفقا لمبدأ فصل السلطات تقتصر على تنفيذ القانون فيجب على السلطة التنفيذية أن تحترم إرادة المشرع فلا تخرج على سلطة القانون فتتكر له أو تعمل على إهماله أو تقف منه موقفا سلبيا بترك الأفراد يخالفونه .

^{٢٩} - أنظر القرار الإداري بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة للدكتور /خالد سمارة الزغبى - أستاذ القانون العام -رئيس جامعة الزيتونة في الأردن سابقا - الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع -الطبعة الثانية الإصدار الأول ١٩٩٩م - ص١٥- الاعتذار بالجهل بالقانون- المستشار /محمد وجدي عبد الصمد - ص٦٧ مصدر سابق

- ٣- تحديد الاختصاصات الإدارية بصورة واضحة لأن التحديد يعين الأفراد والقضاء على رقابة الإدارة في أداء وظيفتها الإدارية بصورة واضحة .
- ٤- إخضاع الإدارة لرقابة القضاء .

وهذه الأسس هي التي اخذ بها المشرع اليمني حيث قرر الدستور اليمني في الباب الثالث مبدأ فصل السلطات فتناول في الفصل الأول السلطات التشريعية مجلس النواب وأبان اختصاصاته وطرق الحصول على العضوية فيه، والكيفية التي يمارس أعماله، ويعتبر مجلس النواب السلطة التشريعية للدولة، وهو الذي يقرر القوانين ويقر السياسة العامة للدولة والخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والموازنة العامة للدولة وذلك بالمواد (من ٦٢ الى ١٠٤) ، كما يمارس الرقابة على أعمال الهيئة التنفيذية على الوجه المبين في الدستور، وتمارس الصلاحية لسلطة التنفيذية نيابة عن الشعب رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء ضمن الحدود المنصوص عليها في الدستور وقد أنتظم الفصل الثاني من الباب الثالث من الدستور بالمواد (١٠٥ إلى ١٤٣) اختصاص رئيس الجمهورية، وتناول الفرع الثاني مجلس الوزراء وألا اختصاص المناط بالحكومة اليمنية والسلطة المحلية، وتناول الفصل الثالث السلطة القضائية وأبان فيه بأن القضاء وحدة متكاملة وأن المحاكم تولي الفصل في جميع المنازعات، كما هو صريح المادة (١٤٩) من الدستور اليمني، وأوضح أن المحكمة العليا هي أعلى هيئة قضائية وأحال على القانون بيان تشكيلا وتحديد اختصاصاتها والإجراءات التي تتبع أمامها وأنها تمارس على وجه الخصوص في مجال القضاء ما يلي:

- ١- الفصل في دعاوي والدفع المتعلقة بعدم دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات.
- ٢- الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء .

٣- التحقيق وإبداء الرأي في صحة الطعون المحالة إليها من مجلس النواب المتعلقة بصحة عضوية أي من أعضائه .

٤- الفصل في الطعون في الأحكام النهائية وذلك في القضايا المدنية والتجارية والجنائية والمنازعات الإدارية والدعاوي التأديبية وفقا للقانون .

٥- محاكمة رئيس الجمهورية ونائب الرئيس ورئيس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم وفقا للقانون .

وقد صرح قانون السلطة القضائية اليمني بالمادة (٤٧) بأن الولاية تكون للمحاكم الابتدائية بنظر جميع القضايا وسيأتي الحديث عن ذلك، ويتبين من ذلك أن المحاكم العادية تنظر المنازعات الإدارية وتفصل فيها، كما تنظر كافة القضايا، وحيث أن القرارات القضائية من أهم وسائل مباشرة الوظيفة الإدارية ومن أهم مظاهر امتياز السلطة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد، وعدم مساواة إراداتها بإرادة الأفراد، والتعرف على هذه القرارات مما يمكن من ممارسة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، فيما يخص دعاوى الإلغاء وطبيعتها وخصائصها وشروط قبولها وأسباب بطلان القرارات الإدارية وأحكام الإلغاء وأثاره والمبادئ الخاصة ببطلان وانعدام القرارات وإلغائها وسحبها، بالإضافة إلى ما يثار حول مبدأ المشروعية، فأخضاع الإدارة لرقابة قضائية فاعلة ضرورة لا بد منها، كل ذلك يتطلب منا دراسة القرارات الإدارية والخصومة الإدارية في المباحث التالية :

المبحث الأول القرارات الإدارية

أولاً : التعريف اللغوي :

القرار الإداري جمعه قرارات والقرار في اللغة ما قر عليه الرأي في الأمر أو الحكم مأخوذ من قرار الأرض أي من المستقر الثابت فيها ، جاء في المنجد القرار: ما قر عليه الرأي من الحكم في مسألة والمستقر الثابت ، والمطمئن من الأرض ما قر فيه أي ما حصل فيه السكن أو السكنون يقال صار الأمر إلى قراره أي انتهى وثبت(٣٠) ، وإداري نسبة إلى الإدارة ، والإدارة في اللغة تعني الإحاطة بالشيء والإلزام به كما في لسان العرب وغيره(٣١) والإدارة الاسم والمصدر من أدار(٣٢) .

ثانياً: تعريف القرار الإداري في الاصطلاح :

لقد حرص الفقه والقضاء على تعريف القرار الإداري بتعريفات تميزه عن غيره من أعمال الإدارة وتميزه أيضاً عن غيره من أعمال القضاء والتشريع فعرف على أساس المعيار الشكلي أو العضوي وعرف على أساس المعيار الموضوعي الذي يقوم على طبيعة القرار ومضمونه ومادتيه.ونأتي على بيان تعريف القضاء لقرار الإداري ثم نأتي على بيان التعريف الفقهي .

لقد استقر قضاء مجلس الدولة المصري ومحكمة العدل العليا الأردنية وغيرها في كثير من البلدان على تعريف القرار الإداري بأنه إفصاح الإدارة في الشكل الذي يحدده القانون - عن أرائها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح ، وذلك بقصد أحداث مركز قانوني معين

^{٣٠} - أنظر المنجد في اللغة والأعلام - الناشر دار الشرق ببيروت - الطبعة السابعة عشر - ص ٦٢٧ .

^{٣١} - أنظر لسان العرب للأمام ابن الفضل جمال الدين بن محمد أكرم المقرئ - المجلد الرابع -

الناشر دار الفكر ببيروت - ص ٩٧ إلى ٢٩٩ .

^{٣٢} - المنجد - ص ٢٩٩ مرجع سابق .

متى كان ممكنا وجائزا قانونا، وكان الباعث عليه مصلحة عامة (٣٣) ، وقد أنتقد هذا التعريف لقصره الأثر القانوني على أحداث مركز قانوني وإدماجه شروط صحتة في ماهيته، فذكر الدكتور/ أحمد شرف الدين: أن التعريف القضائي معيب وتنقصه الدقة فهو من ناحية أولى إدخال في تعريف القرار شروط صحتة التي يجب أن تخرج عن ماهية القرار فتعريف القرار الإداري يشترط اتفاق القرار مع القوانين واللوائح وأن يكون محله (إحداث مركز قانوني) متى كان ممكنا أو جائزا وأن يهدف إلى مصلحة عامة وتلك الشروط تتصل بصحة القرار وهي مسألة تخرج عن تعريف القرار الإداري وطبيعته، ومن ناحية أخرى هذا التعريف يقصر الأثر الإداري فقط على (إحداث مركز قانوني) في حين أن أثر القرار أو محله يمكن أن يتسع إلى حد تعديل المراكز القانونية، أو حتى إلغائها، وليس فقط مجرد إحداثها أو إنشائها (٣٤) وفضل الأخذ بالتعريف الفقهي الذي يقال في حده القرار الإداري هو (عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة) .

ومما لا شك فيه أن عدم اشتمال التعريف القضائي للقرار الإداري على جميع عناصره وأثاره التي تمتد إلى تعديل المراكز القانونية أو إلغائها يشكل عيباً لأنه يشترط في التعرف أن يكون جامعاً مانعاً، مما يجعل رأي فضيلة الأستاذ الدكتور/ أحمد شرف الدين في نقده لتعريف القضاء للقرار الإداري في محزه ، فاختيار القضاء الأخذ بالمعيار الشكلي لا يعدو عن كونه جاء ضرورة اقتضتها طبيعة العمل القضائي، فترك المشرع لتعريف القرار الإداري في النظم القانونية جعل ذلك محل اجتهاد للقضاء الذي اقتضت ضروراته الأخذ بالمعيار الشكلي حتى يتسنى التمييز للقرار الإداري

^{٣٣} - الوجيز ص ١٥٨ مرجع سابق ، وخالد سمارة الزغبى أستاذ القانون العام رئيس جامعة الزيتونة -الأردن ص ٦٣ .

^{٣٤} - أنظر الوجيز في القانون الإداري اليمني لفضيلة الدكتور/ أحمد شرف الدين - ص ١٥٩ .

عن غيرة من أعمال الإدارة والتشريع ،ومما يؤكد ذلك ما ذهب إليه الدكتور/ خالد سمارة الزغبى عند حديثه عن تميز القرارات الإدارية عن غيرها وبيانه موقف محكمة العدل العليا في الأردن من معيار التمييز. حيث يقول:وقد أضطر القضاء في المحكمة العليا على اعتناق التعريف الشكي للقرار الإداري ويتضح في ذلك من التعريف التقليدي الذي تواترت عليه أحكامها وفحواه أن القرار الإداري أفصح عن إرادة لإدارة الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى الإدارة والأنظمة وذلك بقصد أحداث مركز معين متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا (٣٥) ، ويكون القرار قضائياً إذا كان صادر من السلطة القضائية وإدارياً إذا كان صادراً من السلطة الإدارية وكل ذلك بصرف النظر عن مضمون العمل أو القرار ولذا فإنه يمكن تصور القرار الإداري بأنه من حيث موضوعه ومضمونه في هذه الناحية عملاً تشريعياً وذلك إذا تضمن قاعدة عامة مجردة وذلك ما يصدق على الأنظمة فهي قرارات إدارية من حيث الشكل، ولكنها أعمال تشريعية من حيث المضمون، وقد يكون القرار الإداري شكلاً قراراً إدارياً من حيث مضمونه أي حكماً، وذلك إذا كان صادراً في نزاع معين بين طرفين، وهذا شأن القرارات الصادرة من اللجان أو الجهات القضائية ذات الاختصاص الإداري، وقد يكون القرار الإداري في النهاية إدارياً من حيث الشكل ومن حيث المضمون، وذلك إذا كان صادراً في مجال إدارة المرافق العامة التي تمثل جوهر الوظيفة الإدارية، ومما يميز القرارات الإدارية عن القرارات القضائية، أن القرارات الإدارية يجوز بصورة عامة إلغائها وسحبها، أما الأحكام فإنها لا تعدل أو تلغى إلا عن طريق الطعن التي رسمها القانون، ومن المعلوم أن كلا من القرار القضائي، والإداري يخضع لنظام قانوني

٣٥ - أنظر الدكتور /خالد سمارة الزغبى أستاذ القانون العام رئيس جامعة الزيتون الأردن من

مصدر سابق ص٦٤ .

مختلف عن الآخر، وإذا كان التعريف الفقهي هو الراجع الأخذ به، فإن ذلك يعني إعمال الشروط التي لا يقوم القرار الإداري دونها، إذ يجب أن يتوافر فيها جميع العناصر الموضوعية والشكلية بما في ذلك شروط صحة القرار الإداري وهي الاختصاص والشكل والسبب والمحل والغاية التي اعتبرها من أخذ بالتعريف القضائي أركاناً واعتبرها من أخذ بالتعريف الفقهي شروط صحة، وأعتبر أركان القرار وفقاً للتعريف الفقهي ثلاثة.

الركن الأول :

للقرار الإداري أن يكون عملاً قانونياً والعمل القانوني هو إفصاح أو تعبير عن الإرادة يقصد ترتيب اثر قانوني معين، وذلك يكون إما بإنشاء مركز قانوني عام أو فردي أو تعديل له أو إلغائه والمركز القانوني هو عبارة عن مجموعة من الحقوق والواجبات لشخص معين أو مجموعة أشخاص، وقد يكون عاماً أي أن مضمونه ومحتواه واحد بالنسبة لعدد غير معين من الأشخاص تجمعهم وحدة الظروف مثل مركز الموظف العام، وقد يكون المركز القانوني شخصياً أي خاص بفرد أو شخص، مثل المركز الذي يرتبه القرار الإداري كتعيين موظف أو فصله، حيث أن القرار الإداري هو العمل القانوني الذي يؤثر في المركز القانونية فإن كلا من الأعمال المادية والإجراءات التنفيذية للقانون، والأعمال التمهيدية السابقة على صدور القرار، والأعمال اللاحقة لصدور القرار بشأن تنفيذه أو تفسيره لا تعتبر من قبل القرارات الإدارية(٣٦) كونها لا تؤثر في المراكز القانونية .

الركن الثاني :

هو أن القرار الإداري عمل صادر بالإرادة المنفردة أي أنه عمل يصدر من جانب واحد وهو الجهة الإدارية، وذلك لا يعني بالضرورة صدوره من شخص واحد لأن لسلطات الإدارة التي تختص بإصدار القرارات قد تكون سلطة معطاة لفرد كالوزير مثلاً أو رئيس مجلس الإدارة أو رئيس المصلحة، وقد تكون السلطة الإدارية ذات تكوين جماعي أي تتكون من عدة أشخاص حدد لهم القانون السلطة الإدارية الجماعية، والتي يتم صدور القرار بأغلبية أعضائها، ومثال ذلك القرارات الصادر من مجلس الوزراء أو مجلس إدارة إحدى الهيئات العامة أو مجلس إحدى الكليات الجماعية والقرار يعتبر في

٣٦ - أنظر الدكتور /الزغبى في القرار الإداري ص٣٨ ود/أحمد شرف الدين في الوجيز ص

١٦٦، مصدر سابق

مثل هذه الحالات صادر من جانب الإدارة وحدها أو بالإرادة المنفردة للإدارة رغم التشكيل الجماعي للسلطة الإدارية التي أصدرته، إذ لا يهتم تعدد أشخاص الهيئة أو مجلس مصدر القرار لأن صدوره بأغلبية الأعضاء لا يعبر عن الإرادات الفردية لهذا الأغلبية فقط ولكنه يعبر عن إرادة واحده لا تتجزأ هي إرادة المجلس أو الهيئة كلها وحدة في ذاتها رغم تعدد أعضائها ، لأن المجلس أو الهيئة إنما يمثل كله جانب واحد ، في مواجهة الشخص أو الأشخاص الذي يخاطبهم القرار، ويؤثر في مراكزهم القانونية .

الركن الثالث :

أن يكون القرار الإداري قد صدر عن جهة إدارية أو سلطة إدارية وذلك أمر جوهري لأنه لا يعتبر من قبل القرارات الإدارية القرارات التي تصدر من أشخاص القانون الخاص أي الأفراد لأن الجهات أو السلطات الإدارية التي تصدر القرارات هي التي تتبع أحد أشخاص القانون العام الداخلي، وتتحدد أشخاص القانون العام في النقاط التالية :

١- الدولة والسلطات الإدارية التي تتبع الدولة كشخص معنوي عام تشمل كل الهيئات الإدارية التابعة للسلطة التنفيذية بدءاً برئيس الجمهورية ومجلس الوزراء فيما يتعلق باختصاصاتهم الإدارية، ثم الوزارات المختلفة بما فيها من رئاسات إدارية، وما يتبعها من المصالح، والسلطات الإدارية للدولة تسمى بالسلطات الإدارية المركزية لتمييزها عن السلطات اللامركزية وهي(الأشخاص المحلية والأشخاص المرفقية) .

٢- الأشخاص العامة المحلية : التي نظمها القانون رقم(٢) لسنة ٩١م بشأن الإدارة المحلية وهي المحافظات والمديريات وهي تتمتع جميعها بالشخصية المعنوية، وينتج عن ذلك أن رؤساء تلك الأشخاص المحلية

العامّة التي تمثلها تعتبر سلطات إدارية، وقراراتها تعتبر قرارات إدارية

٣- الأشخاص العامّة المرفقية : وهي أشخاص معنوية عامّة، يتخصّص كل منها في إدارة مرفق من المرافق العامّة، وهم المؤسسات العامّة، أو الهيئات العامّة مثل المؤسسة العامّة للحبوب، أو مؤسسة الإذاعة والتلفزيون، أو الجامعات^(٣٧).

أما شروط صحة القرار الإداري فهي خمسة عناصر .

أ- الاختصاص ب- الشكل ج- السبب د- المحل ه- الغاية
ولا يعتبر القرار صحيحاً إلا إذا صدر مطابقاً للقانون في عناصره الخمسة فإذا صدر مخالفاً لهذه العناصر، أصبح القرار غير مشروع ومخالفاً للقانون،
أولاً : الاختصاص :

من المعلوم أن الدولة القانونية الحديثة تقوم على مبدأ الفصل بين السلطات، الذي يقتضي اختصاص كل سلطة من السلطات الدولة الثلاث (التنفيذية - التشريعية - القضائية) بحيث تقوم كل سلطة من هذه السلطات الثلاث بوظيفتها، بموجب أحكام الدستور، في نطاق السلطة الواحدة، بحيث يتم تحديد توزيع هذه الاختصاصات بموجب القوانين والأنظمة، لذلك فإن القرارات الإدارية يلزم مشروعيتها أن تكون صادرة ممن يملك الاختصاص في إصدارها، وعلى الهيئة أو المجلس أو رجل الإدارة المنوط به إصدار القرار الإداري، أن يلزم حدود الاختصاص كما رسمها المشرع، ويتركز القانون العام الحديث على قواعد الاختصاص التي

^{٣٧} - أنظر في هذا العرض الدكتور / أحمد شرف الدين - ص ١٦٥ مصدر سابق

بواسطتها يمكن تحديد الأشخاص أو الهيئات التي تقوم (٣٨) ، بإبرام التصرفات العامة، وإصدار القرارات الإدارية، ويقصد بالاختصاص القدرة القانونية على مباشرة عمل إداري معين، أو تحديد مجموعة الأعمال والتصرفات التي تكون للإدارة أن تمارسها، على وجه يعتقد به، فالقرارات الإدارية التي تؤثر في المراكز القانونية، لا ينعقد الاختصاص فيها لكل الموظفين العموميين، وإنما لفئة محددة، هي فئة القيادات الإدارية العليا في الوزارات، والمصالح العامة، والهيئات العامة، ووحدات الإدارة المحلية، وتصاب القرارات الإدارية بعيب عدم الاختصاص في ثلاث صور.

الصورة الأولى :

عدم الاختصاص الموضوعي وتحقق ذلك في عدة حالات أهمها، حالة قيام جهة إدارية بإصدار قرار لا تملك سلطة إصداره مثال ذلك أن تقوم جهة إدارية بإصدار قرار هو من اختصاص جهة إدارية أخرى في ذات المستوى، أو الدرجة، نحو أن يقوم وزير الإدارة المحلية بإصدار قرار هو من اختصاص وزير الداخلية أو العكس أو يقوم أحد الوزراء بإصدار قرار هو من اختصاص وزارة أخرى، أو تقوم جهة إدارية بإصدار قرار هو من اختصاص جهة إدارية أعلى منها في المستوى، كأن يقوم رئيس مصلحة أو هيئة بإصدار قرار هو من اختصاص الوزير الذي يتبعه هذه المصلحة أو الهيئة أو العكس أو يقوم وزير بإصدار قرار أعطى القانون سلطة الاختصاص في إصداره لوكيل الوزارة .

^{٣٨} - أنظر د/ خالد سمارة الزغبى في القرار الإداري مرجع سابق ص٦٤ - الدكتور / سليمان

الطنطاوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية ص٣٠٣ - والدكتور/ عبد المنعم محفوظ في

القانون الإداري ص١٣٨

الصورة الثانية :

حالة عدم الاختصاص المكاني فإذا صدر القرار من سلطة إدارة غير مختصة مكانياً بإصدار القرار نحو أن يصدر محافظ محافظة قراراً يمس موظفاً لا يعد في نطاق محافظته وإنما يعمل في نطاق محافظته أخرى فإنه يكون معيباً بعبء عدم الاختصاص ويلاحظ أن عيب الاختصاص المكاني لا يتحقق بالنسبة للسلطة الإدارية المركزية التي لها سلطة عامة في نطاق الدولة كلها مثل رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزارات التي لم تنقل اختصاصها إلى المحافظات ،

أما الصورة الثالثة :

فهي حالة عدم الاختصاص الزمني فإذا صدر القرار من موظف في وقف سابق على تاريخ منحة سلطة إصدار هذا القرار، فإنه يكون معيباً بعبء عدم الاختصاص، مثال ذلك إصدار رئيس مصلحة أو وكيل وزارة قراراً نهائياً تأديبياً بتوقيع جزاء على موظف، قبل أن يتم تعيين مصدر القرار بصفه نهائياً أو وكيلاً للوزارة (٣٩) ، أو رئيساً للمصلحة وكذلك إذا صدر القرار من موظف عام قد انتهت فيه صفته كموظف عام لانتهاء خدمته ببلوغ السن القانونية، أو لفصله أو استقالته من العمل، فإن القرارات الصادرة عنه في هذه الأحوال تكون متضمنة الاعتداء على اختصاص من يخلفه في هذه الوظيفة (٤٠) .

ثانياً الشكل:

إذا كان القرار الإداري كعمل قانوني يعني إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة فإنه يجب أن يكون صحيحاً في عنصر الشكل، ويقصد بالشكل

٣٩ - الوجيز للدكتور / أحمد شرف الدين - ص ١٦٨ - ١٦٩

٤٠ - الدكتور / محسن خليل - القضاء الإداري للبنان دراسة مقارنة سنة ١٩٨٢م ص ٤٨٤ -

الدكتور حنانده - القضاء الإداري في الأردن سنة ١٩٧٢م ص ٣٧٣

القواعد الإجرائية والشكلية التي أوجب القانون على رجل الإدارة مراعاتها قبل إصدار القرار الإداري، كما يقصد به المظهر الخارجي للقرار الإداري نفسه (٤١) ، ويتعين على السلطة الإدارية المختصة أن تصدر أعمالها القانونية وفقاً للوائح والشروط المقدره والقاعدة أنها إذا لم تعم الإدارة بالتعبير عن إرادتها بأن التزمت الصمت، فإنه لا يمكن ترتيب أي أثر على إرادتها الصامته لأنه لا بد أن يكون الإفصاح عن الإرادة وفق شكل معين يعلمه الفرد أو الأفراد ويرتبوا تعريفاتهم وفقاً لإحكامه ويكون له أثر قانوني تجاه الأفراد إلا أنه حفاظاً على حقوق الأفراد من تعسف الإدارة فإنه يعتبر صمت الإدارة في بعض الأحيان إفصاحاً عن إرادتها ، وذلك في حالة ما إذا كان يتحتم عليها إصدار قرار معين قبولاً أو رفضاً، وذلك عند تقدم الأفراد بطلبات فتجاهلها الإدارة ولا ترد عليها تعنتاً وتعسفاً، فإنه في مثل هذه الحالة لا يكون لهؤلاء الأفراد من سبيل إلا الطعن في تصرف الإدارة أمام القضاء(٤٢) ، ويعتبر قرار الإدارة هنا بالامتناع لأن الإدارة امتنعت عن الرد بالقبول أو الرفض على طلبات الأفراد، فالقرار الإداري من حيث الشكل لا يشترط أن يكون صحيحاً وإيجابياً ليكون محلاً للطعن، كما لا يشترط أن يكون مكتوباً، بل يمكن أن يصدر في أسلوب شفوي ويأخذ قيمة القرار الإداري ومن حيث الإجراءات فالأصل أنه لا يشترط في كل الحالات أتباع، إجراءات أو خطوات معينة قبل صدور القرار إلا إذا نص على ذلك القانون فإنه على سبيل الاستثناء يشترط صدوره في شكل خارجي معين كان يصدر كتابة ويكون مسبباً لأن القانون يتطلب ضرورة إتباع إجراءات معينة قبل إصدار بعض القرارات الهامة ومن ذلك القرار التأديبي ضد موظف عام، فإنه يجب أن يسبقه تحقيق لان ذلك يمثل ضمانه لحق

٤١ - الدكتور /سليمان الطماوي نظرية التعسف في استعمال السلطة -الطبعة الثالثة ص٤٩٣ .

٤٢ - د / سليمان الطهطاوي نظرية التعسف ص٤٩٤ مصدر سابق .

الدفاع لأنه في مثل هذه الحالة لا بد من أخذ أقوال الموظف، وسماع أوجه دفاعه، وشهوده، ولذلك فإن القرار من حيث الشكل والإجراءات لا يكون صحيحا إلا إذا صدر مكتوبا ومسببا بعد إجراء تحقيق، تتمثل فيه الضمانة الكافية لحق الدفاع، وإلا اعتبر القرار معيبا وقابلا للطعن فيه من الفرد صاحب المصلحة .

ثالثا : السبب :

يشترط لصحة القرار الإداري أن يقوم على سبب صحيح يبرره ويمثل علة إصداره فالقرار الإداري يقوم على حالة واقعية أو قانونية صحيحة تحمل الإدارة على التدخل وتدفعها إلى إصدار القرار فالقاعدة أن لكل عمل قانوني سبب صحيح، سواء كان هذا العمل قرارا أو عقدا، فإنه لا بد أن يكون سببه صحيحا، سواء كان سبب القرار الحالة الواقعية والقانونية أو الظروف والأوضاع التي تسبق إصدار القرار لأن الإدارة لا تتخذ قرارا اعتباطا، ولهذا كان لا بد من أن يقيم رجل الإدارة قراره على قاعدة قانونية مع مراعاة الظروف والاعتبارات الواقعية التي تحيط به فالقرار التأديبي مثلا الذي يصدر في مواجهة الموظف يشترط لصحته أن تكون المخالفات التي ارتكبها الموظف تمثل خروجا عن واجبات الوظيفة وتكون السبب الذي دفع الإدارة لاتخاذ القرار بالإنذار أو الفصل مثلا وكذلك القرار بقبول استقالة الموظف لا بد من معرفة سببه الذي سبق تقديمه من هذا الموظف، إذ لا يمكن تصور عمل إداري سليم بدون أن يستند إلى سبب معقول والسبب يعتبر شرطا لصحة القرار بحيث لا يمكن أن يقوم أي قرار دون أن يكون مبنيا على سبب أي دون حالة واقعية أو قانونية تكون علة وجوده أو صدوره ولهذا فإنه عند تخلف الحالة الواقعية أو المادية لصدور

القرار الإداري فإنه يكون مبنيا على سبب غير صحيح فيكون باطلا ومشوبا بعيب السبب .

رابعا : محل القرار :

ويقصد بمحل القرار الإداري موضوعه أي مادته ومحتواه أو هو الأثر القانوني الذي يحدثه القرار حالا ومباشرة وذلك بالتغيير في المراكز انشأ أو تعديلا أو إلغاء بحيث يكون هذا الأثر ممكنا وجائزا ومستندا إلى قاعدة قانونية تسوغه فالقرار التأديبي مثلا إذا كان سببه كما أسلفنا هو مخالفة الموظف لواجبات الوظيفة فإن محل هذا القرار يكون هو الجزائي العقوبة فإذا أمتنع الموظف أو قصر في جانب عمله مدة من الزمن وأصدرت الإدارة قرارا ضده بخصم سبعة أو ثمانية أيام من راتبه فإن ذلك الخصم هو محل القرار وموضوعه وهو الأثر القانوني الذي أحدثه وقد تكون هذه القرارات أنظمه ولوائح تتضمن قواعد منظمة يترتب عليها إنشاء مراكز تنظيمية أو تعديل أو إلغائها و قد تكون قرارات إدارية فردية يترتب عليها أيضا إنشاء مراكز قانونية أو فردية أو تعديلها وفي كل الأحوال يشترط في محل القرار الإداري ليكون صحيحا شرطين :

الشرط الأول : أن يكون ممكنا تنفيذه من الناحية الفعلية .

الشرط الثاني : أن يكون المحل جائزا قانوناً (٤٣) .

فإذا تخلف واحد من هذين الشرطين في محل القرار أو أثره فإن القرار يكون معيبا في محله واجب الإلغاء بل قد يكون معدوما إذا تخلف الشرط الأول كما لو كان محل القرار مستحيل التنفيذ من الناحية العقلية والقانونية ، مثال ذلك إصدار قرار بترقية موظف أتضح أنه قد بلغ سن الإحالة إلى المعاش قبل إصدار قرار ترقيته، فمحل القرار صار مستحيل

^{٤٣} - أنظر الوجيز في القانون الإداري اليمني ص ١٧١

التنفيذ لأن الموظف لم يعد في الخدمة إذا أنه كان يتعين على الإدارة في مثل هذه الحالة إصدار قرار بإحالة إلى المعاش ويطلق الفقه عادة على العيب عندما لا يكون محله مطابقاً للقواعد القانونية بعيب مخالفة القانون(٤٤) ، فإذا كان هناك قواعد قانونية معينة تمنع الإدارة من القيام بعمل أو أعمال معينة إلا وفقاً لقيود محددة ، فإنه من الواجب على السلطة الإدارية احترام هذه القواعد ، واحترام الآثار التي تترتب عليها ، فإذا تجاهلت الإدارة ذلك وأصدرت قرارها مخالفاً للشروط التي حددها النص القانوني ، فإن القرار يكون معيباً يتصل هذا العيب بمحل القرار الإداري فيغيب الأثر الذي يحدثه فيكون القرار الإداري مشوباً بعيب مخالفة القانون ومستوجباً للإلغاء خامساً : الغاية :

إذا كان الغاية من إصدار قرار بتعيين موظف هو تحقيق مبدأ استمرارية المرافق العامة وانتظامها وحسن سيرها فإن الغاية أو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها يجب أن تكون صحيحة ، ولذلك فإنه يجب أن يكون القرار في عنصر الغاية صحيحاً ، فالقاعدة الأساسية هي أن كل قرار إداري يجب أن تكون غايته صحيحة ، فإذا لم يثبت أن الإدارة لم تستهدف من إصدار قرارها تحقيق المصلحة وإنما هدفت إلى تحقيق مصلحة شخصية أو ذاتية كان يصدر القرار لمصلحة قريب أو بدافع الانتقام فإن القرار حينئذ يكون معيباً في عنصر الغاية ، ومعيباً أيضاً فصدور قرار بانتقال موظف من مكان إلى آخر هو صالح العمل فصالح العمل هو الغاية فإذا كان الغرض هو الانتقام أو لأسباب حزبية أو شخصية فإن الغاية تكون غير مشروعة ويكون القرار معيباً بعيب الغاية لإساءة استعمال السلطة وواجب الإلغاء وبهذا العرض المختصر يكون من الواضح

٤٤ - أنظر الدكتور/ سليمان الطماوي في النظرية العامة للقرارات مرجع سابق ص ٢٥٢

أنه لا بد للقول لصحة القرار الإداري من أن يكون صحيحا في أركانه
وعناصره التي سبق بيانها وإذا تخلف شرط واحد فإن القرار الإداري
سيكون حينئذ عرضة للإبطال والإلغاء

أقسام القرارات الإدارية

تنقسم القرارات الإدارية من حيث الصحة والفساد : إلى صحيحة وباطله .
ومن حيث التكوين إلى مستقلة أو مندمجة .
فالقرار الصحيح هو ما استوفت أركانه وعناصره الضوابط والشروط التي
رسمها القانون ، وقد سبق بيان ذلك .
أما من حيث آثار القرارات في حق الأفراد فإنها تنقسم إلى ملزمة وغير ملزمة .

ومن حيث علاقتها بالمراكز القانونية فإنها تنقسم إلى منشئة وكاشفة .
وإذا كان القرار الصحيح هو ما استوفت أركانه وعناصره الضوابط
والشروط كما سبق بيان ذلك ، فالقرار الباطل هو إما أن يكون باطلاً
بطلاناً مطلقاً أو يكون باطلاً بطلاناً نسبياً فإذا كان القرار باطلاً بطلاناً
مطلقاً كان منعدماً ويتحقق انعدام القرار الإداري إذا كان عيب القرار
جسيماً كما لو فقد القرار ركناً أو أكثر وسنأتي على أمثلة لذلك قريباً ،
أما إذا كان القرار الباطل بطلانه نسبياً فإنه يكون قابل للإبطال لا
منعدماً .

أما تقسيم القرارات الإدارية من حيث تكوينها : إلى مستقلة ومندمجة .
ويقصد بالقرار الإداري المستقل إفصاح الإدارة عن إرادتها في عمل إداري
قائم بذاته كعمل قانوني منفصل عن غيره من الأعمال القانونية بحيث لا
يكون متصل بقرار إداري آخر أو عمل مركب ومعظم القرارات الإدارية
من هذا النوع ، مثال ذلك قرار تعيين موظف عام ، أو قرار بتوقيع جزاء
تأديبي عليه ، أو قرار بمنع ترخيص سلاح ، أو قرار بمنح ترخيص بناء أو
رفض ذلك ، فإذا أشتمل القرار على عدة مواد يعتبر كل منها قرار إداري
بمركز قانوني خاص ومستقل بذاته فإن لكل ذي مصلحة أن يطعن في

الجزء الذي يسه من القرار إذا أنطوى على مخالفة القانون أو أشتمل على عيب من العيوب التي قد تشوب القرار الإداري .

أما القرار المركب أو المندمج أو المرتبط حسب بعض التسميات فإنه يقسط به القرار المندمج في عملية أخرى ، سواء كانت قرارات إدارية أخرى أو مجرد أعمال قانونية مغايرة قد يكون القرار الإداري جزءاً لا ينفصل عن هذه العملية ومن هذا القبيل قرار تخصيص المال للنفق العام كخطوه لنزع الملكية ، وقرار إرساء المزايدة أو المناقصة كشرط منها وسواء كان القرار الإداري تمهيدياً كالقرارات المعدة للانتخابات بدعوة الناخبين لصناديق الاقتراع للإدلاء بأصواتهم، أو كان قراراً مصاحباً ، كالقرارات المرافقة للعقود سواء كانت سابقة أو معاصرة أو لا حقه لإبرام العقد .

أما تقسيم القرارات من حيث أثرها في حق الأفراد فسبق أن أشرنا إلى أنها تنقسم إلى ملزمة وغير ملزمة للأفراد بواجبات معينة وذلك كالقرارات التي تلزم الأفراد بإتباع إرشادات وتعليم المرور أو بعدم ارتياد المناطق العسكرية..... الخ، فإذا لم ينفذ الأفراد هذه القرارات اختيارياً نفذتها الإدارة عليهم جبراً بل لها توقيع جزاء لقاء ذلك .

أما القرارات غير الملزمة فإنها تتمثل في المنشورات والتعليمات التي لا تمس حقوق الأفراد من قريب ولا بعيد كالكتب الإدارية التي يصدرها النائب العام لأعضاء النيابة ومنشورات وزارة التموين لفروعها لإتباع تعليمات معينة والتعليمات التفسيرية التي تبعث بها مثلاً (مصلحة الضرائب لمأموريها، والقرارات التي تصدر بالاستغناء عن لقب لا عن وظيفة) .

أما القرارات الإدارية من حيث علاقتها بالمراكز القانونية فهي تنقسم إلى منشئة وكاشفة فالقرار الإداري قد ينشئ أو يلغي مركزاً قانونياً فيسمى حينئذ قراراً منشئاً، ومثال القرار الذي ينشئ مركزاً قانونياً (قرار تعيين

موظف) فإن ذلك يؤدي إلى إنشاء هذا المركز القانوني، وكذلك الحال بالنسبة إلى (قرار ترخيص بناء أو سلاح) .

أما القرار الإداري الكاشف فإنه القرار الذي يصدر من جانب الإدارة بقصد تأكيد مركز قانوني قائم أو تقرير حالة قائمة من قبل دون الإضافة إليها أو إنهاؤها من الوجود مثال ذلك قرار فصل موظف كان قد حكم عليه بعقوبة قانونية عقوبتها التبعية كان فصل موظف، فالقرار الإداري هنا لم يحدث سوى تأكيد حالة الفصل التي تمت بموجب الحكم، كذلك الحال بالنسبة للقرار الصادر برفض التظلم من قرار إداري سابق صحيح فالقرار الثاني لم يحدث جديداً سوى تقرير الحالة السابقة والقاعدة أن القرارات الإدارية بالنسبة للقرارات المنشئة لا تترد إلى الخلف بأثر رجعي بل تترتب من تاريخ صدور القرار بخلاف القرارات الإدارية الكاشفة فإن أثرها تترتب من التاريخ السابق على صدور القرار الكاشف فقرار فصل موظف سابق للحكم عليه بعقوبة جنائية مع العزل تترد الآثار إلى تاريخ صدور الحكم لا إلى تاريخ القرار الكاشف بخلاف الحالة التي يفصل فيها الموظف عن جريمة تأديبية فإنه قرار منشئ يرتب أثره من تاريخ صدوره ، وفي حالة القرار المنشئ فإنه لا يجوز للإدارة سحب القرار إلا قبل فوات مواعيد الطعن فإذا انقضت مواعيد الطعن فقد تحصن القرار فلا يجوز سحبه بخلاف ما إذا كان القرار كاشفاً فيجوز للإدارة سحبه في أي وقت إذ أن ذلك لا يرتب آثار قانونية يخشى أن يمس بها السحب ما دام القرار معيباً ومخالفاً للقانون فإذا كان مطابقاً للقانون فلا يجوز سحبه وكل ذلك مما يجعل القرارات الإدارية تخضع لرقابة القضاء .

المبحث الثاني الخصومة الإدارية وسلطات القضاء

نقصد بالخصومة الإدارية مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة المتعلقة بالمنازعة الناشئة بين الفرد والإدارة بصدد القرارات الإدارية بدءاً بالمطالبة القضائية واستمرارها حتى صدور حكم فيها أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام محكمة الاستئناف أو المحكمة العليا وذلك ما يتطلب حتماً توضيح الاختصاص القضائي بنظر القضايا الإدارية وبيان سلطة القضاء في فض المنازعات الإدارية وبيان كيفية رفع الدعوى الإدارية أمام القضاء ونظرها وتسيير القضاء للخصومة حتى صدور الحكم فيها :

أولاً / الاختصاص

يقوم التنظيم القضائي في بعض البلدان على مبدأ القضاء المزدوج كما هو الحال في مصر وعدة بلدان أخرى ويعني ذلك تخصيص جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي للبت في المنازعات الإدارية ويطلق على هذه الجهة القضائية مجلس الدولة كما هو الحال في مصر وفرنسا وبلجيكا وسوريا (٤٥)

وقد أوضح قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ٧٢م بالفصل الثاني بالمادة (١٠) اختصاصات مجلس الدولة .

هي الطعون المتعلقة بالانتخابات والقرارات الإدارية ، والدعاوي التأديبية وعقود الالتزام والطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين وسائر المنازعات الإدارية، وقد بين الفصل الثالث من هذا القانون الإجراءات المتبعة أمام محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية وكذلك سار التشريع في سائر

^{٤٥} - أنظر الدكتور / عبد الفتاح حسن في مبدأ القانون الإداري الكويتي - دار النهضة العربية - القاهرة ص ٣٩ .

الدول التي خصصت للقضاء الإداري جهة مستقلة وهناك دول أخرى كالولايات المتحدة الأمريكية وانجلترا واليمن لم تنشئ جهة قضائية خاصة بالمنازعات الإدارية بل أخضعت كافة المنازعات سواء كانت فيما بين الأفراد أم كانت الإدارة طرفاً فيها لجهة واحدة هي محاكم القضاء العادي وصرحت المادة (٤٧) من قانون السلطة القضائية اليمني رقم (١) لسنة ١٩٩١م بأن ، تكون للمحكمة الابتدائية الولاية العامة بنظر جميع القضايا ونصت المادة (٤٩) من قانون المرافعات اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م بأنها تختص المحاكم الابتدائية بالحكم ابتداءً في جميع الدعاوي التي ترفع إليها أيّاً كان قيمتها أو نوعها . وهذا يعني أن الأصل في التنظيم القضاء اليمني بنظر الطعون في القرارات الإدارية أو الدعاوي الموجهة للأعمال القانونية الصادرة بإرادة منفردة ابتداءً هي المحاكم الابتدائية باستثناء الطعون في القرارات الإدارية الصادرة في شئون القضاء وقرارات الفصل في الخدمة الصادرة بحق أي عضو من أعضاء هيئة التدريس في الجامعات لأن القانون حدد الاختصاص بنظرها للدائرة الإدارية بالمحكمة العليا وقد صرح قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ٩١م بالآتي :

((تخصص الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا دون غيرها بالفصل في الطلبات التي يقدمها القضاء بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بشأن من شئونهم)).

وصرحت المادة (٤٦) من قانون الجامعات اليمنية رقم (١٨) لسنة ١٩٩٥م وتعديلاته بالآتي :

((تخضع قرارات مجلس التأديب بالفصل في الخدمة بالطعن فيها بالإلغاء أمام الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القرار، أما ما عدى ذلك فإن الاختصاص بنظر الطعن في القرارات الإدارية

يتحدد بالمحاكم الابتدائية التي يكون في دائرتها موطن الجهة الإدارية
مصدرة القرار)).

ثانياً : مدة الطعن التي يتحدد بها رفع الدعوى الإدارية أمام القضاء

لقد نص المشرعون في كثير من البلدان في قوانين تلك البلدان على تحديد مدة ، الطعن على القرارات الإدارية أمام القضاء إذ ليس من المعقول أن يبقى باب الطعن مفتوحاً إلى مالا نهاية لأن في ذلك تهديد لما تضمنه القرارات الإدارية من مراكز قانونية بصفة مستمرة ، وقد صرح قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢م في الفصل الثالث بالمادة (٢٤) أن ميعاد رفع الدعوى أمام المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو في النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به وينقطع سريان هذا الميعاد بالتظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرت القرار أو الهيئات الرئاسية ويجب أن يبت في التظلم قبل مضي ستون يوماً من تاريخ تقديمه وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً ويعتبر مضي ستون يوماً على تقديم التظلم دون أن تجيب إنه السلطات المختصة بمثابة رفضه ويكون ميعاد رفع الدعوى بالطعن في القرار الخاص بالتظلم ستين يوماً من تاريخ انقضاء الستين يوماً المذكورة .

وفي الجمهورية اليمنية نجد أن بعض القوانين قد صرحت بتحديد مدة الطعن بستين يوماً كما هو الحال في قانون الجامعات اليمنية رقم (١٨) لسنة ٩٥م وتعديلات التي أخضعت قرار مجلس التأديب بالفصل من الخدمة للطعن فيها بالإلغاء أمام الدائرة الإدارية خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القرار ، ويمكن في حالة غياب التنصيص على ذلك في قانون المرافعات القياس على هذا النص واعتباره أساساً باعتبار أن القرارات الإدارية تخضع لرقابة القضاء

ولا يعقل أن يبقى حق الطعن في هذه القرارات بعد صدورها سيفاً مصلتاً يهدد الإدارة إلى مالا نهاية وكان الأحرى بالمشرع اليمني أن ينص على ذلك في قانون ينظم إجراءات الطعن أمام القضاء في القضايا الإدارية أو ينص على تحديد مدة رفع الدعوى في قانون المرافعات ، وفي المملكة العربية السعودية نجد أن القرارات الإدارية التي يرفع التظلم منها والطعن على هذه القرارات أمام ديوان رفع المظالم قد أعطى النظام المدعي بالقرار محل الطعن مدة ستين يوماً بتقديم خلالها طلب إلغاء القرار ومنح النظام جهة الإدارة تسعين يوماً للرد على طلب المدعي كما هو منصوص عليه في المادتين الثانية والثالثة في النظام والخلاصة أن تحديد مدة لطعن على القرارات الإدارية لا تكاد تختلف عليه النظم القانونية غير أن بعض الدول قد حددت إجراءات التقاضي بقانون خاص كما هو الحال في قانون مجلس الدولة المصري الذي أشتمل الفصل الثالث منه على الإجراءات التي يجب أن تتبع أمام محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية بالمادة (٢٤) إلى (٣٣) أما في البلدان التي لا يوجد فيها قانون خاص بإجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية فإنه لا مناص من تطبيق قواعد قانون المرافعات مع ضرورة مراعاة طبيعة المنازعات الإدارية، وانحصار أسباب الطعن في القرار الإداري إذ لا يكون الطعن على هذه القرارات مشروعاً إلا إذا توفرت له أسباب الطعن وتحقق وجود عيب في القرار لمخالفة للقانون، إذ يجب أن يكون الطعن منصباً على ما يلحق القرار الإداري من عيب في الشكل أو مخالفة للقوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها، أو إساءة استعمال السلطة، وذلك ما أفصح عنه قانون السلطة القضائية عند أبحاثه الطعن على القرارات الإدارية الصادرة في شئون القضاء أمام الدائرة الإدارية بالمحكمة العليا ويقاس على ذلك كأصل فنص المادة (١٠١) من قانون السلطة القضائية بتبيح الطعن على القرار الإداري إذا أنصب على عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو

إساءة استعمال السلطة وهذه النبذة من العيوب يتحصل منها أنه إذا وجد عيب في شكل القرار، أو عيب من حيث الاختصاص، أو من حيث السبب، أو من حيث المحل، أو من حيث الغاية، فإنه يعتبر القرار معيباً ويجوز الطعن عليه أمام القضاء فالقرارات الإدارية يفترض أن تصدر وفقاً للشروط والضوابط التي سلف الإشارة إليها وأن يكون الهدف منها المصلحة العامة كما هو صريح المادة (٢٨) من دستور الجمهورية اليمنية وبهذا العرض يتبين أن القاعدة القانونية كما هو المستقر عليه فقهاً وقضاً وقانوناً أن ميعاد الطعن على القرار الإداري ستين يوماً وتتقطع هذه المدة بالتظلم إلا إذا كان عيب القرار الإداري جسيماً، كما إذا تخلف أكثر من شرط، كان يتخلف شرط السبب والشكل والغاية فإنه في مثل هذه الحالة لا يتحصن بمرور ستين يوماً لأن القرار في مثل هذه الحالة منعدماً فهو عبارة عن عمل مادي مجرد وينعدم القرار إذا كان قد صدر من غير موظف عام أو صدر من موظف عام انقطعت صلته بالإدارة وقت إصدار القرار، أو كان موظفاً عاملاً بالإدارة ولكن القرار تضمن اعتداءً على السلطتين التشريعية أو القضائية أو كان الموظف ليس من الموظفين المخول لهم إصدار القرارات الإدارية أو كانت الجهة الإدارية، قد اعتدت على جهة إدارية أخرى، أو لم يستهدف القرار مصلحة عامة وإنما استهدف مصلحة شخصية، أو مصلحة أخرى كالانتقام أو تصفية الحسابات، لانتفاء شرط الغاية فإذا كان الحال كذلك اعتبر القرار عملاً مادياً لا يرتب أثراً قانونياً ولا يحتاج إلى تحديد زمن محدد للطعن عليه ولا إلى التمسك بالانعدام أو البطلان المطلق أمام القضاء لأن المحكمة يجب أن تتصدى له من تلقاء نفسها وتقضي بانعدامه إذا ما طرح أمامها لتعلق ذلك بالنظام العام ولا يحتاج إلى دعوى لكثرة إذا كان القرار قد تدخل في عمليات أخرى مطروحة على القضاء، فإنه في مثل هذه الحالة يحتاج الأمر إلى حكم بهذا الصدد والحكم يكون كاشفاً لا

منشأً ، يجوز للإدارة أن تقوم بسحب القرار المنعدم في أي وقت شاءت بخلاف القرار المعيب بعيوب أخرى فإنه يكتسب حصانة تعصمه من السحب بمضي المدة القانونية وكذلك الطعن عليه أمام القضاء يجب أن يكون خلال ستين يوماً .

ثالثاً : الدعوى الإدارية : وبيان كيفية رفعها وشروط قبولها أمام القضاء

لم تعرف القوانين الوضعية الدعوى الإدارية وأن كانت الدعوى من حيث هي قد عرفها الكثير بأنها قول يطلب به الإنسان أثبات حق على غيره(٤٦) ، وفي مختار الصحاح (٤٧) .

الدعوى جمع دعاوي وفي المعنى الاصطلاحي في القانون هي توجيه الطلب ضد خصم أمام القضاء (٤٨) وقد تعددت الاتجاهات الفقهية في تعريف الدعوى الإدارية فقليل بأنها السلطة القانونية التي يتمتع بها الأفراد ويتمكنون بمقتضاها الاتجاه إلى القضاء طلب لحماية حقوقهم المعتدي عليها أو لتقرير هذه الحقوق أو للتعويض عن الأفراد التي تلحق بها (٤٩) وفي تعريف آخر للدعوى الإدارية بأنها الإجراءات القضائية التي تتخذ أمام القضاء الإداري للمطالبة بأثر من الآثار المترتبة على علاقة إدارية (٥٠) وهناك كثير من التعريفات التي لا تكاد تختلف عن كونها وسيلة قانونية يلجأ بمقتضىها صاحب الحق إلى السلطة القضائية لحماية حقه و يبني

٤٦ - أنظر المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية سنة ١٩٩٤م ص ٢٢٩

٤٧ - الشيخ محمد ابن أبي بكر الرازي - ص ٢٠٦

٤٨ - المعجم الوجيز ١٢٩ مصدر سابق

٤٩ - أنظر المحامي إبراهيم المنجي في المرافعات الإدارية دراسة عملية لإجراءات التقاضي أما

مجلس الدولة - الطبعة الأولى ١٩٩٩م - ص ٩٢

٥٠ - أنظر الدكتور / مصطفى كمال وصفي المحامي والمستشار السابق بمجلس الدولة - في

كتاب أصول إجراءات القضاء الإداري - الطبعة الثانية ٧٣م ص ٩٥

على رفع الدعوى أمام المحكمة المختصة انعقاد الخصومة التي تقوم على اتصال المدعي بالمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى وتكليف المعني عليه بالمثل أمامها لكونها علاقة بين طرفيها ويشترط لصحة هذه الدعوى أن تكون موجهة من صاحب الشأن ذاته أو من صاحب الصفة في تمثيله والنيابة عنه قانوناً أو اتفاقاً فإذا لم تقم على هذه الصفة سقط ركن من أركان الخصومة وفقدت الخصومة كيانها الطبيعة القانونية للدعوى الإدارية .

أما طبيعة الدعوى الإدارية فهي في حقيقتها دعوى عينية أو موضوعية وليست شخصية لأنها ليست بين خصوم وإنما هي في الحقيقة اختصاص للقرار الإداري المعيب ذاته لأنها توجه إلى القرار الإداري سواء كان صريحاً أو ضمناً فالدعوى تنصب على خصمه القرار النهائي والتحقق من مدى مشروعيته والغالب في العلاقات الإدارية أنها علاقات موضوعية تنشأها القواعد التنظيمية وترسم أوضاعها وحدودها وتعتمد على المشروعية والعادة أن أحد طرفيها جهة إدارية ذات ولاية أو سلطة على الطرف الآخر الذي يقاضيه .

أنواع الدعوى الإدارية

الدعوى الإدارية هي دعوى قضاء الإلغاء وهي التي تستهدف هدم القرار المطعون فيه أو إعلان عدم مشروعيته وذلك ما يتطلب من المحكمة المختصة فحص مشروعية القرار الإداري والتأكد من صحته فإذا تبين مجانبية القرار للقانون حكم بإلغائه ويشتمل دعاوي القضاء العيني دعوى إلغاء القرارات الإدارية ودعوى فحص أو تقدير المشروعية ودعاوي الطعن بالنقض ودعاوي قضاء الزجر أو العقاب(٥١) ، أما دعوى القضاء الكامل فهي التي يظهر فيها النزاع بين الفرد والإدارة فيسند إلى الإدارة عملاً أو أعمالاً تمس

^{٥١} - إبراهيم المنجي في المرافعات الإدارية ص ١١١

مركزاً قانونياً خاصاً به فيتضمن الاعتداء على حق خاص به فهذه الدعوى ترمي إلى حماية هذه الحقوق قبل من يعتدي عليها ، ومن هنا كان انتماء دعوى القضاء الكامل إلى دعوى القضاء الشخصي الذي يستهدف حماية المراكز القانونية الخاصة التي تمنح شاغلها حقوق شخصية نسبية بشكل نهائي ويدخل في نطاق دعوى القضاء الكامل :

١- دعاوى التعويض عن القرارات الإدارية والأعمال المادية المنسوبة لجهة الإدارة .

٢- دعاوى الحقوق الإدارية وهذه الدعوى هي التي تستند إلى اتفاق سابق بين الإدارة والمدعي أو المدعي عليه ومنازعات الحقوق الإدارية التي تتعلق بإبرام العقد الإداري ذاته أو تفسير شروط العقد .

٣- دعاوى التسوية أو الاستحقاق للموظفين العموميين .

٤- دعاوى الجنسية والتأديب .

٥- الدعاوى المستعجلة التي تهدف إلى الوقاية من حدوث ضرر معين نتيجة لتنفيذ قرار إداري .

وهناك تقسيمات أخرى في الفقه الحديث غير انه يغني عن هذا التقسيمات الرجوع إلى طبيعة القرار الإداري أو المنازعة الإدارية لأن الحكم يتوقف على طبيعة المنازعة الإدارية .

شروط قبول الدعوى الإدارية :

إذا كان معلوماً أن نشأة الحق في الدعوى الإدارية يشترط فيه أن يكون القرار الإداري قد الحق الضرر بمركز المدعي أي أن القرار يحدث اعتداء يؤدي إلى حرمان المدعي من الحقوق المتاحة له ، أو الاعتداء على المراكز القانونية أو الإخلال بالتزامات تعرض المدعي للخطر وتلحق به الضرر من الناحيتين المادية والإدارية ، أما إذا كان القرار الإداري لا ينزل ضرراً

بالمراكز القانونية للمدعي فإن الطعن فيه يكون ممتنعاً لانتفاء عنصر المنازعة الإدارية ذاتها فالدعوى إنما توجد عند توافر شرط وجودها ، الذي بوجوده توجد الحماية القضائية التي تهدف الدعوى الوصول إليه وتقاس بقدر أهمية المصلحة أهمية هذه الحماية ، فإذا تخلف شروط نشأة الحق في الدعوى الإدارية فإن مؤداه رفض الدعوى ، أما إذا تخلفت الشروط اللازمة لرفع الدعوى الإدارية فإن مؤداه عدم القبول ، وإذا كانت شروط نشأة الحق في الدعوى الإدارية مستقلة عن شروط القبول إلا أن بينهما ارتباط في الواقع فإذا تحققت شروط نشأة الحق في الدعوى الإدارية كان من حق المتضرر رفع الدعوى الإدارية أمام المحكمة المختصة كتابة بالشروط التالية :

١- أن يتم رفع الدعوى الإدارية في المدة المحددة قانوناً وقد سبق بيان المدة التي يجيز القانون رفع الدعوى الإدارية وهي ستون يوماً مما يتعلق بطلبات الإلغاء من تاريخ نشر القرار الإداري المطعون فيه في الجريدة الرسمية أو النشرات التي تصدرها المصالح العامة أو إعلان صاحب الشأن به وينقطع سريان هذه الميعاد بالتظلم إلى الهيئة الإدارية التي أصدرته أو الهيئات الرئاسية ويجب أن يثبت في التظلم قبل مضي ستين يوماً من تاريخ تقديمه ، وإذا صدر القرار بالرفض وجب أن يكون مسبباً ، ويعتبر مضي ستين يوماً على تقديمه دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة رفضه ويكون ميعاد رفع الدعوى بالطعن في القرار الخاص بالتظلم ستين يوماً من تاريخ انقضاء الستين يوماً المذكورة .

٢- أن تتوافر شروط المصلحة الشخصية المباشرة فلا بد أن يكون رافع الدعوى له فيها مصلحة شخصية وهو في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله يؤثر فيها تأثيراً مباشراً فدعوى الإلغاء لا تحمي المصلحة المادية فقط ولكنها تحمي أيضاً

المصالح الأدبية والمصالح المحتملة والمحقة والدفع بانعدام المصلحة ليس دفعاً موضوعياً أو شكلياً ، وإنما هو دفع بعدم القبول والمصلحة شرط لجميع الدعاوي ومنصوص على ذلك في القوانين الإجرائية في مختلف البلدان وقد صرح قانون المرافعات اليمني بالمادة (٧٥) بأنها لا تقبل أي دعوى أو طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ، ومع ذلك تكمن المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط من دفع خطر محقق ، وأفصحت المادة (٧٦) من قانون المرافعات اليمني بأن المحكمة تحكم بعدم قبل الدعوى أو الطلب أو الدفع إذا ثبت ولو من تلقاء نفسها إلا صفة أو مصلحة فيها في أي مرحلة من مراحل الدعوى وعلى ذلك النهج سار نظام المرافعات السعودي فصرح بالمادة (٧٢) بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة ، والدفع بعدم سماع الدعوى تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز الدفع به في أي مرحلة تكون فيه الدعوى ، وإلى مثل ذلك ذهب المشرع المصري في المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية التجارية المصري والمادة (١٢) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (٤٧) ، ولا تكاد تختلف النظم القانونية على هذه القاعدة فهي من المبادئ المستقرة قانوناً وقضائياً ، فلا دعوى بغير مصلحة ، والمصلحة في الدعوى الإلغاء على خلاف الحال في دعوى القضاء الكامل ، فلا يلزم في دعوى الإلغاء أن تستند إلى حق للمدعي لأنه يكفي أن يكون لرفع الدعوى مجرد مصلحة لا ترقى إلى مرتبة الحق لأن دعوى الإلغاء تعتبر دعوى موضوعية وليست شخصية ولأن دعوى الإلغاء التي تنتمي إلى القضاء العيني غالب ما يدور النزاع فيه حول مشروعية القرارات الإدارية في ذاتها ، وهو مجال لا يتمتع فيه الأفراد بحقوق شخصية على الرأي الغالب بل لهم مجرد مصلحة لا

ترقى إلى درجة الحق ولهذا فإن القضاء يكتفي بهذه المصلحة لقبول دعوى .

٣- أن ترفع الدعوى كتابة إلى المحكمة المختصة بعريضة تشتمل الآتي :

أ- أسم المدعي ، ولقبه ، ومهنته ، وموطنه .

ب- أسم المدعي عليه ، والجهة الإدارية مصدره القرار ، وموطنه ، وتاريخ تقدم العريضة ، وأسم المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى ، وبيان موطن مختار للمدعي من البلدة التي فيها المحكمة أن لم يكن له موطن فيها ، بيان مختص عن موضوع الدعوى وأدلتها أجمالاً وطلبات المدعي ، وتوقيع المدعي أو من يمثله قانوناً .

وذلك ما أفصحت عنه المادة (١٠٤) من قانون المرافعات اليمني ، أما قانون مجلس الدولة المصري فقد صرح في المادة (٢٥) بأنه يقدم الطلب إلى قلم كتاب المحكمة المختصة بعريضة موقعة من محام مقيد بجدول المحامين المقبولين بتلك المحكمة وتتضمن العريضة البيانات المتعلقة باسم الطالب ومن وجهت إليهم الطلب وصفاتهم ومحل إقامتهم وموضوع الطلب وتاريخ التظلم من القرار إن كان مما يجب التظلم منه ونتيجة التظلم وبيان بالمستندات المؤيدة للطلب ويرفق بالعريضة صورة أو ملخص من القرار المطعون فيه ، وللطالب أن يقدم مع العريضة مذكرة يوضح فيها أسانيد الطلب وعليه أن يودع قلم كتاب المحكمة عدى الأصول عددا كافيا من صور العريضة وحافظه بالمستندات وتعلن العريضة ومرفقاتها إلى الجهة الإدارية المختصة وإلى ذوي الشأن في ميعاد لا يتجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديمها ويتم الإعلان عن طريق البريد بخطاب مصحوب بعلم الوصول ويعتبر مكتب المحامي الموقع على العريضة محلا مختارا للطلب كما يعتبر مكتب المحامي الذي ينوب عن ذوي الشأن في تقديم ملاحظاتهم محلا مختارا لهم كل ذلك إلا إذا عينوا محلا مختارا غيره ، وصرح بالمادة (٢٦) أن على الجهة

الإدارية المختصة أن تودع قلم كتاب المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانها مذكرة بالبيانات والملاحظات المتعلقة بالدعوى مشفوعة بالمستندات والأوراق الخاصة بها والنص المصري قد ألزم الجهة الإدارية الرد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانها ، أما التشريع في الجمهورية اليمنية فإنه يرجع ذلك إلى أحكام قانون المرافعات التي توجب على المدعي عليه عند إعلانه بعريضة الدعوى الرد عليها في الجلسة المحددة أي أنه يجب على القاضي أن يعلن المدعي عليه بالدعوى وموعد الجلسة التي يجب عليه الحضور فيها وتسير المحكمة في الإجراءات وفقاً للقانون .

رابعاً : الإثبات في المنازعات الإدارية ودور القضاء في ذلك

مما لا شك فيه أن قواعد الإثبات الإداري تحتل أهمية خاصة لكونها من أكثر الموضوعات خصوبة في مجال الإجراءات الإدارية لان المنازعات الإدارية موضوع التقاضي تتجرد من كل قيمة إذا لم يقيم الدليل على حسم النزاع بشأنها فالحق إذا تجرد من دليله يصبح عند المنازعة أمام القضاء هو والعدم سواء ، وفضلاً عن ذلك فإن حق الخصم في الإثبات هو من الحقوق المقدسة شأنه شأن حقه في الالتجاء للقضاء بل هو مكمل له ، ومن هنا يتعين على القاضي أن يولي قواعد الإثبات الإدارية عناية خاصة باعتبارها الوسيلة التي تمكن القاضي من القضاء الصحيح والسليم والوسيلة لتقصي الحقائق بعيداً عن إرادة الخصوم ، وللقاضي أن يلعب في ذلك دوراً إيجابياً غير أنه ومع تطور التشريع ورغم أهمية قواعد القضاء الإداري فإننا لا نجد اهتماماً كبيراً في القوانين بما هو خاص بقواعد الإثبات الإداري وكان الرجوع إلى قواعد الإثبات المدنية والتجارية لا غنى عن وجود قانون إجرائي ينظم قواعد الإثبات الإداري ويحدد طرق أعمالها .

سلطة القاضي ودوره في الإثبات عند نظر المنازعات الإدارية

إذا كانت وظيفة القضاء عند نظر المنازعات الإدارية تهدف إلى تحقيق العدل وتطبيق القانون على ما يعرض عليه من المنازعات، وهي تتطلب علم القاضي بالقانون وتفترض علمه بحقيقة الوقائع المتنازع عليها فهو يقوم بدور وظيفي يحتم عليه التحري والتتقيب عن حقيقة الواقعة وأدلتها نظراً لما يتمتع به من سلطة توجيه الدعوى والإشراف على تسييرها، فهو يقوم بدور إيجابي إيجابي من شأنه التأثير بدرجة كبيرة في جمع الأدلة، واستجلاء الحقيقة، ويمثل حماية مناسبة للمدعي أمام صعوبة مهمة الإثبات في الدعوى في مواجهة الجهة الإدارية القوية، بما يكفل التوازن بين المتخاصمين وذلك من خلال سلطته الواسعة، التي كفلها القانون، وبمقتضى هذه السلطة يستطيع تكليف الإدارة بتقديم الأسباب الواقعية والقانونية، التي استندت إليها في قرارها المطعون عليه، باعتبارها جزءاً من مستندات وأوراق الدعوى المطروحة عليه، فالقانون يمنحه هذه السلطة ويعطيه الحق في طلب أي مستند يفيد في كشف الحقيقة، كما أن القانون يمنح الخصوم حق طلب المحكمة إلزام الخصم بتقديم أي محرر منتج في الدعوى، حيث نظم ذلك قانون الإثبات اليمني رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م بشأن الإثبات وتعديلاته بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م بالمادة (١٢) التي جاء فيها يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده:

أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه .

ب- إذا كان مشتركاً بينه وبين خصمه ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزامهما وحقوقهما المتبادلة.

ج- إذا استند إليه خصمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

ويجب أن يستوفي الطلب ما نصت عليه المادة (١١٣) من قانون الإثبات اليمني التي أوجبت أن يبين في الطلب ما يأتي :

- ١- أوصاف المحرر التي يعنيه .
- ٢- فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل .
- ٣- الواقعة التي يستدل بها عليه .
- ٤- الدلائل والظروف التي تؤيد انه تحت يد الخصم .
- ٥- وجه إلزام الخصم بتقديمه .

كما أن المادة (١١٩) من قانون الإثبات اليمني تجيز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده ، ونصت المادة (١٢٠) ((أن كل من حاز شيء أو حرزه يلزم بعرضه على من يدعي حق متعلق به متى كان فحص الشيء ضروري للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ، فإذا كان الأمر متعلق بمستندات أو أوراق أخرى فللقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء)).

كما أن قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م بالمادة (٢٠) صرح انه يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده في الحالات الآتية :

- أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه .
- ب- إذا كان مشتركاً بينه وبين خصمه ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزاماتها وحقوقهما المتبادلة .
- ج- إذا استند إليه الخصم في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

ولا تكاد الأنظمة تختلف على إعطاء هذا الحق للخصوم في طلب أي مستندات تُظهر الحقيقة وإعطاء المحكمة سلطة جلب أي مستند يكون تحت أحد الخصوم .

وقد صرحت المادة (١٤٨) من نظام المرافعات السعودي بأنه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم عند الاقتضاء أن تقرر جلب مستندات أو أوراق من الدائرة الرسمية في المملكة إذا تعذر ذلك على الخصوم .

والنصوص القانونية في مختلف البلدان تكشف سعة صلاحية القاضي وتثبت مرونة القوانين وتجعلها ملائمة للتطبيق على كافة أنواع القضايا بما يحقق إقامة العدل ، وذلك لا يتناقض مع مبدأ حياد القاضي وعدم انحيازه لأحد الخصمين ، إذ أن القاضي في كل الأحوال لا يقضي بعلمه الشخصي ، ولا بأدلة لم تطرح عليه ، ويتم مناقشتها وفقاً للضوابط والشروط التي حددها القانون ، فمن الأمور المعلومة انه يجب على القاضي أن يلتزم حدود سلطته وان يتبع إجراءات الإثبات التي نص عليها القانون وان كان يتمتع بسلطات واسعة بمقتضاها يستطيع الاستيفاء وجمع عناصر الإثبات وتمحيصها بما يمكنه من الوصول إلى الحقيقة فهو حين يتولى تحضير الدعوى الإدارية وتهيئها للفصل فيها يستعين بوسائل الإثبات ويقوم بمطالبة الإدارة بتقديم ما تحت يدها من أوراق ومستندات تفيد في الفصل في المنازعات الإدارية غير أنه لا ينبغي أن يصدق المدعي في أقواله دون بينه ولا في ورق صدرت منه تطبيقاً لقاعدة عدم جواز الأخذ بدليل يصطنعه احد الخصوم لنفسه ، وللقاضي في سبيل استظهار الحقيقة والوصول إليها سلطة واسعة يستمدّها من الاختصاص الوظيفي إقامة المشروعية ، والحد الحقيقي لسلطة القاضي في الرقابة على الإثبات تتمثل في الأخذ بوسائل الإثبات كافة مستلهماً في ذلك العمل بالمبادئ العامة للإجراءات القضائية التي

تمنحه صلاحيات واسعة فالقانون قد حرص على أن لا يقف بالقاضي عند الدور السلبي تاركاً الدعوى لمناضلة أطرافها ليوجهونها حسب أهوائهم ووفق مصالحهم الخاصة، فمنحه مزيداً من الإيجابية التي تحقق هيمنته على الدعوى اعتباراً بان القضاء هو قبل كل شيء وظيفة عامة لا ينبغي أن يجري على مشيئة الأفراد وتحقيقاً لذلك عمد القانون في نصوصه إلى البعد عن الأخذ بالمعايير الجامدة الضيقة واتجه إلى الأخذ بمعايير موضوعية مرنة تتسع لمزيد من حرية تقدير القاضي ومن جهة أخرى اتجه إلى تحقيق مزيد من هيمنة القاضي على الدعوى فأعطاه السلطة في تسييرها عن طريق حقه في تقدير قبول الأدلة وإعمالها وحقه في عدم تأجيل الدعوى لأكثر من مرة لسبب يرجع إلى الخصوم، وحقه في تغريم من يتخلف في تنفيذ قراراته من الخصوم، والقاضي عند نظره المنازعات الإدارية له سلطة تقديرية في الاستعانة بوسائل الإثبات وفي تقدير ما إذا كانت البيانات الموجودة في ملف القضية كافية للفصل فيها دون غيرها من وسائل التحقيق، وعلى مقتضى حرية القاضي في الأمر بوسائل الإثبات والاكتفاء بالأدلة والمستندات المقدمة بالملف وهي سلطة تقديرية ليست مطلقة، إنما تخضع للرقابة القضائية، فإذا عدلت المحكمة عما أمرت به من إجراء الإثبات وجب عليها أن تبين أسباب العدول بالمحضر ومسألة رقابة القاضي أو الرقابة القضائية على محل الإثبات الإداري تتمثل في مراقبة الخصوم في إثبات الوقائع من حيث توافر شروط الإثبات بحيث تكون الواقعة التي يثبتها الخصوم متعلقة بالدعوى، ومنتجة فيها، وجائزة إثباتها .

ومن حيث وسيلة الإثبات التي يستخدمها الخصوم ، ومن حيث التكييف القانوني بالوقائع التي يقوم الخصوم بإثباتها ومسألة رقابة القاضي للتكييف القانوني للوقائع هي مسألة قانونية ذلك أن الرقابة على التكييف القانوني للوقائع تقتضي إعطاء الواقعة الثابتة لدى الجهة الإدارية

الوصف القانوني الصحيح داخل نطاق القاعدة القانونية بمعنى إرجاع حالة الواقعة إلى إطار فكرة قانونية محددة يفصل فيها القاضي من تلقاء نفسه بغض النظر عن إرادة الخصوم لأنها قد تؤدي إلى الحكم للمدعي بحقه على أساس مصدر آخر من مصادر الحق غير المصدر الذي تمسك به المدعي لنفسه ، فإذا كان القاضي لا يستطيع أن يغير من الوقائع التي أثبتها الخصوم لتأييد طلباتهم ولكنه لا يتقيد بالوصف القانوني الذي يطلقه الخصوم على هذه الوقائع وحق المحكمة في إعطاء الوصف القانوني إذا التكييف القانوني الصحيح للوقائع يعني إعطاء الوصف الصحيح للوقائع في الدعوى لأن القاضي لا يطبق القانون على كل الوقائع التي عرضت أمامه ، ولكنه يطبق القانون على الوقائع التي كانت محلاً للإثبات أي على الوقائع التي تمسك بها الخصوم واثبتوا وجودها تأييداً لطلباتهم ، أما الوقائع الأخرى التي تعرض أمام القاضي دون أن يتمسك بها الخصوم فلا يقضى على أساسها إلا إذا تعلق تطبيقها بالنظام العام ، والقاضي عند نظره القضايا الإدارية يكون هنا بصدد التكييف القانوني السليم قد مارس دوراً إيجابياً يهيمن بمقتضاه على تحضير الدعوى وتحقيق عناصر الإثبات تحقيقاً لفعالية الرقابة القضائية على محل الإثبات الإداري(٥٢) .

وإذا كان الأصل في قواعد الإثبات أن تكون البينة على من ادعى إلا أنه في مجال نظر المنازعات الإدارية يكون على الجهة الإدارية المبادرة إلى تقديم ما بحوزتها من أوراق فور طلب المحكمة إيداعها إذ أنه لا يتسنى للقضاء أن يبسط رقابته على مدى مشروعية القرار الإداري ما لم يكن تحت نظره القرار المطعون فيه فإذا كان قراراً تأديبياً فإنه يجب إرفاق التحقيق الذي بني عليه ذلك القرار فذلك واجب على الجهة الإدارية المطعون ضدها ،

٥٢ - انظر المرافعات الإدارية ص ٥١٢ - مصدر سابق

فتقاعسها عن تقديم هذه الأوراق بعد طلبها من المحكمة اعتبار جهة الإدارة عاجزة عن أداء واجب عليها عن طريق إحقاق وإرساء العدل وإعطاء كل ذي حق حقه، وذلك أمر يكون معه من حق القضاء استخلاص سلامة ما ذهب إليه من يدعي عدم سلامة ذلك القرار باعتبار ذلك قرينة تبني على ما انتهى إليه الأمر إذ لا يستقيم موقف الإدارة مع واقع الحال بالنظر إلى احتفاظ الإدارة في غالب الأمر بالوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعات أن ترفض عدم تقديم هذه المستندات المتعلقة بموضوع النزاع ولمنتجه في الدعوى نفيًا أو إثباتًا متى طلب منها ذلك فنكول الإدارة عن تقديم الأوراق المتعلقة بموضوع النزاع يقيم قرينة لصالح المدعي بإلقاء عبئ الإثبات على الإدارة وليس ذلك فحسب بل ويعطى القضاء سلطة إلغاء ذلك القرار عند إصرار الإدارة وجحودها ووفقاً لما تتوصل إليه المحكمة من القناعة القضائية .

خامساً : سلطة القضاء في إصدار الأحكام

تشتغل النظم القانونية في مختلف البلدان تسبب الأحكام عند إصدارها ، ومن مقتضيات تسبب الأحكام أن القاضي عند تحرير الحكم وبيان أسبابه يقوم بعملية ذهنية يبحث بمقتضاها الوقائع التي عرضت عليه ونوقشت بمعرفة الخصوم وتم إثباتها وفقاً لطرق الإثبات المقررة قانوناً ، ثم يقوم بتكييفها لتطبيق القاعدة القانونية بعد التأكد من توفر الوقائع اللازمة لتطبيق هذه القاعدة ولا يتقيد بذلك بالوصف أو السند الذي تمسك به الخصوم في تأييد ادعائهم .

ومقومات تسبب الأحكام تتمثل في الأسباب الواقعية والأسباب القانونية، والمقصود بالأسباب الواقعية : بيان الوقائع ووسائل الدفاع والأدلة التي يستند إليها الحكم في تبرير وجود أو عدم وجود الواقعة الأساسية، وبعبارة أخرى يجب أن يتضح من الأسباب أن الوقائع الأساسية قد توافرت في الدعوى ونوقشت وأثبتت بمعرفة الخصوم، والمقصود بالأسباب القانونية :

بيان السند القانوني والحجج القانونية التي يصدر القاضي حكمة تطبيقاً لها بعد تكييفه للوقائع ، وبحثه عن الوقائع اللازمة لتطبيق هذه القاعدة أن يتقيد في ذلك بالسند أو المبدأ القانوني الذي يتمسك به الخصوم، ذلك أن الوقائع من اختصاص الخصوم، أما القانون فيعتبر من اختصاص القاضي، الذي يفترض فيه العلم بالقانون، فالتكييف يقصد به رد الواقع إلى حكم القانون ويخضع ذلك لرقابة المحكمة العليا، ويشترط لصحة الحكم بها أن تتم هذه الأسباب بعد المداولة أي بعد إجابة الرأي في القضية بين أعضاء المحكمة إذا كانت مشكلة من أكثر من قاضي كما هو الحال في محكمة الاستئناف، وتمحيص القضية وإحالة الرأي فيها، وهو ما أفصح عنه قانون المرافعات اليمني بالمادة (٢٢٢) وما بعدها، حيث أوجب على المحكمة تناول القضية بالبحث والمداولة، وتكون المداولة سرّاً بين القضاة مجتمعين ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة ، ويكون الحكم بالأغلبية عند تعدد القضاة ، وهو ما أفصحت عنه المواد (من ١٦٣ - إلى ١٦٥) من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني ، والمادة (١٦٦) من قانون المرافعات المصري وما بعدها ، والمادة (١٥٩) من نظام المرافعات السعودي ، وتتم المداولة وفقاً للضوابط والشروط التي حدتها تلك النظم القانونية حتى يكون الحكم قد بني على أساس سليم بناءً على يقين قضائي تم بناءً على إجراءات صحيحة ضمننت فيه المحكمة مبدأ علانية الجلسات والتزمت مبدأ المساواة وكفلت حق الدفاع والتزمت بنطاق الخصومة المعروضة عليها حتى تكون أسباب الحكم قد شكلت صمام أمان لإقامة الحكم على أساس صحيح ثم النطق بالحكم في جلسة علانية (٥٣)

والله الموفق ، ، ، ، ، ، ،

٥٣- انظر في أهمية الأسباب وتفصيلها - كتابنا : عمدة المسيرص ٦٣ - ٨٩

التفتيش القانوني

ضوابطه - ومظاهر بطلانه في القانون اليمني

القاضي /

عبد الجليل محسن محمد العلفي
عضو المحكمة العليا

مهَيِّدٌ

للإنسان بما كرمه الله تعالى حقوقاً وحرماً كفلتها شريعتنا الإسلامية الغراء وقررت لها من الحماية ما تقتضيه من وسائل الحماية وألزمت الدولة بها تحقيقاً لأمن الإنسان وطمأنينته على نفسه في حاضرة وغده . ومن أهم الحقوق والحرمان التي كفلتها الشريعة الغراء للإنسان حرمة مسكنه وحقه في كتمان سره فقد قال المولى عز وجل:

(يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلك خير لكم لعلكم تذكرون فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم أرجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم) (سورة النور الأيتان ٢٨، ٢٧).

وقال الرسول صلى الله عليه وسلم (إذا استأذن أحدكم ثلاث مرات فلم يؤذن له فليصرف)^(٥٤) .

ويروى عن الخليفة العادل عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أنه كان يسير في شوارع المدينة فسمع صوت رجل وامرأة في بيت فتسور الحائط فإذا رجل وامرأة عندهما زق خمر فقال : يا عدو الله أكنت ترى أن الله يسترك وأنت على معصية ؟ فقال الرجل يا أمير المؤمنين أنا عصيت الله في واحدة وأنت في ثلاث فالله تعالى يقول: (ولا تجسسوا) وأنت تجسست علينا والله تعالى يقول (وأتو البيوت من أبوابها) وأنت صعدت من الجدار ونزلت منه ، والله تعالى يقول (لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها) وأنت لم تفعل ذلك فقال عمر هل عندك من خير إن عفوت عنك قال نعم ، والله لا

^{٥٤} - رواه أحمد والنسائي الحديث روي بألفاظ متعددة ومنها ما جاء في الصحيحين (من اطلع في بيت قوم بغير أذنهم ففققوا عينه فلا دية له ولا قصاص .

أعود ، فقال عمر أذهب فقد عفوت عنك^(٥٥) وتطبيقاً لتلك المبادئ والمثل كفل دستور الجمهورية اليمنية تلك الحقوق والحرمانات في الباب الثاني منه المتضمن حقوق وواجبات المواطنين الأساسيه.

حيث تنص المادة (٤٧) منه على أنه :

أ- (تكفل الدولة للمواطنين حرمتهم الشخصية وتحافظ على كرامتهم وأمنهم ..الخ)

ب- (لا يجوز القبض على أي شخص أو تفتيشه أو حجزه إلا في حالة التلبس أو بأمر توجبه ضرورة التحقيق وصيانة الأمن ...الخ.

كما نصت المادة (٥١) منه على أن : (للمساكن ودور العبادة ودور العلم حرمة ولا يجوز مراقبتها أو تفتيشها إلا في الحالات التي بينها القانون) .

ونصت المادة (٥٢) من الدستور على حرية وسرية المراسلات ومنعت مراقبتها وتفتيشها وإفشاء سريتها إلا في الحالات التي بينها القانون وبأمر قضائي .

هذا ولا تقف واجبات الدولة في الأنظمة الديمقراطية عند تقرير حقوق الإنسان وحياته الأساسية بالنص عليها في دساتيرها بل أنها تستلزم فضلاً عن ذلك إيجاد الضمانات القانونية لحمايتها بهدف إقامة توازن بين مصلحة الأفراد في التمتع بحقوقهم وحياتهم وبين مصلحة المجتمع في تعقب الجناة وإيقاع العقاب بهم.

وتتمثل أهم هذه الضمانات القانونية في توفير الحماية الجزائية بشقيها الموضوعي المتمثل في تحديد صور السلوك الجزائي والعقوبات المقررة لها ، والإجرائي المتمثل في تنظيم الوسائل الكفيلة بمنع الجريمة قبل وقوعها وتعقب الجناة وإقامة الأدلة عليهم عند وقوع الجريمة وهذا هو موضوع قانون الإجراءات الجزائية.

^{٥٥} - رواه البخاري في الأدب المفرد ص ٣١٥ ومسلم في صحيحه ج ٣ باب الاستئذان رقم (٣٧،٢٤)

طبعة دار الفكر بيروت .

ولقد ألتزم المشرع اليمني هذا النهج فقرر الحماية الجزائية للحقوق والحريات بإصداره القرار بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات ، وكذا القرار بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية حيث نظم الأخير الدعوى الجزائية استدلالاً حيث نظم الأخير الدعوى الجزائية استدلالاً وتحقيقاً ومحاكمة. ومن المعلوم أن الدعوى الجزائية قبل أن تصير صالحة للفصل فيها تمر بمرحلة أولية هامة هي مرحلة التحقيق بما تنطوي عليه من إجراءات جمع وتمحيص الأدلة في الدعوى الجزائية ومن تلك الإجراءات التفتيش وهو إجراء يمس الحرية الشخصية للمتهم وحرمة مسكنه وأسراره لذلك أحاطه المشرع بضمانات قانونية تكفل تضيق النطاق في اللجوء إلى هذا الإجراء إلى الحد الأدنى الذي تقتضيه دواعي وضرورات التحقيق في الدعوى الجزائية بهدف كشف وضبط أدلتها المادية في إطار الضوابط المقررة لهذا الإجراء قانوناً وعلى أساس الالتزام بقواعد المشروعية خاصة قاعدة مشروعية الدليل التي ترتب على بطلان هذا الإجراء بطلان ما قد ينجم عنه من دليل^(٥٦).

أهمية البحث :

ما من شك في أن التفتيش من أهم وأخطر إجراءات التحقيق في الدعوى الجزائية لا لما ينطوي عليه من مساس بالحرية الشخصية للمتهم أو مسكنه وحسب وإنما لكونه طريقاً من طرق جمع الأدلة في الدعوى الجزائية مع ما

^{٥٦} - الدكتور/ حسني الجندي أصول الإجراءات في الإسلام ج ٢ طبعة ١٩٩٢م ص

= وهذا المبدأ الذي قرره المادة ٣٢٢ من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية.

يقتضيه ذلك من ضرورات الحرص على مشروعية وصحة الدليل الذي قد يترتب عليه .

كل ذلك كافٍ في إيضاح أهمية التفتيش ومدى ضرورة تنظيمه ووضع الضوابط الكفيلة بحصر استخدامه في النطاق الضيق الذي توجبه ضرورات التحقيق وبما يضمن عدم التعسف في استخدامه حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم وحرماتهم وتلافياً للبطلان الذي تسببه مخالفة قواعده وضوابط تنفيذه.

لذلك فقد حرص المشرع اليمني على تنظيم التفتيش فبين حالاته وقواعد وأسس تنفيذه في المواد ٨١، ١٠٢، ١٣٢ حتى ١٤٥، ١٥٠، ١٥١ من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية .

خطة البحث

- نتناول أحكام التفتيش في أربعة مباحث :
- المبحث الأول: نخصه للحديث عن ماهية التفتيش .
- والمبحث الثاني: نتعرض فيه لقواعد التفتيش .
- المبحث الثالث: نوضح فيه أوجه بطلانه .
- ونبين في المبحث الرابع الضوابط العملية للتفتيش القانوني .
- ونتهي هذا البحث بخاتمة مجملة للموضوع .

المبحث الأول ماهية التفتيش

أولاً تعريف التفتيش :

يعرف بعض الفقه الجنائي التفتيش بأنه:
(إجراء من إجراءات التحقيق تباشره الجهة المختصة قانوناً بهدف البحث عن الأدلة المادية لجريمة جنائية وقعت في محل خاص يتمتع بالحماية القانونية ويجري بغض النظر عن إرادة صاحبه)^(٥٧).

كما عرفه البعض الآخر بأنه :

(البحث عن الحقيقة في مستودع السر)^(٥٨).

وبذلك يختلف التفتيش القانوني - القضائي - عن غيره من صور التفتيش

التي تشابهه وهي :

أ- التفتيش الوقائي :

يعرفه البعض بأنه ذلك التفتيش الذي يهدف إلى تجريد المقبوض عليه مما يحمله من أسلحة أو أدوات أخرى قد يستعين بها على الإفلات من القبض عليه^(٥٩).

ب- التفتيش الإداري:

ويقصد به التفتيش الذي يهدف إلى تحقيق أغراض إدارية كالتفتيش الذي يقوم به رجال الإسعاف للمصاب وتفتيش الموظف المختص بالسجن للمسجونين وتفتيش رجال الجمارك لأمتعة المسافرين الذين يدخلون الدائرة الجمركية^(٦٠).

^{٥٧} - دكتور/ سامي حسني النظرية العامة للتفتيش منشورات دار النهضة العربية ط ٧٢ ص ٣٢.

^{٥٨} - دكتور/ رؤوف عبيد المشكلات العملية في الإجراءات الجنائية ج ١ منشورات دار الفكر العربي طبعة ١٩٨١ م ص ١١٩.

^{٥٩} - هذه الصورة من صور التفتيش واردة بنص المادة ٨١ من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية .

^{٦٠} - دكتور/ محمد إبراهيم زيد تنظيم الإجراءات الجزائية في القانون اليمني طبعة ١٩٨٤م ص ٥٢٣.

ثانياً : محل التفتيش (الأشخاص والأماكن):

ويقصد بمحل التفتيش الأشخاص أو الأماكن والمراسلات ووسائل الاتصال. فقد يتطلب التحقيق في واقعة جنائية تفتيش شخص المتهم أو منزله كما قد يكون محله شخصاً غير المتهم أو مكاناً غير منزل المتهم وذلك وفقاً للأوضاع التي ترتبط بالوقائع موضوع التحقيق. ويقصد بالأشخاص الشخص الطبيعي من ويشمل ذلك شخص المتهم أو شخص غير المتهم في حالات معينة نص عليها القانون . ويعني تفتيش الشخص تحسس ملابسه كما يعني فحص تلك الملابس بدقه وإخراج ما يخفيه الإنسان فيها كما يشمل ما بحوزته من منقولات^(٦١) . وقد عرف بعض الفقهاء المسكن - المنزل - بأنه كل مكان مسور يستخدم للسكن سواءً بصفة دائمة أو مؤقتة^(٦٢) . ويعرفه البعض الآخر بأنه المكان الذي يأوي إليه الإنسان ويتخذه مقراً له . وترى محكمة النقض المصرية أن المسكن هو كل مكان يتخذه الإنسان مقراً يأوي إليه أو يكون معداً لسكنه وملحقات أيهما . ويقصد بالملحقات الأمكنة المتصلة بالمسكن والمخصص لمنافعه سواءً كانت فوق سطحه أو تحت أرضه أو بجواره بشرط أن تكون هذه الأماكن خاصة وليست مباحة للعامة^(٦٣) ولقد اعتبر دستور الجمهورية اليمنية في المادة (٥١) وكذا قانون الإجراءات الجزائية بالمادة (١٢) منه دور العبادة ودور العلم في حكم المسكن من حيث حرمتها .

^{٦١} - دكتور/سامي حنسي الحسيني م س ص ٢٤٢ ، ٢٤٧ .

^{٦٢} - دكتور/ رؤوف عبيد مبادئ الإجراءات الجنائية مطبعة جامعة عين شمس طبعة ١٩٧٨ م ص ٣٢٠ .

^{٦٣} - دكتور/ محمد إبراهيم زيد المرجع السابق ص ٥٣٢ ، ٥٣١ .

ويقصد بالمراسلات ووسائل الاتصال جميع الرسائل والجرائد والمطبوعات والطرود والبرقيات لدى مكاتب البريد وكذا المحادثات السلكية واللاسلكية^(٦٤) إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك ولكن في الأحوال وبالشروط المبينة قانوناً.

ثالثاً: سبب التفتيش:

أما سبب التفتيش فهو (البحث عن دليل مادي في تحقيق جنائي بقصد الوصول إلى الحقيقة فضرورة البحث عن والحصول على دليل مادي لدى شخص معين أو في مسكنه مع وجود القرائن الدالة على ذلك هو الدافع للسلطة المختصة في أن تقرر إجراء التفتيش وتباشره^(٦٥)).

رابعاً: أغراض التفتيش:

يهدف التفتيش عادة إلى البحث عن الآثار الخاصة بالجريمة التي يجري تحقيقها من أوراق أو أسلحة أو مواد يحتمل أن تكون قد استخدمت في ارتكابها أو وقعت عليها أو نتجت عن ارتكابها وفي الجملة يستهدف التفتيش البحث عن كل ماله علاقة بالجريمة أو يساعد على كشف حقيقتها من أشياء أو آثار مادية وذلك سواء تعلق بشخص المتهم أو بمنزله أو بغير المتهم أو بغير منزله ممن ساهم معه في ارتكاب الجريمة أو شاركه فيها أو أخفى أشياء تتعلق بها مع علمه بذلك ويتم التفتيش عادة بغرض العثور على ما يلي :

- أ- أشياء مسروقة أو مخفاه تكون غالباً قد أخفيت بمهارة .
- ب- أسلحة أو أوراق أو مواد قاتلة تكون قد استخدمت في ارتكاب الجريمة .

^{٦٤} - دكتور/ سامي حسني الحسيني الموجع السابق ص٣٤.

^{٦٥} - دكتور/ سامي حسني الحسيني المرجع السابق ص٩٧.

- ج- أية أوراق أو وسائل تكون قد استخدمت في إعانته الجناة في تنفيذ الجريمة كالألات والوسائل والأوراق... الخ .
- د- ملابس كان يرتديها المتهم أو حملها معه وتلوثت بالدم مثلاً.. الخ .
- هـ- أشياء أخرى للمقارنة والمطابقة على آثار تكون قد وجدت في مكان الحادث كفردة حذاء أو مفاتيح ..الخ.
- و- أية كتابات أو رسائل أو مذكرات قد تعطي تفسيرات دقيقة عن فاعل الجريمة أو شركائه أو ما يتعلق بأماكن تردده وأوقات تحركاته ..الخ.
- ومن المفيد للمحقق قبل إجراء التفتيش تحديد الأشياء التي يجب البحث عنها وضبطها ويساعده على ذلك العناصر التالية:
- أ- نوع الحادث وظروفه .
- ب- الآثار التي قد يكون عثر عليها في مكان الحادث .
- ج- أية معلومات أخرى قد تستقى من طبيعة الحادث وظروف ارتكابه وملابساته^(٦٦) .

^{٦٦} - كمال سراج الدين القواعد العامة للتحقيق الجنائي منشورا دار الاصفهاني جده ص٦٨، ٦٧.

المبحث الثاني قواعد التفتيش

تعريف :

يقصد بقواعد التفتيش الشروط القانونية اللازم توافرها لتقرير القيام بالتفتيش ومباشرته من الجهة المختصة بإجرائه قانوناً من حيث الأحوال الجائز أجرأه فيها وضوابط تنفيذه بشكل صحيح ويقسم فقهاء القانون الجنائي قواعد التفتيش إلى قواعد موضوعية وأخرى شكلية .
وفيما يلي نتحدث في الفرع الأول عن القواعد الموضوعية للتفتيش ونفرد الفرع الثاني للحديث في القواعد الشكلية للتفتيش .

الفرع الأول القواعد الموضوعية للتفتيش

ويقصد بها الشروط اللازم توافرها لا جراء التفتيش من حيث الجهة المختصة بتقريره ومباشرته والأحوال التي يجوز مباشرته فيها سبباً ومحللاً وولاية .

وهذه القواعد بطبيعتها تكون سابقة على إجراء التفتيش ويترتب على مخالفتها عدم مشروعية الإجراء ومن ثم بطلانه وبطلان الدليل الذي قد يسفر عنه وتتخلص هذه القواعد في الآتي :

يجب أن يتم التفتيش في واقعة جنائية حدثت بالفعل :

فلا يجوز إجراء التفتيش في جريمة محتملة أو مستقبلية حتى لو قامت التحريات أو وجدت الدلائل على قرب وقوعها في المستقبل .
وهذه القاعدة تقتضيها طبيعة إجراء التفتيش من كونه من إجراءات التحقيق المستهدفة البحث عن الأدلة المادية في الجريمة محل التحقيق وضبطها إن وجدت فالتفتيش لا يقصد به استكشاف الجريمة أو البحث عن فاعلها إذ تلك من إجراءات التحري أو جمع الاستدلالات لا من إجراءات جمع وتمحيص الأدلة .

وقد حكمت محكمة النقض المصرية بأن الإذن الذي تصدره النيابة العامة بالتفتيش لضبط جريمة مستقبله باطل ولو ترجح وقوعها بالفعل وكان هذا الحكم في إذن من النيابة العامة بالتفتيش صدر استناداً إلى ما قرره ضابط من أن المتهم وزميله سينقلان كمية من المخدرات إلى خارج المدينة^(٦٧) .

^{٦٧} - دكتور/ رؤوف عبيد مبادئ الإجراءات الجنائية مطبوعات جامعة عين شمس طبعة ١٩٧٨م

يجب أن يكون التفتيش بناء على اتهام سابق موجه إلى شخص بارتكاب جريمة من الجرائم المعاقب عليها بعقوبة الحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر على الأقل أو باشتراكه في ارتكابها أو إذا وجدت قرائن قوية تدل على حيازته أشياء تتعلق بها :

ومقتضى هذه القاعدة أنه لا يجوز اللجوء إلى التفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق ناهيك عن عدم جواز الأذن به في مرحلة الاستدلالات ، إذا لم تكن هناك تهمة جنائية موجهة بناءً على دلائل وقرائن كافية وصحيحة ضد شخص بعينه كفاعل أو شريك فيها أو إذا لم توجد قرائن كافية ترجح تواجده في المكان المراد تفتيشه أو تدل على حيازته أدوات أو أشياء أو آلات متعلقة بالجريمة أو متحصلة منها أو كانت محللاً لها بما يفيد في كشف الحقيقة .-

وهذا ما قرره قانون الإجراءات الجزائية في المادة (١٢) منه والتي اشترطت في ذات الوقت أن يكون موضوع الاتهام جريمة معاقب عليها بالحبس على الأقل ، على التفصيل الذي نشير إليه لاحقاً .

يجب أن يتم التفتيش بمعرفة السلطة المختصة به قانوناً:

تقدم القول بأن التفتيش - حسب الرأي الراجح من الفقه الجنائي - عمل من أعمال التحقيق الجزائي ويترتب على ذلك أن تختص به الجهة صاحبة الولاية في تحقيق الدعوى الجزائية والتصرف فيها بناءً على ما تسفر عنه تحقيقاتها فالأصل أن النيابة العامة هي صاحبة الاختصاص بالتفتيش تبعاً لاختصاصها بالتحقيق في الجرائم قبل التصرف فيها - بالحفظ أو الإحالة - وبوصفه من إجراءات التحقيق الأولي . وأن الاختصاص به في مرحلة التحقق النهائي - مرحلة المحاكمة - ينعقد للمحكمة ذلك هو الأصل .

غير أن دواعي السرعة والخوف من ضياع الأدلة أو العبث بها تبرر اتجاه
المشرع إلى تقرير الحق في التفتيش استثناءً لمأموري الضبط القضائي في
حالات محددة على سبيل الحصر وبالضمانات والشروط التي يحددها
القانون^(٦٨).

وعلى ذلك يكون التفتيش بمعناه الضيق - التفتيش التحقيقي - باطلاً
وكذا ما قد ينجم عنه من أدلة إذا ما أجري بمعرفة جهة غير مختصة به
قانوناً ذلك ما استقر عليه غالبية الفقه والقضاء الجنائي في معظم البلدان
العربية وماسارت عليه معظم تشريعاتها الإجرائية الجزائية في هذا الشأن .
وفيما يلي نتناول في مطلبين أحكام التفتيش من حيث الجهة المختصة به
قانوناً فنشرح في المطلب الأول التفتيش بمعرفة النيابة العامة ونبين في المطلب
الثاني الاختصاص الاستثنائي لمأموري الضبط القضائي بإجراء التفتيش في
الأحوال المحددة قانوناً .

^{٦٨} - الدكتور/ سامي حسني المرجع السابق ص ٢٥٠.

المطلب الأول التفتيش بمعرفة النيابة العامة

لقد أناط المشرع اليمني بالنيابة العامة ولاية التحقيق والادعاء في الدعوى الجزائية فجمع لها بناءً على ذلك بين سلطتي التحقيق والادعاء ولذلك انعقد لها الاختصاص الأصلي بالتفتيش بوصفه إجراء من إجراءات التحقيق .
وفي ذلك تنص المادة (٧) فقرة (١) من القانون رقم (٣٩) لسنة (٧٧) ضمن ما تنص عليه من اختصاصات النيابة العامة على اختصاصها بتحقيق جرائم القصاص والدماء والحدود وجميع الجرائم الأخرى .
كما جاء في نص المادة (٥١) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لسنة ١٩٩١م النص على أن :

(تتولى النيابة العامة التحقيق والإحالة في الجرائم ... الخ)

وفي المادة (٥٣) من نفس القانون النص على أن تتولى النيابة العامة عند مباشرتها لمهامها الصلاحيات المحددة لها وفقاً للقانون وبالأخص :
د - إجراء التحقيق في الجرائم وجمع الأدلة :

وفي نصوص القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية ما يؤكد هذا الاتجاه الذي جعل الاختصاص الأصلي بالتحقيق في الجرائم للنيابة العامة تباشره بنفسها أو عن طريق النائب وفقاً لأحكام القانون فالمادة (١١٦) من قانون الإجراءات تنص على أنه :

(يتولى النائب العام سلطة التحقي والإدعاء ... وله أن يباشر سلطة التحقيق بنفسه أو بواسطة أحد أعضاء النيابة العامة .. الخ) .

وبناءً على ما سلف فإن التفتيش يكون من اختصاص (عضو النيابة) القائم بالتحقيق وحق التفتيش جائز لعضو النيابة وهو محكوم في مباشرته له بالشروط والضوابط القانونية التي ينبغي عليه التقيد بها وأهمها وجوب أن

يكون بمناسبة تحقيق مجريه في جريمة معينة وقعت بالفعل وبناءً على اتهام سابق ضد متهم معين وضرورة وجود قرائن أو دلائل كافية لترجيح وجود فائدة من القيام بهذا الإجراء من العثور على أشياء تتعلق بالجريمة أو تفيد في كشف الحقيقة فيها .

وجوب التقيد بحدود اختصاصه نوعياً ومكانياً :

فلا يكفي توافر صفة عضوية النيابة العامة في القائم بالتفتيش بل يجب أن يكون مختصاً بتحقيق الجريمة وذلك ما يفترض أن تقع الجريمة المزمع إجراء التفتيش بمناسبة تحقيقها في نطاق اختصاص الدائرة التي يباشر فيها عمله مكانياً ونوعياً .

وهذا ما تقرره المادة (١١٥) من قانون الإجراءات الجزائية ونصها :

(يتحدد اختصاص أعضاء النيابة العامة في التحقيق بالجرائم الواقعة في

نطاق اختصاص المحاكم التي يعملون في دوائرها)

فهذا هو الاختصاص المحلي الذي يتحدد كما هو معلوم بمكان وقوع الجريمة أو بمكان إقامة المتهم أو بمكان القبض عليه (مادة ٢٣١ من قانون الإجراءات الجزائية) .

وبناءً على ذلك فإن اختصاص عضو النيابة العامة بالتفتيش يتحدد بنطاق اختصاصه المكاني . فإذا كان المحقق مختصاً واقتضى التحقيق القيام بالتفتيش خارج إطار اختصاصه المكاني وجب عليه اللجوء إلى طريق الندب فيندب للتفتيش محققاً أو أحد مأموري الضبط القضائي المختصين محلياً بالمكان الذي يجب إجراء التفتيش فيه إذ خولته المادة (١١٧) إجراءات تكليف عضو آخر بما يقتضيه ذلك منه من بيان المسائل محل التكليف من ذكر المكان الشخص والزمن والأشياء المطلوب البحث عنها وضبطها .. الخ وهذا ما تشترطه المادة (١١٨) من نفس القانون .

وأما تقييد عضو النيابة بحدود الاختصاص النوعي :

فقائم من ضرورة تقييده بنوع الجرائم المناط به تحقيقها فلا يملك من ثم عضو النيابة العامة إجراء التفتيش في جريمة من الجرائم العسكرية حيث الاختصاص بالجرائم العسكرية منعقد للنيابات العسكرية . ومتى كان المحل المراد تفتيشه يقع في دائرة اختصاصه المكاني فإن له تفتيش المتهم أو المكان بنفسه أو بنذب أحد مأموري الضبط القضائي لذلك إعمالاً للمادة (١١٧) من قانون الإجراءات الجزائية .

يجب أن تكون الجريمة محل التحقيق المراد إجراء التفتيش بمناسبة تحقيقها من الجرائم الجسمية أو غير الجسمية المعاقب عليها بعقوبة الحبس الذي تزيد مدته على ستة أشهر على الأقل :

وبمقتضى هذه القاعدة فإن التفتيش لا يكون جائزاً إذا كان موضوع التحقيق جريمة عقوبتها الحبس مدة ستة أشهر أو أقل من ذلك أو كانت العقوبة الواردة بنص التجريم هي الغرامة كعقوبة أصلية إذ بذلك تخرج الجريمة محل التحقيق من نطاق الجرائم الجائز إجراء التفتيش بشأنها . وعلى ذلك فالمخالفات مثلاً بشكل عام لا تجيز إجراء التفتيش لقلّة شأنها وعدم التناسب ما بين هذا الإجراء وبينما ينطوي عليه التفتيش من مساس بحرمة الشخص أو مسكنه^(٦٩) .

وهذه القاعدة مما يجب مراعاته سواءً تعلق الأمر بتفتيش الأشخاص أو الأماكن ويقرر الفقه الجنائي في هذا الشأن أنه عند الشك في حقيقة وصف الواقعة محل التحقيق المراد إجراء التفتيش بمناسبة يؤخذ بالظاهر فلا محل هنا لمقولة أن الشك يفسر لصالح المتهم لأن الشك أثناء التحقيق غيره عند المحاكمة^(٧٠) .

^{٦٩} - الدكتور/ رؤوف عبّيد المرجع السابق ص٣٦٣ .

^{٧٠} - الدكتور/ رؤوف عبّدي المرجع السابق ص٣٥٣ .

ولقد اعتمد المشرع اليمني الاتجاه الغالب في الفقه الجنائي في تقريره لهذه القاعدة الموضوعية من قواعد التفتيش ، حيث قررهما بمقتضى نصوص المواد ١٢ ، فقرة (١) و (١٠١ ، ١٠٢) من قانون الإجراءات الجزائية .

وفي سياق هذه القاعدة ورجوعاً إلى المادة الثانية من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية وكذا المادة (١٦) من القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات نجد اتفاقهما في تعريف الجرائم الجسيمة بأنها :

ما عوقب عليه بحد مطلقاً أو بالقصاص بالنفس أو بإبانة طرف أو أطراف وكذلك كل جريمة يعزر عليها بالإعدام أو الحبس مدة تزيد على ثلاث سنوات.

وعلى ذلك تكون الجرائم الجسيمة محلاً لإجراء التفتيش إذا اقتضت مصلحة التحقيق فيها ذلك .

وبالمثل فإن الجرائم غير الجسيمة المعرفة بنص المادة (٢) إجراءات جزائية وبالمادة (١٧) من القانون (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات تصلح بشكل عام أن تكون عند تحقيقها مسوغاً لإجراء التفتيش إذا كانت إحدى العقوبات المقابلة للجريمة في نص التجريم هي الحبس الذي تزيد مدته على ستة أشهر كعقوبة أصلية مثل الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة (١٧١) عقوبات (التعدي على الموظف) أو جريمة المادة (١٩٠) عقوبات (إخفاء الجناة) أو جريمة المادة (٢٤٧) عقوبات (إعداد سجن خاص) أو إذا كانت العقوبة المقررة للجريمة في النص التجريمي تجمع بين عقوبة مالية وعقوبة سالبة للحرية - مثل جريمة المادة (٢٤٤) عقوبات الإيذاء العمدي - فتصلح محلاً للتفتيش عند تحقيقها إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك .

يجب على سلطة التحقيق إذا قررت إجراء التفتيش بطريق الندب لأحد مأموري الضبط القضائي أن تتقيد في إصدارها الأمر بالتفتيش أو الأذن به بالقيود القانونية الخاصة بالندب من حيث حالاته وشروط إصداره تحريراً متضمناً البيانات اللازمة قانوناً وذلك سواء تعلق الأمر بتفتيش الأشخاص أو الأماكن :

فعلى عضو النيابة المختص في حالات ندب أحد مأموري الضبط القضائي للتفتيش أن يراعي الالتزام بالضوابط التالية :

١- أن يكون الأمر أو الأذن الصادر عنه في حدود اختصاصه النوعي والمكاني وإلا كان الإجراء باطلاً وما يترتب عليه .

٢- كما يجب أن يصدر الأمر أو الأذن إلى أحد مأموري الضبط المختصين مكانياً ونوعياً فلا يجوز ندب مأمور ضبط قضائي بتفتيش خارج نطاق اختصاصه النوعي والمكاني وإلا كان الندب باطلاً وما يترتب عليه .

- ومن المقرر فقهاً في هذا الشأن أنه لا يشترط بالضرورة لصحة أمر الندب أو الأذن بالتفتيش تعيين اسم مأمور الضبط القضائي ولكن إذا خصص الأمر أو الندب مأموراً باسمه وجب أن يقوم بالإجراء بنفسه وإلا كان باطلاً.

٣- يجب تحديد الإجراء محل الإذن أو الأمر بدقة كاملة ويقتضي ذلك تحديد الإجراء المطلوب محل الأذن أو الأمر بدقة كاملة ويقتضي ذلك تحديد الإجراء المطلوب ومحل وزمانه فلا يجوز الندب أو الأمر بشكل أو بعبارة عامة غير محده لأن ذلك يعتبر تخلٍ من المحقق عن سلطاته بما يهدر الضمانات القانونية المطلوبة لصحة هذا الإجراء .

يجب أن يكون معنى الندب أو الأمر بالإجراء صريحاً فلا تكفي مجرد إحالة المحاضر إلى مأمور الضبط القضائي دون تحديد الإجراء المطلوب منه القيام به إذ لا يعد ذلك ندباً .

٤- يجب أن يكون أمر الندب أو الأذن بالإجراء ثابت بالكتابة موقع من مصدره فلا يكون الندب منتجاً لأثره إذا صدر شفويّاً أو هاتفياً ما لم يكن له أصل موقع عليه من مصدره .

٥- يجب أن يتضمن الأمر بيانات محدده منها اسم من أصدره ووظيفته واسم المتهم أو المتهمين المقصودين بالإجراء ونوع الإجراء المطلوب والغرض منه وتاريخ الأمر وإلا كان باطلاً لمخالفته للقانون .

٦- لا يجوز الندب لاستجواب المتهم :

يجب أن يكون الأمر أو الأذن بالتفتيش مسبباً :

وهذا الشرط مبناه قناعات مصدر الأمر أو الأذن بجديده وكفاية الاسباب التي ولدت لديه القناعة بذلك الإجراء:

وقد تبنا المشرع اليمني هذه القاعدة وما يتعلق بها من ضوابط في المادة (١٢) من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية والتي تشترط أن يكون أمر التفتيش أو الأذن به مسبباً .

يجب أن تكون هناك فائدة ترجى من وراء إجراء التفتيش :

وهذه القاعدة تقتضي أن يستظهر المحقق سلفاً وقبل أن يقرر التفتيش أو يباشره أو يندب له غيره وجه المصلحة فيه حتى لا يكون الإجراء منعدم الجدوى في الكشف عن الحقيقة فيكون من ثم تعسفياً وباطلاً .

ولا يستطيع المحقق استظهار ذلك ما لم يستبين له مما يكون قد أجراه من تحقيقات سابقة على التفتيش أو معاصرة له أو مما يكون مصاحباً لها من إجراءات التحري والاستدلالات أمارات ترجح له احتمال العثور على أشياء متعلقة بالجريمة أو تفيد في كشف الحقيقة فيها .

وتقدير وجود هذه الدلائل أمر موضوعي خاضع لتقدير المحقق لا يشترط عليه فيه أن يكون التحقيق قد كشف عن قدر من أدلة الإثبات أو قطع مرحلة معينة منه لما في مثل هذا الاشتراط من قيد على حركة المحقق يحتمل معه فوات الغرض بما يشكله ذلك من تأثير على المصلحة العامة التي يفترض أن تسمو على المصلحة الخاصة^(٧١) .

يجب على عضو النيابة القائم بالتفتيش سواء أجراه بنفسه أو انتدب له أحد مأموري الضبط القضائي التقيد بالبحث عن الأشياء أو الآثار الخاصة بالجريمة الجاري تحقيقها لا سواها .

فليس لعضو النيابة أن يتجاوز بهذا الإجراء إلى البحث عن أشياء لا علاقة لها بالجريمة محل التحقيق، على أن من المقرر فقهاً وقضاً أنه إذا ظهرت للمحقق عرضاً دون تعمد منه أشياء أخرى مما تعد حيازته جريمة أو كانت تفيد في كشف الحقيقة في جريمة أخرى جاز له ضبطها وإثباتها في المحضر الذي يجريه ولقد تبنى المشرع اليمني هذه القاعدة وألزم بها في نص المادة (١٣٧) من قانون الإجراءات الجزائية .

لا يجوز للمحقق أثناء مباشرته للتفتيش سوءاً باشره بنفسه أو انتدب لذلك غيره عند التفتيش للشخص أو المكان المراد تفتيشه ضبط أو الإطلاع على أية أوراق أو أشياء تمس الأسرار الشخصية أو العائلية للشخص الخاضع للتفتيش أو الحائز للمكان الجاري التفتيش فيه أو الأشخاص الآخرين وعليه في هذه الحالة اتخاذ الإجراءات والاحتياطات الكفيلة بمنع انكشاف هذه الأسرار :

كما لا يجوز للمحقق في هذه الحالة فتح ما قد يوجد في سكن المتهم أو غيره من أوراق ، ويباح له عند الضرورة التحفظ عليها ليس إلا . اللهم إلا إن

^{٧١} - الدكتور/ رؤوف عبيد شرح قانون الإجراءات الجزائية سالف الإشارة إليه ص٣٦١ .

كان التفتيش يجري للبحث عن أوراق أو مكاتيب أو بيانات تحريره لها صلة بالجريمة محل التحقيق أو تفيد في كشف الحقيقة عنها أو متحصلة منها .

وهذه القاعدة مقررة بنص المادة (١٤٠) من قانون الإجراءات الجزائية .

يجب - سواءً أنصب التفتيش على شخص المتهم أو منزله أو على شخص غير المتهم أو منزل غيره - توافر القرائن الكافية والدلائل القوية على ارتكابه للجريمة أو على مساهمته أو اشتراكه في ذلك أو إخفاء أشياء مما يكون قد استخدم في ارتكابها أو تحصيلها مع علمه بذلك .

وهذه القاعدة قد تبناها المشرع اليمني في المواد (١٣٥ ، ١٣٦) من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م .

فيا ترى ما المقصود بالدلائل القوية أو القرائن الكافية ؟

باستقراء نصوص القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية نجد أنه قد عرف في المادة الثانية منه الدلائل القوية بأنها :

(هي أمور أو قرائن تدل بذاتها على ثبوت قيام واقعة محددة)

كما عرفت نفس المادة الدائل الكافية بأنها :

(هي الأمور التي يدل ثبوتها على توافر العناصر التي تكفي سنداً للقرار أو

الحكم) ولقد خول المشرع اليمني النيابة العامة التفتيش للاماكن

والأشخاص باشتراط توافر القرائن الكافية وذلك في نص المادة (١٣٦) من

قانون الإجراءات الجزائية ، بينما نجده في نص المادة (١٣٥) من نفس القانون

قد اشترط توافر الدلائل القوية فيما يتعلق بتفتيش غير المتهمين وغير

أماكنهم فتشدد المشرع في ذلك بحيث استلزم وجود دلائل قوية على أنه

يخفي أشياء تفيد في كشف الحقيقة .

والفرق واضح مما تقدم من تعريف ما بين القرائن الكافية وبين الدلائل القوية التي تعني أموراً تدل بذاتها على ثبوت قيام واقعة محددة ونسبتها إلى شخص معين .

وعلة ذلك التشدد من المشرع أن تفتيش غير المتهمين وغير منازلهم يتطلب احتياطاً أكثر فيما يتعلق بتقدير كفاية الامارات المطلوبة عن حيازتهم أشياء تتعلق بالجريمة حين يكون الاتهام بالنسبة للمتهمين متضمناً بذاته معنى كفايتها^(٧٢) .

وفي سياق تعريفه للدلائل الكافية يقول الدكتور/ سامي حسني الحسيني^(٧٣) .

يمكن القول أن الدلائل الكافية - في مجموعها تعني علامات معينة تستند إلى العقل وتبدأ من ظروف أو وقائع يستنتج منها الفعل توحى للوهلة الأولى بان جريمة ما قد وقعت وأن شخصاً معيناً هو مرتكبها - حتى قال - أو هي ذلك القدر من الدليل المبني على احتمال معقول تؤيده الظروف التي تكفي للاعتقاد بارتكاب جريمة ولكنها تبرر اتخاذ بعض الإجراءات الماسية بالحرية الفردية ضماناً لحسن سير العدالة غير أن تلك القرائن لا يكفي في تقديرها مجرد المنطق بل لا بد في شأنها من الخبرة والتعقل حتى لا تعتدي على حرمان الناس .

ويضيف الدكتور/ سامي حسني الحسيني قوله :

(ولذلك لا يعتبر مجرد الإبلاغ عن جريمة من قبيل الدلائل الكافية التي تبرر القبض والتفتيش بل يجب القيام بالتحري عما اشتمل عليه البلاغ أولاً فإذا أسفر عن توافر دلائل كافية ساغ القبض على المتهم .

^{٧٢} - راجع في هذا الشأن الدكتور/ رؤوف عبيد المرجع السابق ص ٣٦٣ .

^{٧٣} - دكتور/ سامي حسني الحسيني النظرية العامة للتفتيش ص ١٩٨، ١٩٧ .

كذلك فإن وجود شخص في الطريق العام في وقت متأخر من الليل وتناقضه في أقواله عند سؤاله عن اسمه وحرفته لا ينبئ بذاته عن تلبس بجريمة ولا يوحي بقيام أمارات أو دلائل على ارتكابها حتى يسوغ القبض عليه وتفتيشه ... أما إذا دخل مأمور الضبط القضائي منزل المأذون بتفتيشه فشاهد شخصاً بإحدى الغرف ولا حظ أنه يدس شيئاً تحت قدمه فطلب منه النهوض والانتقال من موضعه فلما ابتعد وجد مأمور الضبط مكان قدمه مخدراً اعترف المتهم أنه له فإن مؤدى ذلك يدل - بذاته - على قيام دلائل كافية على اتهام المتهم بجريمة إحراز مخدر مما يسوغ لرجل الضبط القضائي القبض عليه وتفتيشه (٧٤).

وتطبيقاً لما تقدم فقد حكمت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان المتهم قد دفع أمام المحكمة الاستئنافية ببطلان التفتيش لأنه لم تسبقه تحريات جدية فلم يكن الضابط يعرف اسم المتهم ولم يذكر بالمحضر الذي دون به تحرياته إلا أنه علم من مصدر سري أن المتهم بتحر بالمخدرات فهو ما لا يصلح لتبرير التفتيش وكان الحكم الاستئنائي قد أيد حكم محكمة أول درجة لأسبابه ولم يعن بالرد على هذا الدفع الذي أبداه الطاعن أمام المحكمة الاستئنافية لأول مره فإن الحكم يكون قد شابهُ القصور مما يعيبه ويستوجب نقضه (٧٥).

وقد سلفت الإشارة إلى أن المشرع اليمني قد تبنى هذه القاعدة اتفاقاً مع ما هو مستقر عند جمهور فقهاء القانون الجنائي حيث نص عليها في المادتين (١٣٥ ، ١٣٦) من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بعد أن بين في المادة الثانية منه المقصود بعبارة الدلائل القوية المشترطة لتفتيش غير المتهمين وغير

٧٤ - الدكتور/ سامي حسين الحسيني المرجع السابق .

٧٥ - الدكتور/ رؤوف عبيد المرجع السابق الإشارة إليه ص٣٦٢.

أماكنهم والقرائن الكافية المتطلبة لتفتيش المتهمين أو أماكنهم على نحو ما تقدم إيجازه .

لا يجوز للنيابة العامة في غير الجرائم المشهودة ولا لمأموري الضبط القضائي في حالات الندب لهم بإجراء التفتيش للشخص أو المكان إذا ما كان التحقيق المزمع إجراء التفتيش بمناسبة يتعلق بواقعة جزائية المتهم بها أو بالاشتراك فيها أحد ممن يتمتعون بحصانة قانونية إلا بعد الأذن من الجهة المختصة قانوناً ومن هؤلاء القضاة وأعضاء مجلس النواب والوزراء ونوابهم ..الخ .

وهذه القاعدة قررها المشرع اليمني وتبناها في نصوص الدستور وأحكام قانون الإجراءات الجزائية في المادة (٢٥) منه وكذا قانون اللائحة الداخلية لمجلس النواب وقانون مجلس الوزراء والقانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٥م بشأن إجراء اتهام ومحاكمة شاغلي وظائف السلطة التنفيذية العليا .

لا يجوز للمحقق = في غير حالات التلبس = التفتيش أو ضبط الأشياء أو الأوراق التي تكون لدى مكاتب المحاماة أو في نقاباتهم الأصلية أو الفرعية إلا بمراعاة الشروط والإجراءات المقررة قانوناً .

وهذه القاعدة تبناها المشرع اليمني في نص المادة (١٥٤) من قانون الإجراءات الجزائية النافذ والمواد (٧٣، ٢١٣) حتى (٢١٧) من تعليمات النيابة العامة التي بينت الإجراءات الواجب اتباعها في هذا الشأن كما أن هذه القاعدة مقررة في أحكام قانون المحاماة السابق والنظام الأساسي لنقابة المحامين اتفاقاً مع الأصل المقرر فقهاً وقضاً في معظم الأقطار العربية كفالة لحقوق الدفاع.

المطلب الثاني (اختصاص مأموري الضبط القضائي بالتفتيش استثناءً)

يخول قانون الإجراءات الجزائية مأموري الضبط القضائي إجراء التفتيش - بصفة استثنائية - في أحوال محددة على سبيل الحصر وبالضوابط والشروط التي يضعها المشرع ومنها حالتى القبض والجرائم المشهودة والاستثناء مشروط بأحواله ولا يجوز التوسع فيه ، وفيما يلي بياناً لاختصاص مأموري الضبط القضائي بالتفتيش في كل من الحالتين تباعاً .

أولاً :

صلاحية مأموري الضبط القضائي بتفتيش المتهم عند القبض عليه :

معلوم أن القبض يقصد به حجز المتهم لفترة من الوقت لمنعة من الفرار وتمهيداً لسماع أقواله بمعرفة الجهة المختصة^(٧٦).

ولقد عرفت المادة (٧٠) من قانون الإجراءات الجزائية القبض بأنه ضبط الشخص وإحضاره أمام المحكمة أو النيابة العامة أو مأموري الضبط القضائي في الحالات المنصوص عليها قانوناً.

وقد خول قانون الإجراءات الجزائية مأمور الضبط القضائي عند القبض على المتهم في الحالات التي يجوز له القبض قانوناً تفتيش المقبوض عليه وذلك لتجريده من الأسلحة وكل ما يحتمل استعماله في المقاومة أو الهروب أو إيذاء نفسه أو غيره وأن يضبط تلك الأشياء ويسلمها للأمر بالقبض - المادة (٨١) أ.ج - كما تستوجب المادة نفسها إذا كان المقبوض عليها أنثى أن يتم تفتيشها بمعرفة أنثى مثلها إعمالاً للقاعدة المقررة في نص المادة (١٤٣) من

^{٧٦} - الدكتور / رؤوف عبيد مبادئ الإجراءات الجزائية طبعة ١٩٧٨م مطبعة جامعة عين شمس

نفس القانون وهكذا وبمقتضى كون التفتيش المخول به مأمور الضبط القضائي في أحوال خاصة فقد حصر المشرع صلاحية القائم به في تفتيش شخص المتهم دون أن يخوله الحق في تفتيش مسكنه .

ويرى جانب من فقه القانون الجنائي أن التفتيش المصاحب للقبض على المتهم لا يعد بطبيعته من إجراءات التفتيش التحقيقي - جمع الأدلة - وإنما هو من الإجراءات الوقائية البوليسية وهو وحده الذي يجوز لمأموري الضبط القيام به باستثناء حالة لتلبس

أما التفتيش للبحث عن أدلة الجريمة التي في حيازته وضبطها فهو من إجراءات جمع الأدلة فلا يجوز له إجراؤه إلا في حالة التلبس أو الأذن أو الندب للتفتيش من السلطة المختصة به أصلاً وهذا الرأي منتقد في الفقه على أساس انعدام السند للتفريق ما بين التفتيش لتجريد المتهم من سلاحه خشية إيذاء نفسه أو الغير والتفتيش له بحثاً عما يكون بحوزته من أدلة الجريمة لضبطها^(٧٧).

وأياً ما كان الخلاف الفقهي حول طبيعة التفتيش الذي حُول به رجل الضبط القضائي عند القبض على المتهم من كونه - تفتيشاً وقائياً أو بوليسياً - ومن ثم يعتبر من إجراءات الاستدلال - أو كونه تفتيشاً قانونياً للبحث عن أدله وضبطها واعتباره على ذلك الأساس من إجراءات التحقيق - فإن ما أميل إليه بناء على ظاهر الدلالة في نص المادة (٨١) إجراءات جزائية اعتباره من إجراءات الوقاية الهادفة تحديداً إلى تجريد المتهم من الأسلحة أو كل ما يمكن أن يستعمله من آلات أو أدوات في المقاومة أو الهروب أو إيذاء نفسه أو غيره فلفظ النص هكذا :

^{٧٧} - الدكتور/ رؤوف عبيد المرجع السابق ص٢٩٦.

(لمن يقوم بتنفيذ أمر القبض تفتيش المقبوض عليه لتجريدته من الأسلحة)
... الخ فلام السببية هنا قاطعة الدلالة على قصد المشرع من إباحة تفتيش
شخص المتهم عند القبض عليه ، كما أن ما يعزز هذا الاتجاه هو اتفاقه مع
ما قرره الدستور والقانون من ضمانات الحرية الشخصية للأفراد والتي
تستوجب اقتصار المساس بها في الحد الأدنى اللازم لتنفيذ القبض وتحقيق
أغراضه وهو قيد على حرية المقبوض عليه والحيلولة بينه وبين استخدام أية
أسلحة أو أدوات في المقاومة أو الهروب أو إيذاء نفسه أو غيره وإلا كان من
شأن التوسع في تفسير النص إيجاد ذريعة للتعسف في استخدام هذه
الصلاحية مع ما تشكله من إهدار للضمانات المقررة لحماية الحريات
الشخصية.

ومعلوم في ضوء ذلك أن تفتيش شخص المقبوض عليه مشروط ومرهون
بتوافر دلائل أو أمارات كافية على حيازته أسلحة أو أدوات يمكن
استعمالها في المقاومة أو الهروب أو إيذاء نفسه أو غيره ، فبانعدام هذه
الدلائل والأمارات تنعدم مسوغات القيام بتفتيش الشخص عند القبض عليه
إذ الأصل حرمة في شخصه وفقاً للدستور والقانون – فما لم يكن المقبوض
عليه عند القبض حاملاً شيئاً مما جاء في نص المادة آنفة الذكر لا يجوز
تفتيشه خاصة إذا لم يحاول الهرب ولا أخفى نفسه ولا بدر منه أية مقاومة
للقيام بتنفيذ القبض عليه .

ثانياً : صلاحية مأموري الضبط القضائي بالتفتيش في الجرائم المشهودة
من المقرر في إجماع الفقه والقضاء الجنائي تخويل مأموري الضبط القضائي
القيام بالتفتيش في الجرائم المشهودة – التلبس – وذلك لمقتضيات تحقيق
العدالة التي استوجبت تقرير هذه الصلاحية الاستثنائية من ضرورة الإسراع

والمبادرة إلى ضبط الجريمة محل التلبس وجمع أدلتها خشية ضياع هذه الأدلة أو العبث بها أو تغيير آثار الجريمة إذا اتبعت الإجراءات المعتادة.

من هنا كان القول باحقية مأموري الضبط القضائي بالتفتيش سواءً الأماكن أو الأشخاص وذلك شريطة أن تنحصر هذه الصلاحية في الجرائم المشهودة التي لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها لانحصارها في حالات محددة قانوناً ولقد خول المشرع اليمني لمأموري الضبط القضائي هذه الصلاحية الاستثنائية في المادة (١٠٢) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م ونصها :

(لمأموري الضبط القضائي في الحالات المنصوص عليها في المادة السابقة أن يفتش المتهم ومنزله ويضبط الأشياء والأوراق التي تفيد في كشف الحقيقة متى وجدت أمارات قويه تدل على وجودها فيه)

وقد عرف قانون الإجراءات الجزائية في المادة (٩٨) منه حالات الجريمة المشهودة على سبيل الحصر وهي :

١- مشاهدة الجريمة حال ارتكابها :

وتمثل هذه الحالة التلبس في أدق معانيه ويقصد بها أدراك الفعل أثناء ارتكابه مثل مشاهدة الجاني يطعن المجني عليه أو يطلق عليه النار وشم رائحة المخدر تتبع من فم المتهم بعد رؤيته يتناول مادة لم يعرف نوعها أو سماع صوت الطلقات النارية ثم مشاهدة الجاني قادماً من الجهة التي سمع منها صوت العيار الناري .

ويشير غالبية الفقه الجنائي أن التلبس ذو طبيعة عينيه وهو صفة ملازمه للجريمة لا للشخص مرتكبها^(٧٨).

^{٧٨} - أحمد بسيوني أبو الروس التحقيق الجنائي والأدلة الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية طبعة ١٩٨٩م ص٧٩.

٢- مشاهدة الجريمة عقب ارتكابها ببرهه يسيره :

ويقصد بها أن تكون الجريمة قد وقعت منذ لحظات قصيرة ولكن آثارها لا تزال باقية ومثالها مشاهدة النار بعد وضعها أو مشاهدة جثة المجني عليه تنزف دماً وآثار الجريمة قد تكون مادية كرؤية القتل أو المصاب والدماء تنزف منه أو مشاهدة السارق عند مغادرته للمسكن وهو في آخر طريق المسكن بالمسروقات وقد تكون الآثار معنوية كصياح المجني عليه أثر الشروع في قتله برصاص لم تقتله^(٧٩).

٣- تتبع الجاني إثر وقوع الجريمة :

تعتبر الجريمة في حالة تلبس إذا تبع المجني عليه الجاني أو تبعته العامة بالصياح أثر وقوع الجريمة مباشرة .

٤- وجود الجاني بعد وقوع الجريمة بوجود بوقت قريب حاملاً آلات أو

أسلحة أو أمتعة أو أشياء أخرى يستدل منها على أنه فاعلها أو شريك

فيها أو إذا وجد به في ذلك الوقت أثر أو علامات تدل على ذلك :

وتتحقق هذه الصورة من صور التلبس بوجود المتهم بعد وقوع الجريمة بوقت قريب حاملاً أسلحة سواءً كانت قد استعملت في ارتكاب الجريمة أو نتجت عن الجريمة كالأشياء المسروقة .

كما تتحقق هذه الصورة إذا وجد المتهم بعد وقوع الجريمة بوقت قريب وعليه آثار تدل على أنه فاعل أو مساهم فيها كأن يضبط وعليه أثر دماء أو خدوش أو جروح تدل على المقاومة^(٨٠).

^{٧٩} - أحمد بسيوني أبو الروس المرجع السابق ص ٨٠.

^{٨٠} - دكتور / سامي حسني الحسيني المرجع آنف الذكر ص ١٥٣ حتى ١٥٧.

ويقرر الفقه الجنائي أن حالات التلبس لا تتحقق إلا إذا نشأت صحيحة ولا تكون كذلك إلا إذا توافر لها شرطان :

أولهما: مشاهدة مأمور الضبط القضائي حالة التلبس بنفسه فلا يكفي أن يكون قد تلقى نباءها عن طريق الرواية ممن شاهدها.

والثاني: أن يكون اكتشاف التلبس عن طريق مشروع وإلا كان باطلاً كما لو جاء اكتشاف التلبس نتيجة النظر من ثقب مفتاح باب أو عن طريق دخول مسكن على وجه مخالف للقانون .

كما يقرر الفقه الجنائي أن من الضروري تحديد وقت نشؤ التلبس لأن مشاهدة الجريمة في حالة التلبس يجب أن تسبق إجراء التفتيش ومن ثم يجب أن يثبت التلبس أولاً وتحديد وقت نشؤ التلبس يتوقف على ظروف كل حالة على حده فيمكن أن تستمر خلال فترة التحقيق شريطة أن تكون إجراءات التحقيق متصلة غير مقطوعة ^(٨١).

فإذا ما توافرت إحدى حالات التلبس الواردة على سبيل الحصر في نص القانون جاز لمأمور الضبط القضائي أن يفتش شخص المتهم كما يجوز له تفتيش منزله وضبط الأشياء والأوراق أو الأسلحة أو الأدوات التي تفيد في كشف الحقيقة وذلك بشرط أن تكون هناك قرائن قوية تدل على وجودها في المكان المراد تفتيشه بالنسبة لتفتيش الأماكن - وهذا ما قرره نص المادة (٢) من قانون الإجراءات الجزائية ومن المهم الإشارة إلى أن قانون الإجراءات الجزائية اليمني حين أجاز لمأموري الضبط القضائي تفتيش الشخص أو المكان في الجرائم المتلبس بها - الجرائم المشهودة - قد حصر هذه الصلاحية لمأموري الضبط القضائي في نطاق الجرائم المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ستة أشهر .

^{٨١} - دكتور/ سامي حسني الحسني المرجع سالف الذكر ص ١٥٣ حتى ١٥٧ .

حيث تنص المادة (١٠١) من القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية على أنه :

(في الجرائم المشهودة المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ستة أشهر يحق لمأمور الضبط القضائي القبض على كل شخص يستدل بالقرائن على أنه الفاعل للجريمة أوله علاقة بها .. الخ .

بينما تنص المادة (١٠٢) من نفس القانون على أنه : (لمأمور الضبط القضائي في الحالات المنصوص عليها في المادة السابقة أن يفتش المتهم ومنزله .. الخ) . وعلى ذلك وبمقتضى نص المادتين (١٠٢ ، ١٠١) من قانون الإجراءات الجزائية يمكننا القول بأنه :

إذا ما كانت الجريمة المشهودة من الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس الذي مدته ستة أشهر أو كانت مما يعاقب عليه بالغرامة أو كانت العقوبة في نص التجريم الحبس الذي مدته ستة أشهر فأقل فلا يكون من الجائز لمأمور الضبط القضائي تفتيش المتهم أو منزله حتى لو كانت في حالة تلبس .

وبالمثل إذا كانت الجريمة محل التلبس من الجرائم التي يتوقف رفع الدعوى العمومية فيها على شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه قانوناً فإنه لا يجوز القبض على المتهم فيها إلا بعد تقديم هذه الشكوى من صاحب الحق فيها وبعد التأكد من جديتها ورجحان ثبوتها بأدلة صحيحة كما لا يجوز في هذه الحالات ومن باب أولى تفتيش شخص المتهم أو مسكنة ويترتب على مخالفة هذه القاعدة بطلان الإجراء بطلاناً من النظام العام^(٨٢) .

^{٨٢} - دكتور / سامي حسني الحسيني المرجع السابق ص١٦٦ ، ١٦٧ .

الفرع الثاني القواعد الشكلية للتفتيش

ويقصد بها الشروط والضوابط المنظمة لكيفية تنفيذ التفتيش وغالباً ما تكون معاصرة له وبمخالفتها لا يتصف الإجراء بعدم المشروعية وإنما ينصب على الطريقة التي نفذ بها^(٨٣).

لما كان التفتيش بوصفه إجراء من إجراءات التحقيق الأولى عملاً قضائياً بطبيعته وبالنظر إلى الجهة ذات الولاية بالتحقيق في الجرائم وهي النيابة العامة باشرته بنفسها أو انتدبت له أحد مأموري الضبط القضائي وكان الهدف منه جمع الأدلة وصولاً إلى اليقين في شأن الواقعة الجزائية موضوع التحقيق ، فإنه ينبغي مراعاة الضوابط القانونية العملية عند القيام به حتى تكفل له إنتاج الغاية منه ومشروعية ما قد يسفر عنه من دليل وذلك ما يقتضي التقيد التام بأصول أجراءاته عملياً وفنياً كما وردت في نصوص القانون الإجرائي والتعليمات المنفذة له وفيما يلي بيان موجز لتلك الأصول :

أولاً : يجب على المحقق القائم بالتفتيش أن يتقيد بالقواعد السابق ذكرها في القسم الأول من هذا البحث تقيداً تاماً وعليه كذلك عدم التعسف في إجراءات التفتيش وليس له أن يتجاوز متعمداً الغرض منه لما ينطوي عليه واجب الالتزام بالقواعد والقيود سالفة الذكر من اشتراطات قانونية ينبغي أن تكون ماثلة في ذهن المحقق وهو بصدد تنفيذ التفتيش تلافياً للارتجال أو الخطأ الذي يترتب عليه حتماً البطلان .

ثانياً : يجب مراعاة أن يتم التفتيش بحضور المتهم أو من ينوب عنه وإذا كان التفتيش في منزل غير المتهم وجب أن يتم التفتيش بحضور صاحبه أو من

^{٨٣} - دكتور/ رؤوف عبید المشكلات العملية في الإجراءات الجنائية ج(١) طبعة ١٩٨٠م منشورات دار الفكر العربي ص١٢٠ ،

ينيب عنه لذلك الغرض وبحضور شاهدين من أقاربه أو جيرانه ولا يجوز أن يكونا من رجال التحقيق .

وهذا ما تشترطه المادة (١٣٤) من قانون الإجراءات الجزائية .

على أن مقتضى هذا النص والحكمة المتوخاة من اشتراطه تسوغ القول بأن حضور المتهم بنفسه عند إجراء التفتيش بمنزله أو مكان إقامته لا يستوجب لصحة الإجراء حضور الشاهدين من أقاربه أو جيرانه ، إذ أن حضور الشاهدين لا يكون واجباً إلا في حالة تعذر حضور المتهم بنفسه وأتاب عنه غيره وينطبق ذلك على ما إذا كان التفتيش في منزل غير المتهم فحضور صاحب المنزل بنفسه يغني عن حضور الشاهدين من الأقارب والجيران .

وتأويلنا آنف الذكر لمدلول النص نبنيه على قاعدة أن الأصل المفترض هو الثقة في إجراءات سلطة التحقيق ذات الصفة القضائية مع ما في ذلك من الضمانات القانونية لحرية المتهم وحقوقه وبناءً على ذلك نقول أن عدم حضور شاهدين عند التفتيش لمنزل المتهم أو منزل غيره لا يكون وجه من أوجه بطلان التفتيش إذا كان التفتيش قد تم بحضور المتهم بنفسه أو بحضور صاحب المنزل المراد تفتيشه بنفسه وعلى العكس من ذلك نقول من مفهوم النص آنف الذكر أن إجراء التفتيش لمنزل المتهم أو لمنزل غيره دون حضور المتهم أو صاحب المنزل من الغير أو حضور من ينوب عن أي منهما يجب معه حضور الشاهدين وإلا كان الإجراء باطلاً إذ في إثبات حضور الشاهدين دليل على صحة الإجراء ووقوعه من جهة وعلى تنفيذ الإنابة من الأصل من جهة أخرى مما ينأى بهذا الإجراء عن أي وجه من أوجه البطلان .

ثالثاً: يجب مراعاة أن الأنثى لا يجوز تفتيشها إلا بواسطة أنثى غيرها يدعوها

المحقق لذلك الغرض ويدون أسمها ورقم بطاقتها في المحضر وبحضور شاهدين من النساء وهذا ما تقتضيه المادة (١٤٣) من قانون الإجراءات الجزائية مراعاة للأداب العامة .

ومعلوم ضرورة الحكمة من اشتراط النص آنف الذكر حيث المراد منه أن يكون مكان التفتيش من المواضيع الجسمانية التي لا يجوز للرجال مسها أو الإطلاع عليها وهي عورات المرأة التي تخدش حياءها .

وفي هذا الصدد يقول استاذنا الدكتور / رؤوف عبيد (أما تفتيش يد المتهمه وإخراج لفافات المخدر منها وكذا اخراج لفافات المخدر التي كانت ظاهرة من أصابع قدمها فهو تفتيش صحيح ومن باب أولى إذا أخرجت المتهمه المخدر من بين ملابسها طواعيه واختياراً بغير تفتيش ، وفيما عدا ذلك فمخالفة حكم القانون هنا تستوجب بطلان من النظام العام لا يسقطه رضاء المتهمه بأن يفتشها مأمور الضبط بنفسه أو المحقق بنفسه او الطبيب إذا ندب لذلك^(٨٤) .

رابعاً: يجب على العضو القائم بالتفتيش وضع الأختام على الأماكن التي بها أثراً تفيد في كشف الحقيقة ، ووضع الأشياء والأوراق والملابس والأدوات والأسلحة والآلات والمواد في أحراز مغلقة مناسبة لأحجامها وطبيعتها وربطها كل ما أمكن وختمها بالختم الرسمي والصاق بطاقة تعريفية عليها بين بها تاريخ الضبط ومكانه وزمانه وسببه ورقم القضية المتعلق به .

وهذا ما تشترطه المادة (١٤٥) من قانون الإجراءات الجزائية والمواد (٧٤، ٧٥) من تعليمات النيابة العامة على أن النص السالف الذكر من قانون الإجراءات الجزائية يوجب على مأمور الضبط القضائي إحضار النيابة العامة فوراً عند قيامه لتفتيش في الحالات سالفه الذكر.

خامساً: يجب على المحقق القائم بالتفتيش أن يحرر محضراً بالتفتيش وإلا كان تفتيشه باطلاً فيجب أن يحتوي المحضر على الإجراءات وما أسفرت

^{٨٤} - الدكتور / رؤوف عبيد المرجع السابق ٢٩٨ .

عنه وما تم ضبطه من أشياء ويجب أن يبين في المحضر أوصافاً كافية للأشياء المضبوطة وحالتها وكيفية ضبطها والمكان الذي عثر عليها فيه .. كما يجب أن يكون موقفاً عليه منه ومن كاتب التحقيق .

وهذا ما تشترطه المادتان (١٥١، ١٥٠) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م وفي هذا السياق نشير إلى أنه يجب أن يخضع المحضر لخصائص محاضر التحقيق من ضرورات التدوين والسرية عن غير الخصوم أطراف الواقعة محل التفتيش وأن كان لا يشترط أن يكون مستقلاً عن محضر التحقيق الذي من الممكن إن يكون قد بدأ فيه في وقت سابق على إجراء التفتيش أو الضبط في أحوالهما .

سادساً: يجب على القائم بالتفتيش في غير حالات الجريمة المشهودة أو مطاردة شخص هارب من وجه العدالة أن يتقيد بالزمن المصرح بالتفتيش به قانوناً وهو الوقت الواقع ما بين شروق الشمس حتى قبل غروبها .

على أنه يجب أن يذكر المحقق أسباب التفتيش ليلاً إن اضطر لإجرائه في غير الوقت المحدد قانوناً وإذا تعذر إجراء التفتيش ليلاً لعدم توافر مبرراته جاز للمحقق اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بإحاطة المكان والمسكن ومنع أي شخص من مغادرته أو الدخول إليه دون إذن مسبق منه حتى يبدأ التفتيش بعد شروق الشمس وهذه القاعدة مقرره بحكم المادة (١٤٤) من قانون الإجراءات الجزائية .

سابعاً: تنص المادة (٧٨) من تعليمات النيابة العامة على أنه يجب على عضو النيابة العامة المحقق الرجوع إلى رئيس النيابة المختص في كل حالة يطلب فيها تفتيش أحد المساكن في الحالات الجائز فيها ذلك قانوناً لأخذ رأيه قبل اتخاذ هذا الإجراء .

المبحث الثالث بطلان التفتيش

ذكرنا فيما سبق أهمية التنظيم القانوني للتفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق الابتدائي الهادف إلى جمع الأدلة وتمحيصها وبيننا كذلك أهم القواعد التي نظم فيها المشرع القانوني إجراء التفتيش من حيث الجهة المختصة به وأحواله وقواعد تنفيذه .

ولما تتطوي عليه مخالفة قواعد التفتيش من مساس أو إهدار لحريات الأفراد في أهم جوانبها وهي حرمة المسكن أو الحرية الشخصية فإنه لا شك يترتب على ذلك بطلان الدليل الذي قد يستمد منه حيث القاعدة أن كل ما ترتب على الباطل باطل بدوره .

وللأهمية البالغة للتفتيش كإجراء من إجراءات جمع الأدلة يحرص شراح القانون على بيان أحوال البطلان تبعاً للنهج الذي يلزمه القانون الإجرائي في نظرية البطلان بشكل عام مروراً بأحكام ومبادئ القضاء (قضاء النقض) في هذا الشأن وهو مانأسف لعدم تجذره في بلادنا لافتقارنا لمبادئ وأحكام لمحكمتنا العليا في هذا الشأن - مما يحصر حديثنا في البطلان على ضوء أحكام قانون الإجراءات الجزائية اليمني النافذ رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م ولنا في ذلك الاستتارة بآراء الشراح في الإجراءات الجزائية فيما يماثل منهج قانون الإجراءات الجزائية اليمني كلما استلزم الأمر ذلك .

الفرع الأول أحوال البطلان

فلقد نظم قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لسنة ٩٤م النافذ حالات البطلان وقواعده في المواد من (٣٩٦) حتى ٤٠٤ منه حيث اعتمد في المادة (٣٩٦) نظرية اصطلاح الشراح على تسميتها نظرية البطلان الذاتي :
حيث تنص المادة ٣٩٦ من قانون الإجراءات الجزائية على أنه (يقع باطلاً كل إجراء جاء مخالفاً لأحكام هذا القانون إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا كان الإجراء الذي خولف أو أغفل جوهرياً).

ومقتضى نظرية البطلان الذاتي أو الجوهرية وجوب القول بالبطلان كل ما كان الإجراء المعيب منطوياً على إهدار للقواعد الجوهرية وبخاصة منها ما تتعلق بضمانات الحرية الشخصية وحقوق الدفاع بدون حاجة إلى نص صريح يقرر البطلان .

وقد أدرج الشراح ما اسموه بقواعد التفتيش الموضوعية وهي تلك المتعلقة بالحالات الجائز إجراءه فيها أو توافر مبرراته من الدلائل الكافية أو بانتفاء الأذن بالتفتيش أو مخالفة قواعد الاختصاص به أو بالانتداب به مكانياً أو ما تعلق منها بالخطأ في تعيين الشخص المراد تفتيشه أو الميعاد المحدد لإجرائه في الأذن به أو التعسف في تنفيذه أو حصوله بعد قبض باطل أو بطلان حالة التلبس إذا كان أي من ذلك هو السبب في التفتيش ضمن القواعد الموضوعية للتفتيش التي يترتب على مخالفتها البطلان لتعلقه بالنظام العام.

بينما نجد المشرع اليمني قد اعتمد نظرية البطلان القانوني في نص المادة (٣٩٨) من قانون الإجراءات الجزائية التي باستقراءها ربطاً بأراء الشراح تتخلص في أن من قواعد التفتيش ما هو شكلي مثل عدم حضور كاتب

لتدوين المحضر أو عدم حضور الشهود أو المتهم عند التفتيش والتي يترتب على مخالفتها البطلان النسبي الذي يسقط الحق في التمسك به إذا تم ذلك الإجراءات بحضور المتهم دون اعتراضه أو بحضور محاميه أو إذا كان هو المتسبب في العيب في الإجراء كما يسقط الحق فيه إذا لم يتم الدفع والتمسك به أمام محكمة الموضوع بحيث لا يجوز ابدائه أمام محكمة النقض لأول مرة ما لم يكن قد تمسك بدفعه أمام محكمة الموضوع ابتداءً كما لا يجوز التمسك به إلا ممن تعلق به فقط وليس لغيره التمسك به حتى لو كان صاحب مصلحة في ذلك كشريك المتهم الذي فتش منزله تفتيشاً باطلاً لعيب في إجراءاته عائد إلى مخالفة القواعد الشكلية للتفتيش .

ومقتضى نظرية البطلان القانوني أن يسقط الحق في الدفع بالبطلان في غير الأحوال المشار إليها في المادة (٣٩٦) فيما يتعلق بالقواعد الموضوعية للتفتيش إذا لم يتمسك به صاحب الصفة أو المصلحة فيه أو كان هو المتسبب في ذلك الإجراء أو كان قد تم بحضوره أو بحضور محاميه دون اعتراض منه .

الفرع الثاني شروط الدفع ببطلان التفتيش

يترتب على استنتاجاتنا السابقة فيما يتعلق بنظرية البطلان الذاتي الواردة بنص المادتين (٣٩٧، ٣٩٦) من قانون الإجراءات الجزائية أن تعلق الأمر بمخالفة أو إغفال القواعد الموضوعية للتفتيش ونظرية البطلان القانوني (النسبي) الواردة بنص المادة (٣٩٨) إجراءات جزائية نتائج هامة نشير منها إلى ما يلي :

أولاً : إن الرضاء بالتفتيش الباطل يسقط البطلان ويشترط في الرضاء أن يكون حاصلًا قبل التفتيش لا بعده وأن يكون قد حصل قبل الدخول إلى المنزل إذا تعلق التفتيش به وبعد وجود مسوغ قانوني يخول القائم به إجراؤه وذلك ما يتطلب أن يكون القائم بالتفتيش صاحب صفة واختصاص بأجرائه وأن يكون الرضاء من حائز المنزل أو المكان البالغ أو ممن يعد حائزاً له في غيابه .

وهذا الرأي نستنتج توافقه مع نص المادة (٣٩٨) من قانون الإجراءات الجزائية .

ثانياً : عدم جواز الدفع بالبطلان إلا من صاحب الشأن الذي تناوله التفتيش في شخصه أو المسكن الحائز له الذي جرى تفتيشه .

فلا يقبل الدفع بالبطلان إذا كان ممن لم يجر تفتيشه شخصياً أو لم يكن من حائز المنزل الذي جرى تفتيشه إذ لا صفة له في ذلك حتى لو توافرت له مصلحة في الدفع وحتى لو كان متهماً آخر بنفس الدعوى .

ثالثاً: جواز التنازل عن الدفع بالبطلان صراحة أو ضمناً .

وهذه القاعدة مقررة بنص المادة (٣٩٨) من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أن يسقط الحق في الدفع بالبطلان إذا كان للخصم محام وحصل الإجراء بحضوره دون اعتراض منه .. الخ.

وفي هذا الشأن يقول استنادنا الدكتور/ رؤوف عبيد شارحاً (التنازل الصريح لا يثير صعوبة تذكر فمن يمكنه أن يقبل التفتيش الباطل صراحة قبل إجراءه يمكنه أن يتنازل عن الدفع به بعد أن يجري بالفعل وأحد الأمرين يعني عن الآخر ، وقد يكون التنازل بالكتابة أو بإثباته في محضر التحقيق أو في الجلسة .

وينبغي أن يصدر التنازل عن صاحب الشأن في التمسك به .. حتى قال ومن صور التنازل الضمني أن يكون للمتهم في جناية أو جنحة محام وأن يتم الإجراء في حضوره دون اعتراض منه أو إذا لم يعترض عليه المتهم في مواد المخالفات ويضيف قائلاً .. ولأن التنازل عن الدفع ببطلان التفتيش أمر جائز سواءً كان ذلك التنازل صريحاً أو ضمناً لا يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه بل الشرط الدفع به وإذا دفع به وجب على القاضي البت في الدفع في حكمه رفضاً أو تأييداً وإلا كان حكمه معيباً بالقصور في التسبيب .

كما لا يجوز الدفع ببطلان التفتيش لأول مره أمام محكمة النقض بل يجب التمسك به أمام محكمة الموضوع وإذا كان الطاعن قد تمسك به أمام محكمة أول درجة لكن لم يثره أمام المحكمة الاستئنافية فلا تقبل إثارته أمام محكمة النقض وكذلك إذا أثاره أمام سلطة محكمة الموضوع دون أن يكون قد تمسك به أمام سلطة التحقيق.

الفرع الثالث أثر بطلان التفتيش

إذا كان التفتيش باطلاً وتمسك بالدفع صاحب الحق فيه وجب الحكم فيه ومتى تقرر بطلان التفتيش ترتب على ذلك أن البطلان يتناول جميع الآثار التي ترتبت عليه مباشرة ويلزم إعادته متى أمكن ذلك .
فإذا الحق التفتيش أي بطلان قضى به وببطلان الدليل المستمد منه فحسب دون أن يؤثر ذلك في بقية إجراءات التحقيق أو ما تكون قد استقرت عنه من أدله أخرى^(٨٥) وهذا هو المبدأ المقرر بحكم المادة (٤٠٢) من قانون الإجراءات الجزائية اليمني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤ م .

^{٨٥} - رؤوف عبيد المرجع السابق اتفاقاً مع حكم المادة ٣٣٦ من قانون الإجراءات المصري .

المبحث الرابع (الضوابط العملية للتفتيش القانوني)

لكي يكون التفتيش صحيحاً من الناحية العملية وحتى يحقق الغاية والهدف منه لا بد من مراعاة شروط عمليه تسمى شروط صحة التفتيش وهذه الشروط ينبغي توافرها سواء تعلق الأمر بالتفتيش أو المعاينة أو غيرها من إجراءات جمع الأدلة في الدعوى الجزائية ، تتخلص هذه الشروط في :

أولاً : السرعة والمبادرة في إجراء التفتيش

فاعامل الوقت له أثر فعال ويلعب دوراً هاماً في تحقيق الغاية من إجراء التفتيش أو الضبط إذ كل ما بادر المحقق وأسرع إلى مكان الجريمة أو إلى مسكن المتهم أو المكان المراد تفتيشه كل ما قرب احتمال ضبط الأشياء المراد ضبطها وكلما تباعد الوقت كلما واجه المحقق صعوبات في التفتيش قد تؤدي إلى ضياع الحقيقة.

وبطبيعة الحال يجب على المحقق القائم بالتفتيش أن يكون قبل ذلك ملماً إماماً كاملاً بالجريمة محل التحقيق المراد التفتيش بشأنها محدداً في ذهنه سلفاً الأشياء المراد البحث عنها والأماكن المحتمل إخفاءها فيه . الخ .

ومن المعلوم أن التراخي في إجراء التفتيش قد يفوت الغرض منه بما في ذلك من ازدياد الفرص أمام الجاني في طمس واخفاء معالم الجريمة وأثارها فالمبادرة والسرعة شرط جوهري إذ الأمر حقيقته سباق في الزمن ما بين الجاني أو الجناة وبين المحقق أو بمعنى آخر صراع بين الحقيقة والتضليل^(٨٦) .

^{٨٦} - أنظر في هذا الشأن الموسوعة التحقيق الجنائي العملي للمستشار محمد أنور عاشور ص ٢٣ وما بعدها ، وأنظر كذلك كتاب القواعد العامة للتحقيق الجنائي كمال سراج الدين ص ٦٦ وما بعدها .

ثانياً : الدقة والترتيب :

فيجب على المفتش إذا أراد تفتيش منزل المتهم أن يبدأ أولاً من أول غرفة أو حجرة تقع على يمين الباب الرئيسي ثم التي تليها أو تلاصقها وهكذا دواليك ثم يصعد الدور التالي إن كان المنزل مكوناً من أدوار ويتبع نفس الترتيب .

وفي تفتيش المحتويات لكل غرفة وحجره يراعى الدقة والترتيب ويفتش أولاً الأدراج والأرفف في الدواليب والخزائن مبتدأ بما يجده في يمينه عند الدخول فالذي يليه وهكذا ويفتش الفراش الذي على السرير وما قد يوجد بين طياته ويفتش الملابس الموضوعة على المعالق أو فوق المقاعد ويراعى هذا الترتيب عند تفتيش الملابس سواء التي يرتديها المجني عليه أو المتهم إذا كان نوع الجريمة يقتضي ذلك كان تكون الجريمة إحراز مخدرات أو سموم مستخدمة في تنفيذها .

أو كأن التفتيش يهدف إلى ضبط منشورات أو أوراق تتضمن عباراتها جريمة ما وفي هذا السياق نجد المادة (٧٤) من التعليمات العامة للنيابة تنص على أن تضبط ملابس المتهمين والمجني عليهم إذا وجدت بها آثار قد تفيد في التحقيق كما تضبط الأوراق والأسلحة والآلات وكل ما يحتمل أن يكون قد استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عن ارتكابها أو ما وقعت عليه الجريمة وكل ما يفيد في كشف الحقيقة مع ملاحظة التثبيت من مدى صلاحية الأسلحة المضبوطة للاستعمال وإثبات ما عليهما من أرقام والاستعانة في ذلك بمختص عند الاقتضاء وتدون بالمحضر بدقة أوصاف المضبوطات وكيفية ضبطها والمكان الذي عثر عليها فيه وأقوال من ضبطت لديه أو من يقوم مقامه بشأنها .

ثالثاً : قوة الملاحظة

فالتفتيش عمل قانوني فني بطبيعته يحتاج أقصى حد من ذكاء وفطنة المحقق وفراسته وقوة ملاحظته .

فعلى المحقق عند إجراء التفتيش أن يكون ثاقب النظر فاحصاً لكل ما يقع عليه نظره ملاحظاً ما قد يوجد من تغيرات في الجدران أو ألوان الرنج وحدائتها من قدمها وما إذا كانت تتسجم مع مظاهر بقية الجدران للمنزل من عدمه متسائلاً عن السر في أي تغيير يلاحظه خلال البحث في هذا الشأن فربما يخفي المتهم السلاح أو الأدوات المستخدمة في جريمة القتل أو العملة أو المصوغات المسروقة في جيوب سريه في الدواليب أو فتحات في الحيطان أو الأرضيات تدفن وتطلى من الخارج بلون الحائط بحيث يتعذر تمييزها واكتشاف كل ذلك يعتمد على قوة الملاحظة وصفاء الذهن .

وقد يخفي الجاني الأشياء في أماكن من المنزل أو ملحقاته لا تخطر على البال لأول وهلة أن يقوم بإخفائها فيه كالمرحاض أو خزان المياه أو زريبة الأغنام أو البئر أو في قمة شجره ومما يرتبط بما تقدم أن على المحقق القائم بالتفتيش ملاحظة نفسية المتهم وتصرفاته أثناء التفتيش فكثيراً ما يتلفت المتهم وتخونه حواسه أثناء التفتيش فيكرر الالتفات إلى المكان الذي توجد به الأشياء المراد العثور عليها وقد يتلفظ بعبارات أو ألفاظ بلا شعور أو باندفاع كلما تركز البحث أكثر أو استغرق وقتاً أطول في المكان الذي يستعجل فيه هو على المفتش إنهاء التفتيش قبل تحقق الغاية منه .

ويفيد في هذا الشأن الاستفادة من القبض على معصم المتهم دون أن يشعر حيث يلاحظ المفتش ارتفاع نبض المتهم كلما اقترب من المكان الذي يخفي فيه الشيء الجاري البحث عنه بفعل الانفعالات النفسية التي تتصارع في نفس المتهم .

رابعاً: عرض الأشياء التي يعثر عليها القائم بالتفتيش على المتهم :

إذا عثر المحقق أثناء التفتيش على شي مما يجري التفتيش عنه وجب عرضه على المتهم أو حائز المنزل أو المكان الجاري التفتيش به الحاضرين معه وإثبات موقف المتهم منه في المحضر وإثبات وصفه في المحضر وصفاً دقيقاً وذلك قبل مغادرة المكان الجاري فيه التفتيش .

ومن ثم يجب تحريزه بما يناسب حجمه ونوعه ومادته المادة (٧٥) من تعليمات النيابة العامة تطبيقاً للمادة (١٥١) من قانون الإجراءات الجزائية .

خاتمة

وبعد :

فإن ما تقدم طرحه من ضمانات الحرية الشخصية للأفراد وحرمة مساكنهم واحترام أسرارهم الخاصة قد كفلها الدستور بحيث لم يقر المساس بها إلا استثناء ، وذلك حرصاً على ما تقتضيه العدالة من تعقب الجناة وإيقاع العقاب عليهم تحقيقاً لصالح المجتمع في الأمن والسكينة والطمأنينة العامة ولذلك فإن تنظيم المشرع للتفتيش كصورة من صور هذا الاستثناء في شكل القواعد آنفة الإيجاز إنما هو للحرص على أن لا يستخدم في غير أغراضه وألا يستخدم استخداماً تعسفياً ونقول أن القائم بالتفتيش حينما يستخدم هذا الاختصاص الاستثنائي - وإن كان الأمر يتطلب منه تقيده بالقواعد آنفة الذكر - فإنه ينبغي عليه قبل ذلك أن لا يلجأ إليه إلا لضرورات التحقيق وأن يستحضر في ذاكرته دوماً أنه حارس للعدالة أمين يتعامل مع القضية محل التحقيق تعامل القاضي المحايد الذي لا ينطلق من تصورات وأحكام مسبقة وإنما من منظور الحياد التام الذي يفترض عليه معاملة الأشخاص بما يليق بكرامتهم من الحرص على عدم الظهور أمام الخاضعين لإجراءات التحقيق - والتفتيش - بمظهر المتحيز أو المتشكك في مواقفهم إذ الأصل البراءة والأصل أن نتعامل مع هذا الإجراء بما تقتضيه خطورته من حرص تام على سرية الإجراءات و تواجيتها حتى لا نهدر حقاً من حقوق الدفاع التي بحرصنا عليها نكون أول من يرسى ضمانات الحرية الشخصية ويعمل بها.

وكما سلف تجدون الغاية من تنظيم التفتيش بتقرير ضماناته المتمثلة في القواعد الموضوعية والشكلية لإجرائه هي الحرص على مشروعية الدليل

الذي قد يسفر عنه التفتيش المقررة بقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم (لو أن رجلاً أطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقت عينه ما كان عليك من جناح) والتي أقرتها التشريعات الموضوعية والإجرائية إذ تنص المادة (٣٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه (لا يجوز إثبات واقعة ترتب مسؤولية جزائية على أي شخص إلا عن طريق الأدلة الجائزة قانوناً وبالإجراءات المقررة قانوناً) .

وهكذا فإنه يجب الحرص على الالتزام بقواعد التفتيش وصولاً إلى أدلة جائزة القبول شرعاً وقانوناً إذا مهما كانت الأدلة التي يسفر عنها التفتيش فإنه لا تكون لها أية قيمة في الإثبات الجنائي طالما جاءت نتيجة إجراءات باطلة أو عن تعسف في استخدام صلاحية التفتيش ، ودوماً تنطلق من وضع نفسك موضع الخصم الشريف الذي يحرص على أن تأتي إجراءاته مشروعة صحيحة وموافقة لصحيح القانون أساساً ومبنى .

وفق الله الجميع إلى خدمة العدالة وتحقيق وإرساء قواعدها إنه على ذلك تقدير وبالإجابة جدير .

التأمين الإلزامي في المسؤولية المدنية الناتجة عن حوادث السيارات

القاضي/ أحمد صالح فرحان
عضو المحكمة العليا

التأمين الإلزامي في المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات

التأمين في اللغة :

يبدو أن اشتقاق الاسم العربي للتأمين جاء في عدد من الكلمات (كالأمان) (والأمانة) بمعنى و(أمن) بكسر الميم من باب فهم وسلم وأي من الظلم (والأمن) وهو ضد الخوف. (واستأمن) إليه دخل في أمانة . وتقول منه (أمن) فلأن (تأميناً) ^(٨٧).

التأمين في قانون الجمهورية اليمنية :

لقد صدر القرار الجمهوري بالقانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٩١م بشأن التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات . حيث نصت المادة الثانية منه على الآتي :

لأغراض هذا القانون يكون للألفاظ والعبارات الواردة فيه المعاني المبينة أزاء كل منها ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك .

أ - سيارة : كل مركبة ذات محرك آلي تسير بواسطته على الطرق العامة أياً كان نوعها أو وجهه استعمالها ويعتبر في حكم السيارة كل مركبة تجري بإحدى السيارات

ب - وثيقة التأمين الإلزامي على السيارة التي تصدرها شركة تأمين وطنية تنفيذاً الأحكام هذا القانون لتغطية الأضرار الجسدية والمادية التي تصيب الغير من حوادث السيارات.

ج - الغير: أي شخص يتعرض للإصابة الجسدية و المادية من جراء حوادث السير داخل حدود الجمهورية .

٨٧ - مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي .

هـ- الأضرار المادية : كل ما يصيب ممتلكات الغير في بضائع ومنقولات وغيرها.

و- شركة التأمين : أي شخص اعتباري أياً كانت تسمية يزاول عملية التأمين في الجمهورية تطبيقاً لأحكام هذا القانون .

ز- المؤمن له : مالك السيارة التي تغطي وثيقة التأمين مسؤليته المدنية تجاه الغير حسب أحكام هذا القانون ويعتبر في حكم المؤمن له كل شخص يستعمل السيارة بإذن من مالكيها .

ج- المؤمن : شركة التأمين .

التعويض : الأروش والديات وأي تفويض على الأضرار الجسدية والمادية .
لذلك نلاحظ أن القانون لم يورد تعريفاً جامعاً مانعاً أو مصطلحاً قانونياً مختصراً

ط- التعويض: الأروش والديات وأي تفويض على الأضرار الجسدية والمادية.

بل أورد ألفاظاً وعبارات قصد بها لم شمل المعاني التي في مجموعها قد يتحقق عرض القانون الصادر فعرف السيارة بأنها كل مركبة ذات محرك وكذا كل مركبة تجرها غيرها في الطرق العامة .

وعرف (وثيقة التأمين الأُلزامي على السيارة) بأنها الوثيقة التي تصدرها أي شركة تأمين وطنية لغرض تغطيته التعويض المادة لمادي قد ينتج من أضرار جسدية بالأفراد أو مادية بالممتلكات .

وقد عرف : (الغير) بالشخص الذي تعرض للضرر الجسمي أو المادي وعرف: (الأضرار الجسدية) : بأنها الوفاة والشلل وكذا الاصابات البدنية الأخرى.

وعرف:(الأضرار المادية) بأنها الاصابات على البضائع والمنقولات وغيرها .

وعرف:(شركة التأمين) بالشخص الاعتراري الذي يزاول عملية التأمين .

وعرف: (التفويض) بأنه شركة التأمين .
وعرف (التفويض) بأنها الأروش والديات وكذا التعويض عن الأضرار
الجسدية والمادية .
وكأنه قد عمد إلى ذلك واضع القانون لقصد تعريف كل على حده إما
للاستقصاء في الحصر أو حتى تكتمل الرؤية أو أن يبقى الباب مفتوح لتعديل
لاحق يكون بناءً على دراسة مستفيضة لا حقه .

الشروط الواجب توافرها في وثيقة التأمين :

اشتترطت المادة (أ) من القانون في وثيقة التأمين أن تتضمن التزام شركة
التأمين لتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الأضرار الجسدية والمادية التي
تصيب الغير.
وأن تكون الوثيقة صادرة من إحدى شركات التأمين الوطنية المسجلة في
الجمهورية اليمنية .
كما يجب أن تكون وثيقة مطابقة للنموذج الذي يعتمده وزير الداخلية وأن
تكون الوثيقة بياناتها الواردة فيها مطابقة للبيانات الواردة .
في كتاب المصنع الذي استوردت فيه والمؤكد في تقرير المعاينة التي تصدرها
الإدارة العامة للمرور .
ولعل تلك الشروط ضرورية لتصبح الوثيقة سنداً يتم بموجبه التعويض المادي
للأضرار الجسدية والمادية التي نشأت عن حوادث السيارات المنبثقة عن
المسؤولية المدنية التي تضمنها القانون.
وباعتبار أن وثيقة التأمين تتضمن المدة المحددة وهو ما جعله القانون مرتبطاً
تحديد مدتها إلى إراداتي (المؤمن له - المؤمن) إلا أنه أضاف إلى تلك المدة
ثلاثين يوماً مضافة إلى ما تحددت من مدة تضمنتها الوثيقة حيث أوردت المادة
(٦) من القانون النص التالي:

مع مراعات أحكام المادة (١٦) من هذا القانون يسري مفعول وثيقة التأمين للمدة المحددة في وثيقة التأمين مضافاً إليه ثلاثين يوماً .

واجبات الإدارة العامة للمرور:

وقد ألزم القانون الإدارة العامة للمرور بثلاثة واجبات يجب عليها التقيد بها كالامتناع عن منح أو تحديد أو نقل رخصه سير لأبي سيارة إذا لم تكن وثيقة التأمين إحدى الوثائق الذي تحمله السيارة بل وربط سريان المدة التي تتضمنها الوثيقة بالمدة القصوى التي يجب على مالك السيارة تحديد رخصة سير سيارته خلالها .

وهو شرط يحتم على مالكي السيارات عموماً باقتناء وثائق التأمين على سياراتهم بل والتقيد بالمدد المحددة في الوثائق كما هو عليه الحال بتقيدهم بالمدة المحددة لرخص السير .

كما ألزم القانون الإدارة العامة للمرور كذلك ألزم أقسامها المختلفة وفروعها في أقسام الشرطة بتزويد المؤمن بصور المحاضر لكل حوادث المرور والتي نتجت عنها الاصابات المختلفة كالوفاة والأضرار الجسدية مع إثبات رقم وثيقة التأمين في تلك المحاضر وكذا اسم كل من السائق والمتضرر أن كان فرداً أو أسماء المتضررين أن كانوا جماعة وكذا مكان وزمان وقوع تلك الحوادث مع تضمين المحاضر أقوال أصحاب العلاقة بالحوادث وشهودها وتلك مسئوليات إنشائها القانون على الإدارة العامة للمرور وكذا فروعها في أقسام الشرطة تزيد من قوة الالتزام بالتأمين الذي أوجبه هذا القانون كما تزيد من قوة الحجية لوثائق التأمين إذ تقررها بإجراءات داعمة نصت في صالح أطراف التأمين .

حيث ورد النص صريحاً في القانون في مادته السابقة بقوله :

تلتزم الإدارة العامة للمرور بما يلي :

- ١- عدم منح أو تحديد أو نقل رخصة سير لأية سيارة ما لم تكن هنالك وثيقة تأمين سارية حسب أحكام هذا القانون ولمدة لا تقل عن المدة القصوى التي يجب على مالك السيارة تحديد رخصة سير سيارته خلالها.
 - ٢- إبلاغ المؤمن عن كل تعديل على صحيفة سجل أي سيارة مؤمنة.
 - ٣- تلتزم الجهات المختصة بأقسام الشرطة بتزويد المؤمن بصورة من محضر أي حادث من حوادث السيارات نشأ عنه وفاة أو أضرار جسدية ويثبت في المحضر رقم وثيقة التأمين واسم كل من السائق والمتضررين ومكان وزمان وقوع الحادث مع إفادات أصحاب العلاقة بالحادث والشهود .
- وقد ورد نص في هذا القانون للمعاملة بالمثل بين الجمهورية اليمنية وبين بلد الشركة المصدرة للوثيقة في حال حيازة مالك السيارة على البطاقة الدولية العربية لتأمين السيارات عبر البلاد العربية وكانت سيارته مسجلة خارج الجمهورية اليمنية ويرغب في إدخالها أراضي الجمهورية اليمنية وهو نص ورد في نص القانون وذلك لتسهيل وتيسير أمر دخول السيارات المسجلة خارج الجمهورية .

حيث ورد النص على التالي :

مادة (٨) يجب على مالك أية سيارة مسجلة خارج الجمهورية يرغب في إدخالها أراضي الجمهورية أن يكون حائزاً على وثيقة تأمين صادرة بموجب أحكام هذا القانون خلال المدة المصرح بها لبقاء سيارته في أراضي الجمهورية أو تكون بحوزته البطاقة الدولية العربية لتأمين السيارات عبر البلاد العربية شريطة المعاملة بالمثل بين بلد الشركة المصدرة للوثيقة والجمهورية اليمنية .

وقد أجاز هذا القانون حرمان شركات التأمين في مزاولة التأمين التي تمارس أعمالها في هذا النوع من التأمين إذا ثبت أنها لا تصرف تعويضات محكوم بها أو مقرررة طبقاً لنصوص عقود التأمين وقد يكون الحرمان نهائياً أو بصورة مؤقتة ومنح وزير الداخلية والأمن ذلك الحق وعند تضرر أي شركة تأمين من

قرار الوزير جعل لها الحق في أن تتقدم بالطعن خلال أسبوعين من تاريخ صدور قرار الحرمان النهائي والموقت إلى مصدر القرار جاء ذلك في نص المادة (١٠) .
(يجوز حرمان أي شركة تأمين من مزاولة هذا النوع من التأمين بصورة مؤقتة أو نهائية إذا ثبت أنها تهمل في صرف التعويضات .

المقررة أو المحكوم بها طبقاً لنصوص عقد التأمين وأحكام هذا القانون ويكون الحرمان بقرار يصدره وزير الداخلية والأمن مع احتفاظ شركة التأمين المعنية بحقها في تقديم أوجه الدفاع خلال أسبوعين من تاريخ صدور قرار الحرمان المؤقت أو النهائي) .

كما أعطت المادة (١١) في القانون حقاً مباشراً للمتضرر تجاه شركة التأمين بموجب عقد التأمين الإلزامي وأن على الشركة دفع التعويض المحكوم به خلال أسبوع واحد من تاريخ تبليغها لصورة من الحكم النهائي كما أنها لا تسمع الدعاوى الناشئة عن وثيقة التأمين بانقضاء سنتين من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها الدعوى.

فيما اعتبرت المادة (١٢) من القانون أن التعويض عن المسؤولية المدنية الناشئة بسبب الوفاة أو الإصابة الجسدية أو المادية ، لسبب الحوادث الناتجة عن استعمال السيارة المؤمنة حقاً مكتسباً ومباشراً للمتضرر أو المتضررين قبل المؤمن .

بالإضافة إلى ما إشارات إليه المادة الثالث عشرة من أنه يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المؤمن له بقيمة ما تكون قد صرفته من تعويض وحصرتها في ست حالات.

إذا كان عقد التأمين قد بني على المعلومات أو البيانات الكاذبة أو أن وقائع جوهرية تم إخفاؤها .

وكذا إذا ما استعملت السيارة لغير الغرض المبين بشهادة التسجيل أو وثيقة التأمين أو تم استخدامها في أغراض تخالف القانون والأنظمة أو على نحو يزيد

من الخطر أو نقل ركاب أو حمولة أكثر من المقرر لها حمولته أو أن استعملت في السياق أو اختيارات السرعة ما لم تكن متخصصة للسياق أو للاختيارات . وكان التأمين للغرض نفسه .

ولذلك إذا ثبت أن مالك السيارة أذن لأخر بقيادتها وقد سبق له أن ارتكب حادثه وهو في غير حالته الطبيعية بسبب تناوله المخدرات أو أن قادها وهو في حال سكر.

أو إن كان المؤمن له قد سمح بقيادتها لغير الحائز على أجازة سوق لنوع السيارة المؤمنة أو كانت إجازته ملغية بصورة دائمة أو مؤقتة وقت وقوع الحادث .

أو إذا ثبت أن المؤمن له قد أخل بالواجبات المترتبة عليه بموجب أحكام هذا القانون وأحكام وشروط وثيقة التأمين كما عالج القانون مسألة انتقال الملكية أثناء سريان عقد التأمين حيث نص على أن الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد التأمين تنتقل إلى المالك الجديد من تاريخ نقل الملكية وحتى نهاية التأمين .

وقد اعتبر القانون التأمين ملغياً تلقائياً في حال التلف الكلي للسيارة أو المركبة إذا أصدرت إدارة المرور تقريراً يؤكد عدم صلاحيتها للاستعمال بينما أعطي الحق للمؤمن له في أن يسترد من شركة التأمين قسط التأمين بالقدر الذي يتناسب مع المدة المتبقية من فترة التأمين .

كما اعتبر إخراج السيارة المؤمنة من أراضي الجمهورية نهائياً وسحب الترخيص من قبل الجهات المعنية حالة من الحالات التي ينطبق عليها الإجراء نفسه وقد ورد ذلك في المادة الخامسة عشرة بالنص الآتي:

يعتبر التأمين ملغياً بصورة تلقائية في حالة التلف الكلي للسيارة أو المركبة بتقرير تصدره إدارة المرور المختصة يؤكد عدم صلاحيتها للاستعمال وفي هذه الحالة يحق للمؤمن له أن يسترد من شركة التأمين قسط التأمين بالقدر الذي يتناسب مع المدة المتبقية في فترة التأمين كما يطبق هذا الإجراء في حالة إخراج

السيارة المؤمنة من أراضي الجمهورية نهائياً وسحب الترخيص من قبل الجهات المعنية شريطة إلا يكون ذلك قد تم نتيجة لمخالفة المؤمن له للأنظمة والقوانين النافذة .

كما نصت المادة (١٦) من القانون على الآتي :

يعتبر التأمين قائماً في حالة الأضرار التي تلحق بالحياة والصحة ولو لم تحرر وثيقة تأمين كما لا يؤدي التأخير في دفع الأقساط إلى وقف العمل بالتأمين وإنما يتعين رجوع المؤمن على المؤمن له بقيمة ما دفعة من تعويضات فضلاً عن معاقبة المؤمن له طبقاً للمادة (٢٠) وبالنص الذي ورد في هذه المادة اعتبر التأمين قائماً في حالة الأضرار التي تلحق بالحياة والصحة الخاصة بالأشخاص ولو لم تحرر وثيقة تأمين تنص على ذلك .

كما أعطت المادة الحق للمؤمن على المؤمن له في حال تأخير المؤمن له عن دفع الأقساط التي عليه قبل المؤمن الرجوع عليه بالقيمة المدفوعة من تعويضات. كما ألزم القانون إدارة المرور الاحتفاظ بوثيقة التأمين الأصلية ضمن وثائق ملف السيارة وأن يعطى صاحب الشأن صورة طبق الأصل معتمدة من إدارة المرور وأن يشار فيها أن الأصل محفوظ لدى إدارة المرور وأن يشار فيها أن الأصل محفوظ لدى إدارة المرور المختصة .

وأن يثبت في محضر التحقيق عن أي حادث من حوادث السيارات رقم وثيقة التأمين واسم المؤمن له واسم شركة التأمين حيث ورد نص المادة (١٧) كالاتي :

مادة (١٧) تحفظ وثيقة التأمين في ملف السيارة بإدارة المرور على أن يعطى صاحب الشأن صورة طبق الأصل معتمدة من إدارة المرور يشار فيها أن الأصل محفوظ لدى إدارة المرور المختصة ويجب أن يكتب في محضر التحقيق عن أي

حادث عن حوادث السيارات رقم وثيقة التأمين واسم المؤمن له واسم شركة التأمين.

أما في حال تصفية شركة التأمين فقد أوجب القانون إحالة وثائق التأمين السارية لدى الشركة إلى شركة تأمين أو أكثر وأن على شركة التأمين المحالة إليها وثائق التأمين إخطار كل مؤمن له بخطاب مسجل يفيد التحويل وإرسال صورة من الإخطار إلى إدارة المرور المختصة لحفظه في ملف السيارة .

حيث نصت المادة الثامنة عشرة من هذا القانون على الآتي :

في حالة تصفية شركة التأمين تحال وثائقها السارية إلى شركة تأمين أو أكثر وعلى شركة التأمين المحالة إليها وثائق التأمين إخطار كل مؤمن له بخطاب مسجل يفيد هذا التحويل مع إرسال صورة من هذا الإخطار لإدارة المرور المختصة لحفظه في ملف السيارة .

العقوبات الواردة في القانون :

نص القانون على معاقبة أي مدير شركة تأمين أو أي وكيل مسئول عنها إذا ما عقد عمليات تأمين بغير الأسعار المعتمدة من وزارة الداخلية والأمن أو إذا ما ارتكب أحدهما مخالفة تتعارض مع القانون ولم يكتف بمعاقبة طرف المؤمن بل تعداه إلى طرف المؤمن له في مادته التاسعة عشرة والمادة عشرين من القانون حيث نصت المادة (١٩) يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تقل عن ألف ريال ولا تزيد عن خمسه آلاف ريال كل مدير شركة تأمين أو وكيل مسئول عنها إذا عقد عمليات تأمين بغير الأسعار المعتمدة والمتفق عليها مع وزارة الداخلية والأمن وخلافاً للشروط المقررة أو ارتكب مخالفة تتعارض مع أحكام هذا القانون .

مادة (٢٠) دون المساس بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن خمسة أشهر و بغرامة لا تتجاوز ألفي ريال كل من

استعمل أو أذن باستعمال سيارته التي لا يوجد بشأنها عقد تأمين إلزامي ساري المفعول طبقاً لأحكام هذا القانون كما يعاقب بنفس العقوبة كل من استعملها مع علمه بعدم وجود عقد التأمين بشأنها .

وقد أجاز القانون للمؤمن رفض طلبات التأمين إذا ثبت عدم صحة البيانات الواردة بالطلبات أو كانت الطلبات غير مستوفية للشروط التي تصنفها شركة التأمين نصت على ذلك المادة (٢١) من القانون بالقول:

لا يجوز للمؤمن أني يرفض طلب التأمين إلا إذا ثبت عدم صحة البيانات الواردة بالطلب أو كان الطلب غير مستوف للشروط التي تضعها شركة التأمين .
وقد أوجب القانون أن تتضمن وثيقة التأمين الإلزامي لبيانات تكتب على ظهر الوثيقة.

بالتزام شركة التأمين لتغطية المسؤولية المدنية عن الأضرار الجسدية أو المادية التي تلحق بالغير من جراء الحوادث الواقعة داخل حدود الجمهورية .

وكذا أن للمتضرر الحق المباشر تجاه شركة التأمين والالتزام بالقيمة التي يحكم بها قضائياً مهما يلفت قيمتها وعدم جواز إلغاء وثيقة التأمين من قبل المؤمن له أثناء سريان مدة الوثيقة ما دام ترخيص سير السيارة قائماً .

وأن على المؤمن له الحفاظ على السيارة وصالحة للاستعمال مع اتخاذ كافة التدابير الاحترازية والمعقولة في سبيل ذلك .

وأن يقوم باحتكار شركة التأمين خلال (٧٢) ساعة في حال فقد السيارة وقوع حوادث نشأت عنها وفاة أو إصابة أو إضرار مادية كما نصت المادة (٢٢) على الآتي :

(تكتب على ظهر وثيقة التأمين الإلزامي البيانات التالية :

أ- تلتزم شركة التأمين لتغطية المسؤولية المدنية ، عن الأضرار الجسدية أو المادية التي تلحق بالغير من جراء الحوادث التي تقع في الجمهورية اليمنية والتي تسبب في وقوعها السيارات المؤمن عليها طبقاً لأحكام قانون التأمين الإلزامي على السيارات والقرارات الصادرة تنفيذاً لأحكامه .

ب- يعطي عقد التأمين للمتضرر حقاً مباشراً تجاه شركة التأمين ولا تسري بحقه الدفع التي يجوز للشركة أن تتمسك بها قبل المؤمن له .

ج- تلتزم شركة التأمين بقيمة ما يحكم به قضائياً من تعويضات مهما بلغت قيمتها وفي خلال المدة المنصوص عليها في هذا القانون وتخضع دعوى المتضرر قبل شركة التأمين للمدة المانعة من سماع الدعوى المنصوص عليها في القوانين النافذة .

د- لا يجوز للمؤمن له أن يلغي وثيقة التأمين أثناء سريانها ما دام ترخيص سير السيارات قائماً أما في حالة التلف الكلي للمركبة أو السيارة فللمؤمن له أن يسترد جزءاً من قيمة التأمين يتناسب والمدة الباقية من فترة التأمين بطلب مكتوب وبتأكيد صادر عن التلف الكلي من إدارة المرور .

هـ- يجب على المؤمن له أن يتخذ كافة الاحتياطات المعقولة للمحافظة على السيارة في حالة صالحة للاستعمال الأمن كما يجب عليه أخطار شركة التأمين خلال (٧٢) ساعة من تاريخ علمه أو علم من ينوب عنه في حالات فقد السيارة أو وقوع حادث منها نشأت عنه وفاة إصابة أو أضرار مادية .

وكما ورد في نهاية القانون نص المادة (٢٣) منه :

بأن تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القرار بالقانون بقرار جمهوري بعد موافقه مجلس الوزراء وكذا نصت المادة (٢٤) على الآتي :

على الوزراء المعنيين تنفيذ أحكام هذا القانون كل فيما يخصه كما ألفت المادة (٢٥) وهي المادة الأخيرة في هذا القانون (بإلغاء أي حكم أو نص يتعارض مع أحكام هذا القانون وعلى وجه الخصوص القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٦م بشأن التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات الصادر في عدن بتاريخ ٢٧/جماد الثاني ١٣٩٦هـ الموافق ٢٥/يونيو/١٩٧٦م .

اللَّهُ ولي الهداية والتوفيق ، ، ،

التحكيم الدولي الخاص طبيعة التحكيم وصفته

القاضي /
زيد حنش عبدالله
عضو المحكمة العليا

التحكيم الدولي الخاص طبيعة التحكيم وصفته

طبيعة التحكيم :

لمعرفة الطبيعة القانونية للتحكيم يتطلب دراسة التحكيم الدولي الخاص قبل تحديد رأي أو موقف محدد من طبيعته القانونية .

ولمعرفة المعاملة التي سيواجه بها الحكم الذي سيصدر بشأن التحكيم من حيث الاعتراف به أو من حيث تنفيذه أكان في الدولة التي صدر فيها الحكم أو في دولة أخرى ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فيما يتعلق بصفة التحكيم من حيث الأسلوب أو الطريقة التي يعرف بها إنما التحكيم من تصنيف طبيعته .

إن لهذا التحديد أهمية كبرى في مجال القانون الدولي الخاص إذ يعتد إلى حد كبير في معرفة القانون الواجب التطبيق خصوصاً في إجراءات التحكيم ، خاصة وأنه توجد العديد من الاتجاهات لتحديد طبيعة التحكيم وانعكاساتها على موقف القضاء في مختلف دول العالم وطريقة المحكمين عند فصلهم أو حكمهم في منازعات التحكيم ، والمعاهدات الدولية ، مما يتطلب اتخاذ موقف معين بشأن الطبيعة القانونية للتحكيم هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن كان يقال بعدم جدوى التفرقة بين التحكيم الوطني ، والتحكيم الدولي لأن التحكيم ليس له جنسية وحكم التحكيم محايد ، ولا يمكن تقسيمه إلى وطني وأجنبي أو دولي .

ونؤكد هنا على الأهمية الكبيرة لتحديد الوصف القانوني والدقيق للتحكيم نظراً للاختلاف الكبير في الأنظمة القانونية التي تنظم مختلف صور التحكيم ، خاصة وأن عدم تحديد وصف التحكيم ، ولكثرة

المصطلحات المستخدمة لوصفه فقد أدت إلى الخلط بين المعيار المتبع لوصف حكم التحكيم في تنفيذه والنظام القانوني الذي يخضع له التحكيم .

وقد رأى البعض من العلماء في بعض الدول ومنها جمهورية مصر العربية ، إخضاع كل من التحكيم الوطني والتحكيم الدولي لنفس القواعد القانونية في قانون المرافعات في تلك البلدان (بلدانهم) .

وهو ما أثر على مشرعي تلك البلدان فأصدرت قوانينها ليسري القانون على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي .

إن تحديد الطبيعة القانونية لتحكيم ، والوصف الدقيق للملائم ، من الأمور اللازمة ليتخذ التحكيم الملائمة ، وليتناسب مع أهميته المعاصرة .

وليتضح مدى صحة ما قاله البعض إن القضاء المصري يبدو ميلاً لترجيح الطابع الاتفاقي ونفيه الصفة القضائية عن التحكيم وترى محكمة النقض المصرية بأن قوام التحكيم ، هو الخروج على طرق التقاضي العادية . كما يرى البعض من العلماء؟ تأييد المشرع المصري للطبيعة التعاقدية لتحكيم نظراً لأن المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات رقم (١٣) لعام ١٩٦٨م في التعليق على المادة (٥١٣) الملغاة من ذلك القانون كانت تنص على أن حكم المحكمين ليس حكماً قضائياً والمادة (٥٠١) الملغاة من القانون نفسه كانت تجعل التحكيم إضافة إلى أن المادة (٢٢٩) مرافعات تقرر سريان قواعد تنفيذ أحكام القضاء الأجنبية على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي بينما ذهب اتجاه آخر إلى ترجيح الطابع القضائي للتحكيم بالنظر إلى التحكيم من زاوية أنه قضاء إجباري ملزم للخصوم عند اتفاق الطرفين عليه وأن التخلص منه لا يجدي ويحل محل قضاء الدولة الإجباري .

وإن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها بل إن الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم ، وعمل المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة ، فكل من المحكم

والقاضي يحل النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي به ، ويستمد هذه الحجية من المشرع.

وبالرغم من قيام التحكم على إرادة طرفي النزاع فإن هذا الرأي يؤد بأنه عمل من أعمال القضاء وأنه نظاماً قضائياً وإنكار طابعه القضائي يغير من حقيقة جوهره وقد برز اتجاه يخص التحكيم التجاري الدولي بالصفة القضائية غداً يعتبر التحكيم قضاءً أصيلاً للتجارة الدولية ويستند في ذلك على أن التحكيم التجاري على الصعيد العالمي ليس عملاً من طبيعة إرادية خالصة لأنه كثيراً ما يفرض جبراً على أطراف التجارة الدولية .

كما يدل " على انتقاء الطبيعة التعاقدية للتحكيم التجاري الدولي " باستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي نشبت عنه " المنازعة " .

كما يستند إلى اتباع هيئات التحكيم الدائمة لقواعد خاصة بها للإجراءات التي تتضمنها اللوائح المنظمة للعمل بها وكذلك باعتبار " قرارات التحكيم مصدراً مستقلاً لمنازعات التجارة الدولية " وما تتمتع به قرارات التحكيم من حجية وقوة تنفيذية "

ومن هذا الاتجاه يبدو أن الطبيعة القضائية تقتصر على التحكيم في مجال المعاملات الدولية أو التجارة الدولية دون غيره من صور التحكيم المختلفة .

ويؤيد الطبيعة المختلطة للتحكيم أغلب الفقه المصري وجانب كبير من الفقه الفرنسي فهو عقدي ، بالنظر إلى الوجوه التي تشتق من أصل التحكيم وهو العمل الإداري للأطراف وهو قضائي بالنظر إلى كون الحكم الذي ينتهي إليه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن مجرد القوة الملزمة للعد .

ويحلل البعض من هذا الاتجاه " التحكيم " باعتبار أنه ليس اتفاقاً محضاً وإنما هو نظام يمر بمراحل يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم كما يعتبر

البعض أن التحكيم في أساسه وجوهره تصرف إرادي على أنه انطلاقاً نحو تحقيق هدف يؤدي إلى تحريك نظام تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايره تدخل في عداد العمل القضائي .

فالظاهرة المستمدة م أصله " إرادة الأطراف " ترجح طابعه التعاقدية بينما هو عمل قضائي من حي أنه يلزم الأطراف بقوة تختلف عن قوة العقد ، وبالرغم من إقرار هذا الاتجاه بتطور الطابع التعاقدية للتحكيم إلا أنهم يقولون بوجود الاعتراف بما له من سمه قضائية .

ويرى البعض بأن التحكيم هو اتفاق على سلب اختصاص القضاء " .
وباتباعنا لموقف م الموافق في الاتجاهات سالفة الذكر فمن الصعب النظر إلى التحكيم كعقد ، لأن العقد في حد ذاته لا يحل النزاع ، وحتى بالرغم من أننا ندرك ضرورة وجود الاتفاق " اتفاق التحكيم " بين الأطراف بالرغم من أننا ندرك ضرورة وجود الاتفاق " اتفاق التحكيم " بين الأطراف لحل النزاع ، فيجب عدم الخلط بين هذا الاتفاق وبين التحكيم ككل وحتى وإن أمكن اعتبار التحكيم بأنه يتصف بالصيغة التعاقدية فلا يمكن مد هذه الصيغة إلى حكم التحكيم الصادر لحل النزاع هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فالنظر القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم ، لأن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة فيما يصدره من أحكام .

فالمحكم لا يستند إلى ما يدعم القاضي من حصانة ودوام استقرار كما أنه لا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة الأمر ، فلا يملك توقيع غرامات على الأطراف أو على الشهود بل إن الإجراءات التي يتبعها المحكم في عمله التحكيمي تختلف من نزاع إلى آخر .

كما أن المحكم لا يتقيد دائماً بالقانون ، كما هو الأمر في التحكيم بالصلح ، على عكس القاضي الذي يلتزم دائماً بتطبيق القانون كما أن

حجية حكم التحكيم وقوته التنفيذية تختلف عن حجية الحك القضائي وقوته التنفيذية فحجية الحكم القضائي تحول دون رفع دعوى بطلان أصلية للحكم بينما في حكم التحكيم يحوز رفع دعوى بطلانه ، كما أن القوة التنفيذية لا تتقرر لحكم التحكيم إلا بعد اللجوء للقضاء لإصدار أمر لتنفيذه على خلاف الحكم الصادر من القاضي في السلطة القضائي يصدر الأمر التنفيذي من القضاء نفسه مباشرة لتنفيذ ذلك الحكم عند حيازته حجية الأمر المقضي به واعتباره حكاً نهائياً وباتاً .

كما أن حجية الحكم القضائي متعلقة بالنظام العام بينما يمكن لأطراف اتفاق التحكم الاتفاق على إعادة التحكيم أمام هيئة تحكيم بعد الفصل فيه بحكم تحكيم ، أما حجية الحكم القضائي فإنها تحول دون ذلك .

إن تشبيه أحكام التحكيم بالأحكام القضائية الأجنبية يثير العديد من المشكلات ، خاصة في مجال تنفيذ الأحكام وكذلك تثار إشكالات بالنسبة لقصر الصفة القضائية على التحكيم التجاري الدولي فقط.

فعمل المحكم في هذا المجال أيضاً يختلف عن عمل القاضي ، كما تعوزه ما للقاضي من سلطات ويفتقر الحكم الذي يصدره المحكم للخصائص التي تتميز بها الأحكام القضائية على النحو السالف إيضاحه .

وكذلك الاستناد إلى الخصائص المستقلة التي تميز التحكيم التجاري الدولي عما عداه من صور التحكيم فنجد هنا أيضاً أن هذه الخصائص لا تؤدي بالتحكيم على التطابق مع القضاء كما يذهب إليه البعض فكل حالات إذعان الأطراف أو أحد أطراف النزاع للتحكيم لا تنفي بأن الأصل دائماً في حل النزاع بالتحكيم هو قبول أطرافه سواءً بالعلاقات بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة وبالنسبة للمعاملات التجارية الدولية الخاصة بالاستثمارات بين الدول والمنتمين للدول الأخرى كما أن استغلال شرط التحكيم في التجارة الدولية ليس من شأنه إصباغ الصفة القضائية على

التحكيم في هذا المجال ولا شك أنه بالرغم من أهمية أحكام التحكيم باعتبارها مصدراً من مصادر القواعد القانونية ، فلا يمكن أن تضاهي أحكام القضاء الذي يستند إليها القاضي (المحاكم الوطنية) والتي يستمد منها قوته وحمايته أما بالنسبة للمحكم فلا تعدو أن تكون مصدراً تفسيريّاً له فقط أما القاضي قانونه ملزماً له .

فيختلف حكم التحكيم في حجيته وقوته التنفيذية عما يتمتع به حكم القضاء في حجيته وقوته التنفيذية ولا تنفي العديد من أوجه الشبه بين أحكام لتحكيم وأحكام القضاء إلا أن هذا التشابه لا يجوز أن يكون مؤدياً على اعتبار التحكيم نظاماً قضائياً ، لأن هناك العديد من أوجه الاختلاف ، كما أشرنا سلفاً ولا يكفي لتحديد طبيعة التحكيم القول بأنه يبدأ باتفاق وينتهي بحكم قضائي ، فبالإضافة على أن هذا الاتجاه يعتبر هروباً من مواجهة المشكلة فقد جانبه الصواب من ناحيتين :

الأول : أنه اعتبر اتفاق التحكيم عقد - غلا انه - يختلف عن العقد في أمور أخرى ن :ما أن ليس مجرد عقد يستوي مع غيره من العقود .

الثانية : أن حكم التحكيم يعتبر بمثابة حكم قضائي بالرغم ، من وجود اختلافات رئيسية بين الحكمين .

والحقيقة أن محاولة وضع نظام متميز في إطار التقسيمات والأنظمة التقليدية ، غالباً ما يكون على حساب الحقائق العلمية وصحتها .

والتحكيم أداة متميزة لحل المنازعات ، فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما .

صفة التحكيم

للتفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي أهمية كبيرة يترتب على ذلك نتائج بالغة الخطورة قد تكون أهمها :

أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق :

فالتحكيم الوطني يستتبع تطبيق القانون الوطني ، الأمر الذي يختلف اختلافاً كبيراً عن التحكيم الدولي الذي يدخل في نطاق القانون الدولي العام ويستوجب تطبيق هذا القانون لحل المنازعات الدولية ، كما يختلف التحكيم الوطني عن التحكيم الدولي الذي يقع في إطار القانون الواجب التطبيق ويشير احتمال خضوعه لأحكام قوانين أجنبية ، ويقتضي البحث عن القانون لواجب التطبيق .

وإذا كانت بعض الدول تفتح المجال للتحكيم الوطني للخضوع لنفس القواعد التي تسري على التحكيم الدولي إلا أن هناك معاملة مختلفة للتحكيم الدولي هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن وصف التحكيم يترتب عليه تحديد مدى خضوعه للمعاهدات الدولية في هذا المجال التي تضع تنظيمات موضوعياً للتحكيم أو التي تحدد القانون الواجب التطبيق في شأنه .

ثانياً: تحديد المحكمة المعاونة للتحكيم :

نظراً لاختلاف التحكيم عن القضاء فإن التحكيم يلجأ إلى القضاء في مختلف ما يمر به من مراحل ، فالقضاء سلطة عامة من سلطات الدولة خلافاً للتحكيم .

فمن الطبيعي أن يحتاج للقضاء سواءً لاتخاذ تدابير وقته أو تحفظيه أو للمساعدة في اختيار المحكمين أو عزلهم ، أو للحكم على من يختلف من الشهود ، أو لإلزام الأطراف لتقديم مستندات أو للإجابة القضائية . إضافة إلى دور القضاء في تنفيذ أحكام التحكيم ، والفصل في دعاوى بطلان أحكام

التحكيم التي ترفع أمام محاكم الاستئناف - وكذلك لفصل في الطعون التي ترفع أمام محكمة النقض على أحكام محاكم الاستئناف في دعاوى البطلان وقد اتجهت تشريعات بعض الدول لتخصيص جزء منها لتنظيم أوجه معاونة القضاء للتحكيم وبينت في نصوص تشريعاتها أن تحديد المحكمة المختصة يتوقف على نوع التحكيم ، فالأمر يتوقف تبعاً لما إذا كان التحكيم داخلياً أو دولياً فتختص بالمساعدة في التحكيم الداخلي : المحكمة التي كان يتعين اختصاصها أصلاً بنظر النزاع فيما لو لم يتفق الأطراف على حل نزاعهم بالتحكيم (دائرة الاختصاص) كما هو عليه في قانون التحكيم اليمني الساري المفعول أما دعوى بطلان حكم التحكيم فترفع أمام محكمة الاستئناف التي ترفع أمامها استئنافات الأحكام الابتدائية في دائرة اختصاصها أيضاً كما هو عليه في قانون التحكيم اليمني أيضاً بينما تختص محكمة استئناف عاصمة الدولة كقاعدة عامة بالمساعدة في حل النزاعات التي تحل وفقاً لأسلوب التحكيم الدولي ، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في نفس الدولة كما هو منصوص على ذلك في القانون المصري .

فلها أن تأمر باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم ولها اختيار المحكم بناءً على طلب أحد الطرفين ، ولها الأمر بإنهاء مهمة المحكم بناءً على طلب أي من طرفي النزاع ولها القيام بالإجراء أو العمل الذي يتخلف أحد الطرفين أو الغير عن أداء ما عهد به إليه ولها الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالغرامة أو الإحضار ولها أن تأمر بالإجابة القضائية

ثالثاً : إعمال فكرة النظام العام

لفكرة النظام العام في التحكيم الدولي مجالاً يختلف كلية عن مجالها في التحكيم الوطني فهي أضيق نطاقاً في النوع الأول عنه في النوع الثاني فمسألة

قابلية النزاع للحل بالتحكيم يمكن أن تكون مبرراً لعدم تنفيذ حكم التحكيم إذا كان بالحكم مساس واضح وجدي بالنظام العام، وبالنسبة لأحكام التحكيم الأجنبية فليست كل قاعدة أمره تتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي تعتبر من النظام العام في المعاملات الدولية، وليست فكرة النظام العام في القانون الداخلي (الوطني) سبب لرفض تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (الدولية).

وقد استقر الفقه على ضرورة جعل هذه الفكرة - فكرة مرنة بحيث لا يتم التمسك بها إلا في حالات استثنائية.

ولقد أيد القضاء في العديد من الدول الأخذ بتفسير ضيق لفكرة النظام العام في مجال التحكيم بشأن المعاملات الدولية.

رابعاً : تنفيذ حكم التحكيم

لا شك أن من أهم مراحل التحكيم، هي مرحلة تنفيذ الحكم وبالتنفيذ يجب أن يحصل كل طرف على حقه المحكوم له بحكم التحكيم. وللتحكيم قواعد وأصول تختلف من دولة إلى أخرى ويتوقف ذلك على نوع التحكيم أو صفته، وتنفيذ حكم التحكيم يتطلب إجراءات، والتي قد تختلف حين يكون التحكيم تحكيمياً وطنياً أو تحكيمياً دولياً، ويراعى وجود معاهدات دولية تحكم تنفيذ أحكام التحكيم في المعاملات الدولية وكل هذا يتطلب ضرورة التمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي فعلى عكس التحكيم الوطني يعتبر البعض التحكيم دولياً، إما من حيث جوهره أو من حيث إجراءاته.. الخ ولا يعتبر التحكيم دولياً لمجرد انتماء المحكم لدولة أجنبية ويرى البعض إسباغ الصفة الدولية على التحكيم متى وصف النزاع بها الوصف (أي بأنه دولي).

ويرى البعض الآخر، اتساع تحديد دولية التحكيم بناءً على فكرة عدم انتمائه من كل النواحي إلى دولة واحدة ، سواءً من حيث طبيعة النزاع أو أطرافه أو المحكمين أو مكان التحكيم أو إجراءاته .

ويرفض البعض الآخر اعتبار التحكيم دولياً بناءً على قواعد الإجراءات التي يخضع لها التحكيم أو الطابع الدولي لهيئة التحكيم الدائمة التي تشرف على التحكيم ، وإنما بناءً على موضوع النزاع الخاضع للتحكيم فيعتبر التحكيم دولياً إن كان على نزاع يتعلق بالتجارة الدولية على حين يرى آخرون أن التحكيم الوطني هو الذي ينصب فيه موضوع التحكيم وإجراءاته في دولة واحدة فلا توجد مشكلة قانون دولي خاص ، ويخضع التحكيم للقانون الوطني للدولة ، بينما يكون للتحكيم طابع دولي بطبيعته إذا كان المحكم أجنبياً أو إذا كان يتعين إتباع إجراءات التحكيم في الخارج ، وللتحكيم طابع ولي من حيث جوهره إذا كان نزاع التحكيم نابعاً من علاقة قانونية ذات طابع دولي .

ويفرق البعض بين التحكيم الأجنبي وهو الذي يخضع لقانون أو نظام تحكيم أجنبي وبين التحكيم الدولي ، وهو الذي يخضع لمعاهدة دولية أو يتم وفقاً لنظام هيئة دولية للتحكيم .

إن المشرع الفرنسي اعتبر التحكيم دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية أي " التحكيم التجاري الدولي" وتبناه المشرع الفرنسي في التشريع الفرنسي لعام ١٩٩٣م مع إضافة الصفة الأجنبية في عنصر أطراف التحكيم . وقد تبنى المشرع الجزائري معياراً مشتركاً في وصف التحكيم بالصفة الدولية ن حيث يرجع إلى استلزام العامل الاقتصادي في هذا المعيار من المشرع الفرنسي واستلزام العامل القانوني في المعيار من التشريع السويسري .

وهذا يعني عدم كفاية العامل الاقتصادي ولا العنصر الأجنبي وحده لوصف التحكيم بالصفة الدولية إن معاهدة نيويورك لعام ١٩٨٥م عمدت لإصلاح أحكام التحكيم الأجنبية كما أخت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع

الدولي للبضائع المبرمة عام ١٩٨٠م بذلك ، وكذلك لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي أخذت بإصلاح التحكيم التجاري الدولي ي نموذج القانون الذي اعتمده اللجنة في ٢١/يونيو/١٩٨٥م.

ووفقاً لهذا النموذج يعتبر التحكيم دولياً في إحدى ثلاث حالات:

الأولى: عند وقوع مقرا عمل طريف اتفاق التحكيم عند إبرام الاتفاق في دولتين مختلفتين .

الثانية: إذا كانت الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين تختلف عن الدولة التي يوجد فيها مكان التحكيم أو عن الدولة التي يوجد فيها أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به .

الثالثة: إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة نجد هنا إن هذا التحديد تحكيمي ، وقد أخذ المشرع المصري بهذا الأسلوب مع تغيير طفيف حيث نص القانون " على أن يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية " ، في الأحوال التالية :

أولاً إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم ، والعبارة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم ، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال ، فظاهره عمل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفاً التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة ، أو مركز تحكيم يوجد مقره داخل ج.م.ع أو خارجها (القانون المصري).

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل موضوع التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة .

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت عدم اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة .

مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين .

ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع .

وفرق التشريع المصري بين نوعين التحكيم :

١- التحكيم الداخلي . ٢- التحكيم التجاري الدولي.

سريان أحكام التشريع على التحكيم الداخلي وفي نفس الوقت سريانها على التحكيم التجاري الدولي ، باتفاق أطرافه. ويكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي .

ويكاد هذا أن يكون ترجمة حرفية لقانون الأمم المتحدة ١٩٨٥ م .

ويمكن هنا أن نسجل ملاحظتنا على تحديد المشرع المصري لوصف الدولية: **أولاً:** لم يتبع أسلوباً واحداً بتحديد دولية التحكيم ، حيث أن البعض يتبع أسلوب وضع معياراً عاماً - مثل المشرع الفرنسي بينما البعض الآخر أتجه إلى إيراد حالات أو افتراضات للدولية (اتفاقيات الأمم المتحدة في البيع الدولي للبضائع) .

أما المشرع المصري فقد جمع بين كلا الأسلوبين وهما :

١- أنه بعد أن تبنى معياراً لدولية التحكيم ، مؤداه تعلق موضوع النزاع بالتجارة الدولية " وأضف طائفة من الحالات التي يكون فيها التحكيم دولياً. ولذلك فإنه يعتبر موقفاً يتسم بالتردد والاضطراب .

٢- ولا خلاف حول وضع المعيار العام ، أما وضع حالات تتحقق فيها الدولية فهو حصر لتلك الحالات ، والمفترض الجمع بين الأمرين ، بأن يتعلق موضوع النزاع بالتجارة الدولية ، فضلاً عن توافر إحدى الحالات التي أوردها المشرع المصري ، لوصف التحكيم بالصفة الدولية .

ولكن مشروع القانون مأخوذاً حرفياً من نموذج قانون الأمم المتحدة ولذلك تعرض للنقد .

ثانياً : وهو تحديد عشوائي

ثالثاً: مصادرة على المطلوب باشتراطه لاختصاص محكمة تحكيم غرفة التجارة على سبيل المثال - أن يتصف النزاع بطابع دولي لإثارته بمصالح

مرتبطة بأكثر من دولة - ولذلك فوطنية جميع عناصر ا لعلاقة تثير النزاع وتجعله بعيداً عن اختصاص هيئة التحكيم إلا أن المشرع المصري عكس هذا الوضع بجعله اختصاص أحد مراكز التحكيم حتى ولو كان في مصر سبباً لاعتبار التحكيم دولياً ولذلك فموقفه صادرة على المطلوب لأن المفترض أن يختص مركز التحكيم بحل النزاع لتعلق موضعه بالصفة الدولية .

رابعاً: تبني مصطلحات تثير الخلاف : في أي تشريع سابق أو معاهدة دولية دون دراسة بالمقصود وبالاصطلاح ونتائج الأخذ به مما يثير الخلاف .

خامساً: تسهيل مهمة المحكمين الراغبين في الهروب من القوانين الوطنية للدول الأطراف في التحكيم حيث ظهر ذلك كثيراً.

ونرى ضرورة ووجوب إيضاح التفرقة بين تقسيم التحكيم وتقسيم أحكامه بهدف تحديد النظام القانوني للتحكيم لمعرفة معاملة حكم التحكيم بعد صدوره . فيعتبر التحكيم وطنياً عندما تكون كل عناصر موضوع النزاع وطنية ، وكذلك كل عناصر التحكيم ، فيخضع التحكيم بذلك للقانون الوطني فقط من حيث الموضوع أو الإجراءات.

أما التحكيم الدولي العام : فهو التحكيم الذي يهدف إلى حل المنازعات الدولية ، ويخضع لقواعد القانون الدولي .
والتحكيم الدولي الخاص: هو التحكيم الذي يهدف إلى حل المنازعات المالية ذات الطابع الدولي، أي المنازعات التجارية المشتملة على عنصر أجنبي ، ويخضع هذا التحكيم كقاعدة عامة لسلطان إرادة الأطراف .

أما التقسيم الثاني : فلا يكفي أن نصف حكم ا لتحكيم بأنه وطني أو أجنبي أو خارجي أو دولي بل لا بد أن نحدد انتماء الحكم أي أن تنفيذ حكم التحكيم يقتضي في العديد من الحالات ، تحديد الدولة التي ينتمي إليها الحكم ، لتطبيق أحكام ومعهده دولية ، أو معاهدة لإعمال شرط المعاملة بالمثل .

وفي هذا الشأن نرى تأييد معيار مكان صدور حكم التحكيم ، بحيث ينتمي إلى الدولة التي صدر فيها بالنسبة لقواعد وإجراءات الحكم ، والذي تأخذ به معاهدة نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها الصادرة في ١٩٥٨م ، معاهدة جامعة الدول العربية لتنفيذ الأحكام الصادرة في ١٩٥٢م .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ