



مجلة

القلزم



ISSN: 1858 - 9979

للدراستات السياسية والقانونية

مجلة علمية دولية محكمة ربع سنوية تصدر عن
مركز بحوث ودراسات دول حوض البحر الأحمر- السودان- بالتعاون مع جامعة البليدة 2- الجزائر

■ جريمة إرهاب الدولة في إطار القانون الدولي العام والاختصاص القضائي

د. الزبير حمزة الزبير

■ الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام أحكامه وتطبيقاته

د. بشير الريح حمد محمد

■ إيجارة الأرحام بين التحريم والإباحة

د. فريدة عوض سعيد

■ دور المفاوضات في تسوية النزاعات الدولية

أ.حنفي عبيد خليل مسلم

■ الصعوبات القانونية والعملية في تطبيق المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر
السوداني للعام 2014م

د. إيهاب عبد الحميد عبد العال عبد الغفار



العدد الرابع- شعبان 1442هـ مارس 2021م

فهرسة المكتبة الوطنية السودانية-السودان
مجلة القلزم: Alqulzum Journal for political and
legal studies

الخرطوم : مركز بحوث ودراسات دول حوض البحر الأحمر 2021

تصدر عن دار آريثيريا للنشر والتوزيع السودان

ردمك: 1858-9979

الخرطوم- السودان

مجلة القلزم للدراسات السياسية والقانونية

الهيئة العلمية والإستشارية

البروفسير / خريف عبدالوهاب - جامعة لونيبي علي - البليدة-02 الجزائر
البروفسير / محمد حسين أبوصالح - جامعة أم درمان الإسلامية - السودان
البروفسير / حسين بشير نور الدائم - جامعة الزعيم الأزهرى - السودان
البروفسير / آدم محمد أحمد عبد الله - جامعة الزعيم الأزهرى - السودان
البروفسير / جمال الشلبي - الجامعة الهاشمية الاردنية - الاردن
البروفسير / صلاح الدين عبدالرحمن الدومة - جامعة أم درمان الإسلامية - السودان
البروفسير / محمد امزيان - جامعة قطر - قطر
البروفسير / خالد فايت حسب الله - كلية الإمام الهادي - السودان
البروفسير / أسعد عبدالحميد إبراهيم - الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة - المملكة العربية السعودية
البروفسير / محمود شرقي - جامعة لونيبي علي - البليدة -02 الجزائر
الدكتور / صلاح الداودي حب الله - جامعة قرطاج - بتونس
الدكتور / ريم موسى - استاذ العلوم السياسية - جامعة بحري - السودان
الدكتور / ناهض ابو حماد - جامعة غزة - فلسطين
الدكتور / جمال الهاشمي - مركز الإصباح - فرنسا
الدكتور / ديدوي ولد السالك - المركز الموريتاني للدراسات الاستراتيجية - موريتانيا
الدكتورة / زحل محمد الأمين - جامعة النيلين - السودان
الدكتورة / هدى العربي - جامعة صفاقس - تونس
الدكتور / بشير الريح حمد - جامعة الأمير سطات - المملكة العربية السعودية
الدكتور / جمال بن سالم - جامعة لونيبي علي - البليدة -02 الجزائر
الدكتور / ماجد بن ثابت بن غازي الشيباني - جامعة الأمير سطات - المملكة العربية السعودية
الدكتور / عقاب عبد الصمد - جامعة لونيبي علي - البليدة -02 الجزائر
الدكتور / يونس محمد آدم القدال - جامعة الزعيم الأزهرى - السودان
الدكتور / عبد الحكيم دهبى - جامعة لونيبي علي - البليدة -02 الجزائر
الدكتور / سليم لعياي - جامعة لونيبي علي - البليدة -02 الجزائر

هيئة التحرير

المشرف العام

د. نسيم بهلول

رئيس التحرير

د. حاتم الصديق محمد أحمد

نائب رئيس التحرير

د. عوض أحمد حسين شبا

سكرتير التحرير

د. دينا العشري

التدقيق اللغوي

أ. ميرغني ديشاب

الإشراف الإلكتروني

د. محمد المأمون

التصميم الفني

أ. عادل محمد عبد القادر

الآراء والأفكار التي تنشر في المجلة

تحمل وجهة نظر كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن آراء المركز

ترسل الأوراق العلمية على العنوان التالي:

هاتف: ٢٤٩٩١٠٧٨٥٨٥٥ - ٢٤٩١٢١٥٦٦٢٠٧١

بريد إلكتروني: rsbcsc@gmail.com

السودان - الخرطوم - السوق العربي - عمارة جي تاون - الطابق الثالث

موجهات النشر

تعريف المجلة:

مجلة (القلزم) مجلة علمية محكمة تصدر عن مركز بحوث ودراسات دول حوض البحر الأحمر. تهتم المجلة بالبحوث والدراسات التي تخص حوض البحر الأحمر والدول المطلة عليه والمواضيع ذات الصلة.

موجهات المجلة:

1. يجب أن يتسم البحث بالجودة والأصالة وألا يكون قد سبق نشره قبل ذلك.
 2. على الباحث أن يقدم بحثه من نسختين. وأن يكون بخط (Traditional Arabic) بحجم 14 على أن تكون الجداول مرقمة وفي نهاية البحث وقبل المراجع على أن يشار إلى رقم الجدول بين قوسين دائريين ().
 3. يجب ترقيم جميع الصفحات تسلسلياً وبالأرقام العربية بما في ذلك الجداول والأشكال التي تلحق بالبحث.
 4. المصادر والمراجع الحديثة يستخدم أسم المؤلف، اسم الكتاب، رقم الطبعة، مكان الطبع، تاريخ الطبع، رقم الصفحة.
 5. المصادر الاجنبية يستخدم اسم العائلة (Hill, R).
 6. يجب ألا يزيد البحث عن 30 صفحة وبالإمكان كتابته باللغة العربية أو الإنجليزية
 7. يجب أن يكون هناك مستخلص لكل بحث باللغتين العربية والإنجليزية على ألا يزيد على 200 كلمة بالنسبة للغة الإنجليزية. أما بالنسبة للغة العربية فيجب أن يكون المستخلص وافياً للبحث بما في ذلك طريقة البحث والنتائج والاستنتاجات مما يساعد القارئ العربي على استيعاب موضوع البحث وبما لا يزيد عن 300 كلمة.
 8. لا تلتزم هيئة تحرير المجلة بإعادة الأوراق التي لم يتم قبولها للنشر.
- * على الباحث إرفاق عنوانه كاملاً مع الورقة المقدمة (الاسم رباعي، مكان العمل، الهاتف، البريد الإلكتروني).
- نأمل قراءة شروط النشر قبل الشروع في إعداد الورقة العلمية

الخرطوم - السودان

- جريمة إرهاب الدولة في إطار القانون الدولي العام والاختصاص القضائي.....(1-28)
د. الزبير حمزة الزبير
- الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام أحكامه وتطبيقاته.....(29-50)
د. بشير الريح حمد محمد
- استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية.....(51-78)
د. ياسمين أحمد محمد أحمد
- التحكيم في التجارة الدولية.....(79-86)
أ.حنفي عبيد خليل مسلم
- إيجارة الأرحام بين التحريم والإباحة.....(87-102)
د. فريدة عوض سعيد
- الأصول الإسلامية للقانون الدولي الانساني.....(103-120)
أ. ابراهيم محمد فقير
- دور المفاوضات في تسوية النزاعات الدولية.....(121-130)
أ.حنفي عبيد خليل مسلم
- الصعوبات القانونية والعملية في تطبيق المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر
السوداني للعام 2014م.....(131-152)
د. إيهاب عبد الحميد عبد العال عبد الغفار
- دور السلطين التشريعية والتنفيذية في الرقابة على أجهزة مكافحة الفساد.....(153-166)
أ.روعة سرالختم عبد الله عثمان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد
وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً..

وبعد

القارئ الكريم....

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين..

وبعد

السادة القراء الكرام سلام من الله ورحمة وبركات ونحن نطل على حضراتكم من نافذة جديدة من نوافذ النشر العلمي للبحوث والدراسات من ضمن سلسلة مجلات القلزم العلمية المتخصصة والتي تصدر عن مركز بحوث ودراسات دول حوض البحر الأحمر (السودان)، وهي مجلة القلزم العلمية للدراسات السياسية والقانونية.

القارئ الكريم:

تصدر هذه المجلة المتخصصة بالشراكة مع جامعة البليدة 2 (الجزائر) في إطار اتفاقية التعاون العلمي الموقعة بين الطرفين؛ إيماناً منهما بأهمية الدراسات السياسية والقانونية على المستوى الإقليمي والدولي، وبحمد الله وتوفيقه النجاح والتوفيق حالفا هذه الشراكة العلمية وأثبتت عملياً جدواها في مجال النشر العلمي وذلك بتعاون الهيئات العلمية المختلفة لهذه المجلة.

القارئ الكريم:

إن السرعة والجدية التي تلتزم بها مجلات القلزم المتخصصة المختلفة وفرت منصة مهمة للباحثين لنشر دراساتهم وبحوثهم، وأسهمت في تشجيعهم على ذلك. وأخيراً نأمل أن يجد القارئ الكريم مادة علمية جديدة ومفيدة في عددنا الرابع من مجلة القلزم العلمية للدراسات السياسية والقانونية ونتمنى في مقبل أعدادنا مزيداً من التجويد والإتقان.

مع خالص الشكر والتقدير

هيئة التحرير

جريمة إرهاب الدولة في إطار القانون الدولي العام والاختصاص القضائي

كلية العلوم والدراسات الإنسانية بالدوادمي قسم القانون
جامعة شقراء- المملكة العربية السعودية

د. الزبير حمزة الزبير

المستخلص:

يهدف البحث إلى محاولة وضع تعريف علمي محدد لجريمة إرهاب الدولة وبيان الفرق بينها وبين جريمة العدوان وبيان صورها والطبيعة القانونية لها والاختصاص القضائي. وتمثلت مشكلة البحث في تساؤلات عن ماهية جريمة إرهاب الدولة وما الفرق بينها وبين جريمة العدوان وماهي الطبيعة القانونية لها وماهي الجهة المختصة في نظر الدعاوى المتعلقة بها. استخدمت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي الذي يسعى إلى وصف وتحليل وتشخيص موضوع البحث من مختلف جوانبه وأبعاده من النواحي القانونية بهدف التوصل إلى نظرة واضحة لتحديد مفهوم جريمة إرهاب الدولة والاختصاص القضائي فيها.

Abstract:

The research aims to try to establish a specific scientific definition of the crime of state terrorism and to show the difference between it and the crime of aggression and to show its images, the legal nature of it and its jurisdiction. The problem of the research was questions about what the crime of State terrorism was, what was the difference between it and the crime of aggression, what was the legal nature of it and what was the competent authority in the case of the cases.

مقدمة:

إن مصطلح جريمة إرهاب الدولة من المصطلحات الحديثة في القانون الدولي ولم تحظ بالبحث والدراسة حتى الآن ويرجع ذلك من ناحية إلى غموض فكرة الإرهاب بصورة عامة وعدم الوصول إلى تعريف واضح ومحدد له. ومن ناحية أخرى فقد رأى البعض أنه من غير الملائم إسناد جريمة الإرهاب إلى الدولة مع ما تتمتع به من سيادة مما يضيفي على أعمالها صفة الشرعية، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه لا يجب النظر إلى جريمة إرهاب الدولة باعتبارها جريمة قائمة بذاتها وإنما يجب النظر إليها باعتبارها صورة من صور العدوان الذي تقوم به الدولة ضد دولة أو دول أخرى وكذلك يثور الجدل حول الاختصاص القضائي في هذه الجريمة هل ينعقد للقضاء الوطني أم القضاء الدولي.

إرهاب الدولة:

لم تعرف قواعد القانون الدولي حتى وقت قريب قواعد قانونية تحد من تصرفات، الدولة أو تقيدها، حيث استقر العرف الدولي على مبدأ سيادة الدولة بمعنى أن الدولة صاحبة سيادة لا تعلق عليها قيادة وهي

متساوية مع جميع الدول الأخرى وفي مقابل ذلك لها حق الاحتفاظ المطلق في شن الحروب والعدوان لأنه مظهر من سيادتها، ولذا فإن أي عمل من أعمالها يعد عملاً من أعمال السيادة تصرفه حسبما تشاء وفق تقديرها ومصالحها. ومن هذا المنطلق لم يكن بالإمكان مساءلة الدولة ولو قامت بأعمال عنف تعد من قبيل الأعمال الإرهابية، وظلت الدولة الاستعمارية وفيه لهذا المنطق الذي يرى أن الإرهاب الواجب دراسته والتعامل معه هو الإرهاب الفردي أو الجماعي الموجه من قبل دولة ما، وليس إرهاب الدولة نفسها⁽¹⁾ وفي إزاء تزايد الأعمال الإرهابية التي تقوم بها الدول، فقد تمت الإشارة إلى إرهاب الدولة للمرة الأولى في مشروع القانون الخاص بالجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها الذي تبنته لجنة القانون الدولي عام 1954م حيث اعتبرت اللجنة جريمة إرهاب الدولة من قبيل هذه الجرائم وتتمثل في قيام سلطات الدولة بأنشطة إرهابية أو بالتشجيع بالقيام بأنشطة إرهابية داخل إقليم دولة أخرى، أو تغاضي سلطات الدولة عن أنشطة منظمة ترمي إلى القيام بأعمال إرهابية داخل إقليم دولة أخرى.

كما أشار إعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بعلاقات الصداقة والتعاون بين الدول الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1970م إلى جريمة إرهاب الدولة حيث دعا الدول إلى ضرورة الامتناع عن استخدام القوة أو القيام بأعمال انتقامية ضد دول أخرى، وكذلك الامتناع عن كل عمل قسري لحرمان الشعوب من حقوقها الشرعية وخاصة حقها في تقرير المصير، والامتناع عن تنظيم أو تشجيع تنظيم القوات غير نظامية أو العصابات المسلحة، بما في ذلك المرتزقة للإغارة على إقليم دولة أخرى والامتناع عن تنظيم أعمال الحرب الأهلية أو الأعمال الإرهابية في دولة أخرى، أو التحريض عليها، أو المساعدة أو المشاركة فيها أو قبول تنظيم أنشطة داخل إقليمها تكون موجهة إلى ارتكاب مثل هذه الأعمال⁽²⁾ وفي إطار جهود الأمم المتحدة لتعريف الإرهاب، اجتمعت اللجنة الفرعية المعنية بتعريف الإرهاب خلال الفترة من 1 إلى 2 أغسطس 1973م وناقشت المقترحات المقدمة من الدول الأعضاء ومن بينها اقتراحات دول عدم الانحياز التي تركزت حول الإرهاب الذي تمارسه الدول حيث رأت أن أعمال العنف التي تمارس على نطاق واسع بواسطة الدول ضد شعوبها بأكملها بهدف السيطرة عليها أو التدخل في شؤونها الداخلية، وأن استخدام القوة المسلحة في الثأر والأعمال الانتقامية أو الدفاع الوقائي الذي تمارسه دولة ضد سلامة وسيادة دولة أخرى، ودفع المجموعات الإرهابية إلى إقليم دولة ما بهدف إشاعة الرعب والفرع بين المواطنين وإسقاط الأنظمة السياسية ينبغي أن تدخل جميعها في نطاق تعريف الإرهاب نظراً لخطورتها وجسامتها عن أي شكل آخر من أشكال الإرهاب.

كما اجتمعت اللجنة الفرعية المعنية ببحث الأسباب الكامنة وراء الإرهاب الدولي خلال الفترة من 3 إلى 6 أغسطس 1973م وناقشت الأسباب الكامنة وراء الإرهاب الدولي والعلاقة بين هذه الأسباب وضرورة اتخاذ تدابير لمنع أعمال الإرهاب التي تعرض حياة الأبرياء للخطر، حيث تقدمت مجموعة دول عدم الانحياز باقتراح إلى اللجنة يفرق بين الإرهاب الفردي وإرهاب الدول والإرهاب الموجه ضد الدول، وذكرت أن الإرهاب الفردي يجد مصدره في عوامل اجتماعية ونفسية ووراثية وأن بحث هذه الأسباب لا يدخل في نطاق عمل اللجنة، أما إرهاب الدولة والذي يتمثل في السجن الجماعي وممارسة التعذيب والمذابح الجماعية وأعمال الثأر ومهاجمة السكان المدنيين وتدمير البنية الاقتصادية، فتلجأ إليه

الدول بهدف تحقيق السيطرة الاستعمارية وممارسة التمييز العنصري أو الاحتلال الأجنبي، أو لسحق إرادة شعب أو لإخضاعه لسياسة معينة أو استغلال موارده بشكل يتعارض مع مصالحه الخاصة، أما الإرهاب الموجه ضد الدول فتمارسه فئة اجتماعية عندما تحرم من حقوقها أو عندما تكون ضحية أنظمة اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية غير عادلة، أو عندما تفشل الوسائل القانونية القائمة في تحقيق العدالة.

ونظراً لأن مصطلح إرهاب الدولة من المصطلحات الحديثة في فقه القانون الدولي فإنه لم يحظ بالدراسة الكافية حتى الآن مما يجعله مصطلحاً غامضاً غير واضح المعالم، وبالرغم من ذلك فقد بذلت بعض المحاولات الفقهية لتعريف إرهاب الدولة وتمييزه عن الإرهاب الفردي حيث ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن إرهاب الدولة يتمثل في السياسات والأعمال الإرهابية التي ترعاها وتدعمها الدول بشكل مباشر أو

غير مباشر⁽³⁾ والتي تأخذ شكل أفعال تحظرها القوانين الوطنية أو الدولية سيما الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والتي تتمثل في جرائم الإبادة والجرائم ضد الإنسانية مخالفة لقوانين الحرب سيما المتعلقة بحماية المدنيين⁽⁴⁾ ويشمل كذلك رفض الدولة التزامات المعاهدات الدولية المتعلقة بوجوب مكافحة الإرهاب الدولي⁽⁵⁾ أو قيام الدولة بإرسالها للمساعدات والأموال للجماعات الإرهابية في الدول المجاورة، أو هو التعسف الذي يكون من السلطة السياسية أو الإدارية أو الاقتصادية في هيئة المجموعات متعددة الجنسيات أو الاجتماعية أو الدينية تمارسه على الآخرين بقصد التأثير على أعمالهم، مثل أعمال التعذيب والمعاملة اللا إنسانية والوحشية وتقييد الحريات الأساسية كحرية التنقل وحرية الرأي في الصحافة والعقيدة وغيرها، ويكون باستعمال الوسائل العنيفة أو الاحتياطية أو الفاسدة بهدف تحقيق أهداف ماحنة غير شرعية، وبالتالي تلجأ الدولة إلى منع الرقابة القانونية أو إعاقتها أو منع توقيع العقوبات الجنائية على بعض نماذج من السلوك الذي يحدث غالباً من المستويات العليا من الهيئات الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية⁽⁶⁾

وعرفه بعض الفقهاء أيضاً بأنه هو الاستخدام التعسفي للقوة المتاحة من قبل الدولة أو المؤسسات التابعة لها أو الشخصيات المسؤولة فيها الذي يوجه ضد أمن وسلامة وسيادة دولة أخرى أو ضد السكان المدنيين فيها، أو هو استخدام الوسائل المحرمة لإبادة أفراد قوات الدولة الأخرى أو مظاهر الإبادة التي توجه ضد السكان المدنيين الموجودين في الدولة الأخرى لأسباب عنصرية أو سياسية أو اجتماعية أو إيجاد ظروف معاشية تتنافى مع حقوق الإنسان بما فيها تهجيرهم بالقوة من أراضيها.

ويمكننا تعريف إرهاب الدولة بأنه هو استخدام العنف العمدي غير المشروع أو التهديد بإستخدامه من قبل سلطات دولة ما أو أحد أجهزتها أو بعض الأشخاص الذين يعملون لمصلحتها ضد رعايا أو ممتلكات دولة أخرى لخلق حالة من الرعب والفرع بغية تحقيق أهداف محددة، وكذلك قيام سلطات دولة ما بمشاركة أو تشجيع أو حث أو تحريض أو التستر على إيواء أو تقديم العون والإمداد إلى جماعات نظامية أو غير نظامية أو عصابات مسلحة أو تسهيل تواجدهم على أراضيها أو تغاضيها عن أنشطتهم التي ترمي إلى القيام بأعمال عنف وتخريب ضد دولة أخرى.

التمييز بين جريمة إرهاب الدولة وجريمة العدوان كان الإرهاب في صورته التقليدية عبارة عن عمل فردي يقوم به فرد أو مجموعة من الأفراد فيتم تنفيذه بطريقة عشوائية في أغلب الأحيان ولكن التطور الحديث لصور الإرهاب جعل منه أسلوباً منظماً له دور محدد وهدف يرمي إليه من خلال جماعات دولية

منظمة، وفي الآونة الأخيرة لجأ عدد غير قليل من الدول إلى استخدام الإرهاب في العلاقات الدولية كبديل لأعمال الحرب التقليدية بين الدول⁽⁷⁾

فلجأت دول كبرى إلى استخدام الوسائل الإرهابية ضد دول صغرى من أجل أهداف سياسية تخدم مصالحها وتجنبها ضغوط الرأي العام العالمي في حالة لجوئها إلى الحرب، وفي المقابل فقد لجأت بعض الدول الصغرى إلى استخدام الإرهاب ضد دول كبرى بدافع الثأر والانتقام، حيث يعد الإرهاب في هذه الحالة هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق تلك الأهداف نظراً لضعف قوتها العسكرية وعدم قدرتها على الدخول في حرب تقليدية، وأخيراً فقد تلجأ الدول المتصارعة المتكافئة عسكرياً إلى استخدام الإرهاب فيما بينها لبث الرعب والفرع بين مواطني الدولة الخصم، وتدمير وتخریب العديد من الأهداف المدنية والعسكرية وخلق حالة من عدم الاستقرار مما يؤثر تأثيراً بالغاً على الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة الخصم نظراً لأن تلك الأعمال الإرهابية التي تلجأ الدول إلى استخدامها تعد زهيدة التكاليف مقارنة بالتكاليف الباهظة للحروب التقليدية.

لذا فإننا نرى أن إرهاب الدولة قد أصبح سمة من سمات العصر الحديث وأضحى بديلاً للحروب التقليدية وأعمال العدوان. وبالرغم من أن جريمة إرهاب الدولة تعد من أخطر صور الإرهاب وأكثرها جسامة نظراً لأنها ترتكب من قبل الدول بما لها من إمكانيات هائلة تفوق بكثير إمكانيات الأفراد والمنظمات الإرهابية، إلا أن المجتمع الدولي لم يتصد لهذه الجريمة بشكل فعال، ويرجع ذلك إلى أن معظم مرتكبي تلك الجريمة من الدول الكبرى ذات التأثير السياسي الكبير على المنظمات العالمية والإقليمية، مما يحول دون اتخاذ موقف دولي فعال تجاه تجريم تلك الأعمال الإرهابية التي تمارسها الدول. وفي ظل عدم وجود تقنين دولي لتجريم الأعمال الإرهابية التي تبشرها الدول ومعاينة مرتكبيها فقد ذهب جانب من الفقه الدولي إلى القول بأن الأعمال الإرهابية التي ترتكب من قبل دولة ما ضد دولة أخرى تعد بمثابة صورة من صور العدوان ولا تشكل ما يسمى بإرهاب الدولة، واستندوا في ذلك إلى القول بأن الدولة بما لها من سيادة لا يجوز إسناد صفة الإرهاب إليها، وهذا بالإضافة إلى أن جريمة الإرهاب لا يرتكبها إلا الأفراد، ومن غير المتصور ارتكاب الدولة لهذه الجريمة، وبالتالي فليس هناك ما يسمى بإرهاب الدولة، فالدولة طبقاً للقانون الدولي لا تكون إلا دولة معتدية⁽⁸⁾ وأقر البعض الآخر بجريمة إرهاب الدولة ولكن على اعتبار أنها أقل خطورة من جرائم الإرهاب التي يرتكبها الأفراد⁽⁹⁾ بينما ذهب اتجاه ثالث إلى القول بضرورة النظر إلى إرهاب الدولة باعتباره أكثر صور الإرهاب خطورة⁽¹⁰⁾ ومن جانبي أميل إلى تأييد هذا الاتجاه الأخير الذي يعتبر إرهاب الدولة من أخطر صور الإرهاب وأكثرها جسامة، لأنه يتوافق مع الواقع الدولي الذي يشهد تزايد الأعمال الإرهابية التي تمارسها الدول على نطاق واسع وبشكل لم يسبق له مثيل مما دعا الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى إدانة سياسات وممارسات الإرهاب التي تبشرها بعض الدول كأسلوب في التعامل مع الدول والشعوب الأخرى⁽¹¹⁾ وأرى أنه من الضروري النظر إلى جريمة إرهاب الدولة باعتبارها جريمة قائمة بذاتها وليس مجرد صورة من صور العدوان وذلك للإعتبارات الآتية:

أ. بالرجوع إلى قرار تعريف العدوان رقم 3314 الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14 ديسمبر 1974م والذي أوردت المادة الأولى منه تعريف العدوان بأنه عبارة عن

استخدام القوة المسلحة من جانب إحدى الدول ضد سيادة ووحدة الأراضي أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى، أو بأية صورة أخرى تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة. فنجد أن هذا التعريف قاصر عن استيعاب كافة صور وأشكال إرهاب الدولة، مما يشجع الدول على ارتكاب جرائم الإرهاب التي لا تدخل ضمن التعريف السابق للعدوان.

ب. أن هناك اختلافاً واضحاً بين العدوان وإرهاب الدولة من حيث الأهداف المستقاة من كل منهما، فبينما يهدف العدوان في أغلب الحالات إلى غزو أو احتلال أو تغيير أو ضم إقليم ما، فإن إرهاب الدولة يهدف إلى الترويع والتخويف لإجبار الآخرين على اتخاذ موقف معين.

ج. ثم إن القول باعتبار جريمة إرهاب الدولة صورة من صور العدوان يؤدي إلى إفراغ هذه الجريمة من مضمونها، لأنها بذلك سوف تظل خارج دائرة التجريم والعقاب لأن هذه الجريمة فضلاً عن أنها قد لا ترقى إلى مستوى الأعمال العدوانية .

د. وأخيراً فإن اعتبار جريمة إرهاب الدولة جريمة قائمة بذاتها سوف يفسح المجال أمام الفقه الدولي لوضع الضوابط والمعايير اللازمة لتحديد مضمون هذه الجريمة تحديداً دقيقاً، مما يهدد الطريق نحو إدراج هذه الجريمة وغيرها من جرائم الإرهاب الدولي ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية لتولى محاكمة مرتكبيها أيّاً كانت مناصبهم أو مراكزهم السياسية، الأمر الذي سوف يساهم بفعالية في قمع ومكافحة هذه الجرائم.

صور إرهاب الدولة:

من خلال تعريفنا لإرهاب الدولة بأنه استخدام العنف العمدي غير المشروع أو التهديد باستخدامه من قبل سلطات دولة ما أو أحد أجهزتها أو

بعض الأشخاص الذين يعملون لمصلحتها ضد رعايا أو ممتلكات دولة أخرى لخلق حالة من الرعب والفرع بغية تحقيق أهداف محددة، وكذلك قيام سلطات دولة ما بمشاركة أو تشجيع أو حث أو تحريض أو التستر على أو إيواء أو تقديم العون والإمداد إلى جماعات نظامية أو غير نظامية، أو عصابات مسلحة أو تسهيل تواجدهم على أراضيها أو تغاضيها عن أنشطتهم التي ترمي إلى القيام بأعمال عنف وتخريب ضد دولة أخرى.

يتضح لنا أنه يأخذ صورتين إحداها مباشرة والأخرى غير مباشرة. فيكون إرهاب الدولة مباشراً عندما يقوم به نيابة عنها ولمصلحتها موظفوها أو من في حكمهم

كأجهزة الاستخبارات أو أفراد القوات المسلحة أو عملاء مستأجرين سواء كانوا مواطنين أو أجانب، ويكون غير مباشر عندما ترعى الدولة أفراداً أو مجموعات وتقدم لهم المساعدات أو التدريب أو الرعاية للقيام بأعمال إرهابية⁽¹²⁾

الإختصاص القضائي في جريمة إرهاب الدولة:

إن ملاحقة مرتكبي جرائم إرهاب الدولة ومحاكمتهم وتوقيع العقاب الرادع عليهم بما يتناسب مع جسامه جرمهم سوف يؤدي بلا شك إلى الحد من ارتكاب هذه الجرائم وسوف يحمل سلطات كل دولة

على التفكير مراراً قبل الإقدام على ارتكاب مثل هذه الجرائم، بيد أن محاكمة مرتكبي جرائم إرهاب الدولة يصطدم بالعديد من العقبات التي من أهمها مسألة تحديد القضاء الجنائي المختص بإجراء هذه المحاكمة، إذ تختلف الأسس التي يقوم عليها الاختصاص الجنائي فيما يتعلق بجرائم إرهاب الدولة، مما يعوق محاكمة مرتكبي هذه الجرائم وتتناول توضيح ذلك من خلال المطالب التالية:

أسس تحديد الاختصاص الجنائي الدولي:

يعترف القانون الدولي للدولة المستقلة بحق ممارسة سيادتها في الداخل والخارج، وتتجلى حقوق السيادة الداخلية في ممارسة كافة الاختصاصات التشريعية والتنفيذية والقضائية، وتمارس الدولة هذه الاختصاصات في المجال الإقليمي والشخصي .

ففي المجال الإقليمي تمارس الدولة اختصاصها على جميع الأشخاص الوطنيين والأجانب الموجودين في إقليمها، وعلى ما يقع في هذا الإقليم من أحداث وجرائم، وللدولة حق تمارسه على مواطنيها أينما كانوا سواء في داخل إقليمها أو خارجه⁽¹³⁾

مراجعة النظم القضائية الوطنية تلاحظ أن الدول تختلف في كيفية ومدى ممارسة اختصاصها الجنائي، ففي الوقت الذي تؤسس فيه أغلب الدول اختصاصها على مبدأ الإقليمية مع وضع بعض الاستثناءات على هذا المبدأ بتوفير حماية أمنها نجد دولاً أخرى تأخذ بمبدأ الاختصاص الشخصي، حيث يمتد اختصاصها ليشمل رعاياها في الداخل والخارج، بينما ترى بعض الدول أن الجريمة بغض النظر عن مكان وقوعها أو جنسية مرتكبها، ما هي إلا آفة اجتماعية يجب مكافحتها والقضاء عليها من أجل مصلحة المجتمع الدولي، وبالتالي فإن تلك الدول تأخذ بمبدأ الاختصاص العالمي أو الشامل، في حين إكتفت بعض الدول الأخرى بالأخذ بمبدأ الاختصاص الوقائي، حيث تتمتع بامتداد اختصاصها الجنائي خارج إقليمها بالنسبة لما يرتكبه الأجانب من أفعال أو جرائم يترتب عليها ضرر بمصالحها الحيوية .

بناءً على ذلك فإن الاختصاص الجنائي الدولي يأخذ إحدى الصور التالية :

أ- الإختصاص الجنائي الإقليمي:

يقصد به قيام الدولة بتطبيق قانونها الجنائي على كل ما يقع داخل نطاقها الإقليمي من جرائم بصرف النظر عن جنسية مرتكبها سواء كان من مواطنيها أم أجنبياً، وسواء كان المجرى عليه من رعاياها أم أجنبى وسواء هدرت مصلحة تلك الدولة صاحبة السيادة على إقليمها أم هدرت مصلحة دولة أجنبية⁽¹⁴⁾

ويتضمن هذا الاختصاص شقين أساسيين أحدهما إيجابي ويعنى أن جميع الجرائم التي ترتكب على إقليم الدولة تخضع لقانون تلك الدولة بغض النظر عن صفة مرتكب الجريمة أو جنسيته، والآخر سلبي ويقصد به أن القانون الجنائي للدولة لا يمتد خارج إقليم تلك الدولة أي كانت صفة مرتكب الجريمة أو جنسيته.

ويقوم الاختصاص الإقليمي على أساس فكرة سيادة الدولة، فالدولة بما لها من سيادة تنفرد دون غيرها ببسط سيادتها على إقليمها وعلى جميع الأشخاص داخل هذا الإقليم، ومن ثم فإن هذه الدولة تختص وحدها ودون غيرها بتطبيق قانونها الجنائي على كافة الجرائم التي تقع على إقليمها، ولا يجوز لأي دولة أخرى أن تعاقب على هذه الجرائم، فالدولة مالكة لإقليمها وصاحبة السيادة عليه، وبالتالي فإن ما يقع في نطاق إقليمها يجب أن يخضع لأحكام قانونها⁽¹⁵⁾

وجرى العرف الدولي على مد نطاق الاختصاص الإقليمي ليشمل إلى جانب إقليمها البري بحرها الإقليمي والفضاء الجوي الذي يعلو إقليمها البري وبحرها الإقليمي، بالإضافة إلى السفن التي ترفع علم الدولة والطائرات المسجلة فيها⁽¹⁶⁾

ب - الاختصاص الجنائي الشخصي:

ويعني قيام الدولة بتطبيق قانونها الجنائي على كل من يحمل جنسيتها في حالة ارتكاب جريمة داخل الدولة أو خارجها، وكذلك في حالة وقوع جريمة بالخارج وكان المجني عليه فيها وطنياً⁽¹⁷⁾ ويتضمن الاختصاص الشخصي شقين أساسيين أحدهما إيجابي ويتمثل في حق الدولة في بسط سيادتها وممارسة اختصاصها على جميع رعاياها أينما وجدوا، حيث يسري قانونها الجنائي على كافة الجرائم التي يرتكبها مواطنوها داخل إقليمها أو خارجها، والآخر يتمثل في تطبيق القانون الجنائي للدولة على كل جريمة ترتكب في الخارج يكون المجني عليه فيها من رعاياها .

وتأيداً لهذا المبدأ ذهب أنصاره إلى أنه قد سد الثغرات الناجمة عن تطبيق مبدأ الاختصاص الإقليمي المتمثل في إفلات المجرمين من العقاب في حالة فرارهم من الدولة التي ارتكبوا فيها جرائمهم ولجوءهم إلى دولة أخرى، كما يعالج القصور الناجم عن تطبيق مبدأ عدم جواز تسليم الدولة لرعاياها، حيث يحول دون إفلات الجناة من العقاب في حالة ارتكابهم جرائم بالخارج وعودتهم إلى وطنهم⁽¹⁸⁾ وذهب بعض الفقهاء إلى تبرير هذا المبدأ على أساس حيلة قانونية مفادها أن كل مواطن أينما وجد بالخارج فإنه يمثل دولته، فإذا وقع على هذا المواطن أي اعتداء يعد كأنه وقع على إقليم دولته وبالتالي وجب تطبيق قانونها⁽¹⁹⁾

ج - الاختصاص الجنائي الوقائي:

ويطلق عليه أيضاً الاختصاص العيني، ويقصد به تطبيق الدولة لقانونها الجنائي على كافة الجرائم التي يرتكبها الأجانب خارج إقليمها وتمس مصالحها الحيوية وأخذت العديد من الدول بهذا المبدأ حيث تضمنت تشريعاتها العقابية النص على بعض الجرائم ذات الخطورة التي تمس مصالحها الأساسية، كالجرائم الموجهة ضد أمن الدولة الداخلي أو الخارجي أو ضد سلامة إقليمها أو مصالحها الاقتصادية، وغالباً ما يتم النص على هذه الجرائم على سبيل الحصر، على أن تختص الدولة التي تضررت مصالحها بمحاكمة مرتكبي هذه الجرائم بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة أو جنسية مرتكبها، وترجع أهمية الاختصاص الجنائي الوقائي إلى حرص كل دولة على حماية مصالحها، والدفاع عن سيادتها باعتبار أن المصالح الدولية الأساسية تمثل إعتداءً صارخاً على سيادتها، كما أنه يعالج قصور مبدأ الإقليمية الشخصية، حيث يحول دون إفلات الجاني من العقاب في حالة ما إذا كانت الجريمة غير معاقب عليها وفقاً لقوانين الدولة التي ارتكبت فيها وكان الجاني أجنبياً.

د - الاختصاص الجنائي العالمي:

ويطلق عليه أيضاً الاختصاص الجنائي الشامل ويقصد به حق الدولة في تطبيق قانونها الجنائي على الجرائم التي ترتكب خارج إقليمها وتمس مصالح الجماعة الدولية أو تنتهك المبادئ الأساسية للقانون الدولي بغض النظر عن مكان ارتكابها أو جنسية مرتكبها، ويتحدد الاختصاص الجنائي وفقاً لهذا الاتجاه

يمكن القبض على المتهم، حيث تتم محاكمته أمام قضاء الدولة التي تم فيها القبض عليه⁽²⁰⁾، ويرى أنصار هذا المبدأ أنه يمثل خطوة هامة نحو تحقيق التضامن والتعاون الدولي بين الدول في مجال مكافحة الجريمة الدولية، ويعمل على تأكيد عالمية الجزاء الجنائي، الأمر الذي يدفع الجناة إلى التفكير مراراً قبل الإقدام على ارتكاب جرائمهم نظراً لإنحسار فرص إفلاتهم من العقاب، كما أن الأخذ بهذا الاتجاه يؤدي إلى سد الثغرات الناجمة عن تطبيق مبادئ الاختصاص سالف الذكر، مما يضمن عدم إفلات أى مجرم من العقاب في أى بقعة من العالم⁽²¹⁾ من ناحية أخرى تعرض هذا المبدأ لبعض الإنتقادات التي تتمثل في أن محاكمة المتهم أمام محاكم الدولة التي تم القبض عليه في إقليمها تواجه صعوبات عديدة في التحقيق وجمع الإستدلالات وشهادة الشهود وغيرها من الأدلة، الأمر الذي يعوق العدالة ويحرم المتهم من الدفاع عن نفسه، كما أن تطبيق الاختصاص العالمى قد يؤدي إلى تحقيق عقوبة المتهم أو إفلاته من العقاب في حالة ارتكابه لجريمة بناءً على تدبير من أو تحريض من الدولة التي تتولى محاكمته وفقاً لهذا المبدأ كـرغبة هذه الدولة في التستر على دورها في الجريمة .

تنازع الاختصاص الجنائي الدولي:

إن تعدد صور الاختصاص الجنائي وإختلافه من دولة لأخرى نتيجة لتعدد الأسس التي يقوم عليها هذا الإختصاص، قد يؤدي إلى تنازع الاختصاص الجنائي بين الدول بالنسبة لجرائم إرهاب الدولة، فقد يحدث أن يرتكب جريمة إرهاب الدولة ضد مصالح دولة معينة في إقليم دولة أخرى، ويكون منفذ الجريمة من رعايا دولة ثالثة، فتخضع هذه الجريمة للاختصاص الجنائي للدولة الأولى المعتدى على مصالحها استناداً إلى مبدأ الاختصاص الوقائي، وتخضع أيضاً للاختصاص الجنائي للدولة الثانية التي وقعت في إقليمها الجريمة استناداً إلى مبدأ الاختصاص الإقليمي، كما تخضع نفس الجريمة من جهة أخرى إلى الاختصاص الجنائي للدولة الثالثة التي يحمل الجاني جنسيته استناداً إلى مبدأ الاختصاص الشخصي، وهنا تثار مسألة تنازع الاختصاص الجنائي الدولي، ويثور التساؤل عن كيفية تحديد الدولة التي يجب أن يختص قضاؤها الجنائي بنظر جريمة إرهاب الدولة في الحالة السابقة والحالات المشابهة لها.

واقع الأمر أن هذا التنازع لا يقتصر على جرائم إرهاب الدولة فحسب بل يمتد ليشمل كافة الجرائم ذات الصلة الدولية، وقد حاولت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الصلة الدولية أن توحّد الاختصاص الجنائي بالنسبة للمحاكمة وتوقيع

العقاب على مرتكب هذه الجرائم، إلا أنها أخفقت في تحقيق ذلك، ولجأت معظم هذه الاتفاقيات إلى النص على مبدأ التسليم أو المحاكمة كحل أخير حتى لا يفلت الجاني من العقاب بسبب تنازع الاختصاص الجنائي بين الدول⁽²²⁾

الاختصاص الجنائي في جرائم إرهاب الدولة:

إن معظم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الصلة الدولية رجحت الأخذ بالاختصاص الجنائي الإقليمي للدول الأعضاء، ولكنها في نفس الوقت لم تستبعد اختصاص الدول الأخرى وفقاً لما تقتضي به قوانينها الوطنية، وعلى ذلك فإن الدولة التي ترتكب في إقليمها جريمة إرهاب دولة سواء ارتكبت هذه الجريمة ضد مصالحها أم ضد مصالح غيرها من الدول تختص محاكمها بمحاكمة ومعاقبة مرتكبي هذه

الجرائم، وفي حالة تنازع الاختصاص الجنائي بين الدولة التي وقعت الجريمة الإرهابية في إقليمها وبين غيرها من الدول التي أضرت الجريمة بمصالحها أو الدولة التي يحمل المتهمون جنسيتها، فإنه يجب الأخذ بمبدأ التسليم أو المحاكمة.

بيد أن تحديد الاختصاص الجنائي في جرائم إرهاب الدولة يكتسب أهمية خاصة في حالة رفض تسليم مرتكبي هذه الجرائم، ويرجع عدم التسليم في هذه الجرائم إلى العديد من الأسباب والتي من أهمها:

- أ. اعتبار الجريمة الإرهابية المطلوب في شأنها التسليم من قبيل الجرائم السياسية.
- ب. إذا كان مرتكبو جريمة إرهاب الدولة من رعايا الدولة المطلوب إليها التسليم.
- ج. إذا كانت الدولة المطلوب إليها التسليم مشتركة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في ارتكاب جريمة إرهاب الدولة المطلوب في شأنها التسليم، إذ يتعذر محاكمة ومعاينة مرتكبي جرائم إرهاب الدولة في الحالات السابقة بسبب رفض دولة الملجأ لتسليمهم إلى الدولة صاحبة الاختصاص، كما يتعذر أيضاً محاكمتهم وفقاً لمبدأ التسليم أو المحاكمة، لأن الدولة المطلوب إليها التسليم في الحالات السابقة سوف تتعاطف مع المتهمين أو تتستر عليهم أو إفلاتهم كلية من العقاب وللتغلب على تلك الصعوبات التي تحول دون محاكمة ومعاينة مرتكبي جرائم إرهاب الدولة، ذهب البعض إلى المناداة بضرورة الأخذ بمبدأ الاختصاص الجنائي العالمي فيما يتعلق بالجريمة الدولية ذات الخطورة ومنها جرائم إرهاب الدولة، نظراً لجسامة الأضرار الناجمة عنها ومساسها بالاستقرار العالمي وتعرضها للسلم والأمن الدوليين للخطر، ومن ثم فإنه يجب اعتبار مرتكبيها مجرمين دوليين يحق لكل دولة معاقبتهم حتى لو كانت صلتهم بها تتمثل في مجرد تواجدهم فوق أراضيها⁽²³⁾ إلا أن هذا الرأي تصدق عليه نفس الانتقادات التي سبق توجيهها للاختصاص الجنائي الإقليمي.

وفي تقديري يجب أن يكون الاختصاص في معاقبة مرتكبي جرائم إرهاب الدولة للمحكمة الجنائية الدولية، وذلك لأنها تعتبر من أفضل الوسائل التي تكفل عدم إفلات مرتكب هذه الجرائم من العقاب، وتؤدي إلى منع هذه الجرائم وقمعها ولكن بشرط توافر الضمانات الكافية للمتهم من العدالة والدفاع عن نفسه وهذا ما نتحدث عنه في المبحث التالي.

هي محكمة مقرها لاهاي في هولندا، تأسست عام 2002 وذلك بعد التوقيع على ميثاق روما الأساسي عام 1998م وسوف نتناول ذلك من خلال المطالب التالية:

نشأة المحكمة الجنائية الدولية:

تم إنشاء المحكمة الجنائية الدولية وفقاً لنظام روما الأساسي على النحو التالي:

- أ. قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتكليف لجنة القانون الدولي في 4 ديسمبر بإعداد مشروع محكمة جنائية دولية، وفي 4 ديسمبر 1994م قدمت اللجنة للجمعية العامة مشروعاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- ب. ب- في 9 ديسمبر 1994م شكلت الجمعية العامة لجنة خاصة لاستعراض المسائل الفنية والإدارية المتعلقة مشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ودراسة الترتيبات اللازمة لعقد المؤتمر الدولي للمفوضين⁽²⁴⁾

- ج. في 11 ديسمبر 1995م أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة بمشروع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي أعدته لجنة القانون الدولي مع الأخذ في الاعتبار كافة الآراء والإقتراحات التي أبدتها اللجنة الخاصة السابق الإشارة إليها.
- د. وفي 28 أكتوبر 1996م قدمت اللجنة التحضيرية تقريراً للجمعية العامة يتضمن التوجيه بمد أعمال اللجنة حتى عام 1998م وذلك لإجراء مزيد من الدراسة لكافة المقترحات من أجل التوصل لنص موحد ومقبول على نطاق واسع لمسألة إنشاء المحكمة الجنائية الدولية.
- هـ. وفي 17 ديسمبر 1996م قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة مد أعمال اللجنة التحضيرية حتى عام 1998م من أجل إنجاز صياغة مشروع إنشاء المحكمة لتقديمه إلى المؤتمر الدبلوماسي بروما، وقد واصلت اللجنة التحضيرية دراسة هذا الموضوع في دورات انعقادها اللاحقة حتى انتهت بالفعل من إعداد مشروع نهائي لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية في 3 إبريل 1998م.
- و. وفي الفترة من 15 يونيو إلى 17 يوليو 1998م تم عقد مؤتمر الأمم المتحدة الدبلوماسي للمفوضين المعني بإنشاء المحكمة الجنائية الدولية والذي أثمر عن إقرار النظام الأساسي للمحكمة حيث صوتت 120 دولة لصالح إنشاء المحكمة وامتنعت 21 دولة عن التصويت وأبدت 7 دول من بينها الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل معارضتها لإنشاء هذه المحكمة⁽²⁵⁾

ويعد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بمثابة معاهدة دولية تدخل حيز النفاذ في اليوم الأول من الشهر الذي يعقب اليوم الـ 60 من تأريخ إيداع الصك للتصديق أو القبول أو الموافقة أو الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة وذلك حسب نص المادة 1/26 من النظام الأساسي للمحكمة. هذا وقد دخل نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيز النفاذ بالفعل في الأول من يوليو عام 2002م.

طبيعة المحكمة الجنائية الدولية واختصاصاتها:

تتمثل الطبيعة القانونية للمحكمة الجنائية الدولية في أنها تعد بمثابة تعبير عن الإرادة الجماعية للدول الأعضاء، وامتداداً للاختصاص الجنائي الوطني لكل دولة ولا تمس السيادة الوطنية للدول، ولا تتخطى نظم القضاء الوطني طالما كان هذا القضاء قادراً وراغباً في مباشرة التزاماته القانونية الدولية. وتتمتع المحكمة بالشخصية القانونية الدولية بالأهلية اللازمة لممارسة وظائفها وتحقيق مقاصدها، وللمحكمة أن تمارس وظائفها وسلطاتها في إقليم أية دولة طرف، كما يحق لها ممارسة ذلك في أي دولة أخرى بموجب اتفاق خاص مع تلك الدولة وذلك حسب نص المادة 4 من نظامها الأساسي. ونتناول اختصاص المحكمة الجنائية الدولية على النحو التالي:

أولاً: أشارت المادة 5 من من نظام المحكمة أن الجرائم التي تدخل في اختصاص هذه المحكمة يقتصر على الجرائم ذات الخطورة الشديدة وتلك التي تهم المجتمع الدولي قاطبة وهذه الجرائم هي:

أ- جرائم الإبادة الجماعية

تتضمن المادة السادسة من نظام روما الأساسي جريمة الإبادة الجماعية وهي مقصود بها الأفعال

التي يراد بها إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية بصفتها هذه، وهذا الإهلاك قد يكون كلياً وقد يطل جزءاً معيناً من هذه الأصناف، وتشمل الأفعال التي تعنى بالإبادة الجماعية قبل أفراد تلك الجماعة أو إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد تلك الجماعة، أو تعريضهم وأحوال معيشية يقصد بها إهلاكهم الفعلي كلياً أو جزئياً، واتخاذ وفرض تدابير ترمي إلى منع الإنجاب داخل الجماعة، وكذلك نقل أطفال الجماعة هذه إلى جماعة أخرى.

ب- الجرائم ضد الإنسانية

وينص على هذه الجرائم في المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة وهي تلك الأفعال التي يتم ارتكابها في إطار هجوم واسع النطاق أي التي تتمثل في القتل العمد والإبادة والاسترقاق وإبعاد السكان أو النقل القسري للسكان والتعذيب والاعتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء، وأي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي الخطرة واضطهاد أية جماعة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية والاختفاء القسري للأشخاص والفصل العنصري والأفعال اللا إنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمداً في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية.

ج- جرائم الحرب

أيضاً تختص المحكمة الجنائية الدولية بنظر جرائم الحرب والتي ترتكب بوجه خاص في إطار ترتيب أو خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم، وهذا مانصت عليه المادة الثامنة من النظام المذكور.

ويعنى بجرائم الحرب تلك الجرائم التي تتضمن انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة 12 أغسطس 1949م أو أي فعل من الأفعال مثل القتل العمد والتعذيب أو المعاملة اللا إنسانية، بما في ذلك إجراء تجارب بيولوجية وتعتمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم أو الصحة أو إلحاق تدمير واسع بالملمتلكات أو الاستيلاء عليها دون أن تكون هناك ضرورة عسكرية وغير ذلك من الجرائم بجانب الانتهاكات الخطيرة الأخرى للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي، ويدخل فيها أيضاً تعتمد توجيه ضربات ضد السكان المدنيين بصفتهم لا يشتركون مباشرة في الأعمال الحربية أو تعتمد شن هجمات ضد موظفين مستخدمين أو منشآت أو وحدات أو مركبات مستخدمة في مهمة من مهام المساعدة الإنسانية أو حفظ السلام عملاً بميثاق الأمم المتحدة ما داموا يستخدمون الحماية التي توفر للمدنيين أو للمواقع المدنية بموجب قانون المنازعات المسلحة، وهناك صور عديدة للجرائم التي تدخل في هذه الجريمة تحيل إليها.

د- جريمة العدوان

فيما يتعلق بجريمة العدوان فقد ورد في الفقرة 2 من المادة 5 من نظام روما يقول تمارس المحكمة الاختصاص على جريمة العدوان متى اعتمد حكم بهذا الشأن وفقاً للمادتين 121 و122 يعرف جريمة العدوان ويضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصاتها فيما يتعلق بهذه الجريمة، ويجب أن يكون هذا الحكم متسقاً مع الأحكام ذات الصلة من ميثاق الأمم المتحدة.

ثانياً: سريان اختصاص المحكمة:

تأتي ولاية المحكمة مكملة للولايات القضائية الجنائية ومن ناحية أخرى فقد حدد الاختصاص الزمني للمحكمة وفقاً لما نصت عليه المادة 11 من النظام الأساسي على الجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذ هذا النظام الأساسي.

وإذا أصبحت الدولة طرفاً في هذا النظام الأساسي بعد نفاذه لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إلا فيما يتعلق بالجرائم التي ترتكب بعد بدء نفاذه بالنسبة لتلك الدول الفقرة 2 من المادة 11. وتكون الدول طرفاً في النظام الأساسي حسب نص المادة 126 من اليوم الأول من الشهر الذي يعقب صك تصديقها أو قبولها أو موافقتها أو انضمامها، وتكون الدولة قد أصدرت إعلانها بقبولها اختصاص المحكمة كما جاء في الفقرة 3 من المادة 12 من هذا النظام أيضاً ينشأ اختصاص المحكمة إذا كانت الدولة التي ينتمي إليها الشخص المعني بالتحقيق غير راغبة أو غير قادرة على أن تتطلع بالتحقيق ومقاضاته، وذلك يكون باتخاذ قرار وطني يهدف إلى حماية الشخص المعني من المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، أو حدوث تأخير لا مبرر له من الإجراءات بما يتعارض مع هذه الظروف مع نية تقديم الشخص المعني للعدالة، أو عدم مباشرة الإجراءات على نحو مستقل ونزيه لا يتفق في هذه الظروف ونية تقديم الشخص المعني للعدالة وعدم القدرة للدولة يقاس بسبب انهيار كلي أو جزئي في نظام الدولة القضائي، أو لأي سبب آخر على الاضطلاع بإجراءاتها وذلك حسب نص المادة 117 من النظام الأساسي للمحكمة.

وإذا انسحبت الدولة من نظام روما الأساسي وفقاً لنص المادة 127 منه فإن ذلك لا يمس مواصلة النظر في أية مسألة كانت قيد النظر أمام المحكمة.

بالفعل قبل التاريخ الذي أصبح فيه الانسحاب نافذاً، هذا بجانب أي التزامات أخرى متعلقة بالتحقيق أو المساعدة فيه أو المسائل المتعلقة بالالتزامات المالية للمحكمة تجاه الدولة.

وغنى عن البيان القول بأن للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملاً بنظامها الأساسي بحيث إن ذلك الشخص مسؤول عن جريمة بصفته الفردية وعرضه للعقاب.

ثالثاً: الشروط المسبقة لممارسة الاختصاص

وهذه الشروط حوتها المادة 12 من النظام الأساسي للمحكمة وهي تتمثل بإيجاز في الآتي:
1- للدولة التي تصبح طرفاً في هذا النظام الأساسي تقبل بذلك اختصاص المحكمة فيما يتعلق بالجرائم المشار إليها في المادة.

2- عند إحالة دولة عضو للمدعي العام حالة يبدو فيها أن جريمة قد ارتكبت وفقاً للمادة 15 يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصاتها وفقاً لما ذكر إذا كانت واحدة أو أكثر من الدول الآتية طرفاً في هذا النظام الأساسي أو قبلت اختصاصها والدول هي:

أ- الدولة التي وقع في إقليمها السلوك قيد البحث، أو دولة السفينة أو دولة الطائرة إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على متن سفينة أو طائرة.

ب- الدولة التي يكون الشخص المتهم أحد رعاياها.

ج- إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً بموجب الفقرة ب جاز لتلك الدولة بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون أي تأخير أو استثناء.

4- وفقاً لنص المادة 16 لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة إثني عشر شهراً يمضي على طلب من مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها.

وقد أوردت هذا الشرط ضمن الشروط المسبقة لأنه يعني أن اختصاص المحكمة قائم شريطة ألا يعرض عليها طلب مجلس الأمن مما يوجب وقف اختصاصها.

رابعاً: ممارسة الاختصاص:

بعد الإشارة للشروط المسبقة لممارسة المحكمة الجنائية لاختصاصها وفقاً لنظامها الأساسي فإن أحوال ممارسة ذلك الاختصاص تشمل الآتي حسب نص المادة 13:

1. إذا أحالت دولة طرف للمدعي العام وفقاً للمادة 14 حالة يبدو فيها أن جريمة من الجرائم المختصة بها المحكمة قد ارتكبت.
2. إذا أحال مجلس الأمن متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أنها جريمة أو أكثر من هذه الجرائم قد ارتكبت.
3. إذا كان المدعي العام قد بدأ مباشرة تحقيق فيما يتعلق بجريمة من الجرائم وفقاً لنص المادة 15 . وقد كانت هذه النصوص ثمرة جهود فقهية طويلة وعديدة وعلى سبيل المثال فقد وضع الفقيه pella مشروع بروتوكول للمحكمة الجنائية الدولية وقد نص في المادة الأولى منه على أن تختص المحكمة بالنظر في مسؤوليات الأفراد المتهمين في الجنايات ضد السلام أو جنايات الحرب أو الجنايات ضد الإنسانية لتلك الجرائم المنصوص عليها في لائحة المحكمة الجنائية الحربية الدولية الملحقمة بإتفاقية لندن في 1945/8/8م لائحة محكمة نورمبرج، وأبان pella أنه نظراً لأن تعريفات هذه الجرائم قد أقرتها كثير من الدول بتصديقها بالانضمام إلى تلك الاتفاقية فإن هذه التعريفات سوف لا يكون متنازعا عليها وسيكون التصديق عليها سهلاً⁽²⁶⁾

ونظام روما الأساسي كان ثمرة لتلك الجهود، ولو تناولنا محتويات نص المادة 13 من نظام روما نجد أنها أشارت للجهات التي بناء على طلباتها وما تخوله من مسائل ترى وجوب نظرها بواسطة المحكمة الجنائية الدولية وبشيء من الإيجاز بينت ما تضمنه فقرات المادة 13 على النحو التالي:

أ- إحالة الدولة للشكوى:

أتاح نظام روما للدولة التي تكون من ضمن أطرافها إمكانية إحالة أية حالة أو مسألة يبدو فيها أن جريمة أو أكثر من الجرائم قد ارتكبت، وتطلب من المدعي التحقيق فيها بغرض البت فيها إذا كان تعين توجيه الاتهام لشخص معين أو أكثر بإرتكاب تلك الجرائم المادة 13 المادة 14.

وهذه الدولة عادة ما تكون واحدة من الدول التي نص عليها في المادة 12 من نظام روما وهي تلك التي يكون المتهم أحد رعاياها أو أن الجريمة قد ارتكبت على إقليمها أو على طائرة أو على سفينة تتبع لها، مع العلم أن الدول هي صاحبة الاختصاص الأصيل في مباشرة محاكمة المجرمين فالجرائم المنصوص عليها في نظام روما إن باشرته على النحو المطلوب.

ب- اختصاصات المدعي العام

المدعى العام للمحكمة الجنائية الدولية شخصية دولية يتم تعيينها بموجب اقتراح سري يتم بالأغلبية المطلقة من عدد الدول التي تكون طرفاً في نظام المحكمة الأساسي والسيد لويس مورينو أوكامبو هو أول مدعي عام يتم اختياره للمحكمة الجنائية الدولية وهو من دولة الأرجنتين، وقد نص نظام روما على مهامه واختصاصاته في المادة 15 وتتمثل في القيام بالتحقيق في جريمة من تلقاء نفسه في أي من الجرائم المنصوص عليها في المادة 5 من نظام روما والتي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وبذلك فهو يقوم بجمع المعلومات التي يعتمد عليها في إجراءاته ويستعين في الحصول عليها من الدول والأفراد والمنظمات، وإذا رأى أن هناك أساساً معقولاً للشروع في إجراءات التحقيق يلزم أن يتقدم بطلب إلى الدائرة التمهيديّة للإذن له بإجراء التحقيق مستنداً على ما يدعم طلبه بأية مواد داعمة، وإذا اقتنعت بأن هناك أساساً للشروع في التحقيق عندئذ تعطيه الإذن في إجراء التحقيق، وإذا رفضت الدائرة التمهيديّة إجراء التحقيق فللمدعي العام لاحقاً أن يتقدم بطلب آخر للإذن إذا وجدت الأدلة الجديدة أو الوقائع المتعلقة بالمسألة التي سبق رفض الطلب بشأنها.

هذا بجانب سلطة المدعي العام إذا استنتج بعد التحليل والدراسة الأولية وفقاً لما ذكر أن المعلومات التي تلقاها لا تشكل أساساً معقولاً لإجراء تحقيق، عليه أن يبلغ مقدمي المعلومات بذلك، وله أن يعيد النظر في ذات الموضوع إذا وجد من المعلومات الجديدة ما يجعله يستنتج أنها تشكل أساساً للسعي في التحقيق من جديد.

وعلى المدعي العام وفق ما يتاح إليه من معلومات بإشعار الدول بأن تقوم بمباشرة اختصاصها وولايتها في محاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب الجرائم المنصوص عليها في نظام روما، وعلى الدولة أن تخطر من خلال شهر واحد من تلقيها ذلك الإخطار والذي يكون سراً أن تفيدته بأنها بدأت تحقيقاً مع الأشخاص المعنيين في حدود اختصاصها القضائي على الشكوى التي أشرعها بها، مع حقه في أن يطلب منها تلقي تقارير عن سير التحقيق والمقاضاة وما فيها من تقدم.

ويضاف لما ذكر فقد جعلت المادة 13/ب من النظام الأساسي اختصاص المدعي العام فيما يحيله إليه مجلس الأمن الدولي متصرفاً بموجب الفصل السابع حالة يبدو أن هنالك جريمة أو أكثر قد ارتكبت.

ج- سلطة مجلس الأمن

لقد كان من المألوف في السابق أن الأمم المتحدة وأجهزتها أن علاقتها بالأجهزة القضائية الدولية تكون محدودة في نطاق المسائل الإدارية والاستشارية ولا يتعدى الأمر عمل اللازم لتكوين الجهاز القضائي المعني بالمسألة أو المسائل المحدودة، وكنموذج لذلك محكمة العدل الدولية وما تتمتع به من استقلال، إلا أن الأمر قد بدا مخالفاً في نظام روما الأساسي بشأن علاقة وسلطات مجلس الأمن بالمحكمة الجنائية الدولية،

جاء في نص المادة 13/ب المذكورة آنفاً قيام مجلس الأمن بإحالة مسألة يبدو فيها أنها جريمة أو أكثر من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية قد ارتكبت وفقاً لصلاحيته المنصوص عليها في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ولمجلس الأمن أن يتدخل في إجراءات التحقيق أو المقاضاة استناداً لنص المادة 16 والتي تقول لا يجوز البدء أو السعي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة إثني عشر شهراً تمضي على طلب من مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة معني بما يتخذه مجلس الأمن من قرارات تكون من شأنها حماية السلم والأمن الدوليين وبما يأمر به من تدابير في هذا الشأن وما ينص عليه النظام الأساسي من سلطات مجلس الأمن مفادها أن يحيل الدعوى للتحقيق فيها بواسطة المحكمة الجنائية الدولية وذلك حسب رؤية أن حالة قد تكون من قبيل الإخلال بالسلم والأمن الدوليين. وأن له سلطة وقف إجراءات التحقيق والمقاضاة .

د- الدائرة التمهيدية مهامها وسلطاتها:

الدائرة التمهيدية هي هيئة تابعة للمحكمة الجنائية الدولية وتتكون من ستة قضاة تابعين لها، وقد تم تحديد مهامها ووظائفها وفقاً لما نص عليه في المادة 56 و75 من نظام روما. ودور الدائرة التمهيدية الذي اشتملت عليه المادة 56 يتمثل في أن تتخذ ما يلزم من إجراءات لضمان فاعلية الإجراءات ونزاهتها وذلك عندما يخطرها المدعي العام وبناء على طلبه بأن التحقيق يتيح فرصة نادرة وقد لا تتوفر فيها بعد لأغراض المحكمة .

ومن ناحية أخرى للدائرة التمهيدية أن تتشاور مع المدعي العام بشأن ما إذا كان يوجد سبب وجيه لقيام المدعي العام بطلب اتخاذ هذه التدابير، جاز لها أن تتخذ هذه التدابير بمبادرة منها، وللمدعي العام إن رأى ما يخالف اللجنة في ذلك أن يستأنف قرارها، وبناء على الأحكام الواردة في المادة 57 من نظام روما تمارس الدائرة التمهيدية وظائفها بالآتي:

1. إصدار الأوامر والقرارات التي تصدرها الدائرة التمهيدية يجب أن يوافق عليها أغلبية قضاتها، ويمكن أن يمارس قاض واحد الوظائف المنصوص عليها في هذا النظام الأساسي .
2. بجانب ذلك لها أن تصدر بناء على طلب المدعي العام القرارات والأوامر اللازمة لأغراض التحقيق بما فيها المتعلقة بالشخص الذي أُلقي القبض عليه بناء على طلبه، وتتخذ تدابير حماية المجني عليهم والشهود وخصوصياتهم والمحافظة على الأدلة وحماية المقبوض عليهم، هذا بجانب الإذن للمدعي العام باتخاذ خطوات تحقيق محددة داخل إقليم دولة طرف دون أن يكون قد ضمن تعاون تلك الدولة بموجب الباب التاسع، إذا كانت تلك الدولة غير قادرة على تنفيذ طلب التعاون بسبب عدم وجود سلطة قادرة على تحقيق ذلك، وللدائرة التمهيدية سلطة إصدار أوامر القبض والحضور لأي شخص توجد أسباب معقولة للقبض عليه مادة.

قبول المحكمة للإدعاء والقانون الواجب التطبيق والاستئناف

نتناول هذ المطلوب من خلال النقاط التالية:

1- ما يتعلق بقبول المحكمة للإدعاء

إن الأصل في محاكمة الأشخاص الذين يبدو أنهم متهمون بإرتكاب جرائم وفقاً لما هو منصوص عليه في نظام روما الأساسي وأنه من إختصاص المحكمة الجنائية الدولية أن الأصل في هذه الحالة أن تتم التحقيقات مع هؤلاء الأشخاص المتهمين دولياً أمام سلطات قضائهم الوطني سواء اضطلعت هذه الدولة بهذا الدور من تلقاء نفسها أو بناء على استجابتها لما أشرعها به المدعي العام من ضرورة القيام بذلك التحقيق والمحاكمة. ولكن قد تثور أسباب ومسائل تجعل المحكمة مختصة بنظر ما إذا كان هناك جريمة أو جرائم قد ارتكبت في حدود اختصاصها، ومن ثم بينت المادة 17 من النظام الأساسي دور المحكمة في عدم قبول الدعاوى وذلك للآتي:

أ- إذا كانت تجري التحقيق أو المقاضاة في الدعوى دولة لها ولاية عليها وقررت الدولة عدم مقاضاة الشخص المعني ما لم يكن القرار ناتجاً عن عدم رغبة الدولة أو عدم قدرتها حقاً على المقاضاة.

أما قبول الدعوى فيستند على ما سبق أن تعرضنا له من مناقشة المادتين 13/ج والمادة 15 من النظام الأساسي.

2- القانون الواجب التطبيق

حددت المادة 21 من النظام الأساسي مصادر القانون الذي تطبقه المحكمة الجنائية

الدولية على النحو التالي:

- أ. أحكام نظامها الأساسي وهي الأحكام المتعلقة بتحديد نطاق اختصاص المحكمة وأركان الجرائم والقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات وغيرها من الأحكام ذات العلاقة بنظر الدعوى.
- ب. المعاهدات الواجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي وقواعده، بما في ذلك تلك المبادئ المقررة في القانون الدولي للمنازعات المسلحة.
- ج. المبادئ العامة للقانون التي تستخلصها المحكمة من القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم بما في ذلك حسبما يكون مناسباً للقوانين الوطنية للدول التي تمارس اختصاصها على الجريمة شريطة ألا تتعارض هذه المبادئ مع النظام الأساسي للمحكمة ولا مع القانون الدولي ولا مع القواعد والمعايير المعترف بها دولياً، ويجوز للمحكمة أيضاً أن تطبق مبادئ وقواعد القانون.

وبصفة عامة أنه يجب أن يتسق تطبيق وتفسير القانون المطبق بمعرفة المحكمة مع حقوق الإنسان المعترف بها دولياً، وأن يكونا خاليين من أي تمييز ضار يستند إلى أسباب مثال نوع الجنس أو السن أو العرق أو اللون أو اللغة أو الدين أو المعتقد أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الإثني أو الاجتماعي أو الثروة أو المواد أو أي وضع آخر. وذلك حسب ما تضمنته المادة 3/21 من النظام الأساسي للمحكمة.

د- الاستئناف وإعادة النظر

يجوز للمتهم أو المدعي العام استئناف القرارات الصادرة عن هيئة المحاكم استناداً إلى أي من الأسباب الآتية:

أ- الخطأ في الإجراءات

ب- الخطأ في الوقائع

ج- الخطأ في القانون

د- أي سبب آخر من شأنه المساس بنزاهة الإجراءات أو القرار م 1/81 كما يجوز للمدعي العام أو المتهم استئناف أي حكم بالعقوبة وفقاً للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات بسبب عدم التناسب بين الجريمة والعقوبة م 2/81.

ويجوز أيضاً للمدعي العام والمتهم استئناف أي من القرارات التالية:

أ. القرار المتعلق بالاختصاص أو المقبولية.

ب. القرار الذي يمنح أو يرفض الإفراج عن الشخص محل التحقيق أو المقاضاة.

ج. قرار الدائرة التمهيدية بمبادرة منها باتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ على الأدلة التي تعتبرها أساسية للدفاع أثناء المحاكمة.

د. أي قرار ينطوي على مسألة من شأنها أن تؤثر بشكل واضح على عدالة وسرعة سير الإجراءات أو على نتيجة المحاكمة م 1/82.

وأخيراً فإنه يجوز للمتهم أو من ينوب عنه أن يقدم طلباً إلى دائرة الاستئناف لإعادة النظر في الحكم النهائي بالإدانة أو العقوبة استناداً إلى أُل من الأسباب الآتية:

أ. اكتشاف أدلة جديدة لم تكن متاحة وقت المحاكمة، وأن تلك الأدلة على قدر كبير من الأهمية بحيث إنها لو كانت أثبتت عند المحاكمة لكان من المرجح أن تسفر عن حكم مختلف.

ب. أنه قد تبين حديثاً أن أدلة وضعت في الاعتبار وقت المحاكمة واعتمدت عليها الإدانة كانت مزيفة أو ملفقة أو مزورة.

ج. أنه قد تبين أن واحداً أو أكثر من القضاة الذين اشتركوا في تقرير الإدانة أو اعتماد التهم قد ارتكب في تلك الدعوى سلوكاً سيئاً جسيماً، أو أخل بواجباته إخلالاً جسيماً على نحو يتسم بدرجة من الخطورة، تكفي لتبرير عزل ذلك القاضي أو أولئك القضاة.

خاتمة:

من خلال عرضنا السابق لموضوع البحث تبين لنا خطورة جريمة إرهاب الدولة إذ تمس بأمن البشرية والمجتمع الدولي بأسره مع ما تسببه من اضطراب للدول وهي سرطان العالم الحديث تنمو بعناد حتى تستطيع أن تسمم وتبتلع المجتمع بأسره وتجره إلى الخراب والدمار، وعلى ذلك فإن انتشار جريمة إرهاب الدولة يعني الرعب وهدم أسس المجتمع الحضاري وتحويل الدول من دول قانون إلى دول فوضى. وقد أسفرت هذه الدراسة عن النتائج التالية.

1. إن مصطلح إرهاب الدولة من المصطلحات الحديثة في فقه القانون الدولي فإنه لم يحظ بالدراسة

- الكافية حتى الآن مما يجعله مصطلحاً غامضاً غير واضح المعالم.
2. اختلاف الفقه الدولي حول التمييز بين جريمة إرهاب الدولة وجريمة العدوان فبعضهم من عدها بأنها صورة من صور العدوان . وأقر البعض الآخر بها بينما ذهب آخرون إلى القول بضرورة النظر إلى إرهاب الدولة باعتباره أكثر صور الإرهاب خطورة .
3. إن تحديد الاختصاص الجنائي في جرائم إرهاب الدولة يكتسب أهمية خاصة في حالة رفض تسليم مرتكبي هذه الجرائم
4. عدم خضوع الدول للمحاكمات الجنائية الدولية بحجة أنها تتنافى ومبدأ سيادتها

التوصيات:

1. العمل على إيجاد تعريف محدد لإرهاب الدولة من قبل المجتمع الدولي
2. التعامل مع جريمة إرهاب الدولة بصورة منفصلة عن جريمة العدوان باعتبارها أكثر صور الإرهاب خطورة .
3. أن يكون الاختصاص في معاقبة مرتكب جرائم إرهاب الدولة للمحكمة الجنائية الدولية ولكن بشرط توافر الضمانات الكافية للمتهم من العدالة والدفاع عن نفسه.
4. تضمين نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية مساءلة الدولة جنائياً عن ارتكابها لجريمة إرهاب الدولة.

المصادر والمراجع:

- (1) عبد الله سليمان ظاهرة الإرهاب والقانون المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية العدد الرابع ديسمبر 1990م ص 941.
- (2) د. إبراهيم العناني المنظمات الدولية العالمية ط 1997م القاهرة ص 38
- (3) أحمد حسين سويدان الإرهاب الدولي في ظل المتغيرات الدولية ط 2005م منشورات الحلبي الحقوقية ص 80.
- (4) المرجع نفسه والصفحة.
- (5) شفيق المصرى الإرهاب في ميزان القانون الدولي شؤون الأوسط العدد 105 سنة 2002م ص 54.
- (6) د. محمد مؤنس محب الدين الإرهاب في القانون الجنائي على المستوى الوطنى والدولى مكتبة الأنجلو المصرية القاهرة بدون تأريخ ص 540.
- (7) د. أحمد جلال عز الدين الإرهاب والعنف السياسى كتاب الجريمة رقم 10 ط 1986م القاهرة ص 142م
- (8) _ د. نبيل أحمد حلمى الإرهاب الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ط 1988م دار النهضة العربية القاهرة ص 4
- (9) د. أحمد محمد رفعت الإرهاب الدولي في ضوء أحكام القانون الدولي والإتفاقيات الدولية وقرارات الأمم المتحدة ط 1992م دار النهضة العربية القاهرة ص 205.
- (10) د. نبيل أحمد حلمى الإرهاب الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ط 1988م دار النهضة العربية القاهرة ص 65
- (11) د. أحمد أبو الوفاء ظاهرة الإرهاب على ضوء قواعد القانون الدولي العام مجلة البحوث والدراسات العربية العدد السابع عشر والثامن عشر 1990م ص 75
- (12) القرار رقم 39 / 159 الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها
- (13) التاسعة والثلاثين بتاريخ 17 / 12 / 1984م
- (14) إمام حسانين خليل الإرهاب وحروب التحرير الوطنية ط 1 2002م دار مصر المحروسة القاهرة ص 82، 83.
- (15) د. عبدالعزيز مخيمر الإرهاب الدولي ط 1986م دار النهضة العربية القاهرة ص 239، 240
- (16) د. محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم العام ط 1989م دار
- (17) النهضة العربية القاهرة ص 121
- (18) د. كمال أنور محمد تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة 1965م ص 30
- (19) د. عبدالعزيز مخيمر الإرهاب الدولي ط 1986م دار النهضة العربية القاهرة ص 344
- (20) د. مأمون محمد سلامة قانون العقوبات القسم العام ط 1979م دار الفكر العربى القاهرة ص 69
- (21) د. أحمد فتحى سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم العام ط 1981م دار النهضة العربية القاهرة ج 1 ص 214

- (22) د. حازم مختار الجاروني نطاق تطبيق القانون الجنائي للقانون الأجنبي رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 1987م ص 50 وما بعدها
- (23) د. أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم العام ط 1981م دار النهضة العربية القاهرة ج 1 ص 219
- (24) د. محمد محي الدين عوض دراسات في القانون الدولي الجنائي مجلة القانون والإقتصاد السنة الخامسة والثلاثون العدد الأول 1965م ص 969
- (25) د. عبدالواحد محمد الفأر الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها ط 1996م دار النهضة العربية القاهرة ص 587، 588
- (26) المرجع نفسه ص 550
- (27) 41
- (28) د. أبو الخير أحمد عطية المحكمة الجنائية الدولية الدائمة ط 1999م دار النهضة العربية القاهرة ص 14 وما بعدها
- (29) د. محمود شريف بسيوني المحكمة الجنائية الدولية ط 2001م القاهرة، ص 79
- (30) د. محمد محي الدين عوض دراسات في القانون الدولي الجنائي مجلة القانون والإقتصاد السنة الخامسة والثلاثون العدد الأول 1965م ص 92.

المراجع

- (1) لسان العرب، لابن منظور. ج3، ص214.
- (2) القاموس المحيط، للفيروز أبادي. ج2، ص125.
- (3) سيفرين روجومامو، العولة ومستقبل أفريقيا، جامعة القاهرة: برنامج الدراسات المصرية الأفريقية، سلسلة بحوث أفريقية، 2002م، ص87.
- (4) مختار المجلة الأفريقية للعلوم السياسية، الدولة: الديمقراطية والأمن في أفريقيان جامعة القاهرة: برنامج الدراسات المصرية الأفريقية، يناير 2003م، ص29.
- (5) جابر إبراهيم الراوي- الحدود الدولية ومشكلة الحدود العراقية الإيرانية.
- (6) زهوة علي أبي بكر السقاف- مبدأ ثبات الحدود ونهايتها والحدود اليمنية السعودية.
- (7) حمدي عبد الرحمن حسن، دراسات في النظم السياسية الأفريقية، جامعة القاهرة: كلية الاقتصاد: سلسلة الكتب الدراسية، 2002م، ص97.
- (8) عبد الرحمن حسن، التعددية وأزمة بناء الدولة في أفريقيا الإسلامية، القاهرة: مركز دراسات المستقبل الأفريقي، 1996م، ص158.
- (9) د. ودودة بدران، دراسة العلاقات الدولية في الأدبيات الغربية- مشروع العلاقات الدولية في الإسلام، ضمن د. نادية محمود مصطفى (وآخرون)، المقدمة العامة لمشروع العلاقات الدولية في الإسلام، (القاهرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1996).
- (10) أبرام المعاهدات، العطية، د. عصام، القانون الدولي، المكتبة الوطنية، بغداد، 129-201014.
- (11) النجار، د. مصطفى عبد القادر، التاريخ السياسي لعلاقات العراق الدولية بالخليج العربي، مطبعة جامعة البصرة، 1975، ص14.
- (12) عبد الوهاب عبد المنعم، جغرافية العلاقات السياسية، مؤسسة الوحدة للنشر والتوزيع، «بدون سنة طبع»، ص421.
- (13) وزارة الخارجية العراقية، حقيقة الكويت، ج1، مطبعة الرابطة، بغداد، 1961، ص10.
- (14) قناة العربية- برنامج وثائقي بعنوان «عبد الله».
- (15) زهوة أبي بكر- المرجع السابق ص15.

- (16) الراوي، د. جابر إبراهيم، مشكلات الحدود العراقية الإيرانية والنزاع المسلح، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1989م، ص 97.
- (17) د.صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 968.
- (18) د. إسماعيل صبري مقلد، العلاقات السياسية الدولية، مرجع سابق.

الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام أحكامه وتطبيقاته

جامعة وادي النيل – كلية الشريعة والقانون – جامعة الأمير
سطوم بن عبد العزيز المملكة العربية السعودية كلية إدارة
الأعمال – قسم القانون

د. بشير الريح حمد محمد

المستخلص:

جاءت هذه الدراسة بعنوان الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام أحكامه وتطبيقاته* وقد هدفت الدراسة لإلقاء الضوء على موضوع الإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام وموقف الفقه الإسلامي والقانون في ذلك وقد هدفت الدراسة أيضاً لبيان الإثراء في اللغة والفقه الإسلامي والقانون وبيان صوره ومعرفة التكييف الشرعي والقانوني للإثراء بلا سبب كمصدر للالتزام وتوضيح أركانه كما عالجت الدراسة الآثار المترتبة على هذا الموضوع بحيث أوضحت أحكامه وما يتبعها من مسائل كالتعويض في حالة الإخفاق وكيفية رفع دعوى الإثراء وإثبات الافتقار كما عالجت الدراسة تطبيقات الإثراء بلا سبب في كل من الفقه الإسلامي والقانون هذا وقد انتهجت بعون الله وتوفيقه في بحثي أسلوباً يجمع بين المنهج التحليلي والمنهج الاستقرائي. خلصت الدراسة لعدة نتائج من أهمها لا يمكن تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب عند تحقق الإثراء والافتقار فقط بل لا بد من رابطة السببية التي تربط بينهما بحيث يكون افتقار الدائن هو الذي أدى مباشرة إلى إثراء المدين ومن أهم التوصيات أوصى المشرع بالنص على عدم إغفال شرط الاستعجال في العمل الذي يقوم به الفضولي وذلك مواكبة للتشريعات الحديثة التي أصبحت اليوم تنادي بهذا الشرط.

Abstract

This study was entitled Enrichment without reason as a source of commitment to its provisions and applications* The study aimed to shed light on the subject of enrichment without reason as a source of commitment and the position of Islamic jurisprudence and law in that. The study of the applications of enrichment for no reason in both Islamic jurisprudence and this law has been adopted with the help of God and his success in my research a method that combines the analytical approach with the inductive approach. The study concluded several of the most important conclusions can not apply the rule of enrichment for no reason when achieving enrichment and lack only, but it is necessary to link the causal link between them so that the lack of creditor is what led directly to the enrichment of the debtor and one of the most important recommendations recommended by the legislator to provide for the stipulation of the requirement of urgency in the work done by the curious, in keeping with the modern legislation that is now calling for this condition.

مقدمة:

يعد الإثراء بلا سبب مصدراً من مصادر الالتزام، ويقصد به أن كل شخص يثري على حساب شخص آخر يلتزم بتعويض هذا الشخص الذي عما لحقه من خسارة. إن نظرية الإثراء بلا سبب في حد ذاتها معروفة منذ قديم الزمان بكونها أول مصادر الالتزام بالإضافة إلى أنها تمثل روح الإنصاف والعدالة، وقد عرفت تطوراً مهماً بداية بالقانون الروماني الذي اعتمد على طائفتين من الدعاوى، الأولى دعاوى الاسترداد لما دفع دون سبب، والثانية دعاوى الإثراء بلا سبب، وقد سار على هذا النهج بعده القانون الفرنسي القديم إلى حدود القرن السابع عشر والذي لم يعترف بكون الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة وهذا ما سجله الفقيه «دوما» في كتابه المشهور حول القوانين المدنية.

أما من جانب الفقه الإسلامي، فهو لم يعترف بكون الإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام إلا في حدود ضيقة، ذلك بأنه اعترف فقط بالدفع غير المستحق ولم يعترف بالعمل الفضولي مصدراً للالتزام.

مفهوم الإثراء:

أ:- تعريف الإثراء بلا سبب :-

لغة:- اثري ، يُثري ، فهو مُثِّر والمفعول مُثِّر (المتعدي)) أثري الرجل كثر ماله واستغنى به عن الناس. أثري بعض التجار نتيجة لدراساتهم سوق الاستهلاك
اثرى بعض الأرض: كثر ثراها. أثري الشيء جعله غنياً، فاه، الشاعر المبدع يثري بنتاجه القومية اثرى
القصة بالأحداث المثير. الإثراء الفاحش هو الغنى الفاحش أي كثرة المال⁽¹⁾

ب: في الإصطلاح القانوني:-

نصت عليه المادة(179)من التقنين المدني بأنه هو كل شخص ولو غير مميز يثري بدون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد⁽²⁾ وكذلك هو الالتزام الذي ينشأ علي عاتق من يتلقى وفاء لا يستحقه وفقاً لأحكام القانون بأن يرد من يتلقاه إلى من وفي به والمقصود به هو مصدر من مصادر الالتزام قوامه وجوب قيام من أثري إيجابياً أو سلبياً بفعل أم بغير فعل على حساب شخص آخر ودون سبب يقرره القانون لهذا الإثراء بتعويض هذا الشخص الآخر علي ما لحقه من خسارة وفي حدود ما تحقق للمثري من إثراء وهو أول مصدر ظهر للالتزام في التاريخ انطلاقاً من مقتضيات البدهة القانونية وفي جوهره مبني على العدالة والعقل والمنطق ولا توجد حاجة علمية وعملية لتبريره وهو أيضاً حصول أي شخص ولو كان غير مميز على كسب بلا سبب مشروع على حساب شخص آخر لذا يلتزم في حدود ما كسبه تعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا التزام قائم ولو زال كسبه فيما بعد وعلى هذا اخلاص إلى ان الإثراء يعد واقعة قانونية تشكل مصدراً من مصادر الالتزام وهو من مصادره الاولى التي ظهرت في فجر التاريخ⁽³⁾

والاثراء بلا سبب هو مصدر قديم من مصادر الالتزام كل من اثري على حساب الغير دون سبب قانوني يلتزم بان يرد لهذا الغير قدر ما اثري به وفي حدود ما لحق الغير من خسارة وقاعدة الإثراء تعتبر من أول قواعد القانون فإنها تتصل بقواعد العدالة والقانون الطبيعي وهي في غير حاجة إلى تبرير إذ تحمل في طياتها ما يبررها وهي مبلغ من البدهة القانونية⁽⁴⁾

أما قانون المعاملات السودانية فإنه نص عليها في المادة (164) حيث جاء فيها (كل شخص ولو كان غير مميز يثري دون سبب شرعي على حساب الغير أو يكون عند صدور هذا القانون قد أثرى علي حساب الغير، يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الغير عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد أو انتهت صلة الشخص المثري بالغير أو توفي الشخص المثري) وكلمة الغير تشمل الشخص الطبيعي والاعتباري⁽⁵⁾ وفي الشريعة الإسلامية يقول بعض الفقهاء إنها لم تعتديها الا في حدود ضيقة ويرى آخرون بأنها مبدأ عام وقاعدة كلية فهي تقضي بانها لا ضرر ولا ضرار والغنم بالغرم وكما جا في الآية الكريمة (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) وجاء في خطبة الرسول ﷺ يوم النحر (قوله على اليد ما أخذت حتى ترده)⁽⁶⁾

أركان الإثراء بلا سبب:

أ: إثراء المدين: -

يشترط لتحقيق الإثراء بلا سبب كمصدر من مصادر الالتزام بترتيب التزام المثري بتعويض المفتقر أن يكون هنالك إثراء لأحد الأشخاص فإن لم يكن هنالك إثراء فلا ينشأ الالتزام بالتعويض فمثلاً إذا قام شخص بالوفاء بدين على شخص آخر وتبين أن هذا الدين سبق الوفاء به فهنا لم يحدث إثراء للشخص الآخر فلا يستطيع الموفي الرجوع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب لأنه لم يتحقق إثراء في جانبه وإنما يرجع على من أوفى له ليطالبه برد غير المستحق⁽⁷⁾

وقد يكون الإثراء إيجابياً بأن تضاف قيمة مالية إلى ذمة المدين كمن يستهلك المياه أو النور عن طريق مواسير أو أسلاك خفية كان ما استهلكه قيمة مالية أثرى بها أو شخص انتفع بمسكن بدون عقد إيجار وقد يكون الإثراء سلبياً كأن يوفي شخص بدين على آخر فتتقضي ديونه أو المستأجر يقوم بالترميمات الضرورية وهي واجبة على المؤجر وقد يكون الإثراء مباشراً إذا انتقل من المفتقر مال للمثري وقد يكون غير مباشر إذا تدخل أجنبي في نقله من مال المفتقر إلى مال المثري كفرقة إطفاء تتلف متاعاً للغير لتتمكن من إطفاء حريق وقد استقر الرأي على جواز أن يكون الإثراء معنوياً ما دام يقدر به مال كمدرس يعلم التلميذ فيجعله يثري عقلياً والمحامي يحصل على حكم بالبراء فيجعله المتهم يثري أدبياً⁽⁸⁾ وفي أغلب الأحيان يكون الإثراء إيجابياً ولكن يجوز أن يكون سلبياً ويتم الإيجابي بإضافة قيمة مالية إلى ذمة المثري كحق عيني أو شخصي أو الحصول على منفعة كانتفعا شخص بمنزل بدون عقد إيجار وقد يكون سلبياً كما لو ترتب عليه نقض في الديون التي على الشخص فمثلاً إذا قام شخص بالوفاء بدين علي شخص معين فهنا قد حصل إثراء سلبى للمدين وذلك بنقض ما عليه من المديون⁽⁹⁾ وقد يكون مباشراً وهو الذي ينتقل مباشرة من المفتقر إلى المثري إما بفعل المفتقر أو بفعل المثري أما غير المباشر فيقع من طريق تدخل شخص من الغير بين المفتقر والمثري كما إذا قام ربان السفينة بإلقاء بعض حمولتها في البحر لإنقاذها من الغرق فهنا حدث إثراء لمالك السفينة وافتقار لمالك البضاعة التي أُلقيت في البحر بواسطة تدخل ربان السفينة فهنا الإثراء غير مباشر ويمكن أن يكون مادياً أو في شكل قيمة مالية أو منفعة مادية انتقلت إلى ذمة المثري أما المعنوي أو الأدبي فيتحقق بحصول المثري علي فائدة معنوية يمكن تقويمها بأمال كأثرأ الطالب عقلياً من الجهد الذي يبذله المدرس في تعليمه وإثراء المريض صحياً من الجهد الذي يبذله الطبيب في علاجه.

وتشترط بعض القوانين أن يكون الإثراء مادياً كما في القانونين الألماني والسويسري ولكن قانون المعاملات المدنية السوداني والقانون المدني المصري لم يشترطا هذا الشرط ومن ثم يجوز أن يكون الإثراء معنوياً أو أدبياً مادام يمكن تقويمه بالمال⁽¹⁰⁾ ويتبين لنا مما سبق ذكره أن الإثراء يمكن أن يكون بعدة صور:-

الإثراء الإيجابي والسلبى:-

أولاً الإيجابي :- يتحقق عادة بإضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين ويتم هذا بأن يكسب المدين حقاً عينياً كان أو شخصياً أو أن يزيد قيماً لملكه من ذلك مثل إذا أقام الحائز للعقار المرهون بناء في هذا العقار أثري الدائن المرتهن من وراء هذا البناء إذ يزيد ضمانه أو قام الراسي عليه المزاد بتحسينات في العين التي رسا عليه مزادها ثم نزعت العين من يده كان في هذا إثراً لمن تؤول إليه العين وقد يتحقق الإثراء الإيجابي لا من طريق إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين بل من طريق منفعة يجنيها أو عمل يستمد منه مثل المنفعة إذا لحن الفه موسيقي وانتفع الغير بهذا أو بذلك دون عقد ومثل العمل إذا عملت خطيبة تعمل لخطيبها دون أجر ثم لا يتم الزواج.

ثانياً:- السلبى:- ومن صورته أن يوفي شخص بدين على آخر فيثري هذا الإثراء سلبياً عن طريق النقص فيما عليه من ديون مثل التاجر يحضر للزوجة ما تحتاج إليه من مؤونة ونفقتها واجبة على الزوج والمشتري لعقار مرهون يدفع دين الرهن ومن صورته أيضاً أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها محتملاً فيثري الإثراء سلبياً بقدر ما تجنب من خسارة.

الإثراء المباشر وغير المباشر:-

أولاً: المباشر:- يكون مباشراً إذا انتقل في أية صورة من صورة مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثري إما بفعل المفتقر وإما بفعل المثري نفسه مثل الانتقال بفعل المفتقر من يدفع دين غيره ومثل الانتقال بفعل المثري يستولى على مال لغيره دون حق كما يحدث في طرح البحر فيكون الإثراء مباشراً⁽¹¹⁾

الإثراء غير المباشر:-

ويكون الإثراء غير مباشر إذا تدخل أجنبي في نقله مال المفتقر إلى مال المثري وقد يقع تدخل الأجنبي عن طريق عمل مادي كالمغتصب بيني بمواد غير التي في الأرض المغتصبة وقد يقع التدخل عن طريق عمل قانوني مثل ذلك أن يشتري شخص سيارة من خر ثم يدفعها إلى ميكانيكي لإصلاحها وينفسخ عقد بيع السيارة فيرجع الميكانيكي وهو المفتقر بمصروفات الإصلاح على البائع وهو المثري ويكون المشتري هنا هو الأجنبي الذي تدخل بعمل قانوني في نقل الإثراء من المفتقر إلى المثري وعمل القانوني هو عقد المقاوله الذي أبرمه المشتري مع الميكانيكي لإصلاح السيارة.

الإثراء المادي والمعنوي: -

1. المادي: الأصل في الإثراء أن يكون مادياً ومما ذكر أعلاه من الأمثلة في الإثراء الإيجابي والسلبي والمباشر وغير المباشر يثبت أن الإثراء هو قيمة مالية أو منفعة مادية انتقلت إلى ذمة المثري.
2. المعنوي: وأيضاً قد يكون معنوياً كأن يكون إثراء عقلياً أو أدبياً أو صحياً فالمدرس وهو يعلم التلميذ يجعله يثري إثراء عقلياً والمحامي وهو يحصل على حكم ببراءة المتهم يجعله يثري إثراء أدبياً والطبيب وهو يشفي المريض يجعله يثري إثراء صحياً.

ب:- إفتقار الدائن:-

يجب أن يكون هنالك افتقار من جانب الدائن وأن تكون هنالك علاقة سببية مباشرة بين هذا الافتقار وإثراء المدين وقد يكون الافتقار كما في الإثراء إيجابياً أو سلبياً مباشراً أو غير مباشر مادياً أو معنوياً⁽¹²⁾

فإذا تحقق الإثراء في جانب شخص ولم يقابله افتقار في جانب الشخص الآخر لم يكن هنالك مجال لتطبيق قاعدة الإثراء ذلك أن المثري لا يلتزم إلا بدفع أدنى القيمتين قيمة الإثراء وقيمة الافتقار والمفروض أن الافتقار معدوم فلا يلتزم المثري إذن بشيء ويزداد على ذلك أنه إذا أنشاء شخص حديقة منزله يطل عليها منزل الجار وجمل هذه الحديقة حتى أصبحت سبباً في رفع قيمة منزل الجار فالجار في هذه الحالة يكون قد أثرى ولكن صاحب الحديقة لم يفتقر فإنه أنشاء الحديقة لمنفعته وقد جنى هذه المنفعة كاملة وما أنفق في إنشاء الحديقة وتجميلها قد عاد عليه بالفائدة التي قدرها فهو قد أخذ المقابل لما أنفقه ولم يخسر شيئاً فلا يرجع بشيء على جاره⁽¹³⁾

الافتقار الإيجابي والسلبي :- يكون الافتقار إيجابياً إذا فقد المفتقر حقاً عيناً كان أو شخصياً أو انتقص حق له ويحقق هذا عادة بالإنفاق فإذا أنفق الراسي عليه المزداد لإصلاح العين التي رسا عليه مزادها ثم آلت العين إلى شخص آخر أو دفع شخص ديناً في ذمة غيره ويكون سلبياً إذا فات المفتقر منفعة كان من حقه أن يحصل عليها فيفتقر لا بقدر ما تحمل من خسارة كما في الافتقار الإيجابي بل بقدر ما فاتته من منفعة مثل ذلك أن يقوم المفتقر دون اتفاق بأداء عمل للغير فيفتقر بما فاتته من منفعة أحد هذا العمل⁽¹⁴⁾

نلاحظ أن الافتقار السلبي لا يقابله بالضرورة إثراء سلبي فكثيراً ما يحدث أن يقابل الافتقار السلبي إثراء إيجابياً كما هو الأمر في الحالات المتقدمة وفي كل حالة أخرى يقدم فيها المفتقر عملاً أو منفعة للمثري فإن الإثراء الناتج عن العمل أو المنفعة يكون إثراء إيجابياً ويكون الافتقار المقابل لهذا الإثراء افتقار سلبياً وبالعكس قد يقابل الإثراء السلبي افتقار إيجابي.

الافتقار المباشر وغير المباشر:-

فلكل افتقار مباشر يقابله افتقار غير مباشر وكل افتقار غير مباشر يقابله افتقار مباشر وذلك أي القيمة المالية إذا انتقلت مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثري فإن كلا من الإثراء والافتقار يكون مباشراً في هذه الحالة وإذا انتقلت القيمة المالية بتدخل أجنبي تدخلاً مادياً أو تدخلاً قانونياً فكل من الإثراء والافتقار يكون غير المباشر⁽¹⁵⁾

الافتقار المادي والافتقار المعنوي :-

إذا كان الأصل في الافتقار أن يكون ماديًا كالإثراء قد يكون معنويًا فالشخص الذي فتح متجرًا بصلاته التجارية الواسعة لم يفتقر افتقاراً مادياً بل معنوياً وهذا هو الشأن في افتقار المهندس الذي يعمل في مصنع فيعثر على اختراع يفيد منه المصنع⁽¹⁶⁾

والافتقار يقصد به نقض مجموع محتويات الذمة المالية للمفتقر ويشترط أن يحدث افتقار في مقابله الإثراء فإذا حدث إثراء لشخص دون أن يترتب عليه افتقار لشخص آخر فلا محل لتطبيق قاعد الإثراء بلا سبب ولا يمكن أن يوجد الافتقار بل يشترط أن يكون الافتقار نتيجة الإثراء وتكون هنالك علاقة سببية مباشرة بين الافتقار والإثراء وقد تحققت السببية المباشرة بين الافتقار وهو السبب المنتج للإثراء ووجدت علاقة السببية بينهما⁽¹⁷⁾

ويترتب على ما قدمناه أن المدينة إذا اتسعت رقعتها وعلت قيمة مبانها فليس من الضروري أن تكون هنالك سببية مباشرة ما بين اتساع رقعة المدينة وعلو قيمة المباني فلعو هذه القيمة يرجع لأسباب متعددة قد يكون اتساع رقعة المدينة من بينها ولكن هذا السبب لا يكون في الراجح هو السبب المنتج إذ إن المباني في كثير من المدن الصغيرة عالية القيمة بل يحدث أن يكون صغر المدينة هو السبب في علو قيمة المباني ولكن توسيع شارع قديم أو فتح شارع جديد يكون في كثير من الأحوال هو السبب المنتج في علو قيمة الأرض والواقعة على جانبي الشارع.

ج: انعدام السبب:-

السبب هنا هو المصدر القانوني الذي يكسب المئري الإثراء فيجعل له الحق في استبقائه ويكون للحق مصدرات العقد أو القانون فإن كان العقد امتنع الرد فلا يجوز للمفتقر أن يرجع على المئري كالمقاول إذا تعاقد على أجر إجمالي فلا يجوز له المطالبة بزيادته لو حدث تعديل أو إضافة في التصميم ومثل العقد القانون فالتقادم يمنع من استرداد الإثراء والتعويض عن العمل غير المشروع الشيء المقضي⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾ وهذا السبب قد يكون تصرفاً قانونياً وقد يكون فعلاً ضاراً وقد يكون حكماً من أحكام القانون فإذا ما وجد هذا السبب للإثراء والافتقار لم يكن هنالك محل لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب.

والسبب كتصرف قانوني قد يكون عقداً وقد يكون تصرفاً من جانب واحد أو بإرادة منفردة وعلى ذلك فإذا كان هنالك عقد ترتب عليه الإثراء والافتقار فلا وجه للمفتقر للرجوع على المئري بدعوى الإثراء بلا سبب فإذا كان عقد الإيجار ينص على أن المؤجر يمتلك التحسينات التي يدخلها المستأجر في العين المؤجرة عند نهاية الإيجار فلا يجوز للمستأجر أن يرجع على المؤجر بدعوى الإثراء بلا سبب وذلك لوجود سبب قانوني يمنع من الرجوع للمفتقر طرفاً فيه وقد يكون التصرف القانوني بين المفتقر والغير ولا يكون المئري طرفاً فيه كما إذا تعاقد شخص مع وكيل باسمه الشخصي لا باعتبار أنه نائب عن الموكل فلا يجوز الرجوع على الموكل بدعوى الإثراء بلا سبب وذلك لوجود سبب قانوني وهو العقد المبرم بين هذا الشخص وهو المفتقر وبين الوكيل (الغير) ولم يكن المئري الموكل طرفاً فيه - ومن ذلك فإنه تقوم دعوى الإثراء إذا كان لها سبب ولكن الفقهاء اختلفوا في تحديد معنى السبب وكان هذا الاختلاف من أهم العوامل في تعقيد نظرية الإثراء وفي الغموض الذي أحاط بها حقبة طويلة.

- المعنى الأدبي :- يرى - بيتر في مؤلفه (القاعدة الأدبية) أن المعنى المقصود من السبب هو معنى أدبي و ان الإثراء يكون له سبب اذا كان من العدل ان يستبقي المثري ما افاد من الإثراء دون ان يرد منه شيئاً للمفتقر لذلك تراه يسمي الإثراء بلا سبب (الإثراء غير العادل) وهو يترك للقاضي تقرير ما اذا كان هو أيضاً يصل إلى هذا المعنى الادبي وغني عن البيان ان ترك قاعدة الإثراء بلا سبب لمعني غامض غير محدد هذا المعني يجرد القاعدة من كل أسباب الثبات والاستقرار⁽²⁰⁾¹⁹

المعنى الاقتصادي القانوني:- ذهبت طائفة من الفقهاء إلى أن للسبب معنى اقتصاديا قانونيا فالسبب هو العوض عن الإثراء وما دام للإثراء عوض فهو لا يسترد غير أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فيما بينهم عندما يحاولون تحديد معني (العوض).

فيرى الأستاذ موري أنه هو البديل من الناحية الاقتصادية وهو الحق الأدبي من الناحية الخلقية⁽²¹⁾²⁰

- السبب في الإثراء حكماً من أحكام القانون :- يصلح أن يكون مصدراً للكسب الإثراء فيكون قيام هذا السبب مانعاً للمفتقر مع الرجوع على المثري بدعوى الإثراء لأن المثري يكون قد أثرى بسبب قانوني مثل ذلك العمل غير المشروع يكون سبباً قانونياً يمنع من الرجوع لدعوى الإثراء فلا يلتزم من أخذ تعويض عن ضرر أصابه يرد هذا التعويض لأنه قد كسبه بسبب قانوني هو لعمل غير مشروع⁽²¹⁾

- فإذا كان سبب الإثراء حكماً من أحكام القانون فلا جدال لتطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب فمثلاً اذا اكتسب شخص ملكية قطعة ارض بالتقادم المكسب فلا يجوز للمالك الحقيقي للأرض ان يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب برد قيمة هذه الأرض وذلك لوجود سبب قانوني يمنع من الرجوع بدعوى الإثراء وهو التقادم المكسب فهذا التقادم حكم من أحكام القانون نتج أثراً من اكتساب بالتقادم⁽²²⁾

أحكام الإثراء بلا سبب

دعوى الإثراء بلا سبب:-

هي دعوى أصلية وليست احتياطية فاذا قامت دعوى أخرى جانبها كان للمدعي الخيار بين الدعويين وغالباً ما يختار الدعوى الثانية لأنه يحصل بها على التعويض كاملاً أما دعوى الإثراء فلا ينال منها إلا أقل القيمتين من الإثراء أو الافتقار ويتمثل أطراف دعوى الإثراء في المدعي أو نائبه أو خلفه عاماً أو خاصاً وإذا تعدد المدعون كان لكل بقدر نصيبه في التعويض ولكل منهم دعوى مستقلة فلا تضامن بينهم أما المدعى عليه هو المثري ولو كان غير مميز⁽²³⁾

والدعوى هي الطريق إلى إيقاع الجزاء

- المدعي هو المفتقر وهو وحده الذي له أن يطالب بالتعويض ويقوم مقامه النائب والخلف ونائب المفتقر إذا كان قاصراً هو وليه أو وصيه وإذا كان محجور هو القيم وإذا كان وقفاً هو ناظر الوقف وإذا كان المفتقر رشيداً بالغاً فنائبه هو الوكيل والخلف هو الوادع والدائن هذا هو الخلف العام.

أهلية المدعي:-

لا يشترط في المفتقر أهلية ما فناقص الأهلية المميز والسفيه وذو الغفلة يصح أن يفترق بأن يثري شخص على حسابه دون سبب قانوني فيصبح ناقص الأهلية دائماً بل قد يكون المفتقر عديم الأهلية كالصبي غير المميز والمعتوه والمجنون⁽²⁴⁾

تعويض المدعى عليه: فإذا أثرى شخص على حساب شركاء في الشرع فيصبح هؤلاء الشركاء دائنين للمثري كل منهم بقدر نصيبه في التعويض ولا تضامن في ما بينهم بل لكل منهم دعوى مستقلة عن دعوى الآخرين ويقدر القاضي تعويض كل على حدة وذلك لعدم ورود نص على التضامن في هذه الحالة⁽²⁵⁾

- المدعى عليه:- هو المثري وهو وحده المسؤول عن تعويض المفتقر ويقوم مقامه في المسؤولية النائب والخلف. فإذا كان قاصراً كان نائبه هو وليه وإذا كان محجوراً كان النائب هو القيم وإذا كان وقفاً فالناظر وإذا كان رشيداً بالغاً فالوكيل وخلف المثري هو وارثه⁽²⁶⁾

أهلية المدعى عليه:- قضت المادة 179 بأن كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم إلخ) وجاء في المذكرة الإيضاحية (لا يشترط في المثري توافر أهلية ما عند صدور القانون ويلزم غير المميز بمقتضى الإثراء) ويتضح من ذلك أن الملتزم بمقتضى الإثراء بلا سبب فهو إنما يلتزم لا بمقتضى إرادته ولا استناداً إلى متطلبات التمييز فيه بل أن مصدر التزامه صور واقعة قانونية هي الإثراء بلا سبب فمتى تحققت هذه الواقعة ترتب الالتزام في ذمته دون نظراً إلى أنه مميز أو غير مميز⁽²⁷⁾

• تعدد المدعى عليه:- وقد يتعدد المثري كما لو أثرى شركاء في الشيوخ على حساب الغير فيصبح هؤلاء مدنين للمفتقر بالتعويض ولا يكونون مسؤولين بالتضامن بل يكون كل منهم مسؤولاً بقدر نصيبه أي بأقل القيمتين ويقدر القاضي هذا النصيب كما يفعل عند تعدد المفتقر فيما مر بنا⁽²⁸⁾

• والدعوى الأصلية لا يجوز اللجوء إليها إذا لم يجد من لحقت به خسارة دعوى أخرى يلجأ إليها لمطالبة من جنى كسباً وشرطها أن يبقى الإثراء قائم إلى وقت رفع الدعوى:-

1. انتقاء الصفة الاحتياطية عن دعوى الإثراء بلا سبب ويقصد بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء

بلا سبب أنه لا تستخدم هذه الدعوى إلا في حالة عدم وجود دعوى أخرى يلجأ إليها المدعي

ويؤدي ضبطها بعيداً إلى منع الإثراء على حساب الآخرين

2. عدم اشتراط نقل الإثراء إلى وقت رفع الدعوى⁽²⁹⁾

والمدعي في دعوى الإثراء بلا سبب هو من لحقت به الخسارة ومن يكون نائباً أو خلفاً له ونائبه من لحقت به الخسارة وقد يكون وليه أو وصيه إذا كان قاصراً أو القيم إذا كان محجوراً عليه وإذا كان مفلساً وإذا كان وقفاً متولي الوقف وإذا كان من لحقت به الخسارة بالغاً رشيداً فبممكن لوكيله رفع دعوى الإثراء بلا سبب ويستطيع الخلف الخاص أن يرفع هذه الدعوى بالإثراء بلا سبب فالمحال لا يستطيع أن يرفعها ويمكن لدائن من لحقت به الخسارة أن يرفعها إذا يمكن له أن يطلب من جنى الكسب بالتعويض وذلك برفع الدعوى غير المباشرة إذا يستعمل حق من لحقت به الخسارة.⁽³⁰⁾

ثانياً: سقوط دعوى الإثراء بالتقادم :

نصت المادة (166) من قانون المعاملات المدنية السوداني على انه (ما اعتبر ثراء حراماً لا يورث بواسطة المحاكم ولا يمتك بالتقادم ولا ينتقل بالهبة ولا الوصية ولا البيوع والتصرفات الأخرى الناقلة للملكية) وفي الفقرة الثانية نص على ان دعوى الإثراء بلا سبب لا تسقط بمرور الزمن وهذا ما خالف به نظرية المصري حيث نص في المادة 80 من القانون المدني الجديد على إنه (تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض وتنقضي الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق .⁽³¹⁾

واخيراً يكون تحديد قيمة الإثراء والافتقار لاعطاء المفتقر اقل القيمتين بوقت قيام الالتزام علي ان يخصهم من قيمة الإثراء مصاريف جلبه فاذا كان الافتقار نقداً فان مداه هو عين مدى الإثراء اما اذا كان تحسينات قدر مداه بما انفقه المفتقر في استخدامها ويعطي اقل القيمتين ما انفقه وهذا هو مدى الافتقار وما زاد في مال المثري بسبب التحسينات هذا هو مدى الإثراء بلا سبب اما ان كان الافتقار منفعة فتحدد اجرها ويعطى المفتقر قيمتها تعويضاً اما اذا كان الافتقار خدمة أو عملاً كمحامي أو سمسار قدر افتقاره بقيمة هذا العمل ويجب الا يكون هناك سعي من المفتقر يجلب منفعة لنفسه أدت إلى افتقاره والا فلا تقوم دعوى الإثراء خلافاً لأحكام الفضالة⁽³²⁾. مما سبق ذكره يتضح لنا أن لا يجوز له الالتجاء لدعوى الإثراء إلا إذا انعدمت كل دعوى أخرى أي أنها دعوى احتياطية وقيمة الافتقار لا تقرر وقت تحقيقها ولا وقت رفع الدعوى بل وقت صدور الحكم.

ـ الحكم :-

طرق الطعن في الحكم لا يختلف الحكم الصادر في دعوى الإثراء عن سائر الاحكام من حيث طرق الطعن العادية المعارضة والاستئناف والطرق غير العادية هي معارضة شخص الذي يتعدى اليه الحكم والنقض. وستعرض اركان قاعدة الإثراء بلا سبب.

1. الإثراء:- لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع

المادية التي يقدمها المدعي لا ثبات ركن الإثراء .

2. الافتقار ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقره محكمة الموضوع من وقائع في شان

الافتقار⁽³⁶⁾³³

3. انعدام السبب يعتبر من وسائل القانون ومن وسائله الدقيقة تحديد معنى السبب

ومتى يكون القانون أو العقد سبباً قانونياً للإثراء ودعوى الإثراء دعوى أصلية لا دعوى

احتياطية من مسائل القانون.

ثالثاً: الآثار التي تترتب على الحكم :-

الحكم ليس مصدر الحق في التعويض والحكم في دعوى الإثراء كالحكم في دعوى المسؤولية

التقصيرية ليس مصدر حق لمفتقر في التعويض فالحكم إلا مقرر لهذا الحق لا منشئ له

الحكم يقوم في التعويض ويقويه وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق للتعويض الا انه هو الذي

يقوم هذا الحق ويغلب ان يقوم به مبلغ معين من النقود.⁽³⁴⁾

رابعاً:- التعويض :-

التعويض هو اقل القيمتين بالنسبة للافتقار والاثراء ولا يمكن ان يكون الا ذلك فان المثرى قد اثرى على حساب المفتقر وتنص المادة 179 على ان المثرى دون سبب قانوني علي حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما اثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي يلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما اثرى فهو يلتزم برد اقل القيمتين قيمة ما اثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن⁽³⁵⁾ والتعويض لا يجوز من جهة ان يزيد على خسارة المفتقر حتى لو كان إثراء المثرى يزيد على هذه الخسارة لان المفتقر لا يحق له ان يتقاضى تعويضاً يزيد على الخسارة والا لكان هو بدوره مثيراً على حساب المثرى دون سبب ولا يجوز ان يزيد التعويض من جهة اخرى على إثراء المثرى حتى وكانت خسارة المفتقر تزيد على هذا الإثراء لأننا لا نحاسب المثرى على خطأ ارتكبه فلزمت بتعويض الخسارة كاملة وانما بحساب على ما وقع في يده من كسب فلا يجوز ان يرد اكثر مما كسبه ولو انه رد اكثر مما كسب لكان هو بدور مفتقراً لمصلحة المفتقر دون سبب⁽³⁶⁾

والزام المثرى في حدود ما اثرى به بتعويض هذا الشخص عما بحقه من خسارة ويبقى هذا التزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد ويظهر من النص ان المثرى يلتزم برد اقل القيمتين قيمة ما اثرى به وقيمة ما افتقر بها الدائن والرد يكون في حدود الإثراء الا انه لم يصدر من المثرى خطأ يحاسب عليه بحيث يلتزم نتيجة لذلك بتعويض كل الخسارة وانما يحاسب على ما ناله من الإثراء فعلاً⁽³⁷⁾ والتعويض عن الإثراء بلا سبب يتم تقريره بقيمة الافتقار وقت صدور الحكم موداه عدم استحقاق الفائدة عنه الا من وقت صدور الحكم النهائي به.

ويراعى في تقويم الإثراء أن يكون تقديره وقت وقوعه لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم مع مراعاة ما سبقت الإشارة إليه يراعى أن يخصم من قيمة الإثراء ما عسي أن يكون المثرى حسن النية أو سيئها فالالتزام لاشأن له بالنية وإنما يقوم هذا الالتزام على واقعة الإثراء في ذاتها. والإثراء إما أن يكون عيناً معنيه بالذات على ملك المفتقر ولا تدخل في ملك المثرى بل هي عين مملوكة لشخص انتقلت إلى حيازة شخص آخر وللمالك ان يستردها من الحائز بدعوى استحقاق لا بدعوى الإثراء بلا سبب إما إذا كان الإثراء نقداً دخل في ذمة المثرى كما اذا استولى هذا على مبلغ من النقود مملوكة للمفتقر سواء كان في هذا الاستيلاء حسن نية أو سيئها فان قيمة الإثراء هو مبلغ هذا النقد وينظر فيه إلى قدره العددي ارتفع سعر النقد أو انخفض اما اذا كانت تحسينات وقت الاستحداث لا بما انفق المفتقر في استحداثها لان هذه هي قيمة الافتقار لقيمة الإثراء مثل ذلك اعمال الترميمات وقد يكون الإثراء منفعة حصل عليها المثرى مثل اذا سكن منزلاً دون عقد ايجار فتقوم المنفعة بأجرة المنزل ولا عبره بحسن النية أو سيئتها ولا بان يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى فقد يكون خدمة أو عملاً قدمه المفتقر إلى المثرى مثل الموظف الفني الذي يجد اختراعاً يفيد به رب العمل فهنا يثرى بقدر ما أصاب من نفع بفضل اختراع الموظف الفني وأيضاً لا ضرورة ان يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى وقد يكون الإثراء سلبياً كما لو دفع شخص ديناً علي آخر ويكون الإثراء بقدر الدين الذي دفعة عنه المفتقر.⁽³⁸⁾

كيف يقدر الافتقار: -

يقدر مدى الافتقار على النحو الذي يقدر به الإثراء فإذا كان نقداً فإن مداه هو مدى الإثراء وكذلك الأخرى كما سبق ذكره في الإثراء ويلاحظ أن هنالك علاقة مباشرة ما بين الافتقار والإثراء أو أن يكون الافتقار مقابل له فإذا كان له مقابل فإن دعوى الإثراء لا تقوم ولا يقدر بوقت تحققه ولا وقت رفع الدعوى بل وقت صدور الحكم وذلك لأن الافتقار في دعوى الإثراء يقابل الضرر في دعوى المسؤولية التقصيرية وفي المسؤولية التقصيرية إن الضرر إذا كان قد تغير منذ وقوعه فاشد أو خف فالعبرة بيوم مرور الحكم .

تطبيقات الإثراء بلا سبب

أن أهم تطبيقات الإثراء بلا سبب يمكن تمثيلها في دفع غير المستحق والفضالة، وهما يعدان في حد ذاتهما متميزان لهذا النوع من الإثراء.

فمن جهة دفع غير المستحق فهو يعد صورة متميزة من صور الإثراء، فلان المفتقر يدفع ديناً ليس واجبا عليه ولكن يعتقد أنه ملزم بدفعه، فيرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء في صورتها العادية، أو يرجع على الدائن الذي دفع له الدين بدعوى غير المستحق وهذه هي الصورة المتميزة لدعوى الإثراء. أما من ناحية الفضالة فهي أيضاً صورة متميزة من صور الإثراء، فذلك لأن الفضولي وهو يفتقر ليثري غيره قد فعل ذلك متفضلاً عن عمد، فكان أحق بالرعاية من المفتقر الذي لا يعتمد هذا التفضل ولهذا كانت حقوق الفضولي قبل المثري، وهو رب العمل، أوسع من مدى من حقوق المفتقر في دعوى الإثراء⁽³⁹⁾.

أولاً: دفع غير المستحق

دفع غير المستحق هو أن يدفع شخص ما ليس متوجبا عليه، ظناً منه أنه مدين به بنتيجة غلط في القانون، أو في الواقع، وهو صورة من صور الإثراء بلا سبب، فالمفتقر هنا يسمى الموفي يدفع ديناً ليس واجبا عليه، ولكنه يعتقد أنه ملزم بدفعه، فيرجع على الدائن الذي دفع له الدين بدعوى دفع غير المستحق⁽⁴⁰⁾⁽⁴³⁾ هذا وقد نص القانون المدني المصري في المادة 181 على ذلك حيث جاء فيه --:

1/ {كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده} 2/ {علي أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا يكون ناقص الأهلية أو يكون قد أكره على هذا الوفاء}. ونصت المادة 182 علي ما يأتي:-- {يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق سببه أو لان التزام زال سببه بعد ان تحقق} ونصت المادة 183 علي ما يأتي --:

1. يصح كذلك استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يحل أجله وكان الموفي جاهلاً قيام الاجل .

2. على انه يجوز للدائن ان يقتصر عللا رد ما استفادة بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فاندتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الاجل ويقابل هذه النصوص في القانون المدني القديم نص واحد هو نص المادتين 206/145 وهو {من أخذ شيئاً بغير استحقات وجب عليه رده}⁽⁴¹⁾ ولقيام دفع الغير المستحق يجب ان تتوفر ثلاثة شروط هي:

1. يجب أن يكون هناك وفاء.
2. الوفاء واقعة مختلطة تجمع ما بين التنفيذ من طرف المدعي لما في ذمته من التزامات، أي قيامه بأعمال مادية، مثل بناء عمارة أو تسليم مبلغ من المال أو نقل شخص بضاعة من مكان لآخر. وبين إجراء تصرف قانوني أي الاتفاق مع الطرف الدائن على قضاء الدين وإبراء ذمة المدين⁴².
3. عدم وجود التزام مستحق على عاتق الدافع:
يتحقق دفع الغير المستحق ان لا يوجد على الدافع التزام مستحق الدفع اتجاه المدفوع له سواء وقت الدفع أو لم يعد ملزماً بناء على امر لاحق للدفع فعدم وجود الدين قد يكون قائماً وقت الدفع ومن ثم يقال ان سبب الرد يكون قائماً وقت الدفع وقد لا يتقرر انعدام الدين أو عدم وجوده الا في وقت لاحق للدفع ولكن يرد اثره وقت الدفع ومن ثم يصبح الدفع بغير وجه التزام المدفوع له بالرد وقد يوجد الالتزام ولكنه لا يكون مستحقاً وقت الدفع ومن ثم لا يوجد التزام مستحق وقت الدفع بما يبرر الرد.⁽⁴⁵⁾
- 4- يجب أن يكون الموفاي قد قام بالوفاء ظناً منه أنه مدين:

يجب لقيام دفع غير المستحق، أن يكون الموفاي قد قام بالوفاء ظناً منه أنه مدين، بمعنى أنه لكي يقوم دفع غير المستحق، يجب أن يكون قد أوفى وهو ضحية عيب الغلط، سواء كان هذا الغلط هو غلط في القانون، أو غلط في الواقع⁽⁴⁶⁾⁴³، والذي يتضمن الا يكون من شأن الرد الاضرار بالدائن الموفاي له حسن النية فقد نصت المادة (184) على انه لا محل للاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه ان الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو ما حصل عليه من تأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء وتكون الاحوال التي يكون فيها الرد ضاراً بالدائن الموفاي هي ضياع حق الدائن اتجاه المدين الحقيقي ويضيع حق الدائن في حالات ثلاث حددها المشرع يجمعها ان الوفاء قد تم الى الدائن الحقيقي ولكن من غير المدين أي ان الغلط قد وقع من جانب الموفاي غير المدين اما حسن النية الدائن الموفاي له فلا يجوز للدائن ان يتمسك بسقوط حق الموفاي في استرداد ما وفاه دون حق الا اذا كان الدائن حسن النية ويقصد بحسن النية ان يكون الدائن معتقداً انه يستوفي حقه ممن يلزم بذلك سواء باعتقاده ان الموفاي هو المدين أو باعتقاده ان الموفاي قصد الوفاء بدين الغير⁽⁴⁴⁾

ثانياً: الفضالة

أ: تعريف الفضالة في الفقه الإسلامي:

عند الفقهاء المسلمين هي القيام بعمل ما لشخص من دون إذن شرعي منه أو وكالة للفضولي عنه ويسمى القائم بالعمل فضولياً ومن تم العمل لحسابه برب العمل ويترب على الفضالة أن يلتزم رب العمل بتعويض الفضولي عما تكلفه من النفقات حتى لا يثري بدون وجه حق على حساب الفضولي ومن ثم اعتبرت الفضالة من تطبيقات قاعدة الإثراء بلا سبب...

ب: في الاصطلاح القانوني: --

تعد الفضالة تطبيقاً من تطبيقات الإثراء بلا سبب ويقصد بها أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون الزام عليه بذلك كأن يقوم شخص بجني محصول أرض جاره المسافر ففي

هذه الحالة الفضولي يقوم بهذا العمل ليحقق منفعة لجاره مع أنه لا يوجد إلزام قانوني يوجب عليه القيام بذلك.. ومن قام بعمل الغير دون أمره ولكن أذنت به المحكمة أو أوجبت ضرورة أو قضي به عرف فإنه يعتبر نائباً عنه وتسري عليه قواعد الوكالة إذا أقر بالعمل ما قام به الفضولي⁽⁴⁵⁾

ج:- شروط الفضالة

الشرط الأول: --- قيام الفضولي بشأن عاجل لحساب الفضولي :-

يسمى هذا بالركن المادي وهو أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لحساب شخص آخر سواء تم ذلك في شكل تصرف قانوني وذلك إذا كان يؤجر الفضولي عقاراً لصالح رب العمل أو عمل مادي كان يرمم الفضولي منزل شخص مهدد بالانهيار ولا يكفي لعمل الفضولي مجرد تحقيق الفائدة لرب العمل بل لا بد من أن يكون العمل ضرورياً وعاجلاً بحيث ما كان لرب العمل أن يتوانى عن القيام به لو وجد في الموقف نفسه الذي قام فيه الفضولي بهذا العمل كبيع المحصولات التي يسرع إليها التلف مثلاً..⁽⁴⁶⁾

وقيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل وهذا الشأن قد يكون تصرفاً قانونياً كما لو جاوز الوكيل حدود وكالته أو استمر فيها بعد انتهائها وقد يعمل الفضولي دون وكاله أصلاً فيقبله به لرب العمل أو يؤجر عينا شائعاً بينه وبين رب العمل أو يبيع محاصيل يخشي تلفها وكل ذلك باسم رب العمل أو باسم الفضولي فإذا توافرت أركان الفضالة الأخرى وقع التصرف نافذاً وليس من الضروري أن يكون من أهل التمييز لكن يجب أن تتوفر هذه الأهلية في رب العمل ويخضع التصرف في أثباته للقواعد العامة وقد يكون هذا الشأن عملاً مادياً فالتصرف فيما بين الفضولي والغير يعتبر تصرفاً قانونياً أما فيما بينه وبين رب العمل فيعتبر عملاً مادياً كما لو تعاقد الفضولي مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل ومن ثم يجوز لرب العمل أثبات هذا التصرف في رجوعه على الفضولي بجميع طرق الأثبات وقد يقوم الفضولي بعمل مادي في ذاته كان يقطع التقادم أو يطفئ حريقاً اشتعل في مسكن رب العمل أو أي عمل عاجل آخر وتثبت هذه الأعمال بكافة طرق الأثبات⁽⁴⁷⁾

الشرط الثاني :- قصد الفضولي تحقيق مصلحة رب العمل :-

المقصود هنا نية القيام بأعمال الفضالة وليس بطبيعة الحال نية ترتيب آثارها القانونية وعليه أن يكون الفضولي على علم بأنه يعمل لحساب الغير فإن كان يعتقد بأنه يعمل لحساب نفسه فهنا يختلف الأمر لأنه يفقد ركن القصد وذلك مثل أن يقوم (أ) بترميم مبنى على أنه مملوك له ثم يتبين بأنه ملك لغيره فلا يكون لـ (أ) الرجوع على المالك الحقيقي بمقتضى الفضالة بل صح بمقتضى الإثراء بلا سبب، وهو أيضاً يقصد به أن الفضولي إساءة خدمه لمصلحه رب العمل وليس لمصلحته بالذات وغير هذه النية لا تحقق الفضالة⁽⁴⁸⁾ (51) وأن تنصرف نية الفضولي إلى العمل لمصلحه رب العمل وهذا ما يميز بين الفضالة وبين الإثراء بلا سبب فمن يعمل لحساب نفسه لا يعد فضولياً ولكن له الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب لا بدعوى الفضالة وتحقق الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشائنين من ارتباط بالشريك يؤجر العين الشائعة فيستغلها لمصلحه نفسه ولمصلحه شريكه في الشيوع فهو فضولي بالنسبة إلى شريكه أما إذا باشر الشخص عملاً ظناً منه أنه في مصلحته فإذا به في مصلحة غيره فلا يكون فضولياً لأن العبرة بالنسبة ولو تحققت له مصلحة من هذا العمل ولكن الخطأ في شخص رب العمل لا ينفي الفضالة فمن عمل

لمصلحه شخص فإذا به بعمل لمصلحة شخص آخر يكون فضولياً⁽⁴⁹⁾ ويغلب أن يكون الفضولي على بينه أمره وتنصرف نيته الى أن يعمل لمصلحة رب العمل وهذه النية هي التي تميز ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب والفضولي إنما يعرف بهذه النية فهو متفضل لأنه لا يعمل لمصلحه نفسه بل يعمل لمصلحه غيره أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحه نفسه فإنه لا يكون فضولياً حتى لو عاد تدخله على الغير بنفع ولا يرجع في هذه الحالة بدعوى الفضالة وإنما يرجع بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها، وليس من الضروري أن تتمخض نية الفضولي في أن يعمل لمصلحه رب العمل وحده بل يجوز كما تقول المادة 189 {أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي في أثناء توليه شأنًا لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الشأنيين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحادهما منفصلاً عن الآخر} فالشريك المشاع يؤجر العين الشائعة فيستغلها لمصلحه نفسه ولمصلحه شريكه في الشيوع⁽⁵⁰⁾

الشرط الثالث:- الفضولي يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل ولا منهي عنه:-

وهذا هو الركن القانوني الذي يحدد الموقف القانوني لكل من الفضولي ورب العمل من الشأن العاجل الذي قام به الفضولي وأن من يتولى الشأن العاجل لرب العمل يجب حتي يكون فضولياً الا يكون ملتزماً من قبل أن يقوم بهذا الشأن لأنه إذا كان ملتزماً به فهو ليس بفضولي يتبرع بالعمل لمصلحة الغير بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن وذلك مثل المفاوض إذا تعاقد مع رب العمل على أن يقيم له بناء في أرضه فإن المفاوض لا يعتبر فضولياً لأنه ملتزم بإقامه البناء بمقتضى عقد المفاوضة وعدم التزام الفضولي بالعمل لا تتحقق الفضالة لمجرد قيام الفضولي عن قصد بعمل أو بشأن عاجل لحساب رب العمل بل يشترط كذلك ألا يكون الفضولي ملتزماً بالقيام بهذا العمل ولا موكلاً فيه ولا منهيًا عنه، والقيام بعمل يكون الفضولي غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهي عنه لأنه لو كان ملتزماً بالعمل فهو مدين بالتزامه نحو الدائن أينما كان مصدر هذا الالتزام عقداً أو قانوناً فالمتبرع الذي يدفع تعويضاً عن عمل تابعه لا يعد فضولياً لأنه ملتزماً قانوناً به وقد يباشر الفضولي شأنًا عاجلاً من شؤون رب العمل دون أن يعلم الأخير بذلك أما أن كان عالماً كما لو كان هو الذي دعاه كل الغير وكيلا لا فضولياً وقد لا يكون قد دعاه ولكن يجيز هذا العمل فيصبح الفضولي بهذه الإجازة وكيلا فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وتسري أحكام الوكالة منذ بدء الفضالة وبالنسبة للغير من وقت العمل أما إذا كان هنالك نهي فمن باشر العمل لا يكون فضولياً وإن كان له الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب⁽⁵¹⁾⁵⁴ ويتضح مما سبق ذكره أن الفضالة لا تقوم إلا إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولي أو كان يعلم بهذا التدخل ولكنه يقف منه موقفاً سلبياً لا يأمر به ولا ينهي عنه

د. حكم الفضالة

فإذا توافرت شروط الفضالة فإنه يترتب عليها تطبيق أحكام وهي عبارة عن التزامات تقع على عاتق الفضولي وأخرى تقع على عاتق رب العمل..

أ: التزامات الفضولي: ---

الالتزام الاول:- المضي في العمل الذي بدأه إلى ان يتمكن رب العمل من مباشره بنفسه: -- نصت عليه المادة 191 من القانون المدني علي أنه {يجب علي الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى ان يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسهالخ} والحكمة من ذلك منع التدخل في شئون الغير بدون

رويه وتبصر وكذلك حمايه مصلحه رب العمل بمنع الفضولي من وقف العمل قبل اتمامه وقبل أن يباشره رب العمل بنفسه وينقضي هذا الالتزام في الوقت الذي يقوم فيه رب العمل بمباشره العمل بنفسه وهذا سواء أكان عملا ماديا أو تصرفا قانونيا وذلك مثل اذا بدأ الفضولي في ترميم منزل مملوك لرب العمل وائل للسقوط فانه يستمر في اعمال الترميمات حتي يحضر رب العمل ويستلم منه العمل⁽⁵²⁾

الالتزام الثاني: -- إخطار الفضولي رب العمل بتدخله متي أستطاع ذلك:--

ولا يكفي أن يمضي الفضولي في العمل الذي بداه بل يجب إلى ذلك أن يبادر إلى أخطار العمل بتدخله بمجرد أن يتمكن من ذلك فيستطيع رب العمل بعد هذا الاخطار أن يستعمل حقه من مباشره العمل بنفسه وهذا في نص المادة 191 الشرط الثاني هو يجب علي الفضولي أن يخطر بتدخله رب العمل متي أستطاع ذلك وعلي ذلك فان الفضولي يلتزم بأخطار رب العمل بتدخله أي بالأعمال التي قام بها لحساب رب العمل ومصلحته وذلك في أقرب وقت حتي يتمكن استعمال حقه في تكمله العمل الذي قام به الفضولي أو تكليفه به بإتمام هذا العمل وأخطار رب العمل بتدخله ذلك في القيام علي شئونه متي استطاع ذلك حتي يتحدد موقف الأخير من رغبته في التدخل أو عدم رغبته في ذلك⁽⁵³⁾

الالتزام الثالث: -- بذل عنايه الشخص العادي في القيام بالعمل:--

تنص المادة 192 على أنه {يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عنايه الشخص العادي ويكون مسئولا عن خطئه ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك وإذا عهد الفضولي إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشره على هذا النائب اما إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامين في المسؤولية⁽⁵⁴⁾

ب -- التزامات رب العمل:--

الالتزام الأول:-- تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه ان الفضولي يعقد تصرفا قانونيا بالنيابة عنه رب العمل فاذا كانت اركان الفضالة متوافره فان الفضولي يعتبر نائبا عن رب العمل وهذه النيابة قانونيه تقررت بنص في القانون ويتبني علي ذلك ان العقود التي يبرمها الفضولي بالنيابة عن رب العمل ينصرف أثرها مباشره إلى رب العمل في الحقوق التي أنشأتها وفي الالتزامات التي رتبها فيعتبر رب العمل هو الدائن في هذه العقود أو المدين فيلتزم ايضا بتنفيذ الالتزامات وهذا الالتزام هو النتيجة المباشرة لفكره النيابة التي تقوم عليها الفضالة⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁸⁾

الالتزام الثاني: -- تعويض الفضولي عن التعهدات التي التزم بها:--

إذا كان الفضولي قد أبرم تصرفا قانونيا باسمه الشخصي لا باسم رب العمل فيترتب على ذلك ان يتحمل بالالتزامات الناشئة عن هذا التصرف وفي هذه الحالة فان رب العمل يلتزم بتعويض الفضولي عما أنفقته تنفيذًا لهذه الالتزامات فمثلا اذا تعاقد الفضولي باسمه مع احد المقاولين لإصلاح منزل مملوك لرب العمل فبناء على هذا العقد فان الفضولي يتحمل تكاليف الإصلاح وعلى ذلك فان رب العمل يلتزم بتعويضه عنها مضافا اليها الفوائد القانونية من يوم دفعها.⁽⁵⁶⁾

الالتزام الثالث: -- رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر: --

النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها فإذا قام الفضولي بترميم منزل لرب العمل فإنه ينفق في ترميمه مصروفات ضرورية وإذا ما جنى له محصولا يسرع إليه التلف فإنه يدفع أجر الأيدي العاملة لجني المحصول وهذه مصروفات نافعة تسوغها الظروف كل هذه المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة التي سوغتها الظروف يرجع بها الفضولي على رب العمل بل ويرجع بفوائدها ما أنفق بالسعر القانوني أربعه بالمائة من وقت الإنفاق وفي هذا استثناء من القواعد العامة تقرر لمصلحة الفضولي فإن الفوائد القانونية لا تستحق طبقاً لهذه القواعد إلا من وقت المطالبة القضائية ويجب ألا تكون هذه المصروفات فاحشة⁽⁵⁷⁾

الالتزام الرابع: -- تعويض الفضولي عن الضرر الذي لحقه

وذلك بسبب قيامه بالعمل وسواء كان الضرر جسمانياً أو مالياً لم يقع الضرر بخطأ الفضولي نفسه فلا يكون رب العمل ملزماً بتعويضه وقد يلحق الفضولي ضرر أثناء قيامه بالعمل يطفئ حريقاً فيتلف أمتعه مملوكه له ينقذ شخصاً موشك على الغرق فيصاب بضرر وهو ينقذه وإذا كان الضرر الذي أصابه لم يكن يستطيع أن يتوفاه بذل المألوف من العناية وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه فإنه يدخل ضمن التكاليف التي تشملها أثناء القيام بعمله ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه أما إذا تعدد رب العمل بأن قام فضولي مثلاً بعمل لمصلحه شركاء على الشيوع فلا تضامن بين أرباب العمل المتعديدين في التزاماتهم نحو الفضولي إذ لا تضامن دون نص والعلة في ذلك أن أرباب العمل إذا تعددوا قل أن توجد بينهم علاقة تسوغ قيام التضامن⁽⁵⁸⁾. ويلتزم رب العمل أخيراً بتعويض الفضولي تعويضاً عادلاً عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل ويتحقق معنى العدالة في التعويض متى كان متناسباً مع لم يستطيع الفضولي انقاذه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية ويقوم حق الفضولي في اقتضاء التعويض على ما يتمثل في الضرر الحادث له من أضرار⁽⁵⁹⁾ وتسقط دعوى الفضالة أو الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق وهي نفس مدة سقوط دعوى الإثراء بلا سبب ودعوى رد غير المستحق والمسؤولية التقصيرية.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد أن انتهينا بعون الله وتوفيقه من إعداد هذه البحث وقد توصلت إلى بعض النتائج والتوصيات نذكرها كما يلي:

أولاً: النتائج:

1. أن مضمون قاعدة الإثراء بلا سبب ينطوي على أركانه من جهة ومن جهة أخرى على الأحكام التي تنطوي على أثره.
2. متى ما كان إثراء المدين بحسن نية فنكون أمام الإثراء بلا سبب أما في حالة كان سيء النية فتطبق عليه أحكام المسؤولية التقصيرية

3. الإثراء هو كل منفعة مادية أو معنوية يحصل عليها المدين أما الافتقار فهو خسارة تكبدها الدائن أي المنفعة التي تفوته
4. إن الإثراء والافتقار يضمننا صورا يمكن تطبيقها على كل منهما مثل المباشر وغير المباشر والإيجابي والسلبي وأخيراً مادي ومعنوي.
5. لا يمكن تطبيق قاعدة الإثراء بلا سبب عند تحقق الإثراء والافتقار فقط بل لا بد من رابطة السببية التي تربط بينهما بحيث يكون افتقار الدائن هو الذي أدى مباشرة إلى إثراء المدين.
6. دعوى الإثراء في الظاهر دعوى احتياطية لكن في الواقع دعوى أصلية وذلك من خلال أنه إذا أقيمت دعوى أخرى بجانبها كان للمدعي الخيار بين الدعويين
7. الفضالة تعتبر وفقا للرأي السائد فقها وقانونا انها تطبيق من تطبيقات الإثراء بلا سبب لان في التزام رب العمل بتعويض الفضولي لا يمنع من اثرائه على حساب الغير.

ثانياً: التوصيات:

1. ان موضوع الإثراء بلا سبب لم يحظ بالدراسة الكافية اذ طبقت عليه الدعاوى الناشئة عن مصادر الالتزام الأخرى وذلك من خلال الواقع العملي فنوصي بان يكون مسار اهتمام بالدراسة.
2. نوصي المشرع بالاهتمام أكثر بموضوع هذا التطبيق وذلك بإيراد نصوص واضحة حول احكامه
3. نوصي المشرع بعدم اغفال شرط الاستعجال في العمل الذي يقوم به الفضولي وذلك مواكبة للتشريعات الحديثة التي أصبحت اليوم تنادي بهذا الشرط
4. لم يوضح المشرع مقدار التعويض بالنسبة لعمل الفضولي وإنما تركه سلطة تقديرية للمحكمة فكان أولى أن يتدخل المشرع في جعل ضوابط الحكم بالتعويض.

المصادر والمراجع:

- (1) معجم الغني دكتور عبدالغني أبو العزم - مؤسسة الغني للنشر 2014 ص 223
- (2) النظرية العام للالتزام مصادر الالتزام - د رمضان أبو سعيد - دار المطبوعات الجامعية 2001م
- (3) مصادر الالتزام - ومصطفى محمد الجمال - الفتح للطباعة والنشر والإسكندرية 1896م ص 105
- (4) الوسيط في الرح القانوني المدني - عبد الرزاق السنهوري ج 1 مرجع سابق ص 1103
- (5) النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - د ياسين يحي مرجع سابق ص 326
- (6) مصادر المقاض يالفقة الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي) د عبد الرزاق احمد السنهوري ج 1 دار إحياء التراث الغربي - بيروت - لبنان ص 1110
- (7) النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام ج 1 د ياسين يحي ج 1 مرجع سابق ص 327
- (8) الوسيط في القانون المدني - د أنور طلبه ج 1 مرجع سابق ص 519
- (9) نصوص القانون المدني - المستشار معوض عبد التواب رئيس محكمه الاستئناف الحق واستعماله - القانون وتطبيقه - الأشخاص والأحوال الالتزام بوجه عام ج 1 منشأة المعارف ط الثانية 1996 ص 5666 ما مقدما
- (10) النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام د ياسين يحي مرجع سابق ص 328
- (11) الوسيط في الشرح القانوني - د عبد الرازق السنهوري مرجع سابق ص 1123 - الوسيط في القانون المدني د أنور طلبه مرجع سابق ج 1 ص 519 - النظرية العامة للالتزامات + د. ياسين يحي ص 330.
- (12) الوسيط في الشرح القانوني المدني - د عبد الرازق السنهوري ج 1 مرجع سابق ص 1126 + النظرية العام للالتزامات : د ياسين يحي مرجع سابق ص 333 + نظرية الالتزام في القانون المدني المصري أ محمود جمال الدين مطبعة جامعة القاهرة ط 1976م ص 144
- (13) الوسيط في القانون المدني - د أنور طلبه ج 1 مرجع سابق ص 530
- (14) دروس في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام محمد ليبب تيب - ط 1990 / 1991م ص 120
- (15) القانون اتمدني الالتزامات - محمد إبراهيم الدسوقي - دار الطباعة الحديثة أسيو ط 2000 ص 83
- (16) شرح القانون المدني في الالتزامات والإرادة المنفرد أ سليمان مرقص ايربين للطباعة مطبعة السلام ج 4 ص 220
- (17) الوسيط في شرح القانون المكديني - د عبد الرزاق السنهوري مرجع سابق ص 1133
- (18) النظرية العام للالتزامات - مصادر الالتزام : د يساين يحي مرجع سابق ص 329
- (19) الوسيط في شرح القانون المدني - أنور طلبه ج 1 مرجع سابق ص 520
- (20) مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - ط 1981 ص 180 + مصادر الالتزام - عبد الناصر توفيق العطار بشائر للطباعة ص 75.

- (21) بحث غي معني التعادل في القانون الفرنسي الأستاذ موري - ج2 ص 352
- (22) المذكرة التفسيرية للقانون المدني السوداني سنة 1971 م وزارة العدل الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية 1391 / 1971م
- (23) النظرية العامة للالتزامات- مصدر الالتزام - دياسين يحي مرجع سابق ص 332
- (24) الوسيط في القانون المدني : د : أنور طلبه ج 1 مرجع سابق ص 560
- (25) مذكرات في نظرية الالتزام - د احمد سلامة القاهرة 1975 ص 90
- (26) النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام د توفيق حسن فرج - الدار الجامعية بيروت 1998 ص 175
- (27) الوسيط في شرح القانون الكندي : د عبد الرزاق السنهوري ج 1 مرجع سابق ص 1169
- (28) الوسيط في شرح القانون المدني : د : عبد الرزاق السنهوري و مرجع سابق ص 1170
- (29) الواضح في شرح القانون المدني : د محمد صبري السعدي (النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفرد) الطبعة الرابعة دار الهدي الجزائر 2009م ص 126
- (30) البحوث العلمية القانونية في مصادر الالتزام
- (31) الوسيط غي القانون المدني - د: أنور طلبه ج 1 مرجع سابق ص 570
- (32) النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام : د أبو السعود دار المطبوعات الجامعة 2002 ص 96
- (33) مدونة في القانون المدني من 1931 - 1986 - د: معوض عبد التواب ج 1 منشأة المعارف الاسكندرية 1987 - ص 110
- (34) المجلة القضائية العدد 3 سنة 1992م
- (35) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض د: أنور طلبه ج 1 مرجع سابق ص 220
- (36) المجلة القضائية العدد 1 سنة 1972م
- (37) الوسيط في شرح القانون المدني - د: عبد الرزاق السنهوري ج 1 مرجع سابق ص 1177
- (38) لمبادئ الأساسية في القانون نظرية الالتزام - دك إبراهيم نبيل سعد + د: جمام محمد محمود منشأة المعارف الإسكندرية 2001م ص 1165 .
- (39) الإثراء بلا سبب (الكسب غير المشروع) كمصدر للالتزام د : توفيق حسن فرج . الدار الجامعة ط الثانية سنة 2001 ط 100
- (40) مدونة في القانون المدني : معوض عبد التواب ج 1 مرجع سابق ص 130
- (41) الوسيط في شرح القانون المدني د: عبد الرزاق السنهوري ج 1 مرجع سابق ص 1181
- وما بعدها + الوسيط في القانون المدني : أنور طلبه ج 1 مرجع سابق ص 1165 + دروس في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام أ: محمد لبيب مرجع سابق ص 160
- (42) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الاول، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف جلال حزي وشركاؤه ، طبعة 2003 نبذة 514، ص: 533
- (43) عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الاول، مصادر الالتزامات. طبعة 2002، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 345

- (44) الوسيط في شرح القانون المدني - د/ عبد الرازق السنهوري ج 1 - مرجع سابق ص 1188
- (45) د. محمد علي عمران، مصادر الالتزام، مصادر الإرادية والغير اراديه ، دار نصرت للطباعة , القاهرة , 2006 - 2007 , ص 322
- (46) عبد الكريم شهبون : الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الاول، الالتزامات بوجه عام، مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء 2002 ص 349
- (47) د. محمد علي عدنان , مصدر سابق , ص 341- 344
- (48) الإثراء بلا سبب الكسب غير المشروع كمصدر للالتزام - د توفيق فرج - الدار الجامعية للنشر - الطبعة الثالثة سنة 2001 ص 101 .
- (49) النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - د/ رمضان أبو السعود - دار المطبوعات الجامعية للنشر سنة 2002 ص 200
- (50) الكامل في شرح القانون المدني - د/موريس نخله - مرجع سابق ص 300
- (51) الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - د/عبدالودود يحيي - مرجع سابق ص 125 .
- (52) مذكرات في نظريه الالتزام - مصادر الالتزام - د/ أحمد سلامه - مرجع سابق - ص 165.
- (53) النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - د/ ياسين يحيي - مرجع سابق ص 365.
- (54) شرح قانون المعاملات المدنية السوداني - شرح للنصوص مع الاسترشاد بالسوابق القضائية - د/ محمد صالح علي قاضي المحكمة العليا - مسقط ج 2 بدون تاريخ طبعه وسنه نشر ص 320+ النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - د/ياسين يحيي - مرجع سابق ص 368.
- (55) النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - د/ ياسين يحيي - مرجع سابق ص 351
- (56) مذكرات في نظريه الالتزام - د/ أحمد سلامه - مرجع سابق - ص 165
- (57) الوسيط في شرح القانون المدني - د/ عبد الرازق السنهوري ج 1 - مرجع سابق - ص 1249
- (58) الوسيط في شرح القانون المدني - د/ عبد الرازق السنهوري ج 1 - مرجع سابق ص 1264
- (59) النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - د/ ياسين يحيي - مرجع سابق - ص 359
- (60) الوسيط في القانون المدني - د/ أنور طلبه ج 1 - مرجع سابق - ص 560
- (61) الوسيط في شرح القانون المدني - د/ عبد الرازق السنهوري ج 1 - مرجع سابق - ص 1268
- (62) مجموعه الاعمال التحضيرية ج 2 - ص 884

المراجع

- (1) لسان العرب، لابن منظور. ج3، ص214.
- (2) القاموس المحيط، للفيروز أبادي. ج2، ص125.
- (3) سيفرين روجومامو، العولة ومستقبل أفريقيا، جامعة القاهرة: برنامج الدراسات المصرية الأفريقية، سلسلة بحوث أفريقية، 2002م، ص87.
- (4) مختار المجلة الأفريقية للعلوم السياسية، الدولة: الديمقراطية والأمن في أفريقيان جامعة القاهرة: برنامج الدراسات المصرية الأفريقية، يناير 2003م، ص29.
- (5) جابر إبراهيم الراوي- الحدود الدولية ومشكلة الحدود العراقية الإيرانية.
- (6) زهوة علي أبي بكر السقاف- مبدأ ثبات الحدود ونهائيتها والحدود اليمنية السعودية.
- (7) حمدي عبد الرحمن حسن، دراسات في النظم السياسية الأفريقية، جامعة القاهرة: كلية الاقتصاد: سلسلة الكتب الدراسية، 2002م، ص97.
- (8) عبد الرحمن حسن، التعددية وأزمة بناء الدولة في أفريقيا الإسلامية، القاهرة: مركز دراسات المستقبل الأفريقي، 1996م، ص158.
- (9) د. ودودة بدران، دراسة العلاقات الدولية في الأدبيات الغربية- مشروع العلاقات الدولية في الإسلام، ضمن د. نادية محمود مصطفى (وآخرون)، المقدمة العامة لمشروع العلاقات الدولية في الإسلام، (القاهرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1996).
- (10) أبرام المعاهدات، العطية، د. عصام، القانون الدولي، المكتبة الوطنية، بغداد، 2010-129.
- (11) النجار، د. مصطفى عبد القادر، التاريخ السياسي لعلاقات العراق الدولية بالخليج العربي، مطبعة جامعة البصرة، 1975، ص14.
- (12) عبد الوهاب عبد المنعم، جغرافية العلاقات السياسية، مؤسسة الوحدة للنشر والتوزيع، «بدون سنة طبع»، ص421.
- (13) وزارة الخارجية العراقية، حقيقة الكويت، ج1، مطبعة الرابطة، بغداد، 1961، ص10.
- (14) قناة العربية- برنامج وثائقي بعنوان «عبد الله».
- (15) زهوة أبي بكر- المرجع السابق ص15.

- (16) الراوي، د. جابر إبراهيم، مشكلات الحدود العراقية الإيرانية والنزاع المسلح، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1989م، ص 97.
- (17) د.صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 968.
- (18) د. إسماعيل صبري مقلد، العلاقات السياسية الدولية، مرجع سابق.

استنباط الأحكام الشرعية من الأدلة التفصيلية

أستاذة القانون الجنائي و الفقه المقارن - كلية بريدة الأهلية -
المملكة العربية السعودية

د. ياسمين أحمد محمد أحمد

المستخلص:

يهدف البحث للتعرف على الأحكام الشرعية المستنبطة من الأدلة التفصيلية، ولأن الدين الإسلامي يحمل في طياته تبيان لكل حكم ولكل قانون لما اشتمل عليه من قوانين عامة ومبادئ كلية يمكن تحكيمها في كل ما يعرض للناس في كل زمان ومكان وفي كل الظروف والأحوال. والدستور الإسلامي هو الأمثل لحماية الحقوق والحريات في مختلف العصور إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. تتمثل مشكلة البحث في أن تطبيق شرع الله في الأرض يتوقف على فهم الأدلة الشرعية ودلالاتها على معانيها فهماً دقيقاً لا شبهة فيه، وتفسير الأدلة الشرعية استناداً على فهم اللغة العربية بما يتفق مع مقاصد و روح الشرع، حتى لا يكون التشريع خاضعاً للمصالح الفردية والأهواء الذاتية. كما نعلم أن العقول قاصرة وإدراكها متفاوتاً فقد يستحسن جماعة شيئاً ويستقبه آخرون، بل إن الشخص الواحد قد يستحسن شيئاً في وقت ويستقبه في وقت آخر، والإنسان مهما أوتي من قوة الملاحظة وسعة الإدراك عاجز عن الإحاطة بما تتطلبه الحاجات البشرية في حاضرها ومستقبلها لجهله بالغيب المستور. استخدم البحث المنهج التحليلي الاستنباطي ومعالجة مشكلة البحث بمنهجية علمية، والمنهج التاريخي. استرشاداً بما بين أيدينا من مصادر التشريع الاسلام.

Abstract:

The research aims to identify the legal rulings deduced from the detailed evidence, and because the Islamic religion carries within it an explanation of every ruling and every law that it contains of general laws and universal principles that can be arbitrated in all that is presented to people in every time and place and in all circumstances and conditions. The Islamic constitution is the best way to protect rights and freedoms in different eras until God inherits the earth and those on it. The problem of the research is that the application of the law of God on earth depends on an accurate understanding of the legal evidence and its connotations on its meanings, and the interpretation of the legal evidence based on an understanding of the Arabic language in accordance with the aims and spirit of the Sharia, so that the legislation is not subject to

individual interests and personal whims. We also know that minds are deficient and their perceptions vary, so a group may approve of something and others ostracize it, but that one person may approve of something at one time and despise it at another time, and a person, regardless of the strength of observation and capacity for perception, is unable to comprehend what human needs require in their present and future because of his ignorance of the hidden absence. The research used the deductive analytical method and dealt with the research problem with a scientific method, and a historical method. Guided by what we have from the sources of Islam legislation.

مقدمة

استمد علماءنا الأحكام الشرعية من علم الكلام : لأن الإلزام بالقرآن والسنة ناشئ من إلزام العمل بها، واستمدوا كثيراً من القواعد الشرعية من اللغة العربية التي جاء بها القرآن والسنة باعتبارهما المصادران الأصليان، فباللغة العربية نعرف مقاصد الشرع، وبها يتمكن المجتهد من معرفة الحقيقة والمجاز، والصريح والكناية، والعموم والخصوص، والاشتراك اللفظي، والإطلاق والتقييد، والمنطوق والمفهوم، وهذه كلها من مباحث اللغة. وقد نشأ هذا العلم إبان ظهور الحركة الاجتهادية في عهد الخلفاء الراشدين وبقية الصحابة الذين كانوا يُستفتون في المسائل المستجدة، فبيحث المجتهد منهم عن حكمها الشرعي في نصوص القرآن الكريم، ثم في منطوق الحديث النبوي الشريف، ثم يلجأ إلى القياس أو الاجتهاد بالرأي المتفق مع روح التشريع ومفهومه. واستمر هذا المنهج في عصر التابعين وتابعي التابعين، ومن إعلام الاجتهاد في عصر التابعين -سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وشريح القاضي وإبراهيم النخعي.

وفي عهد أئمة المذاهب في القرن الثاني الهجري، برزت تسميات المصادر كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة وقول الصحابي وشرع من قبلنا شرع لنا وسد الذرائع وعمل أهل المدينة. في هذا البحث سنتحدث عن الأدلة التفصيلية ونبين الأحكام التي جاء بها الشرع وكيفية استنباطها من تلك الأدلة.

بداية في القسم الأول سنشرح الأدلة الشرعية:-

والأدلة نوعان أدلة متفق عليها بين جمهور العلماء، وهي:- القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والاجماع والقياس، وأدلة مُختلف فيها وأشهرها سبعة وهي الاستحسان والمصلحة المرسلة، والعرف، ومذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، وسد الذرائع، والاستصحاب.

وفي القسم الثاني سنبين الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين المستنبطة من الأدلة الشرعية ودلالاتها على ألفاظها ومعانيها..

وسنبين حجيتها في الاستدلال بها تفصيلاً هذا و.اسال الله ان ينفع به.

تعريف الأدلة التفصيلية:

الدليل في اللغة: المرشد والهادي إلى أي شيء حسي أو معنوي خير أو شر. وفي اصطلاح الأصوليين: المراد بها ما ورد في الكتاب والسنة من الآيات والأحاديث الخاصة بتلك الأحكام العملية فالكتاب والسنة هما المصدران الأساسيان للتشريع ويلحق بهما والإجماع والقياس (1). وعليه فإن مصادر التشريع هي النصوص الواردة في الكتاب والسنة مضاف إليه الاجماع والاجتهاد بالرأي بصوره المختلفة من قياس والاستحسان، والمصلحة المرسلة أو الاستصلاح، والاستصحاب، والعرف، ومذهب الصحابي، وشرع من قبلنا، وسد الذرائع (2)

والأدلة مرتبة في درجة الاستدلال بها: الكتاب ثم السنة ثم الإجماع ثم القياس ودليل وجوب اتباعها قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا) (3)

ودليل ترتيبها في الاستدلال : ما روي (عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قال : كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ قال أقضي بكتاب الله ، قال فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال فبسنة رسول الله ، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله ؟ قال اجتهد رأيي ولا آلو- أي لا أقصر في الاجتهاد- قال فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله) (4)

القرآن لغة واصطلاحاً:

تعريف القرآن:

القرآن في اللغة مصدر بمعنى القراءة. وتعريفه عند الأصوليين بتسميته بأسماء كثيرة لتمييزه عن غيره كالكتاب والمصحف والتنزيل والفرقان والذكر. هو كلام الله تعالى المنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسان العربي، المكتوب في المصحف المنقول بالتواتر، المتعبد بتلاوته، المبدوء بسورة الفاتحة، المختوم بسورة الناس.

خصائصه:

يتبين من التعريف السابق أن القرآن يتميز بالخصائص التالية:-

1. إنه كلام الله : إنه كلام الله تعالى بنظمه ومعناه. ويخرج كلام غير الله ولو كان حديثاً قدسياً لأن الأخير معانيه من الله ولفظه وصياغته من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم. فهو ليس في مرتبة القرآن في الحجية، ولا تصح الصلاة به، ولا التعبد بتلاوته كما في صحيح مسلم عن النبي ﷺ. فيما يرويه عن رب العزة والجلال قال (يا عبادي اني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً) (5)
2. جميع القرآن عربي: ليس فيه شيء من لغة الاعاجم، ولا يكون ترجمة القرآن إلى لغة أخرى قرآناً.
3. إن القرآن منقول إلى الأجيال بالتواتر : أي بواسطة جمع يحفظونه عن جمع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، والتواتر يفيد العلم والقطع بصحة الرواية. ويعنى ذلك أن القراءة الشاذة المنقولة إلينا بأخبار الآحاد ليست قرآناً.

ثالثاً: حجية القرآن الكريم :-

(مما لا شك فيه ان القرآن الكريم حجة وان الاحكام التي تستنبط منه يجب على المكلف ان يذعن لها ان يعمل بها ولا يجوز له مخالفتها، لأنه من عند الله) (6) الذي صح نقله بطريق قطعي لا ريب في صحته، ولا شبهة فيه. والدليل على ذلك اعجازه.

دلالة الآيات على الأحكام :

دلالة آيات القرآن على الأحكام قد تكون (قطعية الدلالة أو ظنية الدلالة).

أولاً: النص القطعي الدلالة :-

وهو اللفظ الوارد في القرآن الذي يتعين فهمه على النحو الوارد ولا يحتمل الا معنى واحدا كآيات الحدود والمواريث والكفارات قال تعالى (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) (7) (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثُ مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ) (8) فهذه الآيات قطعية الدلالة على قطع يد السارق وعلى أنصبة الميراث.

ثانياً: والنص ظني الدلالة :-

هو الوارد في القرآن الذي يحتمل أكثر من معنى واحد في مجال التأويل مثل لفظ (المشترك) كالقروء في قوله تعالى : (وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ) (9). فلفظ القرء في اللغة بين معنيين : الطهر والحيض، ومثل لفظ (الميتة) في قوله تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ) (10) يحتمل تحريم كل ميتة ويحتمل تحريم ما عدا ميتة البحر، لأن اللفظ عام. وكونه كتاب البشرية ودستورها الأبدي يقتضي أن يكون بيانه في الغالب كلياً لا جزئياً، وإجمالياً لا تفصيلياً، ليظل متسماً بسمة المرونة والعموم، ويتسع لتغطية الحاجات في كل عصر و زمان، وليفتح عقول الامة للنظر والتدبر والإمعان. لذا احتاج القرآن الكريم في بيانه إلى السنة لتشرحه وتوضحه وتبين ما خُفي منه مثل أعداد ركعات الصلوات ومقادير الزكوات وشعائر الحج وشروط العقود والانكحة، فإنها لم تُعرف الا بالسنة الثابتة عن الرسول ﷺ.

وللقرآن أساليب متنوعة في بيان الأحكام، ليكون مشوقاً وباعثاً على القبول دون سأم ولا ملل، فتارةً يعبر عن الطلب بالأمر مثل (أنفقوا)، (وقاتلوا)، (واحسنوا). وتارةً بلفظ الفرض والكتابة مثل قوله تعالى : (قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ وَاللَّهُ مَوْلَاكُمْ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ) (11). وتارةً يعبر بها يترتب على الفعل من خير أو حسن كقوله تعالى : (وَلِبَاسُ التَّقْوَىٰ ذَٰلِكَ خَيْرٌ ذَٰلِكَ مِنْ آيَاتِ اللَّهِ لَعَلَّهُمْ يَذْكُرُونَ....) (12).

وقوله تعالى (لَّذِينَ أَحْسَنُوا الْحُسْنَىٰ وَزِيَادَةٌ وَلَا يَرْهَقُ وُجُوهَهُمْ قَتَرٌ وَلَا ذِلَّةٌ) (13).. واحياناً يكون الطلب بما يفيد الإلزام كقوله تعالى (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ) (14)

السنة النبوية الشريفة

تعريف السنة وأنواعها :

أولاً تعريف السنة في اللغة العربية : السيرة والطريقة المعتادة.
وعند الأصوليين :هي كل ما صدر عن الرسول ﷺ من فعل أو قول أو تقرير.

ثانياً: أنواع السنة:-

1. السنة القولية : وهي الاحاديث التي قالها رسول الله ﷺ في مختلف الأغراض والمناسبات، مثل قوله (انما الاعمال بالنيات) وقوله (لا وصية لوارث).
2. السنة الفعلية : هي الأفعال التي فعلها الرسول ﷺ مثل أداء الصلوات الخمس، وأداء شعائر الحج، وقضائه بشاهد واحد ويمين المدعي، وقطع يد السارق من الرسغ.
3. السنة التقريرية: هي ما أقره الرسول ﷺ صراحةً أو سكت عن إنكاره بعد أن صدر أمامه، أو حدث في عصره وعلم به، أو ظهر منه ما يدل على استحسان والرضا به لإقراره لمعاذ بن جبل في كيفية القضاء باليمن.(51)

أقسام السنة من حيث ما ورد فيها من أحكام :

- أولاً : أن تكون السنة مؤكدة للقرآن : كالأمر بإقامة الصلاة وإيتاء الزكاة وصوم رمضان. وكقوله ﷺ (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه) فإنه مؤيد لقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (61)
- ثانياً : أن تكون السنة مبينة للقرآن:وللبیان ثلاثة أنواع :-
- (أ) أن تبين مجمل القرآن مثل السنن القولية والفعلية لبيان كيفية العبادات.
- (ب) أن تخصص عام القرآن مثل حديث (لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها)، فإنه مخصص لقوله تعالى (وَأَجَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ...) (71)
- (ج) أن تقيّد مطلق القرآن كتحديد النبي ﷺ موضع قطع يد السارق من الرسغ، فهو مقيد لإطلاق قوله تعالى (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) (81)
- ثالثاً: أن تكون السنة ناسخة للقرآن:
- كحديث (لا وصية لوارث) فإنه نسخ آية الوصية وهي (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْأَدْنَى وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) (91)
- رابعاً : أ تأتي السنة بحكم جديد سكت عنه القرآن:
- مثل رجم الزاني المحصن وبشاهد ويمين وتحريم لبس الذهب والحريير على الرجال.

الدليل الثالث الإجماع:

تعريف الإجماع وركنه وشرطه:

أولاً:الإجماع في اللغة والاصطلاح الفقهي

معنى الإجماع في اللغة: إما العزم : كالقول أجمع فلان على امر. وإما الاتفاق: يُقال أجمع القوم على كذا، أي اتفقوا عليه. (فَأَجْمَعُوا أَمْرَكُمْ وَشَرَكَاكُمْ ثُمَّ لَا يُكُنْ أَمْرُكُمْ عَلَيْكُمْ غُمَّةً ثُمَّ...) (20)

وفي الاصطلاح : هو اتفاق جميع المجتهدين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول ﷺ على حكم شرعي في واقعة من الوقائع، شرعي. (12)
ثانياً: ركن الإجماع وشرايطه :-
الإجماع له ركن واحد وهو اتفاق المجتهدين.
ويشترط في الإجماع ستة شروط
ثالثاً: شروط الإجماع :-

1. أن يكون القائمون على الإجماع عدداً من المجتهدين.
2. أن يحدث الاتفاق من المجتهدين على حكم شرعي.
3. أن يتوافر الاتفاق من المجتهدين المسلمين في وقت الحادث.
4. أن يكون الاتفاق بإبداء كل من المجتهدين رأيه صراحةً في الواقعة.
5. أن يكون الاتفاق من أهل الاجتهاد الموصوفون بالعدالة ومجانبة البدعة.
6. أن يعتمد المجمعون على مستند شرعي في إجماعهم من نص أو قياس، لأن المجمعين ليس لهم بمحض عقولهم الاستقلال بإثبات الأحكام الشرعية.

مستند الإجماع :-

هو الدليل الذي يعتمد عليه المجتهدون فيما أجمعوا عليه.
والمصلحة المرسله تصلح أن تكون دليلاً. بدليل أن فقهاء المدينة فقد افتوا بجواز التسعيرة.
ومنع أئمة المذاهب من شهادة الزوج لزوجته وبالعكس، ومن شهادة الأصول والفروع لبعضهم بعضاً، لمصلحة هي الحفاظ على حقوق الناس من الضياع.
وإجماع الصحابة على جمع القرآن في مصحف واحد.

حجية الإجماع:

حجية الإجماع عند أكثر العلماء حجية قطعية.
وأدلة حجية الإجماع من القرآن والسنة ما يلي :-

1- القرآن

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾ (22)
- السنة النبوية :- قال رسول الله ﷺ (لا تجتمع امتي على خطأ) (ان الله لا يجمع امتي على ضلالة، ويد الله مع الجماعة).

أنواع الإجماع :-

إجماع صريح، وإجماع سكوتي (32):-
الإجماع الصريح: هو أن تتفق آراء المجتهدين بأقوالهم وأفعالهم على حكم في مسألة معينة.
والإجماع السكوتي: هو أن يقول بعض المجتهدين في العصر الواحد قولاً في مسألة ويسكت الباقون بعد اطلاعهم على هذا القول من غير إنكار. وفيه للعلماء آراء أهمها اثنان:
اتجاه المالكية و الشافعية : لا يكون إجماعاً ولا حجة.

اتجاه الحنفية والحنابلة : يُعد إجماعاً وحجة قطعية.

أصحاب الاتجاه الأول منكر الإجماع السكوتي: ادلتهم بأن سكوت باقي المجتهدين، لا يعد قرينة على موافقتهم على ما سمعوا، لاحتمال أن يكون السكوت لعدم الاجتهاد في المسألة، أو خشية ومهابة القائل، أو تجنباً لضرر فيما لو أظهر رأيه.

أما أصحاب الاتجاه الثاني وهم مؤيدو حجية الإجماع السكوتي: استدلو على رأيهم بدليلين:

1. إن سماع رأي كل مجتهد متعذر عادةً وإنما العادة انتشار الفتوى من بعض العلماء وسكوت الباقيين.
2. إن العادة في كل عصر أن يفتي أكابر العلماء في الحادثة ويسكت الأصغر تسليماً وموافقة لهم، فيكون السكوت موافقة ضمنية.

إمكان انعقاد الإجماع:-

استدل جمهور العلماء على إمكان الإجماع عادةً، والدليل على ذلك فقد أجمع الصحابة على قتال مانعي الزكاة وعلى جمع القرآن في مصحف واحد، وصحة الزواج من غير تسمية مهر، وعلى تحريم شحم الخنزير. ويمكن انعقاد الإجماع اليوم عن طريق المؤتمرات والندوات التي تدعو إليها الحكومات أو المجامع الفقهية على أن يتم الاختيار وفق الضوابط الشرعية في اختيار أهل الحل والعقد أو أهل الاجتهاد من المشهورين في كل بلد إسلامي دون مجاملة ولا محاباة كما أنه بتقديم وسائل التواصل الاجتماعي أصبح العالم كغرفة صغيرة يمكن متابعة الأحداث ومناقشتها كما يمكن الإمام بالمستجدات مباشرة بدون وسائط أو فارق زمني، مما يجعل الإجماع بين الفقهاء في كل مكان في العالم أن يدلوا بأرائهم مباشرة وعلى وجه السرعة والإنجاز.

الدليل الدليل الرابع القياس

تعريف القياس وأركانه وشروطه:

أولاً: تعريف القياس

القياس في اللغة: إما التقدير أي معرفة قدر الشيء بما يماثله، يُقال قست الثوب بالذراع أو بالمتر.

وإما التسوية يُقال فلان لا يُقاس بفلان، أي لا يسوى به في الفضل والعلم والشرف.

وفي اصطلاح الأصوليين: وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه الشرعي بأمر منصوص على حكمه، لاشتراكهما في علة الحكم.

القياس هو إظهار حكم المقيس عليه في المقيس لعله مشتركة بينهما لا تدرك بمجرد اللغة (42)

أمثلة القياس:-

1- نص الله تعالى على تحريم الخمر: وهو شرب المسكر المتخذ من ماء العنب النبيء غير المطبوخ بالنار قال تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ...) (52)

وأدرك المجتهد أن علة التحريم هي الإسكار المذهب للعقل، وفي هذا مضار كثيرة دينية ودنيوية، صحية واجتماعية. ثم وجد المجتهد أن الإسكار يتحقق بتناول الأشربة الأخرى المتخذة من الحبوب والفواكه، وهي المسماة بالنبيذ، فيكون النبيذ ملحقاً بالخمر في حرمة تناوله.

ثانياً: أركان القياس:-

الأصل، الفرع، والعلة، وحكم الأصل

الركن الأول الأصل :

الأصل ويسمى المقيس عليه وهو الذي ورد فيه نص، في المثال تحريم النبيذ قياساً على الخمر(72).

الركن الثاني الفرع:

ويسمى المقيس وهو الأمر الذي لا نص فيه ولا إجماع ويراد معرفة حكمه بطريق القياس، وهو في مثالنا النبيذ.

الركن الثالث حكم الأصل:

هو الحكم الشرعي الثابت للأصل، ويُراد إثباته للفرع بطريق القياس وهو في مثالنا الحرمة. الركن الرابع: العلة : وهي المعنى الجامع بين الأصل والفرع الذي من أجله شرع الحكم في الأصل ويراد بسبب وجوده في الفرع أن يأخذ الفرع حكم الأصل وهو في مثالنا الإسكار.(82)

في المثال التالي: تحريم الخمر :-

الخمر أصل، والنبيذ فرع، والحكم الأصلي المنصوص عليه : التحريم، والعلة الجامعة بين المقيس والمقاس عليه : الإسكار.- حرم الرسول صلى الله عليه وسلم الخطبة على الخطبة فقال (لا يبيع بعضكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته)، والعلة : هي إيذاء البائع والخاطب الأول وإثارة حقه وتوريث عداوته، وهذا المعنى متحقق في أي عقد آخر كاستئجار الشخص على استئجار أخيه، فيحرم قياساً على تحريم الخطبة على الخطبة، لاشتراكهما في علة الحكم.

ثالثاً: شروط القياس:-

شروط القياس يجب ان تتوافر في كل ركن من اركان القياس. وأركان القياس كما ذكرنا هي:-

الأصل و الفرع و العلة وحكم الأصل

(أ) شروط الأصل :

1. أن لا يكون حكم الأصل مختصاً به مثل الاحكام الخاصة بالرسول صلى الله عليه وسلم كحل الزوج بأكثر من أربع.(92)
 2. أن يكون حكم الأصل معقول المعنى، أي له علة يمكن للعقل إدراكها، لان العلة هي أساس القياس. فلا يصح القياس على الأعمال التعبدية.
 3. تحديد أعداد الركعات في الصلوات، وعدد الجلدات في حد الزنا والقذف.
 4. عدم النص على حكم الفرع.
 5. تقدم تشريع حكم الأصل على حكم الفرع:
- فبالتالي لا يصح قياس الوضوء على التيمم، لأن الوضوء سابق في التشريع على التيمم.
- (ب) شروط الفرع:

1. أن يكون في الفرع علة مماثلة لعله الأصل إما في ذاتها وإما في جنسها:
2. مثل قياس النبيذ على الخمر بجامع الإسكار.

3. ألا يتغير في الفرع حكم الأصل : فلا يجوز قياس ظهار الذمي على المسلم.
4. ألا يترتب على القياس تقديم الفرع على الأصل.
5. ألا يكون في الفرع نص أو إجماع يدل على حكم مخالف للقياس.

(ج) شروط العلة :-

- 1- أن تكون العلة وصفاً مناسباً للحكم :
فالإسكار وصف مناسب لتحريم الخمر. والسفر في رمضان وصف مناسب للحكم بإباحة الفطر.
 - 2- أن تكون العلة ظاهرة جلية :
كالإسكار وصف ظاهر يدرك بالحس في الخمر وفي أي نبذ آخر مسكر. فإن كان وصفاً خفياً لا يصح التعليل به لأنه لا يمكن التحقق من وجوده ولا عدمه فالجماع لا يصلح وصفاً مناسباً لثبوت النسب، لأنه أمر خفي فعقد الزواج هو أمر ظاهر ووصفاً مناسباً لذلك الحكم. ولا يعلل بلوغ الحلم بكمال العقل لأنه أمر خفي ولكن يعلل ببلوغ 51 عاماً أو ظهور علامة من علامات الاحتلام، كإنزال المني والحيض.
 - 3- أن تكون العلة وصفاً منضبطاً:
أي أن تكون لها حقيقة معينة فالإسكار وصفاً محدداً في تحريم الخمر، فيقاس عليه كل مسكر. ولا يصح التعليل بأوصاف غير منضبطة أو التي تختلف باختلاف الظروف والأحوال والأفراد كالمشقة لا تصلح علة لإباحة الفطر في رمضان للمسافر والمريض.
 - 4- أن تكون العلة متعدية وليست وصفاً قاصراً على الأصل:
العلة المتعدية هي ما تجاوزت المحل الذي وجدت فيه إلى غيره من المحلات. وعلة قاصرة هي التي لم تتجاوز المحل الذي وجدت فيه.
- فلا يصح تعليل الخمر أنه عصير العنب المتخمر.

حجية القياس :-

القياس يأتي في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والإجماع، فقد ذهب الجمهور إلى أنه حجة وعملوا به بالفعل، وإن اختلفوا في مدى الأخذ به توسعاً أو تضييقاً، وقد أجمع الصحابة على حجيته وصحة بناء الأحكام الشرعية عليه استناداً إلى أن رسول الله ﷺ قد استخدم القياس عندما سألته عن جواز صومها عن أمها التي ماتت وعليها صوم نذر (30)

فبين لها الرسول أن دين الله كدين ﷺ العبادة. (13)

الدليل الخامس الاستحسان تعريفه، وأنواعه، حجيته، آراء العلماء فيه :

أولاً: تعريف الاستحسان :-

الاستحسان في اللغة : عد الشيء حسناً.

في الاصطلاح الفقهي: هو ترجيح قياس خفي على قياس جلي بدليل، أو هو استثناء حكم جزئي من أصل كلي أو قاعدة عامة بناء على دليل خاص يقتضي ذلك، كالحكم بطهارة سور سباع الطير والغراب والصقر والحدأة لانقضاضها على الآنية من السماء. والحكم بصحة السلم والاستصناع استثناء من حكم بطلان عقد المعدوم.

أو هو (العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي هذا العدول)(23) ثانياً:أنواع الاستحسان:-

ينقسم الاستحسان إلى أنواع بحسب الدليل الذي يثبت به، وهو النص، أو الاجماع، أو الضرورة، أو القياس الخفي أو العرف أو المصلحة وغيرها.

1- الاستحسان بالنص:-

مثال نص القرآن: فان مقتضى القاعدة العامة ان الوصية لا تجوز لأنها تمليك مضاف إلى زمن زوال الملكية وهو ما بعد الموت ولكن استثنت من تلك القاعدة العامة لقوله تعالى (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ) النساء (33).

2-ومثال نص السنة : الحكم ببقاء الصوم مع الأكل أو الشرب ناسياً لقوله ﷺ (من اكل أو شرب ناسياً، فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه).

3-الاستحسان بالإجماع :

مثل إجماع العلماء على جواز عقد الاستصناع وهو التعاقد مع صانع على صناعة شيء مقابل ثمن معين، الأصل بطلانه لأن المعقود عليه وقت العقد معدوم، ولكنه أجاز بالإجماع لتعامل الناس به في كل زمن، مراعاة لحاجة الناس إليه.

4-الاستحسان بالعرف:هو أن يتعارف الناس على شيئاً مخالفاً للقياس أو القاعدة العامة نزولاً تحت وطأة الحاجة كإجارة الحمام بأجرة معينة دون تقدير مقدار الماء المستعمل ومدة المكوث بالحمام، فمقتضى القياس عدم الجواز لأنه إجارة مشتملة على جهالة، ولكنه أجاز استحساناً للحاجة وتعارف الناس عليه.

5-الاستحسان بالضرورة: من الاستحسان تطهير الآبار والحياض التي تقع فيها نجاسة، فالأصل الا تطهير ألا بنزع الماء كله أو بعضه لاختلاط الباقي بالنابع، وتنجس الدلو بملاقاة الماء، الا انهم استحسنوا ترك القياس والحكم بطهارتها بنزع مقدار من الماء للضرورة.

ومثل الحكم بطهارة سؤر سباع الطير (الجوارح) كالصقر والباز والغراب، لأنها تأكل النجاسات بمنقارها والمنقار عظم طاهر ولا يمكن الاحتراز منها وبخاصة لسكان الصحاري.

6-الاستحسان بالقياس الخفي: وهو قياس الوقف بالإجارة لأن كل منهما يرد على المنفعة بالتالي تدخل حقوق الارتفاق ولو لم ينص عليها كالإجارة.

الاستحسان بالمصلحة:

الاستحسان بالمصلحة كدفع الزكاة لبني هاشم، الأصل أنه لا يجوز ذلك عملاً بمنع الرسول ﷺ ولكن بأحنية استحسن في عصره إعطاءهم الزكاة رعاية لمصالحهم وحفاظاً لهم من الضياع حين مال يعطوا من بيت المال.

حجية الاستحسان وآراء العلماء فيه:-

قال بعض الفقهاء ان الاستحسان حجة والبعض الآخر يقول انه ليس بحجة.

أدلة الجمهور هي ما يلي:-

1- ان في الاخذ بالاستحسان ترك العسر إلى اليسر وهو أصل في الدين:-

(يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) البقرة (43).

2- إن ثبوت الاستحسان يعتمد على دليل متفق عليه وهو إما النص أو الإجماع أو الضرورة أو القياس الخفي أو العرف أو المصلحة. وذلك مقبول شرعاً.

أدلة المنكرين هي :-

1- لا يجوز الحكم إلا بنص أو قياس على النص لأن في ذلك شرعاً بالهوى والله يقول : (وَأَن اخْكُم بِبَيْنِهِمْ مِمَّا أُنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ) المائدة (53).

2- العقل أساس الاستحسان وفيه يستوي العالم والجاهل، فيجوز لكل إنسان أن يشرع شرعاً جديداً.

3- لم يكن الرسول ﷺ يفتي بالاستحسان، وإنما كان ينتظر الوحي.

يلاحظ أن الأدلة تتجه لإنكار التشريع بالهوى، وهذا متفق عليه، وأما حقيقة الاستحسان هو العمل بأقوى الدليلين، والعلماء كلهم يأخذون به بين موسع ومضيق.

وعلى ذلك فالاستحسان هو الدليل الخامس يأتي بعد الكتاب والسنة والإجماع والقياس (63).

الدليل السادس المصلحة المرسله:

تعريف وأنواع المصلحة المرسله:

أولاً: تعريفها:-

هي كل مصلحة لم يقم دليل معين من الشرع على اعتبارها أو إلغائها، ولكن يحصل من ربط الحكم بها وبناءه عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة (37) المصلحة المرسله أي المنفعة المطلقة هي (الوصف الذي يلائم تصرفات الشرع ومقاصده). ويحصل من ربط الحكم به جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس. كالمصلحة التي راها الصحابة في جمع المصحف، واتخاذ الدواوين، والسجون.

ثانياً: أنواع المصالح المعتبرة: وهي ذات مراتب ثلاث :-

1. الضروريات:- وهي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية حيث إذا فقدت اختلت الحياة الدنيا (مثل حفظ المقاصد الخمسة الكلية الضرورية، وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسب والمال).

والأول شرع له الجهاد وقتل المرتد، والثاني هو حفظ الحياة و شرع له القصاص من القاتل عمداً، والثالث وهو حفظ العقل وشرع له الحد على شارب الخمر، والرابع هو حفظ النسب وشرع له حد الزنا وحد القذف، والأخير شرع له تحريم السرقة وقطع يد السارق.

2. الحاجيات :- وهي التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج عنهم فقط.

حيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج كقصر الصلاة وجمعها للمسافر وإباحة الفطر في رمضان للحامل والمرضع والمريض وسقوط الصلاة عن الحائض والنفساء والمسح على الخفين في الوضوء، وتزويج الصغيرة بالكفء من قبل وليها.

3- التحسينات:- وهي المصالح التي يُقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الأخلاق كالترزين باللبس والطيب، والأمر بالرفق والإحسان، وصيانة المرأة عن مباشرة عقد زواجها وتزويج الولي لها، أما المصالح التي طرأت بعد انقطاع الوحي ولم يشرع الشارع لها احكاماً معينة ولم يقم دليلاً على اعتبارها أو إلغائها،

فهذه تسمى المناسب المرسل أو المصلحة المرسله كاشتراط إثبات الزواج بوثيقة رسمية، وتسجيل عقد البيع العقاري لنقل الملكية.

حجية المصالح المرسله:-

اتجه العلماء في المصالح المرسله اتجاهاين اتجاه يمنع الأخذ بها واتجاه يجيز الأخذ بها. أولاً: المنكرون الذين يمنعون الأخذ بها، أدلتهم :-

وجوب الحفاظ على وحدة الشريعة فلا تختلف الأحكام بين جيل وجيل، والحفاظ على قدسية الشريعة فلا يقال فيها شيء بالأهواء والأغراض والمآرب. واجيب عنها بأن العمل بها عمل بمصلحة راجحة، وليست من قبيل التشريع بالهوى، لأنه يشترط للعمل بها وجود الملاءمة بينها وبين مقاصد الشرع. ثانياً: واحتج القائلون بها بألة كثيرة أهمها ما يأتي:-

1. إن الحياة في تطور مستمر ومصالح الناس تتجدد وتتغير في كل زمان، فلو لم تشرع الأحكام المناسبة لتلك المصالح، لوقع الناس في الحرج وتعطلت مصالحهم ووقف التشريع عن مسايرة الزمن ومراعاة المصالح والتطورات لأن من مقاصد الشرع مراعاة مصالح الناس وتحقيقها.

2. روعيت المصلحة في اجتهادات الصحابة بدليل جمع أبي بكر الصديق رضي الله عنه ولا سند لذلك إلا المصلحة. واحد، واستخلف من بعده عمر رضي الله عنه ولا سند لذلك إلا المصلحة.

كما أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يقم حد السرقة في عام المجاعة بسبب الحاجة العامة، وحرّم المرأة على من تزوجها في العدة من رجل آخر ودخل بها.

كما أن عثمان بن عفان رضي الله عنه زاد الأذان الأول على صلاة الجمعة، وحكم بتوريث المرأة من زوجها الذي طلقها ثلاثاً في مرض موته، فراراً من إرثها، معاملته له بنقيض مقصودة، وسمي طلاق الفرار.

3- قامت أحكام الشريعة الإسلامية على اعتبار المصالح ورعايتها وتحقيقها رحمهً بالناس قال تعالى (وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ) (83) وقال سبحانه وتعالى (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) (93).

وحرق علي بن أبي طالب رضي الله عنه الشيعة الذين الهوه.

وحكم الصحابة رضوان الله عليهم بتضمين الصانع ما تلف بأيديهم من أموال الناس محافظةً عليها من الضياع وقال علي رضي الله عنه (لا يصلح الناس إلا ذلك).

و حجر الحنفية على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفسد

واباح المالكية حبس المتهم وتعزيره توصلاً إلى إقراره.

شروط العمل بالمصلحة المرسله

1- ان تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشرع.

2- أن تكون معقولة في ذاتها.

3- أن تكون مصلحة عامة للناس وليست مصلحة شخصية.

وعليه إذا استوفت المصلحة المرسله الشروط السابق ذكرها لا مانع من الأخذ بها بل يكون الأجدر

العمل بها.

الدليل السابع- العرف:

تعريف العرف، الفرق بينه وبين الإجماع وأنواع العرف :-

أولاً:تعريف العرف:-

هو ما اعتاده جمهور الناس والفوه من قول أو فعل تكرر مرة بعد أخرى حتى تمكن أثره من نفوسهم وصارت تتلقاه عقولهم بالقبول(04)

(أ) العرف العملي :-

اعتیاد الناس على المعاطاة من غير وجود صيغة لفظية. وتعارفهم على قسمة المهر إلى مقدّم معجل ومؤخر مؤجل. وتعارفهم أكل القمح والأرز ولحم الضأن أو البقر.

(ب) العرف القولي :-

تعارف الناس على إطلاق (الولد) على الذكر دون الانثى، وعدم إطلاق اللحم على السمك، وإطلاق الدابة على الفرس فقط.

ثانياً:الفرق بين العرف والإجماع:-

أن الإجماع هو اتفاق مجتهدى الأمة في عصر معين على مسألة فقهية معينة، أما العرف فهو سلوك الأكثرية بما فيهم العوام والخواص، فهو اشبه بالسيرة.

أنواع العرف:-**(أ)العرف العام والعرف الخاص.**

1. العرف العام:- هو ما يتعارفه أغلب أهل البلد في وقت من الأوقات ' كتعارفهم عقد الاستصناع،

واستعمال لفظ الحرام بمعنى الطلاق لإنهاء عقد الزواج، ودخول الحمام من غير تقدير مدة المكث فيه.

2. العرف الخاص:- هو ما يتعارف عليه أهل بلدة أو إقليم أو طائفة معينة من الناس، كإطلاق لفظ

(الدابة) في عرف أهل العراق على الفرس خاصة، وجعل دفاتر التجار حجة في إثبات الديون.

(ب)أما بالنظر إلى مدى إقرار الشرع للعرف وعدم إقراره، فينقسم العرف إلى عرف صحيح وعرف فاسد.

1-العرف الصحيح:- هو ما تعارف الناس عليه دون أن يحلل حراماً أو يحرم حلالاً، كتعارفهم تقديم عربون

في عقد الاستصناع، وإن ما يقدمه الخاطب أثناء الخطبة يعد هدية وليس جزءاً من المهر.

2-العرف الفاسد:- هو ما تعارف عليه الناس ولكنه يحلل حراماً أو يحرم حلالاً كتعارفهم أكل الربا، والتعامل

مع المصارف الربوية، واختلاط الرجال بالنساء في الحفلات العامة، وترك الصلاة أثناء الاحتفالات العامة،

وتقديم المسكرات في الضيافة.

حجية العرف:-

لا يعمل بالعرف الفاسد لمعارضته أدلة الشريعة و أحكامها ولهذا لا يعد قانوناً أي عرف يخالف

الشرع أو الدستور أو النظام العام، فلا يسمح شرعاً بالعقود الربوية(41)

أو عقود الغرر، لمصادمتها نصوص الشريعة.

أما العرف الصحيح فتجب مراعاته في التشريع والقضاء ما دام لا يخالف الشرع لانه صار من حاجاتهم

ومتفق مع مصالحهم.(24)

فالعرف الصحيح مقبول في التشريع والقضاء و الاجتهاد، لأنه لا يخالف أحكام الشريعة ولا يصادم أصلاً من أصولها.

وقد راعت الشريعة بعض الأعراف العربية التي لا تصادم مبادئها وقواعدها العامة، كإيجاب الدية في القتل الخطأ على الأقارب العصبات، وتقرير الكفاءة في الزواج، ومراعاة القرابة العصبية في الولاية والإرث. أما الأعراف الفاسدة والضارة فلم تقرها الشريعة، كالربا والميسر ووأد البنات وحرمان النساء من الميراث.

تطبيقاته:- عمل الفقهاء بمقتضى العرف في مسائل كثيرة، منها إباحة الاستئصال لتعارف الناس إياه، وحاجتهم إليه، مع انه بيع لشيء معدوم.

ويصح اشتراط إصلاح بعض الآلات الحديثة كالثلاجة والساعة والغسالة على حساب البائع مجاناً حين العطب مدة معينة.

الدليل الثامن - شرع من قبلنا، تعريفه، أقسامه:

اولاً: تعريف شرع من قبلنا:-

هي الأحكام التي شرعها الله تعالى للأمم السابقة عن طريق أنبيائه كإبراهيم وموسى وداوود وعيسى عليهم السلام.

فهل هذه الأحكام جزء من شريعتنا، وهل نحن مكلفون بها أم انها ليست جزءاً من شريعتنا، و نحن غير مكلفين بالعمل بها ؟.

ثانياً: أقسام شرع من قبلنا:-

شرائع الأنبياء السابقين قسماً:

(أ) القسم الأول:- الأحكام التي لم تذكر في شريعتنا في القرآن ولا السنة، وهذه ليست شرعاً لنا بالاتفاق.

(ب) القسم الثاني:- الأحكام التي ذكرت في القرآن أو السنة. وهي ثلاثة أنواع:-

1. الأحكام التي نسخت من شريعتنا وهذه ليست شرعاً لنا أيضاً بالاتفاق، مثل قوله تعالى : (وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفْرٍ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوْ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ ذَلِكَ جَزَيْنَاهُمْ بِبَغْيِهِمْ وَإِنَّا لَصَادِقُونَ) (44) فتحریم كل ذي ظفر وهو ما له مخلب من الطير وحافر من الدواب كالإبل والإوز والبط، وتحریم شحوم البطن المحيطة بالكرش ما عدا السنام والحوايا أي الأمعاء.

نسخ من شرعنا بآية : (قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) (54).

ومثل تحريم الغنائم، أي الأموال المأخوذة من الأعداء بسبب الحرب، فإنها أحلت في شريعتنا بقوله تعالى (أحلت لي الغنائم ولم تحل لأحد قبلي).

ومثل قتل النفس للتوبة، وقطع الثوب للتطهير من النجاسة، نسخت عنا.

2. الأحكام التي قصها الله تعالى علينا في القرآن وذكرنا على لسان الرسول من غير انكار ولا إقرار لها

وهذه هي محل الخلاف مثل آية القصاص في شريعة اليهود كقوله تعالى (وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ) (64).

حجية شرع من قبلنا:-

اختلف الفقهاء الفريق الاول يقول ان شرع من قبلنا شرع لنا، والفريق الثاني يقول ان شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا.

أولاً: استدل الفريق الأول في أن شرع من قبلنا شرع لنا:-

بأن ذلك الشرع من الشرائع التي أنزلها الله تعالى ولم يوجد ما يدل على نسخه لقوله تعالى (أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ فَبِهِدَاهُمْ افْتَدَاهُمْ) (47).

وقوله عز وجل (شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ) (48)

واستدل العلماء على وجوب الصلاة المفروضة بقوله e من نام عن الصلاة أو نسيها، فليصلها إذا ذكرها ثم قرأ قوله تعالى (وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي) طه (41) وهذه الآية خطاباً لسيدنا موسى u، فلو لم يكن الرسول e مطالباً بشرع قبله، لما كان لتلاوة هذه الآية فائدة. ورجع الرسول e

واحتمل الحنابلة على جواز جعل المنفعة مهراً بآية (قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي تَمَّائِي حِجَجٍ) (94)

ثانياً: استدل الفريق الثاني وهم النفاة :-

بقوله تعالى (وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا) (50). أي انه تعالى جعل لكل امة شريعة مستقلة بها، وقالوا ان شريعتنا ناسخة بالإجماع للشرائع السابقة إلا اذا ورد في شرعنا ما يقرره.

والجواب: أن شريعتنا ناسخة لما يخالفها فقط. اما ما سكتت عنه بدون نسخ فهو تشريع لنا ضمناً، لأنه حكم إلهي، وان القرآن مصدق لما بين يديه من التوراة والإنجيل، بدليل بقاء مشروعية القصاص وحد الزنى والسرقة.

مذهب الصحابي:

تعريف مذهب الصحابي،

المراد بمذهب الصحابي:

هو مجموع الآراء الاجتهادية والفتاوى الفقهية الثابتة عن واحد من صحابة الرسول e. والصحابي عند الأصوليين هو كل من لقي الرسول e مؤمناً به، وطالت صحبته به حتى أصبح يطلق عليه اسم الصحاب عرفاً (15).

لا خلاف فيما اجمع عليه الصحابة صراحةً، كتوريث الجدة السدس.

آراء العلماء في مذهب الصحابي:-

هنالك اتجاهان مشهوران في العمل بقول الصحابة:-

القول الأول:- هو ان مذهب الصحابي ليس بحجة مطلقاً.
القول الثاني:- هو ان مذهب الصحابي حجة شرعية.
(أ) استدل الفريق الأول بأن قول الصحابي مجرد رأي فردي اجتهادي صادر من غير معصوم، وكل مجتهد يجوز الخطأ والسهو عليه.
فهذا علي ؑ تحاكم في درع له وجدها مع يهودي إلى القاضي شريح، فخالف علياً في رد شهادة ابنه الحسن له للقرابة، وكان علي ؑ يرى جواز شهادة الابن لأبيه.
وكان انس t اذا سئل عن مسألة يقول اسألوا عنها مولانا الحسن، الحسن البصري سيد التابعين، وهذا دليل على أن قول الصحابي ليس بحجة على غيره.
(ب) واستدل الفريق الثاني:- بأن الصحابي وإن كان عرضةً للخطأ في اجتهاده كغيره من المجتهدين، الا ان الغالب موافقة قوله للحق والصواب، لكمال علمه باللغة وعدالته وفضله، وكثرة اطلاعه على أسباب نزول الآيات وورود الاحاديث النبوية، ومشاهدة تصرفات النبي e والعلم بمقاصد الشريعة، وهذه خصائص له لا يشاركه فيها مجتهد آخر، فيكون قوله راجحاً بالنسبة لبقية المجتهدين فيعمل به.
والظاهر أن رأي الصحابي يفيدنا في ترجيح اجتهاد على آخر لكنه لا يُعد دليلاً شرعياً يجب العمل به كالكتاب والسنة.

سد الذرائع:

تعريفه، الفرق بين الذريعة والمقدمة:

اولاً: تعريف سد الذرائع:-

الذريعة في اللغة : هي الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشيء. وسد الذرائع عند الأصوليين : هي الموصول إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة أو الشيء المشروع المشتمل على مصلحة (52)
هو منع كل ما يتوصل به إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة أو مضره. فتكون وسيلة المحرم محرمة، كما أن وسيلة الواجب واجبة. فالفاحشة حرام والنظر إلى عورة الأجنبية حرام لأدائها إلى الفاحشة. كما ان الحج فرض، والسعي إلى البيت الحرام وأماكن المناسك فرض لأجله، لأن الشارع اذا كلف العباد بأمر فكل ما يعد وسيلة له مطلوب بطلبه.

الفرق بين الذريعة والمقدمة:-

مقدمة الشيء: هي الأمر الذي يتوقف عليه وجود الشيء.
أما الذريعة : فهي الوسيلة المؤدية إلى الشيء.
فقوله تعالى (وَلَا يَضْرِبَنَّ بِأَرْجُلَيْهِ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِيَنَّ مِنْ زِينَتِهِنَّ) (35)
من باب الذريعة لا من قبيل المقدمة لأن افتتاح الرجل بالمرأة لا يتوقف على الضرب بالرجل ولكن هذا ذريعة إلى تلك المفسدة، لأن من شأنه أن يؤدي إليها.

أنواع الذرائع:-

قسم الشاطبي الذرائع باعتبار مآلها وما يترتب عليه من أضرار أو مفساد إلى أربعة أنواع:-

الأول:-

ما كان آداه إلى المفسدة قطعاً : كحفر بئر خلف باب الدار في الظلام، حيث يقع الداخل فيه حتماً وهذا ممنوع وتعدي يوجب الضمان.

الثاني:-

ما كان آداه إلى المفسدة نادراً : كحفر بئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه، والأغذية التي غالباً لا تضر أحد، وهذا مأذون فيه، لأن الشارع أناط الأحكام بغلبة المصلحة، لا بحسب ندرتها، ولا توجد في العادة مصلحة خالية في الجملة من المفسدة.

الثالث:-

ما يكون آداؤه إلى المفسدة كثيراً لا نادراً، ويغلب إلى الظن إفضاؤه إلى الفساد:-، كبيع السلاح إلى أهل الحرب، وبيع العنب إلى الخمار، ونحوهما. وهذا ممنوع لأن الظن الغالب يلحق بالقطع لرجحانه ولما فيه من التعاون على الإثم والعدوان.

الرابع:-

أن يكون آداؤه إلى المفسدة كثيراً، لا غالباً ولا نادراً : كبيع الآجال وهي البيوع الصحيحة في الظاهر، المتخذة جسراً إلى الربا وهي ممنوعة حراماً لأنها تؤدي إلى الربا كثيراً لا غالباً. وتحريم الخلوة بالمرأة الأجنبية، وسفر المرأة وحدها من غير ذي محرم. آراء العلماء في سد الذرائع:-

سد الذرائع أصل من أصول الفقه عند المالكية و الحنابلة. و أخذ به الشافعي وأبو حنيفة في بعض الحالات، وأنكروا العمل به في حالات أخرى. استدلل القائلون بسد الذرائع بأدلة من القرآن والسنة الشريفة.

أما من القرآن :- قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا لِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ) (45) وراعنا كلمة سب عند اليهود.

أما من السنة الشريفة:- فقولوه (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك) (من حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه) (إن من الكبائر أن يلعن الرجل والديه، قيل : يا رسول الله، كيف يلعن الرجل والديه؟ قال : يسب أبا الرجل فيسب أباه، ويسب أمه فيسب أمه).

واتفق العلماء:-على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والعدوان مطلقاً، وإن ما يؤدي إلى إيذاء جماعة المسلمين ممنوع، كحفر الآبار في الطرقات العامة، وإلقاء السم في طعامهم، وأنه لا يجوز سب الأصنام أمام المشركين، حتى لا يكون السب سبباً في سب الله تعالى.

لقوله تعالى (وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدُوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ) (55)..

الدليل الحادي عشر-الاستصحاب

تعريف الاستصحاب، وأنواعه :-

أولاً: تعريف الاستصحاب:-

الاستصحاب في اللغة: طلب المصاحبة.

وعند الأصوليين: هو جعل الحكم الثابت في الزمان الماضي مستمراً إلى الزمان الحاضر حتى يقوم الدليل على التغيير، فهو إبقاء ما كان على ما كان عليه (65)

وهو أيضاً الحكم بثبوت أمر أو نفيه في الزمان الحاضر أو المستقبل، بناء على ثبوته أو عدمه في الزمان الماضي، لعدم قيام الدليل على تغييره.

وعليه إذا ثبت وجود أمر، وشك في عدمه، حكمنا ببقائه، وإذا ثبت عدم وجود شيء وشك في وجوده، حكمنا بعدمه.

فالأصل في الفتاة البكارة، ولا تقبل دعوى الثبوت إلا ببينة.

ثانياً: أنواع الاستصحاب :-

1- استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء التي لم يرد دليل على تحريمها:

قال تعالى (قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي...) (75)

2- استصحاب العدم الأصلي أو البراءة الأصلية في الأحكام الشرعية:

كالحكم ببراءة ذمة الإنسان، فإذا ادعى شخص على آخر ديناً، فعليه إقامة الدليل على شغل ذمة المدين بهذا الدين، فإذا لم يستطع إثباته، كانت ذمة المدعي بريئة.

3- استصحاب ما دل العقل والشرع على ثبوته ودوامه: كتبت الملك عند وجود سببه وهو العقد، وبقاء الوضوء بعد التوضؤ، فلا يؤثر الشك في النقض، استصحاباً للطهارة الثابتة. ولم يأخذ الامام مالك ببعض حالات هذا النوع، فلم يجز الصلاة مع الشك في الوضوء.

آراء العلماء فيه أو حجته:-

الاستصحاب يُعمل به إذا لم يوجد دليل آخر، فهو آخر مدار الفتوى، وهو الحكم على الشيء بما كان ثابتاً له ما دام لم يقم دليل يغيره. فالحكم ببقاء حياة الإنسان وتصح تصرفاته حتى يقوم الدليل على وفاته، ويحكم ببقاء الزوجية إذا لم يحدث دليل يدل على انتهائها.

القواعد الفقهية المبنية على الاستصحاب :

بنى العلماء على الاستصحاب بعض القواعد أو المبادئ الشرعية وهي:-

1. الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره: فالمفقود حي حتى يقوم الدليل على وفاته، فلا يورث ماله بالاتفاق ويرث من غيره عند الجمهور، ولا يرث عند الحنفية.
2. الأصل في الأشياء الإباحة: وكل شيء مباح ما لم يقم ما يدل على حظره.
3. الأصل في الذمة البراءة من التكاليف والحقوق: فلا يجوز اثبات شيء في ذمة شخص أو نسبة شيء إلى شخص إلا بدليل.
4. اليقين لا يزول بالشك: أي لا يرفع حكمه بالتردد، فمن تيقن الوضوء وشك في الحدث، يحكم ببقاء

وضوئه عند الجمهور غير المالكية، ومن أكل آخر الليل وشك في طلوع الفجر، ولم يتبين الأمر صح صومه، لأن الأصل بقاء الليل، والفجر مشكوك فيه، أما لو أكل آخر النهار بلا اجتهد وشك في غروب الشمس، بطل صومه، لأن الأصل بقاء النهار، فالنهار متيقن، والغروب مشكوك فيه.

الأحكام الشرعية

تعريف الحكم الشرعي:-

الحكم في اللغة : الحكم القضاء وأصله المنع يقال حكمت عليه بكذا(85). وقيل الحكم الحكمة من العلم والحكيم العالم.(95) وعند الأصوليين: هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاعتناء أو التخيير أو بالوضع.(60) وعند الفقهاء: هو الأثر الذي يقتضيه خطاب الشارع في الفعل (كالوجوب والحرمة والإباحة).

فقوله تعالى (وَلَا تَقْرُبُوا الزُّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا) (16) المتعلق بالنهي عن الزنا هو الحكم عند الأصوليين، وأثره المترتب عليه وهو حرمة الزنا هو الحكم عند الفقهاء. وخطاب الله تعالى أو كلامه يشمل المباشر منه وهو القرآن، أو بواسطة وهو السنة والإجماع والقياس وبقية الأدلة فكل واحد من هذه الأدلة هو الحكم الشرعي عند الأصوليين. فقوله ﷺ (لا يرث القاتل) هذا النص نفسه المتعلق بوضع القتل مانعاً من الميراث هو الحكم الوضعي عند الأصوليين، وأثره المترتب عليه أو الذي يقتضيه وهو الحرمان من الإرث هو الحكم عند الفقهاء.

والمراد بالاعتناء : الطلب، (سواء كان طلب الفعل أو طلب الترك)، وطلب الفعل إن كان جازماً فهو الإيجاب 'وان كان غير جازم فهو الندب، وطلب الترك ان كان جازماً فهو التحريم، وان كان غير جازم فهو الكراهة.

والمراد بالتخيير: الإباحة، وهو استواء الفعل أو الترك. والمراد بالوضع : جعل الشيء سبباً لشيء آخر أو شرط له أو مانعاً منه، كقوله تعالى (قِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ) (26). هذا الكلام نفسه من الشارع هو الحكم الأصولي الوضعي، وجعل الدلوك سبباً لوجوب الصلاة وشغل ذمة المكلف بها هو الحكم الفقهي.

ويتضح من ذلك ان الحكم الاصولي هو النص الشرعي نفسه، والحكم الفقهي هو الأثر الذي يقتضيه النص الشرعي.

أقسام الحكم الشرعي:-

ينقسم الحكم الشرعي إلى قسمين:-

الحكم التكليفي والحكم الوضعي.

أولاً: الحكم التكليفي :- هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف أو تركه أو تخييره بين الفعل و الترك(36).

مثال طلب الفعل (وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّائِعِينَ) (46)

ومثال طلب الكف عن الفعل (وَلَا تَقْرُبُوا الزُّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا) (56) الإساءة

ومثال ما اقتضى تخيير المكلف بين الفعل والترك (وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ

تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ (66).

ثانياً: الحكم الوضعي:- وهو ما اقتضى جعل الشيء سبباً لشيء أو شرطاً له أو مانعاً منه. (76)
 مثال السبب قوله تعالى (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ) (86)
 (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) المائدة (69). جعل الله تعالى السرقة سبباً في إيجاب قطع اليد.
 ومثال الشرط: قوله تعالى (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا) (70)
 جعل الاستطاعة المالية والبدنية شرطاً لإيجاب الحج.
 ومثال المانع قوله ﷺ (لا يرث القاتل) جعل الشارع القتل مانعاً من الميراث.
 الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي :-

هنالك فرق من ثلاثة وجوه:-

1. يقصد بالحكم التكليفي طلب فعل من المكلف أو الكف عنه أو تخييره بين الفعل والترك. اما الحكم الوضعي فلا يقصد به التكليف أو التخيير وإنما يقصد به ارتباط أمر بآخر بجعله سبباً أو شرطاً أو مانعاً منه.

2. الحكم التكليفي مقدور عليه بالنسبة للمكلف حتى يأتي الامتثال.
 أما الحكم الوضعي فقد يكون مقدوراً للمكلف وقد لا يكون مقدوراً :
 السبب المقدور للمكلف كارتكاب الجرائم فالجرائم سبب لاستحقاق عقوباتها. وغير مقدور للمكلف كدلك الشمس (أي الزوال في منتصف النهار) سبب لوجوب الصلاة.
 والشرط المقدور للمكلف: احضار شاهدين في عقد الزواج، وغير المقدور عليه بلوغ الحلم لانتهاء الولاية على النفس.

المانع المقدور للمكلف: قتل الوارث مورثه، وغير المقدور للمكلف كون الموصى له وارثاً.
 3:- لا يتعلق الحكم التكليفي إلا بالمكلف اما الحكم الوضعي فانه يتعلق بالإنسان سواء كان مكلفاً أم غير مكلف كالصبي والمجنون فإنه يثبت في حقهما الحكم الوضعي كصحة بيع الصبي وضمان متلفتهما وثبوت الدين في ذمتهما.

هذا الكلام نفسه من الشارع هو الحكم الأصولي الوضعي، وجعل الدلو ك سبباً لوجوب الصلاة وشغل ذمة المكلف بها هو الحكم الفقهي.

ويتضح من ذلك أن الحكم الأصولي هو النص الشرعي نفسه، والحكم الفقهي هو الأثر الذي يقتضيه النص الشرعي.

أنواع الحكم الشرعي (التكليفي، الوضعي):-

أولاً: الحكم التكليفي وأنواعه:-

ينقسم الحكم التكليفي إلى خمسة أنواع:-

لأن طلب الفعل إما ان يكون جازماً فهو الإيجاب، وإن كان غير جازم فهو الندب، وطلب الكف عن الفعل إن كان جازماً فهو التحريم، وإن كان غير جازم فهو الكراهة. وإن كان الخطاب على التخيير فهو الإباحة.

فتكون الأفعال المطلوب فعلها أو تركها أو التخيير فيها خمسة أنواع:- المطلوب فعله قسمان (الواجب والمندوب)، والمطلوب تركه قسمان (الحرام والمكروه)، والفعل المخير فيه بين الفعل والترك هو قسم المباح.

1- الواجب

تعريف الواجب :-هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً حتماً ودلالة ذلك من الصيغة نفسها أو من قرينة خارجية كترتيب العقوبة على الترك، واستفادة الوجوب من الصيغة الأمر : مثل قوله تعالى (وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّاكِعِينَ)(71).

حكم الواجب:-

أنه ما ألزم به الشارع المكلف الإتيان به، يثاب فاعله، ويعاقب تاركه، ويكفر من أنكره إذا ثبت بدليل قطعي.

2 - المندوب

تعريف المندوب :-هو الدعاء إلى افعَل، وعند الأصوليين (هو ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً غير حتم). ويعرف الندب من صيغة الطلب نفسه فتدل على عدم الإلزام، مثل قوله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ). (27) فانه صرف الأمر من الإيجاب إلى الندب بقرينة منصوصة في الآية التي تليها (فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا..)(37).

حكم المندوب:-

أن فاعله يستحق الثواب، وتاركه لا يستحق العقاب.

3-الحرام

تعريف الحرام :-

الحرام ما طلب الشارع تركه على وجه الحتم والإلزام، ويعرف ذلك بمادة الفعل التي تدل على التحريم كلفظ حرام أو نفي الحل مثل قول الله تعالى (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) (74) وقوله تعالى(حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أَمْهَاتُكُمْ) (57)

4-المكروه

تعريف المكروه :-

المكروه هو ما طلب الشرع تركه، لا على وجه الحتم والإلزام وتعرف الكراهة إما بمادة الفعل الدال عليه مثل قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ)(78). فانه اقترن بصارف إلى الكراهة وهو قوله سبحانه وتعالى (وَإِنْ تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ الْقُرْآنُ تُبْدَ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ)(79)

وكقوله ﷺ (ابغض الحلال إلى الله الطلاق).

حكم المكروه :- أن فاعله لا يستحق العقاب، وقد يستحق اللوم والعتاب.

5-المباح

تعريف المباح :-

المباح لغةً : هو المعلن المأذون.

وعند الأصوليين : هو ما خير الشارع المكلف فيه بين فعل وتركه. وذلك يعرف بمادة الحل أو الإباحة مثل قوله تعالى (لَيُؤْمَ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ) (80). او برفع الحرج (لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ) (81). وقد تعرف الإباحة بصيغة الأمر مع القرينة الصارفة له عن الوجوب إلى الإباحة كقوله تعالى (فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ) (82) وقوله تعالى (وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ) (83) وتعرف الإباحة أحياناً باستصحاب الأصل كما تقدم، اذ الأصل في الأشياء النافعة الإباحة لقوله تعالى ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ (84) حكم المباح : أنه لا ثواب ولا عتاب على فاعله أو تاركه.

ثانياً: الحكم الوضعي وأنواعه

الحكم الوضعي : هو (خطاب الله تعالى الوارد بجعل الشيء سبباً أو شرطاً أو مانعاً أو صحيحاً أو فاسداً أو عزيمة).

4-السبب : السبب في اللغة الحبل وما يتصل به إلى غيره.

وعند الأصوليين : هو وصف ظاهر منضبط دلّ الدليل السمعي على كونه علامة لحكم شرعي. أنواعه:- (أ) السبب المناسب للحكم فيسمى علة مثل (السفر سبب لجواز الفطر، والاسكار سبب لتحريم الخمر).

وقد يكون غير مناسب وعقولنا لا تدرك مناسبة ظاهرة بين السبب والحكم. كشهود شهر رمضان سبب لوجوب الصوم كقوله تعالى (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ) (58) حكم السبب: انه اذا وجد ترتب عليه مسببه حتماً، فمن سافر ثبت له اباحة الفطر في رمضان.

2-الشرط:-

الشرط في اللغة جمعه شروط واشراط كقوله تعالى (فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا) (68)

أي علامات الساعة

وعند الأصوليين : هو ما توقف عليه وجود الحكم من غير افضاء اليه، فعقد البيع سبب لانتقال الملكية اذا توافرت شروطه كأهلية العاقلين، وعقد الزواج سبب لحل المتعة اذا توافرت شروطه ومنها حضور الشهود.

4- المانع:- هو ما يلزم من وجوده عدم الحكم أو بطلان السبب.

فاختلاف الدين المانع من الميراث.

4-الصحيح:- هو ما استوفى اركان الشيء وشروطه الشرعية وترتبت عليه آثاره الشرعية. كحل الانتفاع بالمبيع، والاستمتاع في الزواج.

وغير الصحيح وهو ما صدر من أفعال المكلفين غير مستوفي شروطه واركانه، وهذا ما يسمى عند الجمهور الباطل والفساد.

5-الباطل:- هو الذي يكون الخلل فيه في اصل العقد واساسه، ولا يترتب عليه اثر شرعي، كان يصدر البيع

من مجنون أو صبي، أو زواجاً بأحد المحارم.

6- الفاسد: - هو ما كان الخلل فيه في شرط من شروطه، كالزواج بغير شهود.

7- العزيمة والرخصة:- هي ما شرع من الأحكام الكلية ابتداء لتكون قانوناً عاماً لكل المكلفين في جميع الأحوال. كالصلاة والزكاة والصوم والحج.

والرخصة هي ما شرع من الاحكام لعذر شاق بقصد رعاية حاجة الناس أو التخفيف على المكلف في حالات خاصة، كترك الجماعة في الصلاة لمرض أو نحوه، التلفظ بالكفر عند الاكراه، أو الاكل من الميتة عند الضرورة. مفهوم المخالفة

المفهوم من النص نوعان : مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة.

مفهوم الموافقة : هو دلالة اللفظ على ثبوت حكم الشيء المذكور للمسكوت عنه، لاشتراكهما في علة الحكم المفهوم بطريق اللغة.

مثل دلالة قوله تعالى (وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا) إِنَّمَا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (78). تدل على تحريم الضرب من باب أولى. أنواع مفهوم المخالفة:-

يحتاج بيان قاعدة مفهوم المخالفة إلى توضيح أنواعه وأهمها خمسة.

4- مفهوم الصفة: هو دلالة اللفظ المقيد بصفة على نفي الحكم عن الموصوف عند انتفاء تلك الصفة، كقوله تعالى (قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِيتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ) (88)

منطوقه تحريم الدم المسفوح، وإباحة الدم غير المسفوح

4- مفهوم الشرط:- هو دلالة اللفظ على انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط مثل قوله تعالى (أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُمْ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِمْ) وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنَّا رُضِعْنَ لَكُمْ فَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَمْرُهُنَّ بِئِنَّكُمْ مَعْرُوفٍ وَإِنْ... (98). يدل عند الشافعية والحنابلة بمفهوم المخالفة على عدم النفقة على المعتدة غير الحامل ولا يدل على ذلك عند الحنفية.

وقوله تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُنَّ فَصَافِكُلُوهُ هَنِئًا مَرِيئًا) (09)

يدل على تحريم أخذ شيء من المهور إذا لم تطب نفوس الزوجات بإعطاء شيء منه.

4- مفهوم الغاية:- هو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض ذلك الحكم بعد الغاية كقوله تعالى (وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ) { (78) البقرة أباح تعالى الأكل والشرب - مع ما تقدم من إباحة الجماع) فإنه يدل بمفهوم المخالفة على تحريم الأكل والشرب بعد الغاية وهي طلوع الفجر. وقوله تعالى {وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ} (88)

4- مفهوم العدد:- هو دلالة اللفظ على نفيه فيما عدا ذلك كقوله تعالى (الرَّائِيَةُ وَالرَّائِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ) (98)

يدل مفهوم المخالف على أنه لا تجوز الزيادة على مائة ولا النقص عنه.

الخاتمة

ثبت أن التشريع الإسلامي فيه تبيان لكل حكم ولكل قانون لما اشتمل عليه من قوانين عامة ومبادئ كلية يمكن تحكيمها في كل ما يعرض للناس في كل زمان وفي كل مكان وفي كل الظروف وفي جميع الأحوال. وتبين أن الشريعة الإسلامية اشتملت على الحلول التي تفي بكل ما سيجد في الحياة من مشكلات وهو نظام اجتماعي كامل يرسي الأسس الدينية والأخلاقية على مبادئ سامية، ويجمع بين الدين والدنيا، ويقدس الكرامة الإنسانية ويحقق حرياتهما، مقيداً كل ذلك بمصلحة الأمة ومصلحة المجتمع. ولما كانت رسالة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم خاتمة الرسالات وسينقطع الوحي بعد موته عليه الصلاة والسلام وإن النفوس البشرية مفطورة على حب الذات ومطبوعة على حب الرئاسة، والهيمنة على الغير، فلو ترك الناس وشأنهم في مناحي العيش لسادت الفوضى بين الناس واضطربت الحياة، وانقطعت الروابط، وتغلب القوي على الضعيف، وسفكت الدماء ونهبت الأموال وهتكت الأعراض، من أجل هذا وغيره كان العالم في حاجة إلى شريعة تهيمن على العلاقات وتحد من المنازعات، وتحدد حقوق كل فرد وما عليه من واجبات ويحقق للإنسان العدالة والمساواة، لأجل هذا جاءت الشريعة الإسلامية شريعة كاملة البناء محكمة الرواء، مسيطرة لجميع الأزمنة متناسقة متجددة. لقد جاءت الشريعة الإسلامية وافية بحاجات ومصالح الناس ومحقة لسعادتهم على اكمل الوجوه في كل زمان ومكان فقال الله تعالى :-

[الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا] [الآية (3) المائدة].
و كذلك شريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم عامة للإنس والجن قال تعالى:
(وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرٌ وَنَذِيرٌ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ) الآية (82) سبأ
، وقال تعالى (قُلْ أُوحِيَ إِلَيَّ أَنَّهُ اسْتَمَعَ نَفَرٌ مِّنَ الْجِنِّ فَقَالُوا إِنَّا سَمِعْنَا قُرْآنًا عَجَبًا (1) يَهْدِي إِلَى الرُّشْدِ فَآمَنَّا بِهِ وَلَنْ نُشْرِكَ بِرَبِّنَا أَحَدًا) الآية (1) و (2) الجن.

كما ان الله تعالى حفظ هذا الدستور الالهي من التحريف والتبديل والتغيير بكل صوره من ضعاف النفوس وأصحاب المطامع الرخيصة فقال تعالى:-[إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ] [الاية (9) الحجر

المصادر والمراجع

- (1) المستصفى للغزالي (الشريعة الإسلامية و التطور الاجتماعي) الجزء الأول ص(514))
- (2) المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ،عبد المجيد محمود مطلوب ،مؤسسة المختار للنشر والتوزيع 143)
- (3) الآية (59) من سورة النساء
- (4) صحيح مسلم
- (5) حديث قدسي - (صحيح مسلم)
- (6) أصول الفقه ، محمد زكريا البرديسي المكتبة الفيصلية ص(171-172).
- (7) الآية (38) من سورة المائدة
- (8) الآية (11) من سورة النساء
- (9) الآية (228) من سورة البقرة
- (10) الآية من (سورة المائدة)
- (11) الآية (3) من سورة التحريم
- (12) الآية (26) من(سورة الاعراف)
- (13) الآية (26) من (سورة يونس)
- (14) الآية (97)(من سورة آل عمران)
- (15) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 149
- (16) الآية (29) من سورة النساء
- (17) الآية (24) من سورة النساء
- (18) الآية (38) من سورة المائدة
- (19) الآية (180) من سورة البقرة
- (20) الآية (71) من سورة الحشر.
- (21) أصول الفقه ، محمد زكريا البرديسي المكتبة الفيصلية ص 207
- (22) الآية (59) من سورة النساء
- (23) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 157
- (24) ص 221 أصول الفقه ، محمد زكريا البرديسي المكتبة الفيصلية
- (25) الآية (90) من سورة المائدة
- (26) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 159

- (27) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 160
- (28) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 226
- (29) وفي رواية أخرى سألته عن جواز حجها عن أمها التي ماتت وعليها حج نذر
- (30) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 160
- (31) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 161
- (32) الآية (11) من سورة النساء .
- (33) الآية (185) من سورة البقرة.
- (34) الآية (49) من سورة المائدة.
- (35) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 163 .
- (36) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 164 .
- (37) الآية (107) من سورة الأنبياء.
- (38) الآية (185) من سورة البقرة.
- (39) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 166.
- (40) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 168 .
- (41) المدخل الى الفقه الإسلامي عبد المجيد محمود مطلوب مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ص 168 .
- (42) الآية (146) من سورة الانعام.
- (43) الآية (145) من سورة الانعام.
- (44) الآية (45) من سورة المائدة.
- (45) الآية (90) من سورة الانعام.
- (46) الآية 13 من سورة الشورى.
- (47) الآية (27) من سورة القصص.
- (48) الآية (48) من سورة المائدة.
- (49) أصول الفقه محمد زكريا البرديسي المكتبة الفيصلية ص 328.
- (50) أصول الفقه محمد زكريا البرديسي المكتبة الفيصلية ص 334 .
- (51) الآية (31) من سورة النور.
- (52) الآية (104) من سورة البقرة.
- (53) الآية (108) من سورة الانعام.

- (54) أصول الفقه محمد زكريا البرديسي المكتبة الفيصلية ص 319 .
- (55) الآية (33) من سورة الاعراف.
- (56) المصباح المنير ، (باب الحاء) ص226.
- (57) مختار الصحاح ص148.
- (58) أصول الفقه ، محمد زكريا البرديسي المكتبة الفيصلية ص 44.
- (59) الآية (32) من سورة الاسراء.
- (60) الآية (67) من سورة الاسراء.
- (61) أصول الفقه ، محمد زكريا البرديسي المكتبة الفيصلية ص 51.
- (62) الآية (43) من سورة البقرة.
- (63) الآية (32) من الاسراء.
- (64) الآية (101) من سورة النساء.
- (65) أصول الفقه ، محمد زكريا البرديسي المكتبة الفيصلية ص 51 .
- (66) الآية (185) من سورة البقرة.
- (67) الآية (38) من سورة المائدة.
- (68) الآية (97) من سورة آل عمران.
- (69) الآية (43) من سورة البقرة.
- (70) الآية (282) من سورة البقرة.
- (71) الآية (283) من سورة البقرة.
- (72) الآية (275) من سورة البقرة.
- (73) الآية (23) من سورة النساء.
- (74) الآية (101) من سورة المائدة.
- (75) الآية (101) من سورة المائدة.
- (76) الآية (5) من سورة المائدة.
- (77) الآية (17) من سورة الفتح.
- (78) الآية (10) من سورة الجمعة .
- (79) الآية (187) من سورة البقرة.
- (80) الآية (29) من سورة البقرة.

- (81) الآية (185) من سورة البقرة.
- (82) الآية (18) من سورة محمد.
- (83) الآية (23) من سورة الاسراء.
- (84) الآية (145) من سورة الانعام.
- (85) الآية (65) من سورة الطلاق.
- (86) الآية (4) من سورة النساء.
- (87) الآية (187) من سورة البقرة.
- (88) الآية (222) من سورة البقرة.
- (89) الآية (2) من سورة النور.

التحكيم في التجارة الدولية

باحث

أ. حنفي عبيد خليل مسلم

المستخلص:

ازداد الاهتمام بالتحكيم التجاري الدولي بازدياد التبادل التجاري، وتوسيع العلاقات الاقتصادية والمعاملات التجارية ومما زاد أهمية التحكيم عدم وجود قضاء دولي مختص في المنازعات الناشئة عن المعاملات على الصعيد الدولي لذلك فإن الأطراف المتنازعة في التعامل الدولي تتجنب إخضاع نزاعاتها الناشئة عن تلك العلاقة إلى قضاء إحدى الدول، وهذا الاهتمام الزائد أدى إلى إنشاء العديد من الهيئات والمراكز المتخصصة في التحكيم، كما أن المنظمات الدولية والمؤسسات المعنية بقواعد القانون التجاري الدولي ساهمت في ازدياد قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي تعالج كل ما يتعلق بالتحكيم من إجراءات وأحكام كما أن المجتمع الدولي وجد أن الحاجة تستدعي إعداد اتفاقيات متعددة الأطراف تعالج قواعد التحكيم التجاري الدولي وكيفية الاعتراف بأحكام التحكيم التي تصدر في دولة ما ويراد تنفيذها بدولة أخرى.

Abstract

The interest in international commercial arbitration has increased with the increase in commercial exchange and the expansion of economic relations and commercial transactions. What has increased the importance of arbitration is the absence of an international judiciary specialized in disputes arising from transactions at the international level. Therefore, the disputing parties in international dealings avoid submitting their disputes arising from that relationship to the judiciary of one of the countries. This increased interest has led to the establishment of many bodies and centers specialized in arbitration, and international organizations and institutions concerned with the rules of international commercial law have contributed to the increase in international commercial arbitration rules that deal with all arbitration procedures and provisions, and the international community has found that the need calls for preparing agreements Multilateralism deals with the rules of international commercial arbitration and how to

recognize arbitration awards issued in one country and intended to be implemented in another country. This research paper deals with the concept of commercial arbitration and the extent of interest in it in international and regional agreements.

مفهوم الاتفاقيات الدولية

البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم (جنيف 1923م) واتفاقية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (1927م) ، أهم ما ورد في البروتوكول هو ما جاء في المادة الأولى من حيث نصت على أن (كل من الدول المتعاقدة تعترف بصحة أي اتفاق سواء أكان متعلقاً بالخلافات الحاضرة أو الخلافات التي ستحدث في المستقبل بين طرفين خاضع أحدهما لقضاء دولة متعاقدة والآخر لقضاء دولة متعاقدة أخرى ذلك الاتفاق الذي بموجبه يوافق الطرفان المتعاقدان بمشارطة التحكيم على أن يحال إلى التحكيم أو بأمور أخرى يمكن حسمها بالتحكيم سواء أجرى التحكيم في بلد غير خاضع لقضاء أحد الطرفين أم لم يجز....)⁽¹⁾

يظهر في هذا النص أن أحكام البروتوكول تطبق فقط بالنسبة لأطراف العقد الذين يكونون من مواطني الدول المصدقة على البروتوكول وأن أحكامه هذه يمكن أن تطبق على النزاعات الخاصة بالمسائل التجارية وغير التجارية كما أجازت هذه المادة أن يكون مكان التحكيم في بلد ليس طرفاً في البروتوكول وأعطت الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة للدول المتعاقدة أن تحصر تطبيق أحكام البروتوكول على الأمور التجارية فقط ووفقاً لمعايير قوانينها الوطنية حيث نصت على أن (كل دولة متعاقدة تحتفظ بحريتها في أن تطبق التزامها المذكور أعلاه على العقود التي تعتبر تجارية طبقاً لقانونها الوطني) وقد اشار البروتوكول الى ان اجراءات التحكيم بما فيها تشكيل هيئة التحكيم تتبع ارادة الطرفين وقانون البلد الذي يجري التحكيم على اراضيها وهذا يعني أن أطراف العقد التي اختارت التحكيم كطريق لحل منازعتها لها أن تختار أيضاً القانون الذي يطبق على إجراءات التحكيم بما في ذلك طريقة تشكيل هيئة التحكيم. وفي حالة عدم تحديد ذلك من قبل أطراف العقد فإن قانون مكان التحكيم هو الذي يطبق.

والمادة الثالثة من البروتوكول تلزم الدولة المنضمة إليه بأن تنفذ أحكام التحكيم الصادرة على أراضيها بواسطة سلطاتها وطبقاً لقانونها الوطني⁽²⁾.

كما ألزم البروتوكول في مادته الرابعة محاكم الدولة المنضمة إليه أن تحيل الأطراف المتنازعة إلى التحكيم إذا رفعت دعوة إلى المحاكم المذكورة وكان هناك اتفاق على حل النزاع بطريقة التحكيم إذا طلب أحد الأطراف ذلك هذا أهم ما جاء في بروتوكول جنيف لعام 1923 حيث لم يحتو إلا على ثماني مواد أهمها المواد الأربع التي ذكرناها أما المواد الأخرى فتتعلق بالإجراءات الخاصة بدخوله حيز التنفيذ وكيفية انسحاب الدول التي ذكرناها منه. غير أن عصبة الأمم لم تكتف بما أعدته من قواعد في بروتوكول جنيف 1923 فقد وجدت أن الحاجة تقتضي إيجاد قواعد مكملية للبروتوكول المذكور وعلى هذا الأساس أقرت في جنيف في 1927/7/26 اتفاقية لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية⁽³⁾.

وتتألف هذه الاتفاقية من إحدى عشرة مادة أهم ما جاء فيها لا تطبق قواعد هذا البروتوكول إلا على أحكام التحكيم الصادرة بعد نفاذ البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم (جنيف 1923) .

اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (نيو يورك 1958م) :

مع كثرة ازدياد التعامل التجاري الدولي بعد الحرب العالمية الثانية ظهرت الحاجة إلى إيجاد نظام للتحكيم أكثر ملاءمة لمطالبات العصر ولإيجاد حل أهم مشكلة في التحكيم وهي كيفية تنفيذ الحكم ورغم أن كلاً من بروتوكول واتفاقية جنيف الآتفي الذكر قد تناولوا هذه المسائل إلا أن أحكامهما لم تكن تتميز بسهولة التطبيق حيث أنها كانت تتطلب كي يكون التحكيم قابلاً للاعتراف به وتنفيذه أن يكون نهائياً وغير قابل للطعن كما أن عدد الدول التي صادقت علي البروتوكول واتفاقية جنيف لم يكن عدداً كبيراً يضاف إلى ذلك أن دولاً لها دور كبير في التجارة الدولية لم تصادق عليهما سابقاً مثل الولايات المتحدة الأمريكية . ومن أجل إيجاد قواعد دولية جديدة للاعتراف ولتسهيل تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية أعدت الغرفة التجارية الدولية (icc) مشروعها وأقرته في مؤتمرها الرابع عشر الذي عقد في فيينا عام 1953 وتحتوي الاتفاقية على ست عشرة مادة وهي لا تعالج جميع المسائل التي تتعلق بالتحكيم بل تقتصر على معالجة مسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في إقليم الدول المنضمة إليها، كما تجدر الإشارة إلى أن (بروتوكول جنيف لعام 1923 المتعلق بشروط التحكيم واتفاقية جنيف لعام 1927 حول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية) . تتوقف آثارها بين الدول المتعاقدة منذ اليوم الذي تصبح فيه مرتبطة بالاتفاقية وفي حدود التزاماتها بهذه الاتفاقية بهذه الاتفاقية (وهذا يعني أن كلاً من بروتوكول جنيف لعام 1923 واتفاقية جنيف 1927 قد ألغيا بالنسبة للدول التي تنضم إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 وفي حدود التزامها بموجب الاتفاقية المذكورة ولأهمية هذه الاتفاقية⁽⁴⁾

اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى عام 1965م

أعدت هذه الاتفاقية عام 1965 من قبل البنك الدولي للإنشاء والتعمير لتشجيع الاستثمارات في الدول النامية ولتطمين أصحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة حيث إن هؤلاء يخشون من تأميم أموالهم المستثمرة في تلك الدول لذا فإنهم يحاولون الحصول على ضمانات لحماية استثماراتهم من الإجراءات التي قد تتخذها حكومات الدول النامية وفي حالة الخلاف والنزاع يخشى أصحاب رؤوس الأموال من عرض موضوع الخلاف أمام المحاكم الوطنية لدول العالم الثالث التي تتجنب هي الأخرى عرض النزاع أمام محاكم دولة المستثمر وهي محاكم دولة أجنبية لهذه الأسباب وجد من الملائم أن يصار إلى حسم النزاع عن طريق التحكيم حيث تتقبل الدول بصورة أسهل عرض خلافاتها مع المستثمر الأجنبي على التحكيم بدلاً من عرضه على محاكم بلد هذا الأخير كذلك فإن تنفيذ حكم التحكيم يمكن أن يتم بسهولة أكثر من تنفيذ حكم المحاكم الأجنبية. وقد وجد من الأفضل إنشاء مركز للتحكيم يبت في مسائل المنازعات الناشئة عن الاستثمارات وعلى هذا الأساس عقدت في 18 / 3 / 1965 وبإشراف البنك الدولي للإنشاء والتعمير الاتفاقية موضوع البحث وبموجبها تم إنشاء المركز المذكور في واشنطن ويطلق عليه اسم المركز الدولي لحسم المنازعات المتعلقة بالاستثمارات وكما أشار أحد الباحثين العرب⁽⁵⁾ فإن المركز المذكور قد أحدث وضعاً جديداً في مجال التحكيم الدولي إذ إنه لأول مرة يعطى أشخاص القانون الخاص - طبيعية أو اعتبارية - الحق في اللجوء مباشرة إلى جهاز دولي للتقاضي دون حاجة للجوء إلى الحماية الدبلوماسية لدولهم بل إن دولتهم لا تملك مثل هذا

التدخل مما يمكننا من القول إن الاتفاقية الخاصة بالمركز قد أعطت أشخاص القانون الخاص الشخصية الدولية وهو أمر مستحق في مجال القانون الدولي. أضف إلى ذلك أن الاتفاقية تعتبر نقطة تحول في مجال التحكيم الدولي الخاص بما أحدثته من أمور سواء فيما يتعلق بالاختصاص ونطاقه وإلزامه أو الإجراءات المتبعة أو القانون الواجب التطبيق وعلى هذا الأساس فإن المستثمر سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً يقف على قدم المساواة مع الدول التي يتم فيها الاستثمار وذلك عند الاتفاق على حل المنازعات التي تنشأ عن الاستثمار عن طريق التحكيم أمام المركز.

الاتفاقيات الإقليمية:

هنالك اتفاقيات عديدة عقدت على المستوى الإقليمي في جميع أنحاء العالم وسيكون كل تركيزنا على الاتفاقيات التي أبرمت بين الدول العربية ذلك في المطالب الآتية:

في نطاق الوطن العربي هناك اتفاقيات عديدة نصت على اتخاذ التحكيم وسيلة لحل الخلافات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة أو بين مواطني تلك الدول، ومنها اتفاقية صندوق النقد العربي المادة (52) واتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لعام 1974 (المادة الرابعة من الملحق) وميثاق اتحاد البريد العربي (المادة 16) وميثاق الاتحاد العربي للاتصالات السلكية المادة (20).

اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983م :

صدرت الاتفاقية المذكورة في 6 إبريل وتم التوقيع عليها من قبل إحدى وعشرين دولة عربية وقد انضمت إليها كل من فلسطين واليمن الديمقراطية الشعبية والجمهورية العربية اليمنية وموريتانيا والأردن وسوريا والصومال وتونس والمغرب والسودان وليبيا .

تعتبر هذه الاتفاقية أحدث اتفاقية في نطاق جامعة الدول العربية حيث اشتملت على اثنتين وسبعين مادة ويجب ألا ننسى أن اتفاقية الرياض للتعاون القضائي تعالج بشكل رئيسي الأمور المتعلقة بالأحكام والإنابة القضائية والمساعدة وإعلان الوثائق القضائية وغير القضائية وتبليغها وتسليم المتهمين والمحكومين ومنها أمور أخرى تتعلق بالقضايا المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية.

غير أن الاتفاقية المذكورة أفردت المادة (37) منها للأمور التي تتعلق بأحكام التحكيم وأطلقت على ذلك مصطلح أحكام المحكمين ويمكننا تلخيص أهم الأحكام التي جاءت بها اتفاقية الرياض فيما يخص التحكيم بما يأتي:

1/ إن ماجاء في اتفاقية الرياض يخص تنفيذ أحكام التحكيم⁽⁶⁾ ولم تتطرق الاتفاقية إلى أي شيء آخر يخص التحكيم ولكنها عالجت كيفية الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه ولا تتضمن أية نصوص باتفاق التحكيم أو إجراءاتها القانون الواجب التطبيق إلخ ... والمادة التي تعيننا كما سبق أن ذكرنا هي المادة (37) من الاتفاقية التي جاء فيها (مع عدم الإخلال بنص المادتين 28 و 30 من هذه الاتفاقية يعترف بأحكام المحكمين وتنفيذها لدى أي طرف من الأطراف المتعاقدة بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب أي بنفس كيفية تنفيذ أحكام القضاء مع مراعاة القواعد القانونية لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ أن تبحث في موضوع التحكيم) وهذا يعني أن السلطة القضائية في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه لا يجوز لها الخوض في موضوع النزاع وإجراء المرافعة بشأنه.

2/ عندما يراد الاعتراف وتنفيذ حكم من أحكام التحكيم فعلى طالب التنفيذ أن يقدم صورة معتمدة من الحكم مصحوبة بشهادة صادرة من الجهة القضائية تفيد حيازته للقوة التنفيذية والجهة المقصودة هي الجهة القضائية الموجودة في المكان الذي صدر فيه الحكم وأن يقدم طالب التنفيذ صورة معتمدة من الاتفاق المكتوب إن وجد عند اللجوء إلى التحكيم لحسم الخلاف (الفقرة الأخيرة من المادة 37) وطبعاً هذا في حالة وجود مشاركة تحكيم أما في حالة الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشرط في العقد عندئذ تقدم صورة من العقد المذكور.

وكما هو الحال مع اتفاقية تنفيذ الأحكام الملغاة باتفاقية الرياض فإن أحكام هذه الاتفاقية الأخيرة لا تسري كذلك على الأحكام التي تصدر ضد حكومة الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ أو ضد أحد موظفيها عن أعمال قام بها أثناء الوظيفة أو بسببها (المادة 25 فقرة ج) وهذا تطبيقاً لمبدأ الحصانة التنفيذية للدول.

والمقصود من هذا النص هو عدم طلب تنفيذ حكم صدر في دولة عربية ضد دولة عربية أخرى أو ضد احدي مؤسساتها او موظفيها . اذا كان الحكم عن عمل نتج عن ممارسة وظائفهم أو بسببها .ولكن هذا النص يتعلق فقط بالأحكام التي تصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو أية جهة مختصة لدى أحد الأطراف المتعاقدة (المادة 25 فقرة أ).

إلا أن الحال يختلف بالنسبة للتحكيم، فلا نرى انطباق النص السابق على تنفيذ أحكام التحكيم وإن صدرت ضد الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ذلك لأن الدولة المذكورة كانت قد وافقت بمحض إرادتها على عرض النزاع على التحكيم، وبالتالي قبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين ويتحتم عليها تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن هنالك ما يستوجب رفض تنفيذه طبقاً لما جاء في المادة (37) من الاتفاقية.

4- عدت المادة (30) من الاتفاقية والتي أشارت إليها المادة (37) الحالات التي يجوز للدولة المراد تنفيذ الحكم فيها رفض الاعتراف بالحكم وبالتالي عدم تنفيذه وهذا النص ينطبق على أحكام المحاكم وعلى أحكام التحكيم.

الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987م:

عرض المشروع في الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العرب والتي انعقدت في عمان للفترة 11-14 إبريل 1987 . وقد تم إقرار الاتفاقية والتوقيع عليها في هذه الدورة. ونظراً لكون الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 هي أول اتفاقية عربية تعني بشؤون التحكيم التجاري وتنص على إنشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي. فسوف نحاول تحليل ما جاء بها من نصوص في هذا المجال ومقارنتها بما جاء في الاتفاقيات الأخرى علماً بأن الاتفاقية حددت الغاية من عقدها منذ البداية حيث ذكرت أنها جاءت لشعور الدول العربية المتزايد بضرورة قبول التحكيم كوسيلة فعالة لفض المنازعات التجارية وبما أن هذه الاتفاقية ترمي إلى وضع نظام عربي للتحكيم التجاري فإنها بذلك تختلف عن اتفاقية الرياض لعام 1983 التي اقتصر أحكامها على الاعتراف وتنفيذ الأحكام ويمكننا أن نلخص أهم ما جاءت به الاتفاقية للتحكيم التجاري بما يلي⁽⁷⁾:

أولاً : جاء في المادة الثانية للاتفاقية أن نطاق تطبيقها يقع فقط على المنازعات التجارية الدولية ويلاحظ أن هذه الاتفاقية تختلف عن الاتفاقيات العربية الأخرى حيث إن كل من اتفاقية تنفيذ الأحكام لعام 1952 وكذلك اتفاقية الرياض لعام 1973 تطبقان علي الأحكام السابقة في المنازعات التجارية والأحوال الشخصية والأحكام الصادرة من المحاكم الجنائية الخاصة بالتعويض. ويلاحظ أيضاً أن الاتفاقية لم تقدم معياراً خاصاً لدولية النزاع، كما فعلت بعض الاتفاقيات كاتفاقية نيويورك 1958 حيث إن مكان صدور قرار التحكيم يدل على دولية الحكم أو أجنبيته ولم تعتمد الاتفاقية العربية أيضاً معياراً واحداً لكي تصبغ النزاع بالصبغة التجارية كذلك لم تأخذ الاتفاقية بنظر الاعتبار جنسية أطراف النزاع أو مكان العقد الذي نشأ فيه النزاع . ونورد فيما يلي نص المادة الثانية الخاصة بتحديد نطاق تطبيق الاتفاقية حيث جاءت على النحو التالي: (تنطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيّاً كانت جنسياتهم ويربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقر رئيسية فيها). ويعاب على هذا النص أنه ليس دقيقاً، ويحتمل تفسيرات عديدة فمثلاً هل تطبق أحكام الاتفاقية على نزاع نشأ بين مواطن إحدى الدول المتعاقدة مع إحدى المؤسسات لتلك الدول؟ وهل يخرج مثل هذا النزاع عن الولاية القضائية للدولة على إقليمها ورعايتها؟ وهل تطبق أحكام الاتفاقية على أشخاص لهم مقر رئيسية في إحدى الدول المتعاقدة؟ أي أن طرفي النزاع يقيمان في دولة متعاقدة واحدة .

ثانياً : أقرت الاتفاقية المادة الثالثة ما هو معمول به في كيفية اللجوء إلى التحكيم . فقد نصت الفقرة الأولى منها على أنه (يتم الخضوع للتحكيم بإحدى طريقتين) الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة، الثانية باتفاق لاحق على نشوء النزاع) وهذه الصيغة الثانية هي ما يعبر عنها بمشارطة التحكيم. أما الفقرة الثانية من المادة المذكورة فقد أوردت شرطاً نموذجياً للتحكيم حيث جاء فيها (يقترح إدراج الصيغة التالية في العقود التي تخضع للتحكيم : (كل النزاعات الناشئة عن هذا العقد، تتم تسويتها من قبل المركز العربي للتحكيم التجاري وفقاً للأحكام الواردة في الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري). ولم تنص الاتفاقية علي شكل معين لاتفاق التحكيم . خلافاً لما هو معمول به في اتفاقيات التحكيم الأخرى حيث تشترط أن يكون الاتفاق مكتوباً⁽⁸⁾ ولكن يفهم ضمناً من المقترح الخاص بشرط التحكيم في العقود أن الشرط يجب أن يكون مكتوباً وعليه فالاتفاق اللاحق للعقد والخاص بحسم المنازعات بالتحكيم يجب أن يكون مكتوباً كذلك.

ثالثاً : قررت الاتفاقية إنشاء مركز تحكيم، يسمى بالمركز العربي للتحكيم، له شخصية معنوية مستقلة ويعتبر إدارياً ومالياً بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العربي، ويكون مقر المركز بمقر الأمانة العامة بالمجلس بالرباط عاصمة المملكة المغربية . وقد جاءت المواد 5 ، 6 ، 7 ، 8 ، 9 ، 11 ، 12 ، 13 من الاتفاقية بنصوص تتعلق بمجلس إدارة المجلس وكيفية تشكيله ومواعيد انعقاد دوراته وكيفية اتخاذ القرارات واختصاصات مجلس الإدارة ومكتب المركز واختصاصاته .

رابعاً : بالنسبة للمحكمين نصت الاتفاقية في الفصل الثالث منها (المادتان 14، 15) على أن مجلس إدارة المركز يعد سنوياً قائمة بأسماء المحكمين، من كبار رجال القانون والقضاء ومن ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال ومن المتمعين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة.

الخاتمة:

في ختام هذا البحث وبعد التعرض للدراسة النظرية والجانب التطبيقي خلصت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات.

النتائج:

توصلت الدراسة بعد أن أتمت إطارها النظري والتطبيقي بفضل الله وعونه إلى مجموعة من النتائج جاءت كما يلي:-

1. الوسائل البديلة لفض المنازعات هي قيم راسخة في المجتمعات منذ القدم.
2. الوسائل البديلة لفض المنازعات تعتبر وسائل ناجعة وبدائل جيدة جداً للقضاء العادي وتستطيع المساهمة بقدر كبير في رفع العبء عن كاهل القضاء العادي.
3. الوسائل البديلة لفض المنازعات تحديداً التحكيم له دور كبير جداً في المساهمة في الاستقرار الاقتصادي، وذلك لتمسك المستثمرين به كوسيلة تحفظ حقوقهم عند اللجوء إليها في حالات النزاع بينها وبين الشركات الوطنية.

ثانياً: التوصيات:

1. مراجعة قانون التحكيم لسنة 2005 وإجراء التعديلات اللازمة وإعطاء المحكمة حق إلزام الطرف الآخر بتعيين المحكم قبل الشطب لوجود شرط التحكيم الذي هو ملزم لأطرافه.
2. عدم قبول الاستئناف في قرار المحكمة المختصة بشأن إجراءات التحكيم حتى لا يفقد التحكيم أهم ميزة له وهي السرعة.
3. تشجيع التوسع في إنشاء مراكز للتحكيم والتوفيق حتى تنتشر ثقافة التحكيم، ويكون هنالك محكمين مؤهلين تقليلاً لنفقة التحكيم.
4. تشجيع وتفعيل الإدارات الأهلية لتقوم بدورها في حل المنازعات بالصلح والتسويات.

المصادر والمراجع

- (1) فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة والنشر والتوزيع 2008 صفحه 30
- (2) انظر المادة الثانية من بروتوكول جنيف المتعلق بالشروط.
- (3) انظر المادة السادسة اتفاقية جنيف لضيق الاحكام.
- (4) انظر ب ايه ساندر ، اصدار عشرين عاما من اتفاقية الاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية في التحكيم التجاري الدولي ، مجله المحامي الدولي / 1979 المجلد 13 صفحه 188
- (5) جورج حزيون ، الاتجاهات الدولية في التحكيم الخاص مجلة نقابة المحامين الاردنية السنة السادسة والثلاثون الاعداد الرابع والخامس والسادس ، نيسان ، ايار ، حزيران 1988 ص 531
- (6) آدم وهيب النجداوى قواعد تنفيذ الأحكام المدنية ، بموجب اتفاقية الرياض ، مجلة القانون المقارن ، بغداد العراق العدد 16 1985م ص 117 - 162
- (7) انظر قرار مجلس وزراء العدل العربي رقم 44
- (8) انظر الفقرة الاخيرة من المادة 37 من اتفاقية الرياض

إجارة الأرحام بين التحريم والإباحة

كلية الشريعة والقانون – جامعة دنقلا

د. فريدة عوض سعيد

المستخلص:

تناول البحث إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة. هدفت الدراسة إلى معالجة أحكام إجارة الأرحام بتحديد موقف الفقه المعاصر من ذلك ووجهة نظر الشريعة الإسلامية. ناقشت الدراسة أقوال الفقهاء المعاصرين ومذاهبهم وتوضيح أدلة هذه المذاهب ومناقشة أصولها واختيار الراجح والأقرب إلى الصواب. انتهجت الدراسة المنهج الاستقرائي والاستنباطي ثم التحليلي حيث قمت باستقراء وتتبع آراء الفقهاء في هذا الموضوع ثم استنباط الأحكام والاتجاهات الفقهية منها ثم تحليلها وترجيح ما هو أقرب للصواب والرجوع إلى بعض القوانين العربية. توصلت الدراسة إلى أن المقصود بتأجير الأرحام هو صورة حديثة ظهرت في السنوات الأخيرة لمعالجة العقم وهو (عبارة عن عقد على منفعة رحم بلقيحه أجنبية عنه لعوض) وتوصلت الدراسة إلى أن الإنجاب عن طريق إجارة الرحم يؤدي لاعتبار المرأة مجرد أداة أو جهاز مهمته العمل والوضع لا أكثر وقد يتحول الأمر إلى استثمار جسم المرأة كما في بعض بلاد الغرب. وتوصلت أيضاً إلى أن قضية إجارة الأرحام ترتب مفساد وإضراراً على مستوى الفرد والأسرة والمجتمع تفوق كثيراً على المنافع والمصالح التي تحققها. وأخيراً توصلت الدراسة إلى ترجيح القول بعدم إجارة الأرحام سواء كان ذلك بمقابل أو بدون. وأوصت الدراسة بضرورة الأخذ بآراء الفقهاء والباحثين المعاصرين في المسائل المستحدثة كالإنجاب الصناعي وذلك لتخصيص مدارس لتعليم الباحثين كيفية الاجتهاد والقياس من الأصول الفقهية وكذا القواعد القانونية. وأوصت بضرورة تدريس مادة القانون الطبي في الجامعات الإسلامية وإصدار كتب ومجلات تهتم بأبرز الآراء الفقهية في شتى المسائل الفقهية الحديثة تكون في متناول يد الطلاب والباحثين.

Apstract

The study dealt with surrogacy between prohibition and permissibility. The study aimed to address the provisions of surrogacy by determining the position of contemporary jurisprudence on this and the viewpoint of Islamic law. The study discussed the sayings and doctrines of contemporary jurists, clarifying the evidence of these doctrines, discussing their origins, and choosing the most correct and most correct. The study adopted the inductive and deductive approach, then the analytical approach, as I extrapolated.

It follows the opinions of the jurists on this subject, then extracts the rulings and jurisprudential trends from them, then analyzes them and weighs what is closest to the right. The study concluded that what is meant by surrogacy is a recent picture that appeared in recent years to treat infertility, which is (a contract on the benefit of a womb with a foreign insemination for a reward). The matter may turn into investing the woman's body, as in some western countries. It also concluded that the surrogacy issue entails corruption and harm on the individual, family and society levels that far outweigh the benefits and interests it achieves. Finally, the study concluded that it is more likely to say that there is no surrogacy, whether with or without payment. The study recommended the necessity to take into account the views of contemporary jurists and researchers on new issues such as industrial reproduction, in order to allocate schools to teach researchers how to strive and measure from the principles of jurisprudence, as well as legal rules. And | I recommend the necessity of teaching medical law in Islamic universities and issuing books and magazines that deal with the most prominent jurisprudential opinions on various modern jurisprudential issues that are accessible to students and researchers.

مقدمة :-

شهد العصر الحديث تطوراً في المجال الطبي عموماً، وكان لمعالجة العقم وضع خاص في ذلك التطور حيث استحدث الأطباء طرقاً جديدة لمعالجة العقم وكان أشهرها طريقة إجارة الرحم وهي تقنية طبية حديثة ثم تطويرها من قبل الأطباء لوضع حل لمن تعاني من حرمان الولد. تكمن أهمية الموضوع في أن التشريع الإسلامي يسعى لحماية الإنسان والمحافظة على النفس من كل ضرر يصيبها خصوصاً الطفل كونه الحجر الأساسي في بناء المجتمع، ومن باب أولى أن يهتم الإسلام بحمايته وإبعاد الضرر النفسي والاجتماعي عنه، وهذه المعطيات وضعت الفقهاء أمام تحديات وجب الإجابة الفقهية عليها. واستجابة لتأثير هذه التحديات كثر الجدل في المحافل العلمية والدينية حول إجارة الأرحام كونها من القضايا الجدلية التي تجمع في طياتها المتناقضات مما نتج عنه فتاوى متعددة جماعية وفردية تناولت هذه المسألة الطبية الشائكة بالدراسة والتعزيز لمعرفة أحكامها الفقهية كما أن لهذا الموضوع غاية الأهمية وأبعاده خطيرة تهدد مجتمعاتنا وخاصة أسرنا كونه أسلوب غير طبيعي، فهو سبب لضياع معنى الأمومة، ولما كانت إجارة الأرحام من المواضيع الجديدة التي عرفها المجتمع كان تكييف هذه العملية من

أكبر مشاغل الفقه المعاصر ولذلك وجب مناقشة أبعاد هذا الموضوع .

مفهوم إجارة الأرحام:-

تعريف الإجارة :-

لغاً:

في اللغة من أجر. يؤجر إجارة والإجارة ما أعطيت من أجر في عمل⁽¹⁾. والإجارة مشتقة من الأجر وهو العوض ومنه سمي الثواب أجراً⁽²⁾ وفي الاصطلاح عرفها الفقهاء بتعاريف متقاربة فعرفها الأحناف بأنها عقد على المنافع بعوض⁽³⁾ وعند المالكية:- تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض⁽⁴⁾ وعرفها الشافعية بأنها عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض⁽⁵⁾ وعند الحنابلة هي عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً⁽⁶⁾ تعريف الأرحام لغة جمع رحم والرحم موضع تكوين الولد⁽⁷⁾ ويطلق الرحم على القرابة من غير فرق بين المحرم وغيره والذي يعيننا في دراستنا هو المعنى الأول لأنه هو مقصود الفقهاء في حديثهم عن هذه المسألة.

اصطلاحاً:-

هو عضو عضلي في الجهاز التناسلي للأنثى وهو عبارة عن عضو مجوف ذو جدار سميك يبلغ طوله حوالي 7 سم وعرضه حوالي 5 سم ويتمدد خلال فترة الحمل ويتضاعف ليسع الجنين الذي ينمو بداخله⁽⁸⁾

تعريف إجارة الأرحام شرعاً:

هو موافقة امرأة على حمل بويضة ملقحة لا تنسب إليها لحساب امرأة أخرى وتسليم المولود لها بعد ولادته.⁽⁹⁾ وعرف أيضاً بأنه أخذ مني الزوج وبويضة زوجته وتلقيحها في طبق ولكن بعد أن تنمو للقيحة لا تعاد إلي الأم بل إلى امرأة أخرى تسمى متبرعة⁽¹⁰⁾

وعرف كذلك بأنه عقد تتعهد بمضمونة امرأة بشغل رحمها بأجر أو بدون أجر بحمل ناشئ عن نطفة أمشاج مخصبة اصطناعياً لزوجة استحال عليهما الإنجاب لفساد رحم الزوجة⁽¹¹⁾ وعليه فإن عقد إجارة الرحم هو (عقد على منفعة رحم بلقيحة أجنبية عنه بعوض) الألفاظ التي تطلق على إجارة الأرحام.

أطلق العلماء ألفاظاً ومصطلحات عدة على عملية إيجارة الأرحام نذكر أهمها :-

1. الرحم الظئر :- بكسر الظا : هي العاطفة علي ولد غيرها المرضعة له وجمعها أظئر وأظار⁽¹²⁾
2. شتل الجنين :- الشتل القطع هو واحد من مصطلحات الرحم الظئر وهو أن يجمع رجل امرأته التي هي غير صالحة للحمل ثم ينقل الماء منها إلى رحم امرأة ذات زوج بطريقة طبيعية فتحمله إلى نهاية وضعه وطريقة النقل هذه تسمى الشتل⁽¹³⁾
3. الأم المستعارة :- هي التي نقل إلى رحمها البويضة الملقحة وتسمى أيضاً مؤجرة البطن⁽¹⁴⁾
4. الرحم المستأجر :- أو الرحم البديل هما الأكثر شيوعاً والرحم المستأجر أطلق من باب التغليب لأن الأغلب في هذه العمليات تكون بعوض وبالرجوع إلى بعض التسميات اتضح أن المانعين لهذه العملية يسمونها بالأم المستأجرة ورحمها بالرحم المستأجر أو الأم المستعارة أو الأم بالوكالة أو بالإنابة... إلخ والمبيحون لها يسمونها بالأم البديلة وعلى رحمها الرحم البديل أو الأم الحاضنة أو المضيفة وعلى رحمها

الرحم الطّرف.

ولهذا نجد أن مجلس الشورى في إيران لما أباح هذه العملية دعا إلى تغيير مصطلح الرحم المستأجر إلى الرحم البديل وعلل بأن ذلك الأنسب⁽¹⁵⁾.

أسباب اللجوء إلى تأجير الأرحام:-

هناك أسباب خاصة بالزوجين وأخرى خاصة بمؤجرة الرحم

أولاً:- أسباب الزوجين

وحول أسباب لجوء الزوجين إلى عملية تأجير الأرحام هناك أسباب كثيرة . منها ما يعود سبب اللجوء إلى كونه حلاً طبيياً في الحالات الآتية :-

1. ضعف الرحم وعدم القدرة على الاستمساك بالجنين مدة الحمل مما يؤدي إلى الإجهاض المتكرر.
2. وجود عيوب خلقية شديدة في الرحم.
3. استئصال رحم المرأة بسبب مرض من الأمراض والمبيض منتج.
4. وفاة الجنين المتكررة مع كون المبيض سليماً⁽¹⁶⁾

في بعض الحالات نكون المرأة غير راغبة في الحمل مع إنها سليمة لا يوجد مانع من الحمل بل تفعل ذلك ترفهاً. وهذا بدأ ينتشر في طبقة الأثرياء في أوروبا وبعض البلاد العربية⁽¹⁷⁾.

ثانياً: أسباب المرأة المستأجرة الملجئة لإجارة رحمها :-

نجد أن المرأة المستأجرة الملجئة لإجارة رحمها دافعاها الأساسي هو العامل الاقتصادي فتحولت الأمومة إلى سعة للمتاجرة في بعض الدول.

ففي مثل تلك الحالات السابقة لا يمكن للمرأة أن تنجب أطفالاً لعدم إمكان الحمل في رحمها ويكون الحل الطبي هو ما توصل إليه العلم الحديث والتقنيات المتطورة بإمكان تلقيح ماءها بماء الرجل في وعاء اختبار ثم نقل هذه اللقحة بعد أن يتم تكاثرها إلى عدد من الخلايا وزرعها في رحم امرأة أخرى في اليوم الرابع أو الخامس من التلقيح من حملها حملاً طبيعياً وتنمو لتصبح جنيناً يولد ويسلم إلى المرأة الأولى ضمن مراحل المتابعة والعناية الطبيعية قبل الحمل وفي أثنائه إلى حين ولادة الطفل⁽¹⁸⁾ ونحن هنا لا نتحدث عن تجربة طبية لا تزال داخل جدران المختبرات إنما نتحدث عن حقيقة وواقع ظهر واستند في دول العالم وفتحت لأجله مؤسسات ومراكز وشركات طبية تستقطب الراغبين والراغبات في إجراء مثل هذه العملية وتؤمن لهم الإجراءات الطبية اللازمة مثل (جمعية الأمهات البديلات في لوس أنجلوس في أمريكا) وشركة (stokes) التي أنشئت لبيع الأرحام في أمريكا وتأجيرها⁽¹⁹⁾.

وبعد الاستقرار وجدنا أن الدافع الأساسي لإجارة المرأة رحمها هو العامل الاقتصادي، فبالرغم من أن الأمومة من أكثر الغرائز رقياً، إلا أنها تحولت في بعض الدول إلى سلعة منحة استغلها معدمو الضمير للمتاجرة والربح لتظهر لنا تجارة من نوع جديد ألا وهو تأجير الأرحام.

صور تأجير الأرحام وحكم كل صوره

لتأجير الأرحام صور عديدة أهمها⁽²⁰⁾

1. تلقيح نطفة الزوج ببويضة زوجته في المختبر ثم زرع اللقيحة في رحم امرأة ثانية للزوج.
2. مثل الصورة الأولى إلا أنه نزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة.
3. أن تكون اللقيحة من متبرعين وزرعها في رحم الزوجة.
4. تلقيح نطفة الزوج ببويضة امرأة أجنبية ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة .
5. تلقيح بويضة الزوجة بماء رجل أجنبي عنها ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أجنبية. ما يلاحظ من خلال هذه الصور أن موضوع إجارة الأرحام يعد من النوازل الجديدة المستحدثة الواردة إلينا من العالم الغربي وذلك من سلبات التقدم العلمي المستمر، فهي من المسائل التي لم يعط الفقهاء القدامى فيها حكماً لذلك قام العلماء المعاصرون ببيان الحكم الشرعي في هذه المسألة بمختلف صورها، ونتناول فيما يأتي أحكام هذه الصور. لذلك قام العلماء المعاصرون ببيان الحكم الشرعي في هذه المسألة بمختلف صورها وكانت النتيجة أن صدرت الفتاوي المتعددة في هذا المجال والعلماء معها تشعبت مذاهبهم وتعددت قنوتهم فأنهم اتفقوا في الحكم علي بعض الصور واختلفوا في بعضها الآخر. اتفق علماء المسلمين في هذا العصر على أن الصورة الثالثة والرابعة والخامسة من صور تأجير الأرحام السابق ذكرها هي صور محرمة لا تجوز بأي حال من الأحوال، وذلك بكون ماء الرجل أجنبي عن ماء المرأة ويتم الزرع في رحم أجنبية عنهما ثم يتم دفع هذا الطفل عند الولادة إلى امرأة أخرى لا علاقة لها بالأطراف السابقة، أو بكون ماء الزوج يلحق بماء أجنبية عنه وتحمل الجنين في رحمها، وهو أشبه ما يكون بالفاحشة لولا قصور في صورتها المقررة الموجب للحد، أما أن يكون ماء الرجل أجنبي عن ماء الزوجة وصاحبة الرحم كذلك أجنبية فهي واضحة التحريم⁽²¹⁾

أما الصورة الأولى والثانية اختلف الباحثون في حكم هاتين الصورتين إلى رأيين:-

الحالة التي تقدم فيها الزوجة الأولى ببيضتها والثانية رحمها ويقدم الزوج منية هذا ما أجازته مجمع الفقه الإسلامي في المملكة العربية السعودية وحرّم العقد أن كانت مؤجرة الرحم أجنبية عنه، ثم عدل عن رأيه وحرّم الاثنين، وذلك لعله اختلاط الأنساب في دورته المنعقدة 16-18 ربيع الأول 1404 على فرض موت الجنين أو سقوط الحمل ثم حمل مؤجرة الرحم من مقاربة زوجها لها في ظن بأن المولود هو من بيضة الأولى والحقيقية خلاف ذلك، وتمسكوا بفرض آخر وهو أن تحمل مؤجرة الرحم بحمل آخر بعد زرع البويضة المخصبة ومن ثم لا يعرف عند ولادة التوأم من أهمها⁽²²⁾

كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشره الزوج لحاملة اللقيحة ويؤدي ذلك إلى اختلاط الأنساب. وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء قرر المجلس سحب حالة الجواز المذكورة ومن ثم عاد مجمع الفقه الإسلامي بمكة إلى تحريم جميع صور استئجار الأرحام لما في الأمر من ملاسبات.

وبعد هذا القرار انقسم العلماء إلى مذهبين :-

المذهب الأول:- ذهب أصحابه إلى القول بحرمة اللجوء إلى تأجير الرحم، سواء كان عن طريق التبرع أو

بالأجرة واستدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:-

أدلة الفريق (الأول فريق المانعين)

الدليل من الكتاب:-

استدل المانعون القائلون بتحريم تأجير الأرحام بأدلة من القرآن والسنة والقواعد والمعقول من القرآن الكريم :- قوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون) المؤمنون: ٥

وجه الدلالة :- تدل هذه الآية دلالة واضحة على حرمة تأجير الأرحام لأن حفظ الفروج مطلق يشمل حفظه عن فرج الآخر أو عن مائه والمخاطب هنا يشمل الرجال والنساء على حد سواء كما في جميع أوامر الشرع⁽²³⁾. وعلى هذا فالعمل فيه شبهة زنا ولا يغفر له أن ما يدخل الرحم هو لقيحه وليس منياً خالصاً⁽²⁴⁾

من السنه المطهرة

ما روي عن رويغ عن ثابت الأنصاري قال : (كنت مع النبي حين افتتح حنيئاً فقام فينا خطيباً فقال لا يحل لإمري يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه غيره)⁽²⁵⁾

وجه الدلالة :-

يدل هذا الحديث دلالة صريحة على تحريم تأجير الأرحام ذلك أن المرأة ذات الرحم المستأجر إذا كانت ذات زوج وباشرها زوجها بعد زرع اللقيحة فإن الجنين سيتغذى بماء زوجها كما يتغذى منها عبر المشيمة وقد نهى النبي عن ذلك بصريح الحديث.

أما من القواعد استدلو بقاعدة (الأصل في الإيضاح التحريم) ولا يباح إلا ما نص عليه الشارع والرحم تابع لبضع المرأة فكما أن البضع لا يحل إلا لعقد شرعي صحيح فكذلك الرحم لا يجوز شغله بغير حمل الزوج فيبقى على أصل التحريم⁽²⁶⁾

من القواعد أيضاً (ما أدى إلى محرم فهو محرم) وتأجير الأرحام يؤدي إلى محرم، إذ إنه يفتح باباً للشقاق والنزاع والخلاف، والواقع لذلك في كثير من القصص التي وقعت في الغرب فها هي (كيم كوتون) البريطانية التي قامت بدور الرحم المستعار ترفض تسليم الجنين بعد ولادته إلى الزوجين الأمريكيين رغم إبرامها للعقد وتسلمها المال وقد وصل الأمر إلى المحاكم⁽²⁷⁾. واستدلو أيضاً بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار) فإجارة الأرحام تؤدي إلى وقوع ضرر على صاحبة الرحم المستأجر ولا سيما الناحية النفسية حيث يؤكد علماء النفس أن المرأة صاحبة الرحم لديها إحساس بأنها هي أم الجنين، وهي التي تحملت آلام الحمل والولادة، وتقول امرأة لبنانية أدت دور الرحم المستأجر (لقد كلفني هذا الكثير من العذاب النفسي والتعب كنت أشعر أنني أعيش في جسدتين جسداً للحياة وجسداً للإنجاب وأنني أم الطفل لكنه لزوجين ولست أحد طرفيه)⁽²⁸⁾

*من المعقول :-

- الرحم ليس قابلاً للبذل والإباحة فإن الشارع حرم استمتاع غير الزوج ببضع المرأة لأنه يؤدي إلى شغل رحم المرأة التي استمتع ببضعها بنطفة لا يسمح الشرع بوضعها فيها إلا في إطار العلاقة الزوجية فيكون الرحم غير قابل للبذل والإباحة من باب أولى.⁽²⁹⁾
- وجود شبهة اختلاط الأنساب لاحتمال أن تفشل عملية التلقيح بعد وضع اللقيحة في الرحم ويحدث الحمل عن طريق مباشرة الزوج لزوجته فيظن أن الحمل والوليد للمستأجر مع أنه بالواقع ليس له .

ولا يمكن أن نقول بمنع الزوج من وطء زوجته مدة الحمل لما في هذا من منعه من واجب عليه إذا لم يكن له عذر والمنع من الواجب حرام، كما أن اشتراط منع الزوج من وطء زوجته شرط باطل لمخالفة مقتضى العقد. 1/ إن التلقيح بهذه الطريقة مستلزم لانكشاف عورة المرأة والنظر إليها ولمسها والأصل في ذلك أنه محرم شرعاً إلا لضرورة شرعية ولو سلمنا بهذا إلى المرأة صاحبة البويضة فإننا لا نسلم بها في حق صاحبة الرحم لأنها ليست الزوجة التي بحاجة إلى الأمومة⁽³⁰⁾.

أدلة القائلين بالإباحة

1/ قالوا :- (إن الأصل في الأشياء الإباحة) ولا التحريم إلا بنص قطعي ويرد على هذا الاستدلال «إن الصحيح الأصل في الأشياء بعد ورود الشرع هو الحل في المنافع والتحريم في المضار لا الإباحة المطلقة ولو سلمناها فهي مقيدة بقاعدة أخرى وهي أن الأصل في الإبزاع التحريم. واستدلوا أيضاً بقاعدة (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) معلوم أن الضرورات تبيح المحظورات، فالرغبة في تحصيل الولد حاجة لا يمكن نكرانها بحال فإن الإنسان يتوق بفطرته إلى الذرية وتأجير الأرحام قد يكون حلاً لكثير من حالات العقم⁽³¹⁾. الرد على هذه القاعدة وإن كانت هذه القاعدة ركيزة من ركائز الأحكام الشرعية، لكن أليس لنا أن نسأل ما هذه الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة ؟ فإن قيل إنها الحاجة إلى الولد والذرية وهي حاجة يسبب فقدانها خلاً في الحياة الأسرية، ولاسيما حياة المرأة ونفسيته خصوصاً عندما يكون هنالك خلاً طبياً لمشكلة العقم التي تعاني منها هذه المرأة والمتمثل في إجارة الأرحام، وإن كان صحيحاً فهل تعين تأجير الأرحام حلاً جيداً في سبيل إشباع هذه الحاجة ثم إن كان فيه مصلحة في إشباع حاجة الأمومة عند تلك المرأة التي ابتليت بالعقم، فأى حاجة التي تبرر لنا إجارة رحم المرأة الأخرى والتي ستعاني نفسياً⁽³²⁾.

ومن القياس :- قاس العلماء المجوزون مسألة إجارة الأرحام على مسألة تأجير الثدي في الرضاعة فكما يجوز تمليك منفعة الثدي وما يفرزه من لبن من الرضاعة يبنى اللحم ويشد العظم زمن الحمل بجامع التغذية والإنبات في كل، إذ إن الرحم يعطى من دم المرأة أوغذائها خلاصة أشد نقاء مما تعطيه المرضع فالمسألتان متساويتان.

الرد على الدليل:-

1. رد دليل القياس على الرضاع بجامع الإثبات بأن القياس غير صحيح بل هو قياس مع الفارق والفرق بين المقيس والمقيس عليه في عدة نقاط
 2. أن يجوز الرضاع شرعاً لضرورة الحفاظ على حياة كائن موجود وهو الطفل الرضيع أما منفعة الرحم فلا ضرورة، لمشروعيتها إذ يراد بها إيجاد كائن جديد لا الحفاظ على حياة كانت قد وجدت فعلاً والضرورة تقدر بقدرها .
- يترتب على الرضاع مفسدة اختلاط الأنساب لأن نسب الطفل ثابت لأبوية ابتداء من دون شك. أما في تأجير الأرحام فالشبهة في اختلاط النسب قائمة محتملة فلا تساوي في المسألتين.
- 1/ يستطيع الرضيع أن يستغنى عن اللبن بالتغذي بالطعام. إما الجنين في الرحم فلا يستطيع الاستغناء عن الغذاء الذي يصله عبر المشيمة من دم تلك المرأة.
 - 2/ الطفل الرضيع هو إنسان كامل يثبت له حقوق الأدمي فيجب القصاص أوألدية بقتله أما الجنين فلا يثبت له ذلك وإنما تجب غرة في إسقاطه.

الرأي الراجح :-

بعد الاطلاع على أدلة كل فريق ومناقشتها يظهر لنا أن الرأي الأقرب للصواب. هو تحريم تأجير الأرحام بمختلف صوره وذلك لصحة أدلة القائلين بالتحريم وقوتها فضلاً عن ضعف أدلة القائلين بالجواز، وتحقيقاً لمقاصد الشرع في حفظ النسل إذا إن إجارة الأرحام تؤدي إلى اختلاط الأنساب فقد تحمل صاحبة الرحم من زوجها فيحدث ما يعرف بحل توأمين كما أن هذه المسألة فيها ضياع أهم حق من حقوق الولد وهو حق الأمومة حيث اختلف العلماء في نسب هذا المولود، وعليه فإن حق الأمومة والحضانة من الأسباب الدالة على ضرورة حفظ النسب وكيف تعرف الأم الحقيقية إذا لم تحفظ الأنساب ولهذا شرع الله تعالى العدة واللعان وحرمة التبني والقصد من ذلك حفظ الأنساب وعليه فإن إجارة الأرحام مفضية لا محالة إلى اختلاط الأنساب. ومسألة إجارة الأرحام تؤكد أن العلم المادي وحده لا يكتفى لتطبيقه بإطلاق في معزل عن الشريعة الإسلامية بل لا بد أن يكون خاضعاً للضوابط والمقاصد الشرعية حتى يكون العمل الطبي عملاً جليلاً يهدف حقاً إلى إسعاد البشرية وتأتي الثمار المرجوة منه موافقة لقصد الشارع من تشريع الأحكام.

الآثار التي تترتب على إجارة الأرحام

أولاً: الآثار المترتبة على الصورة الأولى والثانية

تتمثل الصورة الأولى بزرع اللقيحة المكونة من بويضة امرأة وماء زوجها في رحم امرأة أخرى تستأجر لهذا الغرض والثانية يزرعها في رحم الزوجة الثانية. أنسب الولد من جهة أبيه:-

اختلف العلماء والباحثون في ذلك فكانوا فريقين

الفريق الأول: قالوا ينسب المولود إلى أبويه اللذين جاءت اللقيحة منهما الناتجة عن زواج صحيح ومادام الأمر كذلك فالجنين منسوب إليهما وعللوا ذلك بأن الجنين بعد زرع له لن يستفيد من المستأجرة غير الغذاء والرحم لا ينقل أي صفة وراثية كما ذكرنا سابقاً⁽³³⁾

الفريق الثاني: يرى بعض الباحثين إذا كانت المرأة المستأجرة ذات زوج فإن نسب المولود يثبت لزوجها ولا يتبع صاحب النطفة⁽³⁴⁾. ب/ نسب الطفل من جهة أمه

اختلف العلماء في نسبة الطفل المولود على مذهبين⁽³⁵⁾

الأول: ينسب للمرأة وزوجها أصحاب اللقيحة لأن الأصل تكون الطفل معها وهو يحمل صفاتها الوراثية أما صاحبة الرحم البديل فتكون كالأُم من الرضاع في الحرمة لأن الطفل تغذى في رحمها واكتسب منها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته ولا يثبت سوى ذلك فلا نسب ولا وارث ولا حقوق ولا واجبات . واستدل أصحاب هذا الرأي على جملة من الأدلة أبرزها القرآن حيث ذكر أن أصل الإنسان هو النطفة وأنها أساس تكوينه لأنها مزيج ماء الزوجين وقد ذكرت النطفة في القرآن الكريم في أكثر من موضع ﴿وَمَا خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُّبِينٌ﴾ فهذه الآية تدل على أن الإنسان قد خلق من نطفة أي بيضة مخصبة وأن الولد ينسب إلى أمه صاحبة البويضة التي خصبت بماء زوجها⁽³⁶⁾ ومن القوانين التي اعتبرت الأم صاحبة البويضة القانون الأمريكي وهذا ما كان واضحاً في قضية عرضت علي

القضاء الامريكي وتتلخص وقائع القضية بان السيدة ماري بيث وايتهاي وقعت عقد مع الزوجين. السيد وليام سترين وزوجته الرايين وتقول السيدة ماري أن أمومتها لن تستيقظ وهي توقع العقد وسيكون من السهل عليها أن تسلم ابنتها إلى الغير بعد ولادتها وعندما ولدت ماري استيقظت أمومتها وارتادت الاحتفاظ بابنتها وفسخ العقد الذي تم لكن القاضي قرر صحة التعاقد وتسليم الطفلة لصاحبة البويضة وزوجها⁽³⁷⁾

الزوجية قائمة فينسب الطفل لها أما المرأة صاحبة اللقيحة فهي كالأم من الرضاع في الحرمة تشبهه الجزئية من تكوين الجنين ولكن لا حقوق ولا واجبات .

والجنين حينما يولد ينسب للأم التي حملت وولدت لأنها هي التي عانت مشاق الحمل والولادة وهي التي تغذى من دمها وكبر داخل أحشائها والتسليم بأن صاحبة البويضة هي الأم فيه إفساد بمعاني الأمومة أما صاحبة الرحم الأولى بوصف الأم للمولود⁽³⁸⁾

ومن القوانين الوضعية التي تعتبر أن الأم هي من حملت ووضعت القانون الفرنسي والذي لم يسمح بعمليات إجارة الأرحام اعتبر أن الولادة هي دليل قاطع على الأمومة ومتى ولدت المرأة ولداً ثبت نسبه إليها . وثبت النسب بجهة الأم بمجرد ولادته سواء كانت الولادة من زواج صحيح أو من زواج فاسد كذلك القانونان المصري والكويتي اعتبرا أنه يكفي لثبوت الأمومة إثبات تحقق واقعة الولادة فالولادة دليل قاطع علي أن المرأة التي وضعت الطفل هي أمه الحقيقية⁽³⁹⁾

الرأي الثاني: أن المرأة البديلة إذا كانت ذات زوج فهي أم الطفل وزوجها هو أبوه بدليل ظاهر آيات كثيرة في القرآن منها قوله تعالى ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ عَلِيمٌ﴾ المجادلة: ٢-

فالآية صريحة نسبت الطفل إلى أمه بقرينة الولادة حيث جاء أسلوب القرآن ذلك بطريق الحصر واستدلوا أيضاً بحديث النبي صلى الله عليه وسلم (والولد للفراس وللعاشر الحجر)⁽⁴⁰⁾ وفراس كل من صاحبة البويضة وصاحبة الرحم أم للمولود يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن للمولود الناتج من تأجير الرحم أمين لأن كل منهما ساهمت في تكوين الجنين فالأولى تكون من بيضتها واكتسب من جيناتها الوراثية والثانية تغذى واكتسب من دمها أكثر مما يكتسب من المرضعة فيكون للمولود صلتان.

صلة تكوين ووراثة بالأم صاحبة البويضة وصلة حمل وولادة بالأم صاحبة الرحم . وقد استدلوا بأنه بالنسبة لثبوت نسب الطفل من أمه صاحبة البويضة هو جزء منها فهي أصله أي أنها أمه لأنها أعطته صفاتها وجيناتها الوراثية وإن لم تحمل به في رحمها فأمومتها ليست كاملة لتخلف ركن الحمل والولادة⁽⁴¹⁾

أما بالنسبة لثبوت النسب من أمه صاحبة الرحم التي حملت وولدت فأمومتها ليست كاملة لفقدان وصف ضروري آخر للأمومة وهو أن تكوين بويضتها سبباً في تكوينه وحيث انتفى ذلك فلا محل للقول بثبوت كل أحكام الولد بالنسبة لأمه والأم بالنسبة لولدها فهي أم بالوكالة فقط لأنها لم تعطه أي من جيناتها الوراثية⁽⁴²⁾

وبعد عرض الآراء بشأن تحديد نسب الطفل المولود بوسيلة تأجير الرحم نلاحظ خطورة الأمر وتعمده إذ إن

تحديد نسب هذا المولود ليس بالأمر البسيط وان كان لنا ان نرجح فنرجح الراي الثاني بان صاحبة الرحم هي الأم الحقيقية التي يفترض ان ينسب اليها الطفل وذلك لقوة ادلتهم وسلامتها وذلك بالدليل القطعي من القرآن ان الأم التي تحمل وتلد كما جاء ذلك ﴿حَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَانْزَلَ لَكُمْ مِنْ الْأَنْعَامِ ثَمِينًا زَوْجَ يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ ذَلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمْ لَهُ الْمُلْكُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَأَنَّى تُصْرَفُونَ﴾ الزمر: ٦

فالآية الكريمة تدل على أن كل أطوار خلق الإنسان في الرحم من أول نطفة إلى الولادة إنما تنسب للأم والله أعلم. ويتضح في الحالتين الأولى والثانية نسب الابن لأبيه والأثر المترتب على تأجير الرحم من هذه الناحية هو القول بأنه يحرم من تأجير الرحم ما يحرم من الرضاع فيصبح عندئذ المولود محرماً على المرأة المستأجرة وعلى أولادها كما يحرم على زوج المستأجرة الزواج بالمولود على فرض أنها أنثى ولو سلمنا بأن هذا كله يمكن ضبطه فكيف سنضبطها لو أجرت هذه المرأة رحمها لأكثر من أسرة وتوفيت ثم حدث مستقبلاً تزواج بين أبناء هذه الأسر فسيكون هنالك مخالفة لمقاصد الشرع الذي يحرص على نقاء النسب وصيانتها من الضياع

ب/ الميراث :-

القاعدة أنه متى ثبت النسب ثبت الإرث. وموضوع النسب سبق ذكره ونسبت أن هنالك خلافاً ومادام الخلاف قائماً فحكم الميراث سيرتبط به ومن العلماء الذين ذهبوا إلى عدم توريث الطفل المتولد من هذه الحالة من المرأة صاحبة الرحم ولا يسوى لها صفة الأم أنا صفة الحاضنة الشيخ محمد الزرق حيث قال (ومن حالات التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب التي لا يثبت فيها نسب بين الطفل والمرأة التي حملته هي الحالة التي لا تكون فيها البيضة الأنثوية مأخوذة من المرأة التي زرعت اللقحة في رحمها وتعتبر كالأم من الرضاع .

ج/ النفقة:

أ/مدى استحقاق المرأة صاحبة الرحم المؤجر للنفقة، ذكر الشيخ القرضاوي (أن نفقة الحاضنة وعلاجها ورعايتها طوال مدة الحمل والعاتب من أرباب الطفل المملح بالبويضة لأنها تغذية من دمها فلا بد أن تعوض عما تعقد.

ففي مسألة الرحم المؤجر نلاحظ أن صاحبة المني يتوجب عليه النفقة على صاحبة الرحم وذلك استناداً لقوله تعالى ﴿وَإِنْ كُنْ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ الطلاق: ٦ ويلتزم بكافة المصروفات والفحوصات الطبية التي تجري على الأم فترة الحمل. وكذلك يتحمل أصحاب اللقحة أجور عملية الولادة وأجر الطبيب الذي يهتم بها وكذلك يضاف إليها نفقات الغذاء والسكن والملبس وأي نفقات أخرى يتطلبها الحمل.

ب/ النفقة على الولد الناتج من عملية إجارة الرحم

ذكر بعض العلماء أن صاحب المني لا يتوجب عليه نفقة لأن العملية شبيهة بالزنا والزنا لا يوجب النفقة لأن النسب قد انقطع بين الطفل وصاحب الحيوان المنوي، وذلك لأن نسب الأبوة مختلف فيه فكيف يكون مولداً له ؟ وتبقى النفقة واجبة على الأم وأقربائها أما إذا كانت الحامل متزوجة فإذا لم ينف الأب

ذلك الطفل من نسبه فسيكون ابن له وتلزمه نفقته لأن نفقة الأبناء واجبة على الآباء، وإذا لم يعترف بنسبه تسقط نفقة الطفل عنه لانقطاع النسب بينهما فيكون الطفل هنا بلا أب، نفقته على أقاربه وأقربهم إلى الطفل أمه فإن عسرت انتقلت من الأقرب إلى الأقرب

إجارة الأرحام في قوانين الدول الإسلامية. تشهد غالبية التشريعات العربية والإسلامية فراغاً قانونياً في كل ما يتعلق بالممارسات الطبية المستحدثة، ومع عدم وجود التنظيم لإجارة الأرحام من الناحية القانونية سواء بالحظر أو الإباحة، فإنه لا بد من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، ولكن ما هو الحل مع وجود مثل هذا الخلاف الفقهي، فبالموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد حرموا التصرف بالأمشاج الأدمية بأي نوع من أنواع التصرف عليها كون التصرف بها يؤدي إلى اختلاط الأنساب (تأجير الأرحام أيضاً)، والتي يعتبر المحافظة عليه من الكليات الخمس بينما في القانون نجد أن القوانين العربية، (يستثنى من الدول العربية كل من ليبيا والجزائر وقطر والمغرب ولبنان الذين نظموا عملية التلقيح الصناعي، حيث نصت المادة (45) المادة 92 من قانون الأسرة على أنه: «لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة»، والمشرع القطري في القانون رقم (21) لسنة 1997م المتعلق بنقل وزراعة الأعضاء حيث حظر في المادة (3) منه نقل الأعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية، والقانون المغربي الخاص بالتبرع بالأعضاء البشرية في المادة (2) منه استثنى الأعضاء والأنسجة المتصلة بالولد من الخضوع لهذه الأحكام⁽⁴³⁾ إلا أن هذه القوانين تعتبر الشريعة الإسلامية مصدراً من مصادر القانون ومن ثم تركت بيان حكم هذه المسألة باعتبار أن حكمها واضح في الفقه الإسلامي. على سبيل المثال؛ التشريع العراقي جاء خالياً من أي نص قانوني أو تنظيم مخصص لهذه المستحدثات الطبية، فلم يتطرق إلى ما يعرف بالحمل لحساب الغير، لأن هذه العمليات تتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد مصدراً رئيسياً للقوانين العربية، وأن الحمل لحساب الغير يكون محرماً، لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب، والقيام بهذا العمل يعتبر باطلاً، لأنه مخالف للنظام العام والآداب العامة، وقد أكدت المادة 21 على ذلك بنصها على أنه: «يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانوناً، ولا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطل، » وعليه فإن الحمل لحساب الغير يعد باطلاً، لأنه غير مشروع من حيث المحل والسبب⁽⁴⁴⁾ لحد الآن في العراق إلا أنه غير مستبعد خاصة مع وجود الإجازة لهذا العقد من بعض المراجع الفقهية وتطبيقه في دول مجاورة كإيران، فهي الدولة الإسلامية الوحيدة التي تجيز عقد إجارة الرحم، وألحق ذلك بالحصول على إذن قانوني، وأجاز العقد عدد من المراجع في إيران وأهمهم المرشد الأعلى للثورة الإسلامية في إيران السيد علي خامنئي، حيث أقر مجلس الشورى الإيراني قانوناً عام 7002 قنن فيه الجواز الشرعي لذلك العقد من الناحية القانونية، والذي طالب فيه بعض النواب باستبدال مصطلح (استئجار الرحم) بوصفه تعبيراً غير مناسب بمصطلح قضائي (الرحم البديل)، ويرى رجال القانون بأن هناك الكثير من الفجوات القانونية في التشريع التي تقتضي عمل السد النقص الموجود في ذلك التشريع، خاصة فيما يتعلق بالحضانة وغيرها من المسائل مما يتطلب تعديل القانون الحالي بقانون أشمل يأخذ بنظر الاعتبار أبعاد القضية كافة⁽⁴⁵⁾ كما يذهب إلى بطلان عقد إجارة الأرحام قائلاً: (تمنع وتبطل الاتفاقات التي تمس بسلامة الإنسان وحياته)⁽⁴⁶⁾ مشروع قانون أمام البرلمان المصري لحظر وتجريم إيجار الأرحام الذي أحاله الدكتور أحمد فتحي سرور رئيس البرلمان المصري -آنذاك-

للجان البرلمان المختصة لمناقشته، ويتضمن المشروع أن يعاقب بالحبس كل من يساعد على زراعة البويضة المخضبة لأنثى في رحم امرأة أخرى مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ويمنع من مزاولة المهنة مدة لا تقل عن عشر سنوات، فتعتبر خطوة إيجابية تحسب للبرلمان المصري بمحاولة مواكبته للأحداث الطبية ووضع النقاط على الحروف. في التشريع الجزائري نصت المادة من قانون الأسرة أنه: «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»، ويفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري يعترف بنسب الولد لأبيه إذا كان هناك زواج صحيح قائم بذاته، إضافة إلى وقوع الاتصال الجنسي للزوج بزوجه أو التقاء بويضة المرأة بماء زوجها لكي يثبت به النسب، وعليه فإذا كان التلقيح الاصطناعي بواسطة الغير تصرفاً غير مشروع، فالأولى أن تكون كذلك عملية استئجار الرحم، كما جاء النص صراحة في المادة 45⁽⁴⁵⁾ من قانون الأسرة على أنه: «لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، » وهذه الفقرة تجعل هذه العملية غير مشروعة في الجزائر وكافية لإبطال كل عقد سببه الإنجاب بطريق الرحم الظئر، وعقد تأجير الرحم غير مسمى في القانون المدني، وسببه ومحل غير مشروعين، ما يجعله باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا يرتب أي آثار قانونية،⁽⁴⁶⁾ وهو بذلك سائر أحكام الشريعة الإسلامية ووافقها، باعتبار أن هذه الوسيلة إضافة لما تسببه من اختلاط في الأنساب، فإنها وسيلة لنشر الفساد والشبهات التي لا حصر لها، بالإضافة إلى اعتبار الطفل المولود من تأجير الأرحام سيكون إما ابن زنا، وإما ابن التبني، وكلاهما من الطرق المحرمة قطعاً التي لا يثبت بها النسب الشرعي، طبقاً للمواد⁽⁴⁷⁾ قانون الأسرة وإنما ينسب لمن حملت به، وهكذا يتبين أن المشرع الجزائري قد فرق بين الابن التلقيح الصناعي كتقنية مباحة وشرعية قانوناً، وبين استئجار الأرحام الذي اعتبره تقنية غير مسموح بها⁽⁴⁸⁾ وما يعاب عليه اكتفاؤه بالنص على منع عملية إيجار الأرحام دون ترتيب جزاء على مخالفي هذه القاعدة القانونية، فكان من المفروض أن يقرر عقوبات جذرية وخاصة بالعمل الطبي، والزوجين.

الخاتمة :-

من خلال الدراسة لموضوع إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية :-

أولاً : النتائج :-

المقصود بتأجير الأرحام صورة حديثة ظهرت في السنوات الأخيرة لمعالجة العقم وهو عبارة عن عقد على منفعة رحم بلقيحه أجنبية عنه بعوض.

الإنجاب عن طريق إجارة الرحم يؤدي لاعتبار المرأة مجرد أداء أو جهاز مهمته الحمل والوضع لا أكثر، وقد يتحول الأمر إلى استثمار جسم المرأة كما في بعض بلاد الغرب بغض النظر عن الخلاف الفقهي في تعيين الأم الحقيقية يحرم الطفل على الأمين معاً وعلى أصولهما وفروعهما. مسألة إجارة الأرحام تؤكد أن العلم المادي وحده لا يكفي لتطبيقه في معزل عن الشريعة الإسلامية فلا بد أن يكون خاضعاً للضوابط والمقاصد الشرعية. ترتب قضية إجارة الرحم مفاصد وأضرار على مستوى الفرد والأسرة والمجتمع تفوق كثيراً على المنافع والمصالح التي تحققها.

لتأجير الأرحام خمس صور اتفق الفقهاء المعاصرون على تحريم ثلاثة منها واختلفوا في اثنين بين معارض ومؤيد. ترجيح القول بعدم جواز إجارة الأرحام سواء أن كان ذلك بمقابل أو بدون.

تشهد غالبية التشريعات العربية والإسلامية فراغاً قانونياً في كل ما يتعلق بالممارسات الطبية الحديثة.

ثانياً : التوصيات :-

ضرورة تدريس مادة القانون الطبي بالجامعات الإسلامية.

إصدار كتب ومجلات تهتم بأبرز الآراء الفقهية لشتى المسائل الفقهية الحديثة.

ضرورة الأخذ بآراء الفقهاء والباحثين والمعاصرين في المسائل المستحدثة كالإنجاب الصناعي وذلك بتخصيص

مدارس لتعليم الباحثين كيفية الاجتهاد والقياس من الأصول الفقهية وكذا القواعد القانونية.

المصادر والمراجع:

- (1) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد، لسان العرب، دار احياء التراث العربي، بيروت 1995، مادة اجر ج 1 ص 62.
- (2) البستاني، بطرس، محيط المحيط، ط3، دار الكر، مادة اجر ص 82.
- (3) السرخسي، محمد بن احمد بن سهل، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، ط 2 1989م ج 15 ص 74.
- (4) الحطاب، أبي عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن، مواهب الجليل، مكتبة النجاح، ج 7 ص 493.
- (5) الشربيني، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر 1958، ج 3، ص 438.
- (6) البهوتي منصور بن يونس، كشف القناع، عالم الكتب 1993م ج 3، ص 546.
- (7) ابن منظور مرجع سابق، مادة رحم، ص 412م
- (8) برهان مزهر محمد القيسي، عقد إجارة الأرحام بين الإباحة والحظر (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر، مصر - الإمارات، 7012 - بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة) ديوان المطبوعات الجامعية، ص 265.
- (9) شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة والقانون، الطبعة، مكتبة الجيل العربي، 2007، ص 98.
- (10) محمد علي البار، التلقيح الصناعي واطفال الانابيب، مجلد مجمع الفقه الاسلامي العدد 2، 1986م
- (11) حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام، الطبعة، 1 دار الفكر العربي للنشر، ص 68.
- (12) الرازي، ابوبكر، مختار الصحاح، دار المعارف، بيروت ج 2 ص 46.
- (13) عبد الله زيد ال محمود، الحكم الاقتاعي في ابطال التلقيح الصناعي، بحث منشور في مجلة الفقه الاسلامي
- (14) عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، الطبعة، 1 دار النهضة العربية، القاهرة، 7001 ص 79.
- (15) هند الخولي، تاجير الارحام في الفقه الاسلامي، بحث منشور علي الانترنت .
- (16) عارف علي عارف، الأم البديلة أو الرحم المستأجر (رؤية إسلامية)، ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ص 210. المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن .
- (17) عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، الطبعة، 1 دار النهضة العربية، القاهرة، ص 79.
- (18) على أحمد لطف الزبيري، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ص 42
- (19) علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب (دراسة في القانون العام معززة بالنصوص الدستورية والتشريعية واتجاهات القضاء الأوروبي والأمريكي)، الطبعة الأولى، منشورات
- (20) عقيل فاضل الدهان، المشاكل القانونية والشريعة لعقود اجارة الارحام، بحث منشور عن الانترنت
- (21) هيام إسماعيل السمحاوي، إيجار الأرحام (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 240.
- (22) حسني محمود مرجع سابق، ص 82

- (23) عقيل فاضل، مرجع سابق، ص24.
- (24) برهان مزهر، مرجع سابق، ص268.
- (25) أخرجة ابو دؤود في كتاب النكاح، باب في الوطء، حديث رقم (85/11).
- (26) القرطبي ابي عبد الله محمد بن احمد الانصاري، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة مناهل القرآن، بيروت، ج 5 ص:37.
- (27) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب النكاح ح 57/21.
- (28) أيمن مصطفى الجمل، اجراءات تجارب العلميه على الاجنة بين الحظر والاباحه ط.1 دار الفكر 2010م ص187.
- (29) عبد المحسن صالح، زراعة الاجنة، بحث منشور على الانترنت .
- (30) يوسف القرضاوي، قضايا تنتظر احكامها الشرعية، /جلة العربي، العدد232، مارس 1997م ص48.
- (31) المرجع السابق، ص50.
- (32) 32/ أميره عدلي امير، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثه، دار الفكر، الاسكندرية 2005م ص 13.
- (33) هيام اسماعيل مرجع سابق، ص45.
- (34) 3 عمر سليمان مرجع سابق، ص16.
- (35) عقيل فاضل الدهان، مرجع سابق، ص35.
- (36) شوقي زكريا الصالحي، مرجع سابق، ص100.
- (37) محمد علي البار، مرجع سابق
- (38) حسني محمود عبد الدايم، مرجع سابق ص 69.
- (39) عبد الله زيد ال محمود، مرجع سابق 70،
- (40) عطا عبد العاطي السنباطي، مرجع سابق، ص 79
- (41) هند الخولي، مرجع سابق 18.
- (42) عارف علي عارف، مرجع سابق، ص 211
- (43) 2زهراء حسين إبراهيم، مرجع سابق، ص 92.
- (44) عقيل فاضل الدهان ورائد صيوان المالكي، مرجع سابق.
- (45) محمد محمود حمزة، مرجع سابق، ص 270.
- (46) تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية البيولوجية، د.م.ج، الجزائر، ص 171.
- بلعباس أمال وبن عزيزة حنان، التكييف القانوني لعملية تأجير الرحم، مجلة 48/ الدراسات والبحوث القانونية، العدد الرابع، ص154
- (47) مصادر ومراجع الدراسة
- أولا: المصادر**
- 1/ القرآن الكريم :-**
- (1) القرطبي ابي عبد الله محمد بن احمد الانصاري، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة مناهل القرآن، بيروت، ج 5 ص:37.
- (2) 2/ الاحاديث:-
- (3)- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية للنشر، الرياض، 1914هـ - 1442م.
- (4) 3/ كتب الفقه :-

- (5) السرخسي، محمد بن احمد بن سهل، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، ط2 1989م
(6) الحطاب، ابي عبد الله محمد بن محمد عبد الرحمن، مواهب الجليل، مكتبة النجاح، ج7.
(7) الشربيني، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر 1958.

4/ المراجع الحديثة :-

- (8) أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007م - أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر والإباحة، الطبعة، 1 دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، . - برهان مزهر محمد القيسي، عقد إجارة الأرحام بين الإباحة والحظر (دراسة مقارنة)، (دار الكتب القانونية- دار شتات للنشر، مصر - الإمارات، -7012 بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الج ائري (د اسة مقارنة)(ديوان المطبوعات الجامعية، . - حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام، الطبعة، 1 دار الفكر العربي للنشر. - خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للإنجاب الصناعي والاستنساخ والحماية القانونية للجنين بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، - شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري القرطبي، الجامع لإحكام القرآن، الجزء، 2 طبعة دار الغد العربي، 1904هـ - 1424م. - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة والقانون، الطبعة، 1 مكتبة الجيل العربي، 2007. - عارف علي عارف، الأم البديلة أو الرحم المستأجر (رؤية إسلامية)، ضمن دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 7001. - عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، الطبعة، 1 دار النهضة العربية، القاهرة، 7001 ص 790.
(9) على أحمد لطف الزيري، المسؤولية الجنائية للطبيب في عمليات التلقيح الصناعي (د راسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 7012.
(10) علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب (دراسة في القانون العام معززة بالنصوص الدستورية والتشريعية واتجاهات القضاء الأوروبي والأمريكي)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017م.
(11) محمد محمود حمزة، إجارة الأرحام بين الطب والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 7002.
(12) هيام إسماعيل السمحاوي، إيجار الأرحام (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، .
(13)* الأطروحات والرسائل الجامعية:
(14) أحكام إجارة الأرحام في الاجتهاد الفقهي المعاصر — ط.د/ معمري إيمان، ط.د/ ميدون مفيدة
(15) - بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في قانون الأسرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر 7019 7012-، -1 زهراء حسين إبراهيم، إجارة الأرحام في ضوء القانون اللبناني والقانون المقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية الجامعة اللبنانية، .
(16) معمري إيمان، أحكام إجارة الأرحام في الاجتهاد الفقهي المعاصر، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية جامعة احمد، الجزائر، المجلد 30 العدد 2 2019م

الأصول الإسلامية للقانون الدولي الانساني

باحث دكتوراة حول القانون الدولي الانساني والقصور حول
آليات تطبيقه - جامعة الزعيم الازهري

أ. إبراهيم محمد فقير

المستخلص

تناولت هذه الورقة القانون الدولي الانساني في الاسلام ، حيث ان الحديث عن الحرب واحكامه في الاسلام الحديث ، وهدفت هذه الورقة إلى التعريف بإنسانية الحرب في الاسلام - او ما يسمى بحقوق الانسان حيال الحروب، او النزاعات المسلحة أي ما يعرف اليوم باسم (القانون الدولي الانساني) لدي مشرعي القوانين الوضعية وشرائها. واطهار الجانب الانساني لهذا الدين القويم في الظروف الانسانية (ظروف الحرب) ، التي بات متهما بالارهاب والدموية زورا وبهتانا ، حيث ان اعداء الله يحاولون جاهدين الصاق الارهاب بالاسلام وترجع اهمية هذه الورقة ان القانون الدولي الانساني في الاسلام يستمد أهميته من معطيات كثيرة منها أصالة هذا الموضوع في ديننا الحنيف منذ فجر الاسلام والتعاليم الربانية المتعلقة بحماية ضحايا الحروب- وإن كانوا من اعدائنا -واضحة الدلالة ، سامية المعاني ، ايضا تكمن اهمية هذه الورقة ان كثرة الحروب المعاصرة ادت الي وقوع الاف الضحايا وظهور العديد من الكوارث الانسانية ، ففي هذا العصر -عصر المدنية والحضارة المادية -اصبحت مسائل حقوق الانسان من اكثر القضايا طرعا علي الساحة الفكرية ، واتبعت الورقة المنهج الوصفي التحليلي في عرضها لهذا الموضوع ، وتوصلت الورقة الي عدة نتائج منها ، ان الاسلام عرف مبادئ القانون الدولي الانساني من خلال المبادئ التي وضعها المتعلقة بالتعامل والاهتمام بالاسري والمفقودين وطريقة معاملة غير المحاربين الذين لم يعد يستطيعوا حمل السلاح او الشيوخ والاطفال والنساء وحماية العيان المدنية ودور العبادة والمناطق الحيوية من آبار وبساتين واوصت الورقة بالاهتمام بقواعد الاسلام المتعلقة بالقانون الدولي الانساني وادراجها في البحوث القانونية وتعليمها وتوضيح انها موجودة من الاسلام منذ القدم ولم تستحدث في العصور الحديثة ، وأن تطبيق القانون الدولي الانساني في الاسلام يبدأ بمجرد قيام الحرب حقبة او حكما ، وتنتهي تطبيقه بانتهاء الحرب ، اما بالنسبة للاسري فان القانون الدولي الانساني يستمر تطبيقه في حقهم الي ان ينفذ الامام المسلم فيهم حكمه

ABSTRACT

This paper dealt with international humanitarian law in Islam, as the discussion of war and its provisions is in modern Islam, and this paper aimed to introduce the humanity of war in Islam - or what is called human rights towards wars, armed conflicts, or what is known today as (international humanitarian law) to legislators of positive laws and explainers. And to show the human side of this true religion in human conditions (conditions of war), which has become falsely accused of terrorism and bloody, as the enemies of God are trying hard to affix terrorism to Islam and the importance of this paper is due

to the fact that international humanitarian law in Islam derives its importance from many data, including the originality of this topic In our true religion since the dawn of Islam and the divine teachings related to the protection of war victims. And if they are among our enemies - the significance is clear, the significance is sublime. The importance of this paper also lies in the fact that many contemporary wars have led to thousands of victims and the emergence of many human disasters. In this era - the era of civilization and material civilization - human rights issues have become one of the most discussed issues on the scene. Intellectual, The paper followed the descriptive and analytical approach in its presentation of this topic, and the paper came to several conclusions, including that Islam defined the principles of international humanitarian law through the principles it laid down in relation to dealing and caring for the families and the missing, and the manner of treating non-combatants who can no longer carry weapons, elders, children, women, and property protection Civil and places of worship and vital areas of wells and orchards .The paper recommended paying attention to the rules of Islam related to international humanitarian law, including them in legal research and teaching them, and clarifying that they existed from Islam since ancient times and were not developed in modern times, and that the application of international humanitarian law in Islam begins as soon as the war is real or a rule, and ends with the end of the war. The international humanitarian law continues to be applied in their rights until the Muslim Imam performs his ruling.

مقدمة

ان الحديث عن الحرب واحكامها في الاسلام حديث يطول فهو منثور في بطون الكتب الفقهية ، القديمة ، والحديثة ، لكن موضوع في هذه الورقة اقتصر علي جانب من هذا الموضوع الخطير ، حيث أثر الحديث عن إنسانية الحرب في الاسلام - او ما يسمى بحقوق الانسان حيال الحروب ، او النزاعات المسلحة أي ما يعرف اليوم باسم (القانون الدولي الانساني) لدي شرعي القوانين الوضعية وشرحها.و تناولت هذه الورقة- الموضوع في ثلاث مباحث ،المبحث الاول مفهوم القانون الدولي الانساني ومبادئه ونطاق تطبيقه في الشريعة ، المبحث الثاني:-حماية المدنيين في القانون الدولي الانساني في الاسلام. واخير في المبحث الثالث:- حماية الاموال والبيئة في القانون الدولي الانساني في الاسلام

المبحث الاول :-مفهوم القانون الدولي الانساني ومبادئه ونطاق تطبيقه في الشريعة:-نتناول في هذا المبحث مفهوم القانون الدولي الانساني، ومبادئه، ونطاق تطبيقه، في الشريعة الاسلامية .

مفهوم القانون الدولي الانساني في الاسلام:-

تعريف القانون الدولي الانساني في الاسلام:-

إن سبب الاهتمام المعاصر بالقانون الانساني هو كثرة الحروب المعاصرة ودمويتها وبشاعتها التي لا تطاق ، كما ان السبب المباشر لانطلاق هذا القانون وظهوره هو حرب (سولفرينو)بكل ما حدث فيها من بربرية لا تتصور⁽¹⁾

فهل كانت الحروب في عهد الرسول صلي الله عليه وسلم والصحابة الكرام والتابعين بهذه الصورة الوحشية؟ الاجابة قطعاً ستكون بالنفي ،لان المطالع لكتب السير ، والغزوات يري مدي انسانية الحرب واخلاقها في الاسلام سواء في اهدافها ، ام في كيفية إعلانها أم في سير العمليات العسكرية ووسائل القتال ام في توابعها من حيث معاملة الاسري والمدنيين.

والمسلمون في ذلك ملتزمون بالاوامر الالهية ، والتوجيهات النبوية ، والتي هي اكثر من أن تحصى ، ولكن اذكر منها آية كريمة ، وحديثاً نبوي علي سبيل المثال لا الحصر:-

أما الآية: (وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ) (البقرة اية 190) فالآية وان امرت بقتال الاعداء ، إلا أنها نهت عن الاعتداء في قتالهم.

وخير دليل علي اخلاق المسلمين في حروبهم تلك الكلمات التي قالها الصحابي الجليل رباعي بن عامر-رضي الله عنه لملك الفرس حين سألته عن سبب الفتوحات الاسلامية فقال له (ان الله ابتعثنا لنخرج من شاء من عبادة العباد الي عبادة الله ، ومن ضيق الدنيا الي سعة الدنيا والآخرة ، ومن جور الاديان الي عدل الاسلام)⁽²⁾ وفي النهاية يمكن ان نعرف القانون الدولي الانساني الاسلامي:بانه عبارة عن القواعد والاحكام الشرعية العملية التي تطبق حال النزاعات المسلحة الدولية والتي تهدف الي حماية الانسان وصيانة كرامته، وحقوقه الاساسية حال النزاع .

طبيعة القانون الدولي الانساني الاسلامي ، وأهم ملامحه:

يتميز القانون الدولي الانساني في الاسلام بعدة خصائص منها الست التالية:-

1. إن احكامه في الاسلام من عند الله سبحانه وتعالى ، العالم باحوال عباده (أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ) (الملك اية 14)- بخلاف القوانين الوضعية التي هي من صنع البشر .
2. إن قواعده ملزمة للأفراد ، والسلطات الحاكمة لذلك لايعذر احد بجهلها⁽³⁾ ، فقد امر الله -عز وجل العلماء بالبيان وامر الجاهلين بالسؤال والتعلم لانه لا عذر في الجهل بالحكم اذا أمكن تعلمه بخلاف الجهل الذي يتعذر الاحتراز منه⁽⁴⁾
3. إن قواعده واحكامه عامة ، لاتقبل الاستثناء إلا فيما ورد فيه مخصص شرعي لان الاصل في الادلة عموم لفظها لا خصوص سببها.
4. ولما كان هذا القانون من عند الله سبحانه وتعالى فانه يتميز بالشمول والكمال والتوازن ،حيث نزلت احكامه من عند الله سبحانه وتعالى كاملة غير منقوصة ، شاملة لكل الاحوال ، لايطغي فيها جانب علي آخر بخلاف القانون الوضعي الذي بدأ قليلاً ناقصاً ، ثم اخذ في التطور التدريجي.
5. إن قواعد هذا القانون ترتبط بالاخلاق إرتباطاً وثيقاً ،فالمقصد الاول من بعثة الرسول صلي الله عليه وسلم هو اتمام مكارم الاخلاق ، وهذا المقصد تلاحظه كل الاحكام الشرعية ، والتي منها أحكام القانون الدولي الانساني في الاسلام ، ومما يشهد لذلك قوله تعالي (وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ) (البقرة اية 190)
6. إن أحكام هذا القانون صالحة للتطبيق في كل زمان ، ومكان ويوجد فيها قواعد ثابتة هي القواعد العامة، والتي اساساً للاجتهاد في النوازل الحديثة والتي لم تكن في حياة الرسول -صلى الله عليه وسلم - ولم يرد فيها نص شرعي.

لا تختلف مصادر القانون الدولي الانساني في الاسلام عن مصادر بقية احكام الفقه الاسلامي ، وعليه فان احكام هذا القانون تؤخذ من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، والتطبيق السليم في حروب الصحابة ، واجماع الامة ، والاجتهاد السليم المستند الي مصلحة معتبرة او دليل شرعي⁽⁵⁾.

كما يهدف القانون الدولي الانساني في الاسلام الي تحقيق المقاصد الثلاثة الاتية⁽⁶⁾

1. الحد من الاضرار الناجمة عن النزاعات المسلحة.
2. توفير الحد الادني من الحماية الانسانية لضحايا هذه النزاعات.
3. تقييد أطراف النزاع في اختيار وسائل القتال وأساليبه.

مبادئ القانون الدولي الانساني في الاسلام:-

نناول هنا المبادئ الاساسية والقواعد العامة التي يقوم عليها القانون الدولي الانساني في الاسلام ، والتي يمكن عدها ضوابط شرعية تحكم اجتهادات العلماء وممارعاتها يمكن الوصول الي الحكم الصحيح فيما يستجد من القضايا التي لم يرد فيها نص شرعي خاص.

يمكن تخيص اهم هذه المبادئ في خمسة وفق البيان الاتي:-

المبدأ الاول:- العدل والاحسان:-

قامت كل علاقة انسانية في الاسلام علي العدالة ، واعتبار الناس جميعا سواء ، وان كان ثمة تفاضل فبالاعمال والجزاء عليها ، إن خيرا فخير ، وإن شرا فبشر (7) ، فالعدل في الاسلام قيمة مطلقة ذات ميزان واحد يلتزم به المسلم كواجب أساسي في المنشط والمكره والصداقة والعداوة ، والقول والعمل، والفعل والترك.⁽⁸⁾

قال تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ) (النساء الآية 135)

المبدأ الثاني:- المعاملة الانسانية

قرر الاسلام مبدأ الكرامة الانسانية ، والمساواة بين البشر جميعا في القيمة الانسانية المشتركة ، وبين أن البشر ابتداء هم أمة واحدة ينتمون الي ادم -عليه السلام -وانه لا تفاضل بينهم بسبب لون او عرق أو لغة بل كلهم لآدم وأدم من تراب⁽⁹⁾

قال تعالى (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ) الحجرات- الآية 13

المبدأ الثالث:- الوفاء بالعهد:-

أمر الاسلام بالوفاء بالعهود والمواثيق قال تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) المائدة الآية 1 يعني: أوفوا بالعهود التي عاهدتموها ربكم، والعقود التي عاهدتموها إياه، وأوجبت بها على أنفسكم حقوقاً، وألزمتم أنفسكم بها لله فروضاً، فأتموها بالوفاء والكمال والتمام منكم لله بما ألزمكم بها، ولمن عاهدتموه منكم، بما أوجبتهموه له بها على أنفسكم، ولا تنكثوها فتنقضوها بعد توكيدها⁽¹⁰⁾

بل ان الله تعالى نهى عن خيانة العهد ، ولو كان مع عدو تخشي منه ان يخوننا ، بل يجب في هذه

الحالة إنهاء المعاهدة لا الخيانة فقد قال سبحانه وتعالى (وَأِمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ عَلَى سَوَاءٍ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْخَائِنِينَ) الانفال الآية 58

المبدأ الرابع :- الاصلاح في الارض ومحاربة الفساد:

خلق الله سبحانه وتعالى ادم -عليه السلام وانزله إلى الارض ليعمرها ، ويكون خليفته فيها(11) ، قال تعالى: (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَأِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً) البقرة -من الآية 30 وقال ايضا: (هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَاسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا) هود: من الآية 6

كما دلت نصوص القرآن الكريم ان أشنع عمل للانسان في علاقته بغيره عي سفك الدماء ، واردة العلو في الارض والفساد فيها (12) قال تعالى (قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ) البقرة اية 30

ونذكر في هذا المقام وصية سيدنا -محمد صلي الله عليه وسلم-لجيوشه وصحابته -رضي الله عنهم -وهم خارجون للقتال ، حيث كان يقول (اغزو باسم الله في سبيل الله ،قاتلوا من كفر بالله ،اغزو ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا)⁽¹³⁾

المبدأ الخامس:- المعاملة بالمثل

إن هذا المبدأ في حقيقته متشعب من مبدأ العدل ، وغير منفصل عنه ، فان المعاملة بالمثل من قانون العدالة في التعامل الانساني بين الافراد والجماعات ، حال السلم والحربوهذا المبدأ لايتنافي ابدا مع الفضيلة والتسامح والاحسان ، فالله سبحانه وتعالى لا يرضي ان يكون التسامح طريقا الي الرضا بالظلم ، والخنوع له ، فشيوع الظلم فساد ، والله سبحانه وتعالى لا يحب الفساد ، بل ويمقت المفسدين⁽¹⁴⁾ بل ان الاسر قد شرع في الاسلام معاملة بالمثل⁽¹⁵⁾ كما أن العديد من الاعمال القتالية قد نص الفقهاء علي عدم مشروعيتها في ساحات المعركة ، كقتل النساء والاطفال ، والتغريق ونحوه الا في حالات الضرورة الحربية المضيق ، أو معاملة بالمثل⁽¹⁶⁾

نطاق القانون الدولي الانساني في الاسلام:-

القانون الدولي المعاصر يقسم النزاعات الي نزاعات دولية ، ونزاعات داخلية ،وحروب تحرر وطنية، وهذه الاقسام الثلاثة تخضع لاحكام القانون الدولي وبالتالي تدخل في نطاق القانون الدولي الانساني⁽¹⁷⁾. ولكن اذا رجعنا الي كتب الفقه الاسلامي فاننا نجد ان هذا التقسيم ليس متبعا عندهم ، وان الفقهاء وضعوا تقسيما خاصا للصراعات المسلحة ، وذلك بحسب طبيعتها ، والمقصد منها ، والخصم الذي تحاربه ، مستندين في ذلك الي الدالة الشرعية⁽¹⁸⁾. ويتعرض الباحث في هذا القسم لاشهر انواع القتال في الفقه الاسلامي ، حيث نبين مدي تطبيق احكام القانون الدولي الانساني عليها ، وذلك علي النحو التالي:-

النوع الاول:- الجهاد في سبيل الله:-

يقصد بالجهاد في الاصطلاح الفقهي : بذل الوسع في قتال الكفار ، ومدافعتهم إعلاء لكلمة الله سبحانه وتعالى⁽¹⁹⁾. وهو اما جهاد الطلب او الغزو وهو جهاد الفتوحات الاسلامية ضد من وقف في وجه الدعوة الاسلامية ، ومنع إنشارها ، وهو واجب علي الكفاية الا إذا حضر الجندي للمعركة أو كلفه الامام عينا بالغزو(20)،أو جهاد الدفع ، أو ما يسمى بالنفير العام وهو القتال الواجب علي المسلمين علي سبيل فرض العين ، وذلك اذا غذا العدو شبر علي بلاد المسلمين. وهذا النوع من القتال كما نلاحظ هو قتال بين

دولة الاسلام وبين عدوها الكافر وبالتالي يعد نزاعا مسلحا دوليا بالمصطلح القانوني المعاصر ، ويخضع لاحكام القانون الدولي العام الاسلامي ، ويندرج ضمن النطاق المادي للقانون الدولي الانساني في الاسلام ، وتسري عليه كافة أحكام هذا القانون⁽²¹⁾ .

النوع الثاني:- قتال البغاة:-

ويراد بالبغاة تلك الفئة من المسلمين ،الذين لهم شوكة ومنعة ،وخرجوا عن الامام مغالبة مستندين الي تأويل سائخ في نظرهم⁽²²⁾ بالرجوع لكتب الفروع نجد ان الفقهاء يكادون يجمعون علي ان الامام يجب الا يبدأهم بالقتال ، وانما يبعث إليهم امينا ناصحا فطنا ليسألهم عن سبب خروجهم ، فان كانت لهم مظلمة وجب عليه ردها ، وان كانت شبهة فانه يكشفها لهم ، ويبين لهم الصواب ، فإن رفضوا الرجوع قاتلهم لارجاعهم للطاعة ، ودفع شرهم ، لا لقتلهم ، ولهم احكام خاصة مبسطة في الكتب الفقهية⁽²³⁾ الراجح أن قتال البغاة لا يعد جهادا بالمصطلح الفقهي حيث ان الجهاد- وكما سبق تعريفه -هو قتال الكفار لاعلاء كلمة الله تعالي ، وهؤلاء ليسوا كفار ، وإنما هم مسلمون أخطأوا في التأويل(24). كذلك فان الراجح ان قتال البغاة لا يندرج ضمن نطاق القانون الدولي الانساني، لانه من النزاعات الداخلية التي لا تخضع لاحكام القانون الدولي ، حيث غالب الفقهاء قد تحدثوا عن أحكام البغاة ضمن باب الحدود، ولم يدرجوها في ابواب الجهاد والسير(25).

النوع الثالث : قتال المرتدين:-

الردة هي : قطع الاسلام بنية ، أو قول كفر ، أو فعل ، سواء قاله إستهزاء ، أو عنادا ، أو إعتقادا⁽²⁶⁾. وحكم المرتدون ،اذا كان المرتدون أفرادا تحت سلطة الدولة الاسلامية فهؤلاء لا يقتاتلون ، لانه ليس لديهم شوكة أو منعة وإنما يستتابون ، وتكشف لهم الشبهات ، إن وجدت ، فإن رفضوا الرجوع إلي الدين وأصروا علي كفرهم قتلوا بعد إنقضاء مدة الاستتابة⁽²⁷⁾ ، لما رواه ابن عباس -رضي الله عنهما -أن النبي -ﷺ- قال (من بدل دينه فاقتلوه)⁽²⁸⁾ .أما إذا تمنعوا وسيطروا علي ناحية من الدولة ، فإنه يجب عقد مناظرات معهم، وإزالة الشبهات عنهم ، فإن تابوا كان بها ،وإن ابوا إلا الكفر وجب قتالهم (29)، ويكون حكمهم كحكم أهل الحرب «في قتالهم غرة وبيانا، ومصافتهم في الحرب جهارا ، وقتالهم مقبلين ومدبرين»(30) فإن قتالهم جهاد في سبيل الله تعالي ، لأن قتال الكفار لإعزاز دين الله تعالي (31)

النوع الرابع:-قتال المحاربين (قطاع الطرق):-

ونقصد بالمحاربين في الاصطلاح الفقهي تلك الطائفة من المواطنين داخل الدولة الاسلامية الذين خرجوا علي الامام دون تأويل سائخ ولهم شوكة ومنعة بقصد السلب والنهب وقطع الطريق وإخافة الناس⁽³²⁾ .

وحكم المحاربون انه لا يطبق عليهم القانون الدولي الانساني في الاسلام للسببين التاليين:-

1. إن المقصد الاساسي من قتالهم ليس نشر الدعوة الاسلامية ، وإنما تأمين طريق الناس ، والحفاظ علي المصالح التي جاء الاسلام من أجل رعايتها وهي ، النفس ، والمال ، والعرض.
2. هؤلاء مواطنون ، بمعنى أنهم اناس محقونو الدم قبل خروجهم (33) وبالتالي قتالهم يعد من النزاعات الداخلية ، التي لا تخضع للعلاقات الدولية.

كما أننا إذا تتبعنا أحكامهم في كتب الفروع ، فاننا نجدتها تختلف عن أحكام الحربيين ، خاصة عند الحديث عن مصيرهم بعد الظفر بهم أحياء ، والعقوبات الواجبة في حقوقهم⁽³⁴⁾

النوع الخامس :- قتال الصائل

يعرف علماء الشريعة الصيال: بانه «الثوب علي معصوم بغير حق»⁽³⁵⁾ وعليه فالصائل هو: «من قصد مسلماً بأذي في جسمه ، أو عرضه ، أو ماله»⁽³⁶⁾

أن مدافعة الصائل لا تدرج ضمن نطاق القانون الدولي الانساني في الاسلام ، وذلك للأسباب الآتية:-

1. لا يعد قتا الصائل من قبل الجهاد ، لانه قتال قائم علي رد عدوان دينوي يستهدف حياة أو مالا ، أو بضعا ، ومشروعيته ليست لأجل اعلاء كلمة الله من حيث هي ، بل للمحافظة علي المصالح التي جاء الاسلام من أجل رعايتها ، أو المحافظة عليها⁽³⁷⁾.
2. يمكن عد قتال الصائل من قبيل الاضطرابات ، لانه ليس نزاعا عسكريا بالمعني الدقيق ، إذ أنه ليس بين جيشين أو فئتين.

3. ويؤكد ما سبق أن هذا النوع من المدافعة له أحكام خاصة به ، ولا علاقة له بأحكام القانون الدولي العام الاسلامي ، والتي بينها العلماء في باب الجهاد والسير⁽³⁸⁾.

غير أنه قد يلتقي الجهاد في سبيل الجهاد مع قتال الصائل في صورة واحدة وهي: أن يعتدي عدو للمسلمين علي قطعة من ديارهم إبتغاء الانتقاص من أرضهم ، والقضاء علي دينهم ، فيقاتلهم المسلمون من أجل ردهم علي كلا الغرضين ، فهو قتال جهاد ، ورد صيال معا⁽³⁹⁾، وبالتالي تطبق علي هذه الحالة أحكام القانون الدولي الانساني الاسلامي.

إذن نخلص من ذلك إلي أن هذه الانواع التي ذكرت سابقا هي أشهر صور القتال في كتب الفقه الاسلامي ولو لاحظنا هذه الاقسام يمكن تقسيمها الي قسمين:-

الاول:- نزاعات تخضع لاحكام القانون الدولي العام الاسلامي ، وتعد هذه من قبيل النزاعات المسلحة الدولية، وتدخل ضمن نطاق القانون الدولي الانساني في الاسلام ، وهي النزاعات التي يصدق عليها وصف الجهاد في سبيل الله.

الثاني :-نزاعات داخلية لها أحكام خاصة ، ولا تتبع أحكام الجهاد في سبيل الله وهذه الانواع لا يطبق عليها هذا القانون ،لأن حكمة الشريعة الاسلامية اقتضت أن يكون لها أحكام اخري ، فالبغاة لهم حقوق اكثر ، وقطاع الطرق عقوبتهم أشد ، وهذا من رحمة الله بعباده ، وعظيم حكمته ، قال تعالي (أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ) سورة الملك اية 14

المبحث الثاني :-حماية المدنيين في القانون الدولي الانساني في الاسلام

نوضح في هذا القسم مفهوم المدنيين ، والفئات التي ينطبق عليها هذا الوصف ، والفئات التي لاينطبق عليها في مطلب أول ، كما نبين نطاق الحماية المقررة لهم شرعا ، حال النزاعات المسلحة في مطلب ثاني ،ونحدد الحالات التي يجوز فيها قتالهم في الاسلام ، في مطلب ثالث.

مفهوم المدنيين وفتاتهم في الاسلام

مفهوم المدنيين يشمل كل حربي لا يتأتى منه القتال صورة، أو معني لاعتبارات بدنية أو عرفية كالنساء ، والصبيان ، والرسول وغيرهم من الناس الذين لا صلة لهم بالنشاطات العسكرية ، والحربية علي اختلاف صورها(40)

الفئات التي ينطبق عليها مفهوم المدنيين في الاسلام فهي:-

1/النساء والاطفال :

تعد الشريعة الاسلامية النساء والاطفال من المدنيين ، وقد اجتمعت كلمة الفقهاء علي أن النساء والاطفال لا يقتلون ، ولا يقتلون اذا لم يشاركوا في الاعمال القتالية ⁽⁴¹⁾.

ومن الادلة علي ذلك مارواه ابن عمر -رضي الله عنهما- قال « وجدت إمراة مقتولة في بعض مغازي رسول الله -ﷺ- فهي رسول الله -صلي الله عليه وسلم- عن قتل النساء والصبيان ⁽⁴²⁾ »
2/العسفاء والاجراء والعبيد:-

العسفاء جمع عسيف وهو الاجير ، وقيل هو المملوك المستهان به ⁽⁴³⁾.
إن الشريعة الاسلامية تمنع المساس بالعسفاء ⁽⁴⁴⁾، والاجراء وتحرم قتلهم ⁽⁴⁵⁾ وهذه الحماية مشروطة بعدم مشاركتهم بالاعمال القتالية ، فإذا استؤجر للقيام بعمل يتصل بالاعمال القتالية فهو مقاتل ، ويجوز قصده بالقتال، والقتل ⁽⁴⁶⁾.

ومن الادلة علي ذلك ما جاء عن رباح بن ربيع -رضي الله عنه- قال: كنا مع رسول الله-صلي الله عليه وسلم- في غزوة فرأى الناس مجمعين علي شيء فبعث رجلا فقال :انظر علام اجتمع هؤلاء ؟فجاء فقال:علي امراة قتيل ، فقال : (ماكانت هذه لتقاتل قال: وعلي المقدمة خالد بن الوليد :قل لخالد: لا يقتلن امراة ولا وليد ولا عسيفا» ⁽⁴⁷⁾ وفي رواية (لا تقتلن ذرية ولا عسيفا).

3/الشيوخ والمرضي:-

إن المراد بالشيوخ هنا: الطاعنون في السن ، الذين لاقدرة لهم علي حمل السلاح ، والمشاركة في القتال، لقوله -ﷺ- (ولا تقتلوا شيخا فانيا ، ولا طفلا ، ولا صغيرا ، ولا إمراة..) ⁽⁴⁸⁾

4/الرهبان وأصحاب الصوامع:-

إن الرهبان هم المنقطعون للعبادة ، بحيث لا يشاركون في القتال ولو بالراي، وهؤلاء لا يحل المساس بهم ولا قتلهم والدليل علي ذلك ، مارواه عبدالله بن عباس -رضي الله عنه- قال: كان رسول الله-ﷺ- إذا بعث جيوشه قال:«أخرجوا باسم الله ، تقاتلون في سبيل الله من كفر بالله، لاتغدروا، ولا تغلوا ، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا الولدان ، ولا أصحاب الصوامع»(49).

5/الجرحي والمرضي:-

تدل نصوص الشريعة علي عدم جواز التعرض للاعداء -غير المقاتلين ، وفئة الجرحي ، والمصابين إصابات بالغة تمنعهم من المشاركة في القتال أو الإعانة عليه ، وتنطبق عليهم أحكام المدنيين ، لعدم قدرتهم علي المشاركة في الاعمال القتالية ، أو الاعانة عليها فلا يجوز قتلهم أو تعذيبهم بجراحاتهم (50)

كما أن مبادئ الرحمة والفضيلة التي جاء بها الاسلام تأمر بالعناية بهم وعدم تركهم لجراحهم وللأمراض المعدية الفتاكة بهم ، وتنهى عن تعذيبهم ، فقد روي الامام مسلم في صحيحه عن حكيم بن حزام-رضي الله عنه- قال:سمعت رسول الله- صلي الله عليه وسلم -يقول:«إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا»⁽⁵¹⁾.

المطلب الثاني :- نطاق الحماية المقررة للمدنيين في الاسلام:-

بعد العرض السابق للفئات التي ينطبق عليها وصف المدنيين في الفقه الاسلامي يمكن تلخيص نطاق الحماية لهم شرها في النقاط التالية:-

أولاً:- تحرم الشريعة الاسلامية التعرض للمدنيين بأي شكل من أشكال القتال ، أو الاعمال العسكرية ، فلا يجوز قتالهم ، ولا قتلهم ولا حصارهم ، إلا في حالات الضرورة كالمعاملة بالمثل ونحوها ، لورود الأدلة التي تحرم ذلك ، وهذا مشروط بعدم مشاركتهم في الاعمال القتالية ، فلو شاركوا ولو بالرأي ، أصبحوا في حكم المقاتلين ، وجاز قتلهم بإجماع الفقهاء.

ثانياً :- يلحق بالمدنيين كل شيء يخصهم ، كالمستشفيات المدنية التي تقوم بعلاجهم ، وكذلك المعدات الضرورية لنقلهم والعناية بهم ، والمدارس ونحوها ، بشرط عدم إستخدامها في الحرب ضد المسلمين⁽⁵²⁾ ثالثاً:- تحرم الشريعة الاسلامية المساس بالاعيان التي لا غني عنها لبقاء المدنيين علي قيد الحياة ، كمحطات توليد الكهرباء ومخازن القوت والدواء لأن تدميرها ، أو تعطيلها يؤدي إلي إهلاكهم ، وذلك محظور شرعا .

رابعاً :- تكفل الشريعة الاسلامية للمدنيين حقهم في الحفاظ علي كرامتهم ، وتحرم المساس بشرفهم ، كما تضمن لهم حرية العقيدة ، والعبادة وسلامة دور العبادة التابعة لهم لعموم قوله تعالي (لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ) سورة البقرة من الآية 265.

وقد ثبت عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه أعطي الناصري ببيت المقدس عهدا جاء فيه (أعطاهم أمانا لأنفسهم ، وأموالهم ، وكنائسهم ، وصلبانهم ، سقيمها ، وبريئها ، وسائر ملتها ، أنه لا تسكن كنائسهم ، ولا تهدم ، ولا ينقص منها، ولا من خيرها ، ولا من صلبهم ، ولا من شيء من أموالهم ولا يكرهون علي دينهم ولا يضار احد منهم)⁽⁵³⁾.

خامساً:- للمدنيين الحق في الاتصال باهلهم وذويهم بهدف الاطمئنان عليهم ، او مفاداتهم ، وهذا مقيد بالاجراءات الامنية التي من حق الدولة الاسلامية أن تتخذها للحفاظ علي أسرار الدولة ، ومنع التجسس علي المسلمين ، ونقل اخبارهم للعدو بدليل ثبوت هذا الحق للأسري العسكريين الذي هم أشد خطرا علي المسلمين .

سادساً :- تعطي الشريعة الاسلامية للمدنيين الحق في وحدة أسرهم ، ويدل لذلك ما رواه عن عبدالله بن مسعود - رضي الله عنه - قال : (كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا أتى بالسبي أعطي أهل البيت جميعا كراهية أن يفرق بينهم)⁽⁵⁴⁾.

سابعاً : تحرم الشريعة الاسلامية تعذيب المدنيين ، والدليل علي ما سبق ذكره من حادثة بني قريظة ، ذلك أنه لما انتصف النهار ، واشتد الحر علي الاسري ، قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - -موصيا الصحابة الكرام - (لا تجمعوا عليهم حر الشمس وحر السلاح ، قيلوهم ، وأسقوهم حتي يبردوا)⁽⁵⁵⁾.

المطلب الثالث :-حالات جواز قتال المدنيين ، وقتلهم في الاسلام

الحالة الأولى:- إذا شاركوا في القتال حقيقة ، أو معني:-

ذهب جمهور الفقهاء الي أن من لا يجوز قتلهم من النساء ، والاطفال ، والعسفاء ، ونحوهم من الذين ينطبق عليهم وصف المدنيين، أنهم إذا حملوا السلاح أو شاركوا في الاعمال القتالية ، أو ساعدوا المقاتلين، ولو بالرأي ، فانهم يقاتلون ويقتلون⁽⁵⁶⁾.

والدليل علي ذلك قوله تعالي (وقالوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم) (سورة البقرة من الآية 90) ، فالاية الكريمة تأمرنا بقتال من قاتلنا ، ولو كان امرأة ، أو طفل ، أو راهبا، أو عسيفا.

الحالة الثانية:-في حال البيات وشن الغارات:-

أجازت الشريعة الاسلامية شن الغارات علي العدو ليلا او نهارا ، واستخدام ما تقتضيه الغارات من وسائل قتالية شديدة، كالحرق ، والرمي بالمنجنيق،ومايقابله اليوم كالصواريخ ، والقذائف ونحوها (57).

الحالة الثالثة:-إذا تترس العدو بالمدنيين:-

إذا إتخذ العدو من المدنيين دروعا بشرية ، يحتمون بها امام المسلمين ، فان الشريعة الاسلامية تجيز للمسلمين عنئذ أن يضربوا هذه الدروع ، لضرورة التوصل إلي المقاتلين الذين يحتمون خلفها ، علي أن يكون المقصودون بالرمي هم المقاتلين⁽⁵⁸⁾

قال ابن مفلح⁽⁵⁹⁾ رحمه الله-في ذلك «فإن تترسوا بهم ، أي بمن لا يجوز قتله ، جاز رميهم لأنه -ﷺ- رماهم بالمنجنيق ،وفيهم النساء ، والصبيان ، ولأن كف المسلمين عنهم حينئذ يقضي إلي تعطيل الجهاد، وسواء كانت الحرب قائمة أو لا، ويقصد المقاتلة ، لأنه هو المقصود⁽⁶⁰⁾

حماية الاموال والبيئة في القانون الدولي الانساني في الاسلام

يبين هذا المبحث نطاق الحماية المقررة شرعا لاموال العدو في ساحة المعركة ، كما يوضح الاجراءات الواجب إتخاذها شرعا لحماية البيئة زمن النزعات المسلحة في القانون الانساني الدولي في الفقه الاسلامي.

المطلب الاول:-حماية امول العدو في القانون الدولي الانساني في الاسلام:-

نتعرف في البداية الي ما هي أقسام أموال العدو في الاسلام ، ثم نتطرق الي حماية أموال العدو من الاتلاف زمن الحرب في الاسلام.

أولاً:- أقسام أموال العدو⁽⁶¹⁾:-

يمكن تقسيم أموال العدو إلي قسمية رئيسيين هما:-

1/الاموال المستخدمة في القتال :

وهي الاموال التي يستخدمها العدو في العمليات العسكرية والقتالية بشكل مباشر او غير مباشر وهي :-

أ-الاموال والاعيان ذات الطابع العسكري :-

وذلك كالسلاح في يد المقاتل ، والطائرة التي تقصف ، والحصن ، أو الموقع الذي يحتمي فيه الجنود ، والمطار الذي تقلع منه الطائرات الحربية ، والرادارات العاملة ونحو ذلك من الادوات العسكرية المستخدمة في القتال والتي تمنع الوصول غلي جنود العدو

ب- الاموال والاعيان ذات الطابع المدني:-

وذلك كالمزارع التي يحتمي فيها الجنود ، والسيارات المدنية التي ينتقلون بها وويستخدمونها في القتال ، ونحو ذلك من الاموال والاعيان ذات الطابع المدني في الاصل ولكنها مستخدمة في القتال.

2/الاموال غير المستخدمة في القتال:-

هي الاموال التي لم يستخدمها العدو في القتال وهي :-

أ. الاموال والاعيان ذات الطابع العسكري :-وهي التي تتخذ عادة للقتال ، ولها وظيفة عسكرية قتالية بطبيعتها ، ولكن لم تستخدم في القتال ، وكذلك الاسلحة في المخازن ، والطائرات الحربية الرابضة في مدرجاتها، والاجهزة والمعدات العسكرية ، ومستودعات الطعام والدواء المخصصة للمقاتلين ولكنها ليست مستخدمة في القتال.

ب. الاموال والاعيان ذات الطابع المدني :-وهي الاموال التي لها وظيفة مدنية معيشية بحتة ، سواء كانت إقتصادية ، أم ثقافية / أم صحية ، ونحوها ، كالمزارع ، والمصانع ، والمحال التجارية ، المدارس المدنية، والجامعات ، والكليات ، والمعاهد ، وخزانات المياه ، ومحطات توليد الكهرباء ، والدور ، والابنية ، والمواشي ، والموانئ ، والمطارات ذات الطابع المدني ، ونحوهما مما له وظائف معيشية مدنية فقط ، ويحتاج إليها المدنيون ، ولم تستخدم في القتال.

حكم حماية اموال العدو من الاتلاف زمن الحرب في الاسلام،

كما اوردنا فإن الاموال تنقسم الي اموال مستخدمة في القتال ، واموال غير مستخدمة في القتال

أ. حكم الاموال المستخدمة في القتال:- اتفق الفقهاء علي مشروعية إتلاف الاموال والاعيان المستخدمة في القتال ، وعلي انها لا تتمتع بالحماية من الاتلاف ، سواء كانت هذه الاموال ذات طابع عسكري ، أو كانت ذات طابع مدني ، جمادا كانت ام حيوانا (62)

ب. حكم الاموال غير المستخدمة في القتال:- هي اما اموال واعيان ذات طابع عسكري ، وهي باجماع الفقهاء أن هذه الاموال والاعيان ليست محمية من الإتلاف ، بل يجوز قصفها بالعمليات العسكرية وأتلافها - إلا إذا دعت المصلحة لإستبقاها ، لتكون غنيمة للمسلمين -لأنها وجدت إبتداء للاستخدام في القتال ،وهي قوة إحتياطية للعدو، يمكن له أن يستخدمها في القتال ضدنا متي شاء ، ومن شأنها أن تقلب موازين المعارك ، وجواز ذلك مستند أن هذه الاموال وحسب وظيفتها الاصلية اموال حربية.(63)

أو هي أموال وأعيان ذات طابع مدني ،وقد اختلف العلماء في حكمها فمنهم من فرق بين المنقول والعقار ، والجماد، والحيوان - ومنهم من لم يفرق .

فذهب الرأي الاول إلي أنه لا يجوز إتلاف أموال الحربيين التي لم تستخدم في القتال مطلقا ، ذلك أنها أموال محمية شرعا ، وأصحاب هذا المذهب من الصحابة: ، ابوبكر الصديق ، وعبدالله بن مسعود - رضي الله عنهما ، ومن السلف : الازواعي ، وابو ثور ، والليث بن سعد-رحمهم الله ، ومن الفقهاء:الامام بن حنبل في رواية عنه (64).واستدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالي (وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ) (سورة البقرة اية 205) ، حيث يرون أن الآية الكريمة ذكرت إتلاف الحرث ، والنسل ،والفساد في الارض، في معرض فعل الذم، فدل ذلك علي حرمة، وعدم جوازه مطلقا،

والإتلاف والتهديم في دار الحرب من الفساد المحذور شرعا والذي لا يحل للمسلمين ان يفعلوا منه شيئا (65) إلا أن ما أؤخذ علي هذا التدليل أن موضوع الآية في غير الحرب المشروعة بين المسلمين وأعدائهم، لأن للحرب أحكاما خاصة بها ، وهو ما عليه جميع المفسرين (66).

وذهب الرأي الآخر إلي جواز إتلاف اموال الحربيين غير المستخدمة في القتال ، إذا كان في ذلك مصلحة راجحة لنا -ولو كانت مجرد تحقيق الاغاية للعدو - واليه ذهب جماهير الامة سلفا وخلفا ، ومن المفسرين ، والمحدثين ، والفقهاء ، ومنهم أصحاب المذاهب الاربعة: ابو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، واحمد في اظهر الروايتين عنه (67).

واستدل أصحاب هذا الراي بقوله تعالى (هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنْ دِيَارِهِمْ لِأَوَّلِ الْحَشْرِ مَا ظَنَنْتُمْ أَنْ يَخْرُجُوا وَظَنُّوا أَنَّهُمْ مَانِعَتُهُمْ حُصُونُهُمْ مِنَ اللَّهِ فَأَتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُمْ بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِيَ الْأَبْصَارِ) (سورة الحشر اية 2). حيث يرون أن الشاهد في قوله تعالى (يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُمْ بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ)

المطلب الثاني الثاني:- حماية البيئة في القانون الدولي الانساني في الاسلام:-

يبين هذا المطلب تعريف البيئة ومكوناتها ، ويبين آثار الحرب عليها وعلي مكوناتها

تعريف البيئة ومكوناتها:-

يعرف المتخصصون البيئة في علوم الحياة البيئة بأنها : العالم الطبيعي الذي تعيش فيه الكائنات الحية من بشر ، وحيوانات وحشرات ونبات (68).

وتتكون البيئة كما يقسمها علماء الحياة الي ثلاثة مكونات هي : الارض ، والماء ، والهواء .

اولا :- الارض (69) : تشمل الكوكب الطبيعي الذي نعيش عليه ، بما ذلك التربة الزراعية ، والغلاف الصخري ، والعمليات التي تتم علي سطح الارض ، كعمليات البناء الضوئي ، تبخر المياه ، وفي باطنها كانهيار المعادن ، وتكون الحمم البركانية.

كما تشمل الغلاف الحيوي : أي كل الكائنات الحية التي تعيش في الارض .

وتشمل ايضا : الغلاف التقني والاجتماعي ، وهو العالم الذي صنعه الانسان من مبان واجهزة وآلات ، وحضارات وسياسات وفنون ونحوها.

ثانيا:- الهواء وهو الغلاف الغازي الذي يحيط بالكرة الارضية ، ويبلغ سمكه حوالي 10.000 كيلو متر. إلا أن 97% من هذه الغازات تتركز في الجزء السفلي من هذا الغلاف.

ثالثا:- الماء ويشل هذا النكون الغلاف المائي بكل ما يحويه من مياه سطحية وجوفية ، بما فيها من ثروات هائلة للانسان من طعام ولؤلؤ ومعادن ونحوها (70)

حماية البيئة زمن الحرب في الاسلام:-

إن الاسلام يحافظ علي البيئة زمن الحرب ، كما يحافظ عليها زمن السلم ، وقد شرع أحكاما تكفل ذلك ، لأن الحرب في الاسلام ليست حرب تدمير ، إنما هي حرب تعمير ، هدفها منع الفساد في الارض ، وقطع دابر الشرك بالله ، وفي ذلك يقول تعالى (وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ لِلَّهِ فَإِنْ انْتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ) (سورة البقرة اية 193) ، فالاية الكريمة بينت ان قاتلنا نحن -المسلمين- مستمرا

إلى أن نقطع دابر القتنة من الارض ، والمراد بالفتنة الشرك ، والظلم علي إختلاف أنواعه ، أي مقصد قتالنا هو الاصلاح في الارض والقيام بحق الخلافة فيها ، وعمرانها وفق منهج الله تعالى⁽⁷¹⁾ حكم إتلاف البيئة الزراعية زمن الحرب:-

قسم الفقهاء الزروع والاشجار إلي ثلاثة أقسام وأعطوا كل قسم منها حكمه الخاص وفقا للبيان الآتي:- (72) أ. ما تدعو الضرورة لاتلافه :- وهي الاشجار والزروع التي تدعو الضرورة الحربية لإتلافها ، كالذي يقرب من حصونهم ويمنع من قتالهم أو يستترون به أمنا ، أو لا نستطيع الوصول إليهم إلا باتلافه فهذه يجوز إتلافها إتفاقا.

ب. ما يتضرر المسلمون بإتلافه:- وهي الاشجار والزروع التي يتضرر المسلمون بقطعها وإتلافها ، لكونهم ينتفعون ببقائها، أو يستترون بها ، فهذه الاشجار يحرم إتلافها إتفاقا ، لما في ذلك من إضرار بالمسلمين، والإضرار بنا محرم.

ج. ماعدا القسمين السابقين :- أما ماعدا القسمين السابقين ، أي الاشجار التي لا تدعو الضرورة لإتلافها ، ولا لإبقائها ، ولكن في إتلافها منفعة ، ولو كانت مجرد إاطة العدو ، أو كبتة فهي اختلف الفقهاء في حكمها علي نحو ما سبق بيناه بخصوص غزوة بني النضير ، وقد رجحوا جواز ذلك لمصلحة راجحة.

2/ حكم تسميم مياه العدو زمن الحرب:-

أجاز الفقهاء السابقون تسميم مياه العدو وإفسادها⁽⁷³⁾ ، فقد جاء في شرح السير الكبير :«ولا بأس للمسلمين أن يحرقوا حصون المشركين بالنار او يغرقوها بالماء وأن يجعلوا في مائهم الدم ، والعذرة ، والسم حتي يفسدوا عليهم⁽⁷⁴⁾.

وهذا الجواز مقيد بالضرورة الحربية ، بمعنى إذا كان المسلمون قادرين علي إخضاع عدوهم بأسلحة أقل تأثيرا من السم ، فإن الاولی عدم استخدام السم ، لأنه أوسع شرا ، وأكبر ضررا ، وقد يؤدي إلي قتل من لايجوز قتله كالنساء والاطفال⁽⁷⁵⁾.

الخاتمة:-

خلصت الورقة الي ان قواعد القانون الدولي والتي ظهرت للعالم من خلال مؤلف هنري دونان (معركة سولفرينو) هي موجودة منذ القدم واتي بها ديننا الحنيف من خلال الايات القرآنية والاحاديث النبوية ، وان مسالة اهتمام القانون الدولي الانساني بالافراد غير المشاركين في الحرب او غير القادرين علي حمل السلاح وحمایته -تلك امور ذكرت في السلام من خلال الايات القرآنية التي حثت علي حسن معاملة الاسري وكذلك الاحاديث النبوية وقول الصحابة وتوجيهات الخلفاء الراشدين لامراءهم وتعليمهم قواعد الحرب ، التي اوصت بعدم التعرض للنساء والاطفال والشیوخ والعسفاء ، كذلك اهتمام القانون الدولي الانساني بالاعيان المدنية ودور العبادة وعدم استهدافها اثناء الحرب ، فوضح لنا ان تلك المسائل ايضا وردت في الدين الاسلام من التوجيه والامر بعدم مهاجمة دور العبادة حتي وان كانت كنائس او صوامع ، ايضا ورد في القواعد الاسلامية عدم الاضرار بالبيئة والزراعة وعدم هدم الآبار او تسميمها ، والاهتمام بالموارد وعدم قتل البهائم وخلصت الورقة الي عدة نتائج أهمها:-

1. كان لدخول الدين الاسلامي أثر كبير جدا في تطور قواعد القانون الدولي الإنساني ، ففي الإسلام لا قتال إلا للضرورة ، وإذا فرض القتال فإن علي المقاتل أن يلتزم بمجموعة من المبادئ العامة التي وضعها الشريعة الاسلامية بهدف ضبط سلوك المقاتلين في الحروب .
2. أغلب القواعد والمبادئ التي وردت في القانوني الدولي الإنساني ، سبقه الاسلام بها فالإسلام تحدث عن الفئات المدنية التي لا يمكنها القتال وأضح حقوقهم وسماهم النساء ، والأطفال ، والعسفاء ، والأجراء ، والعبيد، والشيوخ ، والمرضي مرضا مزمنًا أو مقعدا، والرهبان ، وأصحاب الصوامع ، فكل هؤلاء محميون بموجب القانون الدولي الإنساني الاسلامي.
3. يجب علي أطراف النزاع أن تطبق أحكام القانون الدولي الإنساني ، سواء إعترفت بقيام النزاع أم لم تعترف بقيامه.
4. يجب علي الدولة أن تحترم القانون الدولي الإنساني المنازعة لها ، ولا يمكن للدولة أن تبرر عدم أحترامها للقواعد الإنسانية بأن الدولة الاخرى لم قد بادرت بالإنتهكات ، لأن إحترام المعاهدات ذات الطابع الإنساني ، لا يمكن أن يتوقف علي المعاملة بالمثل، ونجد هذا البدء أيضا وارد في الأسلام حيث ألزم الإسلام الدولة المسلمة أنها إذا دخلت في معاهدة مع اعداء يمنع بموجبها قتل الأسري من الطرفين أو إسترقاقهم وجب الإلتزام بها.

وخرجت الورقة بعدد من التوصيات:-

1. عقد مؤتمرات علمية ، وأيام دراسية ، وجلسات مذاكرة ، تتناول مواضيع القانون الدولي الانساني بالبحث ، والدراسة ، خاصة ما يستجد من شأنها من أحكام قانونية ، ومعاهدات دولية وبيان حكم الشريعة الاسلامية فيها .
2. صياغة مسودة قانون دولي انساني اسلامي ، يشارك في إعداده الفقهاء ، والقانونيون، والمختصون، ويستند في أحكامه الي مصدر التشريع الاسلامي ، ولا يتأثر بالقوانين الوضعية المخالفة للشريعة الاسلامية .
3. مراجعة ما كتب سابقا في القانون الدولي الانساني في الاسلام وتنقيحه وتصحيح مافيه من أخطاء ، واستدراك ما فيه من نقص ، حيث أن غالب الكتابات المعاصرة في هذا الموضوع قد تأثرت تأثيرا كبيرا بالقوانين الدولية الوضعية .
4. الاتفاق علي آلية عمل ، وخطة استراتيجية لنشر احكام هذا القانون ، وبيان عظمة التشريع الاسلامي في هذا الجانب ، لنزيل عن أعين العالم تلك الغشاوة التي وضعها أعداء الامة وندفع اتهامهم الاسلام ظلما وزورا بالوحشية والبربرية.

المصادر والمراجع:-

القران الكريم

- (1) تاريخ الطبري (ج-3 ص 520) - محمد خير هيكل - الجهاد والقتال (ج-1 ص 571)
- (2) الغزالي - المستصفي ج-1 ص 236
- (3) هنري دونان - تذكّار سولوفرينو- ص 126
- (4) احمد ابو الوفا - الاعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية في الاسلام - ج 1 - ص 24
- (5) اسماعيل الاسطل - حقوق الانسان- ص 360-361 (
- (6) عبد الغني محمود - حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الانساني والشرعية الاسلامية- ص 265
- (7) محمد ابوزهرة - العلاقات الدولية في الاسلام - ص 34
- (8) صالح الحصين -العلاقات الدولية بين منهج الاسلام والمنهج الحضاري المعاصر - ص 19
- (9) عارف ابو عيد- العلاقات الدولية في الاسلام - ص 41
- (10) تفسير الطبري
- (11) الزمخشري -الكشاف -ج 2- ص 165 - القرطبي -الجامع لاحكام القرآن -ج 8 - ص 35
- (12) صالح الحصين -العلاقات الدولية بين منهج الاسلام والمنهج الحضاري المعاصر - ص 21
- (13) صحيح البخاري -كتاب المغازي- باب قصة عكل وعرينة (رقم -34) (ح 3956) -ج 4 - ص 1535
- (14) محمد ابو زهرة - العلاقات الدولية في الاسلام - ص 36 (بتصرف يسير)
- (15) محمد ابوزهرة- العلاقات الدولية في الاسلام - ص 37
- (16) وهبة الزحيلي -العلاقات الدولية في الاسلام - ص 45 ومابعدھا -مرجع سابق
- (17) عامر الزمالي -مدخل الي القانون الدولي الانساني - ص 33 ومابعدھا
- (18) لكاساني -بدائع الصنائع (ج 7 - ص 415 ومابعدھا)
- (19) ابن الهمام - شرح فتح القدير (ج 5- ص 435)
- (20) الميرغني -الهداية شرح البداية - (ج 2- ص 426)
- (21) عبد الغني محمود- حماية ضحايا النزاعات المسلحة في القانون الدولي الانساني والشرعية الاسلامية - ص 265 ومابعدھا
- (22) لميرغني - الهداية شرح البداية - (ج 2- ص 170) مرجع سابق
- (23) بن الهمام - شرح فتح القدير -ج 6- ص 49 - ابن جزي - القوانين الفقهية - (ج 1- ص 238) -الغزالي -الوسيط - (ج 6- ص 415)
- (24) محمد خير هيكل - الجهاد والقتال - (ج 1 - ص 67)
- (25) لميرغني -الهداية شرح البداية - (ج 2- ص 170 ومابعدھا) -الدمشقي -كفاي الاخير - ص 733 ومابعدھا - ابن قدامة -المغني - (ج 12- ص 238)

- (26) لنووي -منهاج الطالبين -(ج1 - ص 131) -الشرييني - مغني المحتاج -(ج3 ص 143)
- (27) البهوتي- كشف القناع -(ج4 - ص 235)-محمد خير هيكل -الجهاد والقتال -(ج1 - ص 57)
- (28) صحيح البخاري -كتاب الجهاد والسير -باب لا يعذب بعذاب الله (رقم 147)- (ح ؛2854)ج3 - ص1098
- (29) السرخسي - المبسوط -(ج1-ص 128)
- (30) المارودي -الاحكام السلطانية- ص 65
- (31) محمد خير هيكل -الجهاد والقتال -(ج1 - ص 58-59)
- (32) الكاساني - بدائع الصنائع -(ج7 ص 90)
- (33) وهبة الزحيلي -الفقه الاسلامي وادلته -(ج6 ص 129)-مرجع سابق
- (34) حاشية ابن عابدين (ج4 ص 113) - حاشية الدسوقي -(ج4 - ص 348)-ابن قدامة -المغني - (ج12- ص 47 ومابعدھا)
- (35) البكري - إعانة الطالبين -(ج4 - ص 170)
- (36) مصطفى الخن وآخران -الفقه المنهجي -(ج3 ص 141)
- (37) المرجع السابق - (ج3 - ص 478)
- (38) النووي -منهاج الطالبين -(ج1 - ص 135 ومابعدھا) -الجاوي - نهاية الزين -(ص 357 ومابعدھا) -شرح زيد بن رسلان -ص 304
- (39) مصطفى الخن وآخران - الفقه المنهجي -(ج3 - ص 479)- مرجع سابق
- (40) زيد الزيد- مقدمة القانون الدولي الانساني في الاسلام - ص 49
- (41) ابن نجيم -البحر الرائق -(ج5 ص 90)
- (42) صحيح البخاري -كتاب الجهاد والسير -باب قتل الصبيان في الحرب-(رقم 145)-(ح2851)-باب قتل النساء في الحرب (رقم 146)-(ح2852)-(ج3 - ص 1089)
- (43) ابن منظور - لسان العرب -(ج9 ص 6)
- (44) ابن الهمام-شرح فتح القدير -(ج5 ص 453)
- (45) خالف بعض العلماء ذلك فذهب الظاهرية ، والشافعية في قول لهم إلي مشر وعية قتل غير النساء من المدينين ، كالعسفاء والرهبان ونحوهم -وان لما يشاركو في الاعمال العسكرية ، جاء في الوسيط«اما الراهب والعسيف والحراف المشغول بحرفته الضعيف الذي لا رأي له ففيهم قولان: احدهما :يقتلون لانهم من جنس اهل القتال - والثاني لا -لأن رسول الله -صلي الله عليه وسلم -بعث الي خالد «لا تقتلن ذرية ولاعسيفا»-الغزالي - الوسيط (ج7 ص 20)
- (46) محمد هيكل -الجهاد والقتال -(ج2 ص 1246)
- (47) سنن ابوداؤد -كتاب الجهاد-باب في قتل النساء (رقم 121)- (ح2295)0(ج3 ص 35)

- (48) صحيح مسلم - كتاب الجهاد والسير- باي تأمير الامام الامراء علي البعث ووصيته اياهم باداب الغزو وغيرها - (رقم 2) - (ج1731) - (ج3 ص 1357)
- (49) مسند احمد ب حنبل - (ج1 ص 300)
- (50) اسماعيل الاسطل - حقوق الانسان - ص 402-403 - مرجع سابق
- (51) صحيح مسلم - كتاب البر والصلة والاداب- باب الوعيد الشديد لمن عذب الناس بغير حق - (رقم 2613) - (ج4 ص 2017-2018)
- (52) (حسين الجوجو - حقوق المدنيين زمن الحرب- ص 4-5).
- (53) تاريخ الطبري - (ج2 ص 449) - الصلاي - فصل الخطاب في سيرة الخطاب - ص 582.
- (54) أبن ماجه في سننه- كتاب التجارات - باب النهي عن التفريق بين السبي (رقم 46) (ج 2248) (ج2 - ص 1283)
- (55) الوافدي - كتاب المغازي - (ج2 - ص 514)
- (56) العيني - البناية - (ج6 ص 510-511)
- (57) محمد بن الحسن - السير - ص 135
- (58) إبن جزى - القوانين الفقهية- ص 98
- (59) **إبن مفلح:-** هو الامام العلامة الحافظ شيخ الحنابلة ، ورئيسهم برهان الدين ابو اسحاق بن محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج الراميني الاصل ثم الدمشقي - توفي في- 17 شعبان سنة 803 هـ - إبن مفلح- المقصد الارشد- (ج1 ص 236-238)
- (60) إبن المفلح- المبدع - (ج3 - ص 323)
- (61) يقصد بالمال هنا كل ماهو متمول عرفا ، ولو في عرف الكفار ، ولا يشترط فيه أن يكون متقوما شرعا ، فكل ما يملكه الحربي ، وتميل إليه نفسه يعتبر مالا تنطبق عليه الاحكام التي سيأتي ذكرها- ابن منظور - لسان العرب (ج-11 ص 236-239)
- (62) البهوتي - كشاف القناع - (ج3 - ص 42 وما بعدها)
- (63) حسن ابو غدة - إتلاف اموال الحربيين - ص 171
- (64) السرخسي - شرح السير - (ج1 ص 43)
- (65) المرجع السابق - (ج1 ص 43)
- (66) تفسير الطبري - (ج2 ص 313)
- (67) ابو يوسف - الرد علي سير الاوزاعي - ص 83
- (68) زكريا طاحون - التلوث خطر واسع الانتشار - ص 21
- (69) الصفدي والظاهر - صحة البيئة - ص 13
- (70) ابو سعدة - التلوث البيئي - ص 35 وما بعدها

- (71) ابن الجوزي - زاد المسير - (ج-1 ص 200)
- (72) ابويوسف - الرد علي سير الاوزاعي - ص 83 - السرخسي - شرح السير - (ج-1 ص 44)
- (73) نقل بعض العلماء عن المالكية انهم حرموا القتال بالسم مطلقا ، سواء كان ذلك في الطعام أو الشراب ، أو النبال ، ونحوها ، ولكن المرجح أن الامام مالك قال بالكراهة فقط ولم يخالف في اصل المشروعية - حاشية الدسوقي - (ج-2 ص 178)
- (74) السرخسي - شرح السير - (ج-4 ص 1467) - مرجع سابق
- (75) المرجع السابق (ج-4 ص 1465)

دور المفاوضات في تسوية النزاعات الدولية

باحث

أ. حنفي عبيد خليل مسلم

المستخلص

تتناول هذه الورقة مدى فاعلية المفاوضات في تسوية النزاعات الدولية، فنجد في كل المجتمعات البشرية أو التنظيمية أو الهيكلية بل في كل وسط اجتماعي، من الثابت أن أفضل وسيلة لحل أي نزاع هي تلك التي تقضي بأن يتم ذلك عن طريق الاتصال بين الأطراف أنفسهم، بشرط ألا يكون ذلك لغرض حقوق لا يملكها طرف معين أو لهضم حقوق الطرف الآخر أو طرف ثالث غائب عن عملية التفاوض. ذلك أنه لكي يكون هناك تفاوض لا بد من وجود شيء يتم التفاوض عليه ويدخل في سلطة أو اختصاص الأطراف ويخصهم. لذا كانت المفاوضات من أهم الوسائل الودية لتسوية النزاعات الدولية والتي أرقّت العالم بأسره وعجزت كثير من الدول عن فض منازعاتها التجارية والأسرية بالطرق الرسمية للقضاء. من خلال هذه الورقة العلمية سنتعرف على ماهية المفاوضات وأنواعها وأدواتها ومن ثم دورها في فض النزاعات الدولية، برغم من وجود دراسات سابقة لحل الموضوع إلا أن الباحث سيقصر الموضوع من زاوية مختلفة وممنظور متفرد لأجل إخراج عصارة علمية من خلالها يتأتى إبراز الأهمية العلمية والعملية للمفاوضات في حل النزاعات الدولية وسوف تأتي الدراسة على نحو فصلين.

Abstract

This study deals with the effectiveness of negotiations in settling international disputes, so we find in all human, organizational or structural societies, but in every social milieu, it is proven that the best way to solve any conflict is that which requires that it be done through communication between the parties themselves, provided that it is not This is for the purpose of rights that a particular party does not possess, or to digest the rights of the other party or a third party absent from the negotiation process. That is, in order for there to be a negotiation, something must be negotiated and that enters into the authority or jurisdiction of the parties and pertains to them. Therefore, negotiations were among the most important amicable means of settling international disputes, which

placated the world with a family, and many countries were unable to resolve their commercial and family disputes through official means of justice. Through this scientific paper, we will learn about the nature of negotiations, their types and tools, and then their role in resolving international disputes, despite the existence of previous studies resolving the issue, but the researcher will shorten the topic from a different angle and with a unique perspective in order to bring out a scientific juice through which the scientific and practical importance of negotiations will be highlighted in a solution. International conflicts and the study will come in about two chapters

التعريف بالتفاوض والنزاعات الدولية التفاوض:

التفاوض بمعنى فاضله في الأمر أي بادلته الرأي للوصول إلى تسوية واتفاق، فاضله في الحديث أي بادلته القول فيه⁽¹⁾

ويعرف البعض التفاوض على أنه ((موقف حركي قائم بين طرفين أو أكثر توصلاً لإبرام اتفاق أو معاهدة أو صلح أو حسم قضية من خلال تبادل وجهات النظر وأساليب الإقناع بغرض الحفاظ على مصالح قائمة أو الحصول على منفعة جديدة أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو مزيج من هذا وذاك في إطار علاقات الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية تجاه أنفسهم وتجاه الغير⁽²⁾

وتطور المفاوضات في حل النزاعات:

بدأت المفاوضات مع بدء الخليقة، منذ حوارات آدم وحواء، وحوار هابيل وقابيل، إلى يومنا هذا سواء كانت على مستوى الأفراد أو على مستوى المنظمات، والدول، وتأكدت أهمية المفاوضات لحل المنازعات بكافة أشكالها ودرجاتها لأن البديل المنتظر هي الحروب والويلات والفقر، والمرض، والتخلف، التي عانت منها البشرية بسبب عدم قدرة قادتها على حل مشاكلهم بأسلوب آخر غير الحروب، التي ستخرج منها المنتصر مهزوماً حتى لو ادعى هزيمة خصمه، لأن المنتصر دفع فاتورة انتصاره من أبنائه، وموارده⁽³⁾ لذلك تداعت الشعوب والقادة من أجل أن تكون المفاوضات أولاً والطرق السلمية الأخرى فيما بعد هي البديل عن الحرب، ولذلك أصبح لزاماً على من يخوض غمار المفاوضات أن يتسلح بأصولها، وأساليبها، ومهاراتها وأشكالها، وأن المفاوضات الماهر يولد ولا يصنع ويعتبر بعض الكتاب أن المفاوضات حرفة لها أصولها وعلومها وأنها خبرة تتراكم لتدعيم الأعمال حيث يهدف كل طرف للوصول إلى اتفاق يتحرك كل طرف من خلاله نحو نتيجة تعتبر جيدة وتخدم مصالحهما المشتركة وتقع المنازعات بين الدول كما تقع بين الأفراد،

وهي كانت وما تزال قائمة بحل المنازعات الدولية، وهذا أمر طبيعي ومنطقي، دوماً ولقد كان القانون الدولي عبر تاريخه، معنياً بالمفاوضات لحل المنازعات الدولية في القانون الدولي طالما أن معالجة المنازعات هي أحد الأهداف الرئيسية لأي قانون على أي مستوى، ويتبع القانون في ذلك أو تسويتها بعد وقوعها. إحدى الطريقتين لمنع وقوعها أصلاً⁽⁴⁾.

المقصود بالنزاع الدولي:

النزاع الدولي هو خلاف حول نقطة قانونية أو واقعية أو تناقض وتعارض الآراء القانونية أو المنافع بين دولتين، أما المنازعات بين أفراد من جنسيات مختلفة فلا تعد نزاعات دولية حيث يحكمها القانون الدولي الخاص، وكذلك المنازعات بين دولة وفرد من جنسية أخرى من نطاق النزاعات الدولية وتخضع لقواعد الحماية الدبلوماسية. إذا كان طرفاه من أشخاص القانون الدولي العام وهما (الدول والمنظمات الدولية).

أنواع المفاوضات الدولية :

النوع الأول: مفاوضات دائمة، وهذه تتم عادة في إطار المنظمات الدولية وأجهزتها مثل الأمم المتحدة والجامعة العربية والوكالات التابعة لها.

النوع الثاني: مفاوضات مؤقتة أو شبه مؤقتة وهي تتم على إثر نشوب نزاع معين تحاول الدول عن طريق المفاوضات حله ثنائياً أو جماعياً.

ويلاحظ أن الموضوعات التي كانت المفاوضات بشأنها في الماضي مغايرة لما هو جارٍ الآن. فقديمًا كانت المفاوضات تتناول بشكل أساسي مشاكل الحروب والحدود والتجارة الدولية والمسؤولية الدولية، وحصانات الدبلوماسيين بينما ظهرت الآن ومع التقدم التكنولوجي وسريان العديد من المعاهدات الدولية التي نظمت بوضوح المشكلات التقليدية، منازعات جديدة منها على سبيل المثال: المشكلات الخاصة بالبيئة (البحرية والجوية) والتبادل العلمي والتقني، ومشاكل حقوق الإنسان، والبلد الإذاعي والتلفزيوني ومشاكل الشركات التجارية الخاصة متعددة الجنسيات وموضوعات استكشاف الفضاء واستغلاله والأسلحة النووية والبيولوجية وتلك المشكلات بنوعها: التقليدية والحديثة وجدت حلولاً دبلوماسية عن طريق المفاوضات المباشرة⁽⁵⁾. ويقوم بالمفاوضات المباشرة عادة المبعوثون الدبلوماسيون للدول الأطراف في النزاع وقد يستلزم الأمر تعيين مندوبين خصيصاً للمفاوضات بشأنها⁽⁶⁾.

ويكون تبادل الآراء بين المفاوضين شفاهة أو في شكل مذكرات مكتوبة أو بالطريقتين معاً، وإذا كان النزاع مما يحتاج لتدخل فني كتعيين الحدود بين دولتين متجاورتين كونت الدولتان لجنة فنية مختلطة من منسوين عن كل منها تتولى دراسة الموضوع، ووضع تقرير برأيها فيه يسترشد به المفاوضون الأصليون⁽⁷⁾. وعادة ما يتم اللجوء إلى المفاوضات نتيجة لعدم قدرة أي طرف على فرض حل بإرادته المنفردة نتيجة لتكافؤ موازين القوى أو لأي عوامل أخرى⁽⁸⁾.

ليس للمفاوضات شكل معين محدد يتعين بالضرورة أن تفرغ فيه، بل يمكن أن تتخذ أشكالاً متنوعة ومختلفة، وهي عادةً تتم بين ممثلي الدول، وقد يقودها رئيسا الدولتين أو وزيراً الخارجية أو غيرهم ممن

يعهد إليهم بتمثيل الدول الأطراف ويعاون هؤلاء مجموعة من الخبراء والفنيين في الأحوال التي تتناول مسائل فنية أو موضوعات فنية تستدعي خبرة خاصة ويتم اللقاء في إقليم منظمة دولية، حيث يتلاقى ممثلو الدولتين في مقر المنظمة الدولية التي تقدم لهم من خلال أمانتها العامة كافة التسهيلات الإدارية اللازمة⁽⁹⁾. على أن الواقع العملي يبين لنا أنه بالنسبة لبعض الأمور المهمة قد تتم المفاوضات بين وزراء الخارجية أو رؤساء الدول أو الحكومات. وعادة ما يتم التدخل في الأشخاص الذين يملكون الكلمة الأخيرة في إطار السياسة الخارجية لدولهم، سواء في البداية لاتخاذ موقف حول المشاكل الأساسية أو في النهاية لإقرار ما انتهت إليه المفاوضات المباشرة أو بإصدار تعليمات⁽¹⁰⁾.

وتتوقف سرية أو علنية المفاوضات على اتفاق الأطراف أنفسهم، وإن كان في الغالب أيضاً أن تكون سرية، بمعنى أن مختلف الاقتراحات والمذكرات التي يقدمها أطراف النزاع لا يتم النشر عنها، رغبة في تلافي تأثير الرأي العام أو الصحافة ووسائل الإعلام وكل ذلك من أجل تسهيل التوصل إلى حل يوافق بين الأطراف المتنازعة⁽¹¹⁾.

على أن الواقع العملي يظهر لنا أيضاً أنه أثناء المفاوضات وموافقة أطرافها، يعطي للصحافة ووسائل الإعلام عادة بياناً مشتركاً للنشر ونجد على أنه إذا كانت المفاوضات وسيلة مهمة من وسائل حل المنازعات الدولية فإن موقف الرأي لكل طرف من أطراف النزاع وقوتهم وقدراتهم الذاتية سواء كانت اقتصادية أو عسكرية، تلعب دوراً مؤثراً في هذا المجال. وقد تواجه المفاوضات، في بعض الأحوال بممارسة تحوي ببعض الضغوط قد تكون نفسية وتتم عادة بين المفاوضين وتهدف إلى التأثير على مواقفهم من الناحية المعنوية. والضغوط المادية وتتمثل في اللجوء إلى الإجراءات المعتادة بهدف الضغط الاقتصادي على طرف لحمله على التنازل أو تغيير موقفه. وضغوط سياسية إذا تمت المفاوضات عن طريق طرف ثالث يحوز احترام الأطراف المتنازعة أو إذا تدخلت إحدى المنظمات الدولية⁽¹²⁾.

دور المفاوضات في تسوية النزاعات الدولية

أولاً: كيفية إجراء المفاوضات الدولية (عقد الجلسات التحضيرية للمفاوضات):
وتنقسم إلى نوعين:

1. العقود التي تنظم المفاوضات.
2. العقود التي تولد الالتزام بالمفاوضات.

وسوف نتناول إيضاح ذلك بقليل من الإيجاز وذلك على النحو التالي:

النوع الأول: العقود التي تنظم المفاوضات:

هدف هذه الجلسة تسهيل إجراءات التفاوض، عن طريق فرض التزامات خاصة على عاتق كل طرف أثناء سير المفاوضات، ويمكن وصف هذه العقود بأنها ترسم السيناريو للمفاوضات. وتحدد هذه العقود إطار المفاوضات بوضوح، وأماكن ومواعيد جلسات التفاوض. ويمكن أن تنظم هذه العقود كيفية أقسام نفقات المفاوضات بين الطرفين. وذلك للحيلولة دون نشوء نزاع بشأنها في المستقبل.

ومن أمثلة الصياغة النموذجية التي ترد في خطاب النوايا الصياغة التالية:

«يعقد التوقيع على هذا الاتفاق، إذا لم يتم إبرام العقد النهائي بسبب تخلف أحد الشروط المبينة أعلاه فإن كل طرف يتحمل نفقات تخلف أحد الخاصة التي تكبدها بمناسبة التفاوض وإذا فشل التفاوض بسبب عدول أحد الطرفين في غير الحالات المبينة أعلاه فإن هذا الطرف يتحمل أيضاً النفقات التي تكبدها الطرف الآخر.

النوع الثاني: العقود التي تولد التزاماً بالتفاوض:

ويتولد من هذا الالتزام بالتفاوض، ويمكن أن تحول أحد الأطراف حق الأفضلية⁽¹³⁾.

ويمكن تعريف هذا العقد بأنه «اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص تجاه شخص آخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه⁽¹⁴⁾».

فهذا الاتفاق يرتب التزاماً بالتفاوض فقط ولا يخول لكل طرف سوى الحق في مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ التزامه بحسن نية، بهدف إبرام عقد لم تتحدد عناصره، أو توافر بعضها ولكن بما لا يكفي لانعقاده، ويطلق على هذا العقد أحياناً مصطلح العقد المبدئي⁽¹⁵⁾.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الاتفاق المبدئي الذي يعقد بين الأطراف يعد اتفاقاً مفيداً لهم وينشئ التزاماً بالاستمرار في التفاوض لحين الوصول إلى العقد النهائي، دون أن يقوم مقام هذا العقد أو يرتب التزاماً نهائياً⁽¹⁶⁾.

ثانياً: المؤتمرات الدولية كأداة للتفاوض:

تعد المؤتمرات الدولية عادة إما للتشاور بين أشخاص القانون الدولي حول مسألة ذات طبيعة مشتركة أو لإبرام معاهدة دولية أو لحل مشكلة معينة وذلك إذا لم يمكن التوصل إلى حل لها عن طريق القنوات الدبلوماسية العادية. وسنشير هنا إلى أهم المسائل التي تتعلق بهذه المؤتمرات.

الدعوة إلى المؤتمرات الدولية:

ينعقد المؤتمر الدولي إما بناء على دعوة إحدى الدول المعنية بحل المسألة أو الرغبة في التوسط أو بذل المساعي الحميدة بين أطراف النزاع أو بموجب قرار أو توجيه صادر عن إحدى المنظمات الدولية⁽¹⁷⁾. وتم تمثيل الدول بوفد مشارك كطرف أصيل أو بصفة مراقب في الزمان والمكان المتفق عليه وتفحص أوراق وفود الدول للتأكد من صحتها ويتم ترتيبها حسب الترتيب الهجائي وفقاً للغة الرسمية المستخدمة إما الإنجليزية أو الفرنسية أو العربية أو الإسبانية حسبما يتم الاتفاق عليه، أخذاً في الاعتبار توافر الترجمة الفورية إلى اللغة أو اللغات الأخرى التي يقررها المؤتمر⁽¹⁸⁾.

وفي حالة التفاوض عن طريق المجموعات Group System يشعر المفاوض بقدر من القوة والطمأنينة ومنها مجموعات الدول: الإسلامية، العربية، الأوروبية، الإفريقية، عدم الانحياز، الاشتراكية. وتعد المؤتمرات على إقليم أي من الأطراف المتنازعة أو بالتناوب أو في إقليم دولة ثالثة مثل «مؤتمر باريس حول المشكلة الفيتنامية» و«مؤتمرات جنيف للشرق الأوسط»⁽¹⁹⁾.

دور المفاوضات في حل المنازعات الدولية:

لا شك أن أي طرف من أطراف النزاع ليس ملزماً باللجوء إلى طريقة معينة لحله، ما لم توجد نية أو نص يفرض خلاف ذلك. على أنه من المنطقي القول أن كل نزاع في حاجة إلى تحديده تحديداً تقريبياً أو قطعياً قبل اللجوء إلى حله. إذ من المرغوب فيه أن تتفاوض الأطراف المعنية فيما بينها لمحاولة التوصل إلى حل للنزاع كله أو بعضه قبل اللجوء إلى وسيلة أخرى لحله. غير أنه يجب أن تعترف أن أطراف النزاع هم الذين يملكونها، بلا أدنى شك تقدير ما إذا من الممكن حل للنزاع أو الخلاف القائم بينهم بهذه الوسيلة الأساسية من وسائل حل المنازعات الدولية أم لا. ومع ذلك فقد أقرت محكمة العدل الدولية المفاوضات التي تتم داخل إطار إحدى المنظمات الدولية، ففي قضية جنوب غرب إفريقيا، إدعت جنوب إفريقيا أن المفاوضات التي تتم داخل الجمعية العامة للأمم المتحدة، لا تشكل مفاوضات دبلوماسية كافية بين الأطراف «ليبريا وإثيوبيا وجنوب إفريقيا» ولم تقبل المحكمة ذلك بقولها أن الذي يهم ليس شكل المفاوضات. وإنما موقف وآراء الأطراف حول الجوانب الجوهرية للمسألة محل النزاع⁽²⁰⁾.

نتيجة المفاوضات:

قد تؤدي المفاوضات إلى نتيجة إيجابية أو سلبية، فإذا كانت الأولى، فيها ونعمت، إذ سترتب على ذلك الأطراف إلى حل للنزاع القائم بينهم كلياً أو جزئياً. وإن كانت الأخرى، فإن النزاع سيظل قائماً. إلا أن فشل المفاوضات حول أي نزاع دولي لا يعني تحلل أطرافه من كل قيد، إذ عليهم - وفقاً لقاعدة أساسية من قواعد القانون الدولي إلتماس حله بأي طريقة أخرى من طرف حل المنازعات الدولية سلمياً، كاللجوء إلى القضاء التحكيم الدولي⁽²¹⁾.

خامساً: دور المفاوضات في حل النزاعات في السودان:

كان للمفاوضات اثر كبير في حل كثير من المشكلات الداخلية للسودان على رأسها الحرب التي كانت بين الجنوب والشمال فلم تحل إلا عن طريق مفاوضات نيفاشا التي كللت بسلام شامل تمخض عنه انفصال جنوب السودان عن شمال السودان وبالتالي حل مشكلة الحرب نهائياً بينهم.

سادساً: الاصول الاسلامية للتفاوض والحوار كوسائل لفض المنازعات:

أن أساس التعامل الإسلامي هو السلم والدعوة إلى إقامة العلاقات الودية مع الأمم والشعوب التي تسعى لسلم انطلاقاً من دعوة القرآن الكريم: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ) (22) وعند العرب المسلمين هناك تفريق بين الجهاد والحرب، في كون الجهاد قد يكون سلمياً، أي ليس قتالياً (فالدعوة بالكلمة والإقناع هي نوع من الجهاد وقد أكد الفيلسوف ابن خلدون في مقدمته في فصل (الحروب ومذاهب الأمم وترتيبها) بمايلي: (أعلم أن الحروب وأنواع المقاتلة لم تزل واقعة في الخليقة منذ يراها الله، وأصلها أرادة الانتقام بين البشر من تصحب ويتعصب لكل من أهل عصبته)⁽²³⁾. هكذا كان تشخيص العرب الدقيق والواقعي إلى فهم طبيعة الحروب والسلام والدعوات للحوار والمُحاوره والقرآن الكريم من أفضل المحاورين، من خلال المنطق الإلهي الذي يمكن أن نراه في النقاط الآتية:

حوار الله سبحانه وتعالى مع الملائكة:

هذا الحوار الرباني الذي بدأ منذ اللحظات الأولى للخلق، والذي دعا إلى أن يجعل في الأرض خليفة لكي يأخذ دوره في قيادة شؤونها، فخلق الله عز وجل الإنسان للتصدي لهذه المهمة الصعبة حيث قال سبحانه وتعالى: (وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ (30) وَعَلَّمَ آدَمَ الْأَسْمَاءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى الْمَلَائِكَةِ فَقَالَ أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ ، قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ، قَالَ يَا آدَمُ أَنْبِئْهُمْ بِأَسْمَائِهِمْ فَلَمَّا أَنْبَأَهُمْ بِأَسْمَائِهِمْ قَالَ أَلَمْ أَقُلْ لَكُمْ إِنِّي أَعْلَمُ غَيْبَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَأَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا كُنْتُمْ تَكْتُمُونَ). في ذلك النموذج الحواري الذي يدور بين الله عز وجل والملائكة، يتضح بما لا يقبل الشك أن الملائكة لديها معلومات عن هذا المخلوق الجديد الإنسان الذي لم تعرفه من قبل، لذلك كان الحوار يتواصل من قبل الله سبحانه وتعالى، ويخلق آدم، ومن ثم يعلمه أسماء الأشياء وصفاتها ومسمياتها وهنا ترى الملائكة أن هذا المخلوق الإنسان يختلف عن المخلوق السابق الذي كان يسكن الأرض⁽²⁴⁾، قررت الملائكة بعد تصحيح معلوماتها لقوله تعالى (وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ أَبَى وَاسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ)⁽²⁵⁾

حوار الله سبحانه وتعالى مع الأنبياء:

المقصود هنا هم الرسل والأنبياء الذين كان يرسلهم إلى أقومهم سواء كان معهم كتاب سماوي أو بعض الصحف والألواح، ونموذج الحوار هنا مع نبي الله العزيز عليه السلام حيث قال الله عز وجل: (أَوُ كَالَّذِي مَرَّ عَلَى قَرْيَةٍ وَهِيَ خَاوِيَةٌ عَلَى عُرُوشِهَا قَالَ أَنَّى يُحْيِي هَذِهِ اللَّهُ بَعْدَ مَوْتِهَا فَأَمَاتَهُ اللَّهُ مِائَةَ عَامٍ ثُمَّ بَعَثَهُ قَالَ كَمْ لَبِثْتَ قَالَ لَبِثْتُ يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ قَالَ بَلْ لَبِثْتَ مِائَةَ عَامٍ فَانْظُرْ إِلَى طَعَامِكَ وَشَرَابِكَ لَمْ يَتَسَنَّهْ وَانْظُرْ إِلَى حِمَارِكَ وَلِنَجْعَلَكَ آيَةً لِلنَّاسِ وَانْظُرْ إِلَى الْعِظَامِ كَيْفَ نُنْشِزُهَا ثُمَّ نَكْسُوهَا لَحْمًا فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَهُ قَالَ أَعْلَمُ أَنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ) فالمعلومات المتوفرة التي كان يملكها نبي الله العزيز عليه السلام هو الاستغراب عن أحياء قرية بأكملها قد دمرت وأزيلت عن الأرض، ومات أهلها جميعاً، هنا كان الفعل الإلهي، التعليم من خلال التجربة والممارسة، حيث أماته الله، ثم السؤال كم لبثت من خلال حوار؟ فقال العزيز عليه السلام يوماً أو بعض يوم، والمعلومة هنا عند النبي العزيز عليه السلام خاطئة توضح من خلال حوارهم مع جل جلاله الله عز وجل.

وهناك حوار آخر في دعوة الله سبحانه عز وجل إلى نبي الله موسى وأخيه هارون عليهما السلام في أن يذهبا ويدعوان فرعون ويحاورانه ففي قوله تعالى: (اذْهَبْ أَنْتَ وَأَخُوكَ بِآيَاتِي وَلَا تَنِيَا فِي دِكْرِِي (42) اذْهَبَا إِلَى فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَى (43) فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَيِّنًا لَعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ يَخْشَى (44) قَالَ رَبَّنَا إِنَّنَا نَخَافُ أَنْ يُفْرِطَ عَلَيْنَا أَوْ أَنْ يَطْغَى) والتي ينتهي الحوار والدعوة إلى إيمان السحرة الذين جلبهم فرعون بقدرة رب موسى فأمنوا به.

3/ حوار الله سبحانه وتعالى مع إبليس:

هو أبلغ حوار بين الحق الخير المطلق الذي يمثله الخالق العظيم الله عز وجل والباطل الشر المطلق الذي يمثله إبليس لعنة الله عليه، فقد أراد الله العظيم أن يضع فلسفة مهمة لبنى البشر تقضي إلى إمكانية الحوار والتفاهم وإقامة الحجة والبرهان والتي توضح في الايات .وهذا يعتبر الحوار الأطول في القرآن الكريم بين الله عز وجل وبين إبليس عليه لعنة الله وهو يتكرر في آيات أخرى ولكن يصوره أقل واقتصر مما هو ذكر والمعنى في هذا الحوار، وذلك يتضح من خلال قوله تعالى: (لَقَدْ خَلَقْنَاكُمْ ثُمَّ صَوَّرْنَاكُمْ ثُمَّ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ لَمْ يَكُنْ مِنَ السَّاجِدِينَ (11) قَالَ مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أُمِرْتُ قَالَ أَنَا خَيْرٌ مِنْهُ خَلَقْتَنِي مِنْ نَارٍ وَخَلَقْتَهُ مِنْ طِينٍ (12) قَالَ فَاهْبِطْ مِنْهَا فَمَا يَكُونُ لَكَ أَنْ تَتَكَبَّرَ فِيهَا فَاخْرُجْ إِنَّكَ مِنَ الصَّاغِرِينَ (13) قَالَ أَنْظِرْنِي إِلَى يَوْمِ يُبْعَثُونَ (14) قَالَ إِنَّكَ مِنَ الْمُنظَرِينَ (15) قَالَ فَبِمَا أَغْوَيْتَنِي لَأَقْعُدَنَّ لَهُمْ صِرَاطَكَ الْمُسْتَقِيمَ (16) ثُمَّ لَآتِيَنَّهُمْ مِنْ بَيْنِ أَيْدِيهِمْ وَمِنْ خَلْفِهِمْ وَعَنْ أَيْمَانِهِمْ وَعَنْ شَمَائِلِهِمْ وَلَا تَجِدُ أَكْثَرَهُمْ شَاكِرِينَ (17) قَالَ اخْرُجْ مِنْهَا مَذْءُومًا مَدْحُورًا لَمَنْ تَبِعَكَ مِنْهُمْ لَأَمْلَأَنَّ جَهَنَّمَ مِنْكُمْ أَجْمَعِينَ (18)).

عي أنه أفضل من الإنسان لذلك رفض السجود لآدم عليه السلام، مع العلم أن السجود هنا هو سجود تحية وليس عبادة لكن المكابرة عند إبليس جعلته يصير على كبريائه.

3- انتهاء الحوار السلبي بالإيجابية والاتفاق. وذلك في قوله أيضاً تعالى وَإِنْ كَذَّبُوكَ فَقُلْ لِي عَمَلِي وَلَكُمْ عَمَلُكُمْ أَنْتُمْ بَرِيئُونَ مِمَّا أَعْمَلُ وَأَنَا بَرِيءٌ مِمَّا تَعْمَلُونَ).ومن الحوارات والتفاوضات المهمة التي ثبت لصالح الإسلام هو صلح الحديبية حيث خرج الرسول (ﷺ) من المدينة على رأس ألف وأربعمائة من المسلمين قاصداً مكة لغرض العمرة، فحاولت قريش منعه وإيقافه وإقناعه بالعدول عن دخول مكة، لكنه أصر على موقفه بدخول مكة لذلك أرسل لهم وفد برئاسة عثمان بن عفان (رضي الله عنه) ليثبت للمشركين أنه جاء إلى مكة مسالماً لا محارباً. وثم عقد صلح الحديبية ذلك العقد الشهير في حياة العرب والمسلمين لما تتضمن من محاورات وتفاوض حتى مع ومن بنودها:⁽²⁶⁾

- إيقاف الحرب بين الطرفين لمدة عشر سنين.
- أن يرد الرسول (ﷺ) من يأتيه مسلماً من قريش دون أن ترد قريش أحد من المسلمين.
- أن يرجع الرسول (ﷺ) وصحبه هذا العام، فإذا كان العام القادم دخلوا مكة لأداء العمرة بعد أن تخرج منها قريش.

الخاتمة:

الحمد لله الذي وفقني وسدد خطاي في اكمال هذه العسارة العلمية التي من خلالها تناولت دور التفاوض في حل النزاعات الدولية وقد تحدثت حول مفهوم التفاوض وتطوره واصوله الشرعية في الفكر الاسلامي، ومع الاضافة في كل مرة امتثل لما اثر عن العماد الاصفهاني ابومسلم (ما كتب انسانا كتابا في يومه إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن ولو قدم كذا لكان افضل ولو ترك هذا لكان اجمل، وهذا من اجل العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر) هذا فان اصبحت فمن الله وان اخطأت فمن نفسي ومن الشيطان، وفيما يلي النتائج والتوصيات التي توصلت لها الدراسة.

النتائج:

1. فالالتزام بالتفاوض هو إلزام بالقيام بعمل وليس إلزام بالوصول إلى نتيجة حتمًا. و أن اللجوء إلى التفاوض يعد في الزمن الحالي وسيلة هامة لحل المنازعات الدولية، خصوصاً إذا أخذنا في الاعتبار أن التسوية القضائية أو بواسطة محاكم التحكيم. ليست أمراً مقبولاً على نطاق واسع بين الدول أو أشخاص القانون الدولي بصفة عامة.
2. للمفاوضات اثر كبير في حل كثير من المشكلات الداخلية للسودان على رأسها الحرب التي كانت بين الجنوب والشمال فلم تحل إلا عن طريق مفاوضات نيفاشا التي كللت بسلام شامل تمخض عنه انفصال جنوب السودان عن شمال السودان وبالتالي حل مشكلة الحرب نهائياً بينهم.

التوصيات:

1. على الباحثين الزملاء تصحيح مفاهيمهم حول الالتزام التفاوض حيث إلزام بالقيام بعمل وليس إلزام بالوصول إلى نتيجة حتمًا.
2. بالاجدى على الحكومات والقبائل والاحزاب والجماعات العرفية والدينية ان تسعى لحل مشكلاتها عن طريق التفاوض لما له من دور في حل كثير من المشكلات الاجتماعية عبر العالم وعلى رأسها مشكلة جنوب السودان وشمال السودان.

المصادر والمراجع

- (1) المعجم الوسيط ج2، ط2، ص732.
- (2) إبراهيم الشهاوي، ثقافة التفاوض والحوار، القاهرة 2007م دار النهضة، ص214
- (3) إبراهيم الشهاوي- مرجع سابق، ص321
- (4) محمد ليلو راضي: القانون الدولي العام، بغداد، 2005م ، دار الصفاء، ص214
- (5) د. أحمد أبو الوفاء، المفاوضات الدولية، دراسة لبعض جوانبها القانونية في القانون الدولي والشرعية الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2005، ص12.
- (6) د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة 2005م، ص131.
- (7) د. نبيل أحمد حلمي، محاضرات في مبادئ القانون الدولي العام، ص352.
- (8) د. أحمد أبو الوفاء، المفاوضات الدولية، مرجع سابق، ص12.
- (9) د. صلاح الدين عامر، مقدمة في دراسات القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ط2 2002م، ص213.
- (10) احمد ابو الوفاء-مرجع سابق، ص132
- (11) احمد ابو الوفاء-المرجع السابق، ص134
- (12) د. أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص193.
- (13) د. أحمد عبدالكريم سلامة، د. أبو العلا النمر، مفاوضات عقود التجارة الدولية، ط2، القاهرة 2007م ط.د ص52.
- (14) احمد ابو الوفاء-مرجع سابق، ص144
- (15) صلاح الدين عامر-مرجع سابق، ص312
- (16) د. محمد حسين عبدالعال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية 1998م، ص35.
- (17) د. أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، ط5، 2010م، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ص645.
- (18) د. أحمد أبو الوفاء، الوسيط في قانون المنظمات الوطنية، دار النهضة العربية 2002م، ص88.
- (19) د. إبراهيم الشهاوي، ثقافة التفاوض والحوار، مرجع سابق، ص121.
- (20) د. أحمد أبو الوفاء، الوسيط في القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص643.
- (21) د. أحمد أبو الوفاء، المفاوضات الدولية، مرجع سابق، ص15.
- (22) ثقافة التفاوض في الفكر الاسلامي، الجزائر، 2002م دار بلوزداد، ص122
- (23) احمد عبد المنعم البهي:- مرجع سابق، ص124
- (24) احمد عبد المنعم البهي:- مرجع سابق، ص126

الصعوبات القانونية والعملية في تطبيق المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر السوداني للعام 2014م

الإدارة العامة للشئون القانونية - رئاسة
قوات الشرطة - وزارة الداخلية السودانية

د. إيهاب عبد الحميد عبد العال عبد الغفار

المستخلص:

هدفت الدراسة إلى تسليط الضوء على الصعوبات التي تواجه تطبيق المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر السوداني لسنة 2014 م وبيان الممارسة العملية لمنفذي القانون ، وتمثلت الأهمية في الخلط لدى منفذي القانون بين عناصر جريمة الاتجار بالبشر وجريمة تهريب البشر وجريمة التسلل الواردة في قانون الجوازات والهجرة السوداني لسنة 2015م ، وقد انتهجت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي والإحصائي وذلك بتحديد الأطر القانونية والدولية والوطنية لجريمة الاتجار بالبشر والآثار المترتبة علي هذه الصعوبات ، توصلت الدراسة إلى عدة نتائج أهمها أن نص المادة (7) هو ذات النص القانوني الوارد ببروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص بخاصة النساء والأطفال لسنة 2000م وأبانت الدراسة عدم قدرة منفذي القانون التعرف علي ضحايا جريمة الاتجار بالبشر .توصي الدراسة بعدد من التوصيات أهمها ضرورة مراجعة صياغة نص المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر السوداني لسنة 2014م ، وتحديد إجراءات نظام التعرف على ضحايا جريمة الاتجار بالبشر بالإضافة إلى إنشاء شعبة متخصصة بوحدات حماية الطفل والأسرة بالولايات الحدودية السودانية لمساعدة منفذي القانون في مكافحة جريمة الاتجار بالبشر .

Abstract

The study aimed to shed light on difficulties confronting application of Article (7) of Combating of Human Trafficking Act , and to explain the practical application by law enforcement officers .The importance of the research represented in confusion among law enforcement officers on elements of the crime of human trafficking, human smuggling and the crime of illegal entry in the Sudanese Passport & Immigration Act 2015.The study applied the descriptive , analytical and statistical methodology in order to determine the international and national legal frameworks of human trafficking crime and impacts resulting thereof .The researcher reached to the result that provisions of Article (7) of Combating of Human Trafficking Act ,2014 , are the same as enshrined in the UN Protocol to prevent , suppress and Punish Trafficking in

Persons , Especially Woman and Children , 2000, and that the law enforcement officers aren't capable in recognizing human trafficking victims . Among the most significant recommendations was redrafting of provisions of Article (7) of Combating of Human Trafficking Act , identifying procedures of recognizing victims of human trafficking as well as establishing a specialized department at Child & Family Protection Units all over the Sudanese states to assisting enforcement law in combating crime of human trafficking .

مقدمة:-

تعتبر جريمة الاتجار بالبشر من الجرائم الخطيرة التي تمس الجوانب الإنسانية والمجتمعية وكرامة الإنسان، وهي ظاهرة إجرامية ظلت تؤرق المجتمع الدولي بصفه عامة والمجتمع الوطني لكل دولة بصفه خاصة وذلك لازدياد عدد ضحايا هذه الجريمة وتطور أساليبها عبر شبكات منظمات إجرامية تعمل على إدارة هذا النشاط الإجرامي الخطير، كما تشكل تحدياً كبيراً لأجهزة إنفاذ القانون داخل الدول في مكافحة هذه الجريمة خاصة وأنها أصبحت مصدر دخل وعائد مادي كبير لمرتكبي هذه الجريمة.

وتتمثل خطورتها وصعوبة محاربتها بأنها جريمة وطنية يمكن أن تتوافر عناصرها داخل الدولة الواحدة وعابره للحدود الوطنية في دول أخرى مما أدى إلى ظهور تقسيمات متعارف عليها دولياً للدول التي يتوافر فيها هذا النشاط الإجرامي وهي (دولة المنشأ) Origin Country وهي الدولة التي يتواجد فيها المجني عليهم أو ضحايا جريمة الاتجار بالبشر و(دولة العبور) Transit Country وهي الدولة التي يتم عبور الضحايا من خلالها إلى (دولة المقصد) Destination Country حيث يتم استغلال هؤلاء الضحايا في أنشطة العمل القسري والسياحة الجنسية والاستغلال الجنسي والدعارة خاصة وأن هذه الجريمة تستهدف الأطفال والنساء وهي شرائح المجتمع الضعيفة. كما أن جريمة الاتجار بالبشر تشابه في كثير من عناصرها جريمة تهريب البشر والهجرة غير الشرعية مما جعل الكثير من مرتكبي جريمة الاتجار بالبشر الإفلات من العقوبات المشددة المنصوص عليها في القوانين الوطنية لبلدان العالم وبصفة خاصة في القانون السوداني قانون مكافحة الاتجار بالبشر الصادر في العام 2014 م. محور هذه الدراسة الخلط في مفهوم الاتجار بالبشر من خلال العمل التطبيقي للعديد من المحاكم السودانية التي تعمل في كثير من الأحيان على تحويل بلاغات الاتجار بالبشر تحت المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر للعام 2014 م إلى بلاغات تحت المادة (29) من قانون الجوازات والهجرة السوداني العام 2015 م مما ساعد كثيراً في تنامي ظاهرة الاتجار بالبشر في ظل غياب الردع القانوني اللازم الوارد في القانون المختص وفي ذات الوقت تحاكم ضحايا الاتجار بالبشر بتهمة التسلل رغم انهم مجني عليهم وضحايا لمرتكبي جرائم الاتجار بالبشر الجناة الحقيقيين .

الأطر القانونية الدولية والوطنية لتعريف جريمة الاتجار بالبشر وتحديد عناصرها

أصبحت جريمة الاتجار بالبشر تشكل ظاهرة عالمية تقوم بها جماعات إجرامية، تستغل ظروف معينة لضحايا هذه الجريمة استغلالاً جسدياً ونفسياً سواء كان ذلك داخل حدود الدولة أو خارج حدودها

الوطنية لبلدانهم، مما لفت أنظار الدول لهذه الظاهرة الإجرامية الخطيرة وسعت كل دولة بالمصادقة على العديد من الاتفاقيات الدولية التي نصت على المحافظة على الحقوق والحريات العامة للأفراد بحسب الطبيعة البشرية، وما ورد في الأديان السماوية ومنها الشريعة الإسلامية التي اهتمت كثيراً بالبشرية وعدم المساس بكرامتهم وأرواحهم كما وردت في الاتفاقيات والقوانين الوطنية للدول مما دفع تلك الدول إلى التوافق والمصادقة عليها والتي حرمت العديد من الأفعال المنافية للطبيعة البشرية وأهمها الرق بإلغائه كأول خطوه في احترام الإنسان وصون كرامته.

تعريف جريمة الاتجار بالبشر في القانون الدولي:

بدأ المجتمع الدولي في محاربة الرق وإلغاء كل مظاهر العبودية منذ زمن بعيد بالمصادقة على اتفاقيات عديدة كان لها الأثر في الحد من ظاهرة الرق والعبودية إلا أن تطور الأساليب في ارتكاب الجريمة قد جاء بالصورة المستحدثة لجريمة الاتجار بالبشر والتي تعتبر من الجرائم الخطيرة التي تمس كرامة الإنسان وإنسانيته كبشر له كافة الحق في التمتع بالحقوق والحريات التي كفلتها له الأديان السماوية والاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية للدول. وسوف نستعرض العديد من الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها معظم الدول ومن بينها السودان على النحو التالي :

(1) الاتفاقية الخاصة بالرق للعام 1926م المعدلة بالبروتوكول الصادر في ديسمبر من العام 1953م :

ورد بهذه الاتفاقية في المادة (1) الفقرة (2) الأفعال التي ينطوي عليها تجارة الرقيق وهي:

- أسر شخص.

- أو احتجازه

- أو التخلي عنه للغير.

بشرط توافر القصد بتحويله إلى رقيق وهي أفعال التخلي بيعاً أو مبادلة أو نقلهم .

لذلك نجد أن المجتمع الدولي قد ذهب إلى عدم فرض العمل القسري أو عمل السخرة للمعاملات والتي هي في الغالب من الأفعال المكونة لتجارة الرقيق وقد شددت هذه الاتفاقية على ضرورة اتخاذ التدابير اللازمة للتمكين من فرض عقوبات صارمة على تلك الأفعال المكونة لتجارة الرقيق من ذات الاتفاقية⁽¹⁾. هذا يوضح مقصد المجتمع الدولي بضرورة محاربة ظاهرة الرق الذي حدد ركنها المادي بالأسر أو الحجز أو التخلي للغير على أن يتوافر الركن المعنوي وهو القصد الجنائي للتجار بممارسة هذه الأفعال من أجل الرق بهؤلاء الأشخاص المحتجزين حيث كان جل اهتمام المجتمع الدولي عند تبني هذه الاتفاقية هو تحريم ظاهرة الرق في صورته التقليدية باعتبارها ظاهرة بغیضة يجب على المجتمع الدولي القضاء عليها.

(2) الاتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق الصادرة في 1956م :

فسرت هذه الاتفاقية بعض الأفعال التي تنسب للأعراف والممارسات الشبيهة بالرق وذلك بضرورة إبطال الأعراف والممارسات الشبيهة بالرق⁽²⁾ وهجرها والتي لم يشملها تعريف الرق في الاتفاقية الخاصة

- بالرق الموقعة في العام 1926 م وقد فطن لها المجتمع الدولي باعتبارها تشكل إهداراً شديداً لآدمية الإنسان والعلاقات الإنسانية وهذه الأعراف هي:
- إisar الدين: وهو ارتهان شخص مدين بتقديم خدماته الشخصية أو خدمات شخص تابع له ضمانا لدين عليه.
 - القنانة: يراد بذلك وضع شخص ملزم بالعرف أو القانون أو عن طريق الاتفاق بأن يعيش ويعمل على ارض شخص تابع له ضمانا لدين عليه.
 - الوعد بتزويج امرأة: وتزويجها فعلاً دون تملك حق الرفض ولقاء بدل مالي أو عيني يدفع لأبويها أو الموصى عليها أو لأسرتها أو لأي شخص آخر.
 - منح الزوج أو أسرته أو قبيلته: حق التنازل عن زوجته لشخص آخر لقاء ثمن أو عوض آخر.
 - إمكن جعل المرأة لدى وفاة زوجها إرثاً ينتقل إلى شخص آخر.
 - نلاحظ أن هذه الاتفاقية قد حددت أفعال تتعلق بالأعراف والتقاليد التي كانت سائدة في المجتمعات القديمة وتتوافر فيها عناصر الرق وتقع على الشخص الضعيف أو ذي منزلة مستضعفه وهي حالة من حالات الاتجار بالرق التي هدفت الاتفاقية إلى مكافحة هذه العادات والأعراف حفظاً على كرامة الإنسان والعلاقات الإنسانية وان المجتمع رأى من الواجب إبطال الرق وتجارة الرقيق للأعراف والممارسات الشبيهة بالرق.

(3) اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير ديسمبر 1949م:

تواص جهود المجتمع الدولي بحظر الاتجار بالأشخاص واستغلاله في الدعارة التي تتنافى مع كرامة الشخص البشري وتعرض بشكل مباشر الفرد والأسرة والجماعة إلى أخطار كبيرة على المجتمعات الانسانية حيث وافق المجتمع الدولي على اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص الصادرة في العام 1919 م (3) الأفعال التي تعتبر اتجاراً بالأشخاص (1) وهي:

- القوادة.
 - الإغواء
 - التضليل بقصد الدعارة
 - استغلال دعارة شخص آخر.
 - من يدبر منزلاً للدعارة.
 - تمويل بعلمه للدعارة.
 - المشاركة بعلمه في تمويل الدعارة.
 - إجارة مبنى أو مكان لاستغلال دعارة الغير.
- حددت الاتفاقية الركن المادي لجريمة الاتجار بالأشخاص وحظر استغلالهم في الدعارة من خلال الأفعال الواردة في المادتين (1) و (2) بل ذهبت إلى إبعاد من ذلك واعتبرت أفعال التواطؤ العمدي في الأفعال التي أشرنا إليها آنفاً جريمة منفصلة لمنع الإفلات من العقوبة وأرست الاتفاقية مبدأ مهما وهو عدم الاعتداء برضا الشخص مع تزويد السلطات المناظرة في الدول الأخرى بالمعلومات عن مرتكبي الجرائم وأوصافهم وبصمات أصابعهم وصورهم ووصف أساليبهم في العمل وكذلك تقارير الشرطة والسجلات القضائية حتي تكون ذات فائدة في جهود الدول لمكافحة هذه الجرائم وإعادة تأمين ضحاياها (4).

(4) بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية مكافحة الجريمة عبر الوطنية في العام 2000م:-

ورد في هذا البروتوكول ⁽⁴⁾ بأن يعتبر (الاتجار بالأشخاص) «تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيلهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو أساءه استعمال السلطة أو أساءه حالة الكثير من استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض الاستغلال ويشمل الاستغلال كحد ادنى ، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسراً والاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو نزع الأعضاء.»

إذا نظرنا إلى صياغة تعريف الاتجار بالبشر فهذا البروتوكول نجده فضفاضاً ومطولاً يشمل أفعال هي في حد ذاتها تشكل جرائم ولعل نجد المبرر لذلك على اعتبار أن الصياغة لأي اتفاقية دولية أو بروتوكول يتطلب مراعاة العديد من النظم القانونية للدول واختلافها حتى تواءم وتوافق الصياغات في قوانينها الوطنية والتي تعتمد بشكل أساس على دقة صياغة عناصر الجريمة في أركانها المعروفة في القانون (الركن المادي والركن المعنوي والركن الشرعي) بحيث لا يكون هنالك أي لبس أو غموض ويسهل لمنفذي القانون تنفيذها مما يتوافق مع ما ورد في الاتفاقية بأن علي الدول مراعاة المفاهيم الأساسية لنظامها القانوني عند صياغة أي أحكام واردة في اتفاقية أو بروتوكول وفي إطار تعريف جريمة الاتجار بالبشر نجد أن مكون الجريمة المادي (الفعل act) وهو تدبير أو الحصول على الشخص أو الضحية ، والوسائل (means) وهي الوسيلة التي يتم بها السيطرة على الشخص الضحية ، والغرض (purpose) وهو القصد لاستغلال الضحية استغلالاً يعود بالربح على الجاني.

هذه العناصر تأخذ جانب حقوق الإنسان بضرورة المحافظة على كرامة الإنسان وحماية حقوق المرأة والطفل بعدم ارتكاب الأفعال الواردة في جريمة الاتجار بالبشر بخاصة النساء والأطفال الصادرة في العام 2000 م بخلاف ما هو مطلوب في القانون الجنائي وقد شددت الاتفاقيات المتعلقة بتوفير الحماية لهذه الفئات بضرورة توقيع عقوبات مشددة على الجناة مرتكبي جريمة الاتجار بالبشر.

ونجد أن ما هو مطلوب في القانون الجنائي الوطني أن تكون صياغة الفعل المجرم محددة بصورة واضحة وقاطعة من حيث ركنها المادي باعتباره يمثل وجهاً أو سلوكها لظاهر ملموس وركنها المعنوي ويعبر عن وجهها الداخلي أي القصد الجنائي ⁽⁵⁾ وركنها الشرعي يعبر عن النص القانوني الذي يجرم الفعل مسبقاً حتى لا يكون هناك لبس أو غموض في تحديد السلوك المادي المجرم سواء كان هذا الفعل المجرم امتناعاً عن القيام بالفعل وقام به أو يجب القيام به ولم يفعل ذلك . وما اشرنا إليه من أركان عامة للجريمة مطلوبة حتى نصف الفعل بأنه جريمة ولكن معلوم لا بد أن تتوافر لكل جريمة أركان خاصة بها تميزها عن الجرائم الأخرى مثلاً تختلف الأركان الخاصة في جريمة القتل عن الأركان الخاصة لجريمة السرقة . ⁽⁶⁾

رغم ذلك نجد أن معظم الدول اعتمدت صياغة تعريف جريمة الاتجار بالأشخاص في قانونها الوطني بذات الشكل الوارد في البروتوكول وعلي سبيل المثال جريمة الاتجار بالأشخاص في قانون العقوبات الجزائري (7) بينما نجد بعض الدول حاولت التوسع في جريمة الاتجار بالبشر كما هو الحال في قانون مكافحة

الاتجار بالبشر المصري رقم (10) لسنة 2010 م مما شكل صعوبات كثيرة عند التطبيق العملي بواسطة منفذي القانون لمكافحة هذه الجريمة الخطيرة.

وفقاً لهذا التعريف الصور المكونة لجريمة الاتجار بالبشر هي: الاتجار بالبشر:-

يشمل الاتجار بالجنس والعمل القسري وهي (وهو جميع الأعمال أو الخدمات التي تفرض عنوة على أي شخص تحت التهديد بأي عقاب والتي لا يكون هذا الشخص قد تطوع بأدائها بمحض إرادته حسب اتفاقية السخرة لسنة 1930م) والحركة والنقل على أن يمكن هدف المتجرين بالبشر استغلال ضحاياهم واستعبادهم ولا يعتد برضا الضحايا.

الاتجار بالجنس :-

الاشتراك في فعل جنسي تجاري نتيجة استخدام القوة أو التهديد باستخدام القوة أو التزوير أو الإكراه أو إيوئه أو إغرائه أو استخدام ديون غير مشروعة يجبر بها الشخص الاستمرار في ممارسة البغاء يكون هذا الشخص ضحية الاتجار الجنسي .

الاتجار الجنسي للأطفال:-

وتظهر هذه الصورة في تجنيد الأطفال دون سن (18) وإغرائهم أو إيوائهم أو نقلهم أو تقديمهم أو رعايتهم وللاحتفاظ بهم للقيام بعمل جنسي تجاري وفي حالة الأطفال ليس هناك ضرورة لإثبات استخدام القوة أو الغش أو الإكراه لمحاكمة مرتكبي جريمة الاتجار بالبشر ولا يعتد بمبررات ثقافية ولا اجتماعية أو اقتصادية.(13).

الاتجار في العمالة :-

وهو السخرة أو العمل الجبري أو القسري للأشخاص باستخدام القوة أو التهديدات الجسدية وللإكراه النفسي أو إساءة استخدام الإجراءات القانونية لإجبار الشخص على العمل، في هذه الحالة يكون صاحب العمل من المتاجرين بالبشر ويكون الموظف ضحية للاتجار.

الاستعباد المنزلي :

وهو شكل من أشكال الاتجار بالبشر وذلك لتعرض الضحية لمعاملة قاسية بالذات النساء وبأن لا يسمح لها بمغادرة المنزل ويدفع لها أجر أقل. وقد تتعرض النساء للعنف الجنسي دون توفير الحماية الكافية لهن .

العمل القسري للأطفال:-

يقصد به التسول القسري بأن يكون الطفل في عهدة فرد من غير أفراد الأسرة ويطلب منه أداء عمل يستفيد منه شخص ما خارج أسرة الطفل ولا يتوافر للطفل الخيار بالمغادرة وترك العمل حيث تتوافر جريمة الاتجار بالبشر ولا يعتد برضائه أو رضا وليه أو من يعوله.

التجنيد غير المشروع للأطفال الجنود أو استخدامهم :-

هنا الاستغلال الأطفال في التجنيد من جانب قوات مسلحة ليصبحوا مقاتلين أو يستخدموا للعمل حمالين أو طهارة أو خدماً أو جواسيس وقد نجد الفتيات الصغيرات يجبرن علي الزواج من قبل القادة والمقاتلين الذكور أو بتعرضهن للاعتداء الجنسي واستغلالهن جنسياً من قبل الجماعات المسلحة .

ولأغراض فهم ماورد من تعريف جريمة الاتجار بالبشر فلا بد من استعراض العديد من المصطلحات والمفاهيم التي وردت في الاتفاقية الدولية حيث نجد أن الحماية المطلوبة للطفل من الاستغلال سواء كان استغلالاً جنسياً أو انتهاكاً جنسياً باتخاذ الدول التدابير الملائمة الوطنية والإنسانية لمنع أي طفل وحمايته من أي ضغط على إرادته لتعاطي أي نشاط جنسي غير مشروع أو استغلاله في الدعارة والممارسات الجنسية غير المشروعة أو الدعارة ولحفظ حقوق الطفل ورد صراحة عدم البيع والاتجار بالأطفال وذلك بمنع الاختطاف واختطاف الآخرين لحقوق الإنسان أكد على احترام كرامة الشخص وحظر كافة أشكال الاستغلال والاستبعاد خاصة الاسترقاق والتعذيب بكافة ضروبه وان كان لم يرد الاتجار إلا انه يفهم من سياق النص⁽⁸⁾.

بينما نجد أن الميثاق العربي لحقوق الإنسان الصادر في العام 2004م قد حظر الرق والاتجار بالأفراد ثم جاء بعدم الاتجار بالأفراد من أجل الدعارة والاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو استغلال الأطفال في التجنيد والذي نلاحظ أورد عبارة الاتجار صراحة ولكن لم يحدد الوسائل التي يتم بها وترك الأمر للدول الأطراف بان تحدد طبقاً لإجراءاتها الدستورية، أما البروتوكول الإفريقي لحقوق المرأة للعام 2003م فقد نص صراحة على منع الاتجار بالمرأة والتشديد ومعاقبة مرتكبي هذه الجريمة.

وإذا نظرنا إلى جريمة تهريب المهاجرين حتى نتمكن من فهم الركن المادي لها ونميز بينها وبين الاتجار بالبشر والتي ورد تعريفها في بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة -عبر الوطنية الصادرة في نوفمبر من العام 2000م ويقصد بتعبير تهريب المهاجرين تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها وذلك من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة مالية أخرى. ونلاحظ أن الركن المادي في الجريمة (تهريب المهاجرين) إلى أن السلوك المادي المتمثل في القيام بإجراء غير مشروع لإدخال أحد المهاجرين إلى دولة أخرى بطريقة غير مشروعة مقابل الحصول على منفعة مالية سواء كان مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بالإضافة إلى توافر الركن المعنوي بسوء النية المثبتة لارتكاب هذا الفعل غير المشروع لذلك نجدها جريمة واضحة الأركان وان فعلها المادي المحقق لجريمة واحدة غير متعدد الأفعال خلاف ما هو موجود في تعريف جريمة الاتجار بالبشر.

كما تتميز جريمة الاتجار بالبشر عن جريمة تهريب المهاجرين من خلال التعريف الذي اشرنا إليه آنفاً في العديد من الأشياء الواضحة ليس فيه خلط أو غموض حيث نجد أن:

1. جريمة الاتجار بالبشر متعدد الأفعال نقل أو إيواء أو استقبال بينما تهريب البشر هو فعل واحد النقل عبر الحدود بصورة غير شرعية أو غير قانونية.
2. جريمة الاتجار بالبشر تستخدم وسيلة التهديد باستخدام القوة أو أي شكل من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال. بينما جريمة تهريب البشر وسيلتها رغبة الشخص المهاجر فقط لتهريبه خارج الحدود.
3. جريمة الاتجار بالبشر غرضها دائماً استغلال الضحايا بكافة أشكالها سوى في الدعارة أو الاستغلال الجنسي، السخرة، الاسترقاق، نزع الأعضاء وتستمر العلاقة بينما جريمة تهريب البشر غرضها منفعة شخصية تنتهي بوصولهم إلى وجهتهم دون استمرار العلاقة.
4. جريمة الاتجار بالبشر لا يتم الاعتداد بالرضا للضحايا حتى وان كانت هناك موافقة بينما جريمة

تهريب البشر يعتد بموافقة المهاجرين ويعلمون بمخاطر التهريب .
5. جريمة الاتجار بالبشر لها طابع وطني ودولي عابر الحدود بينما جريمة تهريب البشر طابعها دولي عابر للحدود الوطنية للدولة.

الاتفاقيات الإقليمية :-

تتمثل في الاتفاقيات التالية :

(1) الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان نوفمبر لسنة 1950م:-

(1- لا يجوز استرقاق أو تسخير أي إنسان-2 لا يجوز ان يطلب من أي إنسان أداء عمل جبراً أو سخره.) (9) نشير أن هذه الاتفاقية قد منعت الاسترقاق وعمال السخرة والتي تعتبر إحدى الوسائل التي ترتكب بها جريمة الاتجار بالبشر بل ذهب المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في الحكم الصادر في قضية (RANTES V.CyPRUS AND RUSSIA -J unary 2010)

إلى ذكر كافة الاتفاقيات والمعاهدات والبروتوكولات التي عرفت جريمة الاتجار بالبشر ولها علاقة بها مما يعني سارت في نفس درب الدول الأخرى في تحديد عناصر جريمة الاتجار بالبشر من خلال التعريف الوارد في هذه الاتفاقيات والتي اعتبرتها جريمة في غاية الخطورة على الإنسان.

(...The court emphasis the Serious nature of The allegation of trafficking of human being) ورغم أن هذه المحكمة ذكرت ندرة في توافر أركان جريمة الاتجار بالبشر ولكن يبدو لي الندرة التي تشير إليها المحكمة بسبب ظروف معظم الدول بعدم الاعتراف بوجود هذه الجريمة وزيادة الإحصائيات لها التي قد تشكل ضغطاً دولياً عليها مما يستدعي إعادة النظر في الأفعال المكونة لهذه الجريمة وتحليل عناصرها بصورة دقيقة ومفصلة حتى يسهل التعرف عليها من قبل الأجهزة المنفذة للقانون داخل الدول وتلاحظ أن المجتمع الدولي قد تدرج في مكافحة الاتجار بالبشر وفي الغالب يرجع ذلك إلى تطور أساليب ووسائل وطرق ارتكاب جريمة الاتجار بالبشر الذي عمد إلى تجريم الاتجار بالأشخاص بتعريفها وتحديد عناصرها وأركانها كأى جريمة لها ركن مادي يتمثل في النشاط الإجرامي الظاهر الذي يقوم به مرتكبو هذه الجريمة وقد حدد الأفعال التي يستشف منها ارتكاب جريمة اتجار بالأشخاص وهى نقل أو إيواء الأشخاص أو استقبالهم وذلك بغرض استغلالهم وتحقيق عائد ربحي من وراء تلك الأفعال الإجرامية , ويلاحظ إن المجتمع الدولي حدد وسائل يمكن من خلالها معرفة جريمة الاتجار بالبشر مثل وسيلة التهديد باستخدام القوة، الاختطاف، الاحتيال، استغلال النفوذ أو منح مزايا وعطايا بغرض استغلال الضحايا. وكما ورد آنفاً حددت الاتفاقية أن جميع الأفعال التي أشرنا إليها أن يكون هدفها وغرضها الاستغلال للضحايا سواء كان ذلك في العمل القسري أوالسخرة أوالاسترقاق أوأعمال الدعارة والصور الإباحية الجنسية والتي هي في الغالب تستغل فيها النساء والأطفال الشرائح الضعيفة في المجتمع ويسهل خداعهم والاحتيال عليهم وكل ذلك يدخل في الركن المادي للجريمة.

أما الركن المعنوي معروف أنه القصد الجنائي وذلك بذهاب نية الجاني إلى ارتكاب جريمة الاتجار بالبشر بتوافر عنصري العلم والمعرفة ومعرفة ذلك من خلال الأساليب المتبعة المرتكب بها الجريمة ويستشف ذلك من الوقائع بالإضافة إلى الركن الشرعي الوارد في النصوص القانونية والتي أشرنا إليها آنفاً

عند استعراض تلك الاتفاقيات الدولية نلاحظ أن المجتمع الدولي قد اجتهد كثيراً لشرح جريمة الاتجار بالبشر وتحديد عناصرها وأركانها وقد حاول أن يحدد ركنها المادي في أكثر من اتفاقية سواء متعلقة بالمرأة أو الطفل أو خلافه فكل ذلك لترسيخ فهم جريمة الاتجار بالبشر وتحديد ركنها المادي بصورة لا غموض فيه.

(2) الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة 2004 م :

صدر هذا الميثاق بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية (5427) المؤرخ في 15/سبتمبر/1997 م ثم جاءت النسخة الأحدث المعتمدة في القمة العربية السادسة عشرة في 23/مايو/2004 م وقد ورد به حظر الرق والاتجار بالأفراد في جميع صوره وتحظر السخرة والاتجار بالأفراد من أجل الدعارة أو الاستغلال الجنسي أو استغلال دعارة الغير أو أي شكل من أشكال الاستغلال أو استغلالهم في النزاعات المسلحة ⁽¹⁰⁾ وهنا نجد أن المشرع العربي قد ركز على أفعال هي في حد ذاتها تشكل جرائم ولكن إذا ارتبط بها عامل الاتجار لأغراض ربحية وعابرة للحدود أو ترتكب بصورة منتظمة في شكل جماعات أو شبكات إجرامية داخل الدولة . يتوافر الركن المادي لجريمة الاتجار بالبشر وفقاً لتعريف جريمة الاتجار بالبشر الوارد في قانون مكافحة جريمة الاتجار بالبشر السوداني لسنة 2014 م حيث تتعدد الأفعال من الجاني مع توافر بقية أركان الجريمة.

(3) البروتوكول الإفريقي لحقوق المرأة لسنة 2003 م :

بروتوكول حقوق المرأة في إفريقيا والملحق بالميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب والذي اعتمدته الجمعية العامة لرؤساء وحكومات الاتحاد الإفريقي وذلك أثناء انعقاد قمته الثانية في العاصمة الموزمبيقية مابوتو في 11/ يوليو / 2003 م حيث ورد في المادة (4/ 2/ ز) منع الاتجار بالمرأة والتنديد به ومعاينة مرتكبيه وحمايتهم من أي مخاطر وحظر استغلال المرأة أو تحقيرها وفقاً للمادة (3/3) من البروتوكول ورغم أن السودان غير مصادق على هذا البروتوكول ألا إننا نجد أن الركن المادي لجريمة الاتجار واضح في الاستغلال للمرأة إذا صاحب هذا الفعل النظرة الربحية والاستمرارية في استغلال المرأة . وفعل الاستغلال يمثل إحدى الوسائل التي تشكل جريمة الاتجار بالبشر في قانون مكافحة الاتجار بالبشر لسنة 2014 م في المادة (1/7) وأن يكون الاستغلال لغرض غير مشروع مقابل تحقيق العائد المادي الربحي ويرتبط الاستغلال في الغالب بأن يكون من صاحب نفوذ أو من شخص تحت سيطرته أو استغلال لحالة الضعف الاقتصادي . ويثور التساؤل حول كيفية التفرقة بين ضحايا الاتجار بالبشر والاستغلال فقط أمام أجهزة منفذي القانون العاملين في العمل الميداني لمكافحة هذه الجرائم وللعاملين في السلطة القضائية والتميز بين أركانها حتى يتم وضعها في قالب القانوني السليم . ⁽¹¹⁾

تعريف جريمة الاتجار بالبشر في القانون الوطني

اهتم السودان كأى دولة من دول العالم بمكافحة جريمة الاتجار بالبشر بإقرار مبادئ وأسس في الحقوق والحريات لكافة الأفراد في دستور جمهورية السودان الانتقالي الصادر في العام 2005م (الملغي) الوارد في الباب الثاني بعنوان وثيقة الحقوق المواد (من 27-50) وقد ورد فيها الحق في الحياة الكريمة (12) وحظر الرق والاتجار بالرقائق (المادة 30) وحماية حقوق المرأة والطفل (المادة 37) ، ثم جاءت الوثيقة الدستورية الانتقالية بعد قيام ثورة ديسمبر 2018 والتي أطاحت بنظام الإنقاذ في ابريل 2019 م وإقرار الوثيقة الدستورية الانتقالية في اليوم السابع عشر من شهر أغسطس 2019 م والتي اعتبرت هذه

الوثيقة القانون الاعلي بالبلاد (المادة 3) وأقرت وثيقة الحقوق والحريات في الفصل الرابع عشر وحظرت الرق والاتجار بالبشر بجميع إشكاله والسخرة (المادة 47) وحماية حقوق المرأة الواردة في جميع الاتفاقيات الدولية والإقليمية المصادق عليها السودان المادة (49) وكذلك تحمي حقوق الطفل التي وردت في الاتفاقيات الدولية والإقليمية (المادة 50) . (13).

ولكن مع تطور أساليب ارتكاب جريمة الاتجار بالبشر ووقوع كثير من الضحايا لهذه الجريمة دون ردع للفاعلين الأصليين لمرتكبي هذه الجريمة و خاصة أن المجتمع الدولي قد صنفها من الجرائم الخطيرة والمنظمة العابرة للحدود رأي المشرع السوداني أن هنالك ضرورة لإصدار قانون خاص يعمل علي مكافحة جريمة الاتجار بالبشر وقد صدر في يناير من العام 2014م .

وأهم ملامح هذا القانون يتمثل في تعريف لجريمة الاتجار بالبشر أي الأفعال الواردة بالمادة (7) من ذات القانون وهي محل دراستنا سوف نستعرضها لاحقاً وكذلك قد عرف الضحية بأنه الشخص الطبيعي الذي يتعرض لأي ضرر مادي أو معنوي نتيجة لارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها بقانون مكافحة الاتجار بالبشر وهذا التعريف قد يختلط مع مفهوم ضحية تهريب البشر والتي تتشابه كثيراً مع ضحية الاتجار بالبشر مع مادة التسلل الواردة في قانون جوازات السفر والهجرة لسنة 2015 م ورد في قانون مكافحة الاتجار بالبشر السوداني لسنة 2014 م تعريف الاتجار بالبشر (يُقصد به أي من الأفعال التي تشكل جريمة بموجب أحكام المادة (7) من هذا القانون) (14) هي محور هذه الدراسة والتي جاء نصها كالآتي:

(1/يعد مرتكب جريمة الاتجار بالبشر كل من يقوم باستدراج شخص طبيعي أو نقله أو اختطافه أو ترحيله أو إيوائه أو استقباله أو احتجازه أو تجهيزه ، وذلك بقصد استغلاله أو استخدامه في أعمال غير مشروعة أو أفعال من شأنها إهانة كرامته أو تحقيق أهداف غير مشروعة مقابل أي من الآتي:-

أ. عائد مادي أو وعد به.

ب. كسب معنوي أو وعد به.

ج. منح أي نوع من المزايا.

2/ تعتبر الأفعال المذكورة في البند (1) اتجاراً بالبشر إذا تمت عن طريق القوة أو التهديد باستخدامها أو أي من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو النُفوذ أو استغلال حالة ضعف أو حاجة منح مبالغ مالية أو مزايا أو وعد بها وذلك للحصول علي موافقة شخص علي الاتجار بشخص آخر له سيطرة عليه)

هناك ملاحظات على نص المادة (7) و التي أشرنا إليها آنفاً وهي :-

1/المشرع السوداني قام بنقل تعريف جريمة الاتجار بالبشر الواردة في نص اتفاقية منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص خاصة النساء والأطفال (بارليمو2000م) دون ضبط الصياغة بصورة ملائمة كما في القانون الوطني .

2/ هناك تكرار في الأفعال الواردة في الفقرة (1) مع الفقرة (2) من ذات المادة (7) الاختطاف بينما وردت الفقرة (2) ذات الفعل الاختطاف مما خلق ربكة في فهم أيهما المقصود في توافر الركن المادي.

3/ هنالك خلط بين عناصر جريمة الاتجار بالبشر والوسائل المستخدمة لارتكابها ويظهر ذلك في الفقرة (أ)

حيثُ ورد اختطاف باعتباره وسيلة بينما الفعل المقصود في جريمة اتجار البشر هو الاستقطاب أو الإيواء أو النقل أما الاختطاف الذي يعتبر وسيلة للضغط علي إرادة المجني عليهم أو ضحايا جريمة الاتجار بالبشر لتنفيذ إرادة الجاني واستغلاله. للمجني عليه.

4/ ترتيب الفقرات (1) و(2) في تقديري تحتاج إلى إعادة نظر حتى تستقيم المادة ويفهم المقصود من تعريف جريمة الاتجار بالبشر بصورة واضحة.

5/ معظم الأفعال المُشار إليها في تعريف جريمة الاتجار بالبشر هي أفعال مجرمة في القانون الجنائي السوداني للعام 1991م لذلك كان علي المشرع تفصيل هذه الأفعال بصورة واضحة لإظهار الركن المادي لجريمة الاتجار بالبشر بصورة واضحة لا غموض فيه وتفادي الخلط لهذه الأفعال المبرمة في القانون الجنائي.

لذلك أن غموض صياغة المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر الصادر في العام 2014م قد شكل صعوبات كثيرة وتعقيدات على مستوى التطبيق العملي لمنفذي القانون بالسودان ونتيجة ذلك أن في كثير من الأحيان أن بلاغات الاتجار بالبشر قد قامت المحاكم بتحويلها إلى جريمة التسلل الواردة في المادة (29) من قانون الجوازات والهجرة للعام 2015م.

مثال لذلك حالة الولاية الشمالية والتي تعتبر معبراً لضحايا جريمة الاتجار بالبشر لجوارها للحدود الشمالية للسودان باعتبارها ولاية عبور بحكم إنها حدودية مع العديد من الدول فإن الممارسة العملية بها وفق إحصائية الأقسام الجنائية بأنه في العام (2014م) بلغ عدد البلاغات المفتوحة (19) تمت محاكمة (2) بالسجن لمدة ثلاث سنوات تحت المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر للعام 2014م وتم شطب (17) بلاغا وفي العام (2015م) بلغ عدد البلاغات (36) بلاغا تم شطبها أمام المحاكم بموجب المادة (141) (1) من قانون الإجراءات الجنائية للعام 1991م وفي العام (2016م) خلت سجلات الشرطة من فتح بلاغات تحت المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر للعام 2014م (15) .

إن كثيراً من بلاغات الاتجار بالبشر تم تحويلها إلى جريمة التسلل الواردة في المادة (29) من قانون الجوازات والهجرة للعام 2015 وذلك من خلال الممارسة العملية لتطبيق تعريف جريمة الاتجار بالبشر ويلاحظ ذلك من خلال الإحصائيات الواردة في التقارير الجنائية السنوية للأعوام منذ صدور قانون مكافحة الاتجار بالبشر لعام 2012م لذلك فإن صياغة المادة (7) المرتكبة لمنفذي القانون التي أشرنا إليها آنفاً أدت إلى الهروب من تطبيق المادة (7) اتجار البشر الأمر الذي يتطلب ضرورة مراجعة هذا النص القانوني الوارد في المادة (7) ووضع تعريفات مُفصلة لعناصر وأركان جريمة الاتجار بالبشر مستحبة الأفعال الواردة في تعريف جريمة الاتجار بالبشر في القانون الدولي وتطويع هذا النص ليكون متلائماً مع القانون الوطني السوداني حتى يزول الغموض ويسهل للأجهزة المنفذة للقانون فهم جريمة الاتجار بالبشر وتفعيلها في الممارسة العملية ونتيجة ذلك ورد في تقرير الولايات المتحدة الأمريكية للعام (16) الذي يصدر تقريراً سنوياً عن حالة حقوق الإنسان في دول العالم ومن بينها دولة السودان والذي تم وضعه في التصنيف (Tier 3) حيث التقرير أورد عدة ملاحظات عن حالة الاتجار بالبشر في السودان ومثلت في الآتي:

أولاً: أن الحكومة لم تورد تفاصيل لطبيعة الجرائم التي تم التحري فيها.

ثانياً: احتمال أن هذه الجرائم التي تم التحري فيها تشمل جريمة تهريب البشر.

ثالثاً: الإدانات التي ذكرت في التقرير (129) مداناً تحاكموا مابين (5-10) سنوات سجن غير واضح أن كان

المدانون أدينوا تحت قانون مكافحة الاتجار للعام 2014م.
رابعاً: بعض مرتكبي جريمة الاتجار تمت إدانتهم تحت قانون الجوازات والهجرة وبالتالي غير واضح إذا كانت العقوبة إدانة ضحايا الاتجار بالبشر .
خامساً: غير مثبت في تقارير الضباط والسلطات المحلية في شرق السودان بأن هناك متواطئين أو مدانين في جريمة الاتجار بالبشر.
سادساً: الحكومة لها جهود ضعيفة في تعريف ومساعدة ضحايا الاتجار بالبشر وذلك راجع إلى عدم وجود إجراءات منتظمة للتعرف على ضحايا الاتجار بالبشر (did not have systematic Procedure to identify trafficking victims ...)
سابعاً: عدم وجود ميزانية تشغيلية لتغذية الخطة التنفيذية للجنة الوطنية لحقوق الإنسان للعام (2016م-2017م)

في تقديري هذه الملاحظات موضوعية في ظل الغموض وعدم فهم الأجهزة المنفذة للقانون لطبيعة هذه الجريمة والجهود التي يفترض أن تبذل من أجهزة الحكومة والمنظمات الوطنية العاملة في هذا المجال. خاصة اللجنة الوطنية لحقوق الإنسان التي تفترض أن تبادر بمثل هذه المعضلات لإيجاد الحل المناسب لها ورغم ذلك نجد أن هناك جهوداً مقدرة وإيجابية وذلك لرصد هذه الجريمة بمحاولة قيام الإدارة العامة للمباحث والتحقيقات الجنائية بإصدار استمارة لرصد بلاغات الاتجار بالبشر وتدوين عدد المتهمين وعدد الضحايا والتصرفات في هذه البلاغات سواء بالادانة أو البراءة تضمن في تقاريرها السنوية على أن يكون ذلك وفق إحصائيات حقيقية يتم رصدها على مدار العام .

الصعوبات التي تواجه منفذي القانون في تطبيق المادة (7) من قانون مكافحة جريمة الاتجار بالبشر وأثرها
(كتابة العناوين الرئيسية بخط يختلف عن خط البحث) تعديل

تلاحظ أن معظم الدول قد اتخذت نص بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص خاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمحاكمة الجريمة المنظمة عبر الوطنية اتفاقية (بارليمو 2000م) ووضعت في قوانينها الداخلية دون معالجة النص بصياغة قانونية منضبطة وطنية تتماشى مع النظام القانوني الداخلي ، ومن بين تلك الدول السودان في قانونها الخاص بمكافحة الاتجار بالبشر الصادر في العام 2014م لذلك ظهرت أثناء الممارسة العملية عبر أجهزة إنفاذ القانون العديد من الصعوبات وأثرها في الممارسة العملية . نتناول هذه الصعوبات علي النحو التالي

الصعوبة الأولى: (تعديل اولي أولاً: صياغة المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر الصادر في العام 2014م:-)

صياغة المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر الصادر في العام 2014م:-

صياغة النص القانوني بصفه عامة له أهمية في علاج أي ظاهره في المجتمع رأى المشرع ضرورة معالجتها بوضعها في إطار قانوني وتم من خلاله إيضاح الغرض من النص القانوني وما ذهبت إليه إدارة المشرع، لذلك من متطلبات الصياغة الجيدة للنص القانوني لا بد من يكون بالدقة والوضوح اللازمين (17) حتى يتحقق الغرض الذي من أجله تمت صياغة النص القانوني وحتى يسهل تطبيقه أثناء الممارسة العملية بواسطة الأشخاص المناط بهم إنفاذ القانون في الدولة.

لذلك نجد أن لا إزام للنص القانوني الدولي سواء عبر الاتفاقيات أو البروتوكولات الدولية في النظام القانوني الداخلي للدولة مباشرة إلا بعد إحالته إلى القواعد القانونية الداخلية وذلك بعد اتباع الإجراءات القانونية المطلوبة داخل الدولة (18).

نعلم أن الصياغة القانونية للاتفاقيات والبروتوكولات الدولية تكون بعبارات فضفاضة حتى تتاح لكل دولة يصاغ قانونها الوطني بما يلائم ونظامها القانوني المعمول به داخل الدولة وفيما يلي هذه الدراسة حول المادة (7) التي ذكرنا نصها القانوني في المحور الأول باعتباره يمثل القانون الساري للسودان في مكافحة جريمة الاتجار بالبشر بأنه سار على ذات درب معظم الدول بأخذ النص القانوني الدولي لتعريف جريمة الاتجار بالبشر وإدخاله في نظامه القانوني دون معالجة النص ومواءمته بصياغة قانونية وطنية حتى يسهل على الأجهزة المفوضة للقانون تنفيذه وتطبيقه دون تعقيدات كما أشرنا في المحور الأول بالتفصيل وذكرنا المآخذ على هذا النص.

الصعوبة الثانية (ثانياً: طبيعة جريمة الاتجار بالبشر):

طبيعة جريمة الاتجار بالبشر:-

جريمة الاتجار بالبشر من الجرائم المستحدثة في القوانين السودانية، ومعروف أن طبيعة هذه الجريمة بأنها جريمة ذات طابع دولي وطني لذلك مصنفة وفق الجرائم العابرة للحدود الوطنية للدولة (مرجع) بإمكانية توافر عناصر وأركان هذه الجريمة على المستوى الوطني داخل الدولة وعلى المستوى الدولي عابر للحدود الوطنية، هذه الطبيعة القانونية الثنائية خلقت ربكة وعدم فهم للطبيعة القانونية لجريمة الاتجار بالبشر لدى معظم منفذي القانون بالسودان وهذا ما ورد في أحد التقارير الموجزة عن معالجة الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر بشرق إفريقيا التي قدمت ورشة عمل في السودان عام 2016م والتي أوردت

(... the police and judiciary have limited knowledge of the new legislation)

وذلك نتيجة التقييم غير الدقيق لجريمة الاتجار بالبشر وصُدور القرارات القضائية لمعظم بلاغات الاتجار بالبشر بتحويلها إلى جريمة التسلل الواردة في قانون الجوازات والهجرة للعام 1994م .
الصعوبة الثالثة (ثالثاً: تمييز ضحايا جريمة الاتجار بالبشر):-

تمييز ضحايا جريمة الاتجار بالبشر:-

التمييز مابين ضحايا جريمة الاتجار بالبشر والجرائم الأخرى المشابهة لها في أركانها وعناصرها في ظل القانون الوطني السوداني لمكافحة جريمة الاتجار بالبشر يشكل صعوبة كبيرة في الممارسة العملية من قبل مُنفذي القانون وذلك لقلّة الخبرات المتراكمة في التعامل مع ضحايا هذه الجريمة مقارنة ببقية ضحايا الجرائم الأخرى وعدم وجود كادر مؤهل متخصص من منسوبي أجهزة إنفاذ القانون للتحرّي في الحالات والقضايا التي يشته فيها اتجار بالبشر.

لذلك لمعالجة هذا الأمر لا بد من وضع موجهات وأسس ومبادئ واضحة داخل القانون الوطني السوداني لمكافحة جريمة الاتجار بالبشر يستطيع من خلالها مُنفذو القانون من التمييز بين ضحايا جريمة الاتجار بالبشر وضحايا الجرائم الأخرى، خاصة وأن القانون الوطني لجريمة الاتجار بالبشر أشار في المادة (24) إلى مبدأ عدم الاعتداد برضا الضحية وهو مبدأ دولي معروف عند التعامل مع ضحايا جريمة الاتجار

بالبشر وهذا يعتبر من الموجهات المهمة في تمييز ضحايا الاتجار بالبشر لذلك نرى أن كيفية القيام بالتعرف على ضحايا الاتجار بالبشر تحتاج إلى توضيحات عملية وتدريبية لأجهزة إنفاذ القانون حتى يتم من خلالها تفعيل المادة (7) من قانون مكافحة جريمة الاتجار بالبشر بعد تعديلها ووضعها في صياغة قانونية وطنية واضحة دون لبس أو غموض.

ترتب على الصعوبات التي اشرنا إليها بهذه الدراسة بأن تكون هناك آثار سلبية تنعكس على أداء أجهزة إنفاذ القانون في تطبيق قانون مكافحة الاتجار بالبشر 2014م في ظل الصعوبات التي صاحبت فهم التعريف الوارد في المادة (7) والتطبيقات العملية لها و تتمثل هذه الآثار في الآتي:-
الأثر الأول تعديل الى (1/ تنامي ظاهرة الاتجار بالبشر):

تنامي ظاهرة الاتجار بالبشر:

نتج من عدم تفعيل قانون محاكمة الاتجار بالبشر السوداني للغموض في فهم هذه الجريمة إلى تنامي ظاهرة الاتجار بالبشر وتعددت الوسائل والأشكال المستخدمة فيها ويلاحظ ذلك في الضبط لأعداد كبيرة من ضحايا هذه الجريمة السابقة رغم تعامل الأجهزة المنفذة للقانون لها باعتباره تسلسل إلا أن واقع الحال يلغي بظلاله إلى توافر أركان جريمة الاتجار بالبشر خاصة وأن السودان لديه حدود مفتوحة على دول الجوار التي تعاني من مشاكل كثيرة مما يسهل عملية تدفق الأشخاص خاصة النساء والأطفال وتنشط عمليات الاتجار عند الحدود باستقبال الضحايا والعمل على إيوائهم وتسهيل كثير من الصعوبات لاستغلالهم. الخلط في التمييز بين أركان جريمة الاتجار بالبشر والجرائم الأخرى ذات الطبيعة القانونية المتشابهة قد ظهر في الإحصائيات التي تم رصدها منذ صدور قانون مكافحة الاتجار بالبشر للعام 2014م .

حيث نجد وضع بلاغات تهريب البشر والاتجار بالبشر في جدول واحد دون أن يتم تصنيف هذه البلاغات إلى (تهريب البشر أو اتجار بالبشر) وهي في ولاية الخرطوم (2) بلاغ وكسلا (31) بلاغ الولاية الشمالية (4) بلاغات والبحر الأحمر (1) والقضارف (1) بلاغ جملتها (39) بلاغاً وذلك في العام 2014م(19). ونلاحظ الآتي :

الخلط بين جريمة الاتجار بالبشر و تهريب البشر بعدم وجود تصنيف واضح لهذه الجرائم مما أدى إلى وضعها في جدول واحد.

يشار إلى الضحايا بالمهرين مما يؤكد عدم وجود تصنيف لضحايا الجريمتين (تهريب أم اتجار بالبشر) . عدم ظهور جدول للتعريف ببلاغات الاتجار بالبشر في العام 2014م .

في إحصائية العام 2015م وفقاً للتقرير الجنائي السنوي بدأت تكون واضحة نوعاً ما لإنفاذ القانون رغم تعديل المهرين بعبارة الضحايا إلا أن الخلط لازال موجود بعدم وجود تصنيف بين جريمة تهريب البشر والاتجار بالبشر حتى صدور التقرير الجنائي السنوي للعام 2018 م على صفحة 231 .
الأثر الثاني (2/ تشجيع الجناة على ارتكاب جريمة الاتجار بالبشر):

تشجيع الجناة على ارتكاب جريمة الاتجار بالبشر:

نتج عن الجهود المبذولة لمكافحة الاتجار بالبشر من خلال منفذي القانون بسبب عدم فهم التعريف الوارد في المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر والخلط الواضح في التطبيق العملي والممارسة العملية بين جريمة التسلل المقررة في قانون الجوازات والهجرة للعام 2015 م وجريمة الاتجار بالبشر الواردة في قانون مكافحة الاتجار بالبشر. أدى ذلك إلى تشجيع الجناة على ارتكاب هذه الجريمة وظهور جماعات ومنظمات سواء كان على الحدود المجاورة للدول التي تأتي منها ضحايا هذه الجريمة وعبورها إلى الحدود الشمالية أو الحدود الغربية للسودان إلى الدول الغربية كما أن العائد المادي والربحي لهذه الجريمة أصبح كبير مقارنة ببقية الجرائم الأخرى المماثلة لها تقريباً بجريمتي المخدرات والسلاح. مما أدى إلى استقطاب وتشجيع شريحة كبيرة من الأفراد لممارسة هذه الجريمة وتوزيع الأدوار بينهما لتكون شبكة إجرامية منظمة تعمل على استقبال هؤلاء الضحايا من الحدود الشرقية ويتم العبور بهم إلى الحدود الشمالية أو الحدود الغربية للسودان في طريقهم إلى الدول الغربية.

نلاحظ ذلك على الإحصائيات حول تزايد أعداد الجناة بصورة كبيرة وملحوظة في التقارير الجنائية السنوية الصادرة من وزارة الداخلية حيث بلغت في العام 2014م (153 جناة) بينما في التقرير الجنائي السنوي العام 2018 م بلغت (304 جناة) .

الأثر الثالث (3/ ظاهرة الاتجار بالبشر الداخلية)

ظاهرة الاتجار بالبشر الداخلية

هنالك مؤشرات لانتشار ظاهرة الاتجار بالبشر داخل السودان سواء كان من الضحايا القادمين من الدول المجاورة والذين يتم إبقاؤهم فترة من الزمن واستغلالهم كخدم للمنازل خاصة النساء وذلك من خلال التدفق بإعداد كبيرة من ضحايا هذه الجريمة لداخل السودان بالإضافة إلى ازدياد عدد البلاغات الخاصة بهذه الجريمة وان كان بعضها يحاكم على أساس جريمة التسلل الواردة في قانون جوازات السفر والهجرة 2015 م توافر الاتجار الداخلي بأسلوب السيطرة على شرائح معينة في المجتمع مثل الأطفال والنساء التي أكثر الشرائح تعرضاً لهذا الأسلوب على أساس أن أكثر المهاجرات وضعهن غير شرعي ومعهن أطفالهن يتعرضن للضغط بواسطة تجار الاتجار بالبشر سواء بتهديدن بإبلاغ السلطات عنهن إذا لم يتم الاستجابة لهم لاستغلالهن في الدعارة وكخدم في المنازل واستغلال الأطفال في التسول كظاهرة واضحة في الشارع السوداني مما جعل الدولة العمل على التصدي لظاهرة التسول بعمل مشروع يسمى مشروع التصدي لظاهرة أطفال الشوارع ويكون تحت رعاية وزارة الرعاية الاجتماعية ومؤسساتها ويهدف المشروع إلى الاتصال بالأطفال وأماكن تواجدهم في الشارع والعمل على كسب ثقتهم وخلق علاقات معهم في إطار السياسة العامة للدولة في معالجة التسول(20).

مؤشرات عامة للتعرف على جريمة الاتجار بالبشر وضحاياها

نتناول في هذا المبحث الموجهات و المؤشرات العامة التي لا بد من أجهزة إنفاذ القانون مراعاتها عند القيام بعملهم سواء في التحري في جرائم الاتجار بالبشر أو المحاكمات والتي تسهم كثيراً في تسهيل عملية تصنيف الضحايا وتحديد عناصر جريمة الاتجار بالبشر وتمييزها عن الجرائم المشابهة لها في عناصرها وتسهيل

للمتحرين القيام بإجراءات التحري دون عناء كبير . عليه نتناول هذه المؤشرات علي النحو التالي :

هناك مؤشرات عامة حددها المركز الوطني للاتجار بالبشر الأمريكي (NHTRC) تسهم كثيرا في مساعدة أجهزة إنفاذ القانون عند قيامهم بواجباتهم القانونية سواء على مستوى التحري والتحقيقات أو على مستوى إجراء المحاكمات لجريمة الاتجار بالبشر من حيث التصنيف لوقائع جريمة الاتجار بالبشر عن غيرها من الجرائم بخاصة جريمة تهريب البشر (human smuggling) . ونشير هنا إلى أهم هذه المؤشرات علي النحو التالي :

- (1) تردد الضحايا وعدم رغبتهم الإجابة على الأسئلة التي يطرحها منفذو القانون عليهم .
 - (2) وجود شخص مؤثر على الضحايا يرفض تركهم لوحدهم أو بقاطعهم دائما عند تحديثهم
 - (3) تظاهر الضحايا بالخوف أو بالسلوك العصبي ليتجنب التواصل مع أجهزة إنفاذ القانون .
 - (4) ملاحظة العلاقة بين الفرد المؤثر والضحايا دليل للسيطرة عليهم وعلي أسرهم .
 - (5) عدم قدرة الضحايا علي إعطاء مستنداتهم أو عنوان واضح .
 - (6) عدم قدرة الضحايا للسيطرة علي أموالهم وحجب الأجور عنهم .
 - (7) إدخال الضحايا في ديون يصعب عليهم سدادها .
 - (8) فقدان الضحايا الإحساس بالزمن والمكان لا يعرف أين هو أو في أي مدينة أو دولة .
- أهم مؤشرات الاتجار بالعمالة تتمثل في التالي :

- (1) سوء العمل للضحية أو التخويف بالإيذاء بواسطة صاحب العمل او المشرف عليه .
 - (2) أداء الضحية لأعمال مختلفة في نفس الوقت .
 - (3) يعيش الضحية في الغالب في نفس السكن المقدم له من صاحب العمل .
 - (4) عدم تزويد الضحية بأي معدات حماية شخصية عند قيامه بالأعمال الخطرة .
 - (5) عدم وجود اهتمام بالضحية بحيث لا يتوفر الطعام أو الماء أثناء أداء عمله .
 - (6) تكون لدى الضحية ديون كثيرة لا يمكن سدادها .
- نشير إلى أن هناك أوضاع يمكن من خلالها تكييفها اتجار بالبشر على أجهزة إنفاذ القانون ملاحظتها والتدقيق فيها والتأكد منها :

- (1) التأكد من العمالة الداخلية المستخدمة للنظافة أو رعاية الأطفال أو رعاية كبار السن في المنازل .
 - (2) مراجعة الأعمال في الفنادق وصالون تقليم الأظافر .
 - (3) الاستخدام في الزراعة أو المؤسسات الصناعية الصغيرة .
 - (4) الاستخدام في المطاعم .
 - (5) وجود بعض المتعلقات بالمواد الإباحية الجنسية والتعريف بها .
- عموما نجد أن السودان قد اهتم كثيرا بجريمة الاتجار بالبشر عند ما سن قانون خاص بها يعمل علي مكافحتها والتقليل منها وجعل لها عقوبات رادعة بالسجن لا تقل عن خمس سنوات وقد تصل إلى عشرين

سنة بل قد تصل إلى عقوبة الإعدام في حالات وردت بالقانون علي سبيل الحصر في المادة (9) وهي :

- (1) ارتكاب جريمة الاتجار بالبشر عبر جماعة أو شبكة منظمة .
- (2) إذا كان المجني عليه أنثى أو طفل لم يبلغ الثامنة عشر أو معاق .
- (3) استخدام أسلوب الاحتيال أو التهديد بالقتل أو استعمال القوة أو التعذيب البدني أو النفسي .
- (4) إذا ارتكبت جريمة الاتجار بالبشر باستخدام السلاح .
- (5) إذا كان الجاني زوجا للمجني عليه أو احد أصوله أو فروعه أو كانت له سلطة عليه .
- (6) التعرض للاستغلال الجنسي أو نزع الأعضاء أو الدعارة .
- (7) إذا كان الجاني موظفا عاما أو مكلفا بأداء خدمة عامة .
- (8) نتج عن الجريمة موت أو إصابة بعاهة مستديمة .

كما دشّن السودان الخطة الوطنية لمكافحة الاتجار بالبشر (للعام 2018 م – 2019 م) والتي ركزت علي تخفيف ضحايا الاتجار بالبشر ورفع الوعي العام لدي أجهزة إنفاذ القانون والمواطنين ودعم ضحايا الاتجار بالبشر وتوفير الحماية لهم وتعزيز وترقية قدرات نظام العدالة القضائية والعدالة الجنائية للملاحقة والمقاضاة حتى تكون المكافحة فعالة وتقلل من اثار هذه الجريمة المهيمنة للإنسانية .

بصفة عامة يخضع التحري في أي جريمة لمبدأ مهم وهو مبدأ المشروعية والذي يعني خضوع كل إجراءات التحري لما تصوغه القوانين وخاصة قانون الإجراءات الجنائية من ضوابط حول كيفية القيام بأجراء التحريات سواء من ناحية الاختصاص أو الإجراءات الشكلية الواجب مراعاتها أو طريقة التنفيذ لأي إجراء مطلوب في إكمال التحريات .(21)

لأشك أن المتحري في مرحلة التحقيق يحتاج إلى استخدام صلاحيات واسعة وحرية أكبر للتعرف علي وقائع الجريمة وتحديد معالمها بالذات في الجرائم المستحدثة وما لها من وسائل فنية حديثة لكشف ملبسات غموضها لذا لا بد للمتحري عند بدء التحري أن يضع نصب عينيه الحقائق المراد الوصول إليها والتي من خلالها إمكانية إثبات عناصر الجريمة بالتحقق من توافر أركانها المادية والمعنوية ومعرفة ظروف وملابسات ارتكاب الجريمة وعلاقة المجني عليه بالجاني أو بإطراف الجريمة والتحري المبدئي مع الشهود إن وجدوا , والتحريات تعني جمع الأدلة والمعلومات للوصول إلى حقيقة توافر أركان الجريمة من عدمها . (22) ولعل من المبادئ الأساسية للتحري في الجرائم بصورة عامة وجريمة الاتجار بالبشر بصفة خاصة هو التحقق من توافر عناصر الركن المادي بالتركيز علي النشاط او السلوك المادي و لجريمة الاتجار بالبشر التركيز علي الأفعال المكونة للركن المادي مثل فعل الاستدراج أو الاختطاف أو الحجز غير المشروع الخ وربط ذلك بعناصر الركن المعنوي والمتعلق بالحالة النفسية للجاني والعلاقة التي تربط الأفعال المادية وشخصية الجاني ومعلوم ان عنصر الركن المعنوي تتمثل في عنصر الإرادة وعنصر العلم , لذلك لا بد أن يكون هدف المتحري الوصول إلى الحقيقة المجردة دون أن ينحاز إلى جهة أو إلى أي فكرة مسبقة تسيطر عليه أثناء أداء واجباته .

وكمتجري يجب أن تكون له القدرات الفنية والمهنية يندرج فيها القدرة على الإبداع والاستنتاج والتحليل ويتمتع بقوة الملاحظة سواء عند استجواب طرفي القضية أو الشهود، ويتطلب ذلك أن يكون المتحري ملم بكافة القوانين والوثائق الدولية ذات الصلة بالجريمة وخاصة جريمة الاتجار بالبشر.

يعد الاستجواب (interrogation) من الإجراءات الجنائية المهمة عند القيام بالتحريات في أي جريمة، لذا لا بد أن يكون المتحري لديه الإلمام الكامل بوقائع القضية ومسرح الجريمة وان يركز ويفهم أقوال طرفي القضية والشهود والخبراء وما تم استخلاصه من معانيات او تفتيش، ولابد أن يقوم المتحري بالاستجواب دون إكراه المتهم أو حتى المجني عليه أو التهديد أو إتباع أسلوب التعذيب بل عليه توفير كافة الضمانات المطلوبة عند القيام بإجراءات التحري، كل ذلك يحظره (23) بعدم الاعتداء علي المتهم أثناء التحري أو حجزه دون مبرر قانوني كما لا يجوز جبره على تقديم الدليل علي براءته وكذلك لا يجوز تحليف المتهم لان تحليفه يعني تقديم دليل ضد نفسه بالنفي . (29) وكافة الوثائق الدولية ذات الصلة بالعمل الجنائي (24). لذا هناك نقاط مهمة (25) تسهم في كشف الجريمة أثناء القيام بإجراءات التحري و على المتحري التركيز والتدقيق فيها باعتبارها مؤشرات تساعد في الوصول إلى الجاني وتحديد أركان الجريمة تتمثل في الآتي:

- (1) معرفة تفاصيل الوقائع .
- (2) التركيز علي العلاقات التي تربط الجاني بالمجني عليه او بأي متهم أو مجني عليه آخر.
- (3) تحديد الأدوار لكل من الجاني والمجني عليه.
- (4) اتباع أسلوب المواجهة بين كافة الأطراف إذا استدعت الضرورة ذلك.
- (5) الاستعانة بالخبراء للتعرف على الضحايا وبذات القدر التعرف على الجاني.
- (6) التركيز على إظهار أركان الجريمة وظروفها وملابساتها
- لعل الصعوبات التي اشرنا إليها وأثرها عند تطبيق المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر لسنة 2014 م تظهر في الرصد السنوي للبلاغات الجنائية عند إعداد التقرير الجنائي السنوي بواسطة وزارة الداخلية بإظهار بلاغات الاتجار بالبشر وجريمة تهريب البشر في جدول واحد دون إن يحدد المتهمين في أي من الجريمتين رغم أنهما جريمتان منفصلتان ومع ذكر المهربين دون المتجرين (مرجع التقرير الجنائي السنوي لسنة 2014 م ص23 صادر من وزارة الداخلية السودانية) وذات هذا الخلط مستمر في التقارير الجنائية السنوية اللاحقة حتي العام 2018 م . وهذا مؤشر إلى ان جرائم الاتجار بالبشر لا زالت غير متعارف عليها وسط منفذي القانون ولا زال هناك خلط بين عناصر جريمة الاتجار بالبشر وجريمة تهريب البشر وبين جريمة التسلل الواردة في قانون الجوازات والهجرة لسنة 2015 م.

النتائج:

خلصت الدراسة إلى عدة نتائج تتمثل في الآتي :

- (1) المشرع السوداني قام بنقل ذات النص الوارد في بروتوكول منع وقوع الاتجار بالأشخاص بخاصة

النساء والأطفال الصادر في العام 2000م دون ضبط الصياغة ومعالجته وفق النظام القانوني الداخلي مما شكل صعوبة لدي منفذي القانون عند التطبيق لنص المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر 2014م .

(2) تعريف جريمة الاتجار بالبشر الواردة في قانون مكافحة الاتجار بالبشر الصادر في العام 2014م السوداني خلط بين عناصر جريمة الاتجار بالبشر والوسائل المستخدمة في ارتكابها حيث الفعل المقصود في جريمة الاتجار هو الاستقطاب أو الإيواء أو النقل أما الاختطاف يعتبر وسيلة للضغط على إرادة المجني عليه بواسطة الجاني لتنفيذ إرادته واستغلاله.

(3) هناك سوء فهم لتعريف جريمة الاتجار بالبشر من جانب منفذي القانون لان معظم الأفعال الواردة في تعريف جريمة الاتجار بالبشر في المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر السوداني هي أفعال تم تجريمها في القانون الجنائي السوداني الحالي مما شكل صعوبات وتعقيدات أثناء ممارسه العملية

(4) أظهرت الدراسة عدم قدرة الأجهزة المنفذة للقانون في التعرف على ضحايا الاتجار والفرق بينهم و بين بقية ضحايا الجرائم الأخرى.

(5) تنامي ظاهرة الاتجار بالبشر داخل السودان بظهور ظاهرة التسول خاصة الأطفال والنساء .

(6) الخلط بين جريمة الاتجار بالبشر human trafficking وجريمة تهريب البشر (human smuggling) بطبيعة تشابه الجريمتين أدى إلى ظهور جماعات إجرامية نشطه على الحدود الشرقية والحدود الغربية والحدود الشمالية وتزايد العائد الربحي لهذه الجريمة .

(7) كثير من قضايا الاتجار بالبشر تحولت إلى إدانات تحت قانون الجوازات والهجرة لسنة 2015 م تحت المادة (29) تسلل.

التوصيات :-

أوصت الدراسة بالآتي :

1. إعادة صياغة نص المادة (7) من قانون مكافحة الاتجار بالبشر بإظهار الركن المادي لجريمة الاتجار بالبشر تفصيلاً ومعالجته لإزالة الغموض حتى يكون ملائماً للنظام القانوني الوطني ويسهل على الأجهزة المنفذة للقانون تطبيقه أثناء الممارسة العملية.
2. تحديد إجراءات نظام التعرف على ضحايا الاتجار بالبشر must have systematic procedure (to identify trafficking victims
3. الاستفادة من إدارة حماية الطفل والأسرة الموجودة بالولايات الحدودية (الشرقية والشمالية والغربية) يدعمها بخبراء في مجال نظام التعرف بضحايا الاتجار بالبشر لتأسيس شعبة متخصصة في هذا المجال لإعداد الدراسات الميدانية اللازمة وتساعد

منفذي القانون في التعرف على ضحايا الاتجار بالبشر بالتحري معهم خاصة أن معظمهم من النساء والأطفال.

4. تفعيل الخطة التنفيذية للجنة الوطنية لحقوق الإنسان السودانية بإقرار ميزانية واضحة

وطنيه واستقطاب الدعم الدولي لمكافحة هذه الجريمة خاصة وأنها جريمة عابرة للحدود.

5. تكثيف الدورات التدريبية الداخلية والخارجية العملية لمنفذي القانون في مجال مكافحة جريمة

الاتجار بالبشر لمعرفة التجارب الدولية في كيفية مكافحة جريمة الاتجار بالبشر واكتساب خبرات

عملية متراكمة في التعرف على ضحايا الاتجار بالبشر حتى يسهل التعامل معها على المستوى

الوطني داخل الدولة.

المصادر والمراجع

- (1) الاتفاقية الخاصة بالرق للعام 1926 المعدلة بالبروتوكول الصادر في ديسمبر من العام 1953م (المادة 6).
- (2) الاتفاقيات التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق الصادرة في 1956م المادة (1).
- (3) اتفاقية حظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير ديسمبر 1949م (المادتين 1 2-).
- (4) بروتوكول منع وقوع ومعاقة الاتجار بالأشخاص وخاصة النساء والأطفال المكمل لاتفاقية مكافحة الجريمة عبر الوطنية في العام 2000م (المواد 3 - 5 15-).
- (5) دكتور رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - الطبعة الثالثة - الإسكندرية 997 م ص 304.
- (6) الدكتور محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات القسم العام - الطبعة الثامنة - دار المطبوعات - الإسكندرية لسنة 2017 م ص 52.
- (7) قانون العقوبات الجزائري.
- (8) اتفاقية حقوق الطفل 1989م المادتين (32 - 34).
- (9) الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان نوفمبر 1950م (المادة 4).
- (10) الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة 2004م (المادة 10).
- (11) البروتوكول الأفريقي لحقوق المرأة لسنة 2003م (المادة 10).
- (12) دستور جمهورية السودان الانتقالي الصادر في العام 2005م (الملغى) الباب الثاني بعنوان وثيقة الحقوق المواد (27 - 50).
- (13) الوثيقة الدستورية الانتقالية أغسطس 2019م (المواد 3 - 47 49 - 50-).
- (14) قانون مكافحة الاتجار بالبشر السوداني لسنة 2014م (المادتين 3 - 7).
- (15) زيارة ميدانية لأقسام الشرطة - محلية دنقلا 2016م.
- (16) التقرير السنوي للولايات المتحدة الأمريكية 2017م.
- (17) حيدر سعدون المؤمن دراسة منشورة عبر الانترنت مبادئ الصياغة القانونية -ص4).
- (18) إعداد فارس وسمى الظفيري بحث بعنوان إبرام المعاهدات الدولية وتطبيقها في النظام القانوني الكويتي -- جامعة الشرق الأوسط - الكويت -ص17).
- (19) وزارة الداخلية السودانية - التقارير الجنائية السنوية للأعوام 2014م ص (23) والعام 2015م (151) والعام 2016م (ص 163).
- (20) www.Sudan economy net/Development/poverty pag.4tm
- (21) لواء د/ محمد فاروق عبد الحميد كامل - القواعد الفنية الشرطية للتحقيق والبحث الجنائي - الطبعة الاولى - الرياض أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - 1994م ص 17.

- (22) مرجع الدكتور ياسين عمر يوسف - المطول في شرح الإجراءات الجنائية والنظرية العامة للإثبات الجنائي - الطبعة الأولى - دار النهضة القاهرة لسنة 2007 م ص48.
- (23) قانون الاجراءات الجنائية السوداني لسنة 1991م المادة (4).
- (24) د/ محمد شريف بسيوني/ الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان/ الطبعة الثانية - 2005م ص 737.
- (25) د/ خالد ممدوح إبراهيم - فن التحقيق في الجرائم الالكترونية - الطبعة الأولى- دار الفكر الإسكندرية - لسنة 2010 م ص 249.

دور السلطتين التشريعية والتنفيذية في الرقابة على أجهزة مكافحة الفساد.

باحثة

أ.روعة سر الختم عبد الله عثمان

المستخلص:

تناولت الورقة البحثية دور السلطتين التشريعية والتنفيذية في الرقابة على أجهزة مكافحة الفساد. تمثلت مشكلة الدراسة في تشخيص طبيعة العلاقة السائدة بين السلطة التشريعية والتنفيذية وفقاً لما ورد في قانون الشفافية ومكافحة الفساد 2016م ومراجعة الإطار القانوني المنظم للعلاقات بين هذه السلطات كان لا بد من مراجعة الأسس النظرية الرئيسية، التي يقوم عليها مبدأ الفصل المتوازن بين السلطات في النظام السياسي وبيان موقع قانون مكافحة الفساد من السلطة التشريعية والتنفيذية لمكافحة الفساد. نبعت أهمية الدراسة من أن نطاق تأثير السلطة التشريعية على أعمال السلطة التنفيذية في ممارسة نوع من أنواع الرقابة التي يقررها الدستور على السلطة التنفيذية. وتقوم السلطة التشريعية في رقابتها للسلطة التنفيذية باستخدام أدوات ووسائل متعددة. هدفت الدراسة إلى بيان وجود سلطات أساسية في النظام السياسي وهي السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية، وتوضيح تمتع كل سلطة منها بصلاحيات واختصاصات أصيلة ومحددة في القانون الأساسي (الدستور) وبيان تمتع كل سلطة منها باستقلال نسبي عن الآخرين في عملها وفي آليات اتخاذ القرارات بما يسند لها من صلاحيات وضرورة وجود رقابة متبادلة وفعالة بين السلطات الثلاث حيث تمارس كل منها صلاحياتها تحت رقابة السلطات الأخرى أو رقابة أي جهة دستورية مفوضة من الشعب لضمان التزام كل سلطة بحدودها. إتبعنا الدراسة المنهج الإستقرائي والتحليلي. توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها إن توزيع السلطة يقضي على مبدأ المسؤولية وكيفية تحديدها الأمر الذي يؤدي بكل سلطة إلى التهرب من المسؤولية وإلقاء اللوم وعبء المسؤولية على السلطة الأخرى.. أوصت الدراسة بعدد من التوصيات من أهمها تهيئة منظومة تشريعية متكاملة تشمل صياغة الاستراتيجية الوطنية لحماية النزاهة ومكافحة الفساد وتفعيل قانون مكافحة الفساد وينبغي إعلاء قيمة ان الشفافية هي حجر الزاوية لأي ديمقراطية قوية.

Abstract

The research paper dealt with the role of the legislative and executive authorities in kinship over anti-corruption agencies. The problem of the study was to diagnose the nature of the prevailing relationship between the legislative and executive authority in accordance with what was stated in the Transparency and Anti-Corruption Law 2016, and to review the legal framework regulating the relations between these authorities. It was necessary

to review the main theoretical foundations on which the principle of balanced separation of powers in the political system is based and to clarify Anti-corruption law website from the legislative and executive branch to combat corruption. The importance of the study stems from the extent of the influence of the legislative authority on the actions of the executive authority in exercising the type of control that the constitution establishes over the executive authority. The legislative authority carries out its oversight of the executive authority by using multiple tools and means. The study aimed to demonstrate the existence of basic powers in the political system, namely the executive authority, the legislative authority, and the judicial authority, and to clarify the enjoyment of each authority with original and specific powers and competencies defined in the Basic Law (the Constitution) and to demonstrate that each authority enjoys relative independence from the others in its work and in the decision-making mechanisms that are assigned. It has the powers and the necessity of effective mutual control between the three authorities, as each of them exercises its powers under the supervision of the other authorities or the supervision of any constitutional body delegated by the people to ensure that each authority adheres to its borders. The study followed the inductive and analytical approach. The study reached a number of results, the most important of which is that the distribution of power eliminates the principle of responsibility and how it is defined, which leads every authority to evade responsibility and place the blame and burden of responsibility on the other authority ..The study recommended a number of recommendations, the most important of which is the creation of an integrated legislative system that includes the formulation of the national strategy to protect Integrity, fighting corruption and activating the anti-corruption law. The value of transparency should be the cornerstone of any strong democracy.

مقدمة:

إن تحقيق الفصل المتوازن بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وتفعيل الرقابة المتبادلة بينهما واحترام كل منها للاختصاصات الوظيفية المنوطة بالسلطة الأخرى وفقاً للقواعد الدستورية والقانونية المرعية والمعتمدة يساعد على بناء تنفيذ الضمانات لمكافحة الفساد.

أحدث تعديل القانون الأساسي السوداني لمكافحة الفساد مشروع قانون المفوضية القومية للشفافية 2016 تحولات هامة في بنية النظام السياسي حديث النشأة وذلك باتجاه الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، وبذلك تم تجاوز احد الإشكاليات الدستورية الناتجة عن تولي هذه السلطات من قبل رئيس السلطة المنتخب مباشرة من قبل الشعب وغير الخاضع لمساءلة أمام المجلس التشريعي، إلا أن النظام السياسي السوداني لم يستطع معالجة إشكاليات متعددة في موضوع العلاقة بين السلطات تمثلت في عدم وضوح صلاحية كل طرف في شأن من شؤون الحكم وعلاقة هذا الطرف مع الأطراف الأخرى بهذا الشأن وفي أحيان أخرى تتداخل الصلاحيات والاختصاصات فيما بينها.

أن السبب المباشر والظاهر للصراع بين السلطات في النظام السياسي السوداني يعود إلى عدم تحديد صلاحيات كل سلطة منها بشكل دقيق في القانون الأساسي والقوانين والأنظمة ذات العلاقة بعملها، إضافة إلى أسباب أخرى لهذا الصراع من قبيل التداخل في بعض الصلاحيات بين السلطات أو نتيجة لتجاوز احدها لصلاحيات السلطة الأخرى في الممارسة الواقعية.

أحادية السلطة التنفيذية

وظائف السلطة التنفيذية:

نصت المادة (49) من دستور جمهورية السودان الانتقالي لسنة 2005م على أن : (تتكون السلطة التنفيذية القومية من رئاسة الجمهورية ومجلس الوزراء القومي) ورئاسة الجمهورية تتكون من رئيس الجمهورية ونائبين حسب نص المادة(51) ونص البند (2-3-5) من اتفاقية السلام الشامل لسنة 2005م، على أن يكون الرئيس الحالي للحركة الشعبية لتحرير السودان أو خلفه هو النائب الأول، وعليه فإن رئاسة الجمهورية تتكون من رئيس الجمهورية والنائب الأول والنائب. فإذا كانت السلطة التنفيذية مركبة بهذه الصورة المعقدة، فكيف تمارس وظائفها؟.

كيفية ممارسة السلطة التنفيذية لوظائفها⁽¹⁾:

لقد نص الدستور على أن يمارس رئيس الجمهورية سلطات منفردة وأخرى يمارسها بعد مشاورة النائب الأول وأخرى أيضاً يمارسها بعد موافقة النائب الأول، كما أن له سلطات يمارسها من خلال مجلس رئاسة الجمهورية.

أما النائب الأول فهو كذلك يمارس سلطات منفردة وأخرى يمارسها مع رئيس الجمهورية سواء بالمشاورة أو الموافقة وأخرى يمارسها من خلال رئاسة الجمهورية.

في حين أن النائب الأول يمارس سلطات منفرداً وأخرى يمارسها من خلال رئاسة الجمهورية . وجميعهم يمارسون سلطات من خلال مجلس الوزراء القومي.

(أ) اختصاصات رئيس الجمهورية⁽²⁾ :-

نصت المادة (58) في بندها الأول على أن:

(1) رئيس الجمهورية هو رأس الدولة و الحكومة ويمثل إدارة الشعب وسلطات الدولة⁽³⁾، وله في ذلك ممارسة الاختصاصات التي يمنحها له هذا الدستور واتفاقية السلام الشامل، ومع عدم الإخلال بعموم ما تقدم يتولى المهام التالية:-

- (أ) يصون أمن البلاد ويحمي سلامتها .
- (ب) يشرف على المؤسسات الدستورية التنفيذية ويقدم نموذجاً للقيادة في الحياة العامة
- (ج) يعين شاغلي المناصب الدستورية و القضائية وفقاً لنصوص هذا الدستور والقانون
- (د) يرأس مجلس الوزراء القومي .
- (هـ) يدعو الهيئة التشريعية القومية للانعقاد أو يؤجل انعقادها أو ينهى دورتها .
- (و) يعلن الحرب وفقاً لنصوص هذا الدستور والقانون.
- (ز) يعلن وينهى حالة الطوارئ وفقاً لنصوص هذا الدستور والقانون .
- (ح) يبتدر التعديلات الدستورية والتشريعات ويصادق على القوانين .
- (ط) يصادق على أحكام الإعلام ويمنح العفو ويرفع الإدانة ويخفف العقوبة وفقاً لهذا الدستور والقانون القومي .
- (ي) يمثل الدولة في علاقاتها الخارجية ويعين سفراء الدولة ويعتمد السفراء الأجانب .
- (ك) يوجه السياسة الخارجية ويشرف عليها ويصادق على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بموافقة الهيئة التشريعية القومية .
- (ل) (ل) ينشد رأى المحكمة الدستورية في أي مسألة تنشأ حول الدستور.
- (م) (م) أي مهام أخرى يحددها هذا الدستور و القانون.

ونصت المادة(58) في بندها الثاني على أنه:

(2) دون إخلال بما جاء في أحكام البند(1) يصدر رئيس الجمهورية قراراته بموافقة النائب الأول بشأن المسائل التالية :-

- أ. إعلان حالة الطوارئ وإنهائها⁽⁴⁾.
- ب. إعلان الحرب⁽⁵⁾.
- ج. التعينات التي يجريها رئيس الجمهورية حسبما وردت في الملحق(ب) (1) من اتفاقية السلام الشامل⁽⁶⁾.
- د. دعوة الهيئة التشريعية للانعقاد أو تأجيل انعقادها أو إنهاء دورتها⁽⁷⁾.

(ب) مهام النائب الأول لرئيس الجمهورية:

نصت المادة (63) في فقرتها الأولى على اختصاصات النائب الأول لرئيس الجمهورية بقولها:

- (1) يختص النائب الأول لرئيس الجمهورية بالآتي:
- (أ) القيام بمهام رئيس الجمهورية في حالة غيابه وفقاً لنصوص هذا الدستور.
- (ب) عضوية مجلس الوزراء القومي.

(ج) عضوية مجلس الأمن القومي.

(د) عضوية المجلس الرئاسي في فترة ما قبل الانتخابات.

(هـ) رئاسة المجلس الرئاسي في فترة ما بعد الانتخابات وذلك في حالة خلو منصب رئيس الجمهورية.

(و) أي اختصاص أو تكليف آخر يوكله له رئيس الجمهورية.

(ج) مهام نائب رئيس الجمهورية:

نصت المادة (63) في فقرتها الثانية على اختصاصات نائب رئيس الجمهورية بقولها:

(2) يختص نائب رئيس الجمهورية بالآتي:

(أ) القيام بمهام رئيس الجمهورية والنائب الأول في حالة غيابها وفقاً لنصوص هذا الدستور.

(ب) عضوية مجلس الوزراء القومي.

(ج) عضوية المجلس الرئاسي والقائد الأعلى للقوات المسلحة السودانية في حالة خلو منصب رئيس

الجمهورية وذلك وفقاً للمادتين (66) و(67) من هذا الدستور.

(د) عضوية مجلس الأمن القومي.

(هـ) أي اختصاص أو تكليف آخر يوكله له رئيس الجمهورية مع مراعاة التسلسل الهرمي لرئاسة

الجمهورية.

(د) مهام مجلس الوزراء القومي⁽⁸⁾:

نصت المادة (72) على أن تكون لمجلس الوزراء القومي المهام التالية:

(أ) تخطيط سياسات الدولة.

(ب) إنفاذ اتفاقية السلام الشامل.

(ج) ابتدار مشروعات القوانين القومية والموازنة العامة القومية والمعاهدات والاتفاقيات الثنائية والمتعددة

الأطراف.

(د) تلقي التقارير حول الأداء الوزاري القومي للمراجعة و اتخاذ القرار .

(هـ) تلقي التقارير حول الأداء التنفيذي للولايات للعلم أو بهدف التنسيق، على أن يتم تلقي التقارير في

حالة ولاية من جنوب السودان عبر حكومة جنوب السودان .

(و) تلقي التقارير بشأن المسائل المشتركة أو المتبقية و التقرير، وفقاً للجدولين (هـ) و(و) من هذا الدستور،

فيما إذا كانت له صلاحية ممارسة هذه الاختصاصات. فإذا ما قرر لاختصاصه بها، يقوم بإخطار

مستويات الحكم الأخرى برغبته في ممارسة ذلك الاختصاص، وفي حالة الاعتراض على ذلك من

قبل أي مستوى حكم، تشكل لجنة بواسطة المستويات المعنية لتسوية المسألة ودياً قبل اللجوء

للمحكمة الدستورية.

(ز) أي مهام أخرى يسندها له رئيس الجمهورية والقانون .

بالإضافة إلى هذه الأجهزة التنفيذية المتمثلة في رئيس الجمهورية والنائب الأول والنائب ثم المجلس

الوزراء القومي، هنالك الرئاسة الذي يتولى مهام في حالتين⁽⁹⁾

إذا شغل منصب رئيس الجمهورية قبل الانتخابات، ينشأ مجلس رئاسي برئاسة رئيس المجلس الوطني وعضوية النائب الأول والنائب ويمارس وظيفة بتوافق الآراء أي بإجماع الآراء، وهذا لا يكون إلا في النظام (الكونفدرالي)، وتثور المشكلة إذا ما وقع اختلاف بين آراء أعضاء المجلس، هل يصدر قراره بالأغلبية أم يلجأ إلى جهة أخرى.

- هذا ما لم يجب عليه الدستور (المادة 66).

الحالة الثانية: إذا شغل منصب رئيس الجمهورية بعد الانتخابات، فيشكل المجلس الرئاسي برئاسة النائب الأول وعضوية النائب وريس المجلس الوطني، ويتخذ قراره أيضاً بتوافق الآراء حسب نص المادة (67) من هذا الدستور .

حيث إن رئيس الدولة هو نفسه رئيس الحكومة ينتخبه الشعب بواسطة الاقتراع المباشر وهو ما يجعل كلا من البرلمان والسلطة التنفيذية في كفة واحدة ، لأن كليهما منتخبين بمعرفة الشعب وهو صاحب السيادة الحقيقية ، ورئيس الدولة في هذا النظام هو الذي يقوم باختيار الوزراء الذين يساعدونه كما له حق عزلهم ، كما أن الوزراء يخضعون لرئيس الجمهورية خضوعاً تاماً ويتبعون السياسة العامة التي يضعها الرئيس ، لهذا فهم ليسوا مسؤولين أمام البرلمان بل أمامه فقط ، الشيء الذي يجعل الوزراء مجرد كتاب للدولة فهم يطبقون توصيات وبرنامج الرئيس⁽¹⁰⁾

الفصل التام بين السلطات: وهنا أيضاً نلاحظ التقابل والاختلاف الجوهرى بين النظام البرلماني والنظام الرئاسي ، ففي النظام البرلماني يوجد تعاون ورقابة متبادلة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية فالفصل بين السلطتين هو إذن فصل نسبي أو مرن ، ولكن في النظام الرئاسي تسود فكرة الفصل التام بين السلطات ، فلقد تأثر واضعوا الدستور الأمريكي في عام 1787م بأفكار مونتسكو عن مبدأ الفصل بين السلطات ، ولكنهم لم يأخذوا بالفصل المرن بل أرادوا تحقيق الفصل التام بين السلطة التشريعية والتنفيذية دون أي تداخل بين السلطتين، وذلك بهدف تحقيق التوازن والمساواة بينهما⁽¹¹⁾

السلطة التنفيذية: الرئيس هو الذي يتولى تحديد سياسة الدولة داخلياً وخارجياً، ويشرف علي تنفيذها عن طريق الأعوان الذين يختارهم، وهو يتصرف في كافة هياكل وأجهزة الدولة ومرافقها وتتمتع بالسلطة التنظيمية، وليس له الحق في المبادرة بالتشريع بطرق مباشرة رسمية، حتي وإن كان يمارس ذلك بطرق غير مباشرة.

يتكون البرلمان من نواب منتخبين من طرف الشعب ، وقد يتشكل من مجلس واحد أو مجلسين والبرلمان مستقل تماماً عن الرئيس .

السلطة القضائية: تتمثل في الأجهزة القضائية والتي يأتي علي قممتها المحكمة العليا الدستورية وهي مستقلة في ممارسة وظيفتها ، لأن القضاة بالرغم من تعيينهم من طرف الرئيس، ويبقون أحياناً مدي الحياة مما يؤدي بشعورهم بالاستقلالية والحرية وكذلك تمتعهم بالحصانة⁽¹²⁾

لا يجوز الجمع بين المنصب الوزاري وعضوية البرلمان.

لا يجوز للوزراء دخول البرلمان لشرح سياسة الرئيس أو الدفاع عنها أو حتى لمناقشتهم من جانب البرلمان.

ليس من حق رئيس الجمهورية اقتراح القوانين علي البرلمان .

ثنائية السلطة التنفيذية:

تتميز السلطة التنفيذية في النظامين البرلماني وشبه الرئاسي، بثنائيتها حيث تتوزع على جهتين، الأولى هي رئيس الدولة أو الملك والجهة الثانية هي الحكومة، وإذا كان الملك في الانظمة البرلمانية يصل إلى السلطة عن طريق الوراثة كما في إنجلترا وبلجيكا والعديد من الدول الأوروبية الاخرى، فإن الرئيس في الأنظمة البرلمانية ينتخب من طرف البرلمان كما هو الشأن في النظام التركي، أما في النظام شبه الرئاسي، والذي يعتمد في فرنسا، فإن رئيس الدولة ينتخب من طرف الشعب بالاقتراع العام المباشر بالأغلبية المطلقة في الدورة الأولى، والأغلبية النسبية في الدورة الثانية بالنسبة للمرشحين الاثنين الحاصلين على أكبر نسبة من الأصوات في الدورة الأولى

إلى جانب رئيس الدولة في النظامين البرلماني وشبه الرئاسي، نجد الحكومة المنبثقة عن البرلمان برئاسة وزير أول، وتضم وزراء وكتاب دولة، ويعين رئيس الدولة الوزير الأول من الحزب الفائز بأغلبية المقاعد في الانتخابات التشريعية، ويتم تعيين باقي الوزراء عبر تسميتهم من طرف رئيس الدولة بعد اقتراحهم من قبل الوزير الأول، والملاحظ أنه ليس هناك اختلاف كبير بين النظامين البرلماني وشبه الرئاسي من حيث تشكيل الحكومة، لكنهما يختلفان في منصب رئيس الدولة، حيث يحافظ النظام البرلماني على الوراثة أو الانتخاب الغير المباشر للرئيس من طرف البرلمان، عكس النظام شبه الرئاسي الذي يلتقي مع النظام الرئاسي في الانتخاب المباشر لرئيس الدولة من طرف الشعب، وهذا التشابه أو الاختلاف في تشكيل السلطة التنفيذية ينعكس على اختصاصاتها في هذه الأنظمة السياسية⁽¹³⁾.

حيث ظهر مفهوم نظام الثنائية إنعكاساً لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يقضي بإسناد خصائص السيادة التي يختلف بعضها عن بعض، إلى أفراد وهيئات مختلفة ومستقل بعضها عن بعض، ولئن كانت الأمة هي مصدر السيادة فهي التي تسند هذه الخصائص المستقلة والمختلفة إلى الهيئات المستقلة والمختلفة⁽¹⁴⁾.

وسائل الرقابة التي تترتب عنها المسؤولية مفهوم الرقابة:

تعريف الرقابة: الرقيب: الحافظ والمنتظر، وبابه دخل و (رقبه) و (رقبانا) أيضا يكسر الراء فيهما، و (راقب) الله تعالى أي خافه و (الترقب)، و(الارتقاب) بمعنى الانتظار⁽¹⁵⁾

وقال ابن فارس: الراء والقاف والباء اصل واحد يدل على انتصاب لمراعاة شيء واستعمل لفظ (رقيب) في اللغة العربية للدلالة على أكثر من معنى ومن ابرز هذه المعاني: الانتظار لترقية وارتقبه أي انتظره، والترقب هو الانتظام وتوقع الشيء والرقيب هو المنتظر.

بمعنى الحفظ والحراسة: من رقب الشيء يرقبه وراقبه مراقبة ورقابا أي حرسه. والرقيب هو الحافظ الذي لا يغيب عنه شيء، وراقب القوم هو الحارس الذي يشرف على مراقبة ليحرسهم. فالرقيب إذا هو الحارس الحافظ.

بمعنى الإشراف والعلو: من ارتقب المكان أي اشرف عليه وعلا، والمرقب والمرقبة الموضع المشرف الذي يرتفع

عليه رقيب والجمع مراقب وهي ما ارتفع من الأرض⁽¹⁶⁾
المطلب الثاني: السلطات المخولة للجهة القائمة بإعمال الرقابة:
يمكن تقسيم الرقابة إلى عدة أقسام :

النوع الأول - الرقابة الإدارية:

أولاً: وهي تلك التي تكون مهمتها جمع البيانات وتحليلها للوصول إلى نتائج معينة للتأكد من تطبيق القوانين واللوائح والتعليمات وتحقيق الأهداف الموضوعية بكفاءة تامة مع وجود سلطة التوجيه باتخاذ القرارات المناسبة لتجنب أي انحراف أمر مخالفات، فدور هذا النوع من الرقابة ينتهي عند اكتشاف الأخطاء والمخالفات والتنبيه إليها أمر إحالتها للسلطات المختصة⁽¹⁷⁾

وعند البعض الآخر كان الرقابة الإدارية هي التي تباشرها الحكومة وهي اشمل من الرقابة السلطة التنفيذية لأنها اعم واشمل في المضمون الحقيقي المختلف حول الرقابة التي تباشرها الحكومة على المؤسسة العامة، ذلك أن الرقابة لا تمارس فقط على عمليات للتنفيذ بل تمتد أساسا على عمله التخطيط ورسم أساسية العامة للمؤسسة وتشمل أيضاً الرقابة الفنية والرقابة المالية⁽¹⁸⁾

تري الباحثة أن الإدارة تمارس على أعمالها ونشاطاتها رقابة داخلية للتحقيق من مدى مشروعية تصرفها ومدى مطابقة هذه التصرفات للقانون والصالح العام وتأخذ هذه الرقابة من الناحية العملية صورتين:

الصورة الأولى: الرقابة بناء على تظلم:

يعد التظلم الإداري باعث ومحرك الرقابة الإدارية تقديم صاحب العلاقة أو الشأن وعليه فان طريقة ووسيلة من الوسائل القانونية التي تسمح بإصدار قرار إداري متفق مع القانون.

الصورة الثانية: الرقابة الذاتية:

تمارس الإدارة رقابة ذاتية من تلقاء نفسها وتقوم بسحب قراراتها غير المشروعة أو إلغائها أو تعديلها وفقا للقانون أو مقتضيات المصلحة العامة، فان رأت الإدارة أنها أصدرت قرار غير مشروع أو غير ملائم قامت بإلغائه أو تسميته أو تبديله وفقا لقواعد الإلغاء أو الشجب^{(19) (20)}.

ثانياً: الرقابة القضائية:

وهي تكون التي تتولاها هيئة قضائية تكون مسئولة عن إجراء عمليات الرقابة واكتشاف المخالفات ويعهد إليها بمحاكمة المسؤولين عنها وإصدار العقوبات اللازمة، فمن حق هذه الهيئات أو الأجهزة سلطة توقيع الجزاء عند وقوع المخالفة. ونجد أن الدول اللاتينية مثل فرنسا وإيطالي وبلجيكا تأخذ بنظام الرقابة القضائية⁽²¹⁾ وفي فرنسا يباشرها جهاز قضائي محكمة المحاسبة⁽²²⁾

تري الباحثة أن هذا النوع يتميز عن الرقابة الإدارية مما يتمتع به من سلطات قضائية التي قد تطول أمامها الإجراءات بما يؤخر توقيع العقاب. والاتجاه المطبق في جمهورية مصر العربية هو الأخذ بنظام الرقابة الإدارية وذلك لعدم تحويل أجهزة الرقابة المالية كالجهاز المركز للمحاسبات ووزارة المالية إلى صفة قضائية.

ثالثاً: الرقابة السياسية:

وسميت بالرقابة السياسية بالنظر إلى الجهة التي تمارس الرقابة وغالباً ما تمارس هنا بواسطة هيئة أو لجنة أو مجلس ذو طابع سياسي.

في العهود القديمة كثيراً ما كان يستأثر بالسلطة حاكم فرد في بلد من البلاد ولا يقبل التعقيب على تصرفاتها لمتصلة بسنوات الحكم وبالتالي كانت تعزز الرقابة على هذه التصرفات بأي صورة من الصورة كان يدعم انفراده بالسلطة سيطرته على القوة في البلاد كالجيش والسلطة، وكان من الصعب أن يخضع مثل هذا الحاكم لسيادة القانون وبالتالي تسهل الرقابة على أعماله في حالة خضوعه⁽²³⁾

والرقابة السياسية هي التي يمارسها المجتمع عن طريق الأجهزة الشعبية سواء كانت ممثلة على مستوى الأمة أو على مستوى الوحدات الإقليمية أو الإنتاجية كما نعني بها رقابة الفرد على النشأة العامة باعتباره يمارس أحد حقوقه السياسية⁽²⁴⁾

السلطتين التشريعية والتنفيذية ودورهما في الرقابة علي مكافحة الفساد السلطة التنفيذية:

إن دور السلطات العامة في الدولة والمتمثلة بالسلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية في مجال مكافحة الفساد متكامل، فكل واحدة تكمل دور الأخرى ، فلا يمكن للسلطة التشريعية أن تكافح الفساد بمفردها من خلال التشريع ، لأن التشريع يتطلب تنفيذاً وهو ما تقوم به السلطة التنفيذية ، ولا يمكن للسلطة التنفيذية أن تقوم بدورها في هذا المجال بدون إطار تشريعي متكامل برقابة عليها من السلطة التشريعية ، كما أن القانون إذا لم ينفذ أو نفذ بطريقة خاطئة أو بتعسف أو ارتكبت أفعال مخالفة له عندئذ يأتي دور القضاء الذي يفضل في القضايا المعروضة عليه وفقاً للقانون⁽²⁵⁾

وتزداد أهمية دور السلطة التشريعية في مكافحة الفساد إذا كانت بعض التشريعات سبباً من أسبابه مثل النصوص التي تمنح صلاحيات تمكن حاملها من التصرف بممتلكات وموارد مؤسساتهم وتوزيع المناصب فيها وفق الهوى والحصول علي كل ما يريدون ، وبهذا يصبح الفساد قانونياً وينتشر من مكانه الأولي في نفوس الفاسدين والمفسدين إلى التشريعات التي يصبح في مقدور البعض العبث بها وتكييفها حسب أهوائهم . وكذلك إذا لم تؤد السلطة التشريعية دورها التشريعي والرقابي بالشكل المطلوب وتكون بحاجة إلى الإصلاح ، وفي هذه الحالة يجب دراسة الأسباب التي تعيق قيام السلطة التشريعية⁽²⁶⁾

إن السلطة التشريعية هي إحدى أهم ركائز النظام السياسي ودورها حاسم وفعال في مكافحة الفساد والحفاظ على حقوق الإنسان حيث أنها تمسك بأهم الآليات اللازمة لذلك من خلال التشريع والرقابة على أداء مختلف القطاعات، وعلية يمكن القول أن دور السلطة التشريعية في مكافحة الفساد وحقوق الإنسان يتمثل في مسارين: الأول: تشريع القوانين اللازمة والناجعة لتجريم الفساد بصورة مختلفة وتجفيف منابعه ووضع القوانين لإنشاء الهيئات المتخصصة في مكافحة الفساد وإيجاد الغطاء التشريعي لهيئته شروط النزاهة للموظفين من خلال تحسين ظروف عملهم وتعديل رواتبهم، وكذلك منع ووقف الحصانات التشريعية من الملاحقة الجزائية ومنع تغول القطاع العام والعمل على تقليصه والحد من وظائفه وفرض القوانين المتعلقة في الشفافية والمساءلة وحقوق الإنسان وقوانين الوصول إلى المعلومات في مختلف القطاعات ولا سيما القطاع العام. الثاني: تفعيل الرقابة والمساءلة البرلمانية بصورها المختلفة للجهات التنفيذية، إن دور السلطة

التشريعية المغيب في الحالة الفلسطينية ومنذ سنوات عديدة -عشر سنوات- له أثر سلبي على الدورين السابقين حيث ان مهمة التشريع كما نص عليها القانون الأساسي الفلسطيني غير مفعلة و يقتصر الأمر على حالة الضرورة والتي تعرف بالقرارات بقانون التي يصدرها رئيس الدولة إلى حين انعقاد المجلس التشريعي للتصويت عليها إما سلباً أو إيجاباً وهذا أمر له ما له وعليه ما عليه، وليس هنا محل نقاشه⁽²⁷⁾

السلطة التنفيذية:

للسلطة التنفيذية دور مهم جداً في مكافحة الفساد، إذ أنه يبدأ من اعتماد مبدأ الرجل المناسب في المكان المناسب، وهذا المبدأ لو تم تطبيقه ولا سيما في تولي الوظائف الحساسة كان له أبلغ الأثر في التخفيف من أشكال الفساد المختلفة، فمناصب مثل منصب المراقب العام والمفتش العام ورؤساء الهيئات الرقابية العامة وهيئات انفاذ القانون حينما يتم اختيارها بشكل نزيه ومستقل وبعيدا عن التجاذبات والحسابات السياسية والحزبية والفتوية يسهم بشكل كبير في محاصرة مظاهر الفساد ويعزز قيم حقوق الإنسان والحريات العامة. كما أن السلطة التنفيذية هي صاحبة اليد الطولى في التصرف في المال العام وفي تنفيذ الاحكام القضائية وتطبيق التشريعات ذات العلاقة لذلك كله يمكن القول انها أي السلطة التنفيذية هي اللاعب الأساسي في محاربة الفساد والحد منه ومكافحته وانحساره⁽²⁸⁾.

السلطة القضائية: أن دور السلطة القضائية في مكافحة الفساد له مسارين: مسار عقابي علاجي، وآخر وقائي، فالمسار الأول يعمل من خلال المعاقبة على أعمال الفساد المجرمة حسب ما تنص عليه قوانين العقوبات أو القوانين الخاصة التي يطبقها القضاة في المحاكم، أما المسار الثاني فمآله إلى ما يحدثه المسار الأول من ردع للمجرم أو من يفكر بعمل ما فيه جرم أو فساد من أي نوع كان، ولتحقيق ذلك لابد من تكامل أجنحة العملية القضائية الثلاث من قضاة ونيابة ودوائر تنفيذ. بحيث تحقق الرغبة والقدرة لتطبيق القانون وبالتالي الحصول على الثمرة المرجوة.

ترى الباحثة ان هذه المعطيات وغيرها من نظم إدارية وقانونية حتى تؤتي أكلها لابد أن يكون لدينا قضاة مهنيون ذوي كفاءه وأمانه ونزاهة واستقلالية، فإن لم تتوفر هذه الصفات. مع ما سبق لا يمكن أن تلعب السلطة القضائية دوراً فاعلاً في مكافحة الفساد وصون حقوق الإنسان.

واقع وطبيعة الاجراءات المتخذة لمكافحة الفساد:

السلطة التشريعية: تكوين وانتخاب السلطة التشريعية: تتكون السلطة التشريعية العراقية وفق لدستور عام 2005 النافذ من مجلسين هما مجلس النواب ومجلس الاتحاد⁽²⁹⁾، ويمثل اعضاء مجلس النواب الشعب العراقي بأكمله بنسبة مقعد واحد لكل مائة الف نسمة، اما مجلس الاتحاد فأنة يضم ممثلين عن الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة باقليم، وكان يفترض ان يصدر قانون يسن باغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب ينظم تكوين مجلس الاتحاد وشروط العضوية فيه واختصاصاته وكل ما يتعلق به⁽³⁰⁾، الا ان هذا القانون لم يصدر لحد الان (ايار- مايو 2016) فظل الجناح الثاني للسلطة التشريعية مغيباً. وينتخب اعضاء مجلس النواب بالاقتراع السري المباشر وفقاً لقانون انتخاب مجلس النواب رقم 45 لسنة 2013 الذي اعتبر بموجب المادة (11) منه عدد اعضاء مجلس النواب 328 نائب منهم 320 للمكونات الرئيسية و8 مقاعد للاقلييات.

الوضع في السودان:

النظام القانوني للمفوضية القومية لمكافحة الفساد في القانون السوداني

وقع السودان علي اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في 14 يناير 2005م وصادق عليها في 5 سبتمبر 2014م وقد نصت اتفاقية الأمم المتحدة علي مصطلح مكافحة الفساد الي مرتبة الالتزام الدولي علي نحو فرض وجوده في معظم سياسات وتشريعات الدول وفي سنة 2005م بعد التوقيع علي اتفاقية السلام صدر دستور السودان الانتقالي والذي اقرت المادة 16 من الدستور في الفصل الثاني بعنوان المبادئ الهادية والموجهات نصت المادة (16) علي (تسن الدولة القوانين وتنشئ المؤسسات للحد من الفساد والحيولة دون اساءة استخدام السلطة ولضمان الطهارة في الحياة العامة) وفي فبراير 2011م كشفت الحكومة عن قيام مفوضيه لمحاربة الفساد ثم شكلت لجنة لاحقاً لاعداد مشروع قانون مفوضيه مكافحة الفساد وفي يناير 2012م اصدر رئيس الجمهورية قرار بانشاء اليه لمكافحة الفساد بأجهزة الدولة وبعد مضي عام تم اعفاء رئيس الاليه من منصبه ولم يتم تعيين رئيس اخر للآلية

في يناير 2016م اقر البرلمان قانون المفوضية القومية القومية للشفافية والاستقامة ومكافحة الفساد لسنة 2016 في جلسته رقم 39 من دوره الانعقاد الثاني بتاريخ 20 يناير 2016م كما قررت اللجنة الدائمة المشتركة للمجلسين في اجتماعها رقم 6 بتاريخ 28 يناير 2016م ان هذا القانون لا يؤثر علي مصالح الولايات كما اجازت الهيئة التشريعية القومية بناء علي ملاحظات رئيس الجمهورية تعديلات في المادة 25 المتعلقة بالحصانات من القانون وضمنتها بالقانون بجلستها رقم 5 بتاريخ 22 يونيو 2016م ووافق ووقع رئيس الجمهورية بتاريخ 30 يونيو 2016م ويعمل به من تاريخ التوقيع عليه .

الخاتمة:

النتائج:

1. ان مبدأ الفصل بين السلطات يؤدي الى تحقيق شرعية الدولة، فهو يعد وسيلة فعالة لكفالة الاحترام القوانين وحتى تطبيقها، واذا اجتمعت السلطات الثلاث سوف تخلع عن القانون حدته وعموميته.
2. إن توزيع السلطة يقضي على مبدأ المسؤولية وكيفية تحديدها الأمر الذي يؤدي بكل سلطة من التهرب من المسؤولية وإلقاء اللوم وعبء المسؤولية على السلطة الأخرى.
3. إجماع الفقه السياسي المعاصر على أن نظرية الفصل بين السلطات في إطارها التقليدي لم تعد تستند بفعل الظروف السياسية المتغيرة و التي عمت المجتمعات الإنسانية كلها إلى أساس كاف من الواقعية وذلك في العديد من الأسباب التي يمكن إجمالها في الآتي:
4. أن نظرية مونتيסקيو ظهرت في فترة تاريخية كانت النظرة الغالبة فيها إلى الحكومة هي أن بطبيعتها الكامنة استبدادية، وأنها ما لم تقيد بكل ما هو ممكن من الضوابط الرادعة.

التوصيات:

1. ضرورة العمل على مبدأ فصل السلطات بما يحقق شرعية الدولة ويشجع على احترام القوانين وتطبيقها
2. تشديد الرقابة على توزيع السلطة حتى يقضي على مبدأ المسؤولية بكل سلطة من التهرب من المسؤولية وإلقاء اللوم وعبء المسؤولية على السلطة الأخرى.
3. لابد أن يكون لدينا قضاة مهنيون ذوي كفاءه وأمانه ونزاهة واستقلالية، فإن لم تتوفر هذه الصفات. مع ما سبق لا يمكن أن تلعب السلطة القضائية دورا فاعلا في مكافحة الفساد وصون حقوق الإنسان.
4. ينبغي إعلاء قيمة أن الشفافية هي حجر الزاوية لأي ديمقراطية قوية.

المصادر والمراجع:

- (1) راجع، أ. د. سليمان الطماوى: السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص 228 وما بعدها.
- (2) د. سليمان الطماوى: السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص 292
- (3) في شأن مبدأ الرياسة الجماعية ومبدأ الرئاسة الفردية للدولة، راجع أ. د. سليمان محمد الطماوى: السلطات الثلاث .. المرجع السابق، ص 230
- (4) ميرغنى النصرى : مبادئ القانون الدستوري ...، ص 606.
- (5) أنظر المادة : (210)، (211)، (212) من هذا الدستور ..
- (6) أنظر المادة (213) من هذا الدستور ..
- (7) أنظر المواد: (62)، (120)، (121)، (130) من هذا الدستور.
- (8) أنظر المادة (58) (2) (د) من هذا الدستور ..
- (9) أن مجلس الوزراء هو نظام برلمانى لا يعرف النظام الرئاسي. ومن ثم فإن الاصطلاح الأدق في النظام الرئاسي هو الحكومة، الذى يشمل رئيس الدولة ومعاونيه من الوزراء .. راجع في تفصل ذلك أ.د. سليمان الطماوى: السلطات الثلاث، المرجع السابق، ص 278 وما بعدها .
- (10) أنظر المادتين (66، 67) من الدستور الانتقالي لسنة 2005م ، راجع، د. يس عمر يوسف : النظم السياسية، المرجع السابق، ص 285.
- (11) د. محمد كامل ليلة، النظم السياسية، الدولة والحكومة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971م، ص 570.
- (12) د. عبد الفتاح ساير داير ، القانون الدستوري ، طبعة 1959م ، ص 347 وما بعدها.
- (13) د. محمد كامل ليلة ، مرجع سابق، ص 660.
- (14) رقية المصدق، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الجزء الأول، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، 1986، ص: 153
- (15) علي حسني، القانون الدستوري وعلم السياسة ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1999 ، ص 177
- (16) د. السيد صبري، حكومة الوزارة (مجموعة محاضرات) مكتبة عبد الله وهبه، 1945م، ص 7.
- (17) الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي معجم مختار الصحاح ، اخراج دائرة المعاجم في مكتبة لبنان، مكتبة لبنان 1988م.
- (18) حمزه جمال. محرك البحث www.google.com - بحث بعنوان مفهوم الرقابة الشرعية،
- (19) المرجع السابق، ص 26.
- (20) د. فريد علواش، آليات حماية القاعدة القانونية الدستوري في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الازارطة، الجزائر، 2010م، ص 134.
- (21) د. السيد خليل هيكل، الرقابة على المؤسسات العامة بالإنتاجية والاستهلاكية، الناشر المعارف، الاسكندرية جلال حربي وشركاه، 1971م، ص 155.

- (22) د. فريد علواش، آليات حماية القاعدة القانونية الدستوري في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الازارطة، الجزائر، 2010م، ص134.
- (23) نجيب بطرس، الرقابة على الأموال في بلجيكا، المطبعة التجارية، 1960م.
- (24) د. احمد ابراهيم- محكمة المحاسبة الفرنسية واساليبها في الرقابة المالية، دار الفصول للنشر، ص 42.
- (25) آليات حماية القاعدة القانونية الدستورية في الجزائر، مرجع سابق، ص 126.
- (26) لرقابة على المؤسسات العامة الانتاجية والاستهلاكية، مرجع سابق، ص 157.
- (27) د. عصام عبد الفتاح مطر ، الفساد الإداري ، ماهيته أسبابه ، مظاهره ، الوثائق العالمية والوطنية المعنية بمكافحته دور الهيئات والمؤسسات الحكومية وغير الحكومية في مواجهة الفساد ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011م، ص 421.
- (28) د. هاشم الشمري ، الفساد الإداري والمالي وأثاره الاقتصادية والاجتماعية ، مطبعة البازروني ، عمان ، 2011م، ص 175.
- (29) القاضي الرحيم حسن العكيلي، الفساد تعريفه واسبابه واثاره ووسائل مكافحته». www.nazaha.iq
- (30) د. هاشم الشمري ، مرجع سابق، ص 175.
- (31) رحيم حسن العكيلي الفساد تعريفه واثاره مرجع سابق صفحة 29 - 30
- (32) نصت المادة (48)من الدستور العراقي لعام 2005:(تتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد)
- (33) نصت المادة (65): (يتم انشاء مجلس تشريعي يدعى بـ(مجلس الاتحاد) يضم ممثلين عن الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم، وينظم تكوينه وشروط العضوية فيه واختصاصاته وكل ما يتعلق به بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب)
- (34) مقال منشور على الانترنت بتاريخ 2018/6/2م www.sudan.akhbar.com
- (35) المجلس الوطني - تشريع - دور الانعقاد الثالثة