



مجلة القلزم



ISSN: 1858 - 9979

للدراستات السياسية والقانونية

مجلة علمية دولية محكمة ربع سنوية

في هذا العدد :

- أثر الانذار بالإخلاء على عقد الإيجار في القانون السوداني.
د. الواصل عطا المنان محمد أحمد
- القواعد القانونية المنظمة للطائرة على ضوء التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية
د. عثمان النور عثمان الحاج
- موقف التشريعات من حق المتهم في الصمت
أ. فواز جبير فتيخان - د. ضياء الدين حمزه حمد
- موقف القانون السوداني من الوسائل الفنية لقواعد الإسناد (دراسة تحليلية مقارنة)
د. جودة إبراهيم محمد النور رحمة
- تطور حقوق الانسان والحريات العامة (دراسة قانونية تحليلية)
أ. سندس شكر نوري - د. عمر محمد علي



العدد الثامن ربيع الثاني 1443هـ - ديسمبر 2021م

مجلة القلزم للدراسات السياسية والقانونية علمية دولية محكمة - العدد الثامن - ربيع الثاني 1443هـ - مارس 2021م

ردمك ISSN: 1858 - 9979



دار آريثريا للنشر والتوزيع
Arrythria for Publishing and Distribution

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- السوق العربي
الخرطوم- السودان
ردمك: 1858-9979

مجلة القلم للدراسات السياسية والقانونية

الهيئة العلمية والإستشارية

- أ.د. خريف عبد الوهاب - جامعة لوئيسي علي - البليدة-02 الجزائر
أ.د.محمد حسين أبو صالح_ جامعة أم درمان الإسلامية - السودان
أ.د.حسين بشير نور الدائم_ جامعة الزعيم الأزهري - السودان
أ.د. آدم محمد أحمد عبد الله_ جامعة الزعيم الأزهري - السودان
أ.د جمال الشلبي- الجامعة الهاشمية الاردنية - الاردن
أ.دصلاح الدين عبدالرحمن الدومة_ جامعة أم درمان الإسلامية-السودان
أ.د. محمد امزيان- جامعة قطر- قطر
أ.د. خالد فايت حسب الله _ كلية الإمام الهادي - السودان
أ.د. أسعد عبد الحميد إبراهيم _ الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة - المملكة العربية السعودية
أ.د. محمود شرقي- جامعة لوئيسي علي - البليدة 02 - الجزائر
د. صلاح الداودي حب الله-جامعة قرطاج - بتونس
د. ريم موسى - استاذ العلوم السياسية- جامعة بحري - السودان
د.ناهض ابو حماد- جامعة غزة - فلسطين
د. جمال الهاشمي - مركز الإصباح - فرنسا
د.ديدي ولد السالك-المركز الموريتاني للدراسات الاستراتيجية-موريتانيا
د.زحل محمد الأمين_ جامعة النيلين - السودان
د. هدى العربي- جامعة صفاقس - تونس
د. بشير الريح حمد _ جامعة الأمير سطاتم - المملكة العربية السعودية
د. جمال بن سالم- جامعة لوئيسي علي - البليدة 02- الجزائر
د. ماجد بن ثابت بن غازي الشيباني _ جامعة الأمير سطاتم - المملكة العربية السعودية
د. عقاب عبد الصمد _ جامعة لوئيسي علي - البليدة -02 الجزائر
د. يونس محمد آدم القدال _ جامعة الزعيم الازهري - السودان
د. عبد الحكيم ذهبي - جامعة لوئيسي علي - البليدة 02 - الجزائر

هيئة التحرير

المشرف العام

د. نسيم بهلول

رئيس التحرير

أ.د. حاتم الصديق محمد أحمد

نائب رئيس التحرير

د. عوض أحمد حسين شبا

سكرتير التحرير

د. دينا العشري

التدقيق اللغوي

أ. الفاتح يحيى محمد عبدالقادر

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: ٢٤٩١٢١٥٦٦٢٠٧١ - ٢٤٩٩١٠٧٨٥٨٥٥

بريد إلكتروني: rsbcrc@gmail.com

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

موجهات النشر

تعريف المجلة:

مجلة (الْقَلْزَم) للدراسات السياسية والقانونية 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 يشارك 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 الأجنبية 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 تلزم هيئة تحرير المجلة بإعادة الأوراق التي لم يتم قبولها للنشر.
 9. 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.

المحتويات

أثر الانذار بالإخلاء على عقد الإيجار في القانون السوداني.....(7-26)

د. الوثائق عطا المنان محمد أحمد

القواعد القانونية المنظمة للطائرة على ضوء التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية.....(27-42)

د. عثمان النور عثمان الحاج

الطبيعة القانونية للتحكيم.....(43-54)

أ. سهيل حسن عثمان نوري

المتغيرات التشريعية والاقتصادية والسياسية ودورها في نظم الحكم دراسة حالة السودان خلال

الفترة من 1956 م - 2017 م.....(55-68)

د. الشاذلي عيسى حمد عبدالله - د. صلاح محمد ابراهيم أحمد

موقف القانون السوداني من الوسائل الفنية لقواعد الإسناد(دراسة تحليلية مقارنة)...(69-82)

د. جودة إبراهيم محمد النور رحمة

الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة في بريطانيا.....(83-96)

أ. غسان تركي عفتان محمد - د. خديجة يوسف محمد نور

موقف التشريعات من حق المتهم في الصمت.....(97-118)

أ. فواز جبير فتيخان - د. ضياء الدين حمزه حمد

تطور حقوق الانسان والحريات العامة (دراسة قانونية تحليلية).....(119-140)

أ. سندس شكر نوري - د. عمر محمد علي

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 الثامن من مجلة القلزم العلمية للدراسات السياسية والقانونية ونتمنى في مقبل أعدادنا مزيداً من التجويد والإتقان.

مع خالص الشكر والتقدير

هيئة التحرير

أثر الإنذار بالإخلاء على عقد الإيجار في القانون السوداني

أستاذ القانون المشارك - أكاديمية السودان للعلوم المصرفية والمالية
- (ممتدب) بكلية الزهراء الجامعية للبنات - سلطنة عُمان

د. الوثائق عطا المنان محمد أحمد

مستخلص:

هدف البحث إلى معرفة آثار الإنذار بالإخلاء، وإلى بيان المقاصد التي يسعى إليها الشارع من خلال هذه الآثار، بالإضافة إلى توضيح الإجارة التعاقدية والإجارة الحكمية وبيان الفرق بينهما، وبيان أهمية الإنذار بالإخلاء في إنهاء عقد الإيجار. أتبع البحث المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن والمنهج الاستقرائي. توصل البحث للعديد من النتائج والتوصيات، من أهمها: أجاز القانون إجارة المبني لأنه 1991 م للمستأجر الحق وذلك بتعديل الإجارة وفرض شروط تعافيه على المستأجر، كذلك يمتد العقد في حالة عدم إنذار أحد الطرفين للآخر بالعقد انتهت مدته، أو إنه يرغب بتجديد العقد، أمن التجايد الضمني فيكون منصوص عليه في العقد، ويكون العلم للإنذار بمجرد التعبير عن الإرادة الصريحة بأي شكل من أشكال الإنذار القانوني وينتج أثره هذا بمجرد حصول هذه الرغبة وعلم الطرف الموجه إليه الإنذار. بناء على نتائج البحث.

الكلمات المفتاحية: الإخلاء، الإنذار، الإجارة التعاقدية، الإجارة الحكمية، المستأجر.

Abstract:

The research aimed at identifying the effects of the eviction notification, and to clarify the purposes that the legislation seeks through these effects, in addition to clarifying the contractual lease, judgmental lease, explaining the difference between them, and the importance of the eviction warning in terminating the lease contract. The research followed the descriptive analytical method, the comparative method, and the inductive method. The research reached many results and recommendations, the most important of which are: The law permitted the lease of the building because it is 1991 AD. The tenant has the right to amend the lease and impose conditions of recovery on the lessee. The contract is also extended in the event that one party does not warn the other of the contract whose term has expired, or he wants to renew the contract, security of renewal The implied one is stipulated in the contract, and the knowledge of the warning is made as soon as the express will is expressed in any form of legal warning, and this effect results as soon as this desire occurs and the party to whom the warning is directed is aware. Based on the results of the research.

مقدمة :

لقد حظي موضوع الإجارة باهتمام بالغ من جانب الدولة في مختلف مراحلها بدءاً من دخول الاستعمار مروراً باستقلال الحكومات المتعاقبة التي مرت على البلاد، وقد انعكس ذلك الاهتمام فيما تم سنة من تشريعات قيدت بها إرادة المؤجر بحيث لم يعد ممكناً إعمال قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) على إطلاقها، سواء بالنسبة إلى مقدار الإجرة أو من حيث إمكان استرداد العين بعد نهاية المدة المتفق عليها أو التزامات الطرفين في العقد. وقد كانت أولى تلك التشريعات، هي قانون تقييد أجرة المنازل الصادرة في عام 1920م، وتميز ذلك القانون من حيث نطاق تطبيقه بقصره على الأماكن السكنية، وقد أمتد تطبيقه حتى عام 1924م، حيث إنتهي سريانه ثم خضعت العلاقة الإيجارية للأحكام العامة حتى عام 1941م، حيث بدأت أذمة السكن تطل برأسها مرة أخرى مع الحرب العالمية الثانية ومن ثم صدرت لائحة دفاع السودان لعام 1941م، مقيدة لإرادة المالك ولكن ما أن حل عام 1943م حتى صدر قانون تقييد الإيجارات واسترداد الحيازة والذي أخضع به المشرع العلاقة الإيجارية للتقيد وقد شمل نطاق تطبيقه الأماكن السكنية والغير سكنية، وقد الغي هذا القانون واستبدل بقانون تقييد الإيجارات لعام 1947م والذي ظل سارياً حتى عام 1950م. إلا أن المشرع لم يلبث أن أحس بضرورة إخضاع تلك العلاقة للرقابة القانونية فأصدر قانون تقييد الإيجارات لعام 1953م، والذي ظل سارياً حتى تم الغاؤه بقانون تقييد الإيجارات لسنة 1982، والذي بدوره الغي بصدور قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م، والذي كشف التطبيق العملي للمحاكم عن مواطن ضعف حاولت الأحكام أن تزيلها بما تقرره من مبادئ كما حاول المشرع في أوقات متفرقة إجراء تعديلات تعالج في مجملها أوجه قصوره إلى أن تم صدور قانون إيجار المباني لسنة 1991م.

أسباب اختيار الموضوع :

1. كثرة الدعاوي المرفوعة للمطالبة بالإخلاء في حالات انتهاء مدة الإيجار، وبقاء المستأجر في العين المؤجرة وعدم سداد الأجرة المستحقة .
2. الإختلاط بين إمتداد العقد التجديد الضمني.
3. إشكالات التنفيذ والتطبيق للإنذار أو التنبيه بالإخلاء في عمل المحاكم .
4. أهمية الموضوع في الواقع العملي.
5. ضرورة اشتراط الإنذار بالإخلاء في حالة عدم رغبة أحد المتعاقدين في استمرار عقد الإجارة وإنهائه والوقوف على آثاره.

أهمية البحث :

تكمُن أهمية البحث في الآتي :

1. أثر الإنذار بالإخلاء من الناحية العملية وهذه الأهمية لا تقتصر على كونه إجراء مقرر مطلوباً قبل رفع الدعاوي.
2. حالة وجود مخالفة من مستأجر ولكن تتبع أهميته إلى أنه في كثير من الأحيان يحقق الهدف منه بل وقد يغنى من إقامة الدعوي والدخول في قضايا.

3. إذا كان صاحب الإنذار على حق وكان من تلقى هذا الإنذار لا ينكره، فهو قد يسرع لتسوية الأمر ودياً وكذلك أهميته في إنهاء عقد الإيجار غير معين المدة.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في الآتي :

1. توضيح الآثار المترتبة على الإنذار وكيفية الاستفادة من الإنذار.
2. كيفية الإنذار وإثباته من جانب أطراف العقد.
3. وجوب التفريق بين الإجارة التعاقدية والإجارة الحكومية.
4. وجوب توافر أهلية المتعاقدين عند وقوع التجديد الضمني وتمييز الإجارة عن التعويض.

أسئلة البحث :

تتمثل أسئلة البحث في الآتي:

1. ماهي الآثار القانونية والفقهية للإنذار؟ ومدى الفائدة من الإنذار بالإخلاء؟
2. ماهو الإنذار بالإخلاء وممن وإلى من يصدر؟
3. متى تحول الإجارة من تعاقدية إلى حكمية.
4. الرأي الفقهي والقانوني في الحالة التي لا يحدد فيها العاقدان ميعاداً لصدور الإنذار بالإخلاء؟
5. ما هو الفرق بين امتداد العقد والتجديد الضمني؟
6. ما هي مقاصد الشارع من الإنذار بالإخلاء؟

أهداف البحث :

تتمثل أهداف البحث في الآتي :

1. معرفة آثار الإنذار بالإخلاء.
2. بيان المقاصد التي يسعى إليها الشارع من خلال هذه الآثار.
3. توضيح الإجارة التعاقدية والإجارة الحكمية وبيان الفرق بينهم.
4. بيان أهمية الإنذار بالإخلاء في إنهاء عقد الإيجار.

منهج البحث:

اتبع الباحث في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن والمنهج الاستقرائي.

ماهية عقد الإيجار:

تعريف عقد الإجارة لغة:

إن المعنى الأصلي لكلمة (عقد ومشتقاتها) من المعنى الحقيقي لها، إلى المعنى المعنوي، فصارت تعني الربط بين كلامين أو أكثر، فتقول (عقد البيع) للدلالة على الربط بين كلامي البائع والمشتري وهكذا يطرد المعنى في عقد الإيجار، وعقد الزواج، وعقد الصلح وغيرها من الالتزامات التي يكون منشؤها التعاقد بين طرفين أو أكثر، أما لفظه (إجارة) فهي مثلثة العين ومشتقة من أجر يأجر، ومعناها ما أعطي من عوض مقابل أداء عمل، أو مقابل منفعة، وإجارة الدار كإيجارها⁽¹⁾.

وأجر- بالمد - يؤجر، إيجاراً ، ومؤجرة ، فهو مؤجر ولا نقول: مؤجر .
والأجر ما كان عوضاً عن العمل أو المنفعة⁽²⁾ .
والأجرة: الكراء وجمعها أجر، وأجرات، وأجرت.
أجر الشيء: أكرهه ، وأجر فلان على كذا: أعطاه أجراً.
وأجر العامل صاحب العمل: رضي أن يكون أجيراً عنده، وأجر الله عبده: أثابه.
أجره، يؤجره ، إيجاراً : أخذه، وأجر من فلان الدار وغيرها: أكرهاها منه.
وأجر فلاناً الدار: أكرهاها إياها. أجره ، يؤجره، مؤجرة : أي استأجره.
استأجره : أتخذه أجيراً. الإجارة : الأجرة على العمل.
والإجارة : عقد تمليك نفع مقصود من العين بعوض.
الأجر: عوض العمل والانتفاع. والأجر:المهر ، ج : أجور.
الأجرة : الأجر، ج : أجرة .

أجرت الدار على وزن أفعلت فأنا (مؤجر) ،ولا يقال (مؤاجر) ،أجرته (مؤجرة) مثل عاملته معاملة، وعاقدته معاقدة، ولأن ما كان من فاعل في معنى المعاملة كالمشاركة والمزارعة إنما بتعدي لمفعول واحد، ومؤجرة الأجير من ذلك، وأضيفت لفظه (عقد) إلى لفظه إيجار فصارت (عقد الإيجار) للتخصيص فعقد الإيجار هو: (عقد تمليك نفع مقصود من العين بعوض)⁽³⁾ .

وكان من الأولي أن يقول:(تمليك منفعة)، لأن النفع هو مطلق الخير والإفادة، أما المنفعة فهي ما يستخلص من الشيء، وهي المقصودة⁽⁴⁾ ، أن مقصود المستأجر من عقد الإيجار هو منافع الأشياء المستأجرة بذاتها لا مطلق النفع، والانتفاع هو الفعل الذي يقوم به من له حق التصرف في منافع الشيء يقصد استخلاصها منه، ولهذا عرف بأنه:(هو القدرة على التصرف التي تثبت للإنسان ثبوتاً مبدئياً أصلياً غير مستمد من أحد لا مانع يمنع ثبوتها)⁽⁵⁾ ، والموانع إما أن تكون قانونية أو متعلقة بشخص من له حق الانتفاع كعوارض الأهلية. **وعليه يترجح من لفظ (الإجارة)، أحياناً من باب مجازة ما شاع من مصطلح .**

تعريف عقد الإجارة اصطلاحاً:

عرف فقهاء الحنفية الإجارة بأنها:(عقد على منفعة معلومة إلى مدة معلومة)⁽⁶⁾ .
وكونها عقد يستلزم توافر ركنيها من إيجاب وقبول وذلك بلفظ دال عليها وهو لفظ الإجارة والاستئجار والاكراء والكراء⁽⁷⁾ . وكونها ترد على منفعة يخرج به البيع والهبة لأنهما يردان على العين وكذلك النكاح لأنه تمليك للبيوع وليس للمنفعة وتدخل به العارية لأنها تمليك للمنافع⁽⁸⁾ .
ولا يصح عقد الإجارة حتى تكون المنافع معلومة لأن الجهل بها يفضي إلى المنازعة⁽⁹⁾ . والعلم بالمنافع يكون بالمدة كاستئجار الدور للسكن والأرض للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي كانت، كما قد تكون المنفعة معلومة بنفسه(أي بنفس العقد) كمن استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً لمسافة محددة بيوم أو يومين صارت المنفعة معلومة فصح العقد⁽¹⁰⁾ . والعلم بالمنافع قد يكون أيضاً بالتسمية كاستئجار خياط أو صباغ، كما قد تكون العلم بالمنفعة بالتعيين والإشارة وذلك كاستئجار الرجل لنقل حمل يدل عليه الرجل إلى محل مشار إليه.

يرى المالكية أن الإجارة (تمليك منافع شتي مباحة مدة معلومة بعوض) غير أنهم سمو العقد على منافع الآدمي وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة والعقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور ما ينقل من سفينة وحيوان كالزواحل كراء في الغالب فيهما. وعرف فقهاء الشافعية الإجارة بأنها: (تمليك منفعة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم) ⁽¹¹⁾. فيخرج بقوله: (تمليك منفعة معلومة) عقدي البيع والهبة لأنهما يردان على الاعيان وقوله (قابلة للبذل والإباحة) خرج به منفعة البضع على أن الفرد لم يملكها وإنما ملك أن ينتفع بها وقوله (بعوض معلوم) خرجت المسافات والجعالة في أنه لا يشترط فيهما العلم بالعوض. ويرى الحنابلة أن الإجارة (عقد على منفعة مباحة معلومة لمدة معلومة بأجرة معلومة) ⁽¹²⁾. فيجب معرفة المنفعة لأنها المعقود عليها وإنما أضيف العقد إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها ⁽¹³⁾.

وخلاصة القول أن جمهور الفقهاء متفقون في أن عقد الإجارة عقد تمليك منفعة والذي يفهم منه أن المؤجر ملزم بتمليك المنفعة للمستأجر وتركه ينتفع بها بقدر ما يستطيع. وبالنسبة للمنفعة والتي هي موضوع عقد الإجارة فيري فقهاء المالكية والشافعية إنها يجب أن تكون مباحة شرعاً ومقصودة من العين المؤجرة في الشرع ونظر العقلاء. وقد اتفق جمهور الفقهاء على وجوب العلم بالمنفعة والعلم بها كما بينه فقهاء الحنفية يكون بالمدة أو بالتسمية أو بالإشارة أو بنفس العقد. واتفق فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة على وجوب العوض ووجوب العلم به وبالنسبة لمدة الإجارة فقد قال الحنفية والمالكية والحنابلة بوجوب العلم بها، أما الشافعية فلم يأتوا على ذكرها أو على وجوب العلم بها.

والتعريف المختار:

هو تعريف الحنابلة بأن الإجارة (عقد على منفعة مباحة معلومة لمدة معلومة بأجرة معلومة) لأنه تعريف واسع النطاق مقارنة مع تعريف بقية الفقهاء فقد قالوا بأنه عقد يرد على منفعة.

تعريف عقد الإجارة في القانون السوداني:

عرف قانون المعاملات السودانية لسنة 1984م الإجارة بأنها: (تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء مقابل معلوم) ⁽¹⁴⁾.

هذا التعريف مطابقاً تماماً لتعريف عقد الإيجار في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (م/658) والقانون المدني الأردني (م/742) ⁽¹⁵⁾، أما القانون المدني المصري فقد عرف عقد الإيجار في المادة (م/558) منه أنه (عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أنه يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم) ⁽¹⁶⁾. بينما سكت قانون إيجارات المباني لعام 1991م عن تعريف عقد الإجارة بالرغم من خصوصية هذا القانون.

أهمية عقد الإيجار:

يعتبر عقد الإيجار من أكثر العقود أهمية في النواحي الاجتماعية والاقتصادية والقانونية. فهو من الناحية الاجتماعية: يربط بين طائفتين، لكل منهما وزن ثقيل في المجتمع؛ هما طائفة الملاك المؤجرين، وطائفة غير الملاك المستأجرين، وقد سجل بعض الفقهاء هذه الرابطة حين قال: «ولا يخفى ما بالناس من الحاجة إلى ذلك - الإجارة - فإنه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على بعير أو دابة يملكها، ولا يلزم أصحاب الأملاك إسكانهم وحملهم تطوعاً.. فلا بد من الإجارة»، فإذا لاحظنا أن عدد المستأجرين يربو كثيراً على عدد المؤجرين، لأدركنا

الأهمية القصوى لعقد الإيجار في إقامة التوازن بين مصلحة المؤجر ومصلحة المستأجر على أسس راسخة من قواعد العدالة الاجتماعية.

ب. وهو من الناحية الاقتصادية: يؤدي إلى إشباع الحاجات المتعددة؛ فهو بالنسبة للمستأجر يجعل منفعة الأعيان في متناول يده إذا كان في حاجة إليها ولا يمكنه شراؤها، أو لا يرغب في ذلك؛ لاستثمار رأس ماله في طرق أخرى تعود عليه بفائدة أكبر، وهو بالنسبة للمؤجر يعتبر من المجالات الاستثمارية للأعيان المملوكة له، مع احتفاظه بملكية هذه الأعيان، وقد زادت أهمية الإيجار في الآونة الأخيرة باعتباره وسيلة لتداول الثروات واستثمارها في عالم المال والاقتصاد؛ إذ أقبل المستثمرون على شراء المعدات الصناعية والأجهزة المتنوعة، وتأجيرها للغير لقاء أجر مناسب، مما جعلها من أحدث الوسائل الاستثمارية وأكثرها ربحاً؛ فأصبح من المألوف اليوم أن يستأجر المصنع أدوات الإنتاج، وأن يستأجر المقاول آلات الحفر والرفع والقياس، وأن تستأجر المستشفيات ما تحتاجه من أجهزة طبية، وأن تستأجر مشاريع الإنتاج الزراعي والحيواني ما يلزمها من معدات لإصلاح الأراضي وزرعها وريها وحصادها، وتصنيع منتجات الألبان وحفظ اللحوم. كذلك أصبح من الشائع بين الأفراد والمؤسسات استئجار السيارات، والأجهزة المنزلية، وأدوات التصوير، والملابس الخاصة بالمناسبات؛ مما يدل على أن عقد الإيجار أصبح عصب الحياة الاقتصادية⁽¹⁷⁾.

ج. أما من الناحية القانونية: فقد واجه المشرع الحديث جمّاً غفيراً من المنازعات بين المؤجرين والمستأجرين، يمكن أن تؤدي إلى الإخلال بالأمن واستقرار التعامل، وهاله ذلك العدد الضخم من الدعاوى الإيجارية التي تُرْفَع أمام المحاكم، فكان تدخله على قدر كبير من الشعور بالمسؤولية ومواجهة هذا الواقع، بتخصيص دوائر في المحاكم لنظر المنازعات الإيجارية، وتنظيم أحكام الإيجار تنظيمًا دقيقًا شاملاً، مراعيًا مصلحة المستأجر دون التضحية بمصلحة المؤجر، بل إن كثيراً من الدول الحديثة نصت في دساتيرها على أن «ينظم القانون على أسس اقتصادية، مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية، العلاقة بين العمال وأصحاب العمل، وعلاقة ملاك العقارات بمستأجريها»⁽¹⁸⁾.

مشروعية الإيجار:

ثبتت مشروعية الإجارة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

مشروعية الإيجار في القرآن الكريم:

يسوق الفقهاء في استدلالهم بالكتاب على مشروعية الإجارة عدة آيات، منها:
أ - قوله تعالى: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَكْفِكَ إِجْدَىٰ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي مَآنِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ [القصص: 26، 27].

دلت الآية الأولى على أن الإجارة بينهم وعندهم مشروعة معلومة، وكذلك كانت في كل ملة، وهي من ضرورة الخليفة ومصلحة الخلطة بين الناس، ودلت الآية الأخرى على شرعية قيام عقد الإجارة بين موسى عليه السلام وصالح مدين، ولم يرد ناسخ، فيلزمنا هذا الحكم «على أنه شريعتنا، لا على أنه شريعة من قبلنا، كما يعرف في أصول الفقه».

ب - قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَمْرُهُمْ بَيْنَكُمْ مَعْرُوفٍ ﴾ (الطلاق: 6). قال ابن العربي: «المعروف أن ترضع ما دامت زوجة، إلا أن تكون شريفة، وألا ترضع بعد الزوجة إلا بأجر»، «وجه الدلالة: أن الإرضاع بلا عقد تبرع لا يوجب أجر، وإنما يوجبها ظاهر العقد، فتعين». وهذه الآيات نص في مشروعية الإجارة على العمل، وجمهور الفقهاء لا يفرق بينها وبين إجارة الأشياء⁽¹⁹⁾.

مشروعية الإيجار في السنة النبوية:

وردت في مشروعية الإجارة أحاديث وأخبار كثيرة، بعضها يتعلق بإجارة الأشياء، وبعضها الآخر يتعلق بالإجارة على العمل، فمن ذلك:

أ. روى مسلم عن ثابت بن الضحاك: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة، وقال: لا بأس بها⁽²⁰⁾.

ب. وروى مسلم أيضاً عن حنظلة بن قيس قال: سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والفضة، فقال: لا بأس به⁽²¹⁾.

ج. وروى البخاري ومسلم: أن جابر بن عبدالله «باع من النبي صلى الله عليه وسلم بغيراً، وشرط ظهره إلى المدينة»، وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالأجر⁽²²⁾.

د. وروى مالك في الموطأ أنه بلغه أن عبدالرحمن بن عوف تكارى أرضاً، فلم تنزل في يديه بكراء حتى مات⁽²³⁾.

ثبتت شرعية الإجارة على خلاف القياس؟: يشيع في كلام كثير من الفقهاء من مختلف المذاهب: أن الإجارة ثبتت بالنص وبالإجماع «على خلاف القياس»⁽²⁴⁾؛ لأنه يبيع المنافع، والمنافع معدومة حين العقد؛ فالإجارة بيع المعدوم، وبيع المعدوم لا يجوز.

القائلين بالجواز والمانع:

يعتبر عقد الإجارة من أهم العقود في حياة الناس نسبة لأهميته الاقتصادية والاجتماعية وقد أجمع جمهور الفقهاء على جوازه⁽²⁵⁾ وقال بمنعه الأصم من الحنفية⁽²⁶⁾ وسنستعرض فيما يلي أدلة القائلين بالجواز وأدلة القائلين بالمنع والرد عليهم .

أولاً : القائلين بالجواز :

اجمع جمهور الفقهاء على جواز عقد الإجارة واستدلوا بالقرآن الكريم والسنة النبوية الإجماع المعقول على التفصيل الآتي :

ورد في القرآن الكريم العديد من الآيات التي تدل على جواز الإجارة منها قوله تعالى: ﴿ أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾⁽²⁷⁾.

أي أن أرضع هؤلاء الزوجات المطلقات أولادكم فآتوهن أجره الرضاع وهي النفقة وسائر المؤن لأن الأولاد ينسبون إلى الآباء⁽²⁸⁾. فالله سبحانه وتعالى قد أمر بوجود دفع الإجارة للمطلقة المرضع مقابل عملها وهو الإرضاع .

وقوله تعالى: ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴾ (29)، أي أن أفضل من تستأجره من كان قوياً أميناً مما يدل على أن الإجارة معلومة ومشروعة في زمن موسى عليه السلام، وقوله تعالى ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَمُنَّ بِكَ وَإِنِّي أَخَافُ أَنْ يُسَمِّرَكَ نَارَ أُورُشَلِيمَ ﴾ (30)، أي أنني أريد أن أزوجهك إحدى ابنتي هاتين الصغرى أو الكبرى بشرط أن تكون أجيراً لي ثماني سنين ترعى فيها غنمي (31). وقد وردت العديد من الأحاديث النبوية التي تدل على جواز الإجارة منها من ثبت من استئجار المشركين عند الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام فعن عائشة - رضي الله عنها- زوج النبي -ﷺ- قالت: (استأجر رسول الله صلى الله عليه وآله وأبو بكر رجلاً من بني الدليل - وهو حي في عبد القيس - هادياً، حازقاً وهو على دين كفار قريش فدفعنا إليه راحلتيهما وواعداه غارثور بعد ثلاث ليال براحتيهما صبح ثلاث، والدليل يسمى هادياً لأنه يتقدم للطريق ويتبعونه (32)، والحازق هو الذي يحرز الأشياء ويقدرها ما بظنه (33).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم، فقال أصحابه وأنت، فقال: نعم كنت أراعها على قراريط لأهل مكة) (34) والقراريط همكة ربع سدس الدينار (35).
عن عبد الله بن السائب قال دخلنا على عبد الله بن معقل فإلسالناه عن المزارعة؟ فقال: زعم ثابت، أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة قال: (لا بأس بها) (36).
كما أن الأمة قد أجمعت على جواز عقد الإجارة منذ زمن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا (37). وهو إجماع معتبر إذ لا يجمع أهل العلم من أمة على أمر مخالف لشريعتهم فالإجماع دليل شرعي على جواز عقد الإجارة .

ثانياً : القائلين بالمنع :

وقد قال بعدم جواز عقد الإجارة ابن الأصم من الحنفية فقال: (أن الإجارة بيع للمنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز إضافة البيع إلى اعيان يؤخذ في المستقبل كإضافة البيع إلى اعيان تؤخذ في المستقبل فإذا لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المال) (38).

خصائص عقد الإيجار:

عقد الإيجار من العقود المسماة، وهو عقد رضائي ملزم للجانبين، وهو من عقود المعاوضة، التي ترد على المنفعة فتنشئ التزامات شخصية إيجابية، وهو من عقود الإدارة، التي ترد على أشياء غير قابلة للاستهلاك، وعقد الإيجار من عقود المدة التي تنشئ التزامات مستمرة.
أ. عقد الإيجار من العقود المسماة: لأنه شاع في المعاملات بين الناس من قديم الزمان؛ فنظم الشارع الحديث أحكامه تيسيراً على المتعاملين به، ويترتب على ذلك أن القاضي ينبغي أن يتعرف على طبيعة العقد الذي يثور النزاع بشأنه - والذي أطلق عليه أطراف العلاقة: عقد إيجار - وذلك بالرجوع إلى النصوص الخاصة بعقد الإيجار في قانون المعاملات المدنية، وبعد ذلك يتعين عليه تطبيق أحكام الإيجار قبل الرجوع إلى أحكام النظرية العامة للعقد (39).

ب. عقد الإيجار من العقود الرضائية: يعتبر عقد الإيجار من أقدم العقود الرضائية في التنظيمات القانونية، فيكفي لانعقاده مجرد تطابق إرادتي المؤجر والمستأجر - أو من ينوب عنهما - دون حاجة إلى إفراغه في شكل معين، ومعلوم أن العقد يظل رضائياً حتى لو استلزم القانون شكلاً لإثباته - كالكتابة - لأن هذا الشكل لا يتعلق بانعقاد الإيجار، وإنما هو مجرد وسيلة لإثباته، أما إذا اتفق الطرفان على أن الإيجار لا ينعقد إلا إذا تم في الشكل الرسمي أو في محرر مكتوب، فينبغي أن نعتقد بهذه الإرادة؛ تطبيقاً للمادة (1 / 141) من قانون المعاملات المدنية، التي تنص على أنه: «لا ينعقد العقد إلا باتفاق الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام، وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية»⁽⁴⁰⁾.

ج. عقد الإيجار من العقود الملزمة للجانبين⁽⁴¹⁾: فبمجرد انعقاده ينشئ على المؤجر التزامات بتسليم العين المؤجرة، وصيانتها، وضمانها (م 763 - 775 معاملات مدنية)، كما ينشئ على المستأجر التزامات مقابلة بدفع الأجرة، ورعاية العين المؤجرة، وردها عند انتهاء الإيجار (م 776 - 785 معاملات مدنية)؛ ولهذا تسري عليه أحكام الدفع بعدم التنفيذ والنسخ إذا توافرت شروط كل منهما.

د. عقد الإيجار من عقود المعاوضة: فبمقتضاه يعطي المؤجر للمستأجر منفعة العين المؤجرة، ويعطي المستأجر للمؤجر أجراً مقابل حصوله على هذه المنفعة، وهكذا يعطي كل من المتعاقدين للآخر مقابل ما يأخذه منه، ولا تقوم الإجارة إلا إذا أبرمت على سبيل التعاضد.

هـ. عقد الإيجار ينشئ التزامات شخصية: على الرغم من أن المادة (742) من قانون المعاملات تعرف الإيجار بأنه «تمليك»، فإن عقد الإيجار ينشئ التزامات شخصية، آية ذلك أن المشرع أورد عقد الإيجار في الباب الثاني المخصص لعقود المنفعة، بالمقابلة للباب الأول الذي خصه لعقود التمليك، وفي تنظيمه للحقوق المتفرعة عن الملكية عرف حق الانتفاع في المادة (1333) بقوله: «الانتفاع حق عيني للمنتفع، باستعمال عين تخص الغير واستغلالها ما دامت قائمة على حالها»، ثم إن عقد الإيجار ينشئ التزامات شخصية على عاتق كل من المؤجر والمستأجر؛ فالمؤجر يلتزم بتسليم العين وصيانتها وضمانها، والمستأجر يلتزم بدفع الأجرة، ورعاية العين المؤجرة، وردها عند انتهاء الإيجار. ومع ذلك، فإن حق المستأجر يتميز عن غيره من الحقوق الشخصية بأنه يتصل اتصالاً وثيقاً بالعين المؤجرة، لدرجة أنه: «إذا بيع الشيء المؤجر بدون إذن المستأجر، كان البيع نافذاً بين البائع والمشتري، ولا يؤثر ذلك على حق المستأجر»؛ كما جاء في المادة (1 / 795) معاملات.

و. عقد الإيجار ينشئ التزامات إيجابية: سبق أن أوردنا اعتراض جانب من الفقه على تعريف الإيجار بأنه تمليك منفعة؛ لما يوحيه ذلك من أن التزام المؤجر إنما هو التزام سلبي؛ كالتزام البائع بالنسبة للمشتري، بمعنى أن المؤجر لا يلتزم بأن يجعل المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة، بل هو ملزم فقط بتمليكه المنفعة، ثم يتركه ينتفع بحسب ما يستطيع⁽⁴²⁾.

من التعريف الذي أخذ به القانون السوداني أو الذي أخذت به التشريعات العربية المقابلة فإن عقد الإيجار يعتبر عقداً رضائياً وملزماً لطرفيه وأنه من عقود المعاوضة من أهم الخصائص التي يمتاز بها عقد الإيجار هي :

1. عقد الإيجار عقد رضائي: في الأصل عقد الإيجار علد رضائي، يتم بتراضي المتعاقدين دون الحاجة لشكل خاص ويراعى القوانين الخاصة بإيجار الأماكن وأن فرضت بعض القواعد الخاصة بإثبات العقد، إلا إنها لم تصل إلى جعل عقد. ويعتبر عقد الإجارة من العقود المهمة في حياة الناس، وقد يتفق الطرفان على إنهاء عقد الإجارة في مدة محددة؛ بعدها يسترد المؤجر حيازة عقاره من المستأجر وفقاً للقواعد العامة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن التشريع السوداني أوجب عند نهاية مدة الإجارة التعاقدية تحوّل هذا الإجارة وامتدادها إلى إجارة حكيمية بقوة.
2. عقد الإيجار ملزم للجانبين: عقد الإيجار عقد ملزم للجانبين إذ هو ينشئ التزامات متقابلة على عاتق طرفيه الأمر الذي يترتب عليه أن تكون التزامات كل متعاقد سبباً للالتزامات المتعاقد الآخر، مما مؤداه ارتباط تلك الالتزامات المتقابلة.

عقد الإيجار من عقود المعاوضة:

عقد الإيجار من عقود المعاوضة التي ترد على منفعة الشيء حيث يحصل كل من طرفيه على مقابل لمن أعطته للطرف الآخر، فالمستأجر يحصل على منفعة الشيء المؤجر في مقابل دفعه للإجارة التي يحصل عليها المؤجر، ويلاحظ أن حصول المستأجر على المنفعة إنما يكون لمدة معينة، بحيث يرد بعدها الشيء إلى المؤجر، إذ يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر فإن مؤدى ذلك أن يكون المستأجر لا يتمتع بسلطة مباشرة يخولها القانون له على الشيء المؤجر واما يجب تدخل المؤجر لتمكين المستأجر من الانتفاع بهذا الشيء، وعلى ذلك فإن حق المستأجر على الشيء المؤجر هو مجرد حق شخصي وليس حلاً عينياً، ولقد استقرت أحكام محكمة النقض المصرية على ذلك⁽⁴³⁾.

5. عقد الإيجار يعتبر في الأصل من أعمال الإدارة لا من أعمال التصرف:

وذلك بالنسبة للمؤجر وهو لا يولد بالنسبة للمستأجر إلا حقوقاً شخصية، ولذلك يعتبر حق المستأجر مالاً منقولاً ولو ورد العقد على عقد.

وإذا كان المستأجر لا يتمتع هكذا بميزان الحق العيني فإنه يجوز له أن يرفع دعوى الحيازة ضد الغير الذي يتعرض له في حيازته (م 575 مدني من القانون المدني المصري)

6. عقد الإيجار بطبيعته يرد على الأشياء التي لا تهلك بمجرد استعمالها أو استخدامها:

ذلك أن عقد الإيجار يخول للمستأجر الانتفاع بالشيء المؤجر مدة معينة يتم الاتفاق عليها في العقد، بحيث يرد هذا الشيء بعينه بعد انتهاء انتفاعه به بانتهاء مدة الإيجار، وهذا الاعتبار لا يمك تصوره بصد الأشياء التي تهلك بمجرد استعمالها أو استخدامها كالطعام مثلاً، إذ تمكين الشخص من استعمال أو استخدام مثل هذه الأشياء الأخيرة يعني التصرف فيها لا إيجارها⁽⁴⁴⁾.

وعليه فإن من أهم الخصائص التي يتميز بها عقد الإيجار انه عقد رضائي يعقد بتراضي الاطراف عليه ولا يشترط لانعقاده الكتابة الا اذا نص القانون على شكلية العقد أن عقد الإيجار إذ ينشئ في ذمة المستأجر التزاماً بضمان ما يلحق الشيء المؤجر من نقص أو تلف أو فقدان (م 776 معاملات مدنية)، ويرده إلى المؤجر عند انقضاء مدة الإيجار بالحالة التي تسلمه بها (م 784 معاملات)، لا يمكن أن يرد على أشياء تهلك بالاستعمال؛ لأن رد الشيء بعينه لا يتصور في مثل هذه الأشياء.

الأثار المترتبة على الإنذار بالإخلاء:

تعريف الإنذار في اللغة والاصطلاح والقانون :

تعريف الإنذار في اللغة:

مصدر قولهم أُنذِرَ يَنْذِرُ، وهو مأخوذ من مادة (ن ذ ر) الَّتِي تَدُلُّ- كما يقول ابن فارس- على التَّخْوِيفِ أو التَّخْوَفِ، قال: ومنه الإنذار أي الإبلاغ، ولا يكاد يكون إلا في التَّخْوِيفِ، وتناذر القوم خَوْفَ بعضهم بعضاً، ومنه أيضاً النَّذْرُ⁽⁴⁵⁾. ووجه تسميته بذلك أنَّ صاحبه يخاف إذا أخلف⁽⁴⁶⁾.

وقال الرَّاغِبُ: الإنذار إخبار فيه تخويف كما أنَّ التَّبَشِيرَ إخبار فيه سرور، ومن ذلك قوله تعالى (فَأَنْذَرْتُمْ نَارًا تَلَطَّى) [الليل: 14] والنَّذِيرُ: المنذر ويقع على كلِّ شيء فيه إنذار إنساناً كان أو غيره⁽⁴⁷⁾. قال تعالى: (إِنِّي لَكُمْ مِنْهُ نَذِيرٌ مُبِينٌ) (الدَّارِيَات: 50).

وقال ابن الأثير: أصل الإنذار الإعلام، يقال: أُنذرتُه إذا علمته، فأنا منذر ونذير أي معلم ومخوِّف ومحدِّر، ويقال نذرت به إذا علمته ومنه الحديث: كلُّما عرف أن قد نذروا به هرب .. أي علموا وأحسُّوا مكانه، أمَّا قوله «أُنذِر القوم» فمعناه: احذر منهم واستعدَّ لهم وكن منهم على علم وحذر⁽⁴⁸⁾. وقال الفيروز ابادي: النَّذِيرَةُ من الجيش:

طليعتهم الَّذِي يَنْذِرهم أمر عدوِّهم، ونذر بالشيء كفرح، علمه فحذره، وأُنذره بالأمر إنذاراً ونذراً، ويضمُّ (نذراً)، ويضمُّتين (نذراً)، ونذيراً: أعلمه وحذَّره وخوِّفه في إبلاغه، والاسم من ذلك: التَّذْرَى بالضمِّ والنَّذْر (بضمِّتين)، ومنه قوله تعالى: (فَكَيْفَ كَانَ عَذَابِي وَنُذْرِي) [القمر: 16] أي إنذارِي، والنَّذِيرُ: الإنذار، كالنَّذارة، (بالكسر) وهذه عن الإمام الشَّافعيّ - رحمه الله- والمنذر (وجمعته نذر): صوت القوس، والرَّسول، والشَّيْب، والنَّبِيّ ﷺ⁽⁴⁹⁾. ونذير القوم طليعتهم الَّذِي يَنْذِرهم العدو، وتناذروه (أي الأمر) خوِّف منه بعضهم بعضاً، ومنه قول النَّابِغَةِ: تناذرها الرَّاقون من سوء سَمِّها .

ومنه أيضاً: قول الخنساء:

يا صخر وِرَاد ماء قد تناذره *** أهل الموارد ما في ورده عار

ويفهم من كلام الفيروز ابادي وغيره أنَّ الفعل «تناذر» يستعمل متعدِّياً بنفسه كما في بيتي النَّابِغَةِ والخنساء، وقد يستعمل لازماً كما في قولهم: «تناذر القوم» أي أُنذِر بعضهم بعضاً، أمَّا الفعل: أُنذِر فإنه يتعدَّى إلى مفعوليهِ إمَّا بالباء كما في قولهم: أُنذرتهم به، أو بنفسه كما في قولهم: أُنذرتُه إيَّاه، وأمَّا الثَّلَاثِي نذر فإنه لا يتعدَّى إلا بالباء الجارة كقولهم: نذر القوم بالعدوِّ⁽⁵⁰⁾.

وقال ابن منظور: يقال: نذر بالشيء وبالعدوِّ:

علمه فحذره، وأُنذره بالأمر إنذاراً (المصدر)، ونذراً (اسم المصدر)، ونذيراً (اسم مصدر أيضاً)، وفي التنزيل العزيز: (فَسَتَعْلَمُونَ كَيْفَ نَذِرِ) [الملك: 17] معناه فكيف كان إنذارِي⁽⁵¹⁾.

وقول الله عزَّ من قائل: (عُذْرًا أَوْ نَذْرًا) [المرسلات: 6] قرئت: «عذراً أو نذراً» قال الرَّجَّاحُ معناها المصدر وقد انتصبا على المفعول له (لأجله)، والمعنى فالمملقيات ذكرا للإعذار أو الإنذار .. والنَّذِيرُ: المحدثر، ففعل بمعنى مفعول، والجمع نذر، وقول الله عزَّ وجلَّ: (وَجَاءَكُمُ النَّذِيرُ) [فاطر: 37]، قال ثعلب: هو الرَّسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال أهل التَّفْسِيرِ: يعني النَّبِيُّ⁽⁵²⁾. كما قال عزَّ من قائل: (إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ شَاهِدًا وَمُبَشِّرًا

وَنَذِيرًا) [الأحزاب: 45]، وقال بعضهم: التذير هنا الشيب ورجح الأزهري الرأي الأول، ويقال: أنذرت القوم سير العدو إليهم فنذروا أي أعلمتهم ذلك فعلموا وتحرزوا. ومن أمثال العرب: «قد أعذر من أنذر» أي من أعلمك أنه يعاقبك على المكروه منك فيما يستقبل، ثم أتيت المكروه فعاقبك فقد جعل لنفسه عذرا يكف به لائمة الناس عنه، والعرب تقول: عذراك لانذارك، أي أعذر ولا تنذر- والتذير العريان رجل من خثعم، حمل عليه يوم ذي الخلصة عوف بن عامر فقطع يده ويد امرأته، وقيل: هو الزبير بن عمرو الخثعمي وكان ناكحا في بني زبيد، فأرادت بنو زبيد أن يغيروا على خثعم فخافوا أن ينذر قومه فألقوا عليه براذع وأهداما واحتفظوا به فصادف غرة ففلت منهم وأتى قومه فقال:

أنا المنذر العريان ينبذ ثوبه *** إذا الصدق لا ينبذ لك الثوب كاذب

ومن أمثالهم: أنا التذير العريان وإمما قالوا ذلك لأن الرجل إذا رأى الغارة قد فجئتهم وأراد إنذار قومه تجرد من ثيابه وأشار بها ليعلم ذلك، ثم صار مثلا لكل شيء تخاف مفاجأته⁽⁵³⁾. وقال الزبيدي: أو هو كل منذر بحق⁽⁵⁴⁾. وفي الحديث كان صلى الله عليه وسلم إذا خطب احمزت عيناه، وعلا صوته واشتد غضبه، كأنه منذر جيش يقول: صبّحكم ومساكم، المنذر هو المعلم الذي يعرف القوم بما يكون قد دهمهم من عدو أو غيره وهو المخوف أيضا⁽⁵⁵⁾.

تعريف الإنذار اصطلاحا:

قال ابن المنوي: الإنذار: هو الإعلام بما يحذر، ولا يكاد يكون إلا في تخويف يسع زمانه الاحتراز (منه)، فإن لم يسع كان إشعارا⁽⁵⁶⁾. وقال الكفوي: الإنذار: هو إبلاغ الأمر المخوف منه، والتهديد (به)، والتخويف منه، قال: وذكر الوعيد مع الإنذار واجب لا مع التهديد⁽⁵⁷⁾.

تعريف الإنذار في القانون :

الإنذار بالإخلاء هو تصرف قانوني من جانب واحد به يظهر أحد المتعاقدي رغبته في إنهاء الإيجار، أو به يظهر رغبته في اخراج المستأجر الذي يشغل العي بإيجار غير نافذ في حله، ولهذا فهو ينتج اثره دو حاجة إلى قبول من وجاه إليه بحيث إذا كان التنبيه بخطاب ورفض م وجاه اليه استلامه فإن هذا لا يمنع من أن ينتج أثره لم يتطلب القانون شكلا خاصا للإنذار ممن يعنى الرجوع إلى العامة، ومقتضاها أن الإنذار باعتباره تصرف قانوني ن مك أ يتم بمجرد التعبير عن الارادة أيا كانت طريقة التعبير، فقد يكون بخطاب عادي أو موصى به أو ببرقية بل يمكن أن يكون شفويا⁽⁵⁸⁾.

المطلب الثاني: مشتملات الإنذار و حكم الإنذار

مشتملات الإنذار:

مدة ومشتملات الإنذار الموجه من المنفذ إلى المدين والراهن نصت المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لنظام الرهن التجاري على أنه: تنفيذًا لحكم الفقرة (1) من المادة (الثانية والثلاثين) من النظام، ينذر المنفذ المدين والراهن بأداء الدين المضمون خلال (عشرة) أيام عمل، على أن يكون الإنذار مكتوبا ومرافقا له نسخة من مستخرج التنفيذ

المباشر، ويجب أن يتضمن الإنذار البيانات الآتية:

- أ. مقدار الدين المضمون.
- ب. وصف المال المرهون.
- ج. تاريخ استحقاق الدين المضمون.
- د. طلب نقل حيازة المال المرهون إلى المنفذ أو عدل يختاره وقيده سند ملكية المال المرهون باسم المنفذ أو باسم عدل يختاره، بحسب الأحوال، وذلك إذا كان المدين لا يستطيع سداد الدين المضمون خلال مدة الإنذار.
- هـ. طريقة بيع المال المضمون، مع مراعاة الفقرة (4) من المادة (الثانية والثلاثين) من النظام⁽⁵⁹⁾.
- و. تاريخ البيع، ومكانه.

إن سند التبليغ هو من الاسناد الرسمية التي لا يقبل الطعن بمندرجتها الا عن طريق الادعاء بالتزوير. اذا ثبت ابلاغ الانذار ومحضر الحجز في ان واحد من المنفذ عليه، فان النقص في مشتملات الانذار، على فرض وجوده، يسدده محضر الحجز اذا اشتمل هذا المحضر على ما اوجبه القانون فلتتحقق بذلك الغاية المنصوص عليها في المادة 725 مدنية. ان ذكر رقم العقار يغني عن بيان الحدود في محضر الخبز ودفتر الشروط. وان كان تسجيل محضر الحجز في صحيفة العقار متوجبا فيما بين اليومين العاشر والخامس عشر من تاريخ ابلاغ الانذار، الا انه في حال طلب ارسال الانذار وانشاء محضر الحجز في ان واحد، فان القانون لم يتعرض في هذه الحالة الى المدة التي يتوجب خلالها حصول هذا التسجيل. غير ان احكام المادة 725 مدنية التي تتعلق فقط بالانذار والاطار المنصوص عليهما في المادتين 721 و723 مدنية لا تتعداهما الى محضر الحجز ولا توجب على مامور الاجراء سوى ارسال الانذار والاطار الى امانة السجل العقاري خلال 48 ساعة. محكمة التمييز القرار رقم 82 تاريخ 12 تشرين الاول 1964.

حكم الإنذار:

إن حكمة الإنذار واضحة لكل من تأمل فيه، فهو طريق لإصلاح المجتمع وصيانته من الانحراف . وقد أشارت النصوص الكثيرة إلى هذه الحكمة:

منها: قوله سبحانه وتعالى: «وَأَنْذِرْ بِهِ الَّذِينَ يَخَافُونَ أَنْ يُحْشَرُوا إِلَىٰ رَبِّهِمْ لَيْسَ لَهُمْ مِنْ دُونِهِ وَايٌّ وَلَا شَفِيعٌ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ» (سورة الصافات، الآية 72 - 73)

ومنها: قوله تعالى: «أَوْعِظِبْتُمْ أَنْ جَاءَكُمْ ذِكْرٌ مِنْ رَبِّكُمْ عَلَىٰ رَجُلٍ مِنْكُمْ لِيُنذِرَكُمْ وَلِتَتَّقُوا وَلَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ» قال الشيخ الطوسي عند تفسيره هذه الآية: «إن الله تعالى أرسل هذا الرسول مع هذا الذكر، وأراد إنذاركم، وغرضه أن تتقوا معاصيه؛ لكي يرحمكم ويدخلكم الجنة ونعيم الأبد»⁽⁶⁰⁾.

وقال السيد الطباطبائي: «والمعنى لغرض أن يندركم الرسول، ولتتقوا أنتم، ويؤدّي ذلك إلى رجاء أن تشملكم الرحمة الإلهية»⁽⁶¹⁾. ومنها: قوله تعالى: «وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا فِيهِمْ مُنذِرِينَ. فَانظُرْ كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُنذِرِينَ. إِلَّا عِبَادَ اللَّهِ الْمُخْلِصِينَ». قال الشيخ الطوسي مفسراً الآية: «أقسم أنه أرسل فيهم منذرين من الأنبياء والرسل يخوفونهم بالله ويحذرونهم معاصيه... والتقدير: أن الأنبياء المرسلين لما خوفوا قومهم فعصوهم ولم يقبلوا منهم أهلكتهم وأنزل عليهم العذاب، فانظر كيف كان عاقبتهم».

الآثار الإنذار بالإخلاء على عقد الإيجار:

الأصل وفقاً لنص المادة 598 من القانون المدني ((ينتهي الإيجار بانتهاء المدة المعينة في العقد دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء.))
ومفاد المواد 563 ، 598 ، 599 من القانون المدني أنه إذا إتفق المتعاقدان على مدة ما انقضى العقد بفواتها دون حاجة إلى تنبيه ... هذا ما لم يشترط المتعاقدان صدور التنبيه بالإخلاء من أحدهما للآخر قبل نهاية المدة بوقت معين⁽⁶²⁾.
ومن ثم إذا كان عقد الإيجار محدد المدة ومعلوم مدته تفصيلاً فإن العقد ينتهي حتماً بنهاية مدته دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء من أي من طرفي العقد للآخر بالإخلاء، إلا أنه إذا تضمن العقد اتفاقاً على وجوبية توجيه التنبيه بالإخلاء من أحد طرفي العقد إلى الآخر في أجل معين وجب إعمال الشرط وإتباع أحكامه وكذلك إذا كان عقد الإيجار تم دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة أو تعذر إثبات المدة المدعاة ، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة وينتهي بانقضاء هذه الفترة بناءً على طلب أحد المتعاقدين إذا هو نبه على المتعاقد الآخر بالإخلاء في المواعيد التي بينها المادة 563 من القانون المدني وهي:-
(أ) في الأراضي الزراعية والأراضي البور إذا كانت المدة المعينة لدفع الأجرة ستة أشهر أو أكثر . يكون التنبيه قبل انتهائها بثلاثة أشهر، فإذا كانت المدة أقل من ذلك، وجب التنبيه قبل نصفها الأخير، كل هذا مع مراعاة حق المستأجر في الحصول وفقاً للعرف.

والخلاصة:

- أ. أن عقد الإيجار المحدد مدته في العقد ينتهي بمجرد انتهاء مدته دون إلزام على أي من طرفي العقد بتنبيه الآخر بالإخلاء إلا أنه إذا ظل المستأجر مقيماً بالعين اعتبر العقد مجدداً للمدة المحددة لدفع الأجرة ومن ثم يتعين إجراء التنبيه المنصوص عليه في المادة 563
- ب. في المنازل والحوانيت والمكاتب والمتاجر والمصانع والمخازن وما إلى ذلك إذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة أربعة أشهر أو أكثر وجب التنبيه قبل انتهائها بشهرين، فإذا كانت الفترة أقل من ذلك وجب التنبيه قبل نصفها الأخير.
- ج. في المساكن والغرف المؤثثة وفي أي شيء غير ما تقدم إذا كانت الفترة المعينة لدفع الأجرة شهرين أو أكثر ، وجب التنبيه قبل نهايتها بشهر فإذا كانت أقل من ذلك ، وجب التنبيه قبل نصفها الأخير، ومواعيد التنبيه بالإخلاء التي أوردتها المادة 563 من القانون المدني ليست من النظام العام ومن ثم يجوز الاتفاق على خلافها في عقد الإيجار. وهو المستقر عليه لدى محكمة النقض:-... (التنبيه بالإخلاء هو تصرف قانوني صادر من جانب واحد يتضمن رغبة صاحبه استناداً إلى إرادته في انتهاء الإيجار ويتحقق أثره بمجرد أن يعلن عن هذه الإرادة في انتهاء العقد إلى المتعاقد الآخر فتتحل تبعاً لذلك الرابطة العقدية التي كانت قائمة بينهما بعد فترة معينة . وكانت مواعيد التنبيه بالإخلاء كما أوردتها المادة 563 من القانون المدني ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلافها في عقد الإيجار ، وكان تحديد هذه المدة مقررًا لمصلحة الطرف الموجه إليه التنبيه حتى لا يفاجأ بما لم يكن في حسبانته قبل أن يتهيأ لمواجهة ما يترتب

على ذلك من وضع جديد فان عدم التزام المؤجر بالملهلة المتفق عليها في العقد للتنبيه بالإخلاء يترتب عليه ألا ينتج هذا التنبيه أثره ويتجدد العقد⁽⁶³⁾.

مؤدى نص المادة 600 من القانون المدني أن تجديد عقد الإيجار لا يفترض إذا نبه المؤجر على المستأجر بالإخلاء عند إنتهاء مدته واستمر هذا الأخير مع ذلك منتفعاً بالعين ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن قد قام بالتنبيه على المطعون عليه بإنهاء عقد الإيجار في 4/3/1985 خلال الميعاد المقرر قانوناً ولم يثبت من الأوراق أنهما إتفقا على تجديد هذا العقد - فإنه يترتب عليه انتهاء العقد في نهاية المدة المحددة به والسابقة على العمل بقرار وزير الاسكان رقم 495 لسنة 1985 الصادر في 15/10/1985 ومن ثم فلا تسرى عليه أحكامه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد اخطأ في تطبيق القانون⁽⁶⁴⁾.

مفاد المواد 563 ، 598 ، 599 من القانون المدني أنه إذا اتفق العاقدان على ما انقض الإيجار - غير الخاضع للقوانين الاستثنائية - بفواتها مالم يشترط لانتهائه صدور التنبيه بالإخلاء من أحدهما للآخر قبل فوات المدة بوقت معين وإلا فيمتد الإيجار إلى مدة أخرى طبقاً لاتفاقهما ومتى اتفقا على جعل حق انتهاء الإيجار بالتنبيه مقصوراً على إحداهما دون الآخر فإن هذا الاتفاق لا مخالفة فيه للقانون ويكون ملزماً لهما⁽⁶⁵⁾.

النتائج:

يعتبر عقد الإيجار من أكثر العقود أهمية في النواحي الاجتماعية والاقتصادية والقانونية أجاز القانون إجارة المبنى لأنه 1991 م للمستأجر الحق وذلك بتعديل الإجارة وفرض شروط تعافيه على المستأجر.

1. يمتد العقد في حالة عدم إنذار أحد الطرفين للآخر بالعقد بإنهاء مدته، أو إنه يرغب بتجديد العقد، أمن التجديد الضمني فيكون منصوص عليه في العقد.
2. يكون العلم للإنذار بمجرد التعبير عن الإرادة الصريحة بأي شكل من أشكال الإنذار القانوني وينتج أثره هذا بمجرد حصول هذه الرغبة وعلم الطرف الموجه إليه الإنذار.

التوصيات:

1. التأكيد على حق المؤجر في الانتفاع بملكه في حال حوجته اليه، مع ضمن إلا يتخذ ذلك ذريعة من التعاف في التعامل هذا الحق بالنسبة.
2. الاهتمام بإدارة والشرح من جانب القانوني للموضوعات المتعلقة بعقد الإيجار .
3. العمل على جعل العقد شريعة المتعاقدي في عقود الإيجار ومن ارجاعة دونه الإيجار.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: السنة النبوية.

ثالثاً: المصادر:

- (1) ابن العربي، أحكام القرآن، بيروت 1407هـ/ 1987م.
- (2) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة - (د: ط) - 1425هـ - 2004م .
- (3) أبي الحسن الحجاج / صحيح مسلم .
- (4) الإمام الحافظ البار العلامة جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، دار الحديث القاهرة.
- (5) البخاري: صحيح البخاري .
- (6) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني- دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان - ط2 - 1406هـ - 1986م .
- (7) تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة: عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، باعتنا، محمد الألفي، الكويت 1982.
- (8) حاشية رد المختار علي بن المحتاج شرح تنوير الأبصار : محمد أمين الشهير بابن عابدين- دار الفكر- بيروت - لبنان (د:ط) - 1425هـ - 2005م.
- (9) الشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج دار الفكر - بيروت - لبنان - ط1 - 1429هـ - 1430 هـ .
- (10) العقود المسماة عقد الإيجار الأحكام العام : رمضان أبو السعود- دار المطبوعات الجامعية والاسكندرية - 2003م.
- (11) العقود في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني: أ.د. وهبة الزحيلي- دار الفكر - دمشق - سوريا - 1407هـ - 1971م.
- (12) لسان العرب: للإمام العلامة ابن الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري- دار إحياء التراث العربي- بيروت- لبنان - ط3 - 1413هـ - 1993م.
- (13) المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى- عبد الحلیم منتصر- المكتبة الإسلامية- استانبول- تركيا .

- (14) المغني: لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعي
الدمسقي الحنبلي - تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - عبد الفتاح - محمد الحلو -
دار هجر - القاهرة - ط1 - 1406هـ - 1986م.
- (15) الملكية وضوابطها في الإسلام، دراسة مقارنة مع أحداث التطبيقات المعاصرة: د. عبد الحميد
محمود البعلي - الناشر مكتبة وهبة - مصر - ط1 - 1405هـ - 1985م.
- (16) الموطأ، الإمام مالك بن أنس، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة الحلبي - القاهرة - ط1
- 1422هـ - 2001م.
- (17) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: الشافعي الصغير.

المصادر والمراجع:

- (1) لسان العرب: للإمام العلامة ابن الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان - ط3 - 1413 هـ - 1993 م - باب الجيم فصل الألف - ص231.
- (2) لسان العرب: ابن منظور - ص232- مرجع سابق.
- (3) المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى - عبد الحليم منتصر - المكتبة الإسلامية - استانبول - تركيا - ص11.
- (4) لمعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى - المرجع السابق - ص628.
- (5) الملكية وضوابطها في الإسلام، دراسة مقارنة مع أحداث التطبيقات المعاصرة: د.عبد الحميد محمود البعلي - الناشر مكتبة وهبة - مصر - ط1 - 1405 هـ - 1985 م - ص27.
- (6) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ط2 - 1406 هـ - 1986 م - ج2 - ص174.
- (7) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: الكاساني - ج4 - ص4 - المرجع السابق.
- (8) حاشية رد المختار علي بن المحتاج شرح تنوير الأبصار: محمد أمين الشهير بإبن عابدين - دار الفكر - بيروت - لبنان (د:ط) - 1425 هـ - 2005 م - ج4 - ص4.
- (9) البناية في شرح الهداية: العيني - ج6 - ص274.
- (10) البناية في شرح الهداية: العيني - ص276 - المرجع السابق.
- (11) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: الشافعي الصغير - ج5 - ص261.
- (12) المغني: لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعي الدمشقي الحنبلي - تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - عبد الفتاح - محمد الحلو - دار هجر - القاهرة - ط1 - 1406 هـ - 1986 م - ج5 - ص432.
- (13) المغني: ابن قدامه - ص32 - المرجع السابق.
- (14) المادة (59) قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 م.
- (15) العقود في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني: أ.د. وهبة الزحيلي - دار الفكر - دمشق - سوريا - 1407 هـ - 1971 م - ص215.
- (16) العقود المسماة عقد الإيجار الأحكام العام: رمضان أبو السعود - دار المطبوعات الجامعية والاسكندرية - 2003 م - ص15.
- (17) ابن العربي، أحكام القرآن، بيروت 1407 هـ / 1987 م، ج 3 ص 1466.
- (18) ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، ص1467.
- (19) السرخسي، المبسوط، ج 15 ص 74. ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج 6 ص 2. ابن العربي، أحكام القرآن، ج 3 ص 1479.
- (20) ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سابق، (4 / 1841).
- (21) الشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج دار الفكر - بيروت - لبنان - ط1 - 1429 هـ - 1430 هـ - (2 / 332).

- (22) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد ونهاية
والمقتصد ، دار الحديث - القاهرة - (د : ط) - 1425هـ - 2004م - (2 / 220)
- (23) الموطأ، الإمام مالك بن أنس ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة الحلبي - القاهرة - ط 1
-1422هـ - 2001م ج 2- ص 712.
- (24) الإمام الحافظ البارع العلامة جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي، نصب
الراية في تخريج أحاديث الهداية ، دار الحديث القاهرة- (81 / 3).
- (25) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ج 4- ص 174- مرجع سابق.
- (26) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - ج 4- ص 174- المرجع السابق.
- (27) سورة الطلاق: الآية (6).
- (28) الصابوني، صفوة التفاسير- ج 3- ص 377.
- (29) سورة القصص: الآية (26).
- (30) سورة القصص: الآية (27).
- (31) صفوة التفاسير: الصابوني - ج 3- ص 377.
- (32) البخاري: صحيح البخاري- ج 3- كتاب الإجارة - باب استئجار المشركين عند الضرورة - ص 11
- (33) لسان العرب: ابن منظور - ص 4641- مرجع سابق.
- (34) لسان العرب: ابن منظور - ص 4647- المرجع السابق.
- (35) البخاري: صحيح البخاري- ج 3- كتاب الإجارة - باب رعي الغنم على قراريط / ص 11
- (36) أبي الحسن الحجاج / صحيح مسلم / ج 3 / كتاب البيوع / باب في المزارعة والمؤجارة / ص 11
- (37) ابن قدامه، المغني : -5- ص 433- مرجع سابق .
- (38) الكاساني، بدائع الضائع ج 4 / ص 173 - مرجع سابق.
- (39) عبدالحى حجازي، في تقسيم العقود إلى مسماة وغير مسماة: النظرية العامة للالتزام، الكويت
1982، ص 504
- (40) المادة 66 من القانون المدني الكويتي
- (41) عبدالحى حجازي، المرجع السابق، ص 477
- (42) محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 56
- (43) نقض مدني 1950/1/19 طعن 8/70 ق.
- (44) حمدي عبد الرحم ، شرح احكام عقد الإيجار - ص 15
- (45) بصائر ذوي التمييز- (24 / 5)
- (46) ابن فارس، مقاييس اللغة (5 / 514)
- (47) الراغب، المفردات (742) تحقيق محمد أحمد خلف
- (48) ابن الأثير، النهاية (5 / 39) .
- (49) القاموس المحيط (نذر) (619) ط: بيروت

- (50) القاموس المحيط (619) ط. بيروت
- (51) البحر المحيط (8 / 296)
- (52) تفسير ابن كثير (3 / 567)
- (53) السنهوري ، الوسيط ، مجالد 6 ، ج 1، ص 776
- (54) تاج العروس (14 / 201) ط. الكويت
- (55) لسان العرب : ابن منظور - مادة (نذر) (5 / 200 - 203) - مرجع سابق
- (56) تاج العروس (14 / 201)
- (57) الكليات للكفوي (1 / 338)
- (58) منصور مصطفى ، عقد الإيجار، ص 22
- (59) التبيان، ج 2، ص 505.
- (60) التبيان، ج 4، ص 239-220.
- (61) الميزان، ج 8، ص 175.
- (62) الطعن رقم 1051 لسنة 58 ق - جلسة 1992/12/16 - س 43 ع 2 ص 1330
- (63) الطعن رقم 735 لسنة 54 ق جلسة 1989/1/29 ص 329 س 40 ع 1
- (64) الطعن رقم 1051 لجلسة 58 ق - جلسة 1992//12/16 - س 43 ع 2 ص 1330
- (65) الطعن رقم 537 لسنة 48 ق جلسة 1983/5/30 ص 1341 لسنة 34

القواعد القانونية المنظمة للطائرة على ضوء التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية

أ. مشارك - كلية القانون - جامعة النيلين

د. عثمان النور عثمان الحاج

مستخلص:

يدور موضوع هذه الورقة بصفة أساسية حول القواعد القانونية المنظمة للطائرة من منظور الاتفاقيات الدولية والتشريع الوطني كونها الأشمل تنظيمياً لهذه العلاقة، ومحاولين إبراز أهم ما جاء به هذه الاتفاقيات من أحكام خاصة، وبيان الآثار التي تترتب عليها وموقف القانون السوداني من ذلك مستأنسين بأحكام اتفاقيات وارسو، روما، شيكاغو، وجنيف، اهتمت الورقة ببيان أحكام مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لما جاءت به هذه الاتفاقيات سالفه الذكر، وخصوصاً أساس المسؤولية وشروط انعقادها وأحكام تحديدها والإعفاء منها، مستخدم المنهج التحليلي والاستقرائي والمقارن، ومن خلال البحث والتحليل لما سبق فقد توصلت الورقة إلى عدة نتائج أهمها: أن اتفاقية وارسو أرسدت تكاملاً بين موضوعات القانون الجوي كما أنها شكلت حلقة وصل بينها والتشريعات الوطنية، وخلصت الورقة إلى عدة توصيات أهمها: على الدول تحديث التشريعات الوطنية وتطويرها بصفة دورية في ضوء الاتفاقيات الدولية التي تنظم عقد النقل الجوي الدولي لكي تواكب موضوعات القانون الجوي والاتفاقيات الدولية المنظمة لها.

الكلمات المفتاحية:

القواعد القانونية، الطائرة، الاتفاقيات الدولية، القانون الجوي.

Abstract:

The topic of this paper mainly revolves around the legal rules regulating the aircraft from the perspective of international conventions and national legislation as it is the most comprehensive organization of this relationship, and trying to highlight the most important provisions of these conventions, and to clarify the implications of them and the position of Sudanese law on that, using the provisions of the Warsaw, Rome conventions, Chicago, and Geneva. The paper focused on clarifying the provisions of the liability of the air carrier in accordance with the provisions of these aforementioned agreements, especially the basis of liability and the conditions for its convening, the provisions for its identification and exemption from it, using the analytical, inductive

and comparative approach. Through research and analysis of the foregoing, the paper reached several results, the most important of which are: The Warsaw Convention established integration between the topics of air law and formed a link between them and the national legislation. The international organization that regulates the contract of international air carriage in order to keep pace with the topics of air law and the international regulating them.

Key Wards: Legal Rules, Aircraft, International Conventions, Air law.

مقدمة

يعتبر الناقل الجوي في العصر الحديث أحدث أنواع النقل وأسرعها، للربط بين الدول والقارات مقارنة مع رصفائه، فضلاً عن نقل المسافرين والبضائع، وتتفاوت وسيلة النقل والتي بالطبع هي الطائرة من حيث الحدأة والسعة والتكنولوجيا، ووفقاً لهذا التدرج في التطور يصاحبه التطور التشريعي كذلك، وحركة مرور الطيران عبر الدول يحتم تعدد النظم القانونية في حال حدوث نزاع بسبب تقصير من أحد علائق منظومة الناقل الجوي بكل ضروبها ومستوياتها، مما جعل ضرورة وجود تشريع دولي ينظم هذه العلائق القانونية المتداخلة هذا ينسحب على الركاب وعقد نقل البضائع، وهنا برزت محاولات دولية جادة بخصوص النقل الجوي آخرها مؤتمر باريس الذي تمخض عنه اتفاقية توحيد مسئولية الناقل الجوي.

الطائرة من الناحية القانونية والفنية تسهم في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق ونطاق تطبيقها وتوسع المشرع السوداني في مفهوم الطائرة وأورد مركبات هوائية مختلفة بالضرورة يجب أن تأخذ حكم الطائرة في تطبيق القواعد والأحكام القانونية التي تحكمها، ودار جدل فقهي واسع حول منح الطائرة جنسية أم لا وانقسم الفقه في ذلك إلى رافض لفكرة منح جنسية للطائرة والآخر مؤيد للفكرة، وتم تداول للآراء الراضة وأسانيدها وآراء المؤيدين وأسانيدهم، إلا أن الغلبة في نهاية الأمر كانت لصالح الفريق المؤيد لفكرة منح الطائرة الجنسية، وقد جاءت اتفاقية شيكاغو لسنة 1944م مؤيدة لهذا الاتجاه، حيث نصت على تكسب الطائرة جنسية الدولة التي تم تسجيلها فيها، كما أن تسجيل الطائرة في السجل الوطني لأي دولة يتم وفقاً للقانون الوطني، وكذلك نقلها إلى سجل آخر أو التوصية بشطبها، وثار جدل فقهي حول الضابط لتحديد جنسية الطائرة بعد أن تم حسم ضرورة أن تكون لها جنسية، وقد تم تداول ثلاث معايير لتحديد جنسية الطائرة:

معيار دول الإنشاء ومعيار جنسية المالك، ومعيار التسجيل، وفي السودان تختص الهيئة العامة للطيران المدني بالإشراف على تسجيل الطائرات بموجب قانون الطيران المدني السوداني لعام 1999م واللوائح والقواعد الصادرة بموجبه، حلاً لمشكلة جنسية الطائرات التي تمتلكها شركات أو مؤسسات دولية، أحالت اتفاقية شيكاغو هذا الأمر إلى منظمة الطيران المدني ICAO لكي تقرر في ذلك وأصدر مجلس المنظمة قرار في عام 1969م جاء في مادته الثانية: (إن الطائرات التابعة لمؤسسات نقل دولية تعتبر كأنها متفقة بجنسية كل دولة من المكونة للهيئة للاستقلال المشترك) كما نصت على وجوب إقامة سجل مشترك بين الدول الأعضاء

لتسجيل الطائرات يكون مستقلاً ومنفصلاً عن السجلات الوطنية لهذه الدول، حيث يمنع حصول طائرة على أكثر من جنسية في آن واحد، والغرض من هذا تفادي التضارب الذي يمكن أن يحدث في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تمتع الطائرة بأكثر من جنسية واحدة، ويترب على اكتساب الطائرة جنسية دولة محددة مجموعة من الآثار، كما يمكن أن ترد على الطائرة بوصفها مالاً من الأموال كافة الأعمال القانونية التي ترد على الطائرة التي يتمثل بعضها التصرفات القانونية كالبيع والرهن والإيجار والحجز عليها ضمان لدين يشغل ذمة ماله، وفي ذلك لم ينظم المشرع ملكية الطائرة ورهنها وإيجارها بتشريع خاص، وقد أفسح لتنظيمها في القواعد والإحكام العامة في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م، وشرحه.

أسباب اختيار الموضوع:

هذا الموضوع أصبح يورق معظم الباحثين لما يطرأ عليه من تطور مستمر في محل موضوع البحث، وبالتالي تصبح تشريعاته أكثر تطوراً على المستوى الوطني والدولي، فضلاً عن رغبة الباحث في خوض هذا المضمار.

أهمية البحث:

تنقسم أهمية البحث عملياً في الجانب الذي يعالج النصوص القانونية ذات الصلة وتوافقها مع المشرع السوداني والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وأما عملياً في جانب البحث العلمي والخوض مع الباحثين في هذا المجال الحيوي والمتجدد والاطلاع على الاتفاقيات وكل ما هو جديد إثراءً للمكتبة العلمية السودانية والعربية.

مشكلة البحث:

تناول البحث معالجة القصور التشريعي الذي يصاحب قانوني السلامة والطيران السوداني والوقوف على أهم الاتفاقيات الدولية ذات الصلة والتي لم يصادق عليها السودان لإزالة الضبابية حولها حتى يلحظ بالركب العالمي.

منهج البحث:

اتبع البحث المنهج التحليلي والاستقرائي والمقارن.
القواعد القانونية المنظمة للطائرة على ضوء التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية

تعريف الطائرة:

أولاً: التعريف

تعريف الطائرة يجب أن يتسم بالعمومية والشمول والاتساع قدر المستطاع ما يصح تقييده من الناحية الفنية باشتراط اعتمادها على رد فعل الهواء لأنه أصبح تعريفاً قاصراً مع ما انتهى إليه، وقد يسفر عنه التطور الصناعي في مجال الفضاء، كما استلزم الصلاحية لنقل الأشخاص والأشياء يعتبر تقييداً لا مبرر له إذ أنه لا يقيم وزناً لما قد يكشف عنه التطور في استخدام مركبات الفضاء والأقمار الصناعية، لذلك يمكن تعريفها بأنها: «كل اختراع موجود أو يمكن أن يتم الكشف عنه ويكون مهيناً للارتفاع والتحليق في الفضاء»، هذا التعريف يتسع ليشمل ما أنعقد عليه الإجماع على اعتباره طائرة، كما يشمل ما قد يكشف في المستقبل لها⁽¹⁾.

ثانياً: أنواع الطائرات:

تنقسم الطائرات إلى عدة أنواع وتخضع الطائرات إلى قسمين رئيسيين الأول فني والثاني قانوني.

الناحية الفنية: تنقسم الطائرات إلى:

1. الإيروستات: وهي الطائرات الأخف من الهواء والتي تعتمد في طيرانها على هذه الخاصية وقد تكون الإيروستات مزودة بقوة آلية محرك كالبالون المقيدة أو الطليقة وقد تسير الإيروستات بقوة آلية محرك وتزود بأجهزة توجيه كالمناطيد.
2. الأيرودين: وهي الطائرات الأثقل من الهواء والتي تعتمد في طيرانها على قوة رد فعل الناتجة عن حركة سطح الطائرة بالنسبة للهواء وقد تكون مزودة بقوة آلية محرك كالطائرات وقد تسير دون قوة آلية محرك كالطائرة الشراعية.

الناحية القانونية: تنقسم إلى:

1. طائرة مدنية وهي الطائرات التي تخصص لغرض لا يدخل في نطاق أحد المرافق العامة كالطائرات التي تخصص لنقل الأشخاص والبضائع.
2. طائرات عامة وهي الطائرات التابعة لدولة من الدول وتخصص لخدمة عامة كالطائرات الحربية، والطائرات المخصصة لأحد مرافق الدولة كالبريد والجمارك والأمن، والطائرات المدنية هي التي تخضع لأحكام القانون الجوي دون الطائرات العامة⁽²⁾.

تسجيل الطائرة:

أحالت المادة (19) من معاهدة شيكاغو إلى القوانين الوطنية بشأن تسجيل الطائرة وأحكام مسائل التسجيل ونقل هذا التسجيل من بلد لآخر⁽³⁾، وفي السودان تختص الهيئة العامة للطيران المدني بالإشراف على تسجيل الطائرات بموجب قانون الطيران المدني السوداني لعام 1999م واللوائح الصادرة بموجبه هي:

1/ يجب أن تتوافر في الطائرة التي تعمل في إقليم الدولة الشروط الآتية وهي:

كلها أن تكون مسجلة في الدولة التابعة لها وتكون شهادة صلاحيتها للطيران سارية المفعول وصادرة من دولة التسجيل أو معتمدة منها، وتحمل بطريقة ظاهرة علامات جنسيتها وتسجيلها، وتكون مجهزة بالأجهزة والمعدات التي تقرها الدولة المسجلة بالإضافة إلى ما تحدده الهيئة، كما يمكن أعضاء هيئة القيادة بالعدد والنوعية المقررين في شهادة صلاحية ودليل الطائرة، وتكون مؤمنة وفقاً لأحكام قانون الطيران المدني لسنة 1999م، كما يجوز للمدير العام إعفاء طائرات الدولة والطائرات التي تطير بقصد الاختبارات الفنية أو التعليم أو التدريب أو الطائرات الخاصة من شرط أو أكثر من الشروط المنصوص عليها في البند (1)⁽⁴⁾.

ثانياً: السجل المشترك للطائرات:

فيما يتعلق بتسجيل الطائرة عندما يجري استغلالها بواسطة مؤسسة مشتركة أو شركة دولية تساهم فيها عدة دول، نصت المادة (18) من اتفاقية شيكاغو بعدم جواز تسجيل الطائرة تسجيلاً صحيحاً في أكثر من دولة واحدة، ومعنى ذلك أنه يستحيل تكرار تسجيل طائرة المؤسسة في السجلات الوطنية لدول الأطراف ولهذا لجأت بعض المؤسسات إلى إتباع نظام الأنصبه بأن يتم تسجيل نسبة معينة من طائرات المؤسسة في كل دولة، وقد اهتمت المنظمة الدولية للطيران المدني (الايكاد) بهذه المشكلة وأصدرت قراراً تنظيمياً

في 1968م يتضمن إقامة سجل مشترك بين الدول الأطراف في المؤسسة الدولية القائمة باستغلال الطائرات ويجوز أن يكون منفصلاً ومميزاً عن أي سجل وطني لأي دولة عضو في المؤسسة ويجوز أن يكون هذا السجل المشترك موحداً وفي هذه الحالة يتعين على الدول الأطراف أو الأعضاء اختيار أحدهما للاحتفاظ بالسجل لديها، كما يجوز أن يكون مجزأً حيث تحتفظ كل دولة بجزء من هذا السجل وفي جميع الأحوال لا يجوز تسجيل الطائرة إلى مرة واحدة في هذا السجل وتكون علامة التسجيل واحدة بالنسبة لجميع الطائرات التي يتم تسجيلها في السجل المشترك⁽⁵⁾.

جنسية الطائرة:

جاء في معاهدة شيكاغو أنه على أن تكسب الطائرة جنسية الدولة التي يجري تسجيلها لديها، كما نصت نفس المعاهدة أن لكل دولة حرية فرض الشرط اللازم توافرها في الطائرة بجواز قيدها لديها في سجل الطائرات كما نصت نفس المعاهدة على عدم جواز اكتساب الطائرة لأكثر من جنسية فلا يجوز تسجيلها لدى أكثر من دولة، تبعاً لذلك لا يجوز قيد طائرة مسجلة في الخارج في سجل الطائرات السودانية إلا بعد إثبات شطب القيد في السجل الأجنبي⁽⁶⁾.

آثار الجنسية:

يترتب على اكتساب الطائرة الجنسية دولة محددة مجموعة من الآثار تتمثل في:

1. تصبح الطائرة خاضعة لأحكام القانون الوطني للدولة التي تحمل جنسيتها وذلك على الوقائع التي تحدث في الطائرة أثناء تحليقها، هذا وقد ثار جدل فقهي واسع في هذا الخصوص.
2. تكون الطائرة تحت إشراف الدولة التي تحمل جنسيتها من حيث وجوب استيفاء شروط الصلاحية التي تخضعها السلطات المختصة (في السودان: الهيئة العامة للطيران المدني).
3. تخضع الطائرة للحماية الدبلوماسية والقنصلية للدول التي تحمل جنسيتها وذلك أثناء وجودها في إقليم إحدى الدول الأجنبية.
4. تحتكر الدولة استغلال خطوط الملاحة الداخلية للطائرات الوطنية وذلك منعاً للمنافسة إلا أن هذا المبدأ قد يطرأ عليه استثناء عند الضرورة.
5. قد تمنح الدولة طائراتها الوطنية بعض التسهيلات المالية تيسر عليها رحلاتها المختلفة وقد تفقد الطائرة الجنسية متى فقدت أحد شروط التسجيل في الحالات الآتية:

إذا فقد مالكة الجنسية السودانية أو انتقلت ملكية الطائرة الأجنبية، إذا شطبت من السجلات السودانية كما لو سجلت في دولة أجنبية، إذا هلكت الطائرة أو فقدت صلاحيتها للطيران⁽⁷⁾، كما أوجبت المادة (29) من اتفاقية شيكاغو لسنة 1944م أن تحمل الطائرة عدداً من الوثائق ولا يجوز أن تقلع الطائرة في رحلة جوية إلا إذا كانت هذه الوثائق على متنها شهادة الصلاحية وترخيص الطائرة.

يلزم لقيام الطائرة برحلاتها الجوية الحصول على شهادة الصلاحية وهي شهادة تدل على مطابقة الطائرة للأوصاف والشروط التي يجب توافرها في صناعة الطائرات وسلامة أجهزتها وآلاتها ومعداتها، وتوفر كل ما يلزم للسلامة الجوية وتصدر هذه الشهادة من الدولة المسجلة فيها الطائرة أو تعتمدها تلك الدولة إذا صدرت من دولة أخرى نص المادة (31) من اتفاقية شيكاغو ويكون لها حجية في باقي الدول الأطراف في

الاتفاقية متى ما أتبعَت إجراءات التسليم المنصوص عليها.

علاوة على شهادة الصلاحية وترخيص الطيران يلزم توافر الوثائق الآتية: شهادة القيد في سجل الطائرة «شهادة التسجيل» وكذلك سجل الرحلات ويدون فيه كل ما يحدث خلال الرحلة الجوية منذ إقلاعها حتى هبوطها وسجل الرسائل والإشارات التي ترسلها أو تستقبلها الطائرة، وأيضاً شهادة طاقم موضحاً به مؤهلاتهم ووظائفهم أو وظائف كل منهم، وقائمة بأسماء الركاب وبيان محطات الهبوط والصعود لكل منهم، وأخيراً قائمة بالمشحونات وإقرار بكل التفضيلات بها إذا كانت الطائرة تحمل بضائع⁽⁸⁾.

النظام القانوني لطاقم الطائرة:

عاجت اتفاقية شيكاغو بعض الأحكام المتعلقة بأوضاع الأفراد العاملين في مجال الطيران المدني فنصت المادة (32) الفقرة (أ) على ضرورة حصولهم على الشهادات المعتمدة من دولة تسجيل الطائرة، كما نصت الاتفاقية وذلك بشرط أن يتوفر فيها الحد الأدنى الذي تحدده الاتفاقية وقد نصت بالملحق الإداري من الاتفاقية القواعد التفصيلية الخاصة بطاقم الطائرة والإجازات الخاصة بهم⁽⁹⁾، واشترط جانب من الفقه أن يكون الغرض من الرحلة هو القيام بعملية نقل جوي فلا تنطبق أحكام الطاقم الجوي على أولئك الذين يقومون برحلة تجريبية أو بغرض الإعلان أو التصوير الجوي، فإن أفراد الطاقم يرتبطون بمؤسسات النقل الجوي بعقود عمل فيسري بشأنهم قانون العمل وقانون التأمينات الاجتماعية والقوانين المعدلة لهذين القانونين وأن المؤسسات التي تعمل في مجال النقل الجوي تلتزم بمراعاة الشروط التي نص عليها القانون بخصوص شهادات لإجازات أفراد الطاقم.

المركز القانوني لقائد الطائرة:

اهتمت معاهدة باريس 1919م في المادة (12) وما بعدها، وكذلك معاهدة هافانا عام 1928م في المادة (25) وما بعدها، وفي سنة 1926م وفي اجتماع اللجنة الدولية الفنية لخبراء الطيران خصصت إحدى لجانها الأربعة لدراسة المركز القانوني لقائد الطائرة وقدمت اللجنة مشروعاً عام 1931م نوقش وقررت الموافقة عليه في اجتماعها الذي انعقد في القاهرة سنة 1946م غير أن التوفيق لم يكن حليفاً لهذا المشروع الذي لم ير النور وكذلك بالنسبة للمشروعات العديدة اللاحقة التي توالى من بعده، توارى إلى حد ما الاهتمام على الصعيد الدولي بمركز قائد الطائرة إلى أن عاد إلى الظهور مرة أخرى في اجتماع اللجنة القانونية للإيكاد الذي انعقد بروما سنة 1963م عند مناقشة مشروع معاهدة طوكيو سنة 1963م بشأن الجرائم والتصرفات التي ترتكب على متن الطائرة وهي في الجو ولقد اهتمت هذه المعاهدة في الفصل الثالث منها تبيان سلطات قائد الطائرة.

لقائد الطائرة وظائف وسلطات عديدة يمكن إجمالها في ثلاث أنواع: وظيفة فنية وأخرى تجارية وله وظيفة ثالثة وهي إدارية أو بالأحرى سلطات إدارية، ولعل هذه الوظيفة لما له من سلطات تسعى إلى تهئية الظروف الملاحية لممارسة تلك الوظيفة ويتحدد نطاق الوظيفة الفنية بترسيم المراحل التي تتم تباعاً للقيام برحلتها⁽¹⁰⁾، وهي مراحل ثلاث بدءاً من الاستعداد للرحيل وأثناء التحليق في الجو وحتى الهبوط في مطار الوصول، فلقائد الطائرة بل واجب عليه قبل الإقلاع أن يتأكد من سلامتها وسلامة كافة الأجهزة وأن يكون على علم تام بكافة المعلومات اللازمة لإتمام الرحلة، وأن يقوم بدراسة آخر توقعات الأرصاد الجوية،

وأن يضع في اعتباره دائماً كفاية وقود الطائرة لاحتمال تعرض الرحلة لتغييرات مفاجئة وعلى قائد الطائرة قبل الإقلاع أن يحرر ويودع خطة لطيرانه ويحدد فيها مطار الإقلاع والوصول والمناطق التي يمر فوقها، والمحطات الجوية التي يهبط فيها والسرعات المختلفة ومستويات الارتفاع والمدى الزمني للوصول إلى أول محطة جوية، وحمولة الطائرة وعدد أعضاء الطاقم واسم مشغل الطائرة وغير ذلك من البيانات التي يستلزمها المحلق الثاني أو اللاسلكي إلى المطارات التي تمر بها الطائرة حتى تكون على اتصال دائم بها. ولا يجوز التغيير من هذه الخطة كقاعدة عامة إلا بعد إذن السلطات الأرضية المختصة بمراقبة حركة الملاحة الجوية، وعلى قائد الطائرة عند الشروع في الهبوط أن يراعي القواعد والأصول الفنية من حيث السرعات ومستويات الانخفاض وأن يتبع تعليمات برج المراقبة وإشارات وأنوار الملاحة الجوية ومتى وصلت الطائرة إلى الأرض تعين عليه طبقاً لأحكام الملحق الثاني من ملاحق معاهدة شيكاغو أن يقدم إلى جهات الاختصاص بالمطار تقريراً فور هبوطه يعلن فيه إتمام الرحلة وإنهاء خطة الطيران⁽¹¹⁾، وله أيضاً وظيفة تجارية بموجب السلطات المخولة له باعتباره نائباً عن مالكها أو مستغلها، ويقع عليه بهذه الصفة واجب إتمام الرحلة بما يضطره ذلك في بعض الأحيان، إلى إجراء بعض التصرفات القانونية التي يتمخض عنها بعض الديون يثقل بها كاهل شركة الطيران ويقترّب مركز قائد الطائرة في هذا الشأن من مركز ربان السفينة، وإن كان يفرق بينهما حيث مدى هذه السلطات قصر المدى الزمني للرحلة الجوية بالمقارنة بالرحلة البحرية⁽¹²⁾، وكذلك إدارية يقصد بهذه الوظيفة مجموعة من السلطات المخولة لقائد الطائرة تجاه أعضاء الطاقم والركاب معاً وهذه السلطات خولت له باعتباره المسئول الأول عن أمن وسلامة الطائرة والركاب، فمن ناحية لقائد الطائرة سلطة رئاسية على أعضاء الطاقم وله بهذه الصفة أن يصدر إليهم الأوامر وعليهم الانصياع له لإتمام الرحلة بسلام ولقائد الطائرة أن يأمر أحد رجال الطاقم بأداء عمل معين غير عمله المقرر، متى ما استلزمت ذلك الظروف التي تجتازها الطائرة وهي حالة طيران بل له أن يأمر ضرورياً. وتستمر سلطة قائد الطائرة على أعضاء الطاقم قائمة طالما أنه حاجة إلى خدماتها سواء في فترة هبوط الطائرة في محطة جوية أو حتى في بعد هبوطها في مطار الوصول، أما بالنسبة للركاب فللقائد الطائرة سلطات عديدة يدور محورها حول ضرورة التزامهم بالنظام المقرر داخل الطائرة حفاظاً على أمنها وسلامتها، وأيضاً على حياتهم ولما كان قائد الطائرة هو القيم على هذا النظام كان لابد من تخويله سلطات واسعة يستطيع بها عند الضرورة أو يرضع الأمور في نصابها وبشكل حاسم، وإن كان لقائد الطائرة الحرية المطلقة في اختيار الوقت الذي يستطيع فيه اتخاذ الإجراءات المناسبة لتقييد حركة الراكب إلا أنه إلا أنه يجب أن يكون اتخاذ مثل هذه الإجراءات أمراً تقتضيه الضرورة، ولقائد الطائرة الحق في تجاهل ما قد يرتكبه الراكب من مخالفات متى ما لم يكن من شأنها تهديد أمن وسلامة الطائرة وما دام الراكب لم يعد مهدداً لأي خطر⁽¹³⁾، ولا تعتبر إجراءات القهر والقمع التي يتخذها قائد الطائرة تجاه الراكب من قبيل الأحكام القضائية بل هي إجراءات تحفظية ووقائية تنتهي كقاعدة خاصة بانتهاء الرحلة وهبوط الطائرة في مطار الوصول، ولقائد الطائرة مسئولية مدنية من الأمور الفنية المعقدة بحسبان ما قد يترتب على الخطأ فيها من كوارث تستحيل فيها إلى حطام والركاب إلى أشلاء ويزيد من تعقيد هذه المهمة أنه يتعين على قائد الطائرة في بعض الأحيان أن يتخذ قرارات سريعة في مدة زمنية لا تتجاوز الخمسة عشر ثانية وقبل فوات الأوان أن يتخذ قرارات سريعة ومن المفروض عليه أن يواجه هذه الاحتمالات بالعناية الفنية المنطقية في

مثل هذه الظروف وفي نوع الطائرة التي يقودها وإلا ابتعد الحادث عن مجال الفردية وتعين البحث عن أخطاء يمكن نسبتها إليه.

لقواعد الطائرة قواعد وأصول فنية سواء عند صعودها إلى مدرجات هذا الصعود أو أثناء طيرانها من حيث مستويات الارتفاع والتحليق أو عند شرونها في الهبوط وعلى قائد الطائرة أن يراعي دائماً تلك الأصول والقواعد⁽¹⁴⁾، وأن يبذل في سبيل ذلك العناية اللازمة وفقاً للظروف وتبعاً لنوع الطائرة التي يقودها وإلا اعتبر مخطئاً وانعدت على رأسه المسؤولية بتحريض من أصابه ضرر كان نتيجة مباشرة لفعله الخاطئ، ويقع على المضرور إثبات أن قائد الطائرة قد قصر في أداء واجبه تقصيراً يكون سلوكاً خاطئاً من جانبه وذلك بالتطبيق لأحكام المسؤولية التقصيرية وعلى ذلك يكون معيار الخطأ هو إخلال قائد الطائرة بالتزام بذل الحماية اللازمة. يمكن أن نسرد حالات الخطأ الذي يمكن نسبته إلى قائد الطائرة فنجد أن هذا ليس الأمر الهام وإنما الأمر الهام هو عند تقدير فعل قائد الطائرة يجب الالتزام بمعيار موضوعي للقول بوجود أو عدم وجود الخطأ أو تلك مسألة واقع تختص بها محكمة الموضوع على ضوء يقدره أهل الخبرة وشئون الطيران ومن المقرر أن المسؤولية المدنية الشخصية لا تنعقد على رأس قائد الطائرة إلا إذا كان قد ارتكب بالفعل خطأ فني في القيادة ولا يكفي في هذا الصدد أن يكون ما نسب إليه مجرد غلط في التقدير.

أثار برتوكول لاهاي سنة 1955م خلافات في الفقه وذلك عند معرض تفسيره لنص المادة (22) من اتفاقية وارسو 1929م والتي تضع حداً أقصى لمسئولية الناقل الجوي فلقد رأى فريق من الفقهاء إن قائد الطائرة لا يستفيد من حكم المادة (22) المشار إليها لأن مسؤوليته مسؤولية شخصية ومباشرة تترتب على خطأ ارتكبه هو، ومن ثم يستطيع المضرور أن يطالب قائد الطائرة في هذا الحالة بالتعويضات اللازمة دون أن يتقيد بحكم الحد الأقصى للتعويض، وإن هذا الرأي لم يلق ترحيباً لدى فريق آخر من الفقه وعارضه الاتحاد الدولي لجمعيات طياري الخطوط في مؤتمره الخامس الذي انعقد في بروكسل في أبريل عام 1950م ويذهب هذا الرأي إلى أن أحكام اتفاقية وارسو 1929م سيما المادة (20) تفصح عن مبدأ عام فحواه أن تلك الاتفاقية تطابق من حيث الحد الأقصى أو المسؤولية بين مشغل الطائرة وتابعيه بمعنى أنه يجب القول باستفادة تابعي الناقل منهم قائد الطائرة من أحكام الحد الأقصى للتعويض المقررة في المادة (22) من اتفاقية وارسو، هذا فضلاً عن ما تقتضيه قواعد ومقتضيات مرفق النقل حيث أن الطيارين أناس يعملون بأجر ولا يستطيعون أن يواجهوا مسؤولية بلا حدود، ولقد استجاب برتوكول لاهاي لسنة 1955م لهذا الرأي الأخير فعدلت اتفاقية وارسو 1929م بمقتضى المادة (4) مادة جديدة هي المادة (25) التي تنص على الآتي:

(أ) إذا رفعت دعوى تابع الناقل عن ضرر ما أشير إليه في هذه المعاهدة فهذا التابع أن يتمسك بحدود المسؤولية التي حق للناقل أن ينتفع بها بالتطبيق لأحكام المادة إذا ثبت أنه كان يعمل في نطاق وظائفه.

(ب) ويجب أن لا يتعدى مجموع التعويض الذي يمكن الحصول عليه في هذه الحالة من الناقل وتابعيه معاً تلك الحدود، وقد أكدت الاستفادة المادة (5) من اتفاقية جوادالاجارا لسنة 1961م بشأن تابعي الناقل الفعلي أو الناقل المتعاقد ما دام أن هؤلاء التابعين كانوا يعملون في حدود وظائفهم ولم يرتكبوا أي غش أو تدليس كان السبب في الحالات كما أكدت ذلك أيضاً برتوكول جواتيمالا في مارس 1971م بنص المادة (11) منه الذي عدل نص المادة (25) من معاهدة وارسو 1929م بشأن المسؤولية عن الأضرار

التي تسببها الطائرة للغير على سطح أن يستفيد من الحد الأقصى للتعويض المقرر في المادة (11) من الاتفاقية وعلى ذلك فليس للمضروب على السطح أن يطالب بتعويض يجاوز الحد الأقصى.

التصرفات القانونية على الطائرة:

ملكية الطائرة:

إن الطائرة تعتبر وحدة قانونية وهي على هذا الأساس تكون محلاً لتصرفات قانونية ترد عليها من بيع وإيجار ورهن⁽¹⁵⁾، وتعتبر الطائرة من المال المنقول ومن ثم يسري عليها من حيث تملكها ونقل هذه الملكية أحكام المنقول، ويمكن أن نكتب ملكية الطائرة ابتداءً بالبناء أو نكتب بطرق ناقلة للملكية كالبيع أو الهبة أو الميراث، إلا أنها منقول متميز على المنقولات الأخرى فهي تعد جزء هام من الثروة القومية وسواء من الناحية الاقتصادية أو العسكرية لذلك نجد التشريعات الوطنية ومن بينها التشريع الفرنسي يخضع انتقال ملكية الطائرة لنظام شهر يقرب بها من النظام الخاص بالعقارات، فالملكية لا تنتقل في مواجهة الغير إلا بكتابة العقد وتسجيله في السجل الخاص بالطائرات، ولذلك يعتبر التسجيل هو سند الملكية، ولا يمكن ادعاؤها استناداً إلى آخر ومن هنا يبدو منطقياً استبعاد تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية على الطائرات⁽¹⁶⁾، ولم يتعرض قانون الطيران السوداني لسنة 1999م إلى نقل ملكية الطائرة وترك تنظيم نقل ملكيته إلى القواعد العامة في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

رهن الطائرة:

يمكن أن ترهن الطائرة ضماناً لديه ورهن الطائرة من الأمور الشائعة إذ هو وسيلة من وسائل الحصول على الائتمان في حقل الاستغلال الجوي، حيث لا يوجد تنظيم خاص برهن الطائرات في قانون الطيران المدني السوداني لسنة 1999م لذا فإن القواعد الخاصة برهن المنقول هي التي تطبق والتي تفضي إلى انتقال المال المرهون إلى حيازة الدائن (المرتهن) مما يسبب ذلك تعطيل الطائرة في القيام بنشاطها وهو بذلك يختلف عنه كثير في التشريعات الأخرى التي سارعت لإقامة نظام خاص لرهن الطائرات يضمن استمرارها في حوزة المدين والراهن ويتلافى العقبات التي يمكن أن تحول دون استغلالها في مثل هذه الحالة⁽¹⁷⁾.

إيجار الطائرة:

لم ينظم المشرع السوداني إيجار الطائرات بتشريع خاص على الرغم من أهميته خلافاً لمعظم التشريعات، فإن إيجار الطائرة يستلزم أحكام خاصة حرصت التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسي على تنظيمها فقد عالجت مجموعة الطيران المدني الفرنسية عقد الإيجار فنصت على بقاء المالك مسؤولاً بجانب المستأجر عند الإخلال بالالتزامات القانونية التي تفرضها القوانين واللوائح المنظمة للملاحة الجوية واعتبرتهما متضامنين في المسؤولية إلا إذا تم تسجيل عقد الإيجار في السجل الخاص بالطائرات، كما عنى المشرع الفرنسي بالنص على اعتبار قائد الطائرة وطاقتها تابعين لمالك الطائرة في حالة إيجار الطائرة بطاقتها للقيام بعدة رحلات وأقرن الإيجار مهدة محدودة، أما إذا ورد الإيجار على الطائرة فقط فإن المستأجر يستعين بقائد وطاقم يتولى التعاقد معهم، وبالتالي يعتبرون تابعين له، يسأل عن أفعالهم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه⁽¹⁸⁾.

الحجز على الطائرة وفق الاتفاقيات الدولية:

يجوز الحجز على الطائرة باعتبارها مال منقول ويجوز توقيع الحجز التنفيذي أو الحجز التحفظي

عليها وفق التشريع السوداني وطبقاً لقواعد القانون الدولي تسري أحكام قانون بلد التنفيذ، تبعاً لذلك تخضع الطائرة الموجودة في السودان لقواعد الحجز الواردة في قانون الإجراءات المدنية السوداني سواء كانت الطائرة سودانية أم أجنبية سواء كان الحجز تحفظياً أم تنفيذياً⁽¹⁹⁾.

الحجز التحفظي على الطائرة وفقاً لمعاهدة روما لسنة (1933م):

تقديرًا لأهمية موضوع الحجز التحفظي على الطائرات فقد تم إبرام اتفاقية دولية في روما في 29 مايو 1933م⁽²⁰⁾، وقد وقعت عليها 40 دولة تقريباً إلا أنه لم يصادق عليها سوى 12 دولة ولا زالت الدول الكبرى من بين الدول التي امتنعت على المصادقة عليها، حيث نصت الاتفاقية على لتوفيق مصالح الدائنين المشروعة والملاحاة الجوية وانتظامها، حيث أنها وفق المادة التاسعة منها حددت نطاق تطبيقها فجاء نص المادة التاسعة بقصر تطبيق أحكام الحجز التحفظي في إقليم كل دولة طرف في الاتفاقية على كل طائرة مسجلة في إقليم دولة متعاقدة أخرى، وذلك يعني بالضرورة أن أحكام الاتفاقية لا تسري إلا مع توافر العنصر الأجنبي بين الدولة التي يوقع الحجز على إقليمها، أما الطائرات الوطنية تخضع لأحكام القانون الداخلي، حيث عرفت الحجز التحفظي الذي يمكن للدائن أن يوقعه على الطائرة بأنه: (كل تصرف أياً كانت تسميته، يتم بمقتضاه وقف الطائرة رعاية لمصلحة خاصة عن طريق أعوان القضاء أو رجال الإدارة أما لمصلحة دائن أو مالك أو صاحب ينقل الطائرة دون أن يكون في مقدور الحاجز أن يستند إلى حكم واجب النفاذ يكون قد حصل مقدماً عن طريق العادي أو إلى سند تنفيذي مساوٍ له).

وجاءت عبارة «أيًا» كانت تسمية مقصورة تضح حداً لاختلاف القوانين الداخلية في تسمية هذا الإجراء الذي يكفل حق الدائن، فالحجز التحفظي يسمى في القانون الإيطالي الحراسة التحفظية وفي القانون الإنجليزي يسمى حق الإيقاف وفي القانون الألماني الحجز المؤقت وفي القانون السوداني يسمى الحجز التحفظي⁽²¹⁾.

الطائرات التي لا يجوز حجزها تحفظياً وفقاً للاتفاقية:

لاعتبارات خاصة بالملاحاة الجوية أعفت المادة الثالثة من الاتفاقية بعض الطائرات من الخضوع لأحكام الحجز التحفظي وهي كالتالي:

1/ الطائرات المخصصة لنشاط الدولة الخدمي⁽²²⁾:

وهي الطائرات التي تقوم بنشاط خدمي في الدولة على سبيل التخصيص مثل خدمة البريد ومرافق الصحة والزراعة والجمارك والشرطة ولا يكون لهذه الطائرة نشاط تجاري ويبدو واضحاً تبرير عدم خضوع هذه الطائرات للحجز التحفظي حفاظاً على استمرارية المرافق العامة التي تعمل فيه هذا النوع من الطائرات.

2/ الطائرات التجارية التي تعمل في خطوط جوية منتظمة:

الحكمة من هذا الاستثناء هو تغليب مصلحة الجمهور الذي يلجأ للطائرة مسافراً أو شاحناً وتقديراً لعامل الوقت ويعول على انتظام حركة الخطوط الجوية طبقاً لمواعيد دورية معلنة مما لا يجوز معه إهدار مصالح هذا الجمهور حماية للمصلحة الخاصة لصاحب الدين وتلك مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع على ذلك لا تستفيد من هذا الاستثناء الطائرات المخصصة للنقل بالطلب أو الموضوعة تحت التصرفات

لبعض الفئات، وتأخذ حكم الطائرات العاملة محل الطائرات الاحتياطية التي توضع في خدمة هذه الخطوط لإجلالها عند الحاجة محل أحد طائراتها التي أصبحت مؤقتاً غير صالحة للطيران⁽²³⁾.

3/ الطائرات المخصصة لنقل الأشخاص والأموال متى ما كانت على وشك الإقلاع ويكون الدين أجنبي على الرحلة الحالية:

لم توضع الاتفاقية ما تقصده بعبارة «على وشك الرحلة» Pret a partir ويبدو أن مهمة تفسير هذه العبارة أوكلت إلى القضاء وفي رأي بعض الفقه أن الطائرة تعتبر على وشك «الإقلاع» الرحيل ومن ثم لا تخضع للحجز التحفظي ما لم يكن الحجز لدين نشأ بسبب الرحلة - متى استوفت حاجتها من الوقود وتمت عمليات الشحن وتوجهت الطائرة لممر الإقلاع ولم يبق سوى الحصول على إذن من سلطات القطاع بالإقلاع. الاتفاقيات الخاصة بالاعتراف الدولي بالحقوق التي ترد على المركبات الهوائية (جنيف 1948م):

اقتضى تنظيم عمليات الائتمان التجاري والصناعي الجوي إقامة نظام دولي يقرر حماية بيوت الائتمان التي تمنح القروض للمؤسسات وشركات الطيران. ذلك أن الائتمان الجوي يتطلب ضمانات خاصة شأنه شأن غيره، من أنواع الائتمان خاصة وأن عمليات الائتمان الجوي ترد على مبالغ ضخمة تخصص غالباً لشراء الطائرات، أما الضمانات الخاصة فإنها تتناول عادة استمرار احتفاظ البائع بالملكية حتى وفاء المشتري بكل الثمن أو تقرير حق رهن يرد على الطائرة ضماناً خاصاً للدائن المقرض، لذلك نظمت اتفاقية جنيف الاعتراف بمثل هذه الحقوق في كافة الدول أطراف الاتفاقية، وقعت في يونيو 1948م اتفاقية جنيف الخاصة بالاعتراف الدولي بالحقوق التي ترد على المركبات الهوائية، وبدأ نفاذها في 17 سبتمبر 1953م⁽²⁴⁾، ولقد تعرضت الاتفاقية للحقوق التي ترد على الطائرة وتتمتع بالحماية الدولية لدى الدول المنضمة إليها وشروط الاعتراف بها تم أقامت نطاقاً لامتياز بعض الدين ونظمت بيع الطائرة بيعاً جبرياً⁽²⁵⁾.

نطاق تطبيق اتفاقية جنيف 1948م:

حددت المادة (11) من الاتفاقية نطاق تطبيقها، فنصت على أن أحكامها تسري في كل دولة متعاقدة على كافة الطائرات المسجلة في إقليم دولة متعاقدة أخرى، وعلى ذلك على أن تسري أحكام الاتفاقية بمفهوم المخالفة، على الطائرات الوطنية المسجلة في إقليم الدولة المتعاقدة مع ذلك فقد قررت المادة (2/11) سريان بعض أحكام الاتفاقية على الطائرات الوطنية وهي أحكام ثانوية الأهمية نظمتها المواد (2، 3، 9) من الاتفاقية وتتعلق بالقيود في السجل الواحد رمز الحصول على بيانات من سجلات الدولة المتعاقدة الأخرى، وعدم جواز إجراء نقل أو قيد أو تسجيل لطائرة من سجل دولة متعاقدة على سجل دولة متعاقدة ما لم تسوق كافة الحقوق المقيدة على الطائرة، وباستثناء هذه الأحكام فإن اتفاقية جنيف لا تحمي حقوق الدائنين التي تثقل الطائرة إلا إذا وجدت هذه الطائرة في بلد أجنبي ذلك لأن داخل إقليم الدولة التي تتبعها الطائرة بجنسيتها فإن القانون الوطني كفيل بحماية الدائنين وقد استبعدت الاتفاقية من نطاقها الطائرات المخصصة للخدمات العسكرية أو الجمركية أو البوليسية⁽²⁶⁾.

الحقوق التي اعترفت بها الاتفاقية ونظمت حمايتها:

سردت المادة الأولى من اتفاقية جنيف الحقوق التي اعترفت بها الدول الأطراف وهي: حق ملكية الطائرة، وحق الطائرة في الحصول على ملكيتها عن طريق الشراء وهو نظام أنجلو أمريكي يطلق عليه Conditional Sale ويشبه نظام البيع بالتقسيط مع احتفاظ البائع بالملكية حتى يتم الوفاء بالثمن، وحق استكمال المستأجر للطائرة بناء على عقد إيجار مدته ستة أشهر على الأقل، وحق الرهن والمرتجاج Mortgage⁽²⁷⁾.

شروط الحماية الدولية:

يتعين توافر شرطية كي تسري اتفاقية على هذه الحقوق: إذا نشأت هذه الحقوق طبقاً لقانون الدولة التي تتبعها جنسية الطائرة، أو المسجلة لديها (المادة الأولى) وبذلك تسري هذه الحقوق قبل الغير وفقاً للشروط المبينة في قانون الدولة المسجلة لديها (المادة 2)، وأن تكون هذه الحقوق قد قيدت في سجل الدولة المتعاقدة التي تحمل الطائرة جنسيتها⁽²⁸⁾.

الديون الممتازة طبقاً لأحكام الاتفاقية:

قدرت اتفاقية جنيف أهمية بعض الديون التي تنفق في سبيل الحفاظ على الطائرة جعلت منها ديوناً ممتازة تسبق في المرتبة كافة الحقوق والديون التي تثقل الطائرة وقد قصرت المادة الرابعة من الاتفاقية هذه الديون في دينين اثنين:

أولاً: المكافآت المستحقة عن إنقاذ الطائرة.

ثانياً: المصاريف غير العادية اللازمة للمحافظة على الطائرة.

اشتطت الاتفاقية للاعتراف بهذين الامتيازين أن يخولا للدائن حق التتبع طبقاً لقانون الدولة المتعاقدة التي تمت على إقليمها أعمال الإنقاذ أو المحافظة على الطائرة وحق التتبع وحده لا يكفي للاعتراف بهذين الامتيازين وليس شرطاً أن تكون لهذه الديون في القانون الداخلي أفضلية عند التنفيذ، ولقد أثار عبارة «إنقاذ الطائرة» والمحافظة على الطائرة الاقتراح في التفسير غير أنه من المستقر عليه أن «إنقاذ» الطائرة يشمل كافة العمليات التي تمت لتفادي الحادث التي حاقت بها بمستوى في ذلك عمليات الإنقاذ في البر أو في البحر أما المحافظة على الطائرة فلا تشمل سوى المصاريف الضرورية التي تنفق على صيانة الطائرة وحفظها دون تلك التي تنفق لإدخال التحسينات أو حتى لإجراء التصليحات الدورية، ويبدو مبرراً في نظرنا أسبقية هذه الديون على كافة الحقوق الأخرى التي ترد على الطائرة، وذلك لأن مصاريف إنقاذ الطائرة أو حفظها يستفيد منها بالضرورة باقي الدائنين ممن لهم حقوق على هذه الطائرة بإنقاذها وصيانتها من الهلاك والعدم، ويجب الاعتراف بهذه الديون الممتازة أن يكون قد تم التأثير بها في السجل خلال الثلاثة أشهر التالية لعمليات الإنقاذ أو الحفظ وإلا امتنع هذا الاعتراف على الدول أطراف الاتفاقية ما لم يكن قد تم تحديد الدين بصفة ودية أو تكون قد رفعت دعوة قضائية للمطالبة به المادة (4/4) وتكون الأفضلية بين هذه الديون الممتازة على عكس الترتيب التاريخي للمحددات التي كانت سبباً في نشأتها بالتطبيق لأحكام المادة (3/4) من الاتفاقية ولا تخفى الحكمة من وراء هذا الحكم الأخر ذلك لأن الحفاظ على الطائرة من الهلاك أو العدم يرجع الفضل فيها إلى آخر عمليات الإنقاذ أو الحفظ⁽²⁹⁾.

البيع الجبري:

يترتب على مطالبة صاحب الحق الذي يرد على الطائفة مطالبة قضائية أن ينتهي الأمر بالبيع الجبري للطائفة، وقد نظمت اتفاقية جنيف البيع الجبري: وأحالت بالنسبة للإجراءات إلى القانون الوطني للدولة التعاقدية التي يجري البيع الجبري على إقليمها. المادة (7) مع ذلك لقد نظمت الاتفاقية شهر إجراءات البيع بحيث تكفل له العلانية حتى يعلم به الدائنون حماية لحقوقهم، من أجل ذلك نصت الاتفاقية على وجوب إتباع إجراءات معينة نجملها فيما يلي:

1. يحدد مقدماً تاريخ ومكان البيع بستة أسابيع على الأقل.
2. يتعين على الدائن أن يقدم على المحكمة أو إلى أية هيئة قضائية مختصة أخرى مستخدماً مصدق عليه طبق الأصل بالقيود المتعلقة بالطائفة.
3. على الدائن الحاجز قبل اليوم المحدد للبيع الجبري يشهد على الأقل أن يعلن عنه في المكان الذي تكون الطائفة قد سجلت فيه وفقاً لجنسيتها وبالتطبيق لأحكام القانون المحلي.
4. على الدائن الحاجز أن يخطر المالك وأصحاب الحقوق أو الديون الممتازة المرشد بها في السجل، بخطاب موصى عليه ويرسل بالبريد الجوي كلما أمكن على عناوينهم الميمنة بالسجل، وذلك قبل شهر على الأقل من تاريخ البيع، فإذا لم تراخ هذه الإجراءات كان البيع قابلاً للإبطال بناء على طلب يقدمه من أصابه ضرر من جراء ذلك، على أن يقدم طلب الإبطال خلال الستة أشهر اللاحقة لتاريخ البيع. المادة (3/7). وأوجبت الاتفاقية لجواز الشروع في بيع الطائفة بيعاً جبرياً أن يكون ثمن البيع كافياً لتسوية الديون الممتازة التي تسبق في الأولوية حق الحاجز أو أن يكون المشتري قد تكفل بسدادها. المادة (4/7). وجاءت اتفاقية جنيف بحكم خاص حماية لحقوق الدائنين الذين أصيبوا بأضرار على السطح في الدولة التي يتم فيها البيع الجبري، فقررت عدم جواز الاحتجاج بالحقوق الواردة على الطائفة في مواجهة من أصابهم ضرر على سطح الأرض إلا في حدود 80% من ثمن البيع، وذلك عند توقيع الحجز على الطائفة التي ترتب عليها الضرر أو على طائفة يكون لنفس المالك، وبذلك يترك 20% من الثمن لتنفيذ ديون التعويضات، هذا ما لم يكن مشغل الطائفة قد أمن على أضرار السطح تأميناً كافياً أي متى كان مقدار العوض يوازي قيمة الطائفة وهي جديدة - المادة (5/7). واستقر الفقه أن نسبة 20% هي حد أدنى يجوز أن يرتفع إذا كانت الحقوق الواردة على الطائفة لم تستنفذ نسبة 80% المقررة⁽³⁰⁾.

الخاتمة

جاء البحث متناولاً موضوع النظام القانوني للطائفة وفقاً للتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية حيث تناول البحث تعريفها للطائفة وكيفية تسجيلها والالتزامات التي تقع على عاتق طاقمها وكيفية حجزها وتعويض أصحاب المصلحة منها، كل ذلك جاء وفق دراسة تحليلية مقارنة مع التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، وبناء عليه توصل البحث لأهم النتائج وأهم التوصيات على النحو التالي:

النتائج:

1. قائد الطائرة هو رئيس الطاقم.
2. لقائد الطائرة وظائف فنية وتجارية وإدارية.
3. الوظيفة الفنية أهم الوظائف التي تسند إلى قائد الطائرة.
4. الوظيفة الفنية تعني مسؤولية القائد أداء ثلاثة واجبات، تنفيذ المهمة كما حددها مشغل الطائرة، أن يلتزم بتعليمات وأوامر سلطة الدولة التي يعبر إقليمها الجوي، أن يجعل سلامة الطائرة أمراً له الأولوية على أي اعتبار.
5. الوظيفة التجارية لقائد الطائرة تعني صفة نائباً عن الشغل أن يوقع بعض التصرفات القانونية.

التوصيات

1. نوصي بأنه يجب فصل تعريف الطائرة عن بقية المركبات الهوائية الأخرى في تعريف قانون الطيران المدني السوداني.
2. وجوب سن تشريع ينظم انتقال ملكية الطائرة على أن يكون ذلك بتحرير عقد مكتوب وقيده في السجل حتى يمكن الاحتجاج بانتقال الملكية في مواجهة الغير.
3. وجوب سن تشريع خاص برهن الطائرة مع استمرار الحياة للمدين (الراهن).
4. نرى ضرورة سن تشريع لإيجار الطائرة خاصة في دولة نامية ليس لشركاتها المقدرة الاقتصادية لشراء الطائرات وتعتمد على الإيجار في أغلب الأحيان.
5. جعل اتفاقية جنيف للحقوق التي تصرف على عمليات إنقاذ الطائرة ومصاريص صيانتها أولوية على جميع الحقوق الأخرى وذلك بشروط معينة يجب استيفاؤها.
6. إحالة اتفاقية جنيف بالنسبة لإجراءات البيع إلى القانون الوطني أو الدولة المتعاقدة التي يجري البيع الجبري على إقليمها ومع ذلك نظمت الاتفاقية إجراءات البيع بحيث تكفل له العلانية حتى يعلم به الدائنين حماية لحقوقهم.
7. أوجب الاتفاقية على جواز بيع الطائرة بيعاً جبرياً أن يكون ثمن البيع كافياً لسداد الديون الممتازة التي تسبق في الأولوية حق الحجز أو يكون المشتري تكفل بسدادها.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب:

- (1) أبو زيد رضوان، القانون الجوي (قانون الطيران التجاري)، دار الفكر العربي، القاهرة، (د. ت).
- (2) أكثم أمين الخولي، دروس في القانون البحري والجوي، مطبعة المدني، القاهرة، 1971م.
- (3) بكور مختار، مسؤولية الناقل الجوي، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، المغرب، 1989م.
- (4) عاشور عبد الجواد، عبد الحميد، موجز القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
- (5) عز الدين الطيب آدم، محاضرات في القانون الجوي، دار الجامعة، أدمرمان للطباعة والنشر، (د. ت).
- (6) الكنزي محمود أحمد، النظام القانوني للناقل الجوي الدولي وفقاً لاتفاقية مونتريال 1999م، الكويت، (د. ت).
- (7) محمد حسني عباس، محاضرات في القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م.
- (8) محمود سعيد الشرقاوي، محاضرات في القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
- (9) محمود مختار بربري، قانون الطيران وقت السلم، دار الفكر العربية، القاهرة، 1976م.
- (10) مصطفى إبراهيم أحمد عريبي، القانون الجوي (الطيران التجاري والنقل الجوي) وفقاً للاتفاقيات الدولية وقانون الطيران المدني السوداني لسنة 1999م، مطبعة جامعة النيلين، الخرطوم، 2009م.
- (11) موسى طالب حسن، القانون الجوي الدولي، دار الثقافة للنشر، عمان، 2002م.

ثانياً: الاتفاقيات الدولية:

- (1) 1/ الاتفاقية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بالنقل الجوي (وارسو 1929).
- (2) 2/ الاتفاقية الخاصة بالحجز التحفظي على المركبات الهوائية (روما، 1933م).
- (3) 3/ الاتفاقية الدولية للطيران (شيكاغو، 1944م).
- (4) 4/ الاتفاقية الخاصة بالاعتراف الدولي بالحقوق التي ترد على المركبات الهوائية (جنيف، 1948م).
- (5) بروتوكول لاهاي المعدل لاتفاقية وارسو (لاهاي، 1955م).
- (6) الاتفاقية الخاصة بتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الذي يقوم به آخر غير الناقل المتعاقد (جوادالاجارا، 1961م).
- (7) بروتوكول جواتيمالا (1971م).

ثالثاً: القوانين:

- (1) قانون الطيران المدني السوداني 9991م تعديل 0102م.
- (2) قانون السلامة السوداني لسنة 0102م.
- (3) قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 4891م.

المصادر والمراجع:

- (1) محمود مختار بربري، قانون الطيران وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1962م، ص: 54.
- (2) بكور مختار، مسؤولية الناقل الجوي، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، المغرب، 1989م، ص: 103.
- (3) عز الدين الطيب آدم، محاضرات في القانون الجوي، دار الجامعة، أمدرمان للطباعة والنشر، (د. ت)، ص: 55.
- (4) الكنزي محمود أحمد، النظام القانوني للناقل الجوي الدولي وفقاً لاتفاقية مونتريال 1999م، الكويت، (د. ت)، ص: 145.
- (5) عز الدين الطيب آدم، مرجع سابق، ص: 56.
- (6) المرجع نفسه.
- (7) عز الدين الطيب آدم، مرجع سابق، ص: 56.
- (8) موسى طالب حسن، القانون الجوي الدولي، دار الثقافة للنشر، عمان، 2002م، ص: 135.
- (9) محمود مختار بربري، مرجع سابق، ص: 56.
- (10) أبو زيد رضوان، القانون الجوي (قانون الطيران التجاري)، دار الفكر العربي، القاهرة، (د. ت)، ص: 101.
- (11) أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص: 102.
- (12) المرجع نفسه، ص: 105.
- (13) أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص: 105.
- (14) أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص: 110 وما بعدها.
- (15) أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص: 125.
- (16) محمود مختار بربري، مرجع سابق، ص: 79 وما بعدها.
- (17) أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص: 29.
- (18) محمود مختار بربري، مرجع سابق، ص: 182.
- (19) محمد حسني عباس، محاضرات في القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص: 59.
- (20) محمود مختار بربري، مرجع سابق، ص: 90.
- (21) محمود مختار بربري، مرجع سابق، ص: 90.
- (22) أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص: 31 وما بعدها.
- (23) عز الدين الطيب آدم، مرجع سابق، ص: 34.
- (24) محمود مختار بربري، مرجع سابق، ص: 90.
- (25) المرجع سابق، ص: 91.
- (26) محمود مختار بربري، مرجع سابق، ص: 62.
- (27) هو نظام أنجلو أمريكي يرتب ضماناً خاصاً للدائن بمقتضاه يرتضي المدين نقل ملكية الطائرة على الدائن مقابل الغرض، ويكون للمدين حق شراء الطائرة متى ما أوفى بكل الدين.
- (28) محمد حسني عباس، مرجع سابق، ص: 62.
- (29) أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص: 40.
- (30) محمد حسني عباس، مرجع سابق، ص: 64 وما بعدها.

الطبيعة القانونية للتحكيم

باحث

أ. سهيل حسن عثمان نوري

مستخلص:

تناولت الورقة الطبيعة القانونية للتحكيم. تمثلت مشكلة الورقة في الاجابة على التساؤلات المتعلقة بفحوى النظرية التعاقدية والقضائية للتحكيم. هدفت الورقة إلى التعرف على الطبيعة القانونية للتحكيم عبر النظريتين الاثنيالتعاقدية والقضائية وإلى توضيح دور ارادة الاطراف والتشريع في التحكيم وأخيراً بيان اخذ الفقه والقضاء بنظرية الطبيعة القضائية. نبعت اهمية الورقة من كثرة لجوء أطراف النزاع التجاري إلى التحكيم لفض نزاعاتهم والآثار التي تترتب عند اجراءات الدعوى وتنفيذ الحكم في حالة الأخذ بأى من النظريتين. اتبعت الورقة المنهج الوصفي التحليلي للطبيعة القانونية للتحكيم كمشكلة قانونية وجمع الحقائق والمعلومات عنها ووصف الظروف الخاصة ومعرفة الأسباب والاعتماد على عرض آراء الفقهاء وأحكام القضاء. توصلت الدراسة إلى عدة نتائج من أهمها إن نظرية الطبيعة القضائية هي أفضل النظريات. أوصت الورقة بعد توصيات منها ضرورة الأخذ بنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم وعدم تعميم نظرية الطبيعة القضائية على كل مراحل التحكيم.

Abstract:

The paper dealt with the legal nature of arbitration .The problem of the paper was to answer the questions related to the content of the contractual and judicial theory of arbitration .The paper aimed to identify the legal nature of arbitration through the two contractual and judicial theories ,to clarify the role of the parties <will and legislation in arbitration ,and finally to show the jurisprudence and the judiciary by the theory of judicial nature. The importance of the paper stems from the frequent resort of the parties to the commercial dispute to arbitration to resolve their disputes and the effects that result in the case procedures and the implementation of the judgment in the event of adopting either of the two theories .The paper followed the descriptive-analytical approach to the legal nature of arbitration as a legal problem, gathering facts and information about them ,describing special

circumstances, knowing the reasons, and relying on the presentation of the opinions of jurists and court rulings. The study reached several results, the most important of which is that the theory of judicial nature is the best theory. The paper recommended, after recommendations, including the necessity of adopting the theory of the judicial nature of arbitration and not generalizing the theory of judicial nature to all stages of arbitration.

مقدمة:

يعتبر التحكيم من الطرق البديلة في حل النزاعات وأصبح الاهتمام بالتحكيم لحل النزاعات في تزايد وصار يمثل القضاء الخاص في النزاع التجاري بشقيه الدولي والداخلي وعليه كان لابد من البحث عن الطبيعة القانونية لهذه الآلية التي تعمل في حل النزاعات كبديل للقضاء العادي صاحب الاختصاص الأصيل في حل القضايا، ولقد عمل التشريع والقضاء والفقهاء على مواكبة هذا التطور والاهتمام في مجال التحكيم وقد نتج عن هذا التطور نشوء ثلاث نظريات في التحكيم وهما النظرية التعاقدية والنظرية القضائية والنظرية المختلطة وسوف نقوم بدراسة هذه النظريات الثلاث في هذا البحث. مشكلة البحث:-

تتمثل مشكلة الدراسة في التساؤلات الآتية:

1. ماهى النظرية التعاقدية؟
2. ماهى النظرية القضائية؟

أهداف الدراسة :

- أ. التعرف على الطبيعة القانونية للتحكيم عبر النظريات الثلاث التعاقدية، القضائية والمختلطة
- ب. توضيح دور ارادة الاطراف والتشريع فيالتحكيم.
- ج. بيان اخذ الفقه والقضاء بنظرية الطبيعة القضائية

أهمية البحث:

- كثرة لجوء أطراف النزاع التجارى إلى التحكيم لفض نزاعاتهم.
- الآثار التى تترتب عند اجراءات الدعوى وتنفيذ الحكم في حالة الأخذ بأى من النظريات الثلاثة، دراسة النظريات الثلاث والأخذ بأفضلها.

حدود البحث:

يختصر البحث في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بدراسة النظريات الثلاث التعاقدية، القضائية والمختلطة مع التركيز على نظرية الطبيعة القضائية التى نالت القبول في آراء الفقهاء وتطبيقات المحاكم ومقارنتها مع القضاء الطبيعى.

تعريف التحكيم لغة وفقهاً:

التحكيم في اللغة يأتي من المصدر «حكم من باب التفضيل بتشديد الكاف مع الفتح وحكمه في الأمر أنفوض إليه الحكم⁽¹⁾ أو حكموه بينهم أيأمروه أن يحكم ويقال حكمنا فلاناً فيما بيننا أنأجزنا حكمه بيننا وحكمته في الأمر فاحتكم أبجاز فيه حكمه⁽²⁾»

عرفه الأحناف«هو منفروع القضاء أحط رتبة منه وهو تولية الخصمين أالفريقين المتخاصمين غيرهما ليفصل بينهما⁽³⁾». عرفه المالكية بأنه: «هو رضا الخصمين المتنازعين بتحكيم رجل للحكم بينهما⁽⁴⁾» وعرفه الشافعية: «هو أن يتحاكم رجلان أو خصمان إلى رجل من الرعية ليقضى بينهما أو يكون حاكماً بينهما في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض⁽⁵⁾ وعرفة الحنابلة بأنه: «أن يتحاكم رجلان إلى رجل، حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء⁽⁶⁾». عرفه الشيعة الامامية «أن يتحاكم رجلان إلى من يصلح للقضاء ليحكم بينهما⁽⁷⁾» عرفه البروفسير وهبة الزحيلي «أن يحكم المتخاصمان شخصاً آخر لفرض النزاع القائم بينهما على هدى حكم الشرع وقد دل على جوازه في مواضع كثيرة منها قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَانصَحُوا حَكِّمًا.....)⁽⁸⁾»⁽⁹⁾ وعرفه من الفقهاء «الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة⁽¹⁰⁾»

تعريف التحكيم قانوناً:

لقد خلت نصوص التشريعات المقارنة بما فيها المشرع المصري من تعريف للتحكيم وبالعكس كثرت التعريفات الفقهية للتحكيم وتعددت وكلها ليست متناقضة فيما تصدح به وإما الواقع إنه نظراً لتعدد زوايا التحكيم فإن كل فقيه يسلط نظره على زاوية من هذه الزوايا أو على الأقل لا يأتي تعريفه للتحكيم شاملاً لكل جوانبه ومن ثم فهناك ثلاثة اتجاهات في تعريف التحكيم ينظر الأول بصفته اتفاقاً وينظر الثاني الى عمل المحكم والثالث ينظر إليه نظام أو وسيلة قانونية⁽¹¹⁾

تعريف التحكيم في القانون السوداني:

أما المشرع السوداني عرف التحكيم (يقصد به اتفاق طرفي النزاع في النزاعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهما من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم ليحل عن طريق هيئات أوأفراد يتم اختيارهم بإرادتهم واتفاقهم)

الطبيعة القانونية للتحكيم:

رغم الاتفاق بأن التحكيم هو وسيلة لحل النزاع بين الخصوم إلا أنه نشأ خلاف فقهي حول طبيعة التحكيم القانونية، هل هو ذات طبيعة عقدية أم قضائية؟
نناقش هاتين النظريتين مع التطرق إلى آراء المؤيدين من جهة والنقد الموجه لها من جهة أخرى إذ أن نقاش هاتين النظريتين يؤدي إلى معرفة الاصول التي قام عليها التحكيم.
«من الضرورةمكان تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم الذنشأ بموجب اتفاق الطرفين وينتهبصدور حكم ملزم لأن هذا التحديد يقود إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ويعين على معرفة وضع الحكم الصادر من حيث الاعتراف به وتنفيذه داخل الدولة التيصدر فيها الحكم أو خارجها إذا أخذنا في الاعتبار تباين التشريعات الوطنية في تنظيم قواعد التحكيم⁽¹²⁾»

نظرية الطبيعة التعاقدية

المشرع السوداني عرف العقد بأنه: هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر. يجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين لإحداث الأثر القانوني⁽¹³⁾ الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على انشاء التزام أو نقله أو إنهاءه⁽¹⁴⁾

كما عرف العقد هو أخص من الاتفاق فهو توافق إرادتين على انشاء التزام أو على نقله ، أما القانون الفرنسي عرفه بما يأتي: العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بإعطاء شئ أو بفعله أو الامتناع عن فعله⁽¹⁵⁾ ليس هناك أهمية للتمييز بين العقد والاتفاق إلا أن الفقه والقضاء مال على تعريف التحكيم هو اتفاق تحكيم أكثر من انه عقد تحكيم . أصحاب النظرية التعاقدية. «يرى أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، فهم يصفون الطابع الاتفاقي على خصومة التحكيم وحكم المحكم، فاتفق التحكيم وحكم المحكم عند أنصار هذه النظرية يمثلان كلاً واحداً لا يمكن فصلها فهما يكونان هرمياً قاعدته اتفاق التحكيم وقمته حكم المحكمين⁽¹⁶⁾»

استند اصحاب هذه النظرية بأن كل مراحل التحكيم هذات طبيعة تعاقدية ويتمثلي:

- من حيث الغاية في التحكيم يهدف الأطراف إلى حل النزاع بطرق ودية بعيداً عن سلطات القضاء وقبول القرار الذي يصدره المحكم.
- التحكيم يهدف إلى تحقيق مصلحة أطراف العقد بينما يهدف القضاء إلى تحقيق مصلحة عامة. إلا أن الباحث يرى بالحكم عندما يصدر سواء كان عبر التحكيم أو القضاء يصدر لصالح أحد الأطراف ويهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة وعامة، وهو استقرار المجتمع وحفظ الحقوق والمراكز القانونية وأن يتمتع كل ذو حق بحقه .
- مصدر سلطة المحكم هو إرادة الأطراف ورضاء الخصوم بالقرار الذي يصدره المحكم وبالتالي يمكن اعتبار هذه السلطة سلطة قضائية من الناحية العملية.
- من حيث الشكل لا يقيّد المحكم بالإجراءات التي يطلبها القانون إذا ما أعفيا الأطراف من التقيّد بها.
- من الناحية المادية ليس للمحكم السلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي فالزام الشهود بالحضور أمامه أو تقديم مستند بحوزتهم أو توقيع الغرامة كما يمارسها القاضي.
- الطعن في حكم التحكيم يكون عن طريق رفع دعوى البطلان عكس الطعن في أحكام المحاكم العادية التي تتم بطرق الطعن العادية التي تحددها القانون⁽¹⁷⁾.

كما ذهب على هذا النحو الفقه المصري إلى حين صدور حكم المحكمة الدستورية في 6 نوفمبر 1999م بموجبه تم اسباغ الصفة القضائية للتحكيم⁽¹⁸⁾»

هذه النظرية يسندها الفقه الفرنسي بالحكم الصادر من محكمة النقض بتاريخ 1937م⁽¹⁹⁾ إلا أن هذا الاتجاه قد تغير ابتداءً من حكم المحكمة العليا الصادر في 22 أكتوبر 1949م⁽²⁰⁾

إن الأخذ بالنظرية التعاقدية يخضع للنظرية العامة للعقود ويترب عليه الآتي:
- إن ما يصدره المحكم قرار وليس حكم. (الحكم هو القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلاً صحيحاً ومختصة في خصومة رفعت إليها. فالحكم يتميز بالخصائص الآتية:

1. أنه يصدر من محكمة تتبع جهة قضائية.
2. إنه يصدر بما للمحكمة من سلطات قضائية أي بصدد خصومة.
3. أن يكون الحكم مكتوباً في الشكل المقرر في قانون المرافعات والقرار الصادر من هيئة غير قضائية لا يعد حكماً ولو كان من بين أعضائها أحد القضاة والقرار الصادر من المحكمة بما لها من سلطة ولائية لا يعد حكماً ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك، ومن المقرر أن تميز القرارات الولائية والغير ولائية انما يرجع فيه الى حكم القانون لا الى إقرارات الخصوم أو اتفاقهم⁽²¹⁾

وقد اورد في هذا الصدد قاضي المحكمة العليا محمد أبو بكر محمود الخطأ الذي يلازم دائماً اصدار الأحكام النهائية هو خطأ يقع فيه القضاء الجالس والقضاء الواقف معاً - فاستعمال كلمة قرار بمعنى Decision في حكم نهائي Judgment هو إجراء خاطئ تماماً فالمحاكم لا تصدر قرارات في نهاية الدعوى وإنما تصدر أحكام - فالقرارات تصدرها المحاكم في أثناء نظر الدعوى (الاستجابة لطلبات من الادعاء والدفاع وتاجيل الجلسة لأخرى في سبيل هذه الحالات تصدر المحكمة قرارات وهي من اجل تسيير الدعوى - ولكن اذا وصلت الدعوى إلى نهايتها وارادت المحكمة اصدار حكم نهائي فيها لا بد أن يكون ذلك Judgment وليس قرار Decision⁽²²⁾

بطلان اتفاق التحكيم يؤدي بالضرورة إلى بطلان حكم المحكمين كذلك، فإن مخالفة المحكم لاتفاق التحكيم أو خروجه عن حدوده يؤدي إلى بطلان حكمه⁽²³⁾

- تنفيذ حكم التحكيم يتم طواعية دون اللجوء للقضاء للحصول على الأمر بتنفيذه حتى لو تم اللجوء إلى القضاء فإن الأمر لا يعدوا أن يكون مشابهاً لعقود الصلح التي تخضع لتصديق القضاء.
- استبعاد التحكيم الاجباري لأنه غير مستند على إرادة الافراد. التحكيم الاجباري هو تحكيم بلا اتفاق ولا يجوز التحكيم الاجباري في القطاع الخاص لأنه تعدم فيه حرية الاطراف فيا للجوء اليهويكون في القطاع العام وفق قانون.
- نقد النظرية التعاقدية
- عيوب النظرية تتمثل فيالآتي:
- أنها بالغت فياعطاء الدور الأساس لإرادة الأطراف فيتكييف الطبيعة القانونية للتحكيم. فيحين أن المحكمين يصدرن أحكامهم كالقضاء وليس للأطراف أنتاجير على المحكمين بعد تعيينهم فيإصدار أحكامهم، حيث ينتهي دور الاطراف باتفاق التحكيم وتعيين المحكمين وليس لهم أي دور في اجراءات الدعوى وإصدار الحكم.
- التحكيم يستند على أساسين وهما إرادة الخصوم من ناحية وإقرار المشرع لهذه الإرادة من ناحية أخرى لذلك فإنإرادة الأطراف لاتكفيوحدها لتكوين نظام التحكيم بل يجب أن يقر

المشرع اتفاهم⁽²⁴⁾ وعليه يمكن القول بأن إرادة الأطراف ليست مطلقة لأنها مقيدة بالتشريع حيث لا يمكن الاتفاق بما هو مخالف للقانون مثل مسائل الاحوال الشخصية الزواج والطلاق والميراث إذا ما صدر يكون الحكم قابل للبطلان وغير قابل للتنفيذ.

بالإضافة إلى أنه إذا كان المحكم يفتقد لسلطة الجبر التيتمتع بها القاضولا تطبق عليه الأحكام الخاصة بالرد والمخاصمة وقواعد إنكار العدالة فإن هذا لا يضيفالطابع التعاقدعلى عملية التحكيم ذلك لأن المحكم قاضخاص للخصوم الذين اتفقوا على تحكيمهمفيمنازعاتهم ولم يقل أحد أنه منقضاة الدولة وإنما هو شخص اختاره الخصوم ليكون قاضياً خاصاً لهم يصدر حكمهفيالنزاع المعروف عليه وتتعترف به الدولة، فالدولة تنظم قضاء المحاكم وما التحكيم إلا نوع من القضاء شأنه شأن القضاء الأجنبيالذنتعترف القوانين الوطنية بأحكامه⁽²⁵⁾ بالإضافة إلى أن الطعنفيحكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان الاصلية ليس مبرراًلإضفاء الطبيعة التعاقدية على حكم التحكيم وذلك لأن بعض أحكام المحاكم العادية يمكن أن يطعن فيها بالبطلان دون أن يعنذلك أنها لم تعد أحكاماً قضائية بالمعنى الفئالذقيق⁽²⁶⁾. أما القول بعدم تنفيذ حكم التحكيم إلا بأمر من القضاء فإن ذلك لا يؤدي إلى اضعاف الطبيعة القضائية إذ ذلك هو شأن الأحكام الأجنبية فهبدورها لا تنفذ إلا بأمر يصدر من القاضالوطنولم يقل أحد بأن الأحكام الأجنبية ليست بقضاء⁽²⁷⁾

فضلاً عن أن التحكيم وإن كان يستند إلى اتفاق الخصوم فإن اللجوء إلى القضاء يستند أيضاً لإرادة الخصوم المتمثلةفيالمطالبة القضائية وطلبات الخصوم ولا يحكم إلا بناء على طلبات الخصوم وفيحدود طلباتهم كما يمكن للخصوم الاتفاق على نزع الاختصاص من محكمة وتثبئته إلى محكمة أخرى⁽²⁸⁾

نظرية الطبيعة القضائية

أصحاب النظرية :

أصحاب هذه النظرية ينظرون إلى التحكيم من حيث المهمة الموكلة إلى المحكمين وهو الفصلينزاع أما اتفاق التحكيم ماهو إلا عبارة عن محرك يتوقف بعمل المحكمين وإصدار أحكام ملزمة للخصوم وهو جوهرة دعوى التحكيم حيث يسيطر عليه العمل القضائوللمحكمون هم عبارة عن قضاةوالأحكام التتصدر تعتبر أحكاماً قضائية، فالمحكم يؤديوظيفة قضائية وما يصدر عنه هو حكم بمعنى الكلمة. هذا الحكم يتمتع بكافة الخصائص التيتمتعبيها غيره من الأحكام فهو يجوزها بمجرد صدوره حجبة الأمر المقضبه ويستنفذ المحكم بمجرد اصداره له ولايته بشأنه فلا يملك أن يعدله أو أن يرجع فيه أو أن يصدر ما يخالفه⁽²⁹⁾. يقصد بالحجبة أن ما تم عرضه على القضاء وتم الفصل فيه فلا ينبغى أن يطرح مرة اخرى للنقاش أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام أية محكمة أخرى ليفصل فيه من جديد إلا بالطرق، والمواعيد التي حددها القانون⁽³⁰⁾ حفاظاً على مصالح الأفراد والجماعة فمن غير المعقول أن تستمر الخصومات بين الناس، وعدم وقوفها عند حد معين، فتصبح هذه المنازعات مؤيدة، ويترتب على ذلك عدم استقرار الحقوق والمراكز القانونية، وتعطيل المعاملات بين الناس، في حين أنه لو أتيح الفصل من جديد فيما تم الفصل فيه، فإن أحكام القضاء تتعرض للتناقض، وبذلك يصبح القضاء دون هيبة، كما تتزعزع ثقة الناس فيه ولا يعتبر من طبيعة

التحكيم أن حكم المحكم لا ينفذ إلا بصدر أمر من قاضي الدولة فليس من شأنه ذلك أن يغير من طبيعته القضائية فليس الهدف من اشتراط صدور الأمر بالتنفيذ، لتنفيذ حكم التحكيم، أن يراقب قضاة الدولة عدالة حكم المحكمين وإغا الهدف من ذلك هو فقط التثبت من وجود اتفاق بين الخصوم على التحكيم بصدد نزاع معين أو أن هذا النزاع هو الذنفصل فيه بالفعل الحكم الصادر من المحكمين⁽³¹⁾»

يعتبر التحكيم طريقاً قضائياً لحسم المنازعات أو كما قضت بعض المحاكم طريق قضائي يتمتع فيه المحكم بسلطات ذاتية ومستقلة للفصل في الخصومات التي يطرحها عليه الخصوم فالتحكيم طريق مواز وليس طريقاً استثنائياً يعترف به الدولة لأداء العدالة وحماية الحقوق والمراكز القانونية هو يؤدما توديه محكمها من وظيفة قضائية. وهذا ما يؤيده فقه القانون الدولي الخاص والقانون الاجرائي على السواء وتحليل عملية التحكيم من نشأتها حتى نهايتها يدعم ذلك⁽³²⁾

قد اشترط فقهاء المسلمين فيمن يصلح أن يكون اهلاً للقضاء بان يكون على صفه يصح معها توليته مهمة القضاء أى أن يكون أهلاً لتقلد منصب القضاء ولا يتمتع بأهلية القضاء إلا من توافرت لديه الشروط الواجب توافرها في القاضي المولى وهذه الشروط هي البلوغ، والعقل، والاسلام، والعدالة، والذكورة، والاجتهاد، والحرية، وسلامة الحواس⁽³³⁾

إن أساس التحكيم هو قيامه على الثقة المتبادلة بين اطرافه في محكميهم لذلك يجب ان تتوافر في المحكم الحياد والاستقلالية عن الخصوم وهذا ما يتوافق مع طبيعة مهمته التي يؤديها وهذه الخصائص يجب ان تكون لصيقة بأعضاء هيئة التحكيم ولا يمكن تجاوزها كما هو عند القضاة⁽³⁴⁾

تعد حيدة المحكم واستقلاله من الضمانات الاساسية في التقاضى وذلك حتى يطمئن الاطراف الى قاضيهم والى ان قضاءه لا يصدر الا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى فهما شرطان لمباشرة الوظيفة القضائية أياً كان القائم بها قاضياً أو محكماً. كما يعتبران ركيزتين اساسيتين لنجاح المحكم في مهمته وهما السببان الرئيسيان للاستقرار القضائي في أى نظام قانوني بل أن استقلال القاضي وحياده اثناء نظرالنزاع يبعث الطمأنينة والرضا في نفوس المتنازعين ويكون عاملاً رئيسياً في خضوعهم لحكم القاضي كذلك الامر في التحكيم فإن حياد المحكم واستقلاله هو استقلاله عن الخصوم بمعنى عدم الخضوع لهم ولرغباتهم ما يزيد في ثقتهم فيه واحترامهم لحكمه بعد صدوره وتنفيذه أياً كانت طبيعة الحكم الصادر اضافة الى ان الاستقلال يعد شرطاً لاختيار المحكم والحياد يعد التزاماً في عاتقه وشرطاً لصحة حكمه⁽³⁵⁾ حيث يجب على المحكم أن يتصف بصفتي الاستقلال والحياد طيلة فترة نظره الدعوى وحتى صدور الحكم وإلا سوف يكون حكمه عرضه للطعن بالبطان.

المحكم قاض خاص ولا ينتمى الى مرفق عام وبصعب على الاطراف تتبع حالته الاجتماعية وعلاقاته المالية والمهنية إفصاحه عند قبوله المهمة التحكيمية واقاراره باى علاقة مع اطراف الخصومة التحكيمية يتيح تقييم موقف المحكم تقيماً موضوعياً حتى لا تتثير هذه العلاقات اعتراضا مما يهدد سير الخصومة التحكيمية⁽³⁶⁾

الافصاح يواز في القضاء التنحي حيث يجوز للقاضي عند نظر الدعوى المقدمة امامه إذا كانت لدية صلة قري بالأطراف أو مصلحة يجوز للقاضي أن يتنحي عن نظر الدعوى لو كان بإمكانه أن يفصل في النزاع باستقلالية ونزاهه وحياد وذلك حتى لا يكون حكمة موضوع ريب وشك.

سادت هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسي حيث يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم يستجمع عناصر العمل القضائي الثلاثة وهما الادعاء والمنازعة والعمو وإن المحكم يعد قاضياً بحكم وظيفته وهما الفصل في المنازعات، وهو لا يستمد سلطته من عقد التحكيم وحده وإنما من إرادة المشرع التي تعترف به وأن إرادة الأفراد لا تكفي لخلق التحكيم لولا منح المشرع لهذه الصفة⁽³⁷⁾

«فضلاً عن ذلك أن حكم التحكيم يحوز على حجية قضائية مانعة من مناقشة ما قضى به المحكم إلا بالطرق التي تنبئها الأنظمة بهذا الشأن، وهكذا تنظم الدولة قضاء التحكيم بجانب قضاء المحاكم وما التحكيم إلا نوع من القضاء شأنه شأن القضاء الأجنبي الذي تعترف القوانين الوطنية بأحكامه»⁽³⁸⁾

بالإضافة لذلك فإن المحكم يملك تصحيح أحكامه من الأخطاء المادية التي تشوبها، مثل القاضي، بشرطين:

الأول: ألا يكون ميعاد التحكيم قد انقضى لأنه بفوات هذا الميعاد تزول سلطته.

الثاني: ألا يكون قد تم ايداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة ولو تم هذا الإيداع قبل انقضاء ميعاد التحكيم⁽³⁹⁾

بالإضافة إلى أن المحكم كالقاضي يملك سلطة تفسير ما يقع من غموض أو إبهام في حكمه كذلك فإنه يرد بنفس الأسباب التي يرد بها القاضي⁽⁴⁰⁾

من حيث الشكل يصدر حكم المحكمين مكتوباً ومسبباً وموقعاً عليه من المحكمين ويشتمل على بيانات تكاد تنطبق مع أحكام القضاء ويصدر في خصومة بعد سماع أقوال الخصوم عن طريق شخص مستقل ومحايد في وظيفته وهو المحكم وتتم المداولة بين المحكمين فيسرية ويصدر حكم التحكيم بمجرد التوقيع عليه من المحكمين كلهم أو أغلبهم وفي حالة امتناع أحد المحكمين عن التوقيع وجب ذكر ذلك⁽⁴¹⁾

من حيث الموضوع يصدر حكم المحكم متضمن تقرير مستند إلى قواعد القانون أو العدالة يحسم به النزاع الذي نشأ بين الخصوم ويتمتع هذا الحكم بحجية الأمر المقضيه وبإصداره يستنفذ المحكمون ولايتهم فينظر النزاع⁽⁴²⁾

موقف القضاء من هذه النظرية:

أولاً: القضاء الفرنسي: حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير الصادر في يوليو 1937م متبنياً الطبيعة التعاقدية للتحكيم إلا أن المحاكم الدنيا لم تسير هذا الاتجاه بل أن محكمة النقض نفسها تراجعت عن هذا الاتجاه وأشارت في أحكامها المدنية إلى أن التحكيم يعتبر قضاء استثنائياً يملك فيه المحكم سلطة ذاتية مستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها الخصوم ومجلس الدولة الفرنسي يعترف منذ زمن طويل بالصفة القضائية لحكم المحكم⁽⁴³⁾

ثانياً: القضاء المصري: اعتنقت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه عندما قررت في بعض أحكامها أن ولاية الفصل في المنازعات تنعقد في الأصل للمحاكم مادة (15) من 46 لسنة 1972م والاستثناء هو اتفاق الخصوم على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع إلى محكمين يختارونهم للفصل فيه بحكم له طبيعة أحكام المحاكم مادة (501) مرافعات، وما يصدر خارج المحاكم. يعتبر هذا الاتفاق مجرد من المقومات الأساسية للأحكام ويكون لأمن الخصوم رفع الاحتجاج عليه بمجرد انكاره والتمسك بعدم وجوده ودون الحاجة للادعاء بالتزوير أو إقامة دعوى مبتدأ لإهداره. نقد نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم⁽⁴⁴⁾:

تتمثل أهم انتقادات هذه النظرية في الآتي:

- 1- أن وحدة بعض المصطلحات القانونية المستخدمة بالنسبة لكل من حكم التحكيم والحكم القضائي تدل على أن المصطلحات لا تستخدم أحياناً بالدقة المطلوبة.
 - 2- أن الصفة القضائية يجب أن تظهر أثناء قيام المحكم بوظيفته في حين أن المحكم أثناء نظره للنزاع لا يتمتع بأهم سلطات وهسلطة الجبر فلا يستطيع أن يلزم شاهداً بالحضور أو يلزم من ليس خصماً بتقديم مستند تحت يده. يمكن الرد على ذلك بأن هذه السلطة تنقص المحكم لأنّه يقوم بالقضاء ولكن لأنه قضاء خاص ولنفس هذه العلة فإن حكم المحكم لا ينفذ جبراً إلا بأمر تنفيذ من الدولة صاحبة السيادة أنه شأن الحكم الصادر من دولة أجنبية⁽⁴⁵⁾
 - 3- إذا كان المؤدبوالنتيجة المنطقية لهذه النظرية هو تطبيق القواعد العامة للقضاء على مسائل التحكيم حيث لا توجد قاعدة عامة فينصوص التحكيم فإن هذه النتيجة مرفوضة لأن التحكيم ليس نوعاً من القضاء وإنما هو نظام مختلف عن القضاء فيوظيفته وطبيعته وغاياته، والحقيقة أن الاختلاف في أحكام القانون الوضعي بين القضاء والتحكيم يرجع فيمظاهره المختلفة إلى علة واحدة هي أن المحكم وإن كان يقوم بالقضاء إلا أنه لا يمثل الدولة ولهذا يمكن أن يكون المحكم أجنبياً كما إنه لا يعتبر ملتزماً بما تلتزم به الدولة من إقامة القضاء في إقليمها وبالتالى يعد منكرًا للعدالة إذا لم يصدر حكماً في الدعوى⁽⁴⁶⁾
- وجدير بالإشارة أن مؤيد هذه النظرية لا يعممون الطبيعة القضائية على كل مكونات التحكيم فهم يرون الطبيعة القضائية هللعمل القضائيالذي يصدر عن المحكم أو المحكمين أما مكونات عملية التحكيم كالعقد المبرم بين المحتكمين تبقله الطبيعة التعاقدية وتخضع لبرامها وآثارها فيالقواعد العامة للعقد⁽⁴⁷⁾.
- تظهر أهمية الأخذ بنظرية الطبيعة القضائية إنه بصور حكم التحكيم فإن الخصوم لا يجوز لهم الاتفاق أن يعرضوا مرة أخرى هذه الخصومة على هيئة تحكيم أخرى أو محكمة محايدة وهذا يحقق هدف التحكيم باختصار الوقت وسرعة الاجراءات وهي على عكس النظرية التعاقدية للتحكيم وتكون تلك الحجية بالنسبة للأنظمة التتأخذ بها بأن حجية الأمر المقضبه من النظام العام.

الخاتمة:

يرى الباحث أن التحكيم ذو طبيعة قضائية فالمحكم يباشر مهمة قضائية وهو الفصل في نزاع بين خصمين وأن الحكم الذي يصدره هو حكم بالمعنى الفني للكلمة ويترب ما يترب على الاحكام من آثار وأهمها حجية الامر المقضى به كما أن المحكم يشغل مركزاً متميزاً ويتمتع بسلطة قضائية تخوله حسم النزاع ليقترب من المركز القانوني للقاضي.

رغم إننا من أنصار الطبيعة القضائية لنظام التحكيم إلا أن التحكيم لا يماثل القضاء في كل شى نظراً أن التحكيم قضاء خاص له بعض الخصوصية التي تستلزمها اعتبارات التحكيم ويتمثلفي حسم النزاع بطريقة ودية وحيث ليس لديه السلطة الأمره بإجبار الشهود على الحضور أو تقديم مستند بيد الغير والحبس والغرامة

النتائج:

- من خلال الدراسة التحليلية عن واقع تطبيقات قضاء التحكيم توصل الباحث إلى النتائج التالية:
1. إن نظرية الطبيعة القضائية هأفضل النظريات.
 2. تخلص القضاء الفرنسي والمصرى عن نظرية الطبيعة التعاقدية وأخذت بنظرية الطبيعة القضائية .
 3. العقد المرهبين الطرفين تبقى له الطبيعة التعاقدية من حيث الالزام واللجوء الى التحكيم حكم التحكيم يحوز حجية الامر المقضى فيعند الاخذ بنظرية الطبيعة القضائية.
 4. الاتفاق على التحكيم والتشريع هما أساس التحكيم.
 5. مرت الطبيعة القانونية للتحكيم بعدة مراحل حتى رست في نظرية الطبيعة القضائية.
 6. المحكم يطبق العدلفي التفويض مع الصلحفي حين أن القاضى يطبق القانون.

التوصيات

- من خلال النتائج يوصى الباحث بالتوصيات التالية:
1. الأخذ بنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم.
 2. عدم تعميم نظرية الطبيعة القضائية على كل مراحل التحكيم.
 3. اللجوء الى التحكيم لحل النزاعات التجارية .
 4. يجب أن تتوفر في المحكم نفس الصفات المطلوبة في القاضى من حيث الاستقلال والحياد والنزاهة وكذلك يرد بنفس الاسباب التى يرد بها القاضى.
 5. مراعاة تسبب احكام التحكيم.
 6. احترام وتقدير المحكم عند نظر الدعوى مثل القاضى الطبيعى تماماً.
 7. استصحاب الجانب الودئفي اجراءات الدعوى وعند تنفيذ الحكم.

المصادر والمراجع:

- (1) كرم البستاني وعادل أمبويلا- المنجد في اللغة والاعلام- دار المشرق العربي - بيروت - الطبعة الثامنة والعشرون- 1986م - ص 146.
- (2) أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور - لسان العرب- دار إحياء التراث - بيروت - الطبعة الثانية - 1997 م - ص 129.
- (3) ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار - المطبعة الأميرية - مصر- 1326هـ الجزء الخامس - ص 112.
- (4) محمد بن فرحون اليعمرى - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الاحكام - مطبعة الحلبي - القاهرة - مصر - الجزء الاول - ص 55 .
- (5) أبو زكريا يحيى بن شرف النووي - المجموع شرف المذهب - مطبعة مصطفى الحلبي - الجزء الاول - ص 97 .
- (6) موفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامه المغنى على مختصر الخرقي - الطبعة الثالثة - 1327 هـ - الجزء التاسع - ص 107 .
- (7) محمد يعقوب بن اسحق الرازي - الكافي - مطبعة حجر - 1303 هـ - الجزء الرابع - ص 197.
- (8) سورة النساء آية 35 .
- (9) أ.د. وهبة الزحيلي - الفقه الاسلامي وأدلته - مطبعة دار الفكر - دمشق - سوريا - الطبعة الرابعة - الجزء الثامن - ص 6250.
- (10) د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري - منشأة المعارف - الاسكندرية - الطبعة الرابعة - 1983 م - ص 15 .
- (11) المادة 4 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016 م.
- (12) د. معتز عفيفي - نظام الطعن على حكم التحكيم - دار الجامعة الجديدة - 2012م - ص 11.
- (13) د. إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - 2000م - ص 26.
- (14) المادة 33 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م
- (15) عبد الرازق السنهوري - نظرية العقد ، دار الفكر ، بيروت، ص 79
- (16) المرجع السابق - ص 80.
- (17) د. محمد السيد التحيوي - اتفاق التحكيم وقواعده - في قانون المرافعات وقانون التحكيم - رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق - مقدمة لجامعة المنوفية - 1994م - ص 135.
- (18) د. فتحى والى - التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية - منشأة المعارف - الاسكندرية - سنة 2014 - ص 34،35 .
- (19) د. إبراهيم محمد أحمد دريج - التحكيم الداخلى والدولى - النظرية والتطبيق - شركة مطابع السودان للعملة المحدودة - الطبعة الرابعة - 2013 - ص 36.
- (20) د. أبو زيد رضوان - الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولي - دار الفكر العربي - 1981م ص 30.
- (21) المرجع السابق - ص 25.
- (22) د. عبد الحميد الشورابي - أوجه الطعن بالنقض في تسبيب الأحكام المدنية والجنائية - شركة الجلال للطباعة - ص 8،9
- (23) مجلة الأحكام القضائية السودانية - السلطة القضائية - 2017م - المكتب الفني والبحث العلمي ص 139
- (24) اتفاق التحكيم وقواعده- مرجع سابق- ص 185.
- (25) محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - اتفاق التحكيم - دار الفكر العربي - القاهرة - الطبعة الاولى - 1990م - ص 60 و 61.

- (26) جورج شفيق سارى - التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية - دار النهضة العربية - 1999م - ص 40.
- (27) أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختيارى والاجبارى- منشأة دار المعارف -الإسكندرية - الطبعة الخامسة - 1988م - ص 317.
- (28) سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - اتفاق التحكيم - دار النهضة العربية - 1984م - الكتاب الاول - ص 501 وما بعدها.
- (29) النظرية العامة للتحكيم - مرجع سابق - ص 143 ، 218 .
- (30) عيد محمد القصاص - حكم التحكيم - دار النهضة العربية - ص 77.
- (31) المرجع السابق - نفس الصفحة .
- (32) حكم التحكيم - مرجع سابق - ص 77.
- (33) د. أحمد عبد الكريم سلامة - التحكيم في المعاملات المالية الوطنية والدولية - دار النهضة العربية - القاهرة - 2016م - ص 47،48 .
- (34) (34) د.عبد الكريم محمد عبدالكريم نصير - التحكيم عند العرب دراسة تاريخية - رسالة دكتوراه - مقدمة الى كلية الحقوق جامعة طنطا - 1417هـ - 1996م - ص 136.
- (35) المركز القانونى للمحكم - مرجع سابق - ص 57.
- (36) المرجع السابق - ص 75، 76.
- (37) د. هدى محمد مجدى عبدالرحمن - دور المحكم في خصومة وحدود سلطاته - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة - 1997م - بند 71- ص 104 .
- (38) عزمي عبد الفتاح عطيه - قانون التحكيم الكويتي - منشورات جامعة الكويت - الطبعة الأولى - 1990م - ص 23 - وجدى راغب فهمى - هل التحكيم نوع من القضاء - بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمى - جامعة الكويت - السنة السابعة عشر- العديدين الأول والثانى - مارس 1994م - ص 134.
- (39) النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - مرجع سابق - 1990 - ص 212.
- (40) محمد التحيوى - اتفاق التحكيم وقواعده - رسالة الحصول على الدكتوراه - كلية الحقوق - جامعة المنوفية - 1994م - ص 129.
- (41) أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختيارى والاجبارى - الطبعة الخامسة - دار المعارف الاسكندرية - 1988م - ص 284 وما بعدها.
- (42) المرجع السابق - ص 267 و 266.
- (43) د. عزيزة الشريف - التحكيم الإدارى في القانون المصرى - دار النهضة العربية - 1992م-1993م - ص 13.
- (44) c.E.4 Javier 1957, Lam borot, A.J.D.A 1957, 107
- (45) حكم محكمة النقض الصادر في 6 فبراير 1986م في الطعن رقم 2186 لسنة 1954م ق منشور مجلة القضاء 21 يوليو 1988م ص 234 وما بعدها.
- (46) فتحي والى - قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق - منشأة المعارف - الطبعة الأولى - 2007م - ص 53.
- (47) النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - مرجع سابق - ص 214 وما بعدها.
- (48) كم التحكيم - مرجع سابق - ص 79 وما بعدها
- (49) انون التحكيم بين النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص 54.

المتغيرات التشريعية والاقتصادية والسياسية ودورها في نظم الحكم دراسة حالة السودان خلال الفترة من 1956 م - 2017 م

أستاذ الاقتصاد المشارك. جامعة النيل الأبيض.

د. الشاذلي عيسى حمد عبد الله

أستاذ الاقتصاد المشارك. جامعة النيل الأبيض.

د. صلاح محمد إبراهيم أحمد

المستخلص :

يهدف البحث بعنوان: المتغيرات التشريعية والاقتصادية والسياسية ودورها في نظام الحكم الى كيفية ايجاد حكم اقليمي فيدرالي راسخ يرتكز على قواعد ومبادئ ثابتة وراشد وبأقل تكلفة اقتصادية وذلك بتقليص هيكل الحكم وفي ظل موارد تتعلق بالمتغيرات التي تلازم التشريع في فرض الضرائب والرسوم بحيث لا تكون جزافية ومجحفة لاتتوفر فيها العدالة والانصاف ودون محسوبة وحيادية واستقلالية حتى تكون مورد يغذي الخزينة لتحقيق وتقديم الخدمات وتوفير فرص التنمية وحل المشاكل القبلية . وبالتالي تتحقق الاهداف من مشاركة وتنمية محلية وخدمات أفضل وأمثل , وتجويد نظام الحكم والادارة. وتمثلت مشكلة الدراسة في ترهل هيكل الحكم والانفاق الكبيرة عليه , مما يترتب عليه ضعف الخدمات وتردى التنمية في التعليم والصحة . واتبع البحث المنهج الوصفي التاريخي والنظري التحليلي . وافترض البحث الفرضيات الآتية : توجد علاقة ذات دلالة بين هيكل الحكم والوضع الاقتصادي والسياسي , توجد علاقة ذات دلالة بين تقديم الخدمات والتنمية واستغلال الموارد المالية الاستغلال الأمثل في ظل تغير القوانين وأنظمة الحكم . توجد علاقة ذات دلالة بين الحكم المحلي والاقتصاد والسياسة . وتوصل البحث الى أهم النتائج الآتية : عدم استقرار الحكم والتغير المستمر أدى الى ضعف الخدمات والتنمية في مجال التعليم والصحة . ضعف التشريعات وكثرة القوانين في فترات قصيرة ترتب عليه الارتباك وعدم استغلال الموارد الاستغلال الامثل وتقديم اجود الخدمات وتحقيق تنمية مستدامة ومتوازنة بحيث تحقق الرفاه الاقتصادي والعيش الكريم . اعادة النظر في ترهل هيكل الحكم بشكل يحقق النماء وتوظيف الموارد المالية التوظيف الأمثل . الانفاق البذخي على الهيكل الدستوري للحكم ترتب عليه اهدار للموارد المالية التي يتم تحصيلها من الشعب مما أثر ذلك على ضعف تقديم الخدمات والتنمية . كما توصل البحث الى أهم التوصيات : ضرورة قيام المؤتمرات والورش لتقييم وتقويم الحكم المحلي سنويا . يجب توظيف الموارد التوظيف الأمثل في جودة الخدمات والتنمية . تقليص الهيكل الدستوري للحكم والصرف على الخدمات والتنمية بنسبة لا تقل عن 70% من الموارد المالية للموازنة السنوية . ترشيد الانفاق على الفصل الأول والثاني من الميزانية السنوية وتوفير قاعدة بيانات وسجل للأنشطة التجارية للحفاظ على الموارد من الاهدار والفقدان والممارسات الخاطئة واعداد موازنة واقعية .

الكلمات المفتاحية : نظام الحكم , المتغيرات التشريعية , الاقتصادية , السياسية .

Abstract:

The research, entitled Local Government System in Light of Legislative, Economic and Political Changes, aims at how to find a firm federal regional government based on firm and rational rules and principles and at the lowest economic cost by reducing the structure of governance and in light of the resources related to the changes that legitimize and impose taxes and fees so that they are not arbitrary and unfair in which justice and equity are not available And without favoritism, impartiality and independence in order to be a resource that nurtures the issue of providing services, providing development opportunities and solving tribal problems. Thus, the objectives of participation, local development, better and optimal services, and improvement of governance and administration are achieved. The problem of the study was represented in the slackness of the governance structure and the large expenditures on it, which results in weak services and deteriorating development in education and health. The research followed the descriptive historical and theoretical analytical method. The research assumed the following hypotheses: There is a significant relationship between the governance structure and the economic and political situation, there is a significant relationship between the provision of services, development and the optimal exploitation of financial resources in light of changing laws and governance systems. There is a significant relationship between local government, the economy, and the private sector. The research reached the following most important results: Instability of governance and continuous change led to weak services and development in the field of education and health. The weakness of legislation and the large number of laws in short periods resulted in confusion and failure to exploit resources optimally, provide the best services and achieve sustainable and balanced development so as to achieve economic well-being and decent living. Reconsidering the slackness of the governance structure in a way that achieves growth and optimal employment of financial resources. The extravagant spending on the constitutional structure of government resulted in a waste of financial resources collected from the people, which affected the weakness of service delivery and development. The research also reached the most important recommendations: The necessity of holding conferences and workshops to evaluate and evaluate local

government annually. Resources must be optimally employed in the quality of services and development. Reducing the constitutional structure of governance and spending on services and development by no less than 70% of the financial resources of the annual budget. Rationalizing spending on the first and second chapters of the annual budget and providing a database and a record of commercial activities to preserve resources from waste, loss and erroneous practices, and preparing a realistic budget.

Key Words: Government Systems ,Changes Legislative ,, Economic ,Political

مقدمة :

يحتل السودان موقعا متميزا في الجزء الشمالي الشرقي من القارة الافريقية , من حيث جواره لتسع دول أفريقية قبل الانفصال , ومن بعده يجاور سبع دول افريقية , الامر الذي ساعد كثيرا في ايجاد تداخل سكاني كبير بين السودان ودول الجوار مما اكسب السودان ميزة وخصائص ثقافية وديموغرافية وغيره , وهزا التداخل له ابعاده . والسودان اهم ما يميزه الاغلبية من سكانه شباب , بينما يمثل كبار السن نسبة ضعيفة . السودان يحتاج الى خطة واقعية لاصلاح الحكم المحلي واستقراره وتطوره . وللسودان ارثه التاريخي في الحكم والادارة من فترة الاستعمار وحتى خروج المستعمر . وتوطيد الحكم اللامركزي وتطوير نظم مستويات الحكم المحلي لضمان التوزيع العادل للسلطات والموارد , مركزية وولائية ومحلية تعميقا لدعائم الحكم الراشد والارتقاء بالوعي السياسي للمواطنين لتخطى العصبية والقبلية والجهوية , واحكام التنسيق بين مستويات الحكم المختلفة في ممارستها للسلطات المشتركة . وبدون ميزانية منفصلة وموارد مالية متوفرة لن يستطيع الحكم المحلي أن يقف على رجليه , وان يكون على استعداد لتقديم افضل الخدمات , واحداث تنمية مستدامة .

أولاً : الاطار المنهجي والدراسات السابقة

مشكلة البحث :

تتبلور المشكلة في التدهور والتدني في الخدمات وترنح وعدم استقرار الحكم المحلي وضعف وتردي الخدمات وتعطيل المشروعات التنموية .

تساؤلات البحث :

والسؤال الذي يحتاج الى اجابة من واقع التطبيق والتجربة بعد عقود من الزمان هل وجد الحكم الولائي والمحلي ما يعين على تحقيق الاهداف فيما يليه كليا او جزئيا وما هي المعوقات للحكم المحلي ؟

أهمية البحث :

تكمن أهمية البحث في ايجاد نظام حكم محلي يتوافق مع المتغيرات التشريعية والاقتصادية والسياسية في السودان .

أهداف البحث :

1. الجودة في تقديم الخدمات . الاستغلال الأمثل للموارد المالية .
2. تحقيق تنمية متوازنة ومستدامة . القضاء على السلوك والظواهر والممارسات الخاطئة .
3. تجويد نظام الحكم والادارة بترسيخ حكم محلي محايد يلبي طموحات ورغبات وحاجات المجتمع المحلي .
4. تحقيق التوازن المالي الذي يخدم مصالح المجتمع , وترشيد الانفاق العام بصورة مثلي بغرض تقديم الخدمات لكل المجتمعات بهدف استقرار الحكم والديمقراطية .

فروض البحث :

1. توجد علاقة ذات دلالة بين هيكل الحكم والوضع الاقتصادي والسياسي .
2. توجد علاقة ذات دلالة بين تقديم الخدمات والتنمية والاستغلال الأمثل للموارد.
3. توجد علاقة ذات دلالة بين الحكم المحلي والتشريعات والاقتصاد والسياسة .

منهجية البحث :

يتبع البحث المنهج الوصفي التاريخي النظري التحليلي .

مصادر جمع بيانات البحث :

- مصادر أولية المقابلات والزيارات الميدانية والقوانين والدساتير والاتفاقيات .
مصادر ثانوية الكتب والمراجع والتقارير والدوريات والمجلات .

حدود البحث :

- حدود مكانية : جمهورية السودان , قارة افريقيا .
حدود زمنية : خلال الفترة من (1956 م - 2017 م) .
حدود موضوعية : نظام الحكم المحلي في ظل المتغيرات التشريعية والاقتصادية والسياسية.

تنظيم البحث :

يتكون البحث من خمسة موضوعات أولاً الاطار المنهجي والدراسات السابقة وأما ثانياً الاطار النظري . وثالثاً : التشريعات للموارد المالية . ورابعاً : أدبيات البحث , وخامساً الاطار التحليلي .

الدراسات السابقة :

1/ أميمة المرضي : رئيس اللجنة التنفيذية بالجمعية الوطنية للمرأة السودانية : ورشة (تعزيز الحكم المحلي في التنمية الاقتصادية والاجتماعية المنحازة للفقراء) :⁽⁶⁾ (التي نظمتها الجمعية الوطنية للمرأة السودانية بالتعاون مع منظمة فريدريش أيرت بقاعة معهد الدراسات الاعمائية أمس قالوا ان الحكم المحلي بحاجة الي إرادة سياسية حقيقية هدفها خدمة انسان الريف, وأوضح المتدخلين في الورشة ان الجهاز التنفيذي في السودان أقوى من الجهاز التشريعي الذي وصفوه بالصوري, وشددوا علي ضرورة إشراك أهل المصلحة في القانون الاطاري للحكم لمحلي.

وقالت في كلمتها الافتتاحية للورشة أمس انهم سبق وان تناولوا موضوع الحكم المحلي عبر سلسلة من الحلقات في الفترة الماضية بغرض الوصول الي شكل فاعل للحكم المحلي يخدم القواعد بمناطقها وأضاف أن الحكم المحلي لصيق بحياتنا اليومية وحال قيامه بدوره جيدا ستكون حياتنا جيدة وستنفذ الخدمات التعليمية والصحية ومياه الشرب لكن اذا لم يقوم بدوره جيدا كما يحدث اليوم فإن حياتنا ستكون (ملخبطة وتعيسة) . وأوضحت ان المشاكل اليومية الناتجة من فشل الحكم المحلي التي تتمثل في الجبابات والرسوم والضرائب تستهدف المجموعات الفقيرة والضعفية مثل النساء باعتبارها مجموعات تتعرض بشكل يومي لكشات النظام العام الذي يهدد كرامة الكادحين والمسحوقين لاسيما النساء بأثعات الشاي والاطعمة وردد(انهم في الجمعية يعملوا بشكل واسع لتحقيق الاهداف النبيلة ومساعدة الضعفاء) .

2/ سوسن أبو الكيلك : مدير ادارة العلاقات الخارجية بالمجلس الاعلي للحكم اللامركزي ورقة الحكم المحلي التحديات والحلول . (13) أوضحت انه اذا لم يحدث إختراق حقيقي للموارد في الحكم المحلي لن يحدث تغيير , وأضافت أن الموارد في بعض المحليات صعبة التحصيل , وأكدت أن المجاملة والترضيات تهزم الانتخابات في الحكم المحلي .

وأوضحت أن المجلس الأعلى للحكم اللامركزي بناء علي التعديلات الدستورية الاخيرة لسنة 2015م . والتي نصت علي أن الحكم المحلي سلطة مشتركة يعكف حاليا علي صياغة القانون الاطاري للحكم المحلي والذي يعمل علي معالجة اشكالياته المختلفة مثل الفصل بين السلطة التشريعية والتنفيذية , وأن تكون أدوار المعتمد سياسية تعبوية وأن يتمكن الجهاز التنفيذي من أداء مهامه أن تنشأ وحدات الحكم المحلي بمعايير منها الرقعة الجغرافية والسكان والموارد والمشاركة الشعبية وقيام الانتخابات بضوابط , وأن يتم اختيار كوادر الحكم المحلي من أكفأ الناس ومعايير وشروط مجزية , بالاضافة الي مراجعة معايير قسمة الموارد بين المركز والولايات والمحليات , وأن يتم التخطيط للخدمات من القاعدة وتفعيل الشراكة المجتمعية.

3/ سوسن أبو الكيلك : ورقة الهياكل التنظيمية والعلاقات للحكم المحلي :

(14) أبرزت الورقة أنه بالرغم من الوضوح التشريعي , الا أننا نجد أن واقع الممارسة به تجاوزات أدت الي إرباك هذه العلاقات , مثلت لها بتجاوز بعض الأجهزة مثل المالية الولائية بسياساتها لدعم المرتبات باعتبارها قضية ذات أبعاد أمنية فاصبح هذا مدخل لتجسيم أداء المحليات وتوجيه برامجها . ولتطبيق الحكم المحلي

الراشد دعت الورقة الي وجود قاعدة بيانات دقيقة واستخدام المناهج الحديثة في التنمية وبناء القدرات.. وأوضحت أن دراسة خاصة بالاداء الفعلي للحكم المحلي توصلت الي الاتي : تم تخصيص سلطات واسعة للحكم المحلي بالقانون دون تخصيص موارد توازيها وأثبتت الدراسة وجود خلل كبير في قسمة الموارد بين الولاية والمحليات 90% للولايات و10% للمحليات وأكدت الورقة ضعف المشاركة الشعبية حيث لم تتمكن اي ولاية من اجراء انتخابات مجالس محليات منها تسع ولايات مجالسها بالتعيين ست ولايات لا يوجد بها لاتعييناً ولا انتخاباً . ولفتت الورقة الي تركيز السلطات في يد المعتمد وتعارضها مع مبادي الحكم الراشد فضلا عن وجود ربكة كبيرة وتنافر في العلاقات بين ادارت المحلية لغياب الدور المهني المتخصص الي (المدير التنفيذي) وانشغال

المعتمد بمهام أخرى بجانب قيام الوزارات الولائية بدور المحليات في تقديم الخدمات مما يؤسس لمركزية تهزم مبداء المشاركة. وأوضحت الدراسة أن ارتباط اللجان الشعبية في أداء أدوارها السياسية والأمنية مع المعتمد أضعف دورها في متابعة الخدمات. بالإضافة إلى تضخم هيكل الحكم المحلي في الولايات من 61 محلية في 2003 إلى 187 محلية في 2011 لعدم وجود معايير ملزمة ولطغيان قادة الحكم والارضاءات السياسية بجانب التكلفة العالية لمصروفات ومخصصات المجالس الشعبية إذ بلغت في إحدى الولايات أكثر من مليون جنيه شهرياً فضلاً عن التكلفة الكبيرة والمتصاعدة لمرتبات ومخصصات المعتمدين نجد أن المبلغ تجاوز 28 مليون في السنة. وأكدت الورقة تردّي الخدمات في ظل تصاعد فئات الضرائب والرسوم ..

4/ علي أبو الحسن : ورقة اعداد ميزانيات الحكم المحلي :

(24) رئيس لجنة التشريع والحكم المحلي بتشريعي ولاية الخرطوم في ورقته أن الحكم المحلي تراجع وأن الولايات أضعفته وقطع بعدم وجود حكم محلي راشد في السودان وتابع (هناك تعقيدات في موارد المحليات) وأوضح أن المحليات بولاية الخرطوم لا تستطيع الإيفاء بالتزامتها ما عدا نحو ثلاث محليات فقط من جملة سبع محليات وردد: (البقية تعيش علي باب الكريم) وأضاف أن الحكم المحلي أفرغ من مهمته الأساسية الخاصة بالتنمية والمشاركة وقال الحسن أن سلطات المحليات منقوصة في ظل الميزانيات المنقوصة وأن ضعف مواردها أدى إلى تقاعسها من القيام بدورها .

5/ صلاح محمد إبراهيم أحمد : دراسة الموارد المالية في ظل المتغيرات التشريعية , دراسة تطبيقية ولاية النيل الأبيض للفترة من 1994 م - 2012 م .⁽¹⁷⁾ :

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة الموارد المالية في ظل التشريعات التي مرت على نظام الحكم في السودان خلال الحقب التاريخية للفترة (1994 م - 2012 م) , والتشريعات القانونية , وفق مستويات الحكم , وقوانين قسمة الموارد المالية , وتوزيع الثروة وحصر الموارد المالية على المستوي الاتحادي والولائي والمحلي , والتنازعات , ومحاولة كل مستوي التغول والهيمنة والقبضة على الموارد المالية الكبيرة . وإصدار التشريعات التي تمنح المركز حق التوزيع والانفراد بأكبر نسبة من الموارد المالية القومية , وفرض السيطرة والرقابة على الولايات وتجريدها من عائدات المشروعات الكبيرة القومية , وتحويل نسبة منها إلى الولايات دعم جاري , وتعويض زراعي . دون أن يحكم القسمة معايير عادلة . بل تتوقف قسمة الموارد على القرابة والصداقة والقبلية والجهوية , وعلاقة والي الولاية بالمركز وقربه من رئيس البلاد . توصلت الدراسة إلى أهم النتائج أن الموارد في تزايد مضطرب وبصورة منتظمة وبمعدلات مرتفعة , وبالذات بعد عام 1999 م وحتى عام 2010 م في فترة تصدير النفط إلى الخارج . (13) تعدد التشريعات وضعفها أدى إلى تدني الموارد المالية . كما أوصت الدراسة بتفعيل الموارد المالية وفعاليتها وزيادة كفاءتها , وابتكار وتنويع المواعين الإيرادية . احكام صياغة التشريعات والقوانين حتى تعمل على سد الثغرات القانونية ومكافحة النهب الضريبي وقفل جميع المنافذ التي تساعد على النهب . الحد من الاعفاءات الضريبية والرسم . وتجنب الازداج الضريبي واحكام الرقابة على تحصيل الموارد المالية .

ثانياً : الاطار النظري نظام الحكم في السودان :

أن نظام الحكم في السودان ومنذ فترة الاستعمار يبنى على فلسفة تقديم الخدمات وحل مشاكل الشعوب وتنظيم أمور حياتهم المعيشية , منذ الولادة وحتى الوفاة بطرق تتمتع بالسلاسة , وتذليل الصعاب والعقبات بما يحقق المنافع .

فلسفة الحكم تقوم على مدلولين مهممين يرتكز عليهما الحكم , وهما بمثابة جناحى طائر ان اختل احدهما تعثر الطائر في تحليقه واداء مهمته التي من اجلها خلق , ولذا يعتبر الحكم المحلى مثل هذا الطائر, كما في شعار الحكم المحلى الذى يزين القبة أو الكاب الذى يميز الاداري المهني المسؤول .⁽⁶⁾ الحكم المحلى منذ ان تركه الانجليز لم يترنح ويتارجح الا بعد ان نال السودان استقلاله في عام 1956, حيث كان الانقلاب العسكرى الأول في 1958 وثورة أكتوبر 1964 () وانقلاب مايو 1969 وانقلاب الجبهة الديمقراطية في 1971 وانقلاب 1976 الذى لم ينجح , ومن ثم انتفاضة ابريل رجب 1985 , وايضا انقلاب 1989 . ومن تلك الحقب لم يشهد نظام الحكم المحلى استقرارا بل ظل في شد وجذب مع الأنظمة الحاكمة وأيدولوجياتها . السودان لم ينعم بديمقراطية الا في العامين الأوائل بعد الاستقلال وعمين آخرين بعد انتفاضة رجب الموافق السادس من أبريل 1985 .

ففى عام 1937 كان يسود قانون الادارة الاهلية وفي عام 1951 جاء قانون مارشال قانون الحكم المحلى ومن ثم اعقبه قانون ابورنات في 1956 وكذلك قانون ادارة المديرىات في 1960 وقانون الحكم الشعبى المحلى 1971 . ومن تاريخ 1951 وحتى 1971 م كانت أهم المعايير لتحديد حجم الوحدات المحلية يراعى تاريخ المنطقة طبيعتها وجغرافيتها وسكانها ونوعية الخدمات المقدمة لها وتمنح السلطات المحلية وظائف في حدود مواردها وخبراتها الادارية . (12)

بالاضافة الى تكريس السلطة في قبضة المركز وتكريس الحكم مركزيا مما سلب وافرج الحكم من محتواه حيث نجد من حق الوزير الاتحادي المركزي ان يوقف أي من قرارات مجلس المديرية وأن يخطر المجلس التنفيذي للمديرية بعدم تنفيذه وهي حق يطعن في سيادة مجلس المديرية على مجلسه التنفيذي . ومن بعد ذلك جاء قانون جعفر بخيت في 1973 ومن ثم قانون الحكم المحلى في 1981 م في ظل قانون حكم الحكم الاقليمي 1980 م ومن أهم مؤثراته الغاء المجالس الشعبية التنفيذية . وتعديل هيكل الحكم باضافة مستوى اداري جديد (مجالس مناطق) . ومحاولة تحجيم اختصاصات المحافظ . واعطاء حق التنسيق للوزارات المركزية والاقليمية في وحداتهم على مستوى المناطق . وأيضا الحكم الذاتى الذى منحه حكم مايو 1969 م لاقليم جنوب السودان ليحكم بواسطة الجنوبيين أنفسهم حكم ذاتى في عام 1982 وعلى ضوء هذا ظهر التمرد في عام 1983 وحركة أنانيا 2 وكانت الحرب الأهلية التى دامت سنوات عديدة , ومر السودان باحلك ويلات الحكم من احتراب وتمزق ودمار وحروب قضت على الاخضر واليابس وأفعدت الاقتصاد السودانى.⁽¹²⁾

قطع خبراء بإستحالة قيام الحكم المحلى بدوره بدون إرادة سياسية حقيقية ومحاربة الفساد, وقانون فاعل بمشاركة الجميع وميزانية منفصلة ورددوا ذلك لن يستطيع الحكم المحلى أن يقف على رجليه, وطالبوا بوقف أسلوب الارضيات والاستجابة للضغوط بديلا للديمقراطية. وكشفت الورشة عن خطوات للمجلس الاعلى للحكم اللامركزي لصياغة قانون إطارى للحكم المحلى .

ثالثاً : الوضع الادارى الحالى والمعوقات الادارية :⁽¹²⁾

السودان قدماً كان يحكم عن طريق الاقاليم المعروفة سابقا الاقليم الاوسط والاقليم الشرقى والاقليم الشمالى واقليم كردفان واقليم دارفور والاقليم الجنوبى ومعتمدية العاصمة القومية .

نجد المقدرات الادارية المطلوب توافرها في الضابط الادارى تتضاءل وتضمحل كيفا وكما

امام ذلك التيار الجارف من المشاكل من حيث النمو السريع في السكان وازدياد الطلب على الخدمات يوما بعد يوم . والانهييار المريع الذي شهدته الخدمات مقابل التزايد السكاني سواء من معدلات النمو او الهجرات الممنهجة من الارياف الى المدن واكتظاظ المدن وتردئ خدماتها . (فقد ثبت ضمن فنون ادارة الوقت مبدأ الأهمية للأهم اولاً . اذ يساعد الانسان على ترتيب وتحسين حياته , وهو بذلك يساعد المدير في ترتيب أولوياته , عندما يصبح المدير مديرا عليه أن يحدث التحويل اللازم للممارسة وظائف الادارة ويقلع عن الاعمال التنفيذية اليومية الروتينية) . (15) فالاختلاط بين الارياف والمدن بلاتنظيم منطقي ادى الى ما يمكن ان يعرف باريافة المدن . وبالتالي أصبحت مهمة الاداري عسيرة وصعبة في تقديم الخدمات بدلا من ترقيتها . وهذا الوضع فاقم من المشاكل الادارية وزادها تعقيدا بسبب شح وضعف الامكانيات المتاحة نتيجة للاوضاع الاقتصادية المتردية وما تعانيه المجالس من نقص في مصادرها المالية سواء كان مكون محلي أو أجنبي .⁽¹²⁾

هذا الوضع قاد الى التنظيم الاداري او النظم الادارية القائمة وتوزيع السلطة المتنازع عليها واضطربت الهياكل الادارية وتداخلت الصلاحيات والاختصاصات والمهام فكان النزاع والصراع في القوانين مما اضعف القوانين وتركها عرضة للتجاوز وسحب السلطة من اصحاب الشأن والمهنة وبالتالي انفرط العقد واختلط الحابل بالنابل وضاعت قوانين الحكم المحلي . وبين حانا ومانا ضاعت لحانا كما في المثل العربي . (19) ووسط هذا الصراع والغابة البيروقراطية الكثيفة عاش الاداري يبحث عن سلطاته وصلاحياته التي ضاعت . ومع ذلك في النهاية يعتبر الواجهة الحقيقية لكل عمل اداري وهو المسؤول ولكن بلاسلطات ولا صلاحيات بينما الوضع الاداري المثالي يتطلب ملازمة السلطات والصلاحيات للمسؤول الاداري مهما كان الحكم والحال .

ورجوعا الى قانون الحكم المحلي لسنة 1951 كانت المجالس المحلية تتمتع باستقلالية مالية وادارية ويمارسها الاداري تنفيذا لخطط وبرامج مجلسه المحلي المنتخب الذي يتحمل المسؤولية امامه منفردا . (12) ومرار الزمن اختلفت الصورة الادارية بقانون الحكم الشعبي المحلي لسنة 1971 الذي انتزع تلك الصلاحيات والسلطات من المجالس المحلية وكرسها في المجالس الشعبية التنفيذية برئاسة المديرية ؟ وهكذا تدهورت الاوضاع الادارية حتى وصل الحكم الاقليمي في اوائل الثمانيات الى منحدر خطير وتوزعت السلطات على الحكومات الاقليمية بهيكلها المتضخمة من حكام ووزراء اقليميين ومفوضيات بدرجة وزراء دولة . (15)

القوانين خلال الفترة من 1990 م الى 2017 م :

وفي عام 1990 م ساد الحكم الاقليمي , حيث كان الأقليم الأوسط يتكون من ثلاث مديريات وهي مديرية الجزيرة ومديرية النيل الابيض ومديرية النيل الازرق . ومجالس المناطق والبلديات ومجالس الارياف , وادارات التجارة والتموين .

وفي عام 1991 م تم توزيع المديرية الى محافظات ومجالس مناطق تتبع للاقاليم . والمحافظ يعينه رئيس الجمهورية ويتبع مباشرة للرئيس وعلاقته مبروطة بالمركز .

وفي عام 1992 م كان المرسوم الدستوري الثاني عشر . ومن ثم كانت القوانين تاتي تباعا من 1991م

وقانون 1993 م وقانون 1995 م وقانون الحكم المحلي للعام 1998 م وقانون 2001 م وقانون المحليات 2003 م وقانون الحكم المحلي 2006 م بعد اتفاقيات سلام السودان في نيفاشا 2005 م وتكوين حكومة الوحدة الوطنية ومن قوانين الحكم المحلي للولايات 2007 م والمعدل 2010 م وقانون 2015 م بعد انفصال الجنوب وقانون 2017 م للولايات , وكثرة القوانين اربكت الحكم وخلقت عدم استقرار في الحكم مما ترتب عليه ضعف الخدمات وتردئ مريع . (17)

رابعاً : قسمة الموارد المالية بين مستويات الحكم عبر التطور التشريعي : (16)

لو أمعنا النظر وتسلأنا هل هناك تطور في قسمة الموارد بين مستويات الحكم من فترة تكوين لجنة مارشال عام 1951 م .

وابان صدور المرسوم الثاني عشر في 1994 م والمرسوم الرابع عشر في 1995 م وصدور دستور جمهورية السودان للعام 1998 م . وقانون قسمة الموارد لسنة 1999 م ودستور السودان الانتقالي لعام 2005 م يتضح لنا الأتي: (16)

اولا : الموارد المالية المحلية وهي الموارد الممنوحة للمحليات بموجب قانون الحكم المحلي لسنة 1951 م نجدها تتمثل في الاتي : ضريبة العوائد - الضرائب المباشرة على مالكي الحيوان (ضريبة القطعان) - الضرائب المباشرة على منتجي المحاصيل (ضرائب العشور والقبانة) وهي ضريبة اصيلة واساسية لموارد الحكم المحلي وكانت تعود بايرادات وفيرة لخزينة الحكومة المحلية وتنعكس على تقديم الخدمات بصورة ممتازة ومرضية للجمهور ولكن للأسف تم الغائها بقرار جمهوري فوقي وغير مدروس في عام 2001 م مما ترتب عليه أثر سالب وفقدان لموارد الحكم المحلي بنسبة كبيرة سببت عجزا ونقصا في الموارد حيث كانت آثاره وخيمة على التنمية وتقديم الخدمات الضرورية . ومن تلك الفترة عانت المجالس في صرف الاجور والمواهي والمرتبات واستحقاقات العاملين وتركت جرحا لم يندمل حتي اللحظة . كما حاولت حكومة المركز تعويض المجالس بسبب فقدانها للمورد الحيوي بما يعرف بالتعويض الزراعي كدعم من المركز ولكن لا يغطي ما فقدته المجالس وكانت بمثابة القشة التي قصمت ظهر البعير. وضرائب الثمار والنخيل - والرخص لمزاولة النشاط التجاري للسلع والخدمات , ورسوم مباع الحيوان والذبيح , والرسوم على الملاهي واماكن الترفيه , والدعم المركزي الدعم الجارى لضمان حسن الأداء وتقديم خدمات أفضل . (17)

ظلت الموارد المالية محورا اساسيا في كل التعديلات التي تمت لقانون الحكم المحلي .ثانيا : قسمة الموارد في ظل الحكم الفيدرالي : (8)

نجد أن المرسوم الدستوري الرابع عشر قد قسم السودان الى تسع ولايات ووزع السلطات بين الحكومة الاتحادية والولاية يعني مستويين فقط وأغفل المستوي المحلي .

وقد وزع المرسوم الدستوري إيرادات الولايات في المادة (34) على النحو الاتي :

الضرائب والرسوم المحلية (القطعان , العشور , الملاهي , المباني والاطيان , وأشجار النخيل , العوائد المحلية , رسوم الرخص التجارية والصحية) . -الدعم الاتحادي -العائد من الاستثمارات والاعمال التجارية والزراعية والصناعية الخاصة بالولاية غرامات المحاكم الشعبية والادارية- ضريبة ارباح الاعمال للافراد - الارباح الراسمالية من بيع العقارات والسيارات- دخل العقارات الحكومية بالولاية- ضريبة المبيعات على

الخدمات – القروض والمنح الداخلية- العون اتي تم الغائه في 1995 م -نسبة مئوية تحددها الحكومة الاتحادية من عائدات المشروعات القومية.

المرسوم الدستوري الثاني عشر ودستور البلاد للعام 1998 م حيث نص على قسمة الموارد المالية بين مستويات الحكم الثلاث في الفصل الخامس المادة (13) على النحو الآتي : (11)

أ. / الموارد المالية الاتحادية : وتتكون من الضرائب والرسوم الآتية : الإيرادات الجمركية وإيرادات الموانئ والمطارات -ضريبة ارباح الشركات والدخل الشخصي والدمغة -أرباح المشروعات القومية -رسوم انتاج الصناعات القومية -ضريبة العاملين خارج البلاد وضرائب المؤسسات والانشطة الأجنبية -أي ضرائب ورسوم أخرى لا تمس موارد الولايات وموارد الحكم المحلي .
ب. موارد الولايات : بموجب المادة(14) تكون موارد الولايات على النحو الآتي : ضريبة أرباح الاعمال على ان يخصص %40منها للمجالس المحلية . -رسوم انتاج الصناعات الولائية - ضريبة مبيعات الاراضي الولائية . - إيرادات الخدمات الولائية .

ج. موارد المجالس المحلية : حددت المادة(15) موارد المجالس المحلية في الآتي: (17)
د. ضريبة العقارات , ضريبة المبيعات , ضريبة الانتاج الزراعي والحيواني على أن تخصص %40 منها للولاية - ضريبة وسائل النقل البري والنهري المحلي - رسوم الانتاج الصناعي والحرفي المصدق محليا .

وأيضاً نص المرسوم في المادة(16) على انشاء صندوقا لحفظ التوازن المالي بين مستويات الحكم لاعانة الولايات الاقل ايرادا لضمان التوزيع العادل للموارد , وتولى رئاسة الصندوق نائب رئيس الجمهورية وفق قانون الصندوق وتكوين الصندوق من تشكيل اتحادي ولأئي كما تتكون موارد الصندوق من مساهمات الحكومة الاتحادية ومساهمات الولايات الغنية والهبات والقروض . (1)

في دستور السودان الانتقالي تم تقسيم الموارد المالية بين الحكومة الاتحادية وحكومة جنوب السودان والولايات وترك أمر الحكم المحلي وتنظيمه وسلطاته وموارده المالية وفقا لدستور الولاية شأن ولائي . (8)

ملاحظات على تشريعات قسمة الموارد المالية : (17)

1. عدم وضوح المعيار الذي تم على أساسه تخصيص الموارد وقسمته الرأسية بين الحكومة الاتحادية والولائية والمحلية .
2. التطبيق والممارسة في توزيع موارد الصندوق بين الولايات اعترافا بعض العقبات أما لشح الموارد المالية أو الضغوط السياسية والنقابية من أصحاب النفوز والهيمنة . (2)
3. الغموض وعدم الوضوح في تعريف وتحديد بعض الموارد الاتحادية والولائية مثل تعدد في المؤسسات المعنية بامر تقسيم الموارد بموجب اتفاقية السلام الشامل 2005 م ودستور السودان الانتقالي 2005 م واتفاقية سلام دارفور 2006 م واتفاقية سلام شرق السودان 2006 م والتدخلات الكثيرة والمفوضيات . (3)
4. السلطات المشتركة بين الحكومة الاتحادية والولايات تتطلب انفاقا ماليا كبيرا .
5. تداخل السلطات والصلاحيات بين مستويات الحكم الثلاثة.

6. الموارد المخصصة للحكم المحلي ضعيفة ومتنازع عليها .
 7. عدم وضوح الرؤية والشفافية والتداخلات الهيكلية والاختصاصية .
 8. كثرة الاعفاءات غير المبررة للرسم والضريبة .
- المعوقات والملاحظات في مجملها تؤدي الى تدني وضعف الموارد المالية ولابد من ازالة التشوهات والغموض في التشريعات والقوانين التي تصدرها الولاية وغياب قاعدة البيانات والمعلومات لكي تتضح مواعين الموارد بصورة جلية زعدم تعارضها وسد الثغرات القانونية وقفل بوابات التهرب الضريبي .⁽¹⁷⁾

خامساً : التحليل النظري:

يفترض البحث الفرضيات الآتية :

توجد علاقة ذات دلالة بين هيكل الحكم والوضع الاقتصادي والسياسي , وهذه الفرضية الاولى : أن هيكل الحكم في السودان يبني على الترضيات والوفاق السياسي والتحالفات , وبالتالي يتزايد ويتزلزل فترة بعد فترة . لكسب القادة السياسين وتمديد فترة الحكم لأطول فترة ممكنة , وعليه نجد أن هيكل الحكم يتأثر بالوضع الاقتصادي والسياسي , حيث نجد أن الانفاق على هيكل الحكم يتجاوز نسبة 70% , مما يترتب عليه ضعف الخدمات , وبرامج مشروعات التنمية , ونلاحظ ما يتم انفاقه على التنمية لايتجاوز 20% والانفاق على الفصل الثاني شراء سلع وخدمات لايتجاوز 20% , وهذا في حد ذاته يعتبر نقص وتشويه واختلال في الحكم الذي يعتمد على فلسفة تقديم الخدمات ومعالجة المشاكل والنزاعات والصراعات القبلية , التي تفاقمت واشتعلت نيرانها , وذلك بسبب ضعف الخدمات والتهميش للارياف , والسودان أغلبية سكانه يقطنون الأرياف التي انعدمت فيها أبسط مقومات الحياة والعيش الكريم نأهيك عن الرفاهية وهذا كان سببا في الحروب والصراع . ولكي يستقيم الحكم ويستقر لابد من الاهتمام بالأرياف التي تمثل 65% من سكان السودان , ولكن في الاونة الأخيرة ازدادت الهجرة الداخلية من الريف الى الحضر بحثا عن الحياة بقدر حد الكفاف . ولذلك نراي أن الحكم في لايستقيم أمره ولايقف على رجليه الا اذا تم تخصيص موارد مالية كافية له , وتمتع باستقلالية وحيادية تامة بعيدا عن المساومات والمحاصصة والجهوية والحزبية . وعليه نقبل الفرضية والعلاقة بين هيكل الحكم والوضع الاقتصادي والسياسي علاقة عكسية .

أما الفرضية الثانية : توجد علاقة ذات دلالة بين تقديم الخدمات والتنمية والاستغلال الأمثل للموارد. نجد ان الموارد لابد ان تستغل استغلال أمثل دون اهدار أو تفريط حتى يتمكن الحكم من تقديم خدمات أفضل وتنمية متوازنة مستدامة توقف نزيف الدماء والحرب , وخلق الوحدة الوطنية . ولكن الموارد المالية أصبحت مصدر نزاع وصراع بين مستويات الحكم الثلاث المركزية والولائية والمحلية , والمركز صاحب الهيمنة والتغول والنصيب الاكبر , والقابض على الموارد المالية من المشروعات القومية , بحيث يبلغ نصيبه ما لايقبل عن 70% ومتبقى الموارد المالية 30% يوزع على الولايات , فالمركز له الحظ الأوفر , ويمنحه التشريع حق التوزيع والانفراد بأكبر نسبة من الموارد المالية القومية وفرض السيطرة والرقابة على الولايات وتجريدها من عائدات المشروعات القومية وتحويل نسبة منها الى الولايات (تحويلات جارية وتعويض زراعي) .⁽¹⁷⁾ والتعويض الزراعي هو عبارة عن تعويض الولايات عن فقدها مورد أصيل من موارد الحكم المحلي ألا وهو ضريبة العشور والقبانة التي تم الغاؤها بقرار جمهوري فوقي غير مدروس أضع وأهدر موارد المحليات في

وأواخر عام 2001 م . وعندما عجزت الولايات والمحليات عن القيام بدورها كاملا وعجزت عن سداد الاجور والمواهي ما كان من المركز الا ان أقر التعويض الزراعي لكل ولاية عن فقدها العشور والقبانة . وكانت قسمة الموارد دون معايير عادلة بل تتوقف قسمة الموارد على الحظوة والعلاقات بالمركز . كما تكمن المشكلة فى القوانين الاتحادية التى تحجم الولايات بعدم فرض رسووم أو ضريبة على الشركات والهيئات والمصانع القومية مما يحرم الولايات من المشروعات القومية التى توجد باراضيها وداخل حدودها الجغرافية . كما يمكن القول بأن الانفاق على الامور الأخرى بخلاف التنمية تحتل نسبة كبيرة قد تتجاوز 70% وهذا يعد من باب الاستغلال غير الامثل ولايحقق أهداف الحكم . كما نشير الى أن العلاقة أيضا عكسية . مما انعكس سلبا على الدماء والتنمية .

أما الفرضية الثالثة : توجد علاقة ذات دلالة بين الحكم المحلي والتشريعات والاقتصاد والسياسة : وتعتبر الموارد المالية من أهم المراكز الأساسية للحكم الاتحادي وبضعفه و يختل نظام الحكم والادارة وعليه ينبغي على الدولة أن تضع التشريعات اللازمة لنمو وتطوير الموارد المالية ولابد من تشريعات حازمة وعادلة وحيادية , وأن تراعي التشريعات المبادئ الاساسية لفرض الرسم أو الضريبة من الاقتصاد واليقين والعدالة والشفافية والحياد واحكام الرقابة وتجنب الاعفاءات الضريبية والرسم وتجنب الازدواج الضريبي . واحكام صياغة التشريعات والقوانين والاورام المحلية . ولذا نجد الحكم يرتبط بالتشريعات المالية والاقتصاد والسياسة ارتباطا وثيقا ونجد العلاقة هنا علاقة تكاملية ومتداخلة ذات ارتباط تنسيقي أفقي ورأسي بين مستويات الحكم الثلاث , وبالتالي هذه الفرضية لها مدلول فى احكام العلاقات والانسجام التناغم التام والتعاون فى تقديم الخدمات والتنمية وبسط السلطة وتوزيع الثروة , وابرار دور الدولة وهيبتها فى ارضاء الشعوب , واعطاء كل ذي حق حقه , وعليه يمكن ان نقول أن الحكم يستقيم باستقامة ركائزه وأركانه حال استقامة الأوضاع التشريعية والاقتصادية والسياسية .

النتائج :

1. تقليص الهيكل المالي والاداري لنظام الحكم .
2. تخفيض الانفاق العام بايجاد نظام تخطيط قوى عاملة غيرمترهل وشكل حكم واضح
3. ترشيد واقتصاد الانفاق على التحصيل والجباية .
4. الاستغلال الأمثل للموارد المالية .
5. القضاء على الفساد والمحسوبية والرشوة وعدم تعقيد العمل المالي والاداري (البيروقراطية) .
6. ضمان تقديم خدمات افضل واشمل بعدالة وتنمية مستدامة .
7. الاستفادة من الموارد المالية بحيث تنعكس على الجمهور بالرخاء والرفاه الاقتصادى.
8. توسيع قاعدة تقديم الخدمات بحيث تشمل الحضر والريف عدم اقضاء أو تهميش.
9. تقليل نفقات التشغيل على الحكم والادارة وزيادة الانفاق العام على الخدمات .
10. ضمان جودة الخدمات وتحقيق رضا الجمهور بشكل عام على نظام الحكم ,
11. التطوير والنمو المستمر للخدمات .

التوصيات :

1. اعادة هيكلة تراعي التوازن وتحقق المشاركة والكفاءة في نظام الحكم المحلي وترسيخ الحكم على ضوء قواعد وضوابط ورسم العلاقات الافقية والرأسية بين مستويات الحكم الاقليمي والمحلي .
2. تخطيط القوى العاملة والقضاء على الترهل واصلاح الخدمة المدنية وحيادها وقوميتها ومهنتها واستقلاليتها دون ان تخضع للضغوط السياسية والقبلية والجهوية والعنصرية .
3. الرجوع الى جذور نظام الحكم الاقليمي السابق واعادة سيرته كما هو حتى يستقيم ويستقر نظام الحكم وباقل كلفة مالية .
4. العودة الى التخطيط الاقتصادي السليم والدراسات المحايدة للمشروعات التنموية دون محسوبية او انتماءات او ولاءات سياسية او حزبية او قبلية او جهوية والتنمية للجميع.
5. ربط النسيج الاجتماعي للقضاء على الفتن والمشاكل القبلية وتسود الروح السودانية.
6. اسناد الامر الى اهل الاختصاص والكفاءة والخبرة والدراية بعيدا عن الاقصاء والتهميش واعطاء كل ذي حق حقه غير منفوس بعدالة وحرية حتى يعم السلام كل ربوع البلاد .
7. قسمة الموارد المالية والسلطات والصلاحيات والثروة بعدالة حتى يحدث التوازن المنشود وافساح المجال للمواطن للابداع وتقديم أجود ما عنده وينتفع به العباد والبلاد وتوسيع الحراك المجتمعي .
8. الالتزام بالمعايير الواقعية والمنطقية والموضوعية في حالة تقسيم الاقاليم والمجالس والوحدات الادارية .
9. البحث عن موعين ايرادية مجزية وواقعية حتى بقوي ويعزز الحكم الاقليمي بصورة تمكنه من تقديم خدمات وتقوية الهياكل البنيوية والادارية للحكم .

خاتمة :

هذا البحث تناول المتغيرات التشريعية التي تهتم بقضية التشريع فيما يتعلق بفرض الضرائب والرسوم بعدالة وواقعية , وحياد واستقلالية , حتى تستطيع أن تغطي نفقات نظم الحكم , وتحقق الاهداف الاستراتيجية التي تتمثل في تقديم الخدمات بصورة عادلة , وما يشوب هذه التشريعات من قصور وخلل واضح , انعكس على تردئ الخدمات , وعجز نظم الحكم عن القيام بدورها المنوط بها , بسبب التشريعات المعتلة , مما ترتب على ذلك فشل الأنظمة الحاكمة , نتاج للتغيرات الكثيرة والمستمرة في التشريعات والقوانين الذي أثر بشكل مباشر على استقرار الحكم في السودان , والتمرد على نظم الحكم , والانقلابات , والثورات الجماهيرية . والاقتصادية التي تتمثل في قسمة الموارد المالية على مستويات الحكم الثلاث المركزي والولايئ والمحلي . والخلل الواضح في التوزيع الذي أثر على الحكم في البلاد , الذي انعكس على ضعف الخدمات وفشل مشاريع التنمية . وأيضا السياسية المهزوزة في ترهل هيكل الحكم الذي استنزف الدولة كثيرا في الموارد المالية , والانفاق على الحقب الوزارية وملحقاتها , وتقسيم الوزارة الواحدة الى عدد من الوزارات مما أفرغ الحكم من محتواه وجعله عاجزا عن النهوض بالبلاد الى التقدم والتنمية والعمران والبنى التحتية , وتحقيق الرفاه الاقتصادي , وكسب رضا الجمهور , ووصول الحكم الى مبتغاه وغاياته وأهدافه المنشودة . ولذلك اسفر البحث عن أهم النتائج والتوصيات .

المصادر والمراجع :

1. اتفاقية سلام 2005 م نيفاشا .
2. اتفاقية سلام دارفور 2006 م .
3. اتفاقية سلام شرق السودان 2006 م .
4. أحمد زهير شامية ، خالد الخطيب ، المالية العامة ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن، 1991 م .
5. أحمد زهير شامية ، خالد الخطيب ، أسس المالية العامة ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2001 م .
6. أميمة المرزوق : ورشة تعزيز الحكم المحلي في التنمية الاقتصادية والاجتماعية المنحازة للفقراء ، رئيسة اتحاد المرأة السودانية .
7. بركات موسي الحواتي ، المنظور التشريعي للنظام الاداري ، الخرطوم ، 1997 م
8. التقارير السنوية ، الادارة العامة للايرادات ، وزارة المالية والاقتصاد ، ولاية النيل الابيض ، دستور السودان ، وقانون الحكم المحلي لولاية النيل الابيض 2006 م .
9. دستور السودان 1998 م ، وقانون قسمة الموارد 2015 م .
10. دستور السودان 1998 م والمرسوم الدستوري الثاني عشر .
11. دستور السودان من 1956 م - 2005 م .
12. السر أحمد بابكر، المدير الاداري لمجلس منطقة الخرطوم بحري ، ورقة مشاكل ادارة الحضر بتاريخ 25 يوليو 1990 م ، ص 4 .
13. سوسن أبو الكليك : الحكم المحلي التحديات والحلول المجلس الأعلى للحكم اللامركزي .
14. سوسن أبو الكليك : الهياكل التنظيمية والعلاقات للحكم المحلي ، مديرية العلاقات العامة .
15. شيخ الدين يوسف من الله ، ادارة الوقت ، شركة مطابع السودان للعملة المحدودة ، ط4، الخرطوم، مارس 2007 م ، ص 55 .
16. شيخ الدين يوسف من الله ، الحكم المحلي وتنمية المجتمع ، مطبعة يوسف ، 2008 م .
17. صلاح محمد ابراهيم أحمد، الموارد المالية في ظل المتغيرات التشريعية . مجلة النيل الابيض العلمية ، العدد الرابع 2014 م ، ص 74 .
18. العرض الاقتصادي ، وزارة المالية والاقتصاد الوطني ، 1999 م - 2005 م.
19. غادة فايد ، اعداد ، محمد صالح ، تقديم ، برنامج تأملات في اللغة العربية ، قناة فضائية الجزيرة.
20. قانون السودان من 1956 م - 2005 م .
21. قانون قسمة الموارد 1999 م .
22. قوانين الحكم المحلي الولائية من 2007 م - 2017 م .
23. قوانين الحكم المحلي من 1951 م - 2017 م .
24. علي ابوالحسن ، ورقة اعداد ميزانيات الحكم المحلي رئيس لجنة التشريع والحكم المحلي بتشريع ولاية الخرطوم

موقف القانون السوداني من الوسائل الفنية لقواعد الإسناد (دراسة تحليلية مقارنة)

أستاذ مشارك - كلية القانون - جامعة الجزيرة

د. جودة إبراهيم محمد النور رحمة

مستخلص:

هدف هذا البحث إلى: التعرف على الوسائل الفنية لقواعد الإسناد، معرفة أسباب ظهور الوسائل الفنية، إبراز تكييف تلك القواعد في ضوء القانون السوداني. يسعى الباحث لاتباع لاتباع المنهج التاريخي الوصفي التحليلي الاستقرائي. توصل البحث للعديد من النتائج والتوصيات من أهمها: عالج القانون السوداني مسألة التكييف صراحة بأخذه لنظرية بارتان بإخضاع التكييف لقانون القاضي كغيره من قوانين الدول العربية (المادة 10) من قانون المعاملات المدنية السوداني. إن عملية الإحالة كعملية فنية تعني أن قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق تحيل بدورها الحكم إلى قانون آخر قد يكون هذا القانون هو قانون المحكمة التي حالت في البدء إلى نفس القانون (عملية ارتداد) أو يكون قانون دولة أخرى، هنالك عدد من الدول ترفض الأخذ بالإحالة كالقانون السوداني والمصري والعراقي والإيطالي، عالج القانون السوداني مسألة التفويض بنص صريح وهي المادة 15 من قانون المعاملات.

Abstract:

The importance of this research lies in the increasing multiplicity of private law topics. Therefore, the aim of the research is to: Identify the technical means for the rules of attribution, to know the reasons for the emergence of technical means, to highlight the adaptation of those rules in light of Sudanese law. The researcher seeks to follow the inductive analytical descriptive historical method. The research reached many conclusions and recommendations, the most important of which are: Sudanese law dealt with the issue of adaptation explicitly by adopting Bartan theory by subjecting conditioning to the judge's law like other laws of Arab countries (Article 10) of the Sudanese Civil Transactions Law. The referral process as a technical process means that the rules of attribution in the applicable law in turn refer the judgment to another law. This law may be the law of the court that initially referred to the same law (apostasy process) or it is the law of another country, and there are a number of countries that refuse to take Referring to the Sudanese, Egyptian, Iraqi and Italian laws, Sudanese law explicitly addressed the issue of delegation, namely Article 15 of the Transactions Law.

مقدمة:

لكل دولة نظام قانوني خاص بها تمارسه في إقليمها ، إذ أن التعامل يتكون من نظم قانونية مختلفة، كل منها يعالج نفس الروابط وهي لا تخرج من مظاهر الحياة الإنسانية من زواج و وفاة وعقود (أحوال ومعاملات) إلا أن طريقة وأسلوب المعالجة يختلف من نظام قانوني إلى آخر .

هنالك حقيقتان : أولاهما أن نفاذ قانون الدولة قاصر على حدود الدولة التي أصدرته .
والحقيقة الثانية أن الدول ولا سيما في الوقت الحاضر لا يمكن لها الاستغناء بعضها البعض ، وذلك لتشابك المصالح ولضرورة التجارة والتعاون والتضامن الدولي السمة المميزة لعصر العولمة . هذا العصر أتاح للأفراد حرية الانتقال من دولة إلى أخرى ومن ثم أتاح لهم الارتباط في أمور تتصل بأكثر من دولة واحدة مما يشكل مشكلة مركبة تحتاج إلى معالجة .

انفرد قانون المعاملات المدنية بتنظيم تنازع القوانين بقواعد موضوعية مباشرة (قواعد إسناد) كقواعد عامة تطبق في جميع الحالات إلا ما يستثنى لوجود معاهدة أو اتفاق أو قانون خاص ، كما جاء في القانون السوداني⁽¹⁾ : لا تسري أحكام المادة (11) إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في السودان يتعارض معها وتنظيم الوسائل الفنية التي تعالج بها مشكلة التنازع كالتكييف والإحالة والتفويض⁽²⁾ . ولم يغفل المشرع السوداني حالة قصور هذه النصوص عن الوفاء بتنظيم جميع مسائل التنازع لذا أفسح المجال لمبادئ القانون الدولي الخاص⁽³⁾ .

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث لتعدد موضوعات القانون الخاص صورة مطردة ، بداية من الاهتمام في البلاد الأوربية بسبب تطور التجارة الخاصة الدولية في هذه البلاد وظهور الأسواق المشتركة مما دفع بهذه الدول إلي الاهتمام بإبرام المعاهدات المنظمة للحياة الخاصة الدولية لتكون نبراساً إلى بقية دول العالم لتحذو حذوها في الاهتمام بموضوعات هذا الفرع من القانون.

مشكلة البحث:

تكمن المشكلة الأساسية في هذا البحث في معرفة ودراسة ماهية الوسائل الفنية لقواعد الإسناد، لذا فإن مشكلة البحث الأساسية تتمثل في الإجابة عن السؤال الرئيسي: ما سبب ظهور الوسائل الفنية لقواعد الإسناد وعلاقتها بمسألة تنازع القوانين؟

أهداف البحث:

1. التعرف على الوسائل الفنية لقواعد الإسناد.
2. معرفة أسباب ظهور الوسائل الفنية.
3. إبراز تكييف تلك القواعد في ضوء القانون السوداني.

منهج البحث:

يسعى الباحث لاتباع المنهج التاريخي الوصفي التحليلي الاستقرائي.

التكييف:

تعريف التكييف:

التكييف هو تحديد الوصف القانوني، ويقصد به تحديد الوصف القانوني فلا يمكن تطبيق قواعد الإسناد في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ما لم يقيم القاضي بعملية أولية سابقة وهي تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع، وإرجاعه (رده) إلى إحدى النظم أو الطوائف القانونية التي حدد المشرع لكل منها قاعدة إسناد تخصها ومثالها الأهلية، الشروط الشكلية للعقد، الشروط الموضوعية للعقد، المسؤولية التقصيرية وهكذا⁽¹⁾.

وعليه فإن التكييف يعتبر عملية لازمة لا بد أن يقوم بها القاضي فيما يخص مختلف النزاعات، لكنه هنا يقوم بتحديد الوصف القانوني (التكييف) لموضوع النزاع تمهيداً لتطبيق الحكم الموضوعي في القانون المدني أو الجنائي ومثاله فيما يخص العقد لا بد من أن يكييف هذا العقد ما إذا كان عقد بيع أم إيجار ويطبق بعده الأحكام الموضوعية التي تحكم عقد البيع مثلاً إذا إستنتج من خلال التكييف أنه عقد بيع⁽²⁾.

في حين إنه دف التكييف في تنازع القوانين هو تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع الذي يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي وذلك لأجل ردها إلى إحدى الطوائف القانونية التي حدد المشرع في دولة القاضي لكل منها قاعدة إسناد ومن ثم تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، والمراد بالتكييف هو تفسير العلاقة القانونية أو تشخيصها، أي تحديد مفهومها المجرد وبواسطة التكييف تهدي المحكمة إلى حكم القانون الذي يجب أن يحكم هذه العلاقة⁽³⁾.

وعليه فإن قواعد أي نظام قانوني في دولة يرتب تحت عدة أقسام قانونية بعضها يخص للأهلية أو للحالة وبعضها للميراث أو الوصية والبعض للعقود ، وأخرى للإجراءات ، وعملية التكييف تقوم بها المحكمة لتحديد طبيعة المسألة محل النزاع مثلاً في حالة العقد تحديد النزاع إن كان متعلق بالشروط الموضوعية أو الأهلية لعقد حينئذٍ ترجع المحكمة إلي قاعدة الإسناد الخاصة بشروط العقد أو الأهلية ، أما إذا كان النزاع متعلق بالشكلية في التصرفات فيرجع إلى قاعدة الإسناد الخاصة بالشكلية أي قانون دولة إبرام هذا التصرف. ولكن قد يتدخل في نزاع معين أكثر من صنف من أصناف القانون، وبالتالي يصعب إرجاع النزاع إلى أي تصنيف قانوني من هذه التصنيفات(أقسام). وقد تنتج الصعوبة من حالة اختلاف خصائص نظام قانون المحكمة من جهة والقانون الأجنبي من جهة أخرى، لذلك تعد عملية التكييف في القانون الدولي الخاص عملية عظيمة وضعت لحل مشكلة معقدة وهي مسألة أولية لازمة لتحديد الإسناد التي تقضي مثلاً بتطبيق قانون الجنسية في شأن أهلية الأشخاص، أو القاعدة التي تشير بإخضاع شكل العقد أو التصرف بقانون بلد الإبرام ، لا يتأثر تطبيقها بدهاءة إلا إذا حددت المحكمة أولاً طبيعة المسألة المعروضة لتبين ما إذا كانت مسألة أهلية تخضع لقانون الجنسية أم مسألة شكل يرجع في شأنها لقانون بلد الإبرام، وبما أن تحديد طبيعة المسألة يستلزم بالضرورة الرجوع الي قانون معين، فإن المشكلة قائمة حتى بعد معرفة أن مسألة ما تخضع الي قانون معين، وهل يكون ذلك القانون هو قانون المحكمة، أم تسترشد المحكمة بالقانون المقارن، وقد ذهب الفقهاء باتجاهات مختلفة لمعالجة هذه المشكلة وذلك على النحو التالي :

إخضاع التكييف لقانون القاضي :

كان الفقيه الفرنسي بارتانهو أول من نادي بهذا الرأي والذي يقول في النظرية التي تحمل اسمه حيث أورد أن القاضي في التكييف عليه أن يرجع إلى قانونه ، فإذا كان القاضي سوداني فانه يرجع إلي القانون السوداني في تعريف الأهلية ثم يقوم بتطبيقه على النزاع⁽¹⁵⁾ وقد أسس الفقيه بارتان نظريته على أساس فكرة السيادة باعتبار أن قاعدة الإسناد ترسم حدود السياسة التشريعية للدولة وبالتالي إذا أشارت هذه القاعدة بتطبيق قانون أجنبي فإنها تكون قد انقضت من سيادة القانون الوطني لصالح القانون الأجنبي. وقد قوبلت هذه النظرية بالتأييد من أغلب الفقهاء، إلا أن هذا التأييد كان على أساس مختلف أي ليس على أساس فكرة السيادة يذهب رأى الفقه الغالب إلي أن تطبيق القانون الأجنبي لا يعد انتفاضاً من السيادة الوطنية بل هو تعبير عن هذه ونزول على أمر المشتري الوطني⁽¹⁶⁾

التكييف عبارة عن تفسير لقاعدة الإسناد الوطنية ومن الطبيعي أن يخضع لقانون القاضي . بالنظر إلى الناحية العملية : إخضاع التكييف لقانون القاضي عملية ميسرة للقاضي لعملية بقوانين دولته بالإضافة إلي تأثير القاضي بالنظام القانوني لدولته ككل من قوانين ومبادئ مستقرة مما يؤثر قطعاً فيه وهو يقوم بعملية التكييف.

ووفقاً لهذه النظرية تكون عملية التكييف في جميع الحالات وفقاً لقانون القاضي ماعدا وصف الأموال إذ يرجع في شأنها إلي قانون الموقع ، ولعل القصد من الاستثناء هو استقرار العملات وتسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية. استندت النظرية لفكرة السيادة على قضيتين شهيرتين نعد هنا بوضعهما لبيان أساس النظرية وكنموذج عملي يبين كيفية قيام المحكمة بعملية التكييف.

أولاً: قضية ميراث المالطي:

وقائع القضية في أن زوجين من جزيرة مالطا جعلوا من الجزائر وطناً لهما (كانت الجزائر حينها تابعة لفرنسا) تملك الزوج فيه بعض العقارات وتوفي فيها، وقد طالب الزوجة بحقوقها في هذه العقارات أمام محكمة جزائرية مستندة على قاعدة تعرف بنصيب الزوج المحتاج في القانون المالطي، وقد كان للمحكمة خيارين لتكييف هذه الواقعة:

الخيار الأول : تأخذ بقانون الجنسية وبالتالي تطبق قانون الزوجين أي القانون المالطي . الخيار الثاني : أن تطبق القانون الفرنسي وهو قانون موقع العقار (دولة الجزائر وهي تتبع لفرنسا) . أخذت المحكمة بقانون القاضي أي قانون موقع العقار الذي هو القانون الفرنسي ، وقد بحثت المحكمة إن كانت قاعدة « نصيب الزوج المحتاج » معروفة في القانون الفرنسي وتوصلت إلي أن هذه القاعدة غير موجودة وبالتالي رفضت المحكمة دعوى الزوجة . وبالطبع كان الحكم سوف يكون مختلفاً إذا اختارت الخيار الأول (قانون الجنسية) أي القانون المالطي فحينها كانت سوف تحكم بأحقية الزوجة للميراث استناداً للقاعدة المذكورة .

ثانياً: قضية وصية الهولندي:

تتلخص الوقائع بأن زوج هولندي حرر وصية عرفية بخط يده إلي زوجته ، قامت الزوجة (الموصى لها) برفع دعوى لتنفيذ الوصية أمام إحدى المحاكم الفرنسية.

هناك فرضان أمام المحكمة:

الفرض الأول : ارتباط الدعوى بالميراث وهذا يعني أن تأخذ المحكمة بقانون الجنسية - لماذا لأنها مرتبطة بالأحوال الشخصية

الفرض الثاني : ارتباط الدعوى بالوصية (تصرف قانوني مرتبط بإعمال الإرادة)
أخذت المحكمة بالفرض الثاني باعتبار أن الدعوى عبارة عن وصية والقانون الفرنسي يجيز الوصية العرفية ، حيث كيفت المحكمة النزاع بأنه ينصب على شكل الوصية ، وقاعدة الإسناد الفرنسي تقضي بإخضاع شكل الوصية للقانون الوطني لذا أجازت المحكمة الوصية العرفية وحكمت للزوجة بطلبها .
وكانت النتيجة سوف تختلف إذا كيفت المحكمة الدعوى باعتبارها مرتبطة بالميراث (الفرض الأول) حينها تأخذ المحكمة بقانون الجنسية أي القانون الهولندي، وبالمبحث في هذا القانون إذا كانت الوصية العرفية جائزة أم لا نجد أن القانون البولندي لا يجيز الوصية العرفية وبالتالي كانت ستفشل الزوجة في دعواها.

هب أننا فرضنا فرضاً ثالثاً وعرضت القضية أمام محكمة بولندية هنا تقضي المحكمة ببطلان الوصية تأسيساً على أن القانون البولندي يحرم إجراء الوصية بالشكل العرفي أي أنها كيفية المسألة باعتبارها مرتبطة بالأهلية ، والأهلية - طبقاً لقواعد الإسناد- تخضع لقانون الجنسية أي تتبع البولندي في الخارج وبالتالي تحكم المحكمة البولندية بإبطال الوصية⁽¹⁷⁾ .

إخضاع التكييف للقانون المقارن وإخضاعه لعلم القانون:

أولاً: إخضاع التكييف للقانون المقارن :يري البعض ومنهم الفقيه الألماني رابل بوجود عدم التقييد في التكييف بقانون دولة معينة إنما يكون الرجوع إلي قواعد تتفق مع طبيعة المسألة محل التكييف على أساس مفهوم عالمي موحد وذلك بإعمال القانون المقارن .

ثانياً: إخضاع التكييف لعلم القانون : يري الفقيه الإيطالي (كودي)، أن التكييف عمل فقهي لا يصح الرجوع بشأنه إلي قانون وضعي سواء كان قانون القاضي أو أي قانون آخر، لذا يري أن التكييف مسألة علمية مجردة عن تصور القوانين الوضعية للدول، وبالتالي يكون للتكييف مفهوم عالمي موحد ، ومن ثم تصح لهذه الأفكار من ميراث أو أهلية أو الشروط الشكلية للعقد وغيرها من الأفكار القانونية مفهوماً واحداً في جميع قوانين العالم وبالتالي تتوحد الحلول العالمية لمشكلة التكييف

إخضاع التكييف للقانون المختص والتكييف وفقاً لقانون المعاملات المدنية السوداني:

أولاً: : إخضاع التكييف للقانون المختص

يري بعض الفقهاء بأن عملية التكييف تخضع للقانون الذي يحكم النزاع أي القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ويتساوى بد ذلك أن يكون ها القانون هو القانون الوطني أو الأجنبي(8)1 .

ثانياً: التكييف وفقاً لقانون المعاملات المدنية السوداني :

تنص المادة 10 من القانون إشارة لكلمة التكييف حيث يقرأ النص : (يكون هذا القانون هو المرجع في تكييف العلاقات المدنية عندما يطلب تحديد نوع هذه المعاملات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها) .

ومن الناحية النظرية نجد أن القانون السوداني قد حسم صراحة المسألة بأخذه لنظرية بارتان بإخضاع التكييف لقانون القاضي كغيره من قوانين الدول العربية، وهذه الصراحة في النص منتقدة في رأينا لأنها تسحب من القضاء فرصة قد يستجد من أمور فقهية، ولعل لنا تلمساً آخر في النص المذكور واجتهاداً خاصاً فيه خلافاً لما ذهب إليه البعض⁽¹⁹⁾ نضعه في النقاط التالية :

هذا النص عام ربما أراد به المشرع السوداني إظهار وتأكيد أن قانون المعاملات المدنية هو القانون العام بالنسبة لجميع المعاملات هذا إذا وضعنا في الاعتبار الظروف التي كانت محيطة به حين صدور القانون في ظل وجود عدة قوانين خاصة متعلقة بالمعاملات مثل قانون الشركات وقوانين الأحوال الشخصية وغيرها من القوانين ، لذا أراد المشرع أن يجعل من هذا القانون قانوناً عاماً لجميع المعاملات فجاء في فاتحة موضوعاته بنص عام يقضي بأن هذا القانون هو المرجع لكافة المعاملات (المادة 10) حال تعارضه مع القوانين الداخلية المشار إليها .

ونعتقد أن المشرع السوداني لم يقصد بنص المادة 10 المذكورة حسم مشكلة التكييف على وجه الدقة ، حيث نرى أن المشرع قصد بعبارة «هذا القانون» أن قانون المعاملات المدنية هو المرجع بالنسبة للقوانين الداخلية الأخرى، وحتى لو سلمنا أن المشرع أشار إلى خضوع التكييف إلى هذا القانون فإن عبارة هذا القانون يقصد بها النظام القانوني للدولة ككل والتي من ضمنها المبادئ العالمية المستقرة متى كانت لا تخالف الشريعة الإسلامية .

بالنظر إلى المادتين 12، 13 من قانون المعاملات المدنية نجد أن القانون السوداني يأخذ بنظرية القانون المقارن أيضاً حيث تضمن ذلك نص المادة 12 والتي تقرأ كما يلي: (لا تسري أحكام المادة 11 إذا وجد نص في قانون أو في معاهدة دولية نافذة في السودان يتعارض معها).
وتنص المادة 13: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ، وهذا يؤكد أن القانون السوداني يأخذ بأكثر من اتجاه⁽¹⁰⁾ .

الملاحظ كذلك أن القانون السوداني لم يستثنى الأموال من الخضوع لقانون القاضي، كما تقضي بذلك نظرية بارتان وقوانين الدول التي تؤيد النظرية مما يرجح أن القانون السوداني لم يأخذ بنظرية بارتان أصلاً وبالتالي لم يكن في حاجة لوضع هذا الاستثناء⁽¹¹⁾ .

مفهوم الإحالة:

تختلف قواعد الإسناد في كل دولة، مما يطلق عليه الصفة الوطنية لقاعدة الإسناد، وهذا الاختلاف كان السبب الرئيسي لظهور الإحالة كوسيلة فنية لتنازع القوانين، فمثلاً نجد الأهلية تحكم بالجنسية وفقاً لقواعد الإسناد في القانون السوداني في حين أنها تحكم بقانون الموطن طبقاً للقانون الانجليزي .

أن قانون أي دولة عند النظر إليه نجده يتكون من وجهة القانون الدولي الخاص من نوعين من القواعد: قواعد موضوعية مباشرة تنهي النزاع ، وقواعد إسناد تشير إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق⁽¹²⁾ . ويمكن القول بأن العلاقة بين الإحالة والإشارة علاقة عامة خاصاً، إذ كل إشارة إحالة وليست كل إحالة إشارة⁽¹³⁾ .
يقضي بيان مفهوم الاحالة تتبع التعريف بها ومن ثم نطاق عمل الاحالة واخيرا التنظيم القانوني لها :

تعريف الاحالة

إن الاحالة لا تظهر في ظل تشابه قواعد الاسناد بين الدول وهذا يعني اذا كانت قواعد الاسناد في دولة قاضي النزاع تقر نفس الحكم الذي تقرره قواعد اسناد القانون المسند له الاختصاص فستكون النتيجة هي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المسند له الاختصاص كما هو الحال في قواعد الاسناد العراقية وفي بقية التشريعات العربية أي ان الدول المتقاربة حضاريا تطرح قواعد اسناد متشابهة ومن ثم لا تظهر فيها مسألة الاحالة.

من هنا يأتي تعريف الإحالة بأنها تلك الوسيلة التي تقضي بلزوم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي التي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية في قانون المحكمة ، وذلك في حالة وجود اختلاف في الحكم بينهما (القانون الوطني والقانون الأجنبي) .

ولتوضيح هذا المفهوم نسوق قضية (فورجر) كمثال من الفقه المقارن⁽¹⁴⁾ :

تتلخص وقائع القضية في أن فورجر هو ابن غير شرعي بافاري الجنسية جاءت به والدته البافارية وعمره 5 سنوات لفرنسا وعاش بها طوال حياته ، مات فورجر بفرنسا دون أن يخلف زوجة أو أولاد تاركاً منقولات بفرنسا ، ثارت المشكلة حول معرفة القانون الواجب التطبيق في شأن التوريث .
المبادئ التي تثيرها القضية الإحالة ودرجاتها:

يمكن إبرازها من خلال ميدانين:

تنظيم التوريث في القانون الفرنسي والقانون البافاري:

بموجب القانون الفرنسي ينظم التوريث بحسب قانون الجنسية أو الموطن الأصلي ، هذا يعني أن القانون المختص هو القانون البافاري، حيث يورث القانون البافاري الأخوة باعتبارهم من الحواشي وتستمر المشكلة وذلك بسبب أن القانون البافاري في قواعد إسناده ينص بأن الميراث في الأموال المنقولة يخضع لقانون محل وجودها أو محل إقامة المتوفى ، إذن الحل في الإحالة إلى القانون الفرنسي باعتبار فرنسا محل للمنقولات ومحل إقامة فورجر عند وفاته ، أي يمكن القول أن الاختصاص ارتد إلي القانون الفرنسي والى قواعد الميراث فيه.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فالقانون يقضي بأن الحكومة الفرنسية هي التي ترث المتوفى الذي لا وارث له ولا يورث الحواشي في هذا القانون . وهذا ما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية متخذة وسيلة الإحالة سبيلا لهذا الحكم . من القضية المذكورة يمكن استنباط عدد من الأمثلة التوضيحية من واقع القانون السوداني .

مثال : إذا عرضت قضية على المحاكم السودانية في نزاع حول تركة عقارية لفرنسي وكان موقع العقار في السودان .

البحث يثور حول معرفة الواجب التطبيق .

الحل :

القانون السوداني يقضي بأن التركة تخضع لقانون المورث (المادة 10/11) ، وهذا يعني أن قواعد الإسناد في القانون السوداني أشارت إلى القانون الفرنسي.

القانون الفرنسي بدوره يقضي بأن التركة تخضع لقانون موقع العقار (أي القانون السوداني).
 إذن هنالك فرضين لحل القضية من قبل المحكمة السودانية هما :
 الفرض الأول : تطبيق القانون السوداني ، أي بمعنى آخر تطبيق القواعد الموضوعية المباشرة في القانون الفرنسي دون قواعد الإسناد ، وهذا يعني بأن المحكمة السودانية رفضت الإحالة .
 الفرض الثاني: تطبيق القانون الفرنسي في مجموعة بشأن التركة ، ومنها قواعد الإسناد وبالتالي تطبيق قانون موقع العقار أي القانون السوداني (أي رد الاختصاص).
 وهذا يعني - عكس الفرض الأول - حصول الإحالة من القانون الفرنسي إلى القانون السوداني وتكون المحكمة أخذت بالإحالة .

صفوة القول : إذا أخذ قانون معين بالتفسير الذي بمقتضاه يرجع القاضي إلى القواعد الموضوعية في القانون المختص دون غيرها يقال أن القانون رفض الإحالة ، وإذا أخذ بالتفسير الذي بمقتضاه ينظر القاضي إلى القانون المختص باعتباره مجموعة واحدة (قواعد موضوعية + قواعد إسناد) يقال أن القانون المعين قبل الإحالة .

الإحالة قد تكون على درجة واحدة أو على درجات
 فإذا أحالت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المسألة إلى قانون دولة ثالثة فهي (إحالة من الدرجة الثانية) . وإذا ردت الاختصاص إلى قانون المحكمة فإن الإحالة تكون قريبة (إحالة من درجة واحدة) ، وإذا أحالت قاعدة الإسناد لتطبيق قانون دولة ثالثة وهذا بدوره أحالها إلى قانون دولة رابعة فإن الإحالة تكون متعددة (إحالة من الدرجة الثالثة) وهكذا⁽¹¹⁵⁾

مثال :

إذا رُفعت دعوى أمام محكمة سودانية بخصوص أهلية إنجليزي متوطن في السودان فإنه طبقاً لقواعد الإسناد تخضع الأهلية لقانون الجنسية أي القانون الإنجليزي (المادة 1/11) ، بينما قواعد الإسناد الإنجليزية تُحيل الأهلية إلى قانون الموطن أي القانون السوداني هنا يُقال أن الإحالة إحالة قريبة من درجة واحدة ، في نفس القضية : إذا صادف كون موطن هذا الإنجليزي في فرنسا ، فإن القانون الفرنسي سيصبح هو القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الإنجليزية (الإحالة من الدرجة الثانية) .
 وتتفق الإحالة المتعددة في الفروض التالية :

شخص يحمل الجنسية الإنجليزية متوطن في أمريكا وله أموال وعقارات بفرنسا قام بعمل وصية أثناء وجوده في السودان وثار نزاع بشأن صحة الوصية أمام محكمة سودانية ، كيف تحدد المحكمة القانون الواجب ؟

الحل :

بموجب قواعد الإسناد السودانية فإن المحكمة تحتكم إلى القانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسية (المادة 10/11)

القانون الإنجليزي بقواعد إسناده يحيل الأمر إلى القانون الأمريكي باعتباره قانون الموطن .
 القانون الأمريكي يحيل الأمر إلى القانون الفرنسي باعتباره قانون مكان وجود الأموال .

والقانون الفرنسي قد يحكم في هذا النزاع أو قد يحيل الأمر مرة أخرى إلى القانون الإنجليزي باعتباره القانون الشخصي أو قانون جنسية الموصي .

هكذا تتعاقب هذه الإحالات وتتعدد ويختلف موقف التشريعات بالأخذ بالإحالة أو عدم الأخذ بها وتختلف كذلك عند أي درجة من هذه الدرجات المتعددة تقف ، وذلك وفقاً لترجيح كل تشريع لمزايا أو عيوب هذه الوسيلة .

تقدير نظرية الإحالة وموقف القانون السوداني من الإحالة:
تقدير نظرية الإحالة

إذا نظرنا للإحالة في القوانين المقارنة نجد أن كثير من الدول تأخذ بها ، كالقانون الأمريكي والانجليزي والألماني والسويسري والياباني وفي المقابل هنالك عدد من الدول ترفض الأخذ بالإحالة كالقانون السوداني والمصري والعراقي والإيطالي⁽¹⁶⁾

أولاً : مزايا الإحالة :

يري أنصار الإحالة في الأخذ بها عدة مزايا منها :

تؤدي الإحالة إلى تعميم الحلول وتوحيدها .

بالنظر إلى الإحالة باعتبارها متعلقة بتنازع القوانين حينئذٍ يجب تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تلبية لقواعد الإسناد الوطنية ، إذ لا يجوز أن تهمل هذه القواعد وتطبق فقط القواعد الموضوعية باعتبار هذه القواعد وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة ، وبهذا تتحقق رغبة المشرع السوداني من تنظيمه لقواعد الإسناد .

الأخذ بالإحالة يؤدي إلى تسهيل تنفيذ الأحكام الأجنبية .

ثانياً : عيوب الإحالة :

يرون العمل بالإحالة لا يؤدي إلي توحيد الحلول ، لأن الإحالة أساساً قائمة على اختلاف قواعد الإسناد. قواعد الإسناد هي قواعد وطنية وعندما تشير هذه القواعد إلي تطبيق قانون أجنبي معين فانه يقصد بالقواعد الموضوعية لا قواعد الإسناد لأن القواعد الموضوعية هي التي تعكس صفة الوطنية . موقف القانون السوداني من الإحالة :

القانون السوداني رفض الأخذ بالإحالة(إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص)⁽¹⁷⁾:

ولعل موقف القانون السوداني ينسجم إلي القانون الأجنبي حيث يضيق من تطبيق القانون الأجنبي الأجنبي بصفة عامة إذ تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النظام العام أو الآداب في السودان) بالإضافة إلى ترجيحه لحجج المعارضين لهذه الوسيلة كغيره من القوانين العربية . ولا نتردد بالقول رغم قبولنا لبعض حجج المعارضين لوسيلة الإحالة إن موقف المشرع السوداني يتعارض مع الدور الذي تقوم به قواعد الإسناد الوطنية ووظيفتها الممثلة في اختيار القانون المناسب لحكم العلاقة ولماذا نحد من البحث عن القانون المناسب في تشريع الدولة المحال إليها، علاوة على ذلك فإنه إذا سلمنا بأن حجة المشرع ربما تكون قوية في حالة إحالة القانون الأجنبي بدوره إلى قانون آخر وهذا

القانون أحال الأمر إلى قانون آخر (دائرة لا تنتهي) حداً لحسم هذا التنقل المتواصل إلى قوانين أخرى، فما هي الحجة إذا أحالت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إلى القانون الوطني إلا بعد هذا استكمالاً لسيادة القانون الوطني وحداً لامتداد القانون الأجنبي، لهذا كنا نرى أنه من الأوفق الأخذ بالإحالة على الأقل في درجتها القريبة بالنسبة للقانون السوداني. كذلك الأخذ بالإحالة يتوافق مع موقف القانون من التكييف حيث يأخذ بقانون القاضي وكذلك بالقوانين المقارنة. التفويض (الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع)

تعريف التفويض

التفويض لغة هو إي كالفعل الشيء إلى الآخرين علي وجه الاستقلال في التصرف دون أن يكون للمفوض (بكسر الواو) سلطان في فعل المفوض إليه (بفتح الواو)، وورد: فَوَّضَ إليه الأمر: «صيره إلي هو جعله الحاكم فيه»⁽¹⁸⁾.

التفويض عملية يتم فيها منح طرف آخر صلاحيات التصرف للقيام بأنشطة معينة خلال فترة محددة مع بقاء المسؤولية على الشخص المفوض، وهو مفهوم إداري تم من خلاله تحويل المرؤوس لإنجاز مهام محددة بهدف تخفيف الأعباء التي على عاتق القائد أو المدير، والتفويض أحد أهم المهارات الإدارية المساعدة على توفير الوقت وتطوير قيادات الصف الثاني. سوء استخدام التفويض يحقق نتائج عكسية، ويسبب إحباط وفشل في تحقيق الغرض الرئيسي منه، ولا يكون التفويض فعالاً إلا إذا تم تفويض مهام محددة وقابلة للقياس ومتفق عليها من الطرفين، وأن تتسم بالواقعية وتُقيّد بزمن محدد ولا تتعدى الإطار الأخلاقي، ويتم تدوينها وتوثيقها بشكل رسمي.

وتبدأ عملية التفويض من خلال تحديد المهمة المراد تفويضها، ومن ثم اختيار الشخص الذي سيتم تفويضه أو حتى الفريق، ويليها تقييم القدرات والاحتياجات التي سوف تمكن المفوض من تحقيق المهمة وإنجازها كما هو مطلوب ومتوقع، ويجب أن تكون أسباب التفويض واضحة لكل الطرفين مع بيان أهميتها، والتأكيد على النتائج المطلوب تحقيقها، والنظر في الموارد والمواد اللازمة للإنجاز، وتحديد موعد نهائي للتفويض، وخلال فترة التفويض يجب أن تعطى الجهة المفوضة كامل الدعم للمفوض وتتواصل به بشكل متواصل لتقدم له الإشارات اللازمة لإدراك الوضع للوصول بالنهاية إلى النتائج المحددة. بدأ استخدام المفهوم بالمعنى السياسي المعاصر حوالي عام 1600، وتشعبت استخدامات المفهوم لتشمل الجانب الإداري في العصر الحديث.

قد تعدد الشرائع داخل الدولة الواحدة تعدداً شخصياً بمعنى أن يكون هناك أكثر من قانون يطبق على الأحوال الشخصية حسب ديانة الشخص كما في السودان ومصر ولبنان وغيرها من الدول التي توجد بها قوانين أحوال شخصية للطوائف المسيحية واليهودية. ومن ناحية أخرى قد تعدد الشرائع تعدداً إقليمياً كما هو الحال في الدول الاتحادية كالولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، وفي هذه الأحوال إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية لتطبيق القانون الأجنبي في دولة متعددة الشرائع يبرز سؤال حول كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق في النزاع.

عالج القانون السوداني المسألة بنص صريح وهي المادة 15 من قانون المعاملات التي نصت على: (إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها)⁽¹⁹⁾.

واضح أن النص يشير إلى تعيين الشريعة الداخلية بأنه لا يحدد قانون القاضي بصفة مباشرة القانون واجب التطبيق إنما يفوض القانون المختص (القانون الأجنبي) لذا سُميت هذه الفكرة (بالتفويض) وهي الوسيلة الفنية الثالثة لمعالجة مشكلة التنازع، وقد تنعقد المشكلة إذا كان القانون الأجنبي نفسه لا يتضمن قاعدة داخلية وفي هذه الحالة يري الفقه إعمال قواعد الإسناد المستقرة دولياً والتي ترد عادة في قوانين الدول كضابط الموطن ، وضابط محل وقوع الفعل الضار وغيرها من القواعد، حيث تكون المعالجة عن طريق تطبيق القانون العام خاصة في مسائل الأحوال الشخصية حينما تتعدد الشرائع ، حيث يتعين على القاضي في حالة عدم وجود قواعد إسناد أن يطبق القانون الغالب كالشريعة الإسلامية كما في مصر إذ طبقت الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين في حالة تخلف لأحد شروط تطبيق شرائع غير المسلمين⁽¹⁾²⁰

وينص القانون المصري على أنه « بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة والذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام في نطاق النظام العام طبقاً لشريعتهم»⁽²⁾²¹ .

وفي السودان يكون الحال بإعمال خيارات المادة 5 والمادة 6 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م حيث تقرأ المادة كالتالي :

(إذا عُرِضت في أي دعوى أو أي إجراء أمام المحكمة المدنية مسألة من المسائل المتعلقة بالتركات أو المواريث أو الوصية في الإرث أو الهبة أو الزواج أو الطلاق أو العلاقات الخاصة بالأسرة أو بإنشاء الوقف فإن قاعدة الفصل في هذه المسألة هي:

(أ) الشريعة الإسلامية إذا كان الخصوم في الدعوى مسلمين أو كان الزواج قد تم وفقاً للشريعة الإسلامية .
(ب) العرف الجاري بين الخصوم ذو الشأن والذي لا يخالف العدالة والإنصاف والوجدان السليم ولم يعدل أو بلغ بموجب أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر ولم يتقرر بطلانه بقرار صادر من محكمة مختصة .
وجاءت مواد القانون لتعالج ما يتبع عند غياب النص حيث نصت على: (في المسائل التي لا يحكمها أى نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي استقرت قضاء في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم) إضافة الي الاسترشاد بالأصول العامة في قانون الدولة في حالات غياب النص⁽¹⁾²² .

الخاتمة:

انفرد قانون المعاملات المدنية بتنظيم تنازع القوانين بقواعد موضوعية مباشرة كقواعد عامة تطبق في جميع الحالات إلا ما يستثنى لوجود معاهدة أو اتفاق أو قانون خاص. تناول موقف القانون السوداني من الوسائل الفنية لقواعد الإسناد، وذلك من عدة نقاط مثل التكييف والإحالة والتفويض (الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع)، وذلك بتوضيح تلك المفاهيم والتعريفات المهمة وتناول القانون السوداني لها. وقد اختتم البحث بأهم النتائج والتوصيات، والتي نوردتها كما يلي:

النتائج:

إن عملية التكييف هي عملية ضرورية في جميع فروع القانون الداخلي سواء كانت النزاعات مدنية أم جنائية أم إدارية وهي هنا عملية لازمة لأجل تطبيق الأحكام الموضوعية على موضوع النزاع المعروض أمام القاضي، أما التكييف في قانون العلاقات الخاصة الدولية فهي عملية أولية عن طريقها يتمتع بين قاعدة الإسناد والتي بدورها تعين القانون المختص لحكم النزاع من الناحية الموضوعية -إن كان هذا القانون الأخير لا يأخذ بالإحالة .

إذ إن النزاع إنما يرد على الحقوق، والأشياء عقارية كانت أو منقولة هي محل هذه الحقوق ومن ثم فتكييفها يعد تكييفاً لاحقاً وليس أولياً .

التكييف الأولي هو المقصود بالتكييف في نطاق تنازع القوانين وهو لازم لتسمية القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد ومن ثم يخرج عن الموضوع التكييفات اللاحقة التي تعد من صلب موضوع النزاع ولادخالها في تعيين قاعدة التنازع .

هنالك عدد من الدول ترفض الأخذ بالإحالة كالقانون السوداني والمصري والعراقي والإيطالي .

التوصيات:

نأمل من المشرع مراجعة القوانين الخاصة بقواعد الإسناد بصورة دورية. عدم الأخذ بالإستثناء الذي قاله (بارتان) فيما يخص تكييف الأشياء فيما إذا كانت عقارية أو منقولة.

يتم تعيين قاعدة الإسناد والتي بدورها تعين القانون المختص لحكم النزاع من الناحية الموضوعية -إن كان هذا القانون الأخير لا يأخذ بالإحالة .

المصادر والمراجع

- (1) ابن منظور، لسان العرب، مادة فوض
- (2) د. أنس بن محمود فجال، الإحالة وأثرها في تماسك النص في القصص القرآني ، ، رسالة دكتوراه ، 1429 هـ ، ص 128 .
- (3) د. شريف شيخ ادريس ، المرجع السابق، ص114 ، الاستاذ/ عباس بشاشة ، المرجع السابق ، ص9 ، د. عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 43-45
- (4) د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص 126 ، راجع اتجاهات الفقه ، د. هشام على صادق ، المرجع السابق ، ص 109 وما بعدها .
- (5) د. هاشم على صادق ، المرجع السابق ، ص 111 ، وما بعدها د. كامل فهمي ، المرجع السابق ، ص397 .
- (6) د. جابر جاد عبد الرحمن - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ، تنازع الهيئات ، تنازع الاختصاص - مجموعة محاضرات القيت على طلبة الصف الرابع - الطبعة الاولى - مطبعة الهلال - بغداد - 1949 - ص 52
- (7) د. جابر جاد عبد الرحمن : القانون الدولي الخاص ، ج ٢ ، ط ٢ ، مطبعة التفيض ، بغداد ، ١٩٤٧ -١٩٤٨ ، ص ٥٢٢
- (8) د. عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٧
- (9) عبد الحكيم مصطفى موقف القانون المقارن ، د. ، المرجع السابق ، ص46 وما بعدها
- (10) مؤلفات قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في التركيز على الوضع في السودان ، مطبعة جامعة النيلين ، الخرطوم 1998م ، ص53.

المواد والقوانين:

- (1) المادة (1) من القانون المدني المصري ، القانون السوري (المادة 11) ، القانون الكويتي في المادة (31) ، القانون المدني العراقي (المادة 1/14) .
- (2) المادة 21 من قانون المعاملات السوداني
- (3) المادة 1/16 من قانون المعاملات المدنية السوداني
- (4) المادة 1/17 من القانون المدني العراقي ، وكذلك القانون المدني المصري .
- (5) مواد القانون السوداني (المادة 11) (المادة 1/16) (المادة 15) على لاترتيب
- (6) المراجع الأجنبية والمواقع على الشبكة العنكبوتية:
- (7) يعرف الكاتب الانجليزي جيساير في كتابه Rabbei the confilt of lawacarnperative study 1958 Ann Arbor USA . . voll . pp 131-133 . أشير في ممدوح عبد الكريم

المصادر والمراجع:

- (1) المادة 12 من قانون المعاملات السوداني
- (2) مواد القانون السوداني (المادة 11) (المادة 1/16) (المادة 15) على لاترتيب
- (3) المادة 32 من قانون المعاملات السوداني
- (4) يعرف الكاتب الانجليزي جيساير في كتابه *Rabbei the conifit of lawacarnperative study . voll* . Ann Arbor USA 1958 – 133-pp 131 . أشير في ممدوح عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 266.
- (5) د. هاشم على صادق ، المرجع السابق ، ص 111 ، وما بعدها د. كامل فهمي ، المرجع السابق ، ص 397.
- (6) هشام على صادق ، المرجع السابق ، ص 123 .
- (7) قصد المشرع البولندي الي حماية الموصي من خلال اشتراطه شكلاً معيناً لصالح الوصية .
- (8) د. عز الدين عبدالله ، المرجع السابق ، ص 126 ، راجع اتجاهات الفقه ، د. هشام على صادق ، المرجع السابق ، ص 109 وما بعدها .
- (9) المادة (1) من القانون المدني المصري ، القانون السوري (المادة 11) ، القانون الكويتي في المادة (31) ، القانون المدني العراقي (المادة 1/14) .
- (10) راجع د. شريف شيخ ادريس ، المرجع السابق ، ص 114 ، الاستاذ/ عباس بشاشة ، المرجع السابق ، ص 9 ، د. عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 43-45
- (11) المادة (10-11-12-13) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1983م
- (12) راجع نص المادة 1/17 من القانون المدني العراقي ، وكذلك القانون المدني المصري .
- (13) د. جابر جاد عبد الرحمن - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين ، تنازع الهيئات ، تنازع الاختصاص - مجموعة محاضرات القيت على طلبة الصف الرابع - الطبعة الاولى - مطبعة الهلال - بغداد - 1949- ص 52
- (14) الإحالة وأثرها في تماسك النص في القصص القرآني ، د. أنس بن محمود فجّال ، رسالة دكتوراه ، 1429 هـ ، ص 128 .
- (15) د. شريف شيخ إدريس ، المرجع السابق ص 117.
- (16) تعرف درجة الإحالة بأعمال المعادلة التالية : عدد الدول المحال إليها - 1 = درجة الإحالة .
- (17) القضاء لأمريكي يميل إلى رفض الإحالة ، أنظر بالتفصيل موقف القانون المقارن ، د. عبد الحكيم مصطفى ، المرجع السابق ، ص 46 وما بعدها .
- (18) المادة 1/16 من قانون المعاملات المدنية السوداني
- (19) ابن منظور، لسان العرب، مادة فوض
- (20) المادة 15 من قانون المعاملات
- (21) قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في التركيز على الوضع في السودان ، مطبعة جامعة النيلين ، الخرطوم 1998م ، ص 53.
- (22) (المادة 6 من القانون رقم «462» لسنة 1955م المصري
- (23) المادة 6 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م

الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة في بريطانيا

باحث

كلية القانون - جامعة الجزيرة

أ. غسان تركي عفتان محمد

د. خديجة يوسف محمد نور

مستخلص:

يهدف البحث إلى معرفة التعرف على أسباب منح المشرع الدستوري البريطاني اختصاصات تشريعية محدودة لرئيس الدولة، وفي حقيقة الامر أن المشرع في بريطانيا، ذهب الى تهميش دور الرئيس في كل المجالات، ومن هنا جاءت أهمية البحث وهي ضرورة الاطلاع على ماهية الاختصاصات الممنوحة لرئيس الدولة في مجال التشريع، انتهج البحث المنهج التحليلي والمقارن، وتم توضيح دور رئيس الدولة في كل متعلقات العملية التشريعية، مبتدئا باقتراح القوانين، التي تعد اللبنة الاولى والاساسية في البناء القانوني، حيث بين ماهية دور الرئيس في هذه العملية، وهل يعد عملا توقيفيا ام تقريريا، ومن هي الجهة المختصة بهذا العمل، ومن ثم بين دور الرئيس في عملية تصديق القوانين كمرحلة من مراحل التشريع، ثم عرج البحث على اختصاصات رئيس الدولة باصدار القوانين ونشرها، وتوصل البحث لعدد من النتائج أهمها، ان دور رئيس الدولة اصبح دورا تشريفيًا في الفترة الملكية المقيدة، بعد أن كان له الدور البارز في جميع المجالات - بما فيها التشريعية - اثناء فترة الملكية المطلقة.

Abstract:

The research aims to know the reasons for granting the British constitutional legislator limited legislative powers to the head of state. Legislation, the research followed the analytical and comparative approach, and the role of the head of state was clarified in all the matters of the legislative process, beginning with proposing laws, which are the first and basic building block in the legal structure, where he explained what the role of the president is in this process, and whether it is an arresting or declarative act, and who is it The authority responsible for this work, And then he showed the role of the president in the process of ratifying laws as a stage of legislation, then the research turned to the competence of the head of state to issue and publish laws, and the research reached a number of results, the most important of which is that the role of the head of state became an honorary role in the restricted monarchy period, after he had a prominent role In all areas - including legislative - during the period of absolute monarchy.

المقدمة:

اما بعد فقد مارس رئيس الدولة في بريطانيا اثناء مرحلة الملكية المطلقة، اختصاصات تشريعية وتنفيذية وقضائية واسعة، ولما كان الرئيس هو المشرع وهو المنفذ للقوانين والسلطة القضائية تدار من قبله، فمن الطبيعي ان يوسع من الاختصاصات التي تمكنه من التفرد بالسلطة وزيادة الامتيازات المادية والسلطوية له ولحاشيته، اما المجلس التشريعي، فكان مجلسا شكليا وظيفته تلبية رغبات المالك وتوجهاته، وكانت جلساته تعقد بارادة ملكية بدون مواعيد ثابتة، كما كان رجال الدين والنبلاء من المساندين لتوجهات الملك ورغباته، مقابل الامتيازات الممنوحة لهم من قبل الملك، الامر الذي ادى الى قيام ثورات عديدة ضده، حقق الشعب البريطاني من خلالها مكتسبات عديدة، اهمها اجبار السلطة على اصدار وثيقة العهد الاعظم (المagna charta) وقانون الحقوق، حيث حدت هذه الوثائق من سلطة الملك، ولم يتوانى الشعب البريطاني عن الثورات المتواصلة الى ان جرد رئيس الدولة من الاختصاصات الفعلية في ادارة الدولة، ولكن الطبيعة التقليدية للشعب، والذي يعد رئيس الدولة احد الرموز التي لا يمكن المساس بها، ساهمت بالابقاء على النظام الملكي مع منح الملك اختصاصات شرفية، تمكنه من لعب دور الحكم بين السلطات العامة، لتحقيق حالة التوازن المفترضة، التي تعد من دعائم النظام البرلماني، الا ان دور رئيس الدولة في العمل التشريعي هو دورا شكليا فيما تمارس الوزارة الدور الفعلي في هذه المهمة.

أسباب اختيار البحث :

1. نجاح التجربة البريطانية في تبني النظام البرلماني، واعتماده من عدد كبير من الدول كنظاما للحكم
2. تباين موقف المشرع الدستوري في حجم الاختصاصات التشريعية الممنوحة لرئيس الدولة في الدول ذات النظام البرلماني.

أهداف البحث:

1. معرفة دور رئيس الدولة في العمل التشريعي في بريطانيا
2. استجلاء كل ما يحيط بهذا الموضوع من غموض، واطهاره بصورة واضحة للقارئ

فرضية البحث:

فرضية هذا البحث هو ان المشرع الدستوري البريطاني قد منح رئيس الدولة اختصاصات شكلية فيما يتعلق بالاختصاصات التشريعية، تاركا الدور الفعلي للوزارة في تلك الاختصاصات.

اهمية الموضوع:

تبني عدد كبير من دول العالم النظام البرلماني الامر الذي يجعل دراسة اختصاصات رئيس الدولة التشريعية من الضرورات الملحة. الدراسات السابقة

قد تناول بعض الباحثين هذا الموضوع لكن بطريقة مختلفة عما سنيته في هذا البحث

منهج البحث:

1. انتهج البحث المنهج التحليلي المقارن املا في الوصول الى الاهداف التي حددتها سلفا

اختصاص رئيس الدولة في تشريع القوانين:

اقتراح القوانين ::

في ظل الملكية المطلقة لم يكن للبرلمان دور حقيقي في عملية التشريع ، حيث كانت السلطة التشريعية بيد الملك ، فكان الملك هو المشرع وهو القاضي بالاضافة الى رئاسته للدولة ، والاختصاصات الاخرى الواسعة في جميع المجالات ، عاش الشعب البريطاني عهدا من التسلط والاستبداد من قبل الملك وحاشيته ، بمساندة من رجال الكنيسة ، وطبقة النبلاء ، وهذه الطبقات الثلاث تحظى بامتيازات كثيرة منحها الملك على حساب الطبقات الاخرى الفقيرة (1) وبانتهاء عهد الملكية المطلقة ، والانتقال الى عهد تضمن وضع بعض القيود على سلطة الملك التشريعية ، اصبح البرلمان شريك في العملية التشريعية عن طريق تقديم العرائض التي هي عبارة عن طلبات تتضمن مقترحات قوانين ، لكن الملك في هذه المرحلة كان يملك حق الرفض والقبول لهذه المقترحات ، وهذه مسألة في غاية الخطورة لان الملك في هذه الحالة بقي المتحكم بعملية تشريع القوانين ، فيرفض اي مقترح يعارض سياسته وتوجهاته او يمس امتيازاته او امتيازات حاشيته ، في حقيقة الامران تلك العرائض التي يتقدم بها اعضاء البرلمان للملك ، ماهي الا التماس - رجاء - للتاج الملكي ، وللخير حق الرفض او القبول ، بدون اي ظوابط ، وبقي الوضع على هذا الحال الى ان صدر قانون الحقوق سنة (1688) حيث برز الدور الحقيقي للبرلمان في اقتراح القوانين ، مع بقاء حق الملك في اقتراح القوانين (2) ، فاصبح هنالك توازن بين مقترحات القوانين التي يقدمها الملك مع تلك المقدمة من البرلمان ، وبعد فترة من الزمن وبعد الثورة على الملك ، والتي تمخض عنها الابقاء على نظام الحكم الملكي - لعوامل مرتبطة بالشعب البريطاني تم بيانها سابقا أن عهود الاستبداد ولدت لدى الشعب البريطاني ردة فعل منعت المشرع الدستوري من اعطاء رئيس الدولة اي اختصاصات فعلية في ادارة الدولة ، لذا اصبحت الوزارة هي القطب الوحيد الذي يباشر العمل السياسي ، ان الدوافع التي كانت وراء منح الوزارة هذه الاختصاصات الواسعة ، مع تحييد دور الملك عن العمل السياسي ، ان الوزارة منتخبة من قبل الشعب ، ولفترة محددة بنص دستوري ، كما ان للبرلمان الحق في مسائلتها واقلتها ان لزم الامر ، هذه العوامل شجعت المشرع الدستوري البريطاني ، على منح الوزارة حق اقتراح القوانين ، كما ان الواقع العملي يفرض تدخل السلطة التنفيذية - الوزارة - بتشريع القوانين ، تحت ذرائع عديدة منها حقيقية ، واخرى مزيفة ، اما الحقيقية فهي قرب السلطة التنفيذية من افراد المجتمع من خلال عملية تنفيذ القوانين ، الامر الذي يمنحها خبرات تراكمية تجعل منها قادرة وبجدارة من التعرف على التشريعات الضرورية للمجتمع ، اما المزيفة منها فهي اتخاذ الحكومة عملية اقتراح القوانين وسيلة للهيمنة على العملية التشريعية برمتها ، وتهميش السلطة التشريعية ، وهذا ما حصل فعلا في بريطانيا ، حيث بينت الدراسات الى ان عدد مقترحات القوانين المقدمة من البرلمان هي (25%) من العدد الكلي لمقترحات القوانين ، اما (75%) كانت من نصيب الحكومة ، الا ان هناك دول تتبنى النظام البرلماني ، تمنح رئيس الدولة اختصاصات واسعة في كل المجالات ومنها اقتراح القوانين (3) ان مقترحات القوانين التي يقدمها اعضاء البرلمان بمجلسه (مجلس العموم واللوردات) تواجه صعوبات كثيرة ، اهمها ان اي مقترح يعارض سياسة الحكومة يكون مصيره الرفض ، لان الحكومة تتمتع باغلبية برلمانية ، وهذه الاخيرة لا يمكن ان تصوت على قانون يعارض توجهات الحكومة ، يتبين من هذا ان دور رئيس الدولة

هو دور سلبي بالنسبة لعملية اقتراح القوانين ، الا ان هذا الدور يشمل جميع القوانين باستثناء القوانين المالية ، الذي منح فيها المشرع الملك سلطات واسعة في عملية اقتراح تلك القوانين ، فجعلها - من حقوق التاج البريطاني - لذا فان كل مقترح تقدمه الحكومة ، يجب ان يحظى اولا بموافقة رئيس الدولة ، بالإضافة الى ان المشرع الدستوري لم يسمح للبرلمان فرض اي رسوم او ضرائب جديدة ، الا بموافقة الملك ، وهذا ما جاء بقانون اصداره مجلس العموم البريطاني سنة (1852) ، الذي منع بموجبه عضو البرلمان من تقديم اي مقترح قانون يتعلق بالامور المالية سواء تعلق الامر بالنفقات العامة او فرض الضرائب او الرسوم ، الا بعد مخاطبة الملك ، والغاية من ذلك التوجه للمشرع هو للحيلولة دون استغلال عضو البرلمان مركزه القانوني في تقديم مقترحات من شأنها منح امتيازات مالية لاعضاء حزبه (4) ، ويلاحظ ان دور البرلمان ضعيف جدا بالنسبة لعملية الاقتراح ويشير بعض الفقهاء الى ان رئيس الوزراء يستطيع ان يتعرف مسبقا على اي مقترح ستم الموافقة عليه في البرلمان ، فالوزارة بإمكانها تمرير كل مقترحات القوانين ، عن طريق انصارها داخل البرلمان ، وبالمقابل تستطيع اجهاض اي مقترح يقدمه اعضاء البرلمان ، اذا رأت انه يخالف توجهاتها ، او يضر بمصالحها وهي بهذا الوصف اصبحت المتحكم الاقوى في عملية التشريع ، ففي احصائية اجريت سنة (1968) (5) يعطي المشرع الدستوري في مملكة بلجيكا ، التي تطبق النظام البرلماني ، اختصاصات دستورية واسعة في مجال التشريع حيث نص على (يمارس الملك ومجلس النواب والشيوخ مجتمعين السلطة التشريعية) المادة (36) من الدستور البلجيكي لسنة (1994) وبنص الدستور يتبن ان المشرع قد جعل رئيس الدولة عضوا اصيلا في عملية اقتراح القوانين حيث لا يمكن لمجلس النواب ، ولا مجلس الشيوخ ، القيام بهذه المهمة - بدون رئيس الدولة - وقد تبنى المشرع الدستوري في الكثير من الدول هذا النهج حيث ذهبوا الى منح رئيس الدولة اختصاصات ، بل ذهب المشرع الدستوري في بعض الدول العربية الى منحه اختصاصات اوسع من اختصاصاته في النظام الرئاسي

بينت ان البرلمان قدم ثمانية وتسعون مقترح قانون لم يرى النور الا احد عشر منها ، وفي فترة لاحقة (1972-1973) وافق البرلمان على سبعة وخمسون مقترحا ، قدمته الحكومة ولم يتم رفض ايا منها ، فاصبحت الوظيفة التشريعية محتكرة من قبل الحكومة (9) يتبين مما سبق ان تدخلات الحكومة في عملية اقتراح القوانين ، لم تكن على درجة واحدة بل كانت مختلفة من فترة لآخرى - حسب ظروف البلد السياسية - بدئا بهيمنة الملك على عملية التشريع باكملها ، مروراً بهيمنة البرلمان على عملية اقتراح القوانين ، وانتهاءً بهيمنة الوزارة على تلك العملية ، ولم تكن بريطانيا هي الوحيدة ف هذا المضمار ، بل مرت دول اخرى بنفس تلك المراحل على فترات مختلفة ، مثل فرنسا (6) ، ان المشرع الدستوري في بريطانيا قد ميز بين مقترح القانون ، ومشروع القانون ، فجعل تقديم مقترحات القوانين حقا لمجلس العموم البريطاني ، بينما مشروع القانون من حصة الحكومة ومن الجدير بالذكر ان مشروعات القوانين التي تتقدم بها الحكومة يتم مناقشتها في مجلس النواب ، فاذا تمت الموافقة عليها تحال الى مجلس اللوردات (7) ، على ان هذا الاخير لايملك سلطة حقيقية تجاه هذه المشاريع (8) . لم تتبع الجمهوريات الخمس المتعاقبة في فرنسا ، نظاما سياسيا واحدا بل كانت الجمهورية الاولى (1792-1804) برلمانية ، والثانية (1848-1879) والثالثة (1870-1940) والرابعة (1940-1958) كذلك ، الى ان جاءت الجمهورية الخامسة (1958) فانحرفت عن اسس النظام البرلماني ، بمنحها رئيس

الدولة اختصاصات واسعة جدا ، فابتدعت نظاما اقرب الى النظام الرئاسي ، اطلق عليه البعض (النظام المختلط كخليط بين النظامين الرئاسي والبرلماني) ، لم يسير المشرع الدستوري في فرنسا على وتيرة واحدة ، فمئذ سنة (1789) ولغاية (1814) كان حق اقتراح القوانين للسلطة التشريعية حصرا ، دون منازعة من الحكومة ، اما من سنة (1814) ولغاية (1870) كان حق الاقتراح لرئيس الدواة حصرا دون البرلمان ، وانتقل هذا الحق لرئيس الوزراء شيئا فشيئا ، ومنذ سنة (1875) اصبح حق الاقتراح لاجزاء البرلمان والوزراء ، ولم ينص دستور (1958) صراحة على منح رئس الدولة حق الاقتراح ، الا ان الرئيس يستطيع التأثير في هذه العملية بصورة غير مباشرة عن طريق اقتراحه القوانين على مجلس الوزراء ، ولايقدم المقترح باسم رئيس الدولة ، بل باسم مجلس الوزراء ، (9) . يتكون البرلمان البريطاني من مجلسين الاول مجلس العموم المنتخب من الشعب، يتكون من ستمائة وخمسون عضوا، يشكل زعيم الكتلة الفائزة حومته منه ، يستطيع اعضائه التقدم بطلب لسحب الثقة من الحكومة، ويكون رئيس الوزراء رئيس حزب الاغلبية داخل البرلمان، اما المجلس الثاني فهو مجلس اللوردات، يتكون من سبعمائة وستون عضوا، الذي يمثل الطبقة الارستقراطية في بريطانيا ، ويتكون مجلس اللوردات من فئتين من الاعضاء ، الفئة الاولى يعينون من الملك (خبراء ونبلاء واساقفة ومسؤولي الاديرة، وقد قلصت هذه الفئات مؤخرا لصالح ذوي الخبرة)، اما الفئة الثانية فيتسلمون عضويتهم بالوراثة ، ان المجتمع البريطاني مجتمع تقليدي ، ولهذا السبب لاتوجد معارضة لوجود بعض الظواهر السياسية ، التي عفا عليها الزمن ، مثل التمسك بالنظام الملكي ، ووجود مجلس اللوردات في بلد متحضر مثل بريطانيا ، حيث يرى البعض ان بقاء النظام الملكي ، ووجود مجلس اللوردات ، كمجلس تشريعي بجانب مجلس العموم ، يتعارض مع الاسس الديمقراطية الحديثة ، ويضيفون ان النظام السياسي بحاجة الى مراجعة في الكثير من المسائل التي لم تعد تواكب تطورات المجتمع الدولي في الوقت الحاضر ،

المصوت عليها داخل مجلس النواب (10)، حيث ان عرض تلك المشاريع عليه هي مسألة شكلية محضة ، فكل ما يستطيع فعله هو تاخير الموافقة عليها فقط ، وبخصوص تقييم عملية اقتراح القوانين في بريطانيا ، يرى بعض الفقهاء ، ان العملية التشريعية برمتها يجب ان يمارسها ممثلو الشعب ، وهؤلاء يجب ان ينتخبهم الشعب بكل حرية ، ولايمكن القول ان كل نظام نيابي هو ديمقراطي، فهناك انظمة دكتاتورية فيها برلمانات شكلية ، لكن مهمة هذه البرلمانات هي تكريس حكم الفرد ، وتلبية متطلباته بعيدا عن ارادة الشعب ، حيث تتم الموافقة على اي مقترح تقدمه السلطة دون النظر الى المنفعة التي يحققها القانون لافراد المجتمع ، ويرى اغلبية فقهاء القانون ، ان النظام السياسي لايمكن ان يكون معبرا عن الارادة الشعبية ، مالم تتوفر فيه اربعة خصائص وهي :-

اولا : وجود برلمان منتخب يمارس دوره التشريعي بكل حرية ، بعيدا عن اي ظغوط او محاباة لاي جهة سياسية او حزبية .

ثانيا : ان يكون عضو البرلمان ممثل لكل فئات المجتمع .

ثالثا : تحديد الفترة الزمنية لعمر البرلمان وانتخاب اعضاء جدد عند انتهائها .

رابعا : ممارسة الوظيفة التشريعية من قبل اعضاء البرلمان بصورة مستقلة عن ارادة الناخبين (11).

تعقيبا على ما ورد في هذا المطلب ، يرى الباحث ان عملية اقتراح القانون في بريطانيا، كانت حركا على

الملك ، اثناء فترة الملكية المطلقة ، وهنا قد صادرا الملك حقا اصيلا للبرلمان المتمثل في اقتراح القوانين ، اما بعد الانتقال الى عهد الملكية المقيدة ، اصبح للبرلمان الحق باقتراح القوانين ، شريطة موافقة الرئيس ، وفي هذه الحالة ايضا لا يمكن اعتبار القانون معبرا عن ارادة الشعب ، مادام الملك يملك حق الرفض والقبول ، اما الدور الحقيقي للبرلمان في عملية اقتراح القوانين ، برز بعد صدور قانون الحقوق سنة (1668) الذي اعطى للبرلمان الحق باقتراح القانون ، والابقاء على حق الملك بالاقتراح ، حيث ان تعدد مصادر اقتراح القوانين ظاهرة صحية ، مادام البرلمان صاحب الكلمة الفصل في سن القوانين ، اما القول ان اغلب القوانين من مصدر حكومي ، فلا خير في ذلك لان المقترح لا يصبح قانونا الا بعد المرور بمراحل عديدة ، اهمها تصويت البرلمان عليه بالنسبة المحددة دستوريا ، بالتالي فلا يوجد اي مبرر للخوف من ذلك ، اما بخصوص مقترحات القوانين المالية ، التي منع المشرع تقديمها الا بموافقة رئيس الدولة حصرا ، فهذه من المثالب المحسوبة على المشرع ، والسبب ان مشروع القانون - كما اسلفنا - لا بد ان يحظى بموافقة اعضاء البرلمان ، وتصديق واطار رئيس الدولة ، والنشر في الجريدة الرسمية ، بالتالي ان مجرد تقديم عضو البرلمان للمقترح ، لا يعني انه اصبح نافذا ، ما ان الوظيفة التشريعية هي اختصاص اصيل لعضو البرلمان ، اما عن رأي بعض الفقهاء ، بخصوص وجود هيئات غير منتخبة تمارس الحكم في بريطانيا ، والمقصود هنا الملك ومجلس اللوردات ، فالملك يستلم مقاليد الحكم عن طريق وراثة العرش ، اما مجلس اللوردات يتكون من قسمين قسم يتم تعيينهم من قبل الملك ، والقسم الاخر بالوراثة ، ان طبيعة المجتمع البريطاني ، هي طبيعة تقليدية ، فلم تلاقي هذه التركيبة اي رفض من قبل افراد المجتمع ، هذا من ناحية ، اما الناحية الاخرى هو ان هذه الهيئات - الملك ومجلس اللوردات - لامتارس اختصاصات فعلية في عملية التشريع برمتها ، فرئيس الدولة ، وان كان له حق اقتراح القوانين ، الا انه في نهاية المطاف لا بد من التصويت على ذلك المقترح في البرلمان ، اما بخصوص مجلس اللوردات ، فهو الاخر يملك حق تقديم مقترح القانون ، ولا يوجد مبرر للتخوف من تقديم المقترح ، من هذا المجلس - الغير منتخب - لنفس الاسباب المتعلقة برئيس الدولة .

تصديق القوانين والاعتراض عليها

تبين - فيما سبق - ان عملية التصديق على القوانين ، هي من المراحل المهمة في البناء التشريعي ، وبدونها لا يمكن القول بوجود قانون ، فبعد اكتمال المراحل المهمة للتشريع - الاقتراح والقراءة والتصويت - تاتي مرحلة مصادقة رئيس الدولة - الملك سابقا والملكة حاليا - فيرسل مشروع القانون المصوت عليه في المجلسين - مجلس اللوردات ومجلس العموم - الى رئيس الدولة للمصادقة عليه ، وهنا يجب التمييز بين مرحلتين :-

المرحلة الاولى ، في بريطانيا عرفت عملية التصديق على القوانين باسم (حق المنع) في زمن حكومة وصاية (كرومويل)، عندما اعلن كرومويل اقامة الحكم الجمهوري، بعد الاطاحة بالملك (شارل الاول) واعدامه ، التي -اي حكومة كرومويل- وكان كرومويل يملك حق التصديق المطلق في فترة حكمه ، ودامت هذه الفترة احدى عشرة سنة ، بعدها اعلن الملك (شارل الثاني) اقامة مملكة بريطانيا العظمى والعودة الى النظام الملكي ، وتميزت هذه المرحلة بالملكية المطلقة ، حيث يملك رئيس الدولة في هذه الفترة حق الاعتراض المطلق ايضا ،

على مشاريع القوانين ، اي انه بمجرد رفضه - اي الملك - للمشروع يفقد قيمته التشريعية ويقبر في مهده ، وفي هذه الحالة كان مركز رئيس الدولة في تلك الفترات اقوى من البرلمان ، فلا يستطيع هذا الاخير التغلب على ارادة الملك ، وهنا قد تم مصادرة الارادة الشعبية لافراد المجتمع ، الذين يجب ان تسن القوانين باسمهم ولمصلحتهم (12)

المرحلة الثانية : هي مرحلة الملكية المقيدة ، بقي لرئيس الدولة في هذه المرحلة ، حق الرفض والتصديق على مشاريع القوانين ، وتكون عملية التصديق في تلك المرحلة بصورتين ، الاولى هي ان يصادق رئيس الدولة بنفسه على المشروع ، اما الثانية فهي التصديق بالوكالة (13)

على ان رئيس الدولة في بريطانيا لم يستخدم حقه برفض اي مشروع قانون منذ عهد الملكة (ان) التي رفضت مشروع قانون الميليشيا الاسكتلندية سنة (1707) اما بعد ذلك التاريخ فلم يستخدم حق رفض القانون اي من رؤساء الدول المتعاقبين على بريطانيا ولو لمرة واحدة ، لذا يذهب غالبية فقهاء القانون الدستوري ، الى ان حق الاعتراض المطلق لرئيس الدولة ، قد سقط بعدم الاستعمال (14) ان سبب سقوط حق الملك في الاعتراض المطلق على القوانين ، هو عملية تجريده من اختصاصاته - اي رئيس الدولة - بشكل تدريجي ، وانتقال السلطة الحقيقية في العمل السياسي الى الوزارة ، بظهور المسؤولية الوزارية امام البرلمان امتثالا للمبدأ القائل (حيث تكون المسؤولية يوجد الاختصاص) ، بالاضافة الى سيطرة الحزبين (المحافظين والعمال) واللذان تشكل الوزارة من احدهما ، باعتباره الفائز بالانتخابات ، الامر الذي ادى الى هيمنة الحزبين على العملية التشريعية ، فالملك لا يستطيع رفض اي قانون يحظى بتصويت البرلمان ، لانه سيواجه معارضة من داخل البرلمان الامر الذي يضعه في موقف حرج (15)

يرى الباحث ان التعرف على ماهية مصادقة رئيس الدولة في بريطانيا على القوانين ، وهل هو اعتراض مطلق ام توقيفي ؟ للاجابة على هذا التساؤل لابد من التمييز بين المراحل التي مرت بها عملية التصديق ، فقد تبين ان مرحلة الملكية المطلقة كان رئيس الدولة ، يملك حق رفض المقترح بدون اي قيود ، وهنا تكون عملية المصادقة من قبل الملك حقا مطلقا ، فاذا وافق الملك اصبح المقترح قانون ، واذا رفض جرد العمل من اي قيمة تشريعية . يذهب الفقيه دايسي مع عدد كبير من الفقهاء الى ان حق الملك في التصديق هو احد اهم الامتيازات الملكية ، وهو حق غير مشكوك فيه للملك ، لكن عدم ممارسة الملك لهذا الحق على مدى قرنين متتاليين ، يسقط بعدم الاستعمال (16) . العرف الدستوري هو (قاعدة مطردة يكون الغرض منها تنظيم العلاقة بين السلطات العامة في الدولة، وبين تلك السلطات وافراد المجتمع ، ويكون لها صفة الالتزام بمرور مدة افية من الزمن) (17) ويقسم العرف الدستوري الى ثلاثة اقسام هي عرف دستوري مفسر وعرف دستوري معدل ، وعرف دستوري مفسر، فالعرف الدستوري المعدل هو (ممارسة السلط لموضوع معين في ادارة شؤون البلاد بشكل مطرد ولفترة كافية من الزمن دون وجود معارضة لتلك الممارسة من الاطراف السياسية فيضيف بتلك الممارسة قاعدة دستورية جديدة او يحذف قاعدة دستورية نافذة) ، و ينقسم العرف الدستوري المعدل الى عرف دستوري معدل بالاضافة، وعرف دستوري معدل بالحذف ، العرف الدستوري المعدل بالاضافة (هو كل عرف يضيف الى القواعد الدستورية احكام جديدة) ، اما العرف الدستوري المعدل بالحذف هو العرف الذي (يلغي قاعدة دستورية قائمة) على ان الاعتراف بحجية العرف

الدستوري هو مسألة سجل بين فقهاء القانون الدستوري، فهم وان كانوا متفقين على ان العرف الدستوري لا يعدل ولا يكمل اي قاعدة من قواعد الدستور الجامد، اما بالنسبة للدستور المرن، فهو محل خلاف بينهم، فذهب قسم منهم الى الاقرار بحجية العرف المعدل سواء بالحذف او الاضافة، في حين يذهب قسم اخر الى انكار حجية العرف المعدل بالاضافة او الحذف، بينما يقر فريق ثالث بحجية العرف المعدل بالاضافة وينكر حجية العرف المعدل بالحذف (18) اما في مرحلة الملكية المقيدة بقي هذا الحق لرئيس الدولة - حق الرفض المطلق لمقترحات القوانين - لغاية سنة (1707)، ففي هذه السنة رفضت الملكة (ان) مقترح يقضي بتشكيل مليشيا عسكرية، ولكن بعد هذه الفترة التي لم يستخدم فيها اي رئيس الدولة حقه بالرفض ولو مرة واحدة فسقط هذا الحق - للاسباب المبينة سلفا - واصبح حق رئيس الدولة في هذه العملية حقا توقيفيا وليس مطلق، لان الدستور البريطاني دستور مرنا غير مكتوب، فعندما نشأ هذا العرف الدستوري اصبح مخالفة، خرقا لقواعد الدستور، يتبين مما سبق ان حق رئيس الدولة في عملية المصادقة على القوانين، في فترة الحكم المطلق هو عملا تشريعا، محضا، ولكنه يمرور الزمن بات مجرد عملا تنفيذيا (19)، وواجهت الكثير من الدول ظروف مشابهة للوضع في بريطانيا، فيما يتعلق بتصديق القوانين (20) وهنا لابد من التذكير بان بعض الفقهاء يذهبون الى ضرورة اعطاء السلطة التنفيذية دورا اكبر فيما يتعلق بالمصادقة على القوانين، بمنحها حق التصديق المطلق (21) واخيرا وليس اخر ان التشريع في بريطانيا لابد ان يتضمن عبارة ((شرع من قبل عظمة صاحبة الجلالة الملكة، بناء على نصيحة وموافقة اللوردات الروحانيين والديويين، واعضاء مجلس العموم، في هذا البرلمان الحالي المنعقد، وبتحويل منهم(22). في فرنسا مثلا اختلفت صور التصديق على القوانين بين فترة واخرى، حيث تبنت بعض الدساتير حق الاعتراض التوقيفي، فيما تبنت الاخرى حق الاعتراض المطلق، فالدساتير الفرنسية المتبنية لحق الاعتراض التوقيفي هي دستور (1848 في مادته 58) ودستور (1875 في مادته 7) ودستور (1946 في مادته 36) وكذل دستور (1958 بمادته 10) اما الدساتير التي اخذت بحق الاعتراض المطلق فهي دستور (1818 في مادته 15) ودستور (1814 في مادته 15). (23). يرى بعض فقهاء القانون ومنهم الدكتور عبد الرزاق السنهوري، بان الوقت قد حان للتخلص من الاطار التقليدي الذي يضع السلطة التنفيذية بمعزل عن عملية التشريع، فتصويت البرلمان يجب ان لا يكون هو الفيصل في نفاذ مشروع القانون من عدمه، لان السلطة التنفيذية هي الاقرب للواقع العملي من اعضاء البرلمان، بالتالي فان عملية صدور اي قانون رغم رفض السلطة التنفيذية له، يذهب بنا الى عدم ايجاد تشريعات متكاملة تعود بالنفع العام للمجتمع ككل، ويضيفون بانه لا يوجد مبرر للتخوف من منح السلطة التنفيذية، حق الاعتراض المطلق على القوانين، مادام هنالك محكمة تمارس الرقابة على دستوية القوانين (24)

اصدر القوانين ونشرها:

عند تناول عملية اصدار القوانين - فيما سبق - تبين بانها عملية اعلان لرئيس الدولة عن ولادة قانون جديد، وفي انكلترا يعلن عن اصدار القانون، وهنا يجب التمييز بين المرحلتين الملكيتين المطلقة والمقيدة، ففي المرحلة المطلقة كانت عملية التشريع كلها من اختصاصات الرئيس حتى عملية اصدار القانون، اما في المرحلة المقيدة، فيعتبر القانون صادرا من تاريخ مصادقة رئيس الدولة عليه، او من تاريخ مصادقة المجلسين التشريعيين - مجلس العموم ومجلس اللوردات - وبهذا تكون هذه العملية تحصيل حاصل بغض النظر عن

راي رئيس الدولة بالتشريع (25)، فبعد انتقال اغلب الاختصاصات الملكية الى الوزارة اصبح دور رئيس الدولة دورا هامشيا حتى فيما يتعلق بعملية الاصدار التي تكون من حصة رئيس الدولة في كل انظمة الحكم، فاذا لم يصدر رئيس الدولة القانون اعتبر صادرا من تاريخ مصادقة البرلمان عليه (26)

الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في اصدار اللوائح في الظروف العادية: والاستثنائية: إصدار اللوائح في الظروف العادية تصدر السلطة التنفيذية في الظروف العادية نوعين من اللوائح الاولى هي اللوائح المستقلة والثانية اللوائح التنفيذية

اللوائح المستقلة وهي على نوعين:

1. لوائح الضبط الاداري:

تبين سابقا ان تلك اللوائح تصدر للحفاظ على النظام العام بعناصره الثلاثة، وتصدر السلطة التنفيذية في بريطانيا لوائح شبيهة بتلك اللوائح، يطلق عليها (الادوات القانونية) وهي سلطة يمنحها المشرع للحكومة بقانون تستطيع من خلاله السلطات المحلية اصدار التنظيمات اللازمة لحالات يحددها القانون، ويكون الهدف منها ايضا المحافظة على الامن والسكينة والصحة العامة الا ان تلك اللوائح تصدرها الوزارة (27)

2. لوائح تنظيم المرافق العامة:-

تصدر السلطة التنفيذية في انكلترا اللوائح تلك ويطلق عليها ايضا (الادوات القانونية) حيث تصدر اللوائح تلك بناء على تفويض من البرلمان بصلاحيات محددة لاصدار التعليمات اللازمة، لتنظيم المرافق العامة، وكذلك تصدر السلطات المحلية تعليمات شبه قانونية لتنظيم المرافق العامة، بعد اعتمادها من الوزير المختص، ولكن يجب ان تنشر تلك التعليمات قبل الاحتجاج بها على العامة (28)

الفرع الثاني :

اللوائح التنفيذية هي تلك اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية، لوضع القانون موضع التنفيذ، وفي بريطانيا يجب التمييز بين مرحلتين، الاولى مرحلة الملكية المطلقة التي كان فيها رئيس الدولة يمسك باختصاصات واسعة من الصعب التمييز فيها بين سلطات الدولة، اما المرحلة الثانية فهي مرحلة الملكية المطلقة، والتي اصبحت فيها الوزارة المتصدرة للعمل التنفيذي، ففي هذه الفترة تقوم الوزارة باصدار تعليمات تحدد الكيفية التي يتم بها تنفيذ القانون الصادر عن البرلمان (29).

يرى الباحث:

من خلال ما تقدم يتبين ان رئيس الدولة في بريطانيا ليس له دور يذكر في اصدار تلك اللوائح، فالدور الاساسي في هذه المهمة هو للوزارة، ولكن السؤال الذي يطرح هنا هو ماهو دور رئيس الدولة في حال تقاعس الوزارة في اداء عملها بخصوص اصدار تلك اللوائح في الظروف العادية؟ والاجابة تكمن في ان رئيس الدولة في بريطانيا لايملك سلطة تمكنه من محاسبة الوزارة، كل مايستطيع فعله هو اسداء النصح بهذا المجال او ذاك، والوزارة حرة في قبول توجيهات الرئيس (الملكمة) او رفضها، لان من يملك حق مسائلة الحكومة في بريطانيا هو البرلمان.

اصدار اللوائح في الظروف الاستثنائية:

تصدر السلطة التنفيذية في بريطانيا نوعين من اللوائح في هذه الظروف - الاستثنائية - هي لوائح الضرورة ولوائح التفويض

لوائح الضرورة :

أن من الثمرات المهمة لثورة (1688) على الملك هي عملية استقرار النظام البرلماني ، حيث نتجت معادلة سياسية جديدة ، اضفت الى رجحان كفة البرلمان على التاج البريطاني ، واصبحت حتى مراسيم تنويع الملك تجرى تحت اشراف نيابي (30) كما ان احد المنجزات الجوهرية للثورة هو القضاء على الامتيازات الملكية التي كانت حجرة عثرة امام عملية التشريع ، فاصبحت اختصاصات البرلمان الجديد اقوى بكثير من اختصاصات الملك، حيث تم تجريد الاخير من الكثير من الاختصاصات لصالح البرلمان (31)، ولتعزيز دور البرلمان ، وصدرت في عام (1694) قاعدة قانونية تقضي بحل البرلمان تلقائيا- اي بدون تدخل الملك - بعد ثلاث سنوات من عمره ، واجراء انتخابات نيابية جديدة ، وفي حال وفاة الملك يحل البرلمان بصورة تلقائية ايضا ، ولمعالجة حالة الفراغ التشريعي اصدر المشرع البريطاني قانونا يقضي باستمرار البرلمان المنحل بمهامه خلال فترة ستة اشهر بعد موت الملك ، اما اذا كان البرلمان منحلا وبعدها مات الملك فان على البرلمان المنحل ان يجتمع ويمارس اختصاصاته ، حتى اجراء الانتخابات الجديدة ، وانعقاد البرلمان الجديد ، وبعدها في سنة (1715) صدر قانون يقضي بان يكون عمر البرلمان سبع سنوات الا ان هنالك فترات اجازة للبرلمان فكيف يتم معالجة حالة الضرورة ؟ لم ينظم المشرع البريطاني حالة الضرورة بتشريعات مسبقة ، تبين حجم السلطات الممنوحة للحكومة ، بل جرى العرف ان تقوم الحكومة باصدار تشريعات فرعية تعالج بها حالات الضرورة في اضيق نطاق (32) وذل هذا التقليد معمول به في بريطانيا الى سنة (1914) خلال الحزب العالمية الاولى ، اتجه البرلمان الى تفويض الحكومة - بناء على طلب منها - اصدار لوائح لمعالجة حالات الضرورة ، بغية الحفاظ على النظام العام في البلاد ، وقد حصلت تجاوزات كثيرة على حقوق الافراد وحررياتهم الامر الذي ادى الى تحمل الحكومة مسؤولية تلك التجاوزات ، الا ان البرلمان البريطاني اصدر قانونا سنة (1920) اسقط به اي مسؤولية يمكن ان تتحملها الحكومة عن كل التجاوزات التي قد تحصل جراء تطبيق لوائح الضرورة التي اصدرتها ، ويذهب غالبية الفقهاء ، الى ان تجربة بريطانيا في الحرب العالمية الاولى (1914) هي التي كانت وراء تشريع هذا القانون ، لان البلاد واجهت في تلك الفترة ظروف استثنائية استوجبت منح الحكومة سلطات تشريعية لمواجهةها ، ومعالجة كل التي تنتج عن الحروب ، او الازمات الاخرى ، التي لاتحتمل انتظار انعقاد البرلمان ، واجراءات سن القوانين ، بل تستوجب اتخاذ اجراءات سريعة ، للحفاظ على كيان الدولة (33) فعند حدوث اي ازمة تهدد حياة الجماعة يمنح القانون (الصادر 1920 المذكور سلفا) الحكومة فترة شهر من تاريخ حدوث الازمة ، لمعالجة تلك الازمة باصدار اللوائح الضرورية لذلك ، فاذا رات الحكومة ضرورة لتجديد تلك المدة ، فلها ذلك شريطة عرض الامر على البرلمان ، فاذا لم يكن منعقدا ، دعت الى انعقاده في غضون خمسة ايام ، وقد لجأت الحكومة لاصدار تلك اللوائح لتوفير الحلول في عدة ازمات ، ففي سنة (1926) اصدرت الحكومة لوائح عالجت فيها حالة الاضراب لعمال مناجم الفحم ، كما اصدرت اللوائح تلك لمعالجة الاثار الاقتصادية والاجتماعية التي سببتها الحرب العالمية الثانية (1945) التي دخلت بها بريطانيا مع الحلفاء ، اذ

امتد هذا الترخيص من البرلمان لغاية سنة (1947) حيث اصدرت لوائح نظمت بها شؤون الاستيراد والتصدير والانتاج، لكن سلطة اصدار اللوائح المستقلة كانت من حصة رئيس الدولة في عهد الملكية المطلقة، اما في عهود الملكية المقيدة كانت تلك اللوائح تصدر باسم الملك، الا انها في حقيقة الامر صادرة من الوزارة، وما توقيع الملك عليها الا مسالة شكلية محضة(34)

اللوائح التفويضية :

تبين فيما سبق ان البرلمان البريطاني لم يمارس دوره الحقيقي كمشرعا للقوانين، الا بعد صدور(وثيقة الحقوق 1688) حيث اصبح صاحب السيادة التشريعية بلا منازع، وينبني على ذلك قدرة البرلمان البريطاني على منح الحكومة تفويضا يخولها اصدار قرارات لها قوة القانون، في اوقات معينة ومواضيع محددة ومدة محددة ولايستطيع احد الاحتجاج بعدم دستورية التفويض من قبل البرلمان - كما يرى بعض الفقهاء(35) لهذا لم يتوانى البرلمان البريطاني في منح الحكومة ذلك التفويض، ويطلق على هذه القرارات في بريطانيا عدة تسميات مثل التشريع المفوض والتشريعات الثانوية والتشريعات الفرعية، الا لن التسمية السائدة حاليا هي (الادوات القانونية) وقد لجأ البرلمان في العديد من الازمات الى التفويض التشريعي، وكان الحدث الابرز في عملية التفويض في القرن الثامن عشرعندما حصلت الحكومة على تفويض في عملية اقامة المحاكم العسكرية، وتنظيم الجيش، اما في القرن التاسع عشر، اخذت ظاهرة التفويض التشريعي بالتوسع في بريطانيا، في القرن التاسع عشر، وتوسعت اكثر في القرن العشرين اثناء الحرب العالمية الاولى، بسبب زيادة نشاطات الدولة والتحولت الاقتصادية والاجتماعية والتقدم التكنولوجي، الامر الذي اجبر البرلمان على تفويض الحكومة باصدار اللوائح اللازمة، لتنظيم تلك المسائل التي تحتاج الى دراية وخبرات، لايملكها اعضاء البرلمان، كما تحتاج الى عنصر السرعة في اتخاذ القرار وليس لافراد المجتمع الاحتجاج بعدم قانونية الاجراءات المتخذة من الحكومة بناءا على اللوائح التي تصدرها، مادامت -اي الحكومة- لم تتعسف في استخدام تلك السلطة. في احد تطبيقات المحاكم البريطانية بخصوص اللوائح التفويضية هي قضية المواطن (زاديك) الذي حبس على اثر ارتكابه جريمة نصت عليها اللائحة الحكومية، فطعن محامي المتهم بعدم مشروعية الاجراء المتخذ ضد موكله، لان الحكومة ليست لها تشريع القوانين، فكان، فردت المحمة طلبة معللة رفض الطلب بان الحكومة تصرفت وفقا للقانون الممنوح من البرلمان، فطعن المحامي في قرار المحكمة، فتقدم المحامي بالطعن امام محاكم الدرجة الاولى ومحكمة الاستئناف ومجلس اللوردات، فردت جميعها الطعن، واعتبرت الحكم قانوني لانه صدر وفقا للتفويض الممنوح للحكومة من البرلمان، ينظر (36)

النتائج:

من النتائج التي خرجت بها الدراسة :

1. تميزت فترة الملكية المطلقة بالسيطرة على العملية التشريعية برمتها من قبل الملك، ففي حقيقة الامر ان الملك هو من يقترح القوانين، ويقوم بتصديقها واصدارها، وليس للمجلس التشريعي دور حقيقي في هذه المهمة.
2. كانت القوانين في فترة الحكم المطلق، معبرة عن تطلعات الملك في تلبية احتياجاته المالية والسلطوية، بمساعدة من طبقة النبلاء، ورجال الكنيسة مقابل تحقيق منافع شخصية، اما في فترة الملكية المقيدة، اصبحت القوانين معبرة عن الارادة الشعبية.

3. في الفترة الملكية المقيدة حددت اختصاصات الملك التشريعية، الى ان اصبح دوره تشريفاً ، فقد جرد الملك بصورة تدريجية من اغلب اختصاصاته، واصبح الدور الفعلي في ادارة الدولة للوزارة المنبثقة من البرلمان المنتخب من قبل الشعب.
4. ان الإبقاء على بعض الاختصاصات التشريعية لرئيس الدولة لايمثل مساس بحقوق الافراد كما يرى البعض، لان عملية تشريع القوانين تتم وفق اليات حددها الدستور البريطاني(العرفي) والتي لايستطيع معها رئيس الدولة من التفرد برايه
5. ان تهميش دور رئيس الدولة في بريطانيا، جاء كردة فعل على سنوات الاستبداد والتفرد بالسلطة التي مارسها الملك في فترة الحكم المطلق.

التوصيات:

1. يتوجب على المشرع الدستوري في الدول المتبنية النظام البرلماني، الاستفادة من التجربة البريطانية، والعمل على تطبيق القواعد المعتمدة في ذلك النظام.
2. يتوجب على الدول المطبقة للنظام البرلماني، عدم منح رئيس الدولة اختصاصات واسعة تماشياً مع اسس ذلك النظام.
3. عند تطبيق النظام البرلماني في انظمة الحكم الجمهورية يجب الاخذ بنظر الاعتبار، عدم مسائلة رئيس الدولة من الناحية السياسية .

المصادر والمراجع:

- (1) د. السيد صبري ، حكومة الوزارة ، بحث تحليلي لنشأة وتطور النظام البرلماني في انكلترا، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1953 ، ص85.
- (2) د.محمد ربيع مرسي ، السلطة التشريعية لئيس الدولة في النظم الحديثة ، القاهرة ، 1995 ، ص286.
- (3) د. مجيد حميد العنبيكي ، الدستور البريطاني ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، 2003 ، ص11.2، العدد (2) ، 2015
- (4) د. حسن مصطفى البحري ، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية ، كضمان لنفاذ القاعدة الدستورية ، اطروحة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، 2006 ، ص346 .
- (5) د. حازم صادق ، رئيس الدولة بين النظامين البرلماني والرئاسي ، دار النهضة العربية القاهرة، 212.
- (6) ريتشارد روس، السياسة في انكلترا ، في كتاب (جابريل ايه،الموند وجي، بنجام باويل الابن،السياسات المقارنة في وقتنا الحاضر) ترجمة هشام عبدالله ، مراجعة سمير نصار ، الدار الاهلية للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 ، ص258.
- (7) حسان محمد شفيق العاني،الانظمة السياسيةوالدستوريةالمقارنة،العاتك لصناعة الكتاب؛القاهرة؛ ص338.
- (8) ينظر في : فرانك بيلي،،معجم بلاكويل للعلوم السياسية،ترجمة ونشر مركز الخليج للابحاث، 2004،ص214.
- (9) حسن مصطفى البحري ، مرجع سابق ، ص345.
- (10) ينظر في : د. محسن خليل ،القانون الدستوري والنظم السياسية ، 1987 ، ص608.
- (11) د. ربيع انور فتح الباب ، الظروف الخاصة بنشأة ازدواج الهيئة التشريعية ، 1992 ، ص181.
- (12) د. احمد عبد اللطيف ابراهيم السيد ، اختيار رئيس الدولة في الديمقراطيات الوليدة -دراسة مقارنة- مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، 2014، ص8 .
- (13) د. محسن خليل ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، مرجع سابق ، ص246.
- (14) انور مصطفى الاهواي ،رئيس الدولة،في النظام البرلماني،اطروحة دكتوراه،جامعة فؤاد الاول،كلية الحقوق،1945، ص145 .
- (15) السيد صبري ، حكومة الوزارة ، مجع سابق ، ص354.
- (16) ينظر في : د.، حسن مصطفى البحري ،مصدر سابق،ص354.
- (17) سعد عصفور،المبادئ الاساسية في القانون الدستوري والنظم السياسية،منشأة المعارف،الاسكندرية ، 1980 ، ص46 ،
- (18) زينب شريف الجزائري،العرف الدستوري ودوره في بعض الدساتير المعاصرة،رسالة ماجستير،جامعة بغداد،كلية القانون،2000،ص92 .
- (19) د.عبد الغني بسيوني ، سلطة ومسؤولية رئيس الدولة في النظام البرلماني ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1994 ، ص57.
- (20) شوق سعد هاشم الموسوي ، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في النظام البرلماني ، رسالة

- ماجستير، جامعة النهدين ، العراق ، بغداد ، 2008 ، ص 87 .
- (21) ينظر في :د.عبد الرزاق احمد السنهوري،مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية- مجلة مجلس شورى الدولة المصري-اتلسنة الثالثة،1952،ص76 ، وينظر بهذا الشأن ايضا:د. فوزي ناجي ، فكرة تدرج القواعد الدستورية ، دراسة تحليلية ، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة ، ص 15 .
- (22) شوق سعد هاشم الموسوي ،مرجع سابق،ص81.
- (23) فيصل الشطناوي وسليم سلامه حتاملة،سلطة رئيس الدولة في الاعتراض على القوانين في النظام الدستوري الاردني،مجلة دراسات،علوم الشريعة والقانون،المجلد(42)،العدد(2)،2015،ص6.
- (24) د.محمود ربيع مرسى،السلطة التشريعية لرئيس الدولة في النظم الحديثة- اطروحة دكتوراه،جامعة القاهرة،كلية الحقوق،1995،ص294.
- (25) دانا عبد الكريم سعيد ، دور البرلمان في الأنظمة البرلمانية المعاصرة ضعف الاداء التشريعي والرقابي للبرلمان وهيمنة السلطة - دراسة تحليلية مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية،ط1،2013، ص115
- (26) نفس المرجع،ص119.
- (27) د.حافظ علوان ابراهيم الدلمي،النظم السياسية في اوربا الغربية والولايات المتحدة الامريكية،عمان ،دار وائل للطباعة والنشر،2001،ص104.
- (28) د.احمد عبد الحميد الخالدي ، القانون الدستوري والنظم السياسية الديمقراطية، الرئيسية - دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية، مصر،2011،ص117.
- (29) بول سيلك والترز،كيف يعمل البرلمان،ترجمة:علي الصاوي، مكتبة الشروق الدولية،القاهرة، ط 1،2004، ص36.
- (30) د.مدحت يوسف غنيم،وسائل الرقابة البرلمانية على اعمال الحكومة في النظام البرلماني،دار النهضة العربية،القاهرة،1989،ص15 .
- (31) د.محمد محمد مصطفى الوكيل،حالة الطوارئ وسلطات الضبط الاداري (دراسة مقارنة) اطروحة دكتوراه،جامعة عين شمس،كاية الحقوق،2003،ص153.
- (32) د.احمد مدحت علي،نظرية الظروف الاستثنائية(دراسة مقارنة في فرنسا ومصر)، الهيئة المصرية العامة للكتاب،القاهرة،1978،ص30.
- (33) د.طعيمة الجرف، مرجع سابق،ص149.
- (34) تونصير ابراهيم ،تشريعات الضرورة (دراسة مقارنة بين ادستور الجزائر والمصري) - رسالة ماجستير- جامعة محمد خيذر،كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص75.
- (35) يقول العميد (دايسي)-في مامعناه- لا يمكننا البحث في دستورية القوانين التي يسنها البرلمان،لان الدستور الانكليزي دستورا مرنا،بالتالي يمكن تعديله بنفس اجراءات تعديل القانون،ينظر في :د. حسن مصطفى البحري،مرجع سابق
- (36) د.ديحيى الجمل،نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة،ط4،دار النهضة العربية،2005،ص197.
- (37) جميد شاولش،نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والاداري وتطبيقاتهما في التشريع الجزائري،المكتبة المصرية للنشر والتوزيع،مصر،الجيزة،2011،ص92.

موقف التشريعات من حق المتهم في الصمت

باحث

د. فواز جبير قتيخان

كلية القانون - جامعة الجزيرة

د. ضياء الدين حمزه حمد

مستخلص:

يهدف البحث للتعرف على موقف التشريعات الدولية من حق المتهم في الصمت ، الحق الذي كلفه له القانون ، تتبع أهمية البحث من كونه يعالج واحده من أهم الموضوعات التي تشغل الجميع والمتمثلة في حق المتهم في الصمت ، اتبع البحث المنهج التحليلي المقارن وخرج بعدد من النتائج منها: حق المتهم في الصمت حق مكفول له بموجب القانون ، حق المتهم في الصمت ورد في العديد من التشريعات بتسميات مختلفة وهو حق ذاتي.

Abstract:

The research aims to identify the position of international legislation on the accused's right to silence, the right assigned to him by law. The importance of the research stems from the fact that it deals with one of the most important issues that concern everyone, represented in the accused's right to silence. The research followed the comparative analytical method and came out with a number of results, including: The right of the accused to remain silent is guaranteed by law. The right of the accused to remain silent is mentioned in many legislations with different names, and it is a subjective right.

المقدمة:

أساس الحق في الصمت للمتهم في الدعوى الجزائية يعد من الحقوق الاساسية والهامة التي يجب الحرص عليها وعلى اعطائها لجميع المتهمين في كافة مراحل الدعوى الجزائية في جميع قوانين العالم، لأنه من الحقوق التي يجب ان يتمتع بها المتهم في جميع مراحل الدعوى الجزائية وذلك من مرحلة الاستدلال ومرورا بمرحلة التحقيق وانتهاء بمرحلة المحاكمة، والسبب في ذلك أن التشريعات الحديثة تحرص على عدم اكره المتهم على الحديث عن الجريمة بما يتناقض وصالحه ومركزه القانوني في الدعوى خاصة اذا كانت أقواله تمثل نوع من الشهادة ضد نفسه، أو اجباره على الكلام بما لا يتناسب مع حقوق الدفاع التي أقرتها جميع قوانين الاجراءات الجنائية في العالم. وللمتهم الحرية الكاملة في عدم ايداء أقواله، وله الامتناع متى شاء عن الاجابة عن الاسئلة الموجهة اليه وفي جميع الحالات لا يصح أن يؤول صمته الى ما يضر بمصلحته أو ان يستغل ضد المتهم بأي طريقه كانت لأثبات الجريمة بحقه وحق المتهم في الصمت هو من النتائج المترتبة على مبدأ

(الاصل في الانسان البراءة) والذي بدوره يقع على عاتق سلطة الاتهام أي القاضي هو الذي يوجه التهمة وبالتالي يقع على المحكمة عبئ الاثبات ولا يكلف المتهم بإثبات براءته ليس من اغراضها الولوج الى تفاصيل الموضوع وتفريعاته وانما التركيز على القواعد العامة، والاسس الرئيسية فيه.

مفهوم حق المتهم بالصمت:

في إشارة مختلف التشريعات لحق المتهم بالصمت بتسميات مختلفة كالحق في الامتناع عن التصريح ، والحق في السكوت والحق في الامتناع عن الكلام ، أو عدم الإدلاء بالتصريحات أثناء مباشرة الدعوى الجزائية، اعتبرته من الحقوق الذاتية التي يستأثر بها المتهم دفاعاً عن نفسه وحماية لحقوقه في الدعوى ، إلا أنها لم تضع تعريفاً يكشف عن ماهيته ومميزاته عن باقي حقوق الدفاع الأخرى لذلك رأيت من المفيد محاولة تعريفه للوقوف على خصائصه ومميزاته .

ومهما كانت التسميات التي يتخذها هذا الحق سواء أكان "الحق في الصمت" أو "الحق في السكوت" أو "الامتناع عن الكلام والتصريح"، فإنها تؤدي إلى المعنى نفسه على أساس أنه ذلك الموقف السلبي الذي يتخذه الشخص كوسيلة من وسائل الدفاع يلجأ إليه عندما يواجه بالاتهام استناداً إلى أصل براءته سواء كان مشتبته فيه أو متهم وسواء كان مبتدئاً أو عائد للإجرام، وسواء كان ذكراً أو أنثى ، وطنياً أو أجنبياً ، حدث أو بالغ، ضد تعسف سلطات الدولة عندما تريد أن تحصل على أقوال الشخص باستعمال الطرق الغير شرعية في جميع مراحل الدعوى الجزائية ومهما

كانت التهمة المنسوبة إليه ، ولكنه عندما يمتنع عن الكلام يكون هناك الصمت " ذلك الأثر المترتب عن الفعل الإرادي الذي يقوم به الشخص عندما يرفض التصريح أو يوجد عندما يكون هناك إنسان لا يستطيع الكلام أو لا يفهم اللغة

المخاطب بها " لذلك ليس مفروض عليه الكلام ، وله وحده أن يقرر فيما إذا كان سيستعمل هذا الحق أم لا؟ فإذا ما رأى المتهم أن الصمت هو أحسن وسيلة للدفاع ، كان له الحق المطلق في عدم الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه، والقانون يمنح تفسير سكوت المتهم سواء في التحقيق أو في المحاكمة على أنه قرينة إدانة ، كما أن القانون لا يؤاخذ المتهم على أقواله الكاذبة من قبيل شهادة الزور⁽¹⁾. يعرف حق الصمت بأنه «غياب أي التزام من قبل المدعي عليه في الكلام، فهو يخول المواطنين حجب المعلومات عن السلطات ، ويعبر عن جانب من جوانب الحرية الشخصية والخصوصية والتي تؤدي بالنتيجة لعدم وجود أي التزام قانوني لمساعدة تلك السلطات أثناء بحثها عن الحقيقة⁽²⁾.

وبالاستناد إلى التعريف السابق يمكن استخلاص الآتي:

1. إن حق الصمت مقرر للمدعى عليه في جميع مراحل التحقيق وسير الدعوى الجزائية وأثناء المحاكمة فهو حق مقدس لا يجوز انتهاكه.
2. يجب ألا يفهم من امتناع الفرد عن الكلام نتيجة وضعه في موضع الاتهام على أنه قبول بالتهمة الموجهة إليه⁽³⁾.
3. إن هذا الحق ملازم للإنسان في كافة مراحل الدعوى الجزائية، هو يرتبط بالحفاظ على كرامته، ولا بد من احترامه وعدم انتهاكه.
4. لا يجوز إدانة المدعى عليه بالاستناد إلى صمته المجرد عن أي أدلة أخرى⁽⁴⁾.

تعريف الصمت لغةً:

الصَمَتُ: صَمَتَ يَصْمُتُ صَمْتًا وَصُمُوتًا وَصُمُوتًا: سَكَتَ، وَصَمَتَ: أَطَالَ السَّكُوتَ. وَالتَّصْمِيْتُ: التَّسْكِيْتُ. وَيُقَالُ لِغَيْرِ النَّاطِقِ: صَامَتَ وَلَا يُقَالُ سَاكَتَ. وَأَصْمَتَهُ أَنَا إِصْمَاتًا إِذَا أَسَكْتُهُ. وَيُقَالُ: آخَذَهُ الصَّمَاتَ. إِذَا سَكَتَ فَلَمْ يَتَكَلَّمْ⁽⁵⁾. وَالتَّصْمِيْتُ أَيضًا: السَّكُوتُ. وَرَجُلٌ صَمِيْتُ أَيْ سَكَيْتَ. وَالاسْمُ مِنْ صَمَتَ: الصَّمْتَةُ وَأَصْمَتَهُ هُوَ صَمْتُهُ. وَقِيلَ: الصَّمْتُ الْمَصْدَرُ: وَمَا سِوَى ذَلِكَ، فَهُوَ اسْمٌ. وَالصَّمْتُ بِالضَّمِّ: مِثْلُ السَّكْتَةِ⁽⁶⁾.

تعريف الصمت اصطلاحاً:

قال المناوي: الصمت: فقد الخاطر بوجود حاضر. وقيل: سقوط النطق بظهور الحق. وقيل: انقطاع اللسان عند ظهور العيان⁽⁷⁾. وقال الكفوي: والصمت إمساك عن قوله الباطل دون الحق⁽⁸⁾.
الفرق بين الصمت والسكوت⁽⁹⁾:

1. أن السكوت هو ترك التكلم مع القدرة عليه، وبهذا القيد الأخير يفارق الصمت؛ فإن القدرة على التكلم غير معتبره فيه.
2. كما أن الصمت يراعي فيه الطول النسبي، فمن ضم شفثيه أنا يكون ساكناً، ولا يكون صامتاً إلا إذا طال مدة الضم.
3. السكوت إمساك عن الكلام حقاً كان أو باطلاً، أما الصمت فهو إمساك عن قول الباطل دون الحق.
4. قال الراغب: « الصمت أبلغ من السكوت؛ لأنه قد يستعمل فيما لا قوة له للنطق، وفيما له قوة النطق؛ ولهذا قيل لما لا نطق له: الصامت والمصمت، والسكون يقال لما له نطق فيترك استعماله»⁽¹⁰⁾.

تعريف الصمت قانوناً:

عرف شراح القانون الوضعي الصمت المتهم بأنه: (حرية المتهم الكاملة في عدم إبداء أقواله، وله الامتناع متى شاء عن الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه، كما أنه لا يصح في جميع الأحوال أن يؤول سكوته على وجه يضر بمصلحته أو أن يستغل بأي كيفية ضده في الإثبات)⁽¹¹⁾.
ويقصد الباحث بقصد بالصمت أنه إمتناع المتهم عن الكلام نتيجة وضعه في موقف الاتهام، وقد يكون هذا الصمت في إي مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية، ويجب أن لا يفهم منه أنه رضاً على مشروعية توجيه التهمة إليه أو إسناده له.

تعريف المتهم في اللغة والاصطلاح:

تعريف المتهم لغةً:

والتهمة هي الظن، لهذا يقال: أتهمه أي أظن فيه ما نُسب إليه كما أن التهمة هي الشك، يقال: أتهمه في قوله أي أشك في صدقه. والتهمة في اللغة تأتي بمعنى الشك، والظن والريبة، والمتهم هو المشكوك في ارتكابه الجريمة⁽¹²⁾.

أنهم الرجل: صارت به الريبة، واتهمه بكذا: ادخل عليه التهمة وظنها به، فهو متهم وتهميم، والتهمة: الشك والريبة⁽¹³⁾. وقد شاع عند الفقهاء استعمال لفظ (المدعى عليه) بدلاً من المتهم أخذاً من الإدعاء وهو قول يطلب الإنسان به إثبات حق على الغير، والدعوى في اللغة غير التهمة، فهي الإخبار مطلقاً⁽¹⁴⁾.

التعريف المتهم اصطلاحاً:

تعددت التعريفات التي أعطيت للمتهم عند علماء القانون فمنهم من عرفه بأنه: (الشخص المسئول الذي تحرك قبله الدعوى الجنائية لتوافر دلائل كافية على ارتكاب جريمة أو اشتراكه فيها، وذلك بهدف توقيع العقاب عليه⁽¹⁵⁾). وعرف آخر الاتهام بأنه: (هو إتخاذ قرار فتح التحقيق من طرف القاضي المفوض لذلك ضد شخص شارك في القيام بجريمة كفاعل أصلي أو شريك⁽¹⁶⁾).

كما عُرِف الاتهام: (بأنه صفة طارئة يوصف بها الشخص بعد توافر مجموعة من الأدلة فان خطورتها تكمن في أنه يمثل الصدمة النفسية التي يواجهها المتهم، لما تولده هذه الصدمة من ضغوط نفسية وانفعالات عديدة متباينة تصور له أنه محط الأنظار، وأن الجميع يشيرون إليه بأصابعهم، فضلا عن ذلك يصبح المتهم في نظر العامة الذين يجهلون حقيقة مرحلة الاتهام مجرماً حقيقياً وبالتالي تنعدم الثقة فيه وتبقى هكذا منعقدة حتى ولو تمت تبرئته، لما استقر في أذهانهم أن الحكم بالبراءة لا يعني أن المتهم لم يرتكب الجرم الذي اسند إليه، إذ لا يوجد دخان بلا نار في اعتقادهم⁽¹⁷⁾). ويمكن تعريف المتهم في اصطلاح الفقه الإسلامي بأنه: (من ادعى عليه فعلاً محرماً يوجب عقوبته من عدوان يتعذر إقامة البينة عليه)، وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: (من يظن فيه ما نسب إليه من تهمة، أي من فعل محرّم يوجب عقوبته مثل القتل والسرقة)⁽¹⁸⁾.

يري الباحث بان المتهم هو كل شخص قامت ضده أدلة قانونية أو قرائن على ارتكابه فعلاً مخالفاً للنظام سواء كان هذا النظام يحمي المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة. من التعريفات السابقة يتضح أن هناك من يعتبر أن صفة المتهم تثبت في فترة سابقة على تحريك الدعوى كما قد تثبت في فترة لاحقة لها في حالة إدخال متهمين آخرين⁽¹⁹⁾. ويرى الباحث بأن صفة المتهم لا تثبت إلا بعد تحريك الدعوى العمومية من طرف القانون وتوجيه الاتهام له، في حين مثول الشخص أمام القضاء يجعله مشتبهاً فيه أو مشتكي منه وليس متهماً.

تعريف الدعوى لغةً وإصلاحاً:

تعريف الدعوى لغةً: الدعوى من دعا، يدعو، بمعنى توجيه وإرشاد، وادعى شيئاً أي طالب به، وقام بتحريكها أمام من يختص بالنظر في أمرها بناء على طلب الداعي⁽²⁰⁾. وتطلق الدعوى على معان عدة، منها الاستغاثة، والدعاء والعبادة، والتمني، والطلب، والزعم، والدعوى هي طلب الإنسان شيئاً لنفسه حال المنازعة والمسالمة⁽²¹⁾.

تعريف الدعوى اصطلاحاً:

ذهب الفقهاء - رحمهم الله- إلى تعريف الدعوى بتعريفات متعددة، فقد ذهب المذهب الحنفي دون الدخول في الشرح التفصيلي في تعريف الدعوى بأنها: (قول مقبول عند القاضي يُقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه)⁽²²⁾.

تعريف الدعوى قانوناً:

الدعوى هي اللجوء إلى القضاء بطرق مخصوصة بقصد الفصل في نزاع معين⁽²³⁾. يري الباحث بان الدعوى هي ادعاء مقام ضد شخص ممن لحقه ضرر من جريمة سواء كانت جنابة أو جنحة أو مخالفة، وتكون حقاً لكل أولئك الذين لحق بهم شخصياً ضرر مباشر ناتج عن الجريمة أو للمدعي بالحق العام.

تعريف الحق لغةً واصطلاحاً وقانوناً:

تعريف الحق لغةً:

الحق هو نقيض الباطل وجمعة حقوق وحقوق⁽²⁴⁾.

تعريف الحق اصطلاحاً:

الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً⁽²⁵⁾.

تعريف الحق قانوناً:

الحق هو الرابطة القانونية بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص - على سبيل الانفراد والاستثناء- التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر.

يري الباحث بان الحق هو مصلحة تثبت لإنسان ، أو لشخص طبيعي أو اعتباري ، أو لجهة على أخرى ، والمصلحة هي المنفعة ، ولا يعتبر الحق ولا يعتبر الباحث إلا إذا أقره الشرع والدين ، أو القانون والنظام والعرف.

أنواع الصمت:

للصمت عدة أنواع سنذكرها بالتفصيل فإذا كان الصمت المتهم إجبارياً فإنه سيتعاض عنه إما بالإشارة أو الكتابة.

أولاً: الصمت الطبيعي:

قد يكون صمت المتهم طبيعياً وذلك عندما يكون من الصم أو البكم وفي هذه الحالة إذا كان المتهم يعرف بالكتابة، فليس هناك أية مشكلة، فما على القاضي إلا أن يأمر كاتب الجلسة بتحرير الأسئلة للمتهم ، ويقوم الأخير بالإجابة عليها.

أما إذا كان المتهم لا يستطيع الكتابة فتعين له المحكمة مترجماً أو خبيراً مختصاً بالتحدث مع الصم والبكم، أو من اعتاد مخاطبته أو مخاطبة أمثاله بالإشارة أو بالوسائل الفنية الأخرى. ويرى جانب من الفقه بأنه لا يشترط سن معينة بالنسبة للمترجم⁽²⁶⁾ وقد يثار تساؤل هنا، فيما لو تظاهر المتهم بأنه أصم أو أبكم أو أنه مجنون، فهل يجوز استعمال بعض العقاقير الطبية لغرض التأكد من مدى صحة إدعائه؟ من البديهي أن المحقق ليس له أن يبدي رأيه في هذا الموضوع ، فيما إذا كان المتهم يتظاهر بهذه الحالة أم لا ؟ وإنما عليه أن يترك تقدير ذلك للجهات الطبية المختصة. وإذا ترك الأمر للجهات الطبية، وقدرت استعمال بعض العقاقير المخدرة ، ألا يعد ذلك اعتداءً على حرية المتهم في الصمت؟ الحقيقة أنه ما دام أن استعمال هذه العقاقير الطبية لغرض التحقيق من بعض الأدلة الحقيقة أنه ما دام أن استعمال هذه العقاقير الطبية لغرض التحقيق من بعض الأدلة التي تساعد على تكوين قناعة المحكمة، فلا تأثير في ذلك على حرية المتهم في الصمت.

أما إذا كان المقصود من استعمال هذه العقاقير هو الحصول على اعتراف المتهم فالوضع يختلف، ويكون هناك اعتداء على حرية المتهم في الصمت. إذا لا بد من أن يكون استعمال هذه العقاقير من الناحية الطبية الشرعية لثبات الجنائي فقط.

ثانياً: الصمت العمدي:

وهو أن يكون صمت المتهم مقصوداً، أي أنه يمتنع عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه من قبل المحقق أو القاضي، وذلك بمحض إرادته، دون أن يكون هناك أي عائق صحي، أو عاهة طبيعية.

الموقف الشرعي من حق المتهم بالصمت:

إن الجذور الأساسية للدفاع الاجتماعي هو الاهتمام بحرية الفرد وتقنين الإجراءات الماسة به ، حتى في الحالة التي يمكن فيها سلب حرية المجرم فترة طويلة على أساس الحالة الخطرة، ومن هنا يجب التنبيه إلى أساس حق المتهم في الصمت وذلك على أساس بيان مفهوم هذا الحق.

وهناك عدد محدود من التشريعات الوضعية اعترفت أو أقرت صراحة بحق المتهم في السكوت، والمكان الطبيعي لمثل هذا الاعتراف هو قانون الإجراءات الجنائية ، لذلك يجب بيان مفهوم حق المتهم في الصمت من خلال المواثيق والمعاهدات الدولية والداستاتير والقوانين المحلية وآراء فقهاء القانون الوضعي.

أن مصطلح الحق في الصمت في التشريعات المقارنة والتي تقربه أما صراحة أو ضمناً لا يستخدم على نحو موحد « من ذلك أن تشريعات الأنجلو ساكسوني تستخدم مصطلح عدم الشهادة ضد النفس»⁽²⁷⁾ أو الحق في أن يظل المتهم صامتاً وفي ظل قانون الإجراءات الفرنسية قبل التعديل الذي استقر عليه ، عبر عن الحق في الصمت بحرية المتهم في عدم القيام أو الإدلاء بأي إقرار ، أو عدم سؤال المشتبه فيه و الذي وضع تحت الفحص إلا بموافقه وذلك بعد تعديل النصوص الإجرائية المتعلقة بذلك الأمر كذلك فإن قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي صاغ هذا الحق ، بأن يكون لكل متهم الحق في الصمت و لا يساهم مطلقاً فيما يخص تجريمه⁽²⁸⁾.

وقد عرف البعض حق المتهم في السكوت بأنه : « ترديد لحق الفرد في حرمة حياته الخاصة، وهو ألصق الحقوق بشخص الإنسان، ويعني حقه في ألا يقتحم أحد ذلك النطاق من الخصوصية الذي يحيط به نفسه، ومؤداه تخويل الأفراد حق الاحتفاظ بسرية ما يريدون كتمانهم عن الغير»⁽²⁹⁾.

يرى الباحث من خلال التعريف السابق أن الحق في الصمت يبيح للمتهم عند استجوابه رفض الإجابة على ما يوجه إليه من أسئلة دون أن يؤخذ امتناعه هذا على أنه قرينة على ثبوت التهمة ضده، رغم أنه لم يرد نص في بعض القوانين الوضعية يقرر صراحة حق المتهم في الصمت، إلا أن هذا الحق مستمد من أصل مقرر هو افتراض البراءة ، ومن ثم يعد هذا الحق مانعاً أمام سلطات الاستدلال والتحقيق والمحكمة ضد اقتحام الحياة الخاصة للمتهم لإرغامه على الإفشاء بما يختزنه في ذاكرته.

ذهب البعض إلى القول بأن حق المتهم في الصمت هو « حرية الشخص في الكلام ، أو الامتناع عنه أثناء مباشرة إجراءات التحقيق معه، حيث إنه لا يوجد ما يُلزم أو يُجبر الشخص على الكلام أمام أي جهة ، أو سلطة ، سواء أكانت سلطة التحقيق ، أو المحكمة، فهو حق من حقوق الإنسان ، ومن ثم فلا يجوز حمل المتهم على الإجابة على أسئلة المحقق ، أو أن يُجبر أن يكون شاهداً ضد نفسه⁽³⁰⁾.

الموقف الشرعي من حق المتهم بالصمت

لقد حظيت حقوق الإنسان وحقوق المتهم بشكل خاص فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية بحسب تعبير التشريعات الوضعية في الشريعة الإسلامية بالاهتمام والرعاية بدرجة تفوق هذه التشريعات، ذلك

أن إجراءات جمع الأدلة وفقاً لأحكام الشرعية الإسلامية تحكمها العديد من القواعد التي عُنيت بها مؤخراً إعلانات الحقوق ومواثيق حمايتها على الصعيد الدولي والإقليمي والمحلي.

ومن ذلك أن المتهم في مرحلة الاتهام برئ حتى يقوم الدليل على صحة ما نُسب إليه من جرم، ومن ثم فلا يجوز التعامل معه علي اعتبار افتراض الإدانة وأن الشك في صحة ما نُسب إليه يستفيد منه، ومرد ذلك قاعدتين فقهيّتين:

الأولي: (اليقين لا يزول بالشك)⁽³¹⁾.

الثاني: الأصل براءة الذمة.⁽³²⁾ والثابت أنه طالما أن الأمر لا يزال مجرد اتهام فهو محل شك واليقين هو براءة ذمة الشخص المعني لأنها هي الأصل، ومن ثم فلا يزول اليقين بذلك الشك.

(فالأصل عند فقهاء الشريعة الإسلامية براءة المتهم حتى تثبت إدانته شرعاً، أي أن براءة المتهم ثابتة أصلاً، ولهذا لا يقع على عاتقه إثباتها، فهو غير ملزم بتقديم أي دليل على براءته)⁽³³⁾، بل من حقه أن يتخذ موقفاً سلبياً في مواجهة الدعوى المقامة ضده، وعلي المدعى تقديم الدليل على ثبوت التهمة المنسوبة إلى المتهم، والأصل في إلقاء عبء الإثبات على غير المتهم هو قول رسول الله صلي الله عليه وسلم: (لو يُعطي الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعي عليه)⁽³⁴⁾ ولما كان الأصل منع استعمال الوسائل القهرية لحمل المتهم على الاعتراف، فهذا يعني بمفهوم المخالفة إقرار حق السكوت للمتهم أثناء التحقيق معه، مع عدم اتخاذ سكوته دليلاً على إدانته كما سبق القول بأنه لا يُنسب لساكت قول. ويرى الباحث أنه طالما أن الأمر لا يزال مجرد اتهام فهو محل شك واليقين هو براءة ذمة الشخص المعني لأنها هي الأصل.

وعليه فإن القاعدتين: (اليقين لا يزول الشك) والأصل براءة الذمة) تشيران إلى أن التطبيق العملي لهما اعتبار قول المدعي عليه (المتهم) أظهر في صدق قوله استناداً عليهما حيث يكون الأصل براءة ذمة هذا المدعي عليه من أي حق يدعي به عليه، وبراءة بدنه من العقوبات بأقسامها حدّاً كانت أو قصاصاً أو تعزيراً، كما أن الأصل براءته من الأقوال والأفعال بأسرها. وتشتت الشريعة الإسلامية من بين شروط الاعتداد بالاعتراف والتي تشكل في الوقت نفسه قيوداً للأخذ به، واحتراماً لآدمية الإنسان، وحماية لحقوق المتهم بارتكاب الجريمة، اشتراط إدارة المعترف ومن ثم فلا يجوز ممارسة الإكراه المادي أو المعني عليه، حيث يبطل الاعتراف إذا كان وليد مثل هذا الإكراه وسند البطلان هنا في قوله تعالي: (إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ)⁽³⁵⁾ وقوله صلي الله عليه وسلم: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)⁽³⁶⁾ فيجوز للمتهم حتى ولو اعترف اعترافاً صحيحاً أن يعدل عنه، والملفت للنظر بهذا الشأن الاتجاه الذي يأخذ به فقهاء الإسلام إلى امتداد النطاق الزمني للعدول عن الاعتراف فيما يتعلق بالحدود والجنايات حتى المرحلة التي يكون الحكم فيها نهائياً فيرون امتداد هذا النطاق إلى مرحلة التنفيذ، وسندهم في ذلك واقعة تنفيذ حكم الرجل في ماعز الذي اعترف أمام الرسول صلي الله عليه وسلم بارتكابه الزنا، وفر هارباً أثناء تنفيذ العقوبة، حيث قام الراجمون بتتبعه إلى أن تم تنفيذ حد الرجم وموته وقد بلغ ذلك الرسول صلي الله عليه وسلم فقال: (فهلا تركتموه وجئتموني به)⁽³⁷⁾.⁽³⁸⁾ ويرى الباحث أن المدخل الذي من خلاله أمكن الاعتراف للمتهم بحقه في الصمت تمثل في إصلاح وتعديل القوانين

الإجرائية الجنائية ، والتي تحولت في صياغتها القديمة نحو الاعتراف للمتهم بالحقوق بشكل عام وبشكل خاص فيما يتعلق بحقه في الصمت.

الموقف التشريعي من حق المتهم بالصمت

المبدأ هو أنه لا يوجد ما يلزم أو يجبر الشخص على الكلام أمام أية جهة أو سلطة، ولهذا فحق الصمت هو من الحقوق الطبيعية للصيقة بالإنسان.

نجد أن التشريعات الجنائية القديمة كانت تعاقب المتهم على الصمت، بل كانت تجبر المتهم على الكلام. وفي القانون الروماني القديم كان إجبار المتهم على الكلام أمراً جائزاً قانوناً، فالمتهم الذي لا يريد أن يتكلم يجبر على الإجابة ولو عن طريق التعذيب. إذ كان كل ما يهم القضاة هو الحصول على الاعترافات لإصدار أحكامهم بصرف النظر عن الوسيلة التي تحصلت بواسطتها على هذه الاعترافات⁽³⁹⁾.

وفي العصور الوسطى ، كان المتهم يتعرض لعقوبات قاسية في حالة التزامه الصمت في مرحلة التحقيق أو المحاكمة.

وفي فرنسا مثلاً كان يوضع فوق صدر المتهم أحجار ثقيلة حتى يتكلم أو يموت⁽⁴⁰⁾. ولم يظهر الاعتراض على التعذيب أثناء الاستجواب بشكل جاد إلا في النصف الثاني من القرن الثامن عشر في زمن الفقهاء «مونتسكيو وبكاريا وفولتير». وحتى القرن التاسع عشر، كانت هناك بعض القوانين التي تعاقب المتهم عند امتناعه عن الكلام - كالقانون الهولندي- على اعتبار أن المتهم يرفض إطاعة الأوامر.

أما الشريعة الإسلامية⁽⁴¹⁾ ، فقد اعتبرت أن الحق في الصمت من الحقوق العامة، واتفق جمهور الفقهاء المسلمين ، بان للشخص الحق في الإجابة على أسئلة المحقق، أو التزام الصمت ، وإذا أقر على نفسه فله حق العدول عن هذا الإقرار، ومن ثم إذا عدل سقط الإقرار . ولا يجوز التعويل عليه، أو الاستناد إليه في الحكم بإدانته، ولا يجوز إكراه المتهم على الإقرار.

حق المتهم في الصمت في التشريعات العربية

نصت معظم التشريعات الجنائية العربية على أن المتهم لا يعاقب على امتناعه عن الإجابة ، وسوف نورد بعضها:

أولاً: حق الصمت في التشريع العراقي: فأصول المحاكمات العراقي رقم (23) لسنة 1971م في المادة (2/126) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي بقولها: (لا يجبر المتهم على الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه) ، وتقضي المادة (127) من نفس القانون بأنه: (لا يجوز استعمال أي وسيلة غير مشروعة للتأثير على المتهم للحصول على إقراره ويعتبر من الوسائل غير المشروعة إساءة المعاملة والتهديد بالإيذاء والإغراء والوعد والوعيد والتأثير النفسي واستعمال المخدرات والمسكرات والعقاقير)⁽⁴²⁾. كما تنص المادة (179) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي⁽⁴³⁾ على أنه: (للمحكمة أن توجه للمتهم ما تراه من الأسئلة لكشف الحقيقة قبل توجيه التهمة إليه أو بعدها ولا يعد امتناعه عن الإجابة دليلاً ضده)⁽⁴⁴⁾.

ونصت المادة (180) من نفس القانون على أنه: (إذا امتنع المتهم عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه أو

كانت أجوبته تخالف أو تتعارض مع أقواله السابقة فللمحكمة أن تأمر بتلاوتها وتسمع تعقيبه عليها). وبما أن الفقرة (أ) من المادة الثالثة من قانون إدارة الدولة العراقية تجعل من هذا القانون هو الاعلي للبلاد، والفقرة (ب) من نفس المادة تقرر بطلان أي نص قانوني يخالف هذا القانون. لذلك يجب إعمال المادة (15/هـ) من قانون إدارة الدولة العراقية وليس المادة (132) من قانون أول المحاكمات الجزائية العراقي بما يخص تنبيه المتهم على هذا الحق لحظة اعتقاله. ويجب أن يكون هذا التنبيه شفويًا لحظة اعتقال المتهم ويكون تحريريًا قبل البدء بالتحقيق مع وذلك لكي يتمكن قاضي التحقيق أو قاضي الموضوع أو محكمة التمييز من معرفة أن المتهم قد تم تنبيهه إلى هذا الحق⁽⁴⁵⁾.

ثانيًا: حق الصمت في التشريع السوداني:

وتنص المادة (2/218) من قانون الإجراءات الجنائية السوداني لسنة 1971م نصت على هذا الحق صراحة بقولها: (يجب أن لا يكون المتهم عرضة للعقاب بسبب امتناعه عن الإجابة عن الأسئلة المذكورة أو سبب إدلائه بإجابات كاذبة عليها، و لكن يجوز للمحكمة أن تستنتج من هذا الامتناع أو تلك الإجابة ما تراه عادلا).

حيث أنه قد عارض ما جاء في بداية نص المادة السابقة من أنه لا يكون المتهم عرضة للعقاب إذا رفض الإجابة عن تلك الأسئلة وهذا ما يراد لحق المتهم في الصمت وهدم مؤاخذه إذا رفض الإجابة عن الأسئلة بشكل صريح⁽⁴⁶⁾..

ثالثًا: حق الصمت في التشريع المصري: مصر أقرت تلك المسألة في المادة (71) من دستور 1971م، لم يتعرض المشرع المصري، في أي نص لحق لمتهم المتعلق بالصمت أثناء مرحلة الاستدلال أو التحقيق الابتدائي⁽⁴⁷⁾. ومنحت المادة (1/274) من الإجراءات الجنائية المصرية حق الصمت للمتهم في مرحلة المحاكمة حيث نصت علي الأتي: (لا يجوز استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك)⁽⁴⁸⁾. ونصت الفقرة التالية من نفس المادة على أنه: (إذا امتنع المتهم عن الإجابة، أو إذا كانت أقواله في الجلسة مخالفة لأقواله في محضر جمع الاستدلالات أو التحقيق، جاز للمحكمة أن تأمر بتلاوة أقواله الأولى). وأيد القضاء المصري حق الصمت في العديد من قراراته التمييزية، ومنها: (أن سكوت المتهم لا يصح أن يتخذ قرينة على ثبوت التهمة ضده)⁽⁴⁹⁾.

وقد أجمع الفقهاء المصريون على وجود هذا الحق⁽⁵⁰⁾، وأن للمتهم الحرية الكاملة في عدم إبداء أقواله، وله الامتناع متى شاء عن الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه. كما أنه من المتفق عليه، أنه لأي صح في جميع الحالات، أن يؤول صمته على وجه يضر بمصلحته، أو أن يستغل بأية كيفية ضده في الإثبات⁽⁵¹⁾. كما أنه من حق المتهم أن يقول ما يشاء دفاعاً عن نفسه وأن يمتنع عن الكلام، أو يؤجل كلامه إلى وقت آخر، أو أن يجيب عن بعض الأسئلة دون الأخرى، ولا يجوز أن يؤخذ سلوكه هذا قرينة ضده⁽⁵²⁾.

رابعًا: حق الصمت في التشريع الكويتي: تنص المادة (98) وما بعدها من قانون الإجراءات الجنائية على حق المتهم في الامتناع أو رفض الكلام، وعد الإدلاء بأي تصريح أمام المحقق⁽⁵³⁾.

خامسًا: حق المتهم في التشريع الجزائري: لم يكتف المشرع الجزائري في نص المادة (100) من القانون الإجراءات الجنائية بالتنصيص على حق المتهم في الامتناع عن التصريح أمام قاضي التحقيق، وعدم

الإجابة على الأسئلة المطروحة من قبله ، بل ألقى على عاتق قاضي التحقيق واجب تنبيه المتهم لهذا الحق⁽⁵⁴⁾ بقوله: (يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته يحيطه علمًا وصراحة بكل الوقائع المنسوبة إليه، إليه، و ينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي قرار، وينوه على ذلك في المحضر فإذا أراد المتهم أن يدلي بأقوال تلقاها قاضي التحقيق منه على الفور..) كما نصت المادة (114) من قانون الإجراءات الجنائية على أنه: (... ويتعين أن يذكر بمحضر التحقيق أن المتهم قد نبه إلى أنه حر في عدم الإدلاء بأي تصريح..)⁽⁵⁵⁾

سادساً: حق الصمت في التشريع المغربي: جاء في الفصل(127)من قانون المسطرة المغربي للعام 1959م على أنه (... ويحيط قاضي التحقيق بوجه صرح لعم المتهم بالأفعال المنسوبة إليه، ويشعره بأنه حر في عدم الإدلاء بأي تصريح وينص على هذا الإشعار في المحضر...)⁽⁵⁶⁾.

والفصل (23) من دستور2011م التي نصت على أنه : (يجب إخبار كل شخص تم اعتقاله على الفور وبكيفية يفهمها بدواعي اعتقاله وبحقوقه ومن بينها حق في التزام الصمت، ويحق له الاستفادة في أقرب وقت ممكن من مساعدة قانونية ومن إمكانية الاتصال بأقربائه طبقاً للقانون) والمادة (2/66) من قانون المسطرة الجنائية على تأكيد حق المتهم في الصمت⁽⁵⁷⁾

سابعاً: حق الصمت في التشريع السوري: لم ينص المشرع السوري صراحة على حق المتهم في الصمت، ولكن جاء في نص المادة (1/69) من قانون أصول المحاكمات الجزائية: (عندما يمثل المدعي عليه أمام قاضي التحقيق يثبت القاضي من هويته ويطلع على الأفعال المنسوبة إليه ويطلب جوابه عنها منبهاً إياه أن من حقه أن لا يجيب عنها إلا بحضور محام وبدون هذا التنبيه في محضر التحقيق فإذا رفض المدعي عليه إقامة محام أو لم يحضر محامياً في مدة أربع وعشرين ساعة جري التحقيق بمعزل عنه).

أن حق الإشارة الصريحة إلى حق المدعي عليه في الصمت في التشريع السوري، لم تحل دون تجسيده بشكل منطقي بالاستناد إلى قرينة البراءة، إذا أن الإقرار الصريح بقرينة البراءة أعطي حق الصمت وجوده الفعلي في كافة مراحل التحقيق والمحاكمة وهو ما أكدته محكمة النقض السورية بقولها : (إن سكوت المتهم لا يعتبر إقراراً منه بما نسب إليه، لأنه لا ينسب لساكت قول)⁽⁵⁸⁾.

ثامناً: حق الصمت في التشريع اللبناني: وجاءت المادة (70) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني لسنة 1948م بنص مشابه للنص السوري سابق الذكر.

كما نصت الفقرة (3) من المادة (180) من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني رقم (328) الصادر في 2001/8/2م ، على أنه (... إذا رفض المدعي عليه الإجابة والتزم الصمت فلا يحق للقاضي أو المدعي أن يكرهه على الكلام ، ولا يجوز للقاضي أن يتخذ من صمته قرينة لإدانته)⁽⁵⁹⁾.

تاسعاً: حق الصمت في التشريع التونسي: نص الفصل (74) من قانون المرافعات الجنائية التونسي على أنه: (إذا امتنع ذو الشبهة عن الجواب أو أظهر عيوباً تمنعه وليست فيه فان حاكم التحقيق بنذره بان البحث في القضية لا يتوقف على جوابه وينص على هذا الإنذار بالتقرير)⁽⁶⁰⁾

حق المتهم في الصمت في التشريعات الأجنبية:

استأثر حق الصمت اهتمام أغلب تشريعات الدول الغربية المختلفة منها من نص عليه وأخذ به ومنها من لم يأخذ به.

اتجهت أغلب التشريعات اللاتينية إلى الإقرار بهذا الحق⁽⁶¹⁾ ولم يشذ عن هذه القاعدة سوى التشريعات في سويسرا وسوف نتطرق إلى كل هذه التشريعات تباعاً⁽⁶²⁾.

أولاً: حق الصمت في التشريع الفرنسي:

كان صمت المتهم في ظل قانون 1670م يفسر على أنه بمثابة اعتراف منه بحقيقة تلك الوقائع⁽⁶³⁾. كما انه كان يعامل باعتباره اخرس وتستمر إجراءات الدعوى ضده، فيتحمل اخطر النتائج دون أن يتمكن من إعداد دفاعه، فإذا عدل عن موقفه فأن جميع ما تم من تصرفات يكون سارياً في حقه، دون أن يسمح له - حتى حلول تلك اللحظة- بمساعدة المحامي، التي قد يكون لها أثر في مقاومة البواعث الكامنة وراء مسلكه⁽⁶⁴⁾. وأيضاً كان القانون الفرنسي يعتبر رفض المتهم الإجابة أمام محكمة الجنح بمثابة غياب عن الحضور رغم وجوده بالجلسة ويعتبر الحكم الصادر هذا كحكم غيابي⁽⁶⁵⁾. وقد استمر هذا الوضع سائداً في فرنسا حتى صدور قانون عام 1798م الذي نص عليه في المادة (12) على إلغاء تكليف المتهم بحلف اليمين قبل استجوابه، ورغم عدم تعرضه صراحة لحقه في الصمت فإن هذا كان مستفاداً ضمناً من حكم تلك المادة⁽⁶⁶⁾. ثم جاءت المادة (1/114) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية التي تلزم قاضي التحقيق بتبنيه المتهم عند حضوره لأول مره، إلى أنه حر في عد الإدلاء بأي إقرار، ويثبت ذلك التبنيه بمحض التحقيق، وعدم تبنيه المتهم إلى هذا الحق يترتب عليه بطلان التحقيق⁽⁶⁷⁾. على الرغم من ذلك فإن للقضاء الفرنسي أحكام تعترض على حق المتهم بالصمت، ففي عام 1849م قضت محكمة النقض الفرنسية بأن حق الصمت لا أثر له في التزام المحاكم الجنائية بالحكم في الدعوى، وقضت المحكمة ذاتها سنة 1973م بأن حق الصمت يؤدي إلى تعطيل سير الدعوى الجنائية⁽⁶⁸⁾.

ثانياً: حق الصمت في التشريع الإيطالي: بادئ الأمر لم يقر المشروع الإيطالي حق الصمت، ويستفاد ذلك من خلال نص المادة (236) من قانون الإجراءات الجنائية الصادر عام 1865م، التي تنص على أنه: (إذا رفض المتهم الإجابة فعلى القاضي تبنيه إلى أنه سيستمر في إجراءات التحقيق رغم صمته)، ولكن في مشروع سنة 1905م أقر المشرع أقر المشرع الإيطالي حق الصمت وذلك من خلال المادة (269) التي تنص على: (يجب على القاضي تبنيه المتهم إلى أنه غير ملزم بالإجابة). وفي قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي لسنة 1930م نصت المادة (367)⁽⁶⁹⁾، على أنه: (إذا رفض المتهم الإجابة يذكر هذا في المحضر، ويستمر القاضي في التحقيق)⁽⁷⁰⁾.

وبذلك يكون القانون الإيطالي قد اعترف بحق المتهم في الصمت، ولكن مع استبعاد التبنيه لذلك اتجه الرأي في إيطاليا إلى أن هذا الامتياز يعتبر من الضمانات الهامة المقررة للمتهم، بمقتضاه تكون له الحرية التامة في عدم الإجابة على الأسئلة التي توجه إليه، لكي يتجنب الوضع الذي يدفعه إلى الإقرار بخطئه أو التورط في تصريحاته أثناء محاولته نفي المسؤولية، مما يؤدي في النهاية إلى زيادة عبء الإثبات ضده⁽⁷¹⁾.

وجاء قانون الإجراءات الجنائية لعام 1969م ليؤكد في المادة (78) منه: بحق المتهم بالصمت ولكن المشرع الإيطالي أورد الاستثناء على هذا الحق خاصة بإجراءات التحقيق الشكلية حسب نص المادة (1/333).

كما نص المشرع الإيطالي على حق المتهم في الصمت الذي يسمع كشاهد ، ولحظة بدء توجيه الاتهام إليه في المادة (304) (72).

وقد وأكب القضاء الإيطالي التشريع في اعترافه بحق الصمت، فقد أدرت محكمة النقض الإيطالية سنة 1959م حكماً ، مفاده : (بأنه ليس للقاضي حمل المتهم على الإجابة بأية كيفية أو أن يجعله يتصرف على غير إرادته) (73).

ثالثاً: حق المتهم في الصمت في التشريع الألماني: لم يكن القانون الألماني القديم ينص على حق الصمت، ولكن الفقه والقضاء أرسيا هذا المبدأ وفقاً للقواعد العامة في القانون ووفقاً لقرينة البراءة، فقد استقر الفقه والقضاء في ألمانيا على : (أن المتهم لا يكره على الكلام ، ومن ثم لا يوجد ما يلزمه بالإدلاء بأقواله التي تتعلق بالظروف الخاصة بالجريمة أو المعلومات المتعلقة باتهامه) (74). وعاد المشرع الألماني بعد ذلك ، وأقر حق الصمت، وذلك في قانون الإجراءات الجنائية الألماني الصادر سنة 1968م ، فنصت المادة (136) على أنه: (لا يوجد أي التزام على الشخص في أن يساعد على أدانته ، ولا يصح إجباره بأن يشارك في إثبات الاتهامات القائمة ضده، ويسأل عن رغبته في الإجابة) (75).

ولكن في نفس الوقت فإن المتهم ملزم بأن يدلي بكافة البيانات التي تثبت شخصيته ، وإلا يعاقب المادة (8/360) من قانون العقوبات الألماني ، على أنه : (يشترط أن يصرح للمتهم بالالتزام الصمت بالنسبة لأية بيانات على شخصيته إذا كان ذلك سيؤدي إلى اعتراف منه بالإدانة) (76). وبعدها: حق المتهم في الصمت في التشريع السويسري: تأخذ مجموعة القوانين السويسرية بفكرة الإكراه القانوني لحمل المتهم على الكلام، ولكن ذلك ليس بقصد انتزاع السر الذي يريد الاحتفاظ به ، بل الهدف منه هو القيام بإجراءات معينة تذكره بواجبه نحو العدالة (77).

فتلزم المادة (104) من قانون الإجراءات الجنائية لولاية Genevois المتهم بأن يدلي بمعلوماته عن الوقائع المنسوبة له ، لإظهار الحقيقة، بل هناك بعض القوانين السويسرية الأخرى التي تضعف مركز المتهم الذي يرفض أن يدلي بإقرارات، بتبصيره بالعواقب، وأن رفضه الكلام سيثبت في المحضر ، وستعتبره المحكمة قرينة الإدانة . وحسب المواد (132 ، 139) من قانون ولاية (Valais) فإن المتهم الذي يرفض الإجابة يعاقب بعقوبة جزائية (78).

وقد تنص المادة (130) من قانون إجراءات « نيو شاتل » على أنه : (إذا رفض المتهم الكلام يمكن للقاضي أن يأمر بمنعه من الاتصال بأحد ، بصورة مطلقة بالنسبة للحالات الجائز فيها القبض عليه، أو إذا اقتضت مصلحة التحقيق) . كما هو وارد في نص المادة (147) من القانون المذكور واتبعت تلك السياسة أيضاً قوانين الإجراءات الجنائية في جنيف المادتان (152-155) وفي Voudiose المواد (111 ، 205، 207) (79) ، وتنص المادة (214) من قانون ولاية Argovien على: (تنبية المتهم إلى أن تمسكه بالسكوت سيحرمه من أحسن الوسائل لتبرئة نفسه) (80).

وتنص المادة (128) إجراءات في Scbwyz على أنه : (يجب على المحقق لها أن تعتبره كقرينة على إدانته ، إلى جانب تعرضه لبعض الجزاءات) واتبع نفس سياسة قانون الإجراءات الجنائية الخاصة لولاية زيورخ (81) ، فالتشريع السويسري لم يأخذ بحق المتهم في الصمت بأي شكل كان.

حق الصمت في التشريعات الإنجلو الأمريكية:

في ظل التشريعات الإنجلو أمريكية القديمة كان للمتهم الذي يظل صامتاً أمام الاتهام الموجه له يعتبر مذنباً ويحكم عليه، ولكن صدرت بعد ذلك تشريعات انجليزية وأمريكية ، أقرت للمتهم بالحق في رفض الإجابة ، واعتبرت صمته كإقرار منه بعدم الإدانة⁽⁸²⁾ .
إلا أنه ليس هناك شك في أن الحق في الصمت هو حق أصيل وقديم في النظام الإنجلو أمريكي كما هو بالنظام اللاتيني.

أولاً: حق المتهم في الصمت في التشريع الانجليزي: كان القانون الانجليزي القديم يضع عقوبة مشددة للشخص الذي يرفض الإجابة على السؤال الموجه إليه، عند بدء الجلسة سواء كان مذنباً أو غير مذنب ، ولكن بمجرد أن يرد الإيجاب أو النفي، ينتهي التزامه المتعلق بهذا الشأن، ويصبح حرراً في سلوكه سواء استمر في الكلام أو امتنع عنه. وظلت هذه النظرة إلى حقوق الدفاع حتماً قرب نهاية القرن الثامن عشر، ثم تبدلت وفقاً لأحكام القانون الشائع The Common Law ، حيث أصبح لا يترتب أي ضرر على المتهم أو على حقوقه، إذا ما رفض الإجابة على السؤال المتعلق بالإدانة الذي يوجه إليه. عند بدء الجلسة، كما أنه حرم على هيئة الادعاء بموجب قانون 1898م أن يفسر صمت المتهم في غير صالحه، ومنع ذلك من توجيه الأسئلة التي يمكن أن تحرجه لاتخاذ هذا الموقف، أو أن يفسره على وجه يتعارض مع مصلحة الدفاع ، فأبح المتهم غير مضطر للشهادة ضد نفسه، على أن تبنى الأدلة على دليل مستقل عنه، يتكون من عناصر أخرى غير أقواله، وذلك استناداً إلى غريزة المحافظة على النفس التي تفرض على القانون الوضعي أن يترك لها مكاناً في اعتباراته⁽⁸³⁾ .

وقد نصت القواعد التي وضعها القضاة المحكمة العليا في انجلترا سنة 1912م على أنه يجب على الشرطة أثناء البحث والتحقيق مع المتهم أن يوجهوا إليه التحذير بحقه في الصمت، وقد سميت هذه القواعد (Judge's Rules)⁽⁸⁴⁾ .

وقد أكد القانون الانجليزي الحديث والصادر في عام 1986م، والخاص بتنظيم العلاقة بين البوليس وحقوق المتهم على حق المتهم المطلق في الصمت، والاحتفاظ بسكوته، ولا تستطيع المحكمة أو القاضي أن يعاقبه على ذلك، ما دام الصمت هو استعمال لحق مقرر بمقتضى القانون ، كما أنه لا يمكن استخلاص أو استنتاج نتائج ضده بسبب هذا الصمت. ومع ذلك لم يسمح القانون الانجليزي بهذا الحق فيما يتعلق بجرائم إفشاء أسرار الدولة⁽⁸⁵⁾ . ولكن البعض يشير إلى أنه بالرغم من أن القانون الانجليزي قرر حق الصمت إلى أبعد مدى في مرحلة البحث الأولي أو التحقيق الابتدائي حتى أنه لم يقرر مرحلة الاستجواب، متأثراً بفكرة أنه يسعى إلى الحصول على إقرارات من المتهم لكي يدينه عن طريقها.

ثانياً: حق المتهم في الصمت في التشريع الأمريكي: نص التعديل الخامس من الدستور الأمريكي على أنه: (لا يجوز إجبار أي شخص على الشهادة ضد نفسه في القضايا الجنائية)⁽⁸⁶⁾ .

كما أن حق الصمت مفروض بمقتضى التعديل الدستوري الرابع عشر، سواء بالنسبة للمحاكم الفيدرالية أو محاكم الولايات⁽⁸⁷⁾ .

وقد أقر القضاء الأمريكي بحق المتهم في الصمت ، والتزام البوليس بتبصير المتهم بهذا الحق قبل استجوابه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الأمريكية سنة 1956م⁽⁸⁸⁾ ، في قضية (Grifain)

حيث أكدت بأن للمتهم بمرحلة الاستدلال والتحقيق والمحكمة حق في الصمت ، ولا يعتبر ذلك الصمت دليلاً على الإدانة.

ثم عادت المحكمة العليا لتأكيد هذا الاتجاه في قضية «ميراندا» سنة 1966م ، حيث أعلنت بأن الإجراءات التي اتبعت في القضية رمت إلى الحصول على اعترافات المتهم دون تنبيهه إلى حقه في التزام الصمت وإلى ما سيقوله يمكن أن ينبه وأن يعلم بصورة واضحة وصریحة وقبل أي سؤال يوجه إليه، أنه غير ملزم بالكلام، وأن أي كلام يصدر عنه، يمكن أن يستعمل ضده في القضية. وأن له الحق في استشارة وكيله قبل الاستجواب وأثناءه ، فإذا لم يوجه إليه هذا التنبيه يكون الاستجواب باطلاً، لأنه يمس حقاً دستورياً لا يجوز خرقه، وقد كان من رأي القضاة الذين عارضوا قرار «ميراندا» بأن قاعدة عدم الشهادة ضد النفس لا تمتد إلى الاستجواب الحاصل لدى الشرطة، وأن من شأن هذه القاعدة الحد من إمكان إدانة المتهمين، وأنها مبنية على افتراضات غير ثابتة، بأن جو الاستجواب لدى الشرطة هو ضاغط ، أو يرافقه التخويف ، ولكن الرأي الذي ساد القضاء الأمريكي آنذاك بأن احترام هذه القاعدة لا يتم فقط لمصلحة المتهم. ولكن أيضاً لحماية وصيانة العدالة الجنائية⁽⁸⁹⁾.

وفي قرار لاحق أكدت المحكمة العليا الأمريكية في قضية «الموي»⁽⁹⁰⁾، بأن الحق في الصمت، حق فيدرالي، أي أنه محمي بالقانون الفيدرالي، ولكن في قرار آخر للمحكمة العليا الأمريكية، اتجهت اتجاهات مخالفاً للاتجاه السابق حيث اعتبرت سنة 1975م⁽⁹¹⁾، أن الصمت في أغلب الأحيان يمكن أن يتحمل تأويلات متناقضة وبالتالي لا يتمتع بقوة ثبوته كبنية. إذ لا يمكن التمييز بسهولة ، إذا كان حاصلًا تأييداً أو رفضاً ، لأقوال واردة على لسان آخرين في الدعوى.

ويري الباحث بأنه يمكن القول بأن الصمت يمكن أن يكون له مدلول في حال استمر بتوجيه اتهامات ، في ظروف ينتظر عادة، من توجه إليه، أن يرفضها ، ويعلن عدم صحتها ، ويدفعها وبالتالي يمكن تأويل الصمت، بأنه موافقة على أقواله، إذا اعتبر أنه تجاه مثلها من الأقوال يكون طبيعياً الاعتراض عليها. وتنتهي المحكمة في قرارها السابق إلى أنه لا يجوز لسلطة التحقيق أن تشير أثناء المحاكمة إلى صمت المتهم أثناء توقيفه لدى الشرطة كدليل إدانة يساق ضده، لأنه لا يمكن منح المتهم الحق في الصمت والاستناد - في نفس الوقت - إلى هذا الصمت كدليل إدانة ضد المتهم. **صمت المتهم في المؤتمرات الدولية:**

فقد عقدت العديد من المؤتمرات الدولية. كان أبرز أعمالها طرح موضوع حق الصمت للناقش ، وإصدار عدة توصيات ، تضمن للمتهم حقه في الصمت وتصون له هذه الحق . وأهم هذه المؤتمرات والحلقات:

أولاً: قررت اللجنة الدولية للمسائل الجنائية المنعقدة في برن سنة 1939م بأنه : (من المرغوب فيه أن تقرر القوانين وبوضوح مبدأ عدم إلزام الشخص باتهام نفسه، وإذا رفض المتهم الإجابة ، فإن تصرفه يكون محل تقدير المحكمة، بالإضافة إلى باقي الأدلة، التي جمعت دون اعتبار الصمت كدليل على الإدانة)⁽⁹²⁾.

ثانياً: أوصي المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما سنة 1953م، : (بأنه لا يجبر المتهم على الإجابة، ومن باب أولي لا يكره عليها، فله الحرية المطلقة، في اختيار الطريق الذي يسلكه ويراه محققاً لمصلحته)⁽⁹³⁾.

ثالثاً: قررت لجنة القانون الجنائي في المؤتمر الدولي الذي نظمته اللجنة الولية لرجال القانون في أينا سنة 1955م : (أن المتهم يستطيع أن يرفض الإجابة أمام الشرطة وسلطة الاتهام، ويطلب سماعه بواسطة القاضي ولا يجوز للمحكمة أن تجبره على الكلام)⁽⁹⁴⁾.

رابعاً: أجمع المشتركون في الحلقة الدراسية التي عقدتها الأمم المتحدة لبحث حقوق الإنسان في الدعوى الجنائية عام 1960م في فينا على: (أن للمتهم الحرية الكاملة أن يرفض إعطاء أي معلومات أو بيانات تطلب منه، كما أنه غير ملزم بالبت في موضوع إدانته عندما يوجه إليه السؤال المتعلق بهذا الشأن)⁽⁹⁵⁾.

خامساً: أوصت لجنة حقوق الإنسان بهيئة الأمم المتحدة سنة 1962م: (بأنه لا يجبر أحد على الشهادة ضد نفسه، ويجب قبل سؤال أو استجواب كل شخص مقبوض عليه أو محبوس ، أن يحاط علماً بحقه في التزام الصمت)⁽⁹⁶⁾.

سادساً: أوصي المؤتمر الدولي الثاني عشر الذي عقدته الجمعية الدولية لقانون العقوبات في ألمانيا « هامبورغ » سنة 1976م ، (بضرورة التأكيد على حق المتهم في الصمت، دون أن يكون لهذا الصمت أية آثار سلبية تدين المتهم)⁽⁹⁷⁾.

سابعاً: جاءت التوصية الخامسة لحلقة فينا سنة 1978م : (أن للمتهم الحق أن يلتزم الصمت، ويجب تنبيهه إلى هذا الحق)⁽⁹⁸⁾.

أن هذا التعداد على سبيل المثال لا الحصر ومما يؤكد حرص رجال القانون على تأكيد ضمانه أساسية من ضمانات المتهم في محاكمة عادلة وتحقيق عادل وهي أن للمتهم حق دائم في الصمت ولا يجوز اعتبار هذا الصمت قرينة ضده.

الخاتمة:

بعد أن تم بعون الله وحمده الانتهاء من دراسة اساس حق المتهم في الصمت ضمن الإطار الفقهي، والقانوني، والقضائي، وعلى نحو مقارن بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، فإنه يجدر أن نختتم بحثنا بأهم النتائج والتوصيات التي يمكن إجمالها في الآتي:

النتائج:

1. إذا كان حق المتهم في الصمت قد نصّت عليه اليوم الكثير من القوانين الإجرائية بصورة صريحة أو ضمنية، كما أنه أضحي من جملة المعايير الدولية للمحاكمات العادلة، إلا أن القوانين الوضعية، ومن دون استثناء إلى وقت قريب، لم تكن تعترف بهذا الحق، حيث كانت هذه القوانين تبيح التعذيب لحمل المتهم على الاعتراف،
2. إن حق المتهم في الصمت يجب الاعتراف به للمتهم واحترامه؛ ذلك لأنه يمنح المتهم حرية الإجابة عن الأسئلة التي قد يكون من شأن الإجابة عنها إضعاف موقفه في الدعوى الجزائية، كما أن هذا الحق يساعد كثيراً على الحيلولة دون إكراه المتهم على الاعتراف، فضلاً عن أن حق الصمت يقتضيه مبدأ افتراض البراءة في المتهم، هذا المبدأ الذي يفرض نفسه على جميع الإجراءات في الدعوى الجزائية.
3. إذا كان من الضروري أن يتمتع المتهم بحق الصمت، فإن هذا الحق لا يكتمل ما لم يتم تنبيه المتهم عليه، بل قد يفقد أهميته لحد بعيد جداً؛ ذلك لأن تنبيه المتهم على حقه في التزام

الصمت فيه فائدة لتذكيره بحقه الطبيعي في عدم الإجابة على الأسئلة الموجهة له، كما أنه يجعل القضاة والمحققين يتعدون عن استعمال الوسائل غير المشروعة ضد المتهمين للحصول منهم على اعترافات، كما أن المتهم إذا لم ينبه على حقه في الصمت فإنه حتى لو كان عالمًا بحقه هذا سيُشعر بأن سلوكه ربما يفسر تفسيرًا ضارًا به، فيبدأ بالاسترسال في الكلام مقدمًا المعلومات، أو الإيضاحات التي قد تؤدي إلى إضعاف مركزه في الدعوى الجزائية بينما يقلل هذا الشعور، أو ينعقد إذا تم تنبيهه أول التحقيق على حقه في التزام الصمت.

4. إن حق المتهم في الصمت يرتبط ارتباطًا وثيقًا بحق المتهم في الاستعانة بمحام، ويؤثر فيه ويتأثر به، والأخير وإن كان أيضاً من جملة المعايير الدولية للمحاكمات العادلة وذات أهمية قصوى للمتهم، إلا أن أهميته هذه تقل إن لم تنعدم أحياناً إذا لم يتمتع المتهم بحق الصمت، وذلك أن حق الصمت يمنح المتهم الفرصة لمقابلة محامي دفاعه قبل أن يتورط بأقوال أو إجابات قد يكون من شأنها إضعاف موقفه في الدعوى الجزائية، وتجعله في وضع يصعب عليه الخروج منه، وتقديم كل ما لديه لإيضاح موقفه، وتفنيد ما يكون متوافراً ضده من الأدلة.
5. إن حق المتهم في الصمت أضحى اليوم في بلدنا حقاً دستورياً وقانونياً، فهو حق دستوري؛ لورود النص عليه في قانون إدارة الدولة العراقية، وهو حق قانوني؛ للنص عليه في قانون أصول المحاكمات الجزائية المعدل، ولما كان حق المتهم في الصمت حقاً دستورياً فإن الإخلال بهذا الحق ينطوي على مخالفة للدستور.

التوصيات:

- إن أهم التوصيات التي نرى أنها ضرورية، ونأمل أن يأخذها المشرع والقضاء بعين الحسبان يمكن إجمالها بالنقاط التالية:
1. يجب إيراد نص في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي مماثل لنص المادة 15/هـ من قانون إدارة الدولة العراقية، والذي يتضمن إلزام عضو الضبط القضائي بتنبيه المتهم على حقه في التزام الصمت لحظة القبض عليه، أو أن يتم تعديل نص المادة (123) المعدلة والتي تلزم قاضي التحقيق بتنبيه المتهم على حقه في الصمت،
 2. ينبغي أن يلزم المشرع بصورة واضحة وصريحة المحقق، أو ضابط الشرطة الممنوح سلطة محقق بتنبيه المتهم على حقه في التزام الصمت قبل الشروع بتدوين أقواله الابتدائية؛ وذلك كي لا يحرم المتهم من هذا الحق في هذه المرحلة المهمة من مراحل التحقيق، خاصة وأن هذه المرحلة تشكل عبئاً كبيراً على المتهم، وتكاد تكون الأصبغ عليه، وعلى حقه في التزام الصمت من قبل قاضي التحقيق فقط.
 3. نرى ضرورة ألا يقتصر تنبيه المتهم على حقه في الصمت من قبل المحقق، أو من قبل ضابط الشرطة الممنوح سلطة محقق على التنبيه الشفوي، بل ينبغي أن يتم بصورة تحريرية، وقبل البدء بتدوين أقوال المتهم، وقبل أي سؤال يوجه إليه على أن يوقع المتهم، والقائم بالتحقيق على المحضر المتضمن هذا التنبيه؛ وذلك كي يتسنى لقاضي التحقيق، أو محكمة الموضوع، أو محكمة التمييز التأكد من أن المتهم قد تم تنبيهه على حقه في التزام الصمت.
 4. يجب أن يتم تنبيه المتهم على حقه في التزام الصمت في كل مرة يتم استجوابه فيها، خاصة وأن

المادة (123/أ) تنص على أنه: ((على قاضي التحقيق، أو المحقق أن يستجوب المتهم خلال أربع وعشرين ساعة من حضوره بعد التثبت من شخصيته وإحاطته علمًا بالجريمة المنسوبة إليه، ويدون أقواله بشأنها مع بيان ما لديه من أدلة لنفيها عنه، وله أن يعيد استجواب المتهم فيما يراه لازماً لاستجلاء الحقيقة)).

5. ينبغي أن يضع المشرع صيغة معينة للتنبيه، ونرى ضرورة أن تكون هذه الصيغة مختصرة وواضحة الدلالة على حق المتهم في الصمت، كأن تكون صيغة التنبيه على النحو الآتي: ((من حقك الامتناع عن الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليك، وإن امتناعك لا يعد دليلاً، أو قرينة ضدك))، أو أي صيغة أخرى يفهم من خلالها المتهم أن له الحق في التزام الصمت.
6. حينما تكون صورة الإخلال بحق المتهم في الصمت هي تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف فإن مسؤولية من يقوم بتعذيب المتهم تتقرر على وفق المادة (333) من قانون العقوبات العراقي، والتي تقضي بأنه: ((يعاقب بالسجن، أو الحبس كل موظف أو مكلف بخدمة عامة عذب، أو أمر بتعذيب متهم، أو شاهد، أو خبير لحمله على الاعتراف بجريمة، أو الإدلاء بأقوال، أو معلومات بشأنها، أو لكتمان أمر من الأمور، أو لإعطاء رأي معين بشأنها)).
7. لما كان حق المتهم في الصمت حقاً دستورياً - كما أسلفنا ذلك - لذا فإن الإخلال به في أي محاكمة جزائية يجعل للمتهم أو من يمثله قانوناً الحق في الطعن بإجراءات هذه المحاكمة، المخلة بحق الصمت أمام المحكمة الدستورية المزمع تشكيلها في العراق، كون هذه الإجراءات قد مست حقاً دستورياً لا يجوز المساس به.

المراجع:

- (1) د. احمد ادريس احمد: افتراض براءة المتهم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1984.
- (2) د. احمد المهدي واشرف شافعي: التحقيق الجنائي الابتدائي وضمانات المتهم وحمايتها، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006 .
- (3) د. احمد فتحي سرور: الشرعية والاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، 1977 .
- (4) د. احمد عوض بلال: قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الاجراءات الجنائية المقارنة، دار النهضة العربية، 1993.
- (5) د. اسامة عبدالله قايد: حقوق وضمانات المشتبه فيه في مرحلة الاستدلال، دار النهضة العربية، 1988.
- (6) حسين جميل: حقوق الانسان والقانون الجنائي، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، بدون سنة نشر.
- (7) د. سليمان عبد المنعم: بطلان الاجراء الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1999.
- (8) طارق محمد الديراوي: ضمانات المتهم وحقوقه في قانون الاجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، بدون سنة نشر.
- (9) د. حسام الدين محمد احمد : حق المتهم بالصمت- دراسة مقارنة-، ط/3، دار النهضة العربية، 2003.
- (10) د. خالد رمضان : الحق في الصمت اثناء التحقيقات الجنائية، دار النهضة العربية، 2009 .

المصادر والمراجع:

- (1) سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969م، ص190.
- (2) الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، د. أحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994م، ص216.
- (3) التحقيق الجنائي والتصرف فيه والأدلة الجنائية ، د. فرج علواني هليل، الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية، 2006م، ص657.
- (4) حق المشتكي عليه في الصمت أثناء التحقيق الابتدائي، الرسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، 2007م، ص39.
- (5) المعجم الوسيط، (إبراهيم مصطفى/أحمد الزيت/حامد عبد القادر/ محمد النجار) ،مجمع اللغة العربية القاهرة، دار الدعوة، ص522.
- (6) لسان العرب، أبو الفضل جمال الدين محمد مكرم (ابن منظور) دار صادر، 2003م، ص279.
- (7) التوقيف على مهمات التعاريف، محمد عبد الرؤوف المناوي، تحقيق: عبد الحميد صالح حمدان، عالم الكتب، 1990، ج1، ط1، ص219.
- (8) الكليات ،أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفومي، تحقيق: عدنان درويش، مؤسسة الرسالة ،بيروت، 1998م، ج1، ص806.
- (9) نضرة النعيم ،صالح بن عبد الله بن حميد، دار الوسيلة للنشر والتوزيع، جدة، ج7، ط4 ، ص2634، ج7
- (10) مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، أبي الحسن الهروي ، ج7، ص3038
- (11) التحقيق الجنائي والتصرف فيه والأدلة الجنائية، هليل فرج علواني ، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٦م، ص٦٥٥
- (12) المصباح المنير، محمد علي المقري الفيومي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، القاهرة، دار المعارف، د.ت، ص٨٦
- (13) لسان العرب، ابن منظور، ج5، بيروت: دار صادر، ص
- (14) حقوق المتهم في الإسلام خلال مرحلة التحقيق، طه جابر العلواني، مجلة المسلم المعاصر، العدد 35 ، السنة التاسعة، مايو 1983 ، ص 50.
- (15) حقوق وضمانات المتهم في الشريعة الإسلامية والقانون، عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، الط1، القاهرة:دار الفكر العربي، 2000م ، ص 9
- (16) معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، إبتسام القرام، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1992م، ص154.
- (17) الإتهام المتسرع في مرحلة التحقيق الابتدائي، هلالى عبد الإله أحمد، القاهرة: دار النهضة العربية، 1999م، ص15.
- (18) ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي في الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، عبد الحميد عمارة، دراسة مقارنة، الجزائر ،دار المحمدية العامة، 1998م ، ص11.
- (19) الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مأمون محمد سلامة، القاهرة، ج 1 ، 1977م ، ص 207.
- (20) القاموس الفقهي ، أبو جيب ، سعدي، بيروت، دار صادر، (د.ت) ص172
- (21) لسان العرب ،ابن منظور الأفريقي، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المصري ، بيروت، دار صادر (د.ت)، ج14، ص257-21

- (22) حاشية قرّة عين الأخبار تكملة رد المختار على الدر المختار، محمد علاء الدين أفندي، بيروت، دار الفكر، ط2، 1386هـ-1966م، ج7، ص398-399.
- (23) معجم القانون، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، (د.ت)، 227.
- (24) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، 1992م، ص415
- (25) أصول الفقه، مصطفى الزرقا، الأردن، دار الثقافة، ط2، 1994م، ص204.
- (26) د. سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969م، ص186.
- (27) لدستور الأمريكي، التعديل الخامس.
- (28) حسام الدين محمد أحمد، حق المتهم في السكوت، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ط3، 2003م، ص43.
- (29) إبراهيم حامد، التحقيق الجنائي في الناحيتين النظرية والعملية، القاهرة، دار النهضة العربية، 1999م، ص130-131.
- (30) عبد القادر جرادة صابر، أصول الاستجواب في التشريع الفلسطيني والمقارن، غزة، مكتبة أفاق، 2001م، ص198.
- (31) جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، بيروت، دار العلم للملايين (د.ت)، ص50
- (32) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، بيروت، دار الثقافة، ط1996م، ص59.
- (33) ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد شرح فتح القدير، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (د.ت)، ج7، ص295 وما بعدها، ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، بيروت، دار الفكر، ط1990م، ج1، ص5، ج87، وما بعدها- القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار صادر، (د.ت)، ج2، ص439.
- (34) ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، بيروت، دار الثقافة، 1996م، ج2، ص778) حديث صحيح) صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج2، ص327.
- (35) سورة النحل، الآية 106
- (36) ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، مرجع سابق، رقم664، ج1، ص348، وصححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج2، ص327.
- (37) البيهقي، السنن الكبرى، بيروت، دار الثقافة، ط1996م، ج4، ص214، (حديث صحيح)، صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج2، ص312.
- (38) حسام الدين محمد أحمد، حق المتهم في السكوت، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، ط3، 2003م، ص24
- (39) د. محمد سامي النبراوي، استجواب المتهم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968م، ص150-151.
- (40) د. أسامة عبد الله قايد، الضمانات المقررة للمتنبه فيه في مرحلة جمع الاستدلالات، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص160-161.
- (41) د. عدنان خالد التركماني، الإجراءات الجنائية الإسلامية وتطبيقاتها في المحكمة العربية السعودية، ط1، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1999م، ص96-99
- (42) د. عباس فاضل سعيد، حق المتهم في الصمت، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، مجلد11، عدد39، سنة2009م، ص22..
- (43) أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم23 لسنة1971م وتعديلاته .

- (44) د. حسن بشيت خوين، ضمانات المتهم في الدعوى الجزائية خلال مرحلة المحاكمة ، ج2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997م، ص132-133.
- (45) د. عباس فاضل سعيد، حق المتهم في الصمت، مرجع سابق ، ص23.
- (46) د. خالد رمضان ، الحق في الصمت أثناء التحقيقات الجنائية ، دار النهضة العربية ، 2009م، ص104.
- (47) عندما قدم مشروع قانون الإجراءات الجنائية المصري إلى مجلس الأمة ، كانت المادة (123) تتضمن فقرة خاصة « بتنبية المتهم لحقه في الصمت» ولكن لجنة العدل رأّت حذفها .د.محمد سامي النبراوي، مرجع سابق، ص144.
- (48) قانون الإجراءات الجنائية المصري رقم150 بسنة 1950م.
- (49) د. جلال ثروت، أصول المحاكمات الجزائية ، ج1، ط1، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع، بيروت، 1969م، ص217.
- (50) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ط3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1966م، ص579-586.
- (51) د. محمد سامي النبراوي ، مرجع سابق، ص156، ود. مبدر الويس، مرجع سابق، ص452.
- (52) د. جلال ثروت ، أول المحاكمات الجزائية ، ج1، ط1، المكتب الشرقي للنشر والتوزيع، بيروت، 1969م، ص217.
- (53) قانون الإجراءات والمحاكمات الجنائية الكويتي رقم17 لسنة1960م
- (54) قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائي تعديل لسنة2001م
- (55) قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائي رقم 66-155 لسنة1966م
- (56) قانون المسطرة الجنائية المغربي، رقم 261 لسنة 1959م
- (57) قانون المسطرة الجنائية المغربي الصادر في 3 أكتوبر2002م والمعدل في أكتوبر2011م
- (58) قرار محكمة النقض السورية في 17/10/1964م ، رقم26، ص238 مجموعة قانون أصول المحاكمات الجزائية للأستاذ/ أديب استنبولي ، ج2 ، دمشق، 1994.
- (59) قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، رقم328 لسنة2001م.
- (60) قانون المرافعات الجنائي التونسي رقم 23 لسنة 1968م.
- (61) تنص المادة (73) من قانون الإجراءات البولندي على أنه للمتهم ألا يجيب على الأسئلة التي توجه إليه. ويذهب الفقه هناك إلى أنه نظراً لكون القانون لم يحدد نوع الأسئلة التي يستطيع التزام الصمت بشأنها، فإنه يتمتع بهذا الحق بصفة مطلقة تشمل جميع ما يطرح عليه منها.
- (62) د. محمد سامي النبراوي ، مرجع سابق، ص152-151.
- (63) د . مبدر لويس ، مرجع سابق، ص540-541.
- (64) د. محمد النبراوي ، مرجع سابق ، ص151.
- (65) د. محمد النبراوي ، المرجع السابق ، ص151.
- (66) د. محمد النبراوي ، مرجع سابق ، ص151.
- (67) د. سامي صادق الملا ، مرجع سابق، ص188.
- (68) د. أسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق، ص170..
- (69) د. محمد سامي النبراوي ، مرجع سابق ، ص154.
- (70) د. محمد سامي النبراوي ، المرجع السابق ، ص154.

- (71) د. مبدر الويس ، مرجع سابق ، ص450
- (72) د. أحمد فتحي سرور ، مرجع سابق ، ص319.
- (73) د. أسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق، ص176-177.
- (74) د. محمد سامي النبراوي ، مرجع سابق ، ص153.
- (75) د. محمد سامي النبراوي ، مرجع سابق ، ص153.
- (76) د. مبدر الويس ، مرجع سابق، ص415، د. سامي الملاء، مرجع سابق ص، ص195.
- (77) د. محمد سامي النبراوي ، مرجع سابق ، ص154.
- (78) د. سامي صادق الملا ، مرجع سابق، ص200.
- (79) د. محمد سامي النبراوي ، مرجع سابق ، ص155-156.
- (80) د. سامي صادق الملا ، مرجع سابق، ص200.
- (81) د. محمد سامي النبراوي ، مرجع سابق ، ص156.
- (82) د. سامي صادق الملا ، مرجع سابق، ص200.
- (83) د. محمد سامي النبراوي ، مرجع سابق ، ص151-152.
- (84) د. سامي صادق الملا ، مرجع سابق، ص198.
- (85) د. أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص172.
- (86) د. مبدر الويس، مرجع سابق ص444. د. سامي صادق الملا، مرجع سابق، ص198.
- (87) د. مصطفى العوجي ، حقوق الإنسان في الدعوى الجنائية، ط1، مؤسسة نوفل بيروت، 1989م، ص173.
- (88) د. سامي صادق الملا ، مرجع سابق، ص199.
- (89) د. مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص577.
- (90) د. أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص174.
- (91) د. مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص578-579.
- (92) د. مبدر الويس ، ضمانات الحرية الشخصية في النظم السياسية، الإسكندرية، 1983م، ص453. وأنظر د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1985م، ص366
- (93) د. سامي صديق الملا ، مرجع سابق ، ص192.
- (94) د. مبدر الويس ، مرجع سابق، ص453.
- (95) د. محمد سامي النبراوي ، مرجع سابق ، ص159.
- (96) د. سامي صادق الملا ، مرجع سابق ، ص192-193.
- (97) د. سليم إبراهيم حرية ، رئيس القسم الجنائي، جامعة بغداد ، الإجراءات الجنائية في النظم العربية وحماية حقوق الإنسان، محمود بسيوني وعبد العظيم الوزير، دار العلم لملايين، بيروت، 1991م.
- (98) د. محمود محمود مصطفى، مقالة حول حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، مجلة المحامون، ع12، 1978م.

تطور حقوق الانسان والحريات العامة (دراسة قانونية تحليلية)

باحثة

أ. سندس شكر نوري

كلية القانون - جامعة الجزيرة

د. عمر محمد علي

المستخلص :

جاءت الدراسة بعنوان تطور حقوق الانسان والحريات العامة وتبدو أهمية الدراسة بأنها من المواضيع المهمة والمعاصرة فهي غاية الحياة ، وتاريخها هو تأريخ البشرية وقد جاءت بها الشرائع السماوية. واتبعت الدراسة المنهج التاريخي والوصفي والتحليلي والمقارن . استعرضت الدراسة التطور التاريخي لحقوق الانسان وحياته في الحضارات الإنسانية وفي الشرائع السماوية وفي العصر الحديث بشكل موجز ختمت الدراسة بتوضيح أهمية الحقوق والحريات وجذورها التاريخية والروحية لحين صدور الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي نادى بالمساواة بين جميع البشر من أي جنس أو لون أو دين ، ذكوراً وإناً . وأهمية الشريعة الإسلامية في تقرير هذه الحقوق وحمايتها بنصوص أمرة حتى لا يقع عليها اعتداءات من الآخرين سواء كانوا حكماً أو محكومين . وأهمية معرفة العوامل الكثيرة التي تداخلت منذ القدم في عملية تطوير الحقوق منها اكتشاف نصوص شريعة حمورابي والذي اعتبر ليومنا هذا مصدراً لكثير من الباحثين والمؤرخين في شتى مواضيع المعارف الإنسانية . اكتملت الدراسة بأهم النتائج : اظهر البحث انه رغم صدور الإعلان العالمي لحقوق الانسان في العاشر في ديسمبر عام 1948م إلا أن البشر مازالوا يتعرضون للكثير من الانتهاكات في حقوقهم الأساسية في اغلب الدول وذلك دليل على قصور في الجانب التنفيذي للتشريعات الداخلية لهذه الدول في تنفيذ التزاماتها الدولية واهم التوصيات : ضرورة تفعيل نصوص الاتفاقيات الدولية ضمن التشريعات الداخلية للدول وضرورة اعتبار تعزيز وحماية حقوق الانسان وحياته الأساسية هدفاً ذا أولوية من اهداف الأمم المتحدة وفقاً لمقاصدها ومبادئها

Abstract:

The research was titled The Evolution of Human Rights And Freedoms (a legal analytic study). the importance of the research seems from the important and modern topics since its the aim of life. its history is the history of humanity and it was brought by all religious laws. and the research followed the historical, descriptive, analytic, and comparative curricula. research showcased the historical evolution of human rights and freedoms in human civilizations, religious laws, and in the modern age in a clear way.

The research finalized by explaining the importance of rights and freedoms and their historical and spiritual roots until the global declaration of human rights which called for equality of all humans from any gender, skin color, or religion. And the importance of Islamic jurisprudence in these rights and protecting them with authoritative scripture so that they are not violated by anyone whether they are rulers or subjects and the importance of the many factors that intervened in its evolution like the discovery of The code of Hammurabi which is considered to this day a source for a lot of researchers and historians from all over the world in many social science subjects. The research concluded with the most important results: the research showed that even though universal human rights were declared on the tenth of September 1948 humans are still suffering a lot of abuses of their fundamental rights in most countries. Which is proof of the inadequacy of the executive branch of some countries in enforcing laws that are their global responsibilities. The most important consultations: the importance of activating global treaties within the internal laws of countries and the importance of considering the topic of strengthening and protecting basic human rights and freedoms a global goal that is given priority from the goals of the United Nations according to its objectives and principles

مقدمة :

إن أي مفهوم إنساني يخضع لعملية تطور كبيرة عبر تعاقب العصور ، فكيف هموضوع كالحقوق والحريات التي هي غاية الحياة ، وتاريخها هو تاريخ البشرية ، المتطلعة دوماً الى الأفضل .وقد تداخلت عوامل كثيرة منذ القدم حتى اليوم في عملية تطوير الحقوق والحريات ، والتي تدور في حلقة علاقة الفرد بالسلطة بمختلف أشكالها . وبالتالي يجب دراسة نمط هذه العلاقة والاتجاه الذي سارت فيه . فحتى في المجتمع البدائي نجد نوعاً معيناً من النظم ، وشكلاً خاصاً من السلطة . ومن الخطأ الاعتقاد أن الانسان في المجتمعات البدائية كان يعيش في جو من الانفلات والتحرر الذي يقارب الفوضى مندفعاً بغرائزه ومشبعاً برغباته⁽¹⁾ .

بل لقد عرفت هذه المجتمعات نوعاً من السلطة الاجتماعية المباشرة (التي تفرض نفسها على كافة أعضاء الجماعة ، دون أن يتولى ممارستها أحد منهم . ما من أحد يأمر لكن الجميع يطيعون) . ليس هناك

من قوانين وأنظمة مكتوبة وصادرة عن سلطة رسمية ، وإنما هي عبارة عن عادات وتقاليد وأعراف . وكانت بمثابة قوانين ملزمة تخضع لها الجماعة دون إكراه . وليس لأحد وظيفة خاصة غايتها فرض المحافظة على هذه العادات والتقاليد باستعمال وسائل الضغط أو الامتناع المشروعة . وهذا النوع من السلطات المباشرة كانت تخص فئة اجتماعية تعيش في جو مغلق اقتصادياً وثقافياً . وهذه السلطة أخذت معالمها تقلص عندما لم تعد كافية لتنظيم أعمال مختلف الفئات الاجتماعية بعدما أخذت العلاقات تغطي وتتعدد ، وبعدها كثر الاحتكاك والتدخل بين الشعوب . ولذلك عرف التاريخ الإنساني عدداً من الحضارات والأفكار والمذاهب التي ساهمت في دفع المدنية قدماً الى الامام⁽²⁾ . ومما لاشك فيه أن التاريخ عبارة عن حلقات موصولة يكمل بعضها بعضاً ، فالماضي وسيلة لفهم الحاضر كما أن الحاضر يعيش فيه الماضي وعليه فإن كليهما يساهم في رسم ملامح المستقبل وفكرة حقوق الانسان وحرياته ليست وليدة العصر الحاضر ، إنما هي قديمة قدم الانسان وتشكل جزءاً لا يتجزأ من تاريخها فقد ارتبط بالمجتمعات البشرية منذ بدء الخليقة متأثراً سلباً وإيجاباً بالظروف المكانية والزمانية لتلك المجتمعات وبالاعتبارات الفكرية والتقاليد السائدة فيها ، كما ارتبطت بالشرائع السماوية وآخرها الشرع الإسلامي الذي جاء لتعيين الحقوق وليؤمن قدسيتهما .

التطور التاريخي للحقوق والحرريات العامة في الحضارات الإنسانية :

لقد شهدت فكرة الحقوق والحرريات العامة نمواً عبر مراحل تاريخية مختلفة وقد تطورت الأفكار والتصورات التي تناولت فكرة الحرريات العامة وتنوعت الاشكال التي ظهرت بها تلك الحرريات بتنوع المجتمعات البشرية المتعاقبة وبيدوا واضحاً ان مراحل طويلة من التطور التاريخي قد شهدتها الحقوق والحرريات العامة وان عدة عوامل لعبت دورها في تطوير تلك الحقوق والحرريات وكانت هناك محطات أساسية شكلت الأرض الخصبة لظهور الأفكار التي تناولت مجالات الحرية وان شعوب عدة وحضارات مختلفة لعبت دورها في تقرير الكثير من المعطيات الفكرية للحقوق والحرريات العامة ومنها :

الحقوق والحرريات في الحضارة اليونانية :

يرجع تاريخ الحضارة اليونانية الى عام (1200ق.م) تقريباً، وهي حضارة تمتاز بالفكر الفلسفي والسياسي ، فقد كثر فيها علماء الفلسفة والسياسة والقانون ، والذين شكلوا بواكير المذاهب والنظريات التي يفتخر بها الغرب المعاصر ، ومن أبرز المفكرين اليونانيين الذين اهتموا بالسياسة وحقوق الانسان «صولون» و«بريكليس» .

فصولون عاش ما بين القرنين السادس والسابع قبل الميلاد ، وهو سياسي لامع ، انتخبه أهل أثينا حاكماً لها فقام بإصلاحات تشريعية حيث أصدر قانوناً عرف باسم (صولون) عام (54ق.م) ومن أبرز ما جاء في هذا القانون : إلغاء استرقاق المدين المعسر ، ووضع نظام للتركات موجه ثم إعطاء المرأة بعض الحقوق الإثرية ، وألغيت بموجب قاعدة حصر الإرث في الابن الأكبر ، وأحل محلها قاعدة تقسيم التركة ، ألا ان هذا القانون أبقى نظام الطبقات السائدة في المجتمع ، وحرم طبقة الرقيق من المشاركة السياسية⁽³⁾ . اما بركليس صاحب العهد الذهبي فقد عاش ما بين (499-425ق.م) وهو واضح ما أسماه بالنظام الديمقراطي ، حيث دعا الى أن يحكم الشعب نفسه والى أن يعيش جميع المواطنين متساوين ، لهم نفس الحقوق سواء أكانوا فقراء أم أغنياء ، غير أن ديمقراطية بركليس أبقت العبيد خارج نطاق الحرية والمساواة⁽⁴⁾ . ومع هذه اللامحات

المشرقة لحقوق الانسان وحرياته في بعض عهود الحضارة اليونانية ، إلا أن هذه الحضارة وبشكل عام لم تدرك ان للانسان كياناً ذاتياً وانه بفعل طبيعته البشرية يمتلك حقوقاً يتوجب احترامها وحمايتها ، ذلك أن الحقوق التي اعطتها له كانت تابعة لمركزه في الجماعة أي باعتباره عضواً في الجماعة لا بصفته الشخصية ، هذا وان الاطلاع على جوانب مختلفة من حياة الفرد في المدينة اليونانية يسمح لنا بفهم واقع حقوق الانسان وحرياته وفق الآتي :

فلسفياً: قبل الحكماء اليونان فكرة اخضاع الفرد للدولة على اعتبار انه ناقص بطبيعته ، وعاجز عن أن يستقل بنفسه لذلك من الضروري أن تقوم الدولة بإستيعاب حياته ونشاطه الى حد أنها كانت تتدخل في حرية الشخصية لدرجة إلزام الرجل بالزواج في سن معينة ، وتحديد كمية الملابس التي تحملها المرأة عند السفر .

اجتماعياً: كان الافراد في الدولة مقسمين الى أربعة طبقات (طبقة الاشراف ومنهم الحكام والقضاة والكهنة ، طبقة أصحاب المهن ، طبقة الفلاحين والفقراء ، طبقة الارقاء) وقد كان لطبقة الاشراف حق استرقاق الفلاحين عند عجزهم عن دفع ديونهم⁽⁵⁾ . أما طبقة الارقاء فإنهم على حد قول أرسطو رغم انه من أشهر فلاسفة اليونان حيث قال ان العبيد من صنع الطبيعة التي جعلت العبيد من الأدوات التي لا بد منها لتحقيق سعادة الأسرة اليونانية . كما ان المرأة لم تكن أوفر حظاً من العبيد في نيل حقوقها وقد كانت تجرد من كافة حقوقها المدنية ويحظر عليها مزاوله أي عمل من الاعمال⁽⁶⁾ . وقد أكد الفكر اليوناني القديم على ضرورة احترام القانون وتحقيق العدالة ووجوب اتساق السلوك الإنساني مع قانون الطبيعة باعتباره قانوناً خالداً وعاملياً⁽⁷⁾ .

أما بخصوص حق الملكية ، فقد عرف اليونانيون القدماء ملكية الأرض الجماعية ، ثم تحولت مع مرور الزمن الى ملكية القبائل . وأيضاً الفرد كان يخضع لعادات وتقاليد لا تقيم للإنسان أي وزن حيث كان للأب ولاية مطلقة على أولاده ، فيإمكانه أن يقتلهم أو أن يبيعهم كرقيق ، أو أن يتخلى عنهم ، وهو ما كان يحدث في الاسر الفقيرة⁽⁸⁾ .

سياسياً: كانت السلطة في يد مجموع المواطنين ، الذين من حقهم المساواة والتعبير عن آرائهم السياسية ، ولكن لا يعترف لهم بحقوق من قبل الجماعة ومن ثم كانت الحرية السياسية عند اليونان لفئة معينة وهي من عدا الرقيق ، ومقصورة على الاشتراك في شؤون المدينة دون أن يكون للأفراد الحرية المدنية الحديثة . ويتضح لنا مما تقدم عدم وجود مساواة مطلقة عند اليونانيين وذلك لانعدام التوازن الاجتماعي الذي كان السنة الغالبة في المجمع اليوناني حتى ظهرت الفلسفة الرواقية . التي نادى بالأخوة الإنسانية والمواطنة والمساواة بين البشر وبتحرر الافراد من القوانين الوضعية. فالرواقيون أسسوا أفكارهم حول فكرة القانون الطبيعي على مبدأ أرسطو القائل (بأن الانسان جزء من الطبيعة) وأنه منح العقل الذي يميزه عن أجزاء الطبيعة الأخرى .ونجد موقفاً مهماً في فلسفة افلاطون عندما يطالب بمساواة المرأة والرجل في مختلف الميادين السياسية والإدارية معتبراً أن المرأة لا تقل كفاءة عن الرجل بل هي ند له⁽⁹⁾ . وهذا من صميم الحريات العامة أما جان جاك شوفالبييه فيعبر عن الحرية في المدن اليونانية بأنها (ذات الطابع الخاص تمارس ضمن حدود الاحترام الواجب للحكام والقوانين ولا سيما تلك التي تؤمن الدفاع عن المضطهدين والتي

بالرغم من عدم تدوينها ، تلحق بالذي يخرقها احتقاراً كلياً . وأما الحرية السياسية فإنها ليست مجرد قدرة على الفعل إن ممارستها الفعلية إلزامية ، اخلاقياً على الأقل إن الاثنيين هم الوحيدون الذين يعتبرون من لا يهتم بشؤون المدينة ليس مجرد شخص كسول وعديم الطموح ، وانما هو شخص غير نافع وغير جدير بلقب مواطن نبيل⁽¹⁰⁾ . وفي كل حال ، يبين التاريخ ان الحضارة اليونانية عرفت بذور الحرية وبعض الحقوق بتجربة مختلف أشكال الحكم ، من الملكية الى الاستقرائية ثم الأوليغارشية والطغيان وأخيراً الديمقراطية وأن ديمقراطية أثينا تعتبر حتى اليوم بنظر الكثيرين مثلاً للديمقراطية المباشرة وللصفة التمثيلية رغم اننا نرى هذه الديمقراطية تطبق على فئة قليلة من الناس في مدينة أثينا دون الفئات الأخرى مما يتعارض مع حقيقة الديمقراطية الحديثة .

الحقوق والحریات في الحضارة الرومانية :

إن حقوق الانسان وحرياته في ظل الحضارة الرومانية سادتها الفكرة ذاتها التي كانت سائدة في ظل الإمبراطورية اليونانية ، هي أن الفرد أداة في خدمة الدولة وإن الدولة عبارة عن نظام يسود علكافة الأنظمة وقد كرس هذه الحقيقة النصوص القانونية المكتوبة⁽¹¹⁾ . حيث كانت الدولة تهيمن هيمنة مطلقة على أمور الدين والدنيا وعليه فإن الفرد لم يتمتع بأية حقوق وحریات تجاه الدولة⁽¹²⁾ . إلا أن محاولة الرومان لتحقيق الموازنة بين الفرد والدولة لم تتحقق فعلياً بسبب الظروف التي رافقت الإمبراطورية الرومانية منها اتساع مساحتها الأمر الذي يتطلب اتخاذ قرارات سريعة واستخدام القوة لإرغام الشعوب على الخضوع لسيطرتها والسعي إلى تحقيق الوحدة والنظام وبالتالي التضحية بحقوق الانسان وحرياته وهو عكس ما ذهب اليه اليونانيين الذين ضحوا بالوحدة من أجل حقوق وحریات الافراد⁽¹³⁾ . وبالرغم من امتداد الحضارة الرومانية لـ 14 قرناً ، فانه خلال هذه الفترة لم يكن واقع حقوق الانسان وحرياته واحداً، فساد روما نظام الطبقات وفيه يحق للطبقة العليا التمتع بحقوق المواطنة أما باقي الافراد من العبيد والفقراء الذين خضعوا لنظام الرق والعبودية بسبب عجزهم عن وفاء ديونهم فلم يتمتعوا بالحقوق والحریات السياسية . فكان نظام الرق الذي عرفه الرومان أسوأ مما عرفه اليونان حيث كانوا يعملون في الاقطاعات نهاراً وفي الليل يكبلون بالسلاسل وتفرض عليهم أقسى العقوبات⁽¹⁴⁾ مما تقدم يتضح أن واقع حقوق الانسان وحرياته كان يعاني من التفرقة والتفاوت الطبيعي وعدم المساواة أما على صعيد الحياة الاسرية فقد كان للأب أن يملك سلطة مطلقة على افرادها فكانت الزوجة ملكاً له والأطفال كذلك فله أن يبيعهم أو يرهنهم . أما المرأة كانت حقوقها مسلوبة ومنتهكة فلم تتمتع بحق الانتخاب والترشيح وكانت محرومة من حق تولي الوظائف العامة ، أي أن المرأة لم تتمتع بحقوقها السياسية ولا حتى المدنية فمنذ ولادتها خضعت للسيطرة المطلقة لرب الاسرة في كل ما يتعلق بحقها في الحياة والموت والطرده من الاسرة فكان يبيعها وrehنها كالرقيق . أما الحرية الدينية لم يعرفها الرومان بل كانت منتهكة وبالذات بعد انتشار المسيحية وعلى أن أهم ظاهرتين شهدتها الإمبراطورية الرومانية وكان لهما تأثير كبير على فكرة الحقوق والحریات العامة هي فكرة القانون الطبيعي والديانة المسيحية . ولابد من معرفة مدى تأثير الدين المسيحي على مسيرة حقوق الانسان وحرياته في الإمبراطورية الرومانية وأن المسيحية قد نادى بمبدأ فصل السلطة الزمنية عن السلطة الدينية انطلاقاً من الشعار الذي رفعه المسيح بالقول (أعط لقيصر ما لقيصر وما لله لله) . وهذا يعني ان المسيحية أخذت

مبدأ ازدواجية السلطة وهي جسدت الأساس للفلسفة التحريرية فيما يعد في المجال السياسي والاقتصادي. فعلى صعيد النظرية السياسية القديمة أعطى المجال الكامل للدولة للدولة حتى تحقق القيم الخيرة أما الفرد فإنها أخرجها خارج نطاق الدولة وجعلته في علاقة مع النظام الكوني أوسع نطاقاً من الدولة فأصبحت الدولة عبارة عن طريق يمر به الانسان الى الحياة الأخرى وليس غاية في ذاتها فنادت المسيحية بمبدأ المساواة بين الجميع أمام الله والى تحرير العبيد ولذلك كان الاقبال عليها واسعاً في البداية ففتحت الكنيسة أبوابها أمام العبيد ودافعت عن الفقراء أمام الأغنياء. ومما تتوجب الإشارة اليه عن أن المسيحيين الأوائل يعدون بحكم القانون الروماني برابرة لأنهم رعايا من الدرجة الثانية فليس لهم حقوق المواطنين ، إلا أن مركزهم قد تغير بعد أن اعترفت روما بالمسيحية في عهد الإمبراطور قسطنطين ، بحيث اصبح المسيحيون في مركز متساو مع الوثنيين الرومان إلا أن الامبراطور (ثيودرد) جعل المسيحية الدين الرسمي للإمبراطورية الرومانية عام 319م⁽¹⁵⁾ . ونادت المسيحية بمبدأ خضوع الدولة لقانون وحرية العقيدة. ورغم تأكيد المسيحية على استقلالية الفرد تجاه الجماعة إلا انها لم تبين ماهية حقوق الانسان وواجباته وماهي حقوق وواجبات الدولة ، فالأمر الوحيد الذي سعت الى تحقيق المسيحية وهي حرية العقيدة أما خارج نطاق الدين فقد بقي الفرد خاضعاً للسلطة المطلقة للحكام دون قيد أو شرط (2) وعليه كان تأثير الدين المسيحي على مسيرة حقوق الانسان محدوداً ، فالمؤرخون يرون أن الكنائس الرسمية لم تساند حقوق الانسان فلم تلغي العبودية كما أقرت بالتقسيم الطبقي كما منعت زواج اليهود من المسيحيين ومنعهم من فتح معابد جديدة بالرغم من انها أقرت لهم بحق مزاوله عباداتهم ، كما منعت تهديد أي مسيحي ومن يخالف ذلك يعاقب بالإعدام⁽¹⁶⁾ .

أما فيما يتعلق بالقانون الطبيعي وتأثيره على فكرة حقوق الانسان فيلاحظ أنه ظهر نتيجة الوضع الذي كان سائد في الإمبراطورية الرومانية حيث كان القانون الروماني محلياً يحكم عدداً من الأشخاص هم مواطنوا روما ، ولكن عندما سيطرت روما على عدد كبير من البلدان وضمت اليها شعوبها أصبح القانوني الروماني عاجزاً عن الإيفاء بمتطلبات الحياة الحديثة ونتيجة لذلك ظهرت الحاجة لما يطلق عليه (البريتور) وهو الشخص المختص بالأمر المتعلقة بالأجانب وله أن يستعين بجميع الأعراف وقواعد العدالة الأمر الذي أدى الى ظهور ما يسمى بقانون الشعوب الذي نشأت عنه فكرة القانون الطبيعي (4) وأبرز فلاسفة الرومان الذين اهتموا بفكرة القانون الطبيعي وحاولوا ابرازها وتحديدها هو (شيشرون) حيث يرى ان القانون الطبيعي هو القانون النابع من الإرادة الربانية وهي تحكم الكون فالقانون الطبيعي هو القانون العقل الصحيح بسبب الطبيعة المشتركة للكائنات الحية والذي ينسجم مع الطبيعة وينطبق على الناس وهو غير قابل للتغيير وعليه فإن الناس في نظره متساوون في العلم والملكية لانهم يملكون عقولاً وهم متساوون في التفكير النفسي وفي النظرة الى الخير والشر (5) وكان لأفكار شيشرون تأثيراً كبيراً على الفكر الأوربي حيث بقيت قروناً طويلة تلعب دوراً كبيراً في محاربة الاستبداد وفي الدعوة الى المساواة ومبدأ الحرية⁽¹⁷⁾ . وبقي أن نشير الى أن أهم قانون روماني اهتم بحقوق الانسان وحرياته هو قانون الالواح الاثني عشر (1) فقد احتوى على مجموعة من المبادئ التي تتعلق بحقوق الانسان مثل مبدأ المساواة بين طبقات الشعب وبه ألغيت

الفروقات التي كانت قائمة بين الأغنياء والفقراء أمام القانون ، وبحث هذا القانون في أصول المحاكمات وفي قانون العقوبات وحق الملكية ومسائل الأحوال الشخصية لكنه من جانب آخر كان قاسياً في بعض أحكامه فقد أجاز اعدام السارق المتلبس بالجريمة⁽¹⁸⁾. ونتيجة لذلك يمكن القول أن الإمبراطورية الرومانية كانت أساس لولادة شرعات عرفتها أوروبا والعالم جاءت نتيجة صراع استمر قروناً بين الفرد والسلطة الحاكمة لاسيما ان الإمبراطورية شهدت فكرة القانون الطبيعي على يد المفكر الروماني شيشرون (106— 43 ق.م) وبزوغ فجر المسيحية التي كان للإنسان معنى جديد الحقوق والحريات في حضارة وادي الرافدين:

تعد حضارة وادي الرافدين من أقدم الحضارات البشرية وأبرزها اهتماماً بحقوق الانسان ففيه عرف الانسان قيمة الحياة والعيش سوية وهذا الامر دفعه الى نبذ العنف والبحث عن السعادة عن طريق التعاون مع بعضهما البعض ، لمواجهة مشقة الحياة. فقد اكتشف علماء الآثار والتنقيب ، وجود أثر لمجتمعات في العراق القديم يدل على إسكان البشر فيها والتي تعود الى فترة زمنية اكثر من مائة آلاف سنة ، عاش سكانها على الصيد والزراعة وتربية الحيوانات واستقروا في الأرياف ، وكانت هذه المجتمعات قائمة على أساس انصهار الفرد في الجماعة وكانت امورها تدار بغير قانون وان الانسان في هذا المجتمع اكثر رقياً والتزاماً بما يسمى حقوق الانسان ، وذلك لأن حقوق الانسان لم يكن متصوراً وجودها في المجمع وفقاً للمفهوم الذي تناولته القوانين في الوقت الحاضر . وقد تطورت حقوق الانسان أكثر فأكثر عندما ظهرت المدن الكبيرة في العراق القديم ، وذلك في القرن الرابع قبل الميلاد .

وقد أثبت التاريخ ان القانون ظهر لأول مرة في العراق ، في البداية كان على شكل قواعد عرفية وبعدها اصبح على شكل قواعد قانونية ، ومن أقدم القوانين المكتوبة التي عثر عليها علماء الآثار هو قانون اورنمو الذي أصدره الملك السومري اورنمو ، وهو مؤسس لسلالة اور الثالثة (2111-2003ق.م) وفي عام (1952م) استطاع العالم المسماري صموئيل نوح كيرمر ان يتعرف على لوح مسماري محفوظ في متحف الشرق القديم في إسطنبول يحتوي أجزاء من القانون الذي أصدره الملك اورنمو⁽¹⁹⁾.

وقد أقر هذا القانون حقوق الانسان ، فقد جاء في مقدمة هذا القانون أن الهدف من تشريعه هو توطيد العدالة والحرية في البلاد وإزالة البغضاء والظلم والعداوة . كما تضمن القانون نصوصاً كثيرة من مبادئ حقوق الانسان والذي نص عليه في المواد من (15) الى (19) ، ولكن هذه المواد بعض من كلماتها تالفة ولم يبق منها شيء يذكر ، حيث تنص المادة / 15 على انه : (اذا رجل قدم رجل آخر ، عليه أن يدفع عشرة شيقلات من الفضة) كما تنص المادة /16 على أن : (إذا حطم رجل متعمداً طرف رجل آخر بهراوة ، عليه ان يدفع مناً واحداً من الفضة) وجاء في المادة / 17 على أن : (اذا قطع رجل بسكين انف رجل آخر ، عليه أن يدفع ثلثي المننا من الفضة) وجاء في المادة /18 على أن : (اذا قطع ب لكل ... ، عليه أن يدفع ... شيقلا من الفضة) وجاء في المادة / 19 على

ن : (اذا كسر رجل سن رجل اخر ، عليه أن يدفع شيقلين من الفضة لكل سن) .

ومن القوانين التي تضمنت حقوق الانسان في العراق القديم ، قانون لبت عشتار الذي أصدره الملك لبت عشتار خامس ملوك سلالة ايسن الذي حكم بين فترة 1934— 1924 قبل الميلاد وهو من القوانين

التي تعود الى بداية العهد البابلي القديم فترة (ايسن – لارسا) وهو اقدم القوانين المدونة باللغة الاكديّة المكتشفة لحد الآن⁽²⁰⁾.

يتألف هذا القانون من مقدمة مشابهة لقانون اورغو وخاتمة ومواد قانونية أخرى ، وقد استطاع العلماء قراءة ثمان وثلاثين مادة من موادها فقط ، تضمنت المقدمة تمجيداً للالهة السومرية العظام ولإله المدينة الرئيسي وكيفية اختيار الآلهة للملك (لبت عشتار) الراعي الحكيم لنشر العدل في البلاد وجلب الرفاهية للسومريين والأكديين . ومن الحقوق التي اكدتها قانون لبت عشتار هي حماية طبقة العبيد ومنع الإساءة اليهم وأوجب انصافهم ، ومنع تعذيب الانسان للإنسان ، وضمن حقوق الطفولة ، منع المساس بجسم الحيوان حيث تنص المادة 14/ على انه : (اذا اشتكى عبد سيد على سيدهُ بسوء معاملته وثبت على سيدهُ إساءة عبوديته مرتين ، فسوف يحرر العبد) كما جاء في الخاتمة ان : (لبت عشتار ابن الإله أنليل قد قضت على البغضاء والعنف وعملت الى ابراز العدالة والصدق وجلب الخير للسومريين والأكديين)⁽²¹⁾.

ومن القوانين التي تضمنت حقوق الانسان في العراق القديم ، قانون اشنونا ، حيث يتألف من مقدمة وخاتمة وستين مادة قانونية ، كتبت المقدمة باللغة السومرية بينما كتب المتن باللغة الأكديّة السامية آنذاك . وقد نظر هذا القانون الى حقوق الانسان من الزاوية الاقتصادية ، ورفع المعاناة الاقتصادية عن الانسان ، لذلك انتهج نهجاً اشتراكياً لرفع المعاناة عن المواطنين فقد حدد أسعار السلع والخدمات والمواد الأساسية والتي يحتاجها الانسان لإدامة حياته وتصريف شؤونه اليومية ، كسعر الحبوب والزيت والصوف وملح الطعام ، والنحاس واللحوم والنقل البري والمائي والمحافظة على حقوق الأسير إضافة الى الحقوق التي وردت في القوانين السابقة⁽²²⁾.

أما شريعة حمورابي فهي أول شريعة قانونية إنسانية مدونة باللغة البابلية وبالخط المسماي على مسلة من حجر الديوريت الأسود ، وتتألف هذه الشريعة من (282) مادة قانونية تعد مصدراً تاريخياً للعديد من القوانين الوضعيّة القديمة⁽²³⁾.

ويعد هذا القانون من أروع ما ابتدعه عبقرية الانسان القديم ، وقد كان لاكتشافه في مطلع القرن الماضي صدى كبير لدى رجال القانون بصورة عامة وقد أدت دراسة هذا القانون الى الاعتراف للعراقيين القدماء بفضل السبق في الكثير من نواحي المعرفة القانونية. اذ أصدر الملك حمورابي هذا القانون خلال فترة حكمه الذي تولاها في حدود (1750 ق.م) . بعد وفاة والده (سن مبلط) وكان يهدف من وراء سن هذا القانون الى توطيد العدل ليسود فوق الناس كافة وقد احتوى قانون حمورابي على مقدمة ثم تلاها مائتان واثنان وثمانون مادة قانونية ثم الخاتمة .

فقد جاء في المقدمة (أنا حمورابي من اختاره (بل) راعياً...أنا رافع اسم بابل شارح صدر ربي ... راعي الرجال ، الخادم الذي يترضى مصدر العدالة ، حارس الشعب ...) . وعموماً فقد تضمنت مدونة حمورابي على عدد من الحقوق والحريات التي تدور في فلك فكرة العدل التي نادى بها حمورابي ألا وهي :

- القسم الأول : من المواد (1-5) نظام التقاضي والشهود
- القسم الثاني : من المواد (6-25) الجرائم التي تقع على الأموال
- القسم الثالث : من المواد (26-41) ما يتعلق بتنظيم علاقات رجال الجيش .

- القسم الرابع : من المواد (100_42) تنظيم شؤون الأراضي الزراعية .
 - القسم الخامس : من المواد (101_107) يختص بأمور التجارة
 - القسم السادس : من المواد (108_111) يختص بأمور الخمر
 - القسم السابع : من المواد (112_126) يختص بمعاملات البيع
 - القسم الثامن : من المواد (127_195) يختص بأحكام الاسرة وعلاقة أفرادها بالاحوال المادية التيترتبعلى هذه العلاقة .
 - القسم التاسع : من المواد (196_227) يختص بالعقوبات على جرائم معينة
 - القسم العاشر : من المواد (228_240) يختص بالأسعار ، وتحديد أجور بناء الدور والقوارب
 - القسم الحادي عشر : من المواد (241_247) يختص ببيعار الأشخاص والحيوانات
 - القسم الثاني عشر : من المواد (248_282) يختص بشراء الرقيق وعلاقته بسّيده⁽²⁴⁾ .
- ثم جاءت الخاتمة بأسلوب رائع قلّ نظيره فقد جاء فيها (أنا حمورابي الملك الرحيم لم أكن مهملاً أو مزعجاً فقد حملت الى صدري شعب سومر وأكد ... لكي لا يظلم القوي الضعيف ولأحقق العدل لليتيم والارملة ولكي أمنح العدل للمظلوم ...) (25) .
- إن المتمعن بما أوردته شريعة حمورابي من تقرير للحقوق والحريات يرى بأن من الخطأ وصف شريعة حمورابي بالشدة والقسوة ، اذ لو تمت مقارنتها بالشرائع الأخرى مع فارق الزمن الذي تقارب أربعة آلاف سنة سنجد أنها تضمنت مختلف الفروع من نواحي الحياة ولعل اكتشاف نصوص شريعة حمورابي ساعد على التعرف على سيل من الحقائق والمعلومات التي اعتبرت مصادر لكثير من الباحثين والمؤرخين في شتى مواضع المعارف الإنسانية⁽²⁶⁾ .

حقوق الانسان والحريات العامة في الأديان السماوية :

من المعروف أن الشرائع السماوية (اليهودية ، المسيحية ، الإسلامية) أنزلها الله سبحانه وتعالى على أنبيائه متضمنه أحكام إلهية تدعو وترشد الناس الى سلوك طريق الخير والصلاح والعدل والمحبة فهي تحتضن كل المعاني التي تشكل مفهوم الإنسانية ، وبمعنى آخر إن الشرائع السماوية جاءت وهي تزخر بالنصوص المتعلقة بحقوق الانسان وحرياته .

الحقوق والحريات في الديانة اليهودية :

استندت الديانة اليهودية في تشريعاتها على كتابها المقدس العهد القديم The Old Testament والذي يضم مجموعة من القوانين والنبوءات والأساطير والأشعار والفلسفة والتاريخ . ويشمل العهد القديم على تسعة وثلاثون سफراً أو كتاباً وينقسم الى ثلاثة أقسام هي التوراة وتضم خمسة أسفار والأنباء وتضم إحدى وعشرون سफراً والمكتوبات وتضم ثلاث عشر سफراً⁽²⁷⁾ . وقد تضمنت اسفار العهد القديم وخاصة سفري الخروج وتثنية الاشرع جُل القوانين والتشريعات التي تحمي حقوق الانسان وحريات الأساسية . والحق الأول الذي حفظته اليهودية للإنسان هو حقه في الحياة حيث نصت التوراة على هذا الحق بصيغة الأمر الموجه للجميع (لا تقتل)⁽²⁸⁾ . وأكدت على هذا المعنى في آية أخرى ففصلت الأمر في هذا الشأن ، اذ نصت على (من ضرب إنساناً فمات فليقتل قتلاً)⁽²⁹⁾ . فلم تكفي هذه الآية بحماية حق الانسان في الحياة ولم

تعلن عن حرمة حياة الانسان فحسب بل أوجدت عقوبة لمن يقتل إنساناً آخر بغض النظر عن ديانة المقتول أو عرقه أو لونه فحددت عقوبة القاتل بالقتل كما أعطت التوراة لحرية الانسان أهمية كبيرة فأوردت الكثير من النصوص التي أكدت على حق الانسان في أن يعيش حياته بحرية وشرعت عقوبات على من يعتدي على حرية الآخرين ، وفرض عقوبة صارمة على من يخطف شخصاً أو يجسه دون وجه حق فنصت على (ومن يخطف أحداً فباعه أو وجد في يده فليقتل قتلاً)⁽³⁰⁾ فعقوبة من يمس حرية الانسان ويخطفه هي عقوبة القاتل حيث أن كلا الجريمتين يعاقب عليهما بالقتل أما موضوع العبودية والرق فقد أولته الديانة اليهودية اهتماماً كبيراً فلم تجعل من العبودية صفة مؤبدة للشخص وانما هي صفة مؤقتة لا بد من زوالها ، حيث أن اطول مدة للعبودية هي ستة سنوات ولا بد من انتهاء العبودية بانقضاء هذه المدة ، فقد ورد في التوراة (إذا ابتعت عبداً عبرانياً فليخدمك ستة سنين وفي السابعة يخرج حراً مجاناً)⁽³¹⁾ . وفي هذا النص دلالة كبيرة على احترام حرية الانسان وعلى المساواة بين البشر ، فلا بد للعبد أن يتحرر ويتساوى مع الاحرار . ولم تقف التوراة عند هذا الحد بل أعطت للعبيد حقوق أساسية وضمنت لهم حسن المعاملة (وان ضرب انسان عبده أو أمته فأتلفها فليطلقه حراً بدل عينه)⁽³²⁾ .

فهنا تكون عقوبة السيد الذي يسيء معاملة عبده أو أمته أن يمنح الحرية للعبد أو الأمة التي أسيء معاملتهما من قبل سيدهما . وأعطت التوراة نصاً يعد سابقة تشريعية مفعماً بالروح الإنسانية في قضية العبودية ، حيث أكدت على أن العبد إذا منح حريته الكاملة لا بد من أن يقدم له سيده السابق ما يعيله ويساعده في حياته من مال وممتلكات فجاء نص السفر كالأتي (واذا طلقته حراً من عندك فلا تطلقه فارغاً، بل زوده من غنمك ويبدرك ومعصرتك مما بارك الرب الهك فيه تعطيهِ)⁽³³⁾ .

فالعهد القديم ذكر وجود الاستعباد والعبودية ولكنه لم يشجع عليه أبداً ، فقد يصبح الانسان عبداً بسبب الحروب أو الفقر أو الجريمة ، ولكن العبيد لاقوا معاملة حسنة عند اليهود ، وكانت امامهم الفرص للعمل على تحرير انفسهم ، كما منحوا قدراً كبيراً من الاحترام والدعوة الى إعادتهم الى المجتمع الحر وتأهلهم لذلك ومساعدتهم المالية لبدء حياة حرة كريمة⁽³⁴⁾ . ومن جانب آخر فقد حمت التوراة حق الانسان في الملكية فصانت ممتلكاته وحمتهما فقد تضمنت اكثر من نص لحماية حق الملكية من الاعتداء ، من بينها النص الذي يقول (لا تسرق)⁽³⁵⁾ ونص على عقوبة السارق (إذا سرق أحد ثوراً أو شاة فذبحه أو باعه فليعوض بدل الثور خمسة وبدل الشاة أربعة)⁽³⁶⁾ ولم تكتف التوراة بتحديد هذه العقوبة بل أهدرت دم السارق اذا قتل حيث نص على (وان وجد السارق وهو ينقب فضرِب وقاتل فدمه هدر)⁽³⁷⁾ ومن جملة المبادئ التي دعت اليها أسفار التوراة هي الرحمة وعدم الظلم حيث ورد هذا النص في سفر الخروج (والغريب فلا تظلمه ولا تضايقه فإنكم كنتم غرباء في أرض مصر)⁽³⁸⁾ . كما أعطت التوراة حقوقاً للمرأة ومنحتها احتراماً كبيراً فحرمت الزنا وجعلت عقوبة الزنا هي القتل فنصت على هذا الامر ضمن الوصايا العشرة (لا تزني)⁽³⁹⁾ (لا تشتهي امرأة قريبك)⁽⁴⁰⁾ وبذلك صانت التوراة المرأة وحمته العائلة من اختلاط النسل ، وهذه المبادئ وغيرها التي جاءت بها نصوص العهد القديم قدمت ضمانات لحقوق الانسان وحرياته الأساسية وشرعت العقوبات التي يجب إقاعها على من ينتهك هذه الحقوق أو يعتدي عليها .

إلا أن حاخامات اليهود انصرفوا عن هذه المبادئ السامية من خلال فتاواهم وتفسيراتهم لنصوص التوراة والتي جمعت في الكتاب الآخر من الكتب التي تعد مصادر الديانة اليهودية وعقائدها وهو التلمود⁽⁴¹⁾ فقد أوجد هذا الكتاب الذي كتبه اليهود في بابل عام 500م سلسلة من المفاهيم التي أكدت على جوانب العنصرية وغذتها وخلفت تمييزاً بين اليهود وحقوقهم وبين بقية البشر وما لهم من حقوق ، الأمر الذي أدى الى الابتعاد عن الكثير من القيم الإنسانية التي تدعو الى المساواة والعدالة التي جاء بها الشرائع اليهودية في العهد القديم⁽⁴²⁾ .

فأصبحت الحقوق والحريات التي تنادي بها الشريعة اليهودية ليست على أساس المساواة والعدالة بين البشر وانما هي فقط لفئة معينة من اتباع الشريعة اليهودية.

حقوق الانسان والحريات في الديانة المسيحية

تعد الديانة المسيحية من الشرائع والرسالات السماوية التي تدعو الى التوحيد قيما يخص العقيدة كما اهتمت بحقوق الانسان وحرياته الأساسية . وقد أضافت الى الحضارة الاوربية وقانون حقوق الانسان بعض المبادئ السامية المتعلقة بالكرامة الإنسانية والمثل العليا معتمدة على قيم السماء إذ أكدت المسيحية على كرامة الانسان الذي يستحق في نظرها الاحترام والتقدير ، وان السلطة المطلقة لا يمارسها الا الله . ولا يمكن نكران اسهامات الديانة المسيحية في مجال حقوق الانسان وحرياته ، فهي تدعو الى المحبة والتسامح والسلام بين البشر ، وحماية الضعفاء والمحافظة على حقوق العمال ، كما أنها عارضت عقوبة الإعدام⁽⁴³⁾ . كما نادى المسيحية بالعدل والرحمة والأمانة فقد جاء في الكتاب المقدس ما نصّه (الويل لكم أيها الكتبة والفريسيون المرأؤون فإنكم تودون حتى عُثِرَ التَّعَنَعُ والشَّبْتُ والكُمُونِ ، فقد أهملتم أهمّ ما في الشريعة : العَدْلَ والرحمة والأمانة . كَأَنْ يَجِبَ أَنْ تَفْعَلُوا هَذِهِ وَلَا تُغْفَلُوا تِلْكَ)⁽⁴⁴⁾ . وكذلك دعت الى تحريم الربا . اذ جاء فيها (... وأقرضو وأنتم لا ترجون شيئاً)⁽⁴⁵⁾ . واستطاعت ان تضع حداً فاصلاً بين ما يُعد من الأمور الدينية وما يُعد من الأمور الدنيوية ، غايتها في ذلك تنظيم المجتمع الإنساني على أساس واضح وسليم. إلا ان ما يؤخذ على الإمبراطورية المسيحية ، هو أن معالجتها لحقوق الانسان لم تكن معالجة دينية شرعية خاصة ، بل كان للكنيسة وما تطرحه من أفكار دور كبير في معالجة هذه الحقوق. وعلى الرغم من اعتبار المسيحية فكرة للإخاء العام في نظر الفقيه الفرنسي برغسون (1859-1949) هدفها تحقيق المساواة واحترام الشخصية الإنسانية ، الا أن الإمبراطورية المسيحية وتحديداً في القرون الوسطى كانت بعيدة كل البعد عن الاعتراف بالحرية والمساواة⁽⁴⁶⁾ ، حيث أن الفقراء كانوا يعيشون تحت الاضطهاد والاستغلال من قبل الأغنياء ، وقد وصفوا بالعبيد على أساس التقسيم الطبقي الذي عاشه المجتمع المسيحي آنذاك ، وهذا ما يتناقض كلياً مع مكانة الفقراء التي منحهم إياها المسيح عليه السلام (ما اسعدكم أيها الفقراء فلکم مملكة الله)⁽⁴⁷⁾ ، كما أن الأفكار المسيحية التي دعت الى الاخوة والتسامح والسلام تأثرت سلباً بظهور نظرية الحرب العادلة التي اعدّها اوغسطينوس في مطلع القرن الخامس وملخص هذه النظرية : ان الحرب التي يباشرها اهل شرعي هي حرب عادلة أرادها الله وان أفعال العنف المرافقة لها تُعد مشروعة على هذا الأساس .وأخطر نتيجة سلبية عن ذلك هو ان (الابرار) كانوا يستطيعون اباحة فعل كل شيء لأنفسهم ضد (الأشرار) ولا تُشكل افعالهم تلك جرائم بل عقوبات يمكن ايقاعها ضد المدنيين ، ولم يتردد جان بكتيه فقيه القانون الدولي الإنساني في وصف الحروب الصليبية التي كانت تمثل الحرب العادلة بأنها اسوء مثال على هذا العدل) .

بقي القول الى ان المسيحية اذا كانت قد دعت الى حرية العقيدة فإنها اهملت غيرها من الحريات

اذ كانت حرية الديانة هو الشيء الوحيد الذي يعلو في نظرها ، ولذلك ما إن تمكن رجال الدين من السلطة حتى أحقوا بالأفراد ألوأناً من الطغيان والاضطهاد وسرعان ما قضي على الفكرة التي بدأت تنبت عن القانون والعودة الى العصور البدائية ، وازداد الرباط الذي يشد الفرد الى الجماعة ضيقاً وقوة⁽⁴⁸⁾ .

اذن تبين ان حقوق الانسان وحرياته خلال العصور الوسطى المسيحية لم تكن قائماً بذاته ، إنها أمراً نظرياً . بدليل ان الكنائس الرسمية ، لم تكن تدعم حقوق الانسان ، فالمساواة بين الناس على الأرض بقيت محدودة ، وحتى حرية الرأي لم يعرفها هؤلاء . فالكنيسة منعت الناس من الإدلاء بأرائهم ، كما انها استعملت العنف لإجبار سكان شمال اوربا على اعتناق المسيحية ، أما فيما يتعلق بتحديد السلطة ، فرغم تأكيد الكنيسة على ان السلطة المطلقة لا يمارسها إلا الله .

فالكنيسة فصلت الدين عن الدولة مؤكدة على (أعطو إذأ ما لقيصر لقيصر وما لله لله)⁽⁴⁹⁾ . إلا إن الواقع خلاف ذلك ، اذ أن القياصرة قامو بمحاربة هذه التعاليم ولم يتركوها ان تُجنى ثمارها فقد اختص القيصر بالسلطين الدينية والدنيوية ، بعد ان حارب الكنيسة وأخضعها لسلطته.

حقوق الانسان والحريات في التشريع الإسلامي:

ظهر الإسلام في الجزيرة العربية بينما كانت أوروبا غارقة في ظلام العصور الوسطى ، أخذ ينتشر في آسيا وأفريقيا نشأت أول دولة إسلامية قانونية يخضع بها الحاكم للقانون فنظام الحكم في الإسلام تأسس على الشريعة الإسلامية التي تمنح الشعب حق الخلافة في الأرض ، كما قدم الإسلام للناس مبادئ وقواعد عامة اثبتت التجارب البشرية صلاحيتها ، فكانت خلال تطور الدولة في تأريخ البشر أهدافاً مثالية تتطلع البشرية الى تحقيقها ، وترك التنصيلات الجزئية والتطبيقات العملية التي يمكن أن تحتملها هذه المبادئ والقواعد لإجتهد البشر حسب اختلاف اطوارهم وبيئاتهم وأحوالهم⁽⁵⁰⁾ .

ففكرة الحقوق الفردية عرفها الإسلام بالتنظيم كقيد يرد على سلطة الحكام قبل أن يعرفها فلاسفة العقد الاجتماعي قبل القرن السادس عشر فأقر الإسلام حقوق كثيرة. فممنذ أربعة عشر قرناً أصبحت هذه الحقوق محل تنفيذ مباشر تبدأ من الإيمان بالله وحده الذي خلق البشر وكرمهم وفضلهم على جميع مخلوقاته محدداً لهم المنهج الذي يسرون عليه لتحقيق رسالتهم في هذه الحياة وكان ذلك بمثابة الإعلان الأول لتخليص البشرية من سلطة الكهنوت التي تتوسط بين الله وخلقه⁽⁵¹⁾ .

ومن هذا المنطق ارتأت الباحثة الى تسليط الضوء لأهم ما اقرته الشريعة الإسلامية من حقوق وحريات جوهرية مهمة يجب ان يتمتع بها الانسان وفق الآتي :

أولاً : الشورى :

تعتبر الشورى الركيزة الأساسية والسمة الرئيسية الرئيسية للنظام الإسلامي ، حيث يعطي هذا النظام الحق للمسلم وغير المسلم من الذكور والاناث في الوقوف في وجه الاستبداد والاضطهاد ، كما يعطيهم الحق في اختيار ممثليهم وانتقادهم إن انحرفوا عن الدستور الإسلامي⁽⁵²⁾ . فمن حق الامة المشاركة في تدبير شؤون الحكم من خلال الشورى وقد انفراد الإسلام بهذا المبدأ فقال تعالى : { وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ }⁽⁵³⁾ . والسنة النبوية الشريفة زاخرة بالأمثلة العملية لإستشارة الرسول (ﷺ) لأصحابه ، من ذلك استشارته (ﷺ) لأصحابه في الخروج يوم بدر ، وفي المنزل الذي ينزله عندها ، وفي الخروج أو البقاء في المدينة يوم أحد ، وفي مصلحة بعض

الأحزاب يوم الخندق على ثلث ثمار المدينة . فضلاً من ذلك أقرت الشريعة الإسلامية بمبدأ المشروعية الذي يعد ضماناً مهمة لحقوق الإنسان وحرياته من كل تسلط ويخضع له الجميع سواء أكانوا حكاماً أو محكومين لقوله تعالى : { يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ }⁽⁵⁴⁾ .

ثانياً : المساواة :

نادى الإسلام بالمساواة ، كمبدأ أساسي من المبادئ التي قام عليها ، وأقام دولة جديدة نساوي فيها الناس امام أحكام الشريعة ، وفي ساحة القضاء ، وفي ممارسة حقوقهم وحررياتهم ، وأما التكاليف والاعباء العامة فلا تفرقة بسبب الأصل أو اللون أو الجنس أو اللغة⁽⁵⁵⁾ .

وقد جاءت المساواة في الإسلام بصورة مطلقة لم ترد في أي دين آخر ، حقيقة ان مبدأ المساواة وارد في كافة الأديان السماوية ، ولكن التأكيد عليه وعلى أهميته العامة والخاصة بالنسبة للأفراد قد تكرر في أكثر من موضع ، فكلمة الناس دالة على الجنس البشري ذكرت (240مرة) في القرآن الكريم مما يؤكد على الاخوة البشرية ، كما ذكرت كلمة الانسان نحو (65مرة) ، أما كلمة البشر ذكرت في (36آية) وكثرة التكرار هذه المقصود بها أن ترسخ في ذهن المسلم معنى الإنسانية العام ، ووحدة الجنس البشري ، أي التأكيد على المساواة في القيمة الإنسانية⁽⁵⁶⁾ .

وقد أكد الرسول (ﷺ) على مبدأ المساواة في حجة الوداع فقال (يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد وإن أباكم واحد ، ألا لا فضل لعربي على أعجمي ، ولا لعجمي على عربي ، ولا لأحمر على أسود ، ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى ، أبلغت ؟) قالوا : بلغ رسول الله (ﷺ)⁽⁵⁷⁾ . ولعل المقولة المشهورة من قصة الخليفة العادل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) دليل آخر على إقرار الحرية والمساواة بقوله (متى تعبدتم - أي استعبدتم الناس وقد ولدتهم امهاتهم أحراراً)⁽⁵⁸⁾ .

ثالثاً : حق الحياة والسلامة الشخصية

أقرت الشريعة الإسلامية بحق الانسان في الحياة وحقه في السلامة الشخصية المتمثلة بعدم جواز القبض عليه دون مبرر أو سجنه دون إدانة أو محاكمة وتحريم الاعتداء عليه سواء بالسب أو الشتم أو بالجرح أو بالضرب على اعتبار ان الله هو الذي وهب الحياة للإنسان ، وهو أئمن ما يملكه الانسان في الوجود ، وعليه أن يحافظ عليه حماية لكيان المجتمع وحيويته ، فأصبح هذا الحق من البديهيات المسلمة بها في الشريعة الإسلامية⁽⁵⁹⁾ . فيقول الله تعالى : { وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا }⁽⁶⁰⁾ .

رابعاً : الحرية

من أبرز الحريات التي أعلنها الإسلام الحرية الشخصية ، وحرية العقيدة وحرية الرأي ، وحرية التعليم وحرية أو حرمة الملكية .

الحرية الشخصية :

من الحقوق التي عرفها المشرع الإسلامي وعمل على كفالتها وهو حق الانسان في السكن أو المأوى ضماناً لحرمة المسكن وحرمة الانسان ، وحقه في التنقل داخل البلاد أو السفر الى الخارج بحرية تامة دون قيد أو عائق يحد من هذا الحق سوى المصلحة العامة وحق الغير فيقول تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا

بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ، فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلَا تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤَدِّنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ⁽⁶¹⁾

وقد كفل الإسلام حق الأمن للإنسان حينما نهى عن العدوان إلا على ظالم ، فيقول تعالى { فلا عدوان إلا على الظالمين }⁽⁶²⁾ . وكفل حرية التنقل فثمة آيات كثيرة تدعو الى الانطلاق في شتى مجالات الحياة يقول تعالى { هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَأَمْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ }⁽⁶³⁾ .

حرية العقيدة :

أقرت الشريعة الإسلامية حرية العقيدة فيقول الله تعالى { لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ }⁽⁶⁴⁾ . فالإسلام سمح للفرد أن يختار الدين الذي يرتضيه من غير إكراه ولا إجبار ولتكتف الشريعة بتقرير حرية الاعتقاد ولكنها اضفت عليها حمايتها .

فالإسلام اذن يتيح لغير المسلمين من أهل الكتاب أن يظلوا على دينهم ولا يكرهوا على دخول الإسلام فهم اذن يتمتعون بحرية كاملة في أن يدخلوه أو لا يدخلوه يؤمنوا به أو لا يؤمنوا ، ولكنهم اذا اختاروا الدخول فيه بكامل حريتهم وملء إرادتهم فإنهم لا يحق لهم شرعاً الخروج منه يقول تعالى { وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ }⁽⁶⁵⁾ . فالإسلام هنا يرفض بشدة أن يتخذ البعض الدين لعباً وهزلاً يدخلونه اليوم ويخرجوا منه غدًا⁽⁶⁶⁾ .

حرية الرأي : كفل الإسلام للفرد حرية ابداء رأيه ونهى عن مصادرته ، وكان النبي (صلى الله عليه وسلم) يدعو الناس الى المجاهرة بأرائهم فيقول : (لا يكن احدكم امعه يقول أنا مع الناس ، إن أحسن الناس أحسنت ، وإن أساءوا أسأت ، ولكن وطنوا أنفسكم ، إن أحسن الناس أن تحسنوا ، وإن أساؤا فلا تظلموا)⁽⁶⁷⁾ .

حرية التعليم :

اهتم التشريع الإسلامي بتقرير حرية التعليم بل جعل العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة في قوله تعالى { قُلْ لَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ }⁽⁶⁸⁾ وفي قول رسول الله (ﷺ) (طلب العلم فريضة على كل مسلم)⁽⁶⁹⁾ .

حرية أو حرمة الملكية :

أقر الإسلام حق الملكية الفردية بوسائل التملك المشروعة ورتب على هذا التقرير نتاجه الطبيعية في حفظ هذا الحق لصاحبه وصيانته له عن السرقة أو النهب أو السلب أو الاختلاس بأية طريقة من الطرق ، ووضع الحدود الرادعة لكفاله هذا كله ، فوق ما وضع من التوجيهات التهذيبيية لكف النفوس عن التطلع الى ما ليس لها ، وما هو داخل في ملك الآخرين ، كما رتب عليه نتاجه الأخرى ، وهي حق التصرف في هذا المال بالبيع والاجارة والرهن والهبة الى آخر حقوق التصرف الحلال⁽⁷⁰⁾ . وعقوبة السرقة دليل على احترام الإسلام لهذا الحق وصيانته ومنع الاعتداء عليه قال تعالى { وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً مِمَّا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ }⁽⁷¹⁾ .

كما اقرت الشريعة الإسلامية الحقوق الاقتصادية وتشمل حق العمل والتجارة وإبرام العقود إلا انها حرمت التعامل بالربا والاحتكار قوله تعالى { أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا }⁽⁷²⁾ .

كما أقرت الشريعة الإسلامية حقوق المرأة فأكدت على انها متساوية مع الرجل في الأصل الإنساني وفي الحقوق والواجبات وحققها في الوصية والارث وابداء الرأي واختيار زوجها . فيقول تعالى {وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ} (73) وقوله تعالى {لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا} (74) . ومن ذلك نخلص الى القول ان الحقوق والحريات التي أقرتها الشريعة الإسلامية امتازت بأنها كاملة أي ليس فيها أي نقص لأن من خصائص الشريعة الإسلامية الكمال وبعيدة عن الاهواء والمصالح لأن الله تعالى أدري بمصالح البشر الذين خلقهم فهو لا يجامل أحد من خلقه ولا طبقة أو فئة معينة⁽⁷⁵⁾ . وان الشريعة الإسلامية منحت الانسان حقوقاً في كل طور من أطوار حياته ووجوده ، فضمنت للجنين والطفل حقوقاً خاصة بهما ، وللشباب والشيوخ حقوقاً خاصة كما أن للإنسان بعد موته حقوقاً مثل وجوب غسله وتكفينه والدعاء له ، وتنفيذ وصاياه والتشريع الإسلامي نظر الى الفرد على انه أرقى الكائنات الحية التي تعيش في الأرض ، وعليه فإن الله ميزه لا بل فضله على كثير من مخلوقاته على اعتبار انه عبداً لا يملك أن يعطي نفسه حقوقاً فكل الحقوق إنما هي منحة من الله وليست منحة من البشر أو الطبيعة ، كما أن التشريع الإسلامي لا يلغي شخصية الفرد أمام الدولة ، فهي وسيلة لتحقيق غاية معينة تتمثل بإقامة الدين والمصلحة العامة . فأقرت الشريعة الإسلامية طائفتي الحقوق التي أكدت عليها المواثيق والاعلانات الدولية أو التي يتمتع بها الكافة ، حيث لا فرق بين فقير وغني أو بين حاكم أو محكوم. وعليه ترى الباحثة أنه يستوجب علينا أن لا نقطع صلتنا بالنظام الإسلامي لا بل نعمل على ربط تعاليمه بالذات في مجال حقوق الانسان وحرياته في جميع مجالات الحياة ، لأنها من لدن عليم خبير فهي كاملة مهما طال الفاصل الزمني بيننا وبين تشريعها ، حتى إن المشاركين في المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد بمدينة لاهاي عام 1937م وهم من رجال القانون الألمان ، والانجليز ، والفرنسيين أصدروا بالإجماع القرارات الآتية :

- 1- أن الشريعة الإسلامية تعتبر مصدراً من مصادر التشريع العام .
- 2- تعتبر الشريعة الإسلامية حية قابلة للتطور .
- 3- تعتبر الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها وليست مأخوذة من غيرها⁽⁷⁶⁾ .

ولم يكتفي التشريع الإسلامي بتقرير الحقوق ، وإنما عمل على صيانتها وحمايتها بنصوص أمرة حتى لا يقع عليها اعتداء من الآخرين سواء اكانوا حكاماً أو محكومين .

حقوق الانسان في العصر الحديث:

في هذه الحقبة دخلت حقوق الانسان وحرياته الأساسية في مرحلة جديدة من مراحل تطورها وهي المرحلة الدولية وهي المرحلة التي أصبحت فيها مواضيع حقوق الانسان تأخذ طابعاً دولياً بعد أن كانت مسألة داخلية بحتة وتزامنت مع حدوث الحرب العالمية الأولى وتأسيس عصبة الأمم التي تناولت في ميثاقها بنود تخص حقوق الانسان ، وبعد ذلك حدوث الحرب العالمية الثانية وتأسيس الأمم المتحدة وميثاقها الذي أشار في أكثر من فقرة وأكد على احترام وتعزيز وحماية حقوق الانسان . إن جذور حركة حقوق الانسان ممتدة بامتداد التاريخ الإنساني فهي ليست اختراع حديث فقد مرت بمراحل تطور عديدة منذ بدء الحضارات القديمة وظهور الأديان السماوية وحتى صدور الإعلان العالمي لحقوق الانسان ، كما أشارت اليه

- الباحثة ضمن المبحثين الأول والثاني ومن الممكن ايجاز أهم المحطات التي مرت بها حقوق الانسان هي :
1. الحضارات القديمة :يرتبط مفهوم حقوق الانسان في هذه المرحلة ببزوغ فكرة الدولة والقانون الذي ينظم العلاقات بين الافراد وهي من المحطات الأساسية التي شكلت الأرض الخصبة لظهور الأفكار التي تناولت مجالات حقوق الانسان وحرياته .
 2. 2- الأديان السماوية :يعتبر ظهور الأديان السماوية وخاصة التشريع الإسلامي علامة فارقة في تطور نظرة المجتمع للإنسان فقد نادى الأديان السماوية بتكريم الانسان وأعلنت من قيم الحق والعدل والمساواة.
 3. 3. الشريعة العظيمة (carta magna) :أصدرها ملك إنجلترا جون هنري الثاني عام 1215م واعتبرت رمزاً لسيادة الدستور على الملك وضمنت 63مادة مختلفة لتنظيم العلاقات ما بين الملك والاقطاعيين والبرلمان والمواطنين الانجليز وتعتبر الحرية الشخصية وتأمين العدالة واستقلالية القضاء من أهم الحقوق التي منحها الوثيقة للشعب ورغم أنها في الأصل وضعت للحد من تدخلات الملك ورجاله في شؤون النبلاء والبارونات إلا أن الشعب استفاد منها كونها أول وثيقة انجليزية تفرض له حقوقاً على الحاكم .
 4. 4. شريعة الحقوق (Right Bill Of) :صدرت في إنجلترا عام 1689م والذي بدأ بذكر المخالفات التي ارتكبتها الملك جيمس الثاني للتنبيه بعدم تكرارها وأكدت الوثيقة على عدم أحقية الملك في إيقاف القوانين أو الاعفاء من تطبيقها وكذلك أعطت المواطنين حق تقديم العرائض والالتماسات الى الملك دون أن يترتب على ذلك ضرر لهم كالسجن أو الملاحقة .
 5. 5. إعلان الاستقلال الأمريكي :صدر هذا الإعلان عام 1776م عقب استقلال المستعمرات الامريكية عن إنجلترا وأكد هذا الإعلان على مبدأ حرية البشر وتأسيس حقوق الانسان لدى جميع البشر بمجرد الميلاد ودون قيد أو شرط .
 6. 6. اعلان حقوق الانسان والمواطن :صدر في فرنسا عام 1789م عقب اندلاع الثورة الفرنسية ويختلف عن كل الوثائق السابقة أنه أول وثيقة تهتم بحقوق الانسان وتأخذ البعد العالمي حيث تجاوز تأثيره حدود فرنسا وأصبح ركيزة أساسية في كل الدساتير التي كتبت بعد ذلك وقامت هذه الوثيقة على أربعة مبادئ

أساسية :

- يولد الناس ويظلون أحراراً متساويين في الحقوق .
 - حرية الرأي والتعبير .
 - حق المواطنين في إدارة بلادهم .
 - التوازن بين حقوق الافراد وبين مصلحة المجتمع (المصلحة العامة) .
- وضمنت سبع عشر مادة بالإضافة الى المقدمة وقد ضمن هذا الإعلان في الدساتير الفرنسية التي تلت صدوره بدأ من دستور الجمهورية الأولى عام 1793م وحتى دستور الجمهورية الخامسة عام 1958م والأخير زاد على الإعلان عدداً من مواد الحريات العامة التي فرضتها ظروف الرقي وتطور المجتمع الفرنسي .

كل هذه المراحل التي مرت حقوق الانسان مهدت لجعلها محوراً عالمياً تلتف حوله الشعوب وقد ظهر ذلك جلياً في صياغة ميثاق الأمم المتحدة في سان فرانسيسكو عام 1945م هذا الميثاق الذي مهد لصدور الإعلان العالمي لحقوق الانسان في 10 ديسمبر 1948م وهو علامة فاصلة في تاريخ البشرية ككل وليتم صياغة كل جهود الفلاسفة والمناضلين من اجل حقوق البشر في اتفاقيات دولية ملزمة تضع كرامة الانسان وحقوقه فوق كل اعتبار⁽⁷⁷⁾.

استمرار الانتهاكات رغم مرور اكثر من 60 عام على الإعلان العالمي لحقوق الانسان :وجهت منظمة العفو الدولية انتقادات لاذعة واتهامات شديدة للهجة الى الولايات المتحدة والاتحاد الأوروبي لإغفالهما الإعلان العالمي لحقوق الانسان ، وانتقدت انتهاك حقوق الانسان في الكثير من دول العالم بما فيها المنطقة العربية .في تقريرها السنوي عن وضع حقوق الانسان في العالم انتقدت منظمة العفو الدولية ، ومقرها لندن ، العديد من الدول لانتهاكها بنود الإعلان العالمي لحقوق الانسان الذي يحتفل العالم بالذكرى الستين لصدوره هذا العام . ويتحدث التقرير السنوي للمنظمة بالتفصيل عن الانتهاكات للمبادئ التي تبنتها الأمم المتحدة في العاشر من كانون أول / ديسمبر عام 1948 . وذكر التقرير أن البشر مازالوا يتعرضون للتعذيب أو المعاملة السيئة في 81دولة كما يواجهون محاكمات غير عادلة في 54دولة ، مضيعة أن شعوب 77دولة محرومون من حرية التعبير رغم مرور ستة عقود على تبني المجتمع الدولي الإعلان العالمي لحقوق الانسان . في هذا السياق قالت باربارا لوخبيلر ، رئيسة فرع منظمة العفو الدولية في ألمانيا أثناء عرض التقرير السنوي في برلين قائلة «القصة الأكثر مأساوية أنه في 45دولة يقبع أناس في المعتقلات فقط لأسباب سياسية . وفي 24دولة تنفذ عقوبة الإعدام ، بينما تسري فيما لا يقل عن 23دولة قوانين تضطهد المرأة⁽⁷⁸⁾ .

الخاتمة :

فيما سبق تبين مراحل تطور حقوق الإنسان والحريات العامة في العصور القديمة والمتوسطة بالحضارة اليونانية والرومانية وحضارة وادي الرافدين والتي تعتبر محطات أساسية لظهور الأفكار التي تناولت مجالات الحرية ودور الشرائع السماوية (اليهودية والمسيحية والإسلامية) التي جاءت تزخر بالنصوص المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته ودخول هذه الحقوق والحريات في العصر الحديث مرحلة جديدة من مراحل تطورها والتي جاءت تأخذ طابعا دوليا بعد صدور الاعلان العالمي لحقوق الانسان في العاشر من ديسمبر 1948.

النتائج :

خلصت الدراسة لعدد من النتائج والتوصيات والتي منها :

1. لقد تداخلت عوامل كثيرة في عملية تطوير الحقوق والحريات ومن الخطأ الاعتقاد ان الانسان في المجتمعات البدائية كان يعيش في فوضى وانقلاب بل عرفت هذه المجتمعات نوعاً من السلطة الاجتماعية المباشرة .
2. إن اكتشاف نصوص شريعة حمورابي ساعد على التعرف على الكثير من الحقائق والمعلومات التي اعتبرت مصادر لكثير من الباحثين والمؤرخين .
3. الشريعة الإسلامية سبقت كافة الأديان والقوانين الوضعية في تقرير الحقوق والحريات الإنسانية وهي شريعة حية وقابلة للتطور وللتطبيق في كل زمان ومكان .

4. في العصر الحديث دخلت الحريات الأساسية وحقوق الانسان في مرحلة جديدة من مراحل تطورها وهي المرحلة الدولية والذي تمخض بصدور الإعلان العالمي لحقوق الانسان في العاشر من ديسمبر 1948 وهو علامة فاصلة في تاريخ البشرية ككل .

التوصيات :

1. الاستفادة من بعض نصوص الشرائع القديمة مثل شريعة حمورابي واعتباره مصدر من مصادر القانون .
2. التشريع الإسلامي لم يكتفي بتقرير الحقوق وانما عمل على حمايتها وصيانتها بنصوص آمرة فيستوجب على مشرعي القوانين عدم قطع الصلة عن النظام الإسلامي بل العمل على ربط تعاليمه وبالأخص في مجال الحقوق والحريات في جميع مجالات الحياة .
3. رغم صدور الإعلان العالمي لحقوق الانسان والعديد من الاتفاقيات الدولية في مجال الحقوق والحريات الأساسية الا ان البشرية لازالت تعاني من الانتهاكات في اغلب الدول مما يستوجب ضرورة تفصيل النصوص والاتفاقيات الدولية ضمن التشريعات الداخلية للدول
4. ضرورة اعتبار تعزيز وحماية حقوق الانسان وحرياته الأساسية هدفاً ذا أولوية من اهداف الأمم المتحدة وفقاً لمقاصدها ومبادئها .

المصادر والمراجع:

- (1) د. عيسى بريم : حقوق الانسان والحريات العامة مقارنة بين النص والواقع ، دار المنهل اللبناني بيروت ، ط1، (2011م) ، ص104 .
- (2) جان وليم لابييار: السلطة السياسية ، منشورات عويدات ، باريس ، ط3، ترجمة الياس حنا الياس (1983م) ، ص 19 .
- (3) د. صبحي المحمصاني: أركان حقوق الانسان ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط1، (1979م) ص 21 .
- (4) د. عبد الهادي عباس : حقوق الانسان ، ج1، ص 84 .
- (5) د. منصور العواملة : حقوق الانسان وواجباته العامة ، م3، ص113نقلًا عن ، د. محمد يونس الصائغ وآخرون ، ص 29 .
- (6) د. فيصل شطناوي: حقوق الانسان والقانون الدولي الإنساني ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ط2، (2001م) ، ص 22 .
- (7) بول جوردون لورين : نشأة وتطور حقوق الانسان الدولية ترجمة : د. أحمد أمين الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية ، ط1، (2000م) ، ص 29 .
- (8) د. محمد شريف : فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين ، منشورات وزارة الثقافة والاعلام ، بغداد ، ط1، ص 107 .
- (9) موريس كرانستون: اعلام الفكر السياسي ، دار النهار للنشر ، ط3، (1991م) ، ص 15 .
- (10) جان جاك شوفالبيه: تاريخ الفكر السياسي ، من المدينة الدولة الى الدولة القومية ترجمة محمد عريب صاحيلا ، مجد ، ط1، (1985م) ، ص 23 .
- (11) د. فوزي أبو ذياب : المفاهيم الحديثة للأنظمة والحياة السياسية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، (1971م) ، ص 12 .
- (12) د. عدنان حمودي الجليل : نظرية الحقوق والحريات وتطبيقاتها المعاصرة ، القاهرة ط1(1974م)، ص15 .
- (13) 13- كتييل ، ريموند كارفيلد : العلوم السياسية ، ترجمة فاضل زكي محمد ، مكتبة النهضة ، ج1، بغداد 1960م ص 26 .
- (14) د. هاني سليمان الطعيمات : حقوق الانسان وحرياته الأساسية ، الشرق للدعاية والنشر ، ط1عمان الأردن ، (2001م) ، ص 43 .
- (15) د. كريم كشاكش : الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة ، منشأة المعارف الإسكندرية (1976م) ، ص 45_ 46 .
- (16) د. علي عبد المعطي محمد : الفكر السياسي الغربي ، دار المعرفة الجامعية ، ط1، (1980م) ص 90 .
- (17) د. بطرس غالي و د. محمود عيسى: المدخل في علم السياسة ، مطبعة الأنجلو المصرية ط5(1976م) ، ص 51 .
- (18) د. سحر محمد نجيب : التنظيم الدستوري لضمان حقوق الانسان وحرياته دراسة مقارنة في بعض الدساتير العربية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ط1، (2011م) ، ص 28 .

- (19) د. فوزي رشيد : الشرائع العراقية القديمة ، منشورات دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد (1987م) ، ص 25 .
- (20) د. عامر سليمان: القانون في العراق القديم، منشورات دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد (1987م)، ص 91.
- (21) د. سهيل حسين الفتلاوي : حقوق الانسان في حضارة وادي الرافدين ، منشور في جريدة (الجمهورية) في 11/9/2001، ص 3 .
- (22) د. ماهر صالح علاوي الجبوري وآخرون: حقوق الانسان والطفل والديمقراطية مطبعة تكريت (2009م) ، ص 24 .
- (23) د. هاشم الحافظ : تاريخ القانون ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، (1980م) ، ص 42 .
- (24) د. فاير محمد حسين ؛ المجدوب ، طارق: تاريخ النظم القانونية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ط1، (2010م) ، ص 62 .
- (25) د. محمود السقا: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، مكتبة القاهرة ، ط2، (1982م) ، ص 36.
- (26) د. عباس محمد العبودي: شريعة حمورابي دراسة مقارنة مع التشريعات القديمة والحديثة ، دار الثقافة ، عمان ، ط2، (2010م) ، ص 225 .
- (27) د. إسرائيل ، سييلرمان فنكلشتاين ، نيل اش: التوراة اليهودية مكشوفة على حقيقتها ترجمة سعد رستم، صفحات للدراسات والنشر ، دمشق ، (2007م) ، ص 29 .
- (28) سفر الخروج 20/13 .
- (29) سفر الخروج 21/12 .
- (30) سفر الخروج 21/16 ، ص 132 .
- (31) سفر الخروج 21 / 2 ، ص 131 .
- (32) سفر الخروج 21 / 26 ، ص 132 .
- (33) سفر تثنية الاشرع 15 / 13_15 ، ص 325 .
- (34) التفسير التطبيقي للكتاب المقدس ، لندن 2002م ، ص 175 .
- (35) سفر الخروج 15 / 20 ، ص 131 .
- (36) سفر الخروج 22 / 1 ، ص 133 .
- (37) سفر الخروج 22/1 ، ص 133 .
- (38) سفر الخروج 21 / 22 ، ص 134 .
- (39) سفر الخروج 20 / 14 ، ص 130 .
- (40) سفر الخروج 20 / 17 ، ص 131 .
- (41) د. فكري جواد عبد: التلمود وأثره في فكر اليهود ، النجف الأشرف ، (2009م) ، ص 51 .
- (42) د. عبد الرزاق محمد أسود: المدخل الى دراسة الأديان والمذاهب ، بيروت ، (1986م) ، ص 133 .
- (43) د. جبار صابر طه : النظرية العامة لحقوق الانسان ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، ط1 (2009م)، ص 137

- (44) إنجيل متي 13 / 23 .
- (45) إنجيل لوقا 6/35 .
- (46) د. محمد الطراونة وآخرون: القانون الدولي الإنساني ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، عمان (2005م) ، ص 12 .
- (47) د. عماد خليل إبراهيم : القانون الدولي لحقوق الانسان في ظل العمولة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة الموصل ، (2004م) ، ص 14 .
- (48) د. منير حميد البياتي : النظام السياسي الإسلامي مقارناً بالدولة القانونية ، دار وائل للنشر والتوزيع عمان ، ط1 ، (2003م) ، ص 32 .
- (49) إنجيل متي 21 / 22 .
- (50) د. فضل الله محمد إسماعيل : حقوق الانسان بين الفكر الغربي والفكر الإسلامي ، دار الجامعة الجديد الإسكندرية ، (2008م) ، ص 197 .
- (51) د. ثروت بدري: النظم السياسية ، دار النهضة العربية ، ج1 ، (1964م) ، ص 115 .
- (52) د. غازي حسن صباريني: الوجيز في حقوق الانسان وحرياته الأساسية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ط1 ، (1995م) ، ص 17 .
- (53) 53- سورة آل عمران ، الآية 159 .
- (54) سورة ص ، الآية 26 .
- (55) حسن العلكيم : حقوق الانسان السياسية في الإسلام ، مقالة وردت بمجلة الشؤون الاجتماعية ، العدد السادس عشر ، السنة الرابعة ، (1988م) ، ص 43 .
- (56) محمد فؤاد عبد الباقي : المعجم الفهرس لألفاظ القرآن الكريم ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي
- (57) رواه أحمد في مسنده (22978) وصححه الألباني في الصحيحة (2700) .
- (58) أخرجه ابن الجوزي (تاريخ عمر : ص118) .
- (59) د. عبد المجيد النجار: دور حرية الراي في الوحدة الفكرية بين المسلمين ، المعهد العالي الإسلامي في الولايات المتحدة الأمريكية ، سلسلة أبحاث علمية وقضايا الفكر الإسلامي ، ط1 (1992م) ، ص 12 .
- (60) سورة النساء ، الآية 93 .
- (61) سورة النور ، الآية 27-28 .
- (62) سورة البقرة ، الآية 193 .
- (63) سورة الملك ، الآية 15 .
- (64) سورة البقرة ، الآية 256 .
- (65) سورة آل عمران ، الآية 85 .
- (66) مصطفى أبو زيد فهمي : فن الحكم في الإسلام ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص 485 .
- (67) أخرجه الترمذي .

- (68) سورة التوبة ، الآية 122 .
(69) أخرجه البزار (2/360) .
(70) سيد قطب (1967م) : في ظلال القرآن ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ص115 .
(71) سورة المائدة ، الآية 38 .
(72) سورة البقرة ، الآية 275 .
(73) سورة التوبة ، الآية 71 .
(74) سورة النساء ، الآية 7 .
(75) د. محمد عبد الرحمن البكر: حقوق الانسان في الإسلام ، مجلة حقوق الانسان في العالم والوطن العربي ، جمعية الاجتماعيين والحقوقيين في الشارقة ، مطابع البيان التجارية ، الشارقة دولة الامارات العربية المتحدة ، ط1، (1993م) ، ص 97 .
(76) د. مصطفى الطرابلسي ، مقالات وردود في الفكر والثقافة منشور بتاريخ 1مايو 2014 .
(77) مقال منشور بعنوان تطور فكرة الحقوق في العصور الحديثة عبر الرابط
<https://mZtkGjbfBR/summary-view/ar/com.lakhasly/> (78)
(79) مقال منشور بعنوان استمرار الانتهاكات رغم مرور 60عاما على الإعلان العالمي لحقوق الانسان عبر
الرابط <https://ar/com.dw.www/>