

مجلة

القلزم

للدراستات السياسية والقانونية



مجلة علمية دولية محكمة ربع سنوية تصدر عن

مركز بحوث ودراسات دول حوض البحر الأحمر- السودان- بالتعاون مع جامعة البليدة ٢- الجزائر

■ أسباب منازعات الحدود وطرق فضها

د. كيك دينق بوث

■ الضوابط القانونية لفتح الدعوى الجنائية في القانون

أ.عمر بابكر سيد أحمد

■ حوسبة النظام القضائي السوداني التحديات، والمعوقات والحلول

د.سعد مأمون عبد الرحمن أبو علوان-د.محمد حسين حسن حامد-د.أسامة أحمد إبراهيم

■ أحكام التوقيع الإلكتروني وحجته في القانون

د. سيف النصر خوجلي عبد الله

■ ضوابط عقد البيع الإلكتروني.

د. عائشة محمد إسماعيل الأمين

■ التكييف القانوني للتدخل الدولي المعاصر من خلال العمل الإنساني (أزمة دارفور أمودجاً)

د. أحمد إسحق شنب



العدد الثالث- جمادى الأولى 1442هـ يناير 2021م

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

الخرطوم : مركز بحوث ودراسات دول حوض البحر الأحمر 2021
تصدر عن دار القلزم للنشر والتوزيع السودان
ردمك: 1858-9979
الخرطوم- السودان

مجلة القلم للدراسات السياسية والقانونية

الهيئة العلمية والإستشارية

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

هيئة التحرير

المشرف العام
د. نسيم بهلول
رئيس التحرير
د. حاتم الصديق محمد أحمد
نائب رئيس التحرير
د. عوض أحمد حسين شبا
سكرتير التحرير
د. دينا العشري
التدقيق اللغوي
أ. ميرغني ديشاب
الإشراف الإلكتروني
أ. المعز خلف الله
التصميم الفني
أ. عادل محمد عبد القادر

الآراء والأفكار التي تنشر في المجلة

تحمل وجهة نظر كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن آراء المركز

ترسل الأوراق العلمية على العنوان التالي:

هاتف: ٢٤٩٩١٠٧٨٥٨٥٥ - ٢٤٩١٢١٥٦٦٢٠٧١

بريد إلكتروني: rsbcsc@gmail.com

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

موجهات النشر في مجلات القلزم

تعريف المجلة:

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

موجهات المجلة:

1. يجب أن يتسم البحث بالجودة والأصالة وألا يكون قد سبق نشره قبل ذلك.
 2. على الباحث أن يقدم بحثه من نسختين. وأن يكون بخط (Traditional Arabic) بحجم 14 على أن تكون الجداول مرقمة وفي نهاية البحث وقبل المراجع على أن يشار إلى رقم الجدول بين قوسين دائريين (.)
 3. يجب ترقيم جميع الصفحات تسلسلياً وبالأرقام العربية بما في ذلك الجداول والأشكال التي تلحق بالبحث.
 4. المصادر والمراجع الحديثة يستخدم أسم المؤلف، اسم الكتاب، رقم الطبعة، مكان الطبع، تاريخ الطبع، رقم الصفحة.
 5. المصادر الاجنبية يستخدم اسم العائلة (Hill, R).
 5. يجب ألا يزيد البحث عن 30 صفحة وبالإمكان كتابته باللغة العربية أو الإنجليزية
 6. 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.
 5. لا تلتزم هيئة تحرير المجلة بإعادة الأوراق التي لم يتم قبولها للنشر.
- * على الباحث إرفاق عنوانه كاملاً مع الورقة المقدمة (الاسم رباعي، مكان العمل، الهاتف، البريد الإلكتروني).

نأمل قراءة شروط النشر قبل الشروع في إعداد الورقة العلمية

- أسباب منازعات الحدود وطرق فضها.....(10-1)
 د. كيك دينق بوث
- الموت الدماغى بين محاذير ومعايير الفقه والطب.....(28-11)
 أ. د. خالد فايت حسب الله
- الضوابط القانونية لفتح الدعوى الجنائية فى القانون.....(40-29)
 أ. عمر بابكر سيد أحمد
- حوسبة النظام القضائى السودانى التحديات، والمعوقات والحلول.....(66-41)
 د. سعد مأمون عبد الرحمن أبو علوان-د. محمد حسين حسن حامد-د. أسامة أحمد إبراهيم
- التكليف الفقهى للمواطنة والجنسية.....(82-67)
 أ. د. خالد فايت حسب الله
- أحكام التعامل بالنقود الإلكترونية فى الفقه والقانون.....(104-83)
 د. سيف النصر خوجلى عبد الله
- دور التحكيم الإلكتروني فى حل النزاعات التجارية.....(124-105)
 أ. محمد عبد الرحمن حامد-د. علي حسين الجيلاني حسين
- التحكيم كوسيلة من وسائل المنازعات وتميزه عن بعض الأنظمة القانونية.....(134-125)
 د. كيك دينق بوث
- ضوابط عقد البيع الإلكتروني.....(156-135)
 د. عائشة محمد إسماعيل الأمين
- الطبيعة القانونية لجريمة الفساد فى التشريعات الوطنية.....(168-157)
 أ. روعة سر الختم عبدالله عثمان
- بنوك النطف والأجنة.....(182-169)
 د. نوال بشرى أحمد
- التكليف القانونى للتدخل الدولى المعاصر من خلال العمل الإنسانى (أزمة دارفور أمودجاً).....(206-183)
 د. أحمد إسحق شنب محمد
- أحكام التوقيع الالكترونى وحجته فى القانون.....(228-207)
 د. سيف النصر خوجلى عبد الله

كلمة التحرير

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
حالفوا 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 ، وساهمت في تشجيعهم على ذلك.
وأخيراً نأمل أن يجد القارئ الكريم مادة علمية جديدة ومفيدة في عددنا
الثالث من مجلة القلزم العلمية للدراسات السياسية والقانونية ونتمنى في مقبل
أعدادنا مزيداً من التجويد والإتقان.

مع خالص الشكر والتقدير

هيئة التحرير

أسباب منازعات الحدود وطرق فضها

السلطة القضائية
دورة جنوب السودان

د. كيك دينق بوث

المخلص

تناولت الدراسة أسباب منازعات الحدود وطرق فضها. حيث تعد نزاعات الحدود الدولية من أدق النزاعات الدولية وأخطرها على السلم والأمن الدوليين وذلك نتيجة للأهمية الخاصة التي تمثلها الحدود لكل من الدول إذ تحدد تلك الحدود النطاق الإقليمي لكافة الدول ومن ثم تحدد إطار سيادتها الداخلية. تمثلت مشكلة الدراسة في أن ازدياد نزاعات الحدود بين الدول نتيجة لعدم إجراء عمليات التخطيط والترسيم للحدود الأمر الذي أدى إلى توتر الأوضاع وتأزمها بين دول المنطقة، وكادت أن تؤدي المنازعات بين بعض دول المنطقة إلى الحرب مما تطلب ضرورة تسوية المنازعات بصورة سلمية. هدفت الدراسة إلى التعرف على مفهوم المنازعات الدولية. والوقوف على بيان مفهوم وتطور التحكيم. ودراسة دور الطرق القضائية في تسوية المنازعات الدولية بصورة عامة. اتبعت الدراسة المنهج التاريخي وكذلك المنهج الوصفي وأيضاً المنهج التحليلي لتحليل الوقائع والأحداث. توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها النزاعات الحدودية المسلحة، توصل إلى نتائج كارثية مما يجعل اللجوء إلى الوسائل السلمية لحل النزاع أمراً مطلوباً للمحافظة على السلم والأمن في الدولتين. أوصت الدراسة بعدة توصيات منها ضرورة إنهاء المشكلات بين الدول المتجاورة وعدم تصعيدها أو تأجيلها للمستقبل لطبيعة الظروف المحلية والاقليمية التي يمر بها العالم.

Abstract

The study deals with the causes of border disputes and methods of resolving them. Where international border disputes are considered one of the most delicate international conflicts and the most dangerous to international peace and security ، as a result of the special importance that borders represent for each country ، as those borders determine the territorial scope of all countries and then define the framework of their internal sovereignty. The problem of the study is that the increase in border disputes between countries as a result of Conducting planning and border demarcation processes ، which led to tension and crisis among the countries of the region and nearly led to conflicts between some countries of the region to war ، which calls for the need to settle

disputes peacefully. The study aimed to identify the concept of international disputes. And to study the definition of the concept and development of arbitration , and study the role of judicial methods in settling international disputes in general. The study followed the historical method as well as the descriptive method , as well as the analytical method for analyzing facts and events. The study reached a number of results , the most important of which is the armed border conflicts. It reached disastrous results , which makes resorting to peaceful means to resolve the conflict a requirement to maintain peace and security in the two countries. The study recommended several recommendations , including the necessity of ending the problems between neighboring countries and not escalating them or postponing them for the future due to the nature of the local and regional conditions that the world is going through

مقدمة:

تعددت المنازعات بين بني الإنسان وتنوعت مصادرها وأسبابها وأهدافها واختلفت صورها وأشكالها حسب الزمان والمكان، فجاءت الرسائل السماوية ونشأت التقاليد والأعراف والقوانين والأنظمة لتضع الحلول أو التسويات أو القواعد أو الأسس أو الطرق للوصول لتلك الحلول أو التسويات التي تعمل على إنهاء المنازعات بصورة عادلة أو ملائمة أو مقبولة بين أطراف النزاع، ومن تلك المنازعات في العصر الحاضر منازعات الحدود الدولية ومن تلك الطرق لحل هذه المنازعات طريق المفاوضات الدولية.

نظرا لأهمية الحدود في حياة الدول ظهرت المنازعات الدولية على الحدود وتعددت أسباب هذه المنازعات فهناك الأسباب التقليدية المعروفة لمنازعات الحدود الدولية، وهي تلك التي ترجع إلى دوافع اقتصادية أو أمنية أو سياسية أو اجتماعية والتي لا تزال قائمة حتى عصرنا الحاضر، وهناك الأسباب القانونية الحديثة وهي تلك الأسباب المتعلقة بعملية تعيين الحدود أو بعملية تخطيطها.

تعريف الحدود لغة واصطلاحاً

الحدود جمع حد، وتعريف الحد في اللغة « الحد هو النصل بين شيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر ولئلا يتعدى أحدهما على الآخر . وفلان حد يد فلان إذا كانت أرضه إلى جانب أرضه (1) .

وهناك تعريف آخر للحدود في اللغة وهو « الحد هو الحاجز بين شيئين ومنتهى الشيء حده وتميز الشيء عن الشيء » أي أن الحد هو الفاصل أو الحاجز بين شيئين لمنع اختلاطهما أو لئلا يبغى أحدهما على الآخر (2) .

نشأة الحدود الدولية :

لم تعرف الحضارات القديمة مفهوم الحدود، وتعتبر معاهدة فردان nudreV الموقعة عام 348 م ومعاهدة مرسين nisreM الموقعة عام 078 م، من أولى المعاهدات التي اهتمت بهذا المفهوم.

على أن الحدود التي تعرف حالياً ليست دائماً طبيعية، بل هي حدود، دخلت في تكوينها عوامل تاريخية ذات منشأ سياسي، ولا تتعد التقسيمات الاستعمارية عن تقرير حدود الكثير من الدول، فتنقسم سايكس بيكو لبلاد الشام في بداية القرن العشرين جعل من هذه المنطقة خمس دول: سورية، لبنان، فلسطين، الأردن، العراق، ولا تعرف حدود هذه الدول إلا على الخرائط.⁽³⁾

على أن تحديد الإقليم بحدود واضحة لم يعن عملية اعتراف الأمم المتحدة «بالكيان الصهيوني» في قرار جمعيتها العامة رقم 372 تاريخ 11/5/1949 القاضي بقبوله عضواً فيها، فقد تمت الإشارة فقط إلى ضرورة مراعاة أحكام القرار 181 تاريخ 92/11/1947، القاضي بتقسيم فلسطين، مما يدل مرة أخرى على تدخل السياسة في تكييف معطيات قانونية، يعدها أرباب القانون الدولي من أبعدياته، وخاصة فيما يتعلق بأركان تكوين الدولة.⁽⁴⁾

وتعد معاهدات الصلح من أهم الوسائل التي عرفها التاريخ المعاصر لتحديد الحدود الدولية، فمعاهدة فرساي لعام 1919 التي جاءت عقب الحرب العالمية الأولى، ومعاهدات السلم التي عقدت في 51/2/1947، عقب الحرب العالمية الثانية، ساعدت كثيراً على رسم أو إعادة رسم حدود الكثير من دول أوربا الشرقية والغربية.

مفهوم الحدود في القانون

المفهوم القانوني للحدود باعتباره خطأ يعين نطاق سيادة الدولة ويفصل إقليم الدولة عن غيره من الأقاليم¹. هذا المفهوم القانوني الحديث للحدود يختلف عن المفهوم القانوني للحدود في العصر القديم الذي كان عبارة عن مناطق تفصل بين الجماعات وتمثل خطوط دفاع للجماعة تمنع عنها الاعتداءات الخارجية وليس مجرد خطوط فاصلة، فهذا المفهوم يتطور بتطور الجماعة، إذ يعد استجابة للواقع الحضاري للجماعة بكل مكوناته التاريخية والسياسية والاجتماعية والجغرافية .

والحدود كانت في العصر القديم تخضع للقانون الداخلي فقط، إذ كان يجري تعيينها وتحديدتها من جانب واحد وبطريقة تحكيمية، أما في العصر الحديث فيتم وضع الحدود وتخطيطها بالاتفاق بين الدول المعنية بواسطة الاتفاقات والمعاهدات الدولية أو بموجب قرارات التحكيم أو أحكام القضاء الدولي⁽⁶⁾.

طرق ترسيم الحدود وفق القانون الدولي

عرف القانون الدولي ثلاثة طرق لتعيين الحدود:

- تعيين الحدود بصورة منفردة: تحدد دولة ما حدودها بفصل إقليمها عن المجال الدولي،

وهذا ما تقوم به الدول عادة فيما يتعلق بحدودها البحرية، وإن كان التعاقد الدولي يحل شيئاً فشيئاً محل التصرف بإرادة منفردة.

- التعيين الاتفاقي للحدود: تقوم دول متجاورة بعقد اتفاقات ترسم حدودها، بصورة تنهي معها غالباً نزاعات على أقاليم معينة.⁽⁷⁾
- تعيين الحدود بطريقة قضائية أو عن طريق التحكيم الدولي: وذلك عند فشل المفاوضات بين الدول للتوصل إلى اتفاق ترسيم وديّ (توصلت ليبيا وتشاد إلى اتفاق حول الحدود بينهما في 4/51/4991، عقب الحكم الصادر في 4/4/4991 عن محكمة العدل الدولية في الخلاف بين الدولتين بهذا الشأن).
- الأخذ بالحدود التاريخية القديمة: وهذا ما حصل عند انفصال السويد عن النروج عام 5091، بعد انفصام عرى الاتحاد الحقيقي الذي كان قائماً بينهما، وفي بعض الأحيان تحتفظ الدول الحديثة الولادة بالحدود الداخلية القديمة، كما حصل عند انفصال دول أمريكا اللاتينية إلى مجموعة من الدول.⁽⁸⁾
- قد تختار بعض الأقاليم حدوداً مصطنعة جديدة تفصل بينها، وهي خطوط وهمية، ويكون ذلك إما عن طريق إحداثيات فلكية وفق خطوط العرض والطول، وإما عن طريق إحداثيات هندسية تتكون من خط مستقيم يصل بين نقطتين أو من قوس دائرة.
- اختيار حدود طبيعية جغرافية: ومن فوائد هذه الطريقة أنها أكثر الطرق وضوحاً وأقلها إثارة للاعتراضات بين الدول، وهي تعتمد فيما يتعلق بالمناطق الجبلية على رسم خط فاصل يصل بين قمم سلسلة من الجبال، ويدعى هذا الخط بخط القمم.⁽⁹⁾

الأسباب السياسية لمنازعات الحدود

لقد تعددت أسباب المنازعات الحدودية الدولية حيث أصبحت أحد اهتمامات القانون الدولي، وقد تميزت هذه المنازعات عن غيرها من المنازعات الأخرى، بأنها تتعلق بمبدأ سيادة الدولة على إقليمها سواء كبر هذا الإقليم أم صغر، وما يترتب لهذه الدولة على هذا الإقليم من حقوق أو يعود إليها بالنفع المادي أو المعنوي. وقد صنفت أسباب المنازعات الحدودية الدولية من خلال دراسة فقهاء القانون الدولي لها إلى الأسباب التالية:

1- الأسباب القانونية:

في جميع المعاهدات سواء كانت منها حدودية أو غيرها يجب أن تتوفر فيها مجموعة من الأسس الصحيحة التي تحقق صحة إبرامها، كالمعلومات الدقيقة، والعبارات الصريحة والواضحة، وأن تستكمل الإجراءات القانونية لإبرامها سواء كانت السابقة منها أو اللاحقة لها وفق ما أقرته معاهدة فيينا لقانون المعاهدات⁽¹⁰⁾

وقد يؤدي عدم الوضوح في تفسير نصوص المعاهدة إذا كانت حدودية مثلاً إلى تفسير إحدى الدول المتنازعة لنص الاتفاقية بشكل مغاير لما تفسره الدولة الثانية. كما جاء في اتفاقية عام 3191 بين الدولة العثمانية وبريطانيا حول تعيين الحدود العراقية- الكويتية،

الذي تم فيه اعتبار « وادي الباطن » الذي يتراوح عرضه ما بين ميلين وثمانية أميال حداً فاصلاً بين البلدين، ولكن الجانبين قد اختلفا في تفسير هذا النص ما إذا كان خط الحدود يسير إلى جانب الوادي الأيمن أو في الجانب الأيسر أو منتصف الوادي⁽¹¹⁾ كذلك الخلاف الذي نشأ بين الهند والصين حول الحدود، حيث اختلفا في تفسير مفهوم « خط تقسيم المياه » نظراً لوقوع الحدود في منطقة جبلية وعرة، وأنهار تقطع هذه السلاسل الجبلية. لذلك اختلفا في تحديد خط تقسيم المياه بينهما⁽¹²⁾ ومن الأسباب القانونية الأخرى هي عدم اعتراف أحد طرفي النزاع بشرعية الاتفاقية، وحثه في ذلك تستند إلى عدم استيفاء الإجراءات الدستورية والقانونية للمصادقة عليها في دولته، ومثال ذلك عدم اعتراف العراق بمعاهدة الحماية التي وقعها شيخ مبارك مع الحكومة البريطانية عام 9981 بدعوى عدم أحقيته في ذلك لكونه كان تابعاً للدولة العثمانية⁽¹³⁾ الأسباب الاجتماعية

إن للنظم الاجتماعية والعادات والتقاليد تأثير كبير على السكان الذين يقطنون في المناطق الحدودية، فتشابه العادات والتقاليد يؤدي إلى التوافق والائتلاف بين الشعوب المتجاورة خاصة إذا كانوا يتكلمون لغة واحدة أما اختلاف العادات والتقاليد الاجتماعية يؤدي إلى التنافر والفرقة بينهم مما قد يترتب معه إثارة المشاكل الحدودية .

ومن الجدير بالذكر أن وزير الخارجية اليمني عند حديثه عن النزاع الحدودي اليمني جعل هذا العامل من العوامل الرئيسية للنزاع حيث قال : « القبائل لا يعرفوا ما هي الحدود وخاصة إذا كانت القبائل لها امتدادات على جانبي الحدود قد يأتي الخط ليخرج قرية سكانها يمينين إلى الجانب السعودي ويحدث العكس في مكان آخر فكان الاتفاق أنه يمكن أن يزحزح الحد لكي تعود هذه القرية اليمنية إلى الأراضي اليمنية والسعودية إلى الأراضي السعودية⁽¹⁴⁾ »

وجدير بالذكر إن الدين يعد عاملاً مهماً في توثيق الروابط بين المشتركين في دين واحد، فاتحاد الدين والمذهب يؤدي إلى زيادة الألفة أما اختلاف الدين والمذهب في الدول المتجاورة قد يكون مصدراً للمشاكل الحدودية مثل حالة اختلاف المذاهب بين العراق وإيران والدين لم يكن عاملاً في التقسيمات الحدودية ماعدا في حالة واحدة هي حالة تقسيم شبه الجزيرة الهندية إلى الهند وباكستان⁽¹⁵⁾.

الأسباب الاقتصادية

يلعب الحد الحدودي المتنازع عليه دوراً كبيراً في تنازع الدول المتجاورة، وقد يتخذ هذا النزاع أسباباً عدة منها جغرافية أو سياسية أو اقتصادية أو عسكرية وغيرها. فالسبب الجغرافي مثلاً سببه عدم كفاية المعلومات عن الطبيعة الجغرافية الدقيقة لمنطقة الحد المتنازع عليه والذي يؤدي بالتالي إلى نشوب نزاع بين الدول المتجاورة لإدعاء كلا منهما بأحقية ملكية هذه المنطقة. لكن مع التطور الحديث في رسم الخرائط ودقة

المعلومات الجغرافية نتيجة للتقدم في فن المسح الطبوغرافي، أصبحت للخرائط أهمية كبيرة منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر (3). ومع ذلك تبقى طبيعة المنطقة الحدودية من الناحية الجغرافية لها أهمية في إثارة المنازعات الدولية خاصة إذا ارتبطت المنطقة المتنازع عليها بأهمية اقتصادية أو عسكرية أو غيرها من الأسباب المختلفة.

فالسبب الاقتصادي يلعب دوراً مؤثراً إذا وجدت في المنطقة المختلف عليها موارد طبيعية، وقد سبب هذا العامل نتيجة لذلك نزاعات بين الدول المتجاورة سعياً للسيطرة على هذه الموارد. فحقل الرميلة النفطية العراقي الذي يدخل ضمن الحدود الكويتية هو جزء من النزاع العراقي - الكويتي في عام 0991⁽¹⁶⁾

نماذج في حل المنازعات الحدودية

النزاع بين موريتانيا والسنغال

أحييت الأزمة الناشبة بين موريتانيا والسنغال حول مياه النهر الفاصل بينهما جروحاً لم تكن اندملت بعد، لكنها فوق ذلك، اعادت إلى الواجهة طبيعة العلاقات المعقدة القائمة على التعاون الوثيق أحياناً والصراع المكتوم أكثر الأحيان.

ونشبت الأزمة الحالية بسبب قيام السنغال بشق قنوات الهدف منها جر مياه نهر السنغال إلى أحواض جافة في الأرض السنغالية من أجل إقامة مشاريع زراعية. وتقول الحكومة الموريتانية ان هذا المشروع يسبب أضراراً لمشاريعها الزراعية على الضفة اليمنى للنهر، كما يعتبر خرقاً للنصوص المنظمة لتسيير النهر، والاتفاقات السابقة، فيما تقول السنغال ان من حقها تنفيذ مشاريع في أراضيها كما يفعل الآخرون.

وهناك عوامل ربط قوية بين هذين البلدين حكمت عليهما بالتفاهم على الرغم من وجود عوامل أخرى تشجع الخلاف. وعوامل الربط هي الموقع الجغرافي، والعلاقات التاريخية الثقافية والروحية خصوصاً، والانتماء إلى «المجموعة الفرنسية» والمصالح الاقتصادية.

ولا يفصل بين البلدين إلا نهر السنغال الذي يسميه الموريتانيون في أوقات الأزمات «نهر صنهجة». وهو بحكم الحاجة إلى مياهه وأراضيه الخصبة عامل ربط وتنسيق. وهذا ما تم بإنشاء «منظمة استغلال نهر السنغال» التي تضم موريتانيا والسنغال ومالي، وتتولى تسيير مياه النهر، وتنفذ مشاريع مشتركة للطاقة فيه.

لموريتانيا والسنغال علاقات تاريخية مهمة. ويعود الفضل في نشر الإسلام والطرق الصوفية في السنغال إلى العرب الموريتانيين. وخلال الفترة الاستعمارية حكم الفرنسيون موريتانيا انطلاقاً من مدينة سانت لويس السنغالية.

ولدى رحيل الفرنسيين بقي البلدان مرتبطين في ما عرف بالمجموعة «الافريقية الملتغشية» ومجموعة «غرب افريقيا»، وهما مجموعتان تقومان اساساً على الحفاظ على اللغة الفرنسية في المستعمرات السابقة، إضافة إلى الطابع الاقتصادي للمجموعة الاقتصادية لغرب افريقيا التي انسحبت منها موريتانيا قبل اشهر.

وقبل العام 9891 كان الموريتانيون يحتلون المرتبة الثانية بعد اللبانيين في السيطرة على التجارة في السنغال. وكانت لهم السيطرة الكاملة على المحلات التجارية المتوسطة والصغيرة. ومنذ استقلال موريتانيا العام 0691 انفتحت الابواب امام السنغاليين للعمل في مناجم الحديد والذهب. لكن ايضاً في الإدارة والتعليم. وتجنس عشرات الآلاف منهم ما أعطى زخماً عديداً للأقلية الإفريقية الموريتانية، وسمح للسنغال بالتلويح، كلما دعت الحاجة، بورقة الموريتانيين السود. ومن هنا تبدأ عوامل الفصل بين البلدين. فالأزمة الحالية ليست إلا حلقة في سلسلة طويلة من الأزمات الخطرة حيناً والسريعة الخفيفة أحياناً أخرى. وهي الأزمات التي دارت دائماً حول نهر السنغال وسكان الضفة الموريتانية منه.

وعلى الرغم من أن العلاقات بين الرجلين اللذين تسلما من فرنسا إدارة بلديهما العام 0691، وهما الرئيسان السابقان الموريتاني المختار ولد داده. والسنغالي ليوبولد سينغور كانت جيدة، فإن أزمات كانت تنشب دائماً حينما يحاول سينغور تصدير فكرة «الزوجة» العزيزة عليه إلى الضفة الموريتانية من النهر. ولوحت السنغال على الدوام باستخدام ورقة الموريتانيين السود، واستخدمتها أحياناً. وكل ذلك للضغط على موريتانيا من أجل مصالح معينة أو بالتفاهم مع فرنسا التي كانت تتخذ من «حق السود في رفض العربية» وسيلة للدفاع عن اللغة الفرنسية في موريتانيا. ومع كل إصلاح تربوي يعطي العربية مكانة جديدة كانت احتجاجات الموريتانيين السود والمتجنسين السنغاليين ترتفع، فيما تطلق السنغال تحذيرات من أنها لن تقبل الإساءة إلى «الأفارقة الموريتانيين».

لكن أخطر الأزمات هي التي نشبت العام 9891 بعد مواجهات بسيطة بين مربى ماشية موريتانيين سود ومزارعين سنغاليين. وبالرغم من أن المواجهات كانت بين السود من الطرفين فإن السنغاليين هجموا على الجالية العربية الموريتانية في السنغال. فيما شنت وسائل الإعلام السنغالية حملة شرسة ضد «العنصريين الموريتانيين البيض»، ولعب الرئيس السنغالي الحالي عبدالله واد، الذي كان في المعارضة حينذاك، دوراً كبيراً في إشعال الفتنة من خلال تصريحاته التحريضية الملتهبة ومقالات صحيفة حزبه «صوبي». وهزت أحداث 9891 العلاقات بدرجة لم يسبق لها مثيل في تاريخ الطرفين، إذ تعرضت جاليتا البلدين في كل منهما لمذابح بشعة تجاوز ضحاياها مئتي ألف شخص. وفقد الموريتانيون كل ممتلكاتهم في السنغال. كما طرد كل المتجنسين السنغاليين وهرب عشرات الآلاف من الموريتانيين السود الذين أصيبوا بالذعر بعدما تحولت الأزمة من صراع بين بلدين إلى صراع عرقي موريتاني. ولم يغب النهر عن هذه الأحداث، فقد طالبت السنغال بأراض موريتانية تقع على الضفة اليمنى. وعلى الرغم من أن النظامين الموريتاني والسنغالي توصلا إلى حل سكتت بموجبه موريتانيا عن المطالبة بتعويض الموريتانيين عن ممتلكاتهم، والتزمت السنغال التوقف عن التدخل في الشؤون الداخلية لموريتانيا والامتناع عن المطالبة بأراض موريتانية، فإن عودة العلاقات، ودخول السنغاليين من دون عراقيل للعمل في موريتانيا، وفتح الباب أمام الموريتانيين لفتح متاجر جديدة في السنغال، لم تنس الطرفين بعد جروح الاعوام 9891 - 1991. وهذا ما يفسر الهروب السريع للموريتانيين من السنغال وهروب السنغاليين من

موريتانيا مع انفجار الأزمة الجديدة. وساعدت سلطات البلدين وشجعت هذا الرحيل لمنع تكرار تلك الأحداث الأليمة.

الخاتمة

النزاعات الحدود الدولية من أدق النزاعات الدولية وأخطرها على السلم والأمن الدوليين وذلك نتيجة للأهمية الخاصة التي تمثلها الحدود لكل من الدول إذ تحدد تلك الحدود النطاق الإقليمي لكافة الدول ومن ثم تحدد إطار سيادتها الداخلية فمثل هذه الأمور تحتاج للدراسة والبحث المتواصل خاصة وأن العالم قد رفض الحرب كوسيلة غير مشروعة لفض المنازعات الدولية واتجه إلى التأكيد على مبدأ التسوية السلمية لفض المنازعات الدولية؛ وتعتبر الحدود الدولية عنصراً رئيسياً من معطيات الأمن القومي لكل الدول فليس من المتصور أن تفصل سيادة الدولة عن حدودها واستقلال أي دولة لا يتحقق بغير صيانة هذه الحدود ضد العدوان.

النتائج:

1. النزاعات الحدودية المسلحة توصل إلى نتائج كارثية مما يجعل اللجوء إلى الوسائل السلمية لحل النزاع أمراً مطلوباً للمحافظة على السلم والأمن في الدولتين.
2. للمفاوضات الدور المهم دائماً في حل النزاعات القائمة وتقريب وجهات النظر بين الدول المتنازعة
3. المثلث واجه استغلال سياسي خاطئ من الأطراف المحلية و في السودان مما ورث مشكلات أكبر مما تواجدت عام 8591.
4. إلى الآن تظل حلايب بعيدة عن الاهتمام الكافي و يظل الوضع و السيادة هناك مهددان حسب تطورات المشهد .

التوصيات:

1. أوصي بضرورة حل النزاعات الدولية بإحدى الوسائل السلمية .
2. من الأهمية بمكان إتاحة المجال بصورة أوسع للمنظمات الإقليمية لحل النزاعات الدولية، وتوفير الإمكانيات التي تمكنها من أداء دورها في حل النزاعات.
3. بات من الضروري إنهاء المشكلات بين الدول المتجاورة وعدم تصعيدها أو تأجيلها للمستقبل لطبيعة الظروف المحلية والاقليمية التي يمر بها العالم

المصادر والمراجع

- (1) سان العرب، لابن منظور. ج3، ص 214
- (2) القاموس المحيط، للفيروز آبادي. ج2، ص 125
- (3) سيفرين روجومامو، العولة ومستقبل أفريقيا، جامعة القاهرة: برنامج الدراسات المصرية الأفريقية، سلسلة بحوث أفريقية، 2002 م، ص 87
- (4) مختارات المجلة الأفريقية للعلوم السياسية، الدولة: الديمقراطية والأمن في أفريقيا، جامعة القاهرة: برنامج الدراسات المصرية الأفريقية، يناير 2003 م، ص 29
- (5) جابر إبراهيم الراوي _ الحدود الدولية ومشكلة الحدود العراقية الإيرانية .
- (6) زهوة علي أبي بكر السقاف _ مبدأ ثبات الحدود ونهايتها والحدود اليمنية السعودية .
- (7) محمد طلعت الغنيمي _ الوسيط في قانون السلام .
- (8) زهوة علي أبي بكر السقاف _ مبدأ ثبات الحدود ونهايتها والحدود اليمنية السعودية .
- (9) حمدي عبدالرحمن حسن، دراسات في النظم السياسية الأفريقية، جامعة القاهرة: كلية الاقتصاد: سلسلة الكتب الدراسية، 2002 م، ص 97
- (10) عبدالرحمن حسن، التعددية وأزمة بناء الدولة في أفريقيا الإسلامية، القاهرة: مركز دراسات المستقبل الأفريقي، 1996 م، ص 158
- (11) د. ودودة بدران، دراسة العلاقات الدولية في الأدبيات الغربية - مشروع العلاقات الدولية في الإسلام، ضمن د. نادية محمود مصطفى (وآخرون)، المقدمة العامة لمشروع العلاقات الدولية في الإسلام، (القاهرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1996)
- (12) حسن نافعة (وآخرون)، مقدمة في علم السياسة - الجزء الثاني: الدولة والعلاقات الدولية، (القاهرة: كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 2001) ص 129
- (13) د. إسماعيل صبري مقلد، العلاقات السياسية الدولية - النظرية والواقع، (أسبوط، جامعة أسبوط، كلية التجارة، 2001)، ص 91
- (14) أبرام المعاهدات، العطية، د. عصام، القانون الدولي، المكتبة الوطنية، بغداد، 2010، ص114-129
- (15) النجار، د. مصطفى عبد القادر، التاريخ السياسي لعلاقات العراق الدولية بالخليج العربي، مطبعة جامعة البصرة، 1975، ص14
- (16) عبد الوهاب عبد المنعم، جغرافية العلاقات السياسية، مؤسسة الوحدة للنشر والتوزيع، « بدون سنة طبع » ، ص421
- (17) وزارة الخارجية العراقية، حقيقة الكويت، ج1، مطبعة الرابطة، بغداد، 1961، ص10
- (18) قناة العربية - برنامج وثائقي بعنوان « عبدالله »
- (19) زهوة أبي بكر - المرجع السابق ص15
- (20) الراوي، د. جابر إبراهيم، مشكلات الحدود العراقية الإيرانية والنزاع المسلح، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1989 ص97
- (21) د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص968.
- (22) د. إسماعيل صبري مقلد، العلاقات السياسية الدولية، مرجع سابق .
- (23) ميثاق الأمم المتحدة في حل المنازعات حلا سلميا.
- (24) أنظر علي صادق أبوهيف (القانون الدولي العام)، ص 342.
- (25) مجلة الشؤون الأفريقية، المجلد الثالث، العدد التاسع، 2015،
- (26) مجلة شئون الأفريقية، المجلد الثالث، العدد التاسع، 2015،

المراجع

- (1) لسان العرب، لابن منظور. ج3، ص214.
- (2) القاموس المحيط، للفيروز أبادي. ج2، ص125.
- (3) سيفرين روجومامو، العولة ومستقبل أفريقيا، جامعة القاهرة: برنامج الدراسات المصرية الأفريقية، سلسلة بحوث أفريقية، 2002م، ص87.
- (4) مختار المجلة الأفريقية للعلوم السياسية، الدولة: الديمقراطية والأمن في أفريقيا جامعة القاهرة: برنامج الدراسات المصرية الأفريقية، يناير 2003م، ص29.
- (5) جابر إبراهيم الراوي- الحدود الدولية ومشكلة الحدود العراقية الإيرانية.
- (6) زهوة علي أبي بكر السقاف- مبدأ ثبات الحدود ونهايتها والحدود اليمنية السعودية.
- (7) حمدي عبد الرحمن حسن، دراسات في النظم السياسية الأفريقية، جامعة القاهرة: كلية الاقتصاد: سلسلة الكتب الدراسية، 2002م، ص97.
- (8) عبد الرحمن حسن، التعددية وأزمة بناء الدولة في أفريقيا الإسلامية، القاهرة: مركز دراسات المستقبل الأفريقي، 1996م، ص158.
- (9) د. ودودة بدران، دراسة العلاقات الدولية في الأدبيات الغربية- مشروع العلاقات الدولية في الإسلام، ضمن د. نادية محمود مصطفى (وآخرون)، المقدمة العامة لمشروع العلاقات الدولية في الإسلام، (القاهرة، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1996).
- (10) أبرام المعاهدات، العطية، د. عصام، القانون الدولي، المكتبة الوطنية، بغداد، 2010-129.
- (11) النجار، د. مصطفى عبد القادر، التاريخ السياسي لعلاقات العراق الدولية بالخليج العربي، مطبعة جامعة البصرة، 1975، ص14.
- (12) عبد الوهاب عبد المنعم، جغرافية العلاقات السياسية، مؤسسة الوحدة للنشر والتوزيع، «بدون سنة طبع»، ص421.
- (13) وزارة الخارجية العراقية، حقيقة الكويت، ج1، مطبعة الرابطة، بغداد، 1961، ص10.
- (14) قناة العربية- برنامج وثائقي بعنوان «عبد الله».
- (15) زهوة أبي بكر- المرجع السابق ص15.
- (16) الراوي، د. جابر إبراهيم، مشكلات الحدود العراقية الإيرانية والنزاع المسلح، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1989م، ص97.
- (17) د.صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص968.
- (18) د. إسماعيل صبري مقلد، العلاقات السياسية الدولية، مرجع سابق.

الموت الدماغي بين محاذير ومعايير الفقه والطب

كلية القانون
كلية الإمام الهادي

أ. د. خالد فايت حسب الله

Cerebral death between the prohibitions and criteria Jurisprudence and medicine

المستخلص

تهدف الدراسة إلى توضيح آراء كل من الفقهاء والأطباء في موضوع الموت الدماغي، وذلك من خلال المحاذير والمعايير التي وضعت من قبلهم لإثبات حالات الموت الدماغي، والتي جاءت من خلال تعريفهم للموت الدماغي وعلاماته وشروطه والمعايير الدالة عليه، حيث إن موضوع الموت الدماغي أخذ اهتماماً علمياً، فعقدت له الندوات العلمية، وقدمت فيه أوراق فقهية وطبية بينت من خلالها المحاذير والمعايير والضوابط الخاصة به. ويأتي هذا البحث في إطار اهتمام مجمع الفقه الاسلامي السوداني بموضوع موت الدماغ الذي خصصت له ندوة دعي إليها المتخصصون من الأطباء من داخل و خارج السودان إلى جانب أعضاء مجمع الفقه الإسلامي تحت مظلة دائرة العلوم الطبيعية والتطبيقية بالمجمع لمدارسة واستقراء ما كتب في هذا الموضوع تمهيداً لاستصدار فتوى بشأنه (2019 الخرطوم)، ولاسيما أن موت الدماغ بدأت تظهر له جوانب سلبية طبية واجتماعية واقتصادية، خاصة الحالات الميؤوس منها أو التي لا تستجيب للعلاج كما يرى الأطباء الذين طلبوا من مجمع الفقه بيان الأمر من الناحية الشرعية.

Abstract

The study aims to clarify the opinions of each of the jurists and doctors on the subject of brain death, through the caveats and criteria set by them for the introduction of brain death, which came through their definition of brain death and its signs, conditions and standards indicating it, as the subject of brain death was taken Scientific interest, scientific symposia were held for it, and the symposia presented juristic and medical papers in which it outlined the caveats, standards and controls related to brain death, and this research comes within the framework of the interest of the Sudanese Islamic Fiqh Academy on the subject of brain death, for which a

symposium was called for by specialists from doctors from within and Outside Sudan besides the members of the Islamic Fiqh Academy under the umbrella of the Natural and Applied Sciences Department of the Academy to study and extrapolate what was written on this topic and then to issue a fatwa on it 2019 Khartoum, especially since brain death began to show negative medical, social and economic aspects to it, especially cases of the hopeless or those that do not respond to treatment, as the doctors who asked the Fiqh Academy see the matter from the legal point of view.

مقدمة :

يعتبر موضوع الموت الدماغي من المواضيع التي نالت الاهتمام بالدراسة من قبل المتخصصين في المجال الفقهي والطبي، ولا سيما بعد التطور الذي حدث في المجال الطبي والذي ساهم في معالجة العديد من القضايا موضوع التخصص ومن بينها تحديد حالات الوفاة وذلك وفق معايير طبية دقيقة، وسعى الأطباء إلى الفقهاء لبيان هذه الجوانب للمزاوجة بين الجانب الفقهي والطبي، لوضع المحاذير والشروط الخاصة بالموت عموماً والموت الدماغي على وجه الخصوص لأثبات حالة الوفاة، حيث أورد الفقهاء في مباحثهم الفقهية قضايا الموت، وحتى تتكامل الرؤية للخروج برؤية علمية متكاملة (فقهية وطبية) بخصوص موضوع موت الدماغ، فالبحث يمثل ثمرة علمية للقاءات التي تمت بين مجمع الفقه الاسلامي السوداني ومجموعة من الاطباء المتخصصين بخصوص إثبات حالات الموت الدماغي من عدمه.

هدف الموضوع :

يهدف الموضوع إلى بيان وتتبع الشروط والمعايير والمحاذير التي ذكرها الفقهاء والاطباء عند التعامل مع حالات الموت الدماغي والتي من خلالها يقرر بأن الشخص ميت أو يرجى شفاؤه، وهل تنزع الأجهزة ام لا ؟ كما يهدف الموضوع إلى بيان الرأي الفقهي في المسألة والذي استفسر منه الأطباء حتى يستطيعوا التعامل مع هذه الحالة.

أهمية الموضوع :

تأتي أهمية الموضوع من حيث ارتباطه بحياة الإنسان واستمراريتها، فإن تقرير موت الإنسان من خلال الموت الدماغي يحتاج إلى شروط ومحاذير ومعايير فقهية وطبية يقرر بعدها حالة الوفاة من عدمها، وهذا يتطلب التوافق بين أهل الفقه و الطب للتقرير بشأنه، ولما يترتب من مسائل شرعية.

منهج البحث :

بما أن الموضوع يجمع ما بين العلوم الفقهية والطبية، سوف استخدم المنهج المقارن والاستقرائي في معالجة المادة العلمية، باعتبار أن الدراسة تحاول أن تجمع ما بين محاذير

وشروط ومعايير الفقهاء والأطباء في الموضوع لسبر أغواره.

الدراسات السابقة :

يعتبر موضوع الموت عموماً والموت الدماغى من المواضيع التي نالت اهتمام الباحثين و الدارسين قديماً وحديثاً سواء في المجال الفقهي أو المجال الطبي والديانات والفلسفات، كما عقدت له الندوات و الورش المتخصصة في المجمع الفقهية والطبية وذلك لما للموضوع من أهمية تتعلق بنهاية حياة الإنسان، لذا فإن البحث سوف يستفيد من هذه المادة العلمية والتي تعتبر المرجعية للبحث.

هيكل البحث

المبحث الأول: مفهوم الموت

المطلب الأول : تعريف الموت في اللغة

المطلب الثاني : تعريف الموت عند الفقهاء

المطلب الثالث : تعريف الموت عند الأطباء.

المطلب الرابع : علامات الموت.

المبحث الثاني: تعريف موت الدماغ

المطلب الاول :مفهوم موت الدماغ

المطلب الثاني : أسباب موت الدماغ

المطلب الثالث : علامات موت الدماغ

المطلب الرابع : تشخيص موت الدماغ

المبحث الثالث: نزع أجهزة الإنعاش عن الميت دماغياً

المطلب الأول: إيقاف أو نزع أجهزة الإنعاش

المطلب الثاني: الحكم بوفاة الميت دماغياً

المبحث الأول

مفهوم الموت في اللغة والاصطلاح

المطلب الاول: تعريف الموت في اللغة

الموت يعني زهاب القوة من الشيء، ويطلق ويراد به السكون، فكل ما سكن مات، ولذلك يقال ماتت النار أي بردت فلم يبقَ من الجمر شيء، وماتت الريح ركبت وسكنت، والموت ضد الحياة ومن ذلك قوله تعالى (وَيُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا)⁽¹⁾ أي إعادة الحياة للأرض بعد موتها بالتنمية سواء كانت اقتصادية أو زراعية أو بشرية. وجاء ذكر الموت في العديد من الآيات بمفاهيم متنوعة ومن ذلك:

- قال تعالى : (لَيَتَّبِعِي مِتُّ قَبْلَ هَذَا)⁽²⁾ القوة الخفية.

- قال تعالى : (أَوْ مَن كَانَ مَيِّتًا فَأَحْيَيْنَاهُ)⁽³⁾

- قال تعالى: (إِنَّكَ لَا تَسْمِعُ الْمَوْتَى وَلَا تَسْمِعُ الصُّمَّ الدُّعَاءَ) (4)
 - قال تعالى: (وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ) (5).
 - قال تعالى: (اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا وَالَّتِي لَمْ تَمُتْ فِي مَنَامِهَا) (6)

ويطلق النوم على الموت الخفيف أو الثقيل⁽⁷⁾. فالموت ضد الحياة ويقصد به زهاب الحياة أو القوة والحركة من الشيء وسكونه. والموت صفة وجودية تتعلق بال مخلوقات وليس بالخالق قال تعالى (الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ)⁽⁸⁾. فالموت أمر وجودي، لأنه مخلوق. فقد علق الله الخلق به والعدم لا يكون مخلوقاً، لأزلية العدم⁽⁹⁾.

المطلب الثاني : مفهوم الموت عند الفقهاء

1. الأحناف: الموت : صفة وجودية، خلقت ضد الحياة وقيل عدمية.⁽¹⁰⁾
 2. المالكية: الموت: صفة وجودية تضاد الحياة، تزول بها قوة الإحساس والنماء والتعقل، فلا يعري الجسم الحيواني عنهما، ولا يجتمعان فيه.⁽¹¹⁾
 3. الشافعية: الموت: هو عدم الحياة، ويعبر عنه بمفارقة الروح الجسد، وهو عدم الحياة عما من شأنه الحياة، وهو عرض يضادها، الموت مفارقة الروح للبدن.⁽¹²⁾
 4. الحنابلة: هو مفارقة الروح للبدن.⁽¹³⁾
- موت النفوس: هو مفارقتها لأجسادها وخروجها منها، وهناك من عرف الموت بضده ومنهم من عرفه بآثاره ومنهم من عرفه بحقيقته.⁽¹⁴⁾
- الموت له مقدمات تسمى بسكرات الموت أو حالة الاحتضار ولا تعرف إلا بعد حلول الموت فهي في ذلك كمرض الموت، فإن لم تنته بالموت سميت نذر الموت لا سكراته⁽¹⁵⁾. ولا يعتبر المحتضر ميتاً من الناحية الشرعية ولا تسري عليه أحكام الموت إلا بعد توقف كافة الوظائف. فالمفردات المستخدمة لمفهوم الموت عند الفقهاء كلها تفيد بتوقف الحياة عن الجسد سواء كان التوقف للحركة أو للحس أو النمو، مما يجعل وظائف الأعضاء لا تؤدي عملها كلياً، إذن مراحل الموت حياة، احتضار، وموت.

المطلب الثالث: مفهوم الموت عند الأطباء

- إن لحظة الموت أو الوفاة وتحديدها تحديداً دقيقاً هو محل اختلاف، أما مفهوم الموت فهو معروف، كما أن تحديد لحظة الوفاة له ما بعدها من أحكام فقهية وطبية.
- التعريف الطبي القديم للموت: هو توقف الدورة الدموية والتنفس توقفاً لا رجعة فيه.
 - الموت: هو انتهاء الحياة بسبب توقف جهاز التنفس توقفاً تاماً لبضع دقائق.
 - الموت: هو توقف القلب والدورة الدموية والتنفس توقفاً لا رجعة فيه.
 - الموت: هو انتهاء الحياة بسبب توقف جهاز التنفس والدورة الدموية والجهاز العصبي توقفاً تاماً لبضع دقائق وظل هذا التعريف سائداً على الوفيات التي تحدث.
- ولكن بنجاح أول عملية نقل لقلب بشري من إنسان مات مخه عام 1968 م إلى إنسان آخر جعل النظر في التعريف السائد للموت يتغير⁽¹⁶⁾. كما أدى التطور في أجهزة

التخدير والإنعاش وعمليات القلب إلى النظر في التعريف السائد للموت، وإن هذا التعريف يجعل بعض الحالات ليست بحالات وفاة، فالشخص قد يكون في غرفة الإنعاش وقلبه يضرب ويتنفس وعلامات الموت القديمة لا تنطبق عليه⁽¹⁷⁾. فالمرضى من الناحية الطبية يدخل في حالة سكرات الموت أو حالة الاحتضار إذا توقفت الأعمال الحيوية في جسمه نتيجة لتوقف الأجهزة الحيوية (القلب والتنفس والدماغ) توقفاً تاماً لا رجعة فيه، ويصبح الشخص غير قابل للإنعاش الصناعي، فيمكن اعتبار تلك الحالة مرحلة احتضار. ولإزالة الشك يقوم الأطباء بإجراء اختبارات معينة وفق معايير طبية ليتم التأكد من الوفاة. نجد أن تشخيص حالة الوفاة قديماً والتي يحكم بالموت من خلالها هي توقف التنفس أو توقف القلب، ولكن بعد استخدام الأجهزة الحديثة التي تساعد في إعادة التنفس ونبض القلب لم يعد توقف التنفس أو القلب مؤشراً أساسياً للوفاة، وأصبح ليس هناك خلاف في مفهوم الموت ومعاييرها، التي تعتمد على موت الأنسجة والخلايا لا على توقف القلب والتنفس - ولذلك تم التنصيص على عدم الدفن إلا بعد عدد من الساعات.

المطلب الرابع: علامات الموت عند الفقهاء والأطباء

الفرع الأول: علامات الموت عند الفقهاء

عدد الفقهاء علامات الموت في الآتي:

الحنفية: علامات الاحتضار أن تسترخي قدماه فلا تنصبان ويتعوج أنفه، وينخسف صدغاه (انحدار الرأس إلى مركب العين، وهو ما بين العين إلى شحمة الأذن) ويمتدجلد الخصية لأن الخصية تتعلق بالموت وتتدلى جلدتها.⁽¹⁸⁾

المالكية: علامات الموت هي: انقطاع النفس وانحدار بصره، وانفراج شفثيه ولم تنطبقا - سقوط قدماه ولم تنصبا.⁽¹⁹⁾

الشافعية: يجب على أهل الميت إذا مات الميت ألا يعجل أهله بغسله، لأنه قد يغشى عليه فيخيل لهم أنه قد مات، حتى يروا علامات الموت المعروفة فيه وهي: أن تسترخي قدماه ولا تنصبان، وأن ينفرج زندا يديه، ومن علاماته امتداد جلدة الولد مستقبلة (يعني خصاه فإنها تفاض عند الموت) و افتراج زندي يديه، واسترخاء القدمين حتى لا ينتصبان وميلان الأنف، وعلامات سوى هذه فإذا رؤيت دلت على الموت)، أما إذا كان الميت مصعوقاً أو ميتاً غماً، أو محمولاً عليه عذاب، أو حريقاً، أو غريقاً، أو به علة قد تواري بمثل الموت، استونى بدفنه وتموهدحتى يستيقن موته، لا وقت غير ذلك، ولو كان يوماً أو يومين أو ثلاثة، ما لم يبين به الموت أو يخاف اثره ثم غسل ودفن، وإذا أستيقن موته عجل غسله ودفنه.⁽²⁰⁾

الحنابلة: علامات الموت: أن يكون قد مات فجأة فيترك حتى يتيقن موته بانخساف صدغيه وميل أنفه وانفصال كفيه، واسترخاء رجليه.⁽²¹⁾

إذن علامات الموت عند الفقهاء هي:

1. ميل الأنف.
2. استرخاء القدمين وعدم انتصابهما.

3. انخساف الصدغين.
4. تدلي الجلدة وتقليص الخصيتين.
5. انقطاع النفس.
6. إحداد البصر.
7. انفراج الشفتين.
8. امتداد جلده الوجه.
9. انفصال الكفين عن الذراعين.
10. برودة البدن.
11. تغيير الرائحة.⁽²²⁾

الفرع الثاني: علامات الموت عند الأطباء

نجد أن الأطباء وضعوا معايير لعلامات الموت وتتمثل في الآتي:

- (1) توقف النفس ويشمل ذلك توقف حركة الصدر والبطن، عدم سماع أصوات التنفس بالسماعة الطبية عدم تكثف بخار الماء عند وضع المرآة أمام الفم أو الأنف.
- (2) توقف نبضات القلب والدورة الدموية وعلاماته (توقف النبض في الشرايين بحبس النبض عند الشريان الكميري أو الصدغي أو السباتي) توقف القلب بعدم سماع أصواته بالسماعة الطبية.
- (3) توقف سيطرة الجهاز العصبي عن الجسم، وعلاماته (الارتخاء الأول للعضلات وعدم استجابة الميت لأي تنبيه حسي. وتوقف جميع الأفعال المنعكسة وتكون حدقة العين ثابتة ولا تتأثر بالضوء الشديد).
- (4) تغييرات تحدث بالجثة منها (انطفاء لمعان العين غالباً بعد الوفاة، بهتان لون الجثة نتيجة لتوقف الدورة الدموية:
 - برود جسم الميت حيث تفقد الجثة درجة حرارتها.
 - الزرقة الرمية، وهي زرقة ناتجة عن توقف الدورة الدموية، وخاصة في المناطق السفلية للجثة بسبب اتساع الأوعية الدموية السفلية وامتلائها بالدم بتأثير الجاذبية الأرضية. وذلك من خلال الساعات 6 أو 8 الأولى بعد الوفاة
 - التيبس الرمي، ويبدأ بعد ساعتين من الوفاة ويكتمل بعد 12 ساعة، سببه غير معروف على وجه الدقة، ثم يبدأ بالاختفاء بعد 48 ساعة من الوفاة.
 - التعفن الرمي، وهو تحلل أنسجة الجسم بواسطة ميكروبات التعفن وخاصة في الأحشاء ويبدأ التعفن بعد 24 ساعة من الوفاة في الجو الحار وفي فصل الشتاء يتأخر عن ذلك وفي المناطق الباردة يتأخر حدوث التعفن كثيراً.
 - الشمع أو الرمي وهذه الظاهرة تحدث في الجثث الموجودة في الماء لمدة طويلة، حيث لا يحدث تعفن وإنما تتجمد الأجزاء من الجسم) ويحدث هذا بعد 3 أسابيع من الوفاة، ويتم

خلال 16 شهراً التحول إلى مومياء وهو ما يسمى بالتحنط الطبيعي، وهذه الظاهرة تحدث عندما تكون الجثة في مكان جاف شديد الحرارة ويتم هذا التحول خلال 3 إلى 6 أشهر بعد الوفاة).⁽²³⁾

المبحث الثاني

تعريف الموت الدماغي

المطلب الأول: مفهوم موت الدماغ:

يقصد به تعطل جميع وظائف الدماغ، بما فيه جذع الدماغ تعطلاً دائماً⁽²⁴⁾. جاء في قرار المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية أن مفهوم الموت الدماغي يقصد به التوقف الكامل الذي لا رجعة فيه لكل وظائف الدماغ بأجمعه بما في ذلك جذع الدماغ⁽²⁵⁾. يعتبر جذع المخ المركز المسؤول عن استمرار التنفس والدورة الدموية والوعي والإدراك وبتلفه تفقد هذه الوظائف وظيفتها، مما يجعل المريض يدخل في غيبوبة دائمة مع عدم الاستجابة للتنبيه بالألم على أي صورة كان ويتوقف تنفسه، كما أن نبض القلب يتوقف بعد مدة من غيبوبته⁽²⁶⁾، إذا ماتت خلايا الدماغ فإنها لا تجدد ولا يمكن استبدالها بأخرى سليمة، فإن المصاب لا يمكن إن يبقى حياً عندما تتعطل وظائف الأعضاء الأخرى، ولا يمكن علاجه⁽²⁷⁾.

من المعروف أن القلب يضخ الدم إلى أنحاء الجسم وينال الدماغ الأفضلية من ضخ الدم، مما يؤكد ارتباط الدماغ بالقلب، فإذا توقف القلب لسبب ما يتوقف ضخ الدم والأكسجين إلى الدماغ مما يؤدي إلى موت الدماغ بعد عدة دقائق من توقف القلب، كما أن مركز تنظيم دقات القلب هو جذع الدماغ لذلك، إن موت جذع الدماغ يؤدي إلى توقف التنفس، ومن ثم توقف القلب عند عدم الإنعاش، كما إن توقف القلب لا يعتبر نهاية الحياة الإنسانية فيمكن دعمه بمضخات بديله تضخ الدم وتسيره عبر الدورة الدموية، إلا أن موت الدماغ يعني نهاية الحياة لأنه بموت جذع الدماغ لا يمكن إرجاع الخلايا العصبية بجميع الوسائل⁽²⁸⁾، ومما يدل على موت الدماغ قبل موت القلب ما يحدث في عملية الإعدام شنقاً، والذي يتم فيه خلع الفقرات العنقية العليا عن الرأس حيث يوجد جذع الدماغ، وعلى الفور يموت جذع المخ ويتلف المخ من اللحظة الأولى لعملية الشنق. ولو تم التدخل بالأجهزة الحديثة بالإبقاء على الحياة العضوية أكثر من أسبوعين فيمكن أن يموت المخ بينما تعمل الأجهزة في تزويد الجسم بالأكسجين بواسطة أجهزة التنفس الصناعي ويمكن المحافظة على أعضاء الجسم الأخرى خلاف المخ حية مدة من الزمن قد تمتد لعدة ساعات وإلى أسبوعين.

مكونات الدماغ:

يتكون الدماغ من ثلاثة أجزاء هي:

1. المخيخ: وظيفته الأساسية حفظ قوة اتزان الجسم وتنظيم حركة العضلات، فإذا مات المخيخ فإن الإنسان يمكن أن يعيش.
2. جذع الدماغ: ويحتوي على مراكز أساسية للحياة مثل مراكز التنفس والتحكم في القلب والدورة الدموية⁽²⁹⁾. ويمثل جذع الدماغ حلقة الوصل الأساسية بين المراكز العلوية

في الدماغ وهي المخ والمخيخ وبين النخاع الشوكي وبقية أجزاء الجسد وكل ما يصل إلى المخ من إشارات حسية عصبية، أو يخرج منه من إشارات عصبية حركية فلا بد أن يمر من جذع المخ، ويحتوي على مركز تنظيم ضربات القلب ومركز التنفس وتنظيم ضغط الدم والدورة الدموية ومركز تثبيط الحركة وتنشيطها، والسيطرة على الذاكرة، والسلوك، كما أنه يحتوي على ما يسمى بالتكوين الشبكي الذي له دور مهم في الحفاظ على الوعي واليقظة، وله تأثير على وظائف المخ مثل امتصاصه للأكسجين، وكمية الدم الواصلة إليه، لذا فهو يعد الجزء الأساسي في الدماغ، ولا تستقيم الحياة دونه وإذا تعطل تبدأ الوظائف الأخرى للبدن بالتوقف، فيفقد الإنسان الوعي، ثم تتوقف مظاهر الحياة الأخرى من التنفس، ونبض القلب، وعمل المخ وغيرها وإن استمر بعضها في العمل مدة ولو طويلة، إلا أن مآلها إلى التوقف⁽³⁰⁾.

3. المخ هو أكبر جزء في الدماغ ويحتوي على مراكز الحس، والحركة الإرادية والذاكرة والتفكير، والوعي والإدراك.

المطلب الثاني: أسباب موت الدماغ:

يتم تشخيص موت الدماغ وفق معايير طبية منضبطة علمياً وعملياً، لأن معرفة أسباب موت الدماغ والتشخيص الدقيق يساهم في استبعاد الحالات التي تشابه موت الدماغ، فهناك حالات تشابه موت الدماغ مثال المصاب بغيبوبة بعد تناوله لبعض العقاقير، والمسكنات، أو المهدئات، أو مصاباً بالتسمم – أو تكون درجة حرارة جسمه انخفضت عن 35 درجة مئوية، مما يؤدي إلى توقف جذع الدماغ عن القيام بوظيفته، ومن ثم يتوقف التنفس مع وجود الإغماء، ولا تعتبر هذه الأسباب كافية للحكم بموت الدماغ لأن توقف وظائف جذع الدماغ مؤقت ويمكن علاجه، إذ لا يمكن تشخيص موت الدماغ إلا بعد وجود الإغماء والتوقف التام لوظائف الدماغ.⁽³¹⁾

إن معرفة سبب الغيبوبة له أهمية في الحكم على المصاب بكون دماغه ميتاً، ومن أهم أسباب موت الدماغ هي:

1. إصابات الرأس بجرح حاد بسبب حادث سيارة، أو اصطدام الرأس بشيء وذلك لسقوط الشخص من مكان عال، أو إطلاق الرصاص على الرأس، فإذا أصيب الرأس بإصابة شديدة تورم المخ، يؤدي إلى نقص وصول الدم إلى المخ، كما تموت الخلايا العصبية لمركز التنفس.
2. نزيف داخلي بالدماغ لأي سبب من الأسباب وتمثل 20 % من حالات موت الدماغ.⁽³²⁾

المطلب الثالث: علامات موت الدماغ

إن كان للموت العادي علامات، فإن لموت الدماغ علامات منها:

1. أن يكون المريض في غيبوبة دائمة، مع عدم استجابته للتنبية بالألم مطلقاً، ولو كانت قوية ومؤلمة، وتكرر إجراؤها.
2. توقف التنفس التلقائي توقفاً دائماً، ويمكن الكشف عن ذلك بفضل جهاز التنفس الصناعي عن المريض لمدة عشر دقائق، وملاحظة عدم قدرته على التنفس.

3. توقف الوظائف الأساسية لجذع الدماغ.
 4. عدم وجود موجات كهربائية صادرة عن المخ في تخطيط الدماغ الكهربائي.
 5. توقف الدورة الدموية في الدماغ ويمكن ملاحظة هذا بواسطة الأشعة الملونة للشرايين، أو الفحوصات بالنظائر المشعة أو أجهزة التردد الضوئي.
 6. انعدام الحركة الإرادية.
 7. اتساع حدقة العين، وعدم استجابتها للمؤثرات الضوئية وانعدام الانعكاسات من القرنية، وسائر الانعكاسات الصادرة من العينين.⁽³³⁾
- من علامات موت جذع الدماغ التي وضعها الأطباء الآتي:
- (1) أن يكون السبب المؤدي لموت الدماغ معلوماً.
 - (2) الإغماء الكامل وعدم الاستجابة لأي مؤثر.
 - (3) توقف التنفس التلقائي.
 - (4) اتساع صدغه.

المطلب الرابع : شروط ومعايير تشخيص موت الدماغ

أجريت العديد من البحوث الخاصة بموضوع موت الدماغ، وبناءً على تلك الأبحاث والدراسات وضعت له الشروط والمعايير للتحقق من حدوثه وقامت ندوات ومؤتمرات وورش بحثية علمية مشتركة بين الأطباء والفقهاء، ولم تختلف المدارس الطبية في تقرير موت الدماغ، وإنما اختلفت في بعض شروطه، ويرجع هذا الاختلاف لزيادة التأكد من نتيجة التشخيص، وليس راجعاً إلى الشروط الأساسية إذ هي محل اتفاق⁽³⁴⁾. وبناءً على ذلك حددت الأطباء مجموعة من الشروط والمعايير والإجراءات لتشخيص موت الدماغ وتنقسم إلى ثلاثة أقسام هي:

القسم الأول: شروط قبل إجرائه، وتشمل الآتي:

1. أن يكون المصاب في حالة غيبوبة عميقة لا يمكن استفاقته منها.
 2. معرفة سبب الغيبوبة إذا ما كانت ناتجة من حدوث تلف شديد في الدماغ بسبب ضربة شديدة على الرأس، أو ورم كبير داخل الجمجمة، أو انقطاع الدم عن الدماغ، أو جراحة في الرأس، ويتأكد من ذلك بالوسائل التشخيصية.
 3. استبعاد الحالات التي تدل أن المصاب في حالة غيبوبة بسبب تأثير المهدئات والمواد المخدرة أو السموم أو مرخيات العضلات، أو الاضطرابات الغدية، أو هبوط درجة حرارة الجسم تحت درجة حرارة 33 درجة مئوية، أو لم يعرف سببها، ففي مثل هذه الحالات تحدث أعراض مشابهة لموت الدماغ ولكنها تكون قابلة للشفاء بالعلاج المناسب، لذا يجب عدم الخلط بينها وبين موت الدماغ.
 4. أن تكون قد مضت ست ساعات على الأقل من إغماء المصاب.
- القسم الثاني: شروط بعد إجرائه، وتتمثل في الآتي:

- 1) غيبوبة عميقة مع انعدام الإدراك والاستجابة لأي منبه مهما كانت درجته.
- 2) عدم قدرة المصاب على التنفس الطبيعي في أثناء إيقاف مضخة التنفس الصناعي لمدة محددة (والجهاز يبين إذا كان التنفس بفعل الجهاز أم تنفس طبيعي).
- 3) وجود العلامات السريرية لتوقف وظائف جذع الدماغ، وهذا يشمل غياب انعكاس الحدقية والقرنية، ومنعكس السعال أو القيء، والمنعكس البلعومي، وغيرها.
- 4) التأكد من توقف كل وظائف الدماغ توقفاً يستمر مدة الملاحظة، وهي 12 ساعة من تشخيص الغيبوبة، وتزداد مدة الملاحظة إلى 24 ساعة في الأطفال من شهرين إلى سنة، ومن كان دون شهرين فتزداد الفترة إلى 72 ساعة.

القسم الثالث: من يقوم بالتشخيص:

1. أن يقوم بإجراء التشخيص ثلاثة أطباء من ذوي الخبرة في تشخيص حالات موت الدماغ، وفق المعايير والشروط الطبية المتعارف عليها، ويفضل اشتراك طبيب ثالث أو رابع متخصص في الأمراض العصبية. وأن يكون أحد الطبيبين أو الثالث متخصصاً في جراحة الدماغ والأعصاب أو العناية المركزة.
2. ومن المحاذير ألا يكون الطبيب عضواً من أعضاء فريق زراعة الأعضاء أو له مصلحة خاصة في إعلان موت المصاب كأن يكون وارثاً، أو موصى له.

المبحث الثالث

نزع أجهزة الإنعاش عن الميت دماغياً المطلب الأول: إيقاف أجهزة الإنعاش عن الميت دماغياً

الجهاز يقصد به كل ما يؤدي غرضاً حيوياً خاصاً مثل جهاز التنفس والهضم. ويطلق الجهاز على الأداة، فهو ما يؤدي عملاً معيناً كجهاز التقطير وجهاز التبخير. إنعاش الشيء نعشاً: أنهضه وأقامه - نعش الإنسان تداركه من هلكناه، لسان العرب مادة نعش الإنسان. (35)

اختلف العلماء في جواز رفع الأجهزة إلى الآتي:

القول الأول: يمثلته مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية: يجوز رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الميت دماغياً وإن كان القلب والرئة لا يزالان يعملان بفعل الأجهزة المركبة، باعتبار إن من مات دماغه يعد ميتاً وحينئذ فلا فائدة من إبقاء أجهزة الإنعاش مركبة عليه، ولأن الحياة الحقيقية ليست التي تنبعث من الأجهزة وإنما ذلك المعنى المنبعث من كل أجزاء البدن وإذا ثبت هذا فلا يعد فصل أجهزة الإنعاش عنه قتلاً له. كما أن التداوي وبذل الجهد في الشفاء من المسائل التي حثت عليها الشريعة الإسلامية هذا ما يجعل استبقاء أجهزة الإنعاش على الميت دماغياً مظنة الشفاء وتنزع إذا ثبت أنه لا أمل من شفائه، وهذا الأمر يقرره أهل الاختصاص، كما أن الميت دماغياً في حكم الميؤوس من حياته وإبقاء الأجهزة لا فائدة منه. (36)

القول الثاني: عدم جواز رفع أجهزة الإنعاش عن الميت دماغياً، لأن موت الدماغ لا يعد موتاً للإنسان فيأخذ الميت دماغياً حكم الأحياء. قول الدكتور توفيق الواعي، د. عبد الفتاح إدريس، د. علي محمد أحمد⁽³⁷⁾.

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، فهو قول له وجهته العلمية المتخصصة العملية، كما أنه يستند إلى معايير علمية، إلى جانب أن بقاء الإنسان في هذه الأجهزة له من الآثار الاقتصادية والاجتماعية والأضرار الطبية التي ذكرها الأطباء، فلو كان الأطباء يريدون كسباً مالياً لما قالوا بنزع الأجهزة لأن ذلك متحقق ببقاء المريض في الأجهزة.⁽³⁸⁾

المطلب الثاني: الحكم بوفاة الميت دماغياً تنزع الأجهزة للآتي: الحكم بوفاة الميت دماغياً:

نجد أن هناك اتفاق بين أهل الاختصاص من الأطباء إن الشخص يعتبر ميتاً إذا توقف التنفس والقلب عن النبض بعد موت الدماغ⁽³⁹⁾. إن ذلك علامة تدل على موته، إلا أنهم اختلفوا في الحكم بموت الإنسان، أيكون بمجرد موت دماغه إذا شخص وفق الشروط الطبية، أو لا بد من توقف التنفس والقلب عن النبض:

القول الأول:

وهو صادر عن مجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، إن الإنسان يُعد ميتاً بمجرد موت دماغه، وإن لم يتوقف تنفسه وقلبه عن النبض. الدورة الثالثة، صفر، عام 1407 هـ قرار رقم (5) و 86/7/3 بشأن أجهزة الإنعاش، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني ص 809. رؤية إسلامية لبعض المشكلات الطبية المعاصرة، تبنت كامل أعمال الندوة الطبية / التعريف الطبي للموت في الكويت 1417/9/7 هـ ص 915، وقالت به طائفة من العلماء والباحثين منهم مصطفى الوفاء، ود. عمر بن سليمان الأشقر ود. محمد نعيم، والقرضاوي، بما أن الحياة تبدأ في بدن الإنسان بنفخ الروح فيه، فكذاك تنتهي بمفارقة الروح للبدن، وعلامة ذلك أن يكون البدن عاجزاً عن خدمة الروح، وتنفيذ أوامره وقبول آثارها وهذا ما قرره أهل العلم (ابن القيم في تعريفه للروح، الإمام الغزالي إحياء في علوم الدين، قال الإمام الغزالي (معنى مفارقة الروح للجسد انقطاع تصرفها، من الجسد بخروج الجسد من طاعتها فإن الأعضاء آلات الروح تستعملها، حتى إنها تبطش باليد، وتسمع بالأذن وتبصر بالعين، وتعلم حقيقة الأشياء بنفسها) والموت عبارة عن استعصاء الأعضاء كلها، وكل الأعضاء آلات، و الروح هي المستعملة لها...، ومعنى الموت انقطاع تصرفها عن البدن، و خروج البدن عن ان تكون آلة له كما ان معنى الزمانة خروج اليد على أن تكون آلة مستعملة، فالموت زمانة مطلقة في الأعضاء كلها.⁽⁴⁰⁾

إن نهاية الحياة تكون بعجز الجسد عن خدمة الروح والانفعال لها، وهذا متحقق في موت الدماغ، فإن الأعضاء لا تستجيب للروح، ويظهر ذلك في عدم الحس والحركة، أما ما

يظهر من بعض الحركة فإنما هي حركة اضطرارية لا علاقة لها بالروح، وليست ناشئة عنها⁽⁴¹⁾. إن قيام هذه الأعضاء بوظائفها لا يدل على وجود الحياة، فالطب توصل إلى إمكانية زراعة الأعضاء خارج الجسد، وتؤدي نفس الوظيفة الأصلية لها إذا وفرت لها البيئة الملائمة والغذاء المناسب، ونجد أن أهل الاختصاص ذكروا هذه المسائل وإن قيام هذه الأعضاء بهذه الوظائف ليس له فائدة ولا يمكن أن يرجع الحياة إلى الجسد الميت دغامياً⁽⁴¹⁾. إن تردد النفس ونبض القلب لا يكون طبيعياً في حالة الميت دماغياً وإنما يكون في هذه الحالة صادر بمساعدة أجهزة الإنعاش الموصلة ببدنه لذا يلزم فصل الأجهزة برهة من الزمن لمعرفة إن كان النفس ونبض القلب طبيعياً أو بفعل الأجهزة. كما بين الأطباء أن الجهاز يبين أن التنفس والنبض هو طبيعي أو من فعل الأجهزة.

إن موت الدماغ يتبعه تعطل سائر الأعضاء، وقد أثبتت بعض الدراسات توقف القلب عن النبض على الرغم من أن البدن موصل بأجهزة التنفس الصناعي، بعد ساعات أو أيام وكان متوسط المدة ثلاثة أيام⁽⁴²⁾. ما يحدث من انقباضات عضلية لا يعني وجود الحياة فما يحدث إنما هو انعكاسات من النخاع الشوكي وهي وظيفة غير إرادية، فالنخاع الشوكي يتميز بوظيفة يستطيع من خلالها أن يحتفظ بذاكرة لمدة قد تصل إلى ساعات، وأثبتت الأبحاث العلمية إن ما يحدث من تغييرات في النبض، وضغط الدم عند إجراء جراحة لميت الدماغ عند نزع الأعضاء منه، إنما مصدرها رد فعل عكسي للنخاع الشوكي⁽⁴³⁾.

إن القول بأن الأمر قائم على عدم اليقين وإن ما وصل إليه العلم في مسألة الموت الدماغي لا يصل إلى درجة اليقين، يجاب أن الفقهاء حصروا الحالات التي يدور حولها الشك والمحاذير بأن يكون الموت فجأة أو بغرق.... فدعوا إلى الانتظار وعدم التعجل حتى يتيقن من الموت لاحتمال عدم الموت وهو ما قال به الإمام الشافعي. ودعاء الإمام الغزالي إلى عدم الدفن به ليوم أو يومين أو ثلاثة لئلا يكون مغمياً عليه أو غيره مما قاله الإمام الشافعي، ولا يجوز دفنه حتى يتحقق موته. ومتى شك في موته وجب تأخيره إلى التيقن بتغيير ريح أو نحوه، فذكرهم العلامات الكثيرة له إنما تفيد حيث لم يكن هناك شك، وجاء إن كان إكرام الميت الاستعجال بدفنه، اللهم إلا أن يكون موته فجأة أو بصعقة، أو غرق أو سمنة، فلا يستعجل عليه، ويمهل حتى يتحقق موته، ويعدي عليه اليومان، أو الثلاثة، أو يظهر تغييره، فيحصل اليقين بموته، لئلا يدفن حياً، فيحتاط له، وقد وقع ذلك كثيراً. مما تقدم إن الشك والمحاذير تكون في حالات معينة عددها العلماء إذا شك في الموت. إن الفقهاء لم يعتبروا ولم يأخذوا بالحركة الاضطرارية، وإن الحكم بالموت مبني على فقد الإحساس والحركة الإرادية وهذا محقق فيمن مات دماغه، إن فقد الإنسان للإدراك والشعور والقدرة على الاتصال بمن حوله علامة على موته وهو محقق فيمن مات دماغه، فيحكم بزوال حياته الإنسانية، وإنه في حكم الأموات⁽⁴⁴⁾. إن الأطباء متفقون أغلبهم على أن من مات دماغه مات وهم مؤتمنون في هذا الجانب فيجب الرجوع إلى قولهم⁽⁴⁵⁾.

القول الثاني:

لا يعد الإنسان ميتاً بمجرد موت دماغه بل لابد من توقف التنفس والقلب عن النبض، قال بذلك مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي - الدورة العاشرة، 1408/2/24 هـ القرار الثاني بشأن تقرير حصول الوفاة ورفع أجهزة الإنعاش من جسم الإنسان، مجلة قرارات المجمع الفقهي الإسلامي ص 216. وقال به دار الافتاء المصرية الفتاوى الاسلامية 10 \ 3712، وقالت به لجنة الفتوى بوزارة الاوقاف الكويتية /مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث الجزء الثالث، ص 665 - 666. وهو قول جمع من أهل العلم والباحثين وقال به د. توفيق الواعي، بدر المتولي عبد الباسط، الشيخ محمد المختار السلامي - الشيخ عبد القادر العماري، د. محمد المختار الشنقيطي، د. محمد رمضان البوطي - د. يوسف الأحمد - د. عقيل العقيلي، د. عبد الله بن محمد الطريفي، د. علي بن محمد أحمد، د. محمد عبد الغفار الشريف، يرى أصحاب هذا القول إن أصحاب الكهف كانوا فاقدين للإحساس والشعور ورغم ذلك لم يعتبروا في عداد الموتى قال تعالى (فَصَرَبْنَا عَلَى آذَانِهِمْ فِي الْكُهْفِ سِنِينَ عَدَدًا⁽¹¹⁾ ثُمَّ بَعَثْنَاهُمْ لِنَعْلَمَ أَيُّ الْحِزْبَيْنِ أَحْصَى لِمَا لَبِثُوا أَمَدًا⁽⁴⁶⁾). والحكم على الميت دماغياً قائم على فقد الشخص للإحساس والشعور ذلك لا يعتبر كافياً للحكم بالموت. وتم الرد على هذا القول لا يمكن التسليم به لأنه خارج عن سياق ومعطيات الموت الدماغية. إن زوال الإحساس والشعور لم يقل إنه فترة وجيزة أو لبضعة أيام، وإنما هو زوال دائم لا رجعة فيه وليس هناك سبيل لعلاجه. يرى أصحاب هذا القول إن المحافظة على النفس الإنسانية من مقاصد الشريعة، تم الرد عليهم إن ما يقوم به الأطباء ابتداء هو تطبيق لهذا المبدأ وإلا ما كان هناك اجتهاد لصناعة هذه الأجهزة والعديد من البحوث والتي تسهم في المحافظة على النفس، وليس ذلك محل نقاش أو ينكره أحد. يرى أصحاب هذا القول بأن تنفس الشخص أو حركته علامة على حياته، تم الرد على هذا القول إنه لا يتعارض مع القول بأن الموت يثبت بموت الدماغ، إذ إن ميت الدماغ ليس لديه حركة، وما يحدث من تنفس أو حركة بتأثير أجهزة الإنعاش، فالعلماء قالوا يمكن أن يتنفس ويمكن أن ينبض قلبه ولكن بالأجهزة. أما القول بأن الإنسان إذا مات يجب أن يتيقن من موته، هذا ما قال به الأطباء أخذاً بما قال الفقهاء بدفنه بعد ثلاثة أيام إذا كان هناك شك. إن علامات الموت هي عملية لخصر علامات في ذلك الوقت وليس هناك ما يمنع من الإضافة إليها ولا سيما في زمن التطور العلمي. إن الإنسان لا يُحكم عليه بالموت بمجرد موت بعض أعضائه كالدماغ، وإنما يحكم عليه بالموت إذا زالت الحياة عن جميع أعضائه مع الأخذ بعلامات ومعايير الموت.

القول الثالث:

إن من مات دماغه يعد قد استدبر الحياة، وأصبح صالحاً لأن تجري عليه بعض أحكام الموت أما بقية أحكام الموت فيؤجل تطبيقها حتى تتوقف الأجهزة الرئيسية وبهذا صدرت توصية ندوة الحياة الإنسانية بدايتها ونهايتها في المفهوم الإسلامي وذهب إلى هذا الرأي بعض الباحثين. فهو قول أقرب للقول الأول إلا أنه فصل في الأمر. إن القول الراجح

هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول باعتبار أن موت الدماغ يعتبر موتاً للإنسان وذلك أخذاً بالمعايير والمحاذير والشروط في تشخيص الحالة، وهو قول له مكانته العلمية والعملية واثبتته التقارير الطبية، فإن ما يحدث الآن من مرض كورونا فالأطباء هم المرجعية فيه، وعلى الفقهاء الأخذ برأي الأطباء. فقولهم يستند إلى معايير علمية وهم الذين يعملون في هذا الحقل وأقرب للإنسان في هذه الحالة من غيرهم حيث جاءت أقوالهم (إن جميع المرضى الذين ادخلوا مستشفى شخصت حالاتهم بموت جذع المخ مما أدى ذلك إلى وفاتهم جميعاً على الرغم من استمرار العلاج المكثف واستعمال جهاز الإنعاش الصناعي. إن ما توصل إليه رأي المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية هو الصواب. أما إن كان جذع المخ قد مات فلا أمل في إنقاذه، وإنما يكون المريض قد انتهت حياته لو ظلت في أجهزة أخرى من الجسم بقية من حركة فهي بلا شك بعد موت جذع المخ صائرة إلى توقف وخمود. والفقهاء قالوا من أشكل أمره من المرض المتخوف فإنه يرجع في تحديده إلى قول أهل المعرفة وهم الأطباء، إن شككنا في كونه مخوفاً لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة، إذا أشكل مرض فلم يدر مخوف هو أم لا فالرجوع فيه إلى أهل الخبرة والعلم بالطب⁽⁴⁷⁾، وهم أدرى بتقرير حالة الإنسان. ينفي جميع الأطباء ممن يعملون في وحدات العناية المركزة من عادت إليه الحياة بعد موت الدماغ.

يلتقي الفقهاء مع الأطباء في كثير من علامات الموت ومن بينها علامات الموت الدماغي. هناك خلط بين حقيقة الموت وعلامات الموت والأطباء يتفوقون مع الفقهاء في حقيقة الموت فالروح من الأشياء الغيبية التي استأثر بها الله فلا يعرفها أحد ولذلك لا يمكن أن يعرف بها الموت فكيف يكون من علامات الموت خروج الروح من البدن فمن يعلم ذلك كيف تخرج الروح. إن الأطباء وضعوا للمحاذير ولإزالة الشك من خلال تقرير يكتب من ثلاثة أطباء واشترطوا فيهم شروط وتخصص فإذا اختلفوا فسر الشك لصالح الحياة فكيف إزاء مسألة اليقين ويمكن أن يكون هناك من الشروط درجات الخبرة والتخصص وذلك تلبية لمقاصد الشريعة في المحافظة على النفس.

الخاتمة والنتائج والتوصيات:

الحمد لله الذي جعل الموت والحياة ليلبونا ايانا أحسن عملا ونصلي ونسلم على المبعوث رحمة للعالمين والذي قال له الله في كتابة العزيز (إنك ميت وإنهم ميتون) سورة الزمر آية 30.

النتائج:

1. ثبت لنا أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان ولذلك نجد أن موضوع الموت الدماغي من المواضيع المعاصرة والتي يجب أن تستصحب فيها الأحكام الشرعية لما يترتب من أحكام بعد الموت.
2. إن الدين يتفق مع الحقائق العلمية، ولذلك يعتبر الموت الدماغي من اختصاص الأطباء وما يترتب عليه يكون من اختصاص الفقهاء.
3. بين الفقهاء والأطباء حقيقة الموت وشروطه والمحاذير والمعايير الخاصة به، وليس هناك ثمة تباين كبير بين علامات الموت عند الفقهاء والأطباء.
4. موت الدماغ يقصد به تعطل جميع وظائف الدماغ تعطلاً لا رجعة فيه.

5. فرق الفقهاء وعلماء الطب بين الغيبوبة التي تستأنف بعدها الحياة وبين موت الدماغ ولذا حذروا من التسرع في الدفن أو إعلان حالة الوفاة حتى يتم التأكد من الوفاة.
6. إن الإنسان يعد ميتاً بمجرد موت دماغه وإن لم يتوقف تنفسه ونبضه.
7. الأجهزة تبيين إن كان التنفس ونبضات القلب طبيعية أم لا بفصل الجهاز.
8. إذا تحقق موت جذع الدماغ بتقرير من الأطباء المتخصصين جاز حينئذ يتم إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعية.
9. لا يعتبر الشخص ميتاً بمجرد الغيبوبة عدا حالات موت جذع الدماغ.
10. إن من مات جذع دماغه وتحلل وكان ميؤوساً من شفائه تحدده التقارير الطبية ولا تفيده الأجهزة الداعمة لدورتي الدم والتنفس معاً.
11. يجوز نزع أو رفع الأجهزة عن الشخص الذي يحكم عليه الأطباء بأنه ميت دماغياً.
12. هناك من فرق بين السكتة الدماغية والموت الدماغي، فالسكتة الدماغية خلل مفاجئ في تدفق الدم في جزء من الدماغ نتيجة جلطة دموية تصل إلى الدماغ من أي مكان في الجسم أو امتداد انسداد أوعية دموية في الدماغ، أو تمزق أوعية دموية بالدماغ، وحدث نزعة دموية نتيجة لارتفاع ضغط الدم. مما يؤدي إلى موت خلايا الدماغ في المساحة المتضررة، مما يترتب عليه حدوث إعاقة في وظيفة معينة من الجسم التي يقوم بها الجزء الذي أصابه الضرر في الدماغ مثل الشلل النصفي وفقدان النطق والبلع، واستطاع الأطباء علاج كثير من هذه الحالات فيمكن الإسعاف ما دام الدماغ حياً.
13. الفرق بين موت القلب وجذع الدماغ إن موت الجذع لا يمكن إرجاع الخلايا العصبية بشتى الوسائل، خلاف إذا ما توقف القلب لا يعتبر نهاية للحياة الإنسانية ويمكن إرجاعه بمضخة ومع ذلك ستستمر حياته وفكره وعاطفته وإدراكه.

التوصيات:

1. نوصي بوضع تشريع خاص لحالات الموت الدماغي يجمع فيه ما بين آراء وشروط ومعايير الفقهاء والأطباء ليكون مرجعية للتقرير بشأن حالة الموت الدماغي،
2. نوصي بوضع شروط وضوابط لتشخيص وتحديد الموت الدماغي.
3. نوصي بإجراء الدراسات الفقهية والطبية بشأن رفع أجهزة الإنعاش ونقل الأعضاء، مع وضع تشريع لذلك.
4. نوصي بالتنسيق والتعاون بين الفقهاء والأطباء في هذه القضايا كل في تخصصه حيث يقوم علماء الشرع بوضع المبادئ والمبادئ والشروط التي حددها الشرع، ومن ثم يأخذون بالبحوث والنتائج والملاحظات والمعايير التي يتوصل إليها الأطباء ما داموا هم أهل اختصاص وثقة وإن عملهم ليس فيه ما يخالف الشرع.
5. نوصي بإسناد التشخيص في حالة موت الدماغ إلى عدد مقدر بثلاثة من الأطباء من أهل الخبرة والتنوع في التخصص وذلك وفق شروط ومعايير دقيقة ففي حالة عدم تطابق التقارير يفسر الشك لصالح الحياة ولا تنزع الأجهزة.

المصادر والمراجع:

- (1) الطب الشرعي النظري والعملي، د. محمد عبد العزيز النصر، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة.
- (2) ندوة التعريف الطبي للموت، المنعقدة في الكويت في الفترة ما بين 7-9 شعبان 1417، الموافق 17 - 19 ديسمبر
- (3) المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية، الكويت.
- (4) بحث ثوب الحياة و الموت، د. عبد المنعم عيد؛ بحث موت الدماغ التعريفات و المفاهيم، د. عدنان خريبط؛ بحث موت جذع النخاع؛ بحث نهاية الانسانية، د. اسمهان شلبي؛ بحث، د، الشيخ صالح موسى شرف؛ بحث الافكار القديمة و الحديثة حول تحديد الموت، د. حسن حسن علي؛ بحث الفرق بين الموت الإكلينيكي و الموت الشرعي، د. محمد البار؛ بحث وفاة الانسان من الناحية العلمية ومقارنتها بالمفهوم الشرعي، د. مختار المهدي؛ بحث تعريف الموت، د. فيصل عبد الرحيم شاهين؛ بحث تحديد المفهوم الحديث لموت الدماغ، د. صفوت حسن لطفي؛ بحث تعريف الموت، د. فيصل عبد الرحيم شاهين؛ بحث التعريف العلمي الطبي للموت، د. عبد الرؤف محمد سلام.
- (5) ندوة الحياة الانسانية بدايتها ونهايتها في المنهج الاسلامي، المنعقدة بتاريخ 24 ربيع الاخرة 1405هـ، 5 يناير 1985، ط1؛ بحث حقيقة الموت والحياة في القران والاحكام الشرعية، د. توفيق الواعي؛ نهاية الحياة الانسانية في ضوء اجتهادات العلماء المسلمين والمعطيات الطبية، د. محمد نعيم ياسين؛ نهاية الحياة الانسانية في نظر الاسلام، الشيخ بدر متولي عبد الباسط؛ بحث د. مصطفى صبري اردغو؛ بحث د. محمد الأشقر؛ نهاية الحياة البشرية، بحث د. احمد شوقي إبراهيم؛ بحث القلب وعلاقته بالحياة، د. احمد القاضي.
- (6) المرجع نفسه.
- (7) نقل الاعضاء بين الطب و الدين، د. مصطفى محمد، ط 6، دار الحديث القاهرة.
- (8) المرجع نفسه.
- (9) نقل الاعضاء الادمية في ضوء الشريعة الاسلامية و الطب و الواقع، د. ابو الوفاء عبد الاخر، شركة الصفاء للطباعة، مصر.
- (10) المرجع نفسه.
- (11) ابحاث اجتهادية في الفقه الطبي، د. محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- (12) المرجع نفسه.
- (13) مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، لابي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي الشهير بالحطاب، دار الفكر، بيروت.
- (14) روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحي الدين يحيى بن شرف النووي، اشراف زهير

المكتب الإسلامي، بيروت.

- (15) المعجم الوسيط قامبإخراجه د. ابراهيم انيس وآخرون
- (16) الام، للأمام ابي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، تحقيق محمود مطر، دار الكتب العلمية، بيروت.
- (17) الهداية، للشيخ الامام ابي الحطاب محفوظ بن احمد، مطابع التصميم
- (18) المجموع شرح المهذب، للأمام ابي زكريا محي الدين بن شرف النووي، دار الفكر بيروت.
- (19) الطب القاضي وادأب المهنة الطبية، نوري حسن، جمهورية العراق وزارة التعليم العالي.
- (20) الموجز في الطب الشرعي، د. محمود مرسي عيد، د. بحر كامل، مؤسسة شباب الاسكندرية.
- (21) المرجع نفسه.
- (22) معجم مقاييس اللغة، لابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الجيل.
- (23) تفسير القرآن العظيم، لابي الفداء اسماعيل ابن كثير، تحقيق عبد العزيز غنيم ومحمد احمد عاشور، و محمد البناء، مكتبة الشعب القاهرة.
- (24) روح المعاني في تفسير العظيم و السبع المثاني، لابي الفضل شهاب الدين محمود الالوسي البغدادي، دار احياء التراث العربي بيروت.
- (25) تفسير مفاتيح الغيب، الفخر الرازي
- (26) حاشية الخرخشي على مختصر خليل، لابي عبد الله محمد بن عبد الله الخرخشي، دار الكتاب الاسلامي بالقاهرة.
- (27) مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، محمد الشربيني الخطيب، المكتبة الفيصلية بمكة.
- (28) كشف القناع عن متن الاقناع، منصور بن يونس البهوتي، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال المصلحي هلال، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.
- (29) لروح، لابي عبدالله محمد بن ابي بكر المشهور بابن قيم الجوزية، دار القلم بيروت.
- (30) داية والنهاية، لابن الاثير.
- (31) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المطبعة الاميرية ببولاق مصر.
- (32) المرجع نفسه.
- (33) موت الدماغ، لفضيلة الشيخ عبدالله بن محمد بن احمد الطريفي.
- (34) المرجع نفسه.

- (35) موت القلب، د. محمد علي البار، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة.
- (36) المرجع نفسه.
- (37) احكام الجراحة الطبية والآثار المرثية عليها، د. محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مكتبة الفيصل الطائف.
- (38) المرجع نفسه.
- (39) الوفاة وعلاماتها بين الفقهاء والاطباء، د. عبدالله بن صالح الحديثي، دار المسلم الرياض.
- (40) المرجع نفسه.
- (41) احكام فقهية في قضايا طبية معاصرة د. محمد نعيم ياسين، دار النفائس بالأردن.
- (42) المرجع نفسه.
- (43) احكام نقل الاعضاء في الفقه الاسلامي، د. يوسف الاحمد، دار كنوز اشبيليا الرياض.
- (44) المرجع نفسه.
- (45) سورة الكهف، الآيتين 11-12.
- (46) قضايا فقهية معاصرة د. محمد رمضان البوطي، مكتبة الفارابي.

الضوابط القانونية لفتح الدعوى الجنائية في القانون

باحث

أ. عمر بابكر سيد أحمد

مستخلص:

هدفت هذه الدراسة إلى تعريف ضوابط وقيود فتح الدعوى الجنائية. وأن تلك الضوابط والقيود عند مخالفتها تؤدي إلى بطلان الإجراءات الجنائية ابتداءً من فتح الدعوى الجنائية. كما تهدف الدراسة إلى بث الوعي والالتزام بتلك الضوابط والقيود وإزالة القيد بالطريقة التي حددها القانون. تمثلت أهمية الدراسة في عكس حقيقة قانونية مهمة هي أن حق النيابة الجنائية أو الشرطة الجنائية في فتح الدعوى الجنائية ليس حقاً مطلقاً، بل ترد بعض الضوابط والقيود وأن الغرض منها هو حماية المصلحة العامة وليس مساعدة الجناة في الإفلات من المسؤولية أو الإخلال بمبدأ المساواة أمام القانون، وكذلك فإن على النيابة الجنائية التزام قانوني ويتمثل في عدم إصدار أمر بفتح الدعوى الجنائية في حالة وجود القيد إلا بعد إزالته بالطريقة التي حددها القانون. تمثلت مشكلة الدراسة في الغموض الذي يعتري قانون الإجراءات الجنائية حول الضوابط والقيود لفتح الدعوى الجنائية، وهل هي سلطة لنيابة أم الشرطة؟ اتبعت الدراسة المنهج الوصفي الاستقرائي زائداً المنهج المقارن. من أهم نتائج الدراسة أن سلطة النيابة الجنائية في فتح الدعوى الجنائية هي سلطة ليست مطلقة بمعنى أنها في بعض الحالات تكون مقيدة وتنحصر تلك القيود في الشكوى والإذن والطلب. أوصت الدراسة بضرورة الحصول على إذن من جهة معينة قبل فتح الدعوى الجنائية حفاظاً على الوقت والجهد وضماناً لصحة الإجراءات الجنائية المتخذة.

Abstract

This study aims to identify the controls and restrictions for filing a criminal suit, and that those controls and restrictions, when violated, lead to the nullity of criminal procedures ab initio. The study also aims to raise awareness and commitment to those controls and restrictions and to remove the restriction in the manner specified by the law. The importance of the study is represented in reflecting an important legal fact, which is that the right of the criminal prosecution or the criminal police to file a criminal case is not an absolute right, but rather some controls and restrictions are

set and the purpose thereof is to protect the public interest and not to help the perpetrators escape responsibility or violate the principle of equality before the law. Likewise, the criminal prosecution has a legal obligation not to issue an order to file a criminal case in the event of a legal restriction existence, except after removing the same in the manner specified by the law. The problem of the study is represented in the ambiguity in the Criminal Procedure Law regarding the controls and restrictions for filing a criminal case and is it the power of the prosecution or the police? The study followed the descriptive inductive approach in addition to the comparative approach. One of the most important results of the study is that the authority of the criminal prosecution to file criminal cases is not an absolute power, meaning that in some cases, it is restricted and those restrictions are limited to the complaint, permission and proceeding. The study recommended the necessity to obtain permission from a specific authority before filing a criminal case, in order to preserve time, effort and to ensure the validity of the criminal procedures taken.

مقدمة:

الأصل أن النيابة العامة هي الجهة المختصة قانوناً بفتح الدعوى الجنائية بناءً على علم أو بلاغ أو شكوى تقدم من الشخص المجني عليه، وتكمن الحكمة من وراء تولي النيابة الجنائية تلك الوظيفة في أنها الجهة الأمينة على مصالح المجتمع وأمنه. وقد قيد قانون الإجراءات الجنائية اختصاص فتح الدعوى الجنائية في أحوال معينة بالرغم من توافر أركان الجريمة من الناحية المادية وهي أحوال يرى فيها المشرع أن المصلحة العامة تقتضي التأني في فتح الدعوى الجنائية لحين تقديم شكوى من المجني عليه أو طلب كتابي من الجهة أو المصلحة التي وقعت فيها الجريمة وأضرت بمصالحها أو الحصول على إذن من الجهة التي ينتمي إليها المتهم، ويرجع الأصل التاريخي لفكرة ضوابط وقيود فتح الدعوى الجنائية إلى القانون الروماني، حيث كان يفرق بين الجرائم الخاصة والعامة. ترفض قبول نظر الدعوى الجنائية أمامها.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في الغموض الذي يعتري قانون الإجراءات الجنائية حول الضوابط والقيود لفتح الدعوى الجنائية وهل هي سلطة النيابة أم الشرطة؟

أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية الدراسة في عكس حقيقة قانونية مهمة هي أن حق النيابة الجنائية أو الشرطة الجنائية في فتح الدعوى الجنائية ليس حقاً مطلقاً، بل ترد بعض الضوابط والقيود الغرض منها هو حماية المصلحة العامة وليس مساعدة الجناة في الإفلات من المسؤولية أو الإخلال بمبدأ المساواة أمام القانون، وكذلك فإن على النيابة الجنائية التزام قانوني ويتمثل في عدم إصدار أمر بفتح الدعوى الجنائية في حالة وجود القيد إلا بعد إزالته بالطريقة التي حددها القانون.

أهداف الدراسة:

تكمن أهداف الدراسة في تعريف ضوابط وقيود فتح الدعوى الجنائية، كما أنه ليس للنيابة الجنائية أو الشرطة الجنائية الحق المطلق في فتح الدعوى الجنائية وأن تلك الضوابط والقيود عند مخالفتها تؤدي إلى بطلان الإجراءات الجنائية ابتداءً من فتح الدعوى الجنائية. كما تهدف الدراسة إلى بث الوعي والالتزام بتلك الضوابط والقيود وإزالة القيد بالطريقة التي حددها القانون.

وتهدف الدراسة إلى توضيح أن هذه الضوابط والقيود ليست لحماية الجناة من الإفلات من العقاب أو المسؤولية الجنائية ولكنها وضعت لحماية أصحاب الحصانات الموضوعية والإجرائية من جراء الإجراءات الكيدية التي يتعرضون لها أثناء تأدية مهامهم الموكلة إليهم.

منهج البحث:

يتبع البحث المنهج الوصفي الاستقرائي والمنهج المقارن.

المطلب الأول

تعريف الدعوى الجنائية

أولاً: في اللغة:

نجد أن مصطلح الدعوى الجنائية مركب ذو شقين فالدعوى في اللغة جاءت بعدة معاني هذا بيان المعاني اللغوية التي يستعمل فيها هذا اللفظ تظهر أهميته في توضيح العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، إذ لا بد من ارتباط المعنى الاصطلاحي بالمعنى اللغوي الذي وضع له اللفظ برابط ما.

الدعوى لغة:

اسم من الإدعاء أي لما يدعى ويجمع على دعاوى.

1. دعاوي - بالفتح - ورجحه بعضهم لأن فيه تخفيفاً.
2. دعاوى - بالكسر - ويفهم من كلام سيبويه أنه الأَوَّلَى ، بناءً على أن ما بعد ألف الجمع لا يكون إلاً مكسوراً.

وتطلق على الدعوى عدة إطلاقات ترجع أغلبها إلى معنى « الطلب » وأقرب هذه الإطلاقات عند الفقهاء.⁽¹⁾

أ. الطلب والتمني⁽²⁾ نحو قوله تعالى (لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مِمَّا يَدْعُونَ)⁽³⁾.

ب. أي يطلبون أو يتمنون.

ج. وتستعمل بمعنى الدعاء ومنه قوله تعالى (دَعْوَاهُمْ فِيهَا سُبْحَانَكَ اللَّهُمَّ وَتَحِيَّتُهُمْ فِيهَا سَلَامٌ)⁽⁴⁾.

د. الزعم والشاهد في قوله تعالى (وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا)⁽⁵⁾.

هـ. وتستعمل بمعنى إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً سواء بالملك أو بالاستحقاق كان بطريق المنازعة أو المسالمة كقوله هو لي أو ملكي وهنا عرفها بعضهم بقول : (قول يقصد به الإنسان إيجاد حق على غيره لنفسه)⁽⁶⁾.

و. والدعوى لغة: اسم من الأدعاء، أي لما يدعى، ويُجمع على دعاوي بالكسر ويفهم من كلام سيبويه أنه الأولى، بناءً على أن ما بعد ألف الجمع لا يكون إلا مكسوراً⁽⁷⁾.

تعريف الدعوى الجنائية في الإصطلاح:

نجد أن هناك عدة تعريفات للدعوى الجنائية منها « مجموعة من الإجراءات الجنائية التي يواجه بها الشخص سبب ارتكبه فعلاً قد يشكل جريمة والتي يتضح من البيئات عما إذا كانت جريمة يعاقب عليها القانون أم لا فيخلى سبيله⁽⁸⁾

وأيضاً: ما يوجه به أي شخص طبيعياً كان أو اعتبارياً بإجراءات جنائية وذلك لارتكابه فعلاً قد يرقى إلى تشكيل جريمة من الجرائم في أي قانون عقابي سواء كان القانون الجنائي أو غيره من القوانين العقابية⁽⁹⁾.

وقد عرف المشرع السوداني الدعوى الجنائية بأنها:

« مواجهة أي شخص بإجراءات جنائية بسبب ارتكابه فعلاً قد يشكل جريمة⁽¹⁰⁾ فالدعوى الجنائية هي دعوى ناجمة من مخالفة للأحكام الواردة في القانون الجنائي أو أي قانون آخر مكمل له كقانون المخدرات والمؤثرات العقلية 1994م وقانون حركة المرور 2010م. ونلاحظ من التعاريف السابقة أن الدعوى الجنائية تتميز بخصائص معينة نجملها في الآتي:

1. أنها دعوى متولدة من ارتكاب الجريمة، فكل من ارتكب فعلاً يعد جريمة في نظر الشارع يجب ملاحقته وإنزال الجزاء المناسب عليه تحقيقاً للردع العام والخاص.
2. إنها دعوى مرتبطة بالضرورة بفكرة الضرر، فهي دعوى يمكن فتحها بمجرد مخالفة أو خرق قواعد القانون الجنائي بغض النظر عما إذا كان هناك ضرر متولد من الجريمة المرتكبة أم لا.
3. إنها دعوى ذات طابع اجتماعي تباشرها النيابة الجنائية باسم المجتمع باعتبارها مرتبطة بفكرة الصالح العام.⁽¹¹⁾

1 / تعريف الدعوى في اصطلاح الفقهاء

تعتبر الدعوى عند فقهاء الشريعة تصرفاً قولياً له شروط خاصة، متى ما استكملت تحققت آثار الدعوى شرعاً، وبناءً على هذه الحقيقة جاءت تعريفاتهم لها متقاربة: أ- فمنهم من عرفها بأنها طلب أو مطالبة، نظراً إلى مضمونها دون لفظها آخذين بعين الاعتبار أن هدف المدعي من إخباره أمام القاضي هو المطالبة بالحق أولاً شتراطهم احتواء الدعوى على لفظ طلب. ومن هذا:

تعريف الحنفية إذ قالوا في تعريفها: (مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثوبته)⁽¹²⁾ والمراد بالحق هنا حق العباد، ومن له الخلاص هو القاضي، لاختصاصه بالنظر في الخصومات وإصدار الأحكام. ومنه مجلة الأحكام: (طلب إنسان حقاً على غيره لدى الحاكم)⁽¹³⁾.

والحق هنا يشمل الحق الوجودي والحق العدمي إذا قصد الحق بمعناه الواسع والوجودي يعني مختلف أنواع الحقوق من ملكية ونحوها. والعدمي يراد به حق الإنسان في أنه لا يتعرض أحد لحقه الوجودي، فيدخل فيها دعوى منع التعرض لأنه طلب حق عدمي، وهو طلب الإنسان عدم التعرض لحقه لدى الحاكم. ويؤخذ على التعريف عدم المنع، لدخول دعوى الفضولي فإنه يطالب بحق على غيره لدى القاضي، غير أن طلبه ليس لنفسه إنما لغيره، وهي دعوى بالمعنى الاصطلاحي، وإن كانت داخلية في المفهوم اللغوي للدعوى، إلا أن المراد - هنا هو المعنى الإصطلاحي لا المفهوم اللغوي.

2 / تعريف الدعوى في القانون :

يربط القانونيون تعريف الدعوى بعلاقتها بالحق الذي تحميه، فاختلفوا في تحديد مفهوم الدعوى، كما اختلفوا في العلاقة بينها وبين الحق الذي تحميه، فجاءت آراؤهم وفقاً لما يلي: الرأي الأول: تعتبر الدعوى والحق الذي تحميه شيئاً واحداً، وذلك في حالة واحدة هي حركته عند تعرضه لإعتداء أو إنكار، وبناءً عليه يجوز تسمية الحق في ملكية عين ما إذا اعتدي عليه بدعوى الملكية، لأن الحق والدعوى يتحدان عندهما ركناً وموضوعاً وسبباً وشرطاً، ويولدان معاً بالصفات نفسها، وهؤلاء هم أصحاب النظرية التقليدية. ويعرف أصحاب هذه النظرية الدعوى بأنها: (حق الالتجاء إلى السلطة القضائية للاستعانة بها على تقرير الحق).⁽¹⁴⁾

ثانياً : حكم الدعوى:

يتضح حكم الدعوى من أنها تصرف مباح، فهي ليست وأجبه على الأفراد ويلزم من هذا الحكم ألا يُجبر المدعي على الدعوى إذا تركها⁽¹⁵⁾ يستدل على مشروعية الدعوى من الآيات المصرحة بوجود الحكم بين الناس بشرع الله عز وجل إقامة العدل ورفعاً للظلم ونشراً للأمن والطمأنينة بين الناس، وذلك يكون عند التنازع بين الناس ورفع الأمر للقضاء للفصل فيه، وفي ذلك دليل على مشروعية الدعوى.

من ذلك قوله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) (16)
 وقوله تعالى: (وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) (17).
الدليل على مشروعية الدعوى من السنة:

الأصل في مشروعيتها قول النبي ﷺ: (لو يعطي الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر) (18).
 وجه الدلالة من الحديث في قوله: (البينة على المدعى) وهو نص على أن مقيمها مطالب بالبينة، وذلك دليل على مشروعية الدعوى، لأن مقيمها يطالب بالبينة ما لم تكن إقامتها مشروعة. ﷺ

ومنها ما ورد عن أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: (جاء رجلان يختصمان في موارث بينهما قد دُرست ، ليس بينهما بينة فقال رسول الله ﷺ: (إنكم تختصمون إلي رسول الله ، وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض، وإنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما اقطع له قطعة من النار ، ويأتي مطوقاً عنقه يوم القيامة ... الحديث) (19).

وجه الدلالة من الحديث هو (قولها يختصمان في موارث) وقول النبي ﷺ: (تختصمون إلى رسول الله) وقوله (إنما أقضي بينكم على نحو ما أسمع).
 فإقرار النبي ﷺ لرفع خصومتها إليه، وسماعه لدعواهما وقضاؤه بينهما وفقاً لما يسمع منهما، دليل على مشروعية الدعوى والقضاء بناءً عليها.

المطلب الثاني

إجراءات فتح الدعوى الجنائية

فتح الدعوى الجنائية تأتي بعد إقبال الشاكي أو المبلغ إلى النيابة الجنائية وتقديم شكواه ومن هنا يتم فتح الدعوى الجنائية ويكون الانتقال من مرحلة السكون إلى مرحلة الحركة واتخاذ أول إجراء من إجراءات التحري وأخذ البينات وهي اللحظة الحاسمة التي تبدأ فيها تكملة الإجراءات القانونية وإدخال الجهات المختصة في النشاط الإجرامي المرتكب استخدم المشرع السوداني مصطلح فتح الدعوى الجنائية بدلاً من مصطلح تحريك الدعوى المتعارف عليه في أغلب الأنظمة المقارنة.

عرف مصطلح فتح الدعوى الجنائية في المادة (5) من قانون الإجراءات الجنائية 1991م بأنه: (تدون الدعوى الجنائية والشروع في التحري فيها) (20) وليس لهذا المصطلح مقابل في قوانين الإجراءات الجنائية السابقة ولعل مصطلح فتح الدعوى أقرب في الدلالة اللغوية والفنية إلى طبيعة الإجراءات وأفضل من مصطلح تحريك الدعوى الذي يوحي بأن الدعوى الجنائية قد تم فتحها بالفعل وتم حفظ الإجراءات فيها لسبب من الأسباب ثم يأتي صاحب المصلحة لاحقاً فيقدم طلباً للسير في الإجراءات من جديد. وهذا ما تتعامل به النيابة الجنائية بعد حفظ الدعوى الجنائية.

وقد يسبق فتح الدعوى الجنائية إجراء تحري أولي وفقاً للمادة 47 إجراءات من

القانون الجنائي لسنة 1991م في حالة غموض أو عدم وضوح وقائع الجريمة المرتكبة. حيث درج قضاة المحاكم الجنائية الذين كانوا يباشرون الإشراف على سير التحري قبل إنشاء النيابة الجنائية بالتوصية بإجراء تحرٍ أولي في بعض الحالات للتأكد من وجود وقائع صالحة تبرر فتح الدعوى الجنائية وقد ذهبت المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان ضد / عمر محمد فضل إلى توجيه صوت لوم وعتاب لقضاة المحاكم الأدنى درجة بالنسبة لمسلكتهم في التوجيه بإجراء تحرٍ أولي من غير وجود نص في قانون الإجراءات الجنائية 1974م وذهبت إلى تقرير الآتي:

(توجيه القاضي بإجراء تحرٍ أولي عند استلامه لعريضة الشاكي لا سند له في قانون الإجراءات الجنائية وعليه اتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة (136) من قانون الإجراءات الجنائية 1974م)⁽²¹⁾

وفي اتجاه معاكس تماماً نسخت المحكمة العليا ما جاء في السابقة أعلاه حيث ذهبت في سابقة حكومة السودان ضد / علوية محمد علي إلى جواز التحري الأولي بالرغم من عدم نص صريح بذلك في قانون الإجراءات الجنائية 1983 م حيث خلقت هذه السابقة نوعاً من التضارب وذهبت إلى تقرير الآتي:

(إن قانون الإجراءات الجنائية الحالي 1983م والسابق له لا يمنعان التحري الأولي وإن عبارة التحري أولي لا تعني دائماً فتح البلاغ)⁽²²⁾
وللعلامة الدكتور محمد محي الدين عوض رأي يمكن أن يكون مرجعية لحسم الخلاف في وقته حيث يقول:

(إن هدف المشرع من الاستجواب الفوري للشاكي هو التأكد من الادعاءات التي تنطوي عليها الشكوى بصفة مبدئية ووجود وجه معقول تستند إليه وبالتالي استبعاد الشكوى الكيدية وغير الجادة وإن كلمة الاستجواب تمتد لتشمل إجراء تحريات أولية خاصة إن كانت الشكوى غامضة أو تحتوي على عنصر مدني بل إن التحري المبدئي مهم خاصة في قضايا التحري على الأراضي الزراعية والتي في كثير من الأحيان يلجأ إليها الشاكي لمجرد الأضرار بالمتهم مع علمه بأن النزاع مدني أو قد صدر فيه قبل حكم مدني نهائي)⁽²³⁾

البلاغ :

يعتبر البلاغ من الوسائل القانونية المتعارف بها في جل الأنظمة القانونية لفتح الدعوى الجنائية في الجرائم العامة والتي يطلق عليها اصطلاحاً في الشريعة الإسلامية بالجرائم الواقعة على حق الله تعالى أو التي يغلب فيها حق الله على حق العبد⁽²⁴⁾ ولا يوجد نص قانوني يحصر الجرائم العامة وإن كان الجدول الأول الملحق بقانون الإجراءات الجنائية 1991م حدد الجرائم التي يغلب فيها حق الفرد والتي يجوز فيها التنازل الخاص والبلاغ هو إدعاء مقدم من أي شخص بأن هنالك جريمة قد ارتكبت لتتخذ الجهات المختصة الإجراءات الجنائية ضد مرتكب الجريمة⁽²⁵⁾ وقد نص قانون الإجراءات الجنائية 1991 على صاحب الحق في البلاغ بأنه هو أي شخص مكلف بحفظ الأمن والنظام العام أو أي

شخص في المجتمع إذا كانت الجريمة من ضمن الجرائم التي يتعلق بها حق عام⁽²⁶⁾ ما لم يحدد القانون طريقة معينة للبلاغ وبالتالي يصح أن يكون كتابةً أو شفاهةً سواء كان ذلك حضورياً من المبلغ أو بالاتصال بالجهات هاتفياً ويعتبر البلاغ أمراً تقديرياً والتزاماً أدبياً إلا أن بعض الأنظمة القانونية تجعله واجباً في جرائم محددة وترتب مسؤولية جنائية في حالة الإسحجام عن البلاغ⁽²⁷⁾

ثانياً :

علم الشرطة الجنائية:

يعني وصول معلومة إلى النيابة أو الشرطة الجنائية عن وقوع جريمة وينحصر نطاق العلم في ذات الحق العام مثله مثل البلاغ ولكنه يختلف عن الأخير حيث إن البلاغ كما ذكرنا يكون في الغالب العام بواسطة الأفراد التابعين لجهاز الشرطة ونجد أن وسيلة العلم تكبحها قيود وضوابط فتح الدعوى الجنائية والتي يجب مراعاتها من قبل النيابة والشرطة الجنائية عند علم أي منهما بالجريمة التي نصت عليها المادة⁽³⁵⁾ من هذا القانون.

الشكوى :

تعد الشكوى الجنائية من الوسائل القانونية المهمة لفتح الدعوى الجنائية وهي أكثر شيوعاً كما هي في النظام الإنجليزي والدول التي سارت في فلكه كالسودان والهند. وهي الوسيلة الأصلية لفتح الدعوى الجنائية على أساس أن النظام الإنجليزي يقوم على فلسفة الاتهام الفردي الموازي لنظام الاتهام المعتبر في النظام القاري وتذهب تلك الفلسفة إلى أن الخصومة الجنائية هي خصومة شخصية في المقام الأول من ثم تجد معظم حالات فتح الدعوى الجنائية في السودان وبعض الدول التي تعمل على أساس النظام الإنجليزي تتم بناء على البلاغات التي تسجل لدى أقسام الشرطة⁽²⁸⁾ وينحصر نطاق الشكوى في الجرائم ذات الحق الخاص والتي يجوز فيها التنازل من قبل المجني عليه وهذا ما يؤكده قضاء المحكمة العليا في قضية حكومة السودان ضد إبراهيم حسن آدم وآخرين حيث ذهبت المحكمة العليا إلى أن الدعوى الجنائية القائمة على الحق العام تحرك عن طريق البلاغ وليس عن طريق الشكوى، فالشكوى تحرك دعوى الحق الخاص⁽²⁹⁾

المطلب الثالث

تعريف القيود والضوابط في اللغة والاصطلاح

أولاً : ضوابط تأتي من ضابط وجمعها ضوابط والضوابط تعني وضع أسس ونظام لشيء، تعريف قيود فتح الدعوى الجنائية في اللغة، ثم الاصطلاح على النحو الآتي:
في اللغة :

لقد تم تعريف مصطلح الدعوى الجنائية عند الحديث عن تعريف الدعوى الجنائية لذلك نخصص التعريف هنا على مصطلح القيود من الناحية اللغوية، فالقيود هي جمع قيد والقيد في اللغة يعني المنع والحظر، فيقال عند العرب قيد الدابة أي منعها من الحركة⁽³⁰⁾.

ثانياً :

في الاصطلاح :

حالات يرى فيها المشرع عدم تحريك الدعوى العمومية في شأن جرائم معينة إلا بعد تقديم شكوى من المجني عليه أو طلب من إحدى الجهات أو الحصول على إذن ما⁽³¹⁾ فالثابت أن النيابة الجنائية هي الأمانة على الدعوى الجنائية وبالتالي، فهي تملك الحرية بين فتح الدعوى الجنائية أو القعود عن فتحها حسب الوقائع ومقتضيات المصلحة

العامة وكما ذكرنا فإن الدعوى الجنائية تفتح في الوضع العادي عن طريق علم شخصي أو بلاغ أو شكوى، إلا أننا نجد أن تلك الحرية غير طليقة وإنما ترد عليها بعض الضوابط والقيود وهذا يعني أن النيابة الجنائية لا تستمد حريتها في فتح الدعوى الجنائية إلا بعد إزالة القيد والعمل بالضوابط الواردة بالطريقة التي حددها القانون، وقد نص المشرع السوداني على ضوابط وقيود فتح الدعوى الجنائية بقوله⁽³²⁾:

قيود فتح الدعوى الجنائية:

- أولاً / التي لا يجوز القبض فيها بدون أمر قبض.
- أ / بواسطة الشرطة إلا بإذن من وكيل النيابة في الجرائم الآتية:
- ثانياً / الجرائم المتعلقة بالموظف العام
- ب / إلا بناءً على إذن من الجهة المختصة إذا كانت من الجرائم الآتية:
- ثالثاً / المتعلقة بموظف العام
- ب- إلا بناءً على إذن من الجهة المختصة إذا كانت من الجرائم الآتية:
- أولاً / المخلة بسير العدالة إلا بإذن من المحكمة.
- ثانياً / التي يجوز فيها التنازل الخاص إلا من صاحب الحق.
- ثالثاً / التي ينص أي قانون على اشتراط الإذن فيها من الجهة التي يحددها القانون.
- ج- في مواجهة أي شخص يتمتع بحصانة موضوعية أو إجرائية إلا وفقاً لأحكام القانون الذي ينص عليها.

الحالات التي لا يجوز فيها التنازل الخاص عن الدعوى :

- حالة الجرائم التي لا يجوز فيها التنازل الخاص عن الدعوى الجنائية وهذا النوع من الجرائم يحتاج إلى إذن من صاحب الحق في التنازل كي تفتح الدعوى الجنائية بواسطة النيابة ويظهر العيب في النص، حيث يخلط بين الإذن والشكوى، فالمفترض أن تكون صياغة النص باشتراط الشكوى من المجنى عليه أو من يقوم مقامه في التنازل الخاص وليس اشتراط الإذن وقد حدد المشرع السوداني الجرائم التي يجوز فيها التنازل الخاص عن الدعوى الجنائية في الجدول الأول الملحق بقانون الإجراءات الجنائية سنة 1991م النافذ.
- ومما ذكر نلاحظ أن الطبيعة القانونية لقيود فتح الدعوى الجنائية هي أنها قيود إجرائية ذات طابع استثنائي عارض وفضلاً عن ذلك فهي متعلقة بالنظام العام وشرح ذلك فيما يلي:
- أولاً : قيود ذات طابع إجرائي :

قيود فتح الدعوى الجنائية ذات طابع إجرائي محض، فهي مرتبطة بالإجراءات الجنائية بمعنى أن محلها قانون الإجراءات الجنائية والذي يشكل الجانب الشكلي أو الإجرائي للقانون الجنائي وعلى هذا الأساس لا يصح القول بأنها من موانع العقاب بل هي مفترقات إجرائية لا بد من إزالتها والعمل بالضوابط قبل فتح الدعوى الجنائية في الجرائم المتعلقة بها القيد، وكذلك نجد أن تلك القيود والضوابط تختلف عن أسباب انقضاء الدعوى الجنائية⁽³³⁾ حيث تعتبر الأخيرة بمثابة قيود دائمة تقفل الباب نهائياً أمام فتح الدعوى الجنائية⁽³⁴⁾

ثانياً : قيود ذات طابع استثنائي عارض:

الأصل العام أن للنياحة الجنائية الحق في فتح الدعوى الجنائية، طالما وصلها علم بالجريمة وإن اشترط الشكوى أو الطلب أو الإذن في بعض الأحوال هو استثناء على الأصل العام وطالما كان الحال كذلك، فإن الضوابط والقيود يحرم القياس عليها أو التوسع في تفسيرها.

ثالثاً / قيود مرتبطة أو متعلقة بالنظام العام :

هناك ارتباط وثيق بين مفهوم النظام العام وقيود فتح الدعوى الجنائية ومن ثم فلا يجوز للمتهم أيّ تنازل عن القيد ويفضل محاكمته وللمحكمة أن تقرر من تلقاء ذاتها عدم قبول الدعوى في أيّ مرحلة كانت عليها ويترتب على ذلك الارتباط بطلان جميع الإجراءات الجنائية المتخذة قبل رفع القيد وهو بطلان لا يقبل التصحيح اللاحق ويمكن إثارته في أيّ مرحلة كانت عليها الدعوى الجنائية ولو لأول مرة أمام محكمة النقض على الرغم من أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت إلى عدم جواز إثارة البطلان الناشيء عن عدم تقديم الشكوى لأول مره أمام محكمة النقض مما يدل على أنها تعتبر هذا البطلان نسبياً غير متعلقة بالنظام العام. وفي السودان نجد أن المحكمة العليا (الدائرة الجنائية) هي الجهة المختصة قانوناً بالنظر في الطعن بالنقض في حالة مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تفسيره في أيّ مسألة قانونية حتى لو لم يتم إثارتها أمام المحاكم الأدنى باعتبار أن المحكمة العليا محكمة قانون⁽³⁶⁾ ولا شك أن مخالفة قيود وضوابط فتح الدعوى الجنائية من مسائل القانون التي يمكن أن تتصدى لها المحكمة العليا ولو لم تكن من أسباب الطعن بالنقض المقدم أمامها.

الخاتمة:

بحمد الله وتوفيقه وامتثانه تناولنا في هذه الدراسة ضوابط وقيود فتح الدعوى الجنائية وقد اتضح لنا من خلال صفحات الدراسة مدى أهمية هذا الموضوع في فقه وقانون الإجراءات الجنائية، فكل الإجراءات الجنائية من تكليف بالحضور أو قبض أو حبس احتياطي أو إفراج بالضمان أو إحالة المتهم للمحاكمة أساسها فتح الدعوى الجنائية فلا بد أن يكون الأساس سليماً وصحيحاً لضمان صحة الإجراءات الجنائية المتخذة.

النتائج والتوصيات :

أولاً- النتائج

1. إن سلطة النيابة الجنائية في فتح الدعوى الجنائية هي سلطة ليست مطلقة بمعنى أنها في بعض الحالات تكون مقيدة وتتنحصر تلك القيود في الشكوى والإذن والطلب.
2. أورد المشرع السوداني أسباب انقضاء الدعوى الجنائية في المادة (37) من قانون الإجراءات الجنائية ولم يورد نص خاص كما فعل المشرع المصري تحدث عن أسباب انقضاء الشكوى.
3. إن صياغة المادة (35) من قانون الإجراءات الجنائية 1991م والتي تحدثت عن قيود فتح الدعوى الجنائية قد جاءت في مجملها بمفهوم الإذن ولم تتطرق لفكرة الشكوى والطلب.

ثانياً : التوصيات :

1. ضرورة الحصول على إذن من جهة معينة قبل فتح الدعوى الجنائية حفاظاً على الوقت والجهد وضماناً لصحة الإجراءات الجنائية المتخذة.
2. تعديل صياغة المادة (35) من قانون الإجراءات الجنائية 1991م والتي جاءت صياغتها مجملة بمفهوم الإذن وإدخال قيد الطلب الكتابي ضمن المادة.
3. تعديل المادة (45) من قانون شرطة السودان 2008م والخاصة بحصانة رجل الشرطة حيث جاءت المادة تكراراً للحصانة الموضوعية المنصوص عليها في المادة (11) من القانون الجنائي 1991م.

المصادر والمراجع:

- (1) علي بن محمد الجرباني - كتاب معجم التعريفات - صديق المنشاوي - دار الفضيحة - القاهرة (ب . ت) ، ص 128
- (2) سورة يس الآية (58)
- (3) سورة يونس الآية (10)
- (4) سورة الكهف الآية 88
- (5) انظر في المعاني اللغوية : لسان العرب - المصباح المنير - تاج العروس.
- (6) انظر كشاف اصطلاحات الفنون (504/1).
- (7) القاضي صلاح الدين برير مختار آدم « اقضاء الدعوى الجنائية في الشريعة والقانون دراسة مقارنة» ب - ن ، ب ط 2010 ، ص 12
- (8) حاج آدم حسن الطاهر شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ب - ن ، ب ط ط ، ط الثانية 2007 م ، ص 23
- (9) قانون الإجراءات الجنائية 1991 . المادة 5
- (10) سليمان عبد المنعم - أصول الإجراءات الجنائية - الكتاب الأول - منشورات الحلبي الحقوقية 2003 م ، ص 254 255-
- (11) رد المحتار على الدر المختار المؤلف: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين دمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ) الناشر: دار الفكر-بيروت الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م
- (12) علي حيدر خواجه- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام المادة (1613) مرجع سابق - ص 300.
- (13) سالم الراشدي - - الدعاوى والبيان والقضاء ، مرجع سابق ص 12-14
- (14) سالم الراشدي : نظرية الدعوى الدعاوي والبيان والقضاء مرجع سابق ص 84
- (15) سورة النساء الآية (65).
- (16) سورة المائدة الآية (42) .
- (17) حديث نبوي شريف - صحيح البخاري .
- (18) فتح الباري شرح صحيح البخاري أحمد بن علي بن حجر العسقلاني دارالريان للتراث سنة النشر: 1407هـ / 1986م
- (19) قانون الإجراءات الجنائية 1991م. المادة (5)
- (20) مجلة الأحكام القضائية 2003م، ص 252.
- (21) مجلة الأحكام القضائية 1989م ، ص 72.
- (22) محمد محي الدين عوض ، قانون الإجراءات الجنائية السوداني معلقا عليه مطبوعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي 1980م ، ص 405.
- (23) صلاح مختار بربر ، مرجع سابق، ص 530.
- (24) قانون الإجراءات الجنائية 1991م المادة (2/34)

- (25) قانون الإجراءات الجنائية 1991م المادة 3/117
- (26) قانون الإجراءات الجنائية 1991م
- (27) يس عمر يوسف - شرح قانون الإجراءات الجنائية 1991 ، ط الثانية 2000م، ص 48.
- (28) مجلة الأحكام القضائية - 2003 ، ص 81.
- (29) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن علي أبن منظور ، لسان العرب ، دار المعارف 1980م ، المجلد الخامس ، ص (3792).
- (30) عبد الله الفاضل عيسى ، قانون الإجراءات الجنائية 1991م مرجع سابق ص 80
- (31) سليمان عبد المنعم ، إصول الإجراءات الجنائية ، الكتاب الأول ، منشورات الحبس الحقوقية 2003م ، ص (361) مرجع سابق .
- (32) تحدث المشرع السوداني عن أسباب انعقاد الدعوى الجنائية في المادة (37) من قانون الاجراءات الجنائية وهي أسباب علي سبيل الحصر والتقدير تمنع فتح الدعوى الجنائية من حيث الأصل كما أنّ صدور حكم نهائى يعتبر مانع فتح الدعوى الجنائية وأسباب أخرى لاحصر لها ..
- (33) سليمان عبد المنعم ، مرجع سابق، ص 355.
- (34) محمود نجيب حسنى - شرح قانون الإجراءات الجنائية - دار النهضة العربية القاهرة 1977م، ص 104.
- (35) قانون الإجراءات الجنائية لسنة 1991م. المادة (182)

حوسبة النظام القضائي السوداني (التحديات، والمعوقات والحلول)

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية كلية الشريعة
والدراسات الإسلامية بالإحساء قسم علوم الحاسب والمعلومات
جامعة الملك فيصل، السعودية الإدارة العامة للشؤون القانونية

مدير العام لشركة الحلول الذكية للأنظمة والبرمجيات الخرطوم - السودان

د. سعد مأمون عبد الرحمن أبو علوان

د. محمد حسين حسن حامد

د. أسامة أحمد إبراهيم

المخلص:

هدفت تلك الدراسة إلى توضيح أهمية وفائدة حوسبة السلطة القضائية في حكومة السودان الإلكترونية، إضافة إلى التعرف على المعوقات والتحديات التي تواجه التحول الإلكتروني للسلطة القضائية. كما قدمت الدراسة مقترحات مناسبة لحوسبة كافة الإجراءات العدلية في السودان، ابتداءً من رفع الدعوى القضائية وحتى صدور الحكم وما يتبع ذلك من حق المتخاصمين في الرفع للمحكمة العليا مروراً بمحكمة الاستئناف. قدمت الدراسة العديد من التوصيات المهمة في إطار أهدافها المذكورة. منها ما هو متعلق بتوضيح الفوائد والإيجابيات وإبراز الآثار الإيجابية لحوسبة السلطة القضائية على المجتمع السوداني. كما قدمت الدراسة أيضاً توصيات بالترتيبات الأساسية التي يجب أن تصاحب عملية التحول إلى النظام الإلكتروني. كما ركزت الدراسة على أهمية عملية تدريب الكوادر التي ستتعامل مع هذا النظام الحاسوبي ابتداءً من القضاة ووكلاء النيابة وكتاب العدل من منسوبي السلطة القضائية وانتهاءً بالمستفيد الأساسي من الخدمة وهو المواطن السوداني. الكلمات المفتاحية: السلطة القضائية، الحكومة الإلكترونية، نظام المعلومات، القضاء المحوسب.

Computerizing Sudanese judicial system: challenges, obstacles and solutions

Abstract:

This study aimed to clarify the importance and utility of computerizing the judiciary in the E- government of Sudan. It also aimed to identifying the obstacles and challenges facing the electronic transformation of the judiciary. The study also presented suitable suggestions to computerize all judicial procedures in Sudan, starting from the raising of the lawsuit until the issuance of the judgment and the subsequent right of litigants to refer to the Supreme Court through the Court of Appeal. The study offered many important recommendations within the framework of its aforementioned goals, including what is related to clarifying the benefits and positives and highlighting the positive effects on the

Sudanese society. It also made recommendations for the basic accompanied arrangements. Training of cadres that deal with these computer systems such as judges, lawyers and writers of justice and other employees are considered examples. Not only those but also the main beneficiary of the service, namely the Sudanese citizen benefits from these systems.

Keywords:

The judiciary, e-government, information system, computerized judiciary

1. المقدمة

يمكننا أن نطلق على هذا القرن قرن الحكومات الإلكترونية، فقد شهد العالم تطوراً هائلاً في مفهوم الحكومة الإلكترونية. وأصبحت الدول والحكومات تتبارى في تقديم أغلب الخدمات الحكومية إلكترونياً لشعوبها إذا لم تكن كلها. وتعريف الحكومة في معناه العام: هي ذلك الكيان التنظيمي الذي تشكله الدول من أجل إدارة شؤون البلاد واتخاذ القرارات الاستراتيجية المتعلقة بالمستقبل السياسي والاقتصادي والاجتماعي، حيث تغطي هذه الإدارة مجالات التخطيط الاستراتيجي الاقتصادي والعسكري والأمني وتنمية الناتج القومي وتعليم المواطنين والمحافظة على صحتهم وتحسين ظروف معيشتهم وإدارة الأزمات وتنمية علاقات البلاد مع العالم الخارجي إلى غيره من المهام المتعددة الأخرى⁽¹⁾. أما مفهوم الحكومة الإلكترونية فقد عرفها البنك الدولي بأنها عملية استخدام المؤسسات لتكنولوجيا المعلومات (مثل شبكات الإنترنت وشبكة المعلومات العريضة وغيرها) والتي لديها القدرة على تغيير وتحويل العلاقات مع المواطنين ومختلف المؤسسات الحكومية، وهذه التكنولوجيا تقدم خدمات أفضل للمواطنين وتمكين المواطنين من الوصول للمعلومات، مما يوفر مزيداً من الشفافية وإدارة أكثر كفاءة للمؤسسات⁽²⁾.

تعتبر السلطة القضائية السودانية هي الجهة الحكومية المخول لها تقديم خدمات عدلية للمواطنين والمقيمين في السودان. ومن الملاحظ أنه لا توجد خدمات عدلية غير حكومية! إذا ما تمت مقارنة ذلك بالخدمات التعليمية التي تقدمها الحكومة للمواطنين والتي تقابلها الخدمات التعليمية غير الحكومية (التعليم الخاص)، وأيضاً هنالك خدمات طبية تقدمها الحكومة للمواطنين تقابلها خدمات طبية غير حكومية (العلاج الخاص). كما أن السلطة القضائية هي الجهة المسؤولة عن توفير الأمن والأمان للمجتمع السوداني بطريقة مباشرة وغير مباشرة. إذن عدم وجود بديل للخدمات العدلية في القطاع الخاص (العدل الخاص) يجعله ذا أهمية كبيرة في أولويات حكومة السودان.

هنالك العديد من الجهات التي من المتوقع أن تستفيد من حوسبة السلطة القضائية السودانية منها وزارة الداخلية السودانية متمثلة في الشرطة السودانية، والتي ستستفيد من التقارير الإحصائية الصادرة من النظام خاصة في القضايا الجنائية. مما يساعد قادة

الوحدات الشرطةية في اتخاذ القرارات السريعة والفعالة المستندة إلى معلومات دقيقة وسريعة وموثوق بها، مما ينعكس إيجابياً على بسط الأمن والأمان في ربوع الوطن.

كذلك وزارة الرعاية الاجتماعية السودانية من المتوقع ان تستفيد من التقارير الإحصائية الصادرة من النظام المحوسب خاصة في القضايا الشرعية. فالتقارير الإحصائية المستخرجة من النظام تُعطي مؤشرات بارتفاع أو انخفاض معدلات القضايا الشرعية مثل الطلاق وقضايا النفقة مما يجعل أقسام الوزارة تتخذ إجراءات مناسبة تجاه ذلك. أما المواطن السوداني سيكون أول المستفيدين من الخدمات العدلية الإلكترونية التي ستقدمها له حوسبة السُلطة القضائية، الأمر الذي سينعكس عليه إيجابياً. مما يصرفه نحو الإنتاج.

2. مبررات اختيار الباحثين لمشكلة الدراسة

تأتي أهمية سن القوانين واللوائح والتشريعات والداستير في أولويات كل حكومات العالم. ومع تطور الحياة العامة وتعقيدها المتسارعة تزداد حاجة المجتمعات إلى القوانين التي تضمن لها العيش في أمان تحت سلطة القانون الذي يحكم به الجميع فيشعر الجميع بقيمة العدل فينصرف المجتمع إلى العمل والإنتاج فتنهض الأمة ويتطور الوطن. قال الرسول صلى الله عليه وسلم (مَنْ أَصْبَحَ مِنْكُمْ آمِنًا فِي سِرِّهِ ، مُعَافًى فِي جَسَدِهِ ، عِنْدَهُ قُوَّةٌ يَوْمِهِ ، فَكَأَنَّمَا حِيزَتْ لَهُ الدُّنْيَا) ⁽³⁾، وهنا يتضح أن الترتيب الذي جاء في الحديث النبوي بذكر الأمان أولاً ومن ثم الصحة وبعده الأكل ليس من باب الصدفة. السلطة القضائية السودانية هي الجهة العدلية التي تتبع لها جميع أنواع المحاكم في السودان (المحاكم الشرعية والجنائية والمدنية) بدرجاتها الثلاث والمحاكم العليا. وهي الجهة المسؤولة عن إصدار الأحكام القضائية ومتابعة تنفيذها بالتعاون مع أجهزة الدولة الأخرى. لكل ما تم ذكره آنفاً كان اختيار الباحثين لهذا الموضوع في الدراسة وتسلط الضوء عليه بإبراز الفوائد والايجابيات من ذلك والكشف عن المعوقات والتحديات من أجل إزالتها لتحقيق العدالة سلاسة ومرونة بما توفره الأنظمة الحاسوبية.

وعلى الرغم من إدراك الجميع في السودان بأهمية حوسبة السُلطة القضائية السودانية وتحولها إلى النظام الرقمي، إلا أن هنالك شحاً في مثل هذه الدراسات-حسب إطلاع الباحثين - والتي تساهم في توعية المكون البشري في النظام القضائي المحوسب مثل منسوبي السُلطة القضائية والمواطنين (قد يكون البعض منهم المعوقات البشرية) إلى أهمية وضرورة التسارع في حوسبة المؤسسات العدلية السودانية. كما تساهم في مساعدة بعض المسؤولين في تحديد أولويات التحول من الحكومة التقليدية إلى الحكومة الإلكترونية ومنها إلى الذكية.

وبالتالي فقد تبين للباحثين - حسب اطلاعهم - أن هنالك فجوة معرفية تمثلت في قلة الأبحاث والدراسات العلمية السودانية التي تناولت موضوع أهمية حوسبة النظام القضائي السوداني والتطرق إلى المعوقات والتحديات التي قد تجابهه. كما أن هنالك فجوة معرفية في عملية تربية الشعب السوداني على التحول الرقمي وتحويل النظرة السلبية عند البعض منهم تجاه الأنظمة الإلكترونية إلى نظرة إيجابية من جميع أفراد المجتمع إذا كانوا

من منسوبي السُلطة القضائية أو غيرهم من المواطنين. لا سيما أنهم يمثلون أساس نجاح أو فشل للنظام الإلكتروني. فالمكون البشري يعتبر من أهم المكونات في أنظمة المعلومات. وأيضاً تأتي هذه الدراسة في إطار حل مشكلة قضية التحول الرقمي للنظام القضائي السوداني وتقديم استراتيجية للتحول إلى نظام قضاء محوسب يتحول تدريجياً إلى نظام قضائي ذكي. كما قدمت الدراسة توصيات لبعض المتضررين من تلك الحوسبة لضمان عدم تحولهم إلى معوقات بشرية.

3. مشكلة الدراسة

كلما تطورت المجتمعات كلما زاد احتياجها إلى سن لوائح وقوانين وتشريعات تحكم وتضبط سلوكيات أفراد المجتمع والتي قد تقود بالضرورة إلى توجيه عقوبات على المخالفين لتلك القوانين. ونتيجة لهذا الاحتياج ظهر علم القانون، وقاد ذلك إلى ابتكار المجتمع لما يسمى بالمحاكم التي يحتكم المتخاصمون فيها ونتيجة لذلك ظهرت العديد من الوظائف المتعلقة بتلك المحاكم مثل القاضي والمحامي وكاتب العدل وغيرها من الوظائف الأخرى، وعلم القانون يعتبر مرآة المجتمع والذي تطور مع الزمن مثله مثل غيره من العلوم الإنسانية الأخرى.

أجبرت التطورات المتسارعة في تقنية المعلومات إضافة إلى ثورة في علم الاتصالات، العديد من الدول إلى مجاراة هذا التطور والاستفادة من مميزات في تقديم خدمات حديثة ذات كفاءة عالية للمواطنين، فظهرت مفاهيم مثل الخدمات الإلكترونية، الإدارة الإلكترونية والحكومة الإلكترونية والتي تطورت بدورها فصارت تُعرف بالحكومة الذكية. القطاع الحكومي العدلي بهذه الدول نال النصيب الأوفر من ذلك التطور وهذا ناتج من أهمية بسط سيادة القانون وهيبة الدول في نفوس مواطنيها، فأصبحت الخدمة العدلية الإلكترونية تقدم مباشرة بدءاً من رفع الدعوى القانونية الإلكترونية من الشاكي على الموقع الحكومي الرسمي مثل موقع وزارة العدل، وما يتبعها من إجراءات قانونية إلى حين الفصل النهائي في الدعوى.

مما سبق ذكره يمكننا أن نلخص مشكلة الدراسة في السؤال التالي:
ماهي الفوائد والإيجابيات والمعوقات في حوسبة السُلطة القضائية في جمهورية السودان؟

4. أهداف الدراسة

- يمكن تلخيص أهداف البحث فيما يلي:
- (1) توضيح أهمية حوسبة السُلطة القضائية السودانية وألوياتها في الحكومة الإلكترونية.
 - (2) إبراز الفوائد المتعددة والمتوقعة للحوسبة مثل الفوائد الاجتماعية والاقتصادية.
 - (3) توضيح المعوقات والتحديات لحوسبة السُلطة القضائية السودانية، وكيفية معالجتها.

(4) تقديم حزمة من الخطوات العملية لتحقيق حوسبة السُّلطة القضائية السودانية.

5. أهمية الدراسة

يعتقد الباحثون بأن هذه الدراسة قد تساهم في ما يلي:

(1) حوسبة السلطة القضائية السودانية تساهم في سرعة ودقة الإجراءات القانونية في المحاكم القضائية وبالتالي تساهم في بث روح الطمأنينة والأمن والسلام في المجتمع السوداني.

(2) الأرشفة الإلكترونية التي تكون مخرجات النظام الحاسوبي تساهم بشكل كثير في توفير السوابق القانونية التي قد يستند إليها بعض القضاة في إصدار الأحكام كما يستفيد منها أيضاً طلاب القانون في جميع المراحل (بكالوريوس وماجستير ودكتوراه) بالجامعات السودانية خاصة.

(3) سهولة استخراج الإحصائيات من النظام الحاسوبي القضائي يساهم في دق ناقوس الخطر لدى بعض الجهات الحكومية والمجتمعية فالزيادة مثلاً في نسب حالات الطلاق (في المحاكم الشرعية في السودان) ينبه وزارة الرعاية الاجتماعية السودانية لدراسة أسباب تلك الظاهرة وسرعة معالجتها.

(4) تعتبر حوسبة السلطة القضائية السودانية خطوة في اتجاه التقاضي الإلكتروني والذي تزداد الحاجة إليه في أثناء الجوائح العالمية. جائحة كورونا-19- نموذجاً.

6. منهجية الدراسة وإجراءاتها:

اعتمد الباحثون في إجراء هذا البحث على منهج دراسة الحالة وهو أحد أنواع البحث الوصفي والذي من أهم أهدافه فهم الحاضر لتوجيه المستقبل. ومنهجية دراسة الحالة تقوم على التركيز على العوامل المعقدة التي تحتويها الحالة قيد الدراسة لمعرفة العوامل التي كانت سبباً في الحالة المراد دراستها، كما أنها تعمل على دراسة كافة تفاصيل الحالة وجميع الجوانب المختلفة فيها. وذلك من خلال أسئلة محددة بغية الوصول لفهم المشكلة والعمل على إيجاد الحل المناسب لها.

تم جمع المعلومات الأولية الخاصة بالدراسة عبر مقابلات مقيدة ومقننة طويلة أجريت مع عدد من منسوبي السُّلطة القضائية (قضاة حاليين على رأس العمل وقضاة سابقون، ووكلاء نيابات)، وعدد من المحامين، إضافة إلى عدد من أعضاء هيئة التدريس بالجامعات السودانية في تخصص القانون، وبعد أن تم استعراض أهداف البحث وأهميته أجريت المقابلة في إطار دليل المقابلة والذي حوى أسئلة أعدت مسبقاً وهي:

(1) ما واقع النظام القضائي السوداني؟ هل هو محوسب كلياً؟ أو في إحدى جزئياته؟

(2) ما الفوائد الاجتماعية والاقتصادية المتوقعة من حوسبة السُلطة القضائية في السودان؟

(3) ما هي المخاطر التي قد تتعرض لها الملفات الورقية داخل المحاكم السودانية مثل ملفات الدعاوى وغيرها؟

(4) هل توجد أرشفة إلكترونية في عملية حفظ ملفات القضايا في المحاكم السودانية أثناء إجراءات الدعوى وبعد قفلها نهائياً؟ وماهي الفوائد المتوقعة من الأرشفة الإلكترونية؟ .

(5) ما هي المعوقات التي تعيق حوسبة السلطة القضائية في السودان؟
كما أجريت 12 مقابلات أخرى فردية مقيدة أيضاً ركزت على المعوقات وطرق معالجتها أو الحد منها مع بعض أساتذة الجامعات السودانية المتخصصين في علم القانون للاستفادة من خبراتهم العملية وسهولة ودقة إجاباتهم نسبة لخبراتهم الأكاديمية. أما المعلومات الثانوية فقد جمعت من خلال الملاحظة العلمية لتجارب بعض الدول العربية في النظم القضائية ومتابعة الإجراءات القانونية من رفع الدعوى وتحديد مواعيد الجلسات وطرق إعلام أطراف الدعوى بها وحوسبة توثيق مداوات سير القضية، لحين صدور القرار النهائي، وانتهاءً بحفظ كل هذه البيانات في ملف أرشيفي. كما أن هنالك بعض المعلومات قد جُمعت من المصادر والأبحاث العلمية ومراجعة المواقع لوزارة العدل في بعض الدول العربية.

اختر الباحثون المنهج الوصفي من نوع دراسة الحالة لأن الباحث يستطيع من خلال هذا المنهج أن يقدم دراسة شاملة متكاملة ومتعمقة للحالة المطلوبة. إضافة إلى الغموض الذي يحيط بمشكلة البحث والذي يتمثل في أن الجميع موقن ومعترف بأهمية وضرورة حوسبة النظام القضائي في السودان لذلك كان لا بد من تسليط الضوء على الحالة بأدوات منهجية دراسة الحالة المناسبة في عملية جمع المعلومات وقد كانت الملاحظة العلمية، المقابلات إضافة إلى الوثائق والسجلات المكتوبة.

7. الإطار النظري والدراسات السابقة:

7.1 مصطلحات الدراسة.

الحكومة الإلكترونية

هنالك العديد من التعريفات التي عرفت الحكومة الإلكترونية نورد منها ما يلي:
هي مجموعة من التطبيقات التكنولوجية، التي تهدف إلى تطبيق تكنولوجيا المعلومات في تقديم الخدمات العامة، من خلال وسائل الاتصال الحديثة، كالإنترنت والهواتف المتطورة المعاصرة بهدف تحسين توصيل الخدمات للمواطنين، وزيادة التأثير الإيجابي على مجتمع الأعمال وجعل الحكومة تعمل بكفاءة وفاعلية، يلمسها المواطن والمستفيد⁽⁴⁾.
هي قدرة القطاعات الحكومية المختلفة على توفير الخدمات الحكومية التقليدية

للمواطنين وإنجاز المعاملات عبر شبكة الإنترنت بسرعة ودقة متناهيتين، وبتكاليف ومجهود أقل، ومن خلال موقع واحد على الشبكة، والمقصود هو استخدام الحكومة للتقنية لا سيما تطبيقات الإنترنت التي تستند في الواقع على الشبكة العنكبوتية لتعزيز الوصول للحصول على المعلومات الحكومية وتوصيل الخدمات إلى المواطنين وقطاع الأعمال والموظفين والهيئات الأخرى والكيانات الحكومية، ولديها الإمكانيات اللازمة للمساعدة على بناء علاقة أفضل بين الحكومة والجمهور من خلال جعل التفاعل مع المواطنين أكثر سلاسة وسهولة وأكثر كفاءة⁽⁵⁾.

هي استخدام التكنولوجيا وتقنية المعلومات، وتسخيرها لدعم الأعمال الحكومية، والتفاعل مع المواطنين، بغية تقديم هذه الخدمات بطريقة سهلة سلسلة، وعلى مدار 24 ساعة يومياً، وعلى مدار جميع أيام الأسبوع، عبر الوسائل الإلكترونية وأدوات التكنولوجيا الحديثة، وفي مقدمتها الإنترنت والتقنيات الجديدة للاتصال، وإنجاز المعاملات عبر شبكة الإنترنت بسرعة ودقة، وبتكاليف ومجهود أقل، وتوصيل الخدمات إلى المواطنين وقطاع الأعمال والموظفين والهيئات الأخرى، والقدرة على بناء علاقة أفضل بين الحكومة والجمهور من خلال التفاعل مع المواطنين بأكثر سلاسة وأكثر كفاءة، مع العلم أنها ليست بديلاً عن الحكومة الكلاسيكية «التقليدية»، بل هي الوجه الآخر لها ولكن في الفضاء الإلكتروني «الإسفيري». وللحكومة الإلكترونية مسميات أخرى نذكر منها الإدارة الإلكترونية Electronic Management و حكومة على الخط On-line Government و الحكومة الرقمية⁽⁶⁾ (Digital Government).

7.2 الحكومة الذكية Smart Government

تعد الحكومة الذكية امتداداً للحكومة الإلكترونية، وبحسب الإحصاءات العالمية فإنه يوجد فوق 5 مليارات مستخدم للهواتف المحمولة، منهم أكثر من مليار مستخدم للهواتف الذكية مما جعل برامج الحكومات الإلكترونية صاحبة السبق والريادة في العالم تفكر في تقديم خدماتها الإلكترونية بطريقة مواكبة لروح العصر وثورته المعلوماتية، فأصبح تقديم الخدمات الإلكترونية عن طريق الأجهزة الذكية وخصوصاً الهواتف النقالة التي أصبحت شائعة الاستخدام بين الناس، وهذه أحد أسباب رواجها بوصفها أدوات مهمة في تقديم الخدمات، وفيما يلي تعريفات لمفهوم الحكومة الذكية:

يقصد بها تقديم الخدمات الإلكترونية الحكومية والتطبيقات المعلوماتية المختلفة على الأجهزة الذكية، كالهاتف النقال والأجهزة اللوحية، وأجهزة المساعد الشخصي المتصلة بالإنترنت، بحيث يمكن تقديم خدمات الحكومة الذكية من أي مكان وعلى مدار الساعة وبسرعة ودقة متناهيتين، وعبر منصة موحدة للتطبيقات النقالة تقدم من خلالها خدمات الحكومة الذكية⁽⁷⁾.

تقديم الخدمات الإلكترونية والتطبيقات المعلوماتية المختلفة على الأجهزة المتنقلة الذكية، مثل الهاتف النقال «Mobile» والأجهزة اللوحية «Tablet» وأجهزة المساعد الرقمي

الشخصي «PDA» المتصلة بالإنترنت، بحيث يمكن تقديم خدمات الحكومة الذكية من أي مكان وعلى مدار الساعة، وبسرعة ودقة متناهيتين، وعبر منصة موحدة للتطبيقات المتنقلة والتي تقدم خدمات الحكومة الذكية⁽⁸⁾.

7.3 السُّلطة القضائية في السودان:

هي هيئة قضائية مستقلة متولية لولاية القضاء في جمهورية السودان، و المسؤولة مباشرة لدى رئيس الجمهورية عن أداء عملها ولها موازنتها المالية المستقلة.⁽⁹⁾

7.4 البرامج (الخدمات) الإلكتروني:

مجموعة من الأعمال الإجرائية التي يقوم بها الموظفون باستخدام مجموعة النظم والوسائط الإلكترونية في تقديم الخدمة للمستفيدين، من خلال وعيهم الإداري بأهمية تطبيق تلك البرامج لتحقيق جودة الخدمة المقدمة من خلالها⁽¹⁰⁾.

8. الفوائد والإيجابيات

هنالك العديد من الفوائد من عملية إدخال الحوسبة إلى الوزارات والمؤسسات والشركات وذلك بالاستفادة من مميزات الحاسب الآلي عموماً مثل الدقة والسرعة وسهولة التخزين للمعلومات وسرعة استرجاعها وقت الاحتياج لها وهنا يمكن أن نذكر بعضاً من فوائد حوسبة السُّلطة القضائية في السودان:

- (1) يمكن للمواطنين والمقيمين الاستفسار عن سير إجراءات معاملاتهم القضائية والاستفسار عن مراحلها في أي وقت على مدار اليوم والأسبوع والاستفادة من مميزات الحوسبة والتي تعتبر من ضمن مميزات الحكومة الإلكترونية.
 - (2) الاستفادة من الإحصائيات الدقيقة والسريعة من نظام الحوسبة والتي تعتبر مؤشراً لبعض الوزارات والمؤسسات للتعامل معها مثال لذلك:
- ارتفاع أو انخفاض حالات دعاوي الجنائمة للمحاكم الجنائية يعطي مؤشرات لجهاز الشرطة والمباحث للتحسب لذلك واتخاذ القرارات المناسبة كمثال تعيين كوادر جديدة أو تدريب الكوادر الموجودة على الوسائل التي تم استخدامها في الجرائم الجنائية.
 - ارتفاع أو انخفاض حالات دعاوي الشرعية من طلاق ونفقة وخلع وغيرها عند المحاكم الشرعية يعطي مؤشرات لوزارة الرعاية الاجتماعية ووزارة الشؤون الدينية والأوقاف وغيرها من الوزارات ذات الصلة للقيام كل بدوره في حماية وتوعية المجتمع السوداني بما يترتب على ذلك من شروخ اجتماعية تضرب في النسيج المجتمعي، وتوعية الشباب والمقبلين على الزواج بأهمية الحفاظ على الكيان الأسري، بإقامة الندوات أو المحاضرات وغيرها من الوسائل للتقليل من تلك الظواهر في حالة ازديادها.

3. تعتبر الأرشفة الإلكترونية من مخرجات نظم المعلومات والتي يمكن أن تقدم مجموعة كبيرة جداً للفوائد نورد منها ما يلي:
- تقدم مرجعية سريعة ودقيقة لما يسمى بالسوابق القضائية تمثل نتاج خبرات تراكمية وخبرات سابقة للقضاة الحاليين الموجودين على رأس العمل مما يعزز ثقتهم بأنفسهم وبقراراتهم ويرفع من كفاءتهم.
 - عمليات ترقية الكادر القضائي في الهيكل الوظيفي للترقيات (الدرجة الثالثة والثانية والأولى) في وجود أرشفة إلكترونية يمكن أن تكون أسرع وأدق مما كان يتم في النظام اليدوي مما ينشر قيمة المساواة في ترقية القضاة، وترتفع قيمة العدالة لدى القاضي وبالتالي يقدمها للمجتمع من خلال محاكماته.
 - تقدم الأرشفة الإلكترونية للقضاة و لطلبة كليات القانون والشريعة الإسلامية في الجامعات السودانية (البكالوريوس والماجستير والدكتوراه) نماذج متنوعة من الحالات المتشابهة بطريقة دقيقة وسريعة و ميسرة مما يدعم الأحكام القضائية للقضاة، و يدفع الطلبة إلى تقديم أفضل ما لديهم لأغراض البحث العلمي.

خلال الجوائح العالمية - جائحة كورونا19- نموذجاً - والتي عادة ما تفرض السلطات الصحية في الدول احترازاات صحية على المواطنين والمقيمين وذلك لتقليل الازدحام و التجمعات مما يساهم في تقليل ارتفاع الإصابات بين المواطنين والمقيمين، ونجد أن النظام الحاسوبي يقدم خدمات عن بعد في جانب الاستفسارات ورفع الدعاوى والطلبات أثناء الإجراءات وبالتالي يقل الازدحام وتقل نسبة الإصابة.

9. المعوقات

هنالك العديد من المعوقات التي تجابه عملية حوسبة السُلطة القضائية في السودان، نوردها فيما يلي:

أولاً: مشاكل متعلقة بالبنية التحتية التقنية والمتعلقة بشبكة الاتصالات وشبكة الإنترنت في السودان:

مازالت شبكة الاتصالات في السودان تعاني من إشكاليات متعلقة بتمديد الاتصالات السلكية والشبكات اللاسلكية والتي تعاني حتى الآن من العقوبات المتعلقة بالعلاقات السودانية في قطاع الإنشاء والصيانة وتوفير قطع الغيار اللازمة لتكملة كل التوصيلات في كل أنحاء السودان، شبكة الإنترنت أيضاً متأثرة بقطاع الاتصالات وهي باهظة التكاليف للأفراد والشركات والمؤسسات في السودان وفي كثير من الأحيان كلما ابتعدت عن العاصمة الخرطوم كلما قلت قوة الشبكة وضعفت قوة إشارة الإنترنت.

ثانياً: المعوقات البشرية:

على الرغم من أن المكون البشري مكونات نظم المعلومات. إلا أنه من

المتوقع أن يكون من المعوقات. وذلك مرجعية إلى أن طبيعة النفس البشرية ترفض كل أنواع التغيير والتبديل مما اعتاد عليه الناس في تعاملهم مع الحياة، وهذا السلوك البشري ليس حصرياً فقط على الجنسية السودانية وإنما يمتد لكل البشر.

يمكن أن نقسم المكون البشري الذي يتعامل مع النظام القضائي، إلى ما يلي:

(1) منسوبو السُلطة القضائية (القضاة، وكلاء النيابة والموظفون).

(2) المحامون.

(3) المواطنون والمقيمون.

(4) كتّاب العرائض.

يتوقع الباحثون أن تظهر المعوقات البشرية في شكل مقاومة للنظام القضائي المحوسب تكون ناتجة من بعض أو كل الأسباب التالية:

1. بعض منسوبي السُلطة القضائية السودانية وكتّاب العرائض بالمحاكم يعتقدون بشدة أن النظام الحاسوبي مهدد لهم بالفصل من العمل وقطع سبيل أرزاقهم.

2. ضعف المعرفة الكافية بتقنيات الحاسب الآلي والرغبة والخوف الذي يمتلك بعض القضاة و وكلاء النيابة و كبار الإداريين والموظفين عند استعماله.

3. ضعف الوعي الثقافي بتكنولوجيا المعلومات على المستوى الاجتماعي والتنظيمي داخل السُلطة القضائية.

4. عدم التيقن من بعض المواطنين والمقيمين بأن الإجراءات إلكترونية تتميز بسرعة عن الإجراءات التقليدية والتي يقوم بها بنفسه حضورياً.

5. هنالك خلط في المفاهيم ما بين طباعة المستندات بواسطة برامج معالجة النصوص مثل الويرد، ونظم قواعد البيانات العلائقية. فيعتقد البعض أن طباعة قرارات المحكمة وغيرها بواسطة الطباعة هو المقصود بحوسبة السُلطة القضائية!

6. عدم الاستعداد والتهيئة النفسية والمعرفية لجميع المكونات البشرية التي ستتعامل مع النظام المحوسب خاصة منسوبي السُلطة القضائية وكتّاب العرائض بالمحاكم السودانية للتعامل مع النظام المحوسب والإنترنت، ويعتقد الباحثون أن يكون هؤلاء مصدر للإشاعات الهادمة للنظام المقترح.

7. قلة البرامج التدريبية المستمرة في مجال التقنية الحديثة المتطورة لمنسوبي السُلطة القضائية.

8. تنامي شعور بعض المديرين وذوي السُلطة بأن التغيير والاتجاه نحو الحوسبة يشكل تهديداً لسلطاتهم الإدارية.

9. ندرة تقديم الحوافز للموظفين والعاملين في المؤسسة التي تتعامل مع أنظمة المعلومات عموماً.

10. ضعف الثقة في حماية وسرية المعلومات والتعاملات الشخصية داخل أنظمة المعلومات .
11. مقاومة العاملين لتطبيق التقنية وضعف الرغبة بها، وعزوفهم عن استخدامها وضعف القناعة لديهم بسبب مخاوف نفسية وصحية. (11)
12. عدم توفر مراكز لصيانة الحاسبات لحل المشاكل التقنية للمواطنين.
13. عدم توفر الفنيين من ذوي الخبرة والكفاءة في مجال تقنية المعلومات من ضمن الكوادر الإدارية في بعض المحاكم السودانية.
14. قلة الوعي وعدم الثقة في أنظمة التوثق من الشخصية والتوقيعات الرقمية التي تعتمدها الأنظمة الحاسوبية من بعض منسوبي السُلطة القضائية والمواطنين.

ثالثاً: مشاكل التمويل المائي لمشروع الحوسبة:

- الدعم المالي مهم جداً لإنجاز أي مشروع مهما كان صغيراً، ومنها مشروع الحوسبة، وفي ذلك يقدم الباحثين الاقتراحات التالية بالخصوص:
- (أ) عمل خطة عمل زمنية واضحة تقسم هذا المشروع على مراحل، بحيث تبدأ الحوسبة من العاصمة (ولاية الخرطوم) وفي نوع واحد فقط من أنواع المحاكم (محكمة الشركات مثلاً)، ثم تبدأ في التوسع شيئاً فشيئاً وفقاً لخطة زمنية دقيقة لتعم كل الولايات.
- (ب) طبيعة الأنظمة المعلوماتية في برمجتها ذات طبيعة مرنة وقابلة للتجزئة في جميع مراحلها وبالتالي يمكن أن تكون البرمجة أفقية أو رأسية هرمية حسب الإمكانيات والمادية والدعم المتوفر.
- (ج) شركات البرمجة المحلية أو العالمية تبذل مجهودات كبيرة جداً وجهداً مقدراً في عملية التحليل والتصميم والبرمجة للنظم المعلوماتية وعند تطويرها وتطبيقها وبيعها أول مرة!، وغالباً ما تكون هنالك تعديلات غير جوهرية عند بيع النظام لجهة أخرى مما يعني أن احتمالية أن يكون ثمنه أرخص وارداً وهذه فرصة لشراء نظام حاسوبي جاهز تم تطبيقه في دول أخرى خاصة من دول الجوار العربي.
- (د) الأجهزة المادية لتوصيلات الشبكات الحاسوبية، أصبحت رخيصة بمقاييس اليوم، ويمكن شراؤها بأقساط ميسرة جداً خاصة في ظل التنافس بين الشركات.

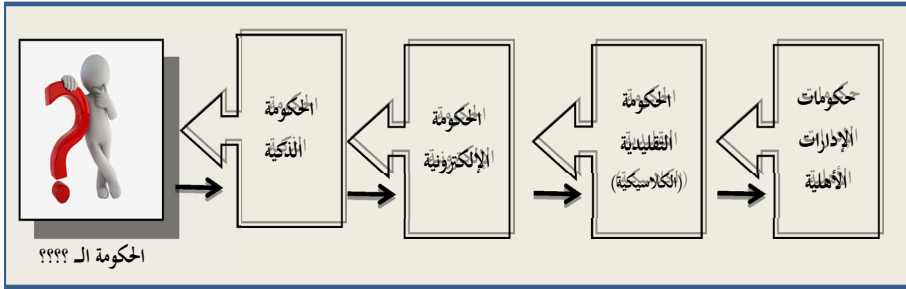
10. المناقشة و الاستنتاجات:

اتسم العصر الحديث الذي نعيشه حالياً بثورة هائلة في الاتصالات السلكية واللاسلكية بكافة أشكالها وأنواعها. صاحب ذلك التطور تطور في نظم قواعد البيانات العلائقية ونظم المعلومات بصورة عامة، فأصبح المستخدم يمكنه الوصول إلى قاعدة البيانات المتصلة بالإنترنت (سحابة البيانات) بأكثر من وسيلة وطريقة مثل الهاتف الذكي أو جهاز الحاسب

أو الحاسب اللوحي أو الحاسب المحمول (اللابتوب).

على الرغم من المشاكل التقنية التي صاحبت اختلاف طرق وصول المستخدم إلى قواعد البيانات إلا أننا نجد أن هناك تطوراً كبيراً في عملية التزامن في التعديلات اللحظية التي يقوم بها المستخدم. كل ذلك أضاف مرونة ظاهرة في الخدمات التي تقدمها نظم المعلومات عبر الانترنت والتي تطورت بعضها من خدمات إلكترونية إلى خدمات ذكية انظر إلى الشكل رقم (1). وتسابقت المؤسسات العامة والخاصة إلى اعتماد مثل هذه التقنيات في تقديم خدماتها إلى المواطن. فظهر مفهوم الحكومة الإلكترونية والتي تطورت بدورها لتصبح حكومة ذكية لتقدم خدماتها للمواطنين والمقيمين بطريقة ميسرة وسهلة.

تم إطلاق بوابة حكومة السودان الإلكترونية وتدشين بداية الخدمات الإلكترونية في منتصف عام 2015م. وبنهاية عام 2015م تمت دراسة جاهزية الدولة وتقييم المستوى التقني للمؤسسات لتحديد مراحل واحتياجات التحول إلى حكومة إلكترونية فاعلة، وعليه تم إعداد «الخطة الموجهة للحكومة الإلكترونية والتحول للذكية 2016م - 2020م» والتي تُفصل المراحل والخطوات لتحقيق أهداف الحكومة الإلكترونية وصولاً إلى الحكومة الذكية. ومن أهم أهداف هذه الخطة تحول الخدمات الحكومية اليدوية إلى خدمات حكومية إلكترونية فاعلة لا تتطلب حضور المواطن إلى مقر الجهات الحكومية وتعتمد الوسائل الإلكترونية في دفع الرسوم والتعاملات والاتصالات فيما بين وحدات الدولة الخدمية والمواطنين. (12)



شكل رقم (1): تطور الحكومات عبر التاريخ

سنناقش في هذا القسم من الدراسة من خلال عدد من المحاور وهي:
المحور الأول: مقترح لمراحل التحول الرقمي للسلطة القضائية في السودان.
المحور الثاني: تجارب الدول الإقليمية المحيطة بالسودان.
المحور الثالث: التقاضي الإلكتروني والجوائح العالمية.
وسنأتي على شرح ذلك تفصيلاً.
المحور الأول: مقترح لمراحل التحول الرقمي للسلطة القضائية في السودان

مقترح لمراحل التحول الرقمي للسلطة القضائية في السودان

• المرحلة الأولى: إعادة هندسة البوابة الإلكترونية للسلطة القضائية.

• المرحلة الثانية: إعداد الكوادر البشرية وتسليط الضوء على مقاومة التغيير.

• المرحلة الثالثة: التحول من الإدارة التقليدية (الورقية) إلى الإدارة الإلكترونية.

• المرحلة الرابعة: تحديد طرق مختلفة لتقديم الخدمات الإلكترونية للجمهور، وتقديم الحوافز المناسبة عند التعامل المباشر مع النظام الحوسب.

• المرحلة الخامسة: تكامل المعاملات الإلكترونية للسلطة القضائية السودانية وربطها مع حكومة السودان الإلكترونية.

المرحلة الأولى: إعادة هندسة البوابة الإلكترونية للسلطة القضائية:

تعريف البوابة في اللغة هي باب كبير يستخدم كمدخل للمباني والعمائر. أما البوابة الإلكترونية فهي الصفحة الرئيسية على شبكة الانترنت العالمية للوزارة أو المؤسسة والتي من خلالها يستطيع مستخدم الإنترنت وفقاً لصلاحيات محددة من الوصول والتعرف على كل ما يخص الوزارة أو المؤسسة مثل رسالة ورؤية وأهداف الوزارة أو المؤسسة. إضافة إلى الخدمات الإلكترونية وغير الإلكترونية التي تقدمها، مروراً بالتعرف على أقسام ومهام الوزارة وانتهاءً بطرق التواصل بين المستخدم والوزارة أو المؤسسة.

لذلك ينبغي استخدام أحدث البرامج والتطبيقات التي تجعل بوابة السلطة القضائية السودانية جاذبة وملبية لكل احتياجات واستفسارات المواطن والمقيم. تعتبر البوابة الإلكترونية هي ضربة البداية لكل الخدمات العدلية التي تقدمها السلطة القضائية.

لذلك لا بد من جعلها وصفحاتها الفرعية أكثر ديناميكية وتفاعلية مع المستخدمين. كما يمكن ربط المستخدمين بالبوابة الإلكترونية من خلال وضع كل اللوائح والقوانين والعقوبات بحيث تكون متاحة للجميع، مما يشجع بينهم نوعاً من الثقافة القانونية والتعرف على الحقوق والواجبات لكل مواطن.

كما نجد أن وضع الأسئلة الشائعة وإجاباتها في البوابة الإلكترونية. مع إمكانية استفسار المواطنين من خلال محادثة سريعة صوتية أو كتابة فورية مع المسؤولين أو من ينوب عنهم يوفر زمناً ومجهوداً كبيراً جداً للمواطن مما يرفع من درجة ثقته في الجهاز القضائي والاطمئنان على ضمان حقوقه. وبالتالي ينصرف المواطن إلى الإنتاج مما يدفع بالاقتصاد السوداني إلى الأمام.

المرحلة الثانية: إعداد الكوادر البشرية وتسلط الضوء على مقاومة التغيير:

تحتاج الكوادر البشرية التي لها علاقة بالسُّلطة القضائية السودانية إلى تنوير وإعلام مكثف يوضح الفوائد والإيجابيات من عملية الحوسبة وذلك حتى تدعم النظام الحاسوبي الجديد وتدافع عنه. هذا لا يمكن الحصول عليه إلا من خلال إيمان هذه الكوادر بضرورة تبني هذا التغيير الجديد. وفيما يلي نورد بعضاً من الإجراءات التي تساهم في ذلك:

- إقامة ورش عمل ونقاش حول رؤية ورسالة وأهداف السُّلطة القضائية المحوسبة لجميع منسوبي السُّلطة القضائية، ويشمل التنوير الخدمات الإلكترونية التي ستقدمها السُّلطة القضائية. حتى يشعر الجميع بأنهم جزء من هذا التغيير.
- إقامة دورات تدريبية مستمرة في استخدام الحاسب الآلي لمنسوبي السُّلطة القضائية.
- إقامة دورات تدريبية مستمرة في استخدام النظام الحاسوبي الجديد.
- إنشاء وتفعيل البريد الإلكتروني الرسمي على مخدمات السُّلطة القضائية لجميع المنسوبين، وذلك لضمان استخدام البريد الإلكتروني في المراسلات الداخلية والتواصل الإلكتروني بين منسوبي وأقسام السُّلطة القضائية.
- يميل البشر بطبيعتهم إلى مقاومة التغيير ويعني امتناع الموظفين عن التغيير أو عدم الامتثال له بالدرجة المناسبة والركون إلى الأوضاع القديمة القائمة، قد تأخذ المقاومة شكلاً آخرأ كأن يقوم الأفراد بإجراءات مناقضة أو مناهضة لعملية التغيير، وذلك لأسباب متعددة. لذلك لا بد قبل البداية في مشروع الحوسبة من تسلط الضوء على مقاومة التغيير والتعرف على ما يلي:
- السلوك المتوقع من منسوبي السُّلطة القضائية تجاه التغيير.
- المظاهر السلوكية لمقاومة التغيير.
- التعرف على أسباب مقاومة التغيير.
- ردود الأفعال تجاه التغيير.

ومن ثم وضع استراتيجية مناسبة للتعامل مع مقاومة التغيير مثل مقترح الباحث الإداري ميكيا فيلي الذي وضع عدداً من الإجراءات الوقائية من حالات مقاومة التغيير مثل (13):

(1) التثقيف والإعلام: وتعني إبراز الأبعاد الإيجابية لبرنامج التغيير، عن طريق التثقيف والإعلام المباشر وغير المباشر.

(2) المشاركة والاندماج: وهذا الإجراء يجعل العاملين والمنسوبين للسلطة جزءاً من التغيير وأنهم واضعو أسسه وأركانه ولن يشكوا عملاً مقاوماً للتغيير.

(3) التسهيل والدعم: ويعني أن يأخذ برنامج التغيير المصلحة العامة وألا تتصف إجراءات البرنامج بالانتقائية بحيث تقتصر على جوانب معينة وشخص معينين دون سواهم.

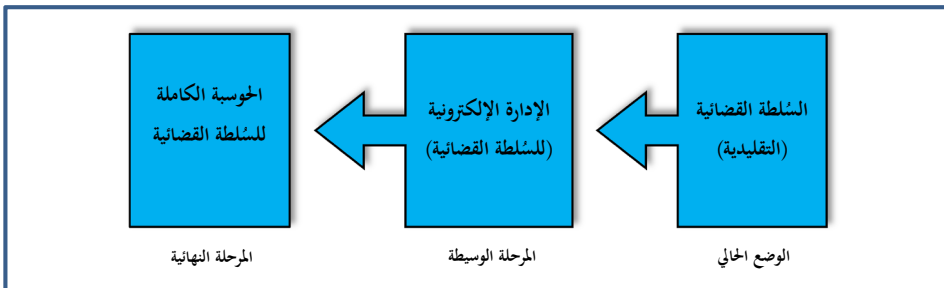
(4) المساومة والاتفاق: وهي تعني ان يكون هنالك اتفاقاً بين الإدارة والعاملين عند وضع برنامج إدارة التغيير. تشمل الاتفاق على أهداف برنامج التغيير وخطوات تنفيذه.

(5) المناورة والاحتواء: وتستخدم في حالة عدم نجاح الخطوات الأربع الأولى وعلى الإدارة تنفيذ برنامج التغيير على شكل خطوات بطيئة تفصل كل خطوة زمنية معينة.

(6) القسر الضمني والظاهري: وينبغي أن يستخدم في نهاية المطاف، عندما تفشل كل الإجراءات السابقة وهنا توجب المصلحة العامة مواجهة مقاومة التغيير بنحو قسري عن طريق فرض العقوبات.

المرحلة الثالثة: التحول من الإدارة التقليدية (الورقية) إلى الإدارة الإلكترونية:

عملية التحويل من النظام التقليدي إلى النظام الإلكتروني ليست بالعملية السهلة أو الميسرة فهي تحتاج إلى تكامل جهود للعديد من المؤسسات والهيئات الخدمية في الدولة من أجل تحقيق التحول الإلكتروني أو الرقمي، لذلك أجمع الكثير من الخبراء على أنه لا بد من مرحلة وسيطة بين النظام التقليدي والنظام الإلكتروني الكامل وهو ما يعرف بالإدارة الإلكترونية انظر إلى الشكل رقم (2).



شكل رقم (2) أهمية مرحلة التحول إلى الإدارة الإلكترونية كمرحلة وسيطة تعتبر الإدارة الإلكترونية هي وسيلة لرفع أداء وكفاءة الحكومة وليست بديلاً عنها ولا تهدف إلى إنهاء دورها وتعتبر الإدارة الإلكترونية هي أحدث مدرسة في الإدارة. وهي تقوم على أساس استخدام الإنترنت وشبكات الأعمال في إنجاز الوظائف الإدارية بطريقة التشبيك الإلكتروني وتشكل الإدارة الإلكترونية العمليات الداخلية والتي لا تكون ظاهرة للمواطنين والمؤسسات الحكومية ونتائجها من جهة إدارة علاقات المواطنين ومؤسساتهم التي يعملون بها وربط الإدارات العامة والوزارات عبر أنظمة متكاملة وصولاً إلى مكنته كامل الوظائف الأساسية للحكومة التقليدية (الكلاسيكية).⁽¹⁴⁾

تعني تحويل كافة العمليات الإدارية ذات الطبيعة الورقية إلى عمليات ذات طبيعة إلكترونية باستخدام مختلف التقنيات الإلكترونية وهذا يعني تحويل الدورة المستندية الورقية في المنظمة إلى دورة إلكترونية وهذا ما يطلق عليه العمل الإلكتروني أو الإدارة بلا ورق وهي مصطلحات مترادفة من حيث المعنى والمدلول.⁽¹⁵⁾

الإدارة الإلكترونية تشمل أنظمة قواعد البيانات، أنظمة الأرشيف الإلكترونية، الأنظمة المالية، أنظمة شؤون الموظفين، أنظمة المعلومات الجغرافية، إدارة الوثائق، أنظمة الـ (ERP). أما الإدارة الإلكترونية لحوسبة نظام السلطة القضائية في السودان فيقترح الباحثين أن تتطبق على عدة مراحل:

- أ. البداية فيما يخص إجراءات رفع الدعاوى القضائية من بداية رفع الدعوى ومتابعة الجلسات والمرافعات حتى إصدار القرار من القاضي ومتابعة نفس الدعوى في محاكم الاستئناف إذا رغب في ذلك أحد طرفي النزاع.
 - ب. نظام أرشيف إلكتروني قوي جداً يعمل في اتجاهين أرشفة من تاريخ تطبيق الحوسبة والاتجاه الثاني عمل خطة لأرشفة القضايا والدعاوى ما قبل تاريخ تطبيق الحوسبة.
 - ج. تحويل السيرك التقليدي (نظام المراسلة الإدارية) إلى السيرك الإلكتروني (نظام المراسلة الإلكتروني) بين الأقسام داخل المحكمة وبين الإدارة العليا والمحاكم بكافة أنواعها وذلك للاستفادة من مميزات السيرك الإلكتروني.
 - د. تفعيل البريد الإلكتروني في التعامل بين منسوبي السلطة القضائية في المعاملات الرسمية وتوعية الجميع بأن المراسلة عبر البريد الإلكتروني «الرسمي» تعتبر مراسلة وإخطار رسمي وتمثل حجة قانونية عند حدوث نزاع لسبب أو لآخر بين المنسوبين، وهذا يتطلب بالضرورة من إلزام و تنبيه المنسوبين بفتح صندوق المراسلات داخل البريد الإلكتروني لأكثر من مرة خلال اليوم. كما يمكن استخدام البريد الإلكتروني في الأمور الاعتيادية مثل تحديد مواعيد للاجتماعات الدورية والطارئة وإرسال الأجندة ومحاضر الاجتماعات لاحقاً.
- المرحلة الرابعة: تحديد طرق مختلفة لتقديم الخدمات الإلكترونية للجمهور، وتقديم

الحوافز المناسبة عند التعامل المباشر مع النظام المحوسب. المستهدف الأساسي من عملية حوسبة السلطة القضائية في السودان هو المواطن بالدرجة الأولى لتقديم الخدمات العدلية له بأيسر الطرق وأسهلها في حالة اللجوء إلى المحاكم للفصل في النزاعات. إلا المواطن باعتباره أحد المكونات البشرية التي لها علاقة بنظام القضايا قد يبدر منه شكلاً من أشكال المقاومة للتغيير للنظام المحوسب الجديد إلا أنه حال إحساسه بالفوائد العائدة من النظام الجديد سرعان ما يتحول إلى داعم أساسي له. نجد أن الإعلام بكافة أنواعه يعتبر من أهم الوسائل التي يمكن أن تلعب دوراً رئيسياً في توصيل الرسالة الإيجابية للمواطنين عن النظام المحوسب. يقترح الباحثون أن يتم تقديم الخدمات الإلكترونية العدلية على النحو التالي:

- (1) أن يتقدم المواطن مباشرة بطلبه عبر البوابة الإلكترونية للسلطة القضائية.
 - (2) أن يكون ذلك من خلال مكاتب خدمية مخصصة للمواطنين لتقدم نفس الخدمة التي يقدمها كتبة العرائض والدعاوى القانونية، ولكن باستخدام النماذج الإلكترونية.
 - (3) أن يكون ذلك من خلال مكاتب المحامين المعتمدين لدى السلطة القضائية ولديهم رخصة لمزولة المهنة.
- المرحلة الخامسة: تكامل المعاملات الإلكترونية للسلطة القضائية السودانية وربطها مع حكومة السودان الإلكترونية.
- من أهم أساسيات الحكومة الإلكترونية أن تكون مرتبطة بين أجزائها المختلفة ويفترض أن تكون هنالك تكاملية وتناسق بين هذه الأجزاء والمكونات. النظام الإلكتروني للسلطة القضائية يعتبر جزءاً من حكومة السودان الإلكترونية إن لم يكن أهم جزء منها، وبالتالي لا بد من ربطه مع نظام الأحوال المدنية في السودان بحيث يكون مرتبطاً بالمستهدف الأساسي للخدمة وهو المواطن عن طريق الرقم الوطني. بحيث يكون الدخول إلى النظام الإلكتروني عن طريق هذا الرقم ومن ثم الاستفادة من كل الخدمات العدلية المقدمة من السلطة القضائية السودانية.

المحور الثاني: تجارب الدول الإقليمية المحيطة بالسودان.

هنالك تجارب إقليمية رائدة في مجال تطور الحكومات الإلكترونية في العديد من الدول العربية مثل المملكة العربية السعودية، دولة الإمارات العربية المتحدة، دولة قطر، الأردن وجمهورية مصر العربية وذلك كتطور طبيعي للحكومة التقليدية وذلك بهدف الاستفادة من فوائد الحكومة الإلكترونية وحالياً تم تدشين الحكومة الذكية - لبعض الخدمات الحكومية- في العديد من هذه الدول انظر الشكل رقم (3)، والذي يبين فوائد الحكومة الإلكترونية والحكومة الذكية، وهذا لا ينفي وجود مساوئ في أنواع الحكومات المذكورة.

أوجه المقارنة	الحكومة التقليدية	الحكومة الإلكترونية	الحكومة الذكية
مبادئ العمل	عمليات بيروقراطية	استخدام تكنولوجيا المعلومات	أجهزة الحاسوب
بالتلفون والفاكس	استخدام الأجهزة المتنقلة وأجهزة الويرلس المترابطة	أوقات الخدمة	في اليوم 8 ساعات
والإنترنت	في الأسبوع 5 أيام	في اليوم 24 ساعة	في الأسبوع 7 أيام
	في اليوم 24 ساعة	في اليوم 24 ساعة	356 يوماً في السنة بدون توقف.
مكان الخدمة	عند زيارة الشخص	في البيت أو في العمل أو في أي مكان فيه	إنترنت في أي مكان يوجد به الشخص
نموذج الخدمة	زيارات متعددة للمكاتب	نقرات متعددة لبوابات المواقع	على الإنترنت
	الدخول مرة واحدة للخدمة المطلوبة	شكل رقم (3):	يبين الفروق بين الحكومة الذكية و الإلكترونية والتقليدية
			(الكلاسيكية) (16)

يعتبر النظام القضائي لهذه الدول نظام جزئي من أنظمة الحكومة الإلكترونية، وفيما يلي نورد بعض النماذج للأنظمة القضائية لتلك الدول مع التحفظ من عرض صور لصفحات الإنترنت أو لقطات من شاشة الهواتف الذكية وذلك نظراً لحساسية الأنظمة القضائية عموماً، وهي:

1. المملكة العربية السعودية: تقدم المملكة العربية السعودية 40 مركزاً في سلم الترتيب العالمي لمؤشر البنية التحتية الرقمية للاتصالات وتقنية المعلومات الذي تصدره الأمم المتحدة لقياس تطور الحكومة الإلكترونية يعد تنويجاً لجهود عدد من القطاعات الحكومية التي تنتشر في صناعة حاضراً جديداً يليق بمكانة المملكة وتطلعها للريادة عالمياً في ظل رؤية المملكة 2030، حيث احتلت المملكة المركز 27 عالمياً والمركز 8 بين مجموعة دول العشرين في إصدار عام 2020. (17) أما بالنسبة للنظام القضائي السعودي فإنه يبدأ بالدخول عبر شاشة النفاذ الوطني تتبعها سلسلة من عمليات التوثيق من شخصية الزائر إلى النظام القضائي. ومن ثم التمتع بعدد من الخدمات العدلية بدءاً من رفع الدعوى، ومتابعة الجلسات إلى حين الحصول بالحكم النهائي، مع إمكانية المطالبة باستئناف هذا الحكم في محاكم الاستئناف وذلك بالمواصلة في تقديم الخدمة الإلكترونية للمواطن أو المقيم. بلغت الخدمات الإلكترونية التي تقدمها المحاكم الإلكترونية السعودية أكثر من 88 خدمة إلكترونية متنوعة ما بين تقديم ورفع واستعلام وإثبات وإذن وغيرها من الخدمات العدلية الأخرى. والذي ساهم في

تطور هذه الخدمات الإلكترونية هو اهتمام حكومة المملكة العربية السعودية في تنمية الوعي الحاسوبي في المجتمع بعدة طرق فأصبح المجتمع السعودي لديه رغبة كبيرة في تبني الخدمات الإلكترونية وذلك يدل على نجاح الحكومة في زيادة ثقة المواطن السعودي بالخدمات الإلكترونية وفائدتها الاقتصادية والاجتماعية وغيرها من الفوائد فاننتقل المواطن من حالة الرفض والتشكيك بها في البداية إلى حالة المطالبة بالخدمة الإلكترونية إذا لم يجدها. إضافة إلى البنية التحتية الرقمية التي تتمتع بها المملكة وتوفر الدعم السياسي والمالي.

2. دولة الإمارات العربية المتحدة: حازت الإمارات على المركز الأول على مستوى الدول العربية في مؤشر تنمية الحكومة الإلكترونية والمركز الخامس على مستوى قارة آسيا والمركز رقم 21 على مستوى العالم وذلك وفقاً للتقرير الصادر من الأمم المتحدة للعام 2020م.⁽¹⁷⁾

الخدمات الإلكترونية التي تقدمها وزارة العدل الإماراتية للمواطنين والمقيمين بلغت 162 خدمة إلكترونية متنوعة. هذه الخدمات الإلكترونية تم شرح طريقة استخدامها بوسائل متعددة مقاطع فيديو قصيرة وملفات (بي دي أف)، إضافة إلى محادثة تلفونية أو نصية مع موظفي استعلامات للإجابة على التساؤلات الواردة من المواطنين والمقيمين.

3. دولة قطر: حازت قطر على المركز السادس على مستوى الدول العربية في مؤشر تنمية الحكومة الإلكترونية والمركز الخامس على مستوى دول مجلس التعاون الخليجي والمركز رقم 66 على مستوى العالم وذلك وفقاً للتقرير الصادر من الأمم المتحدة للعام 2020م. (19)

الخدمات الإلكترونية التي تقدمها وزارة العدل القطرية (المجلس الأعلى للقضاء) للمواطنين والمقيمين تبلغ 12 خدمة إلكترونية متنوعة.

تعليق الباحثين عن التجارب الإقليمية: تتفاوت نسبة تقديم الخدمات العدلية الإلكترونية من دولة لدولة أخرى وفقاً لأولويات واستراتيجيات ورؤى تختلف على حسب الدولة. لكن يحسب لهم الإيمان بضرورة التغيير وتوفير الإرادة القوية من الإدارات العليا. هنالك بعض الدول العربية بإمكانات مالية مشابهة وقريبة من الواقع السوداني وهي متدرجة من النظام اليدوي إلى النظام المحوسب بخطوات مدروسة وفقاً لخطة استراتيجية.

المحور الثالث: التقاضي الإلكتروني والجوائح العالمية.

مرت البشرية مع نهاية العام 2019م بجائحة كورونا 19- العالمية. هذه الجائحة لم تشهدها البشرية لعهود طويلة الأمر الذي أحدث ارتباكاً كبيراً في التعامل معها. ووجدت حكومات الدول نفسها في مأزق كبير بين المحافظة على حياة البشر وما بين استمرارية تقديم الخدمات للمواطنين مثل خدمات التعليم وغيرها من الخدمات الأخرى. وسرعان ما تم حسم الأمر لصالح المحافظة على

حياة المواطنين وتوقفت أغلبية الخدمات الحكومية المقدمة حضورياً للمواطن. إلا أن بعض الخدمات الحكومية التي يمكن تقديمها للمواطن إلكترونياً تحولت مباشرة إلى التحول الرقمي (عن بُعد). ومنها على سبيل المثال خدمات التعليم التي تحولت إلى التعليم الإلكتروني - الذي يعتبر شكلاً من أشكال التعليم عن بُعد - لضمان الاستمرار في العملية التعليمية في المدارس والجامعات لتلافي السلبية التي غالباً ما تصاحب التوقف تماماً عن الدراسة.

أما بالنسبة إلى الخدمات العدلية فلحسن الحظ ظهر مفهوم التقاضي الإلكتروني (قبل جائحة كورونا 19-) وهو «نظام قضائي معلوماتي جديد يتم بموجبه تطبيق كافة إجراءات التقاضي عن طريق المحكمة الإلكترونية بوساطة أجهزة الحاسوب المرتبطة بشبكة الإنترنت وعبر البريد الإلكتروني لغرض سرعة الفصل في الدعاوى وتسهيل إجراءاتها على المتقاضين وتنفيذ الأحكام إلكترونياً» (20). يُعبر هذا المفهوم عن التقاضي عن بُعد وهو نظام يسمح بوجود الطرفين (أو من يمثلهم) في الادعاء القانوني ومعهم قاضي محكمة عبر وسيط الكتروني يشابه أنظمة المؤتمرات الافتراضية.

زاد الاحتياج الملح للتقاضي الإلكتروني أثناء الجائحة العالمية مع استمرار المواطنين والمقيمين في الحجر الصحي والذي جاء نتيجة للإجراءات الاحترازية التي قامت بها أغلبية حكومات العالم للمحافظة على حياة البشر خاصة في القضايا التي لا تحتاج إلى إثباتات حضورية مثل قضايا النفقات الشرعية وبعض قضايا الميراث في المحاكم الشرعية.

نجد أن الدول التي تمتلك نظاماً إلكترونياً للقضاء لم تجد صعوبة في التحول إلى التقاضي عن بُعد فجميع الإجراءات تتم بطريقة إلكترونية ابتداءً من رفع الدعوى وما يتبعها من رفع المستندات المطلوبة أثناء إجراءات الدعوى وحتى الإصدار الإلكتروني لنص القرار النهائي من القاضي.

ومما سبق ذكره نجد أن أهمية حوسبة السلطة القضائية في السودان تتعاظم أثناء الجوائح العالمية. حتى لا يكون هنالك تأخير في الفصل بين الدعاوى القانونية وما يترتب على ذلك من آثار سلبية على المجتمع السوداني ناجمة من تأخر العدل. خاصة أن هنالك العديد من المؤشرات الصادرة من الأمم المتحدة التي تفيد بأن جائحة كورونا 19- العالمية قد تأتي بعدها العديد من الجوائح العالمية الأخرى. إذن عملية الحوسبة تصبح خطوة أساسية في اتجاه التقاضي عن بُعد والذي قد يكون التحول إليه في المستقبل بسبب الجوائح العالمية أو بدونها لأسباب أخرى ناجمة من التطورات التقنية في المستقبل.

13. النتائج:

توصلت الدراسة لما يلي:

- (1) هنالك أهمية كبيرة لحوسبة النظام القضائي السوداني.
- (2) هنالك فوائد عديدة من عملية حوسبة النظام القضائي السوداني أبرزها فوائد اقتصادية واجتماعية وسياسية وبيئية.
- (3) عملية الأرشفة الإلكترونية لها فوائد متعددة، أبرزها التوثق الآمن وسهولة النقل وسرعة في تبادلها للاستفادة منها.
- (4) هنالك العديد من التحديات والمعوقات التي تجابه عملية حوسبة النظام القضائي السوداني منها معوقات متعلقة بالبنية التقنية وشبكات الكهرباء، إضافة إلى المعوقات البشرية.
- (5) اكتسب التقاضي الإلكتروني أهمية ملحّة أثناء جائحة كورونا 19-، والحوسبة الإلكترونية للنظام القضائي السوداني هي البداية.
- (6) الإدارة الإلكترونية للنظام القضائي السوداني مرحلة مهمة في اتجاه الحوسبة الكاملة للنظام القضائي، وهي لا تحتاج إلى إمكانيات مادية كبيرة.
- (7) يجب مراعاة التكاملية في الأنظمة الإلكترونية الفرعية من الحكومة الإلكترونية السودانية وربطها مع بعضها، عن طريق الرقم الوطني للمواطن.

12. التوصيات والمقترحات:

من خلال النتائج التي تم التوصل إليها فإنه يمكن استخلاص التوصيات التالية:

- (1) ضرورة القيام بالتهيئة النفسية لكافة قطاعات الشعب السوداني بما فيهم منسوبو السُلطة القضائية بالنظام الحاسوبي الجديد. وذلك عن طريق الإعلام بأنواعه وأشكاله المتعددة.
- (2) إقامة دورات تدريبية تفاعلية مستمرة على الأنظمة الحاسوبية لجميع منسوبي السُلطة القضائية.
- (3) الاهتمام بالمحامين: لاسيما أن دور المحامي لا يقل أهمية عن دور القاضي بحسب أدواره و ما له من تأثير على مجرى الحق خدمة للعدالة و الإنصاف، وإتاحة متابعة المحامي لجميع قضاياها عبر البوابة الإلكترونية للسُلطة القضائية بإظهار جميع القضايا التي يدافع عنها في صفحته مباشرة. وفقاً لصلاحيات محددة. كما يمكن ربط تدريب المحامي على التطبيقات الحاسوبية الأساسية وتدريبه على النظام القضائي المحوسب بامتحان المعادلة التقليدي.
- (4) النظر بعين الاعتبار للوظائف التابعة بطريقة غير مباشرة للسُلطة القضائية (كُتاب العرائض نموذجاً). يعتبر الكاتب من ذوي الخبرة في صياغة الدعوى القضائية وتزايدت خبرته باحتكاكه مع القضاة وموظفي المحاكم، ويتوقع

الباحثون أن يصبح هؤلاء من أشد المقاومين للنظام المحوسب الجديد، لذلك لا بد من إقامة دورات توعوية لهم بأهمية الحوسبة، إضافة لذلك السعي لتقنين عملهم وذلك بإنشاء مكاتب خاصة مرتبطة بالإنترنت بحيث يؤدون نفس الدور ولكن عن طريق الشبكة.

(5) التفكير في إيجاد حلول لمشكلة انقطاع التيار الكهربائي والإنترنت عن المحاكم أثناء ساعات العمل وانعقاد الجلسات. هنالك العديد من الحلول التي يمكن اتباعها لحل مشاكل التيار الكهربائي في المحاكم مثل توفير مولدات كهربائية تعمل تلقائياً أو استخدام الطاقة الشمسية كبديل متوفر بتكلفة أقل.

(6) إنشاء قسم خاص للإحصائيات بحيث تكون من ضمن مهامها إصدار إحصائيات متنوعة صادرة من النظام المحوسب وإرسالها إلى جهات الاختصاص للاستفادة منها.

(7) إنشاء وظيفة بمسمى كاتب سر المحكمة «مساعد للقاضي» تكون مهمته كتابة حيثيات الجلسات على الشبكة مباشرة. وذلك حتى يتفرغ القاضي لمهمته الأساسية في إجراءات التقاضي. ويتم التأكد مما كتبه مساعد القاضي قبل التصديق النهائي الإلكتروني.

12. بحوث مستقبلية مقترحة: في ضوء الهدف من هذه الدراسة والنتائج التي أسفر عنها يمكن اقتراح البحوث والدراسات التالية:-

(أ) دراسة واقع البنية التحتية التقنية وشبكة الاتصالات في جميع المحاكم السودانية، وتقديم مقترحات لمصادر متنوعة للتمويل.

(ب) دراسة أسباب وسلوكيات مقاومة التغيير لحوسبة النظام القضائي السوداني المتوقعة من المكونات البشرية، مع اقتراح وضع استراتيجيات متنوعة لإدارة التغيير.

(ج) دراسة تتناول دور الإعلام - بكافة أشكاله - في دعم حوسبة النظام القضائي في السودان، والتهيئة النفسية ورفع درجة الوعي المعلوماتي لشرائح المجتمع السوداني.

(د) دراسة تتناول حوسبة لنظام مالية السلطة القضائية الإيرادات والمنصرفات. وطرق تحويل الدفع النقدي إلى الدفع الإلكتروني.

(هـ) دراسات أخرى توضح فوائد ومزايا حوسبة النظام القضائي في السودان من وجهة نظر باحثين آخرين.

13. الخاتمة:

في خاتمة هذا البحث والذي تناول الفوائد المتوقعة والمعوقات التي قد تجابه حوسبة النظام القضائي في السودان. تبين أن السودان يحتاج إلى سيادة حكم القانون والمؤسسية لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع السوداني خاصة في هذه الفترة الانتقالية. تم استخدام منهجية البحث الوصفي (منهج دراسة الحالة) في هذه الدراسة وذلك لخصائص هذا المنهج المناسبة لمثل هذا النوع من الدراسات البحثية. واجه الباحثون صعوبات في عملية جمع المعلومات عن طريق البوابة الإلكترونية للسلطة القضائية السودانية حيث لاحظ الباحثون أن عملية التحديث تتم بصورة بطيئة جداً وعلى فترات متباعدة حتى بالنسبة للمعلومات والبيانات الثابتة والوثائق. إضافة إلى أن طريقة البرمجة التي تم الاعتماد عليها في كثير من الصفحات الفرعية طريقة قديمة اعتمدت في أغلبها على برمجة الصفحات الاستاتيكية.

توصلت الدراسة إلى أن هنالك أهمية كبيرة وفوائد من عملية الحوسبة خاصة في أثناء الجوائح العالمية - جائحة كورونا 19 نموذجاً - إضافة إلى ذلك توصلت الدراسة إلى العديد من التوصيات التي تساهم في وضع عملية الحوسبة للنظام القضائي في السودان ضمن أولويات حكومة السودان الإلكترونية.

14. المصادر و المراجع

- (1) بوفاسة سليمان وآخرون (2013): استراتيجيات التحول من الحكومة التقليدية إلى الحكومة الإلكترونية، مجلة الاقتصاد والتنمية، مخبر التنمية المحلية المستدامة، جامعة المدينة، الجزائر ص9.
- (2) نعيم إبراهيم الظاهر (2014): الطريق نحو الحكومة الإلكترونية، عالم الكتب الحديثة، إربد، عمان، الاردن ص6.
- (3) حديث شريف رواه الإمام الترمذي وقيل حديث حسن.
- (4) عامر إبراهيم قنديلجي (2015): الحكومة الإلكترونية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الاردن ص 27.
- (5) فهد بن ناصر العبود (2016): الحكومة الذكية التطبيق العملي للتعاملات الإلكترونية الحكومية، العبيكان للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية ص28.
- (6) صدام محمد الخماسية (2017): الحكومة الذكية ما بعد الحكومة الإلكترونية، قنديل للطباعة والنشر والتوزيع، دبي، دولة الإمارات العربية ص 121.
- (7) فهد بن ناصر العبود، مرجع سبق ذكره ص11.
- (8) صدام محمد الخماسية، مرجع سبق ذكره ص192.
- (9) قانون الهيئة القضائية لسنة 1986م، الصادر من جمهورية السودان ص9.
- (10) حمد بن محمد العجمي (2016): تطبيقات البرامج الإلكترونية وعلاقتها بجودة الخدمة، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية ص83.
- (11) بن عمارة محمد (2019): تحديات و معوقات المرافق العامة الرقمية في الجزائر، جامعة بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر ص7.
- (12) الخطة الموجهة للحكومة الإلكترونية والتحول للذكية 2016-2020م: إعداد المركز القومي للمعلومات، <http://www.hasser.gov.sd/E/pdf/planone.pdf>، السودان ص13.
- (13) يحيى سليم ملحم وآخرون (2008): استراتيجيات وأسباب مقاومة التغيير في الشركات الصناعية: حالة تطبيقية على الشركات الأردنية، المجلة الأردنية في إدارة الأعمال، المجلد 4، العدد 2 ص5.
- (14) صدام محمد (2013): الحكومة الإلكترونية الطريق نحو الإصلاح الإداري، الطبعة الاولى، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، إربد، الأردن ص78.
- (15) يحيى محمد علي أبو معايش (2004): الحكومة الإلكترونية: ثورة على العمل الإداري التقليدي، الرياض، المملكة العربية السعودية ص37.
- (16) صدام محمد الخماسية، مرجع سبق ذكره ص192.

- (17) وكالة الأنباء السعودية (واس)، «<https://www.spa.gov.sa/832064>» اقتصادي / مركز أداء : تقدم المملكة 40 مركزاً في مؤشر البنية التحتية الرقمية تتويج جهود عدد من القطاعات الحكومية»، مقال صادر بتاريخ 13/7/2020م.
- (18) تقرير صادر من إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية بالأمم المتحدة، بعنوان «مسح الحكومة الإلكترونية 2020 - الحكومة الإلكترونية في عقد العمل من أجل التنمية المستدامة»، UN-EGV-TRN-20-FINAL، ص 327.
- (19) تقرير صادر من إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية بالأمم المتحدة، تقرير سبق ذكره، ص 326.
- (20) رباب محمود عامر (2019): التقاضي في المحكمة الإلكترونية، مجلة كلية التربية للبنات للعلوم الإنسانية، العدد 25، السنة الثالثة عشر ص 3.
- (21) أبوبكر محمود الهوش (2006م): الحكومة الإلكترونية الواقع والآفاق، مجموعة النيل العربية، القاهرة، جمهورية مصر العربية.
- (22) فهد بن ناصر العبود، الحكومة الذكية التطبيق العملي للتعاملات الإلكترونية الحكومية، العبيكان للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية.
- (23) إيهاب جعفر فرحان، ورشا عزالدين وعثمان (2019م): دراسة تقييمية لخدمات حكومة السودان الإلكترونية الموجهة للمواطنين، SUST Journal of Engineering and Computer Science (JECS), Vol. 20, No. 2، جامعة السودان للعلوم والتكنولوجيا، الخرطوم، السودان.
- (24) هشام محمود إبراهيم (2012): الحكومة الإلكترونية، مركز الخبرات المهنية للإدارة، القاهرة، جمهورية مصر العربية.
- (25) هشام فخار (2019)، الإدارة الإلكترونية لقطاع العدالة في إطار العصرية، جامعة بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر.
- (26) حسن الشيخ (2008م): الحكومة الإلكترونية في دول الخليج العربي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر.
- (27) عبدالرؤوف محمد اسماعيل (2018): المدينة الذكية، روابط للنشر وتقنية المعلومات، مصر الجديدة، مصر.
- (28) فؤاد غضبان (2018): مدن المعرفة والمدن الذكية، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- (29) بشير علي باز (2009): دور الحكومة الإلكترونية في صناعة القرار الإداري والتصويت الإلكتروني، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر.
- (30) حمزة ضاحي الحمادة (2016): الحكومة الإلكترونية ودورها في تقديم الخدمات المرفقية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر.
- (31) John R.Vacca (2007), Biometric Technologies And Verification Systems, Elsevier Academic Press, USA.

- (32)Kvon, GM and other (2018), Risk in Implementing New Electronic Management Systems at Universities, EURASIA JOURNAL OF MATHEMATICS SCIENCE AND TECHNOLOGY EDUCATION, Volume: 14 Issue: 3 Pages: 891902-.
- (33)Piaggese, Danilo (2011), Global strategy and practice of E-Governance: Example from around the World, Information science reference, USA.
- (34)Gottschalk, Petter (2009), E- Government Interoperability and information resource integration, Information science reference, USA.
- (35) <https://www.britannica.com/topic/government> تاريخ الزيارة للموقع 2020/4/15 م
- (36) <http://mininfo.gov.sd/?s>=البشير+يدشن+البوابة+الإلكترونية+للسلطة+الق ضائية+ومشروع+حوسبة+العمل+بالقضاء
- (37) تاريخ الزيارة للموقع 2020/1/5 م

التكييف الفقهي للمواطنة والجنسية

كلية القانون
كلية الإمام الهادي

أ. د. خالد فايت حسب الله

مستخلص

تهدف الدراسة إلى معرفة التكييف الفقهي لمفهوم المواطنة والجنسية من خلال دستور دولة المدينة، والذي يعتبر أنموذجاً للدولة المدنية والمواطنة، وهو الأنموذج الذي يسعى له العلماء اليوم، في حين أن الرسول ﷺ سبق الدولة المدنية الحديثة في إرساء مبادئ المواطنة وتطبيق هذا الأنموذج على كل الكيانات الاجتماعية التي يجمعها وطن واحد يسع الجميع على الرغم من تباين العادات والتقاليد، فالفقه الإسلامي استوعب هذه المتغيرات من خلال المساواة في الحقوق والواجبات بين جميع أفراد المجتمع مما يؤدي إلى شعور الجميع بالمساواة والعدالة وينعكس إيجاباً على استقرار الدولة. ولكن بعد اندثار الدولة و... اضمحلالها وخضوعها للاحتلال تغيرت التركيبة السكانية، وظهرت دعوات تدعو لقيام دولة خالصة من حيث المكون الاجتماعي والديني، مع العلم أن الدولة في السياسة الشرعية ليست دولة خالصة من حيث المكون الاجتماعي أو الديني أو المذهبي (وإن كانت هناك نماذج للدولة المذهبية أو الطائفية) تبعاً لمرجعية دستور دولة المدينة، وبناءً على ذلك عالج دستور دولة المدينة مشكل اكتساب أو فقدان المواطنة أو الجنسية، وللوصول إلى معرفة هذه المعالجة تم استخدام المنهج الاستقرائي، وتوصلت الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات، ومن أهم النتائج أن التكييف الفقهي للمواطنة يقوم على أساس ضرورة وحدة الإنسانية والمصالح المشتركة و... المساواة في الحقوق والواجبات - تعتبر وثيقة دولة المدينة أساس جاذب للمواطنة وللمساواة في الحقوق والواجبات بين مكونات المجتمع، في حالة ارتكاب جرم يعاقب الجاني وليس من بينها ما يسمى باسقاط أو سحب المواطنة أو الجنسية في دستور دولة المدينة، ومن التوصيات: يجب إعادة دراسة السياسة الشرعية بما يتوافق مع المتغيرات المعاصرة مع استصحاب مقاصد الشريعة - نوصي المشرع باستبدال مصطلح الجنسية بمصطلح المواطنة لما تحققه من وحدة وتعايش بين جميع مكونات المجتمع.

Abstract

The study aims to know the jurisprudential adaptation of the concept of citizenship and nationality through the constitution of the city-state, which is considered a model for the civil state and citizenship, and it is the model that scholars seek today, while the Messenger, may God bless him and grant him peace, preceded the

modern civil state in establishing the principles of citizenship And the application of this model to all social entities brought together by one nation can accommodate everyone despite the difference in customs and traditions, Islamic jurisprudence has absorbed these variables through equality in rights and duties among all members of society, which leads to everyone feeling equal and just and positively On the stability of the state. But after the disappearance of the state and ... its decay and submission to the occupation, the demographics changed, and calls for the establishment of a pure state in terms of the social and religious component appeared, bearing in mind that the state in legal politics is not a pure state in terms of the social, religious or sectarian component (even if there is Models of the sectarian or sectarian state) according to the reference of the city-state constitution, and based on that, the city-state constitution addressed the problem of acquiring or losing citizenship or nationality, and to reach knowledge of this treatment, an inductive approach was used, and the study reached several results and recommendations, and one of the most important results is adaptation Jurisprudence for citizenship is based on the necessity of the unity of humanity and common interests and ... equality in rights and duties - The city-state document is considered an attractive basis for citizenship and for equality in rights and duties among the components of society. In the event that a crime is committed, the perpetrator is punished, and none of them is called dropping or withdrawing Citizenship or nationality in the constitution of the city-state, and among the recommendations: Sharia policy must be re-examined in line with contemporary variables while accompanying the purposes of Sharia - we recommend that the legislator replace the term nationality In the term citizenship, because it achieves unity and coexistence between all components of society.

مقدمة :

تعتبر قضايا المواطنة والجنسية والهوية والامة من المصطلحات التي شغلت الساحة السياسية، وبناء عليها شهد العالم موجة من التغيرات ادت إلى انفصال كيانات اجتماعية جغرافيا أو عرقيا أو مذهبيا أو طائفيا برقعة الارض التي يسكنون فيها وعلى اثرها حاول المفكرين السياسيين وغيرهم من المتخصصين في هذا المجال ان يقدموا معالجات لها الا انها تعذر استيعابها، بينما نجد ان الفقه الاسلامي السياسي (السياسة الشرعية) المتخصص في شؤون العباد والبلاد استوعب هذه الجزئية من خلال دستور دولة المدينة والذي يعتبر الأنموذج الذي زاوج بين الكيانات الاجتماعية والطائفية والمذهبية الموجودة في الدولة على أساس المواطنة والمساواة في الحقوق والواجبات.

أهمية الموضوع :

1. بيان التكليف الفقهي للمواطنة والجنسية من حيث اكتسابها.
2. بيان أن المواطنة تستوعب حل المشاكل الخاصة بالإثنيات والاندماج والتهميش والإقصاء والانفصال وحق تقرير المصير.

أسباب اختيار الموضوع:

تمثل في ظهور دعوات تطالب بانفصال كيانات اجتماعية من الدولة أو تقرير حق المصير من الدولة على أساس جغرافي أو قبلي.

مشكلة البحث:

تظهر مشكلة البحث في معرفة كيف عالج الفقه الإسلامي من خلال السياسة الشرعية المتمثلة في دستور دولة المدينة موضوع المواطنة وكيفية اكتسابها.

منهج البحث:

تم استخدام المنهج الاستقرائي باعتبار أن موضوع المواطنة مرتبط بأركان الدولة وسيادتها.

الدراسات السابقة:

تناول عدد مقدر من الباحثين موضوع المواطنة والجنسية من حيث المقارنة وكيفية اكتساب الجنسية وفقدانها بحسب قانون الدول التي يعيشون فيها، إلا أن هذا البحث يركز على مفهوم المواطنة من خلال دستور دولة المدينة وكيفية اكتسابها والعقوبة حالة الاخلال بها وليس فقدانها بالإضافة إلى أن الدولة في السياسة الشرعية تسع الجميع من حيث المساواة في الحقوق والواجبات.

المبحث الاول

مفهوم الجنسية والمواطنة في اللغة والاصطلاح

المطلب الأول: تعريف الجنسية والمواطنة في اللغة والاصطلاح

الفرع الأول: تعريف الجنسية في اللغة

الجنسية في اللغة أصلها من (جنس) ومعناها عند اللغويين أعم من النوع وهو كل ضرب من الشيء⁽¹⁾، فالجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالأنواع فهو أعم من النوع⁽²⁾.

فالجنس طبقة في التصنيف فوق النوع؛ الحيوان جنس والإنسان نوع - يقال يعمل في مؤسسة موظفون من الجنسين أي من النوعين، الجنس المذكر والجنس المؤنث.

ومن مشتقات (جنس) الجنسين: العريق في جنسه، والمجانس: المشاكل ويقال جنس الأشياء: أي شاكل بين أفرادها، وجنس المواد: نسبها إلى أجناسها، وجنس أجنبياً: أعطاه الجنسية، وتجنس الشخص: اكتسب جنسية دولة⁽³⁾.

فالجنسية مصدر صناعي من (جنس) يدل على صفة تلحق بالشخص من جهة انتسابه لشعب أو أمة أو وطن، فهي حالة أو ماهية تفيد حالة الشخص أو ماهيته بالنسبة للآخرين من نفس الجنس⁽⁴⁾. أما كلمة (Natus) في اللاتينية معناها الجنس (بمعنى العرق) حسب المفردة الإنجليزية (Race)، بينما يشير المصطلح في اللغة الإنجليزية نجدها عند كلمة (Nationality) ومصدرها الكلمة اللاتينية (Nacie/Nasci/Natus) وهي في أبسط معانيها تتضمن فعل الولادة (To be born) والتي تفيد الميلاد أو المولد⁽⁵⁾. وباستقراء هذه المعاني نجد أنها تشير إلى فكرة سياسية وقانونية تُعبر عن انتساب الفرد إلى دولة من دول العالم أو وطن من الأوطان.

الفرع الثاني: تعريف الجنسية في اصطلاح الفقه الإسلامي

نجد أن مصطلح الجنسية من المصطلحات المستحدثة والتي لم ترد في كتب الفقهاء، وبما أن الجنسية تنظم العلاقة بين الفرد والدولة من خلال الروابط السياسية والقانونية والاجتماعية، فإن هذا المصطلح أخذ في الدخول إلى الأمة الإسلامية مع سقوط الخلافة العثمانية في عشرينيات القرن الماضي، وقد رفض بعض العلماء فكرة الجنسية⁽⁶⁾. باعتبار أن الإسلام لم يفرق بين رعايا الدولة الإسلامية من غير المسلمين ويتجلى ذلك في وثيقة المدينة وما مجتمع المدينة إلا أنموذج لمفهوم المواطنة والدولة والمدنية الحديثة والتي تقوم على أساس (دستور المدينة) وحدة الأمة من المسلمين وغير المسلمين من اليهود والمسيحيين، فالدين في السياسة الشرعية يعتبر عنصر وحدة وليس عامل تفرقة بين الأفراد، خلافاً لما كان في عصر الامبراطورية الرومانية؛ ففضل الدين عامل التفرقة بين الأفراد في عصر الامبراطورية الرومانية؛ فكان للدين الأثر الواضح في تحديد شكل الأسرة والسلطة الأبوية لرب الأسرة، وتحديد أشكال الملكية وقواعد الميراث، فكان المواطن في تلك الفترة هو الشخص الذي يعتقد ديانة المدينة، والأجنبي هو الذي لا يتمتع بحق الدخول في تلك الديانة⁽⁷⁾. ونجد ان مفهوم الجنسية مرتبط بالدين في الأنموذج الإسرائيلي، فالجنسية تستند إلى رابطة الدين اليهودي، وبحق العودة لكل من يعتقد الديانة اليهودية إلى دولة إسرائيل، له حق أن يصير إسرائيلياً بقوة القانون⁽⁸⁾، فالمادة⁽¹⁴⁾ من قانون جنسية الكيان الصهيوني تأخذ بالهوية الدينية في منح الجنسية، إذ تعتبر كل يهودي في العالم هو من مواطنيها شرط أن يكون من أم يهودية⁽⁹⁾.

ان القول بأن ما حدث في عصر الإمبراطورية هو شبيه بما حدث في عهد الدولة الإسلامية، بأن كل من يعتقد الإسلام يعتبر من رعايا دولة الإسلام بغض النظر عن مكان تواجده⁽¹⁰⁾. هذا خلط وقول غير دقيق حيث إن النظام الدولي وقتئذ مبناه التفرقة بين الأمم

على أساس ديني، فهي أسس ومعايير كونية حاسمة لهوية الدول ومواطنيها وقتئذٍ، بينما نجد الإسلام لم يفرق بين مواطني الدولة الإسلامية من غير المسلمين ويتجلى ذلك في وثيقة دولة المدينة.

اذن الجنسية رابطة قانونية وسياسية تُنسب للفرد لدولته، في حين أن الأمة رابطة اجتماعية تدل على من يشتركون مع الفرد في الثقافة والعادات والتقاليد والاعراف اللغة والتاريخ وغيره بما يوحد المواقف الكبرى، وقد نجد تطابقاً بين الأمة والدولة في عدد من الدول - الآن - كما هو الحال في أوروبا، واختلافاً كما هو الحال في الدول العربية في العصر الحديث، ان مبدأ الدول متعددة والأمة واحدة، فالأمة الإسلامية أمة واحدة ولكن الدول العربية ليست دولة واحدة بل متعددة، فالفقه الإسلامي لا يقبل من الدولة إلا ان تكون ممثلة لوحدة الجماعة، فالدولة في الإسلام هي الحاضنة لوحدة الجماعة، ولهذا يجب على الفرد أن ينتسب إليها، كما يمنع عليه الانفصال حتى لا تتفرق وحدة الجماعة، فالانتماء للأمة الواحدة مطابقاً للانتماء للدولة الواحدة، فكل أفراد الأمة المقيمين في دار الإسلام هم مواطنو الدولة الذين ينتسبون إليها⁽¹¹⁾.

الفرع الثالث: تعريف المواطنة في اللغة

المواطنة في اللغة: المنزل تقيم به وطن يطن وطناً: أقام به، وطن البلد، اتخذه وطناً وجمع وطن أوطان: منزل إقامة الإنسان ولد فيه أم لم يولد.⁽¹²⁾ ومواطنة: مصدر الفعل واطن بمعنى شارك في المكان إقامة مولداً لأن الفعل على وزن فاعل⁽¹³⁾، فالوطن كل مقام به الإنسان لأمر، وأوطان الغنم ومرابطها، وأوطن الأرض ووطنها واستوطنها أي اتخذها وطناً⁽¹⁴⁾.

الفرع الرابع: المواطنة في الفقه الإسلامي:

نجد أن الإسلام أرساء مفهوم المواطنة من خلال صحيفة المدينة قبل ان ترسي اتفاقية وستفاليا 1648م المبادئ الخاصة بالمواطنة، وتعتبر صحيفة المدينة بمثابة أول دستور في العالم يكرس لمبدأ المواطنة في دولة ضمت مسلمين ومسيحيين ويهود ولا دينيين، ولم تضع الصحيفة شروط للانتماء للأمة السياسية فالدين ليس شرط للمواطنة، فهذه الوثيقة تجعل غير المسلمين المقيمين في دولة المدينة مواطنين فيها، لهم من الحقوق مثل ما للمسلمين وعليهم من الواجبات مثل ما على المسلمين.⁽¹⁵⁾

بينما نجد جذور المواطنة الإغريقية القديمة والتي كانت تستبعد النساء من فئة المواطنين وتقتصر المواطنين على الذكور الأحرار الذين يتمتعون بالمساواة وهو ما عليه الأمر في الجنسية فإن المرأة في بعض الدول لا تمنح جنسيتها لأبنائها حتى لو كان مكتوب في الدستور إلا بشق الأنفس. بينما جاء مفهوم المواطنة في إعلان الاستقلال الأمريكي عام 1776م والإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الفرنسي 1789، وجاء في حقوق الإنسان وحرياته الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م والعهديين الدوليين الملحقين به عام 1966م نجد أن مفهوم المواطنة يختلف عن مفهوم الجنسية في بعض الدول بينما يتطابق معها في بعض الدول منح الجنسية، وهناك من يرى أن الجنسية أوسع من المواطنة بحيث تشمل مقومات المواطنة.

فالمواطنة في الفقه الإسلامي ممارسة عملية تحقق التجانس وتستوعب التنوع الثقافي والديني والإثني، أما ما يراه البعض من عدم تجانس بدا لهم فإنه ليس كذلك، فإن الذي ينظر إلى القرآن الكريم والسنة النبوية يجد ما يشير إلى التعايش في ظل هذا التباين، بل عبر عنه القرآن بالتعارف بين الناس فيما بينهم، ونجد أن الرسول ﷺ أسس دولته على الرغم من وجود هذا التباين بين الأديان والذي لم يكن عائقاً في قيام دولة المدينة، ووثيقة المدينة حثت على النصر والعون والنصح والتناصح والبر من دون الإثم والدفاع عن الدولة وسيادتها وإشاعة روح المساواة والعدل والتعاون والتعايش السلمي بين مكونات المجتمع مما يضمن المساواة بين المواطنين وهو مبدأ يكرس لحق المواطنة، بالإضافة إلى حرية الاعتقاد للمسلمين في دينهم وللإهود في دينهم وأشارت الوثيقة إلى مسؤولية الفرد فيما يكتسبه الفرد من جرم فلا يقع العقاب عليه.

أما فيما يختص بالولاية والسيادة والمشاركة السياسية فهناك عدة آراء في المسألة:

1. الرأي الأول عدم مشاركة غير المسلم في حق الشؤون السياسية وإدارة الدولة.
 2. الرأي الثاني يحق لهم ممارسة كل الشؤون السياسية بما فيها تولي الرئاسة وممارسة كل الحقوق والواجبات، ما داموا من الدولة الإسلامية ومواطنين.⁽¹⁶⁾
- مما تقدم أرى ان الرأي الثاني هو الراي الراجح فما بني عليه الرأي الأول غير متحقق الآن بينما الرأي الثاني يتماشى مع مفهوم الدولة المعاصرة التي تمارس السلطة التنفيذية سلطاتها وإصدار التشريعات والتي تعبر عن روح المجتمع، فالجميع لهم الحق في إدارة الدولة ما دام لا يتعارض مع مبادئ الشرع ويحقق مقاصد الشارع فيما يختص بالدعوى. وتعرف المواطنة بالآتي:

1. المواطنة اصطلاح يشير إلى الانتماء إلى أمة أو وطن.⁽¹⁷⁾
2. المواطنة هي التزامات متبادلة بين الأشخاص والدولة، فموجبها يحصل الشخص على حقوقه المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية نتيجة انتمائه لمجتمع معين، وعليه في الوقت ذاته واجبات يحتم عليه أداؤها.⁽¹⁸⁾
3. المواطنة: علاقة بين فرد ودولة كما يحددها قانون تلك الدولة، وبما تتضمنه تلك العلاقة من حقوق وواجبات في تلك الدولة.⁽¹⁹⁾

1. ويتبين لنا مما تقدم أن الفرق بين معايير المواطنة والجنسية والهوية يظهر في الآتي: المواطنة: هي عبارة عن مصفوفة اجتماعية الانتماء إلى مجتمع يضمه بشكل عام رابط اجتماعي وسياسي وثقافي موحد في دولة واحدة. هناك من يرى أن مصطلح المواطن استبدل بمصطلح الجنسية أو مرادف له، فالشخص الذي لا يملك المواطنة في الدولة عديم الجنسية.
2. الهوية هي من لوازم المواطنة وهي تمثل النسيج الاجتماعي بين المواطنين سواء كان في شكل سياسي - اجتماعي - قوانين - اقتصاد - قيم.
3. قد تتناوب على الوطن أنظمة مختلفة متناقضة إسلامية شيوعية رأسمالية فتبقى المواطنة على الرغم من التقلبات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وقد يترك صاحب

الجنسية جنسيته خوفاً **لشيء ما**، خلافاً للمواطن الذي لا مفر له من انتمائه للوطن حتى لو هاجر.

4. الهوية هي المعيار الذي تحدد به ما هو أفضل أو غير أفضل أو صالح أو غير صالح للوطن والمواطنين، وقد تختلف المعايير بحسب السياسات، ولذلك ينظر للمواطنين إلى مصالح أوطانهم من خلال هويتهم، وليس كما يرى البعض أن المواطنين يستطيعون حل مشاكلهم بمجرد انتمائهم للمواطنة والجنسية.

5. المواطنة لا تمنح ولا تخضع للقانون وهي إرادة إلهية خلافاً للجنسية. المواطنة هي الوطن المشترك الذي ارتضاء فيه الجميع اقتسام ثرواته والتعايش فيه ولذلك يبذل فيه الغالي والنفيس ويعتني به، خلافاً للجنسية.

6. المواطنة ترتبط بامتداد مواطنة الآباء والأجداد، وهذا ما لا يوجد في الجنسية. فالمواطنة ليست كالجنسية تباع وتشترى أو تمنح أو تطلب أو يتنازل عنها أو تلغى أو تسحب من قبل السلطات بل هي تمثل ارتباطاً وجدانياً وثقافياً واقتصادياً واجتماعياً وليست هي دين أو مذهب أو قبيلة بل هي عدل ومساواة وحرية وهي ليست ولاء للحاكم سياسي، فالمواطنة هي نظرة متساوية في العدالة والحقوق والواجبات.

7. إن المواطنة لا تسقط بارتكاب جرم إنما توقع على المجرم عقوبة دون المساس بالمواطنة، وهذا خلافاً لما عليه الأمر في الجنسية فإنها تسقط عن الشخص فيصبح بدون جنسية.

8. المواطنة لا تقاس كما بما يقاس به التجنس بتقديم خدمات الوطن وإلا سحبت المواطنة من العاقل والمريض.

الفرع الخامس: مبادئ وأهمية ومقومات المواطنة في الفقه الإسلامي

أولاً : مبادئ المواطنة في الفقه الإسلامي

1. تعزيز وحدة الأصل الإنساني وإعمال روح الأخوة بدلاً من إهمالها، فأصل الخلق واحد وهو ما يعبر عنه بالأخوة الإنسانية والأخوة الخلقية.

2. كل إنسان يتحذر فيه حب الوطن، فغريزة حب الوطن غريزة فطرية متجذرة في النفس الإنسانية ولذلك ساوى القرآن الكريم بين الإخراج من الوطن وقتل النفس قال تعالى: (وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنْ اقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَوْ خَرُّوا مِنْ دِيَارِكُمْ مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلٌ مِّنْهُمْ)⁽²⁰⁾، وبين النبي ﷺ حبه لمكة بعد إخراجه منها .

3. يعتبر الوطن القاسم المشترك بين المواطنين في السعادة والأحزان والألم ولذلك أي ضرر يلحق بالوطن يلحق بالمواطن، مما يدفع الجميع للوحدة في مواجهة الأخطار المحدقة به.

4. الإسلام يعترف بأن التعاون والتعارف ضرورة بشرية، وسمة اجتماعية تميز البشر عن غيرهم من الكائنات الحية، فلا يمكن أن يعيش الفرد لوحده، فالإنسان كائن اجتماعي ولذلك خلقهم، قال تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ)⁽²¹⁾، وقال تعالى (وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا)⁽²²⁾.

ثانياً: أهمية المواطنة في الفقه الإسلامي

1. تتجلى أهمية المواطنة في أنها صمام أمان لوحدة الأمة أمام النعرات القبلية والحزبية والأفكار الإقصائية والانفصالية.
2. تساهم المواطنة في الارتقاء بالإنسان والدولة إلى درجة المساواة في الحقوق والواجبات والعدل والمحافظة على القيم الإنسانية.
3. تساهم المواطنة في رفع الخلافات ووجهات النظر التي تؤدي إلى تشرذم وتشتت الأمة ولذلك فهي صمام أمان لوحدة النسيج الاجتماعي.
4. تساهم المواطنة في المحافظة على الحقوق والواجبات لكل أطراف الأمة، مما يجعلهم سواسية امام العدالة والنهوض بالأمة، وسواسية في الحقوق والواجبات.
5. تساهم المواطنة في إدارة التنوع والاختلاف السياسي والعقائدي والثقافي والاقتصادي والاجتماعي، إذ يشعر الكل بوجوده داخل هذه المنظومة، مما ينعكس على المواطن بالخير والتطوير.

9/ تعترف المواطنة بالتعدد الديني والثقافي مما يجعل خدمة الوطن والمواطن هي الأساس.

ثالثاً: مقومات المواطنة في الفقه الإسلامي

تتمثل مقومات المواطنة في الآتي :

1. المساواة بين جميع المواطنين في الحقوق والواجبات والقانون وتكافؤ الفرص، فالوطن تتعدد فيه الأعراف والأعراق والقبائل والعقائد، كما أن المواطنة تمثل عنصر الوحدة والاستقرار إذ لا يوجد مجال للتمييز بين المواطنين، كما تجعل المواطنين متساويين في اكتساب الامتيازات، كما أن المواطنة تنفي التهميش والإقصاء مما يساهم على وحدة الأمة.
2. مشاركة الجميع في الحياة العامة، فالكل شركاء في صناعة ورفاه الحياة العامة في الدولة.
3. الولاء: لله وللوطن، وهذا يجعل الجميع يقفز فوق العلاقة القبلية الضيقة والحزبية إذ لا خضوع إلا لسيادة التشريع وهذا يعزز الارتباط الوجداني بالوطن وقضاياه، مما يجعل الفرد والمجتمع صالحين يعملون لمصلحة الوطن والدفاع عنه واحترامه وتمتد هذه الفكرة لتشتمل المواطنين خارج أرض الوطن فيكون الولاء مغروماً فيهم.

المبحث الثاني

اكتساب وفقدان المواطنة في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: اكتساب المواطنة في الفقه الإسلامي

على إثر التعاقد السياسي بين - النبي ﷺ - والأنصار في بيعة العقبة الثانية، وهجرة الرسول إلى المدينة تكونت دولة جديدة - متنوعة الأديان والأعراق - على أساس دستور المدينة وهو (الصحيفة) لها ذاتية مستقلة تميزها عن غيرها، يحكمها تشريع ويُسير حياتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والقضائية والاستراتيجية والخارجية والداخلية والدعوية، وتهدف إلى غايات مشتركة بين جميع طوائفه، إن (الوثيقة) التي كُتبت بإملاء من الرسول - ﷺ - في العام الأول من هجرته إلى المدينة مثلت السياسة الداخلية للدولة الإسلامية مع (اليهودي والوثني) - وهو ما يُسمى في العصر الحديث بالقانون الدولي الخاص، وكذلك

مثلت نظاماً متكاملًا للعلاقات الخارجية مع القبائل والشعوب والدول، وهو ما اصطلاح عليه فيما بعد بالقانون الدولي العام.⁽²³⁾

بدأ النبي ﷺ كتابة دستور المدينة (الصحيفة) بقوله: (هذا كتاب من محمد النبي (رسول الله) بين المؤمنين والمسلمين من قريش وأهل يثرب ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم، إنهم أمة واحدة من دون الناس...، وأن يهود بني عوف أمة مع المؤمنين، لليهود دينهم وللمسلمين دينهم ومواليهم وأنفسهم إلا من ظلم وأنم...).⁽²⁴⁾ فالمواطنة رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة، فينسب الفرد إليها وترده لمجتمعه بمقتضى هذا الرابطة يتعين تبعية الشخص للشعب الذي يقوم عليه كيان الدولة ويميزه عن الذي لا ينسب إليها، بهذا المفهوم يكون من لوازم بناء الدولة تحديد نظام المواطنة الخاص بها، يتضمن أسباب اكتسابها وفقدانها.

وقد جاء في القرآن الكريم الإشارة إلى الوحدات الاجتماعية كالأمة والقوم والشعب والقبيلة وغيرها، وهي إشارة اعتراف بهدف تكوين كيان اجتماعي رابطة تتمثل في المواطنة، فاستخدم القرآن الكريم لفظ {أمة وأمم وأمتكم} خمساً وستين مرة، منها آية تذكر أن الطير أمة، وآية تذكر أن إبراهيم كان أمة، وقد استخلص الراغب الأصفهاني معنى جامعاً حيث يقول: (الأمة كل جماعة يجمعهم أمر ما، إما دين واحد أو زمان واحد أو مكان واحد، سواءً أكان ذلك الأمر الجامع تسخيراً أم اختياراً)⁽²⁵⁾. والأصفهاني يجعل كلمة {أمة} جامعة لأمة البشر المجتمعة بالاختيار وأمة الطير المجتمعة بالتسخير، فاتجه نظره إلى حقيقة الاختيار والتسخير، وقد ظهر من استخدام الآيات للوحدات الاجتماعية الإنسانية، أن الأمة تعبر عن رباط فكري كما في الآيات التالية:

قال تعالى: (وَمَا كَانَ النَّاسُ إِلَّا أُمَّةً وَاحِدَةً فَاخْتَلَفُوا وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِنْ رَبِّكَ لَقُضِيَ بَيْنَهُمْ فِيمَا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ)⁽²⁶⁾، أي كانوا متفقين في الفكر والموقف ثم اختلفوا ففكراً⁽²⁷⁾. وقوله تعالى: (كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ مِّنْهُمْ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ)⁽²⁸⁾، ومن الواضح الإشارة إلى البعد الفكري والمواقف المتجانسة ومثله قوله تعالى: (وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ)⁽²⁹⁾.

يتبين أن استخدام كلمة الأمة — هنا — يشير إلى جماعة متوحدة فكرياً وتمتيزة عقيدة وسلوكاً، فكل من جمعهم وطن أو فكر واحد فهم أمة واحدة حتى لو كان شخصاً واحداً متميزاً بفكره، كما في حال إبراهيم عليه السلام، الذي كان أمة في فكره وإيمانه. وقد استخدم القرآن الكريم لفظ (القوم) بما يشير إلى جماعة ذات مواقف سلوكية معينة، كتصنيف الناس إلى (قوم مجرمين)⁽³⁰⁾، أو (قوم فاسقين)⁽³¹⁾، بغض النظر عن أعراقهم أو ألوانهم أو أجناسهم أو اقليمهم، وهذا هو الأكثر.

كما ورد ذكر لفظ (القوم) في مقابل لفظ (الأمة) بما يشير إلى جماعة ذات عرق مشترك أو إقليم مشترك، كما في قوله تعالى: (وَمِنْ قَوْمٍ مُّوسَى أُمَّةٌ يَهُودُونَ بِالْحَقِّ وَبِهِ يَعْدِلُونَ)⁽³²⁾، فقوم موسى من اشترك معهم في العرق وهم بنو إسرائيل، والأمة من قومه

الذين تميزوا بسلوكهم ومواقفهم، وقد ورد ذكر (القوم) ويُقصد به جماعة جمعهم إقليم كما في قوله تعالى: (وَإِنْ يُكْذِبُوكَ فَقَدْ كَذَّبَتْ قَبْلَهُمْ قَوْمُ نُوحٍ وَعَادٌ وَتَمُودٌ {42} وَقَوْمُ إِبْرَاهِيمَ وَقَوْمُ لُوطٍ)⁽³³⁾، وهذا هو الأمر الملحوظ في مفهوم القوم، فهم جماعة يُقيمون معاً في وطن أو إقليم وقد يكون بينهم اختلافات فكرية أو عرقية.

وورد كلمة (شعب) بصيغة الجمع مرة واحدة في القرآن الكريم في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ)⁽³⁴⁾، وقد اختلف المفسرون في تحديد المقصود بالشعوب والقبايل - هاهنا- فرواية عطاء عن ابن عباس: (أن الشعوب الموالي القبائل العرب، فبطون العجم شعوب وبطون العرب قبائل)، وفي رواية سفيان الثوري: (حمير كانوا ينتسبون إلى المخاليف (الجهات والأقاليم) شعب بينما ينتسب الحجازيون إلى القبائل)⁽³⁵⁾.

وهذا التقسيم يكشف عن الوحدات الاجتماعية التي سادت في موطن الجزيرة العربية، ففي جنوب الجزيرة العربية كان الانتساب للإقليم وهم الذين سماهم القرآن شعوباً، في حين كانت القبيلة هي الوحدة الاجتماعية في الحجاز.⁽³⁶⁾ تأسيساً على ما سبق يلحظ أن القرآن الكريم دعا إلى رابطة اجتماعية تستوعب في داخلها كل أشكال الترابط الاجتماعي التي عرفتها الإنسانية، من رباط عرقي كالقبيلة والعشيرة أو رباط إقليمي كالشعب والقوم، لتلتي هذه الروابط في إطار أكبر بحيث لا تكون هذه الروابط عوائق عن الوحدة في وطن واحد.

فبعد وصول الرسول ﷺ إلى المدينة المنورة وضع الميثاق المؤسس والمنظم للعلاقات السياسية داخل الدولة فيما عُرف بالصحيفة أو دستور المدينة.

ومن القضايا التي نظمتها الصحيفة موقف الدولة من اختلاف المناصب والأصول من ذلك النص: (هذا كتاب من النبي محمد (رسول الله) بين المؤمنين والمسلمين من قريش ويثرب ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم إنهم أمة واحدة من دون الناس...). اعتبر الرسول - ﷺ - أن أساس (المواطنة) والانتماء لهذه الدولة هو الهجرة إليها، فعلى من يريد أن يكون مواطناً في مجتمع المدينة أن يهاجر إليها، لكي يتحقق في الموطن الذي يسكن في الدولة في الفقه الإسلامي رابطان أساسيان هما: الإيمان أولاً، والولاء للنظام المعمول به في الدولة ثانياً، أما الذين يفضلون التوطن خارج حدود الدولة فلا يعدون من مواطني الدولة لانقطاع الولاية، وإن لم يمنع من وجوب النصر عند تعرضهم للاضطهاد في الدين، والأصل في هذا قوله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوَوْا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَهَاجَرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجَرُوا وَإِنْ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ)⁽³⁷⁾، فهذه الآية الكريمة تتوافق مع بنود (دستور) الدولة المدينة الذي وضعه الرسول - ﷺ - بالمدينة بين (المؤمنين والمسلمين من قريش وأهل يثرب ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم) فالجزء الأول من الآية يذكر أن من يقطن خارج حدود الدولة الإسلامية يخرج عن دائرة (الولاية السياسية)، أما الجزء الثاني فيوضح دخولهم في

دائرة الأخوة الدينية على الرغم من خروجهم عن دائرة الولاية السياسية.

نلاحظ أن الإسلام لم يجعل من اختلاف الأصول الجغرافية بين مهاجر وأنصاري عامل تفرقة أو تمييز، فالمؤمنون أمة واحدة وهذه الرابطة مفتوحة لكل من تبعهم ولحق بهم واستعد لأداء الالتزامات الواجبة عليه وجاهد معهم، فقد استطاع النبي محمد رسول الله ﷺ من وضع كيان جامع وطن يسع الجميع . فالدولة في الإسلام هي المظهر لوحدة الجماعة، والفرد يجب عليه الانتساب للجماعة وعدم مفارقة الجماعة، وفي الحديث الذي يرويه ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ: (..فإنه من فارق الجماعة شبراً فمات فميته جاهلية)⁽³⁸⁾.

إن لا بد من التطابق بين وحدة الأمة ووحدة الدولة، وبناءً عليه يكون الانتماء للأمة الواحدة مطابقاً للانتماء للدولة الواحدة، وكل أفراد الأمة المقيمين في الوطن هم مواطنو الدولة الذين ينتسبون إليها، والشواهد لمبدأ وحدة الأمة كثيرة في القرآن الكريم منها قوله تعالى: (إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَأَنَا رَبُّكُمْ فَاعْبُدُونِ)⁽³⁹⁾، وعن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً)⁽⁴⁰⁾.
فالفقه الإسلامي العملي بين مضمون المواطنة كمصطلح من خلال بيان مضمونه باعتباره لازم من لوازم وجود الدولة، ووجود مواطنين يتبعون لهذه الدولة.

فالأخذ بوحدة مواطني الدولة في الفقه الإسلامي يؤكد ذلك وجوب الهجرة إليها على كل قادر ، لقوله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ قَالُوا أَلَمْ نَكُنْ أَرْضًا مَكَانًا وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا فَأُولَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا)⁽⁴¹⁾، هذه الآية نزلت في قوم أسلموا ولم يهاجروا وخرجوا يوم بدر مع الكفار فقتلوا فبين الله أنه لا عذر لهم في ترك الهجرة⁽⁴²⁾، ولم يستثن إلا الذين ذكرهم في الآية (إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانَ لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيَلًا وَلَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا) {98} فَأُولَئِكَ عَسَى اللَّهُ أَنْ يَعْفُوَ عَنْهُمْ وَكَانَ اللَّهُ عَفُوًّا غَفُورًا)⁽⁴³⁾.

وبناءً على ما سبق فإن المواطنة تُنشئ حقوقاً سياسية كحق الإقامة في الدولة وغير ذلك من الحقوق فكل فيها سواسية ما داموا مواطنين.

الناظر إلى الفقه الإسلامي يجد أن الإسلام لا يمنح الانتماء إلى وطن ما وقد عُرف من فقهاء الإسلام بالانتساب إلى أماكن جغرافية كالبحري والكوفي والدمشقي والقرطبي والنيسابوري... إلخ، ولما كانت دولة الخلافة قد تجزأت إلى دويلات وإمارات كالإخشيدية والحمدانية والسجوقية... إلخ بيد أن المواطن ينتقل بين هذه الدول دون عقبات إلا ما يُفرض من مكوس على التجار أو ما قد يكون من التحقق من شخصياتهم.

والدول الأوربية — في العصر الحديث — فتحت لمواطنيها فرصة المواطنة أو جنسية الاتحاد على الرغم من تعدد الدول والكيانات السياسية، حيث يستطيع الفرنسي الإقامة والاستثمار في إسبانيا أو بريطانيا دون عوائق بموجب الاتفاقيات التي عقدتها تلك الدول وصولاً إلى أوروبا المتحدة، لدواع اقتصادية على الرغم من اختلاف الثقافات وتعدد الأمم الأوربية. بهذا استطاعت أوروبا أن تنزع عن المواطن قيود السفر والعمل والإقامة، وأحالوها

إلى أدوات تعارف تحقيقاً لما جاءت به الآية الكريمة في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا...) (44).

إذا كانت الدول الأوربية فعلت هذا فشعب الوطن الإسلامي أولى بإحياء فكرة المواطنة، في زمن لم يعد يسمح بمكانة للكيانات القطرية والطائفية الصغيرة الضيقة.

خلاصة القول يتبين أن النبي ﷺ جمع جميع المواطنين في دولة المدينة لهدف أسمى وهو إبلاغ دعوت الحق لاسيما ان هذه الدعوى عالمية فلا يمكن إغلاقها في وجه من لم يؤمن ونحن مأمورون بالدعوى فلا يتم ذلك إلا من خلال وطن يسع الجميع ليدخلوا في دين الله أفواجا، وليس كما يرى البعض أن ذلك يشكل تهديداً للجانب الاقتصادي أو الاجتماعي، فنموذج الهجرة إلى المدينة والرزق من الله.

فقد عاش المسلمون مع غيرهم ممن خالفوهم في العقيدة، يشاركونهم الحياة المجتمعية في رابطة إنسانية نابعة من الإسلام، ذلك أن (دستور) المدينة يقرر (أن المواطنة في الدولة الإسلامية تتسع لتشمل غير المسلمين من أبناء الوطن الأصليين، وأولئك الذين يختارون أن ينضموا إلى جماعة الإسلام السياسية، فالمواطنة في الدولة الإسلامية الأولى لم تنحصر في المسلمين وحدهم، بل امتدست لتشمل اليهود المقيمين في المدينة، واعتبرتهم (الوثيقة) من مواطني الدولة — أمة مع المؤمنين — وحددت ما لهم من الحقوق ما عليهم من الوجبات.

فاختلاف الدين ليس، بمقتضى أحكام (الصحيفة) سبباً للحرمان من مبدأ المواطنة، كما كان ذلك مطبقاً في الدول التي عاصرت الدولة الإسلامية في بدء تكوينها، والمواطنة لا تساوي الانتماء الديني دائماً، بل يمكن أن تفترق عنه حين يكون المجتمع السياسي مكوناً من فئات ذات انتماء ديني متنوع، وقد يتساويان كما في حال وجود مجتمع ذي انتماء ديني واحد، فيلتقي مفهوم الأمة مع مفهوم الدولة (والمواطنة)، كما هو الحال في (الصحيفة) التي تعالج علاقات الأمتين الإسلامية وغير المسلمة، فهي لم تحرم حق المواطنة على غير المسلمين، ما داموا يقومون بالواجبات المترتبة عليهم كالدفاع عن المدينة مع المؤمنين بالنفس والمال في حال تعرضها لعدوان خارجي يهدد أمنها واستقرارها. (45)

المطلب الأول: فقدان المواطنة في الفقه الإسلامي
المواطنة أداة أو صفة للتعبير عن انتساب الفرد إلى دولة معينة، وهذا الانتساب يعني قيام رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة.

هذا المفهوم للمواطنة عرفه الفقه الإسلامي ولم يُطلق عليه الفقهاء مصطلح الجنسية، والدليل على ذلك أن الدولة الإسلامية دولة دعوة في إقامتها ودولة في واقعها الفعلي، حيث توفرت فيها العناصر الأساسية لقيام الدولة من شعب وإقليم وحكومة.

فأفراد الشعب في الفقه الإسلامي يُوصفون بأنهم من مواطنين، يرتبطون بالدولة ارتباطاً خاصاً لا يشبه ارتباط الفرد بالفرد، لأن الدولة في الفقه الإسلامي ليست فرداً وإنما هي منظمة سياسية، فلا تشبه ارتباط الفرد بالأمة لأن الأمة وإن لم تكن فرداً إلا أنها ليست منظمة سياسية.

فرابطة أفراد الشعب في الفقه الإسلامي رابطة سياسية وقانونية لها آثار شرعية تنتج عنها ويلتزم بها الفرد والدولة، وهذه الآثار هي الحقوق التي يتمتع بها الفرد في ظل الدولة، والواجبات التي يلتزم بها قبلها ومن هذه الحقوق، الحقوق العامة والحقوق السياسية ومن التزامات نحوها، التكاليف المالية وقد ذكر الفقهاء — أيضاً — الأحوال التي تنفصم فيها هذه الرابطة بين الفرد والدولة مثل الردة المسلم ومخالفة غير المسلم لما يجب أن يلتزم به.

بهذا، فإن الفقه الإسلامي تناول مفهوم المواطنة التي هي رابطة بين الفرد والدولة وكيفية اكتسابها وفقدانها كنتيجة حتمية لوجود الدولة التي تحرص على إقامتها وبقائها رغم أن الفقهاء لم يسموا هذه الرابطة بمصطلح الجنسية، فعدم التسمية لا يعني عدم وجود هذه الرابطة بين الفرد والدولة الإسلامية.⁽⁴⁶⁾

فالارتباط بالأمة الإسلامية يعتبر من قبيل الروابط الاجتماعية لا السياسية، لأن الأمة وحدة اجتماعية، حيث إن الفقه الإسلامي لا يرضى أن يبقى المسلمون — فقط — أمة وإنما يدعوهم إلى التحول إلى تنظيم سياسي، أي هيئة سياسية لتحقيق أغراض الإسلام كما ينبغي، وتنفيذ أحكام الإسلام وهذا لا يتأتى إلا بوجود سلطة سياسية عليا أو ما يسمى بالحكومة التنفيذية.

وتنفصم — تفقد — هذه الرابطة بالخروج من هذا الدين ففي الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه أخبره أن رسول الله ﷺ قال: (أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قال: لا إله إلا الله عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله) فلما توفى رسول الله - ﷺ - وانتقال إلى الرفيق الأعلى واستخلف أبو بكر الصديق رضي الله عنه بعده، وكفر من كفر من العرب قال عمر بن الخطاب لأبي بكر كيف تقاتل الناس وقد قال رسول الله ﷺ: (أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قال: لا إله إلا الله عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله) فقال أبو بكر: (والله لاقتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال والله لو منعوني عقلاً كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ لقاتلتهم على منعه، فقال عمر بن الخطاب: (فو الله ما هو إلا أن رأيت الله عز وجل قد شرح صدر أبي بكر للقتال فعرفت أنه علي حق).⁽⁴⁷⁾

فالرجوع عن الإسلام، أي ترك التصديق به والرجوع يكون بأحد طرق ثلاثة: بالفعل أو بالامتناع عن الفعل وبالقول وبالاعتقاد.

والرجوع عن الإسلام بالفعل يحدث بإتيان أي فعل يحرمه الإسلام إذا استباح الفاعل إتيانه سواء أتاه متعمداً أو أتاه استهزاء بالإسلام واستخفافاً أو عناداً ومكابرة، أن الردة هي الرجوع عن دين الإسلام ومفارقة جماعة المسلمين بعد أن كان عضواً فيها، والدين الإسلامي يحث على وحدة الجماعة وعدم الخروج عن الجماعة وبعد أن هاجر النبي ﷺ إلى المدينة قام ببناء الدولة على وحدة الجماعة.

بهذا، فإن الإسلام دين ووطن للجميع فالمسلم إذا خرج عن جماعة المسلمين بترك دين الإسلام ومفارقة الجماعة سواء كان بالفعل أو القول، فإن هذا السلوك لا يسقط عنه صفة

انتسابه لهذا للدولة فهو مواطن ولكن ويوجب عليه عقوبة في الدنيا والآخرة لقوله تعالى: (...وَمَنْ يَزِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ)⁽⁸⁴⁾، أما المواطن غير المسلم إذا خرج عن التزامه بالواجبات والواجبة عليه بالمواطنة والمتمثل في احترام الإسلام ومبادئه وعدم الإساءة إلى الرسل فإن ذلك لا يسقط عنه المواطنة وإنما يوجب عليه العقوبة، فالدولة الإسلامية تعاقب من خالف مبادئ الإسلام سواء كان مسلماً أو غير مسلم ولا تسقط عنه المواطنة (الجنسية)، خلافاً لما نراه من إسقاط للجنسية في القوانين الوضعية فيصبح الشخص بدون جنسية.

الخاتمة والنتائج والتوصيات:

الحمد الذي خلق الخلق من أصل واحد وفضلهم على سائر الحيوانات وجعلنا شعوب وقبائل لتتعارف وأمر بالعدل والمساواة بين البشرية بمختلف ألوانهم ومعتقداتهم وعدواتهم، والصلاة والسلام على نبي الإنسانية والرحمة والعدالة والمساواة التي شهد له بها الأعداء.

النتائج:

1. التكييف الفقهي للمواطنة يقوم على أساس ضرورة وحدة الأصل الإنساني والمصالح المشتركة والمساواة والعدالة بين كيانات المجتمع.
2. تعتبر الدولة في الفكر السياسي الإسلامي الحاضنة لجميع الشعب والرعاية لمصالحهم بمختلف أفكارهم ومعتقداتهم وفق الضوابط الشرعية دون إفراط أو تفريط أو اعتداء على المعتقد.
3. تعتبر وثيقة المدينة الأساس الذي احتوى على المبادئ الأساسية للدولة وأركانها.
4. المواطنة في الفقه الإسلامي تكتسب ولا تنزع ولا تسقط وإنما يقرر في حالة المخالفة عقوبة بحسب الجرم عكس الجنسية التي يتم سحبها ويصبح بدون جنسية.
5. مصطلح المواطنة في الفكر السياسي الإسلامي مصطلح يسع الجميع من حيث ارتباطه بالأحاسيس والمشاعر التي تنعكس على سلوك المواطن خلافاً لمفهوم الجنسية.

التوصيات:

1. على مراكز البحث العلمي إعادة قراءة السياسة الشرعية بما يتوافق مع المتغيرات وفق مقاصد الشريعة.
2. على جهات الاختصاص التشريعية استبدال مصطلح الجنسية بالمواطنة لما يحققه من رتق للنسيج الاجتماعي.
3. نوصي الجامعات بتدريس الفكر السياسي الإسلامي مقارنة بالفكر غير الإسلامي.
4. نوصي بدراسات متعمقة لموضوع المواطنة والجنسية والهوية وذلك لما يمثله من أهمية للاستقرار.

المصادر والمراجع:

- (1) معجم العين، أبو عبدالرحمن، الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي، المحقق د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، دار ومكتب الهلال، ج1، ص55.
- (2) التعريفات، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، ط الأولى، 1402هـ — 1983م، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، ص78.
- (3) القاموس المحيط، الفيروز آبادي، مجد الدين أبوظاهر محمد بن يعقوب، ط الثامنة، 1426هـ-2005م — مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، ص537.
- (4) معجم اللغة العربية المعاصرة، د. أحمد مختار عبدالحميد عمر، ط الأولى 1429هـ — 2008م، ج1، عالم الكتب، ص404-406.
- (5) الدولة القومية، دراسة تحليلية مقارنة، سليمان صالح الغويل، ط الرابعة، جامعة قاريونس بغازي، ليبيا، 1990م، ص16-17 وص240.
- (6) الشيخ محمود شلتوت والشيخ أبوزهرة، والشيخ محمد ناصر الدين الألباني، والشيخ سيد قطب.
- (7) مجلة العربي، بحث بعنوان (هل هناك تعارض بين الوطنية والدين)، المستشار محمد سعيد العشماوي، العدد، سبتمبر 1998م، وزارة الإعلام دولة الكويت، ص30 وما بعدها.
- (8) نظرية الجنسية، عبدالحكيم مصطفى عبدالرحمن المنفلوطي (دكتور) القاهرة، مكتبة النصر 1991م، ص27 وما بعدها.
- (9) القانون الدولي الخاص، حسن الهدي (دكتور) وغالب علي الداودي (دكتور)، القسم الأول، ط1، دار الكتب الوصل، 1988م، ص37.
- (10) المرجع السابق.
- (11) المرجع السابق.
- (12) لسان العرب، ابن منظور، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 15/338.
- (13) التعريفات للجرجاني، ص327.
- (14) مختار الصحاح، الرازي، ص728.
- (15) أهل الذمة في النظام الحقوقي الإسلامي رؤية إسلامية، أ.د. محمد سليم العوا، مجلة الحياة الطيبة، العدد 11 سنة 2003م، ص182.
- (16) راجع إعادة النظر في المفهوم التقليدي للجماعة السياسية في الإسلام، د. عبد الوهاب الأفتندي مسلم أم مواطن من كتاب المواطنة والديمقراطية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2001م، ص61. المسلمون والأقباط في إطار الجماعة الوطنية، كلام الدين والسياسة، طارق البشري، دار الشروق، القاهرة 2004م، ص45، نظرية الإسلام وهدية السياسة والقانون والدستور، دمشق، دار الفكر، 169م، ص298.
- (17) الموسوعة العربية العالمية، مؤسسة أعمال الموسوعة للنشر والتوزيع، الرياض، ط 1996م، ص311.
- (18) موسوعة العلوم الاجتماعية، ميشيل مان، تعريف عادل الهواري، سعد مصلوح، مكتبة الفلاح، الكويت، طبعة 1984م، ص110.
- (19) المواطنة حقوق وواجبات، سعيد عبدالحافظ، 2007م، مركز للدراسات الحقوقية والدستورية، القاهرة، ص10.
- (20) سورة النساء، الآية (66)

- (21) سورة الحجرات، الآية (13).
- (22) سورة آل عمران، الآية (103)
- (23) وثيقة المدينة المضمون والدلالة، أحمد قائد محمد الشعبي، كتاب الأمة العدد 110، بحث منشور بتاريخ 2005م، ص 30 وما بعدها.
- (24) مجموعة الوثائق السياسية للعهد النبوي والخلافة الراشدة، مرجع سابق، ص 57 وما بعدها.
- (25) مفردات القرآن الكريم، الراغب الأصفهاني، تحقيق صفوي داوودي، ط الأولى 1992م، دار القلم، ص 86.
- (26) سور يونس، الآية 19.
- (27) مفردات ألفاظ القرآن الكريم، الراغب الأصفهاني، مرجع سابق، ص 86.
- (28) سورة آل عمران، الآية 110.
- (29) سورة آل عمران، الآية 104.
- (30) سورة الدخان، الآية 22.
- (31) سورة التوبة، الآية 96.
- (32) سورة الأعراف، الآية 159.
- (33) سورة الحج، الآية 43.
- (34) سورة الحجرات، الآية 13.
- (35) تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، دار المعرفة، ج 4، ص 217.
- (36) السلطة في الإسلام، مفهوم الأمة والجماعة والسلطة، رضوان السيد، دار المقاصد بيروت 1985م، ص 27.
- (37) سورة الأنفال الآية (72).
- (38) صحيح الإمام مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، دار إحياء التراث العربي بيروت، ج 3، ص 1477، باب الأمر بلزوم الجماعة.
- (39) سورة الأنبياء، الآية 92.
- (40) صحيح الإمام مسلم، مرجع سابق، ج 4، ص 1999، باب تراحم المؤمنين وتعاطفهم وتعاضدهم.
- (41) سورة النساء، الآية 97.
- (42) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين، دار الفكر بيروت، ط 1984م، ج 8، ص 82.
- (43) سورة النساء، الآية 98.
- (44) سورة الحجرات، الآية 13.
- (45) وثيقة المدينة المضمون والدلالة، مرجع سابق، ص 40 وما بعدها.
- (46) أحكام الذميين والمستأمنين في الإسلام، عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 62.
- (47) صحيح مسلم، مرجع سابق، ج 1، ص 51 وما بعدها.
- (48) سورة البقرة، الآية 217.

أحكام التعامل بالنقود الإلكترونية في الفقه والقانون

جامعة الأمير سطام بن عبدالعزيز - كلية إدارة الأعمال
قسم القانون - جامعة دنقلا كلية الشريعة والقانون

د. سيف النصر خوجلي عبد الله

مستخلص البحث

لهذا البحث (أحكام التعامل بالنقود الإلكترونية في الفقه والقانون) أهمية كبرى في عصرنا الحالي لانتشار التعاملات الإلكترونية في مجتمعاتنا الإسلامية وليست لها أحكام فقهية وقانونية بشكل كافٍ لضبطها ومعرفة الناس بجواز التعامل بها من عدمه وهذه هي أساس الإشكاليات التي عالجها البحث، وهدف هذا البحث، إلى تحديد المقصود بالنقود الإلكترونية ووجود تأصيل ثابت في كتب الفقه الإسلامي والقانون لهذا المصطلح ودخوله في غالبه، وبيان أنواع النقود الإلكترونية والحكم الشرعي والقانوني لكل نوع ومدى جواز التعامل به، ومدى مواكبة القوانين واللوائح الداخلية والاتفاقيات الدولية لضبط التعامل بالنقود الإلكترونية، وتوصلت إلى عدد من النتائج أهمها يرجح جانب كبير من الفقه جواز التعامل بالنقود الإلكترونية واعتبروا أن العلاقة بين المصدر والتاجر والمصدر بالعميل يحكمها عقد الكفالة والضمان وإذا حولت النقود الورقية إلى نقود إلكترونية يحكمها عقد الصرف وأن هناك ضابطين رئيسيين لجواز التعامل بالنقود الإلكترونية أن تكون معروفة المصدر وألا تفضي إلى الربا، ويظهر من البحث أن هناك أنواعاً كثيرة للنقود الإلكترونية منها ما هو جائز التعامل به ومنها ما هو يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية مثل بطاقة الائتمان غير المدفوعة مسبقاً لأنها مفضية إلى الربا، والبنكوكين لأنها مجهولة المصدر، وضعف الجانب القانوني في وضع الضوابط المناسبة عند التعامل بالنقود الإلكترونية ووضع الجزاءات المناسبة عند ارتكاب الجرائم المتعلقة بها وأيضاً اقترحت بعض التوصيات أوصي بوضع فقه حديث عبر الاجتهاد من خلال قواعد أصول الفقه وقواعد الفقه الكلية يوافق الطفرة الإلكترونية للمعاملات الإلكترونية، لا سيما التعامل بالنقد الإلكتروني، ومنع التعامل ببطاقة الائتمان غير مسبقة الدفع، لأنها عقد قرض بين البنك، وحاملها أي بها زيادة أو نقصان للبنك أو حامل البطاقة (كل قرض جر نفعاً فهو ربا) وإصدار تشريعات خاصة واتفاقيات دولية تنظم التعامل بالنقد الإلكتروني وتحد من ارتكاب الجرائم المتعلقة بها بوضع الجزاءات المناسبة لمرتكبيها على المستوى الإقليمي والدولي إذ لا وجود لمثل هذه التشريعات.

Abstract :

This research (the provisions of electronic money dealing in jurisprudence and law) is of great importance in our current era for the spread of electronic transactions in our Islamic societies and it does not have jurisprudential and legal provisions sufficient

to control it and to know people about the permissibility of dealing with it or not, and this is the basis of the problems that the research addressed. The aim of this research is to define what is meant by electronic money and the existence of a steady rooting in the books of Islamic jurisprudence and law for this term and its entry into most of it, and to indicate the types of electronic money and the legal and legal rule for each type and the extent to which it is permissible to deal with it, and the extent to which it keeps pace with laws and internal regulations and international agreements to control dealing with electronic money. And I reached a number of results, the most important of which is that a large part of the jurisprudence favors the permissibility of dealing with electronic money, and they considered that the relationship between the source, the merchant, and the source with the customer is governed by the guarantee and guarantee contract, and if the paper money is converted into electronic money, it is governed by the exchange contract and that there are two main controls for the permissibility of dealing with electronic money to be known the source. And that it does not lead to usury, and it appears from the research that there are many types of electronic money, some of which are permissible to deal with and some that are inconsistent with the provisions of Islamic law, such as unpaid credit cards because they are destined for usury, and Bitcoin because it is anonymous, and the legal aspect is weak. Appropriate controls when dealing with electronic money and setting appropriate penalties when committing crimes related to it. Also, I suggested some recommendations. I recommend the development of a modern jurisprudence through Ijtihad through the rules of jurisprudence and the rules of total jurisprudence that corresponds to the electronic boom of electronic transactions, especially dealing with electronic cash, and prohibiting dealing with a credit card that is not prepaid, because it is a loan contract between the bank and its holder, which means an increase or decrease for the bank or cardholder (every loan that draws a benefit it is usury) and the issuance of special legislation and international agreements that regulate dealing with electronic cash and limit the commission of crimes related to it by setting appropriate penalties for its perpetrators at the regional and international level, as there is no such legislation.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم، النقود الالكترونية أصبحت تمثل قدراً عالياً من التداول، بعد ربط أغلب المتاجر والمؤسسات الحيوية بالبنوك وأيضاً تطورت بتطور التجارة والمعاملات الإلكترونية، فهنا يظهر الدور الفقهي في مدى جواز التعامل بنوعية هذه النقود ووضع التكيف الفقهي الصحيح المناسب لها في تحديد العلاقات والروابط التي تنشأ عند التعامل بالنقود الإلكترونية مثل العلاقة التي تربط التاجر بالمصدر (مصدر النقود الإلكترونية) والتاجر بالعميل، والعميل بالمصدر هل هو عقد حوالة ام عقد كفالة، أو عقد صرف، والتعامل بالنقود التقليدية (الورقية) مربوط صحة جوازه بضوابط معينة ينبغي أن تتوفر عند التعامل بالنقود الإلكترونية، وإلا يحرم التعامل بها قياساً على النقود الورقية، وأهم هذه الضوابط أن تكون هذه النقود مصدرها الدولة أو السلطة، وأن لا تفضي إلى الربا عند التداول بها، وأيضاً يظهر الدور القانوني في وضع التشريعات المناسبة لضبط التعامل بالنقود الإلكترونية متمثلاً في إدخال قواعد ونصوص في اللوائح الداخلية للمؤسسات المالية والقوانين المدنية والتجارية العامة أو الاتفاقيات الدولية تضبط التعامل بالنقود الإلكترونية ووضع الجزاءات الرادعة عند استغلال النقود الإلكترونية في ارتكاب الجرائم، خاصة ارتكاب جريمة غسيل الأموال وجرائم التزوير وغيرها وعند المخالفة للضوابط القانونية التي تحكم التعامل بالنقود الإلكترونية، من خلال هذا البحث أوضحنا بعض الضوابط الفقهية والقانونية التي تحكم التعامل بالنقود الالكترونية.

أهمية البحث وأسباب اختياره:

موضوع النقود الإلكترونية والبحث فيه له أهمية كبرى في حياة اليوم لإقبال الناس عليها، ولا توجد تشريعات لضبط التعامل بها، ولا توجد أبحاث كافية فقهية أو قانونية توضح أحكام وضوابط ومدى جواز التعامل بها.

أهداف البحث:

1. تحديد المقصود بالنقود الإلكترونية والبحث لوجود تأصيل ثابت في كتب الفقه الإسلامي والقانون لهذا المصطلح ودخوله في غالبه.
2. تسليط الضوء على التطور التاريخي للنقود المرتبط بتطور الواقع، إلى أن وصلت في عصرنا الحالي إلى نقود الكترونية وهذا يبعث بالاطمئنان على اجتهاد صحة جواز التعامل بها.
3. بيان أنواع النقود الالكترونية والحكم الشرعي والقانوني لكل نوع ومدى جواز التعامل به.
4. مدى مواكبة القوانين واللوائح الداخلية والاتفاقيات الدولية لضبط التعامل بالنقود الالكترونية .
5. الوقوف على أهم مميزات وخصائص النقود الإلكترونية وهي ناحية إيجابية يمكن الاستفادة منها، وأهم المخاطر التي يجب على الفرد والمجتمع والدولة تجنبها ومدافعتها بشتى الوسائل التي سنذكرها في سنايا البحث.

مشكلة البحث:

تكمّن المشكلة الرئيسية التي سيعالجها البحث في مدى جواز التعامل بالنقود الإلكترونية من الناحية الفقهية والقانونية ووسائل الحماية من استغلال التعامل بالنقود الإلكترونية في ارتكاب الجرائم المتعلقة بالأموال.

منهج البحث:

اتبعت في دراستي هذه المنهج الاستقرائي التحليلي الوصفي الوثائقي وعزوت المعلومات إلى مصادرها الأصلية ووثقت لها، وتوصلت إلى عدد من نتائج وتوصيات.

هيكلية البحث:

اشتمل على ثلاثة مباحث

المبحث الأول: تعريف النقود الإلكترونية

المبحث الثاني: التطور التاريخي للنقود الإلكترونية

المبحث الثالث: أنواع النقود الإلكترونية وحكمها

المبحث الرابع: خصائص النقود الإلكترونية ومخاطرها

المبحث الأول

تعريف النقود الإلكترونية

تعريف النقود في اللغة العربية:

جمع نقد، والنقد خلاف النسيئة، ويعني الإعطاء، والأخذ، والنقد هو تميز الدراهم وإخراج الزيف. (1).

تعريف النقود في الفقه الإسلامي:

عرفها الاحناف بقولهم: « النقود جمع نقد، وهو عبارة عن الذهب، والفضة » ووفقاً لهذا التعريف أن النقود تشمل المعدنين المعروفين، الذهب، والفضة فقط، الأمر الذي يجعل هذا التعريف، يعتريه النقص، والقصور لتعدد أنواع النقود، وهذا خلاف الإجماع على صحة إلحاق ما في حكم النقود بها. (2)

وعرفها ابن خلدون: في مضمون عباراته « ثم إن الله تعالى خلق الحجرين المعدنيين من الذهب، والفضة قيمة لكل متمول، وهما الذخيرة، والقنية لأهل العالم في الغالب، وإن اقتنى سواهما في بعض الأحيان، فإنما هو يقصد تحصيلهما، بما يقع في غيرهما، من حوالة الأسواق التي هما عنها بمعزل، فهما أصل المكاسب، والقنية، والذخيرة» (3)

ويرى الباحث ان هذين التعريفين تنقصهما المواكبة لأنها حصرت تعريف النقود على العملة التي كانت متداولة في زمانهم (الذهب والفضة) مما أدى الى عدم استيعابهما لكثير من المستجدات سوى كانت نقود ورقية او نقود الكترونية والان أصبح الذهب والفضة سلعة أكثر من انها عمله لدخولها في كثير من الصناعات فتعتبر معقود عليها بدلا من مقابل نقدي لذا لا يصلح كتعريف للنقود الالكترونية.

أما ابن تيمية: فقد عرف النقود على أنها أثمان حيث ذكر « وأما الدرهم، والدنانير، فما

يعرف له حد طبيعي، ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة، والاصطلاح، وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به، بل الغرض أن يكون معياراً لما يتعاملون بها، ولهذا كانت أثماناً بخلاف سائر الأموال، فإن المقصود الانتفاع بها نفسها، فلهذا كانت مقدرة بالأمر الطبيعي، أو الشرعية، والوسيلة المحضة التي لا يتعلق بها غرض لا بمادتها، ولا بصورتها، يحصل بها المقصود، كيف ما كانت»⁽⁴⁾.

وعرفها البعض « كل ما تمحض للثمنية بحكم الخلقة، أو بعرف الاستعمال القائم.د. إبراهيم أحمد الشيخ العربي، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن بعنوان: »⁽⁵⁾

وهذان التعريفان (ابن تيمية والبعض) عندي هما الأنسب، والأقرب، حيث اعتبر الذهب، والفضة نقوداً، بحكم الخلقة، وما يأتي الناس به، ويتعارفون عليه باعتبار أنها نقود، وهذا يصلح كتعريف للنقود الورقية والنقود الإلكترونية الحديثة.

وعرفت النقود عند بعض الاقتصاديين على النحو الآتي: عرفها البعض: « كل شيء مقبول عموماً، في الدفع مقابل السلع، أو في الإبراء من الالتزامات من الأعمال » وعرفت أيضاً بأنها « أي شيء شاع استعماله، وتم قبوله عموماً، لوسيلة مبادلة، أو أداة تقييم » وعرفت: « أي شيء يلاقي قبولاً، واسعاً، كقاعدة لقياس القيم، وكوسيلة لدفع الديون » وعرفت تعريفاً آخر: « أي شيء يستعمل عادة على نطاق واسع، كوسيلة دفع، ويقبل عموماً، في تأدية الديون » وأخيراً يعرف: « كل ما يؤدي، وظائف النقود اعتيادياً، وبصورة رئيسية »⁽⁶⁾

وأيضاً تعريف اهل الاختصاص من الاقتصاديين وان كان أقرب للأرقام من الاصطلاح الفقهي والقانوني لكنه اشمل في مضمونه لتعريف النقود الورقية والالكترونية. وعرفها البنك المركزي الأوروبي بأنها «مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية يستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها، دون الحاجة إلى وجود حساب بنكي عند إجراء الصفقة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدماً، ويعد هذا التعريف هو الأقرب إلى الصحة نظراً لدقته وشموله لصور النقود الإلكترونية واستبعاده للظواهر الأخرى التي يمكن أن تتشابه معها.

وإذا افترضنا ان هذا التعريف هو التعريف الامثل للنقود الالكترونية باعتباره صدر من البلدان التي نشأت فيها فكرة النقود الالكترونية، نجده لا يختلف عن بعض التعاريف الفقهية والاقتصادية للنقود الالكترونية الا في الوسيط الالكتروني الذي اضيف الى مصطلح النقود، كما اضيف اليه من قبل الوسيط المستخدم فيه (الورق) فسميت نقود ورقية وأخيراً هذه التعاريف في مجملها بها تشابه في المعنى، مع الاختلاف في الألفاظ، إذ اعتبرت النقود، وسيطاً في المبادلات، ومقياساً لقيمة الأشياء، ووسيلة ملزمة الدفع.

وأستطيع ان اتوصل من التعريفات السابقة الى تعريف أمثل للنقود الالكترونية بانها: (مقابل مالي نقدي كئمن للمعقود عليه يتم عبر وسائط الكترونية

التطور التاريخي للنقود الإلكترونية

والنقود مرت بمراحل مختلفة في العصور الأولى كانت المقايضة هي: الأسلوب السائد، ولكن نظام المقايضة بعد ممارسة الناس له وجد به عيوب:

1. صعوبة توافق الرغبات، فصاحب السلعة الراغب، في امتلاك سلعة أخرى، قد لا يجد من يرغب في سلعته.
2. عدم قابلية بعض السلع للتجزئة، لا يمكن لشخص أن يقدم مثلاً جزءاً من شاة، ليحصل على قماش، ويحتفظ بالباقي.
3. صعوبة الاهتمام إلى نسب مبادلة السلع بعضها ببعض، فالسلعة الواحدة تقاس مقابل كل السلع، والخدمات التي ستبادل بها.
4. صعوبة احتفاظ السلع بقيمتها، لتكون مستودعاً للثروة، وقوة الشراء، حيث لا يسمح نظام المقايضة، باختزان القيم، الأمر الذي ينافي حاجة الإنسان، لتوفير بعض دخله لاحتياجاته المستقبلية.⁽⁷⁾

لهذه الصعوبات آفة الذكر استحدثت البشرية وسائل جديدة للنقود، وأول هذه الوسائل وسيلة اعتماد سلعة معينة كوسيلة للدفع والتبادل، بحيث تقاس بها جميع السلع، والخدمات، ويختلف نوع السلعة التي تقاس عليها النقود، من منطقة إلى منطقة، في وسط آسيا: سلعة الشاي، وفي اليابان: الأرز، وفي روما هو: معدن النحاس « أكثر تطوراً من غيرها في ذلك الزمان ». وتطورت النقود لوجود مشاكل في السلع السابقة، الأمر الذي ألجأ الإنسان بمرور الوقت، إلى استخدام المعدنين النفيسين: « الذهب، والفضة »، بعد أن ثبت من خلال التجربة، أن المعدنين المذكورين لهما القدرة الفائقة، على تحمل كافة أنواع الظروف البيئية، والمناخية، نظراً للخواص التي أودعها الله سبحانه وتعالى فيهما هذا بالإضافة إلى سهولة حملهما وتجزئتهما وبعد هذه المرحلة ظهرت النقود الورقية، والتي تعتبر المرحلة الأهم، من بين مراحل تطور النقد، وظهرت نتيجة صعوبة تخزين الذهب، والفضة، مع كثرتها في أيدي التجار، الأمر الذي دفع بعض الصيارفة، في النصف الثاني من بداية القرن السابع عشر الميلادي، إلى إصدار صكوك جديدة للتجار، تثبت ملكية التاجر لمبلغ معين من النقود في ذمة الصيرفي، ثم تطورت حتى بدأت المصارف بصورتها الحديثة، في إصدار تلك الصكوك «النقود»

وأضافةً إلى هذا التطور التاريخي ظهرت النقود الإلكترونية بعد استخدام التكنولوجيا في مجالات عديدة كالتعليم والصحة أيضاً استخدمت في مجال التجارة ومقاصات البنوك وغيرها فاقترع الانسان النقود الإلكترونية لتقابل هذه الطفرة ان تعتبر نتاج للطفرة الإلكترونية الحديثة وامتداد لتطور النقود الذي بدأ بمبادلة السلع فأصبحت قاصرة في زمن من الازمان فاقترعوا المعدنين النفيسين (الذهب والفضة) لتحل محل المبادلة، ولصعوبة حمل الذهب والفضة ودخولهما في الصناعات المختلفة والزينة فاستبدلوهما بالنقود الورقية

والآن مع كثرة تعامل الناس الكترونياً والثورة التكنولوجية لجأ الانسان الى التعامل النقدي إلكترونياً وهو مصطلح النقود الإلكترونية بمختلف أنواعها.

ومرت النقود الورقية بعدة مراحل: النقود الورقية النائبة:

وهي عبارة عن صكوك ورقية، تثبت إيداع مصكوكات، من الذهب، والفضة لدى المصرف، حيث يعادل الصك قيمة الذهب المودع تماماً، وعليه فإن الصك ينوب عن الذهب، أو الفضة، المودعين لدى المصرف. (8)

وهذا يعتبر بنك «إستكهولم» بالسويد أول من فتح الباب أمام تطور النقود الورقية، حيث بدأ هذا البنك الذي أسس في عام 1608م، بإصدار إيصالات لعملائه، يوضح فيها أرصدهم بطرفه وتضمن هذه الإيصالات تعهداً بصرف القيمة المقابلة من النقود المعدنية المودعة لديه عند الطلب. (9)

النقود الورقية الوثيقة:

وهي عبارة عن ذات الصكوك التي مرّ ذكرها، حيث أمكن تداولها بين الناس، بعد أن تظهر لصالح حاملها، وبعد فترة أصبحت تقبل بدون تظهير، وهذه الصكوك أصبحت نقوداً، ولم يكتب اسم حامل الصك عليه، وإنما يكتب لحامله.

النقود الورقية الائتمانية:

المصارف بعد نجاح النقود الورقية الوثيقة، الأمر الذي شجعها على إصدار كمية من النقود الورقية، تزيد عن حجم الودائع لديها، وهذا يعني أن الأفراد قد يمتلكون أوراقاً نقدية لا يقابلها رصيد من الذهب.

وبدأت الدول في التدخل لتنظيم إصدار هذا النوع من النقود فأُنشئت المصارف المركزية، لضبط هذا النوع من النقود خوفاً من التضخم، مع أن المصارف لها القدرة على إصدار النقود الورقية الائتمانية.

النقود الورقية الإلزامية:

الحكومات وقت الحرب العالمية الأولى، احتاجت إلى أموال كثيرة، اضطرت إلى التوسع في النقود الورقية الائتمانية، الأمر الذي أدى إلى ارتفاع الأسعار، وعدم ثباتها، مما دفع الناس إلى المصارف، لاستبدال نقودهم بالذهب، خشية فقدانها لقيمتها، مع وجود التضخم العالي، وهنا عجزت البنوك عن الوفاء بما عليها، فتدخلت الحكومات بإصدار قوانين، تعفي البنوك المركزية من تعهدات بصرف قيمة الأوراق النقدية، وأصبحت الأوراق تستمد قيمتها، وقوتها من القانون، وانفصلت عن الذهب، ولا زال التعامل بهذه النقود سارياً، حتى يومنا هذا، ونص على هذا قانون بنك السودان المركزي: « تكون أوراق النقد التي يصدرها البنك، أو يعيد إصدارها عملة قانونية مبرته للذمة، في جمهورية السودان » (10)

وإرى هذا من الخطأ بمكان السودان بجغرافيته وثروته الهائلة من الذهب، المفترض ان يكون الذهب هو أساس لأرصدة البنوك واحتياطياتها بحيث لا يعتمد على عملة أخرى خارجية هي التي تتحكم في اقتصادنا ومن المفترض ان يعدل النص لا بد ان يكون مقابل كل نقود ورقية أو إلكترونية احتياطاً من الذهب وليست العملات الأجنبية داخل البنوك.

بطاقات الدفع الإلكتروني:

فيما يترتب على النقود من تطور، ظهرت النقود الإلكترونية نتيجة التجارة الإلكترونية، وبصفة خاصة عبر الإنترنت، حيث يتم الدفع من خلال قنوات اتصال إلكترونية، ما بين حاسب آلي، وإنترنت، وأن استخدام النقود الإلكترونية يؤدي إلى سرعة، وسهولة تسوية المدفوعات، وتقليص الحاجة إلى الاحتفاظ بالنقود السائلة، الأمر الذي يساعد على التوسع في التبادل التجاري.⁽¹¹⁾

والصرافة الإلكترونية ترتبط بالتسوق عبر الإنترنت، وذلك فهي ذات صلة بالتجارة الإلكترونية، ويمكن تحويل المال عبرها إلى حسابات أخرى، ودفع الفواتير، وتحويل مبالغ لجهات أخرى خارج البنك، وكل ذلك عن طريق الصرافة الإلكترونية.⁽¹²⁾ وتتم أعمال الصرافة الإلكترونية عن طريق بطاقات الدفع الإلكتروني، أو بطاقات الائتمان وهي: بطاقة مستطيلة من البلاستيك تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها، وشعارها، وتوقيع حاملها، بشكل بارز، على وجه البطاقة، ورقمها، واسم حاملها، ورقم حسابها، وتاريخ، وانتهاء صلاحيتها، وبموجب هذه البطاقة، يمكن لحاملها سحب المبالغ النقدية، من ماكينات سحب النقود الخاصة بالبنوك، أو أن يقدمها كأداة وفاء للسلع، والخدمات للشركات، والتجار الذين يتعامل معهم، وقد تكون ضامنة للوفاء، في التعاملات التجارية عبر الشبكة، وفي حدود مبلغ معين.⁽¹³⁾

وأيضاً تستخدم هذه البطاقة، كوسيلة للوفاء بالالتزام، بدلاً من الدفع الفوري بالنقد، وذلك يتطلب أن يكون حامل البطاقة عميلاً للبنك، وقبل أن يمنح البنك هذه البطاقة للعميل بناءً على طلبه، لا بد أن يتأكد من توافر عدة شروط في حق العميل، وتتمثل في ضمانات شخصية، وعينية يقدمها العميل، وتصدر البطاقة في حدود سقف مالي معين، لا يجوز للعميل تجاوزه، وذلك وفقاً لشروط البنك، التي تكون معدة سلفاً من قبله، وهذه البطاقة منها ما هو محلي، لا يتجاوز استعماله حدود الدولة التي صدر فيها، ومنها ما هو عالمي يستخدم في كل دول العالم، وهناك البطاقة الذهبية: التي تمنح حاملها سقفاً ائتمانياً عالياً، وتستخدم البطاقة كوسيلة وفاء، لما يحصل عليه حاملها من خدمات، أو بضاعة لدى جميع المحلات التجارية، التي تضع إشارة معينة، تفيد قبول البطاقة، كوسيلة وفاء، لما يحصل عليه حاملها من خدمات، أو بضاعة لدى جميع المحلات التجارية، كوسيلة وفاء، وذلك بعد حصول حامل البطاقة على البضاعة، أو الخدمة، التي يريدها؛ يقوم محاسب المحل التجاري، بالتأكد من صلاحية البطاقة من حيث تاريخ سريانها، وعدم كونها من البطاقات الموقوف التعامل بها لأي سبب، وبعد ذلك يصدر البائع إيصال بيع sales voucher بثمن البضاعة، أو مقابل الخدمة، من ثلاث نسخ، ويطلب من العميل التوقيع عليه، بعد أن يمرر على جهاز معين، يسجل بيانات البطاقة، واسم صاحبها على الإيصال المذكور، ويتأكد البائع، أو المحاسب، من أن عملية البيع التي تمت، كانت في حدود السقف الائتماني المسموح به، لحامل البطاقة من قبل البنك الخاص به، ولذلك لا تقبل البطاقة، إن تم تجاوز السقف الائتماني، وذلك في حدود الجزء الذي تم به التجاوز، وقد يتم التفاوضي

عن هذا التجاوز، من قبل البائع على مسؤوليته، إن قام بالاتصال بشركات خدمات الدفع، والتي تتصل بدورها ببنك العميل لتغطية الحساب، ويقوم البائع بإرسال نسخ جميع الإيصالات التي لديه، إلى شركة خدمات الدفع، والتي عليها الوفاء للتاجر، متى كان قد تقييد بشروط استخدام البطاقة.⁽¹⁴⁾

وحتى إذا التزم التاجر بشروط استخدام البطاقة، فإنه يكتسب حقاً مباشراً، في مواجهة البنك العميل، بغض النظر، عما إن كان هناك رصيد للعميل، لدى البنك الخاص به أم لا، أيضاً في حالة تجاوز العميل السقف الائتماني الممنوح له، فإن البنك هو الذي يتحمل مخاطر التحصيل، أي العلاقة بين البنك، وحامل البطاقة، ولذلك لا يجوز لمصدر البطاقة، أن يثير في مواجهة التاجر، أي دفع ناتجة عن علاقته بحاملها، كذلك لا يجوز لحامل البطاقة، الاعتراض على وفاء مصدر البطاقة، إلى التاجر استناداً إلى دفع ناتجة عن علاقته بالتاجر.⁽¹⁵⁾

والبطاقة تتضمن بيانات عديدة منها، اسم حامل البطاقة، وتاريخ الإصدار، وتاريخ الصلاحية، واسم البنك المصدر، وكذلك شهادة الهيئة الدولية، وحد السحب والشريط المغنط؛ كما تتضمن البطاقة بيانات أخرى، تتعلق بالصورة المجسمة ثلاثية الأبعاد وهي: ما يطلق عليه « الهول جرام»، وتتضمن كذلك شريط التوقيع، ورقم التمييز الشخصي⁽¹⁶⁾ من خلال هذا السرد يتبين أن هناك علاقات كثيرة نشأت بين التاجر ومصدر البطاقة أو المتعامل بالنقود الإلكترونية. هذه العلاقات يجب أن توضع في إطارها الشرعي وإلى أي العقود يتم نسبتها العلاقة بين التاجر والبنك هل يحكمها عقد الحوالة؟ وهو الأقرب لها، والعلاقة بين حامل البطاقة والبنك هل يحكمها عقد الوكالة؟ باعتبار البنك وكيل لحاملها او عقد الضمان (كفالة)؟ البنك كفيل وحاملها مكفول وهي العقود الأقرب إلى هذا التعامل، والعلاقة بين حامل البطاقة أو المتعامل إلكترونياً والتاجر الأقرب لها توضع في إطار عقد البيع، وهل يجوز الجمع فقهيّاً بين عدة عقود في عقد واحد استناداً إلى الأصل الشرعي (لا يجوز بيعتين في بيعة واحدة) هذه الافتراضات الفقهية والقانونية يجب أن تصاغ كقانون ملزم التعامل به يتناسب مع مجتمعنا الإسلامي مع إضافة الضوابط القانونية التي تحمي مثل هذا التعامل والجزاءات الرادعة لاستغلال هذه العلاقات في ارتكاب جرائم الأموال.

المبحث الثالث

أنواع بطاقات الدفع الإلكتروني وحكمها

أولاً: بطاقات السحب الآلي "ATM" "cash card":

هذه البطاقة بموجبها يحق لحاملها، إمكانية سحب مبالغ نقدية، من حسابه، بحد أقصى متفق عليه، من خلال أجهزة خاصة، حيث يقوم العميل بإدخال بطاقته، إلى جهاز السحب الآلي، الذي يطلب منه إدخال الرقم السري « Personal Identification PIN » ولو كان الرقم السري صحيحاً، يطلب الجهاز من العميل تحديد رقم المبلغ، الذي يحتاجه، عن طريق لوحة المفاتيح على الجهاز، وبعد الصرف يسترد العميل بطاقته آلياً، ويسجل هذا المبلغ في الجانب المدين من حساب العميل مباشرة « ON - LIN » والرقم السري يتكون من

أربعة أرقام لا يظهر على بطاقة الدفع، أو الوفاء، ويسلم هذا الرقم للعميل، في مظروف مغلق عند استلامه للبطاقة، ويستخدمه عند السحب النقدي، من أجهزة الصرف الميكانيكية، وعند التعامل على الشبكة، حال التسوق إلكترونياً، وعن طريقه تسمح الماكينة بالصرف، فهو بمثابة: توقيع إلكتروني، والهدف من هذا النوع من بطاقات السحب الآلي، رغبة البنوك في التسهيل على العملاء، وتوفيراً لاحتياجاتهم من النقود، لذلك تجد البنوك تنشئ منافذ توزيع لها، بطريقة البطاقات، في أماكن كثيرة، مثل: المطارات، ومحطات السكك الحديدية، ومراكز التسوق، وهي بطاقة تعمل إذا كان هناك رصيد، أما إذا لم يكن هناك رصيد كافٍ، سيرفض الصرف.⁽¹⁷⁾

وأرى جواز التعامل بمثل هذه النقود من الناحية الفقهية، والآن طورت هذه البطاقة نفسها بالإضافة لعملية السحب عملية التحويل سواء كان عبر الصراف الآلي أو عبر (ماكينة شبكات البيع في المحلات التجارية) إذ تقوم بعملية التحويل بوضع البطاقة على سطح الماكينة وتقوم بالتحويل أوتوماتيكياً من حساب حامل البطاقة إلى حساب التاجر أو بإدخالها داخل الماكينة عبر الفتحة المخصصة لها وكتابة الرقم السري ثم تقوم بعملية التحويل ويحكمها في كل الأحوال من الناحية الفقهية والقانونية ضوابط عقد الحوالة.

ثانياً : بطاقات الوفاء : drac tiberd

وهي بطاقة يحق لحاملها، سداد ثمن السلع، والخدمات، التي يحصل عليها من بعض المحلات التي يقبلها بموجب اتفاق مع الجهة المصدرة لها، وذلك بتحويل ثمن البضائع، والخدمات، من حساب العميل - حامل البطاقة - إلى حساب التاجر البائع، بطريقتين: إحداهما مباشرة، والأخرى غير مباشرة، وفي الطريقة غير المباشرة: يقدم العميل «المشترى» بطاقته، التي تحتوي على بياناته، وبيانات البنك المصدر لها، إلى التاجر، لكي يدون بيانات مفصلة عن المشتري، وبطاقته ويوقع الأخير على فاتورة من عدة نسخ، ترسل نسخة منها إلى البنك الخاص بالعميل، أو الجهة المصدرة للبطاقة، لسداد قيمة المشتريات، ثم الرجوع على حامل البطاقة بعد ذلك، وأما الطريقة المباشرة: فتتم بقيام العميل «المشترى»، بتسليم بطاقته إلى محاسب المحل «التاجر»، والذي يمرر البطاقة على جهازه للتأكد من وجود رصيد كافٍ لهذا العميل، في البنك الخاص به، وذلك لتسديد قيمة مشتريات العميل، ويتم ذلك بعد قيام العميل بإدخال رقمه السري في الجهاز، وتتم عملية التحويل مباشرةً من حساب العميل، إلى حساب التاجر، عن طريق عمليات حسابية، في بنك كل منهما، ومن أمثلة بطاقات الوفاء في فرنسا بطريقة الدفع غير المباشر⁽¹⁸⁾ . (la carte bleu)

وكما ذكرت سابقاً في بطاقة الصراف الآلي العقد الأقرب لهذا التعامل عقد الحوالة فهي تخضع لضوابطه الشرعية والقانونية.

ثالثاً: بطاقات الائتمان: drac tiderc

عرفها مجمع الفقه الإسلامي الدولي: في القرار رقم «63» والقرار رقم «108» في جمادى الآخرة «1421هـ»: (بطاقة الائتمان هي مستند يعطيه مصدره، لشخص طبيعي، بناءً على عقد بينهما، يمكنه من شراء السلع، والخدمات، ممن يعتمد المستند، دون دفع الثمن

حالاً، لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من (المصارف).⁽¹⁹⁾

وهذه البطاقة تخول صاحبها، الحق في الحصول على تسهيل ائتماني، من مصدر هذه البطاقة، لحامل البطاقة، حيث يقدمها إلى التاجر، ويحصل بموجبها على سلع، وخدمات، تسدد قيمتها من الجهة مصدرة البطاقة، خلال فترة متفق عليها؛ والجهات المصدرة لهذه البطاقة، تحصل على فوائد، مقابل توفير اعتماد لحاملها، ومن أمثلة هذه البطاقة في فرنسا: (carte pass chez carry four) (الفيزا: visa) (والماستر كارد: master card) والأكسس: Access: وبطاقة barciny card فالبنوك لا تعطي هذه البطاقة، إلا بعد التأكد من العميل، والحصول منه على ضمانات.⁽²⁰⁾

حكم استخدام بطاقات الائتمان:

رسوم الاشتراك: تحدد بعض المؤسسات المصدرة لبطاقة الائتمان، رسوم اشتراك عند منحها أول مرة، ورسوم تجديد سنوية، من أجل استمرارية صلاحيتها، تعتبر هذه الرسوم أجرة مقطوعة، لأصل الخدمة المصرفية المتعلقة بالبطاقة؛ مثل أتعاب إجراءات الموافقة على الطلب، وفتح الملف، وتجهيز البطاقة، وتعريف الجهات التي سيتم التعامل بها معها. وقد صدر عن ندوة البركة الثانية عشرة: (يجوز للبنك المصدر لبطاقة الائتمان، أن يأخذ من طالب البطاقة، رسوم عضوية، ورسوم اشتراك، على أن تكون تلك الرسوم، مقابل الخدمات المقدمة لحاملها).⁽²¹⁾

عمولة المصدر من التاجر: يتفق مصدر البطاقة مع التاجر، على عمولة محددة، بنسبة مئوية يقطعها من الثمن المكفول به، ثم يعود على حاملها، بما كفل من الدين، لا بما أدى عنه.⁽²²⁾

وقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الكفيل إذا صالح المكفول له، على وهب الدين، فإنه يعود المكفول بما ضمن، لا بما أدى، حيث قال البهوتي: «وقول رب دين لضامن: وهبتك أي الدين، تملكه، أي الضامن، فيرجع به على مضمون عنه، كما لو دفعه عنه ثم وهبه.⁽²³⁾ إذا أخضعتنا بطاقة الائتمان لأحكام عقد الكفالة فالقاعدة الفقهية التي وردت عند الحنفية والحنابلة (أن الكفيل إذا صالح المكفول له على وهب الدين فإنه يعود المكفول بما ضمن لا بما أدى) ممكن أن تدل على جواز دفع رسوم الاشتراك ودفع التاجر للمصدر.

غرامات التأخيرات: تنص اتفاقيات إصدار بطاقات الائتمان على تغريم حاملها، في حالة تخلفه عن السداد، خلال الفترة المسموح بها، وهذا الشرط باطل لأنه ربا النسئية، فلا يجوز اشتراطه، ولا العمل به فهو شرط يحل حراماً، فقد روى عمرو بن عوف المزني عن أبيه، عن جده، أن رسول الله P قال: «المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً»⁽²⁴⁾

التكليف الفقهي للعلاقة بين حامل البطاقة والتاجر والبنك: أن الذي يحكم العلاقة بين البنك «المصدر للبطاقة»، والعميل «حامل البطاقة» عقد حوالة مقيدة، يكون فيها حامل البطاقة محيلاً، والتاجر محال له، والبنك المصدر للبطاقة محال عليه؛ مع اصطحاب أن

علاقة البنك بالعميل في مرحلة إصدار البطاقة؛ تحكمها ذات الشروط الواردة في عقد القرض. أما التكييف الفقهي: بين حامل البطاقة، والتاجر فيرتبط ارتباطاً كبيراً بتكثيف العلاقة بين مصدر البطاقة، وحاملها؛ حيث لا يخرج في وصفه العام من كونه عقد من عقود المعاوضات، ونوع من أنواع علاقات الدائنية، فحامل البطاقة يشتري من التاجر— السلعة، أو يطلب خدمة يتعهد في مقابلها البنك المصدر للبطاقة، بسداد قيمتها فوراً، وبصورة مباشرة، بحيث يجري الخصم، من حساب العميل لصالح حساب التاجر، فالتاجر هنا بصفته البائع يكون دائناً، والمشتري حامل البطاقة، يكون مديناً للتاجر بثمن المبيع، هذه هي المرحلة الأولى، التي تلي عملية البيع مباشرة؛ ثم تأتي بعد ذلك المرحلة الثانية: التي يحيل فيها حامل البطاقة التاجر، على البنك المصدر للبطاقة، بحيث يحيل الدين من ذمته، إلى ذمة البنك المصدر للبطاقة، وبالتالي فإن التاجر المحال له، يرجع على المحال عليه، «البنك المصدر»، لسداد مشتريات عميلة، «حامل البطاقة»؛ حيث يلتزم له البنك المصدر «المحال عليه»، بالسداد بصورة فورية، وفقاً لبنود الاتفاقية، التي تمت بينه، وبين التاجر.⁽²⁵⁾

وأيضاً التكييف الفقهي: بين التاجر، والبنك المصدر للبطاقة هي: علاقة بين دائن، ومدين؛ فالتاجر يكون دائناً، بقيمة مشتريات حامل البطاقة، ويكون هذا الأخير، مديناً للتاجر بها، وعلى ذلك فإن حامل البطاقة، يحيل الدين الذي في ذمته، لصالح التاجر، على البنك المصدر للبطاقة، فيصبح التاجر بناءً على هذا محالاً له، والبنك المصدر للبطاقة محالاً عليه، أي أن العلاقة في هذه المرحلة، يحكمها عقد الحوالة، وعليه فإن التاجر، يصبح دائناً للبنك «المصدر للبطاقة»، وله الحق بناءً على هذه الحوالة، في المطالبة بسداد قيمة مشتريات العميل «حامل البطاقة»، وبهذا يتم نقل الدين من ذمة حامل البطاقة، إلى البنك المصدر لها، هذا في الحالة التي يكون فيها البنك «المصدر للبطاقة»، هو نفسه البنك القابل لها، أي يكون البنك بالنسبة للبطاقة، قد قام بعملية الترويج، لاستخدام البطاقة لدى التاجر.⁽²⁶⁾

وأرى أن هذه البطاقة، رغم المحاولات لإدخالها في الإطار الشرعي، إلا أنها محل لشبهة الوقوع في الربا، والقرض الذي جر نفعاً، وهو حرام، ونهى الله ورسوله عن ذلك لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾⁽²⁷⁾

والقاعدة الفقهية المعروفة (كل قرض جر نفعاً فهو حرام) لذلك أحكام هذه البطاقة تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية لأنها بطريقة أو بأخرى مفضية إلى الربا. هناك اختلاط عدد من العقود في اتفاق واحد مما يشوبه عدم الوضوح والغرر المفضي إلى الجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى بطلان العقود والذي يزيل هذه الجهالة هم العلماء والتشريعيون بوضع الضوابط اللازمة لهذه العلاقات.

رابعاً: المحفظة الإلكترونية:

وهي عبارة عن بطاقة ذكية، مزودة بشريحة «chip» حوسبية، يمكن تثبيتها على الكمبيوتر الشخصي، أو يمكن أن تكون قرصاً مرناً، يتم إدخاله في الكمبيوتر الشخصي، ليتم نقل القيمة المالية، «منه، وإليه» عبر الإنترنت، بواسطة بنك العميل، ومن خلال هذه

المحفظة الإلكترونية، يستطيع العميل أن يوفي بالتزاماته المالية.

خامساً: البطاقات البلاستيكية: «المغنطة والذكية»: وهي عبارة عن بطاقات دفع إلكترونية، يتم تصميمها، من خلال استخدام نوع معين، من البطاقات البلاستيكية، حيث تتم معالجتها بتمثيلها بصيغة إلكترونية رقمية، لاستخدامها في أغراض متعددة، من خلال المعلومات المخزنة عليها، فصاحب البطاقة البلاستيكية المغنطة، مثلاً: يستطيع القيام بإجراء بعض المعاملات، من بيع، وشراء، ونحوه، بحسب شروط استخدام البطاقة، والجهة المانحة لها، والغرض الذي تؤديه.

وتنقسم البطاقات البلاستيكية إلى عدة أنواع منها: بطاقات الخدمات «prepaid cards» وهي: بطاقات مدفوعة القيمة مقدماً، وتستخدم عادةً في تقديم الخدمات المختلفة، كأجهزة الكهرباء، وشحن الهاتف وما إلى ذلك من خدمات، بطاقات التخفيضات «discount card» «وهي: بطاقات تصدرها المحلات التجارية الكبرى، بغرض تشجيع زبائنها على الشراء، مع التزامها بمنح تخفيضات خاصة، لحاملي هذه البطاقات.⁽²⁸⁾

سادساً: أنظمة الدفع التي تستند إلى الهاتف والإنترنت: أ. المدفوعات عبر الهاتف:

إن الاتجاه العام في العالم، هو الآن نحو انتشار استخدام الهاتف الجوال؛ حيث من المنتظر، أن يصل عدد خطوط الهاتف الجوال، المستخدم في نقل البيانات «2,1 مليون جهاز»، بينما يصل عدد مشتركى الإنترنت، الشبكة الثابتة، إلى «750 مليون» لنفس الفترة، وهو ما يدل على أن استخدامات الهاتف الجوال، في ازدياد مطرد، وهذه الإحصائية لعام 2004 الآن بلغ ما قدر له وفاض هي الوسيلة السهلة للاتصالات، كما أنه يمكن تشخيصها للدلالة على شخصية حامل الهاتف، ويرجع ذلك للبطاقة الذكية، التي يستخدمها اليسار، يتبع هذا الاتجاه، تطوير استخدامات الهاتف الجوال لأغراض متعددة، فقد بدأ استخدامه للتولوج للشبكة العالمية «الإنترنت»، واستخدامه في التطبيقات المتعلقة به، كقراءة البريد الإلكتروني، وتصفح المنتجات المعروضة على الشبكة، والشروع في شراء بعض هذه المنتجات.⁽²⁹⁾

ب - السداد عبر الإنترنت:

نظام السداد النقدي، والذي يتم كنتيجة لاستخدام هذه الخدمة، على الإنترنت، والتي تتم أيضاً بين شركتين، أو أكثر تعمل على الإنترنت، من أجل المساعدة على جذب الزبائن، من خلال الاتصالات، والطريقة التي يتم بها هذا النوع من السداد، هي: بأن تقوم الشركة بتقييد نفسها، عند أي شركة تعمل في هذا المجال، وتعد تقارير عن مستويات الزبائن، بين الموقعين، وبعد ذلك يتم حساب أي مبلغ مدفوع صغير جداً لكل رابط، وعندما تصل المبالغ إلى نسبة محددة، يتم السداد إما من الحساب المصرفي الفعلي، أو الافتراضي الخاص بالعميل، إلى حساب التاجر، ويتم استخدام هذا النوع من السداد، ليقوم الزائرون إلى مواقع الويب بالسداد، ويتم استخدامه كذلك بين شركات الإنترنت، لنقل المبالغ المسددة من شركة إلى أخرى، من أجل جلب الزائرين إلى موقع الويب، من خلال استخدام الروابط.⁽³⁰⁾

وأرى حكم استخدام النقود الإلكترونية، بأشكالها المختلفة، إذا وضعت القيمة المالية مسبقاً في البنك، وقام البنك بتخزين هذه القيمة إلكترونياً، على بطاقة، أو غيرها لا أرى حرجاً في ذلك، وهو من باب حفظ المال. المشكلة الفقهية والقانونية التي تواجهنا هي مشكلة اختلاط العقود في عقد واحد عند استعمال النقود الإلكترونية كأثمان للسلع ويمكن الحل في وضع ضوابط فقهية وتحديده كعقد مستحدث يجمع ثلاثة أطراف مثل التعهد والاشتراط لمصلحة الغير حتى نخرج من شك الدخول في الحرام.

المبحث الرابع

خصائص النقود الإلكترونية ومخاطرها

1. خصائص النقود الإلكترونية

من خلال عرضنا السابق، فإننا نستطيع أن نستنتج مجموعة من الخصائص التي تميز النقود الإلكترونية والتي نعرضها في السطور الآتية.

أولاً: النقود الإلكترونية ليست متجانسة: حيث إن كل مصدر يقوم بخلق وإصدار نقود إلكترونية مختلفة. فقد تختلف هذه النقود من ناحية القيمة، وقد تختلف أيضاً بحسب عدد السلع والخدمات التي يمكن أن يشتريها الشخص بواسطة هذه النقود. فهذه النقود ليست متماثلة أو متجانسة. (31)

ثانياً: النقود الإلكترونية هي نقود خاصة: على عكس النقود القانونية التي يتم إصدارها من قبل البنك المركزي، فإن النقود الإلكترونية يتم إصدارها في غالبية الدول عن طريق شركات أو مؤسسات ائتمانية خاصة، ولهذا فإنه يطلق على هذه النقود اسم النقود الخاصة.

وهذا من الخطورة بمكان من الناحية الفقهية والقانونية. هناك خلل فقهي إذ قرر الفقهاء قواعد لضبط التعامل بالنقود منها أن تكون مصدرها الدولة، وأيضاً القوانين الداخلية تنص على نوعية العملة الجائز التعامل بها داخل الدولة، العملة التي لم تقرها الدولة غير جائز التعامل بها فقهياً وقانوناً ولحاجة الناس وخوفاً من الفوضى في التعامل النقدي خارج الأنظمة المالية للدولة يجب على الدول أن تعترف بالتعامل بالنقود الإلكترونية وانتسابها إلى مؤسساتها المالية كالبنوك والشركات الخاصة بها بذلك نكون قد عالجتنا خلافاً فقهياً وقانونياً واقتصادياً عند تداولها.

ثالثاً: النقود الإلكترونية قيمة نقدية مخزنة إلكترونياً: فالنقود الإلكترونية وخلافاً للنقود القانونية عبارة عن بيانات مشفرة يتم وضعها على وسائل إلكترونية في شكل بطاقات بلاستيكية أو على ذاكرة الكمبيوتر الشخصي وذلك كما أوضحنا سابقاً. (32)

رابعاً:

سهلة الحمل: تتميز النقود الإلكترونية بسهولة حملها نظراً لخفة وزنها وصغر حجمها، ولهذا فهي أكثر عملية من النقود العادية. ويرجع ذلك إلى أنها تعفي الفرد من حمل نقدية كبيرة لشراء السلع والخدمات رخيصة الثمن كالصحيفة أو مشروبٍ أو وجبة خفيفة.⁽³³⁾

خامساً:

وجود مخاطر لوقوع أخطاء بشرية وتكنولوجية: يلاحظ أن النقود الإلكترونية هي نتيجة طبيعية للتقدم التكنولوجي. وعلى الرغم مما تقدمه هذه التكنولوجيا للبشرية من وسائل الراحة والرفاهية، فإنها تظل عرضة للأعطال مما يتسبب في وقوع مشكلات كثيرة خاصة في ظل عدم وجود كوادرات مدربة وخبيرة تكون قادرة على إدارة المخاطر المترتبة على مثل هذه التقنيات الحديثة.⁽³⁴⁾

سادساً:

النقود الإلكترونية ثنائية الأبعاد: إذ يتم نقلها من المستهلك إلى التاجر دون الحاجة إلى وجود طرف ثالث بينهما كمصدر هذه النقود مثلاً. فالنقود الإلكترونية صالحة لإبراء الذمة ووسيلة لدفع أثمان السلع والخدمات دون أن يقتضي ذلك قيام البائع بالتأكد من حقيقة هذه النقود أو من كفاية الحساب البنكي للمشتري كما هو الحال بالنسبة لوسائل الدفع الإلكترونية، حيث يتأكد البائع من مدى كفاية الرصيد الموجود في حساب المشتري.⁽³⁵⁾ هذه الخصائص لو تدبرناها لوجدنا أن للنقود فوائد كبيرة في خدمة الإنسان من نواح عدة ولا بد من التعامل بها لحاجة الناس إليها كان لزاماً على أهل الفقه والفتوى والتشريعيين بإقرار جواز التعامل بها ووضع الضوابط لها وإلا تخلفنا عن سير حركة العالم كمجتمع مسلم.

2. المخاطر الأمنية والقانونية للنقود الإلكترونية:

إن النقود الإلكترونية بمفهومها السابق، ونظراً لخصائصها المتميزة عن النقود الورقية، قد تنشأ مجموعة من المخاطر القانونية والاقتصادية والتي تستدعي ضرورة وضع مجموعة من الضوابط القانونية لمثل هذه الظواهر الجديدة. وسأتعرض في هذا الجانب لأهم المخاطر القانونية التي يمكن أن تترتب على التعامل بالنقود الإلكترونية. وسوف نورد بصفة خاصة المخاطر الأمنية، والقانونية.

أولاً: المخاطر الأمنية للنقود الإلكترونية:

يعد الجانب الأمني أحد أهم الموضوعات التي تشغل العاملين في القطاع المصرفي والنقدي. وتمثل النقود الإلكترونية إحدى الظواهر التي يمكن أن تزيد من حجم المخاطر الأمنية. وعلى الرغم من قابلية جميع وسائل الدفع الإلكترونية لإحداث مخاطر أمنية إلا أن النقود الإلكترونية تتمتع بقدرة أكبر على خلق تلك المخاطر والتي من أمثلتها صعوبة التحقق من صحتها، وعدم الاعتراف بها أو عدم قبولها. والجدير بالذكر أن المخاطر الأمنية لا تتعلق بالمستهلك فقط، وإنما قد تمتد أيضاً إلى التاجر وإلى مصدر هذه النقود.⁽³⁶⁾

فقد تتعرض البطاقات الإلكترونية المملوكة للمستهلك أو للتاجر للسرقة أو للتزييف ويتم معاملتها باعتبارها نقوداً إلكترونية أصلية. وقد يحدث أن يتم التزوير عن طريق تعديل البيانات المخزونة على البطاقات الإلكترونية أو على البرمجيات أو على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي. قد يحدث الخرق الأمني إما كنتيجة لعمل إجرامي عمدي مثل التزوير والتزييف، وإما كنتيجة لعمل غير عمدي مثل محو أو تخريب موقع من مواقع الإنترنت، وإما الإخلال بتصميمات الأنظمة الإلكترونية والقرصنة الإلكترونية. فمن شأن كل هذه التصرفات والتهديدات السابقة أن تؤدي إلى آثار قانونية وأمنية ومالية خطيرة.

وانطلاقاً مما سبق، فإنه من المهم بمكان أن تتأكد الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية من توافر كافة الضمانات الأمنية سواء بالنسبة للمستهلك أو بالنسبة للتاجر وسواء أكان ذلك متعلقاً بالنقود الإلكترونية التي تأخذ شكل البطاقات البلاستيكية أو تلك التي يتم التعامل بها عبر الإنترنت (النقود الشبكية)

من الصعب أن يتوافر الأمان المطلق في الخدمات البنكية الإلكترونية، ومع هذا فمن الضروري أن يتناسب مستوى الأمان مع الغرض المطلوب تحقيقه. وعلى هذا فإن الترتيبات الأمنية المتعلقة بالنقود الإلكترونية لا بد وأن ترمي بصفة رئيسة إلى تحقيق مجموعة من الأهداف من بينها ضرورة قصر الدخول إلى النظام الإلكتروني للنقود الإلكترونية على الأفراد المسموح لهم فقط، والتأكد من شخصية جميع الأطراف المعنية وذلك لضمان مشروعية كافة الصفقات المبرمة عبر شبكة الإنترنت وتزويد الجهات المصرفية التي تتعامل بالنقد الإلكتروني بأحدث الأجهزة والبرامج لمراقبة النظام المالي للمتعاملين بالنقد الإلكتروني وتدريب العاملين للتعامل والتعرف على مرتكبي الجرائم المتعلقة بالنقود الإلكترونية.

ثانياً: مخاطر النقود الإلكترونية والسرية (الخصوصية): إن الممارسة الصحيحة للتعامل بالنقود الإلكترونية تقتضي القدرة على التأكد من أن الصفقات المتبادلة والتي تبرم بواسطة استخدام النقود الإلكترونية تتم فقط بين الأطراف المعنية وأن عملية التبادل تنصب على تلك السلع والخدمات المصرح بها فقط. ومع ذلك يبقى هناك تخوف من قبل المستهلكين وذلك من جراء إمكانية استخدام المعلومات والبيانات المتعلقة بإبرام الصفقات دون ترخيص أو إذن مسبق. وسوف تتضاعف هذه المخاوف مع الازدياد المطرد في استخدام النقود الإلكترونية في إبرام الصفقات التجارية.

إن المحافظة على سرية البيانات المالية الخاصة بجميع الأطراف المتعاملين بالنقود الإلكترونية تعد من أهم القضايا الشائكة المصاحبة للنمو المتزايد والانتشار الكبير المتوقع للنقود الإلكترونية. فكما هو الحال بالنسبة للمحافظة على سرية الحسابات البنكية للعملاء والتي يحرم بمقتضاها اطلاع أي شخص - غير العميل نفسه - على أحد الحسابات البنكية، فإنه من الضروري أيضاً أن تمنح الأطراف المختلفة المستخدمة للنقود الإلكترونية الضمانات الكافية التي تحد من اطلاع أي طرف آخر غير معنى بالصفقة المبرمة على البيانات المالية المتبادلة عبر شبكة الاتصال.⁽³⁷⁾

وفي الواقع، إن سرية التعاملات التي تبرم بواسطة النقود الإلكترونية يجب المحافظة

عليها من تعدي الآخرين سواء كانوا أفراداً عاديين أو جهات حكومية. وفي تلك الحالة سوف تبرز مشكلة خطيرة ألا وهي التناقض بين ضرورة المحافظة على سرية المعاملات من جهة باعتبارها حقاً من حقوق الأفراد، وحق الدولة في استخدام كافة الوسائل المتاحة للقضاء على الجريمة. على سبيل المثال قد يتعين على الدولة مراقبة شبكات الاتصال المختلفة بهدف الحيلولة دون وقوع جريمة غسيل الأموال أو التهرب الضريبي عبر استخدام النقود الإلكترونية. سيكون من الصعب في مثل هذه الحالات الموازنة بين المحافظة على سرية وخصوصية معاملات الأفراد من جهة وضرورة مواجهة الجريمة من جهة أخرى وتكمن المعالجة في تثقيف المجتمع في التعامل بالنقود الإلكترونية وعدم إفشاء معلوماته المتعلقة بالنقود الإلكترونية وإيجاد وسيلة تتحقق من الذي يقوم بالتعامل بالنقود الإلكترونية هو مالكها الحقيقي والتعرف على أموالها كاستخدام الخواص الذاتية من بصمة إصبع أو الوجه والعين وغير ذلك

ثالثاً: المخاطر القانونية للنقود الإلكترونية:

علاوة على المخاطر الأمنية فمن المتوقع أيضاً أن تثير النقود الإلكترونية بعض المخاطر القانونية. وتتبع هذه المخاطر أساساً من خلال انتهاك القوانين واللوائح مثل جرائم غسيل الأموال، إفشاء أسرار العميل وانتهاك السرية. من ناحية أخرى، فإن المخاطر القانونية قد تتولد أيضاً عندما تقنن حقوق والتزامات الأطراف المختلفة المتعاملة بالنقود الإلكترونية بطريقة غير دقيقة. إن العلاقات التعاقدية والقانونية التي تنشأ بين المستهلكين وتجار التجزئة والمصدرين والمشغلين هي علاقات متشعبة ومعقدة.⁽³⁸⁾

من المسائل المهمة أيضاً والتي تتعلق بالمخاطر القانونية هي مدى وضوح وشفافية الحقوق والالتزامات الخاصة بكل طرف. فعلى سبيل المثال، سوف تثار مسألة المسؤولية القانونية للأطراف المختلفة في حالات التزييف والتزوير والاحتتيال والغش. أخيراً، فإن موضوع حماية المستهلك يعد من أهم المخاطر القانونية التي يمكن أن تفرزها النقود الإلكترونية. من المتوقع أيضاً أن يصاحب انتشار النقود الإلكترونية تزايداً في جرائم التهرب الضريبي حيث سيكون من الصعب على الجهات الحكومية المكلفة بتحصيل الضرائب القيام بربط الضريبة على تلك الصفقات التي تتم بواسطة النقود الإلكترونية نظراً لأن تلك الصفقات تتم خفية عبر شبكة الإنترنت والحل يكمن في إنشاء نيايات خاصة بالتعامل الإلكتروني متخصصة في التكنولوجيا الحديثة وتزويدها بجرعات قانونية أو بالجامعيين من المتخصصين بنظم المعلومات والقانون وأن يتم تعيينهم كوكلاء نيابة لمجابهة هذه الأخطار القانونية الناتجة من التعامل بالنقود الإلكترونية.

الخاتمة:

انتشر التعامل بالنقود الإلكتروني في الفترة الأخيرة حاولت جاهداً أن أضع لها الضوابط الفقهيّة والقانونية وفقاً للقواعد التي تحكم التعامل بالنقود الورقية سائلاً المولى عز وجل أن أكون وفقته في ذلك وتوصلت إلى عدد من النتائج والتوصيات من خلال البحث وما هذا إلا جهد المقل.

النتائج:

1. لا يختلف مفهوم النقود عند فقهاء الشريعة والقانون والاقتصاديين وهو ما يكون بسيطاً للتبادل من ذهب وفضة ونقود ورقية وإلكترونية وغيرها.
2. يرجح جانب كبير من الفقه على جواز التعامل بالنقود الإلكترونية واعتبروا أن العلاقة بين المصدر والتاجر يحكمها عقد الحوالة والمصدر بالعميل يحكمها عقد الكفالة والضمان وإذا حولت النقود الورقية إلى نقود إلكترونية يحكمها عقد الصرف.
3. هناك ضابطان رئيسان لجواز التعامل بالنقود الإلكترونية أن تكون معروفة المصدر وأن لا تفضي إلى الربا.
4. يظهر من البحث أن هناك أنواعاً كثيرة للنقود الإلكترونية منه ما هو جائز التعامل به ومنه ما هو يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية مثل بطاقة الائتمان غير المدفوعة مسبقاً لأنها مفضية إلى الربا.
5. أيضاً من ضمن أنواع النقود الإلكترونية (البتكوين) التي زادت نسبة التعامل بها في مطلع عام 2021 إلى حد كبير مقارنة بالنقود الورقية، مع مراعاة اختلاف العلماء في جواز التعامل بها لأنها لا تصدر من قبل الدولة كغيرها من النقود الإلكترونية.
6. ضعف الجانب القانوني في وضع الضوابط المناسبة عند التعامل بالنقود الإلكترونية ووضع الجزاءات المناسبة عند ارتكاب الجرائم المتعلقة بها.

التوصيات:

1. أوصي الفقهاء المعاصرين بوضع فقه حديث عبر الاجتهاد من خلال قواعد أصول الفقه وقواعد الفقه الكلية يوافق الطفرة الإلكترونية للمعاملات الإلكترونية، لا سيما التعامل بالنقد الإلكتروني.
2. أوصي بمنع التعامل ببطاقة الائتمان غير مسبقة الدفع، لأنها عقد قرض بين البنك، وحاملها أي بها زيادة أو نقصان للبنك أو حامل البطاقة (كل قرض جر نفعاً فهو ربا).
3. أوصي بإدخال بديل إسلامي للنقود الإلكترونية؛ حتى تحل محل بطاقة الائتمان غير المدفوعة مسبقاً والبتكوين.
4. إصدار تشريعات خاصة واتفاقيات دولية تنظم التعامل بالنقد الإلكتروني إذ لا وجود لمثل هذه التشريعات.
5. توفير وسائل الحماية اللازمة لمنع تزوير النقود الإلكترونية أو سرقتها وتزويد العاملين في جهة الرقابة بأحدث البرامج التي تجعلهم قادرين على اكتشاف الجرائم المتعلقة بالنقود الإلكترونية (تزوير غسيل أموال ...) في وقت مبكر والحد منها وقدرة التعرف على مرتكبيها.
6. إلزام جميع الجهات التي تصدر النقود الإلكترونية إذا كانت جهات عامة أو خاصة بتقديم تقارير دورية بما تصدره من هذه النقود إلى الجهات الرقابية المختصة بها شرعية وقانونية.

7. إضفاء مزيد من الثقة، والأمان في المعاملات الإلكترونية، وحمايتها، ونوصي الباحثين في مجال تكنولوجيا الاتصالات ببذل مزيد من الجهد لإيجاد وسائل أكثر نجاعةً، لتأمين المعاملات الإلكترونية، ووسائل الوفاء الإلكتروني بها وحمايتها من القرصنة وأصحاب النوايا السيئة.
8. ضرورة إيجاد سبل للتعاون على المستوى الإفريقي، والعربي خاص بالمعاملات الإلكترونية، خصوصاً فيما يتعلق بوضع مبادئ، وقواعد خاصة بالوفاء الإلكتروني (النقود الإلكترونية)، وتسوية منازعات التعامل الإلكتروني، ووضع تشريع موحد للمعاملات الإلكترونية، وإنشاء مركز للتحكيم الإلكتروني، وجهات خاصة بمنح شهادات التصديق الإلكتروني.
9. إنشاء نيابات متخصصة لتفادي خطر التعامل بالنقود الإلكترونية والتعرف على المجرمين المتخصصين في الجانب القانوني ونظم المعلومات.

المصادر والمراجع:

1. ابن منظور، لسان العرب مرجع سابق، ص 45. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، مصر، ط 1، 1962، ج 1، ص 281.
2. مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، دار النشر: كارخان مخازن كتب، تحقيق بخيت هوايني، ج 1، ص 3.
3. ولي الدين أبو زيد عبد الرحمن بن محمد، مقدمة ابن خلدون، دار العلم، بيروت لبنان، ط 5، 1984م، ج 1، ص 381.
4. الإمام ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجموع الفتاوي، مكتبة ابن تيمية، المملكة العربية السعودية، ج 9، ص 251—252.
5. إبراهيم أحمد الشيخ العربي، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن بعنوان: « النقود الورقية وأحكامها في الفقه الإسلامي »، جامعة الإمام محمد بن سعود، الدراسات العليا المعهد العالي للقضاء، 1405هـ، 1406هـ، ص 12، ص 17.
6. دكتور إيهاب أحمد قاضي، بطاقات الائتمان المالي في الفقه الإسلامي والقانون وتطبيقاتها على المصارف السودانية دراسة مقارنة، الخرطوم بحري، إيثار للطباعة، والتغليف، تط 2008، ص 101 - ص 102.
7. د. خالد واصف، أحمد حسين الرفاعي، مبادئ الاقتصاد الكلي، دار وائل للنشر عمان، الأردن، ط 4، ت ط 2004، ص 282.
8. د. أسامه محمد القولي، زينب عوض الله، اقتصاديات النقود والتمويل، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، ص 36 - ص 40.
9. عبد الحليم عويس، ونخبة من العلماء، موسوعة الفقه الإسلامي، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، 1426هـ، 2005 م، ص 10.
10. قانون بنك السودان المركزي، لسنة 2002 م.
11. د. إبراهيم السوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم إلي مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للتعاملات الإلكترونية، المنعقد بدولة الامارات العربية المتحدة في الفترة الممتدة من 26 إلى 28 إبريل 2003، ص 5.
12. نقودك البلاستيكية، هل لمخاوفك مبرراتها؟ مجلة تكنولوجيا دولة الإمارات العربية المتحدة، عدد يوليو 2001، ص 61.
13. جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان المغنطة، دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية القاهرة، ص 10.
14. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2002، ص 109.

15. سميحة الفيولوبي، الاوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ت ط 1992، ص 309.
16. د. جميل عبد الباقي، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان المغنطة، مرجع سابق، ص 12 — ص 13.
17. د. فياض ملغي القضاة، مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر، جامعة الإمارات، عام 2000، ص 4، ص 6.
18. د. فياض ملغي القضاة، مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، مرجع سابق، ص 4 — ص 5.
19. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ج 1، العدد رقم 7، ص 717، وج 2 العدد رقم 12.
20. د. جميل عبد الباقي، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، مرجع سابق، ص 27.
21. بيت التمويل الكويتي، بطاقة الائتمان، ج 2، ص 352.
22. عبد الفتاح أبوغدة، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية، ص 417.
23. البهوتي، كشف القناع، ج 3، مرجع سابق، ص 352.
24. أخرجة أبو داؤود في سننه كتاب 18، الأفضية باب 12 في الصلح، ط دار الجيل بيروت ط 1402هـ، ج 4، ص 353. وابن ماجة في سننه، كتاب 13 الأحكام باب 23، ط دار إحياء الكتب العربية مصر، 1373 هـ، ج 3، ص 235. الترمذي في سننه، كتاب 13 الأحكام باب 17، ج 2، ص 135، وقال عنه حسن صحيح.
25. د. إيهاب أحمد قاضي، بطاقة الائتمان المالي في الفقه الاسلامي والقانون وتطبيقاتها على المصارف السودانية، مرجع سابق، ص 201 وما بعده.
26. د. إيهاب أحمد قاضي، بطاقة الائتمان المالي في الفقه الاسلامي والقانون وتطبيقاتها على المصارف السودانية، مرجع سابق، ص 201 وما بعدها.
27. الآية رقم 278، من سورة البقرة.
28. نوال عبد الله أحمد باث وربة، بحث بعنوان «التكيف الشرعي للبطاقات الائتمان» منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، المملكة العربية السعودية، العدد رقم «37»، السنة العاشرة 1419هـ، 1998، ص 142.
29. د. عز الدين كامل، مفهوم ومقومات العمل المصرفي الإلكتروني، مجلة المصارف، العدد الثالث، يوليو 2004، ص 22.
30. د. محمد عبد السلام سلامة، جرائم غسيل الأموال إلكترونياً في ظل النظام العالمي الجديد للتجارة الحرة «العولة» مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة، وصناعة دبي «12010» مايو 2003، المجلد الرابع، ص 1413.
31. نهى خالد عيسى، وإسراء خضير مظلوم، النظام القانوني للنقود الإلكترونية، ص 267.

32. د. ياسر عبد الحميد جاد الله النقود الالكترونية واحكامها الفقهية (البتكوين) نموذجاً دراسة فقهية اقتصادية مقارنة، بحث منشور على الانترنت pdf ص17.
33. http://www.itep.ae/arabic/educationalcenter/Articles/emoney_01.asp
34. د. ياسر عبد الحميد جاد الله النقود الالكترونية واحكامها الفقهية (البتكوين) نموذجاً دراسة فقهية اقتصادية مقارنة، بحث منشور على الانترنت pdf ص17.
35. http://www.itep.ae/arabic/educationalcenter/Articles/emoney_01.asp
36. http://benasla.maktoobblog.com/281749/%D8%A8%D8%AD%D8%AB_%D8%AD%D9%88%D9%84_%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%82%D9%88%D8%AF_%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8-A%D8%A9
37. بسام احمد الزلى، دور النقود الالكترونية في عمليات غسل الأموال، مجلة جامعة دمشق الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الأول 2010، ص 553 وما بعدها
38. http://benasla.maktoobblog.com/281749/%D8%A8%D8%AD%D8%AB_%D8%AD%D9%88%D9%84_%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%82%D9%88%D8%AF_%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%84%D9%83%D8%AA%D8%B1%D9%88%D9%86%D9%8-A%D8%A9

دور التحكيم الإلكتروني في حل النزاعات التجارية

كلية القانون- جامعة الجزيرة

أ. محمد عبد الرحمن حامد

أستاذ مشارك- جامعة الجزيرة

د. علي حسين الجيلاني حسين

مستخلص

تناولت الدراسة دور التحكيم الإلكتروني في حل النزاعات التجارية، وذلك من حيث تعريف النزاعات التجارية ونشأتها وأنواع وصور النزاعات التجارية، وأثر التحكيم الإلكتروني في حل هذه النزاعات. أهمية الدراسة تكمن في أن من دور التحكيم بصورة عامة- والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة- في حل النزاعات ذات الطابع المدني، ولا شك أن النزاعات التجارية أصبحت تشكل حيزاً كبيراً في العصر الحالي وذلك بسبب تطور التجارة الدولية، وظهور أنماط أكثر تقدماً واستخداماً للتكنولوجيا الحديثة في معاملاتها، مما يستدعي تطوراً آخر في جانب التحكيم يتماشى مع هذا التطور. هدفت الدراسة إلى التعريف بالنزاعات التجارية، ومعرفة أنواع النزاعات التجارية وأنماطها ووسائلها، وتناول دور التحكيم الإلكتروني في حل النزاعات التجاري. انتهجت الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي، والمنهج المقارن. وتوصلت الدراسة إلى عدة نتائج وتوصيات، أهم النتائج أن التحكيم الإلكتروني ظهر بظهور التجارة الإلكترونية، حيث نجد أن التحكيم الإلكتروني تتم جميع مراحلها بالوسائل الإلكترونية عبر شبكة الويب منذ الاتفاق على التحكيم وحتى صدور القرار وتبليغه حتى يتميز عن التحكيم التقليدي، ويتمتع التحكيم الإلكتروني بمزايا عديدة تتمثل في بساطة الإجراءات، السرعة، السرية، ثقة الأطراف، خبرة المحكم. بينما جاءت أهم التوصيات في ضرورة سن التشريعات واللوائح من جانب المشرعين ووضع الأحكام والقواعد التي تساهم في تنظيم التحكيم الإلكتروني للمساهمة في عمليات جلب الاستثمارات الأجنبية، والسعي للاستفادة من تجارب الدول المتقدمة في مجال التكنولوجيا عبر نقل تجاربها في هذا الصدد. الكلمات المفتاحية: النزاعات التجارية، التحكيم الإلكتروني، التجارة الدولية، الاستثمار.

Abstract

The study examined the role of electronic arbitration in resolving commercial disputes, in terms of defining commercial disputes, their origin, types and forms of commercial disputes, and the effect of electronic arbitration in resolving these disputes. The importance of the study lies in the fact that one of the role of arbitration in general - and electronic arbitration in particular - is

in resolving disputes of a civil nature, and there is no doubt that commercial disputes have become a large space in the current era due to the development of international trade, and the emergence of more advanced patterns and the use of modern technology in their transactions Which calls for another development in the aspect of arbitration in line with this development. The study aimed to identify commercial disputes, to know the types, patterns and means of commercial disputes, and to address the role of electronic arbitration in resolving commercial disputes. The study followed the inductive analytical approach and the comparative approach. The study reached several results and recommendations, the most important results are that electronic arbitration appeared with the emergence of e-commerce, as we find that electronic arbitration takes place through electronic means via the web from the agreement on arbitration until the issuance of the decision and its notification so that it is distinguished from traditional arbitration, and electronic arbitration has many advantages represented In the simplicity of procedures, speed, confidentiality, confidence of the parties, the experience of the arbitrator. While the most important recommendations came in the necessity of enacting legislation and regulations by legislators and setting provisions and rules that contribute to organizing electronic arbitration to contribute to the processes of attracting foreign investments, and seeking to benefit from the experiences of developed countries in the field of technology by transferring their experiences in this regard.

Key words: commercial disputes, electronic arbitration, international trade, investment.

مقدمة

بالرغم من أنه يبدو لنا من أول وهلة أن التحكيم الإلكتروني قد ظهر حديثاً، ككيان قائم بذاته دون أي مقومات، وأنه يقف جنباً إلى جنب مع التحكيم التقليدي، إلا أنه بالنظر الدقيق في هذا النظام نجد أن نظام التحكيم الإلكتروني هو التطور الطبيعي للتحكيم التقليدي حيث إنه مع ظهور وسائل الاتصال الحديثة تحولت كافة المجالات التي تتم بالطرق التقليدية إلى استخدام وسائل الاتصال الحديثة خلال تعاملاتها، فقد كان التحكيم

التقليدي الذي يتولى حسم المنازعات في هذه المجالات لا يقف مكتوف الأيدي أمام هذا التطور وينظر إليه من بعيد، لهذا سار على ذات النهج باستخدامه لهذه الوسائل الحديثة في حسم المنازعات، وبذلك ظهر في صورته الحديثة التي تتجسد في نظام التحكيم الإلكتروني، ويرجع هذا التطور إلى أن نظام التحكيم لا يستطيع أن يقوم بحسم منازعات هو لا يعلم عنها ثمة أمر. ولذلك كان عليه أن يخترق هذا المجال وبسرعة حتى يستطيع أن يكون أهلاً لمواجهة أية منازعات في هذا المجال.

أسباب اختيار الموضوع:

تمثلت أسباب اختيار موضوع الدراسة في الآتي:

1. التحكيم - صورة عامة- أصبح من أهم الوسائل التي تتيح السرعة والثقة لحسم النزاعات خلافاً لوسائل فض النزاعات الأخرى.
2. إن التحكيم الإلكتروني أصبح أمراً واقعاً في ظل انتشار المعاملات التجارية الإلكترونية التي تنشأ عنها نزاعات، مما يستدعي اللجوء إلى الفصل فيها بطريقة تتناسب مع وسائلها.
3. عدم وجود أحكام قانونية في كثير من الدول- لا سيما الدول النامية- تحكم وتنظيم التحكيم الإلكتروني برغم ضرورته وأهميته في مجال المعاملات التجارية.

أهمية الدراسة :

جاءت أهمية الموضوع انطلاقاً من دور التحكيم بصورة عامة- والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة- في حل النزاعات ذات الطابع المدني، ولا شك أن النزاعات التجارية أصبحت تشكل حيزاً كبيراً في العصر الحالي وذلك بسبب تطور التجارة الدولية، وظهور أنماط أكثر تقدماً واستخداماً للتكنولوجيا الحديثة في معاملاتها، مما يستدعي تطوراً آخر في جانب التحكيم يتماشى مع هذا التطور.

أهداف الدراسة :

هدفت هذه الدراسة لتحقيق الأهداف الآتية:

1. التعريف بالنزاعات التجارية.
2. معرفة أنواع النزاعات التجارية وأنماطها ووسائلها.
3. تناول دور التحكيم الإلكتروني في حل النزاعات التجارية.

مشكلة البحث:

تتلخص مشكلة البحث في الإجابة عن الأسئلة التالية:

1. ما مفهوم النزاعات التجارية؟
2. ما هي القواعد والأحكام القانونية التي تتعلق بالنزاعات التجارية؟
3. ما دور التحكيم ال؟ غير اجتلا تاعازنلا لحي في نورتكلا

منهج البحث:

كان الاعتماد في دراسة الموضوع علي المنهج الاستقرائي التحليلي، والمنهج المقارن.

المحور الأول: مفهوم النزاع التجاري:

الفرع الأول: تعريف النزاع التجاري ونشأته وتطوره وصوره أولاً: التعريف بالنزاع التجاري:

النزاع لغة: يعرف النزاع التجاري لغةً بأنه «نزاع: مصدر نزع، ونزع فعل ماضي، ونزع الشيء ينزعه نزاعاً فهو منزوع، ونزوع الشيء معناه: حول الشيء عن موضعه، وانتزع تعني استلبه، أي اقتلعه⁽¹⁾. وجاء في لسان العرب: وأصل النزاع الجذب والقلع، والجمع نزاع. النزاعة والمنزعة: الخصومة، والمنازعة في الخصومة تعني مجازبة الحجج فيما يتنازع فيه الخصمان، وقد نازعه منازعة ونزاعاً أي جاذبه في الخصومة. والتنازع يعني: التخاصم، وتنازع القوم أي اختصموا فيما بينهم، والنزاعة هي الخصومة أي خصومة في الحق⁽²⁾، وجاء في صحاح تاج اللغة وصحاح العربية: نازعه ونزاعاً بمعنى جاذبه في الخصومة، وبينهم نزاعة أي خصومة في حق، والتنازع: التخاصم⁽³⁾، بمعنى أن النزاع في الحق بين طرفين أو أكثر هو الخصومة.

ونقول نزعه من مكانه مبالغةً في نزعه، ونزع الشيء اقتلعه واستلبه، وتنازع القوم اختلفوا. ويقال تنازعوا في الشيء أي تجاذبوه- والمنزعة: الخصومة⁽⁴⁾، أما في قاموس اللهجة العامية السودانية، فقد جاء فيه في تعريف الجذر اللغوي للنزاع: نزع الشيء من مكانه: خلعه. تنازع القوم: أي اختلفوا، وتنازعوا في الشيء: تخاصموا. النزاع والنزاعة: الخصومة⁽⁵⁾. وفي معجم متن اللغة، جاء تعريف النزاع بقوله: نزعه نزاعاً من مكانه: قلعه وجذبه من مقره (هو الأصل في المعنى) فهو منزوع- تنازعوا: تخاصموا⁽⁶⁾.

اتفقت التعاريف للنزاع في اللغة بانه: هو الخصومة بين الأفراد حول حق مدعى به نتيجة اختلاف بينهم، أو تجاذب فيما بينهم حوله.

ثانياً: تعريف النزاع اصطلاحاً:

وقد جاء النزاع في القرآن الكريم بمعنى الشقاق، لقوله تعالى: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)⁽⁷⁾.

أما تعريف النزاع في الاصطلاح: ففي الحديث، أنه صلى الله عليه وسلم، صلى يوماً فلما سلم، قال: (مالي أنازع القرآن)، أي أجاذب في قراءته، وذلك أن بعض المأمومين جهر خلفه، فنازعه قراءته فشغله، فنهاه عن الجهر في الصلاة خلفه⁽⁸⁾.

وقال العلماء: إذا وقع الشقاق بين الزوجين أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة، ينظر في أمرهما ويمنع الظالم منهما، وإذا تفاقم أمرهما وطالت خصومتها بعث الحاكم بثقة من أهل المرأة وثقة من أهل الرجل⁽⁹⁾.

ثالثاً: النزاع في الفقه الدولي:

إن الفقه استخدم مرادفات متعددة لهذا المصطلح، مثل الخلاف والخصومة

والأزمة، وعرفت محكمة العدل الدولية الدائمة النزاع بأنه «اختلاف حول مسألة قانون أو وقائع، ويتمثل هذا الخلاف في تعارض مصالح ووجهات نظر قانونية لشخصين أو أكثر من الأشخاص، وفي تعريف آخر لمحكمة العدل الدولية، قد عرفت النزاع بمعنى معارضة، حيث قالت «يجب أن يبرهن على أن أحد الطرفين يعارض حقيقة مطلب الطرف الآخر»⁽¹⁰⁾. وتشير كلمة المنازعة_عموماً_ إلى وجود خلاف بين طرفين، يدعي كل منهما أحقيته في الشيء موضع الخلاف⁽¹¹⁾.

ويعتبر النزاع أحد العناصر الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري، فإن تخلف عنصر النزاع لم يكن أمام هذا النوع من التحكيم موضوع التحكيم⁽¹²⁾. وتلخيصاً لما سبق نجد أن معنى النزاع في اللغة يعني الخصومة أو الخلاف أو القلع، وفي المصطلح الفقهي الإسلامي، يحمل معنى الخصومة والشقاق والشجار، بينما في القانون يحمل معنى الخصومة والمعارضة، وأن يكون بين طرفين أو أكثر.

الفرع الثاني: نشأة وتطور النزاعات التجارية

مفهوم تجارية العمل: أي عمل يجيء من أن القائم به يقصد من ورائه تحقيق غاية اقتصادية، هي المضاربة، وتحقيق الربح، ممن يزاوِل العمل التجاري يسعى دائماً إلى تحقيق مكسب مادي نقدي وراء سعيه⁽¹³⁾، فالعمل التجاري له طابع اقتصادي، وهو معيار التداول وأن مفهوم تجارية العمل: تقوم على كونه عملاً يسهم في سير تداول الثروات مستهدفاً المضاربة، وتحقيق الربح على أن يتم في صورة المقاول أو المشروع متى تطلب المشروع ذلك⁽¹⁴⁾.

والنزاعات التجارية هي قديمة قدم ظهور التجارة عبر العصور، وفي الشرائع القديمة، ففي عهد الإغريق، كانت هناك النزاعات التجارية والتي كانت تحل عبر التحكيم، وكان على كل مواطن من مواطني أثينا، أن يسجل اسمه بقوائم التحكيم للقيام بدوره وفي فض المنازعات المدنية والتجارية، وفي عهد الرومان، ضمنت النزاعات المدنية التي كانت تحل بواسطة التحكيم في المسائل المدنية، وكان الأمر متروكاً للتحكيم الخاص، حيث تم إنشاء وظيفة خاصة يتولاها حاكم يسمى (البريتور)⁽¹⁵⁾.

وقد حدث على مر العصور السابقة تطور كبير في الجوانب المختلفة للتجارة، والذي انتهى حالياً باستخدام التقنيات الحديثة في مجال الاتصالات لتبادل المعلومات وإبرام التصرفات القانونية المختلفة لهذا التطور الهائل والسريع في تقنية الاتصالات، ولمواكبة هذا التطور فقد كان من الطبيعي وضع قواعد قانونية جديدة، أو تطوير القواعد القائمة التي تنظم حسم المنازعات الناشئة عن التجارة، وفي عام 1991م ظهرت الموجة الثانية من آليات حل المنازعات، وبدأ نظام حل النزاعات التي تجري إلكترونياً، باستخدام البريد الإلكتروني⁽¹⁶⁾.

المحور الثاني: صور وأنواع النزاعات التجارية

التجارة هي ممارسة العمل التجاري. ويعرف العمل التجاري بأنه «ذلك العمل الذي يُمارس بشكل فردي أو جماعي، والقائم على أساس المادية والذي يهدف إلى تحقيق الربح من خلال تداول الأموال المنقولة والثابتة والعينية»⁽¹⁷⁾. وهي أيضاً «القيام بأنشطة الأعمال التي تعني تبادل تفاوضي للأشياء أو الخدمات ذات القيمة بين طرفين على الأقل وتشمل جميع الأنشطة التي يقوم بها كل طرف لإكمال الصفقة»، ويشمل مفهوم التجارة «تبادل وتوزيع وتسويق السلع والخدمات بالنقود أو ما في مكانها، أي أنها مجموعة متكاملة من عمليات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات»⁽¹⁸⁾. ومصطلح (تجاري) ينبغي أن يُفسر تفسيراً واسعاً، حيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية، تعاقدية أو غير تعاقدية، والعلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل دون حصر المعاملات التالية: أية معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، اتفاقات التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، التاجر الشرائي، تشييد المصانع، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، إصدار التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، اتفاق امتياز الاستقلال، المشاريع المشتركة، نقل البضائع والركاب بحراً وجواً أو بالطرف البرية⁽¹⁹⁾.

ومن صور النزاعات التي تنشأ بين الدول وشركات البترول (مثال:- العقد المبرم بين حكومة مصر وشركة فليب للبترول والمؤسسة المصرية العامة للبترول على أنه يحال إلى التحكيم طبقاً لقانون الإجراءات المدنية المصري) أي نزاع بين الحكومة والأطراف يتعلق بتفسير هذا الاتفاق أو الادعاء بمخالفته ولا تستطيع الحكومة والأطراف الوصول إلى اتفاق بشأنه فيما بينهم⁽²⁰⁾.

ومنازعات العقود النفطية: حيث تحرص الشركات الخاصة الأجنبية العاملة في مجال صناعة النفط على الاتفاق مع حكومات الدول المنتجة للنفط على طرح منازعات العقود النفطية المبرمة بينهم على هيئات التحكيم التجاري الدولي⁽²¹⁾.

ومنازعات عقود الخدمات الإلكترونية: وهي العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، وتعرف بأنها اتفاق بين شخصين أو أكثر، يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر تقنيات الاتصال، بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها⁽²²⁾.

والمنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام والنزاعات التي تقع بين شركات قطاع عام وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو مؤسسة، ويجوز لهيئات التحكيم أن تنظر أيضاً في المنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام وبين الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتباريين، وطنيين كانوا أم أجنب، إذا قبل هؤلاء الأشخاص وبعد وقوع النزاع إحالته على التحكيم⁽²³⁾.

منازعات الناقل الوطني تسليم البضاعة:

يتمتع الناقل بحريته في إتمام عملية النقل دون تقييد يترتب تكلفة البضاعة، وكل ما يتعدى في هذا الصدد، هو ضرورة أن يتم النقل في الميعاد المحدد، فإذا تأخر عن النقل في

هذا الموعد يغير مبرر، كان مسئولاً عن تعويض الضرر الذي أصاب المرسل إليه⁽²⁴⁾.
وهذا الامتناع قد ينشأ عنه نزاع بين الطرفين كالتالي⁽²⁵⁾:

أولاً: منازعات المشروعات المشتركة بين القطاع الخاص والعام

أ. عقود تقديم الخدمات، حيث يتولى القطاع الخاص تقديم خدمة للقطاع العام أو الحكومة مقابل ثمن محدد، وتظل الحكومة أو جهة القطاع العام مسئولة عن المشروع ومخاطره التجارية.

ب. عقود الإدارة في عقود التشغيل والصيانة، وهي عقود صيانة مشروع معين كفندق مثلاً (رفع كفاءة تشغيلية لمدة محددة مقابل أجر محدد أو نسبة محددة من الأرباح).

ج. عقود التزام المرافق العامة، وهي الحالة التي تتعهد فيها إحدى الشركات بأداء خدمة عامة للجمهور.

ثانياً: منازعات الاستثمار

ضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية وأهمية الدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية، قد تنشأ منازعات متعلقة بهذه الاستثمارات بين الدول المتعاقدة وبين مواطني الدول الأخرى المتعاقدة معها، والمنازعات الاستثمارية هي أي نزاع ناجم عن استثمار أو نشاط استثماري ينظمه عقد، ناتج عن انعدام التوازن الاقتصادي لأحد أطراف العلاقة الاستثمارية نسبة لتغير الظروف السياسية أو الاقتصادية التي كانت تسود وقت إبرام العقد⁽²⁶⁾.

وترجع أسباب المنازعات الاستثمارية إلى تأثير التوازن الاقتصادي بفعل المتغيرات في الظروف التي عاصرت إبرام العقد نظراً لطبيعة العقد واستغراقه وقتاً طويلاً لتنفيذه، ويعرض هذا التوازن للانهايار، أو يصيبه بعض الخلل تترتب عليه آثار كثيرة من المنازعات أو تراجع الدولة المضيفة أو يرجع لإحلال أو ظروف القوة القاهرة أو الطارئة⁽²⁷⁾.

ثالثاً: منازعات التجارة الدولية والتعدين

الاتفاقيات البترولية بين الدول التي بها المواد الخام من بترول وغاز، والتي لا تتوفر لها الإمكانيات المادية والتقنية الكافية للبحث والاستغلال، تلجأ تلك الدول إلى عقد اتفاقيات دولية مع الدول التي تتكامل فيها الخبرات والكفاءات البشرية والتقنية اللازمة لتحقيق الأهداف المشتركة، وينطبق ذلك على المعادن الأخرى⁽²⁸⁾.

المحور الثالث: تقسيمات التجارة

هناك تقسيمات للتجارة منها التجارة التقليدية والتجارة الخارجية، والتي تعرف أيضاً بالتجارة الدولية، وهي التجارة التي تخضع بالضرورة لأكثر من نظام قانوني⁽²⁹⁾، وأخيراً ظهرت التجارة الإلكترونية.

وأنظمة النشاط التجاري يمكن تقسيمها إلى أربعة طوائف أساسية⁽³⁰⁾:

الأولى: هي العقود التجارية، أي تلك الأنشطة التي لا يتصور تقديم الخدمة فيها عن طريق الارتباط بالعملاء، بواسطة عقود ومثال عليها البيوع التجارية، والوكالة، والسمسرة، والنقل.

الطائفة الثانية: هي العمليات المصرفية، أي مختلف الخدمات التي تقدمها البنوك لعملائها. والطائفة الثالثة: تتمثل في أعمال التجارة البحرية والجوية والتي انفردت بقوانين خاصة بها.

الطائفة الرابعة والأخيرة: هي الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية، والأوراق التجارية هي صكوك تقوم مقام النقود في تسوية المعاملات الناشئة بين التجار.

والتقسيمات سالفة الذكر لا بد أن يكون لها محل تجاري لممارسة النشاط التجاري المخصص، حيث يتطلب الاستقلال التجاري استخدام أموال وأدوات متنوعة، إلا أن استخدامها جميعاً من أجل تحقيق غاية واحدة تتمثل في القيام بالنشاط التجاري يسمح بتصورها مندمجة في وحدة واحدة، هذه الوحدة هي المحل التجاري⁽³¹⁾.

الفرع الأول: التجارة التقليدية:

هي النشاط التجاري الداخلي أو الوطني، إلا أنه لا يخرج من مصطلح التجارة، ويأخذ مصطلح التجارة على الصعيد الدولي، كما أتبع الفقه مفهوماً وسطاً عما هو سائد في التشريعات الداخلية، وعلى الأخص تلك التي تقيم التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري، فهو ينصرف إلى كثير من المعاملات التي قد تعتبر وفقاً للقانون الداخلي من قبيل الأعمال المدنية أو حتى الإدارية⁽³²⁾.

وفي ظل نظام اقتصادي قوامه المبادلة، والتي تأخذ فيه الأسواق مكانة جوهرية، وبما أن القانون الرئيسي الذي يحكم السوق هو العرض والطلب؛ فذلك يخلق التنافس، ومن ثم تنشأ هذه الممارسة (المنازعات) في تنفيذ العقود بين الأطراف، وتبادل الأموال والبضائع والمهمات. والبضائع هي السلع وكل الأموال المنقولة التي توجد عند التاجر وتكون معدة للبيع، سواء كانت البضائع من السلع كاملة الصنع أو سلعاً نصف مصنوعة أو المواد الخام، إلا أنها تعد من البضائع، مادامت معدة للبيع، والمهمات يقصد بها كافة الأدوات والآلات والأموال المنقولة التي تستخدم في الاستغلال التجاري⁽³³⁾.

لأن التجارة نشاط إنساني قديم وتظهر أهميته بصورة واضحة في النطاق الخارجي عبر البحار- التجارة الخارجية الدولية⁽³⁴⁾.

وقد ذكرنا سابقاً في مفهوم تجارية الأعمال: أي عمل يجيء من أن القائم به يقصد من ورائه تحقيق غاية اقتصادية، هي المضاربة، ويكون ذلك على المستوى الداخلي (الوطني) أو عبر البحار في التجارة الدولية.

والتجارة التقليدية تتضمن تبادل السلع والخدمات بالنقود أو ما في مكانها، أي أنها مجموعة متكاملة من عمليات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات⁽³⁵⁾.

فالتجارة تعني القيام بأنشطة الأعمال التي تعني تبادل تفاوضي للأشياء أو الخدمات ذات قيمة بين طرفين على الأقل وتشمل جميع الأنشطة التي يقوم بها كل طرف لإكمال الصفقة⁽³⁶⁾.

فالتجارة التقليدية هي التجارة الداخلية بين أفراد المجتمع الواحد في دولة واحدة. والتجارة الداخلية هي تخضع بدهاة للقانون الدولي الداخلي⁽³⁷⁾.

والتجارة التعاقدية بين الأفراد، هي التجارة التي تنظمها العقود للمعاملات التجارية بين الأفراد والتي تظهر من خلال الأحكام القانونية المنظمة لها والواردة في القانون التجاري بشكل خاص، والأحكام العامة في القانون المدني بشكل عام، فالعقود التجارية متعددة ومتنوعة حسب الأنشطة التجارية التي يمارسها الأشخاص الطبيعيين.

ثم التجارة التعاقدية بين الأفراد والشركات والهيئات الاعتبارية التجارية- العمل التجاري، ويعرف العمل التجاري بأنه ذلك العمل الذي يمارس بشكل فردي أو جماعي (مشروع) القائم على أساس المضاربة، بهدف تحقيق الربح من خلال تداول الأموال المنقولة والثابتة⁽³⁸⁾.

الفرع الثاني: التجارة الدولية

إن التجارة الدولية تتسع لتشمل كل تبادل الأموال والخدمات والقيم، وهي كافة العلاقات الاقتصادية التي تهدف إلى إنتاج أو تحويل، أو تبادل البضائع، أو أداء الخدمات، بما في ذلك الأنشطة التمويلية البنكية⁽³⁹⁾.

يُعنى بالتجارة الدولية تلك المعاملات التجارية في صورها المتعددة التي تنشأ بين أفراد، أو حكومات يقطنون وحدات سياسية مختلفة، ويطلق لفظ التجارة الدولية والتجارة الخارجية على عملية مبادلة السلع والخدمات بين الدول، وعرفت على أنها تشمل مجموع المبادلات في الأموال والخدمات بين الأمم، ومن هذه التعريفات يتبين لنا أن التجارة الدولية، عبارة عن تبادل لكل من السلع والخدمات بين دول مختلفة. والسلع المقصودة تشمل عدداً لا حصر له من الأصناف، أما الخدمات فتلك التي تقدمها بعض الدول لدول أخرى تكون محتاجة لها⁽⁴⁰⁾.

وترجع أصول التجارة الدولية للقرون الوسطى وتحديداً في منطقة غرب أوروبا وحوض البحر الأبيض المتوسط، والتجارة التي قام عليها كيان جمهوريات شمال إيطاليا، منذ القرن الحادي عشر، والتجارة التي تركزت في الأسواق والمعارض والمرافئ في بعض المدن الكبرى في غرب أوروبا فيما بين القرن الثاني عشر والقرن الرابع عشر⁽⁴¹⁾.

ومصطلح تجاري: ينبغي تفسير مصطلح (تجاري) تفسيراً واسعاً، بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، أو العلاقات ذات الطبيعة التجارية التي تشمل دون حصر المعاملات التالية: أية معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها، اتفاقيات التوزيع، التمثيل التجاري، الرقابة الداخلية، إدارة الحقوق لدى الغير، التأجير الشرائي، تشييد المصانع، الخدمات الاستثمارية، الأعمال الهندسية، إصدار التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستقلال، المشاريع المشتركة لنقل البضائع بحراً أو بالسكة الحديد أو بالطرق البرية⁽⁴²⁾.

وقد أصبح من الواضح أن التجارة الدولية تحتل الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، وإنها المحور الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات إثر قيام الثورة الصناعية في القرن التاسع عشر، التي حلت الآلة فيه محل العمل البشري، وقد رافق ذلك كما هو

معروف زيادة هائلة في المنتجات أدت إلى صراع دولي لا مثيل له في البحث عن أسواق جديدة لتصريف فائض الإنتاج فيها، وامتصاص أولوياته منها، مع احتفاظ كل دولة بأسواقها القديمة لهذا الغرض، ساعدها على ذلك تقدم خطوط الملاحة البحرية وانتظامها، سيما بناء الأساطيل التجارية التي شيدت خصيصاً لنقل السلع، مع ما تتصف به سفنها من سرعة السير وضخامة الحجم والسعة⁽⁴³⁾.

الفرع الثالث: التجارة الإلكترونية

تعد التجارة الإلكترونية من أهم صور التجارة الحديثة، وهي تعبير جديد دخل حياتنا بقوة، وأصبح متداولاً في الاستخدام العادي، ليعبر عن العديد من الأنشطة المرتبطة بثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ويمكن القول أن التجارة الإلكترونية يُقصد بها تنفيذ كل ما يتصل بعمليات شراء وبيع البضائع والخدمات والمعلومات عبر شبكة الإنترنت والشبكات التجارية العالمية الأخرى، فهي تنفيذ لبعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين مشروع تجاري ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات⁽⁴⁴⁾.

والتجارة الإلكترونية واحدة من التعبيرات الجديدة التي دخلت حياتنا بقوة - كما أسلفنا- وأصبحت تتداول في الاستخدام العادي للتعبير عن العديد من الأنشطة الإنسانية المرتبطة بثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وأن تعبير التجارة الإلكترونية من خلال تقسيمه إلى مقطعين، المقطع الأول وهو (التجارة)، وهو مقطع يعبر عن نشاط اقتصادي يتم من خلاله تداول السلع والخدمات بين الحكومات والمؤسسات والأفراد، وتحكمه عدة قواعد ونظم متفق عليها، والمقطع الثاني (الإلكترونية)، وهو نوع من التوصيف لمجال أداء النشاط المحدد في المقطع الأول، ويقصد به هنا النشاط التجاري باستخدام الوسائط والأساليب الإلكترونية والتي يدخل الإنترنت فيها كواحدة من أهم هذه الوسائط، ونظراً للتطور السريع الذي طرأ على مفهوم التجارة الإلكترونية فنياً، فقد ظهرت العديد من التعريفات في هذا الصدد، وكل تعريف ينظر إليها من منظور معين، ومن أبرز هذه التعريفات للتجارة الإلكترونية التعريف التالي: « هي شكل من أشكال التبادل التجاري باستخدام شبكة الاتصالات بين الشركات بعضها البعض، وبعض الشركات وعملائها أو بين الشركات وبين الإدارة العامة⁽⁴⁵⁾».

وقد تعددت مفاهيم التجارة الإلكترونية وفقاً لاختلاف وجهات النظر عند التعرض لتفسيرها، ويعود هذا الاختلاف إلى تعدد مجالات تطبيقها، والتطور المستمر الذي يطرأ على أساليبها وأهدافها، مما ينعكس بالتالي على مفهومها، ونظراً للمفهوم المتغير والمتطور للتجارة الإلكترونية واعتمادها على وسائل متطورة بطبيعتها، فمن الصعب إيجاد تعريف متفق عليه يتناول جميع عناصر التجارة الإلكترونية بصورة كافية، وبالتالي نستعرض أبرز التعريفات التي تناولها الفقه في هذا الشأن⁽⁴⁶⁾.

ويذهب جانب من الفقه إلى تعريف التجارة الإلكترونية بأنها تلك التجارة التي تشمل على أنواع ثلاثة من الصفقات، وهي: تقديم خدمات الإنترنت، والتسليم الإلكتروني للخدمات،

أي تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك في شكل معلومات رقمية، واستخدام الإنترنت كقناة توزيع الخدمات وعن طريقه يتم شراء السلع عبر الشبكة، ولكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل غير إلكتروني⁽⁴⁷⁾.

كما ذهب اتجاه آخر في الفقه إلى أن وصف التجارة الإلكترونية يطلق فقط على كل المبادلات التجارية التي تعتمد على تبادل المعلومات عبر شبكة اتصال لاسلكي، سواء تلك التي تتم عبر شبكة الإنترنت أو غيره من وسائل الاتصال اللاسلكية التي تكون ممتدة بين أكثر من كمبيوتر أو الفاكس أو غيره، كما عرفها آخرون بأنها «عملية البيع والشراء عبر الشبكات الإلكترونية على المستويين السلعي والخدمي بجانب المعلومات وبرامج الكمبيوتر وأنشطة أخرى تساعد على ممارسة التجارة، بينما عرفت منظمة التجارة العالمية بأنها: «عبارة عن عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع المنتجات من خلال شبكة اتصال». ومن هذا التعريف يتضح لنا أن التجارة الإلكترونية تشمل جميع الأنشطة الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري⁽⁴⁸⁾.

المحور الرابع: التحكيم الإلكتروني في النزاعات التجارية: أولاً: مفهوم التحكيم الإلكتروني:

إن التحكيم الإلكتروني لا يبدو أن يكون صورة من صور التحكيم التي فرضها التطور العلمي على الواقع العملي، على نحو أصبح من الصعب معه تجاهله عند اللجوء إلى التحكيم والمفاضلة بين صورته المختلفة⁽⁴⁹⁾.

التحكيم الإلكتروني هو ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت، في الأغلب الأعم، بوسائل مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع، باستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم، وتسمية التحكيم الإلكتروني هنا يرجع لاستخدام الأطراف لوسائل إلكترونية سواء عند إبرام اتفاق التحكيم أو أثناء سير خصومة التحكيم⁽⁵⁰⁾.

ونرى أن التحكيم قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، حيث يعتمد بشكل أساسي على أن أطراف النزاع هم أنفسهم من يختارون قضاتهم بدلاً من الاعتماد على التنظيم القضائي للدولة التي يقيمون فيها، والتحكيم الإلكتروني ظهر بظهور التجارة الإلكترونية، حيث نجد أن التحكيم الإلكتروني تتم جميع مراحلها بالوسائل الإلكترونية عبر شبكة الويب منذ الاتفاق على التحكيم وحتى صدور القرار وتبليغه حتى يتميز عن التحكيم العادي (التقليدي).

وفي التحكيم الإلكتروني ظهر اتجاهين للتعريف، حيث أنهما يربطان التحكيم الإلكتروني بالنزاع التجاري، فالأول يقول أنصاره «هو تحكيم تقليدي يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة بغض النظر عما إذا كان النزاع موضوع التحكيم ناتجاً عن أعمال التجارة الإلكترونية أو التجارة التقليدية. ويرون أن التحكيم التجاري الإلكتروني طريقة لحل النزاعات التجارية تتم فيها الإجراءات أو بعضها بحسب الحال عبر الشبكة العنكبوتية (الإنترنت)، بواسطة أي وسيلة اتصال حديثة، وأيضاً يمكننا تعريف التحكيم الإلكتروني

بحسب الرأي الثاني، هذا الرأي يُعرف التحكيم الإلكتروني بأنه «وسيلة لفض النزاعات بين الأطراف نتيجة نشاط تجاري يقوم على اتفاقهما بطرح النزاع على شخص أو أكثر ليقوم بالفصل في النزاع بإصدار حكم نهائي ملزم، وتتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة التي تعتمد على تقنية المعلومات والاتصالات التي تتمثل على وجه الخصوص في الإنترنت تنتج عن الأخذ برأي هذا الفريق أن يتم جمع إجراءات التحكيم من الاتفاق على التحكيم إلى صدور الحكم عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة وأن النزاع موضوع التحكيم يكون ناتجاً عن عمليات التجارة الإلكترونية بسبب هذا الرأي يمكننا تعريف التحكيم الإلكتروني بأنه نظام قضائي إلكتروني خاص، مفاده تسوية النزاعات التي تنشأ أو من المحتمل نشؤها إلكترونياً بين المتعاملين في التجارة الإلكترونية بموجب اتفاق بينهم⁽⁵¹⁾، وهو لا يختلف عن المفهوم المتعارف عليه للتحكيم كإجراء خاص يحسم منازعات التجارة الدولية وأن يتميز في الآلية التي يتم بها هذا الإجراء من البداية حتى النهاية باستخدام الإنترنت وغيره من وسائل الاتصال⁽⁵²⁾.

كما عرفه البعض بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالباً بوسائل إلكترونية إلى شخص ثالث، يفصل فيها بموجب سلطة مستندة من اتفاق أطراف النزاع واستخدام وسائل اتصالات حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي أو العادي⁽⁵³⁾. وتسمية التحكيم هنا بالإلكتروني يرجع إلى استخدام الأطراف لوسائل إلكترونية، سواء عند إبرام اتفاق التحكيم أو أثناء سريان خصومة التحكيم⁽⁵⁴⁾.

إذن التحكيم الإلكتروني يعد من المفاهيم الحديثة في علم القانون الذي استحدث نتيجة التطور العلمي الهائل في مجالات تقنية المعلومات ووسائل الاتصال المتطورة، والتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي، إلا من خلال الطريقة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، ويسمى بالتحكيم الشبكي والتحكيم على الخط، أي التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية وبصرية دون الحاجة إلى حضور أطراف النزاع والمحكمين في مكان واحد⁽⁵⁵⁾، ويتميز التحكيم الإلكتروني باليسر والمرونة، حيث لا يلزم انتقال الأطراف أو الحضور المادي أمام المحكمين، بل يكون سماع المحكمين عبر المحادثات التلفزيونية أو الاتصالات الإلكترونية عبر الأقمار الصناعية- أضف إلى ذلك سرعة إصدار الأحكام نظراً لسهولة الإجراءات، حيث يتم تقديم المستندات والأوراق بالبريد الإلكتروني، ويمكن الاتصال مباشرة بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الوسائط الإلكترونية⁽⁵⁶⁾.

ونرى أن التحكيم الإلكتروني هو تحكيم اتفق أطرافه على إحالة النزاع للتحكيم عبر وسائل الاتصال الحديثة وتقنية المعلومات وإكمال الإجراءات عبره.

ثانياً: مزايا التحكيم الإلكتروني:

يتمتع التحكيم الإلكتروني بذات مزايا التحكيم التقليدي، والتي تتمثل في: بساطة الإجراءات، السرعة، السرية، ثقة الأطراف، خبرة المحكم. إلا أن مزايا التحكيم تظهر بشكل أوضح في التحكيم الإلكتروني.

السرية: كما تبدو سرية التحكيم الإلكتروني أكثر وضوحاً ذلك أن استخدام الوسائل الفنية في إدارة التحكيم الإلكتروني من شأنها أن تجعل الوصول إلى هذه الأحكام أمراً شبه مستحيل وتقتضي على حالات الإهمال المادي التي تؤدي إلى الكشف عن مضمون بعض الأحكام⁽⁵⁷⁾.

1. السرعة في حسم النزاع: يلجأ أطراف العلاقة القانونية للتحكيم الإلكتروني بإرادتهم الحرة بناء على اتفاق تحكيم إلكتروني بينهم لتفادي عرض منازعاتهم على قضاء الدولة الرسمي نظراً لما تتسم به إجراءات التقاضي لما يؤدي إلى بطء وتعقيد وإطالة أمد التقاضي، بينما التحكيم الإلكتروني يتسم بالسرعة نظراً لحرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى الإجراءات وتحديد ميعاد لإصدار الحكم خلاله وخبرة المحكم الفنية في موضوع النزاع ولديه الوقت الكافي لفض النزاع في أقل وقت ممكن، وفي أوقات مناسبة لطرفي النزاع ودون التقيد بمواعيد العمل الرسمية⁽⁵⁸⁾.

2. قلة التكلفة: مجموعة من الاتفاقيات والقوانين الدولية، أهمها القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية للعام 1999م، والقانون النموذجي الإلكتروني للعام 2001م، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005م، ولائحة محكمة التحكيم القضائية، ونظام تحكيم القاضي الافتراضي الذي يرمي إلى إيجاد وسيلة سريعة ومحايدة وأقل تكلفة لحل المنازعات بين مستخدمي شبكات المعلومات وذلك عن طريق اللجوء للتحكيم⁽⁵⁹⁾.

3. مرونة التحكيم الإلكتروني: حيث إنه يسمح للمتنازعين بتنظيمه على ما يرونه مناسباً، حيث يستطيع أطراف النزاع اختيار هذا النوع من التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم من بين الوسائل المتعددة المختلف عليها، وتنظيمه وفق الشكل الذي يرونه وهذه الميزة التي أدت بالتحكيم الإلكتروني لأن يكون واسع الانتشار، ولأن التحكيم نابع عن رغبة الأطراف وإرادتهم وحدهم، حيث يمكنهم أن يختاروا القانون الواجب التطبيق الذي يرونه مناسباً وكذلك الإجراءات وهيئة التحكيم، وهي من شأنها أن تجعل التحكيم الإلكتروني مقبولاً من الأطراف⁽⁶⁰⁾.

4. المهارات الخاصة بالتحكيم الإلكتروني: التحكيم الإلكتروني يحقق الخبرة المطلوبة في منازعات التجارة الإلكترونية، حيث تنشأ هذه المنازعات وهي مرتبطة في الغالب بأمور تقنية بالغة الدقة ويصعب على أهل القانون فهم تفاصيلها، ويبدو من الأنسب أن يحال أمر الفصل فيها إلى من يتمتعون بخبرة كافية في معاملاتهم وهو ما يمكن تحقيقه من خلال فكرة التحكيم الإلكتروني⁽⁶¹⁾.

ونرى أن التحكيم الإلكتروني يحقق نوعاً من العدالة، فهي عدالة مرنة تراعي مصالح الخصوم وتناسب ظروفهم للوصول إلى حلول وسط يقبلها الأطراف حتى في الحالات التي يكون فيها المحكمون ملتزمون بالقانون، وذلك دون التقيد بالاعتبارات القانونية البحتة التي يلتزم بها القضاة، فهم مكبلون بالقانون سواء بضرورة احترام النصوص أو مماشاة روحه عند تفسيرها؛ وإلا كانت أحكامها معيبة وواجبة النقص، ولو كانت تناسب الدعوى، وتتفق مع مصلحة الخصوم.

الخاتمة:

تشمل النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج :

1. النزاعات التجارية قديمة قدم ظهور التجارة عبر العصور، وقد حدث على مر العصور السابقة تطور كبير في الجوانب المختلفة للتجارة، والذي انتهى حالياً باستخدام التقنيات الحديثة في مجال الاتصالات لتبادل المعلومات، ولمواكبة هذا التطور فقد كان من الطبيعي وضع قواعد قانونية جديدة لتنظيم هذه النزاعات.
2. ترجع أسباب المنازعات الاستثمارية إلى تأثير التوازن الاقتصادي بفعل المتغيرات في الظروف التي عاصرت إبرام العقد نظراً لطبيعة العقد واستغراقه وقتاً طويلاً لتنفيذه، ويعرض هذا التوازن للانحياز، وبالتالي نجد أن مثل هذه العقود تلجأ إلى النص على شرط التحكيم باعتباره الوسيلة الأسرع إلى حسم النزاع.
3. التحكيم الإلكتروني ظهر بظهور التجارة الإلكترونية، حيث نجد أن التحكيم الإلكتروني تتم جميع مراحلها بالوسائل الإلكترونية عبر شبكة الويب منذ الاتفاق على التحكيم وحتى صدور القرار وتبليغه حتى يتميز عن التحكيم التقليدي.
4. يتمتع التحكيم الإلكتروني بمزايا عديدة تتمثل في بساطة الإجراءات، السرعة، السرية، ثقة الأطراف، خبرة المحكم. الأمر الذي يجعل هذه المزايا أفضل مما هي عليه في التحكيم التقليدي.

ثانياً: التوصيات:

1. ضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية وأهمية الدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية، قد تنشأ منازعات متعلقة بهذه الاستثمارات بين الدول المتعاقدة وبين مواطني الدول الأخرى المتعاقدة معها، بسبب تغير الظروف التي كانت تسود وقت إبرام العقد.
2. ضرورة سن التشريعات واللوائح من جانب المشرعين ووضع الأحكام والقواعد التي تساهم في تنظيم التحكيم الإلكتروني للمساهمة في عمليات جلب الاستثمارات الأجنبية.
3. السعي للاستفادة من تجارب الدول المتقدمة في مجال التكنولوجيا عبر نقل تجاربها في هذا الصدد.
4. ضرورة تأهيل الكوادر الفنية والخبرات القانونية على وسائل التكنولوجيا الحديثة لدعم عمليات التحكيم الإلكتروني.

المصادر والمراجع: القرآن الكريم. أولاً: الكتب التفسير:

(1) ابن كثير- أبو الفداء عماد الدين بن كثير، تفسير القرآن الكريم، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي البيضون، بيروت، ط1، 1419هـ.

ثانياً: كتب اللغة:

- (1) إبراهيم أنيس، المعجم الوسيط، مطبعة قطر الوطنية، الدوحة، 1985م.
- (2) ابن منظور- أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر للنشر، بيروت.
- (3) أبو النصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة، دار الكتب العلمية، بيروت.
- (4) د. عون الشريف قاسم، قاموس اللهجة العامية في السودان، 1972م.
- (5) د. محسن محمد، معجم معالي العربية، مؤسسة حورس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2013م.
- (6) محمد رضا، معجم متن اللغة، موسوعة لغوية حديثة، مجلد5، دار مكتبة الحياة، بيروت.

ثالثاً: الكتب القانونية:

- (1) إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص110.
- (2) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط2.
- (3) د. أحمد شرف الدين، التحكيم في منازعات عقود الامتياز النفطية أمام هيئات التحكيم القضائي، د.ن.
- (4) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- (5) د. ثروت حبيب، دروس في القانون التجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1977-1978م.
- (6) د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في نزاعات التجارة الدولية، دار النهضة الخالدي- إيناس العربية، القاهرة، مكتبة دائرة القضاء القانونية، د.ت.
- (7) د. جلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- (8) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار المشرق، القاهرة، ط1، 2002م.
- (9) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- (10) شاكراً إسماعيل العبس، التحكيم التجاري الدولي (في الفقه الإسلامي والقوانين

- (الوضعية) دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م.
- (11) د. طارق عبد العال حمدا، التجارة الإلكترونية- مفاهيم التجار- التحديات والأبعاد- التكنولوجيا والمالية والتسويقية والقانونية، الدار الجامعية، جامعة عين شمس، 2004-2005م.
- (12) د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، مشورات الحلبي الحقوقية، ط3، 1999م.
- (13) عبد الخالق ثروت، التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2002م.
- (14) د. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني ماهيته وإجراءاته وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م.
- (15) كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، (حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي)، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1991م.
- (16) مصعب محمد أحمد، الوسائل القانونية لتسوية منازعات الاستثمار، دار المطبوعات، الخرطوم، ط1، 2015م.
- (17) د. هانى محمد دويدار، مبادئ قانون المشرع الرأسمالي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- (18) د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م.

رابعاً: الرسائل الجامعية:

- (1) زآي عبد الرحمن، العلاقة بين محكمة العدل الدولية ومجلس الأمن في التسوية السلمية للنزاعات وحفظ السلم الدوليين، رسالة دكتوراه في فلسفة القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، 2005م.
- (2) سامي محمد صالح شلوف، قواعد الإثبات والإجراءات في التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات للتجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، القاهرة، 2017م.
- (3) ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة عدن.
- (4) خامساً: الدوريات:
- (5) أحمد عوض هندي، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد2، جامعة الإسكندرية، 2009م.
- (6) أسد الفاضل منديل، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مجلة القادسية، العدد الثاني، مجلد4، 2011م.

(7) إيناس خلف محمد الخالدي، اتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، مؤسسة الإسكندرية للتنمية الثقافية والسياسية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 2009م.

سادساً: مواقع الإنترنت:

(1) التحكيم الإلكتروني وصراع العالم والقانون، متاح على الرابط التالي: <http://www.joijo.com/vb/s>

المراجع:

- (2) د. محسن محمد، معجم معالي العربية، مؤسسة حورس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2013م، ص674.
- (3) أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المجلد 14، دار صادر للنشر، بيروت، ص234.
- (4) أبو النصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة، دار الكتب العلمية، ج3، بيروت، ص584.
- (5) إبراهيم أنيس، المعجم الوسيط، مطبعة قطر الوطنية، الدوحة، 1985م، ج2، ص950.
- (6) د. عون الشريف قاسم، قاموس اللهجة العامية في السودان، 1972م، ص772.
- (7) محمد رضا، معجم متن اللغة، موسوعة لغوية حديثة، مجلد5، دار مكتبة الحياة، بيروت، ص584.
- (8) سورة النساء، الآية: (65).
- (9) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ص234.
- (10) أبو الفداء عماد الدين بن كثير، تفسير القرآن الكريم، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي البيضون، بيروت، ط1، 1419هـ، ص643.
- (11) زآي عبد الرحمن، العلاقة بين محكمة العدل الدولية ومجلس الأمن في التسوية السلمية للنزاعات وحفظ السلم الدوليين، رسالة دكتوراه في فلسفة القانون، كلية القانون، جامعة الخرطوم، 2005م، ص93.
- (12) إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009م، ص110.
- (13) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ص12.
- (14) د. ثروت حبيب، دروس في القانون التجاري، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، 1977-1978م، ص87.
- (15) د. ثروت حبيب، دروس في القانون التجاري المرجع السابق، ص90.
- (16) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار المشرق، القاهرة، ط1، 2002م، ص89.
- (17) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص12.
- (18) ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة عدن، ص49.
- (19) د. طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية- مفاهيم التجار- التحديات والأبعاد- التكنولوجيا والمالية والتسويقية والقانونية، الدار الجامعية، جامعة عين شمس، 2004-2005م، ص7.
- (20) د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، 1999م، ص34.
- (21) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص98.

- (22) د. أحمد شرف الدين، التحكيم في منازعات عقود الامتياز النفطي أمام هيئات التحكيم القضائي، د.ن، ص25.
- (23) د. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني ماهيته وإجراءاته وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009م، ص185.
- (24) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم التجاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط2، ص106.
- (25) د. ثروت حبيب، دروس في القانون التجاري، مرجع سابق، ص468.
- (26) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري في منازعات المشروعات الدولية للشركة، دار الشروق، ط1، القاهرة، 2002م، ص42.
- (27) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري في منازعات المشروعات الدولية للشركة، المرجع السابق، ص97.
- (28) مصعب محمد محمد أحمد، الوسائل القانونية لتسوية منازعات الاستثمار، دار المطبوعات، الخرطوم، ط1، 2015م، ص67.
- (29) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري في منازعات المشروعات الدولية للشركة، مرجع سابق، ص54.
- (30) د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م، ص7.
- (31) د. هانى محمد دويدار، مبادئ قانون المشرع الرأسمالي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص273.
- (32) د. هانى محمد دويدار، مبادئ قانون المشرع الرأسمالي، المرجع السابق، ص312.
- (33) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص14.
- (34) د. هانى محمد دويدار، مبادئ قانون المشرع الرأسمالي، مرجع سابق، ص315.
- (35) د. ثروت حبيب، دروس في القانون التجاري، مرجع سابق، ص19.
- (36) د. طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية- مفاهيم التجار- التحديات والأبعاد- التكنولوجيا والمالية والتسويقية والقانونية، الدار الجامعية، جامعة عين شمس، 2004-2005م، ص7.
- (37) د. هشام صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ص7.
- (38) ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، رسالة ماجستير، جامعة عدن، 2008م، ص44.
- (39) ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية المرجع السابق، ص49.
- (40) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص15.
- (41) شاكراً إسماعيل العيس، التحكيم التجاري الدولي (في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية) دار النهضة العربية، القاهرة، 2000م، ص19.
- (42) كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، (حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي)، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1991م، ص32.

- (43) د. عبد الحميد الأهدب، موسوعة التحكيم في البلدان العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الكتاب الأول، ط3، بدون سنة نشر، ص34.
- (44) كمال إبراهيم التحكيم التجاري الدولي (حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي)، دار الفكر العربي، القاهرة، ص32.
- (45) يناس خلف محمد الخالدي، اتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، مؤسسة الإسكندرية للتنمية الثقافية والسياسية، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 2009م، ص46.
- (46) إيناس الخالدي، اتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، المرجع السابق، ص76.
- (47) سامي محمد صالح شلوف، قواعد الإثبات والإجراءات في التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات للتجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، القاهرة، 2017م، ص12.
- (48) إيناس خلف محمد الخالدي، اتفاق التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص93.
- (49) د. سامي شلوف، قواعد الإثبات والإجراءات في التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات للتجارة الإلكترونية المرجع السابق، ص16.
- (50) د. جلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص11.
- (51) د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص20.
- (52) التحكيم الإلكتروني وصراع العالم والقانون، متاح على الرابط التالي: <http://www.joijo.com/vb/s>
- (53) د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في نزاعات التجارة الدولية، دار النهضة الخالدي- إيناس العربية، القاهرة، مكتبة دائرة القضاء القانونية، بدون طبعة أو سنة نشر، ص57.
- (54) د. أحمد محمد متحري الخولي، التحكيم الإلكتروني المرجع السابق، ص108.
- (55) عبد الخالق ثروت، التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2002م، ص20.
- (56) أسد الفاضل منديل، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مجلة القادسية، العدد الثاني، مجلد4، 2011م، ص38.
- (57) أسد الفاضل منديل، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني المرجع السابق، ص39.
- (58) أحمد عوض هندي، التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد2، جامعة الإسكندرية، 2009م، ص48.
- (59) د. سامي شلوف، قواعد الإثبات والإجراءات في التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات للتجارة الإلكترونية مرجع سابق، ص43.
- (60) د. أحمد عوض هندي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص50.
- (61) د. سامي شلوف، قواعد الإثبات والإجراءات في التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات للتجارة الإلكترونية مرجع سابق، ص44.
- (62) أحمد عوض هندي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص59.

التحكيم كوسيلة من وسائل المنازعات وتميزه عن بعض الأنظمة القانونية

السلطة القضائية- دولة جنوب السودان

د. كيك دينق بوث

مستخلص

تعد الطرق الودية في حسم النزاع بين الأطراف هي الطريقة السائدة في الأوساط التجارية ورجال الأعمال وهناك عدة طرق للفصل في النزاعات بعيداً عن قضاء الدولة مثل الوكالة، الوساطة، والتوفيق، والخبرة، والصلح وهي طرق ودية للفصل في النزاع حيث إن الصلح يشبه التحكيم ما لا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم. ويتشابهان في شرط الكتابة ويختلفان في أن التحكيم لا يوجد تنازلات متقابلة. الوساطة نوع من التوفيق أو شكل من الأشكال التي يتم بها التوفيق بين الخصوم ويهدفان إلى حل النزاع بواسطة طرف ثالث.

ويختلف التوفيق عن الوساطة وذلك أن الوسيط يقتصر دوره على تقديم المساعدة وتقريب وجهات النظر وصولاً إلى الحق ولا يعقد جلسات رسمية كالتحكيم والتوفيق بل يعقد اجتماعات ولقاءات فردية.

يختلف الخبير عن المحكم حيث إن الخبير يبدي رأياً، أما المحكم يصدر حكماً ملزماً للأطراف بينما الخبير يبدي رأياً في المسائل الفنية. الوكيل يعمل لصالح موكله ويمكن أن يعزله أما المحكم فلا يعمل لصالح الطرف الذي رشحه ولا يمكن عزله إلا باتفاق الطرفين.

Abstract

The amicable ways of resolving the disputes between the parties are the prevailing ways in the commercial and workers' circles. There are several ways of settling disputes away from the state's jurisdiction, such as mediation, conciliation, experience and reconciliation, which are individual ways of resolving the dispute. The reconciliation is similar to arbitration in the condition of writing and differ in that the arbitration there are no concessions to the mediation or a form of reconciliation between the opponents and are aimed at resolving the dispute by a third party. The conciliation differs from the mediation, and the mediator is limited to providing assistance and bringing the views to the right and does not hold formal meetings such as arbitration and conciliation, but rather meetings and individual meetings. The expert shall differ from the arbitrator, since the expert shall express the opinion of the

arbitrator. He shall issue a binding judgment to the parties, while the expert shall express an opinion in the technical statements. The agent acts for the benefit of his client and may be dismissed by the arbitrator can be dismissed by two parties.

المقدمة:

صار التحكيم يلعب دوراً كبيراً في فض النزاعات التجارية سواء كانت داخلية أو دولية حيث يهدف أطراف النزاع في فصل النزاعات بصورة ودية بعيداً عن محاكم الدولة عن طريق التحكيم نسبة لما يتميز به قضاء التحكيم عن بقية الأنظمة المشابهة مثل التوفيق والوساطة والصلح، حيث يتميز قرار التحكيم بالإلزام ويحوز على حجية الأمر المقضي به وقوة التنفيذ الجبري وذلك في حالة عدم تنفيذ الحكم بصورة ودية ويعتبر قضاء التحكيم هو قضاء خاص وهو قضاء النشاط التجاري حيث لا يكاد يخلو عقد تجاري وإلا تضمن شرط التحكيم.

مشكلة البحث:

على ضوء ما تقدم فإن مشكلة البحث تحاول الاجابة عن الأسئلة التالية:

1. ما هي أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والصلح؟
2. ما هي أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والتوفيق؟
3. ما هي أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والخبرة؟
4. ما هي أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والوكالة؟

أهمية البحث:

ترجع أهمية البحث إلى كثرة لجوء أطراف النزاع إلى التحكيم لفض نزاعاتهم وعدم معرفة أطراف النزاع بهذه الآلية، وكثيراً ما يظهر الخلط بين التحكيم والأنظمة المشابهة، وقلة البحوث والمراجع في المكتبة السودانية في هذا المجال. تنوير المستثمرين ورجال الأعمال عن كيفية حل النزاعات التي قد تنشأ بصورة ودية مع استمرار العلاقة التجارية بعد صدور الحكم.. ضمان التنفيذ بالقوة الجبرية.

منهجية البحث:

لتحقيق أهداف البحث، اتبع الباحث في هذا البحث المنهج الاستقرائي والوصفي عن التحكيم والأنظمة المشابهة كمسألة قانونية وجمع الحقائق والمعلومات عنها ووصف الظروف الخاصة ومعرفة الأسباب والاعتماد على عرض آراء الفقهاء وأحكام القضاء.

فرضيات البحث:

- للإجابة على أسئلة البحث تمت صياغة الفرضيات التالية:
1. هنالك اختلاف بين التحكيم والأنظمة المشابهة.
 2. التحكيم هو أفضل الطرق لحل النزاع بصورة ودية.

تعريف التحكيم:

التحكيم في اللغة يأتي من المصدر «حكم من باب التفضيل بتشديد الكاف مع الفتح وحكمه في الأمر أي فوض إليه الحكم أو حكموه بينهم أي أمره أن يحكم، ويقال حكمتنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، وحكمته في الأمر فاحتكم أي جاز فيه حكمه»⁽¹⁾ عرفه الأحناف «هو فرع من فروع القضاء أحط رتبة منه وهو تولية الخصمين أي الفريقين المتخاصمين غيرهما ليفصل في نزاعهما»⁽²⁾. وعرفه من الفقهاء الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة⁽³⁾.

تميز التحكيم عن بعض الأنظمة المشابهة

نسبة لوجود الاختلاف الواضح بين التحكيم والقضاء فلسنا بحاجة للمقارنة بينهما لذلك سوف نتطرق بالبحث عن أوجه الشبه وصولاً إلى التمييز بين التحكيم والأنظمة الأخرى.

التحكيم والصلح

المادة 286 من قانون المعاملات المدنية السودانية لسنة 1984م عرفت الصلح »

عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي» عرفه التقنين المدني المصري في المادة 549 هو «عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقعان نزاعاً محتملاً وذلك بأن يترك كل منهما على وجه التقابل جزءاً من ادعاءاته». بينما عرفه القانون المدني الفرنسي في المادة 2044 على أنه «عقد يحسم به المتعاقدان نزاعاً قائماً أو يتوقعان نزاعاً محتملاً».

عرف القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002م في المادة 668 «عقد الصلح بأنه «عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقعان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما عن جزء من ادعاءه»⁽⁴⁾.

من التعريفات السابقة يمكن أن نستخلص أن الصلح يقوم على عنصرين:

1. جود نزاع قائم أو محتمل.
2. نزول أي من الطرفين عن جزء من ادعاءه على وجه التقابل لإرضاء الطرف الآخر. وجه الشبه بين التحكيم والصلح هو أن كلاهما يجد أصله في اتفاق يعبر عن رغبة أطرافه في حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة وأن كلاهما يؤدي دوره بمناسبة وجود منازعة وقعت أو ستولد في المستقبل»⁽⁵⁾.

كما يشبه الصلح التحكيم «مالا يجوز فيه الصلح لا يجوز فيه التحكيم»⁽⁶⁾، إلا أن بعض القوانين تجيز التصالح في عدد من الجرائم (الجمركية والضريبية دون أن تكون محلاً للتحكيم ويشبه الصلح شرط التحكيم إذا كان وقائياً أي سابقاً للنزاع كما يقترب من مشاركة التحكيم إذا كان لاحقاً على نشوء النزاع»⁽⁷⁾ وشرط الكتابة في عقد التحكيم والصلح ويتشابهان في أن كلاهما يؤدي إلى حسم النزاع بعيداً عن قضاء الدولة. ويختلف الصلح عن التحكيم حيث إن الصلح يتم فيه حسم النزاع بين الخصوم

أنفسهم أو من يمثلهم أما التحكيم يتم فيه حسم النزاع بواسطة محكمين يختارونهم ولا يمثلون الأطراف وفي الصلح تتم تنازلات في الادعاءات المتقابلة ويعلم بالادعاء الذي تنازل عنه بينما في التحكيم لا يعلم أي من الأطراف الحكم الذي سيصدر هل لمصلحته أم ضده ولا يعلم به إلا بعد النطق بالحكم ولا توجد تنازلات متقابلة لذلك يعتبر التحكيم أخطر من الصلح، عقد الصلح قابل للتنفيذ في ذاته مالم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة التي يكون النزاع قد طرح عليها قبل التوصل إلى الصلح بينما في التحكيم يكون الحكم قابلاً للتنفيذ الجبري بعد الحصول على الأمر بتنفيذه طبقاً للقواعد العامة⁽⁸⁾. ينتهي الصلح بمجرد إبرام عقد الصلح أما التحكيم فلا ينتهي بمجرد إبرام عقد اتفاق التحكيم بل لا بد من صدور حكم فيه⁽⁹⁾.

النزاع في التحكيم لا ينتهي بمجرد الاتفاق على التحكيم بل ينتهي بصدور حكم، والحكم الصادر يحوز على الحجية ويكون قابلاً للتنفيذ الجبري على خلاف النزاع في الصلح الذي ينتهي بإبرامه ولا يكون قابلاً للتنفيذ بذاته مالم يكن في صورة عقد رسمي أو يتم في محكمة يكون قد طرح عليها النزاع قبل التوصل إلى الصلح⁽¹⁰⁾ ومن ناحية أخرى حكم المحكم قد يقبل الطعن بالطرق المختلفة بحسب القواعد العامة، بينما عقد الصلح يلزم أطرافه وغير قابل للطعن بطرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام وإن كان قابلاً للبطلان أو الفسخ بحسب قواعد القانون المدني⁽¹¹⁾.

عقد الصلح في السودان لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا بعد صدور حكم من المحكمة المختصة حيث يقدم عقد الصلح كبينة وبثبوته تصدره المحكمة في شكل حكم أما إذا تم الصلح أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة فإن الأطراف يطلبون تثبيت ذلك الصلح في شكل حكم قضائي ويصدر الحكم صلحاً.

قد يختلف فهم الدور الذي يكلف به طرف ثالث ما بين الصلح والتحكيم فإذا كانت مهمة هذا الطرف هو حسم النزاع، ففي هذه الحالة يكون محكماً أما إذا كان دوره يقتصر في التوسط بين الطرفين للوصول لحل يرضي الطرفين فهنا يكون مصلحاً⁽¹²⁾. خلاصة القول يمكن أن نقول إن التحكيم والصلح يقومان على فكرة الاتفاق إلا أنهما يختلفان حيث إن الصلح يكون أسيراً لفكرة العقد في جميع مراحلها بينما يتمتع التحكيم بمزايا القضاء.

التحكيم والتوفيق: (Conciliation and Arbitration)

عرف الفقهاء التوفيق «تقريب وجهات النظر للوصول إلى اتفاق بين المتنازعين بصورة ودية»⁽¹³⁾.

التوفيق: (Conciliation)

«هو اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع عليهم اختيار الأطراف»⁽¹⁴⁾.

الوساطة (Mediation):

«هي نوع من التوفيق أو شكل من الأشكال التي يتم بها التوفيق بين الخصوم. به يتدخل شخص يسمى الوسيط ليقرب وجهات النظر بعد سماعها ويقترح بعض الحلول ويعرضها عليهم فإن وافقوا عليه جميعاً حرروا بها محضراً رسمياً ووقعوا عليه، وإن رفضوا ينتهي الأمر وتتجرّد هذه المقترحات من كل قيمة»⁽¹⁵⁾.

من خلال التعريفات السابقة للتوفيق والوساطة نخلص إلى أنهما يتشابهان مع التحكيم أنهما يهدفان إلى فض النزاع بواسطة طرف ثالث.

أوجه الخلاف بين التحكيم والتوفيق والوساطة:

أولاً: الفارق بينها في الآلية المتبعة لفض النزاع، فالتوفيق والوساطة يتمان عن طريق اختيار أو تعيين شخص أو أكثر لمحاولة حصر نقاط الخلاف بين الطرفين ومداومة الاتصال مع الأطراف حتى يلتقى الطرفان عند حل توفيقى وسط ولا يعقد الوسيط أو الموفق جلسات مرافعة كما هو الحال عليه في التحكيم وإنما يعقد اجتماعات خاصة مشتركة بين جميع الأطراف حيث يعرضون فيها حججهم ومستنداتهم كما أن الموفق أو الوسيط يعقد اجتماعات منفصلة مع بعض الأطراف دون البعض الآخر هدفها الاستماع والاطلاع وفحص المستندات والتشاور⁽¹⁶⁾. أما في التحكيم تتم الجلسات في حضور الأطراف وذلك بعد إعلانهم إعلاناً صحيحاً، ولا تعقد جلسات منفصلة، وكل طرف يطلع على مستندات الطرف الآخر حيث يطبق مبدأ المواجهة وإعطاء الفرص المتكافئة للأطراف ومناقشة ودحض الحجج المقدمة (Equal Footing).

ثانياً: الفارق الجوهرى بين التوفيق والوساطة من جهة والتحكيم من جهة أخرى أن الموفق والوسيط لا يعد قرارهما ملزماً للخصوم لأنها مجرد اقتراحات أو مشاريع حلول لتقريب وجهات النظر فإذا نجحت وانتهت باتفاق منه للنزاع وموقع عليه من الطرفين يحتفظ بالتالي بطبيعته التعاقدية⁽¹⁷⁾.

بل أن هذه الاقتراحات أو مشاريع الحلول قد يكون قد توصل إليها الموفق أو الوسيط (-mediator) بمساعدة الأطراف أنفسهم إلا أنها لا تعتبر ملزمة لهم إلا إذا قبلوها. أما قرار التحكيم فهو ملزم للأطراف ويحوز على حجية الأمر المقضي فيه (Res Judicata) ثالثاً: التوفيق والوساطة يتضمن بعض التنازلات من الطرفين للوصول إلى حل أما قرار التحكيم لا يبحث عن حل وسط قد يجيب كل طلبات الطرف الأول ويرفض طلبات الطرف الآخر.

رابعاً: ينقضى التوفيق والوساطة بإخطار الموفق (Conciliator) أو الوسيط (Mediator) من الأطراف أو أحدهما بعدم العزم في الاستمرار في محاولة التوفيق أما في التحكيم لا ينتهي إلا بموجب صدور حكم أو بموافقة الطرفين على الإنهاء.

نسبة لهذه الاختلافات بين التحكيم (Arbitration) والتوفيق (Conciliator) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL)⁽¹⁸⁾ وضعت لائحة للتحكيم في عام 1976م

ثم وضعت لائحة خاصة بالتوفيق والمصالحة في عام 1980م⁽¹⁹⁾. وكما يختلف التوفيق أيضاً عن الوساطة وذلك أن الوسيط يقتصر دوره في تقديم المساعدة وتقريب وجهات النظر وصولاً للحل ولا يقوم بعقد جلسات رسمية كالتحكيم والتوفيق بل يعقد لقاءات واجتماعات فردية وثنائية كما لا يقوم بإصدار قرار في الموضوع»⁽²⁰⁾.
“A judge or an arbitrator therefore the mediator is not decision maker the role of mediator is rather to assist the parties in reaching their own decision on a settlement of the dispute”⁽²¹⁾.

من خلال هذه التعريفات يظهر التمييز الواضح بين التحكيم من جهة والوساطة والتوفيق من جهة.

التحكيم والخبرة

«الخبير هو الشخص العالم ببواطن الأمور في مسائل فنية معينة (طب - هندسة - محاسبة... يتم ندبه بواسطة المحكمة أو يطلب من الأطراف لإبداء رأي فني حول مسألة ما تعين المحكمة للوصول للقرار السليم وهذا الرأي لا يعد ملزماً للقاضي أو المحكم لأن هذا الرأي يعد عنصراً من عناصر الإثبات فحسب. والخبرة تختلف عن التحكيم في أن التحكيم يتناول المسائل الواقعية والقانونية ويقوم بالفصل في النزاع بينما الخبير يقتصر دوره في المسائل الغامضة فحسب»⁽²²⁾، كما يمكن أن يكون في المسائل غير الغامضة إلا أنها تعهد إلى شخص مختص مثل المحاسب في تصفية الشركة وأعمال الترجمة حتى ولو كان المحكم بمقدوره أن يقوم بذلك وذلك لضمان حياد المحكم وحيث إن المحكم مثل القاضي باعتباره الخبير الأعلى يمكنه أن يرفض رأي الخبير إلا أنه يجب أن يسبب هذا الرفض كما يجوز الطعن في تقرير الخبير.

«الخبرة: هي قصد بها ذلك الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص ما مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون الزام القاضي بهذا الرأي»⁽²³⁾ كما يمكن أن يكون في المسائل غير الغامضة إلا أنها تعهد إلى شخص مختص حتى ولو كان بمقدور المحكم أن يفصل فيها مثل أعمال الترجمة والمحاسبة حتى ينأى المحكم عن نفسه أي شبهة، المحكم مثل القاضي هو الخبير الأعلى. في حالة الأخذ برأي الخبير يجب أن يسبب هذا الرأي كما يجوز الطعن في تقرير الخبير.

وجه الشبه بين الخبرة والتحكيم هو تدخل شخص من الغير في النزاع، والخبرة قد يلجأ إليها القضاء أو التحكيم. يشترط في الخبرة والتحكيم الموضوعية والاستقلالية والحياد.

أوجه الخلاف بين الخبرة والتحكيم

1. المحكم يقوم بدور القضاء ويحسم النزاع بين الخصوم وحكمه ملزماً عليهم بينما الخبير يبدي رأياً فيما يطرح عليه من مسائل وهذا الرأي غير ملزم بالنسبة للقاضي أو المحكم أو الخصوم.
2. المحكم يفصل في المسائل الفنية والقانونية بينما الخبير يتعرض فقط للمسائل الفنية.

يجوز الطعن بالبطلان في حكم محكمة التحكيم بينما لا يجوز الطعن بالطرق المقررة قانوناً في تقرير الخبير⁽²⁴⁾.

قد ذهب بعض الفقه إلى التمييز بين الخبرة الاتفاقية والخبرة القضائية فالخبرة القضائية قلما تختلط بالتحكيم عكس الخبرة الاتفاقية التي قد يحدث أحياناً نوع من الخلط بينها والتحكيم⁽²⁵⁾.

الخصوم قد يعهدون مهمة تحكيمية إلى طرف ثالث ذي خبرة فنية في مجال النزاع ويطلقون عليه خبير للفصل في النزاع ففي هذه الحالة هو محكم وإن أطلق عليه خبير والعكس قد يطلقون عليه محكم ويطلبون منه إبداء رأي ففي هذه الحالة هو خبير .

التحكيم والوكالة:

الوكالة هي «عقد يعطي بمقتضاه الموكل لشخص آخر هو الوكيل سلطة تمثيلية في إجراء بعض الأعمال القانونية لحساب الموكل وباسمه بحيث تنصرف آثار هذه الأعمال إلى الموكل كما لو كان أجراها بنفسه»⁽²⁶⁾.

وقد عرفها التقنين المصري في المادة 699 بأنها «عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل».

أوجه اختلاف التحكيم عن الوكالة:

هو أن الوكيل يعمل لصالح موكله ولحسابه ويستمد سلطانه من إرادته وأي عمل قام به يعتبر كأنما قام به الموكل بنفسه والوكيل يعمل في حدود الوكالة ويجوز للموكل أن يعزل الوكيل في أي وقت ليباشر العمل بنفسه أو بواسطة وكيل آخر. كما يحق له أن يتبرأ من عمل وكيله إذا كان خارج حدود الوكالة والوكيل لا يمثل مصالح متعارضة. على عكس المحكم الذي يصبح كالقاضي بعد الاتفاق على التحكيم ولا يتدخل الأطراف في عمله ويستقل برأيه حيث إنه يحكم ضميره ويطبق القانون الذي ارتضاه الأطراف ويصدر الحكم حتى ولو كان ضد مصلحة الطرف الذي رشحه ويكون القرار ملزماً. كما لا يجوز عزله إلا باتفاق الأطراف. إن الطرف لا يدفع أجره محكمه على انفراد إنما يدفع الطرفان معا أجره المحكمين⁽²⁷⁾. على الرغم من وضوح الفارق بين الوكالة والتحكيم إلا أن المسألة قد تصعب في بعض الحالات في حالة اختيار كل محتكم محكمه وهما بدورهما يختاران محكماً ثالثاً فهل محكم الخصم يدافع عنه؟ يرى البعض أن دور المحكم هو الدفاع عن الطرف الذي رشحه (وكيل بالخصومة ومع ذلك تظل من الناحية القانونية صفة المحكم ليست صفة الوكيل بالخصومة. أما من حيث الواقع فتكون صفة المحكم مقصورة على رئيس الهيئة⁽²⁸⁾.

ويرى البعض أن هذه المسألة ليس لها اثر على عملية التحكيم لأن رئاسة هيئة التحكيم تكون للعضو الثالث المختار ويظل رأيه هو المرجح في حالة اختلاف الآراء. يأتي هذا الاختلاف في الرأيين السابقين للفهم الخاطئ لدور المحكم حيث إن المحكم مثل القاضي، محايد ومستقل برأيه وقراره ملزم ونسبة لوجود هذا الفهم احتاطت معظم التشريعات ونصت أن يتم تشكيل هيئة التحكيم من عدد فردي (odd number)

ورغم وضوح نظام التحكيم إلا أنه قد يدق عند التعمق فيه لذلك عمل المشرع على وضع ضوابط لضمان إجراءات التقاضي في التحكيم حيث إن المشرع لم يجز نظام التحكيم

ويترك الأطراف وشأنهم حيث إن الدولة هي راعية تحقيق العدالة في ترابها سواء كان عن طريق القضاء أو التحكيم وقد تنازلت الدولة عن جزء من سيادتها متمثلة في القضاء مفسحاً المجال لنظام التحكيم لتشاركها في تحقيق العدالة إلا أنها بطريقة أخرى حافظت على سيادة الدولة. عندما يكون التحكيم خارجياً مع دولة أخرى فإنها لاتخضع لنظام قضاء تلك الدولة وإنما يخضعون الأمر للتحكيم كما أن الانظمة الدولية والإقليمية تلجأ إلى نظام التحكيم لتحقيق مصالحها المشتركة وتعتبر المصالح التجارية هي من أهم المصالح ولا تخلو من خلافات الأمر الذي يتطلب وجود آلية يرتضيها الأطراف للفصل في النزاع ويعتبر التحكيم أفضل آلية. نظام التحكيم رغم الميزات التي يتمتع بها، اختصار الوقت -السرية... إلخ إلا أنه يمكن أن تكون وبالأعلى الخصوم في حالة الإبطال واللجوء إلى نظام القضاء العادي مرة أخرى ملتجئين لتحقيق العدالة ويتمنى الخصوم عندئذٍ لو لجأوا إلى القضاء ابتداءً. نظام التحكيم يقوم أساساً على البيئة المستندية منذ الاتفاق وإجراءات التحكيم وحتى صدور الحكم والتنفيذ لذلك يجب أن تكون العبارات المستخدمة دقيقة ومعبرة عن رغبة الخصوم في التحكيم دون الخلط مع الأنظمة المشابهة من خبرة، وكالة، وساطة، توفيق أو صلح. يتميز نظام التحكيم عن بقية الأنظمة المشابهة بأن قرارها قرار ملزم ويحوز على حجية الأمر المقضي فيه (Res Judicata) في التحكيم يمكن أن يتفق الخصوم على أن يكون الإثبات عن طريق المستندات فقط⁽²⁹⁾.

النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

- من خلال الدراسة التحليلية عن واقع تطبيقات قضاء المحاكم توصل الباحث إلى النتائج التالية:
1. إن قرار التحكيم ملزم للأطراف وقابل للتنفيذ الجبري.
 2. المحكم لا يمثل الطرف الذي اختاره رغم أنه رشحه.
 3. المحكم مثل القاضي يصدر الحكم الذي يمليه عليه ضميره.
 4. تنقضي مهمة المحكم بصدور الحكم.
 5. المحكم الذي أبدى رأياً في عملية التوفيق، لا يكون له أن يصبح محكماً في ذات النزاع.
 6. التوفيق في الغالب مرحلة تسبق التحكيم.
 7. الوسيط يحافظ على حياده ولا يبدي رأياً على خلاف الموفق الذي يبدي رأياً محدداً في النزاع.
 8. رأي الخبير غير ملزم للمحكم أو القاضي بينما حكم المحكم ملزم للأطراف.
 9. الوكيل يعمل لصالح موكله.

ثانياً: التوصيات:

- من خلال النتائج التي توصل إليها الباحث يوصي بالآتي:
1. نشر ثقافة التحكيم في الأوساط التي تعمل بالنشاط التجاري الداخلي والخارجي.
 2. عدم تأثير أطراف النزاع في التحكيم على هيئة التحكيم.
 3. اختيار هيئة التحكيم المناسبة للدعوى المناسبة.
 4. توجيه الأطراف المتنازعة باللجوء إلى التوفيق كمرحلة سابقة للتحكيم.
 5. يجب الاستعانة برأي الخبير في المسائل الفنية لإبعاد أي شبهة عن المحكم.

المصادر والمراجع:

- (1) أكرم البستاني وعادل امبوييا- المنجد في اللغة والأعلام - دار المشرق العربي - بيروت - الطبعة الثامنة والعشرون - 1986م - ص 146.
- (2) ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار - المطبعة الأميرية - 1326هـ مصر - الجزء الخامس - ص 112.
- (3) أحمد أبو الوفاء التحكيم الاختياري والاجباري - منشأة المعارف - الاسكندرية - الطبعة الرابعة - 1983م - ص 15.
- (4) الجريدة الرسمية - الصادرة - عن وزارة الشؤون القانونية - الجمهورية اليمنية - صنعاء - العدد 7 الجزء الأول الصادرة بتاريخ 2002/4/15م
- (5) عزمي عبد الفتاح عطيه - قانون التحكيم الكويتي - منشورات جامعة الكويت - الطبعة الأولى 1990م.
- (6) المادة (5) من قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992.
- (7) عزمي عبد الفتاح - مرجع سابق - ص 16 ومحمود مختار بربري - مرجع التحكيم الدولي التجاري - دار النهضة العربية - 1998 - ص 17.
- (8) أحمد أبو الوفاء - التحكيم الاختياري والاجباري - الطبعة الخامسة - منشأة دار المعارف بالإسكندرية - 1988م - ص 21.
- (9) محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - اتفاق التحكيم - 1990م - دار الفكر العربي - ص 25.
- (10) عزيزة الشريف - التحكيم الإداري في القانون المصري - دار النهضة العربية - 1992م - 1993م ص 9.
- (11) التحكيم الاختياري والاجباري - مرجع سابق - ص 21.
- (12) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد - التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم - دار الجامعة الجديد 2008م - ص 27.
- (13) إبراهيم محمد أحمد دريج - التحكيم الدولي والداخلي - النظرية والتطبيق - مطابع العملة السودانية - 2013م - ص 46.
- (14) مختار أحمد بريري - التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية - القاهرة - 1995م. ص 17
- (15) رمضان بركات - خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن - رسالة دكتوراه منشورة - دار النهضة العربية - القاهرة الطبعة الأولى - 1996م. ص 56
- (16) محمد جعفر قاسم - القضاء والتحكيم في اليمن - بحث مقدم لمؤتمر الاستثمار والتحكيم في اليمن - صنعاء 1998م - ص 9.

- (17) محي الدين إسماعيل علم الدين - التحكيم الدولي ومدى تناسبه لحل منازعات المصارف - بحث منشور بمجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم - العدد رقم 15 - نوفمبر 1999م - ص 40.
- (18) United Nation Commission for International Trade Law
- (19) انظر في نصوص هذه اللائحة مجلة التحكيم - 1985م - ص 464.
- (20) عادل محمد خير - مقدمة في قانون التحكيم المصري 27-م - 1994 م - الطبعة الأولى - 1995م - توزيع دار النهضة العربية - ص 45.
- (21) Guide to WIPO Mediation - WIPO Arbitration and Mediation Center - WIPO Publication No.449 E-Wipo 1996-printed 1997 p9
- (22) مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال- التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - 1998- ص 29 .
- (23) سعيد محمد هيثم - دروس في التحكيم - مجموعة محاضرات القيت على طلاب الدراسات العليا- كلية الحقوق -جامعة عدن- مطبوع بالكمبيوتر - غير منشور - ص 8.
- (24) عزيزة الشريف - التحكيم الاداري في القانون المصري- دار النهضة العربية 1992- 1993م - ص 7.

ضوابط عقد البيع الإلكتروني

قسم القانون - كلية إدارة الأعمال - جامعة الأمير

سطوم - المملكة العربية السعودية

قسم القانون - كلية الشريعة والقانون - جامعة دنقلا

د. عائشة محمد إسماعيل الأمين

مستخلص:

تنبع أهمية الدراسة في أن عقد البيع الإلكتروني يثير الكثير من القلق بالنسبة لبعض الجوانب التعاقدية وذلك فيما يتعلق بالتأكد من هوية المتعاقد، وقلة الدراسات التي تبين ضوابط عقد البيع المبرم بشكل إلكتروني، ومدى كفاية وفاعلية الضوابط التي وضعها المشرع من أجل حماية المتعاقد إلكترونياً. وازدياد المعاملات الإلكترونية بشكل مستمر بين الناس، كما أن البيع الإلكتروني يتميز بخصائص لا تتوفر في عقد البيع المبرم بالوسائل التقليدية. كما تهدف الدراسة إلى معرفة ما يتعلق بعقد البيع الإلكتروني وأهم ما يميزه عن البيع التقليدي، ومعرفة طبيعة عقد البيع الإلكتروني، ومعرفة ضوابط عقد البيع الإلكتروني بشكل صحيح، وحاجة تلك الوسيلة إلى الكشف عن مشروعيتها. وتكمن مشكلة الدراسة في التطور المتزايد في التجارة الإلكترونية بما فيها إبرام عقد البيع عبر شبكة الإنترنت، وعدم وضوح القواعد العامة التي تضبط عقد البيع الإلكتروني بصفة خاصة، ولم تعالج قوانين المعاملات الإلكترونية في مختلف الدول هذه الضوابط بصورة مباشرة بل لا بد من الرجوع إلى ضوابط عقد البيع التقليدي، ومن الإشكاليات كذلك كيفية انعقاد عقد البيع بالتراضي في مجلس افتراضي وكيفية التحقق من هوية المتعاقدين وكمال أهليتهما من خلال شبكة الإنترنت. استخدمت الدراسة المنهج التحليلي الاستقرائي، وذلك من خلال عرض المسائل والمستجدات المتعلقة بعقد البيع الإلكتروني من مصادرها ثم تحليلها بغية الوصول إلى نتائج، والمنهج الوثائقي وذلك من خلال توثيق المعلومات والمسائل التي تمت دراستها بالبحث، والمنهج المقارن وذلك بمقارنة المسائل والمستجدات وموافقها لتلك المعاملات الإلكترونية ومدى موافقتها مع الطرق التقليدية.

Abstract

The importance of the study stems from the fact that the electronic sales contract raises a lot of concern with regard to some contractual aspects with regard to verifying the identity of the contractor, the lack of studies that show the controls of the electronic sale contract, and the adequacy and effectiveness of the controls set by the legislator in order to protect the contractor electronically. And electronic transactions are constantly increasing among

people, and electronic selling is characterized by characteristics that are not available in the sale contract concluded by traditional means. The study also aims to know what is related to the electronic sales contract and what distinguishes it from traditional sales, to know the nature of the electronic sales contract, to know the controls of the electronic sales contract correctly, and the need for that method to reveal its legality. The problem of the study lies in the increasing development in electronic commerce, including the conclusion of the sale contract via the Internet, and the lack of clarity of the general rules that control the electronic sales contract in particular, and the laws of electronic transactions in various countries did not address these controls directly, but rather it is necessary to refer to the controls of the contract. Traditional selling, and also problematic is how to conclude a contract of sale by mutual consent in a virtual council and how to verify the identity of the contractors and their full eligibility through the Internet. The study used the inductive analytical approach, by presenting the issues and developments related to the electronic sale contract from its sources and then analyzing them in order to reach results, and the documentary approach by documenting the information and issues that were studied by the research, and the comparative approach by comparing issues and developments and their approval of those electronic transactions and their compatibility With traditional methods

مقدمة:

عقد البيع الإلكتروني من العقود التي ظهرت نتيجة استخدام المعلوماتية التي دخلت في جميع مناحي الحياة، بالرغم من ذلك فإن مثل هذه العقود بحاجة إلى مزيد من الدراسة نظراً لتعلقها بمعاملات البيع الإلكتروني، الذي كثر التعامل فيه في وقتنا الحاضر. والبيع عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية يثير الكثير من التحديات القانونية؛ لأنه حديث التداول مما يستوجب الوقوف عليه ومعرفة قواعده وضوابطه العامة سواء أثر استخدام الوسائل الإلكترونية أو في تنفيذها، فالعلاقات التجارية قائمة على أساس الإيجاب والقبول بخصوص أي تعاقد، وعلى أساس التزامات البائع والمشتري.

ماهية عقد البيع الإلكتروني:

يعد عقد البيع المبرم عبر شبكة الإنترنت أحد أهم العقود الإلكترونية، ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الإلكترونية حيث يعتبر الأداة الأساسية لهذه التجارة، فهو لا يختلف في أساسيته عن عقد البيع التقليدي من حيث ضرورة توافر أركان انعقاده وشروط صحته والأثر المترتب عليه من حيث المسؤولية، وإنما يختلف عنه في الوسيلة التي يتم بها إبرامه، إذ يكتسب الطابع الإلكتروني بالطريقة التي ينعقد بها⁽¹⁾. وسوف نتحدث في هذا المبحث عن مفهوم البيع الإلكتروني ثم عن خصائصه التي تميزه.

أولاً: مفهوم البيع الإلكتروني: (تعديل مفهوم عقد البيع الإلكتروني)

عقد البيع عبر شبكة الإنترنت يختلف عن عقد البيع التقليدي في الوسيلة التي ينعقد بها بحيث يتم عبر شبكة دولية للاتصالات، فإنه يمكن تعريفه بأنه: (عقد البيع عبر الإنترنت هو عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينعقد بمبادرة من المورد دون حضور مادي متعاصر للمورد والمستهلك وباستخدام تقنية للاتصال عن بعد من أجل عرض المنتج من المورد (البائع) أمر الشراء من المستهلك)⁽²⁾.

(تعديل تعريف العقد الإلكتروني)

(تعديل التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني) وقد عُرف عقد البيع عن طريق شبكة الإنترنت بأنه: (عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري عن بعد ملكية شيء أو حقاً مالياً مقابل ثمن نقدي عن طريق الإنترنت وهو عقد حر لا حدود له من حيث الزمان والمكان قد يرد على معلومات أو خدمات كأشياء غير مادية على أن تكون ذات قيمة اقتصادية وقد يرد على أشياء مادية كسلع استهلاكية)⁽³⁾

وعُرف أيضاً بأنه: (عقد يتم خلال شبكة الإنترنت في عالم افتراضي يتم من خلاله تبادل السلع والخدمات)⁽⁴⁾

وعرف بأنه: (هو اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل)⁽⁵⁾.

(التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني) أما التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك المبرم في 10/5/1997 في العقود المبرمة عن بعد، عرّف عقد البيع المبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية؛ حيث تضمنت المادة (2) من التوجيه التعريف بالآتي: (أنه يعد بيعاً عن بعد كل عملية بيع بين المحترف والمستهلك في إطار بيع السلع والخدمات باستعمال حصرياً واحد أو عدة تقنيات اتصال عن بعد يشمل مرحلة تكوينه بمعنى أن عقد البيع الإلكتروني هو العقد الذي يبرم بوسيلة من وسائل الاتصال الإلكترونية التي تمكن التعاقد عن بعد، وفي الزمان نفسه دون التقاء الأطراف المتعاقدة جسدياً مركزاً على دور الوسيلة الإلكترونية)⁽⁶⁾.

وعرف قانون حماية المستهلك الفرنسي عقد البيع الإلكتروني ضمن طائفة، التي جاء في مضمونها أنه يعد عقداً عن بعد - العقود المبرمة عن بعد في نص المادة 16: (كل عقد يبرم دون الحضور المادي للأطراف، في آن واحد وفي المكان نفسه، بواسطة تقنية اتصال عن

بعد أو أكثر دون سواها) (7). فمن خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع الفرنسي قدتبني حرفياً المفهوم الوارد في التوجيه الأوروبي. (من المهم وضع تعريف عقد البيع الإلكتروني في القانون العربي الاسترشادي وبعض قوانين المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية الوطنية طالما إن الكاتب يتبع المنهج المقارن، حيث إن المقارنة يجب أن تكون بين النظم القانونية الأخرى والنظم الوطنية)

وعلى الرغم من تعدد وتنوع التعاريف التي أوردتها لعقد البيع الإلكتروني إلا أنها تشابهت وانصبت في اتجاه واحد وهو أن العقد المبرم بطريقة الكترونية كغيره من العقود يخضع لمبدأ سلطان الإرادة فهو عقد يلتقي فيه عرض أو إيجاب صادر من الطرف الأول مطروح بطريقة الكترونية على شبكة الانترنت، بقبول مطابق صادر من الطرف الثاني أو القابل، وبهذا يمكن للباحثة تعريف عقد البيع الإلكتروني بأنه: (اتفاق بين طرفي العقد (البائع والمشتري)، من خلال تلاقي الإيجاب والقبول عبر الوسائل الإلكترونية على شبكة دولية للاتصال عن بعد لإنشاء التزامات تعاقدية).

ثانياً: خصائص عقد البيع الإلكتروني:

إن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد الإلكتروني تمثل أهم وجهة لخصوصيته كما يتضح أنه ينتمي لطائفة العقود التي تبرم عن بعد مع العلم أنه لا يشكل نوعاً جديداً من العقود تضاف الي العقود التقليدية المتداولة قانوناً، كما لا يخرج عن القواعد القانونية المنظمة لأحكام العقد عموماً الواردة في القوانين المدنية، ومع ذلك فإن البيع الإلكتروني يعد مميّزاً عن الصورة التقليدية للتعاقد، ومن أهم الخصائص التي يتميز بها عقد البيع الإلكتروني (8):

1. يتم إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه، فالسمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر شبكة الانترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكومي افتراضي، ولذلك فهو عقد فوري متعاصر.
2. يتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد، ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة الكترونية. فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية، ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط الكترونية.
3. يتصف العقد الإلكتروني غالباً بالطابع التجاري والاستهلاكي، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية.
4. من حيث الوفاء، فقد حلت وسائل الدفع الإلكتروني، في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية، وذلك مع تطور التكنولوجيا وازدياد

التعامل بالتجارة الالكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات.

5. من حيث الإثبات، فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا تعد الكتابة دليلاً كافياً للإثبات، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، أما العقد الالكتروني فيتم اثباته عبر المستند الالكتروني والتوقيع الالكتروني، فالمستند الالكتروني فيه حقوق طرفي التعاقد، فهو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية، والتوقيع الالكتروني هو الذي يضفي حجية هذا المستند⁽⁹⁾.

6 / توضيح كيفية تنفيذ العقد

الخلاصة أن عقد البيع الالكتروني يتميز ببعض الخصائص التي تميزه عن البيع التقليدي، بحيث يتم إبرام عقد البيع الالكتروني بدون التواجد المادي لأطراف العقد حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية يقترن فيها الإيجاب و القبول، و يختلف عن عقد البيع التقليدي في الوسيلة فقط أي من حيث الطريقة التي يتم إبرامه بها فيستخدم الوسائل الالكترونية في إبرامه فهو لا يختلف عنه لا من حيث الموضوع و لا من حيث الأطراف، كما يغلب عليه الطابع التجاري لذا يطابق عليه عقد التجارة الالكترونية إلا أنه ليس دائماً العقد الذي يبرم عبر الانترنت عقداً تجارياً إلا إذا كان لأحد طرفيه صبغة تجارية أو يخدم في أحد طرفيه نشاطه التجاري وبالنظر إلى طبيعة و نوع العملية التعاقدية نجد أنه عقد من العقود المسماة، و لاسيما إذا ما اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة إلى الإفصاح عن قصدها صراحةً أو ضمناً بأن العقد المراد إبرامه هو عقد البيع. أيضاً يعتبر عقد البيع من العقود الرضائية لأن أسلوب التعبير عن الإرادة، قد يأتي كتابة أو مشافهة أو إشارة أو بأي موقف آخر فرسائل البيانات الالكترونية هي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة. الطبيعة القانونية لعقد البيع الالكتروني .

تتعدد طرق التعاقد عبر الانترنت بما في ذلك عقد البيع هو أحد أهم العقود الالكترونية، لذلك الطبيعة القانونية له لا تختلف عن الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني بصفة عامة. ويبرم عبر شبكة الانترنت الآلاف من العقود الالكترونية من مستخدمي هذه الوسيلة من بيع مختلف السلع والخدمات⁽¹⁰⁾.

لقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للعقد المبرم بالشكل الالكتروني، فهناك من اتجه الى القول بأنه ذو طبيعة إذعانية، وذهب اتجاه آخر الى أنه ذو طبيعة رضائية، واتجاه ثالث إلى أنه عقد ذو طبيعة مزدوجة. الاتجاه الأول: العقد المبرم إلكترونياً ذو طبيعة إذعانية:

يرى هذا الاتجاه أن العقد المبرم إلكترونياً، هو عقد ذو طبيعة إذعانية⁽¹¹⁾، إذ إن

المستهلك لا يتمكن من مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية، والتي ينفرد بتحديدتها المحترف. غير ان هذا الاتجاه تجاهل امرا مهما، وهو ان التفاوض قائم، وخاصة في حالة التعاقد عبر البريد الالكتروني، حيث نجد الموجب على سبيل المثال يرسل عرضه يتضمن سلعة معينة ومبلغا محددًا، فيرد عليه الموجب له بانه يوافق بشرط معين. وهو مثلا الحصول على نسبة خصم معينة.

الاتجاه الثاني: العقد المبرم بشكل الكتروني ذو طبيعة رضائية:

يذهب هذا الاتجاه الي أن مبدأ الرضائية يسود العقود المبرمة الكترونياً على اختلاف أنواعها، وذلك أن الموجب اليه لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفاً بل له كمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر، واختيار وترك ما يشاء وفق ارادته الحرة، إلا أن هذا الاتجاه هو الآخر أغفل الحالة التي تكون فيها السلعة أو الخدمة الضرورية محتكرة من بعض المواقع.

الاتجاه الثالث: العقد المبرم الكترونياً ذو طبيعة مزدوجة:

يرى هذا الاتجاه⁽¹²⁾ أنه لبيان طبيعة العقد المبرم الكترونياً، إذا كان عقداً رضائياً أم إنعانياً، يجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة في إبرام هذا العقد، فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الالكتروني أو من خلال برنامج المحادثة فإن العقد الموجه الكترونياً يكون عقداً رضائياً حيث يتبادل الطرفان وجهات النظر عبر الرسائل الالكترونية، ويجري التفاوض بحرية حول شروط العقد. أما إذا تم التعاقد عبر مواقع الويب، والتي غالباً ما تستخدم عقوداً نموذجية تكون شروطها معدة مسبقاً من قبل الموجب، ولا يترك للموجب مجالاً للمساومة والمناقشة في هذه الشروط، فإن العقد يكون إنعانياً.

ويرى الباحث لمعرفة طبيعة العقد المبرم بشكل الكتروني، لابد من التمييز بين الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد نفسه، وبناء عليها يتم تحديد طبيعة العقد المبرم الكترونياً، فإذا كانت وسيلة التعاقد عبر البريد الالكتروني أو من خلال برنامج المحادثة فإن العقد الموجه الكترونياً يكون عقداً رضائياً. أما إذا كانت الوسيلة التي تم التعاقد بها عبر مواقع الويب، والتي غالباً ما تستخدم عقوداً نموذجية، فإن العقد يكون إنعانياً، ولكن يكون ذا طبيعة خاصة.

ضوابط عقد البيع الالكتروني وحكمه

ضوابط البيع والشراء عن طريق شبكة الانترنت، هي ذاتها اللازمة لعقد البيع إذا تم بالطريقة العادية، فعقد البيع والشراء الالكتروني يحتاج لنفس الأركان والشروط للعقد العادي، ولا عبء باختلاف الوسائل والأماكن مادام أن الأركان والشروط محققة⁽¹³⁾.

وبناء على ذلك فقد قرر الفقهاء المعاصرون اعتبار العقود الالكترونية كالعقود التي تتم بالطرق المعروفة، بشرط أن تتحقق فيها الأركان والشروط لعقد البيع (والعقد الالكتروني ما هو الا أداة من أدوات التطور التي وجدت في هذا العصر وتماشت معها الشريعة الإسلامية المتسعة القواعد، فأصل العقود موجود ولكن التطور حدث في الوسيلة، ولا يأبى الفقه الإسلامي ذلك، بل يسير مع كل ما هو نافع ومفيد)⁽¹⁴⁾.

حكم عقد البيع الالكتروني:

العقد في الشريعة الإسلامية ينعقد بالقول الصحيح بكل ما يدل عليه من دون اشتراط صيغة معينة أو شكل محدد. فعند الحنفية: (إذا قال البائع: خذ هذا الشيء بكذا أو أعطيته لك بكذا، أو هو لك بكذا، وقال المشتري: قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك فإنه يتم الركن لأن كل واحد من هذه الألفاظ يؤدي معنى البيع وهو المبادلة، والعبرة للمعنى لا للصورة)⁽¹⁵⁾.

وعند المالكية (وينعقد العقد بكل ما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما)⁽¹⁶⁾. وعند الحنابلة توسع شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله وبين الأدلة والأمثلة وتعقب القائلين بأن العقد لا يتم إلا بلفظ مخصوص أو شكل محدد وينفق العلماء على صحة التعاقد بالكتابة إذا كانت بين غائبين لأن ذلك هو الوسيلة المستطاعة لإتمام العقد⁽¹⁷⁾.

والانترنت ما هو إلا وسيلة لتوصيل الكتابة، وهذه الوسيلة معتبرة شرعاً، ولأنها شبيهة في حقيقة الأمر بالتعاقد عن طريق الرسول أو البريد العادي التي أجاز الفقهاء التعاقد بواسطتهما⁽¹⁸⁾. وحيث إن الركن الأساسي في العقد هو صدور الإيجاب والقبول من طرفي العقد ووصول كل منهما إلى علم الآخر بصورة معتبرة شرعاً، وفهم كل الطرفين ما قصده الآخر، وهذا كله متحقق في التعاقد بطريق الانترنت سواء أكان بالبريد الالكتروني أو عبر شبكة المواقع، فيكون التعاقد صحيحاً تترتب عليه آثاره المعتبرة شرعاً.

وهناك آراء فقهية وردت للرد على الأسئلة في حكم البيع الالكتروني وجاءت كما يلي⁽¹⁹⁾

1. جاوب مركز الأزهر العالمي للفتاوى الالكترونية، قائلاً: (الأصل في المعاملات الإباحة إلا ما أورد الشرع بتحريمه، فإذا كانت هذه المعاملات التي تتم عن طريق الإنترنت تستخدم بطريقة شرعية، ولا تشتمل على غرر أو جهالة أو غش فهي جائزة شرعاً، ولا حرج في ذلك؛ لحاجة الناس إليها في هذا العصر، وذلك لأن لكل عصر مستجداته التي تحتم على الناس التعامل بها) ، وأضاف في إجابته (من المعلوم أن الإنترنت الآن يتم التعامل به في جميع مناحي الحياة، والبيع والشراء أولى اتجاهات مستخدمي الإنترنت في أيامنا هذه، وعلى كل فما وافق شروط البيع الصحيح من الملكية وأهلية الطرفين وأن تكون السلعة معلومة مثل شراء أجهزة إلكترونية عبر الإنترنت فهذا جائز، ومن الشروط أيضاً انتفاء الجهالة والغرر والغش، وأما ما خالف شروط البيع التي حددها الشرع فهو غير جائز كما يحدث في التسويق الشبكي لوجود الغرر والضرر فيه وعدم وجود سلعة في غالب الأحيان، وكل معاملة لها حكمها الخاص بها).

2. وكان جواب عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين: من شروط البيع معرفة

الثلثين ومعرفة المبيع، حتى تزول الجهالة عن العوض والمعوض؛ فإن الجهالة تسبب الخلافات والمنازعات مما يكون له الأثر الظاهر في وقوع العداوات بين المسلمين والتهاجر والتقاطع والتدابير الذي نهى الله تعالى عنه وحذر منه. وحيث إن معرفة السلع يتوقف تحققها على الرؤية أو الصفة الواضحة فنرى أنها لا تتبين إلا بالمقابلة والمشاهدة ومشاهدة المبيع ومعرفة منفعتة ونوعيته، وقد لا يحصل ذلك على التمام إذا كان التعاقد بواسطة الشاشات أو المكالمات التي يقع فيها التساهل في البيان، والمبالغة في مدح الإنتاج، وفي ذكر محاسن المنتجات؛ كما هو ظاهر في كثير من الإعلانات والدعايات التي تنشر عبر الصحف والمجلات - فإنها لا تتحقق أو أكثرها عند الاستعمال. وعلى كل حال فإذا تحقق شرط البيان والمعرفة للثلثين والمثلثين، وزالت الجهالة - فإنه يجوز التعامل والتعاقد بيعاً وشراءً بواسطة الهاتف وبواسطة الشاشة أو الإنترنت أو غيرها من الوسائل التي يستفاد منها، وتؤمن المفسدة والغرر والاستبداد بالمصالح واكتساب الأموال بغير حق، فإذا أضيف شيء من هذه المحاذير لم تجز المبيعة بهذه الوسائل؛ فكم حدث بسببها من الخسارات الفادحة وإفلاس الكثير من ذوي الأموال الطائلة، مع ما يحصل بعدها من المنازعات والمخاصمات التي انشغل بحلها القضاة والحكام.

3. وجاء الجواب: لفضيلة الشيخ عبد الرحمن ناصر البراك: ما لم يكن في الذهب والفضة والمعاملات النقدية الظاهر أنه يجوز، لأن السلعة معلومة للمشتري بمواصفاتها أو بالمشاهدة، والثلثين معلوم، أما كونه يعني في تفاوت في قبض الثمن أو في قبض السلعة فالأمر.. يعني الثمن إما أن يكون تسليم السلعة متأخراً أو تسليم الثمن متأخراً أحدهما، ففي الجملة الذي يظهر الجواز، إلا في المعاملات والصرف، إلا في بيوع الذهب، بيع الذهب والعملات هذا له شأن آخر، لابد من معرفة أحكام بيع الذهب والعملات.

ويرى الباحث من خلال ما استعرضه من آراء الفقهاء في صلاحية البيع الإلكتروني المبرم بشكل الكتروني يجوز التعاقد عبر الانترنت أنه بين غائبين من حيث المكان حاضرين من حيث الزمان، إلا إذا وجدت فترة طويلة نسبياً تفصل بين الإيجاب والقبول فإن التعاقد قد يكون بين غائبين مكاناً وزماناً. وكما يتضح لنا من مجموعة الآراء الموجودة في الرد على حكم البيع الإلكتروني أنه متى تم البيع الإلكتروني دون مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية فإن الأصل في الأشياء الإباحة فمتى ما تم البيع الإلكتروني وفق الضوابط وفي مباح فإنه جائز بإذن الله. وبما أن عقد البيع الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه بين طرفين بوسيلة اتصال عن بعد ويتم تنفيذه مادياً أو بوسيلة اتصال عن بعد، وعليه فإن عقد البيع الإلكتروني يشبه عقد البيع التقليدي، في الأركان العامة للعقد بحيث يجب أن تتوفر في العقد وهي ثلاثة تتمثل

في: الرضا، المحل، السبب، إلا أنهما يختلفان من حيث الوسيلة التي تبرم بها وكيفية التنفيذ. هذا ما سنناقشه في ضوابط عقد البيع الإلكتروني.

ثانياً: ضوابط عقد البيع الإلكتروني:

الأصل في إبرام العقود الإلكترونية حرية الأطراف في اختيار شكل التعبير عن إرادتهما فتكون بذلك العقود المبرمة الكترونياً كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الإلكترونية، التي يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها وغير المسماة بالرسائل الإلكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون. كما أنه يوجد استثناء في إبرام العقود الإلكترونية فهناك عقود يستلزم فيها القانون شكلاً معيناً يجب استيفاءه في انعقاد العقد بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، عبر الشخص تعبيراً كاملاً عن إرادته سواء بالإيجاب أو القبول.

1 / ضوابط العاقدين:

يشترط لانعقاد البيع في العاقدين وهما البائع والمشتري الأهلية وقد اتفق الفقهاء من مختلف المذاهب على أن عديم التمييز (من كان دون السابعة من عمره، ومن فقد عقله بسبب أصلي أو عارض) لا تتوفر فيه أهلية التعاقد، وكل تصرف يصدر عنه يعتبر باطلاً؛ لا يترتب عليه أي أثر، ويتفقون كذلك على أن البالغ العاقل الرشيد تصح تصرفاته؛ وتعتبر لازمة له، أما الشخص المميز (من السابعة وحتى البلوغ، ويلحق به المحجور عليه لسفه أو نحوه)، فالراجح أن تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر تعتبر صحيحة ويتوقف نفاذها على إجازة الولي أو الوصي أو القيم أو نحوهم.

الأهلية هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية، تنقسم الأهلية إلى نوعين، أهلية وجوب ويقصد بها صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وتتقرر عليه التزامات وهي تثبت للشخص مجرد ولادته حياً⁽²⁰⁾. وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص لاستعمال الحق⁽²¹⁾.

فقد يتم التعاقد عبر مواقع شبكة الانترنت مثلاً، بالدخول مباشرة في الموقع دون أن يعرف كل طرف من أطراف العقد ما إذا كان يتعامل مع أصيل أم مع وكيل، ومع بالغ أم مع قاصر، معسر أو موسر، بل قد يجد المتعاقد نفسه مع مجرد موقع وهمي بغرض النصب والاحتيال مع المترددين عليه⁽²²⁾.

قد يلجأ القاصر إلى وسائل احتيالية كاستخدام موقع والده أو بريده الإلكتروني أو يقوم شخص من هواه العبث واللغو على التعامل عن بعد بإبرام عقود الكترونية⁽²³⁾. بالإضافة إلى ذلك ما تتميز به الوسيلة الإلكترونية التي يبرم من خلالها العقد الإلكتروني من الاتصال العالمي واللامركزية إذ لا تخضع لأية سلطة تراقبها أو تتحكم فيها، وما حققته من إمكانية التعاقد بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة ذات أنظمة قانونية متباينة، إلا أن العلماء وضعوا حلولاً لهذه المشكلات والصعوبات التي وقفت عائقاً أمام التأكد من هوية المتعاقد وتحديد أهليته القانونية في التعاقد الإلكتروني فمنها ما هو فقهي، ومنها ما هو قانوني ومنها ما هو تقني⁽²⁴⁾.

الحلول الفقهية:

يرى بعض الفقه بأنه لمعالجة مشكلة تحديد هوية وأهلية المتعاقدين يجب التوسع في نظرية الوضع الظاهر، وذلك لخصوصية العقود الالكترونية فمتى اتخذ شخص لا يتمتع بالأهلية مظهر الشخص البالغ الراشد، وكان المتعاقد معه غير عالم بحقيقة حالته، فإنه ينبغي حماية هذا الأخير إعمالاً لنظرية الوضع الظاهر وتوفيراً للثقة والأمان في المعاملات التي تجري عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وحفاظاً على استقرارها، وحتى لا يتفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب كان يجهله ولم يكن باستطاعته أن يعلمه وقت التعاقد⁽²⁵⁾.

الحلول القانونية:

حرص قانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الالكترونية على تحقيق الأمان في المعاملات الإلكترونية عن طريق إرسالها بنفسه أو إذا كانت صادرة عن شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ⁽²⁶⁾.

كما نجد التوجيه الأوروبي رقم 2000 الصادر في 31/8/2000 بشأن التجارة الالكترونية، قد تطلب ضرورة تحديد كافة العناصر التي بإمكانها أن تبين الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية⁽²⁷⁾.

الحلول التقنية:

علماء التقنية توصلوا لحل مشكلة التأكد من هوية المتعاقد وإسنادها إلى صاحبها، فبالرغم من عدم وجود وسائل تقنية كاملة وحاسمة إلا أن ثمة جهود معتبرة بغية الوصول إلى هذه الوسائل⁽²⁸⁾. ومن أهم هذه الوسائل:

البطاقة البنكية: تحتوي هذه البطاقة على سجل حامل تخزين فيها كل المعلومات والبيانات الخاصة بحامل البطاقة كالاسم، السن، محل الإقامة، المصرف المتعامل معه، تتضمن رقم سري، مما يمكن التعرف على شخصية وأهلية حامله.

الموثق الإلكتروني: هو طرف ثالث تسند إليه مهمة التوسط والتوفيق بين أطراف العقد وتنظيم العلاقة العقدية، ويقوم بالتحقق من شخصية وأهلية كل متعاقد، وضمان صحة سير المعلومات المتبادلة كما يصدر شهادات مصادق عليها تتعلق بأطراف العقد..

الوسائل التحذيرية: عبارة عن تحذيرات وتنبيهات بعدم الدخول إلى الموقع إلا لكامل الأهلية، فإن كان الشخص كامل الأهلية وجب عليه ملئ النموذج المعلوماتي للكشف عن هويته، عمره، إلا أن هذه الوسيلة غير فعالة للتحقق من أهلية الشخص المتعاقد لأنه ممكن تعبئة النموذج بمعلومات تخالف حقيقة الشخص.

وبناء على ذلك يمكن القول بأن عارض السلع أو الخدمات عن طريق الوسائل الالكترونية تتوافر فيه أهلية التعاقد، سواء أكان شخصاً طبيعياً، أم شخصاً معنوياً؛ لضرورة حصوله مستقبلاً على ترخيص بممارسة التجارة. أما من يستقبل السلع والخدمات، فقد تتوافر فيه أهلية التعاقد، وقد يكون ناقص الأهلية او عديمها؛ فيؤدي إلى الإخلال بعملية التبادل المالي. وللتغلب على هذه المشكلة ينبغي تعميم الإجراء الذي تتطلبه بعض القطاعات والمواقع التجارية من إدخال رقم بطاقة الائتمان، والتأكد من فاعليتها قبل إبرام التعاقد وهذه البطاقة لا تمنح إلا لمن تتوافر فيه أهلية التعاقد.

2 / ضوابط الصيغة (الإيجاب والقبول):

يشترط في الصيغة توافق الإيجاب والقبول بين البائع والمشتري على المعقود عليه مقابل الثمن. ويعد الإيجاب الإلكتروني أول عناصر الرضا اللازمة لقيام العقد، ولكي ينقذ العقد لا بد من صدور إيجاب من أحد المتعاقدين، واقتترانه بقبول من الطرف الآخر، وقد يحدث ذلك في مجلس واحد أو بين غائبين أو بالمراسلة، كما قد يكون المجلس حكماً كما في التعاقد عبر التلفون أو بأية طريقة مماثلة.

أولاً: الإيجاب الإلكتروني: (وضع تعريف موثق للإيجاب بشكل عام وبصورة واضحة تبين شروطه)

فالإيجاب هو: التعبير آليات الصادر من أحد المتعاقدين، والموجه إلى المتعاقد الآخر بقصد إنشاء التصرف وعلى ذلك يكون النشر، والإعلان الجاري التعامل بها ونحو ذلك مجرد دعوة للتفاوض، أما عرض السلع مع بيان ثمنها عبر المواقع الإلكترونية، فإنه يعتبر إيجاباً. (إضافة تعريف الإيجاب الإلكتروني الذي ورد في القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996م وكذلك مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي والتوجه الأوربي في شأن حماية المستهلك وبيان شروطه وأنواعه وخصائصه باختصار).

والإيجاب على شبكة الانترنت يمكن ان يظهر بوضوح عبر البريد الإلكتروني، كما يمكن ان يظهر عبر شبكة المواقع (web)، وكذلك يظهر الإيجاب عن طريق المحادثة والمشاهدة - معاً - عبر الانترنت، وفي جميع هذه الحالات يعتبر الإيجاب صحيحاً شرعاً متى ما توافرت شروطه. وقد جرى العرف في حالات التعاقد الإلكتروني ان تحدد مدة معينة يمكن للبائع خلالها ان يحصل على قبول المشتري لما قدمه من إيجاب، وفي هذه الحالة يظل الإيجاب ساري المفعول طالما ان المدة لاتزال باقية وهذا لا يتعارض مع القواعد الشرعية، أما إذا تضمن الإيجاب حق الموجب في سحب إيجابه في أي وقت وبدون إبداء الأسباب، فإن جمهور الفقهاء يجيز ذلك إذا لم يتصل قبول الطرف الآخر بهذا الإيجاب.

ونص نظام التعاملات السعودي لسنة 1428هـ على أنه: (يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول في العقد بوساطة التعامل الإلكتروني ويعد العقد صحيحاً وقابلاً للتنفيذ متى تم وفقاً لأحكام هذا النظام)⁽²⁹⁾.

والإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجاباً خاصاً موجه إلى أشخاص محددين، وهو ما يتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو برنامج المحادثة وقد يكون إيجاباً عاماً موجهاً إلى أشخاص غير محددين، وهو ما يحدث في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية المنتشرة على شبكة الانترنت. ونخلص إلى أن تعريف الإيجاب الإلكتروني لا يتميز عن تعريف الإيجاب التقليدي، والاختلاف بينه وبين الإيجاب التقليدي يكمن في الوسيلة المستخدمة (الانترنت)، وهو ما جعل هذا الأخير يتميز بنوع من الخصوصية عن الإيجاب التقليدي، وجاءت هذه الخصائص كنتيجة لاستخدام وسيلة تعاقدية عن بعد، تحول دون الحضور المادي للطرفين، ولكن الاشكالية يصعب في هذا النوع من الإيجاب على كل طرف

معرفة شخصية الطرف الآخر، كما يصعب التحقق من أهليته اللازمة بصحة التعاقد وفقا للقانون المحتمل تطبيقه، لذا فإنه إذا أراد طرفا التعامل إبرام العقد بطريقة صحيحة، فإنه يتعين عليه التدقيق في مسألة الأهلية بأية وسيلة متاحة.

ثانياً: القبول الإلكتروني:

لا يكفي الإيجاب وحده لانعقاد العقد بل لا بد أن يتبعه قبول مطابق له، والقبول بهذا الشكل تعبير ثان عن الإرادة يصدر عن وجه إليه الإيجاب.

القبول بشكل عام هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد بالموافقة على أساس هذا الإيجاب⁽³⁰⁾.

أو هو التعبير الثاني عن الإرادة لدى اقترانه بالتعبير الأول وهو الإيجاب فيتكون العقد⁽³¹⁾.

فبالقبول تتوافق إرادتان أو تتلاقيان من أجل إحداث أثر قانوني معين، فهو التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له عن إرادته بالموافقة على التعاقد، أي أن من وجه إليه الإيجاب يعلن صراحة أو ضمناً عن موافقته على ما تم توجيهه إليه، ويجب أن يصدر القبول والإيجاب قائماً، فالعقد لا ينعقد إلا بتلاقي الإرادتين والتطابق بينهما⁽³²⁾.

والقبول: هو التعبير البات المطابق للإيجاب، والموجه من القابل إلى الموجب، حال بقاء الإيجاب قائماً، والقبول يتم بأية طريقة جرى العرف على اعتبارها قبولاً: كاللفظ، أو الإشارة، أو الكتابة، أو الرمز (الضغط على زر يحمل علامة معينة) أو القبول الضمني: بإدخال الرقم السري لبطاقة الائتمان.

كما يعرف بأنه هو تعبير عن رضا من وجه إليه الإيجاب لإبرام العقد بالشروط المحددة سلفاً من طرف الموجب ويشترط فيه أن يكون الإيجاب لا يزال قائماً، ويكون مطابقاً له لا يزيد ولا ينقص فيه وإلا اعتبر إيجاباً جديداً. والقبول الإلكتروني لا يخرج في شروطه ومتطلباته القانونية عما هو متعارف عليه في القواعد العامة للتعاقد، بحيث يشترط فيه أن يكون صريحاً وواضحاً وألا يكون مشروطاً. فمن هنا يمكن القول بأن القبول هو الرد الإيجابي لعرض الموجب حيث يعبر من وجه إليه الإيجاب في رغبته في إبرام العقد على أساس الإيجاب الذي عرض إليه⁽³³⁾.

ويتم القبول في العقود الإلكترونية عبر الوسائل الإلكترونية التي يمكن أن يتم بها، أو يصدر من خلالها الإيجاب ولا يشترط أن يتمشى بنفس الوسيلة. (كل ما تم ذكره هو عن القبول بشكل عام على الكاتب اختصار ذلك ما أمكن وتوضيح طرق التعبير عن القبول الإلكتروني)

يعد السكوت قبولاً استثنائياً في بعض الحالات التي يقترن فيها بظروف معينة وهذا ما نصت عليه المادة 22 من القانون المدني الجزائري، ويكون فيها السكوت تعبيراً عن القبول في العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت وذلك في الحالات الآتية⁽³⁴⁾:

إن هذه الحالات تتلخص فيما يلي

(أ) حالة العرف: لا يمكن للعرف أن يلعب دوراً فعلياً في التعاقد عبر الانترنت نظراً لحدائثة هذا الشكل من أشكال التعاقد.

(ب) حالة مصلحة من وجه إليه الإيجاب: أن العقود التي تبرم عبر الانترنت عبارة عن عقود تجارية دائماً تشكل التزاماً على عاتق من وجه إليه الإيجاب.

(ج) حالة التعامل السابق: أن التعامل السابق بين المتعاقدين، وهذه الحالة يمكن تصورها في شبكة الانترنت من خلال الاعتياد في التعامل بين موقع إلكتروني وأي من عملائه، فإذا أرسل موقع إلكتروني إلى أحد عملائه إيجاباً يعرض فيه تزويده بسلع أو خدمات اعتاد الموقع على تزويده بها، ولم يبد العميل أي رفض فيمكن للموقع اعتباره قابلاً لوجود تعامل سابق بهذا الخصوص⁽³⁵⁾. التالي هنا يعد السكوت في الرد قبولا، إذا اقترن بظرف آخر يرجع دلالة السكوت على القبول. ولقد نصت المادة 68 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على هذه الصورة بقولها: (ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين).

لكي يبرم العقد، لا يكفي صدور الوعد بالتعاقد (أو الإيجاب) و القبول بل يجب أن يتلاقيا ، بمعنى آخر أن يعلم كل من العاقدين بالإيجاب والقبول، ويشتمل تطابق الإيجاب والقبول على المسائل الجوهرية وقد تؤجل في ذلك المسائل الجزئية لرحلة لاحقة، وهذه العلاقة تحكمها المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي نصت على: (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد احتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبق لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة) والمسائل الجوهرية تكمن طبيعة العقد والمبيع والثمن.

3 / ضوابط العقود عليه:

محل عقد البيع الإلكتروني هو الشيء المبيع الذي يتم التعاقد عليه، وفي مجال التجارة الإلكترونية يتم التعاقد إما على سلع أو خدمات. ووفقا للقواعد العامة يشترط في محل عقد البيع الإلكتروني شروط ثلاثة وهي: أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، وأن يكون مشروعاً ولكي يكون محل العقد الإلكتروني معيناً أو قابلاً للتعين فإنه يتم وصف المنتج أو الخدمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة وكاملة مع تجنب الإعلانات المضللة. وتكمن ضوابط محل العقد في الآتي:

1. أن يكون المبيع مملوكاً للبائع أو له عليه ولاية أو وكالة تجيز تصرفه فيه.
2. أن يكون المبيع موجوداً حين التعاقد، يشترط في السلعة أو الخدمة التي يتم الاتفاق عليها أن تكون موجودة فعلاً أثناء الاتفاق أو قابلية للوجود فيما بعد فان كان التعاقد عن طريق الانترنت مثلاً فيكفي عرض السلعة أو الخدمة على الشبكة أو عرض صورة السلعة.

3. 3- أن يكون المبيع مالاً متقوماً شرعاً: وفقاً للقواعد العامة، يجب أن يكون محل العقد مشروعاً إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً. ويمثل شرط المشروعية أهم شروط العقد الإلكتروني، ونظراً لكثرة المواقع التي تستغل في ممارسة التجارة غير المشروعة كالمخدرات وانتحال صفة الغير واقتحام مواقع الآخرين وارتكاب الجرائم المالية، مثل ممارسة القمار عبر الإنترنت، وهذه التصرفات تكون باطلة بقوة القانون لكونها مناقضة للآداب والنظام العام. يبدو أن من أهم الصعوبات التي تواجه مثل هذه التصرفات غير المشروعة هو عدم وجود رقابة فعالة عليها، الأمر الذي يتطلب ضرورة تكاتف فقهاء القانون والمتخصصين في مجال تقنيات الاتصال لإيجاد الحلول الفعالة لهذه المشكلة.
4. أن يكون المبيع معلوماً علمياً يمنع الجهالة لكل من العاقدين وفي البيع الإلكتروني جرى العمل على أن يضع الموجب مواصفات دقيقة للسلع المعروضة لديه، وقد يكون ذلك عن طريق عرضها بوضوح على شاشات التلفزيون في قنوات متخصصة أو على صفحات خاصة تتضمن الصورة، والمواصفات، والتمن، وكل ما يهم المشتري لهذه السلعة.
5. أن يكون المبيع مقدور التسليم: فلا ينعقد بيع السمك في الماء والطير في الهواء.
6. أن يكون المبيع مما يباح بيعه بالنسيئة ويخرج بذلك بيع الذهب والفضة والعملات النقدية.
7. أن يكون الثمن معلوماً ويغلب على التعاقد الإلكتروني تحديد الثمن ببيان نوع العملة ومقدارها، إلا أن دفع الثمن يتم عن طريق بطاقة الائتمان، أو الدفع الإلكتروني، أو الحوالة الإلكترونية.

رابعاً: ضوابط السبب:

السبب هو الغاية أو الباعث الدافع للتعاقد، يقصد به غاية الملتزم من التزامه، لا يختلف الحال في عقد البيع الإلكتروني عن عقد البيع التقليدي حيث يكون السبب أحد أركان العقد وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد⁽³⁶⁾. ومن شروط السبب في عقد البيع أن يكون السبب صحيحاً بمعنى ألا يكون وهمياً أو صورياً فإذا كان السبب وهمياً أو صورياً كان العقد باطلاً. وأن يكون السبب موجوداً، أن يكون السبب مشروعاً، ويقصد بالمشروعية عدم مخالفة الباعث على التعاقد للآداب العامة والنظام العام ومطابقاً للقانون، ولا يجوز الاتفاق على مخالفة القانون وبالتالي لا يجوز مثلاً الاتفاق على جريمة جنائية أو التجارة في المخدرات كما لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب العامة أو النظام العام.

أثار عقد البيع الإلكتروني:

ساهمت التطورات التي شهدها العالم في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات في التأثير على ابرام العقود الالكترونية، حيث لا يختلف عقد البيع الالكتروني عن عقد البيع التقليدي إلا من خلال الوسيلة الالكترونية التي يبرم بها، مما جعله لا يخرج في تنظيمه وأحكامه وحتى آثاره عن عقد البيع التقليدي، وإذا تم عقد البيع الإلكتروني وفقا للقواعد والضوابط ، فإنه يرتب مجموعة من الآثار على عاتق المتعاقدين، بائع و مشتري ، وهذه الآثار تتمثل في الالتزامات المتبادلة، والتي قررها القانون و نظمها بأحكام دقيقة و مفصلة سواء ضمن النظرية العامة للعقد أو ضمن أحكام عقد البيع أو ضمن قواعد حماية المستهلك عندما تكون العلاقة تربط المحترف بالمستهلك. وستحدث في هذا المبحث عن التزامات البائع والمشتري في عقد البيع الالكتروني.

أولاً: التزامات البائع في عقد البيع الالكتروني:

يجب على البائع في عقد البيع الالكتروني أن يلتزم بذات الالتزامات التقليدية المترتبة في ذمة البائع في عقد البيع التقليدي، ولكن هنا سنتناول التزام البائع بالتسليم والتزامه بضمان العيوب الخفية؛ لأنها أكثر تأثيراً في عقد البيع الالكتروني على المشتري الالكتروني. (ماذا عن الالتزام بالمطابقة)

أولاً: التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الالكتروني:

بما أن عقد البيع هو عقد يلتزم البائع بمقتضاه أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي، أي أن البيع هو عقد لا ينقل الملكية من تلقاء نفسه وإنما ينشئ التزاما بنقلها في ذمة البائع الذي يلتزم بنقل هذا الحق للغير إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكها الملتزم وذلك دون الإخلال بقواعد التسجيل، أما إذا كان محل الملتزم شيئاً معيناً بنوعه فلا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه، وفي حالة التعاقد عن بعد يتم الإفراز في المكان والزمان الذين يتم فيها تسليم الشيء المبيع إلى الناقل. كما يلتزم بالاحتفاظ عليه⁽³⁷⁾.

ونظراً لأن الالتزام بالتسليم يتفرع عن الالتزام بنقل الملكية، فالبايع في عقد البيع هو الذي يتحمل تبعه الهلاك مرتبطة بالتسليم و ليس بانتقال الملكية، فالبايع في عقد البيع هو الذي يتحمل تبعه الهلاك الذي يحدث قبل التسليم و لو كانت الملكية قد انتقلت فعلاً إلى المشتري، و المشتري يتحمل تبعه الهلاك الذي يحدث فعلاً إلى المشتري و المشتري هو الذي يتحمل تبعه الهلاك الذي يحدث بعد التسليم ولو لم تكن الملكية قد انتقلت إليه فعلاً من البائع، و مرد ذلك هو أن الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس فقط الالتزام ببذل عناية، فما لم يتم التسليم فعلاً لا يكون البائع قد نفذ التزامه⁽³⁸⁾.

ويتم تسليم المبيع في العقود الإلكترونية بوضع المبيع تحت تصرف المتعاقد بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليمًا مادياً، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه، وغالباً ما يتم ذلك عبر البريد، ومن المتصور هنا أن تحدث بعض الصعوبات التي قد تتسبب في تأخر التسليم، وبالنسبة للعقود المبرمة عن طريق الانترنت تلاحظ أن تسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي يتم بقيام البائع بتمكين المشتري بتحميل برامج الحاسوب محل العقد مثلاً على القرص الصلب الخاص بها.

أما بالنسبة لزمان التسليم تكون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعد إبرامه، أما مكان التسليم فقد نصت المادة 322 القانون المدني الجزائري على أنه (إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك)⁽³⁹⁾، فطبقاً لهذا النص فإن التسليم يتم حيث يوجد موطن البائع إلا إذا كان هناك اتفاق غير ذلك.

لقد رتب كل من المشرع التونسي، والمشرع الفرنسي فسخ العقد بسبب عدم تسليم المنتج من قبل المحترف الناتج عن نفاذه، والفسخ هنا لا تنطبق عليه القواعد العامة التقليدية التي تقتضي أن يقوم الدائن بإعذار المدين، ثم تسجيل تخلفه عن تنفيذ التزامه⁽⁴⁰⁾. عندئذٍ يستطيع الدائن المطالبة بفسخ العقد بسبب عدم التنفيذ أمام القضاء، لكن هذه القواعد وما تتطلبه من إجراءات طويلة ومكلفة للدائن قد تجاوزها التشريع المقارن في التعاقد الإلكتروني ورتب الفسخ بإرادة المستهلك مباشرة، بعد أن يكون هذا الأخير قد أعلمه برسالة مضمونة الوصول، وابتداء من تلك اللحظة تزول العلاقة التعاقدية بين الطرفين ويعاد إلى المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليه قبل التعاقد. وما يتضح من هذا أن قواعد التعاقد الإلكتروني تجعل الفسخ الحل الملائم لطريقة التعاقد من أجل حماية المستهلك بينما القواعد العامة التقليدية تفضل الإبقاء على العلاقة التعاقدية حماية لاستقرار المعاملات.

ثانياً: التزام البائع بضمان العيوب الخفية:

إن الهدف الأساسي من عقد البيع الإلكتروني هو حصول المشتري على منفعة المبيع الذي اشتراه ومن أجل تحقيق هذا الهدف، فإن البائع يلتزم بتوفير مبيع صالح للانتفاع، وعليه فإن البائع يكون ضامناً للعيوب التي تظهر في البيع إذا كان شأنها أن تحدث خللاً في منفعة البيع⁽⁴¹⁾ وهذا الالتزام تستلزمه طبيعة الأشياء، لأن المشتري عندما يقوم بشراء شيء يفترض أنه خال من العيوب، و لو كان يعلم أن به عيباً لماتعاقد على شرائه، أو لكان تعاقد على شرائه بشروط أيسر بالنسبة له⁽⁴²⁾. والعيوب الخفية هو الآفة الطارئة التي تخمونها الفطرة السليمة للبيع⁽⁴³⁾. واعتبره البعض بأنه: (العيوب غير المعلوم للمشتري الذي يمكن باستطاعة هذا الأخير أن يكشفه عن طريق فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد فهو الذي يقع ضمانه على البائع)⁽⁴⁴⁾.

ولكي يستطيع المشتري الرجوع بالضمان على البائع الإلكتروني لوجود العيب الخفيف بالمبيع في عقد البيع الإلكتروني، فإن شأنه شأن العقد التقليدي لا بد من توافر عدة شروط في العيب، ذلك أن الأخذ بأي عيب بغض النظر عن طبيعته أو جسامته، وتاريخ نشوئه قد يؤدي إلى الاضطراب وعدم الاستقرار في معاملات الأفراد، فضلاً عن إهدار القوة الملزمة للعقد⁽⁴⁵⁾.

الطبيعة الخاصة التي يتميز بها عقد البيع الإلكتروني في كونه يتم عن بعد، وبدون أن يجمع بين البائع الإلكتروني والمشتري مجلس عقد واحد، وهذا ما يعرض المشتري إلى الكثير من المخاطر.

ثانياً التزامات المشتري:

يترتب على المشتري التزامات تتمثل في التزامه بتسليم المبيع والالتزام الثاني في أداء ثمن سلعة مقابل خدمة حسب الاتفاق في العقد ونوضحه فيما يلي:

الالتزام بتسليم المبيع:

إذا كان البائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع للمشتري وذلك بوضعه تحت تصرفه، فإن عقد البيع يرتب على المشتري التزاما مضادا بتسليم الشيء المبيع وضمه إلى حيازته، والالتزام المشتري بتسليم الشيء المبيع إلى البائع.

فالنسبة لزمان ومكان تسلم المبيع تنص المادة 315 من القانون المدني الجزائري أن: (إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وأن يتسلمه بدون تأخير باستثناء الوقت الذي يتطلبه عملية التسلم) يفهم من ذلك أن زمان تسلم المبيع و مكانه يكونان عادة في زمان تسليم المبيع و مكانه في حالة إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا و زمانا لتسليم المبيع فوجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيوعات البيع، و أن ينقله دون إبطاء إلا فيما يقتضيه النقل من زمن فبناء على ما سبق إذا كان الشيء المبيع منقولاً موجوداً بموطن البائع و لم يوجد اتفاق، أو عرف معين يبين مكان التسليم فإنه يجب على المشتري أن يتسلم الشيء المبيع في الموطن البائع، و إذا لم يتقدم لاستلامه كان مخلاً بالتزامه.

أما زمان التسلم فهو زمان التسليم أي أنه عندما يقوم التزام البائع بتسليم الشيء المبيع يقوم في نفس الوقت التزام المشتري بتسليم ذلك الشيء المبيع إلا إذا كان هناك اتفاق خاص على غير ذلك. وفي البيع عبر الانترنت في حالة عدم وجود اتفاق يبين المكان الذي يتم فيه التسليم فإنه إذا كان تنفيذ عقد البيع يقتضي نقل السلعة فإن التسلم يتم في المكان الذي تتم فيه مناولة السلعة إلى الناقل الأول بقصد إرسالها إلى المشتري، ويترتب على التسليم للناقل انتقال تبعية الهلاك للمشتري، حيث يعتبر استلام الناقل للبضاعة (السلعة) هو استلام حكمي للمشتري و كذلك فإنه بمجرد أن يقوم الناقل باستلام المبيع من التاجر لتسليمه بعد ذلك للمشتري تنتقل منذ هذه اللحظة تبعية الهلاك، و قد يتفق على أن يتحمل البائع مخاطر النقل و في هذه الحالة يلتزم بتعويض العميل، أما إذا تم الاتفاق على أن يتحمل المشتري مخاطر النقل، فعلى البائع أن يرسل اعتراضاً مسبباً للناقل خلال مدة ثلاثة أيام محسوبة من وقت التسليم و هذا يعني أن المشتري لا يستطيع الرجوع في هذه الحالة الأخيرة إلا على الناقل..

وجزاء إخلال المشتري بالتزامه بالتسليم يترتب عليه إذا لم يقم المشتري بتسليم المبيع، جاز للبائع وفقاً للقواعد العامة و بعد أن يعذر المشتري بالتسليم أن يطلب من القضاء إجبار المشتري على تنفيذ التزامه عيناً وله في سبيل ذلك أن يطلب الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن تسلم المبيع، كذلك للبائع بعد إعدار المشتري أن يحصل على إذن من القضاء بإيداع المبيع على ذمة المشتري ونفقته إذا كان المبيع منقولاً، أما إذا كان المبيع عقاراً فللبائع أن يطلب من القضاء تعيين حارس يتولى حفظه على نفقة المشتري⁽⁴⁶⁾.

يرى الباحث أن التزام المشتري بتسلم المبيع هو التزام مقابل لالتزام البائع بتسليم المبيع وفقاً للاتفاق الذي تم بينهما، وإذا لم يستلم المشتري المبيع كان المشتري مخلاً بالتزامه، ويجبر على تنفيذ التزامه، مع الغرامة إذا كان لها مقتضى، وإذا كان حفظ المبيع يكلف البائع نفقات لحفظه، فإن المشتري يتحمل هذه النفقات.

التزام المشتري بالوفاء الإلكتروني:

تنص القواعد العامة للوفاء بالالتزام على أنه يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك فالمشتري يلتزم بالوفاء بثمن المبيع الذي اتفق عليه مع البائع ما لم يكن هناك نص أو حكم يقضي بإنقاص الثمن أو زيادته عما اتفق عليه المبايعان فالالتزام المشتري بدفع الثمن هو التزام أصلي، وقد جرت عادة المحال التجارية في التعامل عبر الشبكة على أن يدفع المشتري الثمن أولاً لتضمن حقها ثم توفر له بعد ذلك ما يحتاج إليه من السلع والخدمات، وإذا كان الأصل أن يدفع المشتري ثمن السلعة أو الخدمة كما هو محدد في العرض ومع ذلك فقد يحدث أن يحتفظ التاجر بحقه في تغيير الأسعار كان تنص في العقد على أننا نحفظ بالحق في تعديل الأسعار في أي وقت، أما بالنسبة للطلبات التي قبلت فإننا نلتزم بالأسعار المحددة وقت الطلب. فأما بالنسبة لوسائل الدفع الإلكتروني فهي عديدة وسريعة التطور ومتنوعة، من أهمها التحويل الإلكتروني والبطاقات البنكية، ثم الوسائط الإلكترونية المصرفية.

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع ضوابط عقد البيع الإلكتروني، تم التعرف على ماهية عقد البيع الإلكتروني وخصائصه، والتعرف على طبيعته، وحكمه الشرعي والضوابط التي تضبطه وتنظمه، والآثار التي تترتب عليه. ومدى كفاية القواعد العامة الواردة في النظرية العامة للعقود. وعلى ضوء ما تقدم تم التوصل إلى النتائج الآتية:

1. يقوم عقد البيع الإلكتروني على ذات الضوابط التي يقوم عليها عقد البيع التقليدي، وذلك لأن عقد البيع الإلكتروني لا يختلف عن عقد البيع التقليدي إلا من خلال الوسيلة الإلكترونية التي يتم بها إبرام العقد.
2. الضمانات التقليدية التي يتمتع بها المشتري، لا نخرج أحكامها عن القواعد العامة لنظرية العقد.
3. البيع الإلكتروني يتميز بخصائص لا تتوفر في عقد البيع المبرم بالوسائل التقليدية.
4. تحديد الطبيعة القانونية للبيع الإلكتروني وتحديد الحالات التي يكون فيها عقد البيع الإلكتروني عقد إذعان أو عقد مساومة.
5. عقد البيع عن طريق الإنترنت يتم بالتراضي بين أطرافه، ويتميز بأنه يتم بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان، إلا إذا وجدت فترة طويلة نسبياً تفصل بين الإيجاب والقبول فإن التعاقد يكون بين الغائبين

زماناً ومكاناً.

6. في آثار عقد البيع الإلكتروني تم التركيز على التزامات البائع فيما يتعلق بالتزامه بالتسليم، والتزامه بضمان العيوب الخفية، وتقابلها التزامات المشتري وهي الالتزام بتسلم المبيع، والالتزام بالدفع الإلكتروني، لأن هذه هي أكثر الالتزامات التي تتأثر بالبيئة الإلكترونية.

التوصيات:

1. ضرورة وضع تشريع متكامل لإيجاد نظام قانوني يفي بمتطلبات عقد البيع الإلكتروني التي تتم في البيئة الإلكترونية.
2. ضرورة وضع ضوابط واضحة لعقد البيع المبرم عبر شبكة الانترنت، حتى يزول القلق من ذهن المتعاقد الكترونياً سواء فيما يتعلق بهوية المتعاقد أو فيما يتعلق بالعيوب الخفية وصعوبة اثباتها في بيئة الانترنت

المصادر والمراجع:

- (1) عمر خالد زريقات، التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دار الحامد، عمان، الطبعة الأولى 2007، ص59.
- (2) المرجع نفسه، ص63.
- (3) د. حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي (دراسة مقارنة)، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص40.
- (4) الرومي، محمد أمين، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، البعة الأولى (2004)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص48.
- (5) صالح، المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، (2005)، دارالنهضة العربية، القاهرة، ص11.
- (6) التوجيه الأوروبي رقم 97/7، المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، الصادر في 10/5/1997.
- (7) قانون حماية المستهلك الفرنسي.
- (8) مجاهد أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الانترنت (2002)، دار النهضة العربية، ص3.
- (9) نفس المرجع، نفس الصفحة.
- (10) سمير برهان، العقود والاتفاقيات في التجارة الالكترونية (برام عقد التجارة الالكترونية)، المنظمة العربية للتنمية الادارية، جامعة الدول العربية، ص51.
- (11) العربي مياذ، عقود الإذعان بين التأصيل الفقهي والعمل القضائي، دراسة مقارنة، مكتبة السلام، الرباط، ط1 2004، ص76.
- (12) خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الالكتروني، (2006)، دار الفكر الجامعي، مرجع سابق ص40.
- (13) <http://www.aliqtisadalislami.net> ضوابط البيع والشراء عن طريق شبكة الانترنت.
- (14) <http://www.aliqtisadalislami.net> ضوابط البيع والشراء عن طريق شبكة الانترنت.
- (15) علاء الدين الكاساني الحنفي (ت587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية 1406هـ، ج5، ص133.
- (16) محمد بن عرفة الدسوقي (ت1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ج3، ص3، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة (ت620هـ)، المغني، تحقيق د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة 1417هـ، ج6، ص9.

- (17) علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، 6/10، محمد بن عرفة الدسوقي
المرجع السابق، 3/6، ابن قدامة، المرجع السابق، 6/13.
- (18) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة (1409هـ)، دار
الفكر، دمشق، 4/94
- (19) ضوابط البيع والشراء عن طريق شبكة الانترنت - [http://www.aliqti-](http://www.aliqti-sadalislami.net)
sadalislami.net
- (20) القانون المدني الجزائري المادة (2)
- (21) السنهوري، عبد الرازق أحمد، المرجع السابق، 344
- (22) رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد
الالكتروني، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، ديسمبر 2002م، ص 227.
- (23) إلياس ناصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط1، 2009، منشورات
الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 125.
- (24) حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 216
- (25) نفس المرجع، 215-216.
- (26) قرار رقم 51/162 المتضمن قانون اليونيسترال النموذجي بشأن نشأة
التجارة الالكترونية.
- (27) حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 217-218.
- (28) إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 127.
- (29) فيصل سعيد العربي، التوقيع الالكتروني وحجتيه في الاثبات، المنظمة
العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2005، ص 179.
- (30) تامر محمود عبد الله، عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)،
الطبعة الأولى، منشورات مكتبة السنهوري، بيروت، ص 175-176، عمر خالد
زريقيات، مرجع سابق، ص 139.
- (31) فادي عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 86-87.
- (32) أ. مناني فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديث في القانون المدني
الجزائري، 2009، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر،
ص 90.
- (33) المرجع نفسه، ص 94.
- (34) بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت،
(2006)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 118.
- (35) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة،
دراسة مقارنة، ط1، (2006)، دار النهضة العربية، مصر، ص 195

- (36) محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني، الطبعة الأولى 2008م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص108.
- (37) نفس المرجع، ص108—109.
- (38) لقانون المدني الجزائري، المادة (322).
- (39) القانون التونسي رقم 83 الصادر سنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية.
- (40) علي هادي العبيد، العقود المسماة، البيع، الايجار، وقانون المالكين والمستأجرين، وفق آخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، الطبعة الرابعة 2010م، دار الثقافة، عمان، ص131-132.
- (41) محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع، التأمين (الضمان)، الايجار، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، 2013، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص353.
- (42) نفس المرجع، ص353.
- (43) عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، الطبعة الأولى، 2000، دار الثقافة الأردن، ص41.
- (44) عباس العبودي، المرجع السابق، ص166
- (45) محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص143.

الطبيعة القانونية لجريمة الفساد في التشريعات الوطنية

باحثة

أ. روعة سر الختم عبد الله عثمان

المستخلص

تناولت الدراسة الطبيعة القانونية لجريمة الفساد في التشريعات السودانية وتشخيص ظاهرة الفساد والتعرف على مفهومه وأسبابه وخصائصه وآثاره، كما تناولت الدراسة الكشف عن الآلية الوطنية لمكافحة الفساد المنصوص عليها في الدستور إلى جانب تكوينها وخصائصها وأهدافها وسلطاتها واختصاصاتها والاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد. والممارسات الفاسدة التي جرمتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد 2003م. تتبعت الدراسة المنهج التحليلي الوصفي الاستقرائي الذي يعتمد على جمع المعلومات من أمهات المصادر وتحليلها، تم وضع حدود للبحث وهي من حيث المكان جمهورية السودان بحدودها المكانية ومن ثم توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات من أهمها أن الفساد ظاهرة مدمومة نهت عنها كل الشرائع السماوية وأن الفساد أنواع وصور كثيرة وهي متداخلة ومتشابكة ومتغيرة ومتطورة وأسبابه ودوافعه يصعب فصلها عن بعض عملياً، كما أن المشرع السوداني كان سابقاً في أحكام التجريم التي نصت عليها اتفاقية الأمم المتحدة وذلك بتجريمه كافة صور الفساد في قوانينه المختلفة.

الكلمات المفتاحية:

الفساد - التشريعات الوطنية، المشرع، الرشوة

Abstract:

The study dealt with the role of national anti-corruption mechanisms in Sudanese law and the diagnosis of the phenomenon of corruption and the definition of its concept, its causes, its characteristics and its effects. It also dealt with the disclosure of the national anti-corruption mechanism provided for in the constitution along with its composition, characteristics, objectives, powers and jurisdiction, In the Sudanese criminal legislation and corruption crimes and their relationship to other types of crimes in addition to the general provisions contained in the United Nations Convention against Corruption and the international efforts against corruption

The problem of research in the national anti-corruption mechanism in the Sudanese legislation and its role and independence in the performance of its functions and whether the national legislation included all the crimes of corruption and corrupt practices that were implicated by the United Nations Convention against Corruption in 2003. The study was followed by analytical descriptive method, which is based on the collection of information from the mothers of sources and their analysis. The limits of the research were determined in terms of the location of the Republic of Sudan with its spatial boundaries. The study reached a number of conclusions and recommendations. The most important of these is that corruption is a malignant phenomenon. The Sudanese legislator was a forerunner in the criminalization provisions of the UN Convention by criminalizing all forms of corruption in his various laws.

key words:

Corruption - national legislation

مقدمة:

استشرى الفساد في السنوات الأخيرة واتسعت مجالاته وأشكاله وأصبح ظاهرة عالمية ومرضا عضالاً تفشى في كل الدول والجماعات والمجتمعات سواء كانت غنية أو فقيرة متعلمة أو جاهلة دكتاتورية أم ديمقراطية قوية أم ضعيفة بل أصبح مهدداً للاقتصاد القومي ليس فقط على مستوى الدول المتقدمة بل على مستوى الدول النامية أيضاً كما أصبح عقبة تعترض طريق التنمية الاقتصادية والاجتماعية ويعد الفساد اليوم ظاهرة عالمية شديدة الانتشار ذات جذور عميقة تأخذ أبعاداً واسعة وهو يرتبط بظهور ورغبة الإنسان بالحصول على مكاسب مادية أو معنوية يعتقد في قرارة نفسه أنه ليس له حق فيها أو الحصول عليها عن طريق الرشوة والمحسوبية أو الوساطة أو الإختلاس للمال العام.

اتفقت التشريعات الوطنية في القانون السوداني على تجريم كل الممارسات الفاسدة التي نص عليها قانون المفوضية القومية للشفافية ومكافحة الفساد لسنة 2016م التي تعد الآلية الدستورية والوطنية لمكافحة الفساد وفقاً للالتزام الدولي على غرار اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد إذا كان لا بد من وجود آلية وطنية لمكافحة الفساد يكون لها الاستراتيجية والقدرة على الأهداف والغايات الملقة على عاتقها والواقع أن المشرع أعطى أهمية كبيرة لمكافحة الفساد في سياسته التشريعية والجنائية والإدارية والمالية كما أنشأ آليات أخرى رقابية وأخرى قانونية لمكافحة الفساد.

تعريف الفساد لغة:

فسد الفساد، فسد يفسد وفسداً وفسوداً، فهو فاسد وفسد فيها ولا يقال انفسد وافسدته انا، وقوله تعالى : (ويسعون في الارض فسادا) نصب فسادا لانه مفعول له اراد يسعون في الارض للفساد وقوم فسدى لما قالوا ساقط وسقطى قال سيبويه جمعوه جمع هكلى لتقاربها في المعنى وافسده هو واستفسد فلان إلى فلان، وتفاسد القوم تدابروا وقطعوا الأرحام، واستفسد السلطان قائده إذا أساء اليه حتى استعصى عليه والمفسدة : خلاف المصلحة والاستفساد خلاف الاستصلاح وقالوا هذا الأمر مفسدة أي فيه فساد وتعريف الفساد في مفاهيم اللغة العربية (فسد ضد صلح) والفساد لغة البطلان ويعني التلف والعطب⁽¹⁾.

تعريف الفساد اصطلاحاً:

لقد اختلف الفقه حول تعريف الفساد نظراً لاختلاف توجهاتهم الفكرية وأنه لا يوجد إجماع حول تعريف الفساد وربما يعود ذلك إلى عمومية وسعة استخدامه في المجال السياسي ويبدو لنا من تلك التعريفات أن الفساد هو مفهوم مركب ومطاط وذلك لأنه يختلف من عصر لآخر ومن مكان لآخر حيث تختلف النظرة إلى السلوك الذي تنطبق عليه خاصية الفساد وطبقاً لدلالته.

أ/ تعريف الفساد في الشريعة الإسلامية :

يستمد الفساد بشكل عام معانيه في الشريعة الإسلامية من القرآن الكريم في آيات كثيرة⁽²⁾ حيث وردت كلمه (فسد) في خمسين موضوعاً في القرآن الكريم منها قوله تعالى: (وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ ۗ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ) (البقرة، 205)

وقال تعالى : (وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ) (القصص، 77)
(ظَهَرَ الْفُسَادُ فِي الثُّبْرِ وَالْبَحْرِ بِمَا كَسَبَتْ أَيْدِي النَّاسِ لِيُذِيقَهُمْ بَعْضَ الَّذِي عَمِلُوا لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ) (الروم، 41)

المبحث الثاني: تعريف الفساد في القانون السوداني والتشريعات الجنائية:

جاء تعريف الفساد في التشريع السوداني في قانون المفوضية القومية للشفافية والاستقامة ومكافحة الفساد لسنة 2016م في المادة (2) تفسير في هذا القانون ما لم يقتض السياق معنى آخر الفساد يقصد به أي من الممارسات الفاسدة المذكورة في المادة (4)

جرائم الفساد في التشريعات الجنائية الوطنية:

وردت الجرائم المتعلقة بالفساد في القانون الجنائي لسنة 1991 في الباب العاشر بعنوان (الجرائم المتعلقة بالموظف العام والمستخدم) وجاء في المادة 88(1) جريمة الرشوة 88(2) إساءة استغلال الوظائف وفي الباب السابع عشر بعنوان الجرائم الواقعة على المال

المادة 177 خيانة الأمانة وفي قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لسنة 2014م في الفصل الثامن بعنوان الجرائم والعقوبات والجزاءات المادة 35 جريمة غسل الأموال، الدراسة في هذا المبحث راعت وجهه النظر الدولية الممثلة في الاتفاقية مكافحة الفساد التي توافق النصوص النافذة في القانون الوطني كمرجع ومعياري لتحديد أهم جرائم الفساد الشائعة بالقدر الذي يحقق أهداف الدراسة ويظهر مقاصدها⁽²⁾.

أولاً: جريمة الرشوة:

الرشوة من حيث الأصل هي اتجار موظف في أعمال وظيفته من خلال إتفاقه أو تفاهمه مع صاحب الحاجة على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل يدخل في نطاق وظيفته مقابل فائدة أو عطية أو مزية يعرضها صاحب الحاجة على الموظف فيقبلها، فجريمة الرشوة هي جريمة موظف عام يتاجر في أعمال وظيفته أو يخل بواجبات وظيفته، وقد اتسع نطاق جريمة الرشوة من حيث الأشخاص فلم يعد ارتكاب جريمة قاصراً على الموظف العام وإنما اتسع ليشمل الخبراء والمحكمين والمكلفين بخدمة عامة إذ اعتبرهم المشرع في حكم الموظفين العموميين.

ثانياً: استغلال الوظائف:

نصت المادة 88/أ- (1) يعتبر مرتكباً جريمة إساءة استغلال الوظائف كل موظف عمومي يقوم بإساءة استغلال وظائفه أو سلطته أو موقعه وذلك بقيامه أو عدم قيامه بفعل ما لدى الاضطلاع بوظائفه بغرض الحصول على مزية غير مستحقة لصالحه هو أو لصالح شخص آخر مما يشكل انتهاكاً للقوانين واستغلال الوطنية يعني استغلالها من قبل صاحبها لجلب مصلحة خاصة له أو لغيره أو بهدف الاتجار بها لأن الاستغلال في اللغة يعني أخذ الشيء أو فائدته وبهذا يكون استغلال السلطة أخذ غلتها وفائدتها من خلال هذه السلطة والقدرة والقوة.

بناء على ذلك فإن الأفعال التي تشكل السلوك الإجرامي أو الركن المادي لجريمة خيانة الأمانة تتمثل في الآتي

أ / جحود المال:-

والجحود هو نقيض الاقرار كالانكار وهو الانكار للمعرفة مع العلم والمقصود بالجحود في القانون الجنائي هو انكار المال سواء كان انكاره بعدم استلامه او بادعائه كذباً برد المال وذلك بنية تملكه والاستحواذ عليه ويقصد تسبب كسب له أو لغيره أو تحقيق خسارة غير مشروعة لصاحبه، هذا لا يشترط في الجحود اخراج الشيء من حيازة الجاني فمجرد حجه او انكار تتحقق الجريمة .

ب. الامتلاك:

وهو يعني ضم الشخص المال الى ملكه بنية الاستئثار واستغلاله على سبيل الملك واختصاصه لنفسه وليس هناك صورة معينة يتوافر بها فعل الامتلاك لانه امر يقوم على مجرد النية وهي من الامور الداخلية لنفس الجاني لذلك يعتبر الامتلاك مسألة وقائع تستخلصها المحكمة من الملابس والظروف وعلي ذلك نرى ان الامتلاك والجهود كلاهما

سلوك سلبي متعلق بعدم رد المال ولكننا نجد أن الجحود يكون أوضح من الامتلاك من ناحية سوء النية لأن صاحب المال يطلب من الجاني أو المؤتمن على المال رد المال، ولكنه ينكر بالرغم من عدم تصرفه في المال⁽³⁾.

ج. التبديد:

التبديد لغة : هو التفريق ويرد الشيء فرقه والتبديد في المعنى الجنائي لا يخرج عن المعنى اللغوي كثيراً لأنه يعرف بإخراج الحائز للمال من حوزته بالتصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية كالبيع والهبة والتبديد على هذا يتطلب التصرف الذي يتعذر معه تنفيذ الالتزام بالرد إلى صاحبه، وهو يعتبر السلوك الأكثر وضوحاً في جريمة خيانة الأمانة لان الجاني بعد نية الامتلاك للمال قام بالتصرف فيه ولذلك يعتبر اقل صعوبة في الاثبات لوجود سلوك ظاهر بين سوء القصد أو الإهمال⁽⁴⁾.

د. التصرف بإهمال فاحش :

نجد ان الإهمال باعتباره من صور التصرف المعاقب عليها وقد ساوى القانون الحالي بين الإهمال وسوء القصد ولكنه اشترط ان يكون الإهمال فاحشاً واعتبر الإهمال الفاحش عنصراً من عناصر جريمة خيانة الأمانة منعاً للاستهتار وعدم اللامبالاة في التعامل في المال الذي يكون تحت يد المؤتمن⁽⁵⁾.

رابعاً: جريمة غسل الأموال:

نصت المادة (35) من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لسنة 2014م:

1. يعد مرتكب جريمة غسل الأموال كل شخص يعلم او يكون لديه ما يحمله على الاعتقاد بان أي اموال هي متحصلات ويقوم متعمداً باي من الآتي :
أ. تحويلها او نقلها او استبدالها بغرض اخفاء او تمويه مصدرها غير المشروع او بغرض مساعدة أي شخص يشترك في ارتكاب الجريمة الاصلية التي نتجت عنها الأموال والمتحصلات من الافلات من المساءلة القانونية⁽⁶⁾.
ب. اخفاء او تمويه الطبيعة الحقيقية للأموال او المتحصلات او مصدرها او مكانها او كيفية التصرف فيها او حركتها او ملكيتها او الحقوق المتعلقة بها⁽⁷⁾.

ج.. اكتساب الأموال او حيازتها او استخدامها

2. لا تحول معاقبه مرتكب الجريمة الاصلية لاثبات أن الأموال هي متحصلات .

خصائص الفساد:

ان الفساد لا يوصف تعبيراً عن انتهاك الواجبات الوظيفية وممارسه خاطئه تعلي من شان المنافع الشخصية على حساب المصلحة العامة⁽⁸⁾ ويتميز الفساد بخصائص وعلامات نبينها في الآتي :

أولاً : السرية :

تتصف اعمال الفساد بالسرية بشكل وذلك بتضمينه النشاط في ممارسات غير

مشروعه من يهم القانون او المجتمع اذ تتباين الوسائل والاساليب التي يستتر الفساد بها تبعا للجهة التي تمارس فالقيادات غالبا ما تستتر مشادها باسم المصلحة العامة وتغلف باعتبارات امنيه والتظاهر بانها تنفذ توجيهات عليا يعتذر الكشف عنها وانها غايتها النزوي والتقدير وانتفاء الظروف الاستثنائية لتمرير مشاركتها بعيدا عن انظار العاملين وعند محاوله الكشف عن حالات الفساد فانه لا يتم عاده الا لكشف جزء من الحقيقه التي يجب تعلمها او معرفتها ولكي تطمس معالمها وتستعد عناصرها فان خذلا واختلافا بثار حولها وقد ينتهي الامر الى اتهام بعض الابرياء بتسليط الضواء عليهم او بتظاهر الحياه بالدفاع عنهم⁽⁹⁾.

ثانيا : اشتراك اكثر من طرف في الفساد :

قد ينبع الفساد من شخص واحد ولكن عاده ما يشترك في السلوك الفاسد اكثر من شخص وذلك بسبب العلاقات التبادليه للمنافع والالتزامات بين اطراف العمليه اذ ان النشأة تعبر عن انفاق ادارة صانع القرار مع ادارته اولئك الذين يحتاجون الي قرارات محدده تحدم مصالحهم الفرديه اولا واخيرا وتتم ممارسه الفساد وغالبا عبر وسطاء مجهولين يلعبون الدور الرئيسي في تسهيل مهمه الطرفين بطرق احدها الاخر او دون ان يتقابلا وقتها⁽¹⁰⁾

ثالثا: سرعه الانتشار :

يتميز الفساد بخاصيه سرعه الانتشار وخاصا عندما يكون الفساد ناتجا عن المسؤولين فتتزايد سلطة الفاسدين ونفوذهم مما يعطيهم القوه للضغط علي باقي المؤسسه او الجهاز الإداري للسير علي خطاهم طوعا او كرها كما ان خاصية انتشار الفساد لا يقتصر على حدود المؤسسات او الجهاز الحكومي في الدولها لواحد بل ان الفساد قابل للانتقال من دوله لأخرى .

رابعا: التخلف الإداري :

يتزامن الفساد احيانا بعده مظاهر التخلف الاداري مثل تاخير المعاملات والتغيب عن العمل وسوء استغلال الوقت والعصبيه ضد المتعاملين مع المؤسسة او المصالح الحكوميه وغيرها من المشاكل مما يؤدي الي ظهور شعور عام لدى العناصر الصالحه في اللؤسسه والمصلحه بعدم الراحة وفقدان الحافز على العمل مما يؤثر ذلك على مصلحه المجتمع باكمله.

خامسا : سلوك منحرف :

حيث يعتبر الفساد سلوك غير سوى يحدث لمحالفه القوانين واللوائح والضوابط والاخلاق القويمه وهو ما يعبر عنه ايضا بانه فعل اجرامي يمثل الجريمة ويغاقب عليها القانون⁽¹¹⁾.

سادسا: خيانة الثقة :

أن ينطوي الفساد على الخيانة في الثقة التي يفترض أن تكون متوافره في المستوى أو تصرفات الاخلال بالثقه خيانة لمصدر الثقة أو خيانة للامانه العمل او الوظيفه والسلطة المستنده الي مرتكب الفساد.

الجهود الوطنية لمكافحة الفساد الوطنية

فيما يلي أبرز الجهود التي بذلتها جمهورية السودان لمكافحة الفساد على المستويين التشريعي والتنظيمي:

أولاً : الجانب التشريعي:

تستمد الأجهزة والاليات المعينه بمكافحة الفساد مصادرها التشريعية في مواجهه الفساد من خلال النصوص التي وردت في الدستور وبعض القوانين العامة والخاصه، لذا نتطرق الى بعض التشريعات والقوانين المتعلقة بمكافحة الفساد⁽¹²⁾

1.الدستور:

نص الدستور نصوصاً واضحة وجليه ترمي الى مكافحة الفساد والتي تضمنها دستور السودان الانتقالي لسنة 2005م في الفصل الثاني بعنوان المبادئ الهادية والمواجهات في المادة (16)القيم والطهارة العامة:

1. تسن الدولة القوانين لحماية المجتمع من الفساد والجنوح والشحور والاجتماعية وترقية المجتمع كله نحو القيم الاجتماعية الفاضلة بما ينسجم من الاديان والثقافات في السودان.

2. تسن الدول القوانين وتنشئ المؤسسات للحد من الفساد والحيلولة دون اساءة استخدام السلطة ولضمان الطهارة في الحياة العامة.

2.القانون الجنائي:

نص القانون الجنائي لسنة 1991م نصوص تهدف الى مكافحة الفساد وذلك بتجريمه انماط متنوعه من الفساد وقدر لها عقوبات، ونص في الباب الخامس الجرائم الموجهة ضد الدولة المادة (57) الاضرار بالاقتصاد الوطني وفي الباب العاشر الجرائم المتعلقة بالموظف العام والمستخدم المادة (88) الرشوة، اساءة استغلال الوظائف والمادة (89) الموظف العام الذي يخالف القانون بقصد الاضرار او الحماية المادة (92) شراء الموظف العام او مزايده في مال بطريقة غير مشروعة وفي الباب الحادي عشر الجرائم المخلة بسير العدالة من المواد (104-115).والباب الثاني عشر جرائم التزييف والتزوير من المواد (117-124) والباب السابع عشر الجرائم الواقعة على المال المادة 176 الابتزاز والمادة 177 خيانة الأمانة والمادة 182 الاتلاف الجنائي للأموال العامة⁽¹³⁾

3.قانون مكافحة غسل الاموال وتمويل الارهاب:

ورغبة من المشرع السوداني في مكافحة الفساد وفي ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والتطور التكنولوجي في العالم ظهرت جرائم متحصلة على جرائم الفساد ومنها جريمة غسل الأموال التي نص عليها في قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الارهاب لسنة 2014م في المادة(35) وأنشأ القانون في المادة(21) اللجنة الوطنية لمكافحة غسل الأموال وتمويل الارهاب وجعل لها اختصاصات وسلطات.

4. قانون مكافحة الثراء الحرام والمشبوه:

يهدف قانون مكافحة الثراء الحرام والمشبوه 1989م الى:-

حماية المال العام وتعزيز الثقة بأجهزة الدولة وموظفيها وصون كرامه الوظيفة العامة ومكافحة الكسب غير المشروع والحد من العبث لقيم واخلاقيات الوظيفة العامة وتعزيز الرقابة علي كل من يتولى وظيفة عامة ويخضع لهذا القانون⁽¹⁴⁾

5. قانون المفوضية القومية للشفافية والاستقامة ومكافحة الفساد لسنة 6102م:

هي آليه وطنية تتمتع بالشخصية الاعتبارية ولها استقلال مالي وإداري وتمارس مهامها واختصاصاتها وسلطاتها وفقا للقانون وتكون المفوضية القومية مسؤولة عن اداء اعمالها لدى رئيس الجمهورية والمجلس وذلك لتأكيد الدور الرقابي للمجلس الوطني وتتكون المفوضية القومية من رئيس وستة اعضاء من ذوي الكفاءة والخبرة الجيدة والاستقامة والنزاهة على ان يكونوا متفرغين للعمل بالمفوضية القومية على ان يتم التعيين من رئاسة الجمهورية بموافقة المجلس الوطني ويشترط في رئيس المفوضية القومية الخبرة في مجال قانوني لا تقل عن عشرين عاما، ونص القانون علي خضوع كل أجهزة الدولة لاحكامه كما نص القانون علي الممارسات الفاسدة والمجرمه في القوانين الجنائية والقوانين التنظيمية الخاصة كما نص علي الافعال التي تعتبر ممارسات فاسدة وفق الاتفاقات الدولية والاقليمية التي يصادق عليها السودان وينص القانون علي سلطات المفوضية القومية في التحقيق في اوجه الفساد واتخاذ الاجراءات اللازمة بشأن أي معاملات او عقود تنطوي على فساد مع احواله المخالفات والتجاوزات للجهات العدلية وكما نص القانون علي توفير الحماية اللازمة للشهود في قضايا الفساد ، كما نص القانون انشاء وحدة التحقيق في مخالفات الفساد⁽¹⁵⁾.

6. قانون الشراء والتعاقد:

صدر قانون الشراء والتعاقد لسنة 2010م ولائحته التنفيذية لسنة 2011م ويطبق هذا القانون على ما تحتاجه الدولة من مشتريات وتنفيذ العقود ويهدف هذا القانون الى :

1. حمايه المال العام والحفاظ على ممتلكات واصول الدولة ومحاربة الفساد واجراء المناقصات والعطاءات فيما تحتاجه الدولة من مشتريات وخدمات وتعاقدات.
2. العدالة والمساواة بين المتنافسين في المنافسات والعطاءات.
3. النزاهة والشفافية والمساواة وضبط تحديد الاجراءات المتعلقة بالشراء بطريقة المناقصة والعطاء .
4. الاشراف والرقابة علي اعمال واجراءات المناقصات والعطاءات وابرار العقود والمخازن والتخلص من الفائض وذلك لضمان سلامتها والحفاظ علي المال العام والمصلحة العامة.⁽¹⁶⁾

7. قانون الاجراءات المالية والمحاسبية لسنة 7002م:

يهدف هذا القانون للرقابة علي العمل الاداري والمالي بالوحدات الحكومية ويعني ان تخضع الادارة في جميع تصرفاتها واعمالها لاحكام القانون بكونه يمثل ضمانه لحمايه المال العام ومراقبه الصرف الحكومي وتدقيقه بواسطه ديوان المراجعة العامة ونص القانون في المادة (29) بعنوان الجرائم والعقوبات وجرم تبديد المال العام بالصرف علي غير الواجه المحدده للصرف وبالصرف علي غير المعقول على الواجه المحددة للصرف والصرف باهمال كما جرم القانون التأخير في توريد المتحصلات لخزائن الدولة وتأخذقفل الحسابات واتلاف المستندات ذات القيمة المالية وارتكاب جرائم الاعتداء علي المال العام بجميع انواعها وتجنيد الارادات او تحصيلها بنماذج غير الاصولية⁽¹⁷⁾.

الخاتمة :

ان ظاهرة الفساد هي من المشكلات التي تعاني منها معظم الأمم قديمها وحديثها وتلك الظاهرة هي من اخطر المشكلات لأنها تسري في جسم الامة من غير ان تعي لها وبذلك يهدد مقدرات الأمم والمعوق الأكبر لكافة محاولات التقدم والمقوض الرئيسي لكافة دعائم التنمية مما يجعل الفساد ومخاطره أشد فتكا وتأثيرا من اي خلل آخر فإنه لا يقتصر دوره المخرب على بعض نواحي الحياة دون البعض الاخر بل يمتد إلى شتى نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية تهدد قوة ومكانة أي دولة في العالم وتضعفها فالفساد في جوهره حالة تفكك المجتمعات نتيجة لفقدانه القيم الجوهرية وعدم احترام القانون وعدم تكريس مفهوم المواطنة وغياب ثقافة حقوق الانسان واحترامها بشكل طبيعي وتلقائي وبذلك هو افة تدمر النفس البشرية وتهدم القيم والاخلاق ناهيك عما يسببه من شلل في عملية البناء والتنمية الاقتصادية والتي تنطوي على تدمير اقتصاد البلد وبالتالي فشل الدولة بمواجهة تشخيص الظاهرة ومعرفة آثارها ثم وضع الاستراتيجيات والآليات المناسبة لمكافحتها.

النتائج :

1. إن الشرائع السماوية نهت عن الفساد في الارض وكذلك الرسل والانبياء ورسالاتهم جاؤوا يحذرون الناس من الفساد وينهونهم عن فعله فالفساد مذموم في كل الشرائع السماوية وكذلك الشرائع الوضعية.
2. المشرع السوداني لم يعرف الفساد تعريفا لغوياً أو فلسفياً أو وصفيّاً أو تفسيرياً ولكن جاء بتعريف الممارسات الفاسدة والتي يقصد بها الجرائم والمخالفات التي سنها في عدة قوانين.
3. إن الفساد انواع وصور كثيرة وهى متداخلة ومتشابكة ومتغيرة ومتطورة باستمرار وقد اعتمد الفقه على عدة معايير لتحديد هذه الانواع منهم تقييم الفساد حسب الافراد المنخرطين فيه من حيث الحجم والانتشار والمجال الذي ينتشر فيه.
4. لقد سعى المشرع السوداني في ايجاد اطر قانونية داخلية من أبرزها تشريع قانون المفوضية القومية للشفافية والاستقامة ومكافحة الفساد

استجابة لمصادقة جمهورية السودان على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

5. ان مكافحة الفساد ليست مسئولية لجنة أو جهة حكومية بعينها بل هي مسئولية الدولة بمختلف أجهزتها ومؤسساتها والمجتمع المدني بمختلف فئاته ومنظماته وأفراده كما ان العبرة في نهاية المطاف ليست باعداد استراتيجية قومية لمكافحة الفساد فحسب بل تنفيذ هذه الاستراتيجية بفاعلية وكفاءة والتطبيق القانوني السليم لمعظم التشريعات التي تكافح الفساد.

6. لم ينص قانون المفوضية القومية للشفافية والاستقامة مكافحة الفساد بالنص صراحة على استقلال المفوضية في اداء مهامها والاضطلاع بواجباتها وفقا لما جاء في اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد بمنح هيئات مكافحة الفساد الاستقلالية اللازمة للقيام بوظيفتها ولكن القانون نص في المادة 5 أن تكون المفوضية مسؤولة عن اداء اعمالها لدى رئيس الجمهورية والمجلس الوطني باعتباره جهة رقابة على السلطة التنفيذية وذلك نص القانون على انشاء المفوضية وتكون لها شخصية اعتبارية وخاتم عام ولها حق التقاضي باسمها ومنحها القانون الاستقلال المالي والاداري

7. يعتبر الاطار القانوني للتشريعات الوطنية بمثابة نموذج متكامل لمحاربة ومحاصرة كافة جرائم وصور الفساد وهو ما يقطع بثبات موقف المشرع السوداني من اجل مكافحة هذه الظاهرة التي تتجاوز آثارها الحدود الوطنية للدول.

8. بالرغم من الجهود المبذولة من طرف الدولة في ادارة مكافحة الفساد من خلال الاليات القانونية والرقابية والامنية المعنية لمكافحة الفساد وهي بلا شك تسهم بشكل كبير في التضييق والحد من الظاهرة إلا انها لم تتخلص بشكل نهائي.

التوصيات :

1. الاسراع من مؤسسة الرئاسة في تعيين رئيس واعضاء المفوضية القومية القومية للشفافية والاستقامة ومكافحة الفساد .
2. تفعيل برامج الحكومة الالكترونية في كل الدوائر الحكومية ووضعها حيز التنفيذ.
3. توعية الموظفين العموميين بظاهرة الفساد وخطرها وتداعياتها وتأثيرها على المجتمع واخلاقياتهم ودورهم في التبليغ عن حالات الفساد في المصلحة.
4. الاسراع في محاكمة مرتكبي جرائم الفساد وتوقيع العقوبات والجزاءات الرادعة التي تناسب كل فساد وتحد من ظهوره وتكون معلنة لجميع الجمهور.

5. التعاون بين السلطات والاليات المختصة بمكافحة الفساد وباقي اجهزة الدولة.
6. تحسين الظروف المعيشية للموظفين العموميين بأجر يتناسب مع وضعه الاجتماعي والاسري مع الظروف المعيشية للبلد
7. اتاحة الفرص لخلق نوع من الابداع والتطوير للموظفين العموميين مكافاتهم.
8. توفير القيادات الشابة النشيطة المؤمنة بالتطوير والتغيير والتي لديها مؤهلات علمية وخبرات عملية لقيادة العمل الوظيفي
9. تبسيط المعاملات في المصالح الحكومية وجعلها اكثر شفافية وتيسير للمواطنين في قضاء معاملاتهم بكل شرعة
10. اداء القسم للموظفين العموميين الذين يشغلون وظائف قيادية في الدولة للحفاظ على الوظيفة العامة والمال العام من عدم استغلال النفوذ واساءة استخدام السلطة.

المصادر والمراجع:

- (1) ابن منظور (1972) ج 11 حرف الفاء ، دار صادر 2003م ، ص 551.
- (2) محمد فؤاد عبد الباقي ، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ، دار الحديث ، القاهرة ، 1996م ، ص 629 ، 630
- (3) الجريش، سليمان بن محمد (2003م) إساءة استغلال السلطة في الوظيفة العامة ، رسالة ماجستير ، جامعة نايف العربية ، الرياض ، ص 33 .
- (4) الجيلي، شمس الدين (2006م) جريمة خيانة الامانة جامعة الخرطوم ، 2006م
- (5) السيد محمد حسن الجوهري مرجع سبق ذكره ، ص 67 - 68
- (6) حمودي جمال الدين : الفساد الاداري مقال منشور على الانترنت صفحة الحوار المتمدن بتاريخ 2015/2/22م
- (7) الديرابي، محمد صادق (2012) : جرائم الفساد بين اليات مكافحة الوطنية والدولية النركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، ص 70.
- (8) عبد الباقي، محمد فؤاد (1996م) ، المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ، دار الحديث ، القاهرة ، ص 54.
- (9) الكبيسي، عامر الفساد والعولة، المكتبة الجامعية، الرياض 2005م ، ص 20.
- (10) مليكة، بكوش (2013م) جريمة الاختلاس في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ، رسالة ماجستير ، جامعة وهران ، الجزائر ، ص 90.
- (11) أبو عبد العزيز أهم آليات مكافحة الفساد مقال منشور على الانترنت 2017/12/10م
- (12) حسيني توفيق ابراهيم استراتيجية مكافحة الفساد مقا متاح على شبكة الانترنت بتاريخ 2014/9/71م
- (13) عامر خضير الكبيسي استراتيجيات مكافحة الفساد ، جامعة نايف للعلوم الامنية ، الرياض 2007م ، ص 61.
- (14) عبد المجيد محمود عبد المجيد الاحكام الموضوعية لمكافحة جرائم الفساد دار نهضة مصر ، ج 2 المهمدسين الجيزة 2014م ، ص 33.
- (15) شهاب سليمان عبد الله مصطفى ابراهيم محمد مبادئ العدالة الجنائية بين المواثيق الدولية والتشريع السوداني ، الدار القومية للثقافة والنشر ، مص 2009م ، ص 99.
- (16) يسن عمر يوسف النظرية العامة للقانون الجنائي السوداني سنة 1991م دار ومكتبة الهلال بيروت ط 1 ، 1993 ، ص 12.
- (17) بوبكر اسمهان جريمة استغلال النفوذ في ظل قانون مكافحة الفساد ، جامعة محمد خيضر ، 2014م ، ص 87.

بنوك النطف والأجنة

أ. مساعد - كلية الشريعة والقانون - جامعة دنقلا

د. نوال بشرى أحمد

المستخلص:

إن موضوع بنوك الأجنة موضوع شغل أفكار رجال الدين والقانون لمعرفة الأحكام الشرعية والقانونية لبنوك الأجنة. وقد تناول البحث هذا الموضوع في ثلاثة مباحث، تناول فيها حقيقة بنوك الأجنة ومن ثم نشأتها والأسباب التي أدت إلى إنشاء بنوك الأجنة ومن ثم الأحكام المترتبة علي إنشائها من تجميدها وإتلافها وحكم الاستفادة من تلك البنوك. تأتي أهمية الموضوع لدراسة الرأي الشرعي في الحالات التي يقع فيها تجميد النطف وبيان مدى توافقها مع أحكام الشريعة واعتمدت الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي لآراء الفقهاء. كما وأن الدراسة تهدف إلى مدى الاستفادة من تجميد الحيوانات المنوية في الأبحاث والتجارب دون الوقوع في المحظورات الشرعية. كما أنها تهدف لمعرفة الحالات التي يجوز فيها تجميد الأجنة ومدى توافقها مع أحكام الشريعة وقواعدها. وتوصلت في النهاية تلك الدراسة للنتائج الآتية إن إنشاء البنوك محل خلاف بين العلماء، وأن أسباب نشأة هذه البنوك هي لجانب فطري أي هو تحقيق الرغبة في إنجاب الأولاد ولجانب مادي وهو الحصول على مال سواء بطريقة مشروعة أو غير مشروعة. كما يجوز تجميد الأجنة محاطاً بشروط وإجراءات معينة ويجوز إجراء التجارب على الأجنة إذا كان الغرض تجارب علاجية لإيجاد دواء للأمراض المستعصية على ألا تخالف هذه التجارب القواعد والشروط وألا تؤدي إلى أضرار بالمجتمع، وأن الفقهاء متفقون بأن البنوك التي تقوم بخلط السوائل المنوية دون معرفة هوية أصحابها يعتبر ذلك حراماً شرعاً ولا يجوز التعامل بها، كما يجب عند التلقيح الاقتصار على العدد المطلوب تفادياً لوجود فائض، وإذا وجد فائض يترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياته علي الوجه الطبيعي، كما يجوز استعمال اللقاح الفائض من أطفال الأنابيب إذا تبرع بها الوالدان ولا يجوز استعماله في حمل غير مشروع. كما تحتوي الخاتمة علي بعض التوصيات وأوصى الباحث بإصدار قوانين خاصة لضبط عملية الإخصاب البشري.

Abstract

It is obvious that the sperm banking issue makes thoughtful of religious men and law enforcement in order to know the provision of Islamic and legal laws for these sperm banking , the researcher

conducted this paper in three dimension for sperm banking. The study based on the analytical inductive approach as main data analysis, The study aims to get the benefits from cryopreservation of those DNA in experts and research, regardless its strictly for-biddances, and also aims to know the conditions which it could be allowed to cry preserve those sperms. The researcher takes the fact of sperm banking , it is inception and the reasons of emergence the sperm banking and the laws which resulting on it is inception from its destruction , the cryopreservation and the law of getting advantages from these sperm banking . The researcher found out that bank is a laboratory with physical and chemical characteristics to keep the sperm for specific period , the jurists have agreed that the bank which mixing up without knowing the identity is forbidden and it is now allowed to deal with it . The reason of establishing these banks either for having the innate desire or gaining the material desire , and it is very important when zygote taking only the exact amount is needed so as to avoid the additional excess , if there is an excess it must be put out without any medical attention until it pass away naturally . It is possible to use the excess zygotes test from tube babies if their parents donated , and it can't be used in illegal pregnant

مقدمة :

الحمد لله الذي خلق أطواراً ، وصرّهم في أطوار التخليق كيف شاء عزة واقتداراً ، وأرسل الرسل إلى المكلفين أعداراً منه وإنذاراً ، فأتم لهم على من اتبع سبيلهم نعمته السابقة وأقام بهم علي من خالف مناهج حجته البالغة ، فنصب الدليل وأنار السبيل ، وقطع المعاذير وأقام الحجة وأوضح الحجة . وبعد. فإن المستجدات العلمية الطبية في نمو مزدهر، وتتميز بتقدم هائل في العلوم التقنية في العصر الحاضر، حدثت مستجدات طبية تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي فيها واعتمدت الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي لآراء الفقهاء. كما تهدف الدراسة إلى مدى الاستفادة من تجميد الحيوانات المنوية في الأبحاث والتجارب دون الوقوع في المحظورات الشرعية. كما أنها تهدف لمعرفة الحالات التي يجوز فيها تجميد الأجنة. وكان لا بد من معرفة ماهية البنوك وأسباب إنشائها ولقد قسمت البحث إلى ثلاثة مباحث : تعريف البنوك لغاً:

البنوك جمع البنك، وهي كلمة غير عربية ترجع إلى أصل فرنسي ويراد بها الصندوق المتين

لحفظ النفائس .ولكن مؤداها واحد وهي:

- 1- مؤسسة تقوم بعمليات الائتمان للإقراض وللإقتراض .(1)
 - 2- محل تجاري أعماله الرئيسية مختصرة في استلام رؤوس الأموال وحفظها ودفعتها وإقراض رؤوس أموال للتعامل بها .(1)
 - 3- هو مكان يحفظ فيه الناس أموالهم ويستردونها حين يحتاجون إليها (2)
- ولما كان من أهم وظائف البنوك إيداع الأموال وحفظها نقلت هذه اللفظة لحفظ البويضات والأجنة وصار استعمالها شائعاً.
- ثانياً : تعريف البنوك في الاصطلاح

- 1- هي مخازن لحفظ وتخزين الحيوانات المنوية البشرية، بواسطة تبريدها وتجميدها في مادة النتروجين السائل وحفظها لأزمان طويلة.(4)
- 2- هو المركز أو المؤسسة التي تقوم بحفظ الحيوانات المنوية إلى حين طلبها إما لإجراء تجارب عليها أو لعمل إخصاب طبي مساعد .(5)
- 3- هو مختبر ذو خصائص فيزيائية وكيميائية مناسبة تحفظ فيه الحيوانات المنوية لفترة مناسبة حسب الطلب .(6)
- 4- هي أماكن خاصة يتم فيها حفظ الحيوانات المنوية الخاصة بالرجال ثم اللجوء للبنك عند الحاجة للحصول علي الحيوانات المنوية لاستخدامها في التلقيح الصناعي .(7)

تعريف الأجنة

أولاً : تعريف الجنين لغاً:

(الجنين المستور من كل شيء أو المقبور ، ومنه الجنين الولد في الرحم والجمع أجنة أو جنن)

كما ورد في لسان العرب في مادة (” جنين ” جن الشيء يجنه جنأً، ستره، وكل شيء ستر عنك فقد جن عنك، وجنة الليلة إذا أظلم، يجننه جنأً وجنوناً وجن عليه، يجنه بالضم جنوناً وسمي المجنون لاستتار عقله وأجنه ستره، وفي الحديث جن عليه الليل أي ستره، وبه سمي الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه) كما قال الله تعالى: (اتخذوا أيمانهم جنة فصدوا عن سبيل الله فلهم عذاب مهين). (8) . وقال تعالى : (فلما جن عليه الليل رأى كوكباً قال هذا ربي فلما أفل قال لا أحب الآفلين) (9).

وفي القاموس المحيط : (أجن عنه واستجن استتر الجنين الولد في بطن أمه، وأجنة و أجنن وكل مستور وجن في الرحم يجن هنا استتر) .(10)

ويعرف البستاني الجنين (بأنه الولد ما دام في بطن أمه فيكون أولاً نطفة ثم يصير علقة ثم يصير مضغة ثم جنيناً) (11) . ويتضح مما سبق أن الجنين لغة هو الولد المستور في رحم أمه فإذا خرج حياً فهو (الولد) وإن خرج ميتاً سقط.

ثانياً: تعريف الجنين اصطلاحاً:

يرى الفقهاء⁽¹²⁾ (أن الجنين اسم للولد في البطن مأخوذة من الاجتنان وهو الستر لأنه أجنة بطن أمه أي ستره. فالجنين هو المستور في بطن أمه في ظلمات ثلاث)⁽³²⁾. فالولد ما دام في الرحم فهو جنين لقوله تعالى (وإذ أنتم أجنة جنة في بطن أمهاتكم).⁽¹⁴⁾ وقد اختلف الفقهاء في تسمية الحمل جنيناً:

1. الحنفية: (هو الولد ما دام في الرحم، ويكفي استنبانه بعض خلقة كظفر أو شعر).⁽¹⁵⁾

2. المالكية: (الجنين ما ألقته المرأة فما يعرف أنه ولد، وقال بعضهم وإن لم يكن مخلقاً وكذلك إذا سقط منها ولد مضغة كان، أو عظماً كان فيه الروح إذا علم أنه ولد ولم يتبين خلقه من عين ولا أصبع ولا غير ذلك).⁽¹⁶⁾

3. الشافعية: (لمقابلة الجنين هو اسم للمستتر في بطن أمه ذكراً أو أنثى تام الخلقة أو لا، ولذلك سمي الجن جنناً لاستتارهم، فإن خرج الجنين حياً سمي ولداً أو ميتاً سمي سقطاً). ويرى الإمام الشافعي (بأن الحمل لا يوصف ولا يطلق عليه اسم الجنين إلا بعد مدة أربعين يوماً وذلك لأن يكون به الشيء جنيناً أن يبين منه شيء من خلق آدمي، ولا يحدث ذلك إلا بعد مرور أربعين يوماً من الحمل، فهو يتخذ من بداية الخلق أساساً لاعتبار الحمل جنيناً، أما قبل ذلك فهو كيان مادي لم يتخلق بعد أو هو مجرد قطعة لحم).⁽¹⁷⁾

ولقد عبر القرآن الكريم عن ذلك بقوله تعالى: (فإننا خلقناكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ثم من مضغة مخلقة وغير مخلقة).⁽¹⁸⁾ ويستنتج من ذلك الجنين هو المستتر في بطن أمه ذكراً أو أنثى تام الخلق أو غير تام، وإذا أخرج الجنين يسمى ولد أو ميتاً يسمى سقطاً.⁽¹⁹⁾

ثالثاً تعريف الجنين طبيياً: هو الولد في بطن أمه عندما يظهر عليه الطابع الإنساني بتكون الاجهزة المعروفة للإنسان ويكون ذلك من الشهر الثالث من الحمل إلى حين الولادة.⁽²⁰⁾ ومن علماء الأجنة من يطلق علي الجنين علي المدة الواقعة بين انغراز البويضة الملقحة في جدار الرحم ونهاية الأسبوع الثامن).⁽²¹⁾ إنشاء بنوك الأجنة وأسباب إنشائها.

نشأة بنوك الأجنة:

بدأت أولى المحاولات لاستعمال السائل المنوي المجمد في إيطاليا 1780م حيث أجري تجارب ناجحة علي الحيوانات والضفادع والكلاب وكانت المحاولة الأخيرة باستعمال نطف محفوظة في الثلج 1938م و وجد أن الحيوانات المنوية يمكن أن تحتفظ بمقوماتها لمدة ثماني سنوات في درجة 296 تحت الصفر. وفي عام 1950م نجح العلماء في الاحتفاظ بتبريد نطف الثور إلى درجة 79 درجة

تحت الصفر. وتطورت الفكرة واتجه العلماء إلى تطبيقها علي البشر بغرض الإنجاب في أي سنة من سنوات العمر.⁽²²⁾

ولقد تم إنشاء أول بنك في العالم في عام 1980م في الولايات المتحدة حيث تعهد الدكتور روبرت جراهام بشراء مني العباقرة والعلماء دون ذكر أصحاب هذه النطف منعاً للمشاكل التي قد تقع مستقبلاً.

وفي فرنسا تم الإعلان عن أول بنك للسائل المنوي في عام 1973م وقد تم اعتراض الكنيسة على مبدأ التلقيح.⁽²³⁾

كما انتشرت بنوك البويضات في أمريكا. وأيضاً في بريطانيا ومنها الشركة الشهيرة (كلير أوستين). كما أعلن مصور أزياء أمريكي عن افتتاح موقع علي الانترنت هو الأول من نوعه لبيع بويضات ملكات الجمال وعارضات أزياء عالميات جاهزة للتلقيح. لذا فإن لأي وسيلة لعلاج عدم الخصوبة والعقم تلقى ترحيباً لدى الأزواج ولدى الدوائر الطبية فكان من هذه الوسائل أن لجأ العلماء في الغرب إلى تطوير فكرة حفظ مني الحيوانات إلى حفظ مني الآدميين وللاستفادة من هذه التقنية في تحقيق رغبة الكثيرين في الإنجاب.

ثانياً: حكم إنشاء بنوك الأجنة:

إن أهل العلم من المسلمين متفقون علي أن البنوك التي تقوم بخلط السوائل المنوية دون أن تقوم بتحديد أصحابها أو تقوم بتلقيح الزوجة بعد وفاة زوجها من مائه أو البويضة الملقحة منه لا يجوز التعامل معها وان ما تقوم به محرم شرعاً⁽²⁴⁾.

أما بنوك الأجنة الملقحة في الحالات المشروعة فهي محل خلاف بين المعاصرين ولذلك لا بد من بيان الحالات المشروعة:⁽²⁵⁾

أ. المرأة التي لديها خيارات الخصوبة محدودة بسبب المرض أو الجراحة كاستئصال المبيض.

ب. سهولة إعادة محاولة الحمل (أطفال الأنبوب).

ج. الرجل الذي يعاني من عدم وجود حيوانات منوية في السائل المنوي.⁽²⁶⁾

موقف العلماء من إنشاء البنوك:

لا يفرق أكثر العلماء المعاصرين⁽²⁷⁾ بين إنشاء بنوك الأجنة في الحالات المشروعة وغير المشروعة فمنعوها في كلتا الحالتين، وبعضهم أجازوها في الحالات المشروعة بالضوابط الآتية:

1. أن يتم حفظ الأجنة في أوعية لا يقع فيها الاختلاط.

2. ألا تعطى إلا للزوجة أثناء قيام الزوجية.⁽²⁸⁾ وعللوا ما ذهبوا إليه بأن هذه العمليات

تجرى بين الزوجين بينهما عقد شرعي صحيح ولا فرق بين أن يكون الأمر عى

الفور أو التراخي أو أن يكون مجمداً أو غير مجمد.⁽²⁹⁾

وأن عملية التلقيح الصناعي إنما أجازها من أجازها من العلماء خلافاً للأصل

للضرورة والحاجة، إذ إن لهذه العملية محاذيرها ومخاطرها.

أدلة المانعين على إنشاء البنوك:
استدلوا بعدة أدلة منها:
أولاً من القرآن الكريم

1. (ألم نخلقكم من ماء مهين، فجعلناه في قرار مكين).⁽³⁰⁾ ومعنى كونه مكيناً أي حافظاً لما أودع فيه، وإن في إنشاء هذه البنوك عبثاً بماء الرجل في غير قراره والإسلام لا يقره.
2. (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة).⁽³¹⁾ ووجود بنوك المني ينافي وجود السكن والاستقرار وحصول الرحمة 3/ من القواعد العامة: إن في إنشاء البنوك تضييعاً لمطلب ضروري جاءت به الشريعة الإسلامية وهو حفظ النسل، فمن أغراض هذه البنوك بيع مني الرجل لأجنبية تريد التلقيح به فتخلط الأنساب فمنعه حفظ لهذا المطلب للضرورة.

قال الشاطبي: (اتفقت الأمة بل سائر الأمة علي أن الشريعة وضعت للمحافظة علي الضروريات الخمس، الدين، والنفس، والعرض، المال والعقل).⁽³²⁾

إن المفاصد الناتجة عن وضع هذه البنوك أعظم وأشد خطراً من المصالح منها، فمن مفاصد تلقيح المرأة بماء أجنبي وقد تلقح الزوجة خطأ أو عمداً لعدم الأمانة.⁽³³⁾ لذلك إذا تعارضت مفسدة ومصالحة قدم دفع المفسدة غالباً.⁽³⁴⁾

ومن خلال ما سبق يتضح أن الرأي الراجح هو عدم جواز إنشاء بنوك للمني في حالات الحفاظ غير المشروعة. وكذلك إذاعمت الحاجة كانت الضرورة بجواز إنشاء البنوك في الحالات المشروعة وبالضوابط المشار إليها.

أسباب إنشاء بنوك الأجنة

هناك دواعٍ متعددة لإنشاء هذه البنوك :

1. تحقيق الرغبة الفطرية في إنجاب الأولاد ولا يكون ذلك إلا بحفظ النطف الإنسانية.
2. دواعي وأسباب مادية وهو حصول المراكز العلمية علي المال سواء كان بطريق مشروع أو غير ذلك.
3. التجارب الطبية حيث تهدف إلى تحسين مستوى النطف وتحسين نتائج العمليات ودراسة مشاكل العقم والإخصاب حيث تمثل أهمية كبيرة لمراكز البحث العلمي.⁽³⁹⁾
4. علاج كثير من الأمراض: مثل استعمالها في دراسة الفيروسات وبحوث الغدد الصماء وعدد الأجنة للهرمونات، وأمراض الدم النادرة، وأمراض الشيخوخة والسرطان.⁽⁴⁰⁾

الأحكام الشرعية المتعلقة ببنوك الأجنة تجميد الأجنة وإتلافها

تعتبر مسألة تجميد الأجنة إحدى المشاكل التي تفرزها عملية التلقيح الصناعي

الخارجي أو طفل الأنبوب، والأجنة المجمدة هي في مراحلها المبكرة ، يتم حفظها في ثلاجات خاصة في درجة حرارة معينة وفي سوائل خاصة تحفظ حياته وتبقى على حالها دون نمو لحين الحاجة إليها، وعند طلبها يتم إخراجها من الثلاجات المحفوظة ويسمح لها بالنمو (41).
أولاً: لأسباب الداعية للتجميد :

1. وفرة البويضات التي يأخذها الأطباء في مراكز التلقيح من مبيض المرأة، حيث إن الأطباء يقومون بإعطاء المرأة عقاقير بدورها تؤدي إلى جعل المرأة تفرز عدداً كبيراً من البويضات. (42)
2. تجميد الأجنة يؤدي إلى معاودة الحمل بسهولة مرة أخرى إذا فشلت المحاولة الأولى.
3. تجميد الأجنة يؤدي إلى الابتعاد عن خطورة الحمل المتعدد.
4. تجميد الأجنة يؤدي إلى خفض تكاليف مشاريع التلقيح الصناعي الخارجي.
5. يؤدي الاحتفاظ بالأجنة المجمدة إلى تجنب المرأة مشاعر ومتاعب مخاطر سحب البويضات.
6. يؤدي الاحتفاظ بالأجنة ودراساتها لمعرفة الكثير من الأمراض الخاصة (43).

ثانياً : حكم تجميد الأجنة.

حكم تجميد الأجنة في الشريعة الإسلامية

- القول الأول :حرمة تجميدها، بحث مجمع الفقه الإسلامي موضوع الأجنة الزائدة عن الحاجة في دورة مؤتمره السادس في جده في عام 1990م وقررت الآتي:
1. في ضوء ما تحقق علمياً من أماكن حفظ البويضات غير الملحقة للسحب منها، يجب عند تلقيح البويضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة تفادياً لوجود فائض من البويضات الملحقة.
 2. إذا حصل فائض من البويضات بأي وجه من الوجوه يترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.
 3. يحرم استخدام البيضة الملحقة مرة أخرى ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة دون استعمال البيضة الملحقة في حمل غير مشروع (44) وبه قال أغلب الفقهاء المعاصرين بحجة استعمال اللقيحة استعمالاً محرماً .
- كما أن التجميد يؤدي إلى تجزئة فترة الحمل إلى فترتين فترة سابقة على التجميد وفترة لاحقة وقد يتجاوز مجموع المديتين الفترة المحددة للحمل (45). وكما به أصدرت دار الإفتاء بفتوى تقتضي بعدم شرعية بنوك الأجنة واعتبرتها شراً مستظيماً على نظام الأسرة ونذير انتهاء الحياة الأسرية (46) وهو نفسه موقف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية التي جاء فيها (أن الوضع الأمثل في موضوع مصير البويضات هو أن لا يكون هنالك فائض منها) (47).
- الرأي الثاني : جواز تجميدها**

أجاز المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري تجميد

البويضات بشرط حيث نص علي الآتي :

1. يجب أن يقتصر عدد الأجنة المنقولة إلى رحم الزوجة على ثلاث أو أربع بويضات ملقحة ويمكن الاحتفاظ بالعدد الزائد من البويضات بطريقة التجميد بعد الموافقة السابقة من الزوجين.

2. البويضات الملقحة المجمدة هي ملك للزوجين ويمكن استخدامها ونقلها للزوجة نفسها في دورات متتالية إذا لم يحصل حمل خلال فترة سريان عقد الزواج وفي حياة الزوج⁽⁴⁸⁾ وبه قال بعض الفقهاء المعاصرين واضعين لذلك شروطاً :

أ. أن تشرف علي العملية جهة طبية موثوقة.

ب. إصدار قانون ينظم هذه العملية⁽⁴⁹⁾.

ومما سبق يتضح أن الرأي الراجح هو عدم تجميد الأجنة سداً للذرائع وما ينتج من مشاكل خطيرة قد تسبب خطراً مستطيراً في المجتمع لذا يقتضي إغلاق هذا الباب سداً للذرائع وذلك لكثرة المراكز في بلاد العالم الإسلامي .

ثالثاً: حكم إتلاف الأجنة الزائدة

يقصد بإعدام الأجنة الزائدة والتخلص منها وإماتها، ولكن إذا كان هذا الإعدام هو أحد الحلول التي يمكن طرحها، فإنه للوهلة الأولى أمراً سهلاً وميسوراً في نظر الأطباء لاسيما الأطباء الذين لا يضبط عملهم وازع أو ضمير. ولذلك فإن بيان حكم إعدام الجنة فيه قولان :

القول الأول: جواز إهدار البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة لأن بعض الفقهاء يقول إنه ليس لهذه البويضات حرمة الحياة قبل أن تغرس في جدار الرحم قياساً على إهدار الحيوانات المنوية، ولذلك لم تمنح تلك المقومات التي يحيا بها الجنين وأجازوا صراحة الاعتداء عليها وإسقاطه في المراحل الأولى من الحمل .وهؤلاء بنوا رأيهم على رأي الفقهاء من الحنفية بقولهم إن البويضة المخصبة قبل نفخ الروح لا حياة لها ولا تعتبر جنيناً بقول بن عابدين (إنما يباح للمرأة استئزال الجنين قبل نفخ الروح لأنه ليس بأدمي)⁽⁵⁰⁾ والشافعية⁽⁵¹⁾ والحنابلة لا يجوز شرب دواء لإلقاء النطفة)⁽⁵²⁾ وذلك قولهم في إباحة الإسقاط بعد الحمل ما لم يتخلق منه شيء وقبل نفخ الروح فيه.

وهو نفسه قول مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة التي تبنت فكرة إهدار هذه البويضات في توصياته (أباحة التخلص من الأجنة الفائضة في مراكز أطفال الأنابيب بتركها دون عناية سداً للذرائع وعدم التلاعب بالأجنة المجمدة مستقبلاً)⁽⁵³⁾.

القول الثاني : تحريم إهدار البويضة الملقحة ويرى أن البويضة الملقحة خارج الرحم تعد جنيناً له شخصية الجنين كما مقرر له كل مقومات الحياة وهو دور من أدوار الإنسان الذي كرمه الله سبحانه وتعالى فتترك البويضات الفائضة وشأنها للموت الطبيعي⁽⁵⁴⁾ .وهؤلاء بنوا رأيهم على رأي جمهور الفقهاء أنه لا يجوز إسقاط الحمل قبل تخلقه ونفخ الروح فيه وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية (الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحياة

فيجعل كالحى في إيجاب ذلك الضمان بإتلافه. (55) والمعتمد عند المالكية (لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً، وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعاً). (56) ومن خلال ما سبق يتضح أن العلماء يميلون إلى إتلاف هذه اللقائح تجنباً للمشاكل التي تنتج من تجميدها، والذي يترجح لدي هو الرأي الثاني أنه تترك البويضات وشانها للموت الطبيعي.

المطلب الثاني : إجراء التجارب علي الأجنة حكم إجراء التجارب في الشريعة الإسلامية

تعتبر البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة من أكثر المنتجات البشرية استخداماً في الأبحاث العلمية، وذلك لسهولة الحصول عليها إلا أن هذه التجارب تختلف حسب الهدف الذي تصبو إليه ومنها:

1. تجارب علاجية التي يكون هدفها تطبيق علاج جديد تم اكتشافه.
2. تجارب غير علاجية وهي تجارب تجرى على اللقائح دون قصد العلاج لفضول علمي. (57)

موقف فقهاء الشريعة المعاصرين من إجراء التجارب على البويضات الزائدة انقسموا إلى قسمين:

1. يجوز إجراء التجارب عليها وبه قال أغلب الفقهاء المعاصرين على كل البويضات والحيوانات المنوية لأن كلاً منهما منفرداً لا قيمة له: قال القرطبي: (إن النطفة ليست بشيء يقينياً ولا يتعلق بها حكم إذا ألقته المرأة وإذا لم تجتمع في الرحم) (58). وإن كانت الحياة موجودة فيها إلا أنها لا تستمر إلا بالالتقاء وتلقيح الحيوان المنوي للبويضة، فإجراء التجارب لا يكون على الإنسان بل على ما هو دونه وفيه أشبه الحياة بالحيوان والنبات (59) وهو موقف مجمع الفقه الإسلامي في موضوع الخلايا الجزئية حيث أجاز استعمال اللقائح الفائضة عن مشاريع أطفال الأنابيب. كما أجازت لجنة العلوم الطبية الفقهية في الأردن إجراء التجارب العلمية على اللقائح الفائضة إذا وجدت بيانات تكفل عدم اختلاط الأنساب والتلاعب بالأجنة على أن تتم العملية تحت إشراف جهة مركزية موثوقة ووضعوا الشروط الآتية :

- أن يكون الهدف علاجي من التجربة .
- أن يرحح احتمال نجاح التجربة .
- ضرورة إجراء الأبحاث قبل بلوغ الأجنة 14 يوماً .
- ضرورة إهدار الأجنة بعد خضوعها للتجربة .
- الرضا الكتابي للزوجين. (61)

2. حرمة إجراء التجارب عليها (إن حياة الجنين حياة محترمة شرعاً ولا يجوز الاعتداء عليها إلا بعذر شرعي معتبر ومن ثم لا يجوز استخدام الأجنة مصدراً لزراعة الأعضاء إلا في حال الإجهاض التلقائي) (62) وفق ضوابط محددة وبذلك جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السادس بجدة 1990م بشأن استخدام الأجنة

مصدراً لزراعة الأعضاء حيث قرر الآتي :

لا يجوز استخدام الأجنة مصدراً للأعضاء المطلوب زراعتها في إنسان آخر إلا في حالات معينة وبضوابط لا بد من توافرها .

القرار الثاني : لا يجوز أن تخضع عمليات زراعة الأعضاء لأغراض التجارب على الأجنة البشرية الحية لأن لها حياة آدمية آيلة إلى الاكتمال وأما الأجنة الميتة فيجوز إجراء التجارب عليها واستخدام خلاياها وأعضائها في هذه التجارب مع مراعاة الضوابط التي سبق ذكرها في نقل الأجنة.

وما سبق يترجح لدي أن القول الذي يبيح إجراء التجارب العلاجية على اللقائح مع مراعاة الضوابط التي تحفظ كرامة الإنسان.

الخاتمة :

بعد العرض المتواضع لهذا الموضوع وما يتعلق به يمكن استخلاص النتائج الآتية :

1. الهدف الأساسي الذي يدور عليه التطور العلمي هو النفع العام للبشرية.
2. إن إنشاء البنوك محل خلاف بين العلماء.
3. أن أسباب نشأة هذه البنوك هو جانب فطري أي هو تحقيق الرغبة في إنجاب الأولاد ومادي وهو الحصول على مال سواء بطريقة مشروعة أو غير مشروعة.
4. أن البنوك التي تقوم بخلط السوائل المنوية دون تحديد هوية أصحابها أو تقوم بتلقيح الزوجة بعد وفاة زوجها بمائه لا يجوز التعامل معها لأن ما تقوم به حرام.
5. يجوز تجميد الأجنة تجميداً محاطاً بشروط وإجراءات معينة.
6. يجوز إجراء التجارب على الأجنة إذا كان الغرض تجارب علاجية لإيجاد دواء للأمراض المستعصية على ألا تخالف هذه التجارب القواعد والشروط وألا تؤدي إلى إضرار بالمجتمع.

التوصيات:

أوصي بإصدار تقنين ينظم عملية الإخصاب البشري بكافة طرقه ووضع ضوابط صارمة تنظم تلك العملية.

المصادر والمراجع:

- (1) المعجم الوسيط، ابراهيم انيس واخرون، 1987، امواج للطباعة والنشر ص 1 - 71
- (2) دائرة المعارف - القرن الرابع عشر - العشرين - 2/363
- (3) دائرة معارف الناشئين، فاطمة محجوب، ط دار الهلال - ص 76
- (4) الأنساب والأولاد لعبد الحميد دراسة لموقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الصناعي - ص 73
- (5) بنوك النطف والأجنة، عطا عبد العاطي السنباطي، ط2 مكتبة الانجلو المصرية، ص 2
- (6) المسائل الطبية المستجدة، عبد الجواد حجازي، اصدارات الحكمة، ط3 1/199
- (7) <http://www.gn.com/health/woman/>
- (8) سورة المجادلة - آية 16
- (9) سورة الأنعام - آية 76
- (10) القاموس المحيط 4، الفيروز ابادي/212
- (11) دائرة المعارف، للبستاني، 1883، طبعة دار المعارف بيروت، 6/569
- (12) الجامع لأحكام القرآن،، للقرطبي أبو عبد الله محمد بن احمد، بيروت الطبعة الأولى دار الكتب العلمية . 12/110
- (13) سورة الزمر - آية 6
- (14) سورة النجم - آية 32
- (15) رد المختار علي الدار المختار لمحمد بن إبراهيم مطبعة طبعة 2 الناشر مصطفى الحلبي وأولاده .، 6/26، المبسوط، لمحمد بناحمد بن سهل السرخسي، 1989، دار الكتب العلمية 6/26 - بدائع الصنائع بترتيب الشرائع ابي بكر بن مسعود كمال الدين المعروف بالكاساني، دار الفكر، بيروت، طبعة 1- ص 124
- (16) الشرح الصغير مطبوع مصر بهامش المجموع، لاحمد بن محمد المعروف بالدرديري، دار المعارف 13/23
- (17) الأم - الإمام، ابو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي، دار المعرفة بيروت، ط2، 5 / ص 143 وما بعدها - ط1322 هـ - كتاب مجموع شرح المهذب - الشيرازي مكتبة الارشاد جدة - ط5 - ص471
- (18) سورة الحج - آية 5

- (19) حاشية الشرقاوي 2 الشرقاوي، عبدالله بن حجارة ، ، احياء الكتب العلمية
محيط / 280
- (20) تطور الجنين وصحة الحمل ، ددمحي الدين ، دار ابن كثير ، 12/ 587
- (21) حلق الإنسان بين الطب والقران ، دمجد علي البار ، 1984، الدار السعودية، ص 376-379
- (22) التلقيح الصناعي بين الشريعة والقوانين الوضعية، شوقي زكريا، دار النهضة
العربية، 2002، ص 134
- (23) مجلة الاهرام العدد 11114 ، ص 1
- (24) القضايا الاخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب - 464، اخلاقيات التلقيح
الصناعي محمد علي البار ، ط دار السعودية للنشر - 113، احكام الجنين في الفقه
الاسلامي، دغمر بن محمد طبعة دار الاندلس ، ص 261 ، الاستنساخ والإنجاب ، بين
تجريب العلماء وتشريع السماء ، دكارم السيد، 1998، دار الفكر العربي، ص 26 8
- (25) البنوك الطبية البشرية ، و أحكامها الفقهية ، إسماعيل مرحبا ، ط 1 ، 1429 هـ ، دار
بن الجوزي ص 370
- (26) البنوك الطبية البشرية ، مرجع سابق ص 370
- (27) الطيب و أدبه وفقهه ، د . محمد علي البار ، د ز زهير أحمد السباعي ، دار العلم ،
دار الشامية ، 1997م .
- (28) المسائل المستجدة - 205، مرجع سابق / 206
- (29) البنوك الطبية البشرية ، مرجع سالك - ص 386
- (30) سورة المرسلات - آية 20 - 21
- (31) سورة الروم - آية 21
- (32) الموافقات ، الشاطبي، طبعة دار العلمية، 1/ 38
- (33) الاستنساخ والإنجاب ، مرجع سابق ص 268 - بنوك الأجنة البشرية ، مرجع سابق
ص 381
- (34) الأشباه والنظائر ، جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطي، دار احياء الكتب العلمية، ص
87 ، شرح القوانين الفقهية ، مجمد بن احمد بن جزى ، دار القلم بيروت ص 201

- (35) التلقيح الصناعي بين الشريعة والقانون، مرجع سابق ص 137
- (36) الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، مرجع سابق ص 26
- (37) التلقيح الصناعي بين أقوال الفقهاء وأراء العلماء ، أحمد محمد لطفي ، دار الفكر الجامعي ، ط 2006 م.، ص149
- (38) التلقيح الصناعي ، مرجع سابق ص 8
- (39) أحكام الجنين في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ص 259 ، أخلاقيات التلقيح الصناعي ، مرجع سابق 101
- (40) مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ، ودورة مؤتمر السادسة بجدة بالمملكة العربية السعودية 1990م
- (41) التنظيم القانوني لطفل الأنابيب - ص 140
- (42) الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي 1/71
- (43) مؤتمر المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة بالكويت 1987م
- (44) المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط والأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري الصادر عن المركز الإسلامي للبحوث السكانية - الحلقة السابعة
- (45) البنوك الطبية البشرية / مرجع سابق ص 905
- (46) حاشية بن عابدين ، مرجع سابق 1/202 - 2103
- (47) تحفة المحتاج ، في شرح المنهاج، احمد بن محمد بن حجر الهيتمي، دار الحديث 9/41
- (48) كشاف القناع للبهوني البهوتي/ منصور بن يوسف بن ادريس ، (1982)، علي متن الاقناع، عالم الكتب 1/220
- (49) الندوة المنعقدة بمقر الجمعية الطبية بالكويت - 30/11/1987م - مجلة الفقه الإسلامي - ج3 عدد -172 ص 6
- (50) المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية - الإسلام والمشكلات المعاصرة - ص 757
- (51) فتح القدير، للشوكاني، دار المعرفة، 2007،، 3/400
- (52) حاشية الدسوقي ، شمس الدين بن احمد الدسوقي، دار الكتب ، طبعة الازهرية 2/266/267

- (53) المركز القانوني للجنين - 147 - أحكام التجارب الطبية علي الإنسان - ص 29
- (54) الجامع لأحكام القران ، مرجع سابق ص 205
- (55) أطفال الأنابيب - ص 218
- (56) الاجتهاد المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي ، مرجع سابق ص 176

التكيف القانوني للتدخل الدولي المعاصر من خلال العمل الإنساني (أزمة دارفور أنموذجاً)

-أستاذ مشارك- القانون الدولي العام - كلية القانون والشريعة - جامعة نيالا

د. أحمد إسحق شنب محمد

مستخلص:

تهدف الدراسة لتناولت «التكيف القانوني للتدخل الدولي المعاصر من خلال العمل الإنساني» (أزمة دارفور أنموذجاً)، كما ركزت على التعرف بالموضوعات المتعلقة بمشروعية التدخل الدولي الإنساني، وذلك باستخدام المنهج التاريخي الوصفي التحليلي، وقد اعتمدت الدراسة على طرق ووسائل لجمع المعلومات والتي لها علاقة بموضوع الدراسة من ذلك الكتب والمراجع والمجلات المختصة والانترنت، ومن ثم تحليل ذلك بغية الوصول إلى نتائج. ومن أسباب الدراسة ما شهدته الفترة الأخيرة من مشاكل دولية ونزاعات مختلفة في مناطق مختلفة من العالم كالعراق والصومال ويوغسلافيا، ساهمت في تعدد حالات التدخل الإنساني بصور مختلفة وما أثير حوله من إشكاليات حول مشروعيتها. الكشف عن الجذور التاريخية وأهم تطورات ظاهرة التدخل الإنساني. ويأتي الهدف من الدراسة من كونها تعتبر محاولة للكشف عن مدى نجاح الدراسة في وضع أو إيجاد نصوص الغرض منها معرفة مشروعية التدخل الدولي الإنساني في ظل الممارسة الإنسانية، وما إذا كان التطور التشريعي لتلك القوانين الخاصة بمشروعية التدخل الدولي الإنساني قد أدى إلى توسيع نطاق مشروعية التدخل الدولي الإنساني من خلال الممارسة الإنسانية أم لا؟ .

Abstract

The study aims to address & QUOT; the legal adaptation of contemporary international intervention through humanitarian work & QUOT; (Darfur crisis as a model). It also focused on identifying issues related to the legitimacy of international humanitarian intervention, by using the historical, descriptive and analytical approach. The subject of the study includes books, references, specialized magazines and the Internet, and then analyzing that in order to reach conclusions. Among the reasons for the study is the recent international problems and various conflicts in different regions of the world, such as Iraq, Somalia and Yugoslavia, which contributed to the multiplicity of cases of humanitarian intervention in different ways and the problems raised around it about its

legitimacy. Exposing the historical roots and the most important developments of the phenomenon of humanitarian intervention. International humanitarian intervention has led to the expansion of the legality of international humanitarian intervention through humanitarian practice or not? .

مقدمة:

أصبح القانون الدولي في وقتنا الراهن يهتم بشكل متزايد لمسألة حقوق الإنسان وذلك عن طريق العديد من المحاور والآليات أهمها صياغة بعض القيود القانونية الدولية على تصرفات سائر الدول تجاه رعاياها. مع تعاظم شأن حقوق الإنسان في ظل التطورات الحديثة في المجتمع الدولي اهتزت بشدة الكثير من المبادئ التقليدية للقانون الدولي العام، فتعالت بعض الأصوات منادية بحق التدخل الإنساني لأجل كفالة واحترام حقوق الإنسان، وانتقاداً لمبدأ عدم التدخل في شكله التقليدي الجامد وأصبح هناك اتجاه يرى أن حقوق الإنسان هي أمر يهم الإنسانية بأسرها، لما لذلك من ارتباط وثيق بالإنسانية نفسها، فذلك أمر يخص الكافة بصرف النظر عن النظام القانوني الذي ينتمي إليه الفرد بجنسيته، ولذلك فلا يجوز أن تصطدم حقوق الإنسان بمبدأ عدم التدخل، ومن غير المقبول أن تسجن حقوق الإنسان في قلعة سيادة الدولة على مدار التاريخ. والحقيقة لم تكن فكرة التدخل الإنساني محلاً لاتفاق الفقهاء، فقد انقسم الفقهاء حول هذه الفكرة بين معارض ومؤيد عبر المراحل التاريخية التي مر بها تطور القانون الدولي الإنساني. انطلاقاً مما تقدم يعتبر موضوع التدخل الإنساني من المواضيع المثيرة للجدل على مستويات عديدة، وهو ليس بمفهوم حديث النشأة بل له جذوره الضاربة في القدم سواء على المستوى النظري أو الممارسة الدولية، حيث حظي بنقاشات واسعة من طرف المفكرين والباحثين والخبراء في مجال القانون الدولي العام، وأيضاً على مستوى المنظمات والهيئات الدولية. وما يمكن الإشارة إليه أن التدخل لإنساني يعتبر من الوسائل القديمة الحديثة في آن واحد لحل المشكلات المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان، مما أدى إلى إثارة إشكالات قانونية حادة حول مفهوم ومشروعية التدخل .

مشروعية التدخل الإنساني.

يرى لاس أوبنهايم أن التدخل إما أن يكون مبنياً على حق وهنا لا يعتبر انتهاكاً لسيادة الدولة ، وإما أن يكون مبنياً على غير حق وهنا يعتبر انتهاكاً لسيادة الدولة وقد حدد سبع حالات منح فيها القانون الدولي للدولة المعنية حق التدخل منها: حالة ارتباط الدولة المتدخل في شؤونها لمعاهدة تقيد نطاق سيادتها، وفي حالة إخلال إحدى الدول بقاعدة من قواعد القانون الدولي المعترف بها، فتجبرها الدول الأخرى على السير طبقاً لهذه القاعدة، وحالة التدخل لحماية رعايا الدولة في الخارج وفي حالة التدخل الجماعي المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة لحفظ السلام والأمن الدوليين وهذه الحالات الأربع يمكن أن تكون أساساً قانونية يستند إليها التدخل الإنساني.⁽¹⁾

المطلب الأول: مشروعية التدخل الفردي لحماية حقوق الإنسان.

لقد اعتبر القانون الدولي من مبدأ عدم التدخل الركيزة الأساسية التي تحكم العلاقات الدولية، فالدولة لا تملك التدخل في شؤون دولة أخرى وفقاً للأخيرة من حق البقاء والوجود، وهذا يؤكد أن الدولة لا تستطيع اللجوء إلى التدخل إلا في أحوال استثنائية عندما تكون سلامتها مهددة استناداً إلى حقها في صون استقلالها وحماية سيادتها من الاعتداء عليها. ومن أجل البحث عن مدى مشروعية التدخل الإنساني من قبل إحدى الدول نخصص الفرع الأول للتدخل غير العسكري، والفرع الثاني للتدخل باستخدام تدابير عسكرية.

الفرع الأول: مشروعية التدابير غير العسكرية من الدول.

تتمثل التدخلات غير العسكرية في الضغوط السياسية، وفي قطع العلاقات الدبلوماسية، أو قطع المعونات، أو وقف المساعدات والإمدادات الإنسانية⁽²⁾. مع إبرام ميثاق الأمم المتحدة عام 1945 والنص على عدم اللجوء إلى القوة العسكرية إلا في حالات جد محدودة، أصبح تنفيذ التدخل الإنساني يتم بصفة أساسية من خلال اللجوء إلى التدابير والإجراءات غير العسكرية⁽³⁾.

إن قضية حقوق الإنسان لم تكن تحتل مكانة متميزة في السياسة الخارجية لأي دولة ولكن مع وصول الرئيس الأمريكي السابق جيمي كارتر إلى سدة الحكم عام 1976م صارت هذه الحقوق تأتي في مقدمة اهتمامات السياسة الخارجية الأمريكية⁽⁴⁾.

أولاً: تطبيقات تدخل الدول غير المسلح لحماية حقوق الإنسان:

لجعل الدول التي ينسب إليها انتهاك حقوق الإنسان، احترام هذه الحقوق تلجأ بعض الدول إلى اتخاذ العديد من التدابير التي قد تكون ذات طبيعة سياسية أو اقتصادية أو دبلوماسية...إلخ، ومن الأساليب التي قد تتبعها الدول في ذلك :

1. توجيه النقد من قبل قادة بعض الدول لما يحدث من انتهاكات لحقوق الإنسان في دول أخرى وذلك في تصريحاتهم العامة وفي المحافل الدولية، تخفيض حجم أو مستوى التمثيل الدبلوماسي، إلغاء الزيارات الرسمية.
2. إدراج مسألة انتهاك حقوق الإنسان في إحدى الدول على جدول محادثات مسؤوليها مع نظرائهم في الدول التي تقدم إليها مساعدات اقتصادية أو إنسانية، كل ذلك مع إمكانية وضع شروط جديدة أو تشديد الشروط القائمة لمنح هذه المساعدات⁽⁵⁾.
3. للتأثير اقتصادياً على البلدان التي ينسب إليها انتهاك حقوق الإنسان بصورة جسيمة ومتكررة، فتوقف المساعدات العسكرية أو الاقتصادية، وتفرض القيود على المبادلات التجارية أو توجه الاستثمار بالابتعاد عن هذه البلدان، ومنها من يربط سياسته المتعلقة بهذه البلدان داخل الهيئات الدولية المالية بمدى احترام هذه البلدان لحقوق الإنسان. وبالإضافة للإجراءات السابقة فإن الدول التي تسعى لتعزيز احترام حقوق الإنسان في البلدان الأخرى قد تتخذ إجراءات أخرى مثل: استدعاء البعثات التجارية، وقف منح القروض الحكومية وائتمانات التصدير، حظر الواردات. وتعد هذه الجزاءات الاقتصادية

وسيلة فعالة في حمل هذه البلدان على الإقلاع عن هذه الممارسات، إذا توافرت ظروف معينة. فعندما تعتمد إحدى الدول النامية في اقتصادها على تصدير سلعة معينة، فإن فرض قيود على استيراد مثل هذه السلعة من شأنه أن يحمل مثل هذه الدولة على تغيير ممارساتها القمعية وإهدارها لحقوق مواطنيها. وفي هذا المجال الاقتصادي، تعد أوغندا مثلاً واضحاً حيث تعتمد اعتماداً كلياً على تصدير البن للدول الغربية التي تسعى لتعزيز حقوق الإنسان، فإن فرض هذه الدول للقيود على وارداتها من البن الأوغندي لا بد وأن يحمل أوغندا على تحسين ممارستها في مجال حقوق الإنسان. وفي بعض الأحيان قد تضر عمليات وقف المساعدات الاقتصادية سكان البلد المستهدف أكثر مما يلحقه من ضرر بالنظام الحاكم⁽⁶⁾. وهناك حالات كثيرة يتم غض البصر عنها من طرف الدول الكبيرة عن الانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان في بلد ما، وذلك لأهمية هذا البلد من الناحية الاستراتيجية والاقتصادية بالنسبة للدول الكبرى⁽⁷⁾. كما يتوقف موقع الدول المعنية بالارتقاء بحقوق الإنسان في البلدان الأخرى على طبيعة العلاقة بينهما وبين هذه البلدان، فعندما تكون العلاقة تتسم بالصدقة والتحالف فإن الدول المتقدمة تغض البصر عما ينال حقوق الإنسان من انتهاكات في هذه البلدان وحينما يغلب طابع العداء والتوتر فإن الدول المتقدمة تسعى للتضخيم من حجم هذه الممارسات وخير مثال على ذلك الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يسيطر على التقارير السنوية التي تعدها وزارة الخارجية الأمريكية التضخيم من حجم انتهاكات حقوق الإنسان في بلدان معينة تتسم علاقاتها معها بالتوتر والعداء مثل إيران وسوريا وكوبا وكوريا الشمالية، وعلى ذلك فإن التدخل بفرض هذه التدابير لا يتقيد في الغالب بالمعايير.

ثانياً: مشروعية التدابير غير المسلحة:

نظراً لما يثيره موضوع التدخل في الشؤون الداخلية للدول من انتهاك لسيادتها أو استقلالها، فإن البلدان التي تتخذ ضدها التدابير سياسية أو اقتصادية لانتهاكها الجسيم والمتكرر لحقوق الإنسان كثيراً ما تعترض على مثل هذه التدابير وتعتبرها تدخلاً غير مشروع في شؤونها الداخلية. لذا لزم إيضاح مدى صحة هذا الوصف عند اتخاذ تلك التدابير، بحيث إنه يلزم توافر عنصرين أساسيين حتى يمكن وصف مسلك معين بأنه تدخل غير مشروع في الشؤون الداخلية لإحدى الدول وهما أن يتضمن فعل التدخل معنى الأمر وإلزامه، وأن تتعلق الأمور التي يتم التدخل بمناسبتها في إطار الاختصاص الداخلي لهذه الدولة. وتطبيق مدى توافر هذين العنصرين على التدابير السياسية والاقتصادية التي قد تتخذها بعض الدول ضد البلدان التي ينسب إليها انتهاك هذه الحقوق، يتضح أن الأمور التي تدخلت فيها هذه الدول تندرج في نطاق الاختصاص الداخلي لهذه البلدان تجاه الدول التي تقوم بتنفيذ فعل التدخل.

فليس هناك قاعدة عامة اتفاق دولي يخول الدولة متخذة التدابير الحق في تتبع مدى احترام حقوق الإنسان في البلد الذي ينسب إليه انتهاك حقوق الإنسان، ويمنحها في ذات

الوقت الحق في اتخاذ التدابير الملائمة لمنع مثل هذا الانتهاك. ففيما يتعلق بمدى توافر عنصر تعلق تلك التدابير بالاختصاص الداخلي، نجد أنه متحقق وتعتبر تدخلاً في أمور تدرج في الشؤون الداخلية للبلد. أما بالنسبة لعنصر الأمر أو الإلزام في تلك التدابير الاقتصادية والسياسية، نجد أنه بالرغم من أنه من الأضرار الكثيرة التي يمكن أن تترتب عليها فإنه يظل صحيحاً القول أن هذه التدابير لا تنطوي على معنى الأمر أو الإلزام لهذا البلد. فطالما ظل هذا الأخير قادراً على عدم الانصياع لهذه التدابير، من ثم حراً في متابعة ممارساته الخاصة بحقوق الإنسان، كلما صار من الصعب القول باشمال هذه التدابير على معنى الأمر أو الإلزام.

وإذا وجد البلد المستهدف بهذه التدابير في وضع يستوجب منه ضرورة الانصياع والخضوع لما تقضي به هذه التدابير، فهنا يصير في الإمكان القول بتحقيق عنصر الأمر أو الإلزام، غير أن هذا لا يتحقق على الصعيد النظري حيث يظل في إمكانية البلد المستهدف بهذه التدابير القدرة على قبول أو رفض ما تقضي به هذه التدابير من أحكام، وعليه فإن هذه التدابير لا تشكل تدخلاً غير مشروع في الشؤون الداخلية للدول المستهدفة بها⁽⁸⁾.

الفرع الثاني: مشروعية التدخل الإنساني العسكري الفردي لحماية حقوق الإنسان.

بقيام التدخل الإنساني على أساس من الانتقائية بالنظر إلى اختلاف المصالح القومية للدول الكبرى التي تتدخل بادعاء تحقيق أغراض تتمثل في حماية حقوق الإنسان، فقد انقسم الفقه الدولي حول مشروعيتها إلى اتجاهين:
أولهما: يعارض التدخل لحماية حقوق الإنسان.

والثاني: يؤيد مشروعية التدخل لحماية حقوق الإنسان.
أولاً: عدم مشروعية التدخل الإنساني.

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن المستقبل ينبئ بتزايد تدخل الدول والمنظمات الدولية بغرض الحماية الإنسانية إلا أن القواعد القانونية التي تحكم العمليات الإنسانية لازالت غير واضحة، خاصة في ضوء موقف الأمم المتحدة والقرارات الصادرة من مجلس الأمن، كالقرار رقم 940 عام 1994 بشأن هايتي والذي أجاز استعمال القوة بينما عارضه العديد من الباحثين أمثال (Tom Hadden و Colin Hamey) واعتبروه انتهاكاً لسيادة دولة عضوة في الأمم المتحدة، كما اعتبروا العمل العسكري الذي قاده الولايات المتحدة غير شرعي وتنجم عنه آثار لا يمكن تداركها⁽⁹⁾.

ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى عدم مشروعية التدخل الدولي الإنساني و يبررون ذلك إلى كونه يخالف العديد من مبادئ القانون الدولي وقواعده الأمرة، فضلاً عن أنه سيستخدم لتحقيق المصالح الخاصة، وبالتالي سيؤدي إلى نشر الفوضى الدولية بدلاً من حفظ السلم والأمن الدوليين⁽¹⁰⁾.

حيث تقضي المادة (4/2) من ميثاق الأمم المتحدة بحظر استخدام القوة أو التهديد باستخدامها ضد دولة أخرى وانتهاك سلامة أراضيها أو استقلالها السياسي بأي حال من

الأحوال إلا في حالة الدفاع الشرعي وفقاً للمادة (51) من الميثاق أو تطبيقاً لنظام الأمن الجماعي عن طريق المنظمات الدولية في حالة تهديد السلم والأمن الدوليين أو الإخلال بهما أو عند وقوع العدوان (وفقاً لأحكام الفصل السابع من الميثاق).

فإنه بالنظر إلى الاستثنائين الواردين على مبدأ حظر استخدام القوة نجد أن التدخل لاعتبارات إنسانية لا يدخل في نطاق أي منهما، وعليه يعد تدخلاً غير مشروع⁽¹¹⁾. ومن مقتضيات أعمال مبدأ السيادة فإن الميثاق يعتبر أن العلاقة بين الحكومة والشعب هي من صميم الاختصاص الداخلي للدول، وبالتالي فإن التدخل لاعتبارات إنسانية يهدر اثنين من المبادئ الأساسية هما عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء في الأمم المتحدة المادة (7/2) ويخالف الحظر الوارد بالمادة (4/2) من الميثاق، ويعد بالتالي من قبيل العدوان حتى لو استتر بالمبررات الإنسانية.

وكذلك فقد نص إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام 1975 والخاص بمبادئ القانون الدولي التي تحكم العلاقات الودية والتعاون بين الدول على أن تتدخل دولة أو مجموعة من الدول في شؤون دولة أخرى بشكل مباشر أو غير مباشر، يمثل انتهاكاً لنصوص الميثاق وروحه وهذا من شأنه أن يخلق وضعاً يهدد السلم والأمن العالمي⁽¹²⁾.

ونشير هنا إلى أن أغلب الدول ترفض رفضاً قاطعاً توجيه الاتهام إليها لانتهاكها حقوق الإنسان وتعتبر ذلك تدخلاً غير مشروع في شؤونها الداخلية. وأكثر من ذلك فإنه لا يحق للأمم المتحدة ذاتها التدخل في الشؤون الداخلية للدول إلا إذا أدى ذلك إلى تهديد السلم والأمن الدوليين وفقاً للمادة (7/2) من الميثاق. ففي هذه الحالة الأخيرة فإن انتهاك حقوق الإنسان يفقد صفته الداخلية ويتحول إلى قضية دولية بوصفها سبباً من أسباب تهديد السلم والأمن الدوليين أو الإخلال بهما. فإذا لم يترتب على انتهاك حقوق الإنسان في دولة معينة تهديد للسلم الدولي أو الإخلال به، فإنه لا يحق للأمم المتحدة التدخل لحماية حقوق الإنسان.

وإذا كانت مبادئ ميثاق الأمم المتحدة قد أكدت على احترام الحقوق الأساسية للإنسان وكرامة الفرد (الديباجة و المواد 56/3، 55/3، 1/3) وتعزيزها تحقيقاً للعدالة. إلا أن إقرار هذا المبدأ لم يقصد منه تحقيق العدالة المطلقة في حد ذاتها ولكن باعتباره أساساً موضوعياً لحفظ السلم والأمن الدوليين تماماً مثل ضرورة العمل على تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية. فإذا فشلت الوسائل السلمية في تحقيق العدالة (احترام حقوق الإنسان) ، وأصبح الخيار بين تحقيق العدالة وحفظ السلم، فإن حفظ السلم تكون له الأولوية وبالتالي فإن استخدام القوة أو التهديد باستخدامها، ضد السلامة الإقليمية والاستقلال السياسي للدولة بحجة حماية حقوق الإنسان هو عمل غير مشروع مهما كان الهدف نبيلاً وعادلاً. فإن عدالة أو نبل الهدف لا تبرر مشروعية استخدام القوة لتحقيقه⁽¹³⁾.

ومما سبق يرفض البعض مشروعية التدخل الإنساني من جانب دول منفردة أو مجتمعة، خاصة إذا ما ترتب على ذلك تدخل إسقاط حكومة، حتى ولو كانت مسؤولة عن إهدار حقوق مواطنيها.⁽¹⁾

ثانياً: تأييد مشروعية التدخل الإنساني

هناك فريق آخر من الفقهاء يعمل على تأييد مشروعية التدخل الإنساني من جانب الدول، وذلك بالاستناد إلى ثلاث حجج، وذلك على النحو الآتي:

الحجة الأولى: تغير مفهوم السيادة مع تطور القانون الدولي

يذهب أنصار هذه الحجة أن قيم المجتمع الدولي المعاصر قد تطورت على نحو أدى إلى تغير المفهوم التقليدي للسيادة مما أدى إلى فرض قيود جديدة وعديدة على سيادة الدول. فلم تعد السيادة مطلقة كما كانت من قبل ولكنها أصبحت سيادة مقيدة وفي واقع الأمر فإن مبدأ السيادة لم يكن أبداً مبدأ مطلقاً للدرجة المتصورة له نظرياً، إذ إن التقدم التكنولوجي الهائل في كافة المجالات كان له الأثر الكبير نحو زيادة القيود المفروضة على الدول بفعل واقع الترابط والاندماج بين الدول والشعوب ففي ظل عالمية حقوق الإنسان أصبحت الدولة مسؤولة عن انتهاك هذه الحقوق يستوي في ذلك كون الشخص المضرور مواطناً أو أجنبياً. ومن بين القيود التي فرضت على السيادة الإقليمية للدول في مجال حقوق الإنسان نشأت قواعد قانونية، وتم وضع آليات لحماية حقوق الإنسان تستدعي قيام التعاون بين الدول لوضعها موضع التنفيذ. فقد حدث تغير في قيم المجتمع الدولي تفرض قيام توازن جديد بين احترام مبدأ السيادة من جانب، وبين ضرورة حماية حقوق الإنسان تحقيقاً للعدالة المجتمعية من جانب الآخر.

ويستندون في وجهة نظرهم لما أكدته محكمة العدل الدولية في كثير من أحكامها وآرائها الاستشارية حول أن مفهوم الشؤون الداخلية يتسم بالتطور والتغير لأنه يخضع لتطور قواعد القانون الدولي، وبعبارة أخرى، فإن ممارسة السيادة تخضع لقواعد دولية ذات طابع متطور بصفة مستمرة .

ومما لا شك فيه أن القانون الدولي قد تطور لتحقيق حماية حقوق الإنسان ومن ثم فرض قيود على سيادة الدول في هذا الحقل من حقول اختصاصاتها الداخلية. وهذه القيود هي قيود اتفاقية أساساً. وبالتالي فإن التدخل لحماية حقوق الإنسان. لا يعتبر تدخلاً في الشؤون الداخلية للدول لأنه قائم على تنفيذ الاتفاقيات الدولية التي سبق أن وقعت عليها وأقرتها هذه الدول بإرادتها المنفردة .

ولا يمكن أن نغفل قاعدة نسبية أثر المعاهدات، حيث لا تلزم الاتفاقيات الخاصة بحماية حقوق الإنسان سوى الدول الأطراف في تلك الاتفاقيات⁽¹⁾.

وبما يعني أن الدول التي لم ترتبط باتفاقيات دولية لحماية حقوق الإنسان، لا يجوز التدخل بحجة حماية حقوق الإنسان في تلك الدول مهما بلغت جسامة انتهاك حقوق الإنسان فيها وذلك تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر المعاهدات وعملاً بنص المادة 6/7 من ميثاق الأمم المتحدة (باستثناء حالة تدخل الأمم المتحدة إذا كان انتهاك حقوق الإنسان يعرض السلم والأمن الدوليين للخطر أو يخل بهما) .

إن نسبية أثر المعاهدات والاتفاقيات لم تلق قبولاً لدى أنصار التدخل لحماية حقوق الإنسان، وحثتهم في ذلك أن القواعد الاتفاقية الخاصة بحقوق الإنسان قد أصبحت مبادئ

عامة من مبادئ القانون الدولي أو قواعد عرفية وفقاً لمفهوم المادة (38) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، وذلك لتواتر العمل بها وإقرارها في التشريعات الوطنية الرئيسية في العالم، وبهذا تكون هذه القواعد ذات طبيعة تشريعية ملزمة لجميع دول العالم. أي أن قواعد حماية حقوق الإنسان هي قواعد موضوعية تلتزم بها جميع الدول.¹ وقد أضاف مؤيدو التدخل لحماية حقوق الإنسان، بأن انتهاكات حقوق الإنسان أصبحت جرائم دولية يعاقب عليها الأفراد وليس فقط الدول. وبالتالي أصبحت قضية محل العناية الدولية والقانون الدولي وليست محصورة في نطاق الاختصاص الداخلي للدول وهي تمثل جزءاً أساسياً من قيم المجتمع الدولي المعاصر.

الحجة الثالثة: تحلل الدول الأعضاء من التزاماتها المنبثقة عن م (4/2) إذا عجز مجلس الأمن عن القيام بمسؤولياته.

تتعلق هذه الحجة بمدى فاعلية الأمم المتحدة وقدرتها على الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، فإذا عجزت المنظمة عن تحقيق ذلك الهدف تسترد الدول حقها في استخدام القوة وفقاً للقواعد التقليدية التي كان معمولاً بها قبل إقرار ميثاق الأمم المتحدة ويكون للدول الحق في استخدام القوة لتحقيق حماية حقوق الإنسان، وينتفي التحريم الوارد في المادة (4/2) بحيث يعود للدول الحق الكامل في الدفاع عن نفسها بشكل كامل عند فشل مجلس الأمن على اعتبار التدخل الإنساني جانب من جوانب الدفاع عن النفس، ويدعي أنصار التدخل الدولي الإنساني أنه إزاء خيبة الأمل السائدة في أعقاب الحرب العالمية الثانية وعدم فعالية الأمن الجماعي فإن التمسك بالمعنى الكامل للحظر المطلق الوارد في نص المادة (4/2) من الميثاق من شأنه إغماض العين حيال الخسائر في الأرواح وإهدار الكرامة الإنسانية التي تعد الهدف المنشود لميثاق الأمم المتحدة، ويضيف بعض أنصار التدخل الإنساني أنه إزاء كثرة الانتهاكات الخطيرة للمادة (4/2) من الميثاق فقد أدى ذلك إلى فقد ما لها من مصداقية حقيقية في تطبيق مبدأ حظر استخدام القوة.²

المطلب الثاني: مشروعية تدخل الأمم المتحدة الإنساني

إن ميثاق الأمم المتحدة أولى اهتماماً كبيراً لحقوق الإنسان، إذ جاء في ديباجته ما يلي: نحن شعوب الأمم المتحدة، نوّكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره ما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية، كما جعل الميثاق من تعزيز حقوق الإنسان مقصداً من مقاصد الهيئة الدولية، حيث نصت المادة (3/1) أن « مقاصد الأمم المتحدة هي: تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والتعاونية والإنسانية، وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً، والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء » هذا وقد احتوت مواد الميثاق (13) و(55) و(56) و(62) و(67) و(86) على نصوص لحقوق الإنسان. وإذا تم التركيز على نصوص الميثاق المتعلقة بحقوق الإنسان يمكن القول: أن مؤتمر سان فرانسيسكو قد قصد أن مشكلة حفظ السلام العالمي والمحافظة عليه لا تحل بمعالجة التهديدات الموجهة للأمن أو بتسوية

النزاعات فقط، إذ لا بد من خلق الظروف المناسبة لتحقيق حياة أفضل يدافع عنها الفرد ويعمل في جوها على تحقيق الرخاء والرفاهية للجميع، وهو ما يتطلب تحسين الأحوال المعيشية للدول في المجالات الاقتصادية والاجتماعية وتوسيع حرية الإنسان، ويعني ذلك أن حل النزاعات لا يكفي لتحقيق السلام العالمي بل يجب تحقيق التعاون الدولي لدعم هذا السلام.⁽¹⁾

الفرع الأول: مشروعية التدخل الإنساني من قبل الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة

لقد أثير جدل كبير حول طبيعة الالتزامات التي تفرضها نصوص الميثاق على الدول الأعضاء فيما يتعلق باحترام حقوق الإنسان، بسبب ما يمكن أن يترتب عليها من قيام الأمم المتحدة بمساءلة الدول المنتهكة لحقوق الإنسان، ومبعث هذا الجدل أن المنظمة الدولية تقوم على مبدأ المساواة في السيادة بين أعضائها، وأنه ليس في الميثاق ما يسوغ لها التدخل في المسائل التي تدخل في الاختصاص الداخلي للدول. ولا سيما أن الميثاق عندما تحدث عن حقوق الإنسان كمقصد من مقاصد الأمم المتحدة لم يفصل هذه الحقوق ولم يلزم الدول الأعضاء بغير تحقيق التعاون لحل المسائل الدولية ذات الصبغة الإنسانية. وإذا كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد استهدف إرساء نظام عالمي للحقوق حيث تنص م 27 على أن لكل فرد حق التمتع بنظام دولي يمكن أن تحقق في ظله الحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الإعلان تحقّقاً تاماً.

وأيضاً فقد أثير الجدل حول القيمة القانونية الملزمة للإعلان حيث يقول البعض بإفتقاره لعنصر الإلزام وذلك إما لاعتباره مجرد إعلان عن نوايا وتطلعات الأسرة الدولية صوب تحديد حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وبحيث لا يكون له إلا قيمة معنوية ولا يترتب أي التزام دولي. وإما لصدوره عن الجمعية العامة في صورة توصية غير ملزمة قانوناً. ويرى البعض الآخر بتمتع الإعلان، بقيمة قانونية ملزمة أساسها وجود قاعدة عرفية تقضي باحترام حقوق الإنسان ويؤسس البعض الآخر القوة الإلزامية للإعلان باعتبار الإعلان جاء مفسراً للمادتين 55، 56 من ميثاق الأمم المتحدة .

إلا أنه يلزم أن نفرق بين وجود بعض النصوص القانونية التي يمكن أن تعد أساساً قانونياً للتدخل الدولي الإنساني من قبل الأمم المتحدة وبين إضفاء وصف المشروعية على كل تدخل يدعى بتنفيذه لإعتبارات إنسانية، فثمة قيود معينة يتعين الالتزام بها لوصف مثل هذا التدخل بطابع الشرعية.⁽²⁾

أولاً: بالنسبة لمجلس الأمن

لا تنور مسألة التدخل غير المشروع إلا بالنسبة للقرارات التي يصدرها مجلس الأمن إعمالاً لأحكام الفصل السابع من الميثاق، فهذه القرارات هي التي يتجلى فيها بوضوح عنصر الإكراه، حتى بالنسبة لهذه القرارات، فإن مسألة التدخل غير المشروع لا تنور بالنسبة لقرارات المجلس التي تتضمن تطبيق تدابير القمع نظراً لاندراج هذه القرارات في إطار الاستثناء الوارد على مبدأ عدم تدخل الأمم المتحدة في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء وفقاً لما

يقضي به نص المادة 2/7 من الميثاق (ليس في هذا الميثاق...، على أن هذا المبدأ لا يخل بتطبيق تدابير القمع الواردة في الفصل السابع) وعلى ذلك إذا ما صدر عن مجلس الأمن قرار يقضي بتطبيق هذه التدابير ضد إحدى الدول لاعتبارات إنسانية، فإنه لا يمكن الادعاء بعدم مشروعية مثل هذا التدخل. أما عن القرارات التي تصدر عن مجلس الأمن بهدف حماية حقوق الإنسان دون أن تتضمن تطبيق تدابير القمع الواردة بالفصل السابع، فإن تقدير مدى مشروعية تلك القرارات يتوقف على ما إذا كان الهدف منها هو المحافظة على السلم والأمن الدوليين أم أنه جاء منبت الصلة بهذا الهدف. فإذا كان الهدف من إصدار القرار المتعلق بحماية حقوق الإنسان هو حفظ السلم والأمن الدوليين باعتبار أن الانتهاك الجسيم والتكرار وعلى نطاق واسع قد يهدد السلم والأمن الدوليين فلا يمكن الادعاء بعدم مشروعية مثل هذا التدخل والقول بغير ذلك من شأنه أن يحول بين مجلس الأمن وبين ممارسته لمهام واجباته الأساسية في حفظ السلم والأمن الدوليين⁽¹⁾.

فإذا كان الهدف من إصدار القرار المتعلق بحقوق الإنسان في إحدى الدول الأعضاء وكان الغرض منه المحافظة على السلم والأمن الدوليين، أي كان بهدف حماية حقوق الإنسان فقط فإنه يعد تدخلاً غير مشروع في الشؤون الداخلية لهذه الدول فلم يخول ميثاق الأمم المتحدة مجلس الأمن بمهمة تعزيز احترام حقوق الإنسان في العالم، اللهم إلا إذا تعلق الأمر بالمحافظة على السلم والأمن الدوليين ولذا فإن مجلس الأمن دائماً ما يحرص على تأكيد العلاقة بين تدخله في المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان وبين مسؤولية المحافظة على السلم والأمن الدوليين⁽²⁾.

ثانياً: بالنسبة للجمعية العامة للأمم المتحدة

تعتبر الجمعية العامة من أكثر أجهزة الأمم المتحدة اهتماماً بموضوع حقوق الإنسان ومن أكثر الأجهزة إصداراً للقرارات التي تتعرض لواقع حقوق الإنسان في الدول الأعضاء، ويختلف تدخل الجمعية العامة في هذا المجال عن تدخل مجلس الأمن فالجمعية العامة لا تملك في هذا المجال وغيره سوى سلطة إصدار القرارات غير الملزمة على خلاف مجلس الأمن الذي يستطيع تنفيذ تدخلاته الإنسانية من خلال إصدار القرارات الملزمة بهدف المحافظة على السلم والأمن الدوليين.

إن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة وتوصياتها تدعم بشدة حق المجتمع الدولي في مساعدة الضحايا، في حال وجود أزمات إنسانية⁽³⁾.

الفرع الثاني: شروط مشروعية تدخل الأمم المتحدة الإنساني

إذا كنا قد انتهينا إلى عدم مشروعية التدخل الفردي من إحدى الدول بهدف حماية حقوق الإنسان، فمن الممكن أن توجه الجهود الفردية لمؤازرة جهود الأمم المتحدة والمنظمات الدولية المعنية بالإغاثة الإنسانية كالصليب الأحمر والهلال الأحمر⁽⁴⁾. إلا أنه ليس كل تدخل من قبل الأمم المتحدة لأغراض إنسانية يتسم بالمشروعية، إذ هناك بعض الشروط التي يلزم الأخذ بها حتى لا ينعث ما يصدر عنها من قرارات بعدم المشروعية،

ومن هذه الشروط ما يلي:

1. يجب أن تكون عملية التدخل الإنساني التي تقوم بها الأمم المتحدة غير موجهة وفقاً للمادة 4/2 ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي للدول المعنية أو على أي وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة المتمثلة بحفظ السلم والأمن الدوليين، وإنباء العلاقات الودية بين الأمم وتحقيق التعاون الدولي لحل المشكلات الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والإنسانية، مع ضرورة أن تكون قراراتها متوافقة مع الشروط الموضوعية والإجرائية والتنفيذية التي سبق إيضاحها.
2. يجب أن تكون عملية التدخل الإنساني في حالات المعاناة الشديدة والمنظمة التي يعاني منها الأفراد، مثل حالات الإبادة الجماعية والتطهير العرقي والقمع الوحشي واسع النطاق لإرغام مجموعة من الناس على الخضوع، وبمعنى أن تكون الانتهاكات جسيمة وصارخة تؤدي إلى مضاعفات خارجية تهدد السلم والأمن الدوليين.
3. يجب قبل ممارسة التدخل الإنساني اللجوء إلى الوسائل السلمية الأخرى كافة، فلا يتم اللجوء إلى القوة إلا بعد استنفاد الوسائل الأخرى التي تحترم سيادة الدولة المعنية، ومع مراعاة ألا ينتج عن التدخل آثار أكثر خطورة مما لو ترك الأمر ليحل داخلياً.
4. يجب أن يكون التدخل الإنساني مجرداً من كل غرض ذاتي للدولة المتدخلة كما يجب أن تتناسب الوسائل المستخدمة مع الهدف الذي تم التدخل من أجله، وذلك في حالة استعانة الأمم المتحدة بدولة أو أكثر لتنفيذ قراراتها.

الممارسة العملية للتدخل الإنساني

شهدت الساحة الدولية تدخلات عسكرية لاعتبارات إنسانية كثيرة، إلا أن بعضها دخل دائرة الشك في مشروعيتها بالرغم من أن التدخل الدولي ذو أهمية كبرى في تحقيق مصالح الشعوب وحققها في تقرير مصيرها وتحقيق الاستقرار الدولي⁽¹⁾. يحتل العمل الإنساني في الوقت الحاضر مكانة متميزة على صعيد العلاقات الدولية المعاصرة وصار على قمة اهتمامات السياسة الخارجية للعديد من الدول⁽²⁾. وقد ترك هذا الاهتمام والتطور آثاراً واضحة على عمل مجلس الأمن، حيث سعى إلى إيجاد علاقة بين المساعدة الإنسانية وبين الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، فحتى عهد قريب كانت المهمة التقليدية لقوات حفظ السلم التابعة للأمم المتحدة تنحصر في القيام بأعمال مراقبة والإشراف على وقف إطلاق النار والفصل بين المتحاربين، غير أن تطوراً مهماً قد طرأ على طبيعة هذه القوات اعتباراً من عام 1992، حيث صار من المتصور قيام مجلس الأمن لأهداف إنسانية.

ويعرض هذا المبحث دراسة تطبيقية لبعض قضايا التدخلات الدولية المعاصرة وعليه قسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تدخل الأمم المتحدة في الصومال.

المطلب الثاني: التدخل في أزمة دارفور.

المطلب الأول: تدخل الأمم المتحدة عسكرياً في الصومال لأغراض إنسانية.

إن التدخل الإنساني الذي قامت به الأمم المتحدة في الصومال عام 1992 أول عملية إنسانية حقيقية تحت شعار (استعادة الأمن)⁽¹⁴⁾.

وهذه العملية جاءت على حد قول الرئيس الأمريكي جورج بوش لأغراض إنسانية بحتة، وذلك بسبب الأوضاع المأساوية والسيئة التي شهدتها الصومال في بداية التسعينيات بعد انهيار الحكم بها.⁽¹⁵⁾

يعتبر التدخل العسكري الدولي في الصومال نموذجاً واضحاً لدراسة مشروعية التدخل في الشؤون الداخلية للدول لاعتبارات إنسانية وذلك سواء بالنسبة لتدخل الأمم المتحدة كمنظمة دولية أو بالنسبة لتدخل بعض الدول وإن كان تدخلها قد كان تحت مظلة الأمم المتحدة من الناحية الرسمية ولكن دون خضوع عملية التدخل للأمم المتحدة سواء من قيادة عملية التدخل أو من حيث سير العمليات والأحداث.

ولذلك فإن التدخل في الصومال كان من أكثر الموضوعات إثارة للجدل إلى جانب التدخل في البوسنة والهرسك.

وترجع أهمية دراسة حالة الصومال إلى أنها كانت أول عملية عسكرية تتم لاعتبارات إنسانية تقرها الأمم المتحدة في دولة لم تطلب تدخل المنظمة لهذا الغرض⁽¹⁶⁾.

الفرع الأول: خلفية النزاع

أولاً: الموقف في الصومال

جاء انهيار الدولة الصومالية في أعقاب الإطاحة بالرئيس الصومالي (سياد بري)

في 21 يناير 1992، حيث اتسمت سياسته بالطابع الفردي والسلطة المطلقة⁽¹⁷⁾، ونظراً لأن هذه الأحداث لم تفض إلى تواجد حكومة قوية تفرض نفسها على سائر الأراضي الصومالية، فقد سخر (سياد بري) سلطة الدولة ومواردها الاقتصادية الضئيلة طوال فترة حكمه التي استمرت قرابة الاثنتين وعشرين عاماً من 1969 إلى يناير 1992 لخدمة مصالح قبيلته التي أسند إليها المراكز السياسية المهمة واحتكرت معظم المناصب القيادية، الأمر الذي أدى في نهاية المطاف إلى تمرد الجماعات القبلية الأخرى ولجؤها إلى استخدام العنف المسلح لإسقاط النظام، واحتدم الصراع بين الطوائف والعشائر الصومالية بهدف السيطرة على مقدرات الدولة المنهارة. ولقد أدى هذا الصراع إلى الحيلولة دون القيام بالنشاط الزراعي في الجنوب وكذا عجزت المنظمات الدولية الإنسانية عن توصيل المعونات الغذائية للملايين من لصوماليين الذين كانوا يتساقطون صرعى الجوع والتناحر بين الفصائل المتحاربة، بالإضافة إلى ما تعرضت له الصومال من موجات متعاقبة من الجفاف والقحط الشديدين⁽¹⁸⁾، لقد أفضت هذه الأحداث إلى بروز ما سمي بمأساة الصومال، والتي تمثلت أبرز فصولها في العجز دون ممارسة النشاط الزراعي في الجنوب الصومالي، والحيلولة بين المنظمات الدولية الإنسانية وبين إيصال مساعداتها الإنسانية إلى ملايين الصوماليين الذين كانوا يتساقطون

صرعى الجوع والتناحر بين الفصائل الصومالية.⁽¹⁹⁾

ثانياً: دور مجلس الأمن.

لم يتجاوز دور المنظمات الإقليمية - جامعة الدول العربية- ومنظمة الوحدة الإفريقية (الاتحاد الإفريقي حالياً)-، ومنظمة المؤتمر الإسلامي - مستوى إصدار القرارات التي تؤكد الحرص على وحدة الصومال والدعوة إلى مصالحة وطنية⁽²⁰⁾.
أما الأمم المتحدة فقد تطور دورها من مرحلة تأمين وصول معونات الإغاثة إلى مستحقيها، إلى مرحلة التدخل العسكري، دون إغفال دورها في محاولات المصالحة الوطنية بين الجماعات المتصارعة.

ورغبة في وضع نهاية لهذه المأساة الإنسانية، ناشد المسؤول المؤقت عن أعمال بعثة الأمم المتحدة الدائمة في الصومال مجلس الأمن، في رسالة مؤرخة في 20 يناير 1992 التدخل بغرض المساعدة، وقد بعث الرئيس السنغالي عبده ضيوف رئيس منظمة المؤتمر الإسلامي إلى مجلس الأمن برسالة مماثلة.

واستجابة لهذه النداءات، أصدر مجلس الأمن واستناداً على أحكام الفصل السابع من الميثاق- القرار رقم 733 في 23 يناير 1992⁽²¹⁾، والذي حث فيه جميع الأطراف في النزاع على وقف الأعمال العدائية، وتعزيز المصالحة، وتيسير تسليم المساعدات الإنسانية، كما فرض القرار بموجب الفصل السابع حظراً عاماً وكاملاً على جميع شحنات الأسلحة والمعدات العسكرية في الصومال⁽²²⁾. وبمبادرة من الأمين العام للأمم المتحدة عقد مؤتمر للمصالحة الوطنية في الصومال (12-14 فبراير 1992) بحضور ممثلين عن الرئيس المؤقت محمد مهدي وعن الجنرال (عبيد)، بالإضافة عن ممثلين عن جامعة الدول العربية ومنظمة الوحدة الإفريقية (الاتحاد الإفريقي حالياً) ومنظمة المؤتمر الإسلامي. وقد تم الاتفاق في هذا المؤتمر على وقف إطلاق النار بين الفصائل المتحاربة. ولكن سرعان ما انتهكت الفصائل هذا القرار فعقد مؤتمر آخر للمصالحة الوطنية في أديس أبابا (24-28 فبراير 1992) تحت رعاية منظمة الوحدة الإفريقية⁽²³⁾.

وفي 3 مارس 1992، وافق الفصيلان الرئيسيان المتحاربين على إنشاء آلية لمراقبة وقف إطلاق النار تكون تابعة للأمم المتحدة وتعيين ممثل شخصي للأمين العام في الصومال يكون مسؤولاً عن تنسيق وتوزيع المعونات على المناطق المختلفة.

وفي 17 مارس 1992 أصدر مجلس الأمن قراراً آخر (القرار رقم 742) يتضمن خطة عمل شاملة لمدة تسعين يوماً لتقديم معونات عاجلة للصومال.⁽²⁵⁾

ولكن تنفيذ هذه الخطة اصطدم بعقبة استمرار الصراع المسلح في الصومال ولم يلتزم طرفا النزاع بقرارات وقف إطلاق النار، ذلك لعدم وجود آلية عسكرية فعالة لمراقبة وقف إطلاق النار.⁽²⁶⁾

وفي هذه المرحلة من مراحل التدخل الدولي في الصومال، اقتصر الأمر إذن على تقديم معونات إنسانية عاجلة، دون أن يصاحب ذلك أي مظهر من مظاهر التدخل العسكري لضمان وصول المعونات لمستحقيها، ثم عاد مجلس الأمن في 28 من أغسطس 1992

وأصدر القرار رقم 775 الذي يأذن بزيادة أفراد قوة الأمم المتحدة (UNOSOM) والتي أنشئت بالقرار رقم 751 والذي يقضي بإنشاء قوة أمن مبدئية للانتشار في الصومال قوامها 500 من المشاة مسلحة بأسلحة خفيفة⁽²⁷⁾.

وقد تحددت مهام هذه القوة في: ضمان تأمين الميناء، مرافقة قوافل الإغاثة حتى مراكز التوزيع، وحماية هذه المراكز أثناء القيام بعمليات التوزيع. إلا أن الأحوال في الصومال لم تتوقف عن الترددي، فازداد العنف وعمت الفوضى واختل الأمن، وفشلت قوة الأمم المتحدة والمكونة من 500 فرد في الوفاء بمهامها الأساسية، الأمر الذي جعل بالأمن العام إلى الاعتقاد بأن عمل (UNOSOM) لا يقدم الصيغة المناسبة لمواجهة الأزمة الإنسانية في الصومال. وإزاء هذا الوضع المتردي طرح الأمين العام فكرة الاستناد إلى الفصل السابع من الميثاق، والتدخل العسكري القسري في الصومال ليس بهدف وصول الإغاثة الدولية إلى مستحقيها، ولكن بهدف فرض تسوية سياسية شاملة للمشكلة الصومالية عن طريق استخدام القوة⁽²⁸⁾.

ووفقا لعرض الولايات المتحدة الأمريكية إرسال ثلاثين ألف جندي إلى الصومال أصدر مجلس الأمن قراره رقم 794 في 3 ديسمبر 1992، والذي يعطي للدول الأعضاء الحق باستخدام كل الوسائل اللازمة من أجل تأمين عمليات الإغاثة الإنسانية في الصومال في أسرع وقت ممكن. واستجابة لهذا القرار أرسلت الولايات المتحدة الأمريكية حوالي 28 ألفا من قواتها لتقود قوات 12 دولة أخرى التي سميت استعادة الأمل في الصومال⁽³⁰⁾.

الفرع الثاني: مشروعية التدخل الإنساني في الصومال.

على الرغم من سلسلة القرارات التي صدرت عن مجلس الأمن بخصوص المسألة الصومالية بالإضافة للجهود الدولية التي بذلت لأجل وقف انتهاك حقوق الإنسان، فإنها وصلت إلى طريق مسدود جراء الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يعيشها الشعب⁽³¹⁾. إن احتدام القتال بين الفصائل الصومالية والاعتداء المستمر على قوافل الإغاثة الإنسانية لنهبها ومنع وصولها إلى الصوماليين الذين يتساقطون صرعى القتل والجوع والمرض يعد مبررا كافيا لتدخل الأمم المتحدة لوقف هذه المأساة الإنسانية فقرار التدخل لا يمكن أن يعد متناقضا ومقتضيات الشرعية الدولية، فقرار التدخل من حيث الأصل يعد مشروعاً وأن ما يمكن أن ينال من مشروعيته، إنما يعود إلى الملابس التي تحيط بوضعه موضع التنفيذ.

ونوجز ما يمكن أن ينال من مشروعية التدخل الدولي في الصومال في الآتي:

1- تخلي الأمم المتحدة عن مهمة الإشراف:

وتمسك الولايات المتحدة بإدارة العمليات، ويمكن أن نوضح هنا، أن مشروعية قرارات مجلس الأمن لا ترتفع فقط بمدى توافقها وقواعد الشرعية الدولية عند صدورها، وإنما ترتبط كذلك بمدى مراقبة وإشراف الأمم المتحدة لتنفيذ هذه القرارات، إذ من شأن اضطلاع الأمم المتحدة بالإشراف على القوات ضمان عدم تجاوز القوات للأهداف التي تتوخاها هذه القرارات ومنذ وصول القوات الدولية إلى الصومال، تجاهلت الولايات المتحدة الأمريكية لأي دور حقيقي للأمم المتحدة في الصومال، فقد بادر السفير الأمريكي والممثل

الشخصي للرئيس الأمريكي بإجراء اتصالات مع زعماء الفصائل الصومالية بشأن وضع ترتيبات تدخل القوات الأمريكية دون إخطار مجلس الأمن أو الحصول على تفويض منه بذلك، وفي ميدان العمل العسكري تجاهلت القيادة الأمريكية آلية التنسيق مع ممثلي الأمين العام للأمم المتحدة، فلم تسمح لهم بالتدخل المباشر في كيفية تنفيذ العملية⁽³²⁾.

2- البعد عن تنفيذ أهداف قرارات مجلس الأمن:

بشكل عام فإن نتائج التدخل هي المؤشر الأكثر حسما في تفسير مدى النجاح الذي نتج عن التدخل الدولي في الصومال.⁽³³⁾

كان من نتائج تخلي الأمم المتحدة عن مهمة الإشراف على هذه القوات للدول التي تنتمي إليها أن يفتح المجال أمام سعي هذه الدول لتحقيق أهداف أخرى غير تلك التي تنص عليها قرارات مجلس الأمن.⁽³⁴⁾

حيث استهدف القرار التدخل لتحقيق هدفين رئيسيين لتدخل القوات الدولية في الصومال، الاعتبار الإنسانية من جانب وإعادة السلم والاستقرار من جانب آخر نجد أن الولايات المتحدة الأمريكية تعلن أن تدخلها لغرض السلم في البلاد يقوم على اعتبارات إنسانية فقط، ولا يدخل في مهامها نزع سلاح الفصائل الصومالية تمهيدا للتوصل إلى التسوية السياسية المنشودة في البلاد. ولما كان فرض السلم على الفصائل المتناحرة يستتبع نزع سلاح تلك الفصائل، فإن ما قامت به القيادة الأمريكية في هذا الاتجاه اقتصر على مناصبة أحد قادة الصراع في الصومال الجنرال) محمد فارح عبيديد(العداة ولم تشمل القوات التابعة ل: مهدي محمد، وهذا السلوك لم يكن مجردا من الهدف السياسي وهو تدعيم موقف هذا الأخير في مواجهة خصمه بحيث تتم التسوية السياسية للصراع في الصومال لصالحه. ونلخص في ذلك إلى أن قرار التدخل في الصومال وإن جاء متفقا وقواعد الشرعية الدولية، فإن هناك فشلا في إدارة عملية التدخل من جانب الأمم المتحدة والمتمثل في:

- عدم وضوح الأهداف التي تبنتها الأمم المتحدة .
- أسلوب القيادة والسيطرة المضطرب للأمم المتحدة .
- الحجم العام للقوات المشاركة في العملية، والمنهج المتبع في التعامل مع الفصائل الصومالية المتصارعة.⁽³⁵⁾

المطلب الثاني: التدخل الإنساني في أزمة دارفور.

إن قارة إفريقيا لم تخل يوما قط من نزاعات وتمردات وخلافات ومواجهات مسلحة فالصراع القبلي يعد من سمات القارة الإفريقية، وأزمة دارفور شأنها شأن أغلب النزاعات الإفريقية يتدخل فيها كافة العوامل السياسي والاجتماعية والاقتصادية.

الفرع الأول: خلفية الأزمة.

لقد ظهر النزاع بإقليم دارفور في شكل مواجهات قبلية حول الموارد الطبيعية بسبب الظروف المناخية القاحلة، ثم اكتسب طابعا عرقيا، ثم تطور إلى تمرد مسلح تقوده حركات سياسية تطالب بالمشاركة في السلطة والثروة.⁽³⁶⁾

يشهد إقليم دارفور غربي السودان منذ فبراير عام 2003 حرباً أهلية بين مجموعة متمردة من أصل إفريقي تطالب بتوزيع الثروات أكثر عدالة، ميليشيات من أصول عربية يزعم الغرب أنها مدعومة من الحكومة السودانية مما أسفر على مقتل نحو 300 ألف شخص وتهجير نحو 2.4 مليون شخص. وقد أرسل الاتحاد الإفريقي عام 2004 قوات حفظ السلام يبلغ قوامها 7000 جندي غير أن عمل هذه القوة انتهى في 31 سبتمبر عام 2006م⁽³⁷⁾. وإزاء هذا الوضع الأمني المتدهور ومع نهاية عام 2005 بدأ الكونغرس الأمريكي في مناقشة مشروع محاسبة دارفور والذي يتضمن تجريد عضوية السودان في الأمم المتحدة وحظر إرسال الأسلحة للحكومة السودانية أو أي حركة مسلحة في الإقليم. هذا وقد مارست واشنطن منذ عام 2006 ضغوطها على الاتحاد الإفريقي للموافقة على إحلال قوات تابعة للأمم المتحدة محل قواتها، وقد أذعن مجلس الأمن التابع للاتحاد الإفريقي لضغوط واشنطن فوافق على تمديد مهمة القوة التابعة للاتحاد إلى 30 سبتمبر 2006 إضافة إلى دعمهم المبدئي لتحويل مهمة الاتحاد الإفريقي في السودان إلى مهمة تابعة للأمم المتحدة.

الفرع الثاني: موقف مجلس الأمن ومدى مشروعيته.

يمكن الإشارة في البداية إلى أن كل القرارات الصادرة عن مجلس الأمن، قد تضمنت في ديباجتها التزام المجلس بسيادة السودان ووحدته واستقلاله وسلامته الإقليمية⁽³⁸⁾. وصدرت عن مجلس الأمن عدة قرارات بشأن أزمة دارفور 2004-2005 تتضمن إدانته لانتهاكات حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني في منطقة دارفور وتقرر بأن الحالة بالسودان تشكل تهديداً للسلام والأمن الدوليين ومن هذه القرارات نتعرض للقرارين رقمي 1564-1593 وفي عامي 2006-2007 اصدر عدة قرارات نتناول منها القرارين رقمي 1706-1769 وذلك على النحو التالي:

1- القرار رقم 1564 الصادر بتاريخ 18 سبتمبر 2004، الذي هدد السودان بفرض عقوبات نفطية إذا لم يف بتعهداته المتعلقة بحل «ميليشيات الجنجويد» ونزع سلاحها. وقد علق الدكتور ميلود بالقاضي على هذا القرار بأنه صدر «بصورة سريعة وبإيعاز من الولايات المتحدة الأمريكية دون المرور بالقنوات السلمية كالتفاوض والتحقيق والاستماع إلى جميع الفرقاء وبالتالي فإن هذا القرار لم يحترم الفلسفة العامة التي أسس عليها ميثاق الأمم المتحدة إذ إن فرض العقوبات النفطية ليس من وسائل حل الأزمة بل يؤدي إلى تفاقمها⁽³⁹⁾.

2- القرار رقم 1593 الصادر في 31 مارس 2005 الذي قرر فيه إحالة الوضع القائم في دارفور منذ 1 يوليو 2002 إلى المحكمة الجنائية الدولية.

وقد انتقد هذا القرار بشدة من طرف الحكومة السودانية وأكدت على تمسكها بمحاكمة أي متهم بانتهاكات حقوق السودان وأمام القضاء السوداني ورفضت تسليم أي مواطن سوداني إلى المحكمة الجنائية الدولية⁽⁴⁰⁾.

ويمكن أن نبرز عددا من الملاحظات على القرار 1593 الصادر ب 31 مارس 2005 وذلك على النحو التالي:

أ- لم يتح مجلس الأمن الوقت الكافي للحكومة السودانية باعتبارها هي المسؤولة أصلاً عن حماية حقوق مواطنيها لكي تنظر في الأمر وتقدم الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جرائم حرب في دارفور إلى المحكمة أمام قضائها الوطني. لذلك كان على مجلس الأمن أن يتريث بعض الوقت لإعطاء حكومة السودان الفرصة المناسبة لتدارك الأمر بنفسها.

ب- يكشف هذا القرار عن ازدواجية المعايير، فمع الرفض التام لأي انتهاك لحقوق الإنسان في أي مكان، إلا أن مجلس الأمن قد نظر في الأمر من منظور سياسي بناء على الضغوط الأمريكية المستمرة فعالج الأزمة معالجة متسرعة دون مراعاة مقتضيات العدالة وقواعد الشرعية الدولية، في حين أن قوات الجيش الإسرائيلي ترتكب مثل هذه الأفعال بصورة مستمرة في المخيمات الفلسطينية في مدن الضفة الغربية وقطاع غزة.

وبذلك فإن مجلس الأمن يكون قد خلط بين دوره في حفظ السلم والأمن الدوليين وفقاً لميثاق الأمم المتحدة وبين دوره كجهة إبلاغ عن الجرائم طبقاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ومن ثم يعد قراراً سياسياً وليس قانونياً.

ج- لقد انطوى القرار على تناقض واضح مع مقتضيات العدالة الجنائية الموضوعية حيث استثنى البند السادس من القرار غير السوداني من الإجراءات المتعلقة بتقديم مرتكبي جرائم الحرب في دارفور والمحكمة الجنائية الدولية كما يتم استثناءهم أيضاً من أي إجراءات عقابية يمكن اتخاذها ضد السودان، سواء من جانب مجلس الأمن أو الاتحاد الإفريقي. ويعتبر هذا الاستثناء غير مبرر من الناحية القانونية أو الأخلاقية ويجب أن تنسحب المسألة على جميع الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية في إقليم دارفور دون اعتبار لجنسيتهم، فكان القرار منحازاً ضد السودانيين.

3- القرار 1706 الصادر في 31 أغسطس 2006 الذي دعا إلى نشر قوات دولية في إقليم دارفور، الأمر الذي يتطلب إقرار الحكومة السودانية لذلك، إلا أن الحكومة سارعت إلى رفض القرار فور صدوره. ووصف مندوب السودان لدى الأمم المتحدة قرار مجلس الأمن بالتعجل بشأن دخول قوات دولية إلى دارفور رغم مطالبة العديد من الدول بعدم التعجيل وأضاف بأنه لأول مرة يصدر مجلس الأمن قراراً بشأن قوات حفظ سلام في ظل انقسام واضح في مواقف المجلس، مشيراً إلى أن القرار في هذا الشأن كان تاريخياً يتخذ بتوافق تام بين أعضاء المجلس.⁽⁴¹⁾

4- القرار 1769 الصادر في 31 من يوليو 2007 والخاص بنشر قوات مختلطة تحل محل قوات الاتحاد الإفريقي وقد أعلنت الحكومة السودانية موافقتها على هذا القرار ويرجع ذلك لعد أسباب تتمثل في الآتي:

1. تأكيد القرار بصورة واضحة على الالتزام بسيادة واستقلال السودان وسلامة أراضييه، وقد خلا القرار من الإشارة إلى القرارات السابقة التي كانت مرفوضة من قبل الحكومة. ب- اسقط القرار 1769 ما يتعلق بولاية الأمم المتحدة على جهازي القضاء والشرطة السودانيين وهو ما كان ماساً بسيادة السودان حيث أشار القرار، في فقرته الثامنة إلى إنشاء جهاز قضائي مستقل وإعادة هيكلة مرفق الشرطة وذلك بالتعاون مع جهات وأطراف خارجية.

ج- أن القرار 1769 قد حدد النطاق الزمني لعملية الأمم المتحدة في دارفور في 12 شهراً بصفة أولية كما حدد أيضاً أنها عملية منفصلة تحت مسمى Unmaid عن باقي عمليات الأمم المتحدة في جنوب السودان، وقد أشاد وزير الخارجية السوداني بالمواقف الصلبة من قبل الصين وروسيا والجنوب إفريقيا والكونغو وأندونيسيا وقطر وغانا التي انسحبت من بدايتها للقرار الفرنسي البريطاني.

ويمكن القول بأن هذا القرار يتوافق مع قواعد وأحكام الشرعية الدولية للأسباب السابقة إلا أن التحدي الرئيسي يكمن في تمويل هذه القوات حيث تقدر تكلفة عمليات حفظ السلام بحوالي ملياري دولار.⁽⁴²⁾

وفي نهاية هذا الفصل يمكن القول أن مسألة التدخل الإنساني تثير جدلاً قانونياً وفقهياً حول مشروعيتها، لكون فكرة التدخل الإنساني فكرة غامضة ومحفوفة بالمخاطر، فالتدخل الإنساني يرفع لافتة الدفاع عن حقوق الإنسان إلا أنه يحمل بين طياته الكثير من التعارض مع قواعد القانون الدولي، كما أنه يخفي الكثير من المطامع الاقتصادية والسياسية لصالح الدول المتدخلة.

وعلى الرغم من التطور الكبير الحاصل في القانون الدولي، وخصوصاً مسألة حقوق الإنسان، إلا أن التدخل الإنساني ما زال يثير لغزاً كبيراً في القانون الدولي وذلك لغياب النصوص القانونية المنظمة له.

ومع احترامنا الكامل لحقوق الإنسان والمنادين بتعزيزها واحترامها وللحجج والمبررات التي ساقها دعاة التدخل الإنساني، إلا أن التدخل الإنساني يبقى بعيداً عن دائرة المشروعية في الكثير من حالات التدخل التي شهدتها الساحة الدولية، وذلك لان الجوانب السياسية، والمصالح الخاصة طغت عن الجوانب الإنسانية.

الخاتمة:

وفي الأخير يمكن القول بأنه إذا كانت فكرة مشروعية التدخل الإنساني لوقف انتهاكات حقوق الإنسان ومنع الاعتداءات على الحقوق الأساسية للأفراد، وبالرغم من الجدل الفقهي حولها إلا أنها تحظى بقبول نسبة كبيرة من الفقهاء وخاصة الفقه الغربي، كون هذا التدخل يهدف إلى وقف الانتهاكات الصارخة لحقوق الإنسان، خاصة في حال حدوث جرائم إبادة جماعية، أو جرائم ضد الإنسانية، أو جرائم حرب، فإن الاعتراف بمشروعية هذا التدخل خاصة في ظل الوضع الدولي الراهن، يؤكد بلا شك الأهمية الكبيرة التي أضحت

عليها حقوق الإنسان، حيث أصبح هذا الموضوع على سلم أولويات الأمم المتحدة، كما أن الاهتمام بحقوق الإنسان عموماً لم يعد حواراً فكرياً ونظرياً، بل على العكس من ذلك أصبح الاهتمام بها أمراً ضرورياً وملحاً، من أجل ضمان رفاهية المجتمعات وتقدمها، وتحقيق الاستقرار والسلم العالميين، فالعالم يشهد اليوم الكثير من الصراعات الدولية وغير الدولية التي أودت بحياة الآلاف من البشر ونزوح الكثير من المهجرين كما حدث في الصومال والعراق وأفغانستان وغيرها من الأمثلة العديدة على ذلك. إن مثل هذه الأوضاع المأساوية دفعت بالمجتمع الدولي للاعتراف بالتدخل الإنساني كوسيلة مشروعة ومقبولة قانونياً وأخلاقياً من أجل وقف انتهاكات حقوق الإنسان، بل إن الأمم المتحدة قد ربطت من خلال العديد من الأمثلة بين انتهاكات حقوق الإنسان ومبدأ الأمن والسلم الدوليين، كالتدخل في الصومال، وهذا الأمر يدل على الأهمية الكبرى التي أصبحت تحظى بها حقوق الإنسان على المستوى الدولي، حيث لم يعد التعاطي مع هذا الموضوع من المسائل التي تقع ضمن الاختصاص الداخلي للدول، بل أصبح شأنًا دولياً يقع ضمن أولويات المجتمع الدولي، وهذا ما تقرره الآن العديد من الوثائق والصكوك الدولية. إن ما قبل حول حقوق الإنسان يجب أن لا ينسبنا أيضاً المبادئ الأساسية الأخرى، التي يقوم عليها القانون الدولي مثل مبدأ السيادة، مبدأ عدم التدخل، وعدم استخدام القوة، وبالتالي فإن التدخل من أجل حقوق الإنسان يجب أن يقيد في حدود معينة، ويجب ألا يتم التوسع في هذا الأمر خشية المساس بسيادة الدول والتدخل في صميم شؤونها الداخلية. ومن هذا المنطلق فإن التدخل من أجل حقوق الإنسان كما ثبت من خلال الممارسات الدولية ماهو في حقيقة الأمر إلا كلمة حق يراد بها باطل، فالولايات المتحدة الأمريكية ومن ورائها فقهاؤها يروجون لمثل هذا النوع من التدخل لا من أجل تخليص الشعوب من الأنظمة الديكتاتورية، وإنما الغاية من ورائه كما يبدو في الممارسات الدولية في الوقت الراهن تمرير الأجندة الأمريكية ومحاولة دعم الحكومات التي تدعم السياسات والأهداف الأمريكية. لذلك يجب أن تكون هناك قواعد قانونية تسمح بالتدخل الإنساني، وقد تتحدد هذه القواعد في إطار القانون الدولي، حيث إن للاتفاقيات الدولية دور مهم في تأكيد الأهمية الدولية لحقوق الإنسان بإخراج الحقوق التي تضمنتها من نطاق الاختصاص الداخلي للدول إلى الاختصاص الدولي، وبذلك تخضع هذه الحقوق إلى الآليات التي نصت عليها الاتفاقيات الدولية. وبتكرار التأكيد على الأهمية العالمية لحقوق الإنسان في العديد من المناسبات أصبحت هذه الحقوق تشكل جزءاً من القانون الدولي، وهو ما يسمح بالقول بتأثير هذا القانون على موضوع التدخل الإنساني سواء بصورة مباشرة كما حدث في بدايات نشأتها أو بصورة غير مباشرة باعتماد آليات الحماية الدولية لحقوق الإنسان التي لا تشمل التدخل المباشر. ومن الممكن أن تشكل تصرفات المنظمات الدولية أحد مصادر شرعية التدخل الإنساني، وبغض النظر عن طبيعة هذا التصرف طالما أنه يشكل في معناه العادي نوعاً من أنواع التدخل وتأتي الأمم المتحدة في مقدمة المنظمات الدولية التي تملك حق التدخل في الشؤون الداخلية للدول لأمر ترتبط بحماية حقوق الإنسان.

أولاً: النتائج:

ومن خلال هذه الدراسة نخلص إلى النتائج التالي:

1. التدخل الإنساني أصبح موجهاً ضد دول العالم الثالث ولا يمكن أن يحدث ضد الدول الكبرى أو أحد حلفائها.
2. تراجع دور المنظمات الإنسانية التي أنشئت بغرض تقديم المساعدات للمتضررين جراء النزاعات المسلحة وانتهاكات حقوق الإنسان.
3. تركيبة مجلس الأمن تدعو إلى تفرد الدول الدائمة العضوية فيه في تقرير مسائل أكثر أهمية على المستوى الدولي، مما يفتح المجال أمامها لتحقيق مصالحها الخاصة.
4. لا توجد نصوص قانونية صريحة في ميثاق الأمم المتحدة تبيح التدخل الإنساني بل نصت على عدم التدخل في الشؤون الداخلية واحترام السيادة، وعدم استخدام القوة أو التهديد باستخدامها.
5. لا يزال التدخل الإنساني يعرف تطورات من مختلف جوانبه لتنفيذه من طرف من مختلف الهيئات الدولية.
6. لتحديد مشروعية أي حالة من حالات التدخل الإنساني يجب الأخذ بالاعتبارات القانونية والإنسانية معاً، فأبي تدخل لا تتوفر فيه هذه الاعتبارات لا يعتبر تدخلاً مشروعاً.

ثانياً: التوصيات:

1. من الضروري الحد من سلطة مجلس الأمن في ما يتخذه من قرارات بشأن موضوع التدخل الدولي الإنساني، وذلك لتأثير الاعتبارات السياسية والمصالح الخاصة للدول الكبرى على قرارات مجلس الأمن، فيحدث التدخل في دولة دون دولة أخرى رغم أن حقوق الإنسان منتهكة في كليهما.
2. نتيجة لأهمية حقوق الإنسان على المستوى الدولي، من الضروري تحديد الحالات التي تستدعي التدخل والآليات المناسبة لذلك والجهات المعنية بالتدخل.
3. يجب إعطاء دور أكبر للجمعية العامة في ممارسة التدخل الإنساني باعتبارها الجهاز الأوسع تمثيلاً من بين أجهزة الأمم المتحدة.
4. يجب تفعيل موضوع التدخل الإنساني وإعطاؤه الدور الملائم له، ووضع اتفاقية دولية تتولى مهمة تنظيمه من جميع جوانبه.

المصادر والمراجع

- (1) عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى مصر ، 2009م ، ص469/470.
- (2) د.عثمان عبد الرحمان عبد اللطيف محمد ، التدخل الدولي لمصلحة الشعوب بين القانون الدولي الإنساني ومنطق القوة ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد63 سنة 2008 ، ص13
- (3) - د. حسام احمد محمد هنداوي التدخل الدولي الإنساني ، دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي ، دار النهضة العربية ، طبعة 1996/1997. ، ص143
- (4) - د. عاطف علي علي الصالحي ، مرجع سابق ، ص 470
- (5) - د.حسام أحمد محمد هنداوي ، مرجع سابق ، ص186.
- (6) د عاطف علي علي الصالحي ، مرجع سابق ، ص 472
- (7) - علي إبراهيم يوسف ، حقوق الإنسان والتدخل لحماية الإنسانية ، دار النهضة العربية القاهرة ، الطبعة الأولى ، 1999/2000م ، ص20.
- (8) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص473-474
- (9) - سليمان سهام ، (تأثير حق التدخل الإنساني على السيادة الوطنية دراسة حالة العراق 1991) ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2005م ، ص76
- (10) - د.أيمن عبد العزيز سلامة :المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية ، دار العلوم للنشر ، القاهرة ، 2006 ، ص205
- (11) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص475-476
- (12) - أيمن عبد العزيز سلامة ، المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية ، دار العلوم للنشر ، القاهرة ، 2006م ، ص214
- (13) - عاطف علي علي الصالحي ، مرجع سابق ، ص 477
- (14) - مغلد أريخيس الطراونة ، التدخل الإنساني العسكري لإحلال الديمقراطية وأبعاده القانونية والسياسية ، مجلة الحقوق ، الكويت ، العدد4 ، ديسمبر 200م ، ص395.
- (15) - د. عاطف علي علي الصالحي ، مرجع سابق ، ص478-479
- (16) - د. أيمن عبد العزيز سلامة ، مرجع سابق ، ص42.
- (17) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص483.

- (18) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 486-487.
- (19) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 488-489
- (20) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 489
- (21) - حسام احمد محمد هنداوي التدخل الدولي الإنساني ، دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 175
- (22) - مغلد أرخيص الطراونة ، التدخل الإنساني العسكري لإحلال الديمقراطية وأبعاده القانونية والسياسية ، مرجع سابق ، ص 420
- (23) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق 493.
- (24) - معاوية عودة السوالقة ، (التدخل العسكري الإنساني) ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا ، 2009 ، ص 123
- (25) - حسام احمد محمد هنداوي التدخل الدولي الإنساني ، دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 198
- (26) - نفس المرجع السابق مباشر ، ص 208.
- (27) - بديار الدراجي ، (مجلس الأمن الدولي والتدخل الإنساني) ، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية ، بن عكنون الجزائر ، 2010/2011 ، ص 100.
- (28) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق 496
- (29) د.نجوى أمين الفوال ، انهيار الدولة في الصومال ، السياسة الدولية ، العدد 112 ، القاهرة 1993 ، ص 10
- (30) - د.جمال حمود الضمور ، مشروعية الجزاءات الدولية والتدخل ضد ليبيا ، السودان ، الصومال ، مركز القدس للدراسات السياسية 2004 ، ص 125
- (31) - د. حسام احمد محمد هنداوي التدخل الدولي الإنساني ، دراسة فقهية وتطبيقية في ضوء قواعد القانون الدولي ، مرجع سابق ، ص 209.
- (32) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 497
- (33) .قرار مجلس الأمن الدولي رقم 733 المؤرخ في 23/01/1992.

- (34) معاوية عودة السوالقة ، مرجع سابق ، ص138
- (35) د. عاطف علي علي الصالحي ، مرجع سابق ، ص498
- (36) د. عاطف علي علي الصالحي ، مرجع سابق ، ص499.
- (37) .قرار مجلس الأمن الدولي رقم 742 المؤرخ في 17/03/1992.
- (38) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص499.
- (39) معاوية عودة السوالقة ، معاوية عودة السوالقة ، (التدخل العسكري الإنساني) ، مرجع سابق ، ص139.
- (40) - د.عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص500
- (41) - د.محمد مصالحة ، دور الأمم المتحدة في عملية حفظ السلام بعد انتهاء الحرب الباردة ، مجلة دراسات العلوم الإنسانية والاجتماعية ، الأردن ، مجلد26 ديسمبر1999 ، ص823.
- (42) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص500
- (43) - د. مغلد أرخيص الطراونة ، التدخل الإنساني العسكري لإحلال الديمقراطية وأبعاده القانونية والسياسية ، مرجع سابق ، ص442
- (44) د. عاطف علي علي الصالحي ، مرجع سابق ، ص501
- (45) - محمد غازي ناصرالجناي ، التدخل الإنساني في ضوء القانون الدولي العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى 2010 ، بيروت ، ص236.
- (46) - د. عاطف علي علي الصالحي ، مرجع سابق ، ص501.
- (47) . معاوية عودة السوالقة ، مرجع سابق ، ص143.
- (48) زيدان زياني ، (التدخل الدولي لحل النزاعات داخل الدولة العاجزة ، دراسة حالة دارفور) ، رسالة ماجستير ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2008/2009 ، ص51.
- (49) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص510.
- (50) - زيدان زياني ، (التدخل الدولي لحل النزاعات داخل الدولة العاجزة ، دراسة حالة دارفور) رسالة ماجستير ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2008/2009 ، ص81.
- (51) - د.عاطف علي علي الصالحي ، مرجع سابق ، ص511.
- (52) - د.عثمان عبدا لرحمان عبد اللطيف محمد ، التدخل الدولي لمصلحة الشعوب بين القانون الدولي الإنساني ومنطق القوة ، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد3 سنة 2008 ، ص74

(53) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 512-514.

(54) - عاطف على على الصالح ، مشروعية التدخل الدولي وفقا لقواعد القانون الدولي العام ، مرجع سابق ، ص 515.

أحكام التوقيع الإلكتروني وحجته في القانون

جامعة الأمير سطاتم بن عبدالعزيز - كلية إدارة الأعمال
قسم القانون - جامعة دنقلا كلية الشريعة والقانون

د. سيف النصر خوجلي عبد الله

مستخلص البحث:

لهذا البحث أهمية كبرى (أحكام التوقيع الإلكتروني في القانون) لاتجاه الناس بالتعامل الإلكتروني ولا بد من وجود مستندات موقعة الكترونيا لها حجية وقبول أمام المحاكم وعالج مشكلة استنباط الشروط الواجب توافرها في التوقيع حتى يكون صحيحا ومدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات وهدف هذا البحث إلى بيان مدى حجية التوقيع الإلكتروني أمام المحاكم إذا وجد على المستندات والوقوف على صور التوقيع الإلكتروني والى أي مدى تتم حمايته من التعرض للتزوير والتركيز على البحث في النصوص القانونية لاستنباط حجية الإثبات للمستند الموقع الكترونيا ومعرفة الضوابط القانونية لصحة وقبول التوقيع الإلكتروني واتبعت المنهج الاستقرائي الوثائقي التحليلي المقارن الوصفي وتوصلت إلى عدد من النتائج منها، للتوقيع الإلكتروني حجية أمام المحاكم إذا توافرت فيه شروط معينة كفلتها النصوص القانونية بمختلف القوانين و نسبة الأمان التي به من تشفير وخواص ذاتية أقوى بكثير من التوقيع التقليدي الذي في غالب الأحوال يكون عرضة للتزوير، وأغلب الدول العربية في قوانينها تركت موضوع توثيق التوقيع الإلكتروني إلى صاحبه والقطاع الخاص بينما القانون السوداني نص على إنشاء هيئة عامة يعتمد بها التوقيع الإلكتروني وهذا أكثر ضبطا واستيثاقا، وأوصيت بعدد من التوصيات منها، التأكد من أن المحاكم تعتد بقبول المستند المضاف إليه التوقيع الإلكتروني وفقا لما ورد في نصوص القوانين المتعلقة بالمعاملات الالكترونية أو الخاصة بالتوقيع الالكتروني.

وعلى الدول الأخرى أن تحذوا حذو دولة السودان وتقوم بإنشاء هيئة عامة لتوثيق التوقيعات الالكترونية وإعطاء شهادات مصادقة بذلك وتدريب القضاة والمحامين وغيرهم ممن يشغلون المهن القانونية على أمر التوقيع الإلكتروني من الناحية التقنية حتى يتمكنوا من الاستيثاق من سلامته عند عرضه عليهم، وإنشاء نيابة خاصة ومتخصصة تقوم بملاحقة مرتكبي جريمة تزوير التواقيع الالكترونية والقيام بأعمال القرصنة وفك الشفرات.

Abstract:

This research has great importance (the provisions of the electronic signature in the law) for the direction of people in electronic dealing, and there must be documents signed electronically that

have authenticity and acceptance before the courts and dealt with the problem of devising the conditions that must be met in the signature in order for it to be correct and the extent of the authenticity of the electronic signature in proof and the aim of this research is to show the extent of authenticity The electronic signature before the courts if it is found on the documents and the identification of the electronic signature copies and to what extent it is protected from exposure to forgery and focus on researching the legal texts to derive the authenticity of proof for the electronic signed document and to know the legal controls for the validity and acceptance of the electronic signature and I followed the inductive documentary, analytical, comparative descriptive approach And I reached a number of conclusions, including that the electronic signature is authoritative before the courts if it fulfills certain conditions guaranteed by the legal texts in various laws and the percentage of safety in which it has encryption and personal properties is much stronger than the traditional signature, which in most cases is subject to forgery, and most Arab countries in their laws left The subject of documenting the electronic signature to its owner and the private sector, while the Sudanese law stipulates the establishment of a public body in which the electronic signature is approved, and this is more controlled and trusted, A number of recommendations were recommended, including, ensuring that the courts accept the acceptance of the document to which the electronic signature is added, in accordance with the texts of the laws related to electronic transactions or the electronic signature.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم اتجهت أغلب المجتمعات اليوم على التعامل الإلكتروني سوى كان هذا التعامل على مستوى القطاع الخاص أو مستوى القطاع الحكومي وهذا التعامل لابد من توثيقه عبر مستندات الكترونية ولضمان صحة المستندات الالكترونية يجب أن تمهر بالتوقيع الإلكتروني سوى كان توقيع بالقلم الإلكتروني او الخواص الذاتية أو بالأرقام والأحرف (التشفير) حتى يقبل أمام المحاكم وتكون له الحجية لمن احتج به ويستطيع القاضي أن يبني عليه حكماً، لكن ما نلاحظه أن هناك فجوة

بين النظري والتطبيقي إذ أغلب المحاكم في دول العالم الثالث خاصة لا تعدد بالمستندات الالكترونية وان كانت ممهورة بالتوقيع الإلكتروني وهذا يرجع إلى عدم إمام القاضي ناظر الدعوى بهذه الوسائل والاطمئنان إلى سلامة المستند الإلكتروني أو لم توجد أحكام قضائية سابقة يستند في حكمه عليها مع أن النصوص القانونية واضحة لا لبس فيها من صحة وحية التوقيع الإلكتروني، في هذا المجال نريد أن نلفت نظر المختصين في المجال القانوني إلى حجية المستند المضاف إليه توقيع الكتروني ومواكبة التشريع من الناحية العملية لواقع اليوم وانخراط الناس في التعامل الإلكتروني وإلا ضاعت الحقوق وأركز في هذا البحث على البرهان من التأكد من سلامة وقوة المستندات الموقعة الكترونياً وقد تكون في بعض الأحيان أقوى من المستندات الورقية الموقعة توقيعاً تقليدياً .

أهمية البحث:

أصبحت أغلب المستندات تطبع على جهاز الكمبيوتر خاصة عند التعاقد عن بعد وإصدار الفواتير للبيوع التي تتم عبر شبكة الانترنت لذا كان لزاماً من إيجاد وسيلة تؤكد أن هذا المستند صادر من الجهة التي نسب إليها فنصت القوانين المختلفة على التوقيع الإلكتروني.

أهداف البحث:

1. يهدف هذا البحث إلى بيان مدى حجية التوقيع الإلكتروني أمام المحاكم إذا وجد على المستندات.
2. الوقوف على صور التوقيع الإلكتروني وإلى أي مدى تتم حمايته من التعرض للتزوير.
3. التركيز على البحث في النصوص القانونية لاستنباط حجية الإثبات للمستند الموقع إلكترونياً.
4. معرفة الضوابط القانونية لصحة التوقيع الالكتروني.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في استنباط الأحكام والضوابط من النصوص القانونية المختلفة التي إذا توفرت يكون التوقيع الإلكتروني صحيحاً، ومدى حجية التوقيع الإلكتروني الموجود على المستندات.

منهج البحث:

سأتبع المنهج الاستقرائي التحليلي الوصفي وأقارن النصوص المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني ومدى حجيتها بمختلف القوانين وسأعزو المعلومات إلى مصادرها الأصلية.

هيكلية البحث:

- المبحث الأول: ماهية التوقيع الالكتروني
- المبحث الثاني: صور التوقيع الالكتروني
- المبحث الثالث: شروط التوقيع الالكتروني
- المبحث الرابع: حجية التوقيع الالكتروني

المبحث الأول

ماهية التوقيع الإلكتروني

الكتابة لا تفي وحدها للتأكد من صحة المستند، إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع هو العنصر الثاني، من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلاً، للإثبات، والتوقيع، هو الشرط الوحيد، لصحة الورقة العرفية، سواء في القانون السوداني، وغيره من القوانين، المصري، والإمارات العربية المتحدة.⁽¹⁾

والتوقيع جزء من أعراف جل البشرية، لذلك حماه القانون؛ وهي علاقة شخصية، يمكن عن طريقها تمييز هوية الموقع، أو شخصيته! والذي يوقع بخط يده، ووسيلته هي الإمضاء؛ حتى يكون مقروءاً، ومرئياً، ولن يكون كذلك، إلا إذا وضع على مستند مادي؛ حتى يبقى أثره واضحاً، لا يزول بالزمن، وفي الغالب نجد هذا التوقيع في ذيل الصفحة، المراد توقيعها؛ وإذا تعددت الصفحات، يجب التوقيع على كل صفحة.⁽²⁾

نتيجة للتطور الحديث في التعامل، والمستندات الإلكترونية، لا نستطيع إجراء التوقيع عليها، بالمعنى التقليدي، إذ ذهب الشركات، والبنوك، والإدارات والأشخاص، لإيجاد وسيلة مواكبة، للتعامل الإلكتروني، وخرجوا بما يعرف بالتوقيع الإلكتروني؛ الذي هو أضمن، وأوثق من التوقيع التقليدي؛ من الممكن تزوير التوقيع العادي، وندرة ذلك في التوقيع الإلكتروني.

أ. يقصد بالتوقيع لغةً معنيين:

أولهما: فعل، أو عملية التوقيع ذاتها، أو عملية وضع، أو لصق التوقيع على المستند. ثانيهما: يقصد به العلاقة، أو الإشارة التي تميز شكل الموقع، ونسبته إليه واتجاه إرادته نحو، ما يحتويه المستند.

ب. تعريف التوقيع في القوانين التقليدية:

1. عرفه قانون الإثبات المصري: —
يعتبر المحرر العرفي، صادراً ممن وقعته، ما لم ينكر صراحةً ما هو منسوب إليه، من خط، أو إمضاء، أو ختم أو بصمة.⁽³⁾
2. وعرفه القانون الأردني: —

أنه السند العادي هو: الذي يشتمل على توقيع، من صدر عنه، أو على خاتمه، أو بصمة أصبعه، وليست له صفة السند الرسمي.⁽⁴⁾

3. وعرفه أيضاً القانون السوداني عند تناوله المستندات العادية:
بأنها الأوراق المثبت بها واقعة، وموقعة بإمضاء الشخص، الذي يحتج بها عليه، أو بختمه، أو ببصمة أصبعه.⁽⁵⁾

أرى أن هناك تشابهاً كبيراً لتعريف التوقيع التقليدي الذي ركز على الوسائل التي يتم بها من (إمضاء وختم وبصمة) دون أن يتضمن الأثر الذي ينتج هذا التوقيع على المستند وهو إكسابه الحجية القانونية ومن هذا المنطلق يتضح قصور التعريفات التقليدية لمصطلح التوقيع.

ج. تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الغربية: —

1. تعريف قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري: بيانات في شكل إلكتروني، مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها، أو مرتبطة بها منطقياً؛ يجوز أن تستخدم لتعريف هوية الموقع، بالنسبة لرسالة البيانات، ولييان موافقة الموقع، على المعلومات الواردة فيه.⁽⁶⁾

والملاحظ على هذا التعريف، أنه لم يحدد أنواع التوقيع الإلكتروني المستخدمة، تاركاً ذلك للدول، وأظهر الوظائف التي يقوم بها التوقيع، وهي تعيين هوية الموقع على رسالة البيانات، ودلالته على التزامه، وموافقته على المعلومات الواردة في هذه الرسالة.

2. تعريف التوجيه الأوربي بشأن التوقيع الإلكتروني:

بيان أو معلومة، معالجة إلكترونياً، ترتبط من خلال التقنيات المنطقية، بالمعلومات الواردة في المحرر الإلكتروني، ويتيح لصاحبه أن يعبر عن قبوله، بمضمون هذه المعلومات، والتزامه بها.⁽⁷⁾

ويسبق ذلك تعريفه بأنه: يعنى بيانات في شكل إلكتروني، تتصل، أو ترتبط قانونياً، ببيانات أخرى، وتستخدم كوسيلة للمصادقة.⁽⁸⁾

ونص أيضاً: التوقيع الإلكتروني المتقدم: يعنى توقيعاً إلكترونياً، يستوفي المتطلبات الآتية⁽⁹⁾:

- أن يكون مرتبطاً بالموقع، بشكل فريد.
- أن يكون قادراً على تحديد، هوية الموقع.
- أن ينشأ باستخدام وسائل، يحتفظ بها الموقع، تحت سيطرته هو فقط.
- أن يكون مرتبطاً بالبيانات؛ التي يشير إليها، على نحو يؤدي إلى اكتشاف أي تغير لاحق، أدخل على تلك البيانات.

كل هذه النصوص تشير، إلى تعريف التوقيع الإلكتروني؛ التعريف الجامع، والشامل لكل استخدامات التوقيع الإلكتروني، وشروطه، حتى يفي بأن يكون وسيلة، من وسائل الإثبات.

3. تعريف القانون المدني الفرنسي:

عرف التوقيع الإلكتروني بأنه: (التوقيع الذي يميز هوية صاحبه، ويعبر عن رضائه بالالتزامات التي تنشأ عن هذا التصرف، الذي وقع عليه).⁽¹⁰⁾

رغم أن المشرع الفرنسي أشار إلى التوقيع الإلكتروني في العديد من مواده إلا أنه لم يضع تعريفاً له وهذا التعريف لبيان وظيفة التوقيع الإلكتروني وليس تعريفه.

د. تعريف التوقيع الإلكتروني في قوانين الدول العربية:

1. تعريف دولة الإمارات العربية:

توقيع مكون من حروف، وأرقام ورموز وأصوات، أو نظام معالجة، ذو شكل إلكتروني، أو ملحق، أو مرتبط منطقياً، برسالة إلكترونية، وممهور بنية توثيق، أو اعتماد تلك الرسالة.⁽¹¹⁾

وأيضاً هذا التعريف، شمل كل الصور، وأنواع التوقيع الإلكتروني من الناحية التقنية الفنية وإن أضعف الجانب القانوني كذكر الحجية كأثر قانوني للمستند الموقع إلكترونياً.

2. تعريف قانون المعاملات الإلكتروني الأردني:

البيانات التي تتخذ هيئة حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات، أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني، أو رقمي، أو ضوئي، ولها طابع، يسمح بتحديد هوية الشخص، الذي يوقعها، وتميزه عن غيره، من أجل توقيعه، بغرض الموافقة على مضمونه.⁽¹²⁾ وهذا التعريف شمل صور التوقيع الإلكتروني، وحدد وظيفة التوقيع، وشروطه.

3. تعريف قانون التوقيع الإلكتروني المصري:

بأنه: ما يوضع على محرر إلكتروني، ويتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو حروف، أو إشارات، أو غيرها، ويكون لها طابع متفرد، يسمح بتحديد شخص الموقع، ويميزه عن غيره.⁽¹³⁾ ولا يختلف هذا التعريف عن سابقه.

4. وعرفة قانون المعاملات الإلكتروني السوداني:

يقصد به التوقيع الذي يتم إنشاؤه، أو إرساله أو إستقباله أو تخزينه بوسيلة إلكترونية، ويتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات؛ يكون لها طابع متفرد، ويسمح بتحديد هوية، وتمييز شخصية الموقع، عن غيره.⁽¹⁴⁾

والملاحظ على هذا التعريف: أنه عرف نوعاً واحداً، من أنواع التوقيع الإلكتروني، وهو التوقيع الرقمي، وللتوقيع الإلكتروني، صور مختلفة، ومتعددة، وهذا من أوجه القصور على هذا القانون؛ إذ اكتفى بنوع واحد، من أنواع التوقيع الإلكتروني وبنى عليه جميع الأحكام، خلافاً لنصوص القوانين الأخرى، التي لم تكتف بصور التوقيع الإلكتروني الموجودة، بل إضافة كلمة، وغيرها ما قد ينتج من رحم التكنولوجيا، يجد الضابط القانوني.

— وأيضاً القانون السوداني نص على أداة التوقيع الإلكتروني حيث أورد:-

يقصد به أي جهاز، أو أي بيانات إلكترونية، معدة بشكل مميز، للعمل بطريقة مستقلة، أو بالاشتراك مع أجهزة بيانات أخرى، وذلك لوضع رقمي محدد، لشخص معين، وتشمل هذه العملية؛ أي أنظمة، أو أجهزة تنتج، أو تلتقط بيانات مميزة، كالرموز، أو المناهج الحسابية، أو الحروف، أو الأرقام، أو مفاتيح الخصوصية أو أرقام تعريف الشخصية، أو أي خواص شخصية أخرى.⁽¹⁵⁾

ومن المفارقات عندما نص القانون على أداة التوقيع الإلكتروني! أشار إلى أدوات صور التوقيع الأخرى، الالتقاط والإنتاج؛ والالتقاط لا يكون في الغالب الأعم على التوقيع الرقمي؛ بل على أنواع التوقيع الأخرى؛ كالتوقيع بالخواص الذاتية مثل: «بصمة الأصبع، وشبكة العين، ونبرة الصوت»، والتقاط التوقيع الخطي بالقلم الإلكتروني، الذي به برنامج، يقوم بالتقاط التوقيع، عبر المساح الضوئي.

ه. تعريف التوقيع الإلكتروني عند بعض فقهاء القانون:

عرف بأنه: كل إشارات، أو رموز، أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة، باعتماد التوقيع، ومرتبطة ارتباطاً وثيقاً، بالتصرف القانوني؛ تسمح بتمييز شخص

صاحبها، وتحديد هويته وتتم دون غموض عن رضائه، بهذا التصرف القانوني.⁽¹⁶⁾ عرف أيضاً بأنه: (ذلك التوقيع الناتج عن اتباع إجراءات محددة؛ تؤدي في النهاية إلى نتيجة معينة معروفة مقدماً، ويكون مجموع هذه الإجراءات هو: البديل الحديث — للتوقيع بمفهومه التقليدي، أو ما يسميه البعض توقيع إلكتروني).⁽¹⁷⁾ وعرف أيضاً بأنه: (هو ملف رقمي صغير، يصدر عن إحدى الهيئات المتخصصة، والمستقلة، ومُعترف بها من الحكومة تماماً، مثل: نظام الشهر العقاري؛ وفي هذا الملف يتم تخزين الاسم، وبعض المعلومات المهمة الأخرى، مثل: رقم التسلسل، وتاريخ انتهاء الشهادة، ومصدرها).⁽¹⁸⁾ وعرف بأنه: (وحدة قصيرة من البيانات؛ التي تحمل علاقة رياضية، في محتوى الوثيقة).⁽¹⁹⁾

هذه التعريفات تتفق كلها في مضمونها، وجوهرها، وإن اختلفت في بعض ألفاظها، وهذا من التوفيق بمكان، إذ يتفق التشريع مع الفقه، وتتفق التشريعات فيما بينها؛ خاصة في جانب التعامل الإلكتروني، الذي لا تحده الحدود السياسية، والجغرافية.

المبحث الثاني

صور التوقيع الإلكتروني

كما للتوقيع التقليدي صور مختلفة — توقيع بالإمضاء، وتوقيع بالختم، وتوقيع ببصمة الأصبع وغيرها ... كذلك للتوقيع الإلكتروني عدة صور حتى الآن، وقد تأتي التكنولوجيا، بأنواع أخرى فيما بعد وهي:

التوقيع الرقمي أو الكود - التوقيع بالقلم الإلكتروني - التوقيع البيومترى، أي بالخواص الذاتية - التوقيع بالنقر على مربع الموافقة - التوقيع باستخدام البطاقة المغنطة الذكية، المقترنة بالرقم السري، وتعرض لها تفصيلاً:

أولاً: التوقيع الرقمي، أو الكود: Digital signature

بدأ استخدام التوقيع الرقمي؛ في المعاملات البنكية حيث نجد البطاقات الذكية smart card وبطاقات المون دكس التي تحتوي على رقم سري؛ يستطيع حامل البطاقة، من خلال القيام بكافة العمليات البنكية، من خلال جهاز الصراف الآلي ATM؛ ثم تطور استخدام هذا التوقيع، وبدأ يستخدم كأسلوب موثوق به، في الرسائل المتبادلة إلكترونياً.

وقد أقره القضاء الفرنسي، واعترف بصلاحيته التوقيع الرقمي، الذي يتم بواسطة شخص، من خلال الرقم الخاص، المستخدم في بطاقات الدفع، وهذا بالنسبة للاتفاقات المتعلقة بإثبات التصرفات.⁽²⁰⁾

ويقوم هذا النوع من التوقيعات الإلكترونية، باستخدام اللوغاريتمات المعقدة، من خلال معادلة رياضية، تعمل على تحويل الأحرف، إلى أرقام حيث لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى صيغتها الأولى، إلا للشخص الذي يملك المعادلة الأصلية، أو ما يسمى بالمفتاح.⁽²¹⁾

وعرفه القانون السوداني (يقصد به التوقيع الذي يتم إنشاؤه، أو إرساله، أو استقباله، أو تخزينه بوسيلة إلكترونية، ويتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات؛ يكون لها طابع متفرد، ويسمح بتحديد، وهوية تمييز شخصية الموقع عن غيره) (22)

ونوجز مزايا التوقيع الإلكتروني الرقمي، الذي تجعله في درجة عالية من القوة، كنظيره التقليدي، ما لم يكن أفضل منه على النحو الآتي: (23)

التوقيع الرقمي: يؤدي إلى إقرار المعلومات، التي يتضمنها المستند إليها صاحب التوقيع، والدليل على ذلك أنه عن طريق بطاقات الائتمان، وبمقتضى اتباع الإجراءات المتفق عليها، بين حامل البطاقة، والبنك يحصل الأول على المبلغ؛ الذي يريده بدلاً، من اللجوء إلى السحب اليدوي.

تعبير التوقيع الرقمي عن الحقيقة، بدرجة أكثر من التوقيع التقليدي، بدليل أن «مفتاح إعلان الحرب النووية»، أكبر دليل على ذلك، ف رئيس الدولة هو الوحيد، الذي يملك ذلك التوقيع، ويعلم ذلك الرقم، ومن ثم الوحيد الذي يملك إشارة الحرب، لأن الحاسب الآلي يتولى ترجمة الأرقام، إلى رموز بواسطته، ولخطورة نتائج التوقيع، فقد حصرت في رئيس الدولة، وهي رقم، وليس توقيعاً ضماناً للسرية.

التوقيع الرقمي يسمح بإبرام الصفقات، عن بعد، دون حضور المتعاقدين جسدياً، وهو بذلك يساعد في تنمية، وضمان التجارة الإلكترونية عبر المستندات التي تكون موقعة ومحمية عن طريق التشفير.

التوقيع الرقمي وسيلة مأمونة، لتحديد هوية الشخص، الذي قام بالتوقيع، وذلك بعد اتباع إجراءات معينة، يمكن التأكد من الحاسب الآلي، أن من قام بالتوقيع، هو صاحب بطاقة السحب. (24)

أما السلبيات، والإشكاليات قليلة، إذا ما قورنت بالإيجابيات، وقورنت بنظيره التقليدي؛ وقد أكد القانون ذلك، بوضع ضوابط على التوقيع الرقمي، على النحو الآتي:

اقتران التوقيع الرقمي بشهادة معتمدة، من جهة مخول لها التصديق — واستخدام آلية لتحديد هوية صاحب التوقيع الرقمي، بغرض التدليل على موافقته على المعلومات الواردة، في رسالة البيانات الإلكترونية، إذا كانت تلك الآلية مما يعتمد عليها بالقدر المناسب. هذه الإجراءات تفصح عن الضوابط، التي وضعها القانون، للكشف عن هوية الشخص، الذي يجري العقد، عن طريق العقود الإلكترونية، وشخصيته، وأهليته للتعاقد، وأيضاً أوجب القانون، أن يجري عليها التوقيع الإلكتروني، والتشفير.

التشفير هو: إجراء يؤدي إلى توفير الثقة في المعاملات الإلكترونية، وذلك باستخدام أدوات، أو وسائل، أو أساليب لتحويل المعلومات، بهدف إخفاء محتوياتها، والحيلولة دون تعديلها، أو استخدامها غير المشروع. (25)

ونظام التشفير يسمح بتلافي بعض المخاطر، المتوقعة من استخدام الطرق الإلكترونية، في المعاملات التجارية؛ حيث يتم التأكد عن طريقه من المعلومات التي تسلمها المرسل إليه؛

هي تلك البيانات التي قام المرسل، بالتوقيع عليها، بحيث يتأكد المرسل إليه، الذي يستطيع عن طريق استخدام وسائل فنية؛ الاطلاع على محتوى المعلومات.⁽²⁶⁾

وهذه الطريقة للتشفير تسمى «التشفير السي مثيري» Triyue-SYme ويعني ذلك أن مصدر الرسالة، والمرسل إليه، يستخدمان نفس مفتاح التشفير، لفك رموزها، وقبل إرسال الرسالة، والمرسل إليه؛ يستخدمان نفس مفتاح التشفير؛ لفك رموزها، وقبل إرسال الرسائل المشفرة، يتم إرسال مفتاح التشفير، إلى المرسل إليه؛ بطريقة آمنة ليستطيع فك الشفرة، ثم تطور إلى نظام ASYMe triyue، وهي وسيلة تتيح استخدام العديد من الأرقام المعقدة، التي يتعذر تزويرها.

والطريقة الثانية للتشفير هي التشفير بطريقة المفتاح العام، وهي سلسلة من الهندسة العكسية algorithm، وهي تستخدم مفتاحين مختلفين، أحدهما للتشفير، والآخر لفك الشفرة؛ وميزة هذه الطريقة، أنه لو عرف أحد المفتاحين، فلا يمكن معرفة المفتاح الآخر حسابياً، وكلا المفتاحين له علامة رياضية معقدة، لا يمكن معرفتها إلا من جانب صاحبها، والمفتاح الخاص لا يتصور معرفة آخر به سوى صاحبه، ويظل سراً على الآخرين، والمفتاح العام يمكن معرفته لبعض الجهات المختصة، ولا يقصد منه بقاءه سراً.⁽²⁷⁾

وأرى انها هي الأنسب إلى معاملات التجارة الإلكترونية إذ تحتاج السجلات التجارية إلى مزيد من السرية والخصوصية التي يوفرها هذا التوقيع عن طريق التشفير ونوصي بالنص على ذلك في القانون، وهي صورة التوقيع الإلكتروني التي أعتدها المشرع السوداني بقانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م، كما تم بموجب هذا إنشاء جهة المصادقة على التوقيعات.

ثانياً: التوقيع بالقلم الإلكتروني: po.nep

هذه الطريقة عبارة عن قلم إلكتروني pen. Computer- Signatures يمكنه الكتابة على شاشة الكمبيوتر؛ عن طريق برنامج هو المسيطر، والمحرك لهذه العملية، ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين أساسيتين، لهذا النوع من التوقيعات:

النوع الأول: هي خدمة التقاط التوقيع the signature capture service :
النوع الثاني: هي خدمة التحقق من صحة التوقيع: The signature. Verification service، ويتمثل ذلك في نقل التوقيع المحرر، بخط اليد عن طريق التصوير، بالماسح الضوئي، ثم نقل هذه الصورة إلى الملف، الذي يراد إضافة هذا التوقيع إليه، متضمناً المحرر، عبر شبكة الاتصال الإلكتروني.⁽²⁸⁾

ولكن يحتاج هذا النظام، إلى جهاز حاسب آلي، بمواصفات خاصة، ويستخدم هذا التوقيع، بواسطة أجهزة الأمن والمخابرات، أو نيابات خاصة مدربة، كوسيلة للتحقق من الشخصية.

ويرى البعض أن هذه الطريقة، من طرق التوقيع الإلكتروني، توفر مزايا لا يمكن إنكارها، لمرونتها، وسهولة استعمالها؛ حيث يتم من خلالها، تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الإلكتروني، عبر أنظمة معالجة المعلومات، إلا أنه يعاب على هذا الأسلوب، من

التوقيع الإلكتروني، أنه يحتاج إلى جهاز حاسب آلي، بمواصفات خاصة، تمكنه من التقاط التوقيع، والتحقق من صحة التوقيع — مطابقة التوقيع بالتوقيع المحفوظ بذاكرته؛ كما أنه يحتاج إلى التشفير، وجهة تصديق معتمدة، من قبل السلطة التنفيذية؛ حتى لا يتمكن الطرف الآخر، المرسل إليه الرسالة، الموقعة، من نسخ التوقيع، واستعماله في رسائل آخر.

(29)

وأرى أنه هو الأنسب لتوقيع المستندات التي تصدر من المؤسسات الحكومية مثل شهادات الميلاد والوفاء والأنسب إلى توقيع العقود ويجب النص عليه في القوانين وتحديد المستندات التي يتم به عليها التوقيع.

ثالثاً: التوقيع باستخدام الخواص الذاتية «البي ومترى» biometric signature: التوقيع باستخدام الخواص الذاتية، والفيزيائية، والطبيعية، والسلوكية، للإنسان، مثال: بصمة الأصبع Finger printing، ومسح شبكية العين retinal scans، ونبرة الصوت voice recognition، وخطوات استخدام أي من هذه الخواص، يتم أولاً الحصول على صورة الشكل، وتخزينها داخل الكمبيوتر؛ حتى يمكن الرجوع إليها، عند الحاجة، وهذه البيانات الذاتية، يتم تشفيرها؛ حتى لا يستطيع أي شخص الوصول إليها، ومحاولة العبث بها، أو تغييرها ذلك أن طرفي التوثيق البيرومتر Methods biometric التي تستخدم عبر شبكة الإنترنت، بدون تشفير، يمكن مهاجمتها وتغييرها، حيث يمكن أن ينتحل شخص آخر، شخصية المستخدم.⁽³⁰⁾

وهذا التوقيع يعتمد عليه الآن، في مجال توثيق البيانات الشخصية، كالجنسية، والرقم الوطني وهو الأنسب لها.

رابعاً: التوقيع باستخدام بطاقات الائتمان المقترنة بالرقم السري: pin لتطور التعامل الإلكتروني، الناتج عن تطور التكنولوجيا، ظهرت البطاقات المغنطة البنكية؛ التي تستخدم عن طريق ماكينة الصراف الآلي «ATM»، والتي تخول لحاملها إمكانية، سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد متفق عليه، بينه، وبين البنك مصدر البطاقة، إضافة إلى ما تقوم به هذه البطاقات، من سداد لثمن بعض السلع، والخدمات من خلال أجهزة مخصصة لذلك، وما تقوم به أيضاً من عمليات دفع عبر الإنترنت؛ حيث تحتوي هذه البطاقة، على رقم سري Personal identification number لا يعرفها إلا صاحبها، هو الذي يخول له الدخول إلى حسابه، وإجراء العمليات التي يريدها؛ وفي حال إتمام العملية، من خلال الصراف الآلي، بصورة صحيحة، وحصول العميل في عمليات السحب، مثلاً: على المبلغ الذي أراده، فإنه يحصل على شريط ورقي، يثبت فيه المبلغ، الذي تم سحبه، والتاريخ، والساعة، والمبلغ المسحوب، والرصيد المتبقي؛ حيث دخلت هذه الإجراءات جميعاً، محل التوقيع التقليدي، لما تتميز به من الأمان، والثقة، وتمييز صاحب البطاقة، الذي يحمل الرقم.⁽³¹⁾

وهي الأنسب كما ذكرنا للتحويلات البنكية والسحب من الصرافات وهي تعتبر بمثابة توقيع وأكثر أماناً ووجوداً في الواقع العملي.

خامساً: التوقيع بالضغط على مربع الموافقة xob ko

العقود الإلكترونية، كثيراً ما تحدث الموافقة عليها، بالنقر على زر الموافقة، في المكان المخصص لذلك، في نموذج العقد المعروض على الشاشة، وزيادة في ذلك للتأكد، قد يتطلب من العميل، الضغط مرتين double click لضمان الجدية في التعامل، وهذه الطريقة قد لا تعتبر دليلاً كاملاً، لحد إكسابها للمحرر الإلكتروني، توقيعاً في حد ذاتها؛ ولذلك المنشآت التجارية، تلجأ في الغالب الأعم، إلى إضافة خانة في نموذج التعاقد الموجود على صفحة الويب، يضع فيها المتعاقد الرقم السري، بالإضافة إلى إمكانية استخدام المفتاح الخاص، الذي تقوم على منح الشهادة الخاصة به، جهات معتمدة من قبل الدولة.⁽³²⁾

وأيضاً صورة هذا التوقيع متعلقة بالتجارة الإلكترونية خاصة للبضائع التي تعرض على المتاجر الإلكترونية بالضغط عليها مرتين يؤكد توقيعك بدخولك في تعاقد ويعتبر بمثابة قبول لأن هذه البضائع محددة الأثمان وعرضها بهذه الطريقة هو الإيجاب.

كيفية إتمام عملية التوقيع الإلكتروني:⁽³³⁾

1. يقوم مرسل الرسالة الإلكترونية بتشفيرها، باستخدام المفتاح العام، التابع للمشغل «مرفق معه التوقيع الإلكتروني للمرسل».
2. إرسال البرنامج الخاص بالمشغل، ونسخة من التوقيع الإلكتروني، لترسل إلى جهة التوثيق، المصدرة للشهادة، للتثبيت منه.
3. أن تقوم جهة التوثيق، بالتثبيت من التوقيع الإلكتروني، من خلال قاعدة مراجعة البيانات، الخاصة بالمشاركين «Data Base».
4. تقوم جهة التوثيق، بإرسال نتيجة البحث، إلى المشغل، لتأكيد صحة الرسالة، ونسبتها إلى المرسل، يقوم المشغل بفتح الرسالة، والاطلاع على محتواها، باستخدام المفتاح الخاص للمشغل، إذا كان التشفير قد تم، على أساس المفتاح العام للمشغل، أو المفتاح العام للمرسل، «إذا كان التشفير قد تم، على أساس المفتاح الخاص للمرسل».

المبحث الثالث

الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني

يشترط في التوقيع عموماً، وفقاً لجميع التشريعات؛ حتى يقوم بوظيفته، ويتمتع بالحجية في الإثبات، أن يكون مطابقاً لشخص صاحبه، أي أن يتم التوقيع وفقاً للطريقة التي اعتاد الشخص على استخدامها؛ للتعبير عن موافقته، على محرر معين، ورضائه بمضمونه؛ فيجب أن يكون التوقيع دالاً على شخصية صاحبه، ومميزاً لهوية الموقع، ويشترط كذلك أن يكون التوقيع دائماً، أي مستمراً، ولا يتحقق ذلك، إلا إذا تم بوسيلة تترك أثراً مميزاً، يبقى، ولا يزول؛ كما يشترط أن يكون التوقيع مسجلاً بالمحرر؛ أي أن يكون التوقيع ضمن المحرر، كلاً لا يتجزأ، وذلك حتى يمنح المحرر قيمته القانونية.⁽³⁴⁾

ويمكن ملاحظة هذه الشروط في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ حيث أشار إلى أن التوقيع الإلكتروني؛ يعتبر قابلاً للتعويل عليه، لغرض الوفاء

بالاشتراط، المشار إليه في الفقرة «1»:»⁽³⁵⁾

- أ. كانت بيانات إنشاء التوقيع، مرتبطة في السياق، الذي تستخدم فيه بالموقع، دون أي شخص آخر.
- ب. كانت بيانات إنشاء التوقيع، خاضعة وقت التوقيع، لسيطرة الموقع، دون أي شخص آخر.
- ج. كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني، يجرى بعد حدوث التوقيع، قابلاً للاكتشاف.
- د. كان الغرض من اشتراط التوقيع قانوناً، هو تأكيد سلامة المعلومات، التي يتعلق بها التوقيع.

ولقد أقر التوجيه الأوربي اتفاقات الإثبات التي بموجبها يتفق أطرافها، على شروط قبول التوقيعات الإلكترونية في الإثبات، وقد ميز التوجيه الأوربي، بين التوقيع الإلكتروني البسيط، الذي لا يستند إلى شهادة توثيق معتمدة، تفيد صحته، والتوقيع الإلكتروني المتقدم، أو المعزز وهو: الذي جرى إصداره، باستخدام إحدى أدوات تأمين التوقيع، ويستند إلى شهادة توثيق؛ حيث في التوجيه الأوربي، يمنح التوقيع الإلكتروني البسيط الحجية المناسبة، وإن لم يكن مستوفياً لشروط التوقيع الإلكتروني المتقدم.⁽³⁶⁾

ومفاد ذلك عدم إهدار قيمة التوقيع الإلكتروني البسيط، في الإثبات، لمجرد عدم استناده، على شهادة توثيق معتمدة، تفيد صحته، أو لكونه لم يتم باستخدام أداة من أدوات تأمين التوقيع، واشترط لمعادلة التوقيع الإلكتروني، بالتوقيع التقليدي «اليدوي»؛ من حيث الإثبات، أن يكون هذا التوقيع معززاً، والذي عرف بأنه: (التوقيع الذي يرينا شخص الموقع وحده، ويحدد هويته، ويجري إنشاؤه من خلال تقنيات، تقع تحت سيطرته وحده، ويرتبط بالبيانات المدرج فيها، على نحو يكشف، أي تغيير لها)⁽³⁷⁾

أما التوقيع الإلكتروني البسيط فيجب على من يتمسك به، أن يقيم الدليل أمام القضاء، على جدارة التقنية المستخدمة، في إنشاء، وإصدار التوقيع، ويكون لقاضي الموضوع سلطة واسعة، في تحديد قيمة التوقيع الإلكتروني، في الإثبات مستعيناً بالخبراء؛ ومفاد ذلك عند حصول نزاع، بشأن توقيعين إلكترونيين، أحدهما بسيط، والآخر معزز «متقدم»، فإن الأولوية تكون للثاني «المعزز»، لأنه يتمتع بعنصر الأمان؛ وقد أوضح التوجيه الأوربي الشروط التي يجب توافرها في التوقيع المعزز:⁽³⁸⁾

1. أن يرتبط فقط بالموقع.
2. أن يسمح بتحديد شخصية الموقع.
3. أن يتم بوسائل، يستطيع الموقع من خلالها الاحتفاظ بها، والسيطرة عليها بشكل حصري.
4. أن يرتبط ببيانات، تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كل تعديلات لاحقة، على هذه البيانات.⁽³⁹⁾

أما المشرع الأردني فقد ساوى في قانون المعاملات الإلكترونية، بين التوقيع الإلكتروني،

والتوقيع الخطي، من حيث ترتيب آثاره القانونية، وإلزامه لصاحبه، وصلاحيته في الإثبات؛ حيث نص على أنه يتم إثبات صحة التوقيع الإلكتروني، ونسبته إلى صاحبه، إذا توافرت طريقة لتحديد هويته، والدلالة على موافقته، على المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني، الذي يحمل توقيعه، وإذا كانت تلك الطريقة، مما يعول عليها لهذه الغاية، في ضوء الظروف المتعلقة بالمعاملة، بما في ذلك اتفاق الأطراف، على استعمال تلك الطريقة.

وكذلك تشريع إمارة دبي اسبغت على التوقيع الإلكتروني، الحجية في الإثبات طالما كان محمياً، وهو يكون كذلك إذا توافرت فيه المتطلبات الآتية:⁽⁴⁰⁾

1. أن يتفرد به الشخص الذي استخدمه، أي التوقيع.
2. أن يكون من الممكن، أن يثبت هوية من استخدمه.
3. أن يرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة.
4. أن يكون تحت سيطرة الموقع التامة، سواء بالنسبة لإنشائه أو بالنسبة لوسيلة استعماله وقت التوقيع.

أما في مصر فقد اشترط قانون التوقيع الإلكتروني، حتى يمنح التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات، أن تتوافر عدة شروط:⁽⁴¹⁾

1. أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده، دون غيره.
 2. أن يسيطر الموقع وحده، دون غيره على الوسيط الإلكتروني.
 3. إمكانية كشف أي تعديل، أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني، أو التوقيع الإلكتروني.
- أما قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م: — جاء الفصل الرابع من هذا القانون، بعنوان التوقيع الرقمي، والحجية. تناولت المادة «8»، من هذا الفصل، الأثر القانوني للتوقيع الرقمي، على النحو الآتي:⁽⁴²⁾

1. لا ينكر الأثر القانوني للتوقيع الرقمي، من حيث صحته، وإمكان العمل بموجبه لمجرد وروده كلياً، أو جزئياً في شكل إلكتروني.
2. إذا أوجب القانون التوقيع على مستند، أو رتب أثراً قانونياً على خلوه من التوقيع فإنه إذا استعمل سجل إلكتروني في هذا الشأن، فإن التوقيع الرقمي، يفى بمتطلبات هذا القانون.
3. إذا عرض بصدد أي إجراءات قانونية، توقيع رقمي مقرون بشهادة معتمدة، لأي شخص، يكون ذلك التوقيع معادلاً لتوقيعه اليدوي إذا:

(أ) استخدمت آلية لتحديد هوية ذلك الشخص، والتدليل على موافقته، على المعلومات الواردة في رسالة البيانات الإلكترونية.

(ب) كانت تلك الآلية مما يعتمد عليه، بالقدر المناسب، للغرض الذي أنشئت من أجله رسالة البيانات الإلكترونية، في ضوء الظروف، بما في ذلك أي اتفاق آخر، متصل بذلك الشخص.

4. إذا لم يتم التوقيع الإلكتروني باستعمال شهادة معتمدة، فإن قرينة الصحة المقررة بموجب أحكام البند السابق، لا تلحق أياً من التوقيع، أو السجل الإلكتروني.

وهناك بعض الملاحظات على هذا النص:

أ. النهج الذي اعتمده القانون، فيما يخص التوقيعات الإلكترونية، هو النهج الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة، في قانون الأونسترال، بشأن التوقيعات الإلكترونية، لسنة 2001 م « من خلال الاعتراف بمعادلة التوقيعات الإلكترونية للتوقيع بخط اليد عند توفر الشروط، والضوابط القانونية، والتقنية عليه، فكلما طلب المشرع وجود التوقيع، أو اكتفى بالنص على الآثار المترتبة على تخلفه، فإن التوقيع الإلكتروني يعتبر مقبولاً في هذا الإطار؛ مما يعني عدم إنكاره باعتباره دليلاً للإثبات، لمجرد أنه توقيع إلكتروني، أو أنه غير معتمد، أو أنه غير معزز بشهادة مؤهلة تفيد صحته.

ب. قصد المشرع ترتيب آثار قانونية مختلفة، عند استعمال التوقيعات الإلكترونية المتنوعة، بحيث منح التوقيع الإلكتروني الرقمي قوة قانونية، تجعله يتفوق على التوقيع الإلكتروني العادي، وتختلف درجة الحجية الممنوحة لهذه التواقيع، على حسب درجة الأمن، والثقة المتوفرة لها.

ج. وضع المشرع قرينة قانونية، على نسبة التوقيع الرقمي للموقع، وعلى سلامة رسالة البيانات، وعدم تعرضها للتغيير، منذ إرسالها، على اعتبار أن التوقيع الإلكتروني المقرون بشهادة معتمدة، صادرة عن الشخص المنسوب إليه هذا التوقيع وأن المستند الإلكتروني، لم يطرأ عليه تغيير، منذ التوقيع عليه.

د. اشترطت المادة، نفس الشروط التي اشترطتها معظم القوانين، التي خرجت من عباءة القانون النموذجي، وهي أن يكون هذا التوقيع مدرجاً من خلال رسالة بيانات محدداً هوية الشخص، الذي قام بالتوقيع على هذه الرسالة، ومميزاً له عن غيره مبيناً التزامه، كما وقع عليه إلكترونياً؛ وحتى تتحقق حجية الإثبات القانونية للتوقيع الإلكتروني، لا بد أن تصدر اللائحة التنفيذية، لتنظيم التوقيع الإلكتروني، لكي توضح الضوابط الفنية والتقنية لمنظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

(كذلك المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية وضحت شروطاً لصحة التوقيع الإلكتروني بحيث يكون له طابع متفرد ويسمح بتحديد هوية وتمييز شخصية الموقع دون غيره. ويتضح مما سبق أنه لكي يكون التوقيع الإلكتروني حجة في الإثبات، ومساوياً للتوقيع اليدوي، لا بد أن تتوفر فيه عدة شروط على النحو الآتي:

1. أن يكون متميزاً، ويرتبط بشخص صاحبه.
2. أن يكون كافياً، بتعريف شخص صاحبه.
3. سيطرة صاحب التوقيع، على أداة التوقيع.
4. ارتباط التوقيع بالحرر، ارتباطاً وثيقاً.
5. يجب أن يكون معتمداً من هيئة عامة

المبحث الثالث

حجية التوقيع الإلكتروني

يؤدي التوقيع في الشكل الكتابي، مجموعة متنوعة من الوظائف، حسب طبيعة المستند، الذي يحمل التوقيع، فمثلاً التوقيع يمكن أن يكون دليلاً على نية الموقع، لإقراره بتحريره نص مستند، وأيضاً كدليل للإثبات، في حالة قيام نزاع مستقبلي، بين الأطراف، ويعد أيضاً أداة للتعبير عن إرادة الشخص في قبوله الالتزام، بمضمون العقد، ووسيلة لتوثيق العقد، وتأمينه من التعديل، كما أنه يميز شخصية صاحبه، ويحدد هويته.⁽⁴³⁾

أما التوقيع الإلكتروني فعلى خلاف قيامه بالوظائف السابقة؛ فهو يختلف عن التوقيع التقليدي، بالنظر إلى الاستيثاق من شخصية صاحب التوقيع، يتم بشكل روتيني، في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري، أو المفتاح الخاص، وبالتالي فإنه لا مجال للانتظار حتى ينشب النزاع، للبحث في مدى صحة التوقيع؛ كما هو الشأن في معظم الأحوال، بخصوص المحررات الموقعة بخط اليد، إضافة إلى ذلك ما توفره التقنية الحديثة المستخدمة، في تأمين التوقيع الإلكتروني عن طريق ما يسمى نظام المعاملات الإلكترونية الآمنة "secure set electronic transaction" ويوفر هذا النظام عنصر التحقق من شخصية صاحب التوقيع.

وهناك نظام تأمين يستخدمه الأشخاص في حالة دخول المواقع، يسمى بروتوكول تأمين طبقة المقاييس "sell secure socket layers" والهدف من هذا البرنامج، نقل المعلومات، والبيانات، بين العميل، والوحدات التجارية، وبصفة خاصة تأمين بيانات بطاقة الدفع البنكية، وقد تم تطوير هذا البروتوكول، بواسطة إحدى الشركات التي تعمل في مجال تقديم برامج التصفح عبر مواقع الويب، المنتشرة على الإنترنت وهي شركة نتس كيب⁽⁴⁴⁾ nets cape.

نسبة لقوة التوقيع الإلكتروني، على ما ذكرناه من وسائل حماية لازمة، وتحديداً لهوية الموقع، ولارتباطه بشكل فريد بالموقع؛ القوانين الدولية، والقوانين المحلية أضيفت الحجية على التوقيع الإلكتروني، وأصبح مضاهياً للتوقيع التقليدي، على النحو الآتي:

أولاً: حجية التوقيع الإلكتروني في بعض القوانين الدولية:

1. قانون التجارة الإلكترونية الصادر عام 1996 من الأمم المتحدة أعطى الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني كالتوقيع التقليدي ونص على ذلك في م (7) بشرط إمكانية تحديد هوية الموقع وموافقته على المعلومات الواردة في السجل وأن تكون الطريقة المستخدمة لتحديد هوية الموقع موثوقة، ويمكن الاعتماد عليها.
2. القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني: جاء نص المادة (2) منه تكملة للمادة (7) من قانون التجارة الإلكترونية حيث أورد في التعريف للتوقيع الإلكتروني ما يدل على حجيته إذا توافرت شروط معينه تفهم من هذا النص ذكرناها في المبحث السابق (نص المادة «2» من القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني ... بيانات في شكل إلكتروني، مدرجة في رسالة بيانات، أو

مضافة إليها، أو مرتبطة بها منطقياً؛ يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع، بالنسبة لرسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع، على المعلومات الواردة فيها) 3. كما اعترف التوجيه الأوربي بالتوقيع الإلكتروني، وحق الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي، على منحه الحجية القانونية، في التعاملات الإلكترونية، وقد ميز هذا التوجيه بين نوعين، من التوقيع الإلكتروني الأول، التوقيع الإلكتروني المعزز، أو المتقدم "advanced" والتوقيع غير المعزز.⁽⁴⁵⁾

ثانياً : حجية التوقيع الإلكتروني في بعض القوانين المحلية :

1. نص القانون الفيدرالي الأمريكي: (على أنه لا يجب إنكار الأثر القانوني، للتوقيع الإلكتروني، ولا إنكار صلاحيته، أو تنفيذه فقط، لأنه في شكل توقيع إلكتروني).⁽⁴⁶⁾
 2. أما في فرنسا: فقد قسم المشرع الفرنسي، الأمر بمنح التوقيع الإلكتروني، الحجية اللازمة في الإثبات المطلوبة، للمحركات الإلكترونية، كمحركات عادية، معدة للإثبات، كما يلاحظ أنه اعترف للتوقيع الإلكتروني، من خلال اعترافه بوظائفه، من حيث تحديد شخص الموقع، وصحة إرادته.⁽⁴⁷⁾
 3. أما المشرع الإماراتي: فقد أشار (إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند، ونص على ترتيب نتائج معينة، وفي غياب ذلك، فإن التوقيع الإلكتروني، الذي يعول عليه في إطار المعنى الوارد، في المادة «12» من هذا القانون يستوفي الشرط).⁽⁴⁸⁾
 4. كذلك القانون التونسي: الذي ساوى في الحجية، بين التوقيع التقليدي، والتوقيع الإلكتروني.⁽⁴⁹⁾
 5. ووسائل توثيق العقود في القانون المصري، محددة تحديداً جامعاً مانعاً، وليس من بينها وسائل التوثيق الإلكتروني؛ لذلك نجد قانون التوقيع الإلكتروني، وتكنولوجيا المعلومات، رقم «15»، لسنة «2004م»، واستجابة لمتطلبات المعاملات الإلكترونية — قد تضمن نصوصاً، تتضمن مبدأ المساواة، بين التوقيع الإلكتروني، والتوقيع الخطي التقليدي، من حيث الحجية المقررة للتوقيعات، التي تتم على «وسائل ورقية»، وذلك شريطة أن يستوفي التوقيع الشروط، والضوابط الفنية المطلوبة، وفق اللائحة التنفيذية، والتي منها اعتماد التوقيع من جهة التصديق المرخص لها، باعتماد التوقيعات الإلكترونية.⁽⁵⁰⁾
- ولكن يلاحظ على هذا القانون، أنه أحال في شأن حجية الكتابة، والمحركات الإلكترونية، إلى اللائحة التنفيذية للقانون؛ إذ جاء نص م «15» من قانون التوقيع الإلكتروني، على أن للكتابة الإلكترونية، وللمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية، والتجارية، والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة، للمحركات الرسمية، والعرفية، في أحكام قانون الإثبات متى استوفت الشروط المنصوص عليها، في هذا القانون، وفقاً للضوابط الفنية، والتقنية، التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، كما جاء نص م «18» من ذات القانون، على أن: (يتمتع التوقيع الإلكتروني، والكتابة الإلكترونية، والمحركات

الإلكترونية بالحجية، في الإثبات، إذا ما توافرت فيه الشروط، التي ذكرناها في شروط حجية الإثبات الإلكتروني في القانون المصري...) وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون، الضوابط الفنية، والتقنية اللازمة لذلك — وقد يبدو للوهلة الأولى، أنه أمر غير مقبول، أن يحيل القانون للائحة التنفيذية، في شأن أمور تتعلق بالإثبات، إذ إن قواعد الإثبات سواء الموضوعية، أو الإجرائية، يجب أن يتضمنها القانون ذاته، ولا يجوز أن تتضمنها اللائحة، ولكن يلاحظ أن اللائحة التنفيذية، حددت الضوابط الفنية والتقنية اللازمة فقط لتحقيق الحجية؛ كاشتراط أن يكون متاح فنياً، وتحديد مصدره ووقته، وتاريخ إنشاء الكتابة، والمحركات الإلكترونية، من خلال نظام حفظ إلكتروني، وهي أمور تقنية يجب أن تتضمنها اللائحة، وليس القانون.

6. أما قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007: أضفى الحجية الكاملة، على التوقيع الإلكتروني؛ إذا توفرت شروطه التي ذكرناها، في شروط التوقيع الإلكتروني، حيث أورد: (لا ينكر الأثر القانوني للتوقيع الرقمي، من حيث صحته، وإمكان العمل بموجبه، لمجرد وروده كلياً، أو جزئياً، في شكل إلكتروني.) (52) وكذلك أورد: (إذا عرض بصدد أي إجراءات قانونية، توقيع رقمي مقرون بشهادة معتمدة لأي شخص، يكون ذلك التوقيع معادلاً لتوقيعه اليدوي.)⁽⁵³⁾ مما سبق إذا وجدت الشروط الواجب توافرها؛ التي اشتراطها القانون، فإن التوقيع الإلكتروني، يعطي المستند الإلكتروني نفس الحجية، التي يعطيها التوقيع التقليدي للمستند التقليدي.

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات في ختام هذا البحث أن موضوع حجية التوقيع الإلكتروني يحتاج إلى مزيد من البحث وإقامة الندوات والمؤتمرات لمواكبة التشريعات للحياة الواقعية وحفاظاً على الحقوق من الضياع أمام المحاكم نسبة لإهدار المستند الإلكتروني لعدم قبوله وهذا جهد المقل سائلاً الله تعالى أن ينفع به ونسأل الله القبول.

النتائج:

1. للتوقيع الإلكتروني حجية أمام المحاكم إذا توافرت فيه شروط معينة كفلتها النصوص القانونية بمختلف القوانين.
2. التوقيع الإلكتروني نسبة الأمان التي به من تشفير وخواص ذاتية أقوى بكثير من التوقيع التقليدي الذي في غالب الأحوال يكون عرضة للتزوير.
3. التوقيع الرقمي الذي به خاصية التشفير هو الأنسب تقنياً وقانونياً وفيه درجة حماية عالية للمستندات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.
4. أغلب الدول العربية في قوانينها تركت موضوع توثيق التوقيع الإلكتروني الى صاحبه والقطاع الخاص بينما القانون السوداني نص على إنشاء هيئة عامة يعتمد بها التوقيع الإلكتروني وهذا أكثر ضبطاً واستيثاقاً.

5. مواكبة القوانين العربية فيما يتعلق بموضوع التوقيع الإلكتروني بالنص عليه في تشريعاتها بل أفردت له تشريعات خاصة وان كان هناك خلل في الواقع العملي من حجية المستند الذي أدرج عليه التوقيع الإلكتروني.

التوصيات:

1. التأكد من أن المحاكم تعتد بقبول المستند المضاف إليه التوقيع الإلكتروني وفقا لما ورد في نصوص القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية أو الخاصة بالتوقيع الإلكتروني.
2. على الدول الأخرى أن تحذو حذو دولة السودان وتقوم بإنشاء هيئة عامة لتوثيق التوقيعات الإلكترونية وإعطاء شهادات مصادقة بذلك.
3. النص في القانون على أن استخدام التوقيع بالخواص الذاتية هو الأنسب للجوازات والجنسية والأرقام الوطنية، والتوقيع بالقلم الإلكتروني هو الأنسب للمستندات الصادرة من المؤسسات الحكومية ومن في حكمها كالشهادات الجامعية، وشهادة الوفاة، وشهادة الميلاد وإجراء العقود المدنية، والتوقيع بالأرقام أو التشفير هو الأنسب للمستندات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وإجراء العقود التجارية، والتوقيع ببطاقة الصراف هي الأنسب لتحويل الأموال وسحبها.
4. تدريب القضاة والمحامين وغيرهم ممن يشغلون المهن القانونية على أمر التوقيع الإلكتروني من الناحية التقنية حتى يتمكنوا من الاستيثاق من سلامته عند عرضه عليهم.
5. إنشاء نيابات خاصة ومتخصصة تقوم بملاحقة مرتكبي جريمة تزوير التواقيع الإلكترونية والقيام بأعمال القرصنة وفك الشفرات.

المصادر والمراجع:

- (1) د. محمد المرسي زهره، بحث بعنوان الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية، لسنة 2000م، ص13.
- (2) د. محمد المرسي زهره، بحث بعنوان الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص13.
- (3) م14، 1 من قانون الإثبات المصري.
- (4) م10، من قانون التبادل الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية الأردني، رقم «15» ل سنة2001م.
- (5) م43، من قانون الإثبات السوداني، لسنة 1994.
- (6) م2، من قانون الأونستيرال النموذجي الصادر سنة 2001.
- (7) م3 ، 1، من قانون التوقيع الإلكتروني للتوجيه الأوربي، رقم 93، لسنة 1999.
- (8) م2، 1، من قانون التوقيع الإلكتروني للتوجيه الأوربي، رقم 93، لسنة 1999.
- (9) م2 ، 2، من قانون التوقيع الإلكتروني للتوجيه الأوربي، رقم 93، لسنة 1999.
- (10) م6، 13، من القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون الصادر في 13، مارس، 2000م.
- (11) م2، من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، رقم 2، لسنة 2002م.
- (12) راجع أحكام القانون الأردني من قانون المعاملات الإلكترونية، رقم 15، ل سنة2001م.
- (13) م1، فقرة ج، من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، رقم 15، لسنة 2004.
- (14) م2، من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني، ل سنة2007 م.
- (15) م2، من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني، لسنة 2007.
- (16) د. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص32..
- (17) د. محمد المرسي زهرة، بحث بعنوان الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الامارات العربية، لسنة 2000م، ص21.

- (18) د. علاء تقش بندي، التوقيع الإلكتروني خطوة للإمام، جريدة الاتحاد الإماراتية، عدد يوم 21/8/2001.
- (19) د، عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998، ص 91.
- (20) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، طبعة دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006 م. ص 198.
- (21) زهير بن سعيد النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص 140.
- (22) م2، من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني، لسنة 2007.
- (23) عبد الفتاح بيومي حجازي، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ط 2002 م. ص 192-193.
- (24) د، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 198.
- (25) زهير بن سعيد، النظام القانوني لعقد التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 140.
- (26) م2، من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني، لسنة 2007.
- (27) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص 192-193.
- (28) د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص 35.
- (29) محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، 2008، ص 45. ود. خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 200.
- (30) عادل محمود شريف، وعبد الله إسماعيل عبد الله، ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الإنترنت، مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، العين الإمارات العربية المتحدة، 1 مايو 2003 — د، محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 25 — د، نجوة أبو هيب، التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات، دار النهضة العربية، 2004، ص 69، وما بعدها...

- (31) د. لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص148.
- (32) د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص39.
- (33) عزة علي محمد الحسن، الجوانب القانونية للصيرفة الإلكترونية، الزيتونة، 2009م، ص73.
- (34) زهير بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص140-141.
- (35) م6، 3 من قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، لسنة 2001م.
- (36) م5، 2 من التوجيه الأوروبي، رقم 93، 1999، الخاص بالتوقيع الإلكتروني.
- (37) م2، 2 من التوجيه الأوروبي، رقم 93، 1999، الخاص بالتوقيع الإلكتروني.
- (38) م2، 2 من التوجيه الأوروبي، رقم 93، 1999، الخاص بالتوقيع الإلكتروني.
- (39) م10، ب من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم85، لسنة 2001م.
- (40) م10، من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، رقم 2، لسنة 2002م.
- (41) م18، من القانون الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، رقم15، لسنة 2004م.
- (42) م8، من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني، لسنة 2007م.
- (43) د. نجوى أبوهيبية، التوقيع الإلكتروني، تعريف مدى حجيته في الإثبات، ص83.
- (44) زهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص145، 146.
- (45) زهير بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص146 — د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص42.
- (46) القانون الفيدرالي الأمريكي الصادر، 2000/6/3.
- (47) د. خالد ممدوح إبراهيم، التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص194.
- (48) م10، 1، من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، رقم 2، لسنة 2002م.

- (49) م4، من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، رقم 83، لسنة 2000م
- (50) م18، من القانون الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، رقم 15 لسنة 2004م.
- (51) الفقرة 1، من المادة 8، من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني، لسنة 2007م.
- (52) الفقرة 3، من المادة 8، من قانون المعاملات الإلكترونية السوداني، لسنة 2007