العـــدل

مجلة قانونية ـ فصلية ـ محكمة

السنة الرابعة والعشرون ـ العدد التاسع والخمسون ـ إبريل ٢٠٢٢م

المشرف العام	مولانا / محمد سعيد الحلو	وزير العدل
رئيس التحرير	أ. د. عوض أحمد إدريس	الخبير القانوني
مدير التحرير	المستشار/ عثمان سراج	رئيس المكتب التنفيذي
سكرتير التحرير	المستشار/ حسين فريجون سيد أحمد	

الهيئة الاستشارية

مولانا / هويدا عوض الكريم	وكيل وزارة العدل
مولانا / إيمان محمد البشير مفرح	المحامي العام
مولانا / محمد عثمان محمود الرحيمة	رئيس إدارة التشريع
مولانا / معاوية عيسى	المستشار العام للشؤون الإدارية والمالية

كمبيوتر

ابتهال عوض أحمد

أميرة مصطفى

التقديم :

في سبعينيات القرن الماضي شب حريق في حافلة ركاب كانت متجهة إلى منطقة جبل أولياء حيث أدى ذلك إلى وفاة خمسين شخصاً من ركاب الحافلة التي كانت مؤمنة لدى شركة التأمينات العامة وقت احتراقها.

توقع محامي الشركة وهو مواطن بلغاري أن يتقدم إليه ذوو المتوفين بطلبات تعويض إلا أن أحداً لم يتقدم بطلب. وما كان منه إلا أن تقدم باستقالته وغادر إلى بلاده وهو يأسف لعدم معرفة المواطن السوداني لحقوقه القانونية وجهله لما توفره له الوثيقه التأمينية.

كانت هذه الحادثة وموقف المحامي البلغاري، دافعاً لنا في ذلك الوقت للتفكير في إصدار مجلة بالإدارة العامة للمقاضاة والرأي، حيث تمكنا من إصدار العدد الأول في إبريل ١٩٧٨م إلا أنها توقفت منذ ذلك التاريخ لأسباب مادية ثم عاودت صدورها المنتظم في أكتوبر عام ١٩٩٩.

إن الهدف الأول من إصدار هذه المجلة هو بسط الثقافة القانونية ومختلف الثقافات الأخرى بين المواطنين عن طريق نشر البحوث القانونية في المجالات المختلفة والبحوث الاقتصادية والاهتمام إلى جانب السياحة والتراث والعلاقات العامة.

ونحن اليوم على أعتاب العدد الستين من "مجلة العدل" نسأل الله سبحانه وتعالى أن يوفقنا لما يحب و يرضى في مسيرتنا نحو بسط المعرفة والعدل وأن ينفع بنا البلاد والعباد.

،،، والله الموفق والمستعان،،،

رئيس التحرير

بسم الله الرحمن الرحيم

عبر ومواعظ

وذكر فإن الذكرى تنفع المؤمنين

كتاب عمر بن الخطاب ﷺ إلى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري والي البصرة

بسم الله الرحمن الرحيم

أما بعد: فإن للناس نفرة عن سلطانهم. فأعوذ بالله أن تدركني وإياك عمياء مجهولة وضغائن محمولة. أقم الحدود ولو ساعة من نهار.

وإذا عُرض لك أمران أحدهما لله والآخر للدنيا، فآثر نصيبك من الله، فإن الدنيا تنفد والآخرة تبقى.

وأخيفوا الفساق واجعلوهم يداً يداً ورجلاً رجلاً. وعُد مرضى المسلمين، وأشهد جنائزهم وافتح لهم بابك، وباشر أمورهم بنفسك، فإنما أنت رجل منهم، غير أن الله جعلك أثقلهم حملاً.

وقد بلغني أنه قد فشأ لك ولأهل بيتك هيئة في لباسك ومطعمك ومركبك ليس للمسلمين مثلها. فإياك يا عبد الله أن تكون بمنزلة البهيمة مرت بوادٍ خصيب فلم يكن لها هم إلا السمن وإنما حتفها في السمن.

وأعلم أن العامل إذا زاغت زاغت رعيته. وأشقى الناس من شقي الناس به. والسلام.

البحـــوث

١/ التحكيم في عقد النقل البحري

دراسة مقارنة

بقلم د. محمد عثمان أحمد محمد عثمان

عضو النيابة العامة - ديوان النائب العام

المستخلص :

اتفاق التحكيم، هو اتفاق أطراف العقد أو أطراف النزاع إذا كان النزاع قد قام بالفعل " على طرح النزاع أمام هيئة محكمين بدلاً من طرحه أمام االقضاء غايتهم من ذلك توفير الوقت والمصاريف بالإضافة إلى السرية، وعرض النزاع بين أيدي أشخاص متخصصين في النقل البحري.

وعندما يكون الاتفاق على التحكيم منصوص عليه في العقد فهو يسمى في هذه الحالة بشرط التحكيم. أما إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد أن قام النزاع فهو يسمى في هذه الحالة بمشارطة التحكيم وهو يكون دائماً في صورة اتفاق مستقل عن عقد النقل.

ويشترط في اتفاق التحكيم أن يكون مكتوباً وواضحاً وصريحاً ومعبراً عن إرادة الأطراف وإذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم التزم به ك من الناقل والشاحن والمرسل إليه فلا يجوز لأي منهم الرجوع عنه إلا بموافقة باقى الأطراف.

وللأطراف دور واسع في تحديد القانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم، ويصدر قرار التحكيم بالإجماع أو بالإغلبية، ويطعن فيه بالبطلان لأسباب محددة على سبيل الحصر، وقرار المحكمة المختصة بنظر الطعن تقضى بالبطلان أو برفض الطعن وحالة قضت بالبطلان يجوز للأطراف طرح النزاع أمام المحكمة المختصة.

يتم تنفيذ حكم هيئة التحكيم اختيارياً في الغالب، وفي حالة عدم ذلك ينفذ جبراً عن طريق القضاء متى استوفى الشروط المطلوبة في القوانين الوطنية المانعة من تنفيذ حكم التحكيم. وتنظر المحكمة المختصة طلب التنفيذ من خلال المستندات فإذا أمرت بالتنفيذ فإنه لا يجوز الطعن فيه سواء في القانون السوداني أو المصري. أما حالة رفض التنفيذ فإنه وفقاً للقانون المصري يمكن الطعن فيه تظلماً أمام محكمة الاستئناف المختصة خلافاً للقانون السوداني الذي يقضى بأن قرار محكمة التنفيذ نهائي لا يجوز الطعن فيه.

مقدمـــة :

الحمد لله والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم. التحكيم هو إحدى الوسائل البديلة عن القضاء لتسوية المنازعات التجارية. وشاع اللجوء إليه في العقود الدولية وعلى وجه الخصوص العقود البحرية. بحيث يندر أن نجد عقداً بحرياً لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد، ونقصد بالتحكيم هنا التحكيم الاختياري حيث يتفق أطراف عقد النقل البحري على أن يعهد بالمنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد إلى محكمين خصوصيين من اختيارهم من المشهود لهم بالكفاءة والخبرة في المجال البحري ليفصلوا فيها بأحكام تحكيمية ملزمة.

وإذا كانت السيادة في حل المنازعات البحرية في العصر الحاضر للتحكيم البحري وليست للقضاء الوطني في هذه الدولة أو تلك. فإن التحكيم البحري نظام قانوني لحل المنازعات البحرية معروف منذ القدم حيث ترتد إرهاصات وجوده إلى عصور روما القديمة في القرن السابع قبل الميلاد، وازدهار القانون البحري لجزيرة رودس. ثم تبوأ التحكيم البحري مكانه اللائق كوسيلة لحل المنازعات البحرية في العصور الوسطى نظراً لازدهار التجارة البحرية بين الشعوب المختلفة. ونشوء موانئ مهمة على بحر الشمال وبحر البلطيق، وتدوين أعظم قانونين بحريين عرفيين. وهما قنصلية البحر وهي مدونة في برشلونة في القرن الحادي عشر للميلاد، ومجموعة أو يرون. التي وضعت عام ١٢٠٠ للميلاد لتضم أحكام القضاء الصادرة في الموانئ الفرنسية الواقعة على المحيط الأطلنطى. ويشهد بانتشار حل المنازعات البحرية بواسطة

التحكيم البحري في هذا العصر الوسيط الأحكام التحكيمية البحرية الصادرة في ميناء مرسيليا الفرنسي عام ١٩٤٨ للميلاد والتي ما زالت موجودة ومحفوظة في فرنسا حتى الآن.[١]

وإذا كان التحكيم البحري قد نشأ عند الرومان. وانتشر في العصور الوسطى كنظام بسيط ومرن ومتخصص لحل المنازعات البحرية فإنه قد لاقى رواجاً وازدهاراً لا مثيل لهما في عصرنا الحاضر نظراً لازدهار التجارة الدولية. والتبادل التجاري بين الدول المختلفة في العالم بأسره، شرقه وغربه، شماله وجنوبه، حيث وجد هذا التبادل التجاري وسيلته المفضلة في النقل البحري إذ رغم الأهمية المتزايدة لوسائل النقل البري والجوي في هذه العصر إلا أن وسيلة النقل البحري مازالت تحتل المرتبة الأولى ضمن وسائل النقل المختلفة لقلة تكاليفها ولكبر أحجام الشحنات المنقولة بواسطتها وذلك بالمقارنة بوسائل النقل الأخرى.[٢]

موضوع البحث وأهميته:

وفي خضم هذا البحر الهائل المتلاطم الأمواج من سيادة التحكيم البحري لحل المنازعات البحرية وتمركزه في لندن ونيويورك وباريس واستقرار قواعده الإجرائية والموضوعية على مر السنوات. تم الاهتمام الدولي بالتحكيم والذي أسفر عن النص على التحكيم البحري وتنظيم بعض قواعده في معاهدة هامبورج ١٩٧٨م كأول نص دولي خاص بالتحكيم البحري، والجدير بالذكر أن السودان لم ينضم إليها حتى الآن.

وتكمن أهمية هذا البحث لعدة أسباب منها:

١- أن السودان من الدول الساحلية التي تطل على البحر الأحمر فضلاً عن موقعه الجغرافي المتميز بين الدول الإفريقية والعربية وبه ميناءا سواكن وبورتسودان.

---

[1] W. Tetley ،Anbitraation and the choice of law ،x th i.c.m Avancouver ،1991.

[2] M.monetti ،Arbitrage rt Affretement maritime ،Etud compare des sentences francases et Americaines ،these Rouen – Normandie ،1981.

وبالتالي من الأهمية بمكان أن يكون لدى العاملين بالنشاط البحري في السودان صورة وافية وشاملة للتحكيم البحري.

٢- أن السودان لم يوقع على معاهدة هامبورج ١٩٧٨م للنقل البحري للبضائع. فإن ما استحدثته الاتفاقية من أحكام تخص التحكيم البحري لم تحظ بالدراسة الكافية والتطبيق في السودان، بالتالي فإنه من الأهمية إبراز الأحكام الجديدة الواردة في المعاهدة ومن ثم في قانون النقل البحري السوداني لسنة٢٠١٠م وقانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م في محاولة لفهم هذه الأحكام والاستفادة منها في مقاومة احتكار المراكز الدولية الكبرى للتحكيم البحري.

٣- تزداد أهمية البحث ولا شك عندما يكون مقارناً بين أكثر من دولة.

مشكلة البحث:

رغم كل هذه التطورات فإن دراسة التحكيم البحري سواء بصورته الحالية أو بصورته المستقبلية التي قد ترسمها الأحكام الجديدة الواردة في معاهدة هامبورج ١٩٧٨م قد ظلت بعيدة عن أقلام الأساتذة والباحثين في مجال القانون التجاري والبحري بصفة عامة وفي مجال التحكيم بصفة خاصة في السودان والدول العربية. وأن غياب الدراسات حول هذا الموضوع لا يرجع إلى عدم أهميته، حيث أن أهمية هذا الموضوع لا تخفى على أحد. ولكن يرجع إلى نفس الأسباب التي جعلت معظم التحكيمات البحرية تتم في لندن ونيويورك. وهي الظروف الجغرافية والتاريخية والاقتصادية التي جعلت من إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية من أهم معاقل التجارة البحرية العالمية، ومن ثم من أهم معاقل التحكيم البحري الدولي.

ولهذا فإن معظم الدراسات القانونية التي تناولت التحكيم البحري هي دراسات إنجليزية وأمريكية على هيئة مقالات منشورة في المجالات العلمية المتخصصة، أضف إلى ذلك ندرة الكتابات السودانية والعربية في هذا الموضوع.

وأيضاً تكمن مشكلة البحث في تشعب الموضوع بين مواد القانون البحري والتجاري والمدني والاتفاقيات الدولية.

هيكل البحث:

في سبيل دراسة الموضوع نتناوله من خلال ثلاثة فصول وهي :

الفصل الأول : تعريف التحكيم البحري:

ونتناول فيه مفهوم التحكيم البحري وإيجابيات وسلبيات وخصائص التحكيم البحري. وكذلك نبحث فيه نطاق اللجوء للتحكيم من حيث المنازعات التي يتم بها هذا اللجوء، ونبحث اتفاق التحكيم الذي يبرمه أطراف العلاقات البحرية إما في صورة مشارطة تحكيم أو في صورة شرط تحكيم. والشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم.

الفصل الثاني : نتناول فيه نطاق التحكيم البحري ومكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق ونبحث فيه مكان التحكيم في القانون والاتفاقيات الدولية ونبحث فيه هيئة التحكيم البحري ثم نبحث إجراءات التحكيم منذ بدايتها بطلب تحكيم يقدم في الميعاد المحدد اتفاقاً أو قانوناً. ثم بتحديد مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق.

الفصل الثالث : نتناول فيه نتيجة التحكيم البحري وبعض الأحكام الخاصة بالتحكيم وذلك بالبحث في حكم التحكيم البحري وصدوره والطعن فيه وإبطاله وبعض الأحكام الخاصة بالتحكيم كالقوة القاهرة. ثم نبحث فيه أخيراً تنفيذ حكم التحكيم البحري.

الفصل الأول

الاتفاق على التحكيم البحري

المبحث الأول : التعريف بالتحكيم البحري

الفرع الأول : مفهوم التحكيم البحري.

الفرع الثاني : إيجابيات وسلبيات وخصائص التحكيم البحري.

المبحث الثاني : نطاق اللجوء للتحكيم البحري

الفرع الأول : مشارطة التحكيم.

الفرع الثاني : الشروط الموضوعية والشكلية لصحة اتفاق التحكيم.

المبحث الأول : التعريف بالتحكيم البحري.

الفرع الأول : مفهوم التحكيم البحري:

التحكيم لغة : حاكمه إلى الحاكم، دعاه وحكمه في الأمر تحكيماً، أمره أن يحكم فاحتكم وحاز فيه حكمه. وحكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه، وتحكم في كذا فعل مارآه.[1]

التحكيم في اصطلاح الفقهاء :

لا يضع كثير من الفقهاء تعريفاً للتحكيم، اكتفاءً بما وقر في الأذهان من معناه اللغوي، وبما تواضع عليه العرف والعمل. وإنما يبينون حكمه بعبارات يمكن أن يستخلص منها تعريف التحكيم. من ذلك قولهم لو أن رجلين حكما بينهما رجلاً فحكم بينهما. أمضاه القاضي، وإذا حكما رجلاً ورضيا بحكمه لزمهما حكمه، وإذا اختصم رجلان في حق من الحقوق المالية فحكما رجلاً هل ينفذ حكمه؟ فيه قولان : ولو حكم خصمان رجلاً في غير حدود الله جاز مطلقاً، وأن تحاكم شخصان إلى رجل للقضاء بينهما فحكم نفذ حكمه إلا في قاضي التحكيم وهو الذي تراضى به الخصمان ليحكم بينهما مع وجود قاضي منصوب من قبل الإمام. وجاز للخصمين تحكيم رجل عدل.[2]

ومع ذلك نجد في كتابات بعض الفقهاء تعريفاً للتحكيم لا يخرج عن هذه المعاني ومن ذلك قول صاحب الدر: وعرفاً : تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما.

وبهذا المعنى جاء في المجلة، التحكيم هو اتخاذ الخصمين برضاهما حاكماً يفصل خصومتهما ودعواهما.[3]

---

[1] أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى، قاموس المصباح المنير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٥م، ص٨٢.

[2] الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، القاهرة ١٩٧٤م ج٤، ص١٩٨

[3] مجلة الأحكام العدلية المادة ١٩٧٠

مشروعية التحكيم :

يستمد التحكيم مشروعيته من الكتاب الكريم من قوله تعالى:(وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا).[1]

وروى شعبة عن عمرو بن مرة قال : سألت سعيد بن جبير عن الحكمين، فغضب وقال : ماولدت إذ ذاك، فقلت إنما أعنى حكمي شقاق قال: وإذا كان بين الرجل وأمرأته درء[2]. وتدارؤ بعثوا حكمين فأقبلا على الذي جاء التدارؤ من قبله فوعظاه، فإن أطاعهما وإلا أقبلا على الآخر فإن سمع منهما وأقبل إلى الذي يريدان وإلا حكما بينهما، فما حكما من شيء فهو جائز.[3] فسماهما حكمين ومن شأن الحكم أن يحكم بغير رضا المحكوم عليه.[4]

أما من السنة : فقد روى أبو شريح " رضى الله عنهما أنه قال : يارسول الله إن قومي كانوا إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضى الفريقان قال : فما أحسن هذا، فمن أكبرولدك؟ قال شريح: قال : فأنت أبو شريح، وقد حكم سعد بن معاذ رضي الله عنهما بين رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين من جهة ويهود بني قريظة من جهة أخرى لما حاصرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وتآمروا مع الأحزاب للقضاء على المسلمين في المدينة، فحكم سعد بأن يقتل المحاربون وتقسم الأموال ونفذ حكمه على الطرفين.[5]

التحكيم قانوناً : تعددت تعريفات فقهاء القانون لمفهوم التحكيم، فعرفه البعض بأنه: الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم شريطة أن يقر المشرع هذا الاتفاق شرطاً كان أم مشارطة.[6]

---

[1] سورة النساء الآية ٣٥

[2] قوله درء : الدرء الإعوجاج والإختلاف ومثله التدارؤ

[3] الإمام أبي بكر أحمد الرازى الجصاص. أحكام القرآن، دار الفكر بيروت ج٢، ط٢٠٠١ ص ٢٦٩

[4] أبى الفداء إسماعيل بن كثير القرشى، دار المنار، القاهرة ج ١،ط١ سنة ٢٠٠٢م، ص ٤٧٧

[5] أحمد بن شعيب، سنن النسائى، كتاب آداب القضاة، ج ٨، ص٢٦٦

[6] د. عصمت عبدالله الشيخ : التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٢١ .

وعرفه البعض بأنه : نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد طبيعيين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها أو تمكين أطراف النزاع بإقصاء منازعاتهم من الخضوع لقضاة المحاكم المخول لها طبقاً للقانون لكي تحل عن طريق أشخاص طبيعيين يختارونهم.[1]

ومن خلال هذه التعريفات يتضح تطابق مفهوم التحكيم في اللغة والاصطلاح والقانون. بأنه الاتفاق على عرض أي نزاع نشأ أو ينشأ في المستقبل عند تنفيذ العقد على محكمين للفصل فيه خارج نطاق القضاء الطبيعي. وأنه يقتصر على العلاقات ذات الطبيعة المدنية.

وبهذا المفهوم يتبين ضرورة توافر الإرادة بين الأطراف والاتفاق على فض النزاع بالتحكيم خارج نطاق القضاء الطبيعي.

مفهوم التحكيم في التشريع السوداني :

عرف السودان نظام التحكيم منذ القدم بما يسمى بالأعراف والتقاليد باللجوء للعمد والشيوخ والراكوبة وكان يشمل التحكيم حتى المسائل الجنائية حتى تم تقنين قواعد التحكيم في السودان ضمن نصوص قانون القضاء المدني لسنة ١٩٠٠م، وقانون ١٩٢٩م وقانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م. إلى أن تم إلغاء تلك المواد بصدور قانون خاص بالتحكيم لسنة ٢٠٠٥م وأخيراً صدر قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م الذي ألغى قانون التحكيم لسنة٢٠٠٥م.

وقد عرف المشرع التحكيم بأنه يقصد به اتفاق طرفي النزاع في النزاعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهما من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهما ، ليحل عن طريق هيئات أو أفراد يتم اختيارهم بإرادتهما واتفاقهما.[2]

---

[1] د. مصطفى ناطق صالح مطلوب، المعين في التحكيم التجاري، دار الكتب القانونية، مصر، الأمارات ٢٠١٧م ص٢٩.

[2] قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦ م، المادة ٤ .

لم يشأ المشرع السوداني النص على قواعد التحكيم في قانون النقل البحري لسنة ٢٠١٠م وبتتبع مواد قانون النقل البحري نجده قد نص عليه، على استحياء في حالة التصادم البحري. حيث نص مع مراعاة أحكام البند (١).

يجوز للخصوم الاتفاق على رفع الدعوى أمام أي محكمة أخرى أو عرض النزاع على التحكيم.[١]

وعدم نص المشرع السوداني في قانون النقل البحري لا يعنى عدم تطبيق نظام التحكيم البحري. ذلك أن التحكيم البحري يعتبر من العرف البحري الساري، وعلى الرغم من أن السودان لم يصادق على الاتفاقيات البحرية، مثل اتفاقية هامبورج وبروكسل إلا أن أحكامها تطبق في السودان باعتبارها عرفاً بحرياً سارياً.

هذا وقد نص المشرع السوداني فيما لم يرد بشأنه حكم في هذا القانون تطبق[٢]

أ- الأحكام ذات الصلة في أي قانون آخر ساري.

ب- أحكام الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي يصادق عليها السودان.

ج- ما استقرت عليه أحكام القضاء السوداني.

د- العرف البحري الساري.

كما يستشف إعمال نظام التحكيم البحري من نص المشرع. مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية بشأن التحكيم والتي يكون السودان طرفاً فيها. تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم يجري في السودان أو في الخارج، إذا اتفقت أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون متى كانت العلاقة القانونية ذات طبيعة مدنية سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية.[٣]

وعلى الرغم من أهمية التحكيم نجد أن السودان لم يصادق على أهم اتفاقية دولية هي اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨م

---

[١] قانون النقل البحري السوداني ٢٠١٠م المادة ٣/١٣٦.

[٢] قانون النقل البحري السوداني ٢٠١٠م المادة ٤ .

[٣] قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦المادة ١/٣.

ونوصي بضرورة التصديق على هذه الاتفاقية. ذلك أن أهمية المصادقة عليها تكمن في اعتراف وتنفيذ الدول الأعضاء للقرارات التحكيمية التي تصدر منها وهذا يسهل عمل التجارة والنقل البحري وفض النزاع عن طريق التحكيم في الدول الأعضاء.

التحكيم البحري في التشريع المصري :

التحكيم البحري نظام قانوني لحل المنازعات البحرية بعيداً عن القضاء الوطني، حيث يتفق أطراف العقد البحري على أن يعهدوا بالمنازعات الحالة أو المستقبلة الناشئة أو التي تنشأ عن هذه العلاقة إلى محكمين مختصين من اختيارهم، من المشهود لهم بالكفاءة والخبرة في المجال البحري ليفصلوا فيها بأحكام تحكيمية ملزمة. [1]

فمشاكل النقل البحري كثيرة ومتعددة لا يلم بها القاضي عادة، خاصة أنها تنوعت وتطورت مع تطور التجارة الدولية وهي تتم في الغالب بين أطراف مختلفي الجنسية.

لم يتناول المشرع المصري التحكيم البحري بنصوص مستقلة إلا بصدور القانون الجديد رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م. وقبل صدور هذا القانون كان التحكيم البحري خاضعاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية، وفي ضوء ذلك فإن اللجوء إلى القضاء كان هو الطريق صاحب اليمنة الساحقة لتسوية المنازعات، ولم يحظ التحكيم البحري على المستوى الواقعي بأهمية تذكر. [2]

وقد شهدت العقود الثلاثة الأخيرة تطورات مهمة في مصر لتحديث القواعد والنظم القانونية الخاصة بالتحكيم عامة وبالتحكيم البحري بصفة خاصة، فقد صدر القانون البحري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠م وقد تناول التحكيم البحري في المادتين ٢٤٦ و٢٤٧، وصدر قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م للتحكيم في المواد المدنية والتجارية. وهو قانون متكامل ينظم جميع الأحكام الخاصة بالتحكيم سواء كان

---

[1] د. عاطف محمد الفقى، النقل البحري للبضائع، ١٩٩٧م، ص ١٠٢ .

[2] د. نارمان عبدالقادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، دار النهضة العربية ،١٩٩٦م، ص٤١ .

داخلياً أو دولياً، تجارياً أم غير تجاري، ويتسم هذا القانون باتساع نطاقه حيث يسري على أشخاص القانون الخاص والقانون العام وعلى كل تحكيم يجري في مصر وأياً كانت العلاقة التي يدور حولها النزاع.[1]

وعرف المشرع المصري اتفاق التحكيم بأنه : اتفاق التحكيم هو : الاتفاق الذي يقرر طرفاه الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية.[2]

وعلى النطاق الدولي انضمت مصر إلى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨م الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

يتضح من ذلك أن نظام التحكيم هو نظام قديم متجدد ومفهوم اتفاق التحكيم في اللغة والاصطلاح والقانون لا اختلاف عليه وهو الاتفاق على عرض أي نزاع قائم أو ينشأ مستقبلاً على محكمين خارج نطاق القضاء الطبيعي.

الفرع الثاني

إيجابيات وسلبيات وخصائص التحكيم البحري

أولاً : إيجابيات التحكيم البحري :

لا شك أن للتحكيم البحري أهميته ومزاياه ومنها :

١- إذ يتم بمقتضاه الفصل في النزاع بسرعة وبتكلفة أقل مما إذا تم الفصل فيه بواسطة القضاء.[3]

ذلك أن هيئة التحكيم عند تشكيلها يضرب لها أجل لإصدار الحكم. وفي الغالب تكون متفرغة للنزاع المطروح أمامها. بخلاف القضاء الذي لايحدد له أجل لإصدار الحكم كما أن الحكم الذي يصدر من القضاء يخضع لعدة مراحل من الطعن وأن القضاء غير متفرغ لنظر دعوى بعينها. كل هذه الأسباب مجتمعة تجعل

---

[1] د. أمال أحمد كيلاني، التقاضي في عقد النقل البحري، مطبعة الرسالة، القاهرة، الطبعة الثانية ٢٠١٢م، ص ٢٤٧ .

[2] قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م، المادة ١/١٠ .

[3] د. كمال حمدى، القانون التجاري، دار المعارف القاهرة ط٣، ٢٠٠٧، ص٥٥١ .

أن للتحكيم ميزة السرعة في فصل المنازعات وأن قضايا المنازعات البحرية في الغالب تكون مطالبتها بمبالغ ضخمة لا تتحمل التأخير في الفصل بشأنها.

والثابت أن أكثر من ٩٠٪ من المنازعات المقدمة إلى رابطة المحكمين البحريين في لندن ذات طبيعة بحرية، وأن ٨٠٪ من المنازعات الخاصة بالتحكيم تتعلق بمشارطات الإيجار أو سندات الشحن الصادرة تنفيذاً لهذه المشارطات. كذلك بالنسبة للتحكيم الذي يتم في إنجلترا فقد ثبت أن نسبة التحكيم في المسائل البحرية تعادل ٨٥٪ من الرقم العالمي لمجموع طلبات التحكيم.[١]

٢- تتسم قرارات المحكمين بالسرية لتجنب العلانية في فض المنازعات وعدم نشر تلك القرارات.[٢]

في الغالب الأعم أن ممارسة التجارة بالنقل البحري تقوم به كبرى الشركات العالمية وفي حالة نشوء نزاع وإخضاعه للقضاء تكون هنالك علانية وربما يتخذ عديد من الناس والشركات مواقف ضد الشركات التي يرد إسمها في المحاكم، أما التحكيم فيتميز بالسرية والمحافظة على سرية العمل البحري والتجاري مما يؤدى إلى استمرارية الشركة بذات سمعتها المعروفة بها بعد صدور قرار التحكيم الذي لا يعلم به إلا الأطراف.

٣- حل المنازعات البحرية حلاً عادلاً ينبع من واقع المجال المهني المتخصص وهو مجال التجارة البحرية، حيث يتميز هذا المجال بالإفراط في الخصوصية والتعقيد، وذلك من حيث خصوصية الأنشطة البحرية والظروف التي تتم ممارستها فيها، والأخطار الكبرى التي تهددها، وعاداتها وأعرافها القديمة والحديثة. ومن حيث تعقيد المنازعات الناشئة عنها واشتمالها على معطيات قانونية وفنية وتجارية معقدة تخرج عن نطاق تخصص القاضي الوطني في الدول المختلفة لتدخل في تخصص المحكمين المتخصصين في هذا النوع من النشاط المهني إذ المحكمون أشخاص

---

[١] د. محمد بهجت قايد، مسئولية الناقل البحري للبضائع في اتفاقية هامبورج،١٩٩٢م، ص٦٤٤ .

[٢] د. سمير الشرقاوى، العقود البحرية، ص٩١ .

مارسوا الأنشطة البحرية المختلفة أو مازالوا يمارسونها، فهم عادة من مجهزي السفن وبنائيها. ووكلاء هؤلاء، وأولئك الذين أكسبتهم ممارستهم لهذه الأنشطة البحرية المختلفة الخبرة بقواعدها وظروفها والإلمام بعاداتها وأعرافها. ومن ثم مكنتهم من العلم ببواطن أمورها. والقدرة على الفصل العادل في منازعاتها.[1]

٤- ويتميز التحكيم البحري بأنه من أهم الطرق لحل مشكلات تنازع القوانين بما للأطراف من حرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعة.[2] فالمحكم لا يلم بقانون الاختصاص الذي يلتزم به القاضي الوطني في هذه الدولة أو تلك، وبالتالي يتمتع المحكم البحري عن عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على التحكيم، باختيار القانون الذي يراه مناسباً للتطبيق على النزاع، وقد يكون هذا القانون الذي يختاره قانوناً غير وطني يستمده المحكم من المعاهدات البحرية الدولية أو من شروط العقود البحرية النموذجية. أو من العادات والأعراف البحرية. أو من السوابق التحكيمية البحرية، وذلك بعيداً عن هذا القانون الوطني أو ذاك مما يوفر الكثير من الوقت والجهد والمال.

٥- وإذا كان للتحكيم أهمية ومزايا في كثير من المجالات إلا أن له أهمية كبيرة في المجال البحري، ففى المجال البحري يكون للعادات والأعراف وزن كبير قد يفوق ما للقانون المكتوب. وعليه فإن الأطراف يرغبون في قضاة ملمين بهذا العرف.[3] والمنازعات في المجال البحري غالباً ما تكون منازعات دولية. والعقود بشأنها غالباً ما لا تكتب وإنما تبرم بالبرقيات والتلكسات ويحال إلى اصطلاحات اتفاقية ولذلك فإن الأطراف يفضلون أن يضعوا خلافاتهم أمام متخصصين.[4]

٦- مشاكل تنفيذ الأحكام القضائية لا حصر لها. وقد تطول أكثر من مدة التقاضي ذاتها، الأمر الذي يجعل الأحكام القضائية حبرًا على ورق.

---

[1] د. عاطف محمد الفقى، قانون التجارة البحرية، دار الفكر الجامعى، الأسكندرية ،٢٠٠٧م، ص٣٧٠ .

[2] د. جلال وفاء محمدين، قانون التجارة البحرية ،ص٣٠٦ .

[3] د. سمير الشرقاوي، العقود البحرية، ١٩٩٤، ص٩١ .

[4] د. امال احمد كيلاني التقاضي في عقد النقل، مرجع سابق، ص، ٢٥١ .

ولذلك تظهر مزايا التحكيم والذي يلزم الأطراف بتنفيذ حكم المحكمين، والذي يتميز كقاعدة عامة بعدم قابليته للطعن فيه.

فلحكم التحكيم قوة الشيء المقضي به في خصوص ما فصل فيه وتتجه أغلب القوانين إلى منع الطعن في حكم التحكيم أو التضييق من طرق الطعن أو طلب البطلان وذلك عن طريق تحديد وحصر الأسباب التي يمكن أن يؤسس عليها طلب البطلان. نصت المادة (٤١) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م مع مراعاة أحكام المواد (٤٠، ٣٩، ٣٨) يكون حكم هيئة التحكيم نهائياً وملزماً وينفذ تلقائياً أو بناء على طلب مكتوب إلى المحكمة المختصة مرفقاً معه صورة معتمدة من الحكم الأصلي، كما حددت المادة (٤٢) منه إجراءات بطلان حكم هيئة التحكيم على سبيل الحصر. وحددت المادة (٤٣) منه فترة تقديم طلب البطلان والمادة (٤٤) منه بينت إجراءات نظر طلب البطلان والمادة (٤٥) منه بينت الإجراء حالة إلغاء حكم هيئة التحكيم. بما يعني أن قرار محكمة الاستئناف نهائي. ويلاحظ أن هذه الإجراءات تعني عدم انطباق طرق الطعن المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م على حكم هيئة التحكيم.

وقد نصت على ذلك صراحة المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري على أنه: (لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية) كل هذه الأسباب وغيرها جعلت التحكيم البحري يفرض نفسه ويميزها حتى على أحكام القضاء التقليدي.

ثانياً : سلبيات التحكيم البحري :

بالرغم من الإيجابيات التي ساعدت على ازدهار وانتشار التحكيم إلا أن هناك بعض السلبيات للتحكيم منها :

١- انتشار قرارات تأجيل قضايا التحكيم وهذا من شأنه أن يجرد التحكيم من أهم مايميزه وهو السرعة.[١] ويذهب رأي فقهي إلى أنه يلاحظ حالياً كثرة صدور

[١] د. محمد عبدالفتاح ترك، التحكيم البحري ،دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٣م، ص٦٦٣ .

قرارات تأجيل قضايا التحكيم. وهذا من شأنه أن يجرد التحكيم من أهم ميزة له عن القضاء الرسمي وهو سرعة الفصل في المنازعات.[1]

٢- يرى البعض أن في اقتران التحكيم بالدول الرأسمالية وسيلة للضغط من العالم الرأسمالي على غيره من البلاد للحصول على مزايا قضائية.

٣- ضرورة الحصول على الصيغة التنفيذية من السلطة القضائية الوطنية في البلد الذي يراد التنفيذ فيه وذلك قبل تنفيذ قرار التحكيم وبالطبع يمكن لهذه السلطة إعادة النظر في حكم التحكيم بل يمكنها أن تقرر الامتناع عن تنفيذه.

٤- إمكانية الطعن في الحكم بالرغم من اتفاق الخصوم على نهائية التحكيم طالما أن هذا الحكم كان مخالفاً للنظام العام.[2]

٥- سرية قرارات المحكمين تؤدى إلى صعوبة الحصول على إحصائيات أو بيانات دقيقة عن دور التحكيم في التجارة الدولية.

٦- يدفع الخصوم في التحكيم أتعاب المحكمين علاوة على مصاريف انتقالهم وإقامتهم والرسوم المطلوبة لمراكز التحكيم ومن ثم يكلف التحكيم أكثر من القضاء الرسمي والذي تدفع له الدولة مرتبات القضاة بالإضافة إلى الرسوم التي يدفعها رافع الدعوى. ويزعم البعض الآخر أن تكاليف التقاضي أقل من تكاليف التحكيم. في حين أنه في كل الأحوال التي تتعلق بالاستثمارات الكبرى والتجارة الدولية المهمة تعد تكاليف التحكيم أياً كانت قيمتها أقل من تكلفة التقاضي، ذلك أنه في التقاضي يحتاج الأمر إلى تجميد رأس المال. والذي يبلغ الملايين ففي قضايا الإنشاءات الدولية مثلاً تستمر لسنوات عديدة حتى يفصل القضاء في النزاع، وبالتالي فإن ما يتقاضاه المحكمون من أتعاب باهظة لا يمكن إطلاقاً أن تتجاوز ما يخسره التاجر أو المستثمر إذا مضت السنوات الطوال وظل النزاع معلقاً أمام المحاكم في انتظار الحكم النهائي.[3]

---

[1] د. ناريمان عبدالقادر، اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص٧٣

[2] د. أمال أحمد كيلانى، التقاضى في عقد النقل البحري، مرجع سابق ،ص٢٥٢

[3] د. الوليد بن محمد بن على البرمانى، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م، ص٢١

إلا أنه بالرغم من سلبيات التحكيم السابق التعرض لها فإن إيجابيات التحكيم وغيرها جعلت الهيمنة والسيادة للتحكيم البحري كنظام قانوني لحل المنازعات البحرية.

ثالثاً: خصائص التحكيم البحري:

يتميز التحكيم البحري بالخصائص الآتية :

١- التحكيم البحري فرع من فروع التحكيم التجاري بصفة عامة ويتميز بنوع النشاط الذي يتولى حل منازعاته وكونه نشاطاً بحرياً تعاقدياً: كعقود النقل البحري، وعقود بناء السفن وعقود التأمين البحري، أو غير تعاقدي، كالمساعدة البحرية والإنقاذ، والتصادم البحري. والخسارات البحرية المشتركة، وذلك في إطار العلاقات الناشئة بين الأشخاص الخاصة أو بينها وبين الأشخاص المعنوية العامة.[١]

٢- التحكيم البحري تحكيم دولي غالباً حيث يتم النقل البحري لمسافات متباعدة إذ النقل البحري هو وسيلة انتقال الأموال والبضائع عبر حدود أكثر من دولة.

وحتى في إطار النسبة القليلة التي يكون فيها النقل البحري داخلياً فإن قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة (١٩٩٤م) قد أعطى الأطراف سلطة إضفاء الدولية على التحكيم في منازعات النقل البحري الداخلي. وذلك في حالات أربع هي:

أ- إذا وقع مكان إجراء التحكيم المحدد في اتفاق التحكيم أو بموجبه خارج الدولة الموجود بها المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم المادة ٣/ رابعاً /١.

ب- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة في مصر أو في خارج مصر لتتولى الفصل في نزاعهم: المادة ٣/ثانياً.

ج- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع وقت إبرام اتفاق التحكيم في دولتين مختلفتين. فإذا لم يكن لأحدهما مركز أعمال

[١] د. عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، مرجع سابق، ص ٣٧٢ .

فالعبرة بمحل إقامته المعتاد. فإذا كان له أكثر من مركز أعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم.المادة ٣/ رابعاً.

د- إذا وقع خارج الدولة التي بها المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة البحرية، أو المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع. مادة ٣/ رابعاً/ ب ،ج. وهذا خلافاً لما نص عليه المشرع السوداني في قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م حيث نص في المادة(٧) يكون التحكيم دولياً وفقاً لأحكام هذا القانون إذا كان :

أ- المركز الرئيسي لأعمال أطراف التحكيم في دولتين مختلفتين.

ب- موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.

إذاً طبقاً للفقرة أ/ من المادة (٧) يعتبر التحكيم البحري الداخلي دولياً إذا كان المركز الرئيسي لأعمال أطراف التحكيم في دولتين مختلفتين. وفيما عدا هذه الحالة لا يعتبر التحكيم في عقود النقل البحري الداخلي دولياً ونرى أن المشرع جاء أكثر تفصيلاً وتماشياً مع تطور التجارة الداخلية والعالمية وأهمية التحكيم.

٣- التحكيم البحري تحكيم حر غالباً ومؤسسي أحياناً ويقصد بالتحكيم البحري الحر ذلك النوع من التحكيم البحري الذي يتم بعيداً عن مؤسسات التحكيم البحري الدائمة. والتحكيم الحر أو الخاص، يعتبر هو الأصل في نظام التحكيم حيث تكون هناك حرية للأطراف في اختيار من يرغبون من الأشخاص لحسم النزاع مع تحديد القواعد والإجراءات التي يسيرون عليها والقانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم، فهو عبارة عن تحكيم ينظمه الأطراف بمناسبة نزاعهم. فالمحكم في هذا النوع من التحكيم هو خاص للأطراف وبنزاعهم.[١] بينما يقصد بالتحكيم البحري المؤسسي، ذلك النوع من التحكيم الذي يتفق فيه الأطراف على إحالة منازعاتهم إلى إحدى مؤسسات التحكيم البحري الدائمة لتتولى عن طريق أجهزتها

[١] د. أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم، الطبعة الثانية، المؤسسة الفنية، مصر، ٢٠٠٤م، ص١٥.

الإدارية. وطبقاً للائحة تحكيمها تنظيم وإدارة العملية التحكيمية منذ تلقى طلب التحكيم وحتى إصدار الحكم. تجرى معظم التحكيمات البحرية في لندن أمام محكمين جمعية المحكمين البحريين بلندن. ووفقاً للائحة تحكيمها. كما تتم نسبة كبيرة من التحكيمات البحرية في نيويورك أمام محكمي جمعية المحكمين البحريين بنيويورك ووفقاً للائحة تحكيمها، وكلتا الجمعيتين من مراكز التحكيم البحري الحر التي تضع قائمة محكميها ولائحة تحكيمها في خدمة التجار البحريين دون مقابل، ودون أي تدخل منها في تنظيم وإدارة العملية التحكيمية. في حين تتم النسبة الأقل من التحكيمات البحرية أمام غرفة التحكيم البحري بباريس والمنظمة الدولية للتحكيم البحري، وهيئة اللويدز بلندن في تحكيم بحري مؤسسي تنظمه وتديره وتشرف عليه هذه المراكز.

٤- يكمن معيار التفرقة بين التحكيم البحري المؤسسي والتحكيم البحري الحر في شقين مجتمعين. أحدهما : وجود مؤسسة تحكيم دائمة ذات هيكل عضوي وإداري. والثاني: تدخل هذه المؤسسة في العملية التحكيمية تنظيماً وإدارة وإشرافاً.

٥- وينطبق هذا المعيار بشقيه على التحكيم البحري أمام غرفة التحكيم البحري بباريس، وأمام المنظمة الدولية للتحكيم البحري وأمام هيئة اللويدز بلندن، وكذا أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، والمركز الدولي للتحكيم التجاري بالإسكندرية.[1] والمركز القومي للتحكيم بالسودان الخرطوم. ولذا فإن التحكيم البحري أمام هذه المراكز يعد تحكيماً بحرياً مؤسسياً. أما التحكيم البحري الذي يتم بموجب لائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يونسترال ١٩٧٦. فهو تحكيم بحري حر لتخلف المعيار بشقيه. وكذا يعد تحكيماً بحرياً حراً التحكيم البحري أمام محكمي جمعية المحكمين البحريين بلندن وجمعية المحكمين البحريين بنيويورك لتخلف الشق الثاني من المعيار.

[1] د. عاطف محمد الفقى، قانون التجارة البحرية، مرجع سابق، هامش ص ٣٧٤. .

٦- التحكيم البحري تحكيم متعدد الأطراف غالباً، حيث تثير عمليات النقل البحري علاقات متشابكة بين أطراف مختلفة. فالناقل قد يتعدد بين مجهز وناقل، أو بين ناقل متعاقد وناقل فعلي. والشاحن قد يتعدد إذ يتم نقل شحنات متعددة في عملية نقل واحدة. وصاحب الحق في البضاعة قد يتعدد بين شاحن ومرسل إليه أو حامل شرعي لسند الشحن.

٧- التحكيم البحري يتركز في بعض الدول البحرية الكبرى نتيجة عوامل جغرافية وتاريخية واقتصادية، ولذلك فإن لندن تعد المركز العالمي الأول للتحكيم البحري، تليها نيويورك، ثم باريس. في حين تغيب المشاركة العالمية المؤثرة في أعمال التحكيم البحري عن باقي أنحاء العالم البحري.

٨- التحكيم البحري تحكيم مستقل بقواعده الإجرائية المتمثلة في لوائح التحكيم البحري التي يلتزم بها الأطراف عند اختيارهم لمركز تحكيم بحري مؤسسي أو للائحة تحكيم بحري حر. ثم يلتزم بها المحكمون نتيجة لالتزام الأطراف، وهذه اللوائح أصبحت في متناول الكافة من محكمين وأطراف ومستشارين قانونيين كقواعد إجرائية منظمة للتحكيم البحري، والتي أن عجزت عن تنظيم كافة مراحل العملية التحكيمية. فإنها تستكمل بقواعد إما من اختيار الأطراف أو من اختيار المحكمين أو بالقواعد الواردة في القانون المطبق على الإجراءات.

التحكيم البحري تحكيم مستقل بقواعده الموضوعية التي تتمثل في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حيث قطع التحكيم البحري شوطاً كبيراً في إقرار قانون مهني خاص به تتمثل مصادره في المعاهدات البحرية الدولية. وشروط العقود البحرية النموذجية، وعادات وأعراف التجارة البحرية. والسوابق التحكيمية البحرية، وهذا القانون المهني المتخصص في حل المنازعات البحرية بمصادره هذه وضعه المحكمون البحريون في مختلف مراكز التحكيم البحري العالمية في لندن ونيويورك وباريس ليكون قانون اختصاصهم بعيداً عن الخلافات الموضوعية في القوانين البحرية الداخلية لمختلف الدول.

المبحث الثاني

نطاق اللجوء للتحكيم البحري

الفرع الأول : الاتفاق على التحكيم البحري:

يقصد باتفاق التحكيم ذلك الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف العلاقة البحرية بعرض منازعاتهم التي نشأت أو التي ستنشأ أو من المحتمل أن تنشأ مستقبلاً هذه العلاقة على التحكيم.

ونتناول ذلك لتحديد صور اتفاق التحكيم واستقلال اتفاق التحكيم البحري.

أولاً : صور اتفاق التحكيم البحري: يتخذ اتفاق التحكيم البحري صورتين :

الصورة الأولى: وهي الصورة الأسبق ظهوراً واعترافاً بها وهي صورة مشارطة التحكيم وهي: اتفاق أطراف العلاقة البحرية في عقد مستقل على عرض المنازعات التي نشأت بالفعل على التحكيم وهذه الصورة تستخدم للاتفاق على التحكيم في حالات المساعدة البحرية والإنقاذ وفي حالات تسوية الخسارات البحرية المشتركة وفي مسائل التصادم البحري.

الصورة الثانية : وهي الصورة الأحدث ظهوراً واعترافاً بها ، وفي نفس الوقت الأكثر ذيوعاً وانتشاراً ، وهي صورة شرط التحكيم وهو اتفاق أطراف العلاقة البحرية بموجب نص في العقد المبرم بينهم على عرض المنازعات التي من المحتمل أن تنشأ عن مستقبل هذه العلاقة على التحكيم.وهذه الصورة تستخدم في عقود النقل البحري سواء تم بسند شحن أو بموجب مشارطة إيجار ، وفي عقود التأمين البحري ، وفي عقود البيع البحري وعقود بناء السفن وإصلاحها وشرائها. وفي كافة العقود البحرية بوجه عام وكذلك في اتفاقات المساعدة البحرية والإنقاذ.[1]

وإذا كان اتفاق التحكيم البحري يتخذ إحدى الصورتين السابقتين، فإن التعبير السائد في القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم عن كلتا الصورتين

[1] د. عاطف محمد الفقى، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص١١٨ .

هو تعبير اتفاق التحكيم وهو يضم بين طياته هاتين الصورتين دون تفرقة بينهما في المعاملة القانونية، ففي قوانين التحكيم الحاكمة للتحكيم البحري في الدول محل البحث نتبين بوضوح التعبير عن الصورتين التقليديتين بتعبير واحد وهو اتفاق التحكيم.

ففي التشريع السوداني نص في المادة (٤) من قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م اتفاق التحكيم يقصد به كل اتفاق يتعهد فيه طرفا النزاع بعرض منازعاتهما للفصل فيها عن طريق التحكيم. أو كل اتفاق لاحق لإحالة النزاع القائم للتحكيم.

وفي مصر وضع قانون التحكيم المصري ١٩٩٤م كل من شرط التحكيم ومشارطته على قدم المساواة حيث قرر في مادته (العاشرة) أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

كذلك حرصت المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم على إبراز وحدة المعاملة القانونية لكل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم. فقد قررت اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الدولية في الفقرة الأولى من مادتها الثانية أن: (على كل دولة موقعة الاعتراف بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم).

وكذلك قررت الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي ١٩٦١م في مادتها الأولى في فقرتها الأولى: وهي بصدد تحديدها لنطاق تطبيقها أنها تطبق على اتفاقات التحكيم التي تبرم لتسوية نزاعات نشأت أو ستنشأ كما أكدت في فقرتها الثانية: أن اتفاق التحكيم ينصرف إما إلى شرط التحكيم السابق على قيام النزاع. والذي يدرج في العقد الأصلي. وإما إلى اتفاق التحكيم اللاحق لوقوع النزاع الذي يوقعه الأطراف أو الذي يرد في مراسلات أو برقيات أو تلكسات.

وهكذا فإن التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم في كل من السودان ومصر وكذلك المعاهدات الدولية حول التحكيم التجاري الدولي تعريف واحد فيما يتعلق

بالمعاملة القانونية لصورتي اتفاق التحكيم من شرط تحكيم ومشارطة تحكيم بحيث يعبر عن الصورتين بتعبير واحد وهو: اتفاق التحكيم.

ثانياً : استقلال اتفاق التحكيم البحري:

يقوم مبدأ الاستقلال على فكرة مفادها أن شرط التحكيم وإن كان من الناحية المادية أحد شروط العقد، إلا أنه من الناحية القانونية يستقل عنه تماماً، هذا الاستقلال يجد أساسه في اختلاف الموضوع الذي ينظمه شرط التحكيم، عن ذلك الذي ينظمه العقد الذي يتضمنه وبعبارة أخرى فإن عدم تعلق شرط التحكيم من حيث وجوده وصحته وبطلانه بموضوع العقد الأصلي. كما لايترتب على بطلان موضوع العقد الأصلي أو صحته أو بطلانه شرط التحكيم. إلا إذا كان سبب البطلان يشمل شرط التحكيم. [1]

مفهوم مبدأ استقلال شرط التحكيم :

سبقت الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم قد يكون في صورة مشارطة أو في صورة شرط مدرج ضمن عقد أو كبند من بنوده، والسؤال الذي يظهر هنا ما هي العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي ؟ وما هو أثر تعرض العقد الأصلي إلى سبب يؤدي إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه على شرط التحكيم الموجود فيه؟.

فوفقاً للمبادئ العامة في القانون المدني من تبعية الجزء للكل. وقاعدة ما بني على باطل فهو باطل فالمتصور منطقياً أن أثر العقد يزول بكل ما تضمنه. وبالتالي إذا بطل العقد بطل شرط التحكيم الذي يتضمنه، ولقد تطور فقه وقضاء التحكيم وانتهى إلى نتيجة مفادها استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه. فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي بغير طريق التنفيذ إلى التأثير على شرط التحكيم إذ يظل الشرط صحيحاً طالما له وجود قانوني باستكماله أركانه[2]

---

[1] د. الوليد بن محمد بن على البرمانى، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية ٢٠١٠م، ص٢٢٧.

[2] د. أمال كيلانى، التقاضى في عقد النقل البحري، مرجع سابق، ص٣١٥.

ويقصد بهذا المبدأ: أن ننظر إلى شرط التحكيم الوارد في عقد على أنه يعد عقداً قائماً بذاته ومستقلاً عنه وعن المؤثرات التي تؤثر في صحته. وأنه إذا بطل العقد الأصلي الذي تضمنه الشرط فإن الشرط أي بند التحكيم، يظل قائماً صحيحاً منتجاً لآثاره بشرط أن يكون صحيحاً بذاته.

وقد أقر المشرع السوداني مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يحتويه. حيث نص صراحة على هذا المبدأ في المادة (٢/٦) (يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه).

وكذلك أقر القانون المصري ذلك حيث نص صراحة على هذا المبدأ في المادة الثالثة والعشرين منه. ويعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته.

وعلى مستوى المعاهدات الدولية. نصت الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي ١٩٦١م بوضوح على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مادتها الخامسة في فقرتها الثالثة عندما عهدت للحكم بسلطة الفصل حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر اتفاق التحكيم جزءاً منه. ولعل مبررات استقلال اتفاق التحكيم، حتى يمكن من نظر النزاع حول العقد وإلا انعدم دور التحكيم وتم اللجوء للقضاء مباشرة في حالة شرط التحكيم كان ضمن بنود العقد. وهذا يعطي مشارطة التحكيم ميزة عن شرط التحكيم حيث إن مشارطة التحكيم تكون منفصلة عن العقد بالتالي لا تبطل معه.

والخلاصة أن مبدأ استقلال التحكيم عن العقد الأصلي قد حظي بتأييد القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية.

الفرع الثاني

شروط صحة اتفاق التحكيم البحري

إن اتفاق التحكيم البحري ماهو إلا عقد يرتب على عاتق طرفيه التزامات، وبالتالي وجب أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية العامة اللازمة لصحة الالتزام بوجه عام. كما يثور لزوم الشكلية لإبرام هذا الاتفاق.

أولاً : الشروط الموضوعية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم البحري:

يلزم لصحة اتفاق التحكيم البحري من الشروط الموضوعية ما يلزم كافة العقود من تراضٍ بين أطرافه، المتمتعين بأهلية أو سلطة إبرام هذا الاتفاق، حول محل يتمثل في المنازعة المعروضة على التحكيم. بغية تحقيق سبب من وراء إبرام هذا الاتفاق.

الرضا: الرضا باتفاق التحكيم البحري هو تقابل إرادة طرفي هذا الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ مستقبلاً بينهما. ووجود الرضا هو الأساس الأول لقيام اتفاق التحكيم. وأن كفى وجوده لقيامه. إلا أنه يلزم أن يجيء صحيحاً وإلا أعترى شرط التحكيم الفساد، على الرغم من قيامه، ولذا يلزم أن يصدر الرضا عن شخص متمتع بالأهلية. وأن يكون خالياً من العيوب التي تشوبه. والعيوب التي تشوب الرضا حصرها قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م في الغلط، التدليس، الإكراه، الغرر والغبن.[١]

إذاً الرضا يظهر من خلال التعبير عن الإرادة. والغالب أن يقع التعبير عن هذه الإرادة صريحاً فيبرم الأطراف مشارطة تحكيم يتفقون فيها على إحالة النزاع الذي نشأ بينهم إلى التحكيم.

أو ينصون في العقد الأصلي على اللجوء للتحكيم عند قيام النزاع أو يوقعون المشارطة أو العقد النموذجي الذي يتضمن شرط التحكيم أو يتبادلون الوثائق المكتوبة كالرسائل أو البرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة والتي تظهر بوضوح

[١] د. محمد عثمان أحمد محمد عثمان، الوجيز في مصادر وأحكام الإلتزام دراسة مقارنة، بنان للدعاية والإعلان، الخرطوم، ٢٠١٥م، ص٥٥.

إبرامهم لاتفاق التحكيم. وفي جميع الأحوال، ولما لشرط التحكيم من أهمية يلزم أن تكون إرادة الأطراف على اللجوء للتحكيم صريحة وواضحة. غير أن التعبير عن الإرادة لا يقع دائماً بمثل هذه الصراحة فيثير تفسير هذه الإرادة بعض الصعوبات.[1] كما أن شرط التحكيم قد ينتقل في عقد لطرف ثالث لم يكن موقعاً على العقد. وأن شرط التحكيم سوى في مشارطة الإيجار أو في سندات الشحن أو عن طريق الإحالة يتأثر به الغير ونتناول ذلك كما يلي :

اتفاق التحكيم البحري بالإحالة:

في عقد النقل البحري للبضائع يندر أن يتضمن سند الشحن شرط التحكيم بين نصوصه في حين يغلب صدور هذا السند بموجب مشارطة إيجار تشتمل على شرط التحكيم بين نصوصها. وفي هذه الحالة قد يحيل سند الشحن إلى نصوص مشارطة الإيجار التي صدر تنفيذاً لها.

ونتساءل : هل يعتبر حامل سند الشحن راضياً بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار في هذه الحالة؟ وما هي شروط هذا الرضا؟ أي هل ينبغي لتوافر هذا الرضا إحالة سند الشحن إلى نصوص مشارطة الإيجار إحالة عامة دون تخصيص؟ أم ينبغي إحالة السند إلى شرط التحكيم الوارد بالمشارطة إحالة خاصة وواضحة وصريحة؟

انقسم الرأي بصدد الإجابة على هذا التساؤل إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول : وهو اتجاه قضاء المحاكم الفرنسية وقضاء غرفة التحكيم البحري بباريس. وما ذهبت إليه بعض الأحكام القضائية الإنجليزية وبعض الأحكام القضائية الأمريكية، ويقضي هذا الاتجاه بأنه يشترط لاندماج شرط التحكيم الوارد بالمشارطة في سند الشحن الصادر تنفيذاً لها أن تكون الإحالة الواردة في السند إلى شرط التحكيم الوارد بالمشارطة إحالة خاصة وواضحة وصريحة ومحددة إلى هذا الشرط

[1] د. عاطف محمد الفقى، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص١٤٦

د. عاطف محمد الفقى، قانون التجارة البحرية، مرجع سابق، ص ٣٧٧-٣٧٩

التحكيمي. وذلك لأن الأمر يتعلق بضرورة توافر الرضا لدى حامل السند بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة التي لم يكن هذا الحامل طرفاً فيها. وبالتالي فإنه يلزم للاحتجاج عليه بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة أن يكون هذا الحامل عالماً بشرط التحكيم علماً يقينياً وثابتاً ومؤكداً حتى ينهض هذا العلم دليلاً على رضاه بشرط التحكيم والتزامه به حتى لايكون مذعناً. نظراً لما يترتب على شرط التحكيم من آثار تفوق خطورتها أي شرط آخر مدرج في العقد خاصة استبعاد ولاية القضاء الوطني بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم واختصاص قضاء التحكيم به.

الاتجاه الثاني: وهو اتجاه القضاء المصري. وبعض الأحكام القضائية الإنجليزية وبعض الأحكام القضائية الأمريكية، ويقضي هذا الاتجاه بأنه يكفي لاندماج شرط التحكيم الوارد بالمشارطة في سند الشحن الصادر تنفيذاً لها أن تكون الإحالة الواردة في السند إحالة عامة إلى شروط المشارطة. وبالتالي فإن هذه الإحالة العامة الواردة في السند إلى مشارطة الإيجار تكفي للاحتجاج على المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة إذ المرسل إليه يعتبر طرفاً ذا شأن في عقد النقل يتكافأ مركزه ومركز الشاحن عندما يطالب بتنفيذ العقد باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن. وبالتالى يرتبط به الشاحن منذ ارتباطه به.

شرط التحكيم بالإحالة في قانون التحكيم السوداني والمعاهدات الدولية :

لم ينص المشرع السوداني على نص يوضح الإحالة، كما لم تتضمن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي كاتفاقية نيويورك ١٩٥٨م والاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي ١٩٦١م أي نص خاص حول شرط التحكيم بالإحالة. وأمام هذه الخلافات جاءت اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع بسند الشحن. والمعروفة بقواعد هامبورج ١٩٧٨م. نص في المادة (٢٢) فيما يختص بمسألة شرط التحكيم بإحالة سند الشحن إلى مشارطة الإيجار نصت الاتفاقية في المادة ٢/٢٢. إذا تضمنت مشارطة الإيجار نصاً على إحالة المنازعات الناشئة بموجبها إلى التحكيم،

وصدر سند شحن استناداً إلى مشارطة الإيجار دون أن يتضمن شرطاً واضحاً أو صريحاً يفيد أن هذا النص يلزم حامل سند الشحن. فلا يجوز للناقل الاحتجاج بهذا تجاه حامل السند الحائز له بحسن نية.

يلاحظ إن قواعد هامبورج لم تحسم النزاع بهذا النص إنما اشترطت أن يلتزم المرسل إليه باتفاق التحكيم حال كان هذا النص متضمناً في اتفاق التحكيم.

ونرى أن الأجدى هو إلزام المرسل إليه بشرط التحكيم حالة النص عليه ولو بصفة عامة، ذلك أن اتفاق شرط التحكيم في المنازعات البحرية أصبح عرفاً. كما أن الشاحن أو الناقل عندما وقع على شرط التحكيم حدد الجهة التي يرغب في التحاكم إليها. فلا يعقل أن تكون إرادته ليست محل اعتبار حالة دخول طرف ثالث (المرسل إليه). وهذا يحتم على المرسل إليه أن يكون عالماً أن إرادته تحل محل الشاحن. فعليه أن يتأكد من سند الشحن وما ورد فيه من شروط.

ثانياً : الشرط الشكلي :

نظراً لخلو قانون النقل البحري لسنة ٢٠١٠م من نص يحدد الشروط الشكلية أو الموضوعية لصحة شرط التحكيم. فإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة وفقاً للمادة (٤) من قانون النقل البحري لسنة ٢٠١٠م التي حددت الأحكام الواجبة التطبيق في غياب نص في المادة (٤/أ) والتي نصت فيما لم يرد بشأنه حكم في هذا القانون تطبق الأحكام ذات الصلة في أي قانون سارٍ. فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م المادة (٨)حيث نصت: (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً. ويكون في حكم الكتابة الرسائل المتبادلة بين طرفي النزاع عبر وسائل الاتصال المختلفة).

وكذلك خلا قانون التجارة البحرية المصري من نص يحدد الشروط الشكلية أو الموضوعية لصحة شرط التحكيم. فإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو نص المادة (١٢) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م التي نصت : (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً.ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من

وسائل الاتصال المكتوبة). وقد نصت قواعد هامبورج في المادة (١/٢٢) صراحة على شرط كتابة شرط التحكيم حيث نصت :(يجوز للطرفين النص باتفاق مثبت كتابة. على أن يحال إلى التحكيم أي نزاع قد ينشأ فيما يتعلق بنقل بضائع بموجب هذه الاتفاقية) وبذلك فقد استلزم قانون التحكيم وقواعد هامبورج كتابة اتفاق التحكيم. فيجب إفراغ التحكيم في محرر وإلا كان باطلاً.

ويلاحظ أن قانون التحكيم السوداني والمصري يجعل الكتابة شرطاً للانعقاد بينما قواعد هامبورج تجعل الكتابة شرطاً للإثبات وليس شرطاً للانعقاد.

الفصل الثاني

نطاق التحكيم البحري

المبحث الأول : مكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق

الفرع الأول : مكان التحكيم :

إذا تم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم فيكون اختيار مكان إجراء التحكيم من حق المدعي لأنه الطرف الضعيف في مواجهة الناقل القوي، مع ما يترتب على عدم تكافؤ مراكزهما القانونية من إثارة اعتبارات الإذعان في عقد النقل البحري.

ولأن إجراء التحكيم في مكان لا يناسب المدعي يكلفه نفقات باهظة.[1] ولكن اختيار المدعي لمكان التحكيم مشروط بمراعاة مصلحة المدعى عليه.

وقد جاء قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م شحيحاً في هذه الجزئية إذ لم يتناولها بالتفصيل حيث نص في المادة (٢٣) مكان التحكيم: (تحدد هيئة التحكيم مكان التحكيم وتراعى في ذلك ظروف الدعوى وأطرافها مالم يتفق طرفا النزاع مسبقاً على مكان التحكيم).

وبهذا يكون المشرع السوداني قد ساوى بين مراكز المدعي والمدعى عليه من حيث القوة عند إبرام العقد وفي حالة عدم الاتفاق المسبق بينهما على مكان التحكيم ترك الأمر بأكمله لهيئة التحكيم لاختيار مكانه.

---

[1] د. أحمد حسنى، عقد النقل البحري، ١٩٩١م، ص٢٢٥.

وهذا النص جاء خلافاً لما نص عليه المشرع المصري الذي نص في المادة (٢٤٦) من قانون التجارة البحرية المصري لسنة ١٩٩٠م وجوب إجراء التحكيم حسب اختيار المدعي في أحد الأماكن الآتية:

أ- في دائرة المحكمة التي يقع بها ميناء الشحن أو ميناء التفريغ.

ب- في موطن المدعى عليه.

ج- في مكان إبرام العقد بشرط أن يكون للمدعى عليه في هذا المكان مركز رئيسي أو فرع أو وكالة.

د- في المكان المعين في اتفاق التحكيم.

هـ - في دائرة المحكمة التي يقع فيها الميناء الذي حجز فيه على السفينة.

وعلى هذا فإن قانون التجارة البحرية المصري يعهد بمهمة اختيار مكان التحكيم في منازعات النقل البحري للإرادة المنفردة للمدعي ويفتح أمامه خيارات خمسة ليختار من بينها مكان التحكيم الذي يناسبه، بل ويجعل مكان التحكيم المتفق عليه سلفاً في شرط التحكيم واحداً من هذه الأماكن.

والخيار يكون للمدعي بين الأمكنة التي عددها النص وبين المكان المعين في اتفاق التحكيم الوارد في سند الشحن (شرط التحكيم) لأن وجود هذا الاتفاق لا يعني إلزام المدعي بإجراء التحكيم في المكان المنصوص عليه فيه وإنما يعد بمثابة خيار إضافي، ومن ثم فما يورده سند الشحن بشأن ذلك لا يحول دون حق المدعي في استعمال الخيار الذي أتاحه له نص المادة ٢٤٦. ويكون للمدعي اختيار أكثر الأمكنة ملائمة له من تلك التي عددها النص أو ذلك الذي أثبت في سند الشحن. ويحدد المشرع في تعداده للخيارات المتاحة للمدعي بشأن مكان التحكيم تقديره أنه يهم المدعي أن يجري التحكيم في مكان يناسبه. ولا يكلفه نفقات باهظة.

وقد جعل المشرع المصري الحكم الوارد في المادة (٢٤٦) من النظام العام بنصه، على أن يقع باطلاً كل اتفاق سابق على قيام النزاع يسلب المدعي الخيار الذي أتاحه له النص المذكور، كالاتفاق على حرمان المدعي من حق الاختيار بين الأماكن التي

عددها النص وإجباره على إقامة التحكيم في إحداها، على أن مثل هذا الاتفاق يعد صحيحاً إذا حصل بعد قيام النزاع طالما أن المدعى قد أبرمه بإرادة حرة.[1]

ومن البدهي أن البطلان في هذه الحالة لا يمتد لاتفاق التحكيم ذاته وإنما إلى شرط سلب المدعي حقه في اختيار المكان أو تقييده مع بقاء اتفاق التحكيم صحيحاً مرتباً آثاره.[2]

وقد قضت محكمة النقض المصرية ببطلان شرط التحكيم الوارد في مشارطة إيجار سابق على نشوء النزاع محل الطعن، ويتضمن سلباً لحق المرسل إليه في اختيار مكان التحكيم وقصره على مدينة نيويورك وحدها. وقد ورد في حيثيات هذا الحكم ما يلي : (إذا كان الواقع حسبما حصله الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق، أن سند الشحن قد تضمن شرط التحكيم الذي أحال بشأن بيان مكان التحكيم إلى ما جاء بمشارطة الإيجار الذي ورد بها في البند الثالث منها بإمكان تسوية الخسارات العامة للتحكيم هو نيويورك وأن القانون الأمريكي وقواعد بيورك. وقواعد (وانفرس) الصادرة عام ١٩٧٤م ستكون وآجبة التطبيق وكل ما ورد بمشارطة إيجار السفينة التي يمثلها المطعون ضدهما على هذا النحو. سابقة على نشأة النزاع محل الطعن، ويتضمن سلباً لحق المرسل إليه. الطاعنة : في اختيار مكان التحكيم وقصره على مدينة نيويورك وحدها. كما يحول دون تطبيق أحكام قانون التجارة البحرية رقم (٨) لسنة ١٩٩٠م. في شأن النزاع. على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الولايات المتحدة وقواعد (يورك) وقواعد(وأنفرس) بما يبطل هذين الشرطين الواردين في هذه المشارطة. وبذلك يزول شرط التحكيم ويصبح كأن لم يكن.[3]

---

[1] د. كمال حمدى، القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص٥٥٢ .

[2] د. أحمد حسنى، التعليق على قواعد هامبورج، ص ٢٢٥ .

[3] ورد في مولف د. الوليد بن محمد بن على البرمانى، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية ،٢٠١٠م، ص ٣٠٨ .

مكان التحكيم في اتفاقية هامبورج :

نصت المادة (٣/٢٢) من الاتفاقية : تتخذ إجراءات التحكيم في مكان من الأماكن التالية وفقاً لاختيار المدعي:

أ- مكان يقع في أراضيها :

١- المحل الرئيسي لعمل المدعى عليه. وإن لم يوجد له محل عمل رئيسي فالمحل الاعتيادي لإقامة المدعى عليه، أو.

٢- مكان إبرام العقد، بشرط أن يكون للمدعى عليه فيه محل عمل أو فرع أو وكالة، إبرم العقد عن طريق أي منها.أو

٣- ميناء الشحن أو ميناء التفريغ. أو

أ- أي مكان يعين لهذا الغرض في شرط التحكيم أو الاتفاق الخاص به.

ونصت المادة (٥/٣) تعتبر أحكام الفقرة (٣) من هذه المادة جزءاً من كل شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم. ويعتبر باطلاً ولاغياً أي نص في هذا الشرط أو الاتفاق يكون متعارضاً مع هذه الأحكام.

ونصت المادة (٦/٣) على أنه: ليس في أحكام هذه المادة ما يؤثر على صحة أي اتفاق يتعلق بالتحكيم يتوصل إليه الطرفان بعد نشوء المطالبة بموجب عقد النقل البحري.

كما هو واضح من النص يكون الخيار للمدعي بين الأماكن المنصوص عليها في الفقرة (أ) والمكان المعين في شرط التحكيم أو الاتفاق الخاص به. فاختيار المدعي مكاناً في شرط التحكيم أو في الاتفاق الخاص به لا يعني أنه ملزم باختيار هذا المكان بل له أن يغيره إذا رأى مكاناً من الأماكن المنصوص عليها في الفقرة (أ) أنسب له.

وإن إعطاء المدعي الخيار بين عدة أماكن يختار من بينها مقصود منه مقاومة الاتجاهات الاحتكارية لعديد من مراكز التحكيم البحري التي ينعقد لها الاختصاص بالمنازعات البحرية بموجب العقود البحرية النموذجية.

وطبقاً للفقرة (٣ و٤) من المادة (٢٢) من الاتفاقية تعتبر الفقرتان جزءاً من كل شرط تحكيم. وأي اشتراط في هذا الشرط أو الاتفاقية يتعارض مع هذه الأحكام يعتبر باطلاً. ومن هذه الفقرة يتضح أن المعاهدة جعلت الأحكام الواردة في الفقرة الثالثة والخاصة بتحديد مكان التحكيم من النظام العام. وذلك بتقريرها أن تلك الأحكام تعتبر جزءاً من أي شرط إو اتفاق تحكيم. وأن أي اتفاق يكون مخالفاً لها يعتبر لاغياً. وهذا البطلان لإيطال شرط التحكيم إنما يقتصر فقط على جزئية منع المدعي من حقه في الخيار من الأماكن المنصوص عليها في المادة (٢٢) من الاتفاقية.

وقد أجازت الفقرة السادسة من المادة (٢٢) الاتفاق على ما يخالف أحكام هذه المادة إذا ما حصل ذلك الاتفاق بعد قيام النزاع، إذ تنتقي في هذه الحالة مظنة أي ضغوط قد يمارسها الطرف القوي على الطرف الآخر. ومن ثم تعود للأطراف بعد نشوء النزاع حرية اختيار مكان التحكيم.[١]

وبهذا يتفق نص المادة(٤٦) من قانون التجارة البحرية المصري لسنة ١٩٩٠م مع المادة (٢٢) من اتفاقية هامبورج بخلاف لما نص عليه المشرع السوداني في المادة (٢٣) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق

يتمتع أطراف المنازعات البحرية بحرية كاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك في اتفاق التحكيم المبرم بينهما سواء في صورة شرط التحكيم المبرم قبل نشوء النزاع. أم في صورة مشارطة التحكيم المبرمة بعد نشوئه.

ولعل اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع نزاعهم المعروض على التحكيم البحري هو تطبيق للمبادئ المقررة في معظم التشريعات المقارنة عند معرض تنظيمها لقواعد تنازع القوانين في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي إذ تقر هذه التشريعات الأولوية لإرادة الأطراف المتعاقدة الصريحة أو الضمنية لاختيار القانون

[١] د. بهجت قايد، مسئولية الناقل البحري للبضائع في اتفاقية هامبورج، ص ١٥٥ .

الواجب التطبيق على موضوع النزاع طالما لا ينطوي على افتئات على القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام في الدولة المعنية أو أن يكون هذا الاختيار مشوباً بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض تطبيقه على موضوع النزاع. [1]

كذلك تبرز الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حيث تستمد هيئة التحكيم البحري مهمتها وسلطتها من اتفاق التحكيم الذي يشكل تسوية موضوع النزاع والفصل فيه أثراً إيجابياً له ينبغي أن يخضع للقانون المختار بواسطة الأطراف.

إذاً على هيئة التحكيم الالتزام بتطبيق القانون المتفق عليه من قبل الأطراف وهذا الالتزام المفروض على هيئة التحكيم مقرر في المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم والقوانين التحكيمية الوطنية ولوائح التحكيم البحري.

ففي المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم ووفقاً للفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي ١٩٦١م، (الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي ينبغي على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع).

ووفقاً للفقرة الأولى من المادة الثامنة والعشرين من القانون النموذجي ١٩٨٥م. (تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع). وفي لوائح التحكيم البحري ووفقاً للفقرة الأولى من المادة العاشرة من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري، (الأطراف أحرار في تحديد القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع).

ووفقاً للفقرة الأولى من المادة الثالثة والثلاثين من لائحة تحكيم اليونسترال ١٩٧٦م. (تطبق هيئة التحكيم القانون الذي يعينه الطرفان كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع).

وفي قوانين التحكيم الوطنية، ووفقاً للفقرة الأولى من المادة (٢١) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م (يجب على هيئة التحكيم تطبيق القوانين الإجرائية والموضوعية التي اتفق عليها طرفا النزاع في اتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم).

---

[1] أ .د. أبوزيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ١٩٨١م، ص ١٣ .

ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع السوداني فرض على هيئة التحكيم التقيد بالقانون الذي اتفق عليه الأطراف سواء كان الاتفاق في عقد التحكيم أو بعد نشوء النزاع.

بالنسبة للمشرع المصري :

الأصل أن استقلالية اتفاق التحكيم، سواء ورد كشرط أو بند في العقد أو تضمنته مشارطة مستقلة، يتيح لأطراف المنازعة اختيار أي قانون يرتضونه لحلها.

على أن المشرع المصري كان حريصاً على إلزام المحكمين بالفصل في النزاع على مقتضى الأحكام المنصوص عليها في قانون التجارة البحرية بشأن عقد نقل البضائع بالبحر، يحدوه إلى ذلك أن تلك الأحكام تقيم توازناً بين المصالح المتعارضة يخشى الإخلال به إذا أجيز للطرف القوى إجبار الطرف الآخر وقت إبرام العقد على قبول إطلاق المحكمين في عدم التقيد به الأمر الذي يعني إعطاء الناقل فرصة إخضاع الدعوى لقانون أقل حماية للشاحن، وعلى ذلك يقع باطلاً كل اتفاق يبرم قبل قيام النزاع مقتضاه تفويض المحكمين بالحكم على غير مقتضى أحكام قانون التجارة البحرية ولو كانوا مفوضين بالصلح. أما بعد قيام النزاع فيصح تحرير المحكمين من قيد الالتزام بأحكام ذلك القانون حيث تنتفي العلة من هذا الحظر.

وقد أوردت هذه الأحكام المادة (٢٤٧) من قانون التجارة البحرية المصري حيث نصت: (في حالة الاتفاق على إحالة الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع بالبحر إلى التحكيم يلتزم المحكمون بالفصل في النزاع على مقتضى الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون بشأن العقد المذكور ويقع باطلاً كل اتفاق سابق على قيام النزاع يقضى بإعفاء المحكمين من التقيد بهذه الأحكام).

والجدير بالذكر أن المادة (٣٩) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري لسنة ١٩٩٤م نصت، (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان).

وواقع الأمر أنه لا محل في هذا الصدد لإعمال المادة (٣٩) من قانون التحكيم ذلك أن الحكم العام الوارد في قانون التحكيم ليس من شأنه إلغاء الحكم الوارد في

المادة (٢٤٧) من قانون التجارة البحرية طالما أن المشرع لم ينص صراحة في قانون التحكيم على ذلك الإلغاء.

ويتفق المشرع المصري على ما جاء في قواعد هامبورج حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة (٢٢) على وجوب التزام المحكمين بتطبيق أحكام الاتفاقية فيما يخص القانون الواجب التطبيق.

حالة عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق:

إذا لم يحدد أطراف العلاقة البحرية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع صراحة أو ضمناً. انتقلت الحرية التي كانت موكولة إليهم في هذا الشأن إلى هيئة التحكيم البحري حيث تتمتع بحرية تحديد هذا القانون الذي ربما يكون قانوناً وطنياً أو غير وطني طبقاً لما تراه هيئة التحكيم مناسباً للفصل في موضوع النزاع.

وقد نص المشرع السوداني في قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م في الفقرة الثانية من المادة (٢١). في حالة عدم وجود الاتفاق المنصوص عليه في البند (١) تطبق هيئة التحكيم الإجراءات والقواعد الموضوعية التي تراها مناسبة في القانون الأكثر إرتباطاً بموضوع النزاع، شريطة معاملة الأطراف على قدم المساواة في جميع مراحل إجراءات نظر الدعوى.

وهذا خلافاً للمشرع المصري وقواعد هامبورج التي تلزم هيئة التحكيم بتطبيق نصوصها سواء نص على القانون الواجب التطبيق أم لم ينص مع استثناء المشرع المصري حالة الاتفاق على القانون الذي تم بعد نشوء النزاع.

ونلاحظ أن المشرع السوداني قد وفق في نص المادة (٢/١/٢١) من قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م إذ يتفق مع ما أرسته الممارسات التحكيمية الحالية حيث تقضي هذه الممارسات بتخويل الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك بتحديده صراحة أو ضمناً في اتفاق التحكيم، فإذا قصر الأطراف في تحديد هذا القانون انتقلت حرية تحديده كاملة إلى هيئة التحكيم البحري الذي له مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. والذي يكون أحياناً قانوناً وطنياً يحدده إما تبعاً لمنهج تنازع القوانين المقرر في القانون الدولي الخاص أو تبعاً

لاختياره المباشر لهذا القانون وفقاً لما يراه مناسباً لموضوع النزاع. ولكن هذا القانون غالباً ما يكون غير وطني، إذا استقرت أحكام التحكيم البحري على تطبيق قواعد قانونية غير وطنية تجد مصدرها في المعاهدات البحرية الدولية وشروط العقود البحرية النموذجية وعادات وأعراف التجارة البحرية. والسوابق التحكيمية البحرية. كل ذلك في إطار من الحرية الكاملة للأطراف أولاً ثم للمحكمين ثانياً في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون أي إلزام، مما يجعل أن المشرع السوداني أحسن حينما نص على هذه القواعد في المادة (٢١) منه.

المبحث الثاني

إجراءات التحكيم

الفرع الأول: بدء إجراءات التحكيم البحري :

والمقصود بها السير بالإجراءات الخاصة بالتحكيم وقيام المحكم بمهمته الفعلية لحسم النزاع وإصدار الحكم المنهي للخصومة بين الطرفين.

أولاً : نظر دعوى التحكيم :

هنالك مبادئ تحكم إجراءات التحكيم البحري في سيرها، أولها حرية الأطراف في الاتفاق على القواعد التي تحكم هذا السير سواء أكان التحكيم البحري مؤسسياً أم حراً. وثانيهاً هو حرية هيئة التحكيم في تسيير هذه الإجراءات عند عدم اتفاق الأطراف. وهي في تسييرها لهذه الإجراءات لا تتقيد أساساً بالإجراءات المعمول بها أمام القضاة في المحاكم الوطنية ولا بأشكالها ومواعيدها. وثالثها : هو قيام علاقة تعاونية بين هيئة التحكيم التي تتجرد من سلطة القهر والإجبار وبين المحاكم القضائية التي تتمتع بهذه السلطة.

ودعوى التحكيم أساساً في كل إجراءاتها ترجع لاتفاق الأطراف ابتداءً من وقت بدء إجراءات الدعوى والإجراءات الواجبة التطبيق ومحل التحكيم ولغته والقواعد الواجبة التطبيق. وسنتناول ذلك طبقاً للإجراءات التي نص عليها قانون التحكيم السوداني لسنة٢٠١٦م. حيث نص القانون طبقاً للمادة (٢٢) (تبدأ إجراءات التحكيم في

اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه عريضة الدعوى، ما لم يتفق طرفا النزاع على ميعاد لبدء الإجراءات).

وبالتالي فإن الأصل أن للأطراف حرية الاتفاق على بداية إجراءات التحكيم. وهذه مسألة مهمة قد يرتبط بها وجود قرار التحكيم من عدمه. إذ قد يترتب على فوات المدة بطلان صلاحية هيئة التحكيم في نظر النزاع. وهذا النص يتفق مع ما أورده المشرع المصري في قانون التحكيم طبقاً للمادة (٢٧) حيث نص على أن (تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلباً بالتحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر).

مذكرة دعوى التحكيم : طبقاً للمادة (٢/١/٢٥) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م تشتمل مذكرة عريضة دعوى التحكيم على الآتي :

أ- اسم المدعي وصفته وجنسيته وعنوانه.

ب- اسم المدعى عليه وصفته وجنسيته وعنوانه.

ج- عرض للنزاع ووقائعه.

د- طلبات المدعي.

٢- يقدم المدعي عريضة دعواه كتابة لكل من المدعى عليه، وهيئة التحكيم خلال الفترة الزمنية المتفق عليها أو التي تحددها هيئة التحكيم. وترفق مع العريضة صورة من العقد وصورة من اتفاق التحكيم، إذا لم يكن مضمناً في العقد.

ويجب أن تكون العريضة من صورتين لإعلان المدعى عليه بنسخة منها. وطبقاً للمادة (٢٤) تكون مكتوبة باللغة العربية ما لم يتفق طرفا النزاع على لغة أخرى مع إمكان وجود ترجمة للغات الأخرى التي يطلبها الأطراف. بعد إعلان الطرف الآخر بالعريضة فعليه طبقاً للمادة (٣/٢٥) أن يقدم المدعى عليه خلال الفترة التي تحددها هيئة التحكيم. مذكرة متضمنة دفوعه وطلباته ليقوم المدعي بالرد على الدفوع القانونية إن وجدت وبالتعقيب على الدفوع الموضوعية. ومن ثم إتاحة الفرصة للمدعى عليه للتعقيب على الرد على الدفوع القانونية ووفقاً للمادة (٢/٢٦) فإنه يجوز لهيئة التحكيم الاكتفاء بالمذكرات والمستندات المكتوبة إذا اتفق طرفا النزاع على ذلك.

وتقابل المادة (٣٠) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤م حيث نصت، (بأن يقوم المدعي خلال الموعد المحدد بين الطرفين أو الذي تحدده الهيئة بإرسال بيان مكتوب للمدعى عليه وإلى المحكمين تتضمن دعواه ويشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد مسائل النزاع). وإذا لم يقم المدعي دون عذر بقبول بإرسال بيان مكتوب بدعواه تقوم الهيئة بإنهاء الإجراءات ما لم يتفق الطرفان على خلافه طبقاً للمادة (٣٤).وإذا لم يقم المدعى عليه بإرسال بيان دفاعه خلال المدة المحددة من قبل الطرفين أو الهيئة فإنه لا يعد عدم رده إقراراً منه بطلبات المدعي ما لم يتفقان على خلافه وذلك حسبما أشارت له الفقرة الثانية من المادة (٢/٢٧) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م وتقابل المادة (٢/٣٠) و(٢/٣٤) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤م.

ثانياً : قواعد الحضور والغياب وتمثيل الأطراف :

الأصل أن تسير إجراءات التحكيم البحري في حضور الأطراف أو في الغالب في حضور ممثلين من اختيارهم. ولكنها في بعض الأحيان قد تسير في غياب المدعى عليه الذي يرفض المشاركة في الإجراءات.

تجرى إجراءات التحكيم البحري في مواجهة الأطراف، إلا أنه غالباً ما ينيب الأطراف من يمثلهم في الإجراءات. حيث إنه لا يوجد في المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم. أو القوانين التحكيمية الوطنية في الدول محل البحث ولوائح تحكيم مراكز التحكيم البحري المؤسسي أو الحر ما يمنع أطراف التحكيم البحري من تعيين ممثلين ينوبون عنهم في إجراءات التحكيم البحري.[١]

وقد حرصت بعض لوائح التحكيم البحري على النص على هذا الحق المقرر للأطراف.

فقد قررت لأئحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري في مادتها الحادية عشرة في فقرتها العاشرة (أن يحضر الأطراف الإجراءات التحكيمية سواء بأشخاصهم

[١] د. عاطف محمد الفقى، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص ٤١٢.

أم عن طريق ممثلين أو مستشارين) كما قررت لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحريين بنيويورك في مادتها الرابعة عشرة أنه: (يحق لأي طرف أن يمثل في إجراءات التحكيم بواسطة مستشار أو أي ممثل آخر معيناً تعييناً صحيحاً) فإذا تشكلت هيئة التحكيم وبدأت الإجراءات التحكيمية سواء بتقديم طلب التحكيم إلى سكرتارية مركز التحكيم البحري المؤسسي أم بإعلانه للمدعى عليه. فإما أن يرد المدعى عليه ويشارك في الإجراءات التحكيمية حتى إصدار حكم التحكيم. وإما أن يقف موقفاً سلبياً ممتنعاً عن الرد على مطالبة المدعي بالتحكيم. رافضاً المشاركة في الإجراءات التحكيمية. ساعياً من وراء ذلك التملص من إلتزامه باتفاق التحكيم.[1]

وهنا فإنه من حق هيئة التحكيم بل يجب عليها ألا توقف الإجراءات التحكيمية بل تستمر في السير فيها حتى إصدار حكم التحكيم في غياب المدعى عليه المتخلف. وهذا الحق المقرر لهيئة التحكيم أو الواجب المفروض عليها مستمد من القوانين التحكيمية الوطنية ولوائح التحكيم البحري. فقد قرر قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م في مادته (١/٢٧) (إذا تخلف أي من طرفي النزاع عن الحضور بالرغم من إعلانه دون عذر مقبول أو غيابه في أي مرحلة من مراحل الدعوى. يجوز لهيئة التحكيم أن تستمر في الإجراءات بناءً على طلب الطرف الآخر). ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة (أنه لا يعتبر غياب أي من طرفي النزاع وفقاً لأحكام البند(١) إقراراً بإدعاءات الطرف الآخر). بمعنى أنه على هيئة التحكيم في حالة غياب أي من الأطراف أن تستمع للطرف الأخر وبيناته وتتحقق من دعواه ومن ثم تصدر القرار المناسب.

وكذلك قرر قانون التحكيم المصري ١٩٩٤م، في المادة (٢/٣٤)، (أنه بعد المطالبة التحكيمية من المدعي وإعلانها إلى المدعى عليه، فإنه يجب على المدعى عليه، الرد بمذكرة بدفاعه خلال المدة المقررة اتفاقاً أو التي تعينها هيئة التحكيم، فإذا تخلف عن تقديم مذكرة دفاعه وجب على هيئة التحكيم الاستمرار في الإجراءات التحكيمية. ولكن لا يجوز لها أن تستخلص من عدم رده إقراراً منه بدعوى المدعي).

[1] د. عاطف محمد الفقى، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص ٤٢٠ .

كما قررت لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس في مادتها الثامنة عشرة (أنه إذا لم يقم المدعى عليه بتسليم مذكرة دفاعه. أو المستندات المؤيدة لدفاعه إلى سكرتارية الغرفة رداً على المطالبة التحكيمية من قبل المدعي وذلك في المواعيد المحددة باللائحة فإنه على هيئة التحكيم أن تستمر في نظر الدعوى حتى إصدار حكم التحكيم على أن يتعهد المدعي بسداد تكاليف التحكيم).

كما قررت لائحة المنظمة الدولية للتحكيم البحري في مادتها الحادية عشرة في فقرتها السابعة (أنه عند عدم حضور المدعى عليه رغم إعلانه إعلاناً صحيحاً فإن هيئة التحكيم تملك بعد التأكد من وصول الإعلان إليه سلطة الاستمرار في مباشرة مهمتها وإتمامها في حالة غيابه دون إبداء عذر قانوني مقبول).

وكذا قررت لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحريين بنيويورك في مادتها الثانية والعشرين. (أنه إذا تخلف المدعى عليه عن الحضور. وكانت هيئة التحكيم قد تشكلت. فإنه يتم البدء في التحكيم. وذلك في غيابه لأنه بعد إعلانه على نحو وافٍ لم يتمكن من الحضور. أو فشل في الحصول على تأجيل للإجراءات). وأيضاً قررت لائحة اليونسترال ١٩٧٦م في مادتها الثامنة والعشرين في فقرتها الأولى (أنه إذا تخلف المدعى عليه خلال المدة الزمنية المحددة من قبل هيئة التحكيم عن تقديم بيان دفاعه دون إبداء سبب يبرر ذلك التخلف جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في الإجراءات التحكيمية).

ثالثاً : الإجراءات والطلبات أثناء التحكيم :

١- تطبيق الإجراءات الواردة في اتفاق التحكيم :

الأصل وطبقاً للمادة(٢/١/٢١) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م أن تطبق هيئة التحكيم وتتبع القوانين الإجرائية والموضوعية التي اتفق عليها طرفا النزاع في اتفاق التحكيم أو مشارطة التحكيم وفي حالة عدم وجود الاتفاق تطبق هيئة التحكيم الإجراءات والقواعد الموضوعية التي تراها مناسبة في القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع. شريطة معاملة الأطراف على قدم المساواة في جميع مراحل إجراءات نظر الدعوى.

٢- سماع الدعوى :

يتم نظر الدعوى التحكيمية وتحقيق أدلتها، إما من خلال عقد جلسات تحكيمية شفوية. أو من خلال الاكتفاء بتحقيق الوثائق والمستندات فقط دون عقد أي جلسات مرافعة شفوية.

لكي يقوم المحكم بالفصل في النزاع عليه أن يبلغ الخصوم بموعد مناسب لحضور الجلسات ولتمكين كلا الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته. وللهيئة أن تكتفي فقط بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على خلافه كاتفاقهما على إلزام الهيئة بإتاحة الفرصة لهما في المرافعة الشفوية لتوضيح ما قدمه كل منهما من أدلة وإقناع الهيئة.[١]

ولا يشترط قانوناً للمرافعات حضور الأطراف في أول جلسة بل من الجائز أن تتم الجلسات في غيابهم ولكن يشترط أن يتم تبليغهم بزمان ومكان وانعقاد الجلسات لكي يستطيعوا أن يدافعوا عن مصالحهم. وقد نص قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م في المادة (٢/١/٢٦). (تعقد هيئة التحكيم جلسات سماع لتمكين كل من طرفي النزاع من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته. ويجوز لهيئة التحكيم الاكتفاء بالمذكرات والمستندات المكتوبة إذا أتفق طرفا النزاع على ذلك). تقابل المادة (١/٣٣) من قانون التحكيم المصري. وتشكل جلسات التحكيم البحري الشفوية حقاً جوهرياً للأطراف لا ينبغي إنكاره وبالرغم من جواز التنازل عنه باتفاق الأطراف والاكتفاء على التحكيم بالوثائق والمستندات فقط، فإن هذا لا يمنع هيئة التحكيم من عقد جلسة أو جلسات شفوية متى ما رأت ضرورة لذلك. كما أن هذا لايؤثر على حق الأطراف في أن يطلبوا إلى هيئة التحكيم تحقيق رغبتهم في عقد جلسة شفوية واحدة أو أكثر إذا استلزم الأمر ذلك.

[١] د. أحمد السيد الصاوى، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم، الطبعة الثانية، المؤسسة الفنية، مصر، ٢٠٠٤م، ص١٦٩

٣ - أدلة الإثبات:

لهيئة التحكيم سلطات تقديرية واسعة تمتد لتشمل وسائل الإثبات فهي لا تتقيد بوسيلة معينة ومحددة. فقد يكون الإثبات بالوثائق والمستندات التي تحتل المرتبة الأولى بين وسائل الإثبات المختلفة أمام هيئة التحكيم البحري. وذلك لسهولة تقديمها وسهولة تقييمها من قبل هيئة التحكيم. والطريق الثاني من طرق الإثبات أمام هيئة التحكيم البحري شهادة الشهود وفيها تقرر هيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف أو كليهما الحاجة إلى سؤال شاهد أو أكثر سواء أكان ذلك بسماعه في جلسة مرافعة شفوية أم بقبولها لشهادته في صورة شهادة مكتوبة. وقد نصت المادة (٢٨) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م. (يجوز لأي من طرفي النزاع أن يطلب من هيئة التحكيم، إعلان أي شاهد لسماعه في الدعوى أو أي جهة لتقديم بينات، وعلى هيئة التحكيم إذا رأت ضرورة لذلك أن تطلب من المحكمة المختصة إعلان ذلك الشاهد أو مخاطبة تلك الجهة للحصول على البينات أو الاطلاع عليها. وللمحكمة أن تنفذ هذا الطلب وتتخذ الإجراءات اللازمة عند عدم تنفيذ ذلك الأمر في حدود سلطاتها. تقابل المادة (٤/٣٣) من قانون التحكيم المصري والمادة (٣٥) من لائحة تحكيم اليونسترال ١٩٧٦م. والتي تقضي بأن يدلي الشهود بشهادتهم دون حلف يمين. إلا إذا كانت ذمتهم محل خلاف. وذلك في حضور الأطراف أو مستشاريهم حيث يحق للأطراف أو مستشاريهم مناقشة الشهود في شهادتهم سواء أكانوا شهودهم أم شهود الطرف الآخر.

وطبقاً للمادة (١/٣٧) من قانون التحكيم المصري. يبدو التعاون بين القضاء التحكيمي الذي لا يملك سلطة القهر والإجبار، وبين القضاء الوطني الذي يملك هذه السلطة، حيث يأمر القضاء الوطني بناء على طلب هيئة التحكيم أو أحد الأطراف بضبط وإحضار الشاهد المتخلف عن الإدلاء بشهادته. أو بإلزامه بتقديم الوثائق أو المستندات الموجودة تحت يده، بصفة هذا الشاهد من الأغيار بشأن اتفاق التحكيم أساس الإجراءات التحكيمية.[١]

[١] د. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص٤٣٥ .

وهذه الشهادة قد تكون من أشخاص عاديين يدلون بشهادتهم حول الوقائع أم من خبراء فنيين يدلون بشهادتهم حول مسألة فنية على أن ترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير إلى طرفي النزاع للاطلاع عليها ونصت على ذلك المادة (٢٩\١\٢) من قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦ (يجوز لهيئة التحكيم الاستعانة بالخبراء على أن يلتزم كل من طرفي النزاع أن يقدم للخبير كافة المعلومات المتعلقة بالنزاع وترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير إلى طرفي النزاع مع تمكينها من الاطلاع على الوثائق التي استند عليها الخبير في تقريره.

تقابل المادة (٢/٣٦) من قانون التحكيم المصري ١٩٩٤م التي تنص : (إذا انتدبت هيئة التحكيم خبيراً أو أكثر وجب على كل من الطرفين أن يقدم للخبير أو للخبراء المعلومات التي يطلبها أو التي يطلبونها وأن يمكنهم من معاينة وفحص ما يطلبه أو ما يطلبونه من وثائق أو بضائع أو أي شيء يتعلق بالنزاع، وتفصل الهيئة في كل نزاع يقوم بين الخبير أو الخبراء وأحد الطرفين في هذا الشأن) ورأينا الخاص لا نميل إلى شهادة الخبراء في التحكيم البحري ذلك أنه يفترض في المحكمين في هيئة التحكيم البحري أنهم خبراء في هذا المجال، خاصة أن شهادة الخبير والتقارير قد تؤدي إلى تعطيل وتطويل الإجراءات التي تهدم أهم ميزة من ميز التحكيم ألا وهي سرعة الفصل في النزاع.

٤ - الطلبات أثناء سير الإجراءات :

أثناء سير الإجراءات قد تظهر بعض المسائل التي تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم البحري. أو قد يتم الطعن في مستند قدم أمامها وفي هذه الحالة فإن المادة (٢/١/٣٠) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م وضحت أن الأمر لا يخرج عن خيارين :

الأول: الإستمرار في الإجراءات، إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع.

الثاني: إذا كانت المسألة لازمة وضرورية للفصل في النزاع، فيجب عندها على هيئة التحكيم البحري أن توقف الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في المسألة الجوهرية أو المستند الجوهري موضوع التزوير ويترتب على ذلك إيقاف سريان الميعاد المحدد لإصدار الحكم.

سلطة هيئة التحكيم في الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية :

إن اتخاذ الإجراءات التحفظية في إجراءات التحكيم هو من الوسائل التي أحالها القانون للمحكمة المختصة وذلك لامتلاكها آليات ووسائل عدة لاتخاذ مثل هذا الإجراء. وإذا كان النص يجيز لأحد طرفي النزاع أن يطلب من المحكمة قبل تشكيل هيئة التحكيم أو من الهيئة بعد تشكيلها. ففى الحالة الأخيرة لا يعني أن الهيئة هي التي تقوم باتخاذ الإجراءات بل هي تقرر في الطلب المقدم وبعد قناعتها تقوم بمخاطبة المحكمة بطلب لإتخاذ الإجراء المطلوب، وعلى المحكمة الاستجابة للطلب. [1]

وقد نص المشرع السوداني في المادة (١١) من قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م على الآتي :

١- يجوز لأي من طرفي النزاع أن يطلب اتخاذ إجراءات تحفظية من المحكمة المختصة قبل تشكيل هيئة التحكيم أو من هيئة التحكيم بعد تشكيلها.

٢- تصدر المحكمة المختصة أو هيئة التحكيم حسبما يكون الحال أوامرها في طلب الإجراءات التحفظية الواردة في البند (١) وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م ويكون الأمر نهائياً.

٣- يرفق مع الطلب المقدم وفقاً لأحكام البند(١) صورة من اتفاق التحكيم وصورة من عريضة الدعوى.

٤- تنفذ المحكمة المختصة أوامرها وأوامرهيئة التحكيم في الإجراءات التحفظية وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٩٨٣م ويكون أمر التنفيذ نهائياً.

تقابل المادة (٢٤) من قانون التحكيم المصري ١٩٩٤م :

إذاً هيئة التحكيم البحري تملك إصدار الأوامر باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية. فإذا ما أصدرت أمراً من هذا القبيل فإما أن ينفذه الأطراف طوعاً أو أن تطلب من المحكمة المختصة تنفيذه جبراً.

[1] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم لسنة ٢٠٠٥م، الطبعة الرابعة، ٢٠١٣، ص٤٤ .

الفرع الثاني

نتيجة التحكيم البحري

بعد اللجوء إلى التحكيم البحري المؤسسي أو الحر، وبعد إدارة الإجراءات التحكيمية بواسطة المحكم البحري أو هيئة التحكيم البحري. تأتى المرحلة الأخيرة المرجوة من التحكيم وذلك بإصدار حكم التحكيم في النزاع المطروح وفقاً للشكل المقرر وبعد صدوره إما قبله الأطراف أو طعنوا فيه ومن ثم بعد ذلك طلب تنفيذه إما اختياراً أو إجباراً باللجوء إلى القضاء الوطني، بالتالي نتناول في هذا الفرع، حكم التحكيم البحري وشروطه والطعن فيه وتنفيذه.

أولاً: حكم التحكيم البحري: إعداد حكم التحكيم :

بعد اكتمال التحقيقات يقع على عاتق هيئة التحكيم البحري إعداد الحكم فإذا كانت الهيئة مشكلة من محكم واحد كان الأمر يسيراً فهو يقوم بإعداد الحكم منفرداً. أما إذا كانت الهيئة مشكلة من أكثر من محكم يحتاج الأمر منهم إلى مداولة للوصول إلى إجماع أو أغلبية لإصدار الحكم. وقد نصت المادة (١/٣٣) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م (يصدر حكم هيئة التحكيم بالإجماع أو بالإغلبية خلال المدة المتفق عليها). تقابل المادة (٤٠) من قانون التحكيم المصري ١٩٩٤م والتي تقضي (يصدر حكم التحكيم بإجماع الآراء وعند الاختلاف فإنه يكتفى بإصدار الحكم بأغلبية آراء المحكمين الذين تتشكل منهم الهيئة التحكيمية). فإذا امتد الخلاف في الرأي إلى جميع أعضاء هيئة التحكيم وتعذر الوصول إلى أغلبية. فإنه على رئيس هيئة التحكيم في هذه الحالة أن يفصل وحده في النزاع. وهذا ما نصت عليه المادة (٢٩) من قانون التحكيم الدولي النموذجي لسنة ١٩٨٥م ولا مثيل لهذا النص في القانون السوداني والمصري. وفي حالة وجود رأي مخالف يجب أن يدون وهذه الإجراءات تكون في حالة التحكيم البحري الحر أما في حالة التحكيم البحري المؤسسي فإن هيئة التحكيم تقوم بعد إعداده على عرضه على مركز التحكيم لإبداء ملاحظاته حوله.

إصدار حكم التحكيم البحري :

على هيئة التحكيم أن تصدر حكم التحكيم البحري في الميعاد المتفق عليه والمحدد اتفاقاً أو قانوناً وفي حالة عدم تحديد الميعاد هنالك قوانين وضعت سقفاً زمنياً لذلك فقد نصت المادة (٣٣) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م بأن يصدر حكم هيئة التحكيم خلال المدة المتفق عليها أو خلال ستة أشهر من تاريخ بدء إجراء التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد المدة، وإذا لم يصدر حكم هيئة التحكيم خلال المدة المنصوص عليها، جاز لطرفي النزاع الاتفاق على تمديد المدة وفي حالة الخلاف يجوز لهيئة التحكيم تمديدها لمدة مناسبة بطلب من أحد طرفي النزاع، على أن يكون ذلك التمديد نهائياً يجوز بعده لأي منهما رفع دعواه أمام المحكمة المختصة وتقابل المادة (٤٥) من قانون التحكيم المصري لسنة ١٩٩٤م والتي تنص : ١- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر. ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

٢- إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة التاسعة من هذا القانون أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء الإجراءات التحكيمية. وهذه المحكمة المختصة المحددة في المادة التاسعة هي محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف مصرية أخرى.

ويلاحظ أن المشرع السوداني جاء أكثر دقة وإنصافاً من المشرع المصري إذ منح المشرع السوداني سلطة المد ابتداء لاتفاق الأطراف وعند الاختلاف يجوز للهيئة مد فترة التحكيم وإن كنا نرى أنه في حالة إصدار هيئة التحكيم قرارها في الفترة المحددة وإذا لم يتفق الأطراف على مد الفترة يتم ذلك المد من خلال المحكمة المختصة بطلب يقدم لها من قبل هيئة التحكيم. ويجب أن يقدم طلب المد قبل انقضاء الميعاد المتفق عليه أو المحدد قانوناً حيث إن السلطة القضائية لا يمكنها الاختصاص بتذليل هذه المشكلة والتدخل بصدد خصومة تحكيمية منقضية.

أما إذا عهد الأطراف بتحكيمهم إلى إحدى مؤسسات التحكيم البحري المؤسسي، أو إحدى لوائح التحكيم البحري الحر، فإنه يرجع إلى لائحة التحكيم البحري المؤسسي أو الحر في تحديد ميعاد إصدار الحكم ومد هذا الميعاد حيث تنظم هذه المؤسسات ذلك الأمر.

وإذا لم يتفق الأطراف في اتفاق التحكيم على ميعاد إصدار الحكم. أو إذا لم تحدد لائحة التحكيم البحري هذا الميعاد. أو إذا دعت الحاجة إلى مد ميعاد إصدار الحكم وتعذر الاتفاق على المد. أو إذا لم تتضمن اللائحة حلاً لهذه المشكلة. فإنه ينبغي اللجوء إلى الحل المقرر في القانون المطبق على الإجراءات التحكيمية.

شكل حكم التحكيم البحري:

يصدر حكم التحكيم البحري مستوفياً شروطه الشكلية حيث يصدر عادة مكتوباً ومسبباً وموقعاً وشاملاً لوقائع النزاع، ومحدداً أطرافه ومحكميه ومتضمناً منطوقه وزمانه ومكان إصداره.

ونصت على ذلك المادة (٣٤) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م. حيث نص(يجب أن يكون حكم هيئة التحكيم مكتوباً ومسبباً ومؤرخاً وموقعاً عليه من أعضاء هيئة التحكيم أو أغلبيتهم، على أن يتم تدوين رأي العضو المخالف في ورقة مستقلة إذا تقدم به).

وهذه الشروط نص عليها المشرع المصري في المادة (١/٤٣) بأن يصدر حكم التحكيم كتابة. ونص في الفقرة الثانية من ذات المادة أنه : (يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك. أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم).

يجب مراعاة أن لهيئة التحكيم إصدار حكمها بالصلح أو التسوية التي يتفق عليها طرفا النزاع وذلك طبقاً للمادة (٣١- ٣٢) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

استنفاد ولاية المحكمين :

يترتب على إصدار حكم التحكيم البحري أن يستنفد المحكمون ولايتهم بشأن النزاع الذي تم الفصل فيه بصفة قطعية ولا يجوز لهم مراجعته ولو تبين لهم عدم صحته. إلا في حالة ما يسمى حكم التحكيم البحري الإضافي استثناءً على إثر استنفاد ولاية المحكمين يتمثل في إمكانية الرجوع إلى المحكمين الذين أصدروا حكمهم مقفلين الفصل في إحدى النقاط التي يثيرها النزاع بإصدار حكم تحكيم إضافي حول هذه النقطة خلال وقت محدد إن كان مثل هذا الوقت محدداً في القانون أو في اللائحة التحكيمية. حيث إن هذه النقطة التي تم إغفالها لم يفصل فيها المحكم حتى يستنفد ولايته بشأنها. ونصت على ذلك المادة (٤٠) من قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م على أنه :

١- يجوز لأي من طرفي التحكيم. أن يطلب من هيئة التحكيم خلال شهر من تاريخ صدور الحكم إصدار حكم إضافي في أي طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها الحكم ويجب إعلان الطرف الآخر بالطلب للرد عليه.

٢- تصدر هيئة التحكيم حكمها في طلب المراجعة خلال شهر من تاريخ تقديم الطلب ما لم تر ضرورة لمد الميعاد.

تفسير حكم التحكيم البحري :

يجوز للأطراف أو لأحدهم بعد إصدار الحكم إن رأى فيه غموضاً أن يلجأ إلى المحكم الذي أصدره لتفسير هذا الغموض، وذلك سواء خلال الوقت المحدد في القانون أو في لائحة التحكيم إن كانت تحدد مثل هذا الوقت، أو في أي وقت إن لم يكن هنالك تحديد لمثل هذا الوقت، فإذا تم العهود للمحكم بهذه المهمة وجب عليه إن يلتزم حدود التفسير بإظهار عناصر الحكم الغامضة بحيث لا ينبغي عليه أن يخرج عن هذه الحدود ويتجاوزها بتعديل الحكم بالإضافة إليه أو الحذف فيه حيث أنه قد إستنفد ولايته بشأن هذا التعديل في حين أن له الحق في التفسير فقط.

وقد نصت المادة (٣٨) من قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م على أنه: يجوز لأي من طرفي التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال شهر من تاريخ الحكم تفسير ما شاب منطوق الحكم من غموض. ويجب على هيئة التحكيم إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب ويصدر التفسير كتابة خلال شهر من تاريخ طلبه، ولهيئة التحكيم مد المدة إذا رأت ضرورة لذلك، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم هيئة التحكيم وتسرى عليه أحكامه.

تصحيح حكم التحكيم البحري:

يصدر حكم التحكيم البحري كتابة بالتالي قد تشوبه أخطاء كتابية أو حسابية فهنا يجوز الرجوع لهيئة التحكيم البحري لتصحيح مثل هذه الأخطاء خلال الوقت المحدد في القانون أو لائحة التحكيم، فإذا تعذر اللجوء إلى المحكم لتصحيح هذه الأخطاء المادية في الحكم لانقضاء الميعاد المحدد في القانون أو اللائحة أو لتعذر اجتماع المحكمين فيكون اللجوء للمحكمة المختصة لتقوم بعملية التصحيح. وقد نصت المادة (٣٩) من قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م. تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما شاب حكمها من أخطاء كتابية أو حسابية بحتة بقرار تصدره من تلقاء ذاتها، أو بناء على طلب أحد طرفي التحكيم وتجري هيئة التحكيم التعديل من غير مرافعة خلال شهر من تاريخ الحكم.

ثانياً: الطعن على حكم التحكيم البحري :

إن من أهم ما يميز التحكيم البحري هو سرعة الفصل في النزاع نسبة لارتباط التحكيم البحري برأس مال ضخم يحتاج لسرعة الفصل في قضاياه بعيداً عن النظام القضائي، لذلك ظهر صراعاً بين مبدأين يرى الأول عدم جواز الطعن في حكم التحكيم ويذهب الرأي الثاني لجواز الطعن فيه. فأدى ذلك إلى وجود نظامين الأول يقول بالطعن التحكيمي على حكم التحكيم، والثاني يقر الطعن القضائي على حكم التحكيم.

١- الطعن التحكيمي على حكم التحكيم البحري :

تنظم مراكز التحكيم البحري المؤسسي أسلوباً للطعن على أحكام التحكيم الصادرة عن هيئات تابعة لها، يقضي باستئناف هذه الأحكام أمام نفس المركز في طعن تحكيمي داخلي أو في تحكيم الدرجة الثانية المنصوص عليه في لوائح المركز.

الطعن التحكيمي أمام غرفة التحكيم البحري بباريس:

نظمت لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس في مادتها الخامسة عشرة الطعن التحكيمي أمامها على أحكام التحكيم الصادرة عن الهيئات التابعة لها، بما يسمى بالطعن الداخلي أمام غرفة التحكيم البحري بباريس عن الأحكام التحكيمية الصادرة عن هيئات تحكيمية تابعة لنفس الغرفة والتي فصلت في النزاع لأول مرة على أساس أنها هيئة تحكيم الدرجة الأولى التابعة للغرفة، شريطة أن لا يقل نصاب الحكم المطعون فيه عن مبلغ ألف فرنك فرنسي، وأن يقدم الطعن خلال الثلاثين يوماً التالية لإعلانه بحكم التحكيم، ويقدم الطلب من أي من أطراف النزاع ويقدم الطلب إلى رئيس غرفة التحكيم البحري بباريس بواسطة خطاب مسجل وأن يودع في سكرتارية الغرفة مبلغاً يعادل ضعف المبلغ المحدد في تحكيم الدرجة الأولى على ذمة المصروفات والتكاليف التحكيمية. وتشكل هيئة تحكيم الدرجة الثانية من ثلاثة محكمين تقوم اللجنة العامة للغرفة بتعيينهم جميعاً. كما تسمى من بينهم رئيس الهيئة، وتنظر الهيئة في الطعن من خلال المستندات وتصدر حكماً نهائياً في الطعن خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلامها لمذكرة دفاع المدعى عليه أو من تاريخ إعلانه بمذكرة الطعن في حالة عدم الرد، ويمكن لرئيس الغرفة مد هذا الميعاد بقرار مسبب إلى ستة أشهر، ويعتبر الحكم التحكيمي الصادر عن هيئة تحكيم الدرجة الثانية، هو الحكم التحكيمي الوحيد الصادر في الدعوى.

الطعن القضائي على أحكام التحكيم البحري :

نعني به الطعن الذي يتقدم به أي من أطراف النزاع ضد حكم التحكيم البحري أمام القضاء الوطني في الدولة التي صدر فيها الحكم والذي تنظم إجراءاته وفق قوانينها التحكيمية الوطنية:

١- الطعن القضائي على أحكام التحكيم البحري في السودان :

قررت المادة (٤٣) من قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م تنظيم طريق واحد للطعن على أحكام التحكيم الصادرة في السودان. وهو الطعن ببطلان الحكم الذي يرفعه صاحب المصلحة في الطعن. وأن الطعن يقدم أمام محكمة الاستئناف المختصة خلال أسبوعين من تاريخ علم مقدم الطلب بالحكم أو من تاريخ النطق بالحكم إذا كان معلناً إعلاناً صحيحاً لجلسة النطق بالحكم ولم يحضر. وبينت المادة (٤٤) من ذات القانون إجراءات تقديم الطلب ونظره بأن يقدم بعريضة تودع لدى مراقب محكمة الاستئناف المختصة أو تقيد إلكترونياً، ويتم سداد الرسوم ويحدد ميعاد الجلسة أمام الدائرة المختصة ويعلن الطرف الآخر ليودع رده على المذكرة، وتصدر المحكمة حكمها بعد اكتمال المذكرات أو تؤجل إصدار الحكم إلى جلسة أخرى، ولا يجوز لها تأجيل إصدار الحكم أكثر من مرة واحدة بغير ضرورة وفي الحالتين لا يجوز أن تزيد مدة التأجيل عن شهر واحد من تاريخ اكتمال المذكرات. وتتم المداولة بين أعضاء الدائرة بسرية بين القضاة مجتمعين. ويجمع الرئيس الآراء ويصدر الحكم بإجماع الآراء أو بالأغلبية مع إثبات الرأي المخالف. على أن ينطق الحكم في جلسة علنية يعلن لها الأطراف وفي حالة تخلف أي طرف يعلن بالحكم. ويوقع رئيس الدائرة على النسخة الأصلية. وإذا ألغي حكم التحكيم وفقاً للمادة (٤٢) قررت المادة (٤٥) أنه يجوز عرض النزاع على المحكمة المختصة ابتداءً بنظر الدعوى بناء على طلب أحد طرفي التحكيم واعتبار قرار التحكيم كأن لم يكن. ويجوز لمحكمة الاستئناف طبقاً للمادة (٤٦) أن تأمر بإيقاف تنفيذ حكم التحكيم إذا كان طلب بطلان حكم هيئة التحكيم مبني على أسباب جدية. على أن تصدر أمرها بقبول طلب إيقاف التنفيذ أو رفضه خلال أسبوعين من تاريخ تقديمه. فإذا أمرت بإيقاف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي وعليها في هذه الحالة الفصل في طلب بطلان حكم هيئة التحكيم في خلال شهرين من تاريخ صدور الأمر.

وأما عن أسباب الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم حددتها المادة (٤٢) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م ثمانية أسباب واردة على سبيل الحصر وهي

تطابق تماماً مع ما أوردته المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م وهي:

١- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم، أو كان باطلاً أو قابلاً للإبطال، أو سقط بإنتهاء مدته.

السبب الأول من أسباب الطعن بالبطلان، لعدم وجود اتفاق تحكيم إذ إن التحكيم هو عقد رضائي يخضع لإرادة الأطراف فإن لم يوجد اتفاق تحكيم وعلى الرغم من ذلك صدر قرار تحكيمي يعتبر هذا من أسباب الطعن، وأما عن بطلان اتفاق التحكيم لعدم صحته أو لعدم قابلية العلاقة للحل بطريق التحكيم. وفي هذه الحالة فإن المحكمة تعمل بقواعد الإسناد لاختيار القانون المطبق على اتفاق التحكيم ليفصل به في المسألة المنظورة سواء كان السبب قائماً على أسباب موضوعية. كالرضا أو شكلية كالكتابة. وأما بالنسبة لسقوط التحكيم بانتهاء مدته. أي إذا صدر الحكم التحكيمي بعد انتهاء المدة المحددة لإصدار الحكم اتفاقاً أو قانوناً.

٢- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ونرى أن هذا السبب به تزيد إذ يقال فيه ويشمله ما قيل في السبب الأول.

٣- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب أخر خارج عن إرادته.

٤- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

٥- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين.

ذلك بأنه يجب أن يتم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيينهم طبقاً لما ورد في القانون المطبق في التحكيم أو المتفق عليه بين الأطراف. كأن يخالف تشكيل هيئة التحكيم بأن يتم اختيارهم من قبل طرف واحد أو يتم اختيارهم زوجي في حين أن

المادة (١٢) من قانون التحكيم تقضي بإن يتم اختيارهم باتفاق طرفي النزاع وأن يكون عددهم وتراً.

٦- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم. أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل إجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له. فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

إن تجاوز الحكم حدود الاتفاق أو الفصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم لهو من الأسباب القوية والمنطقية لإبطال قرار التحكيم ولا يعد هذا تجاوز لحدود الاتفاق فحسب بل يعد تجاوزاً لاختصاص هيئة التحكيم نفسها. فأساس التحكيم وركنه الأول هو اتفاق التحكيم فلا يجوز نقضه أو تجاوزه أو تعديله إلا برضى الطرفين [١].

إما إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن تلك الزائدة دون أن يؤثر ذلك على الأولى أمكن إبطال الزائدة مع صحة الأجزاء الخاضعة للتحكيم.

٧- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم وهذا السبب يفتح الباب واسعاً أمام الطعن في حكم التحكيم مما يؤثر على ميزة السرعة في فصل المنازعات التحكيمية لذا نوصى بحذفه.

٨- إذا تضمن الحكم ما يخالف النظام العام السوداني. وهذا السبب الأخير هو فقط الذي يسمح للمحكمة السودانية والمصرية بأن تنظر الدعوى من تلقاء نفسها وتقضي ببطلان الحكم.

وقد أخذ المشرع السوداني والمصري بمفهوم النظام العام وهو النظام العام الداخلي وليس النظام العام الدولي.

---

[١] د. إبراهيم محمد أحمد دريج، شرح قانون التحكيم ٢٠٠٥م، مرجع سابق، ص ٨٤.

ويلاحظ تتطابق طرق الطعن القضائي على حكم التحكيم في السودان ومصر وإن كان ثمة خلاف فإنه طفيف جداً ويقتصر فقط في المواعيد ذلك حيث قررت المادة (٤٣) من قانون التحكيم السوداني أن يقدم طلب البطلان خلال أسبوعين من تاريخ العلم أو النطق بالحكم إذا كان معلناً إعلاناً صحيحاً. في حين قررت المادة (٥٢) من قانون التحكيم المصري بأن يقدم الطلب خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان الحكم للمحكوم عليه.

وكذلك قررت المادة (٢/٤٦) أن تفصل المحكمة في طلب إيقاف التنفيذ خلال أسبوعين ونصت المادة (٥٧) من القانون المصري أن يفصل في طلب الإيقاف خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره وكذلك أن تفصل المحكمة في دعوى البطلان خلال شهرين من تاريخ صدور أمر الإيقاف وفقاً للمادة (٢/٤٦) من قانون التحكيم السوداني، وستة أشهر من تاريخ أمر إيقاف التنفيذ طبقاً للمادة (٥٧) من القانون المصري.

ثالثاً : تنفيذ حكم التحكيم البحري:

تعد مرحلة تنفيذ حكم التحكيم البحري من أهم المراحل إذ هي الغاية التي يبتغيها المدعي حين رفع دعواه أمام التحكيم. وبعد صدور حكم التحكيم يسعى الطرف المحكوم له لتنفيذ الحكم لاسترداد حقوقه وأخذها، وتنفيذ حكم التحكيم البحري لا يخرج عن أمرين إما ينفذ اختياراً وإما ينفذ جبراً.

١- التنفيذ الاختياري لحكم التحكيم البحري :

يحتل التنفيذ الاختياري لأحكام التحكيم البحري المرتبة الأولى بصدد تنفيذ الأحكام حيث إن رفض التنفيذ الاختياري أمر نادر الحدوث وذلك لاعتبارات كثيرة منها، إدراك الأطراف ما يمثله رفض التنفيذ الاختياري للحكم من منافاة لروح التحكيم البحري نفسه حيث إنهم قد اتفقوا بمحض إرادتهم على اللجوء إلى قضاء اختياري خاص بعيداً عن القضاء الوطني.

وانطلاقاً من نفس الاعتبار هو منافاة روح التحكيم كان الأطراف قد عهدوا إلى المحكمين البحريين بحل منازعاتهم توفيراً للوقت والتكاليف وبالتالي تنفيذ الحكم عن طريق القضاء يهدر الوقت، إضافة إلى التكاليف المالية رسوم التنفيذ التي يتكبدها الطرف الخاسر. فإذا انتفت الرغبة المشتركة بين الأطراف في المحافظة على روح العملية التحكيمية كما اتفقوا عليها. فإن الطرف الخاسر سيفكر أولاً أكثر من مرة قبل أن يرفض التنفيذ الاختياري للحكم، واضعاً في ذهنه جزاءات مادية أو معنوية قد تناله إذا رفض التنفيذ الاختياري، وهنا يكمن وراء التنفيذ الاختياري، ليس رغبة الأطراف في عدم الخروج على روح التحكيم، بل سلطة قهر في التجارة الدولية غير سلطة القهر بالمعنى المادي التي يعرفها تنفيذ أحكام القضاء الوطني حيث يأخذ القهر لتنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي في مجال التجارة الدولية معنى اقتصادياً يلعب نفس الدور الذي يلعبه قهر السلطة بمفهومه في القوانين الداخلية.[1]

أضف إلى ذلك أن مجال التجارة البحرية تستثمر فيه رؤوس أموال طائلة بالتالي يحتاج إلى سمعة طيبة وسرية في المخالفات التي تقع من أطرافه فإن التنفيذ الاختياري يضمن هذه السرية.

٢- التنفيذ الإجباري لحكم التحكيم البحري:

على الرغم من أن أحكام التحكيم البحري يتم غالباً تنفيذها اختياراً كما ذكرنا إلا أنه أحياناً يمتنع الطرف الخاسر عن التنفيذ، وهنا فإنه لابد للطرف الدائن من اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة التي يود تنفيذ الحكم فيها طالباً أمر تنفيذ للحكم التحكيمي، يلزم المدين بتنفيذه كما لو كان حكماً قضائياً. ولذلك وحرصاً من الدول المختلفة على تشجيع التحكيم الدولي وتنفيذ أحكامه أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية التي تلزم القضاء الوطني في الدول المختلفة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم.

---

[1] أ.د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ١٩٨١م، ص٤٨ .

ولعل اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الدولية على رأس هذه الاتفاقيات حيث إنها اتفاقية عالمية مفتوحة لكل دول العالم الأعضاء في الأمم المتحدة، وأن الاتفاقية قد أخذت بمعيار أن دولية التحكيم مستمدة من مكان التحكيم مقررة في مادتها الأولى في فقرتها الأولى أن الاتفاقية تطبق للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة على إقليم دولة غير الدولة التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها، كما أخذت الاتفاقية بمعيار آخر للدولية مستمد من القوانين الداخلية للدولة المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ حيث قررت في نفس الفقرة من نفس المادة أن الاتفاقية تطبق على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ. وقد قررت الاتفاقية في المادة الرابعة منها ما ينبغي على طالب التنفيذ تقديمه من مستندات مع طلب تنفيذ الحكم والتي تنحصر في وثيقتين هما :

أ- أصل حكم التحكيم أو صورة رسمية منه.

ب- أصل اتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه.

فإذا كانت إحدى هاتين الوثيقتين محررة بلغة أخرى غير لغة الدولة المطلوب إليها التنفيذ التزم طالب التنفيذ بتقديم ترجمة رسمية لهما وتتبع في شأن الرسمية المطلوبة سواء بالنسبة لصورة الحكم التحكيمي. أو صورة اتفاق التحكيم أم في شأن رسمية ترجمتها الإجراءات المقررة لإضفاء صفة الرسمية إما في الدولة التي صدر الحكم على إقليمها أو في الدولة المطلوب منها الاعتراف والتنفيذ[١].

فإذا قدم طالب التنفيذ طلب التنفيذ وهذه المستندات، فإن الاتفاقية لم تلزمه بشيء آخر كأن يتبين توافر شروط صحة الحكم أو الاتفاق التحكيمي. وألقت بعبء إثبات العكس على عاتق المدين الذي يود معارضة التنفيذ، وقد حددت الاتفاقية أسباب على سبيل الحصر تمنع تنفيذ حكم التحكيم يتقدم بها المدين، وأسباب يجوز فيها للقاضي الوطني رفض التنفيذ من تلقاء نفسه دون طلب من المدين.

[١] د. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص ٧١٢ .

حالات رفض التنفيذ بناء على طلب المدين :

هذه الأسباب حددتها المادة (١/٥) من الاتفاقية وهي :

١- عدم صحة اتفاق التحكم.

٢- الإخلال بحقوق المدين في الدفاع.

٣- تجاوز المحكم لاتفاق التحكيم.

٤- مخالفة تشكيل هيئة التحكيم، أو مخالفة الإجراءات التحكيمية للاتفاق أو القانون.

٥- عدم صيرورة الحكم ملزماً، أو إبطاله أو إيقافه.

حالات رفض المحكمة تنفيذ الحكم التحكيمي البحري من تلقاء نفسها :

وهذا الرفض يكون لأحد سببين حددتهما المادة (٢/٥) من الاتفاقية :

١- عدم قابلية النزاع للتحكيم.

٢- مخالفة الحكم للنظام العام.

تنفيذ حكم التحكيم البحري في القوانين الوطنية :

١- تنفيذ أحكام التحكيم البحري في السودان :

ينبغي على طالب التنفيذ حتى يتم تنفيذ حكم التحكيم البحري في السودان سواء أكان صادراً في السودان أم في خارج السودان. أن يتقدم طبقاً للمادة (٤٧) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م بالآتي :

أ- إرفاق صورة من حكم هيئة التحكيم.

ب- فوات ميعاد تقديم طلب إلغاء الحكم للبطلان.

ج- إعلان المدين إعلاناً صحيحاً.

د- عدم مخالفة الحكم أو أي جزء منه للنظام العام في السودان. على أن تنفذ المحكمة ما هو متسق مع النظام العام وتمتنع عن تنفيذ الجزء المخالف للنظام للعام.

وبالتالي لا بد لتنفيذ الحكم أن يتقدم المحكوم له بعريضة للمحكمة المختصة مرفقاً معها قرار التحكيم. وتتأكد المحكمة من أن إعلان المحكوم ضده تم صحيحاً، وأن موعد رفع دعوى البطلان والمحدد بأسبوعين من تاريخ النطق بالحكم قد انقضى.

وفي حالة الحكم المراد تنفيذه كان حكم تحكيم أجنبي تضاف إلى متطلبات المادة (٤٧) ما أوردته المادة (٤٨) حيث نصت : لا يجوز تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أمام المحاكم السودانية إلا بعد التحقق من استيفائه للشروط الآتية :

أ- الحكم أو الأمر صادر من هيئة أو مركز تحكيم طبقاً لقواعد الاختصاص التحكيمي الدولي المقرر في قانون البلد الذي صدر فيه. وأنه أصبح نهائياً وفقاً لذلك القانون.

ب- الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.

ج- الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم السودانية، أو من هيئات أو مراكز التحكيم حسبما يكون الحال في السودان. في موضوع النزاع.

د - الحكم لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب في السودان.

ه- يقبل البلد الذي صدر فيه الحكم المراد تنفيذه، تنفيذ أحكام المحاكم ومراكز وهيئات التحكيم السودانية في أراضيه أو بموجب اتفاقيات تنفيذ الأحكام التي يصادق عليها السودان.

فإن توفرت هذه الشروط على المحكمة الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ومتى قررت المحكمة الأمر بالتنفيذ فإن قرارها لا يجوز استئنافه وفقاً للمادة (٤٩) من قانون التحكيم السوداني لسنة ٢٠١٦م.

تنفيذ حكم التحكيم البحري في مصر :

ينفذ حكم التحكيم البحري الدولي في مصر بموجب أمر تنفيذ صادر عن قاضي التنفيذ في المحكمة المصرية المختصة وفقاً للمادة (٥٦) من قانون التحكيم

المصري رقم (٢٧) ١٩٩٤م. رئيس محكمة استئناف القاهرة أو من يندبه من قضاتها، أو رئيس أية محكمة استئناف مصرية أخرى يتفق عليها الطرفان أو من يندبه من قضاتها للقيام بهذه المهمة.

كما قررت المادة (٥٦) أيضاً أن المستندات المرفقة مع طلب التنفيذ هي:

أصل الحكم أو صورة موقعة منه، وصورة من اتفاق التحكيم، وترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى العربية لحكم التحكيم إن لم يكن صادراً باللغة العربية، وصورة من المحضر الدال على إيداع الحكم في قلم كتاب محكمة استئناف القاهرة أو أية محكمة استئناف مصرية أخرى يتفق عليها الطرفان، بالتالي فعلى طالب تنفيذ حكم التحكيم البحري في مصر أن يستوفي إجراء الإيداع المقرر في المادة (٤٧) من قانون التحكيم المصري سواء أكان الحكم التحكيمي صادر في مصر أم في الخارج، وسواء أكان قانون الدولة التي صدر فيها الحكم يستوجب مثل هذا الإيداع أم لا. وهذا المستند الأخير لا تشمله قائمة المستندات المذكورة في قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م ولا اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م ولم ينص عليه القانون النموذجي ١٩٨٥م.

فإذا تقدم الدائن طالب تنفيذ حكم التحكيم في مصر أمام المحكمة المختصة، تتحقق المحكمة من أن كان ميعاد الطعن على الحكم بدعوى البطلان قد انقضى أم ما زال مفتوحاً، فإذا كان الميعاد ما زال مفتوحاً فلا يقبل الطلب وفقاً للمادة (١/٥٨) من القانون المصري. تتفق مع اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م والمادة (٤٧/ب) من قانون التحكيم السوداني ٢٠١٦م أما إذا كان ميعاد رفع دعوى البطلان قد انقضى. فإن طلب تنفيذ الحكم يتم قبوله تمهيداً للنظر فيه.

فإذا تم قبول طلب تنفيذ الحكم أمام قاضي التنفيذ في محكمة الاستئناف المصرية فإن القاضي المصري ينظر هذا الطلب على أساس الوثائق والمستندات فقط للتأكد من الآتي :

أ- عدم تعارض حكم التحكيم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

ب- عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في مصر.

ج- إعلان الحكم للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

وإذا أمر القاضي المصري بتنفيذ الحكم التحكيمي. فإن هذا الأمر يعد نهائياً وطبقاً للمادة (٣/٥٨) من قانون التحكيم المصري. أما إذا رفض القاضي المصري تنفيذ الحكم. فإن المادة (٣/٥٨) نفسها أجازت لطالب التنفيذ التظلم من أمر رفض التنفيذ الصادر عن القاضي المصري إلى محكمة استئناف القاهرة أو أية محكمة استئناف مصرية أخرى يتفق عليها الطرفان خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إصدار الأمر برفض التنفيذ.

وهذا التظلم قد أحسن المشرع المصري بالنص عليه وليس له مقابل في القانون السوداني.

الخاتمة

الحمد لله أولاً وأخيراً القائل في محكم تنزيله : (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها لها ماكسبت وعليها ما إكتسبت ربنا لأ تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ربنا ولا تحمل علينا إصراً كما حملته على الذين من قبلنا ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به وأعف عنا وأغفر لنا وأرحمنا أنت مولانا فانصرنا على القوم الكافرين). صدق الله العظيم.

البقرة الآية ٢٨٦

وخلص البحث إلى عدة نتائج وتوصيات على النحو التالي :

أولاً: النتائج :

١- اتفاق التحكيم البحري سواء أبرم في صورة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم يعتبر عقداً يلزم لصحته ما يلزم لصحة العقود بوجه عام. فإذا ما أبرم اتفاق التحكيم صحيحاً ترتبت عليه آثاره.

٢- شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. وإذا حكم ببطلان العقد ذاته أو فسخه فإنه لا يترتب على ذلك بطلان شرط التحكيم.

٣- الأصل هو اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعات التي تنشأ من عقد نقل البضائع بالبحر. ومع ذلك يجوز إستثناء اتفاق الطرفين في عقد نقل البضائع بالبحر على إحالة الدعاوى الناشئة عنه للتحكيم.

٤- الأثر المترتب على الطعن القضائي على حكم التحكيم في السودان ومصر، لا يتعدى أحد أمرين، الأول الحكم ببطلان حكم التحكيم. والثاني الحكم برفض الطعن ومن ثم تأييد الحكم والأمر بتنفيذه.

٥- أمر المحكمة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في السودان ومصر نهائي لا يجوز الطعن فيه. أما حالة رفض التنفيذ فهو نهائي أيضاً في القانون السوداني لا يجوز الطعن فيه أما في التشريع المصري فيجوز التظلم منه لمحكمة الاستئناف المختصة.

٦- أن المشرع السوداني لم يتناول التحكيم البحري بنصوص خاصة وواضحة وبهذا يكون متأخراً كثيراً عن أغلب الدول التي لها موانئ بحرية. نظراً لعدم معالجة المشرع السوداني للتحكيم البحري.

ثانياً : التوصيات :

١- ضرورة إنضمام السودان والمصادقة على اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م.

٢- النص على جواز الاتفاق على التحكيم البحري في قانون نقل البضائع بالبحر السوداني لسنة ٢٠١٠م.

٣- نوصى بإن يقوم المشرع السوداني بالإستفادة من قواعد القانون النموذجي للتحكيم الدولي ١٩٨٥م، ولائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري، ولائحة تحكيم اليونسترال ١٩٧٦م ولائحة تحكيم جمعية المحكمين البحريين نيويورك، ولائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس، وتشريعات الدول المتقدمة في هذا الشأن (باريس – إنجلترا – مصر) في صياغة مواد خاصة بالتحكيم البحري تضاف كباب منفصل في قانون التحكيم لسنة ٢٠١٦م.

٤- إضافة فقرة للمادة (٤٧) من قانون التحكيم ٢٠١٦ تقضي بإرفاق نسخة من اتفاق التحكيم وأن يكون الحكم مترجماً باللغة العربية.

٢/ جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة
بواسطة وسائل تقنية المعلومات الحديثة

مقدم / للمؤتمر العلمي الحادي عشر لكلية (الجرائم المعلوماتية)
المملكة الأردنية الهاشمية – جامعة جرش – كلية الحقوق

إعداد / د عواطف محمد عثمان عبد الحليم صديق
أستاذ مشارك – كلية الحقوق – جامعة الملك فيصل
المملكة العربية السعودية

كان من نتائج ثورة المعلومات والاتصالات إضافة للجوانب الإيجابية التي لا تحصى جانب سلبي تمثل في الاستخدام غير المشروع لهذه التقنيات، وعرف العالم أنماطاً مستحدثة من الجرائم أطلق عليها جرائم المعلوماتية. تتعدد أنواع أنماط جرائم المعلوماتية. بحيث يصعب حصرها إلا أنه يمكننا القول بأن جرائم المعلوماتية تأخذ ثلاثة أنماط رئيسية أن يكون الكومبيوتر والإنترنت هما الهدف الذي يتجه إليه السلوك الإجرامي، أن يكون الكومبيوتر والإنترنت هما البيئة الإجرامية بما يتضمنهاه من محتوى غير قانوني، استخدام الكومبيوتر كوسيلة متطورة لارتكاب الجرائم.

أهمية الموضوع:

يتناول البحث علي وجه الخصوص جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة بواسطة وسائل تقنية المعلومات الحديثة. حيث تعد حرمة الحياة الخاصة حق من حقوق الإنسان. فتحديد مفهوم حرمة الحياة الخاصة في نظام تقنية المعلومات الحديثة، وكذلك التعرف على ماهية هذه الجرائم وأنواعها المختلفة يساعد على تحديد الطريقة الفاعلة لمكافحتها. ومن هنا تأتي أهمية الدراسة.

أهداف البحث:

يسعى البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

١- التعرف على مفهوم حرمة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية ونظام تقنية المعلومات الحديث.

٢- التعرف على أنواع جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة الواقعة باستخدام وسائل تقنية المعلومات الحديثة، وذلك من خلال تحديد أنماط السلوك المجسد للركن المادي لكل نوع، إضافة لتحديد الركن المعنوي.

٣- التعرف على الجهود التشريعية الوطنية لبعض الدول في مجال مكافحة جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة المرتكبة بواسطة وسائل التقنية الحديثة. المملكة العربية السعودية، السودان نموذجاً.

التساؤلات التي يثيرها البحث:

يثير البحث التساؤلات الآتية:

١- ما هو مفهوم حرمة الحياة الخاصة في نظام تقنية المعلومات الحديث. هل هو ذات مفهوم حرمة الحياة الخاصة بمعناه التقليدي.

٢- مدي إمكانية تطبيق القانون الجنائي بشقيه (الموضوعي) و(الإجرائي) على هذه الجرائم المستحدثة ومدى توافق او تعارض ذلك مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

٣- هل يوجد اختلاف بين أنماط السلوك المجسد للركن المادي وكذلك الركن المعنوي لجرائم التعدي على حرمة الحياة الخاصة في مجال تقنية المعلومات عنه في جرائم التعدي على حرمة الحياة الخاصة التي تضمنتها قوانين العقوبات.

منهج البحث :

يعتمد البحث على المنهج الوصفي باعتباره منهجاً عاماً يوصف المشكلة ويحدد أبعادها.

خطة البحث :

تم تقسيم البحث إلى ثلاثة مباحث وعدة مطالب :

المبحث الأول: جرائم المعلوماتية ومبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية والقانون.

المطلب الأول: جرائم المعلوماتية ومبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: جرائم المعلوماتية ومبدأ الشرعية في القانون.

المبحث الأول: مفهوم حرمة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية وفي نظام تقنية المعلومات الحديثة.

المطلب الأول: مفهوم حرمة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: مفهوم حرمة الحياة الخاصة في نظام تقنية المعلومات الحديثة.

المبحث الثاني: أنواع جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة باستخدام تقنية المعلومات الحديثة.

المطلب الأول: جرائم الاعتداء على البيانات الخاصة المعالجة إلكترونياً.

المطلب الثاني: جرائم الاعتداء على السمعة

المطلب الثالث: جرائم الاعتداء على المراسلات والاتصالات.

الخاتمة: وتتضمن النتائج والتوصيات

تمهيد :

يعد حق حرمة الحياة الخاصة من أهم حقوق الإنسان التي كفلتها الشريعة الإسلامية وكرستها إعلانات الحقوق والمواثيق الدولية والدساتير الوطنية لمعظم دول العالم.

إلا أن ما شهدته البشرية من تقدم هائل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وماترتب على ذلك بتحسين إمكانية الوصول إلى المعلومات وتدفقها وسهولة الاتصالات كان له جانب آخر أثر سلباً على حياة الإنسان بوجه عام وعلى حرمة الحياة الخاصة بوجه خاص تمثل في ظهور أنماط من الجرائم مرتبطة بهذه التقنيات. وقد تزايدت معدلات ارتكاب هذه الجرائم في العقدين الأخيرين علي وجه

الخصوص أدت إلى بزوغ ظاهرة إجرامية تعرف بالإجرام المعلوماتي أو الإجرام الإلكتروني " وتعددت التسميات في هذا الخصوص إلا أننا ذهبنا إلى تفضيل استخدام مصطلح جرائم المعلوماتية.

لم يتفق فقهاء القانون على تعريف موحد لهذه الجرائم ويلاحظ أن هنالك تبايناً كبيراً في تعريف هذه الجريمة تبعاً لمعيار التعريف نفسه.

عرف بعض الفقهاء الجريمة استناداً لموضوع الجريمة حيث عرفت الجريمة المعلوماتية " بأنها عمل أو امتناع عن عمل يأتيه الإنسان إضراراً بمكونات الحاسب الآلي أو شبكات الاتصال به المحمية قانوناً والمعاقب عليها بموجب القانون [i].

كما عرفها البعض استناداً علي وسيلة ارتكابها " هي نشاط إجرامي تستخدم فيه تقنية الحاسب الآلي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كوسيله أو هدف لتنفيذ الفعل الإجرامي المقصود "[ii].

وتميزت هذه الجرائم بخصائص تميزها عن غيرها حيث تعد جرائم المعلوماتية إفرازاً ونتاجاً لتقنية المعلومات فهي ترتبط بها وتقوم عليها وهذا ما اكسبها لوناً وطابعاً خاصاً يميزها عن غيرها من الجرائم التقليدية "[iii].

ومن ضمن هذه الجرائم جرائم انتهاك حرمة الحياة الخاصة. الأمر الذي استلزم تحرك المشرع لتوفير الحماية لحرمة الحياة الخاصة في مجال تقنية المعلومات الحديثة. وما إدى إليه ذلك من طرح تساؤل حول مفهوم حرمة الحياة الخاصة في النظام المعلوماتي. الأمر الذي يقتضي تناوله خلال هذا البحث.

كما تتعدد طرق حماية حرمة الحياة الخاصة في مجال تقنية المعلومات الحديثة (تقنية، إدارية، جزائية) وسوف يقتصر بحثنا على تناول الحماية الجزائية لحرمة الحياة الخاصة من خلال بيان أحكام بعض جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة وهي جرائم الاعتداء على البيانات الخاصة المعالجة إلكترونياً. جرائم الاعتداء على السمعة، جرائم الاعتداء على المراسلات والاتصالات، مستعرضين أحكام قانون مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي وقانون جرائم المعلوماتية لسنة ٢٠٠٧ السوداني كنموذجين.

كما يتناول البحث مدى إمكانية مكافحة هذه الجرائم بنصوص القوانين الجنائية التقليدية ومدى توافق أو تعارض ذلك مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

المبحث الأول

جرائم المعلوماتية ومبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية والقانون

في هذا المبحث سوف نتناول جرائم المعلوماتية ومبدأ الشرعية من خلال مطلبين:

المطلب الأول: جرائم المعلوماتية ومبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: جرائم المعلوماتية ومبدأ الشرعية في القانون.

المطلب الأول: جرائم المعلوماتية ومبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية.

سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في تقرير مبدأ الشرعية ويستنتج المبدأ أن "لا جريمة ولاعقوبة إلا بنص" من بعض آيات القرآن الكريمة استنتاجاً سائغاً وغير عسير (وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً)[iv] وقوله تعالي (رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا)[v] من الآيتين السالفتي الذكر استخلص الفقهاء قاعدتين أصوليتين تفيدان مضمون مبدأ الشرعية وهما قاعدة "لا حكم على أفعال العقلاء قبل ورود النص" "والقاعدة الثانية "أن الأصل في الأشياء الإباحة". فما لم يرد نص بتجريمه فلا مسؤولية على فاعله أو تاركه.

في الفقه الجنائي الإسلامي الجريمة محظور شرعي ولا يتحقق للمحظور وصف الحظر إلا إذا وجد حكمان، أولهما حكم تكليفي يقتضي من المكلف طلب فعل أو الكف عن فعل. وثانيهما حكم وضعي يبين العقوبة المقررة في حالة مخالفة المكلف للحكم التكليفي. وهذا هو مبدأ الشرعية ومؤداه أن لا جريمة ولاعقوبة إلا بنص[vi].

أساس التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية هو حماية مصالح الجماعة المعتبرة وصيانة النظام العام الذي تقوم عليه المصالح المعتبرة في نظر الشارع والتي من أجلها كانت الشريعة والأوامر والنواهي إنما ترجع إلى حفظ الأمور الضرورية التي بدونها لا تستقيم الدنيا وهي حفظ الدين، والنفس والعرض والمال، والعقل[vii].

في الفقه الجنائي الإسلامي تم تقسيم الجرائم على أساس نوع العقوبة إلى جرائم حدود، وقصاص، وتعازير. فأما جرائم الحدود فهي التي يعاقب عليها الشارع بحد مقدر حقاً لله تعالى. وأما جرائم القصاص والدية فهي الجرائم التي يعاقب عليه الشرع بقصاص أو دية وهي عقوبات مقدرة ولكنها وجبت حقاً للعباد. أما جرائم التعازير فهي التي تعاقب عليها الشريعة بعقوبات غير مقدرة بمعنى أنها مفوضة إلى اجتهاد الإمام. وليس في الإمكان حصر هذا النوع من الجرائم لذلك لم تحدد الشريعة الإسلامية أنواع الجرائم التعزيرية [viii].

إلا أن سلطة ولي الأمر بإزاء جرائم التعازير وعقوباتها ليست مطلقة إنما يتقيد على الجملة بضوابط الشريعة فلا يخالف نصاً أو مبدأ أو مقصداً شرعياً. كما لا يتنافى اختياره مع مقتضيات المصلحة العامة لأن الشريعة في جملتها إنما جاءت لتحقيق مصالح العباد.

لا شك أن إقرار التعزير لتحقيق المصالح يبرز مسايرة الشريعة الإسلامية لمقتضيات التطور زماناً ومكاناً. وذلك بتمكين ولي الأمر من تجريم وعقاب كل الأفعال التي تهدد حفظ الضروريات. وألا يجرم فعل أو تفرض عقوبة إلا بعد صدور القانون.

كرس النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية مبدأ الشرعية بنص المادة الثامنة والثلاثون منه " العقوبة شخصية ولاجريمة ولاعقوبة إلا بناء علي نص شرعي او نظامي ولإعقاب إلا على الاعمال اللاحقة للعمل بالنص النظامي ".

نستنتج مما تقدم أن جرائم المعلوماتية تعتبر من جرائم التعازير والتي يترك لولي الأمر تحديد أنواعها وتحديد العقوبات المفروضة عليها بما يحقق مصالح العباد. وتتولى السلطة التشريعية في الدولة مهمة إصدار قانون يتضمن تحديد أنواع تلك الجرائم والعقوبات المفروضة عليها.

وتطبيقاً لذلك أصدرت المملكة العربية السعودية نظام مكافحة جرائم المعلوماتية [ix] وسبق ذلك صدور قرار مجلس الوزراء السعودي بالموافقة على إدخال نظام الإنترنت تضمن العديد من الالتزامات التي فرضت على الشركات المقدمة للخدمات والأطراف المستخدمة للشبكة. هدفت لتوفير الحماية ومنع سوء استخدام النظام المعلوماتي [x].

المطلب الثاني: جرائم المعلوماتية ومبدأ الشرعية في القانون:

في مجال القانون يعد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من المبادئ القانونية المهمة التي استقرت عليها أغلب التشريعات الجنائية، وتأخذ أغلب التشريعات الحديثة بهذا المبدأ سواء بالنص عليه في دساتيرها أو النص عليه في القوانين الجزائية (العقوبات).

كرست هذا المبدأ العديد من المواثيق الدولية حيث نص عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة ٢/١١ "لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع لم يكن في حينه جرماً بمقتضي القانون الوضعي أو الدولي، كما لا توقع عقوبة أشد من التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي " نصت عليه ايضاً الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية"[xi] كما نصت عليه المادة ٣٤ (٤) من دستور السودان الانتقالي لسنة. ٢٠٠٥ إضافة إلى دساتير عدد كبير من دول العالم وبناء على هذه النصوص الدستورية يكون مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات قد اكتسب قيمة دستورية وأصبح من المبادئ الدستورية التي يجب على المشرع الالتزام بها.

يترتب على الأخذ بهذا المبدأ أن توكل مهمة حصر الجرائم وتحديد عقوبتها إلى السلطة التشريعية، فهي الجهة الوحيدة التي يعهد إليها ببيان الأفعال التي تعد جرائم وهي التي تقرر الجزاء الجنائي الذي يترتب على وقوع كل منهما بصورة دقيقة وواضحة. وأن تقتصر مهمة القضاء على تطبيق القواعد الجنائية فقط.

سهولة الوصول إلى المعلومات في النظم العالمية مع الإمكانات اللامحدودة لتبادلها وإرسالها بصرف النظر عن المسافات الجغرافية أدى إلى النمو الهائل في حجم المعلومات المتاحة والتي يمكن الحصول عليها. ومن خلال الاتصالات والمعلومات يستطيع المستخدمون اصطناع فضاء جديد يسمى الفضاء المعلوماتي الذي يستعمل أساساً لأغراض شرعية. إلا أنه تعرض لسوء الاستخدام حيث استخدم لارتكاب انماط متعددة من الجرائم[xii].

إلا أن جرائم المعلوماتية بصفة عامة أثارت تساؤلاً فيما يتعلق بالشق الموضوعي للقانون الجنائي (التجريم والعقاب) والشق الإجرائي (الإجراءات الجزائية) وعن مدى

إمكانية تطبيق النصوص التقليدية للقانون الجنائي والإجراءات على هذا النوع المستحدث من الجرائم وضرورة احترام مبدأ الشرعية والتفسير الضيق للنصوص الجنائية.

أولاً: مبدأ الشرعية والشق الموضوعي للقانون الجنائي (التجريم والعقاب):

ذهب عدد كبير من الفقهاء إلى أن القانون الجنائي وضع لمكافحة الجرائم بصورتها التقليدية. أما التجريم في مجال جرائم المعلوماتية فيحتاج إلى نصوص خاصة بها، فكل الأفعال غير المشروعة في البيئة المعلوماتية لا يمكن تسميتها بالجريمة ما لم ينص عليها صراحة في التشريع تأسيساً على المبدأ الذي يحكم القانون الجنائي أنه "لا جريمة ولاعقوبة إلا بنص" أو كما يطلق عليه مبدأ الشرعية.

إضافة لمبدأ "حظر القياس" في المجال الجنائي "الأمر الذي يحتم على المشرع ضرورة مواجهة الظاهرة الإجرامية في مجال المعلوماتية بتقنين الجرائم التي أفرزتها هذه الظاهر في شكل قانون يجرم هذه الأفعال[xiii].

وعلى ذلك يجب على القانون الجنائي أن يحافظ على مواكبته لهذه التطورات التكنولوجية التي تقدم فرصاً واسعة لإساءة استخدام إمكانات الفضاء المعلوماتي وأن يعمل على ردع هذه الأفعال الإجرامية مع تطبيق السلطات القسرية المقررة في بيئة تكنولوجيا المعلومات[xiv].

تطبيقاً لمبدأ الشرعية قامت العديد من الدول بإصدار قوانين خاصة بمكافحة جرائم المعلوماتية كدولة الإمارات العربية المتحدة، المملكة العربية السعودية، السودان) أو بإضافة نصوص تجريم هذه الأفعال في قوانينها الجزائية.

ثانياً: مبدأ الشرعية والشق الإجرائي للقانون الجنائي (قانون الإجراءات الجزائية) :

العلاقة بين القانون الجنائي (قانون العقوبات) والقانون الجزائي علاقة وطيدة وأن العلاقة بين القانونين تبدأ من لحظة وقوع الجريمة وحتى صدور الحكم فيها، فبدون القانون الجنائي (قانون العقوبات) لا يتحرك قانون الإجراءات الجزائية، وبدون قانون الإجراءات الجزائية يصبح قانون العقوبات نصوصاً ميتة [xv].

لذلك يغطي مبدأ الشرعية أيضاً قواعد الإجراءات الجزائية فلا يجوز اتخاذ إجراء من الإجراءات المتعلقة بملاحقة وضبط الجريمة والمتهم والتحقيق معه ومحاكمته غير تلك التي حددها المشرع في قانون الإجراءات الجنائية. وفيما يتعلق بجرائم المعلوماتية فهنالك عقبات جدية في تنفيذ الإجراءات التقليدية التي تضمنتها القوانين الإجرائية، كالتفتيش، والمعاينة، والتحفظ، غيرها من الإجراءات وذلك لتعلقها ببيانات معالجه إلكترونياً وكيانات منطقية غير مادية، إضافة إلى سهولة محو آثارها في ثوان معدودة. كما أن الطبيعة الدولية للجريمة المعلوماتية تثير مشاكل موضوعية وكذلك إجرائية. الأمر الذي يشير إلى أنه لا يكفي أن يكون قانون العقوبات فقط متماشياً مع هذه الجرائم الجديدة، بل يجب أن يشمل ذلك هذا التطور أيضاً قوانين الإجراءات الجديدة وتقنيات التنقيب والتحري [xvi].

نستخلص مما تقدم أن تطبيق مبدأ الشرعية يحتم على المشرع العمل على سن قانون موضوعي للتجريم والعقاب. وكذلك إجرائي بحيث يشمل ملاحقة وضبط هذه الصور المستحدثة من الجرائم والتي تحتاج إلى إجراءات ضبط خاصة بها تتلاءم مع طبيعتها الإلكترونية.

المبحث الثاني

مفهوم حرمة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية وفي مجال تقنية المعلومات الحديثة

في هذا المبحث سوف نتناول مفهوم حرمة الحياة الخاصة وذلك من خلال مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم حرمة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: مفهوم حرمة الحياة الخاصة في نطاق تقنية المعلومات الحديثة.

المطلب الأول: مفهوم حرمة الحياة الخاصة في الشريعة الإسلامية.

كرم الله سبحانه وتعالى الإنسان وكفل له من الحقوق مع ما يتناسب وهذا التكريم، فالشريعة الإسلامية من بين ما عنيت به بصفة أساسية هو الإنسان وشرعت له حقوقاً وكفلت له حريات وأسس تقوم عليها كرامة الإنسان ووضعت ضمانات

لاحترام ممارسة هذه الحقوق "[xvii] عملت الشريعة الإسلامية على كفالة حرمة الحياة الخاصة ومن أهم هذه الحقوق حق الإنسان في حرمة مسكنه فقد نصت الآيات القرآنية على حرمته في قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حتى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا على أَهْلِهَا ذلكم خَيْرٌ لَّكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ "[xviii] فالشريعة جعلت لمسكن الإنسان حرمة لا يجوز انتهاكها أو الاعتداء عليها. أيضاً نهت الشريعة عن الظن والتجسس في قوله تعالى "يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا"[xix].

وفي قوله صلى الله عليه وسلم اياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث، ولا تجسسوا، ولا تحسسوا، ولاتنافسوا، ولاتحاسدوا، ولا تباغضوا، ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخواناً "[xx].

كما حرصت الشرعية الإسلامية على صون حرمات الإنسان وستر المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم " من ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة "[xxi].

من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية يتبن أن الشريعة الإسلامية حرصت على حماية حرمة الحياة الخاصة للإنسان بكافة جوانبها، حيث منعت دخول المنازل بدون إذن أصحابها حفاظاً على حياتهم الخاصة. كما حظر الإسلام التجسس لأنه ينطوي على كشف ما أراد الله تعالى ستره على المسلم ولما فيه من انتهاك حريات وحرمات العباد بالتجسس. فالشريعة الإسلامية حرمت كل يتعارض مع مقاصد الشريعة في تحقيق المنفعة والمصلحة لعموم المسلمين.

وهكذا تظل الحماية التي قررتها الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرناً للحياة الخاصة علامة مضيئة في تاريخ الإنسانية "[xxii].

صدر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان "[xxiii] ونص على كفالة الكرامة الإنسانية "ولما كانت كرامة الإنسان ترتبط ارتباطاً وثيقاً بحياته الخاصة حيث إن الحياة الخاصة قطعة عزيزة من الكيان الإنساني لا يمكن انتزاعها من الإنسان وإلا تحول إلى أداة صماء عاجزة عن القدرة على الإبداع الإنساني والابتكار" لذلك لا بد من العمل على حماية هذا الحق.

نص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية "على أنه لا يجوز تعريض أي شخص على نحو تعسفي أو غير قانوني لتدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته ولا لأي حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته "بالإضافة إلى ذلك نص العهد على أن " من حق كل شخص أن يحميه القانون من مثل هذا التدخل أو المساس "

حرصت معظم دساتير دول العالم على التأكيد على حرمة الحياة الخاصة فقد نص النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية "للمساكن حرمتها ولايجوز دخولها بغير إذن صاحبها ولا تفتيشها، إلا في الحالات التي بينها النظام "كما نص أيضاً على حرمة المراسلات البرقية، والبريدية والمخابرات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال مصونة، ولا يجوز مصادرتها، أو تأخيرها أو الاطلاع عليها، أو الاستماع إليها، إلا في الحالات التي يبينها النظام "[xxiv].

كما نص دستور السودان "الدستور الانتقالي لسنة ٢٠٠٥ "على حرمة الحياة الخاصة " لا يجوز انتهاك خصوصية أي شخص ولا يجوز التدخل في الحياة الخاصة أو الأسرية لأي شخص في مسكنه أو في مراسلاته، إلا وفقاً لقانون ".

تضمن التعديل الرابع من الدستور الأمريكي نص على حق حرمة الحياة الخاصة (حق الناس في أن يكونوا آمنين في أشخاصهم ومنازلهم وأوراقهم وممتلكاتهم ضد التفتيش ويجب أن لا ينتهك أي من ذلك، ولن يتم إصدار إذن ضبط أو تفتيش إلا على أساس معقول مدعوم بقسم أو إفادة وموصوف فيها بدقة المكان المقصود تفتيشه والأفراد والأشياء المراد ضبطها).

وقد اتفقت معظم دول العالم على التأكيد على أهمية هذا الحق كحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية الإنسانية وقامت باعتماده كحق من الحقوق الدستورية. وتبرز أهمية حماية الحق في الحياة الخاصة عن باقي الحقوق اللصيقة بالشخصية لارتباط هذا الحق ارتباطاً وثيقاً بالعديد من الحقوق مثل حق الإنسان في حماية سمعته وشرفه.

إلا أن المفاهيم اختلفت في تحديد مفهوم الحق في الحياة الخاصة حيث اختلف الفقهاء في ذلك وكذلك التطبيقات القضائية.

عرف الحق في الحياة الخاصة "هو حق الإنسان أو حق الفرد أن يترك وحيداً أو هي حاجة الأفراد في بعض الأوقات إلى الانسحاب من العالم.

وذهب اتجاه آخر إلى تعداد صور وتطبيقات فعلية للتدخل في الحياة الخاصة مثل انتهاك أو اقتحام عزلة، أو خلوة الفرد أو التدخل في حياته الخاصة كالاعتداء على حرمة المسكن أو التنصت على محادثاته التلفونية أو تصويره أو تشويه سمعته"[xxv].

بينما اتجه بعض الفقهاء إلى تعداد ما تشمله الحياة الخاصة [xxvi] حيث ذكر جانب من الفقهاء أن عناصر الحياة الخاصة تشمل الحياة الأسرية والعائلية، الحياة العاطفية والشعورية، الحالة المادية والجسمانية والآراء الفلسفة والدينية وأوقات الفراغ"[xxvii].

وقد عرفته المحكمة العليا بالولايات المتحدة بأنه الحق في إبعاد الآخرين عن الدخول في الحيز المادي المحيط بالفرد"[xxviii].

ونتيجة لهذه الصعوبة في تعريف الحق في الحياة الخاصة والتي تعود إلى اختلاف مفهوم الحق في الحياة الخاصة عبر الزمان والمكان. ذهب جانب من الفقه إلى رفض تعريف الحق في الحياة الخاصة وأن يترك أمر هذا التحديد للقضاء يقضي به ويحدده تبعاً للظروف والأحوال والعادات والتقاليد التي توجد في كل مجتمع وما قد يلحق به من تطور أو تغير [xxix].

ونحن نؤيد هذا الجانب من الفقه ونتفق معهم على إنما يعتبر من الحياة الخاصة أمر نسبي يختلف بين دولة وأخرى، وبين المجتمعات نتيجة لاختلاف القيم والمعتقدات والعادات والتقاليد السائدة في كل مجتمع بل أحياناً يختلف داخل البلد الواحد. بل قد يختلف نطاقه من شخص إلى آخر خاصة في مجال الإعلام.

تناولنا مفهوم الحق في حرمة الحياة الخاصة في النطاق المادي إلا أن طبيعة البحث تقتضي تناول مفهوم هذا الحق في مجال النظام المعلوماتي[xxx].

المطلب الثاني: مفهوم حرمة الحياة الخاصة في نطاق تقنية المعلومات الحديثة:

نتيجة للتطور الهائل في مجالات تقنية المعلومات يمكننا القول إن حرمة الحياة الخاصة في عصر تقنية المعلومات الحديثة هي ذات محتوى مغاير حيث إن خصوصيات الأفراد وأسرارهم ومعلوماتهم الخاصة يتم الاحتفاظ بها في بنوك للبيانات والمعلومات[xxxi]

وذهب فقهاء القانون إلى أن هنالك العديد من الموضوعات التي تظل في حيز البيانات ذات الطابع الشخصي مثال لها " الجنس، العمر، السجل الوظيفي، مستوى التعليم، الوضع الصحي، العنوان، رقم الهاتف، بيانات عن حسابات مصرفية)[xxxii].

هذه المعلومات أصبحت في وقتنا الحاضر على درجة من الأهمية في ظل فلسفة المعلوماتية المعاصرة سيما وأن فكرة العالم الرقمي لا يمكن لها السير في التطور ومواكبة اهتمامات الإنسان سوى باستخدام المعلومات مما جعلها عرضة للعديد من الانتهاكات والاعتداءات عبر وسائل تقنية المعلومات الحديثة. وأصبح بإمكان أي شخص الولوج إليها والحصول على ما يريد منها وما أدى إليه ذلك من ظهور انتهاكات من نوع جديد (الانتهاك المعلوماتي) الذي يشكل خطراً لا يستهان به على حرمة الحياة الخاصة. الأمر الذي جعل لحماية هذا الحق أهمية كبيرة في عالمنا المعاصر.

كما اتخذ التعدي على حرمة الحياة الخاصة نمطاً مختلفاً نتيجة ولادة مفهوم جديد للخصوصية ارتبط بأثر التقنية على الحياة الخاصة تمثل بخصوصية المعلومات أو حق الأفراد في السيطرة على المعلومات والبيانات الخاصة في مواجهة تحديات العصر الرقمي[xxxiii].

ومن هنا ظهر ما يعرف بالخصوصية المعلوماتية أو خصوصية البيانات الشخصية Data Privacy of Personal وهي مطالبة الأشخاص بألا تكون البيانات الخاصة عنهم متوفرة تلقائياً لغيرهم من الأفراد أو المنظمات حتى في حالة أن تكون البيانات مملوكة من طرف آخر فلهم القدرة على ممارسة قدر كبير من السيطرة أو التحكم بتلك البيانات وطريقة استخدامها وهذا ما يعرف بخصوصية المعلومات أو خصوصية البيانات[xxxiv].

فخصوصية المعلومات هي حماية البيانات فهنالك ترادف بوجه عام قائم بين اصطلاح خصوصية البيانات وحماية البيانات. كما أن استخدام اصطلاح الخصوصية في بيئة مواقع الإنترنت ومسائل عقود التقنية أو خدمات التقنية عموماً يشير إلى حماية الخصوصية المعلوماتية أو حماية البيانات[xxxv].

كما اتخذ التعدي على حرمة الحياة الخاصة في نطاق تقنية المعلومات الحديثة أشكالاً أخرى منها التعدي على خصوصية المراسلات والاتصالات، وفي إشانة سمعة الأشخاص. إضافة إلى إساءة استخدام الأجهزة الحديثة المرتبطة بتقانة المعلومات مثل استخدام الهاتف الجوال أو ما في حكمه للتعدي على حرمة الحياة الخاصة للأشخاص.

الأمر الذي أثار قلق الدول والمجتمع الدولي، وقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها الذي أكدت فيه أن حقوق الأشخاص خارج الفضاء الإلكتروني يجب أن تحظى بالحماية أيضاً في الفضاء الإلكتروني وأهابت بالدول أن تحترم وتحمي الحق في الخصوصية في الاتصالات الرقمية وأن تعيد النظر في ممارساتها المتعلقة بمراقبة الاتصالات واعتراضها وجمع البيانات الشخصية. وفقاً لما يشير إليه القرار فإن القانون الدولي لحقوق الإنسان يوفر الإطار العالمي الذي يجب أن يقيم على أساسه أي تدخل في حقوق الخصوصية الفردية [xxxvi].

مما سبق يتبين أن حرمة الحياة الخاصة للأفراد في النظام المعلوماتي تشمل بالإضافة إلى خصوصية البيانات الشخصية، خصوصية سمعة الأشخاص، وخصوصية اتصالاتهم ومراسلاتهم وخصوصية صورهم، وهو ما يتجاوز مفهوم البيانات والمعلومات.

وقد ثار خلاف في الفقه المقارن حول ماهية الحق في الحياة الخاصة في نطاق تقنية المعلومات الحديثة.

تعددت المفاهيم بشأن تعريف خصوصية المعلومات أو حماية البيانات قامت المحكمة العليا في الولايات المتحدة في قضية والين ضد رو " Whalen v Ro " بتبني تعريف للخصوصية يقسم الحق في الخصوصية إلى نوعين النوع الأول يتناول اهتمام الفرد بتجنب نشر أموره الشخصية. والنوع الثاني يتناول الاهتمام بالاستقلالية في اتخاذ أنواع معينة من القرارات المهمة.

وأغلب الفقه الأمريكي يستخدم اصطلاح الخصوصية المعلوماتية وهنالك نظريتان تناولتا هذا المفهوم، نظرية التحديد، ونظرية التحكم [xxxvii].

وفقاً لنظرية التحديد يتمتع الفرد بالحق في الخصوصية عندما يكون الوصول إلى معلوماته الشخصية محدداً او مقيداً بحالات " حيث عرف الحق في الخصوصية استناداً

لهذه النظرية بأنها " تقييد أو تحديد الوصول للمعلومات الشخصية عن الأفراد بواسطة الآخرين ".

ووفقاً لنظرية التحكم فإن الفرد يتمتع بالحق في الخصوصية فقط إذا كان يمكنه التحكم في المعلومات الشخصية المتعلقة به. حيث عرفت الخصوصية " بأنها رغبة الشخص بالتحكم أو على الأقل التأثير بشكل كبير في كيفية التعامل مع بياناته الشخصية".

أخذ بمفهوم التحكم كأساس لتحديد الخصوصية كل من آلان ويستن (Alan Western) وآرثر ملر (Arthur Miller) فوفقاُ لـ Alan Western فإن خصوصية المعلومات تعني "حق الأفراد في تحديد متى وكيف وإلى أي مدى تصل المعلومات عنهم للآخرين ".

في حين عرفها (Arthur Miller) بأنها قدرة الأفراد على التحكم بدورة المعلومات التي تتعلق بهم)[xxxviii].

ولم تسلم أي من النظريتين من النقد ونرى أن المزج بينهما يمكننا من محاولة الوصول إلى مفهوم للحق في الخصوصية في المجال المعلوماتي " خصوصية المعلومات " ووفقاً لذلك فالفرد يتمتع بالخصوصية المعلوماتية عندما يكون قادراً على المشاركة في تحديد بياناته الشخصية التي يسمح للأفراد الآخرين بالاطلاع عليها وفي تحديد كيفية هذا الاطلاع.

التقدم الهائل في مجال المعلوماتية وماترتب عليه من إتاحة استخدام البيانات والمعلومات وماتحقق من ذلك من فوائد اقتصادية وسياسية واجتماعية لا تحصى، إلا أن ذلك لا يبرر السماح بانتهاك الخصوصية المعلوماتية والتي تشكل مع باقي العناصر حرمة الحياة الخاصة وقد أكدت ذلك اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية حيث ذكرت "فإن حماية الحياة الخاصة مسألة نسبية، بيد أنه ينبغي ألا يكون بمقدور السلطات العامة المختصة أن تطلب من المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة للفرد إلا ما يكون معرفته ضرورياً حرصاً على مصالح المجتمع على النحو المفهوم بموجب العهد"[xxxix].

نستنتج مما سبق أنه يتعين التوفيق بين ضرورة وأهمية البيانات والمعلومات وبين تفادي ما يمكن أن يصيب الأفراد من أضرار في حرمة حياتهم الخاصة من ممارسة هذه النظم لنشاطها)[xl].

أكدت المحكمة العليا في الولايات المتحدة في قضية (Whalen Ro) الاعتراف بحق الأفراد في الاحتفاظ بمعلوماتهم الشخصية في خصوصية، وأن هنالك تهديداً حقيقياً للحق في الخصوصية عندما يتم جمع المعلومات الشخصية في قواعد بيانات الحاسب كما قررت المحكمة أن الحق في الكشف عن المعلومات الشخصية غير المأذون به بواسطة الحكومة أو جهات إنفاذ القانون لا يمتد للحق في رقابة الأنشطة الخاصة.

وحتى تتحقق الحماية لهذه البيانات يجب أن ينظم القانون عملية جمع وحفظ المعلومات الشخصية في مجال المعلوماتية، اتخاذ التدابير الفعالة التي تحول دون وقوع المعلومات المتعلقة بالحياة الخاصة للشخص في يد غير المصرح لهم بالتعامل معها. وعدم استخدامها في أغراض غير مشروعة أو غير الغرض الذي جمعت له.

ولكي تتحقق الحماية الفاعلة لا بد أن يثبت للفرد حقه في معرفة تخزين هذه المواد والجهة التي قامت بالعمل سواء كانت من السلطات العامة أو الأفراد العاديين كما يثبت للشخص في حالة تضمن البيانات الشخصية معلومات غير صحية أو بيانات جمعت بطريقة غير قانونية حقه في طلب تصحيحها أو حذفها[xli].

إلا أن الحق في الخصوصية كغيره من الحقوق ليس حقاً مطلقا. مع امكانية وجود استثناءات وقيود على حق خصوصية المعلومات مثل تلك التي تتعلق بصيانة أمن الدولة والدفاع الوطني، منع واستقصاء وملاحقة الجرائم الجزائية أو المخالفات المهنية بالنسبة للمهن المنظمة بقانون، مصلحة اقتصادية مهمة للدولة، حماية الشخص المعني أو حقوق الغير وحرياته [xlii].

ويتحدد مجال الحق في الخصوصية من خلال التوازن بين عدة حقوق متعارضة بين حق الفرد في صون أسرار حياته الخاصة، وبين الحق في تدفق وانسياب المعلومات والحق في المعرفة والإعلام وحرية التعبير والنقد وكذلك حفظ الأمن العام ومتطلبات تحقيق

العدالة في المجتمع.[xliii] فالمصلحة العامة هي المصلحة التي يتعين مراعاتها عند إجراء أي موازنة دقيقة بين المصالح المتناقضة "[xliv].

هنا لا بد من الإشارة إلى ضرورة أن يتم تنظيم الاستثناءات والقيود على حق خصوصية المعلومات بموجب نصوص قانونية واضحة وصريحة صادرة من السلطة التشريعية وضرورة خضوع الدولة في ممارستها لتلك الاستثناءات والقيود للرقابة القضائية فالقضاء القوي المستقل هو وحده القادر على إحداث التوازن بين هذه الحقوق.

المبحث الثالث

أنواع جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة الواقعة على النظام المعلوماتي

تتعدد أنماط جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة إلا أننا سوف نتناول ثلاثة أنواع من هذه الجرائم من خلال تناول نصوص النظام السعودي" نظام مكافحة جرائم المعلوماتية "[xlv] والقانون السوداني " قانون جرائم المعلوماتية لسنة ٢٠٠٧ " كنماذج. وذلك من خلال ثلاثة مطالب

المطلب الأول: جرائم الاعتداء على البيانات الخاصة المعالجة إلكترونياً.

المطلب الثاني: جريمة الاعتداء على السمعة (التشهير).

المطلب الثالث: جريمة الاعتداء على المراسلات والاتصالات.

نشير إلى أن نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي قد عرف الجريمة المعلوماتية" أي فعل يرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية بالمخالفة لأحكام هذا النظام" [xlvi] أما القانون السوداني فقد استخدم تعبير جرائم المعلوماتية للدلالة علي الأشكال المجرمة والتي تشكل اعتداءً على وسائل المعلوماتية والأنشطة المتعلقة بها ، فالقانون السوداني اعتبر أي اعتداء على وسائل المعلوماتية التي وردت في التعريف يشكل جريمة من جرائم المعلوماتية ولم يورد القانون السوداني تعريفاً جامعاً محدداً لجريمة المعلوماتية كما فعل المنظم السعودي.

المطلب الأول: جرائم الاعتداء على البيانات الخاصة المعالجة إلكترونياً :

يأخذ الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة من خلال الأنظمة المعلوماتية مفهوم أوسع وأشمل ويأخذ أبعاداً وأشكالاً مستحدثة أبرزها جمع البيانات عن الأفراد على نحو غير مشروع، او إساءة استخدام البيانات التي جمعت بصورة مشروعة. كما يعتبر السماح بجمع البيانات أو المعلومات عن الأشخاص إضافة إلى ذلك يعتبر تخزين معلومات خاطئة غير مطابقة للواقع وغير صحيحة صورة أخرى من صور الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة[xlvii] كما أن تجميع البيانات مع عدم معرفة أوجه استخدامها يمثل أحد الأخطار التي تهدد الحياة الخاصة.

نشير إلى أن طبيعة البيانات التي تمس خصوصية الأفراد في إطار مجتمع المعلومات وتعرضها للانتهاك يقصد بها المعلومات الاسمية المخزنة في بنوك المعلومات .تعرف لبيانات الاسمية على: أنها البيانات الشخصية التي تتعلق بحرمة الحياة الخاصة للمرء كالبيانات الخاصة بحالته الصحية والمالية والوظيفية والمهنية ولعائلية عندما تكون هذه البيانات محلاً للمعالجة الألية "بمعنى آخر يقصد بالبيانات الاسمية تلك البيانات التي تتصل بحرمة الحياة الخاصة.

جرم القانون السعودي الاعتداء على البيانات الخاصة المعالجة إلكترونياً بموجب نص المادة الخامسة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على أربع سنوات وبغرامة لا تزيد على ثلاثة ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب أياً من الجرائم المعلوماتية الآتية:

١- الدخول غير المشروع لإلغاء بيانات خاصة، أوحذفها، أو تدميرها أو تسريبها، أو إتلافها أو تغيرها، أو إعادة نشرها.

ويلاحظ هنا أن القانون السعودي حمى البيانات الخاصة المعالجة إلكترونياً بكافة صورها حيث عرف " البيانات " المعلومات أو الأوامر، أو الرسائل، أو الأصوات، أو الصور التي تعد أو التي سبق إعدادها لاستخدامها في الحاسب الآلي، وكل ما يمكن تخزينه ومعالجته، ونقله، وإنشاؤه بوساطة الحاسب الآلي، كالأرقام والحروف والرموز

وغيرها.[xlviii] كما هو معروف فإنه يستلزم لقيام الجريمة توافر الركن المادي (فعل، نتيجة، علاقة السببية بين الفعل والنتيجة) وركن معنوي (قصد جنائي يتكون من العلم والإرادة)[xlix] الأمر الذي يقتضي أن نتناول الركن المادي والركن المعنوي لهذه الجريمة.

أولاً: الركن المادي :

يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في فعل الدخول غير المشروع (الدخول غير المصرح به) والقيام بإحدى الأفعال التي من شأنها أن تؤدي إلى، إلغاء بيانات خاصة، أو حذفها، أو تدميرها أو تسريبها، أو إتلافها أو تغييرها، أو إعادة نشرها.

وقد عرف النظام الدخول غير المشروع " دخول شخص بطريقة متعمدة إلى حاسب آلي، أو موقع إلكتروني أو نظام معلوماتي أو شبكة حاسبات آلية غير مصرح لذلك الشخص بالدخول إليها " [l] فالقانون اشترط أن يكون دخول الشخص غير قانوني بمعنى أن الشخص غير مسموح له بدخول هذا الموقع الإلكتروني أو النظام المعلوماتي أو شبكة حاسبات آلية. كما اشترط القانون أن تكون البيانات التي وقع عليها الاعتداء بيانات خاصة.

ويشترط لقيام الجريمة توافر علاقة السببية بين فعل الشخص والنتيجة التي تحققت، بمعنى أن يكون الفعل الذي قام به الشخص بعد دخوله عمداً إلى موقع إلكتروني أو نظام معلوماتي أو شبكة حاسبات آلية غير مصرح له بالدخول إليه، هو الذي أدى إلى حدوث النتيجة الإجرامية، المتمثلة في إلغاء بيانات خاصة، أو حذفها، أو تدميرها أو تسريبها، أو إتلافها أو تغييرها، أو إعادة نشرها.

ثانياً : الركن المعنوي (القصد الجنائي) :

هذه الجريمة عمدية تتطلب توافر القصد الجنائي. يتطلب القصد الجنائي انصراف إرادة الشخص إلى ارتكاب الجريمة كاملة. ويتكون القصد الجنائي من العلم والإرادة فيجب أن يعلم الشخص أن دخوله غير مشروع لأنه غير مصرح له بالدخول وأن فعله يعد فعلاً غير مشروع، وأن تتجه إرادته نحو الدخول وأن تتوافر لديه نية

إحداث النتيجة الإجرامية المتمثلة في إلغاء بيانات خاصة، أو حذفها، أو تدميرها أو تسريبها، أو إتلافها أو تغييرها، أو إعادة نشرها.

الأمر الذي يعني أن المنظم السعودي لا يعاقب على مجرد الدخول غير المشروع إلا إذا تم بقصد إلغاء بيانات خاصة، أوحذفها، أو تدميرها أو تسريبها، أو إتلافها أو تغيرها، أو إعادة نشرها

أيضاً جرم المشرع السوداني بموجب نص المادة (٤) من قانون جرائم المعلوماتية الاعتداء على البيانات الخاصة المعالجة إلكترونياً "ـ كل من يدخل موقعاً أو نظام معلومات دون أن يكون مصرحاً له ويقوم :

(أ) بالاطلاع عليه أو نسخه يعاقب بالسجن مدة لا تجاوز سنتين أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً.

(ب) بإلغاء بيانات أو معلومات ملكاً للغير أو حذفها أو تدميرها أو إفشائها أو إتلافها أو تغييرها أو إعادة نشرها أو تغيير تصاميم الموقع أو إلغائه أو شغل عنوانه، يعاقب بالسجن مدة لا تجاوز أربع سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاُ.

يلاحظ أن القانون السوداني في الفقرة (أ) من المادة (٤) قد جرم مجرد دخول الشخص موقع أو نظام معلومات دون أن يكون مصرحاً له والقيام بالاطلاع عليه أو نسخه. حيث لم يشترط النص أن يكون ذلك مقترناً بنية ارتكاب فعل من أفعال الحذف او التدمير أو الإلغاء. أي جرم الدخول غير المشروع لمجرد الاطلاع واعتبره جريمة مستوجبة العقاب.

هذه الجريمة تعتبر من جرائم السلوك المجرد فلا يدخل في ركنها المادي كما رسمه نص التجريم ضرورة توافر نتيجة إجرامية معينة، إذ يكفي لقيام مثل هذه الجريمة اتخاذ السلوك الإجرامي فقط (قيام الشخص بدخول موقع أو نظام معلومات بطريقة غير مشروعة)

أما في الحالة الثانية فلا يكفي مجرد السلوك الإجرامي فلا بد أن يترافق مع الدخول قيام الشخص بفعل النسخ. ويختلف ذلك عما أخذ به النظام السعودي الذي اشترط للتجريم ارتباط الدخول غير المشروع بتوافر قصد ارتكاب أحد الأفعال التي

نصت عليها المادة الخامسة (١) الفقرة (ب) من المادة ٤ تتفق مع نص الماد ٥(١) من النظام السعودي باستثناء أن المشرع السوداني نص في هذه المادة على صور إضافية من صور الاعتداء التي من الممكن وقوعها على الموقع الإلكتروني وليست على البيانات وقد أفرد لها المنظم السعودي نصاً خاصاً.

حيث نصت المادة الثالثة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب أياً من جرائم المعلوماتية الآتية (٢) الدخول غير المشروع أو الدخول إلى موقع إلكتروني لتغير تصاميم هذا الموقع أو إتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه "

ويلاحظ هنا أن المنظم السعودي قد جرم بهذا النص الدخول غير المشروع لموقع إلكتروني (الدخول غير المصرح به) والدخول المشروع (الدخول المصرح به) بمعنى أن يكون الشخص مصرحاً له بهذا الدخول إذا تم بغرض تغيير تصاميم هذا الموقع أو إتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه.

وحسناً فعل المنظم السعودي حينما فرق بين جرائم الاعتداء على البيانات المعالجة إلكترونياُ وبين الاعتداء على موقع إلكتروني.

ويتفق القانون السعودي والقانون السوداني في تشديد عقوبة السجن التي يمكن تصل إلى أربع سنوات وغرامة "تصل في القانون السعودي إلى ثلاثة آلاف ريال سعودي" ويمكن للمحكمة الحكم بالعقوبتين معاً. ونشير إلى أن القانون السوداني لم يحدد مبلغ الغرامة وترك تقدير ذلك للمحكمة وفق معايير محددة)[li].

أورد المنظم السعودي نص يجرم المساس بجانب آخر من جوانب الحياة الخاصة حيث نصت المادة الثالثة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب أياً من جرائم المعلوماتية الآتية (٤) المساس بالحياة الخاصة عن طريق إساءة استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا أو ما في حكمها.

اعتبر هذا النص إساءة استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا يعد مساساً بالحياة الخاصة.

الحق في حرمة صورة الإنسان يعد من أهم عناصر حرمة الحياة الخاصة فلكل إنسان الحق في منع التقاط صور له دون الحصول على موافقته، فالصورة هي أحد عناصر الحياة الخاصة للإنسان.[lii] وللإنسان الحق في حرمة صورته وعدم التقاطها أو نشرها بغير إذنه وانتهاك ذلك أو الاعتداء على صورة الإنسان يعد انتهاكاً لحرمة الحياة الخاصة للإنسان.

لذلك حرص المنظم السعودي علي تجريم الأفعال المتمثلة في سوء الاستخدام للهواتف النقالة المزودة بالكاميرا أو ما في حكمها دون تحديد لتلك الأفعال. والتي من الممكن أن تشمل التصوير أو إعادة نشر الصور على نطاق واسع أو نشرها بصورة مخلة بعد معالجتها إلكترونياً.

وقد بين قانون دولة الإمارات العربية المتحدة الأفعال التي تعتبر اعتداء على خصوصية شخص في هذا المجال وهي" التقاط صور الغير أو إعداد صور إلكترونية أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها " نشر أخبار أو صور إلكترونية أو صور فتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت صحيحة وحقيقية "[liii] ونرى أن سوء الاستخدام للهواتف النقالة المزودة بالكاميرا أو ما في حكمها يمكن أن يتم بتصوير أماكن خاصة كمسكن لإنسان أو مكتبة حيث تعد حرمة المسكن أيضاً من اهم عناصر الحق في حرمة الحياة الخاصة والتي كفلتها إعلانات الحقوق ودساتير معظم الدول.

ويشمل التجريم أيضاً إساءة استخدام أي وسيلة تقنية حديثة، أو أي أجهزة قد يتم اكتشافها في المستقبل تكون في حكم الهواتف النقالة يؤدي استخدامها إلى ذات النتيجة وهي المساس بحرمة الحياة الخاصة لأن عبارة أو" ما في حكمها " تعني أن يشمل التجريم إساءة استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا وكل أجهزة حديثة مماثلة لها يترتب على استخدامها المساس بحرمة الحياة الخاصة.

ويعود هذا التوسع في النص لرغبة المنظم السعودي في مواكبة التطورات التقنية التي قد تستخدم في المساس بحرمة الحياة الخاصة وتجريمها، إضافة لتوفير أكبر قدر ممكن من الحماية لحرمة الحياة الخاصة بمايتماشى مع قيم وتقاليد المجتمع السعودي المستمدة من الشريعة الإسلامية. حيث يعتبر إساءة استخدام الهواتف النقالة ومافي حكمها أكبر مهدد لحرمة الحياة الخاصة في المجال المعلوماتي.

لا يوجد نص مماثل في القانون السوداني فيما يتعلق بتجريم فعل استخدام الهاتف المزود بكاميرا للتعدي على حرمة الحياة الخاصة. إلا اننا نجد أن المشرع السوداني جرم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة بوجه عام بنص المادة (١٦)[liv] من القانون " كل من ينتهك أو يسيء أي من المعتقدات الدينية أو حرمة الحياة الخاصة عن طريق شبكة المعلومات أو أحد أجهزة الحاسوب أو ما في حكمها، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً.

يتبين أن المشرع السوداني أورد نصاً عاماً يجرم كل فعل يشكل اعتداء علي حرمة الحياة الخاصة دون تحديد أو حصر لتلك الافعال، ودون تحديد للعناصر التي تدخل في حرمة الحياة الخاصة وبالتالي يعتبر الاعتداء عليها مستوجب العقاب. مما يفيد أن المشرع قد ترك تقدير ما يدخل في حرمة الحياة الخاصة للقاضي وفقاً لظروف كل قضية. لا شك أن ما أخذ به المشرع السوداني يتفق مع الاتجاه الفقهي القائل بترك تحديد مفهوم الحق في حرمة الحياة الخاصة لقاضي الموضوع.

المطلب الثاني: جريمة إشانة السمعة "جريمة التشهير" :

يعتبر حق كل شخص في حماية سمعته من حقوق الإنسان إلى كفلتها إعلانات الحقوق والمواثيق الدولية. كما نصت على ذلك دساتير العديد من الدول "ويقصد بالحق في السمعة حق الشخص في ألا تذاع عنه أمور من شأنها أن تدعو إلى إنقاص ما يتمتع به في نظر الآخرين من تقدير واحترام وحسن الظن أو الثقة أو تثير ضده مشاعر أو آراء معادية مخجلة مشينة غير مرضية.

تعد جريمة إشانة السمعة من جرائم العدوان على الاعتبار، باعتبار أن الحق المعتدى عليه هو حق كل إنسان في ان يكون له اعتباره بين الآخرين وفق المعايير

الموضوعية المستقرة في المجتمع وحقه في المحافظة على كرامته. وتجرم معظم قوانين الدول الاعتداء على السمعة.

سواء تم بواسطة الأشخاص أو عبر وسائل الاعلام المختلفة.

عناصر جريمة إشانة السمعة في نظام المعلومات الحديثة هي ذات عناصر جريمة إشانة السمعة المرتكبة بوسائل الإعلام التقليدية أو بواسطة الأشخاص. وهي ركن مادي يتمثل في إسناد أمور معينة لشخص محدد من شانها إنقاص ما يتمتع به من تقدير واحترام. وأن يتم ذلك علانية. حيث يستلزم توافر العلانية لقيام جريمة لإشانة السمعة

أما الركن المعنوي فيستلزم توافر قصد الإضرار بالشخص عن طريق إسناد تلك الامور إليه، إلا أن جريمة إشانة السمعة في نظام المعلومات الحديثة مرتكبة بطريقة غير تقليدية، والاختلاف في الوسيلة التي تتم بها العلانية والأثر المترتب على ذلك فوسائل المعلوماتية كالإنترنت تجعل علانية الإسناد على نطاق واسع.

نصت المادة الثالثة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب أياً من جرائم المعلوماتية الآتية (٥) التشهير بالآخرين وإلحاق الضرر بهم، عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة. يعد فعل التشهير اعتداءً على سمعة المجني عليه الطيبة أو بسيرته الحسنة عن طريق إذاعة السوء عنه وجعله معروفاً بين الناس. الامر الذي يلحق الضرر بالمجني عليه.

وفي الاصطلاح، التشهير هو الإعلان عن جريمة إنسان والمناداة عليه بذنبه على رؤوس الأشهاد. خاصة في الجرائم التي يعتمد المجرم على ثقة الناس به فيحذروه[lv].

الركن المادي :

يتمثل في إتيان الفاعل سلوكاً علنياً، حيث يشترط لقيام جريمة التشهير توافر عنصر العلانية وأن ينصب على إسناد واقعة معينة بالتعبير عن فكرة أو معنى فحواه التشهير بشخص لدى عدة أشخاص، ويكون من شأن هذا السلوك أن يرتب نتيجة تتمثل في المساس بسمعة المجني عليه وما يلحقه من ضرر نتيجة هذا المساس.

ولم يحدد النص أفعال محددة فكل فعل علني ينصب على إسناد واقعة بالتعبير عن فكرة أو معنى أو من شأنه المساس بسمعة المجني عليه يشكل الركن المادي لهذه الجريمة. وأن يتم ذلك باستخدام أي وسيلة من وسائل التقنية الحديثة.

الركن المعنوي (القصد الجنائي) :

جريمة التشهير من الجرائم العمدية ومن ثم يجب أن يتوافر فيها القصد الجنائي العام بعنصرية العلم والإرادة وهو ما يتعين أن يعلم الجاني بدلالة الواقعة المسندة إلى المجني عليه أن من شأنها المساس بسمعته. أن يتوافر لدي الجاني إرادة الإسناد لهذه الواقعة بقصد الإضرار بالمجني عليه. ويلزم توافر عنصر العلانية.

جرم القانون السوداني لجرائم المعلوماتية المساس بسمعة الإنسان حيث نصت المادة ١٧ منه " كل من يستخدم شبكة المعلومات أو أحد أجهزة الحاسوب أو ما في حكمها لإشانة السمعة يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سنتين أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً.

لا يوجد فرق بين أركان جريمة التشهير في القانون السعودي وأركان جريمة إشانة السمعة في القانون السوداني لذلك نكتفي بالإحالة إلى ما سبق ذكره في جريمة التشهير.

إلا أن المشرع السوداني تشدد في عقوبة السجن " السجن مدة لا تتجاوز سنتين ". بينما وردت في القانون السعودي يعاقب " بالسجن مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين. ولم يحدد القانون السوداني مبلغ الغرامة التي يقدرها القاضي.

المطلب الثالث: جريمة الاعتداء على المراسلات والاتصالات :

عمل المنظم السعودي علي ضمان حماية الحق في احترام خصوصية المراسلات باعتبار أنها تدخل في نطاق حماية الحياة الخاصة. فقام بتجريم الاعتداء علي الحق الإنسان في حماية خصوصية مراسلاته واتصالاته بموجب المادة الثالثة من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب أياً من جرائم المعلوماتية

الآتية (١) التنصت على ما هو مرسل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي دون مسوغ نظامي صحيح أو التقاطه أو اعتراضه "

الركن المادي :

يتحقق الركن المادي بقيام الشخص بالتنصت أو التقاط أو اعتراض على ما هو مرسل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي".

يلاحظ أن المنظم السعودي جرم بموجب الفقرة (١) من المادة الثالثة ثلاثة أفعال تقع على المراسلات والاتصالات وهي التنصت، الالتقاط، الاعتراض. ومن الممكن أن يرتكب الشخص فعلاً واحداً أو أكثر من هذه الأفعال. وسوف نتناولها بالنقاش

أولاً: من المتصور وقوع جريمة التنصت على الاتصالات دون المراسلات. فالنشاط المادي للجريمة التنصت يكون باستراق السمع. حيث أن استراق السمع يفترض الحصول على الحديث عن طريق السمع مباشرة ويستوي أن يكون موضوع الحديث متعلقاً بالحياة العامة او الخاصة. فالمنظم هنا يوفر الحماية للحديث.[lvi]

ثانياً: يتحقق النشاط المادي أيضاً بالتقاط أو اعتراض ما هو مرسل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي.

ويقصد بعبارة "الالتقاط"[lvii] مشاهدة البيانات، أو الحصول عليها دون مسوغ نظامي صحيح. ويقصد بالبيانات المعلومات أو الأوامر، والرسائل، أو الأصوات، أو الصور التي تعد أو سبق إعدادها، لاستخدامها في الحاسب الآلي، وكل ما يمكن تخزينه ومعالجته، ونقله، وإنشاؤه بواسطة الحاسب الآلي، كالأرقام والحروف والرموز وغيرها "[lviii].

بهذا التعريف الموسع لعبارة البيانات يتبين أن تجريم فعل الالتقاط يهدف إلى حماية خصوصية البيانات أياً كان شكل هذه البيانات المعدة للاستخدام في الحاسب الآلي. والتي تشمل الرسائل والصور، وكذلك تلك المعدة للتخزين أو المعالجة أو النقل أو الإنشاء بواسطة الحاسب الآلي سواء كان الفعل مجرد مشاهدة البيانات أم كان بهدف الحصول عليها أي حيازتها. وكان ذلك دون إذن قانوني.

كما جرم المنظم فعل الاعتراض الواقع على الاتصالات أو المراسلات وذلك بهدف حماية الحق في نقل البيانات

ويتم الاعتراض باستخدام وسائل فنية تتعلق بالتنصت أو التحكم أو مراقبة محتوى الاتصالات والحصول على المحتوى بطريقة مباشرة من خلال الولوج إلى داخل النظام المعلوماتي أو بشكل غير مباشر عن طريق استخدام أجهزة التنصت [lix].

الركن المعنوي (القصد الجنائي) :

تعد جريمة الاعتداء على المراسلات والاتصالات من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة أي يجب أن يعلم الجاني بعدم مشروعية فعله أي أنه يرتكب فعلاً مجرماً (تنصت أو اعتراض أو التقاط، أو أكثر من فعل) على المراسلات والاتصالات وأن تتجه إرادته نحو ارتكاب السلوك المجرم وإلى تحقيق النتيجة الإجرامية المتمثلة في التنصت على الحديث أو حدوث الاعتراض أو الالتقاط الواقع على البيانات دون إذن قانوني. نص قانون جرائم المعلوماتية السوداني على تجريم الأفعال الواقعة على الرسائل بنص مماثل لنص القانون السعودي حيث جرم بموجب المادة (٦) من القانون التنصت أو التقاط او اعتراض الرسائل. ويكمن الاختلاف في أن نص قانون السعودي جاء شاملاً على حماية المراسلات والاتصالات بينما قصر القانون السوداني الحماية على المراسلات دون الاتصالات.

نشير إلى أن كل من قانون مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي في المادة العاشرة منه وقانون جرائم المعلوماتية السوداني لسنة ٢٠٠٧في المادة (٢٤) قد جرما الشروع في هذه الجرائم بموجب نص يعاقب كل من شرع في القيام بأي من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام بما لا يتجاوز نصف الحد الأعلى للعقوبة المقررة. كما عاقبا على التحريض أو المساعدة على ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في النظام إذا وقعت الجريمة بناء على التحريض أو المساعدة أو الاتفاق.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج :

- لم يتفق فقهاء القانون على مفهوم موحد لحرمة الحياة الخاصة (الخصوصية) في النظام المعلوماتي. وذهبنا إلى اختيار تعريف جمع بين عدة تعريفات " يتمتع الفرد بالخصوصية المعلوماتية عندما يكون قادراً على المشاركة في تحديد بياناته الشخصية التي يسمح للأفراد الآخرين بالاطلاع عليها، وفي تحديد كيفية هذا الاطلاع.
- اتخذ التعدي على حرمة الحياة الخاصة نمطاً مختلفاً نتيجة ولادة مفهوم جديد للخصوصية ارتبط بأثر التقنية على الحياة الخاصة تمثل بخصوصية المعلومات أو حق الأفراد في السيطرة على المعلومات والبيانات الخاصة في مواجهة النظم المعلوماتية.
- نطاق حماية حرمة الحياة الخاصة للأشخاص في النظام المعلوماتي يشمل بالإضافة إلى حماية خصوصية البيانات الشخصية، حماية سمعة الأشخاص، حماية خصوصية سرية اتصالاتهم ومراسلاتهم وحماية خصوصية صورهم وهو ما يتجاوز مفهوم المعلومات والبيانات.
- حق الأشخاص في حماية حرمة حياتهم الخاصة في النظام المعلوماتي ليس حقاً مطلقاً حيث يجوز وجود استثناءات مثل تلك التي تتعلق بالمحافظة على أمن البلاد ومصالحها الاقتصادية، وملاحقة الجرائم الجزائية. وأن يكون الهدف من هذه الاستثناءات تحقيق المصلحة العامة.
- توسع المنظم السعودي وكذلك السوداني في نطاق حماية حرمة الحياة الخاصة حيث جرما الاعتداء على البيانات الخاصة، الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة، الاعتداء على حرمة المراسلات والاتصالات، إشانة السمعة (التشهير) كما تضمن القانون السعودي نص يجرم إساءة استخدام الهاتف النقال المزود بكاميرا أو ما في حكمه للمساس بحرمة الحياة الخاصة.

- هنالك أفعال لا تقل خطورة عن تلك الأفعال التي تم تجريمها ولم يجرمها القانون السعودي أو القانون السوداني وذلك فيما يتعلق بالبيانات الشخصية مثل، جمع البيانات الشخصية بصورة غير مشروعة، إساءة استخدام البيانات التي جمعت بصورة مشروعة، تخزين معلومات خاطئة.
- يلاحظ تشدد القانون السعودي وكذلك القانون السوداني في العقوبات المفروضة على جرائم التعدي على حرمة الحياة الخاصة باختلاف أنواعها. ويهدف ذلك لتوفير أكبر قدر ممكن من الحماية لحرمة الحياة الخاصة بمايتماشى مع قيم وتقاليد المجتمع المستمدة من الشريعة الإسلامية.
- أركان الجريمة المعلوماتية هي ذات أركان الجريمة التقليدية ركن مادي وركن معنوي. جاءت صياغة نصوص جرائم التعدي على حرمة الحياة الخاصة مستوفية هذه الأركان في كل من القانون السعودي والقانون السوداني بكل وضوح.
- تبين عدم وجود نصوص في القانون السعودي أو القانون السوداني تنظم كيفية التعامل مع البيانات الشخصية وبالتالي إمكانية فرض عقوبات في حالة مخالفتها.
- لم يصدر المنظم السعودي وكذلك المنظم السوداني قوانين تنظم الإجراءات الجزائية فيما يتعلق بملاحقة وضبط الجرائم الإلكترونية.

ثانياً: التوصيات :

١- ضرورة مراعاة التوازن بين حق الأشخاص في حماية حرمة حياتهم الخاصة في المجال المعلوماتي، ووجود استثناءات تبررها المصلحة العامة.

٢- ضرورة أن يتم تنظيم الاستثناءات والقيود الواردة علي حق حرمة الحياة الخاصة في النظام المعلوماتي، بموجب نصوص قانونية واضحة وصريحة، صادرة من السلطة التشريعية تحكم حالات التدخل المأذون بها.

٣- ضرورة خضوع الدولة في ممارستها الاستثناءات والقيود الواردة على حق حرمة الحياة الخاصة في المجال المعلوماتي للرقابة القضائية، فالقضاء القوي المستقل هو القادر على إحداث التوازن بين هذه الحقوق.

٤- إعمال مبدأ الشرعية يحتم إصدار قانون إجراءات جزائية خاص بملاحقة وضبط الجرائم الإلكترونية يراعى فيه احترام حقوق الإنسان والطبيعة التقنية المعقدة لهذه الجرائم.

٥- العمل على إصدار قانون ينظم أحكام جمع البيانات الخاصة بالأشخاص متضمناً العقوبات على مخالفتها.

٣/ قواعد ووسائل حل تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية والقانون السوداني

(دراسة مقارنة)

إعداد الدكتور/ سامي عبد الحميد إبراهيم أحمد

أستاذ القانون الخاص المساعد

جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية

جامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية

مقدمة:

إن الحمد لله، نحمدُه ونستغفره ونستعينه ونستهديه ونعوذُ باللّه من شرورِ أنفسنا ومن سيئاتِ أعمالنا، من يهْدِ اللّهُ فلا مضِلَّ له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أنْ لا إله إلا اللّهُ وحده لا شريك له وأشهد أنَّ محمداً عبدُه ورسولُه، بعثه اللّهُ رحمةً للعالمين هادياً ومبشراً ونذيراً بلّغ الرسالة وأدّى الأمانة ونصحَ الأمّةَ فجزاهُ اللّهُ خيرَ ما جزى نبياً من أنبيائه، صلواتُ اللّهِ وسلامه عليه وعلى جميع الأنبياء والمرسلين، وعلى صحابته وآل بيته، وعلى من أحبهم إلى يوم الدين...

وبعد:

تعد مسألة تنازع القوانين من المسائل القديمة الحديثة، فهي كفكرة قديمة فقد عرفتها جميع الشرائع ، فاتصال النزاع بأكثر من قانون يقدم كل منها حلولاً متعارضة متباينة أو حتى متوافقة نتيجة لتعايش البشر والمجتمعات مع بعضها البعض لظروف اقتصادية او اجتماعية، تتولد منه اختلافات تلك التشريعات في معالجة تلك المشكلة مابين متسامح مع الأجانب على أرضه، وبين متمسك بسيادته على إقليمه دون مراعاة لذلك أو تسامح مع ذلك الأجنبي، إلا أن تنظيمها جاء حديثاً نسبية، عن طريق وضع قواعد وطنية تسمى بقواعد تنازع القوانين.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية تلك المشكلة إلا أنها ضرب أروع الأمثلة في حلها، كما لم يختلف فقهاؤها عن التظهير لها وبيانها بالشرح والتوضيح، متخذة وضعاً وسطاً بين من يتمسك بسيادته وبين من يضع العنصر الأجنبي في وضع أفضل من وضع مواطنيه متخذة أسلوباً فريداً في معالجته من خلال نصوصها وأحكامها لم يسبق له مثيل في التشريعات الوضعية المعاصرة، لذا جاءت هذه الدراسة لتبين وتأصل كيف عالج الشرع الحكيم هذه المشكلة المهمة.

مشكلة البحث:

عدم وضوح الأساس الشرعي والقانوني الذي انطلق منه النظام القانوني السوداني في تنظيم قواعد فض التنازع بين قانون أكثر من دولة يتصل بالنزاع المطروح، معرفة مدى اتساق القواعد التي نص عليها قانون المعاملات المدنية السوداني ١٩٨٤م، في مسألة تنظيم قواعد ووسائل حل التنازع بين قانون أكثر من دولة متصلة بالنزاع، وتقدم حلولاً متعارضة، فضلاً عن أن أحكامه وردت متفرقة بين ثنايا كتب الفقه الإسلامي.

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى وضع الأساس الشرعي والقانوني الذي يجب أن ينطلق منه النظام القانوني السوداني في تنظيم قواعد ووسائل فض التنازع بين قانون أكثر من دولة يتصل بالنزاع المطروح لتتضح له الرؤية، وليتسق القانون مع الشريعة الإسلامية في تلك المسألة، كما أني أردتُ جمعها ولملمت أطرافها في سفر وأحد يسهل الرجوع إليها ، وفي سبيل ذلك هدف البحث إلى إلقاء الضوء الكاشف والتعرف على:

١/ وسيلة فض المنازعات المتصلة بقانون أكثر من دولة في الشريعة الإسلامية والنظام القانون السوداني.

٢/ كيفية معالجة الشرع الحكيم لمسألة اتصال النزاع بقانون أكثر من دولة والأحوال التي سمحت فيها الشريعة الإسلامية بتطبيق قانون أجنبي لملاءمته واتصاله بالنزاع.

٣/ مدى وجود قواعد إسناد في الشريعة الإسلامية ومدى استعانة هذه القواعد بوسائل حل التنازع الناشئ عن اتصال أكثر من قانون بالنزاع المطروح كالإحالة والتفويض.

٤/ مدى مطابقة قواعد تنازع القوانين الواردة في قانون المعاملات المدنية السوداني١٩٨٤م للقواعد التي وضعتها الشريعة الإسلامية لحل مشكلة تنازع القوانين وتزاحمها.

٥/ الأجنبي في النظام القانوني السوداني والشريعة الإسلامية.

أهمية البحث:

أتت أهمية تناول هذا الموضوع في محاولته الإسهام في تاصيل مسألة ذات بعد مهم يتعلق بالمسلمين وغيرهم الذين لايقيمون داخل حدود الدولة الإسلامية إقامة دائمة، أو لا يحملون جنسية الدولة الإسلامية فما يتعلق بالمسائل المالية والشخصية.

منهج البحث:

يتبع الباحث أملاً في الوصول للحقائق العلمية المنهج الاستقرائي الذي يقوم على الوصول للكل من الجزئيات، وسيستعين في سبيل ذلك ببيان أقول فقهاء الشريعة الإسلامية ومذاهبها فالحق لايعدو أقوالهم وعلى ماهو مطبق في النظام القانوني السوداني.

الدراسات السابقة:

لم أجد دراسة سابقة عن هذا الموضوع –بهذا العنوان– تهتم بتأصيل قواعد ووسائل حل التنازع الناشئ عن اتصال النزاع بأكثر من قانون وبصفة خاصة في النظام القانوني السوداني، وتتناول ماهو مطبق بشأن تنازع القوانين في القانون السوداني ومقارنته بما عليه الوضع في الشريعة الإسلامية بيد أن الدكتور عبد الكريم زيدان في مؤلفه القيم أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام تناول هذا الموضوع من الناحية الفقهية مع مقارنته مع ماهو مطبق في بعض الدول العربية ليس السودان من بينها فضلاً عن أنه لم يتطرق لوسيلة قواعد الإسناد في حل وفض التنازع النأشئ عن اتصال النزاع بأكثر من قانون، فجاءت هذه الدراسة لتسد ذلك النقص مستفيدة من ذلك المؤلف القيم في الجانب الفقهي، كما أن الدكتور رمزي محمد علي دارز تناول هذا الموضوع في مؤلفه القيم فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي فانحصر تناوله للموضوع في

جانب الفقه الإسلامي فقط دون مقارنة ذلك بما هو مطبق في الدول الإسلامية وقد ركزت هذه الدراسة علي وسيلة قاعدة الإسناد وأدواتها كالإحالة والتفويض في فض تنازع القوانين مع مقارنة ذلك بماهو مطبق في الفقه الإسلامي والنظام القانوني السوداني.

تقسيمات البحث:

حتى يكون بحث الباحث معرباً عن الحاجة رأيت أن يتألف من مقدمة تضمنت مدخلاً للموضوع، ثم تناولت أهداف البحث، ومشكلته، ومنهجه، وخطته التي جاءت في ثلاثة مباحث أجريت داخلها مباحث ومطالب ثم خُتم بخاتمة احتوت علي أهم النتائج التي توصل إليها الباحث والتوصيات التي يراها علي النحو التالي:

المبحث الأّول: قواعد الإسناد كقاعدة لحل التنازع بين قانون أكثر من دولة ووسيلتها في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

- المطلب الأّول: التعريف بقواعد الإسناد وخصائصها.
- المطلب الثاني: أركان قواعد الإسناد.
- المطلب الثالث: أداة قاعدة الإسناد في حل التنازع بين أكثر من قانون دولة.

المبحث الثاني: قواعد الإسناد في المنازعات ذات العنصر الأجنبي في الشريعة الإسلامية جاءت تحته أربعة مطالب على النحو التالي:

- المطلب الأول: المقصود بالأجنبي في الشريعة الإسلامية.
- المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في الشريعة الإسلامية من حيث موضوع النزاع.
- المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق في الشريعة الإسلامية من حيث جنسية الأشخاص.
- المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق في الشريعة الإسلامية بالنسبة لما يتعلق بمحل نشوء الالتزام ووجوده ومحل الاتفاق على تنفيذه.

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق في النظام القانون السوداني والموضوعات التي يخضع فيها الأجنبي للقضاء السوداني، وجاء تحته ثلاثة مطالب على النحو التالي:

- المطلب الأول: الأجنبي في القانون والنظام القانوني السوداني.
- المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في النظام القانون السوداني على المنازعات ذات العنصر الأجنبي
- المطلب الثالث: الموضوعات التي يخضع فيها الأجنبي للقضاء السوداني.

خاتمة : احتوت على أهم النتائج التي توصل إليها الباحث وأهم التوصيات التي يراها.

فأسأل التوفيق والسداد والإعانة والرشاد في تحصيل المقصود، والله من وراء القصد.

المبحث الأول

قواعد الإسناد كقاعدة لحل التنازع بين قانون أكثر من دولة ووسيلتها

يتناول هذا المبحث تعريفاً بقواعد الإسناد، كمصطلح قانوني ذي دلالة معينة ومن ثم بيان عناصرها وأركانها وخصائصها وبيان وسيلتها المعروفة في حل تنازع القوانين المتصلة بالنزاع والتي تقدم حلولاً متعارضة هذه الوسيلة تعرف بالإحالة وتستخدم أداتي التكييف والتفويض.

المطلب الأول

التعريف بقاعدة الإسناد وخصائصها

لم يتفق فقهاء القانون الدولي الخاص على تعريف محدد لقواعد الإسناد إلا أنه يمكن من خلال التعاريف المختلفة الوقوف على أهم عناصر قاعدة الإسناد التي يمكن أن يستند إليها التعريف الدقيق لقاعدة الإسناد.

فمثلاً تعرف قواعد الإسناد بأنها: (القاعدة القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي)[1] ، وهناك تعريف

[1] مذكرات في القانون الدولي الخاص، منصور مصطفى منصور، ص١٣.

أكثر وضوحاً لقاعدة الإسناد يراعي مصدرها ووظيفتها، فيعرفها بأنها: (قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصبح أكثر القوانين ملاءمة ومناسبة لتنظيم تلك العلاقة، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها).[1]

ويمكن تعريفها أيضاً بأنها: (القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي)[2].

تقوم فكرة قواعد الإسناد على عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، للتوفيق بين اعتبارين هما:

الاعتبار الأول: رغبة الدول في التمسك بسيادته والرغبة في إظهارها عن طريق إخضاع النزاع ذي العنصر الأجنبي لقضاء الدولة متى ما اتصل بها بوجه من الوجوه.

الاعتبار الثاني: وهو اعتبار تحقيق العدالة عن طريق إخضاع النزاع المتضمن عنصراً أجنبياً لأقرب القوانين المتصلة به، أو أنسبها كنتيجة وأثر لما استقر من الاعتراف للأجنبي بالحقوق خارج نطاق دولته التي ينتمي إليها بجنسيتها.

ومن هنا يبدو أن مهمة قواعد الإسناد هي إيجاد حل لمشكلة تنازع القوانين وتزاحمها لأن كلاً منها متصل بالنزاع من جهة، إلا أن هذه القواعد في غالب الأحوال هي قواعد قانون داخلي لدولة ما، إلا أنها لم تشرع أصلاً إلا لحكم العلاقات الخاصة الداخلية مما يجعل قواعد الإسناد قاصرة عن إداء مهمتها في تحقيق أكبر قدر من العادلة عن طريق إخضاع النزاع لقانون دولة ما متصل بالنزاع ترى أنه الأنسب لذا اتجه الفقه والقضاء إلى هجرها تدريجياً ومحاولة إيجاد حلول ووسائل أخرى أثر ملاءمة، كإيجاد قواعد موضوعية خاصة بالنزاعات الدولية الخاصة مستجيبة لطبيعتها بعكس قواعد القانون الداخلي والتي تستجيب عادة لقواعد آمرة.

---

[1] علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، أحمد عبد الكريم سلامة، ص٩٧.

[2] تنازع القوانين هشام صادق،ص٦.

لذا فإن قواعد الإسناد لم تعد هي الوسيلة الوحيدة لحل مشكلة التنازع والتزاحم، فقد ظهرت وسيلة أخرى تقوم على وضع قواعد موضوعية تقدم حلولاً مباشرة للنزاعات المتضمنة لعنصر أجنبي، كما ظهرت بجانبها وسيلة أخرى هي إبرام معاهدة تشتمل على قواعد موضوعية واجبة التطبيق على المراكز القانونية الخاصة المتضمنة لعنصر أجنبي كالقانون التشيكي للتجارة الدولية ١٩٦٣م وعقود نقل التكنولوجيا الواردة في القانون التجاري المصري ١٩٩٩م، كالمعاهدات التي تحكم بعض المسائل كالنقل الجوي والبحري والكمبيالات والشيكات والاعتمادات المستندية.

كما أن القضاء اتجه في فرنسا مثلاً إلى خلق قواعد وطنية موضوعية خاصة بالنزاعات الدولية ذات العنصر الأجنبي، كالإقرار بشرط التحكيم الوارد في عقد دولي رغم بطلان هذا الشرط إذا ماتضمنه عقد داخلي، والاعتراف كذلك بصحة شروط الحماية النقدية التي تستهدف توقي مخاطر تغير سعر العملة، وكذلك شرط الدفع بالذهب، متى ما أدرجت هذه الشروط في عقد دولي[١]

ويمكن من خلال التعاريف المتقدمة استخلاص أهم خصائص هذه القواعد وهي:

١- أنها قواعد إرشادية وليست قواعد موضوعية تقتصر مهمتها على إرشاد القاضي إلى أنسب القوانين المتصلة بالنزاع، واختياره للتطبيق على العلاقة القانونية، فهذه القواعد لا تقدم بذاتها حلاً للنزاع بصورة مباشرة، وإنما يقتصر دورها فقط في الإشارة إلى القانون المختص الذي يتولى بدوره هذه المهمة، كما يمكن أن تشير إلى أكثر من قانون في الوقت نفسه، كان تشير إلى اختصاص القانون الوطني والقانون الأجنبي تحاشياً لوجود فراغ قانوني وهو ما يطلق عليه ازدواج قواعد الإسناد[٢].

٢- أنها قواعد داخلية(وطنية) بمعنى أنها تفيض من مصادر وطنية، فالنظام القانوني الوطني في كل دولة يقوم بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ويختار

---

[١] تنازع القوانين، المرجع السابق، ص ١٣.

[٢] ينظر في ذلك إلى مركز القاضي في حكم االمنازعات الدولية الخاصة، حسام فتحي عبد اللطيف، ص٢١.

أنسب القوانين المتصلة بها بواسطة وسيلة فنية تسمى بقواعد الإسناد، وما على القاضي إلا الرجوع إلى قانونه الوطني ليدله على القانون الواجب التطبيق على النزاع[1].

٣- وظيفة قواعد الإسناد هي المفاضلة بين أكثر من قانون دولة متصل بالنزاع أو المسألة المطروحة بصورة ما، واختيار الأنسب بينها للخروج بحل للمشكلة المترتبة على عملية التزاحم هذه.

٤- لا مجال لتطبيقها إلا إذا تعلق النزاع بمسألة من مسائل القانون الخاص والتي لا تتعلق بسيادة الدولة وبصفة خاصة على مسائل الأموال والأحوال الشخصية[2].

٥- يتطلب إعمالها وجود عنصر أجنبي في النزاع سواء أكان في الأطراف أنفسهم أو في المحل أو في العلاقة[3]، ويعرف الأجنبي في القانون الدولي الخاص بأنه كل ما لا ينتمي للدولة بجنسيته أو في محل وجوده أو نشوئه أو جرى العرف على اعتبار موضوعه موضوعاً دولياً[4].

المطلب الثاني

أركان قواعد الإسناد وعناصرها

يتضح من تحليل قواعد الإسناد أنها تتركب من ثلاثة عناصر تشكل وتكون أركان قاعدة الإسناد وهي:

١- الفكرة المسندة.

٢- ضابط الإسناد.

٣- القانون المسند إليه.

---

[1] فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي، رمزي محمد علي دراز، ص٩٧.

[2] أحكام القانون الدولي الخاص، عكاشة عبد العال، ص٦٧.

[3] محاضرات في القانون الدولي الخاص، أسامة محمد عثمان، ص١٤.

[4] ينظر في ذلك إلى في دورس في التحكيم التجاري الدولي، أسامة محمد عثمان، ص١٢٨.

أولاً: الفكرة المسندة:

وهي مسألة أو مجموعة من المسائل يخضعها القانون الوطني لقاعدة ما[1]، فالنظام القانوني الوطني هنا يعدد صور أو حالات أو مراكز قانونية تتشابه في أوصافها أو طبيعتها، أو تترابط وتتصل فيما بينها باعتبارها فكرة واحدة من الأنسب أن تخضع لمعيار واحد أو قانون واحد مثل قيام النظام القانوني السوداني بحصر مسائل الأحوال الشخصية[2] كشروط صحة الزواج والطلاق والتطليق والانفصال والولاية والقوامة والوصاية وحماية المحجور عليه والغائبين لترابطها أو اتصالها

---

[1] مركز الأجانب بين الشريعة والقانون الدولي، بدر الدين عبد المنعم شوقي، ص ٢٧٥.

[2] ينظر في ذلك إلى المادة ١١ من قانون المعاملات المدنية١٩٨٤م(ـ (١) يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في جمهورية السودان وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته.

- يسري على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز أدارتها الرئيسي الفعلي، فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في السودان فان القانون السوداني هو الذي يسرى.

- يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين.

- يعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وسوداني من حيث الشكل صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين.

- يسرى قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد العقد على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال.

- يسري على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت رفع الدعوى.

- في الأحوال المنصوص عليها في البندين (٥) و(٦) إذا كان أحد الزوجين سودانياً وقت انعقاد الزواج، يسري القانون السوداني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

- يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها...).

بفكرة واحدة هي الوضع القانوني لشخص بصفته الخاصة وعلاقته بأسرته باعتباره فرداً فيها أو جمعه لمسائل المواريث والوصايا باعتبارها تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت[1].

خلاصة القول أن النظام القانوني الوطني يقوم بتصنيف العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً إلى فئات مختلفة تسمى كل منها بالفكرة المسندة تضم كل منها مراكز قانونية متقاربة أو مترابطة[2].

ثانياً: ضابط الإسناد:

ضابط الإسناد هو المعيار الذي يختاره النظام القانوني الوطني في دولة ما ليكون المرشد المعول عليه في اختيار القانون الأنسب لحكم الفكرة المسندة[3]، والمعيار المرتكن إليه في حل مشكل التزاحم والتنازع بين أكثر من قانون مناسب لحكم الفكرة المسندة، ويستمد عادة من أحد عناصر العلاقة مثل جنسية الشخص أو محل إقامته أو موقع الشيء ومحل وجوده[4].

وفي غالب الأحوال تتضمن قاعدة الإسناد ضابطاً واحداً، إلا أن ذلك لا يمنع من وضع أكثر من ضوابط أخرى على سبيل الاحتياط أو الازدواج حتى يمكن اللجوء إليها إذا لم تتحقق ظروف معينة تمكن الأخذ بالضابط المتقدم كما

---

١ المادة ١٠/٩/١١ من قانون المعاملات المدنية ١٩٨٤م(يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث والموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته.

(١٠) يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث والموصى أومن صدر منه التصرف وقت موته).

[2] ينظر في ذلك إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، ماهر الراوي، ص٤٤.

[3] ينظر في ذلك إلى تنازع القوانين، هشام صادق، ص١١.

[4]. ينظر في ذلك إلى القانون الدولي الخاص، إبراهيم أحمد إبراهيم، ص٣٥.

في المادة١٣/أ من قانون المعاملات المدنية١٩٨٤م[١]، وقد يكون الغرض من وضع ضابط احتياطي إتاحة الفرصة أمام الأطراف لاختيار القانون الأنسب والأكثر ملائمة لحل النزاع[٢].

ثالثاً: القانون المسند إليه:

وهو القانون المسند إليه حكم الفكرة المسندة أي القانون الذي يناط به تقديم الحلول الموضوعية للمشكلة أو المركز القانوني فسمي قانوناً مسنداً إليه لان قاعدة الإسناد أسندت إليه وضع حل للمشكلة أو المركز القانوني باعتباره الأصلح والأنسب.

ومتى ما تحدد القانون الأصلح لحل المشكلة القانونية، فإنه يبدو أن مشكلة حل التزاحم بين القوانين المختلفة قد انتهت، إلا أن مشكلة أخرى يمكن أن تثور في الأفق وتطل برأسها وهي ما المقصود بقواعد القانون الأجنبي الأنسب، هل هي قواعده الموضوعية والإسنادية والتي يمكن أن تسند الحكم إلى قانون أجنبي آخر أو تعيده للقانون نفسه الذي أحال إليها، أم أنه يجب الاكتفاء فقط بالقواعد الموضوعية واستبعاد القواعد الإسنادية، أي تجنب الإحالة إلى قانون آخر حتى لا ندخل في دائرة مفرغة من الإحالات، وهي ما تعرف بالإحالة والتي يتعين مناقشتها في المطلب الثالث.

---

[١] المادة١٣/أ معاملات مدنية١٩٨٤م (١٣) (أ) يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك،

(ب) يسري على العقود التي أبرمت في شان العقار قانون موقع العقار،

(ج) تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك).

[٢] المادة١٣/أ معاملات مدنية ١٩٨٤م(...هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك).

المطلب الثالث

أداة قاعدة الإسناد في حل التنازع بين أكثر من قانون دولة

تستخدم قواعد الإسناد فكرة الإحالة إلى أنسب القوانين المتصلة بالنزاع في نظر النظام القانوني باعتباره الأقرب أو الأكثر اتصالاً بالنزاع المتضمن لعنصر أجنبي ويحدد مدى تلك المناسب ضابط الإسناد.وتعتبر الإحالة الوسيلة الرئيسة في حل مشكلة التنازع المتقدمة، لذا وجب بيانها في هذا المطلب.

تعرف الإحالة بأنها: (تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية بمقتضي قواعد الإسناد الوطنية متى ما اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع سلبياً بينهما)[1]، فجوهر المشكلة هنا عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي وتمنحه الاختصاص بحكم علاقة قانونية، ثم يشير بدوره إلى اختصاص قانون دولة أخرى باعتباره انسب في نظره بحكم العلاقة وهكذا حتى نجد أنفسنا في دائرة مفرغة من الإحالات التي ربما قد لن تنتهي حتى تتم الإحالة لقانون أجنبي يرفض لا يعطي الاختصاص لقانون دولة أجنبية.

مشكلة الإحالة لا تثور عند فقهاء القانون الدولي الخاص[2]، إلا إذا لم تتحد قواعد الإسناد في القانونين المحال منه والمحال عليه، لذا فإن الإحالة تقسم إلى إحالة سلبية وإيجابية تبعاً لنوع التنازع فإذا ما كان التنازع سلبياً سميت الإحالة إحالة سلبية وإذا ما كانت الإحالة إيجابية سميت الإحالة إيجابية.

الإحالة الإيجابية تتمثل في تقرير قاعدة الإسناد في كلا القانونين الأجنبي والوطني الاختصاص لقانون واحد، بينما يتمثل التنازع السلبي في تقرير قاعدة الإسناد

---

[1] القانون الدولي الخاص، عز الدين عبد الله، ص١٤.

[2] ينظر في ذلك إلى تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، محمد المبروك، ص٧٠،وكذلك القانون الدولي الخاص عز الدين عبد الله، مرجع سابق ،ص٦١٤، تنازع القوانين علي صادق ،مرجع سابق،ص١٦٥،وكذلك فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص ١٧٣.

في القانون الوطني والأجنبي التنازع السلبي للاختصاص لقانون دولة ثالثة والتي قد تحيله قواعد الإسناد في ذلك القانون إلى قانون دولة رابعة وهكذا[1].

وبغض النظر عن موقف مؤيدي الإحالة وحججهم وأدلتهم ومعارضيها وحججهم وأدلتهم فإن الأخذ بنظرية الإحالة يتوقف على موقف النظام القانوني الوطني منها، فالنظام القانوني السوداني مثلاً يرفض الأخذ بنظرية الإحالة[2]، ويلزم القاضي الوطني بالرجوع إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي وتجاهل قواعد الإسناد فيه مما يعني قتلاً للإحالة في مهدها، وفي سبيل ذلك تأتي القوانين بخطوة أكثر تقدماً إذا يخول للقانون الأجنبي تحديد الشريعة أو القانون الواجب التطبيق في الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع وهو ما يسمي بالتفويض[3]، ويستخدم وسيلة التكييف في تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين ؛ لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونيّة التي خصّها المشرّع بقاعدة إسناد، وقد اختار النظام القانوني السوداني أن يتم هذا التكييف بواسطة القاضي السوداني[4].

---

[1] ينظر في ذلك إلى تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المبادئ والحلول،حسن الهنداوي،ص٧٢.

[2] المادة ١٦من قانون المعاملات المدنية١٩٨٤م ((١) إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

(٢) لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في السودان).

[3] المادة ١٥من قانون المعاملات المدنية١٩٨٤م: (إذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها).

[4] المادة ١٠ من قانون المعاملات المدنية١٩٨٤م: (يكون هذا القانون هو المرجع في تكييف العلاقات المدنية عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها).

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق في المنازعات ذات العنصر الأجنبي في الشريعة الإسلامية

يتناول هذا المطلب بيان ما المقصود بمصطلح الأجنبي في الشريعة الإسلامية، وبيان كيف عالجت الشريعة الإسلامية اتصال النزاع الذي يتضمن عنصراً أجنبياً سواء أكان ذلك العنصر هم الخصوم أنفسهم أو مكان نشوء الالتزام، أو تنفيذه، أو موطن الخصوم أو موطن الشيء المتنازع عليه في أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول

المقصود بالأجنبي في الشريعة الإسلامية

ورد لفظ الأجنبي في الشريعة الإسلامي في مواضع عديدة وبمعانٍ مختلفة كالأجنبي في السفر والحج ويقصد به كل من هو غير ذي رحم أو زوج والأجنبي عن المرأة أي الذي ليس من محارمها والأجنبي في الحضانة ويقصد كل ليس ذي رحم محرمة أو من جهة النسب بالنسبة للمحضون[1] وفي غسل الميت والوصية وغيرها من موضوعات الفقه الإسلامي.

ولكن ما يهم هنا في هذا البحث هو الأجنبي عن الدولة الإسلامية دون الخوض في تعريف وتحديد الدولة الإسلامية[2]، فيما يتعلق بأطراف المنازعة أو موضوعها أو محل وجود الشيء المتنازع عليه.

---

[1] ينظر في ذلك إلى شرح ذلك المجموع شرح المهذب، النووي، (٣٥/١٥)، وموسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي،(١٢١/٣) ،فكرة تنازع القوانين في الفقه الإسلامي،مرجع سابق،ص٢٢٣،الأحكام المتعلقة بالأجنبي في الفقه الأسلامي،عادل توفيق خالد،ص٦.

[2] لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف محدد للدولة الإسلامية فالبعض يقسم العالم إلى دارحرب ودار إسلام فدار الإسلام هي: (أسم للموضع الذي يكون تحت يد المسلمين، وعلامة ذلك ان يأمن فيها المسلمون)، ينظر في ذلك شرح السير الكبير للسرخسي،(٨١/٣)، وتعرف أيضاً دار الإسلام: (دار الإسلام هي الدار التي تظهر فيها شعائر الإسلام بقوة المسلمين ومنعتهم، ولا يظهر فيها غيرها إلا بالعهد والأمان من الذمين والمستأمنين)، شرح الأزهار،=

لذا فإن هذا المطلب يتناول تحديد المعنى المقصود بالأجنبي في مجال البحث وهو علم تنازع وتزاحم القوانين ذات الصلة بالنزاع القانوني أو المركز القانوني من حيث الأشخاص أي أطراف النزاع، ولبيان معني الأجنبي هنا تسلط الضوء على الأشخاص الموجودين داخل حدود الدولة الإسلامية سواء أكان ذلك بصفة دائمة أو مؤقتة وهؤلاء الأشخاص يمكن تقسيمهم إلى ثلاثة أصناف:

الصنف الأول: من يدينون بدينها ويعتقدون بإلزامية عقائد الإسلام وشرائعه وأحكامه ونسخه لجميع الشرائع التي سبقته سواء كانوا يقيمون أو لا يقيمون داخل الحدود الإقليمية للدولة هؤلاء يسمون بالمسلمين ولا يعتبرون أجانب أياً كان محل إقامتهم.

الصنف الثاني: من يقيمون داخل الحدود الإقليمية للدولة الإسلامية إقامة دائمة ولكنهم لا يدينون بدينها ولا يعتقدون بإلزامية عقائده وشرائعها وأحكامها وقد اخُتلف حول اعتبارهم من مواطني الدولة الإسلامية لأنهم لا يتمتعون بنفس الحقوق التي يتمتع بها المسلمون ولا يلتزمون بنفس الالتزامات التي يلتزم بها المسلمون كالجزية والزكاة وتحريم الخمر والخنزير ونكاح المحارم وبين اعتبارهم من مواطني الدولة الإسلامية فالدولة الإسلامية تأخذ على عاتقها حمايتهم واحترام عقائدهم ما أدوا الجزية ولم ينقضوا ذمتهم بما ينقض عقد الذمة ويرجح عندي القول الثاني لعموم أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم : [فعن بُرَيْدَةَ عن أبيه قال كان رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم إذا أَمَّرَ أَمِيرًا على جَيْشٍ أو سَرِيَّةٍ أَوْصَاهُ في خَاصَّتِهِ بِتَقْوَى اللَّهِ وَمَنْ معه من الْمُسْلِمِينَ خَيْرًا ثُمَّ قال اغْزُوا بِاسْمِ اللَّهِ في سَبِيلِ اللَّهِ قَاتِلُوا من كَفَرَ بِاللَّهِ... فَأَخْبِرْهُمْ أَنَّهُمْ يَكُونُونَ كَأَعْرَابِ الْمُسْلِمِينَ يَجْرِي عليهم حُكْمُ اللَّهِ الذي يَجْرِي على الْمُؤْمِنِينَ...][1].

= (٥-٥٧١-٥٧٢)، ويقول صاحب فتح العزيز: (ليس من شرط دار الإسلام أن يكون فيها مسلمون، بل يكفي كونها في يد الإمام المسلم)، فتح العزيز، (١٤/٨)، وبلاد الإسلام كلها بمنزلة دولة واحدة وأن تعددت أقطارها، واختلف حكامها.

١ صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، (١٣٥٨/٣)، حديث رقم (١٧٣١)، بَاب تَأْمِيرِ الْإِمَامِ الْأُمَرَاءَ على الْبُعُوثِ وَوَصِيَّتِهِ إِيَّاهُمْ بِآدَابِ الْغَزْوِ وَغَيْرِهَا، (٢٥٦/٥)،من حديث بُرَيْدَةَ عن أبيه رضي الله عنه.

وقال صلى الله عليه وسلم : [فإن قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين][1].

الصنف الثالث: من لا يقيمون في الدولة الإسلامية إقامة دائمة ولا يدينون بدينها ولا يعتقدون بإلزامية عقائده وشرائعها وأحكامها ولكنهم يقيمون أقامة مؤقتة وهم يسمون من بالمستأمين وهؤلاء يعتبرون أجانب على الدولة الإسلامية[2].

الصنف الرابع: وهم من لا يقيمون في الدولة الإسلامية أقامة دائمة أو مؤقتة ولا يدينون بدينها ولا يعتقدون بإلزامية عقائده وشرائعها وأحكامها ولا خلاف في اعتبارهم أجانب عن الدولة الإسلامية[3].

وعليه فإن المسلمين أياً كانت جنسيتهم التي تجنسوا بها أو محل أقامتهم ويلحق بهم الذميون هم رعايا الدولة الإسلامية وكذلك كل شيء وجد في إقليم الدولة الإسلامية، لان الأصل في الشريعة الإسلامية أنها ليست شريعة شخصية تنطبق على المسلمين فحسب بل هي شريعة إقليمية ولا ينافي ذلك أنها شرعية إلهية عامة يلزم تطبيقها على جميع البشر كلما أمكن تطبيقها ولأن تطبيقها في دار الإسلام ممكن لعموم ولايتها على جميع المواطنين والأشياء دونما اعتبار لديانتهم في دار الإسلام ومن هنا وصف الشريعة الإسلامية بالإقليمية جاء في بدائع الصنائع[4]: (و لأن الأصل في الشرائع العموم في حق كل الناس إلا أنه إذا تعذر تطبيقها في دار الحرب لعدم الولاية وأمكن في دار الإسلام فلزم التنفيذ فيها) وجاء في كتاب اختلاف الفقهاء للطبري

---

١ هذا الحديث ذكره الكاساني ولم يرد في كتب الفقه الحديثة المعروفة، إلا أنه وردت آثار كثيرة به: ينظر في ذلك إلى معاملة غير المسلم في المجتمع الإسلامي، أدور الغالي الذهبي، ص٩١.

٢ ينظر في ذلك إلى بدائع الصناع، الكاساني، ص (١٥٩/٧) المهذب، الشيرازي، ص(٢٨١/٢)، آثار الحرب في الدولة الإسلامية، وهبة الزحيلي، ص٢٠٨، الدولة الإسلامية وأركانها، عبد الصمد أحمد، ص ١٠١.

[3] الملل والنحل والأهواء، ابن حزم الأندلسي، ص ٤.

[4] الكاساني مرجع سابق، (٣١١/٢)، وجاء في السرخي توضيحاً لرأي الإمام أبي حنيفة ومحمد(..وأن بايعهم المستأمن الدرهم بالدرهمين نقداً أو نسيئة، أو بايعهم بالخمر والخنزير والميتة فلأ بأس بذلك عند أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز شيء من ذلك في قول أبي يوسف)، الأصل المعروف بالمبسوط،، (٩٢/١٠).

(إذا شرب مسلم خمراً في دار الحرب أو زنا ثم رجع إلينا بعد ما خرج إلى دار الإسلام لم يقم عليه الحد)[1]، فالإسلام دين ودولة.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق في الشريعة الإسلامية من حيث موضوع النزاع

بُنيت في الأصل القواعد المتعلقة بالحكم بين غير المسلمين على قاعدة أمرنا أن نتركهم وما يدينون والتي استنبطها الفقهاء المسلمون من بعض الآيات والتي هي أيضاً من أحكام الإسلام المقررة لغير المسلمين وبصفة خاصة الأجانب الذين لا يحملون جنسية الدولة الإسلامية أوردها على النحو التالي:

أولاً: مذهب الحنفية[2]:

---

[1] ينظر في ذلك إلى في ذلك اختلاف الفقهاء، للطبري، ص٨٥.

[2] ينظر في ذلك إلى في ذلك المبسوط السرخسي، مرجع سابق، (١٣٨/٥)، ينظر في ذلك إلى البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، الزيعلي، (١٢٢٢/٣) وقال الجصاص(واختلف أصحابنا في مناكحاتهم فيما بينهم فقال أبو حنيفة إنهم مقرون على أحكامهم لا يعترض عليهم فيها إلا أن يرضوا بأحكامنا، فإن رضي بها الزوجان حملا على أحكامنا وان رضي احدهما لم يعترض عليهم فإن تراضيا جميعاً حملناهم على أحكام الإسلام إلا في النكاح بغير شهود والنكاح في العدة فإنهم لا يفرق بينهم وكذلك إذا أسلموا) وجاء أيضاً (باب الحكم بين أهل الكتاب قال الله تعالى:﴿ فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ﴾، ظاهر ذلك يقتضي معنيين أحدهما تخليتهم وأحكامهم من غير اعتراض عليهم والثاني التخيير بين الحكم والإعراض إذا ارتفعوا إلينا وقد اختلف السلف في بقاء هذا الحكم فقال قائلون منهم إذا ارتفعوا إلينا فإن شاء الحاكم حكم بينهم وإن شاء أعرض عنهم وردهم إلى دينهم وقال آخرون التخيير منسوخ فمتى ارتفعوا إلينا حكمنا بينهم من غير تخيير فمن أخذ بالتخيير عند مجيئهم إلينا الحسن والشعبي وإبراهيم رواية وروي عن الحسن خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم وإذا ارتفعوا إليكم فأقيموا عليهم ما في كتابكم وروى سفيان بن حسين عن الحكم عن مجاهد عن ابن عباس قال آيتان نسختا من سورة المائدة آية القلائد وقوله تعالى : ﴿فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ﴾ فكان رسول ﷺ مخيرا إن شاء حكم بينهم أو أعرض عنهم فردهم إلى أحكامهم حتى نزلت: ﴿...وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم﴾ فأمر رسولﷺ أن يحكم بينهم بما أنزل الله في كتابه، وروى عثمان بن عطاء الخراساني عن ابن عباس في قوله:﴿ فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ قال نسخها قوله:﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ وروى سعيد بن جبير عن الحكم عن مجاهد:﴿ فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ﴾ قال نسختها : ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ وروى سفيان عن السدي عن

أن غير المسلمين كالمسلمين تماماً تجري عليهم جميع أحكام الإسلام عدا في مسألة النكاح وما يتعلق به من نفي مهر وتمليك خنزير وطلاق عدة، أي أنه من حيث

عكرمة مثله قال أبو بكر فذكر هؤلاء أن قوله :﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ ناسخ للتخيير المذكور في قوله تعالى:﴿ فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ﴾ومعلوم أن ذلك لا يقال من طريق الرأي لأن العلم بتواريخ نزول الآي لا يدرك من طريق الرأي والاجتهاد وإنما طريقه التوقيف ولم يقل من أثبت التخيير أن آية التخيير نزلت بعد قوله تعالى:﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ وأن التخيير نسخه وإنما حكي عنهم مذاهبهم في التخيير من غير ذكر النسخ فثبت نسخ التخيير بقوله :﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله] كرواية من ذكر نسخ التخيير ويدل على نسخ التخيير قوله:﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون﴾ الآيات ومن أعرض عنهم فلم يحكم في تلك الحادثة التي اختصموا فيها بما أنزل الله ولا نعلم أحدا قال إن في هذه الآيات:﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله...﴾ منسوخا إلا ما يروى عن مجاهد رواه منصور عن الحكم عن مجاهد أن قوله:﴿ ومن لم يحكم بما أنزل الله ﴾ نسخها ما قبلها : ﴿فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ وقد روى سفيان بن حسين عن الحكم عن مجاهد أن قوله تعالي:﴿ فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ﴾ منسوخ بقوله تعالى:﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ ويحتمل أن يكون قوله تعالى: ﴿فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ﴾ قبل أن تعقد لهم الذمة ويدخلوا تحت أحكام الإسلام بالجزية فلما أمر الله بأخذ الجزية منهم وجرت عليهم أحكام الإسلام أمر بالحكم بينهم بما أنزل الله فيكون حكم الآيتين جميعا ثابتا للتخيير في أهل العهد الذين لا ذمة لهم ولم يجر عليهم أحكام المسلمين كأهل الحرب إذا هادناهم وإيجاب الحكم بما أنزل الله في أهل الذمة الذين يجري عليهم أحكام المسلمين وقد روي عن ابن عباس ما يدل على ذلك روى محمد بن إسحق عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن الآية التي في المائدة قول الله تعالى:﴿ فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ إنما نزلت في الدية بين بني قريظة وبين بني النضير وذلك أن بني النضير كان لهم شرف يأدون دية كاملة وأن بني قريظة يأدون نصف الدية فتحاكموا في ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله ذلك فيهم فحملهم رسول صلى الله عليه وسلم على الحق في ذلك فجعل الدية سواء ومعلوم أن بني قريظة وبني النضير لم تكن لهم ذمة قط وقد أجلى النبي صلى الله عليه وسلم بني النضير وقتل بني قريظة ولو كان لهم ذمة لما أجلاهم ولا قتلهم وإنما كان بينه وبينهم عهد وهدنة فنقضوها فأخبر ابن عباس إن آية التخيير نزلت فيهم فجائز أن يكون حكمها باقيا في أهل الحرب من أهل العهد وحكم الآية الأخرى في وجوب الحكم بينهم بما أنزل الله تعالى ثابتا في أهل الذمة فلا يكون فيها نسخ وهذا تأويل سائغ لولا ما روي عن السلف من نسخ التخيير بالآية الأخرى)، أحكام القرآن، للجصاص ،(٤٣٦/٢)،(٨٧/٤-٨٩) وقال في الرد على خلافه من زفر في قوله عند الكاساني(وأما قوله أنهم بالذمة التزموا أحكام الإسلام فنعم...) .

الموضوع لن يطبق القانون الأجنبي إلا في مسألة صحة النكاح وعدم صحتها وما يتعلق به من مهر وطلاق وعدة.

مذهب المالكية[1]:

وهو لزوم الحكم على غير المسلمين أياً كانوا وأياً كان موضوع النزاع بحكم الإسلام وبما يحكم به على المسلم متى ما اختار الحاكم الحكم بينهم، وأنه لا مجال لتطبيق القانون الأجنبي.

مذهب الشافعية والحنابلة[2]:

وهو الحكم بينهم بحكم الإسلام في كل حقٍ اختصم فيه الخصمان أمام القاضي المسلم وليس للقاضي المسلم بالطبع أن يحكم بغير أحكام الإسلام لقوله تعالى: ﴿... وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾[3] إلا فيما يتعلق بتصرفاتهم من الخمر والخنزير ويقرون على أنكحتهم متى ما كانت جائرة ومتى ما ترافعوا إلى القاضي المسلم، فإن قاعدة الإسناد تجمع التصرفات المالية في الخمر والخنزير وما يدخل فيه من المعاملات كفكرة مسندة تطبق شأنها الشريعة الإسلامية في حدود المدى الذي راعته.

---

[1] ينظر في ذلك إلى المدونة الكبرى، مرجع سابق، (١٦٢/٤) و(٩٧/٨) وكذلك ينظر في ذلك إلى القرطبي، مرجع سابق، (٩٧/٢).

[2] ينظر في ذلك إلى الأم، مرجع سابق،(١٩٢/٤) جاء فيه : (ولو صرف أن أهل مدينة من أهل الكتاب فعرضوا علينا الجزية لم يكن لنا قتالهم إذا أعطونا الجزية وأن يجري حكمنا وأن قالوا نعطيكموها ولا يجر علينا حكمكم لم يلزمنا أن نقبلها منكم لان الله عز وجل قال :﴿ ...حتى يعطوا الجزية عن يدٍ وهم صاغرون﴾ فلم أسمع مخالفاً في أن الصغار يعلو حكم الإسلام على حكم الشرك ويجري عليهم)، ينظر في ذلك إلى كذلك الأم ،مرجع سابق(٢٢٥/٥)، (٨٥/٧)، ينظر في ذلك إلى المجموع على شرح المهذب، مرجع سابق، (٢٧٣/٢)، ينظر في ذلك إلى الأشباه والنظائر، ،(٢١١/٤). ينظر في ذلك إلى زاد المستقنع:(٥٣٥/٨)، ينظر في ذلك إلى شرح منتهى الإرادات ،(٢/٧٤٣)، ينظر في ذلك إلى كشاف القناع، مرجع سابق، (٧٣١/١ -٧٣٢)، ينظر في ذلك إلى المغني، مرجع سابق، (٥٥٣/٨).

[3] سورة المائدة، الآية٤٢.

مذهب الظاهرية والزيدية والأمامية[1]:

وهو وجوب الحكم على غير المسلمين بما يحكم به على المسلمين ولا يجوز ردهم إلى دينهم إلا أن طلاقهم لا يقع لأن الشارع لم ينص على وقوعه وإذا استفتونا لم نفتهم إلا بشريعتنا.

فالفكرة المسندة هنا هي طلاق غير المسلمين فقط، وهو الذي سيطبق عليه الشريعة الإسلامية في حدود المدى الذي راعته.

وهذه هي أقوال الفقهاء القدامى[2] وبها قال بعض المعاصرين[3] من أهل الإسلام وكلها صريحة في أن القانون الواجب التطبيق على غير المسلمين هو أحكام الشريعة الإسلامية وأن غير المسلمين كالمسلمين تماماً عدا في بعض الأحكام كنكاح المحارم أو النكاح في العدة ،أو بدون شهود وتصرفاتهم في الخمر والخنزير على خلاف بين

---

[1] ينظر في ذلك إلى المحلى: (٣٦٢/١٩)، (٢٠١/١٠)، (٩٤٢٥) وجاء فيه:(ويحكم على اليهود والنصارى والمجوس بحكم الإسلام في كل شئ رضوا أم سخطوا أتونا أم لم يأتونا ولا يحل ردهم إلى حكم دينهم ولا إلى أحكامهم أصلاً، وقال المخالفون قال تعالى:﴿ .. فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ فقلت منسوخة نسخها قوله تعالى بقوله تعالى:﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾، ينظر في ذلك إلى شرح الأزهار مرجع سابق،(٢٦٨/٢)، ينظر في ذلك إلى البحر الزخار، (٣٦٦/٥) جاء فيه(فمتى ما ترافعوا إلينا وجب إقامة الحكم الثابت شرعاً لأن خلافه حكم بغير ما أنزل الله...) وجاء فيه أيضا صفحة٣٦٨:(أو إذا تحاكم إلينا ذميان مثلاً فالحاكم مخير في الحكم، إلا أن يحكم بحكم الإسلام لقوله تعالى:﴿.. وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾.

[2] قال أبو جعفر الطوسي في كتابه الخلاف وهو محمد بن منصور الطوسي يكنى أبا جعفر أصله من طوس سكن بغداد ومات بها أثنى عليه أحمد بن حنبل، حلية لأولياء وطبقات الأصفياء،(٣٨٩/٢)، (إن الحاكم إذا أتاه أهل التوراة وأهل الإنجيل يتحاكمون إليه كان ذلك إليه إن شاء حكم بينهم وإن شاء تركهم، وإن ترافع إلينا حربيان من غير أهل الذمة لا يجب على الحاكم الحكم بينهم إجماعاً لأنه لا يجب على الإمام دفع بعضهم ببعض بخلاف أهل الذمة، ولأن أهل الذمة أكثر حرمة منهم فإنهم يسكنون دار الإسلام على التأبيد) الخلاف، (٣٩٢/٢)، ويقول ابن تيمية:(أما الأمر هنا أن يحكم بما أنزل الله إذا حكم)، مجمع الفتاوى،(١٩٧/٢٨).

[3] ينظر في ذلك إلى عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص ٥٨٨- ٥٩٥، وكذلك ينظر في ذلك إلى رمزي محمد على دراز، مرجع سابق، ص٢٨٠-٢٨١، عبد الله مصطفي المراغي، مرجع سابق، ص٥٧.

العلماء ويظهر أن النظام القانوني السوداني لم يأخذ بأي من الآراء المتقدمة، كماسيظهر من بيان موقفه في المبحث الثالث عندما عالج النزاعات التي يكون أحد أطرافها غير مسلم من حيث جنسيته أو موطنه أوحتى مكان نشوء الالتزام أو تنفيذه.

يترجح عندي رأي المالكية والزيدية والظاهرية لعموم ما ورد من آيات كثيرة في القرآن الكريم تشير إلى الأحكام الواجبة التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي في الدولة الإسلامية، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفاسقونَ﴾[1] ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾[2][3]﴿وَلْيَحْكُمْ أَهْلُ الإِنجِيلِ بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فِيهِ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾[4]وقوله تعالى:﴿وَأَنزَلْنَا إِليكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عليه فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ عَمَّا جَاءكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلٍّ جَعَلْنَا مِنكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاء اللّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِن لِّيَبْلُوَكُمْ فِي مَآ آتَاكُم فَاسْتَبِقُوا الخَيْرَاتِ إلى اللّه مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾[5] قال الإمام الطبري[6] في تفسير قوله تعالى: ﴿فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ...

---

[1] سورة المائدة، الآية ٤٤.

[2] سورة المائدة، الآية ٤٥.

[3] قال عبد الرازق عن الثوري عن زكريا: ﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ ﴾ قال للمسلمين وقال أبي السفر عن الشعبي قال هذا في المسلمين) وجاء أيضا فيه﴿ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون ﴾لأنهم جحدوا حكم الله قصدا منهم وعنادا وعمدا وقال ها هنا ﴿ فأولئك هم الظالمون ﴾ لأنهم لم ينصفوا المظلوم من الظالم في الأمر الذي أمر الله بالعدل والتسوية بين الجميع فيه فخالفوا وظلموا وتعدوا على بعضهم بعضا. ينظر في ذلك إلى تفسير القرآن العظيم، ،(٦١/٢-٦٢).

[4] سورة المائدة، الآية ٤٧.

[5] سورة المائدة، الآية ٤٨.

[6] ينظر في ذلك إلى جامع البيان عن تأويل آي القرآن، محمد بن جرير، (٦/ ٢٤٣).

ووافقه الامام ابن كثير، مرجع سابق، (٢٦٧/٦)، (٦١/٢-٦٦)، وكذلك الرازي، ينظر في ذلك إلى التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، (١١/١٢)، والقرطبي، ينظر في ذلك إلى الجامع لأحكام القرآن،، (١٦٨/٦، -١٩٠)

﴿أي احكم يا محمد بين أهل الكتاب والمشركين في كل ما احتكموا إليك فيه بحكم الإسلام..) وقال صاحب المنار[٣٢](وعلى هذا لا يجب على حكام المسلمين أن يحكموا بين الأجانب الذين هم في بلادهم إذا تحاكموا إليهم بل هم مخيرون في الحكم وعدمه وأما أهل الذمة فيجب الحكم بينهم إذا تحاكموا إلينا...).

هذه الآيات ونحوها تفيد الحكم بما أنزل الله سواء أكان الحكم بين المسلمين أم غير المسلمين وهو ما قرره المفسرون[٤] فقد ذكر علماء التفسير أن المراد بالحكم بما أنزل الله أن يحكم بالقرآن الكريم والوحي الذي أنزله الله تعالى على رسوله صلى الله عليه وسلم وأن الحكم بالقسط يعني الحكم بالعدل الذي أمرت به يا محمد صلى الله عليه وسلم أي بما تضمنه القرآن الكريم وجاء في الكشاف[٥] إن التولي المقصود في قوله تعالى: (...ثم يتولوا من بعد ذلك...) أي يتولوا عن حكم الله وقال الطبري[٦] في قوله تعالى: (بما أنزل الله) أي بحدود الله وقال القرطبي[١٧] أي بحكم الله الذي أنزله وقال

---

[١] هومحمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب أبو جعفر الطبري الآملي البغدادي الإمام العلم صاحب التصانيف العظيمة والتفسير المشهور مولده سنة أربع وعشرين ومائتين أخذ الفقه عن الزعفراني والربيع المراد ولد في طبرستان، وبدء في طلب العلم في السادسة اصبح إمام المفسرين،ترك تفسيره الكبير الجامع لأحكام القرآن،وهو أول تفسير كامل،كما عده أب التاريخ لأن كتابه لم يؤلف مثلها اسمه البداية والنهاية،ينظر في ذلك إلى طبقات الشافعية،(١٠٠/١).

[٢] هو محمد رشيد رضا (١٨٦٥هـ-١٩٣٥هـ)، ولد في القلمن في لبنان، من علماء الدين الإسلامى، صاحب مجلة المنار بالقاهرة، وهو تلميذ محمد عبدو، أشهر آثاره مجلة المنار، وتفسير القرآن الكريم المعروف بتفسير المنار.

[٣] ينظر في ذلك إلى تفسير المنار، محمد رشيد رضا، ص٣٩٩، وقد جاء في تفسير المراغي(أي احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهوائهم بالاستماع لهم وقبول كلامهم ولو لمصلحة كتأليف قلوبهم وجذبهم للإسلام، فالحق لا يوصل إليه بطريق الباطل) تفسير المراغي، ،(١٣٢/٦).

[٤] ينظر في ذلك إلى الرازي، مرجع سابق، ص(٢٣١/١١)، وكذلك القرطبي، مرجع سابق، (٥٣/٦)،

[٥] الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، (٦٦٧/١).

[٦] الطبري، مرجع سابق، (٩٦/٣).

[٧] هو أبو محمد شمس الدين أحمد بن أبي بكر بن فرج الانصاري القرطبي، فقيه ومفسر عالم باللغة ولد في مدينة قرطبة، كان عالماً ترك ثروة علمية تقدر بثلاثة عشر كتاب مابين مخطوط ومكتوب، أبرزها تفسيره الكبير الجامع

ابن العربي القسط هو العدل وذلك حكم الإسلام[٢] ووافقهم الفقهاء بلزوم الحكم بين غير المسلمين (الأجانب) بحكم الإسلام مع بعض الاستثناءات القليلة التي يمكن توفيقاً بين الآراء المتقدمة في مسائل صحة النكاح وما يترتب عليه من مهر وعدة وطلاق وتعاملات في خمر وخنزير متى ما ترافعوا إلينا.

أما قاعدة ترك غير المسلمين وما يدينون فيما عدا ذلك من الأحكام فيجب فهمها في ظل الآراء السابقة فليس المقصود منها أن تطبق عليهم شرائعهم (القانون الأجنبي) إذا تحاكموا إلينا وإن كانت شرائعهم موافقة لما جاء به الإسلام تنفيذاً لأمره تعالى: ﴿ ... وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ[٣]﴾[١] فقد أمرنا الله

لأحكام القرآن، والتذكرة وأحوال الموتى(تذكرة القرطبي)، والتذكار في أفضل الأذكار، والتقريب لكتاب التمهيد، ينظر في ذلك إلى طبقات المفسرين، (١/١١٠-١١٢).

[١] القرطبي، مرجع سابق، (٦/٢١٢).

[٢] أحكام القرآن، أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي، (٢/١٢٧) (وقال المسألة السابعة كيف أنفذ النبي الحكم بينهم في من زني من يهود (اختلف في ذلك جواب العلماء على ثلاثة أقوال:=

الأول: أنه حكم بينهم بحكم الإسلام وأن أهل الكتاب من زنى منهم وقد تزوج عليه الرجم فيحكم عليهم به الإمام ولا يشترط الإسلام في الإحصان

الثاني حكم النبي ﷺ بشريعة موسى عليه السلام وشهادة اليهود إذ شرع من قبلنا شرع لنا فيلزم العمل به حتى يقوم الدليل على تركه وقد بينا ذلك في أصول الفقه وفيما تقدم من قولنا وإنه الصحيح من المذهب والحق في الدليل حسبما تقدم)

الثالث إنما حكم النبي ﷺ **بينهم** لأن الحدود لم تكن نزلت ولا يحكم الحاكم، اليوم بحكم التوراة قاله في كتاب محمد)

[٣] جاء في أحكام القرآن للقرطبي،(٢/٧٤)،: (قَالَ اللَّهُ (تَبَارَكَ وَتَعَالَى) لِنَبِيِّهِ (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) فِي أَهْلِ الْكِتَابِ:(فَإِنْ جاؤُكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ، أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ: فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ: فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ)، قَالَ الشَّافِعِيُّ: فِي هَذِهِ الْآيَةِ، بَيَانٌ (وَاَللَّهُ أَعْلَمُ) : أَنَّ اللَّهَ (عَزَّ وَجَلَّ) جَعَلَ لِنَبِيِّهِ (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) الْخِيَارَ: فِي أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمْ، أَوْ يُعْرِضَ عَنْهُمْ. وَجَعَلَ عَلَيْهِ -: إنْ حَكَمَ-: أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ وَالْقِسْطُ: حُكْمُ اللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَى نَبِيِّهِ (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) : الْمَحْضُ الصَّادِقُ، أَحْدَثُ الْأَخْبَارِ عَهْدًا بِاَللَّهِ (عَزَّ وَجَلَّ). قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ:(وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ: بِما أَنْزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ)، هُ، بِالْحُكْمِ: بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ إلَيْهِ)قَالَ: وَسَمِعْتُ مَنْ أَرْضَى-: مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُ فِي قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: (وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ) : إنْ حَكَمْت لَا عَزْمًا أَنْ

تعالى أن نحكم بما أنزل ولم يأمرنا أن نحكم بما لم يُنزل وإن كان موافقاً لشرعنا عند ترافع غير المسلمين إلينا.

تَحْكُمَ)، ثمَّ سَاقَ الْكَلَامَ، إلى أَنْ قَالَ : «أَنَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ سَعْدٍ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ «٦» اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ- أَنَّهُ قَالَ:كَيْفَ تَسْأَلُونَ أَهْلَ الْكِتَابِ عَنْ شَيْءٍ: وَكِتَابُكُمْ الَّذِي أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَى نَبِيِّهِ (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) : أَحْدَثُ الْأَخْبَارِ، تَقْرَءُونَهُ مَحْضًا: لَمْ يُشَبْ أَلَمْ يُخْبِرْكُمْ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ: أَنَّهُمْ حَرَّفُوا كِتَابَ اللَّهِ (عَزَّ وَجَلَّ) وَبَدَّلُوا، وَكَتَبُوا كِتَابًا بِأَيْدِيهِمْ، فَقَالُوا : (هَذَا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ لِيَشْتَرُوا بِهِ ثَمَناً قَلِيلًا .؟! أَلَا يَنْهَاكُمْ الْعِلْمُ الَّذِي جَاءَكُمْ، عَنْ مَسْأَلَتِهِمْ؟! وَاَللَّهِ: مَا رَأَيْنَا رَجُلًا مِنْهُمْ قَطُّ : يَسْأَلُكُمْ عَمَّا أَنْزَلَ اللَّهُ إلَيْكُمْ)، وجاء في أحكام القرآن للجصاص،(باب الحكم بين أهل الكتاب

قال الله تعالى فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ظاهر ذلك يقتضي معنيين أحدهما تخليتهم وأحكامهم من غير اعتراض عليهم والثاني التخيير بين الحكم والإعراض إذا ارتفعوا إلينا وقد اختلف السلف في بقاء هذا الحكم فقال قائلون منهم إذا ارتفعوا إلينا فإن شاء الحاكم حكم بينهم وإن شاء أعرض عنهم وردهم إلى دينهم وقال آخرون التخيير منسوخ فمتى ارتفعوا إلينا حكمنا بينهم من غير تخيير فممن أخذ بالتخيير عند مجيئهم إلينا الحسن والشعبي وإبراهيم رواية وروي عن الحسن خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم وإذا ارتفعوا إليكم فأقيموا عليهم ما في كتابكم وروى سفيان بن حسين عن الحكم عن مجاهد عن ابن عباس قال آيتان نسختا من سورة المائدة آية القلائد وقوله تعالى فاحكم بينهم أو أعرض عنهم، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخيرا إن شاء حكم بينهم أو أعرض عنهم فردهم إلى أحكامهم حتى نزلت وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحكم بينهم بما أنزل الله في كتابه، وروى عثمان بن عطاء الخراساني عن ابن عباس في قوله فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم قال نسخها قوله وأن احكم بينهم بما أنزل الله وروى سعيد بن جبير عن الحكم عن مجاهد فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم قال نسختها وأن احكم بينهم بما أنزل الله وروى سفيان عن السدي عن عكرمة مثله قال أبو بكر فذكر هؤلاء أن قوله وأن احكم بينهم بما أنزل الله ناسخ للتخيير المذكور في قوله فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ومعلوم أن ذلك لا يقال من طريق الرأي لأن العلم بتواريخ نزول الآية لا يدرك من طريق الرأي)، جاء في تفسير القرطبي،(١٨٥/٦)(وَالِاختيار لَهُ أَلَّا يَحْكُمَ وَيَرُدَّهُمْ إلى حُكَّامِهِمْ. فَإِنْ حَكَمَ بَيْنَهُمْ حَكَمَ بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ).

[١] قال الطبري في تفسيره عن هذه الآية:(يا محمد بين أهل العهد إذا أتوك فأحكم بينهم بالقسط وهو العدل وذلك هو الحكم بما جعله الله حكماً في مثلثه على جميع خلقه من أمة نبينا) الطبري، مرجع سابق، (٢٤٦/٦).

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق في الشريعة الإسلامية من حيث جنسية الأشخاص

يناقش هذا المطلب الحالات التي يسمح النظام القانوني الإسلامي بتطبيق القانون الأجنبي بحسب أطراف العلاقة القانونية، لذا فينبغي التمييز بين فرضين.

الفرض الأول: أن يكون أحد أطراف الخصومة مسلماً:

وفي هذه الحالة فإن الشريعة الإسلامية هي التي تختص بحكم المنازعة طالما كان أحد المتخاصمين مسلماً، فالولاية العامة تثبت هنا للشريعة الإسلامية سواء أكان موضوع الدعوى نكاحاً أم غيره وسواء ترافع إلينا أم لم يترافع إلينا وسواء مدعياً أم مدعى عليه لإنصاف المسلم إذا كان مظلوماً ورد ظلمه إذا كان معتدياً[1].

أما الفرض الثاني:

فهو كون الدعوى بين غير المسلمين أي ليس في الدعوى مسلمٌ هنا اختلف الفقهاء[2] في مدى تطبيق الشريعة الإسلامية في الفصل على هذه الخصومة وقد كان خلافهم على النحو التالي :

---

[1] ينظر في ذلك إلى المهذب،مرجع سابق: (٢٧٣/٢)، ينظر في ذلك إلى المغني، مرجع سابق،(٢٩/١٠)، ينظر في ذلك إلى عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص ٤٦٢، ينظر في ذلك إلى شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، (٣٨٦/٣) وقال أبوجعفر في كتابه الخلاف:(ولو ترافع ذمي مع مسلم أو مستأمن مع مسلم وجب على الحاكم أن يحكم بينهم بما أنزل الله لقوله تعالى:﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ...﴾ وغيرها من العموميات الدالة على وجوب دفع الظلم والحكم بالعدل والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) الخلاف، مرجع، سابق، (٣٩٣/٢).

[2] حكي القرطبي هذا الخلاف كالتالي:(فهل يجب علينا الحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا قولان للشافعي وإن ارتبطت الخصومة بمسلم يجب الحكم قال المهدوي أجمع العلماء على أن الحاكم أن يحكم بين المسلم والذمي واختلفوا في الذميين فذهب بعضهم إلى أن الآية محكمة وأن الحاكم مخير روي ذلك عن النخعي والشعبي وغيرهما وهو مذهب مالك والشافعي وغيرهما سوى ما روي عن مالك في ترك إقامة الحد على أهل الكتاب في الزنا فإنه إن زنا المسلم بالكتابية حد ولا حد عليها فإن كان الزانيان ذميين فلا حد عليهما وهو مذهب أبي حنيفة ومحمد بن الحسن وغيرهما وقد روي عن ابي حنيفة أيضا أنه قال يجلدان ولا يرجمان وقال الشافعي وأبو يوسف وأبو ثور وغيرهم عليهما الحد إن أتيا راضيين بحكمنا قال بن خويز من داد ولا يرسل الإمام إليهم إذا استعدى بعضهم على بعض ولا

مذهب الحنفية[1]: يفرق فقهاء الأحناف في هذا الصدد بين قضايا الأنكحة وما يتعلق بها وبين غيرها من القضايا[1]، فبالنسبة لقضايا النكاح من مهر وعدة وحرمة محل

يحضر الخصم مجلسه إلا أن يكون فيما يتعلق بالمظالم التي ينتشر منها الفساد كالقتل ونهب المنازل وأشباه ذلك فأما الديون والطلاق وسائر المعاملات فلا يحكم بينهم إلا بعد التراضي والاختيار له ألا يحكم ويردهم إلى حكامهم فإن حكم بينهم حكم بحكم الإسلام وأما إجبارهم على حكم المسلمين فيما ينتشر منه الفساد فليس على الفساد عاهدناهم وواجب قطع الفساد عنهم منهم ومن غيرهم لأن في ذلك حفظ أموالهم ودمائهم ولعل في دينهم استباحة ذلك فينتشر منه الفساد بيننا ولذلك منعناهم أن يبيعوا الخمر جهارا وأن يظهروا الزنا وغير ذلك من القاذورات لئلا يفسد بهم سفهاء المسلمين وأما الحكم فيما يختص به دينهم من الطلاق والزنا وغيره فليس يلزمهم أن يتدينوا بديننا وفي الحكم بينهم بذلك إضرار بحكامهم وتغيير ملتهم وليس كذلك الديون والمعاملات لأن فيها وجها من المظالم وقطع الفساد والله أعلم وفي الآية قول ثان وهو ما روي عن عمر بن عبد العزيز والنخعي أيضا أن التخيير المذكور في الآية منسوخ بقوله تعالى:﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ...﴾ وأن على الحاكم أن يحكم بينهم وهو مذهب عطاء الخرساني وأبي حنيفة وأصحابه وغيرهم وروي عن عكرمة أنه قال فإن جاءوك فاحكم بينهم أو اعرض عنهم نسختها آية أخرى لقوله تعالى:﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ...﴾ وقال مجاهد لم ينسخ من المائدة إلا آيتان قوله:﴿ فاحكم بينهم أو اعرض عنهم...﴾ نسختها لقوله تعالى:﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ وَلاَ تَتَّبِعْ أَهْوَاءهُمْ...﴾ وقوله تعالى:﴿ ... لا تحلوا شعائر الله...﴾ نسختها﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم...﴾ وقال الزهري مضت السنة أن يرد أهل الكتاب في حقوقهم ومواريثهم إلى أهل دينهم إلا أن يأتوا راغبين في حكم الله فيحكم بينهم بكتاب الله قال السمرقندي وهذا القول يوافق قول أبي حنيفة أنه لا يحكم بينهم ما لم يتراضوا بحكمنا وقال النحاس في الناسخ والمنسوخ له قوله تعالى:﴿ فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ﴾ منسوخ لأنه إنما نزل أول ما قدم النبي ﷺ المدينة واليهود فيها يومئذ كثير وكان الادعي لهم والأصلح أن يردوا إلى أحكامهم فلما قوي الإسلام أنزل الله عز وجل:﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ﴾ وقال به ابن عباس ومجاهد وعكرمة والزهري وعمر بن عبد العزيز والسدي وهو الصحيح من قول الشافعي قال في كتاب الجزية ولا خيار له إذا تحاكموا إليه لقوله عز وجل:﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون... ﴾ قال النحاس وهذا من أصح الاحتجاجات لأنه إذا كان معنى قوله وهم صاغرون أن تجرى عليهم أحكام المسلمين وجب ألا يردوا إلى أحكامهم)، تفسير القرطبي، مرجع سابق، (٦/١٨٤-١٨٦).

[1] ينظر في ذلك إلى الكاساني، مرجع سابق،(٤٦١/٢)، ينظر في ذلك إلى أحمد بن على الرازي الجصاص أبو بكر، مرجع سابق ،(٥٣٠/٢) ،ينظر في ذلك إلى بحث بعنوان قضاء الإسلام هل لهم أن يحكموا بين غير المسلمين في مسائل الأحوال الشّخصية مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية العدد السادس،أحمد عبد السلام فخري، مارس ١٩٣١م، ص ٤٨٤.

وطلاق فإن غير المسلمين يستوون مع المسلمين في خضوعهم للشريعة الإسلامية دون الحاجة إلى اتفاقهم على الترافع إلى القاضي المسلم ورضاهم بحكم الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة للخصومة في غير مسائل النكاح فيشترط الإمام أبو حنيفة[٢] للحكم بين غير المسلمين أن يترافع الخصمان إلى القاضي المسلم باختيارهما أي أنه يشترط رضا الخصمين بالتحاكم إلى القاضي المسلم والخضوع لحكمه.

ويرى أبو يوسف ومحمد وزفر أنه لا يشترط لاختصاص الشريعة الإسلامية بحكم النزاع ترافع الخصمين ليثبت الاختصاص للشريعة الإسلامية فمتى ما جاء أحد الخصوم إلى القاضي المسلم، وبالتالي رضاه يتعداه إلى رضا الخصم الآخر كما إذا أسلم أحدهم[٣].

٢- مذهب المالكية والحنابلة[٤]: وعندهم يشترط رضا المدعي والمدعى عليه بالترافع إلى القاضي المسلم أي رضا الخصمين بحكم الشريعة الإسلامية سواء أكان

---

[١] جاء في الجصاص، مرجع سابق،(٩١/٤-٩٠)،(روي عن ابن عباس رواية أخرى وعن الحسن ومجاهد والزهري أنها نزلت في شأن مال لهم يجوز تصرفهم فيهما وما عدا ذلك فهو محمول على أحكامنا لقوله تعالى:﴿ وأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللّهُ...﴾ وروي عن النبي ﷺ أنه كتب إلى أهل نجران إما أن تذروا الربا وإما أن تأذنوا بحرب من الله ورسوله فجعلهم النبي ﷺ في حظر الربا ومنعهم منه كالمسلمين قال الله تعالى:﴿ وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل...﴾ فأخبر أنهم منهيون عن الربا وأكل المال بالباطل كما قال تعالى :﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم...﴾ فسوى بينهم وبين المسلمين في المنع من الربا والعقود الفاسدة المحظورة وقال تعالى :﴿ سماعون للكذب أكالون للسحت...﴾ فهذا الذي ذكرناه مذهب أصحابنا في عقود المعاملات والتجارات وحدود أهل الذمة والمسلمون فيها سواء إلا أنهم لا يرجمون لأنهم غير محصنين وقال مالك الحاكم مخير إذا اختصموا إليه بين أن يحكم بينهم بحكم الإسلام أو يعرض عنهم فلا يحكم بينهم وكذلك قوله في العقود والمواريث وغيرها).

[٢] ينظر في ذلك إلى الناسخ والمنسوخ، ص ١٢٨.

[٣] ينظر في ذلك إلى الكاساني، مرجع سابق، (٤٦١/٢).

[٤] ينظر في ذلك إلى شرح الزرقاني على موطأ مالك، مرجع سابق، (٣٨٧/٣)، ينظر في ذلك إلى المغني، مرجع سابق، (١٩٥/٣)(٩٩/١٠) جاء في الجزء الثالث: (إن الحكم عليهم بحكم الله وأجب جزماً سواء أكان موضوع الدعوى نكاحاً أم غيره وسواء ترافعوا إلينا أم لم).

الخصوم من ملة واحدة، أم من ملل مختلفة لا فرق بين نكاح وغيره ولا يثبت الاختصاص للشريعة الإسلامية إلا بعد ترافع الخصوم إليها هذا بالنسبة للمعاهدين وأما بالنسبة للذميين فإن الاختصاص القضائي يُثبت للشريعة الإسلامية دون الحاجة إلى رضا الخصوم أو ترافعهم إليها.

٣- مذهب الشافعية: إذا كان طرفا الدعوى مستأمنين أو حربيين (أي غير متوطنين في إقليم الدولة الإسلامية) فيشترط هنا لثبوت الاختصاص للشريعة الإسلامية ترافع الخصمين غير المسلمين إليها راضين بحكمها، ويخير الحاكم في الحكم بينهما إذا ترافعا إليه.

هذه آراء فقهاء المسلمين في مدى اختصاص الشريعة الإسلامية بحكم المنازعات ذات العنصر الأجنبي وبتحديد مدى خضوع أطرافها لولاية الشريعة الإسلامية وكلها صريحة في الحكم بين غير المسلمين بالشريعة الإسلامية في حدود المدى الذي راعته الشريعة الإسلامية نفسها.

المطلب الثالث

قواعد الإسناد في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمحل نشوء الالتزام أو وجوده أو الاتفاق على تنفيذه

يتناول هذا المطلب حالة نشوء الالتزام أو محله أو تنفيذه خارج حدود الدولة الإسلامية أو الاتفاق على تنفيذه داخل حدود الدولة الإسلامية وأن نشأ خارجها ولا يخرج الأمر هنا عن فرضين:

الفرض الأول: نشوء الالتزام أو تنفيذه أو الاتفاق على تنفيذه داخل حدود الدولة الإسلامية، فالقاعدة العامة هنا أن غير المسلم يعامل معاملة المسلم مادام الإلتزم نشأ أو نفذ أو تم الاتفاق على تنفيذه داخل حدود الدولة الإسلامية ولا فرق بين كون طرفي الالتزام من مواطني الدولة الإسلامية وبين الأجانب أو بين مواطني الدولة الإسلامية الأجانب أو حتى لو جرى العمل على اعتبار محل الالتزام موضوعاً دوليا وهذه القاعدة مجمع عليها ومتفق عليها بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد صرح الأحناف بأن المستأمن في دار الإسلام بمنزلة الذمي في المعاملات بمجرد دخوله إلى دار الإسلام،

فبدخوله إلى دار الإسلام التزم أحكام الإسلام وألزم بها رغماً عن إرادته مادام في دار الإسلام[1]، وبذلك قال الشافعية[2] والحنابلة[3] والزيدية[4] والشيعة الأمامية[5].

لأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة والمعاملات وخاصة أن المالية جزء منها مثلهم مثل المسلمين تماماً في أحكام الدنيا، لأن المقصود بالمعاملات تحصيل مصالح الدنيا وهم محتاجون إليها كالمسلمين فقد جاء في كشف الأسرار للبزدوي: (ولهذا كان الكافر أهلا لأحكام لا يراد بها وجه الله كالمعاملات والعقوبات من الحدود والقصاص لأنه أهل لأدائها اذ المقصود من المعاملات مصالح الدنيا وهم أليق بأمور الدنيا من المسلمين لأنهم آثروا الدنيا على الأخرة)[6].

وجاء أيضا في الوسيط في أصول الحنفية: (أجمع الفقهاء على أن الكفار مخاطبون بأحكام المعاملات والعقوبات من حيث أعتقاد أنها من الله ووجود أدائها عليهم في الدنيا)[7] وأيضاً جاء عند المالكية:(لان المذهب خطابهم بفروع الشريعة)[8] كما كما جاء أيضاً عند الحنابلة:(أن الكفار مخاطبون بفروع الإسلام على أصح القولين)[9]، وجاء عند الشيعة الأمامية(الحق أنهم مخاطبون بفروع الشريعة)[10].

---

[1] ينظر في ذلك إلى في ذلك المبسوط، (٨٤/١٠)، شرح السير الكبير، (٢٠٧/١)(٣٠٣/٣)، الجصاص، (٤٣٦/٢)، الكاساني، (٨١/٦).

[2] ينظر في ذلك إلى في ذلك الأم، للشافعي، (١٣١/٤)، شرح المهذب، (١٢٥٥/١)

[3] ينظر في ذلك إلى في ذلك المغني، ابن قدامة، (٥١٥/٥-٥١٦)، شرح منتهي الإردات، مرجع سابق، (٤٥٩/٢)، كشاف القناع، (٦/٢).

[4] يتظر في ذلك البحر الزخار، مرجع سابق، (٩١/٤).

[5] ينظر في ذلك إلى في ذلك سفينة النجاة، (١٢٦/٢).

[6] كشف الأسرار للبزردوي، (١٣٦٢/٤).

[7] الوسيط في أصول الحنفية، ص٩١.

[8] الشرح الكبير، مرجع سابق، (٧٨/٤).

[9] المدخل إلى مذهب الأمام أحمد بن حنبل، ص٥٨.

[10] شرح النيل، (٥٤٠/٨)، ايضاً جاء في جواهر الكلام في فقه الشيعة الأمامية:(والمذهب علي أشتراكهم معنا في الفروع).

ولا يستثني من ذلك سوي تعاملهم في الخمر والخنزير والنكاح وفرقه كما تقدم معنا والمستأمن فيها كالذمي.

الفرض الثاني: أن ينشأ الالتزام أو ينفذ أو يكون محله خارج حدود الدولة الإسلامية ولكن تترتب عليه آثار داخل حدود الدولة الإسلامية، هذا الفرض اختلف حوله الأحناف والمالكية والظاهرية مع الشافعية الحنابلة والزيدية والشيعة الإمامية.

فالأحناف يرون عدم ترتب أي آثار على الالتزامات التي نشأت خارج حدود الدولة الإسلامية وحتي لو تم الاتفاق على تنفيذها داخل حدود الدولة الإسلامية ولا يجوز للقضاة في الدولة الإسلامية أن يفصلوا فيها أو أن يصدروا أحكاماً فيها لأحد الخصوم ولو بصفة عارضة أو مستعجلة، لإنعدام ولاية الدولة الإسلامية على هذه الالتزامات سواء تمت بين مواطني الدولة الإسلامية (المسلمين- الذميين) أو بين مواطني الدولة الإسلامية وبين مواطني الدول الأجنبية (الحربيين)، جاء في الدر المختار: (فإن أدانه حربي دينا ببيع أو قرض أو غصب أحدهما صاحبه وخرج إلينا لم نقض لأحد بشيء لأنه ما التزم حكم الإسلام في ما مضى)[1]، وجاء في الأم للشافعي:(قال أبو حنيفة رضي الله الله عنه لو أن مسلماً دخل أرض الحرب بأمان فباعهم الدرهم بالدرهمين لم يكن بذلك بأس لأن أحكام الإسلام لا تجري عليهم)[2]، وفي المغني:(وقال أبو حنيفة لا يجري الربا بين مسلم وحربي في دار الحرب وعنه في مسلمين أسلما في دار الحرب لا ربا بينهم)[3]، وقال الإمام مالك في المدونة: (لا يدخل إلى بلادهم تاجر حيث أحكام الشرك عليه)[4]، وفي المحلي لابن حزم: (ولا تحل التجارة إلى أرض الحرب إذا كانت أحكامه

[1] الدر المختار من حاشية رد المحتار، مرجع سابق، (٣٤٢/٤)، وكذلك الكاساني، مرجع سابق، (١٣٢/٧-١٣٣).

[2] الأم، مرجع سابق، (٣٢٦/٧).

[3] المغني، مرجع سابق، (٣٨١/٤).

[4] المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس، دار النشر: دار صادر، بيروت، (١٠/٥).

تجري على التجارة)[1]، وفي الفواكه الدواني في أهل الذمة: (إنما يؤدون الجزية إذا كانوا حيث تنالهم أحكامنا)[2].

أما الشافعية[3] الحنابلة[4] والزيدية[5] والشيعة الأمامية[6]فيجب على القاضي المسلم أن يحكم في أي نزاع نشأ في خارج حدود الدولة المسلمة ولكن بأحكام الإسلام، لأن العهد يقتضي لزوم الوفاء به طالما لم يخالف حكماً شرعياً.

المبحث الثالث

القانون الواجب التطبيق في النظام القانوني السوداني والموضوعات التي يخضع فيها الأجنبي للقضاء السوداني

يتناول هذا المطلب ما المقصود بالأجنبي في النظام القانوني السوداني، كم يبين عالج النظام القانوني السوداني مسألة اتصال النزاع بأكثر من قانون دولة يقدم كل منها حلولاً متفقة أو متعارضة مع بعضها البعض، كما يبن الحالات التي يخضع فيها الأجنبي للقضاء السوداني لبيان الحالات التي يعرض فيها النظام القانوني السوداني عن الحكم بين غير السودانيين في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

---

[1] المحلي، مرجع سابق، (٣٤٩/٧).

[2] ينظر في ذلك إلى الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، أحمد المالكي، (٤٦٤/١).

[3] ينظر في ذلك إلى في ذلك المهذب، مرجع سابق، (٢٨١/٢).

[4] ينظر في ذلك إلى في ذلك المنغي، مرجع سابق، (٤٥٨/٨-٣٨٢-٤٨٣).

[5] ينظر في ذلك إلى في ذلك الخلاف للطوسي، مرجع سابق، (٢٣٣/٣).

[6] ينظر في ذلك إلى في ذلك البحر الزخار، مرجع سابق، (٤٠٨/٥). وأيضاَ فتح العزيز، (١١١/١٦).

المطلب الأول

الأجنبي في القانون والنظام القانوني السوداني

يعرف الأجنبي في النظام القانوني السوداني بأنه غير السوداني[1] أياً كان دينه وموطنه وحتى ولو كان يقيم في السودان إقامة دائمة أو مؤقتة، طالما لم تكن إقامته قديمة ترجع إلى العام ١٩٥٦م[2]، ويلاحظ أن النظام القانوني السوداني لم يتضمن تعريفاً للسوداني بالحد وأنما جاء تعريف للسوادني بالرسم أي بالآثر[3] فالسوداني هو كل من ليس بأجنبي.

وقد قسم قانون الجنسية ١٩٩٤م الجنسية إلى قسمين جنسية بالميلاد وجنسية بالتجنس وحدد الأشخاص الذين تمنح لهم جنسية بالميلاد وهم[4]:

---

[1] المادة ١/٣ تفسيرات من قانون الجنسية السوداني ١٩٩٤م: (فى هذا القانون ما لم يقتض السياق معنى آخر:"الأجنبى" يقصد به أي شخص غير سوداني).

[2] المادة ٤/ب/٢ من قانون الجنسية السوداني ١٩٩٤م:(أن يكون عند سريان هذا القانون مقيماً بالسودان وكان هو أو أصوله من جهة الأب مقيمين به منذ أول يناير سنة ١٩٥٦م).

[3] الرَّسْمُ: الأثَر وترسمتُ، أَي: نظرت إلى رسوم الدار، والرواسم لويح فيه كتاب منقوش يختم به به الطعام، والجمع الرواسم الرواسيم وجاء في الشعر: قرحه روسم أَي: بوجهِ الْفرس، وناقة روسوم: وهي ترسما رسيماً، وهي التي تؤثر في الأمر من شدة وطئها ينظر في ذلك إلى تهذيب اللغة، المنجد،(٢٩٣/١٢)..

والرسمُ: أثر الشيء وترسمت الدار: نظرت إلى رسومها، والأثرُ: ما بقي من رسم الشيء، وسنن النبي صلى الله عليه وسلم: آثاره، ينظر ففى ذلك إلى ينظر في ذلك إلى نظر في ذلك إلى معجم مقايس اللغة ،لابن فارس ،(٢٩٣/١٢).

[4] المادة ٤ من قانون الجنسية السوداني ١٩٩٤م: ((١) فيما يتعلق بالأشخاص المولودين قبل سريان هذا القانون يكون الشخص سودانيا بالميلاد إذا توافرت فيه الشروط الآتية :-

(أ) إذا كان قد حصل على جنسية سوداني الميلاد.

(ب) (أولاً) أن يكون قد ولد في السودان أو أن يكون والده قد ولد في السودان

(ثانياً) أن يكون عند سريان هذا القانون مقيماً بالسودان وكان هو أو أصوله من جهة الأب مقيمين به منذ أول يناير سنة ١٩٥٦م.

(ج) إذا كان الشخص ووالده غير مولودين في السودان فيجوز لذلك الشخص متى استوفى مقتضيات الفقرة (ب) (ثانياً) أن يتقدم بطلب للوزير لمنحه الجنسية السودانية بالميلاد

١- الأشخاص المولودون في السودان إذا ماتوافرت فيهم عدة شروط هي:

أ/ ولادة الشخص أو ولادة والده في السودان ولفظ الوالد يشمل والدة الشخص المولود من غير علاقة شرعية أو الذي لم يصدر إقرار ببنوته[١]

ب/ الإقامة بالسودان وكان هو أو أصوله من جهة الأب مقيمين به منذ أول يناير سنة ١٩٥٦م.

ج/ مُنح الجنسية السودانية بالميلاد بقرار من وزير الداخلية السوداني، حتى وإن كان الشخص ووالده غير مولودين في السودان.

د/ الولادة لأبوين سودانيين ولو لم تكن جنسيتهما بالميلاد، ويلاحظ هنا أن النظام القانوني السوداني لم يقصر منح الجنسية السودانية بالميلاد أو ماتسمى بالجنسية الأصلية بحق الدم من الوالد الذكر فقط، لأن لفظ الوالد هنا ورد عاماً لم يقيد بجنس معين كما فعل النظام نفسه عند اشترط الإقامة من جهة الأب منذ فترة زمنية محددة، كما وأنه شمل الوالد الذكر والأنثى كما جاء في المادة ٢/٣ تفسيرات من قانون الجنسية السوداني ١٩٩٤م: (يشمل والدة الشخص المولود من غير علاقة شرعية أو الذي لم يصدر إقرار ببنوته)، لذا فإنه من باب أولى أن يشمل والد المولد بعلاقة شرعية، مادام النظام القانوني السوداني قد منح الجنسية الأصلية بالميلاد للمولد من أم سودانية ولو نتج عن علاقة غير شرعية، وكذلك الحال لمجهول الوالدين الذي مُنح الجنسية السودانية على الرغم من أن أبويه مجهولان فكيف بمن كان أحد أبويه معلوماً وحاملاً للجنسية السودانية، وأقام أصول ذلك الوالد من جهة الأب في السودان في التاريخ الذي اشترطه قانون الجنسية ١٩٩٤م.

= (٢) يكون الشخص المولود بعد سريان هذا القانون سودانياً بالميلاد وقت ميلاده.

(٣) يكون الشخص الذي يولد لأبوين سودانيين بالتجنس سودانياً بالميلاد إذا كان الأبوان قد حصلا على الجنسية السودانية بالتجنس قبل ميلاده).

[١] المادة ٢/٣ تفسيرات من قانون الجنسية السوداني ١٩٩٤م.

٢- القاصر الذي وجد أو يوجد مهجوراً من والدين مجهولين[١]، وهذه الفقرة مما يحسب للنظام القانوني السوداني مُنح الجنسية الأصلية بالميلاد للقاصر مجهول الوالدين حتى يبلغ سن الرشد[٢] وهي حسنة من حسنات النظام القانوني السوداني، يظهر فيها البعد الإنساني له، إلا أنه يعاب عليه أنه لم يبين مصير جنسية القاصر مجهول الوالدين بعد بلوغه سن الرشد فهل تسقط عنه؟ أم يتم سحبها؟أم يظل مجهول الوالدين متمتعاً بها، ويظهر مادام النظام القانوني السوداني قد حدد حالات سحب الجنسية وإسقاطها ولم يدرج فيها بلوغ القاصر سن الرشد، فيظل مجهول الوالدين متمتعاً بها إلى أن تسحب منه أو يتم إسقاطها بإرادة منه أو بقرار من وزارة الداخلية السودانية[٣] فالأصل بقاء ما كان على ما كان عليه ما لم يقم الدليل على خلافه[٤].

أما الجنسية بالتجنس او ما تسمى بالجنسية الطارئة او الاحقة فقد منحها القانون للأجنبي بعد توافرشروط محددة وهي[٥]:

أ- كمال الأهلية أي بلوغ سن الثامنة عشر.

ب- الإقامة بالسودان لمدة خمس سنوات أو أكثر.

ج- عدم إدانته أو الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف والأمانة.

د- أداء يمين الولاء بالصيغة الواردة في القانون.

هـ - بلوغ سن الرشد.

---

[١] المادة ٥ من قانون الجنسية السوداني ١٩٩٤م.

[٢] المادة ٣/٣ تفسيرات من قانون الجنسية السوداني ١٩٩٤م: (يقصد به الشخص البالغ سن الرشد اذا أكمل ١٨ عاماً ويكون كامل الأهلية إذا كان سليم العقل).

[٣] تراجع في ذلك المواد ١٠-١١من قانون الجنسية السوداني ١٩٩٤م.

[٤] المادة ٥/هـ من قانون الإثبات السوداني ١٩٩٤م. (الأصل فيما ثبت بزمان بقاؤه على ما كان عليه لزمن معقول، والبينة على من يدعى زواله أو تحوله).

[٥] يراجع في ذلك المادة ٧ من قانون الجنسية السوداني ١٩٩٤م.

كما يجوز أن تمنح الجنسية بالتجنس لأي أجنبي، و لو لم يكن مقيماً في السودان بقرار من رئيس الجمهورية دون توافر تلك الشروط[1] أو للنساء الأجنبيات المتزوجات من زوج يحمل الجنسية السودانية بالميلاد أو بالتجنس[2]، وكان من الأفضل تقييد سلطة رئيس الجمهورية في منح الجنسية بضوابط وقيود على الأقل اشتراط أداء خدمة نافعة للبلد أقوى مظهر من مظاهر الولاء حتى لايسيء أستخدامها لأن هذا التجنس، قد أساءت بعض الدول استعمال هذا السبب لغرض تغيير التركيبة السكانية لمجتمعاتها المحلية، فالدولة تمنح جنسيتها هنا دون أن تتقيد بشروط التجنس المنصوص عليها في قوانينها، كما لو أدوا إلى الدولة خدمات جليلة أو عادت بنفع كبير على البلاد او ذات شأن او استثنائية.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق في النظام القانوني السوداني على المنازعات ذات العنصر الأجنبي

يعالج القانون السوداني مسألة تنازع القوانين بوضع قواعد إسناد تحيل الحل إلى القانون الأجنبي الأكثر ملاءمة للنزاع ويستخدم عدة ضوابط للإسناد كالموطن ومكان الوجود أو النشوء وطبيعة النزاع، لذا فإن هذا المطلب يتطلب بيانها ليستقراء منها موقف النظام القانوني السوداني دون الخوض في شرحها وتحليلها أو التعليق عليها

---

[1] يراجع في ذلك المادة ٩ من قانون الجنسية السوداني ١٩٩٤م.

[2] المادة ٨ من قانون الجنسية السوداني ١٩٩٤م: (يجوز للوزير أن يمنح شهادة الجنسية السودانية بالتجنس لأية امرأة أجنبية تقدم طلبا بالشكل المقرر وتثبت للوزير أنها:

(أ) زوجة لسوداني وفقا لأحكام قوانين السودان.

(ب) أقامت بالسودان مع زوجها السوداني لمدة سنتين على الأقل من تاريخ تقديم الطلب على أنه يجوز لرئيس الجمهورية بناء على توصية الوزير إعفاؤها من أحكام هذه الفقرة إذا كانت قد أقامت بالسودان مع زوجها السوداني لمدة سنتين على الأقل قبل تاريخ تقديم ذلك الطلب مباشرة).

لأن الهدف من الدراسة هو بيان موقف النظام القانوني السوداني واستقرائه من خلال تقسيمها إلى عدة مجموعات.

يعتمد النظام القانوني السوداني نظام الإحالة إلى القانون الأجنبي أو الوطني الأكثر ملاءمة للنزاع في تقديره عن طريق قواعد إسناد تضمنها قانون المعاملات المدنية السوداني ١٩٨٤م، ويستعين في سبيل ذلك بعدة أدوات ووسائل هي الإحالة والتفويض والتكييف[١]، يمكن استقراؤها على النحو التالي:

المجموعة الأولى: الجنسية كضابط للاختصاص التشريعى فيطبق قانون جنسية الخصوم أو أحدهما وعند تعذر تعينها بالنسبة لمجهولي ومتعدديها فإن المحكمة تتولى تعيين القانون الذي يجب تطبيقه عليهم[٢]، غير أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية السودانية وجنسية دولة أجنبية أخرى فان القانون السوداني هو الذي يجب تطبيقه[٣].

وكذلك يطبق على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم بالنسبة للتصرفات المالية التي تعقد في جمهورية السودان وتترتب آثارها فيه[٤] غير أنه إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته[٥].

المجموعة الثانية: الموطن كضوابط للاختصاص التشريعى فيسرى على النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلى، فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في السودان فان القانون السوداني هو الذي يسرى[٦]، أما

---

[١] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٠/١٥/١٦-١من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[٢] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٤ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[٣] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٤ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[٤] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١/١١من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[٥] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ٢/١١ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[٦] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ٢/١١ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

بالنسبة للزواج وصحته فيرجع في الشروط الموضوعية الورادة في قانون كل من الزوجين[1]، ويعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وسوداني من حيث الشكل صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين[2].

ويسرى قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد العقد على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال[3]، كما يسرى على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت رفع الدعوى غير أنه إذا كان أحد الزوجين سودانياً وقت انعقاد الزواج، يسرى القانون السوداني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج[4].

ويطبق في شأن الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون البلد التي ينتمي إليها المدين بجنسيته المدين بها[5].

المجوعة الثالثة: محل وجود المال كضابط للاختصاص التشريعى فيسرى على مسائل الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت فإنه يسرى عليها قانون المورث والموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته[6].

أما بالنسبة لشكل الوصية فان قانون الموصى وقت الايصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت هو الذي يحكم مسألة صحة الشكل[7].

---

[1] ينظر في ذلك أحكام المادة ٣/١١ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[2] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ٧/١١ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[3] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ٥/١١ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[4] ينظر في ذلك أحكام المادة ٢/١١ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[5] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ٨/١١ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[6] ينظر في ذلك أحكام المادة ٦/١١ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[7] ينظر في ذلك أحكام المادة ٩/١١ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

وبالنسبة لمسائل الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى يسرى عليها قانون موقع العقار المتنازع على حيازته أو ملكيته[1]، وكذلك الشأن بالنسبة العقود التي أبرمت في شان العقار، وفيما يخص المنقول فانه يطبق بشأنه قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها[2].

وفيما يتعلق بالالتزامات التعاقدية فأن القانون السوداني يحيل الحكم فيها إلى قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، كل هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك[3]، وكذلك يحيل القانون السوداني الحكم في جميع العقود التي تنعقد ما بين الأحياء بالنسبة لشكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن أحالتها إلى القانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك[4]، ويسرى بالنسبة للالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام[5]، أما بالنسبة للالتزامات الناشئة عن الفعل الضار والوقائع المكونة له والتي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في السودان وان كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه[6].

المجموعة الرابعة: طبيعة النزاع كضابط للاختصاص التشريعي بالنسبة لإجراءات الدعوى وفيما يتعلق بقواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي فأنه يسرى عليها قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات[7].

---

[1] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٠/١ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[2] ينظر في ذلك المادة ١٢/١١ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[3] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٣/ أ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[4] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٣/ج من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[5] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٤/أ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[6] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٤/ب من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[7] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٥ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

أما في حالة عدم وجود نص في قانون المعاملات المدنية١٩٨٤م، فانه تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بأحوال تنازع القوانين عند الأمم المتدمنة الإنه إذا وجد نص في قانون خاص[١]، أو في معاهدة دولية نافذة في السودان فإنه يقدم على الأحكام السابقة التي وضعها النظام القانوني السوداني في قانون المعاملات المدنية ١٩٨٤م[٢] بشرط عدم التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام أو الآداب في السودان[٣].

أما بالنسبة لأدوات فض التنازع أو حلها يأخذ النظام القانوني بالإحالة القريبة من الدرجة الإولي أضافة إلى التكيف والتفويض فإذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه الا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص[٤]، واذا ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة منها يجب تطبيقها[٥]، بالنسبة للتكيف فأن لقانون المعاملات المدنية١٩٨٤م هو المرجع في تكييف العلاقات المدنية عندما يطلب تحديد نوع العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين[٦] ومن ثم تحديد ضابط الإسناد لمعرفة القانون الواجب تطبيقه عليها.

مما يعنى أن النظام القانوني السوداني لم يأخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية السابقة الإشارة إليها بحل مسائل التنازع والتزاحم بين قانون أكثر من دولة متضمن عنصراً أجنبياً من القواعد الموضوعية في الشريعة الإسلامية نفسها، وفي غياب مذكرة تفسيرية لقانون المعاملات المدنية ١٩٨٤م الذي تضمن قواعد تنازع القوانين في النظام القانون السوداني يصعب الوقوف على المدرسة الذي أستمد منها قواعد حل تنازع القوانين.

---

[١] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٣ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[٢] ينظر في ذلك أحكام المادة ١٢ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[٣] ينظر في ذلك أحكام المادة ١/١٦ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[٤] ينظر في ذلك أحكام المادة ٢/١٦ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[٥] ينظر في ذلك أحكام المادة١٥ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

[٦] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٠ من قانون المعاملات المدنية لسنة١٩٨٤م.

المطلب الثالث

الموضوعات التي يخضع فيها الأجنبي للقضاء السوداني

يتضمن هذا المطلب بيان الحالات والموضوعات التي يخضع فيه الأجنبي للقضاء السوداني ويختص القضاء السوداني بنظرها لبيان وتحديد موقف ولتسهل مقارنة ماجاء فيه بما قرره فقاء الشريعة الإسلامية دون الخوض في شرحها وتحليلها ونقدها لأنها ليست مقصودة بالذات في هذه الدراسة.

حدد الإجراء ات المدنية١٩٨٣م الموضوعات التي يخضع فيها غير السوداني مسلما كان أو ذمياُ وهذه الموضوعات يمكن تقسيمها إلى عدة مجموعات على النحو التالي:

المجوعة الأولى: حسن إداء العدالة كظابط للاختصاص القضائى في الحالات التالية:

١/ إذا كان المدعى عليه يحمل الجنسية السودانية فيجوز رفع الدعوى عليه أمام القضاء السوداني مالم يتعلق موضوع الدعوي بعقار موجود خارج السودان[١]

٢/ الأجنبى لذى له موطن أو محل اقامة في السودان، فيما عدا الدعاوي المتعلقة بعقار خارج السودان[٢].

٣/ النزعات المتعلقة بعقار أو منزل موجود في السودان ترفع على الأجنبى الذي لا موطن أو محل اقامة له، وكذلك النزعات المتعلقة بالتزامات نشأت أو نفذت أو كانت واجبة التنفيذ في السودان أو المتعلقة بإفلاس أشهر أو عن أفعال وقعت في السودان[٣].

٤/ النزاعات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية فيجوز رفعها على الأجنبي حتي لو لم يكن له موطن أو محل أقامة في السوادن في الأحوال الآتية[٤]:

---

[١] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ٧ من قانون الإجراءات المدنية لسنة١٩٨٣م.

[٢] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ٨ من قانون الإجراءات المدنية لسنة١٩٨٣م.

[٣] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ٩ من قانون الإجراءات المدنية لسنة١٩٨٣م.

[٤] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٠ من قانون الإجراءات المدنية لسنة١٩٨٣م.

أ/ النزعات المتعلقة بطلب فسخ زواج أو بالتطليق أو الانفصال موطن في السودان وقت رفع الدعوي وأن يكون للزوج موطن فيه متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال أو كان قد أبعد من السودان.

ب/ النزعات المتعلقة بطلب نفقة الصغير المقيم في السودان أو لأحد الأبوين أو للزوجة متى كان لهما موطن فيه.

ج/ النزعات المتعلقة نسب صغير يقيم في السودان أو لسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها.

د/ النزعات المتعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعى سودانيا أو كان أجنبيا وذلك إذ النزعات المتعلقة ا لم يكن للمدعى عليه موطن معروف في الخارج أو كان القانون السوداني هو الواجب التطبيق في الدعوى.

هـ/ النزعات المتعلقة بمسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه موطن أو محل اقامة في السودان أو كان السودان آخر موطن أو محل إقامة للمطلوب الحجر عليه.

٥/ إذا تعدد المدعى عليهم الأجانب وكان لأي منهم موطن أو محل اقامة في السودان[١].

٦/ النزعات المتعلقة بالارث والتركات متى كان السودان آخر موطن للمتوفى أو كان الموروث سودانياً أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في السودان[٢].

المجوعة الثانية: منطق الخصومة كظابط للاختصاص القضائى في حالة قبول المدعى عليه صراحة أو ضمناً لاختصاص لمحاكم السودان ولو لم يكن موضوع الدعوى داخلاً في اختصاصها ولا يجوز للمحاكم السودانية أن تقضى المحكمة بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها[٣]، كما تختص المحكمة كذلك بنظر في المسائل الأولية

[١] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١١ من قانون الإجراءات المدنية لسنة١٩٨٣م.

[٢] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٢ من قانون الإجراءات المدنية لسنة١٩٨٣م.

[٣] ينظر في ذلك إلى أحكام المادة ١٣ من قانون الإجراءات المدنية لسنة١٩٨٣م.

والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بتلك الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيهاجنب إلى جنب مع موضوع الدعوى[1].

مما يفهم منه أن النظام القانوني السوداني قد أخذ برأي الجمهور السابقة الإشارة إليها في أن تصرفات التي تقع من مواطني الدولة الإسلامية (مسلماً كان أم ذمياً) وكذلك الأجنبي (الحربي- والمستأمن) ترتب آثارها إينما وقعت أو أنعقدت[2]، مما يعني كذلك أن النظام القانوني السواني يأخذ برأي الجمهور من الحنفية (أبو يوسف ومحمد وزفر) أنه لا يشترط للاختصاص الشريعة الإسلامية بحكم النزاع يكون أحد أطرافه أجنبياً، ترافع الخصمان ليثبت الاختصاص للشريعة الإسلامية فمتى ما جاء أحد الخصوم إلى القاضي المسلم إنعقد الاختصاص، وبالتالي فإن رضاه يتعداه إلى رضا الخصم الآخر كما إذا أسلم أحدهما[3]، كما أن يعرض عن الحكم بين غير السودانيين في خلاف الأحوال السابق ذكرها وهذا الإعراض ليس له مرجعية مستندة إلى الشريعة الإسلامية، لأن أحواله تتباين من الأحوال التي بينها فقهاء الشريعة الإسلامية في تفسير قوله تعالى: ﴿.. فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [4] على القول بعدم نسخها بقوله تعالى: ﴿.. وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾[5]فالإعراض عن الحكم بين غير المسلمين جاء في الشريعة الإسلامية في حالة كون الخصوم ليسا مسلمين وان كاناً ذميين على خلاف بين الفقهاء،ليس بسبب كون المال أو محل نشوء الإلتزام أو تنفيذه خارج حدود الدولة.

---

[1] المادة ١٥ من قانون الإجراءات المدنية لسنة١٩٨٣م.

[2] راجع صفة (٢٣) من البحث.

[3] راجع صفة (٢١) من البحث.

[4] سورة المائدة

٥ سورة المائدة

خاتمـــــــــــة

أولاً: أهم النتائج:

توصلت الدراسة إلى النتائج التالية:

١. يتضح من خلال ما نوقش في المطالب السابقة أن الشريعة الإسلامية عالجت المسائل القانونية والمراكز القانونين والتي تعتبر من موضوعات القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) بقواعد موضوعية مستمدة من الشريعة الإسلامية نفسها، ولم تضع لها قواعد أسناد تحيلها إلى قوانين أجنبية بأعتبارها الأنسب لحكم الأفكار المسندة ليضع لها أحكام موضوعية تحسم النزاع وتقطع الخصومة مهما أختلف جنسية الخصوم أو محل أقامتهم أو محل نشوء الإلتزام أو الاتفاق على تنفيذه.

٢. أن الشريعة الإسلامية شريعة عامة في حق جميع البشر يلزم تطبيقها على الجميع إينما كانوا أو كانت جنسيتهم ومادم تطبيقها ممكناً داخل حدود الدولة الإسلامية، وإذا كانت بعض القضايا التي تخص الأجانب في الدولة الإسلامية (المستأمنون)، أو حتى غير الإجانب (الذميون) تتطلب مراعاة الإعتقاد الديني لهم فأن الشريعة الإسلامية نفسها تراعي ذلك دون أي إلزام عليها أو مجاملة[١].

٣. أن الشريعة الإسلامية لا تعترف بأية شريعة، أو قانون آخر إلا في الحدود المذكورة التي راعتها الشريعة الإسلامية مما يدل على عموميتها في حق الناس كافة ما لم يتعذر تنفيذها بسبب انعدام الولاية فالشريعة الإسلامية جاءت بقواعد موضوعية تحكم مسائل الأحوال الشّخصية لغير المسلمين ولم تنص قواعد أحاله، أو إسناد مثل أي قانون غيرها وهو ما يسمي في الأنظمة الحديثة بتنازع القوانين والشرائع سواء أكان هذا التنازع داخلياً، أم دولياً في حكم مسائل الأحوال الشّخصية لغير المسلمين فهي تقوم على وحدة القانون المطبق على أراضيها، خلافاً للقوانين

[١] ينظر في ذلك إلى أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام،عبد الكريم زيدان،ص٥٩٣.

الوضعية والتي تضع قواعد إسناد لتدل على القانون الواجب التطبيق على القضايا ذات العنصر الديني.

٤. إن قاعدة ترك غير المسلمين وما يدينون به ليست قاعدة إسناد تراعى الاعتقاد الديني عند غير المسلم أو تلزم القاضي المسلم أن يفسح لشرائعهم المجال لحكم العلاقة موضوع النزاع ولا تعني أكثر من أن ألا يتعرض لهم القاضي المسلم فيما يدينون به ما لم يترافعوا إليه، وفي هذه الحالة يكون الحكم بأحكام الشريعة الإسلامية وفي المدى الذي راعاه الإسلام في مسائل صحة النكاح وفرقه والتصرفات التي تقع منهم على الخمر والخنزير، وفي كل الأحوال فأن القاعدة المذكورة ليست سوى قاعدة إجتهادية وغير متفق عليها عند أغلب المذاهب الفقيهة الإسلامية يجب فهمها في ظل الآراء المتقدمة والمناقشة السابقة، والتي لا تدل على الوجوب أو حتى الأباحة في تطبيق قوانين دولة أجنبية.

٥. يقترب كذلك أتجاه النظام القانوني السوداني مع رأي الجمهور في أن تصرفات التي تقع من مواطني الدولة الإسلامية (مسلمين أم ذميين) وكذلك الأجنبي (الحربي- والمستأمن) ترتب آثارها إينما وقعت أو أنعقدت ويقترب كذلك أتجاه النظام القانوني السوداني مع أتجاه جمهور الفقهاء السابقة الإشارة إليها في أن تصرفات التي تقع من مواطني الدولة الإسلامية (مسلماً كان أم ذمياً) وكذلك الأجنبي (الحربي- والمستأمن) ترتب آثارها إينما وقعت أو أنعقدت.

ثانياً: أهم التوصيات:

١. مراجعة أحكام تنازع القوانين الواردة في قانون المعاملات المدنية١٩٨٤م ليتسق القانون مع الشريعة الإسلامية خاصة وأنه صدر بعد قانون أصول الأحكام١٩٨٣م خاصة في قواعد الإسناد والإحالة والأفكار المسندة وضوابط الإسناد والقوانين المسند إليها.

٢. الدراسة المتعمقة لموقف الشريعة الإسلامية من الموضوعات والمسائل القانونية وعدم التسرع بنقل أحكام القوانين الأجنبية التي تتقاطع مع الشريعة الإسلامية في أمور جوهرية.

٣. تقيد سلطة رئيس الجمهورية في منح الجنسية بالتجنس بتوافر شروط وضوابط أهمها اداء خدمة نافعة للبلد لأن ذلك من مظهر من اقوى مظاهر الولاء للأمة وللبلدن والتاكد من مدى أنصهار الأجنبي في النسيج الاجتماعى، وأن لايؤدي منح تلك الجنسية إلى تغيير الطبيعة السكانية للبلد ، فإحترام الدولة لشروط منح الجنسية يحفظ لجنسيتها الممنوحة قيمة فعلية متحركة عالميا لانها تعكس الجنسية بجانبيها الواقعي والقانوني.

٤/ الحقوق الأساسية للطفل في ظل المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية (رؤية معاصرة)

إعداد / د. محمد بابكر محمد مالك

مقدمة :

تمت إثارة الكثير من القضايا التي تخص حماية الطفل وبعد مراجعة السوابق اتضح جلياً أن الطفل يحتاج إلى المزيد من الرعاية والحماية القانونية والاجتماعية والتربوية والاقتصادية فنتيجة لذلك تمخض قانون الطفل ٢٠١٠م وذلك استجابة للتطورات الدستورية بعد التوقيع على اتفاقية السلام وإجازة الدستور الانتقالي لعام ٢٠٠٥م والتعديلات القانونية والتزامات السودان الدولية التي اقتضت تضمين نصوص القانون مبادئ هذه الاتفاقيات، والسودان من بين الدول التي اهتمت بالطفولة والأسرة وكل المسائل المتعلقة بذلك وكيفية تحديث آليات الحماية لضحايا هذه الجرائم والعقوبات الرادعة للذين يرتكبونها، لأن جنوح الأحداث ظاهرة اجتماعية خطيرة وتستوجب الاهتمام من الدولة والمجتمع والأسرة.

ويهدف القانون الجديد إلى تحقيق العناية المثلى في التربية من خلال تشريع حضاري يراعي الاتفاقيات الدولية ويراعي القوانين والتشريعات النافذة، وقد استمد القانون مشروعيته من دستور السودان الانتقالي لسنة ٢٠٠٥م في المادة (٣٢) والتي تحمي الأمومة والطفولة وحقه في الجنسية والرعاية الصحية والتعليم والتثقيف والرعاية الاجتماعية والأمان الشخصي والحماية من جميع صور الاعتداءات الجنسية والجسدية والإهمال التربوي.

وقد نص القانون الجديد لعام ٢٠١٠م على آليات جديدة لتوفير الحماية للطفل كتحديد ورفع سن المسؤولية الجنائية، الرقابة الاجتماعية واللجان الاجتماعية ودور الشباب والفئات وجميع وسائل التبليغ عن الانتهاكات التي ترتكب ضد الطفل وأهم

ما ذهب إليه القانون سيادة أحكام قانون الطفل على أي قانون آخر عند التعارض مما يعني أفضلية نصوص قانون الطفل.

وسوف أقوم بالمناقشة في هذا البحث المتواضع لمحور حماية الطفل والمحاكمات العادلة وسبل توفير الرعاية الاجتماعية والصحية والتعليمية وكيفية تثقيفه وحظر استخدامه في العمالة الشاقة والأعمال العسكرية والأعمال الإباحية وسبل الاهتمام بالأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة والأجهزة العدلية والشرطية والقضائية والاتفاقيات الدولية لتوفير الحماية له.

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية هذا البحث في كونه مساهمة نظرية وعملية تبرز جمال وجلال الشرع الحنيف، وعدالته الكاملة في تماثلها مع الطفل وإعطائه كافة حقوقه في شتى المجالات، ومن ثم فالمستفيد الأول هو الطفل، ثم الوالدان أو من يقوم بحق الكفالة، كما له من حق في حفظ هذه الحقوق التي يترتب عليها ثواب وعقاب صوناً للمجتمع بأكمله.

موضوع البحث:

يدور هذا البحث حول الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية للطفل وحثت كل مسؤول عنه على حفظها ومراعاتها وعدم تضييعها، لئلا يؤثر ذلك على حياة الطفل ومستقبله.

منهج البحث:

لما كانت طبيعة البحث تحدد للباحث نوع المنهج الذي يستخدمه فإن المنهج الاستنباطي هو المنهج المناسب لهذا البحث، حيث إن هذا المنهج يعمل على استخدام مبادئ ومفاهيم وأساليب الشريعة الإسلامية ومن ثم بلورتها وعرضها للوالدين في صورة ميسرة ليحسن كل منهما القيام بحقوق الطفل على الوجه الذي أمر الله به.

كما استخدمنا في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي الذي يصف ما هو كائن ويفسره "ويعمل على تحديد الخلافات بين الوقائع والممارسات الشائعة والاتجاهات المختلفة عند الجماعات، إلى جانب المقارنة مع الوصف[1].

والنقد مع التحليل، ليظهر حق الطفل واضحاً كما دعت إليه الفطرة وقدرته الشريعة الإسلامية.

هدف البحث:

من خلال فصول هذا البحث نحاول أن نصل إلى عدد من الأهداف منها:

١- توضيح نظرة الشريعة الإسلامية إلى الطفل.

٢- بيان الحقوق التي حفظتها الشريعة الإسلامية للطفل.

٣- إبراز دور الوالدين النظري والعملي في رعاية هذه الحقوق.

هيكل البحث:

قسمنا هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد وتناولنا فيها مفهوم الطفل وحقوقه من الناحية الشرعية والقانونية، ثم قمنا بتقسيم البحث إلى أربعة فصول.

الفصل الأول: حقوق الطفل قبل النطفة

وينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: حكمة الزواج فيما يخص الطفل.

المبحث الثاني: شروط اختيار الزوجة.

الفصل الثاني: المساعي الدولية في مجال حقوق الطفل:

وينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: المنظمات الدولية.

المبحث الثاني: منظمات ونشاطات دولية لحماية الطفولة.

الفصل الثالث: المواثيق الدولية:

---

[1] د. جابر عبد الحميد، وأحمد خيري كاظم، مناهج البحث في التربية وعلم النفس، ص ١٢٦.

وينقسم إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ميثاق حقوق الطفل العربي.

المبحث الثاني: الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل.

المبحث الثالث: الميثاق الأوربي.

الفصل الرابع: التجربة السودانية في مجال حماية الطفل:

وينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: أسباب تزايد معدل الجريمة.

المبحث الثاني: اختصاصات شعبة حماية المرأة والطفل.

الخاتمة وفيها أهم النتائج التي توصل إليها الباحث والتوصيات.

تمهيد

أولاً: مفهوم الطفولة:

أ/ معناها اللغوي:

الطفل بكسر الطاء المشددة: الولد حتى البلوغ[٢]، أو الصغير في كل شيء أو الجزء منه عيناً كان أو حدثاً[٣]، فتستعمل لصغير الإنسان والحيوان وللجزء منه الجمادات وتستعمل للواحد والجمع[٤]وجمعها: أطفال ففي التنزيل قوله تعالى: (وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا) (سورة النور : الآية ٥٩).

وقد يستوي فيه المذكر والمؤنث والجمع، قال تعالى: (ثم نخرجكم طفلاً) (سورة الحج، الآية ٥) فقال تعالى: (سورة النور، الآية ٣١) والمولود والصغير من أولاد الناس والدواب يقال: أطفلت المرأة أو الظبية إذا كان معها ولد طفل[٥].

---

[٢] عبد السلام هارون وآخرون، المعجم الوسيط، ص ٥٦٦.

[٣] ابن منظور، لسان العرب (٢٦٨١/٤) والمعنى يطلق على الشاهد والخاص في كل شيء، القاموس المحيط (٢٥١/٤)..

[٤] الفيروزآبادي، القاموس المحيط (٧/٤).

[٥] عبدالسلام هارون وآخرون، المعجم الوسيط (طفل)، ص ٥٦٦.

ب/ معناها الزمني:

من الممكن أن نحدد مدة الطفولة من التأويل في قوله تعالى: (يا أيها الذين أمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء) (سورة النور، الآية ٥٨).

والحلم هو زمان البلوغ : فلما كان الطفل غير عاقل وغير مميز أباح له الله عز وجل الدخول في كل الأوقات عدا الأوقات المذكورة فقط.

ولكن إذا بلغ الطفل مبلغ الرجال واحتلم وهذا يؤكد أن الاحتلام نهاية مرحلة الطفولة فيأخذ حكم الرجال في الاستئذان في كل الأوقات، قال تعالى: (وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) (سورة النور، الآية ٥٩).

على هذا تكون البداية الزمنية للطفولة بعد الولادة مباشرة وتكون نهايتها مع احتلام الصبي وبلوغه مبلغ الرجال.

ثانياً: أهمية الطفولة:

في نوفمبر سنة ١٩٨٩م بدأ الاهتمام بالطفل عالمياً على يد منظمة الأمم المتحدة عندما وافقت على عقد اتفاقية حقوق الطفل، لكن هذه الاتفاقية لم تنفذ إلا في عام ١٩٩٠م[٦]، حيث ذهبت هذه الاتفاقية منادية بحقوق الطفل في نموه الجسماني والعقلي والاجتماعي، كان الإسلام منذ ألف وأربعمائة سنة قد كفل بعظمته وشموله كل حقوق الطفل وواجباته، لأن الأطفال هم الطاقة المحركة للمجتمع في المستقبل، لأن مستقبل الإنسان مبني على مرحلة طفولته إيجاباً وسلباً، أيضاً أن مستقبل المجتمع مرتبط بالعناية بأطفاله، فهم مصدر التقدم وهم مركز أمل المجتمع وتطلعاته، والعناية المتكاملة بأطفال المجتمع هي الخطوة المتخذة في بناء مستقبل المجتمع[٧].

---

[٦] لسان العرب (٢٦٨٢/٤) .

[٧] راجع : علي عليوة " حقوق المرأة والطفل بين الحقيقة والادعاء "، مجلة البيان لندن عدد ١٦٥، ص ٥٤-٥٥ .

الفصل الأول

حقوق الطفل قبل النطفة

المبحث الأول: حكمة الزواج فيما يخص الطفل:

إن الزواج فطرة إنسانية فطر الله الناس عليها، وذلك ليحفظ به النسل وليس به الأرض، ويحفظ عن طريقه لكل طفل نسبه إلى أبيه وحقوقه في الميراث والنفقة وغير ذلك.

ومن حكمة الزواج أيضاً أنه يطهر المجتمع من الفاحشة والتي نتج عنها كثر من الأطفال المتشردين اللقطاء الذين لا ينعرف لهم نسب، تأويهم الملاجئ بلا أب شفيق ولا أم حنون، وذلك فالزواج بوصفه سنة شرعية قد حفظ للطفل حقه في الحياة الكريمة بين أقرانه، ولا يخفى علينا ما يعانيه شخص لا يعلم نسبه فيكون في حالة نفسية مضطربة فضلاً عن هدر كرامته كإنسان.

لذلك على الزوجين التعاون فيما بينهما لتربية أبنائهما التربية الصحيحة ولا يخفى ما في هذه الأحاسيس والعواطف من أثر كريم ونتائج طيبة في رعاية الأبناء والسعي على مصالحهم، والنهوض بهم نحو حياة مستقرة هادئة ومستقبل مشرق[٨].

حكم الزواج وارتباط ذلك بحقوق الطفل:

لما كان الزواج هو الخطوة الأولى والسبب الرئيسي في وجود الطفل، فقد حرص الشرع على أن يبين حكم هذا الأمر الذي بسببه يوجد الطفل في هذه الحياة[٩].

وقد اختلف الفقهاء حول الزواج من ناحية حكمه الفقهي، فمنهم من قال بوجوبه، ومنهم من قال بإباحته، ومنهم من قال بندبه، والقول الثالث هو الراجح وبه قال الجمهور من فقهاء الشريعة الإسلامية من المذاهب الإسلامية المختلفة، واستدلوا على هذا ببعض الأدلة نذكرها فيما يلي:

---

[٨] عبدالله علوان، تربية الاولاد في الاسلام (٢٩/١).

[٩] انظر: د. عبدالكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم، ص ٣٣-٣٤.

١- قول الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث الثلاثة رهط ورده على من أراد التبتل، قال: "وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني"[١٠].

٢- قال النبي صلى الله عليه وسلم فضل الصحابة رضي الله عنهم أجمعين. ولا يشغل النبي والصحابة إلا بالأفضل، ولا تجتمع الصحابة على ترك الأفضل والانشغال بالأدنى.

٣- حديث النبي صلى الله عليه وسلم "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطيع فعليه بالصوم، فإنه له وجاء"[١١]، والباءة: هي القدرة على تكاليف الزواج وإقامة البيت، والقدرة على الجماع أيضاً.

فيفهم من الحديث أن الأصل من النكاح الندب، وليس الوجوب، لأن صيغة الأمر كما تأتي للوجوب تأتي لغيره كالندب إذا دلت القرينة على إرادة الندب، لأن النكاح هو نهج الأنبياء فيكون هو المرغوب فيه، ويكون الإعراض عنه إعراضاً عما هو مندوب إليه شرعاً.

حق الطفل في تخير:

وبعد أن عرفنا حكمة الزواج نعرض للشروط التي بمقتضاها يختار الزوج زوجته على اعتبار أن الأب هو الذي يختار أم الطفل، فقد روي أن رجلاً جاء إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه يشكو إليه عقوق ابنه فأنب عمر الولد على عقوقه لأبيه، فقال الابن: يا أمير المؤمنين أليس للولد حقوق على أبيه؟ قال: بلى. قال: فما هي يا أمير المؤمنين؟ قال: أن ينتقي أمه، ويحسن اسمه، ويعلمه القرآن.

فقال الابن: يا أمير المؤمنين إنه لم يفعل شيئاً من ذلك، أما أمي فإنها زنجية كانت لمجوسي، وقد سماني جعراناً، ولم يعلمني في الكتاب حرفاً واحداً فالتفت أمير المؤمنين إلى الرجل، وقال: أجئت إليَّ تشكو عقوق ابنك، فقد عققته قبل

---

[١٠] أخرجه البخاري في أول كتاب النكاح (٥٠٦٣)، ومسلمأيضاً النكاح، باب استحباب النكاح لمن تأقت نفسه إليه .

[١١] أخرجه البخاري في النكاح، باب من استطاع الباءة فليتزوج (٥٠٦٥)، وفي مواضع أخذ في صحيحه، ومسلم كذلك (١٤٠٠٢)

يعقك، وأسأت إليه قبل أن يسيء إليك[١٢]، وفي هذا إشارة إلى أن أخلاق الأم تنعكس على أخلاق الولد.

المبحث الثاني: شروط اختيار الزوجة:

وضعت الشريعة الإسلامية للرجال شروطاً للزوجة الصالحة وفيما يلي نستخلص هذه الأوصاف:

أولاً: الدين:

إن الدين هو الحصن الحصين الذي يحفظ للرجل زوجته، فإن كانت الزوجة ذات الدين، فهي حرية بأن تنكح وتزوج، فتقر بها عين زوجها ويأتمنها على نفسها فتحفظها، وعلى ماله فتحفظه، وعلى أولاده فترعاهم.

وكم من فضيلة يزرعها الأب في نفوس أبنائه، فإذا غاب عن البيت عملت الأم بجهلها على قلع هذه الفضيلة والقضاء عليها، فترى الأب مثلاً يحرص على صلاة أبنائه.

ثانياً: النسب:

النسب من الأمور المهمة التي تخص الولد[١٣] في المقام الأول قبل أن تخص غيره من الأبوين، وذلك لأن الوراثة لا يحددها الأبوان فقط بل إن الطفل يرث من جدوده وآباء جدوده، وهكذا فيأخذ من كل طبقة من هذه الأجيال قدراً من الصفات والعمات فهو مرتبط بإسلافه.

ثالثاً: السن:

من واجب الزوج اختيار الزوجة المناسبة الصحيحة جسمياً وعقلياً حتى تتمكن من إنتاج رجال أقوياء في كل شيء، كما قال رسول الله ﷺ: (المؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف)[١٤].

---

[١٢] انظر: د. محمد عقلة، تربية الأولاد في الإسلام، ص ٢٠.

[١٣] المقصود بكلمة الولد: المولود ذكراً أو أنثى، كما أن الأبن أو الطفل يقصد به أيضاً الذكر والأنثى اصطلاحاً.

[١٤] أخرجه مسلم في القدر (٥٢٠١٥-٥٢١).

ومن أجل هذا فقد اعتنى الإسلام بحسن اختيار الأم في سنها وجسمها بحيث تكون خالية من الأمراض المنفرة التي تنتقل إلى الأطفال بالوراثة.

رابعاً: الجمال:

إن النفس الإنسانية تميل بفطرتها إلى الشيء الجميل وتهفو إليه لأنها غالباً ما تجد فيه ما يروقها ويسهدها، ولما كان الجمال باعثاً للسرور ومزيلاً للأحزان، فقد تناقل الناس حكماً وأمثالاً تثني على كل جميل، منها ثلاثة يذهبن الحزن: الماء والخضرة والوجه الحسن[١٥].

ولذلك فمن حق الولد على أبيه أن يختار له أماً جميلة في الخلق، لأن هذا الجمال سوف يرثه الولد بعد ذلك ذكراً أو أنثى، ويكون مراعاة لحياة سعيدة وعيشة راضية.

خامساً التفرغ:

إن من أهم حقوق الطفل على والده أن يختار له أماً تتفرغ لرعايته وتربيته ولا بد من مرافقة الأم والأب لابنهما لأن هذا يجلب الطمأنينة والحنان للطفل، ونقصد بكلمة التفرغ أن يكون عمل المرأة الرئيسي تدبير البيت ورعاية الأولاد فلا يشغلها عن ذلك شاغل أياً كان ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (المرأة راعية على بيت زوجها وولده، فكلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته)[١٦].

ولقد أدركت منظمة الصحة العالمية الخطورة التي تواجه أطفال العصر خاصة في الدول التي تعمل فيها المرأة، فأوصت بتفريغ الأمهات ثلاث سنوات لكل طفل جديد[١٧]، ومجرد اهتمام المنظمة العالمية بهذا الأمر لخير دليل على خطورة عدم تفرغ الأم وأثره على الأبناء فيما بعد.

---

[١٥] فؤاد البهي السيد، ص ٦٦ عن ابا الحارث / ص ٣٨، ليس في قولنا هذا إشارة إلى إباحية النظر إلى الجميلات من النساء بحجة ذكر الله عز وجل كما يزعم بعض الجهلاء، لأن الأصل في البصر أن تغضه عن كل ما يغضب الله عز وجل، بدلالة الآية (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم) الخ الآية .

[١٦] رواه البخاري، كتاب النكاح (٥١٨٨) وفي موضع آخر من صحيحه، ومسلم (٤/٤٩٤-٤٩٢).

[١٧] علي قاضي، مجلة التربية، العدد ٣٨، ص ٦٧، نقلاً عن : عدنان صالح با حارث، مرجع سابق، ص ٤٠ .

شروط أخرى في الزوجة تخص الطفل:

١/ الاغتراب في نكاحها:

ويستحب أن يضاف إلى ما مضى من شروط الاغتراب في النكاح ، قال ابن قدامه الحنبلي: (ويختار الأجنبية، فإن ولدها أجنبي، ولهذا قال: اغتربوا لا تضووا أي أنكحوا الغرائب كي لا تصف أولادكم، ولأنه لا تؤمن العداوة في النكاح وافضاؤه إلى الطلاق، فإن كان في قرابة أفضى إلى تقطيع المأمور بصلتها)[١٨].

٢/ الاستخارة قبل الزواج منها:

ومن حق الطفل على والده أن يستخير ربه في زواج أمه، لأن الدعاء والاستخارة من أعظم أسباب التوفيق والسداد في جميع الأمور، عن أبي أيوب الأنصاري أن رسول الله ﷺ قال: (اكتم الخطبة ثم توضأ فأحسن الوضوء، ثم صل ما كتب الله لك، ثم أحمد ربك ومجده ثم قال: اللهم إنك تقدر ولا أقدر، وتعلم ولا أعلم، وأنت علام الغيوب، فإن رأيت لي فلانة وتسميها خيراً لي في ديني ودنياي وآخرتي فأقدرها، وإن كان غيرها خيراً لي في ديني ودنياي وآخرتي فأقدرها لي)[١٩].

٣/ تحصين الطفل قبل مجيئه:

ومن حق الطفل على والده قبل مجيئه أن يحصنه من الشيطان الرجيم، وذلك بأن يتبع الأب المسنون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عند زواجه، وفي ذلك وجهان:

الأول: الدعار عند الدخول بالزوجة كما فعل رسول الله ﷺ كان يقول: (اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جلبتها عليه، وأعوذ بك من شرها وشر ما جلبتها عليه)[٢٠]، أيضاً عند عملية الجماع يسن للزوج أن يقول: (بسم الله اللهم جنبنا الشيطان ما رزقتنا)

---

[١٨] المغني لابن قدامة المقدس (٥٧٦/٦) .

[١٩] أخرجه البخاري في الدعوات (ح ٦٣٨٢) من حديث جابر، وما أوردناه من حديث أبي أيوب فهمي، رواية البيهقي في السنن الكبرى (١٤٨/٧) .

[٢٠] (حسن) أخرجه أبو داود (٢١٦٠)، وابن ماجه (٢٢٥٢)، وغيرها، وأورده الشيخ الألباني في صحيح أبي داود (١٨٩٢).

كما أخذ بذلك النبي ﷺ ثم قال صلى الله عليه وسلم: (فإن قضى بينهما ولد لم يضره الشيطان أبداً) [٢١].

وبتوفير هذه الجوانب في الزوجة يكون الأب قد قام بواجبه تجاه ولده قبل أن يكون نطفة ويبقى ذلك دور الزوجة تجاه طفلها في الحفاظ على نفسها وباتباع برنامج غذائي خاص للحفاظ على جنينها.

الفصل الثاني

المساعي الدولية في مجال حقوق الطفل

وتتمثل الجهود الدولية في عمل المنظمات الدولية وتعاون الحكومات في مجال تفعيل حقوق الطفل إلى جانب المواثيق والاتفاقيات الدولية التي أبرمت ما بين الدول التي أمرت من خلالها الدول الأطراف بحقوق الطفل وتعهدت بإلغاء التزاماتها عن طريق كافة التدابير لتنفيذها، وسوف نتحدث أولاً عن أهم المنظمات التي تعني بشؤون الطفل ووظائفها ثم ثانياً عن المواثيق الدولية ثم ثالثاً عن أهم الاتفاقيات المبرمة في هذا الشأن.

المبحث الأول: المنظمات الدولية:

منظمة الأمم المتحدة للطفولة "اليونيسيف":

هي منظمة الأمم المتحدة للطفولة، هي منظمة رائدة في العالم في مجال الدعوة لقضايا الأطفال إذ تتواجد بقوة في قرابة ١٩٠ دولة، ويعد عملها جزءاً كاملاً من أنشطة الأمم المتحدة في أي بلد، وتدار بصورة عامة من مقرها في نيويورك، حيث تشكل السياسة العالمية المتعلقة بالأطفال.

فتشمل مهمة اليونيسيف في حماية حقوق الأطفال ومناصرتها لمساعدتهم في تلبية احتياجاتهم الأساسية وتوسيع الفرص المتاحة لهم لبلوغ الحد الحقيقي من طاقاتهم وقدراتهم وتسترشد اليونيسف بتنفيذها لهذه المهمة بنصوص ومبادئ اتفاقية حقوق الطفل إذ تعتبر اتفاقية حقوق الطفل الأولى في اتفاقيات حقوق الإنسان التي تمنح دوراً لمنظمة

[٢١] أخرجه البخاري (النكاح)، (ح ٥١٦٥) في موضع آخر من صحيحه.

متخصصة تابعة للأمم المتحدة واليونيسيف في رصد عملية تنفيذها وتكلف الاتفاقية اليونيسيف بتعزيز وحماية حقوق الطفل من خلال دعم عمل لجنة حقوق الطفل.

ويتمثل جوهر عمل اليونيسف في الأعمال الميدانية، يوجد ١٢٦ مكتباً قطرياً يقّوم بعضها عدة حول خلال برنامج تعاون تم اعداده مع الدولة المضيفة ويرتكز البرنامج المعد لخمس سنوات على السبل العملية لإحقاق حق المرأة والطفل، ويقوم المجلس التنفيذي المؤلف من ٣٦ عضواً من ممثلي الحكومات بمراقبة أعمال اليونيسيف إذ يقوم أعضاء المجلس بإعداد السياسات العامة والموافقة على البرامج وإقرار الخطط الإدارية والمالية والميزانية وينتخب المجلس الاقتصادي والاجتماعي أعضاء المجلس لمدة ثلاث سنوات عادة.

منظمة العفو الدولية:

تمثل منظمة العفو الدولية حركة تعمل على نطاق العالم بأسره من أجل تعزيز حقوق الإنسان المعترف بها دولياً وحمايتها، فمنذ أن بدأت عملها في عام ١٩٦١م وهي لا تكف عن النضال من أجل وحق انتهاكات حقوق الإنسان في جميع أنحاء العالم عن طريق تنظيم الحملات والتضامن الدولي.

وتهدف المنظمة إلى إيقاف استخدام الجنود الأطفال في الحروب وتعزيز حقوق الطفل وتعزيز مبدأ المساواة في التعليم ومنع حبس الأطفال.

وتدعو منظمة العفو الدولية جميع الأطراف المتحاربة إلى احترام القانون الإنساني الدولي وحقوق الإنسان، تؤكد للقوات الحكومية والجماعات المسلحة ألا يمكن تبرير استهداف المدنيين كما أنها تناضل من أجل وضع حد للإفلات من العقاب على جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وإيقاف استخدام الأطفال في النزاعات.

منظمة العمل الدولية:

تأسست منظمة العمل الدولية (ILO) عام ١٩١٩م كرد فعل على نتائج الحرب العالمية الأولى واتخذت مدينة جنيف في سويسرا مقراً لها وقد اهتمت بشؤون العمل والعمال وبشكل خاص الطفل وحظر استخدامه في الحروب واستغلاله اقتصادياً عن طريق عمالة الأطفال التي أصبحت آفة تهدد المجتمعات الفقيرة بشكل خاص.

أصدرت المنظمة العديد من الاتفاقيات الثقافية التي تمثل المعايير الأساسية لحقوق الإنسان في العمل، كما كان آخرها الاتفاقية رقم (١٣٨) لسنة ١٩٧٣م بشأن الحد الأدنى لسن الاستخدام والاتفاقية رقم (١٨٢) لسنة ١٩٩٩م بشأن أسوأ أشكال عمل الأطفال حيث تعتبر الأحكام التي وردت فيها معايير أساسية لحقوق الطفل ووضعت حداً أدنى لسن العمل وهو سن التعليم الإلزامي وهو الخامس عشرة سنة كما منعت تشغيلهم حتى سن الثامن عشرة سنة في الأعمال التي يحتمل أن تعرضهم للخطر في صحتهم أو سلامتهم أو أخلاقهم[٢٢].

المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي في مجال عدالة الأحداث:

تبذل هذه المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي جهوداً مكثفة لإصلاح عدالة الأطفال (الأحداث) مراعية الأخطار المادية والنفسية للأطفال الموجودين في نزاع مع القانون آخذين وسائل بديلة غير سالبة للحرية مع الحد من الحبس الاحتياطي والتوقيف الإداري.

وهذه المنظمة غير حكومية أنشئت عام ١٩٨٩م ومقرها لندن وتقوم بتنفيذ عدة برامج لتقويم الأحداث وإدراجها في إصلاحات أوسع للسجون وقوانين العقوبات في جنوب آسيا وفي إفريقيا وجنوب أمريكا ووسط وشرق أوربا.

ولا بد من التأكيد على أن الغاية من هذه الاستراتيجية هي معالجة قضايا الأحداث في الإطار التربوي الإصلاحي وإبعاد الأطفال عن النظام القضائي الجنائي.

المنظمة العربية لحقوق الطفل:

وهي أول منظمة عربية تعنى بحقوق الطفل في كافة البلدان الأعضاء بجامعة الدول العربية حيث تعمل من أجل إرساء المبادئ والحقوق المقدرة له دولياً وتفعيلها والالتزام بالمسؤوليات الملقاة على عاتقها تجاه الطفل العربي وتأمين السبل الكافية للرعاية والحماية باعتبار أن الطفل يمثل العمود الأول نحو التنمية والتطور والرقي عبر المواثيق الدولية والعربية والمصادقة عليها وفي مقدمتها الاتفاقيات التالية:

---

[٢٢] حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية وفاء مرزوق، منشورات البابي الحلبي الحقوقية، بيروت ـ لبنان، ط ١، ٢٠١٠م

- اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ١٩٨٩م.
- الإعلان العالمي لبقاء الطفل ونماء حمايته ١٩٩٠م.
- وثيقة الأمم المتحدة عالم جديد بالأطفال ٢٠٠٢م.

المواثيق والإعلانات العربية الصادرة عن مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة وفي مقدمتها:

- الميثاق العربي لحقوق الطفل ١٩٨٤م.
- خطة العمل العربية الأولى للطفولة ١٩٩٢م.
- الإطار العربي لحقوق الطفل ٢٠٠١م.
- إعلان المناصرة لتفعيل آليات العمل العربي المشترك من أجل عالم جديد بالطفل ٢٠٠٢م.
- إعلان تونس وخطة العمل للطفولة ٢٠٠٤م والتي أقرت جميعها حقوق الطفل والمتمثلة في:
- أن يتمتع بالحق في الحياة.
- أن يتمتع بالحق في حياة أسرية مستقرة.
- أن يتمتع بالرعاية الصحية.
- أن يتمتع بالحق في النقدية المتوازنة.
- أن يتمتع بالحق في طفولة سعيدة سوية وأمومة آمنة.
- أن يتمتع بالحق في التعليم الجيد الذي يؤهله نحو المواكبة مع تكنولوجيا العصر وتنمية مهاراته وللتفوق والإبداع.
- أن يتمتع بالحق في الحماية من كافة أشكال العنف والاستغلال.
- أن يتمتع بالحق في تنمية رياضية مناسبة وحقه في الترفيه واللعب والثقافة الملائمة التي تؤهله نحو المستقبل والمتغيرات القاهرة كاليتم والتشرد.

كما عملت المنظمة على تنظيم مؤتمر عربي سنوي خاص بالطفولة بحيث يعقد سنوياً في إحدى العواصم العربية بمشاركة كافة الوزارات ذات العلاقة مع كل الدول العربية وكذلك الجامعات ومراكز البحث وكل المهتمين والعاملين والمتخصصين في

كافة المجالات التي تتعلق بالطفولة وتكون مهمة المؤتمر دراسة كافة قضايا الطفل العربي [٢٣].

المنظمات غير الحكومية:

تشارك هذه المنظمات بدور كبير في نشر التوعية بين فئات الشعوب حول الاتفاقية وأهدافها، واعترافاً منها بهذه الجهود تدعو الاتفاقية الهيئات غير الحكومية إلى المشاركة في عملية الرصد وكتابة التقارير وتعتبر هذه الخطوة الأولى في تاريخ معاهدات حقوق الإنسان، وتحث اللجنة الحكومات على إشراك قطاعات المجتمع في إعداد التقرير، بينما تشير بعض الهيئات غير الحكومية في عملية كتابة التقارير وتعمل على إدراج مساهماتها في تقارير اللجنة وقد تقوم منظمات غير حكومية فردية وائتلافية بإعداد تقارير بديلة لاطلاع اللجنة العليا [٢٤].

المبحث الثاني: منظمات ونشاطات دولية لحماية الطفولة:

دور الأمم المتحدة الاستثنائي المعني بالطفل:

الدور الاستثنائي هو اجتماع فريد للجمعية العامة للأمم المتحدة، مخصص للأطفال والمراهقين.

منظمة العفو الدولية:

وهي حركة عالمية تهدف إلى القيام بحملات لتعزيز حقوق الإنسان التي منحها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان صفة القداسة، ومعايير دولية أخرى.

الحركة العالمية للدفاع عن الأطفال- فرع فلسطين:

تسعى إلى الدفاع عن الأطفال وحماية حقوقهم استناداً إلى اتفاقية حقوق الطفل الدولية والقانون الدولي لحقوق الإنسان، وتعمل الحركة على إنشاء وتطوير برامج

---

[٢٣] حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية وفاء مرزوق، منشورات البابي الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط ١، ٢٠١٠م

[٢٤] حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية وفاء مرزوق، منشورات البابي الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٠م .

مختلفة تتمحور في مجالات المساندة القانونية والحقوقية للأطفال كما وتعمل مع الأطفال من أجل تمكينهم وتفعيل مشاركتهم في كافة القضايا التي تمس حقوقهم في المجتمع الفلسطيني.

منظمة رصد حقوق الإنسان:

وهي منظمة متخصصة بحماية حقوق الإنسان للشعوب في جميع أنحاء العالم. وقد أنشأت المنظمة مشروع حقوق الأطفال في عام ١٩٩٤ بهدف رصد انتهاكات حقوق الإنسان ضد الأطفال في جميع أنحاء العالم والقيام بحملات للقضاء عليها.

شبكة معلومات حقوق الأطفال (CRIN):

وهي شبكة منظمات عالمية تهدف إلى تبادل المعلومات والتجارب الناجحة المتعلقة بحقوق الأطفال.

فهرس حقوق الإنسان في الدول العربية:

يحتوي مشروع برنامج الأمم المتحدة الإنمائي على فهرس لحقوق الطفل والإنسان في الدول العربية.

المعهد الدولي لحقوق الطفل:

يهدف هذا المعهد إلى نشر المعلومات المتصلة بحقوق الطفل بصفة عامة والجوانب المختلفة لهذه الحقوق وعرض التدريب على المهتمين بتطبيق هذه الحقوق، وعلى العاملين مع الأطفال في الدول المهتمة، وخلق ثقافة أو روح "رعاية حقوق الطفل".

المفوضية السامية لحقوق الإنسان:

مهمة المفوضية السامية للأمم المتحدة لحقوق الإنسان هي حماية وتعزيز جميع حقوق الإنسان للجميع.

موقع boes:

وهي منظمة غير ربحية مستقلة معنية بتوفير المعلومات المتعلقة بحقوق الأطفال (بما في ذلك اتفاقية حقوق الأطفال) بعدة لغات.

الائتلاف الكندي المعني بحقوق الأطفال:

وهو تحالف يضم أكثر من ٥٠ منظمة غير حكومية في المقاطعات وعلى المستوى الوطني، ملتزم بدعم الجهود الرامية إلى تعزيز وحماية حقوق الأطفال في كندا وخارجها.

تحالف المملكة المتحدة من أجل حقوق الأطفال:

وهو تحالف يضم أكثر من ٣٢٠ منظمة طوعية وقانونية يلتزم بالدفاع عن حقوق الأطفال.

مركز معلومات وتوثيق حقوق الأطفال:

وهو منظمة مهنية غير ربحية معنية بإجراء الأبحاث ومقرها ملاوي. وتهتم بشكل رئيسي بإيجاد سبل الحصول على معلومات تتعلق بحقوق الطفل والقضايا ذات الصلة من خلال الأبحاث والتوثيق وعرض نماذج تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والدعوة، والربط الشبكي وأي وسائل أخرى قد تعتبر مناسبة من حين إلى آخر.

صندوق الدفاع عن الأطفال:

منظمة خاصة غير ربحية تهدف إلى توفير الأصوات المؤثرة والقوية للأطفال غير القادرين على التصويت والضغط على صناع القرار والدفاع عن أنفسهم في أمريكا.

منزل الأطفال:

وهو مركز للمصادر والحوار وملتقى بهدف تبادل المعلومات التي تخدم رفاهية الأطفال ومتخصص في دعم واستحداث ونشر المعلومات بقضايا الأطفال بالإضافة إلى الإسهام في ترجمة فوائد الأبحاث وبرمجتها إلى سياسات وممارسات فعلية.

قاعدة بيانات منظمة رصد أوضاع الطفولة للأبحاث والتوثيق:

وهي قاعدة بيانات المؤسسات الأوربية لأبحاث الأطفال وتعرض المعلومات ذات الصلة بمواد اتفاقية حقوق الطفل.

المنظمة الدولية للدفاع عن الأطفال:

وهي منظمة غير حكومية أنشئت لضمان استمرار الأنشطة الدولية بطريقة فعلية ومنهجية ومنسقة، وموجهة بصفة خاصة لتعزيز وحماية حقوق الأطفال.

حرروا الأطفال:

وهي حركة دولية للطفولة تضم يافعين من جميع أنحاء العالم يعبرون من خلالها عن آرائهم ويعملون على تحسين ظروف المعيشة للأطفال.

برنامج التثقيف في مجال حقوق الإنسان:

يهدف البرنامج إلى المساهمة في تنمية مجتمع مدني إنساني من خلال تثقيف اليافعين والأطفال بطرح المواضيع الاجتماعية ذات الصلة، وأخرى حساسة تتعلق بحقوق الإنسان.

معلومات سايدووك:

هو موقع إلكتروني خاص بالسيد لاندن بيرسون السناتور الكندي بشأن حقوق الأطفال، وتشمل أبواب هذا الموقع (باللغة الإنجليزية والفرنسية) فهرس عن مواضيع اتفاقية حقوق الأطفال ونسخة عنها خاصة لليافعين؛ ورسالة إخبارية فصلية (مخصصة لقضايا الأطفال) وعرض (التشريعات الكندية المقترحة التي تنعكس أثرها على الأطفال)؛ ومعلومات عن مؤتمر القمة المعني بضحايا الاستغلال الجنسي من الأطفال المنعقد في عام ١٩٩٨م[٢٥].

موقع الاتحاد الدولي للصحفيين:

يعرض هذا الموقع بالاشتراك مع منظمة السياحة العالمية، معلومات عن حملات الصحفيين لمكافحة الاستغلال الجنسي للأطفال في مجال السياحة.

---

[٢٥] حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية وفاء مرزوق، منشورات البابي الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٠م.

التحالف الدولي لإنقاذ الطفولة:

يدعم ٢٦ منظمة عضو مجموعة مختلفة من البرامج والأنشطة في ١٠٠ بلد ويعمل من أجل بناء عالم يحترم ويقدر الأطفال جميعهم، ويحرص على الإصغاء للأطفال والفرق، عالم تتاح فيه الفرص للأطفال ويسوده الأمل.

معلومات قانونية:

موقع متخصص بعرض المعلومات القانونية لليافعين دون سن الثامنة عشرة حول حقوقهم.

مفوضية حقوق الإنسان:

تعمل على ضمان تمتع البشرية بجميع حقوق الإنسان من خلال "تفعيل القدرة والإرادة الإنسانية في المجتمع الدولي إلى واقع عملي".

منظمة انقاذ الطفولة في المملكة المتحدة:

وهي منظمة قيادية للأعمال الخيرية الدولية من أجل الأطفال. ومقرها المملكة المتحدة ويعرض موقع صندوق المنظمة المعلومات الأساسية عن إصداراتها والتي تشمل تقارير الأبحاث وأوراق عملية عن القضايا المتعلقة بحقوق الأطفال.

الموقع الإلكتروني لمنظمة إنقاذ الطفولة في السويد:

يعرض النص الكامل لرسالة رادا بارنان الإخبارية عن الجنود الأطفال باللغة الإنجليزية، بالإضافة إلى المواد التي تم إصدارها بالاشتراك مع المجلس العالمي لمكافحة الاستغلال الجنسي التجاري للأطفال المنعقد في ستوكهولم في آب/أغسطس ١٩٩٦م.

الممثل الخاص للأمين العام المعني بقضية الأطفال والنزاع المسلح:

مسؤول عن إبداء المشورة للأمين العام بشأن أوضاع الأطفال في الصراع المسلح.

قف مع الأطفال:

وهي منظمة أمريكية لا تبغي الربح تدعم عمل الأشخاص الملتزمين في مجال الرعاية الصحيحة لجميع الأطفال في الولايات المتحدة، وتطوير المدارس، ورعاية الطفل ويتيح الموقع منبراً لتبادل المعلومات إلكترونياً في مجال التعليم والمنهاج.

اليونيسف، أصوات الشباب. موقع إلكتروني على الانترنت مخصص لمناقشة مستقبل الأطفال في القرن الحادي والعشرين. وتتركز المناقشات حول كيفية بناء عالم تتوفر فيه الحماية لكل حق من حقوق الطفل، أي الحق في العيش في سلام، والحق في الحصول على مأوى لائق، والحق في التمتع بصحة جيدة والتغذية، والحق في سهولة الوصول إلى المياه الصالحة للشرب واللعب، والحق في الالتحاق بالمدرسة والحماية من العنف وسوء المعاملة والاستغلال.

مجموعات العمل من أجل الفتيات:

مجموعة من المنظمات غير الحكومية ترتبط باليونيسف ولجنة المنظمات غير الحكومية المعنية بأوضاع المرأة، وتعمل من أجل حقوق ومستقبل الفتيات.

التقارير والإصدارات:

اللجنة الأسترالية لحقوق الإنسان وتكافؤ الفرص "الملاذ الأخير".

الحركة الدولية للدفاع عن الأطفال، مجموعة شاملة للمعايير الدولية المتعلقة بحقوق الطفل، وتحتوي على نصوص ستة معايير متعلقة بحقوق الطفل مصحوبة بمقدمة شرح للنقاط المهمة لكل منها.

الائتلاف الكندي المعني بحقوق الأطفال، قلها بشكل صحيح، نسخة غير تقليدية لليافعين الكنديين، لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن حقوق الطفل ١٩٧٧م.

الاتحاد الأوربي. ارشادات الاتحاد الأوروبي حول الأطفال والصراع المسلح [٢٦].

الاتحاد الدولي للصحفيين: حقوق الأطفال.

---

[٢٦] حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية وفاء مرزوق، منشورات البابي الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٠م .

منظمة إنقاذ الطفولة. معلومات تتعلق بالعقوبة الجسدية واللاإنسانية.

منظمة إنقاذ الطفولة: أسئلة وأجوبة موجهة للأطفال واليافعين حول دراسة الأمم المتحدة المتعلقة بالعنف ضد الأطفال.

اللجنة القطرية لليونيسف في المملكة المتحدة: أية حقوق؟ حقوق وواجبات الأطفال. موجز اتفاقية الأمم المتحدة بشأن حقوق الطفل.

مفوضية حقوق الإنسان. لائحة بيانات عن حقوق الأطفال. تهدف على تثقيف جمهور عريض لفهم حقوق الإنسان على نحو أفضل، والتدابير التي تتخذها الأمم المتحدة لتعزيزها وحمايتها والتدابير الدولية المتاحة لدعم إعمال تلك الحقوق. تتوفر هذه الصفحات مجاناً وتوزع في جميع أنحاء العالم.

اليونيسف، كتيب تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل، قائمة مرجعية تتعلق بالتنفيذ.

اليونيسف، دعوة لأخذ الطفل في الاعتبار كعنصر فعال في المجتمع. تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل.

اليونيسف، وسائط الإعلام وحقوق الأطفال.

اليونيسف، قضايا حاسمة بالنسبة للأطفال والنساء.

ورشة الموارد العربية: من طفل إلى طفل: نهج للتعلم والعمل.

المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة إيسيسكو: الأطفال المهمشون قضاياهم وحقوقهم.

اليونيسف، كتيب تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل، قائمة مرجعية تتعلق بالتنفيذ.

اليونيسف والاتحاد البرلماني الدولي. حماية الأطفال: كتيب البرلمانيين.

اليونيسف والاتحاد البرلماني الدولي. كتيب البرلمانيين عن الاتجار بالأطفال رقم(٩)[٢٧].

---

[٢٧] حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية وفاء مرزوق، منشورات البابي الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٠م.

الفصل الثالث

المواثيق الدولية

ومنها ميثاق حقوق الطفل العربي والميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته والميثاق الأوربي، وفيما يلي نستعرض هذه المواثيق.

المبحث الأول: ميثاق حقوق الطفل العربي:

يعتبر ميثاق حقوق الطفل العربي الصادر عام ١٩٨٣ إسهاماً عربياً طيباً في مجال الاهتمام بالطفولة وفي توحيد المفهوم العربي لحقوق الطفل حيث نص على ضرورة العمل العربي المشترك في مجال تنمية ورعاية الطفولة والتركيز بصفة خاصة على الآتي:

- إنشاء منظمة عربية للطفولة.
- إنشاء صندوق عربي لتنمية الطفولة ورعايتها.
- تعزيز التعاون العربي في مجال توحيد المصطلحات والنظم الاحصائية الأساسية.
- منح أولوية مقدمة للصناعات المتصلة بتنمية الطفولة وتوفير حاجاتها.
- إنشاء مؤسسة عربية لأدب الأطفال، وصحافتهم.
- تنظيم لقاءات ومنافسات ثقافية وفنية ورياضية للأطفال العرب.
- الاهتمام بالأطفال العرب في المهجر.
- رعاية الطفل الفلسطيني في مختلف مواقعه داخل الأراضي المحتلة وخارجها.
- دعم الحضور العربي كل المؤسسات واللقاءات والمحافل التي تهتم بتنمية الطفولة ورعايتها.

غير أن هناك ما يعيب الميثاق في مثل نص المادة (٤٩) الذي تتعهد من خلاله الدول العربية باتخاذ الخطوات اللازمة لتنفيذ أحكامه في حدود ما تسمح به إمكاناتها وهذه العبارة الأخيرة تفتح الباب أمام الحكومات العربية للتحلل من نصوص الميثاق بدعوى عدم توفر الإمكانات.

كما لم تحدد المادة (٥٠) منه مواعيد تقديم التقارير التي تقدمها الدول العربية إلى الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، ولم تنص على لجنة خبراء عربية مختصة بشؤون الطفل للنظر في هذه التقارير.

ويعيب على الميثاق أيضاً تغلب الجوانب التوجيهية إذ يعتبر بمنزلة خطة عربية وتوجيهات إرشادية في مجال الطفولة ولهذا فهو يحتاج إلى مراجعة وإعادة نظر خاصة بعد صدور اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام ١٩٨٩م التي صادقت عليها جميع الدول العربية.

وثيقة الإطار العربي لحقوق الطفل:

ونظراً لأهمية المبادرات الإقليمية في تحديد الأولويات وإلقاء الضوء على القضايا التي يجب تركيز الاهتمام عليها، فقد كان للجنة الفنية الاستشارية للطفولة العربية - وهي إحدى لجان جامعة الدول العربية- إجراءاتها المواكبة للاستعدادات الإقليمية الأخرى، وإعداد الوثائق العربية التي يتعين إصدارها بهذه المناسبة المهمة والتي كان منها وضع مشروع وثيقة الإطار العربي لحقوق الطفل "كإطار استرشادي للعمل في القضايا المتعلقة بالطفولة خلال العقد الأول من القرن الحادي والعشرين، وذلك في ضوء أهداف الإعلان العالمي واتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل والأهداف العالمية الجديدة، وبما يتفق مع الواقع العربي وأهداف واستراتيجيات المجالس الوزارية العربية المتخصصة العاملة في نطاق الجامعة.

وقد تم وضع مشروع هذه الوثيقة بالتعاون بين الأمانة العامة لجامعة الدول العربية ونخبة من الخبراء المتخصصين من ممثلي الدول الأعضاء والمجالس الوزارية المتخصصة ومن بعض المنظمات العربية المعنية والوكالات المتخصصة لمنظمة الأمم المتحدة.

وبعرض مشروع الوثيقة على اللجنة الفنية الاستشارية للطفولة العربية في دورتها السادسة يونيو/١٩٩٩م أعربت عن تطلعها إلى رفع هذه الوثيقة إلى مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة لاعتمادها بما يؤكد التوافق العربي مع الاهتمام العالمي بحقوق الطفل ويعكس التوجه الإيجابي على مستويات صنع القرار العربي والالتزام بقضايا الطفولة العربية التي تعني الرصيد البشري المستقبلي للأمة.

وبعرض مشروع هذه الوثيقة على مجلس جامعة الدولي العربية على مستوى القمة في دور انعقاده في ٢٧- ٢٨ مارس ٢٠٠١م الذي عقد في عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية- عمان، أصدر قادة وزعماء الدول العربية القرار التالي:

إن مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة، بعد اطلاعه على وثيقة الإطار العربي لحقوق الطفل يقرر:

١- الموافقة على وثيقة الإطار العربي لحقوق الطفل، والعمل بها كإطار استرشادي للقضايا المتعلقة بالطفولة على الصعيد العربي.

٢- دعوة الدول الأعضاء للمشاركة الفعالة في أعمال الدورة الخاصة بالطفولة للجمعية العامة للأمم المتحدة التي ستعقد أعمالها في سبتمبر/أيلول ٢٠٠١م، وإيداع وثيقة "الإطار العربي لحقوق الطفل"لدى الأمم المتحدة كوثيقة رسمية.

٣- الدعوة إلى عقد مؤتمر عربي رفيع المستوى، لوضع الآليات والخطط المناسبة بهدف تفعيل العمل العربي المشترك في هذا الإطار.

٤- مناشدة الدول العربية تقديم كل الرعاية للطفل الفلسطيني الذي يتعرض للاعتداءات اليومية الإسرائيلية السافرة، واحترام حقوقه في الدراسة والعيش الآمن والتعريف دولياً بنضاله.

وقد ورد في الديباجة تأكيدات للدول العربية على وعيها بجسامة المسؤولية القومية والوطنية تجاه الطفولة التي تمثل نصف القاعدة السكانية العربية ومستقبل الأمة، واعتبارها أن مصالح الأطفال الفضلى تمثل الأولوية القصوى والخيار الاستراتيجي لتقدم الأمة بحيث ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأمن القومي العربي الذي أصبح يتطلب تطوير آليات العمل التقليدية، واتخاذ موقف عربي يكرّس الالتزام بحقوق الطفل، ويؤكد العزم على مواصلة الجهد لتفعيل هذه الحقوق، وتذليل العقبات، والتصدي للتحديات[٢٨].

[٢٨] حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية وفاء مرزوق، منشورات البابي الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٠م.

المبحث الثاني: الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل:

يشبه الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل ١٩٨٩م حيث استلهمت اللجنة عملها بحسب ما ورد في المادة (٤٦) من الميثاق من القانون الدولي لحقوق الإنسان وعلى وجه الخصوص من أحكام الميثاق الإفريقي بشأن حقوق الإنسان والشعوب، وميثاق منظمة الوحدة الإفريقية، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، والمواثيق الأخرى التي تبنيها الأمم المتحدة والدول الإفريقية في مجال حقوق الإنسان، ومن القيم والتقاليد الإفريقية.

وقد بدأ العمل بالميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل ١٩٩٠م في ٢٩/نوفمبر/١٩٩٩م حيث تبنته الجمعية العمومية لرؤساء دول وحكومات منظمة الوحدة الإفريقية في دورة انعقادها العادية السادسة عشرة في العاصمة اللايبيرية مونروفيا في الفترة من ١٧ إلى ٢٠ يوليو ١٩٧٩ الذي اعترف بالحاجة إلى اتخاذ الإجراءات المناسبة لتشجيع وحماية حقوق ورفاهية الطفل الإفريقي، ويعرف الميثاق الطفل على أنه أي إنسان لم يتجاوز سنه الثامن عشر (أقل من ١٨ سنة) كما أنه ينص في بنوده على حقوق مختلفة للطفل.

وقد ورد في الديباجة أن الدول الإفريقية قلقة بشأن وضع معظم الأطفال الأفارقة الذي يبدو خطيراً بسبب العوامل الفريدة لظروفهم الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، والظروف التقليدية والإنمائية، والكوارث الطبيعية، والنزاعات المسلحة، والاستغلال، والجوع، وبسبب عدم النضج البدني والعقلي للطفل فإنه يحتاج لضمانات ورعاية خاصة. ومن بين الأسباب التي دعت إلى إبرام هذا الميثاق هو احتلال الطفل مكانة متميزة وفريدة في المجتمع الإفريقي واعتراف الدول باحتياجاته إلى الاهتمام الخاص فيما يتعلق بالصحة والتنمية البدنية والعقلية والأخلاقية والاجتماعية، وكذلك إلى الحماية القانونية في جو من الحرية والكرامة والأمان.

وأهم ما ورد في الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته تأكيده على مصالح الطفل المثلى، البقاء والتنمية، الاسم والجنسية، حرية التعبير، حرية الارتباط بالآخرين، حرية الفكر والضمير والديانة، حماية الخصوصية، الحق في التعليم،

الأطفال المعاقون، الصحة والخدمات الصحية ومنع تشغيل الأطفال حيث تتم حماية كل طفل من كافة أشكال الاستغلال الاقتصادي، ومن أداء أي عمل يحتمل أن ينطوي على خطورة، أو يتعارض مع النمو البدني أو العقلي أو الروحي أو الأخلاقي أو الاجتماعي للطفل.

كما نص الميثاق على: تطبيق عدالة الأحداث، حماية الأسرة، رعاية وحماية الآباء، مسؤوليات الآباء، الحماية ضد الممارسات الاجتماعية والثقافية الضارة، الحماية ضد التفرقة العنصرية والتمييز، الحماية من الاستغلال الجنسي وتعاطي المخدرات والبيع والاتجار والاختطاف، كما تضمن الدول الأطراف التي تعترف بنظام التبني بمراعاة أفضل مصلحة للطفل ومراعاة حالة الانفصال عن الآباء إلى جانب حماية أطفال الأمهات السجينات وحماية الأطفال اللاجئين حيث نص الميثاق كذلك على أن تتخذ كافة الإجراءات الملائمة لضمان حماية ورعاية الأطفال الذين يتأثرون بالنزاعات المسلحة، وعلى أن تطبق كذلك مثل هذه القواعد على الأطفال في حالة النزاعات والتوترات الدولية المسلحة.

وبخصوص تطبيق هذه البنود نص الميثاق على إنشاء وتنظيم لجنة خاصة تتألف من خبراء أفارقة ويشار إليها بـ "اللجنة"- في إطار منظمة الوحدة الإفريقية من أجل تشجيع وحماية حقوق ورفاهية الطفل وتتكون اللجنة من أحد عشر عضواً من ذوي المكانة الأخلاقية العالية والاستقامة والنزاهة والتخصص والشخصية يتم انتخابهم بالاقتراع السري من قبل الجمعية العمومية لرؤساء الدول أطراف هذا الميثاق ويجوز لكل دولة طرف في هذا الميثاق أن ترشح ما لا يزيد على مرشحين اثنين، ويجب أن يكون لدى المرشحين إحدى جنسيات الدول الأطراف.

ويتم انتخاب أعضاء اللجنة لمدة خمس سنوات، ولا يجوز إعادة انتخابهم، ويدعو الأمين العام المنظمة الوحدة الإفريقية إلى عقد الاجتماع الأول للجنة في مقر المنظمة خلال ستة أشهر من انتخاب أعضاء اللجنة، وتنعقد بعد ذلك اللجنة من قبل رئيسها كلما كان ذلك ضرورياً- وعلى الأقل مرة واحدة كل سنة.

وحسب المادة (٣٨) فإن نظام عمل اللجنة يكون كالآتي:

١- تنشئ اللجنة قواعد الإجراءات الخاصة بها.

٢- تنتخب اللجنة موظفيها لمدة سنتين.

٣- يشكل سبعة من أعضاء اللجنة النصاب القانوني.

٤- في حالة تساوي الأصوات - يكون لرئيس اللجنة صوتاً مرجحاً.

٥- تكون اللغات العاملة للجنة هي اللغات الرسمية لمنظمة الوحدة الإفريقية.

ويعين الأمين العام لمنظمة الوحدة الإفريقية سكرتيراً للجنة وتكون مهامها:

أ- تشجيع وحماية الحقوق الواردة في الميثاق، وعلى وجه الخصوص:

١- جمع المعلومات وتدعيمها بالمستندات، وتقييم شامل للأوضاع بشأن المشاكل الإفريقية في مجالات حقوق ورفاهية الطفل، وتنظيم الاجتماعات، وتشجيع المؤسسات الوطنية والمحلية المهتمة بحقوق ورفاهية الطفل، ومتى كان ضرورياً - إبداء وجهات نظرها وإصدار التوصيات إلى الحكومات.

٢- صياغة ووضع المبادئ والقواعد التي تهدف إلى حماية حقوق ورفاهية الأطفال في إفريقيا.

٣- التعاون مع المؤسسات والمنظمات الإفريقية والدولية الأخرى المعنية بتشجيع وحماية حقوق ورفاهية الطفل.

ب- متابعة تنفيذ وضمان حماية الحقوق الواردة في هذا الميثاق.

ج- تفسير أحكام هذا الميثاق بناء على طلب أي دولة طرف، أو مؤسسة تابعة لمنظمة الوحدة الإفريقية، أو أي شخص آخر، أو مؤسسة تعترف بها منظمة الوحدة الإفريقية أو أي دولة طرف.

د- أداء المهام الأخرى كما تعهد بها إلى الجمعية العمومية لرؤساء الدول والحكومات، والأمين العام لمنظمة الوحدة الإفريقية، وأي هيئات أخرى تابعة لمنظمة الوحدة الإفريقية أو الأمم المتحدة.

وتتعهد كل دولة طرف في هذا الميثاق بتقديم تقارير إلى اللجنة - عن طريق الأمين العام لمنظمة الوحدة الإفريقية- بشأن الإجراءات التي اتخذتها لتفعيل أحكام

هذا الميثاق، وبشأن التقدم الذي تحقق بشأن التمتع بهذه الحقوق خلال سنتين من بدء العمل بالميثاق بالنسبة للدولة الطرف المعنية وبعد ذلك كل ثلاث سنوات[٢٩].

المبحث الثالث: الميثاق الأوربي:

والمقصود به ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوربي الذي بدأ العمل به في ديسمبر ٢٠٠٠م حيث أعلن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي واللجنة الأوروبية النص الرسمي للميثاق في مدينة نيس الفرنسية وذلك للتأكيد على الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي بشكل عام.

وقد ورد في الديباجة أن شعوب أوروبا تعتزم المشاركة في مستقبل آمن قائم على القيم المشتركة ومؤسس على القيم العامة التي لا تتجزأ للكرامة الإنسانية والحرية والمساواة والتضامن؛ على أساس مبادئ الديمقراطية وسلطان القانون.

كما جدد هذا الميثاق تأكيده - بالاحترام الواجب لسلطات ووظائف المجتمع والاتحاد، ومبدأ المشاركة في القرار- على الحقوق الناشئة على وجه الخصوص عن التقاليد الدستورية والالتزامات الدولية المشتركة بين الدول الأعضاء، والمعاهدة بشأن الاتحاد الأوروبي، ومعاهدات المجتمع، والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والمواثيق الاجتماعية التي يتبناها المجتمع والمجلس الأوروبي، وقانون الدعوى لمحكمة العدل للمجتمعات الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مؤكداً أن التمتع بهذه الحقوق يستلزم مسؤوليات وواجبات نحو الأشخاص الآخرين والمجتمع الإنساني وأجيال المستقبل.

وقد نص الميثاق الأوروبي في فصله الأول على احترام الكرامة الإنسانية، كما نص على: الحق في الحياة، حق الشخص في السلامة، حظر التعذيب والمعاملة أو العقوبة غير الإنسانية أو المهينة، حظر الاسترقاق والعمل بالإكراه، الحق في الحرية والأمن، احترام الحياة الخاصة والحياة العائلية، حماية البيانات الشخصية، الحق في الزواج

---

[٢٩] حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية وفاء مرزوق، منشورات البابي الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠١٠م.

والحق في تكوين أسرة، حق الفكر والضمير والديانة، حرية التعبير والمعلومات، حرية التجمع وحرية تكوين الاتحادات، حرية الفنون والعلوم، الحق في التعليم، حرية اختيار مهنة والحق في الارتباط بعمل، الحق في في الملكية، الحق في اللجوء، والحماية في حالة الفصل أو الترحيل أو التسليم.

كما نص على: المساواة أمام القانون، عدم التمييز، الاختلاف الثقافي والديني واللغوي، المساواة بين الرجال والنساء، حقوق الطفل، حق كبار السن، اندماج الشخاص ذوي الإعاقة.

ونص كذلك في فصوله الأخرى على التضامن وحقوق المواطنين، حظر عمل الطفل وحماية الشباب أثناء العمل، الحياة العائلية والمهنية، الضمان الاجتماعي والمساعدة الاجتماعية، الرعاية الصحية، الحق في وسائل فعالة ومحاكمة عادلة.

وقد بينت المواد (٢٤) و(٣٢) حقوق الطفل في الحماية والرعاية كما وضحت الرفض الصريح للاتحاد الأوروبي لاستغلال الأطفال أو تشغيلهم:

مادة (٢٤) حقوق الطفل:

١- يكون للأطفال الحق في الحماية والرعاية كما تتطلب مصلحتهم، ويجوز لهم أن يعبروا عن وجهات نظرهم بحرية، وتؤخذ وجهات النظر هذه في الاعتبار بشأن المسائل التي تخصم وفقاً لأعمارهم ونضجهم.

٢- في كافة الأفعال التي تتعلق بالأطفال - سواء اتخذتها السلطات العامة أو المؤسسات الخاصة- يجب أن تؤخذ مصالح الطفل في الاعتبار الأول، ويكون لكل طفل الحق في الحفاظ على علاقة شخصيات واتصال مباشر مع والديه على نحو منتظم ما لم يكن ذلك يخالف مصلحته.

مادة (٣٢) حظر عمل الطفل وحماية الشباب أثناء العمل:

يحظر تشغيل الأطفال، ولا يجوز أن يكون الحد الأدنى لسن الالتحاق بالعمل أقل من الحد الأدنى لسن التخرج في المدرسة، دون الإخلال بمثل هذه القواعد مثلما يكون مناسباً للشباب وباستثناء القيود المحدودة، ويجب أن يتمتع الشباب الذين يلتحقون

بالعمل بظروف عمل مناسبة لأعمارهم، ويجب حمايتهم ضد الاستغلال الاقتصادي، وأي عمل من المحتمل أن يضر بسلامتهم أو صحتهم أو نموهم البدني أو العقلي أو الأخلاقي أو الاجتماعي، أو يتعارض مع تعليمهم.

إلى جانب ذلك أكدت المواد (٣٣)، (٣٤)، (٣٥) إمكانية تحقيق هذه الحقوق عن طريق حماية الأسرة وضمان الرعاية الصحية ومكافحة الحرمان الاجتماعي والفقر، والتي تنعكس مباشرة على حياة الطفل.

مادة (٣٣) الحياة العائلية والمهنية:

١- تتمتع الأسرة بالحماية القانونية والاقتصادية والاجتماعية.

٢- للتوفيق بين الحياة العائلية والحياة المهنية - يكون لكل إنسان الحق في الحماية من الفصل لسبب يتعلق بالأمومة، والحق في إجازة أمومة مدفوعة الأجر، وإجازة بعد الولادة، أو تبني طفل.

مادة (٣٤) الضمان الاجتماعي والمساعدة الاجتماعية:

١- يقر الاتحاد ويحترم الحق في إعانات الضمان الاجتماعي، والخدمات الاجتماعية التي توفر الحماية في حالات مثل الأمومة، والمرض، وإصابات العمل، والعوز أو الشيخوخة، وفي حالة فقد الوظيفة وفقاً للقواعد التي يضعها قانون المجتمع والقوانين والممارسات المحلية.

٢- يكون من حق أي شخص يقيم وينتقل بشكل قانوني داخل نطاق الاتحاد الأوروبي الحصول على إعانات الضمان الاجتماعي والمزايا الاجتماعية وفقاً لقانون المجتمع والقوانين والممارسات المحلية.

٣- لمكافحة الحرمان الاجتماعي والفقر - يقر الاتحاد ويحترم الحق في الحصول على المعونة الاجتماعية، ومعونة الإسكان من أجل ضمان حياة لائقة لكل أولئك الذين يفتقرون إلى الموارد الكافية وفقاً للقواعد التي يضعها قانون المجتمع والقوانين والممارسات المحلية.

مادة (٣٥) الرعاية الصحيحة:

لكل إنسان الحق في الحصول على الرعاية الصحية الوقائية، والحق في الاستفادة من العلاج الطبي، بموجب الشروط التي تضعها القوانين والممارسات المحلية، وبضمان مستوى عال من حماية صحة الإنسان في تحديد وتنفيذ كافة سياسات وانشطة الاتحاد[٣٠].

الفصل الرابع

التجربة السودانية في مجال حماية الطفل

المبحث الأول: أسباب تزايد معدل الجريمة:

١/ الهجرة: (النزوح الداخلي بسبب الكوارث الطبيعية من مواطني المناطق المتأثرة بالجفاف والتصحر والسيول والفيضانات والنزاعات المسلحة) عاملين أديا إلى وصول عشرات الآلاف من المواطنين وإقامتهم في مناطق تفتقر للتخطيط المنظم (أطراف مدينة الخرطوم) في ظروف بيئية وصحية واجتماعية صعبة أدت إلى اختلال النسق الاجتماعي وتدني مستوى مجموعة القيم والأعراف المتوارثة مما أدى إلى ظهور ظواهر سالبة وسلوكيات إجرامية متعددة.

٢/ الوجود الأجنبي: تمثل في تدفق اللاجئين من دول الجوار بسبب الظروف الطبيعة والحروب والنزاعات المسلحة بدول الجوار، والعمالة الوافدة لسوق العمل السوداني، وأدى ذلك إلى بعض الإفرازات السالبة التي يمكن إجمالها في:

- من الناحية الاجتماعية: عدم احترام العادات والتقاليد السودانية في اللباس وعدم احترام الحرمات الاجتماعية أثر سلباً على السلوك والأخلاق داخل المجتمع.

---

[٣٠] حماية الأطفال من الاستغلال وسوء المعاملة، للدكتور حسين عبد الرحمن سليمان، الطابعون دار جامعة أم درمان الإسلامية، الخرطوم ٢٠١١، ص ٢١٣.

- من الناحية الاقتصادية: أضر بالمواطن في سوق العمل حيث أثرت سلباً على المواطنين مما أدى إلى انتشار البطالة وذلك لتفوق وانخفاض تكلفة العمالة الوافدة مما أدى لانخفاض دخل المواطن.
- من الناحية الثقافية :وجود ثقافات متعددة من دول مختلفة تعيش بعضها مع بعض أدى إلى تمازجها وتوليد ثقافات جديدة لم تكن موجودة في السابق مما أثر على الثقافات الأصلية في المجتمع.

٣/ التحولات الاقتصادية: الكبيرة التي حدثت في البلاد بعد اكتشاف البترول وتصاعد وتيرة الاستثمارات الأجنبية الوافدة في كل الأصعدة بأعداد هائلة وخاصة الثورة الزراعية حملت معها إشكالات وأفرزت ظواهر اجتماعية سالبة.

٤/ ثورة الاتصالات: التطور المذهل في الاتصالات سواء كانت من أجهزة الاتصال أو الإنترنت أو القنوات الفضائية ووسائل الإعلام الأخرى وما تبثه هذه الوسائل من مواد ضارة أثرت بصورة كبيرة في تغيير السلوك الاجتماعي وزادت بالتالي من نسبة الجرائم المرتكبة، خاصة الجرائم المخالفة للآداب العامة وجرائم العنف.

٥/ الإجراءات التشريعية التي اتخذت على الصعيد الوطني لتوفير الحماية الخاصة للنساء والأطفال.

- مصادقة السودان على اتفاقية حقوق الطفل لسنة ١٩٨٩م والبروتوكولان الاختياريان الإضافيان الملحقان بها (الأول حول بيع الأطفال واستغلالهم في المواد الإباحية والثاني حول منع استخدام الأطفال في النزاعات المسلحة).
- مصادقة السودان على الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل سنة ١٩٩٠م.
- تشكيل الآليات الوطنية المعنية بحماية وتعزيز حقوق الطفل.
- صدور قانون الطفل ٢٠٠٤م.
- إنشاء وحدة حماية الأطفال بالمجلس القومي لرعاية الطفولة ومجالس رعاية الطفولة.
- في مايو سنة ١٩٩٩م تم تكوين لجنة القضاء على اختطاف النساء والأطفال (سيواك) بأمر من وزير العدل.

- وفي عام ٢٠٠٢م تم توقيع اللجنة بقراراً جمهورياً لتتبع مباشرة لرئاسة الجمهورية.
- أصدر السيد رئيس الجمهورية قراراً بمعالجة ظاهرة التشرد بتاريخ ١٩٩٩/٦/١٩م.
- صدور قرار المدير العام لقوات الشرطة رقم (٤٨) لسنة ٢٠٠٥م الخاص بإنشاء وحدة حماية الأسرة والطفل.
- صدور قرار المدير العام لقوات الشرطة بالنمرة (٤/أ/١) بتاريخ ٢٠٠٧/٩/٢م بإنشاء وحدات لحماية الأسرة والطفل بولايات السودان، وقراره بتاريخ ٢٠٠٧/٩/٤م الخاص بتكوين آلية تنسيقية لمتابعة إنفاذ قرار إنشاء وحدات بالولايات[٣١].

تأسيس وحدة حماية الأسرة والطفل:

إجازة قانون الطفل لسنة ٢٠١٠م:

أهداف وحدة حماية الأسرة والطفل:

من أهم أهداف وحدة حماية الأسرة والطفل:

- حماية المرأة والطفل من الانتهاكات الجسدية والعاطفية والجنسية والإهمال ومعالجة آثارها النفسية والاجتماعية.
- رفع الوعي لدى الأسرة والمجتمع والإحاطة بالآثار السالبة للعنف والإساءات.
- رفع الوعي للأسرة والمجتمع ككل بالكشف المبكر عن الانحرافات السلوكية والأخلاقية وكيفية التعامل معها.
- تدريب الكوادر العاملة في مجال حماية الأسرة والطفل.
- إجراء البحوث العلمية عن أسباب العنف والانتهاكات والعمل على حلها ورصد المعلومات عن الظواهر الاجتماعية السالبة.

---

[٣١] المرجع السابق نفسه، ص ٢١٩.

المبادئ العامة:

- العمل وفق القوانين والأنظمة الوطنية والدولية السارية.
- مراعاة قيم وثقافة المجتمع السوداني بكافة مكوناته.
- اعتبار مصلحة الطفل الفضلى فوق كل اعتبار.
- المحافظة على سرية التعامل مع الحالات.
- تأمين الحماية للمُساء إليهم.
- العمل على ترسيخ أهمية الرعاية الأسرية بديلاً عن مؤسسات الرعاية الأخرى.
- العمل بروح الفريق الواحد.
- الاستجابة السريعة وضمان المساعدة للضحايا.
- تحقيق العدالة للأطفال جانحين أو مجني عليهم.
- مشاركة أولياء أمور الأطفال الضحايا وإطلاعهم على كافة الإجراءات.
- تبادل المعلومات والتعاون والتنسيق بين الأطراف ذات الصلة. وزارة التعليم العام، مجلس رعاية الطفولة، وزارة الصحة، وزارة الرعاية الاجتماعية، وزارة العدل، اليونسيف، منظمة رعاية الطفولة السويدية وغيرها من الجهات العاملة في مجال الطفولة، والتنسيق معهم وتسهيل مهامهم والمشاركة في اتخاذ القرار بين المؤسسات ذات العلاقة فيما يختص ببعض الحالات.

مهامها واختصاصاتها:

مهام الوحدة:

- العمل وفقاً للقوانين والأنظمة الوطنية والإقليمية والدولية لتحقيق العدالة لكافة الأطراف (الضحية، الجانح والجاني).
- الاستجابة الفورية والمساعدة السريعة للمنتهكة حقوقهم وتوفير الحماية اللازمة للضحايا والشهود.
- تقديم الدعم النفسي والاجتماعي والقانوني للضحايا والجناة والجانحين.

- القيام بالأعمال الوقائية اللازمة لمنع حدوث خروقات وانتهاكات لحقوق المرأة والطفل.
- الرعاية اللاحقة للضحايا والجناة.
- تقديم الخدمات الطبية والإسعافية للضحايا وكذلك القيام بالفحوصات اللازمة وأخذ العينات لأغراض تحقيق العدالة.
- تقديم خدمات التوعية والإرشاد المجتمعي عن طريق الندوات والمحاضرات والسمنارات وورش العمل.

اختصاصات الوحدة:

تنفيذ المهام السابقة يكون في إطارين (موضوعي وشكلي) الإطار الموضوعي ويشمل موضوعات الاعتداء الجنسي والجسدي والإهمال والإساءة النفسية والعاطفية الواقعة على الإناث والأطفال.

الإطار الشكلي ويشمل الاختصاص المكاني وهو الحدود الجغرافية لولاية الخرطوم.

ويتكون من خمس شعب هي:

١- شعبة الشؤون العامة.
٢- شعبة حماية المرأة والطفل.
٣- شعبة البحوث والدراسات.
٤- شعبة الخدمات الطبية والاجتماعية.
٥- شعبة الإعلام والعلاقات العامة

الوصف الوظيفي:

- تنفيذ واجبات الإدارة حسب الاختصاص النوعي فيما يتعلق بمخالفات وجرائم الأسرة.
- استقبال وتلقي البلاغات والشكاوي والمعلومات المتعلقة بالإساءات الجسدية والجنسية والنفسية والإهمال حتى لو كان الجاني من داخل الأسرة.

- التنسيق مع الجهات المختصة في معالجة مدمني المخدرات والخمور من الأطفال عبر الشكاوي والمعلومات الواردة من أفراد الأسرة.
- معالجة الآثار النفسية والاجتماعية المترتبة على الإساءات الجنسية والجسدية للمجني عليهم بالوسائل التربوية والطبية.
- إجراء التحريات اللازمة وفق أهداف الوحدة.
- التنسيق والمشاركة مع الجهات ذات الصلة لتحقيق أهداف الوحدة.
- تقديم خدمات التوعية والإرشاد عن طريق الوسائل الإعلامية.
- إعداد المشاريع والخطط والدراسات فيما يتعلق بعمل الوحدة.
- تقديم الاستشارات والنصائح لأطراف الأسرة فيما يتعلق بالاختصاص النوعي للوحدة.
- تطبيق القوانين واللوائح المتعلقة بحماية الأسرة[٣٢].

المبحث الثاني: اختصاصات شعبة حماية المرأة والطفل:

أ- تختص بشؤون الأطفال المُساء إليهم وتقوم بكافة الإجراءات (من مرحلة فتح البلاغ والإجراءات المتعلقة بالتحقيق والمحاكمة).

ب- تختص بجرائم المرأة وحالات الإساءة الجسدية والعاطفية والجنسية ضد المرأة.

تتكون هذه الشعبة من مكتبين:

مكتب استقبال الشكاوي:

يقوم باستقبال الشكاوي والبلاغات من حالات الاعتداءات والانتهاكات المختلفة ويوجد بهذا المكتب ضابط جنايات ومعالج نفسي وأخصائي اجتماعي.

خطوات سير البلاغ:

١. استقبال الشكوى.
٢. أخذ المعلومات والاستفسارات اللازمة عن الحالة.

---

[٣٢] المرجع السابق نفسه، ص ٢٢١.

٣. التأكد من الاختصاص النوعي والمكاني.
٤. التدوين الخاص.
٥. إذا تبين أن الشكوى ليست من الاختصاص النوعي للشعبة يتم قفل الملف وإرشاد المبلغ لجهة الاختصاص.
٦. إذا كانت الشكوى ضمن الاختصاص النوعي للشعبة تعرض الشكوى لرئيس الشعبة أو من ينوب عنه.
٧. عرض الحالة على الطبيب (أورنيك ٨ جنائي) إذا استدعى الحال ذلك.
٨. استلام التقارير الطبية.
٩. تحرير واستلام العينات وإرسالها لإدارة المختبرات والأدلة الجنائية.
١٠. متابعة واستلام نتائج الفحوصات.
١١. التحري مع الشاكي والمجني عليه والجاني والأطراف ذوي العلاقة بالموضوع والشهود.
١٢. فتح ملف للقضية وإعطائها رقماً متسلسلاً والقيام بزيارة منزلية إذا اقتضى الحال.
١٣. القبض على الجاني.
١٤. تلخيص الدعوى الجنائية وعرضها على النيابة المختصة ومتابعة المحاكمة.

مكتب السجلات والإحصاء:

- إعداد التقارير اليومية والأسبوعية والشهرية والسنوية وعمل الإحصاءات.
- الاحتفاظ بسجلات حالات الإساءات الجسدية والنفسية وتصنيفها.
- متابعة الإجراءات والمحاكمات وتسديد الدفاتر.

شعبة الخدمات الطبية والاجتماعية:

تتكون من ثلاثة مكاتب هي:

عيادة الطب الشرعي:

- أخذ البيانات الخاصة بالمجني عليه.
- إجراء الفحص الطبي وأخذ العينات وتحويلها للأدلة الجنائية.
- كتابة التقارير الطبية عن الحالة.
- المتابعات اللاحقة.

مكتب الخدمات النفسية والاجتماعية:

ويتكون فريق العمل من الأخصائيين الاجتماعيين والمعالجين النفسيين.

ويتلخص دوره في التالي:

- استقبال الحالات بعد اكتمال الإجراءات الجنائية والطبية.
- المقابلة المباشرة مع المجني عليهم وأسرهم لتخفيف حدة الصدمة وإزالة التوتر والخوف وما يليها من انفعالات وآثار سالبة.
- إطلاع أسر الحالات (ضحايا، جناة وجانحين) بطبيعة عمل المكتب وخدماته (جلسات نفسية واجتماعية، علاج سلوكي ومعرفي، زيارات ميدانية...إلخ).
- الدراسة الأولية وأخذ البيانات الخاصة بالحالة وفتح الملفات النفسية الاجتماعية برقم متسلسل وتصنيف الحالة.
- بعد تكملة جمع المعلومات اللازمة عن الحالة من كافة جوانبها يتم عقد اجتماع لتحديد الخطة العلاجية المناسبة للحالة.
- يتم تحويل بعض الحالات المرضية التي يتطلب علاجها طبيباً نفسياً إلى جهة الاختصاص (إدمان، زهان، نفسية، اكتئاب إلخ).
- حالات الحمل غير الشرعي عند الفتيات الضحايا يتم تحويلها ومتابعتها مع أخصائي نساء وتوليد، كما تتم عقد جلسات إرشادية لأسر الفتيات في كيفية التعامل وضرورة الحفاظ على الحالة حتى يتم وضعهن.
- متابعة الإجراءات القانونية بالحكمة.

- لم شمل بعض الأطفال الجانحين الخارجين عن السلطة الأبوية والأسرية وإعادتهم إلى أسرهم.
- يتم إعادة الأطفال المتسربين عن الدراسة إلى المدارس.
- الوقوف مع بعض الحالات وتعديل سير الإجراءات الجنائية قبل اكتمالها وحلها ودياً قبل الوصول إلى المحكمة (شكاوي الأطفال ضد الأسرة أو الجيران في حالات الأذى البسيط وغيرها).
- التوعية المجتمعية بتنفيذ اللقاءات التنويرية الجماهيرية المباشرة، الندوات، السمنارات، ورش العمل[٣٣].

[٣٣] المرجع السابق نفسه، ص ٢٢١.

مقالات

١/ أثر المسؤولية الاجتماعية على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة: دراسة ميدانية على مستشفيات القطاع الخاص في مدينة عمان

د.زهير محمد كامل

أستاذ الإدارة المساعد ـ جامعة القصيم

ملخص :

هدفت هذه الدراسة إلى تحديد أثر المسؤولية الاجتماعية على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة في المستشفيات الأردنية الخاصة في مدينة عمان. ولتحقيق هذا الهدف فقد تم اختيار عينة ملائمة استهدفت العاملين ممن يشغلون مراكز وظيفية برتبة (مدير عام، نائب مدير عام، مدير، رئيس قسم)، وكان الاستبيان هو الأداة الرئيسة لجمع البيانات، وتم توزيع ١٦٠ استبانة استرجع منها ١٠٤ استبيانات صالحة للتحليل بنسبة استجابة ٦٥٪، وباستخدام أساليب الإحصاء الوصفي وأسلوب الانحدار المتعدد أظهرت الدراسة النتائج التالية:

- يؤثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه كل من (المالكين، العاملين، المنافسين، المجتمع) على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة.
- لا يؤثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه كل من (الزبائن والموردين) على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة.

وخلصت الدراسة إلى توصيات عدة أهمها:

- ضرورة زيادة وعي المالكين والمديرين بأهمية ودور المسؤولية الاجتماعية كمتغير أساسي يسهم في تحقيق الاستجابة التنظيمية تجاه البيئة.
- العمل على إدراج المسؤولية الاجتماعية ضمن استراتيجية المستشفى لانعكاس ذلك على السمعة التنظيمية والأداء المالي.

الكلمات الدالة: المسؤولية الاجتماعية التنظيمية، المتعاملين، الاستجابة التنظيمية، البيئة.

مقدمة :

نتيجة للتطورات السريعة والتغيرات المتتابعة في بيئة الأعمال على جميع المستويات المحلية والإقليمية والدولية وسيطرة ظاهرة العولمة (Globalization) وانتشار سياسات الخصخصة (Privatization) وتخلي الدولة عن كثير من أدوارها في مجال تقديم الخدمات فإن منشآت الأعمال أصبحت تتولى هذه الأدوار من أجل تأكيد حالة الاستقرار في المجتمع وحل مشاكله المتنوعة خصوصاً وإن هناك تزايداً في أعداد جماعات الضغط وتنامياً في قوتها. ومن هنا تأتي أهمية التزام منظمات الأعمال بالمسؤولية الاجتماعية لا سيما وأن ذلك يزيد من قدرتها على الاستجابة السريعة والفعالة مع التغيرات في بيئة الأعمال، كما وأن هذه التغيرات تفرض على إدارة المنظمات خصوصاً الخدمية منها أن تطور أساليب تعاملها مع جمهور المتعاملين معها (Stakeholders) كالعاملين والمساهمين والزبائن والموردين وجميع فئات جمهورها الداخلي والخارجي. يضاف إلى ذلك أن المسؤولية الاجتماعية تشكل محور الاهتمام والمتابعة للمتعاملين مع المنظمة مما يجعل المنظمة التي تؤدي مسؤوليتها الاجتماعية في وضع تنافسي لانعكاس ذلك على رضا الزبون وولائه للمنظمة. ومما يؤسف له أن المسؤولية الاجتماعية في العالم العربي لا زالت ضمن أدنى مستويات الاهتمام ولم ترق بعد إلى مستوى الطموح الذي يتوق إليه الجمهور الداخلي والخارجي للمنظمة؛ ومن هنا تأتي أهمية تحفيز منظمات الأعمال على النهوض بمسؤولياتها تجاه المجتمع وأن تتقدم في مجال المسؤولية الاجتماعية وتضمنها في ثقافتها التنظيمية وتشجع العاملين فيها على الالتزام بها وأخذ ذلك بعين الاعتبار في عملية اتخاذ القرارات.

أهمية الدراسة :

تأتي أهمية المسؤولية الاجتماعية للمنظمة كوحدة اقتصادية واجتماعية تسعى إلى تحقيق أهدافها الاستراتيجية والتشغيلية في ضوء قدرتها على خدمة الأطراف

والجهات المختلفة التي تتعامل معها (Stakeholders) كما وأن المسؤولية الاجتماعية للشركات ترمي إلى تحقيق التنمية المستديمة من خلال تضمين البعد الاجتماعي في عملية اتخاذ القرارات ذات الصلة ببيئة المنظمة وجمهورها، ومن ثم تأتي أهمية هذه الدراسة في حقل المسؤولية الاجتماعية لا سيما وأن قطاع المستشفيات الخاصة يخدم جمهوراً كبيراً متعدد الثقافات ومتبايناً من حيث االقدرات والرغبات والاهتمامات، فضلاً عن أن خدمات الرعاية الصحية التي يقدمها هذا القطاع هي ذات طبيعة خاصة وحساسة لاتصالها بالحياة اليومية للفرد وانعكاسها على صحته النفسية والجسدية.

مشكلة الدراسة:

لا تزال المستشفيات كمنظمات أعمال متخصصة دون المستوى الذي يتوقعه الجمهور منها في إطار دعم الأنشطة الاجتماعية التي تسهم في تعزيز رفاهية المجتمع خصوصاً وأن العمل الذي تمارسه هو عمل إنساني يتصل بحياة الفرد ونمط معيشته ولذلك فإننا نرى أن مدى تحمل المستشفيات الخاصة لمسؤوليتها الاجتماعية هو موضوع يستحق الدراسة والتحليل وعليه فإن مشكلة البحث تكمن في الإجابة عن الأسئلة التالية:

١. إلى أي مدى تتحمل المستشفيات الأردنية الخاصة المسؤولية الاجتماعية تجاه المتعاملين معها (Stakeholders)؟
٢. ما أثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه المتعاملين معها على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة؟

أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الآتي:

١. التعرف إلى مدى التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه المتعاملين معها (المالكين، العاملين، الزبائن، المنافسين، الموردين، المجتمع).
٢. التعرف على أثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه المتعاملين معها (المالكين، العاملين، الزبائن، المنافسين، الموردين، المجتمع) على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة.

٣. الخروج بتوصيات مفيدة تحث على تبني المسؤولية الاجتماعية وتطوير العلاقة مع المجتمع والمستفيدين على اختلاف أنواعهم.

فرضيات الدراسة :

لتحقيق أهداف الدراسة أعلاه فقد تم تطوير الفرضيات التالية:

١. الفرضية الأولى: يؤثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه المالكين (المساهمين) على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة.

٢. الفرضية الثانية: يؤثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه العاملين على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة.

٣. الفرضية الثالثة: يؤثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه الزبائن على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة.

٤. الفرضية الرابعة: يؤثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه المنافسين على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة.

٥. الفرضية الخامسة: يؤثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه الموردين على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة.

٦. الفرضية السادسة: يؤثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه المجتمع على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة.

التعريف الإجرائي لمتغيرات الدراسة وكيفية قياسها

لما كان هدف الدراسة تحديد مدى تأثير التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه المتعاملين معها على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة فإنه يمكن تعريف متغيرات الدراسة إجرائياً كما في الجدول رقم (١)، ولتحقيق أهداف الدراسة فقد تم تصميم استمارة اشتملت على جزأين من البيانات: الجزء الأول عبارة عن معلومات عامة عن أفراد العينة، والجزء الثاني يتمثل بالبيانات الخاصة بالمتغيرات المستقلة (المسؤولية الاجتماعية تجاه المالكين، المسؤولية الاجتماعية تجاه العاملين، المسؤولية الاجتماعية تجاه الزبائن، المسؤولية الاجتماعية تجاه المنافسين، المسؤولية

الاجتماعية تجاه الموردين، المسؤولية الاجتماعية تجاه المجتمع)، والمتغير التابع (الاستجابة التنظيمية نحو البيئة). ويبين الملحق رقم (١) الأسئلة التي حددت لقياس المتغيرات المستقلة والمتغير التابع.

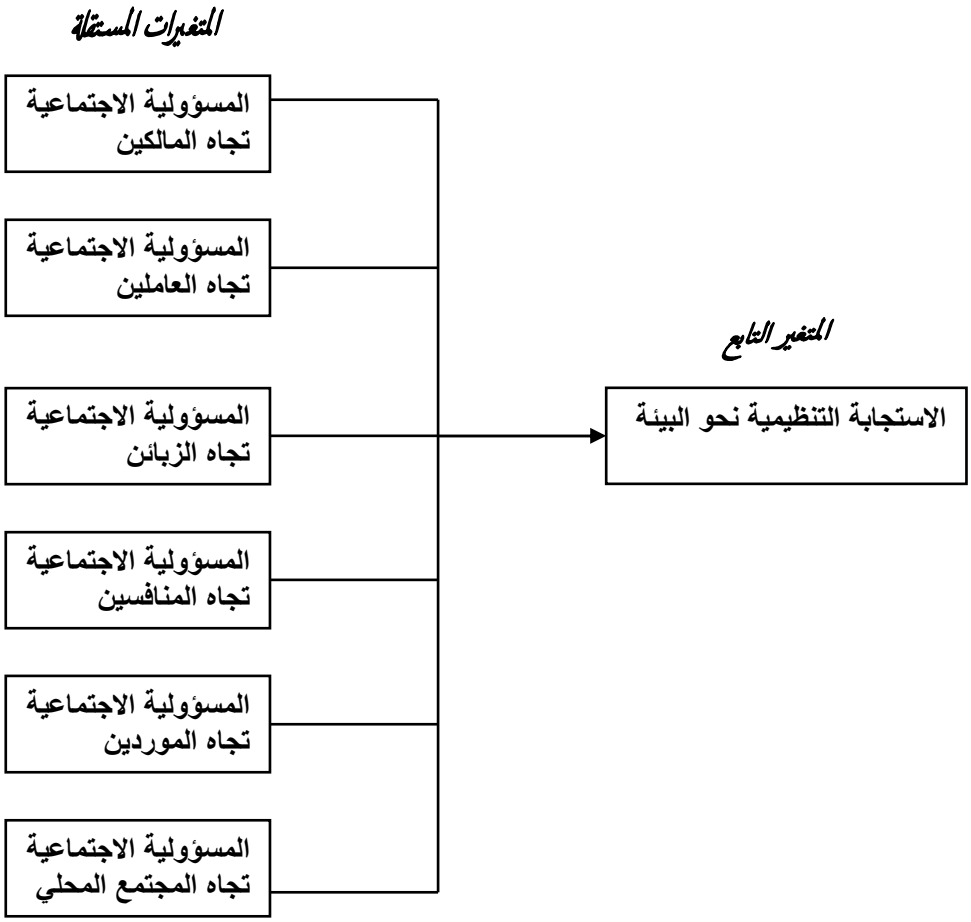
الجدول (١) التعريف الإجرائي لمتغيرات الدراسة، أسئلة القياس، قيم كرونباخ ألفا

المتغير	التعريف الإجرائي	أسئلة القياس	قيمة كرونباخ ألفا
المسؤولية الاجتماعية تجاه المالكين (مستقل)	قدرة المستشفى على تحقيق أهداف المساهمين من خلال الحصول على معدل عائد اقتصادي على أموال المستثمرين وتقديم المعلومات والتقارير اللازمة لهم وكذلك حماية أصول المستشفى من تجهيزات أو موارد بشرية مؤهلة.	١- ٧	0.933
المسؤولية الاجتماعية تجاه العاملين (مستقل)	قدرة المستشفى على تحقيق أهداف العاملين من خلال دفع رواتب وأجور مجزية وعادلة وتهيئة ظروف عمل جيدة وأمينة وخالية من المخاطر وإتاحة فرص تقديم وترقية ورعاية صحية وإجازات مدفوعة ونقل وسكن مناسب وغيرها من الامتيازات المرتبطة بهذا الأمر سواء كانت مادية أو معنوية.	٨- ١٤	0.865
المسؤولية الاجتماعية تجاه الزبائن (مستقل)	قدرة المستشفى على خدمة الزبائن (المرضى) وذلك من خلال تقديم خدمة علاجية جيدة بأسعار مناسبة وأن تكون هناك جاهزية لتقديم الخدمات حين الحاجة إليها.	١٥- ٢٣	0.918
المسؤولية الاجتماعية تجاه المنافسين (مستقل)	وتعني أسلوب المنافسة مع المستشفيات العاملة في نفس المجال بحيث تكون المنافسة نزيهة وصادقة وتتسم بروح التطوير وتقديم ما هو أفضل والتعاون مع المستشفيات الأخرى في مجال الاستفادة من التخصصات والأجهزة النادرة.	٢٤- ٢٧	0.763

المسؤولية الاجتماعية تجاه الموردين (مستقل)	اختيار الموردين على أسس ومعايير موضوعية لتأمين الاحتياجات من مواد وتجهيزات مختلفة سواء كانت من السوق المحلية أو العالمية' وبناء علاقات جيدة مع الموردين وتسديد الالتزامات المالية أول بأول والاستماع إلى وجهات نظرهم باهتمام كبير.	٢٨-٣٤	0.887
المسؤولية الاجتماعية تجاه المجتمع (مستقل)	قدرة المستشفى على تحقيق توقعات المجتمع من المستشفيات الخاصة كمساهمتها بمبالغ مالية لدعم البنى التحتية للمجتمع وبدعم الأنشطة الفكرية والثقافية وتوفير فرص عمل جديدة والمساهمة الطواعية في حملات التوعية الصحية في المجتمع.	٣٥-٤٢	0.882
الاستجابة التنظيمية نحو البيئة (تابع)	مدى تفاعل المستشفى مع القضايا البيئية وحرص الإدارة العليا على حماية البيئة وتبني السياسات التي تسهم في تحقيق التنمية المستدامة وتقديم الخدمات بشكل يتوافق مع احتياجات المجتمع ومتطلبات البيئة.	٤٣-٥٣	0.881

نموذج البحث: يمثل الشكل رقم (١) نموذج الدراسة الافتراضي معبراً عن العلاقات بين المتغيرات المستقلة والمتغير التابع كما أوضحتها الفرضيات المشار إليها سابقاً.

شكل (١) نموذج الدراسة الافتراضي



منهجية الدراسة :

نوع الدراسة :

اعتمدت هذه الدراسة بشكل أساسي على المنهجين الوصفي والكمي إذ تمت مراجعة الأدب الإداري المتعلق بمتغيرات الدراسة (المسؤولية الاجتماعية والاستجابة التنظيمية نحو البيئة) لغرض بناء الإطار النظري ومراجعة الدراسات السابقة ذات الصلة بمتغيرات الدراسة، وكان حرص الباحثين على الرجوع إلى أحدث الدراسات التي أجريت في مجال المسؤولية الاجتماعية والاستجابة التنظيمية نحو البيئة لرصد التطورات

والتغيرات المرتبطة بهذه المفاهيم من جهة وبهدف تطوير أداة جمع المعلومات الرئيسة في هذه الدراسة وهي الاستبانة من جهة أخرى.

مجتمع وعينة الدراسة :

يمثل مجتمع الدراسة المستشفيات الخاصة في مدينة عمان البالغ عددها (٣٧) وفقاً لدليل المستشفيات في الأردن لعام ٢٠٠٩ وتم اختيار عينة بلغت (٢٠) مستشفى، واقتصرت الدراسة على مدينة عمان لكونها تشتمل على عدد كبير من المستشفيات الخاصة والتي يعالج فيها عدد كبير من المرضى الأردنيين وغيرهم الجنسيات الأخرى، فضلاً عن كبر حجم هذه المستشفيات وقدمها الزمني من حيث التأسيس، ولقد استخدم أسلوب العينة الملائمة بحيث وزعت الاستبيانات على العاملين في هذه المستشفيات من أطباء وموظفين ممن يشغلون مواقع إدارية من رتبة (مدير عام، نائب مدير عام، مدير، رئيس قسم)، وضمن هذا السياق فقد بلغ عدد الاستمارات الموزعة ١٦٠ استمارة، وبلغ عدد الاستمارات المرتجعة منها والصالحة لأغراض التحليل (١٠٤) استمارات وبهذا تكون نسبة الاستجابة ٦٥٪.

أساليب جمع البيانات :

اعتمدت الدراسة على مصدرين لجمع البيانات هما (١) المصادر الثانوية وتشمل الأدب الإداري المنشور في الكتب والمجلات والدوريات المتخصصة والانترنت (٢) والمصادر الأولية من خلال تطوير استبانة خاصة تغطي كافة متغيرات وأبعاد الدراسة، وقد بلغت درجة اعتمادية هذه الاستبانة وفقاً لمعيار كرونباخ ألفا (Cronbach's Alpha) (٩٠,٨٪) وهي نسبة عالية تمكن من اعتماد نتائج الدراسة (Sekaran، 2003). هذا وقد تم تطوير الاستبانة لتشمل جميع متغيرات الدراسة لتحقيق أهدافها والإجابة عن أسئلتها للوقوف على مدى التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية وتأثير ذلك على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة؛ وقد تضمنت أداة الدراسة جزأين أساسيين هما:

الجزء الأول: يشتمل على معلومات ديموغرافية عن أفراد العينة متمثلة بالنوع الاجتماعي، العمر، المسمى الوظيفي، المجال الوظيفي، وعدد سنوات الخبرة.

الجزء الثاني: ويشتمل على(٥٣) سؤالاً حددت أصلاً لقياس المتغيرات المستقلة والمتغير التابع ويحدد الملحق رقم (١) الأسئلة التي حددت لقياس كل متغير من هذه المتغيرات. وقد تم تحديد أوزان فقرات الاستبانة في الجزء الثاني طبقاً لمقياس ليكرت الخماسي حيث تم إعطاء خمس نقاط للإجابة (موافق بشدة) وأربع نقاط للإجابة (موافق) وثلاث نقاط للإجابة (محايد) ونقطتين للإجابة (غير موافق) ونقطة واحدة للإجابة (غير موافق بشدة).

صدق أداة الدراسة وثباتها :

لقياس صدق أداة الدراسة من حيث المحتوى للتأكد من أن أسئلة متغيراتها تقيس ما وضعت أصلاً لقياسه فقد تم تطوير هذه الأداة بالرجوع إلى أهم الدراسات النظرية والميدانية في مجال المسؤولية الاجتماعية والاستجابة التنظيمية فقد تم قياس المتغيرات المستقلة (المسؤولية الاجتماعية تجاه المالكين، المسؤولية الاجتماعية تجاه العاملين، المسؤولية الاجتماعية تجاه الزبائن، المسؤولية الاجتماعية تجاه المنافسين، المسؤولية الاجتماعية تجاه الموردين، المسؤولية الاجتماعية تجاه المجتمع) بالرجوع إلى (Carroll، 1979; Maignan and Ferrell، 2000; Klement and Golob، 2007; Walker، 2007; Smith، 2008; Fenwic and Bierema، 2009; Lee and Park، 2009;) والمتغير التابع (الاستجابة التنظيمية نحو البيئة) بالرجوع إلى (Bowen، 2000; Trebeck، 2008; Rivera، et al.، 2009)، كما عرضت الاستبانة على مجموعة من الأكاديميين من أساتذة الجامعات المختصين ومجموعة من الممارسين من الأطباء والإداريين في المستشفيات الأردنية الخاصة وأجريت بعض التعديلات الطفيفة على الصياغة اللغوية ومحتوى بعض الفقرات بحيث أصبحت بنود الاستبانة أكثر فهماً ووضوحاً، كما أجري اختبار الثبات باستخدام مقياس كرونباخ ألفا (Cronbach's Alpha) لقياس الاتساق الداخلي لكل متغير من متغيرات الدراسة وكما تشير بيانات الجدول رقم (١) فإن جميع القيم كانت أعلى بكثير من قيمة الحد الأدنى اللازمة للتحليل الإحصائي والتي لا ينبغي أن تقل عن ٠,٦٠ (Sekaran، 2003).

الأساليب الإحصائية المستخدمة :

تم استخدام أساليب الإحصاء الوصفي والتحليلي لإظهار خصائص العينة والإجابة عن أسئلة الدراسة، وتتلخص هذه الأساليب ومجالات استخدامها بما يلي:

١. المتوسطات والانحرافات المعيارية لقياس متوسط الإجابات عن متغيرات الدراسة.
٢. معيار كرونباخ ألفا (Cronbach's Alpha) لقياس الاعتمادية.
٣. معاملات الالتواء والتفرطح لجميع متغيرات الدراسة بهدف التأكد من أن البيانات تتبع التوزيع الطبيعي.
٤. تحليل الانحدار المتعدد لاختبار أثر المتغيرات المستقلة على المتغير التابع.

محددات الدراسة :

اشتملت الدراسة على مجموعة من المحددات والصعوبات أبرزها:

١. اقتصرت الدراسة على نوع واحد من أساليب جمع البيانات وهو الاستبيان ولم يكن بالإمكان توظيف أساليب أخرى كالمقابلة بسبب تحفظ عينة المستجيبين نظراً لمحدودية الوقت المتاح لديهم.
٢. لم يتم فحص أثر المتغيرات التنظيمية (حجم المستشفى، تاريخ تأسيسه، رأسماله) على العلاقة بين المسؤولية الاجتماعية والاستجابة التنظيمية بسبب صعوبة جمع البيانات عن تلك المتغيرات وتحفظ بعض المستشفيات في الإفصاح عن مثل هذه البيانات.

الإطار النظري للدراسة :

تعريف المسؤولية الاجتماعية Social Responsibility Definition :

إن موضوع المسؤولية الاجتماعية يكتسب أهمية متزايدة يوماً بعد يوم لأهمية هذا الموضوع لجميع الأطراف ذات العلاقة مع المنظمة، وقد قدم الباحثون والمؤلفون تعريفات ووجهات نظر عديدة لتوضيح مفهوم المسؤولية الاجتماعية متباينة في صياغتها وعباراتها وتحمل أحيانا مضموناً مختلفاً وهذا الأمر يعبر عن كون المسؤولية الاجتماعية في

حقيقة الأمر تركيباً معقداً Complex Construction وليس مفهوماً بسيطاً قابلاً للقياس بمعايير موحدة عالمياً أو حتى إقليمياً، وسبب ذلك هو دخول متغيرات حضارية وثقافية ودينية وأمور أخرى غيرها. وفي هذا السياق أشار(2009) Johnson إلى أن مصدر الغموض في تعريف المسؤولية الاجتماعية يعود إلى عدم وجود اتفاق موحد تجتمع عليه الصناعة ووسائل الإعلام والزبون والأطراف الأخرى ذات العلاقة مع المنظمة، فعلى سبيل المثال يربط الزبون مفهوم المسؤولية الاجتماعية بمدى مساهمة المنظمة في تقديم الهبات والتبرعات للمجتمع والمحافظة على بيئة نظيفة وخضراء بينما تميل وسائل الإعلام إلى تعريف المسؤولية الاجتماعية في ضوء قدرة المنظمة على تقديم مخرجات (سلع وخدمات) صديقة للبيئة مع المحافظة على تجديد الموارد واستغلالها اقتصادياً بشكل يحول دون نضوبها. كما بين Frankental (2001) أن مفهوم المسؤولية الاجتماعية مفهوم غامض وغير ملموس ويصعب قياسه بسبب عدم وجود فهم مشترك تتفق عليه جميع الأطراف والجهات ذات العلاقة بالمنظمة، كما أنه يصعب توفير معايير موحدة لقياس مدى تحقق المسؤولية الاجتماعية وفقاً للمقارنة المرجعية بين شركة معينة وأخرى، كما تفتقر الهياكل التنظيمية في منظمات الأعمال إلى وحدات تنظمية ذات أبعاد أفقية وعمودية خاصة بالمسؤولية الاجتماعية وبالتالي فإنها (المسؤولية الاجتماعية) ليست أكثر من نشاط يتبع للعلاقات العامة في المنظمة (Frankental.2001)، ولكن لا بد من استعراض بعض التعريفات لغرض رسم صورة واضحة عن المسؤولية الاجتماعية في منظمات الأعمال لغرض تدعيم الأفكار الواردة في بحثنا هذا. يرى Smith (2009) أن المسؤولية الاجتماعية تعني قدرة المنظمة على الاستجابة لمتطلبات البيئة الخارجية حيث إن المتعاملين من خارج المنظمة (Outside stakeholders) ربما يؤثرون في فلسفة المنظمة ورسالتها وأهدافها لتقدم للمجتمع أفضل مخرجاتها (السلع والخدمات) ويقع على عاتق المتعاملين من داخل المنظمة (المديرون والمالكون والعاملون ومجلس الإدارة: Inside stakeholders) تحسين الاستجابة الاجتماعية لتحقيق أهداف طويلة الأمد كالأصول غير الملموسة والسمعة التنظيمية والثقافة التنظيمية.

ويعرف (٢٠٠٨) Trebeck المسؤولية الاجتماعية على أنها الجهود التي تبذلها المنظمة استجابة لطلبات الجهات والوحدات التي تؤثر في عمليات المنظمة ايجابياً أو سلبياً. ويؤيد الباحثون في المسؤولية الاجتماعية أمثال (Carroll، 1979، Maignan and Ferrell، 2000، Galbreath، 2009) تعريف المسؤولية الاجتماعية على أنها مدى قدرة منظمات الأعمال على تأدية التزاماتها تجاه الأطراف التي تتعامل معها وذلك من خلال تحقيق مسؤولياتها الاقتصادية والقانونية والأخلاقية وكذلك المسؤولية عن تقديم أعمال الخير والعطاء. ولقد انتقل مفهوم المسؤولية الاجتماعية من مفهوم ضيق للتعامل مع أحداث بيئية آمنه إلى هدف استراتيجي يتطلب أن تعطيه إدارة المنظمة أهمية كبيرة في التخطيط الاستراتيجي بعيد الأمد وقد أكد Daft (2002) أن المسؤولية الاجتماعية هي واجب إدارة المنظمة في اتخاذ قرارات وأفعال بطريقة تحقق رفاهية المجتمع ومصالحه، وخلاصة لما تقدم من أفكار فإن المسؤولية الاجتماعية لمنظمات الأعمال تتبلور بكونها واجباً والتزاماً من جانب منظمات الأعمال تجاه المجتمع بشرائحه المختلفة، مع الأخذ بعين الاعتبار التوقعات البعيدة المدى لهذه الشرائح من هذه المنظمات وهذا يتطلب من منظمات الأعمال زيادة اهتمامها بالعاملين وبالبيئة وبشرط أن يكون ذلك طوعياً ومتجاوزاً الالتزامات المنصوص عليها قانونياً.

ولقد لعبت المسؤولية الاجتماعية دوراً واضحاً في ميادين الأعمال كبعد اجتماعي يلزم المنظمة بتأدية رسالة واضحة تجاه المجتمع ويزيد من رضا جمهورها المستهدف ولذلك لم تعد منظمات الأعمال معنية بالمؤشرات الاقتصادية فحسب بل إن المؤشرات الاجتماعية هي الأخرى باتت مؤشرات ذات قيمة في عملية تقييم الأداء الاستراتيجي والتشغيلي. وذهب الباحثون والمؤلفون في الإدارة والتنظيم إلى ربط أنشطة المسؤولية الاجتماعية بأداء المنظمة فعلى سبيل المثال وجد Rodriguez and Cruz (2007) أن أنشطة المسؤولية الاجتماعية تؤثر إيجاباً على مؤشرات الأداء المالي في قطاع الفنادق إذ إن معدل العائد على الأصول يزداد نتيجة التركيز على هذه الأنشطة، وفي السياق ذاته اختبر Lee and Park (2009) أثر المسؤولية الاجتماعية التنظيمية على الأداء المالي للفنادق ووجد أن الاستثمار في أنشطة المسؤولية الاجتماعية يؤدي إلى تحسين وزيادة

الأداء المالي. كما يؤيد الباحثون دور المسؤولية الاجتماعية في دعم العلاقة بين المنظمة والمجتمع ضمن علاقة تأثيرية متبادلة حسب توقعات الأفراد بأن تتوافق مخرجات المنظمة (سلع وخدمات) مع احتياجاتهم وتوقعاتهم، ويؤيد Kent & Taylor (1998) فكرة إقامة علاقات بينية طويلة الأمد بين المنظمات ذاتها وبين المجتمع عن طريق الحوار وتفعيل عنصر الاتصال، وعندما يتمكن الجمهور من التعبير عن رأيه وأفكاره فإن في ذلك ما يزيد من معرفة المنظمة وفهمها وتقديرها لاحتياجات الزبائن والمستهلكين. ويضيف Nelson (١٩٩٨) بأن الشركات التي تتقدم إلى الأمام في مجال المسؤولية الاجتماعية تشترك في خصائص أربع:

- الاعتماد على قيادة تحويلية تضع المسؤولية الاجتماعية ضمن استراتيجية الشركة وفلسفتها ورسالتها.
- الالتزام بالتعلم والتحفيز وعقد شراكات وتنظيم شبكات عالمية.
- الاستمرار في التواصل مع المتعاملين (Stakeholders) مع المنظمة من خلال علاقات منفعة تبادلية.
- استخدام مقاييس أداء مالية وغير مالية تكون مدعمة من قبل جهات التدقيق والفحص والمراجعة والتقارير.

التطور التاريخي لمفهوم (Historical Development of the Social Responsibility Concept)

إن المتتبع لتطور مفهوم المسؤولية الاجتماعية يستطيع أن يلمس تغيرات مهمة وإضافات نوعية أدت إلى إثراء هذا المفهوم عبر الزمن وتم التطور بالمفهوم من الحالة الآنية العملياتية إلى الاستجابة الاستراتيجية ومن الجزئية الضيقة إلى الشمولية الواسعة وبهذا فإننا نرصد في الجدول رقم (٢) المراحل التالية لنشكل إطاراً لتطور المفهوم عبر مراحل زمنية متعاقبة (الغالبي والعامري، ٢٠٠٨).

الجدول (٢) مراحل تطور المسؤولية الاجتماعية

١. مرحلة الثورة الصناعية والإدارة العلمية: تميزت هذه المرحلة بالتوسع في انتشار المصانع والتركيز على الأرباح والاهتمام بالبيئة الداخلية أكثر من الخارجية، الاهتمام بالمالكين على حساب العاملين
٢. مرحلة العلاقات الإنسانية: تمت فيها دراسة تأثير الاهتمام بالعاملين وبظروف العمل على الإنتاج والإنتاجية وهذا يمثل نقلة نوعيه في تطور مفهوم المسؤولية الاجتماعية حيث بدأ الاهتمام بالمستفيد الأول والأقرب للمالكين وهم العاملون.
٣. مرحلة ظهور خطوط الإنتاج وتضخم حجم المنظمات: وشهدت هذه المرحلة تضخماً في حجم الشركات الصناعية وزيادة عدد العاملين فيها ولم يكن هناك مراعاة للمسؤولية الاجتماعية للمنظمة الصناعية نتيجة الملوثات البيئية الناتجة عن مخرجات التصنيع.
٤. مرحلة الفكر الاشتراكي: تم فيها تبني الكثير من عناصر المسؤولية الاجتماعية التي تخص المستفيدين باختلاف أنواعهم.
٥. مرحلة الكساد الاقتصادي الكبير والنظرية الكنزية: شهدت هذه المرحلة إهمال إدارات المنظمات الصناعية لبعض مسؤولياتها تجاه أطراف متعددة من المستفيدين جعلها في تضاد مع مصالح هؤلاء بحيث إن هدفها كان تسويق أكبر كمية من المنتجات دون الأخذ بنظر الاعتبار المستهلك ومصالحه المتعددة ومن هنا تظهر دعوة كينز ونظريته الشهيرة بوجوب تدخل الدولة بحد معقول لإعادة التوازن الاقتصادي.
٦. مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية والتوسع الصناعي: تميزت هذه المرحلة بظهور ديموقراطية تؤمن بالمشاركة السياسية وتوسع مفهوم الديموقراطية الصناعية وتعزز دور النقابات وتعالت أصواتها بالمطالبة بتحسين ظروف العمل وسن القوانين التي تحمي العاملين وتعزيز مشاركتهم في مجالس الإدارة.

٧. مرحلة المواجهات الواسعة بين الإدارة والنقابات: تتميز هذه المرحلة بتعاظم قوة النقابات وزيادة تأثيرها في قرارات إدارة المنظمات بشكل عام، كما شهدت المرحلة تعميق الوعي بالمسؤولية الاجتماعية وبداية المطالبة بحماية البيئة ونشر الوعي البيئي وإدراك الناس للتلوث الحاصل جراء العمليات الصناعية.
٨. مرحلة القوانين والمدونات الأخلاقية: ظهر في هذه المرحلة مفهوم محاسبة المسؤولية الاجتماعية وكثرت كذلك الدراسات التي تربط بين تبني المسؤولية الاجتماعية والأداء المالي للمنظمات وكذلك تطوير مقاييس الأداء الاجتماعي لمنظمات الأعمال.
٩. مرحلة جماعات الضغط: شهدت هذه المرحلة ظهور جمعيات مهنية متخصصة ومن أمثلتها :جماعات حماية المستهلك، جماعات حماية البيئة والمحافظة عليها، جمعية أطباء بلا حدود، محامين بلا حدود، جماعات الدفاع عن حقوق المرأة، جمعيات الدفاع عن حقوق الطفل وجمعيات السلام الأخضر وغيرها، وأصبحت المسؤولية الاجتماعية في هذه المرحلة أكثر نضوجاً كفكرة نظرية واقوى حضوراً على ارض الواقع كممارسة بحكم تطوير معايير واضحة ومؤشرات قياس كمية تتطلبها الكثير من المنظمات الدولية خصوصا تلك التي تهتم بما يسمى بالتنمية المستدامة (Sustainable development)
١٠. مرحلة اقتصاد المعرفة وعصر المعلوماتية: - تتسم هذه المرحلة بتغير طبيعة الاقتصاد وبروز ظواهر العولمة والخصخصة وانتشار شبكات المعلومات وازدهار صناعة تكنولوجيا المعلومات واتساع نمو قطاع الخدمات.

ويلاحظ أن تطور مفهوم المسؤولية الاجتماعية قد حصل بشكل متدرج وعبر مراحل زمنية طويلة، كما لا يمكن تعميم هذا التطور على كل البيئة العالمية بشكل موحد، فالبيئة الغربية يمكن النظر إليها بشكل منفصل لأنها كانت أرضاً خصبة وصالحة للتطور أكثر من غيرها في حين أن اليابان تمثل نموذجاً آخراً لتطور المسؤولية الاجتماعية بحكم الثقافة المتميزة له، أما الدول النامية فإنها تأخرت في تبني هذه المفاهيم.

منهجية دراسة محتوى المسؤولية الاجتماعية :

لقد أصبحت منظمات الأعمال تحت ضغوطات اجتماعية وقانونية ونقابية لكي تطور من التزاماتها إزاء الطلب الاجتماعي المتزايد وبالتالي فإنها لم تعد مجرد وحدة اقتصادية محضة بل أنها مطالبة بتحمل مسؤولياتها تجاه المجتمع. وبمراجعة الأدبيات الإدارية يتضح وجود مناهج عدة لدراسة محتوى المسؤولية الاجتماعية، ومن هذه المناهج ما جاء به (1979) Carroll الذي يعد أبرز الرواد والباحثين في مجال المسؤولية الاجتماعية، إذ يرى Carroll أن المسؤولية الاجتماعية يمكن أن تدرس في ظل أربعة أبعاد محدودة هي:

١. البعد الاقتصادي (Economic dimension) ويستند إلى مبادئ المنافسة والتطور التكنولوجي حيث يشمل على مجموعة كبيرة من عناصر المسؤولية الاجتماعية يجب أن تؤخذ في إطار احترام قواعد المنافسة العادلة والحرة والاستفادة التامة من التطور التكنولوجي وبما لا يلحق ضرراً بالمجتمع والبيئة.
٢. البعد القانوني (Legal dimension): يقوم هذا البعد على أساس مبادئ حماية البيئة والسلامة المهنية والعدالة وقوانين حماية المستهلك ويحتوي مجموعة كبيرة من العناصر يفترض أن تحترم من قبل المنظمات وبالشكل الذي يعزز ويساهم في الارتقاء بالعلاقة مع المستهلك ومع العاملين بمختلف أجناسهم وأعراقهم وأديانهم وكذلك منع الإضرار بالبيئة من خلال الاستخدام التعسفي للموارد أو التلوث الحاصل في الماء والهواء والتربة، يلاحظ أن تطور الجانب القانوني يختلف باختلاف الدول والشعوب.
٣. البعد الأخلاقي (Ethical dimension): يستند هذا البعد إلى مبادئ ومعايير أخلاقية وكذلك إلى أعراف وقيم اجتماعية وفي إطارها توجد مؤشرات عديدة تتدرج في إطار تكافؤ الفرص والتوظيف والجوانب الأخلاقية في الاستهلاك ومراعاة مبادئ حقوق الإنسان واحترام العادات والتقاليد السائدة في المجتمع وغيرها.

٤. البعد الخير (Philanthropic dimension) ويرتبط بمبدأ تطوير نوعية الحياة بشكل عام وما يتفرع عن ذلك من عناصر ترتبط بالذوق العام ونوعية ما يتمتع به الفرد من غذاء وملابس وغيرها من جوانب أخرى. ولقد طور الباحثان (2000) Quazi and O'Brien نموذجاً للمسؤولية الاجتماعية يتكون من أربعة مداخل هي:

١. المدخل الكلاسيكي (Classic approach):حيث تقوم الفكرة هنا على مبادئ الاقتصاد الحر والقوى المتحكمة فيه بحيث إن تحقيق وتعظيم الأرباح هو الهدف الرئيس للمنظمة، وتعتبر المنظمة أن الأنشطة الاجتماعية ذات كلفة وأنها ليست ذات جدوى اقتصادية.

٢. المدخل الاجتماعي ـ الاقتصادي (.Socio-economic approach): وهو مدخل يعطي اهتماماً جزئياً للمسؤولية الاجتماعية التي تحقق المنافع الاقتصادية للمنظمة مثل تجنب مخالفات التشريع وبناء علاقات جيده مع الزبائن والموردين، ويلاحظ أن هذا المدخل ذو وظيفة مزدوجة إذ يركز على تحقيق أقصى الإرباح والاستجابة للمطالب الاجتماعية.

٣. مدخل الخير والعطاء (Philanthropic approach) وهو مدخل ينظر للمسؤولية الاجتماعية نظرة واسعة تقوم على تقديم أعمال الخير والتبرعات والإعانات للمجتمع حتى وأن كانت تشكل عبئاً مالياً وكلفة على المنظمة.

٤. المدخل الحديث (Modern approach): وهو مدخل يركز على إقامة علاقات واسعة مع المجتمع وتحقيق المنافع في الأجل القصير والطويل من خلال تحقيق المسؤولية الاجتماعية التنظيمية تجاه مختلف أطراف التعامل (Stakeholders) مع المنظمة.

وهكذا فإنه يبدو ومهما تعددت مناهج دراسة محتوى المسؤولية الاجتماعية فإنها تلتقي بتوجهات عامة تبدأ مع بداية تطور الصناعة والتركيز على مصالح المالكين لتمتد لاحقاً إلى مصالح الفئات المختلفة داخل المنظمة لتصل إلى مرحلة اخذ مصالح الأطراف المختلفة داخل المنظمة وخارجها. ومع هذا فإنه يمكن القول بأن المنظمات

باختلاف حجومها وملكياتها وبيئات عملها وطبيعة نشاطها وفلسفة إدارتها وقيمها لا تستطيع أن تتبنى المسؤولية الاجتماعية بمستوى واحد. ويخلصTulder and Zwart) ، (2006 إلى القول بوجود أربعة مداخل لدراسة المسؤولية الاجتماعية هي:

١. المدخل غير النشط (Inactive approach): وهو نموذج تقليدي يعكس الفكر الكلاسيكي في الإدارة وبموجبه ينحصر مفهوم المسؤولية الاجتماعية في تحقيق الأرباح وزيادة ثروة الملاك.

٢. المدخل التفاعلي (Reactive approach) ويركز هذا المدخل على الربحية كهدف رئيسي ولكن مع اعتبار المتعاملين مع المنظمة (Stakeholders) ضمن أولوياتها، بمعنى آخر يركز هذا النمط على الاستجابة الاجتماعية لأفعال ورود أفعال جمهور المنظمة والمتعاملين معها خصوصاً إذا كان لدى هذه الأطراف القدرة على التأثير السلبي على سمعة المنظمة في حالة عدم الاستجابة لتوقعاتهم وأهدافهم.

٣. المدخل النشط (Active approach): وهو المدخل الأكثر أخلاقياً من بين مداخل المسؤولية الاجتماعية التنظيمية ووفقاً لهذا المدخل فإن الأفراد والمنظمات مطالبون بعمل الشيء الصحيح بأية كلفة مع التركيز على العدالة والمساواة الاجتماعية في بيئة صحية ونظيفة. ولم يضع هذا المدخل هدف الربحية في قمة أولوياته.

٤. المدخل المختلط (Pro-interactive approach): ويجمع هذا المدخل بين المداخل الثلاثة السابقة، ويوازن بين هدف الربحية والجانب الأخلاقي، ووفقاً لهذا المدخل فإن على المنظمة أن تراعي في رسم استراتيجياتها وخططها متطلبات المتعاملين معها داخلياً وخارجياً (external and internal stakeholders) وذلك من خلال البعد الداخلي للمسؤولية الاجتماعية (Internal Responsibility) والذي يتمثل بإسهام المنظمة في تطوير العاملين وتحسين نوعية حياتهم، والبعد الخارجي (External Responsibility) والذي يتمثل بمبادرات المنظمة في خدمة المجتمع وتحقيق التنمية المستديمة. ويلاحظ أن هذا المدخل يحقق نمواً كبيراً للصناعة وللاقتصاد ككل.

الاستجابة التنظيمية نحو البيئة

إن استجابة المنظمة بشكل كفؤ وفعال للمتغيرات البيئية تعد العامل الرئيس في بقاء المنظمة في السوق وقدرتها على التكيف مع التغيرات في بيئة الأعمال، خصوصاً في ظل زيادة عدد وتعقد السياسات والأنظمة والتشريعات التي تلزم المنظمات بأداء أدوارها الاستراتيجية والتشغيلية نحو حماية البيئة والحفاظ عليها سواء في الدول الصناعية أو النامية (Vig and Kraft، 2006). ويرى (٢٠٠٩) Rivera، .et al أن الباحثين في الإدارة الاستراتيجية ساهموا بشكل فعال في زيادة الفهم والإدراك والوعي حول قيم المنظمات الاجتماعية ومعتقداتها وأدوارها واستجابتها وتفاعلها الإيجابي مع القوانين الحكومية والتشريعات البيئية، وذلك بهدف أن تحقق منظمات الأعمال مسؤوليتها الاجتماعية تجاه البيئة التي تمثل مجالها الذي عليها أن تنشط فيه لتحقيق أهدافها. ووفقاً لـ (2000) Davidow فإن الاستجابة التنظيمية للمنظمة نحو طلبات الزبائن تحدد في ظل سرعتها وجاهزيتها واستعدادها والتسهيلات التي تقدمها استجابةً لهذه الطلبات وكذلك التفاعل مع شكاوى الزبائن ومقترحاتهم والعمل على تحقيق احتياجاتهم وتوقعاتهم. وبشكل عام فإن القادة والمديرين الذين لديهم اهتمام والتزام بالمسؤولية تجاه القضايا البيئية عادة ما يحرصون على إبداء استجابة سريعة وفعالة نحو احتياجات وتوقعات الأطراف والجهات التي تتعامل معها المنظمة، كما أنهم ملتزمون بالتكيف مع التغيرات التنظيمية المتعلقة بالبيئة مثل مكافحة التلوث وتطبيق نظم إدارية ملائمة للبيئة مثل الآيزو ١٤٠٠١ وكذلك زيادة تحفيز العاملين (Boiral، et al. ،2009).

هذا ولن تكون الاستجابة التنظيمية نحو البيئة فعالة ما لم تكن ضمن استراتيجية المنشأة وأولوياتها، ومن هنا نشأ مفهوم القيادة البيئية الذي يعرفه (٢٠٠٠) Egri and Heman على أنه القدرة في التأثير على سلوك الأفراد والمنظمات لتجسيد رؤية بيئية مستديمة بيد أن مثل هذا الأمر يحتاج إلى موارد مالية ومعلوماتية وبشرية كافية لإدراج الاستجابة التنظيمية كقيمة من قيم المنظمة وكجزء أساسي من ثقافتها

التنظيمية، وعليه فإن الاستجابة التنظيمية نحو البيئة تضعف في حالة نقص ومحدودية الموارد المالية والبشرية والمعلومات (He and Chen، 2009).

الدراسات السابقة :

في دراسة قام بها (Abreu 2005 ،et al.) ركزت الدراسة على مراعاة المسؤولية الاجتماعية في مؤسسات الرعاية الصحية نظراً للأدوار الحيوية التي تقوم بها هذه المؤسسات والتي تنعكس على حياة الفرد بشكل مباشر وعلى نمط حياته ومعيشته حاضراً ومستقبلاً. وتكونت عينة الدراسة من ٣١ مستشفى في البرتغال، وتوصلت إلى نتيجة مفادها أن المسؤولية الاجتماعية في مؤسسات الرعاية الصحية تتحقق من خلال سياسة الإفصاح والشفافية التي تسمح للمرضى بتحديد اهتماماتهم في الحصول على خدمات الرعاية الصحية على أسس اجتماعية لا أسس اقتصادية فحسب، كما بينت الدراسة أن المسؤولية الاجتماعية في القطاع الصحي تتطلب اهتماماً دائماً من المجتمع من جهة ونظم وقائية ورقابية من الحكومة تسهم في إدامة خدمات الرعاية الصحية من جهة أخرى. كما أشارت الدراسة إلى أهمية توظيف الجهود والطاقات لإحداث التغيير اللازم (تحسين مستوى الخدمة وتطوير البنية التحتية) بهدف الوصول إلى مستوى جودة عالٍ في الخدمات والمنتجات الصحية.

وفي دراسة ميدانية لـ (Jamali and Mirshak2007)، حول المسؤولية الاجتماعية من حيث النظرية والتطبيق في الجمهورية اللبنانية كدولة نامية وتكونت عينة الدراسة من ٨ شركات كبرى ذات اهتمام ودعم للأنشطة والبرامج الاجتماعية، وغطت عينة الدراسة صناعات مختلفة إذ شملت العينة (بنكين، شركة تأمين، فندق، شركة لتصنيع المنتجات الصحية، شركة لتصنيع عبوات المرطبات والعصائر، شركة للصناعات الغذائية، وشركة تعمل في مجال تقنية المعلومات) وبينت الدراسة أنه على الرغم من الاهتمام بالبعد الاجتماعي إلا أن نموذج المسؤولية الاجتماعية في شركات عينة الدراسة لا يزال سطحياً وتعوزه الخبرة والاحتراف، وتفتقر هذه الشركات إلى

وجود أهداف واضحة وجادة حول المسؤولية الاجتماعية، إذ يكاد ينحصر الدور الاجتماعي لهذه الشركات في المبادرات والأعمال التطوعية والخيرية.

وهدفت دراسة (Klement and Golob 2007)، إلى اختبار العلاقة بين توقعات وتصورات الأفراد للمسؤولية الاجتماعية التنظيمية وبين استعدادهم لدعم السلوك الاجتماعي للشركات في ظل علاقة الشركة مع المتعاملين معها. وتم جمع البيانات إلكترونيا (الإنترنت) من خلال عينة بلغ حجمها ٣٥٤ مستجيباً وبينت الدراسة أن توقعات الأفراد للأعمال الخيرية والأخلاقية التي تؤديها الشركات ضمن مسؤوليتها الاجتماعية هي الأكثر دعماً وقبولاً من قبل جمهور الشركة وزبائنها بينما كان دعم الأفراد والزبائن للبعد الاقتصادي الذي يركز على الأرباح على نحو أقل مقارنة مع البعد الاجتماعي، كما بينت الدراسة أن أنشطة المسؤولية الاجتماعية تؤثر في الدور الذي تؤديه إدارة التسويق في المنشأة.

في دراسة قام بها (Walker ،2007) بهدف تحديد العلاقة بين أنشطة المسؤولية الاجتماعية التنظيمية وبين تصورات وانطباعات الجمهور عن السمعة التنظيمية للفرق الرياضية في الولايات المتحدة، واستهدفت الدراسة عينة بلغ حجمها ٢٩٧ فرداً من جمهور المباريات التي ينظمها اتحاد الكرة الأمريكي، وتوصلت الدراسة إلى نتائج مهمه مفادها أن جمهور المشجعين للفرق الرياضية يعطي أهمية كبيرة لجهود ونشاطات الفرق التي تخدم وتعزز المسؤولية الاجتماعية على الرغم من أن غالبية الجمهور لا يعرف نشاطات المسؤولية الاجتماعية التي يقوم بها الفريق. وخلصت الدراسة إلى مضامين عدة أهمها ضرورة إدراج عنصر المسؤولية الاجتماعية ضمن استراتيجية المنظمة (الفريق) وثقافتها التنظيمية، ولغرض بناء الثقة في الأندية والفرق الرياضية فإن ذلك يتطلب مساهمة المنظمات العاملة في تصنيع المنتجات الرياضية في خدمة المجتمع ودعم الأنشطة والبرامج الاجتماعية فيه كما يتطلب أيضاً تقديم المنتجات الرياضية بأسعار معقولة.

وفي دراسة قام بها (Smith، 2008) حول تحقيق المسؤولية الاجتماعية في الصناعات الدوائية في الولايات المتحدة الأمريكية بينت الدراسة أن البعد الاقتصادي ليس هو العامل الحاسم في تقييم أداء الشركة بل إن البعد الاجتماعي هو أيضاً عامل

أساسي في تقييم أدائها وأشارت الدراسة إلى أن العوامل البيئية الخارجية تلعب دوراً بارزاً في الحكم على مدى نجاح الشركة، وأضافت الدراسة أن الالتزام بالمسؤولية الاجتماعية يمكن المديرين من الاستجابة لعوامل البيئة الخارجية والتفاعل معها بشكل إيجابي خصوصاً وأن جمهور المنظمة الخارجي قد يؤثر في صياغة رسالة المنظمة وأهدافها عبر تقديم أفضل الخدمات والمنتجات إلى المجتمع كما وأن جمهورها الداخلي يحرص على ربط الأداء المالي للمنظمة بالمنفعة العامة للمجتمع ككل، وبينت الدراسة أيضاً أن مراعاة المسؤولية الاجتماعية يسهم في زيادة القيمة الاقتصادية للشركة من خلال زيادة الأصول غير الملموسة كشهرة الشركة وسمعتها، وخلصت الدراسة إلى توصيات أهمها ضرورة قيام الشركات الدوائية بصياغة استراتيجياتها التنظيمية في ظل الالتزام بالمسؤولية الاجتماعية ومن ثم تحقيق التوازن بين ربحية الشركة وأهدافها الاجتماعية.

وفي دراسة قام بها Fenwic and Bierema (2009) لاختبار دور القائمين على تطوير الموارد البشرية في دعم أنشطة المسؤولية الاجتماعية، اعتمدت الدراسة المنهج النوعي وشمل ٨ شركات كبرى في شمال الولايات المتحدة الأمريكية وتوصلت الدراسة إلى نتائج مفادها أن عملية تطوير إدارة الموارد البشرية تدعم المسؤولية الاجتماعية من خلال تعليم العاملين وتدريبهم وتطويرهم وترقيتهم وتحفيزهم وكذلك من خلال برامج الأمن الوظيفي والصحة والسلامة المهنية.

وفي دراسة (Hong et al.، 2009) بينت النتائج وجود علاقة ايجابية بين المسؤولية الاجتماعية التنظيمية للشركة وبين رغبة جمهورها وزبائنها في الاتصال والتواصل مع الشركة وإبقاء قنوات الحوار معها مفتوحة ومن ثم دعم هذه الشركات ومساعدتها والولاء لها.

وأشارت دراسة قام بها Lo´oez-Gamero et al. (2009) حول العلاقة بين المتغيرات البيئية والأداء المالي في قطاع الفنادق في أسبانيا إلى أن الشركات التي تحدد سياسات بيئية مبكرة ومكثفة أكثر ميلاً لأن تتبنى ممارسات إدارة بيئية فعالة وأن من شأن ذلك أن يؤثر إيجابياً في أداء المنظمة وتحقيق الميزة التنافسية فيها، كما بينت

النتـائج أن مـوارد المنظمـة والميـزة التنافسـية فيهـا تلعـب دور المـتغيرات الوسـيطة بـين استراتيجيات وسياسات المنظمة في حماية البيئة والأداء المالي فيها.

وتوصلت دراسة .(McGehee ، et al 2009)، التي استهدفت قطاعات الفنـادق في الولايات المتحدة الأمريكية إلى نتيجة مفادها أن كل من: سعة الغرف الفندقية وزيادة معدلات إيراد تأجيرهـا، والتنوع في الخدمات والمنتجات التي تقدمها الفنادق تسهم في تحقيـق المسـؤولية الاجتماعيـة، كمـا بينـت الدراسـة أن وجـود سياسـات مكتوبـة للمسؤولية الاجتماعية ومبادئ وعمليات خاصة بها يسهل إجرائياً من قياس تحقيق المسؤولية الاجتماعية.

وفي دراسة ميدانية أجراها Siwar and Hossain (2009) لتسليط الضوء على المسؤولية الاجتماعية من منظور إسلامي وتحليل مفهوم المسؤولية الاجتماعية في الفكر الإسلامي من وجهة نظر المديرين الماليزيين وبينت الدراسة أن قيم المسؤولية الاجتماعية التي ينادي بها الغرب تمتد جذورها إلى الفكر الإسلامي، كما أشارت الدراسة إلى أن الدين الإسلامي الحنيف يعالج جميع جوانب الحياة لكماله وتمامه حيث إن القيم والمبادئ الإسلامية تتصف بأنها مركزية تمتد منذ عهد النبي محمد صلى الله عليه وسلم وهي قيم أصيلة يمكن أن تؤسس عليها مضامين المسؤولية الاجتماعية، كما بينت الدراسة أن الفكر الإداري في الإسلام يحث على دعم السلوك الاجتماعي ويساهم في التأصيل للسياسات والاستراتيجيات التي تعكس محتوى ومضمون المسؤولية الاجتماعية، وفي مجال التضامن الاجتماعي يستشهد الباحثان بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: قال رسول الله: "السخي قريب من الله، قريب من الناس، قريب من الجنة، بعيد عن النار، والبخيل بعيد من الله، بعيد من الناس، بعيد من الجنة، قريب من النار، ولجاهل سخي أحب إلى الله تعالى من عابد بخيل" (رواه الترمذي).

وفي دراسة حديثة لـ (2010) Kang هدفت إلى اختبار أثر الأنشطة الإيجابية والسلبية للمسؤولية الاجتماعية على الأداء المالي والربحية للشركات العاملة في مجال الفندقة (الفنادق والمطاعم وخطوط الطيران) وأسفرت الدراسة عن نتائج عدة منها:

١. أن تنفيذ الأنشطة الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية يؤدي لزيادة القيمة الاقتصادية لشركات المطاعم والفنادق.

٢. وجود تأثر إيجابي لأنشطة المسؤولية الاجتماعية الإيجابية دون السلبية في القيمة الاقتصادية لشركات المطاعم.

٣. خلافاً للنتيجة السابقة يوجد تأثير سلبي لأنشطة المسؤولية الاجتماعية الإيجابية على ربحية شركات الطيران بينما لا يوجد تأثير معنوي للأنشطة السلبية على عنصر الربحية في تلك الشركات.

٤. يوجد تأثير سلبي لأنشطة المسؤولية الاجتماعية (ولا تأثير معنوي للأنشطة الايجابية) على القيمة الاقتصادية لشركات الطيران.

وصف عام للعينة وخصائصها :

يبين الجدول رقم (٣) توزيع عينة المستجيبين والبالغة ١٠٤ أفراد حسب النوع الاجتماعي والفئة العمرية والمسمى الوظيفي ومجال الوظيفة وعدد سنوات الخبرة، وكما يشير الجدول فقد بلغ عدد الذكور في العينة ٧٢ بنسبة ٦٩,٢٪ والإناث ٣١ بنسبة ٣٠,٨٪، أما الفئة العمرية ٣٠- ٣٩ سنة فقد احتلت المرتبة الأولى إذ بلغ عدد المستجيبين فيها ٣٦ فرداً بنسبة ٣٤,٦٪، تليها الفئة العمرية ٥٠ سنة فأكثر وبلغ عدد المستجيبين فيها ٢٥ فرداً بنسبة ٢٤٪. كما يظهر من الجدول أن فئة رئيس قسم كمسمى وظيفي احتلت المرتبة الأولى إذ بلغ عدد المستجيبين فيها ٦٠ فرداً بنسبة ٥٧,٧٪ تليها فئة مدير والتي كان عدد المستجيبين فيها ٢٢ فرداً بنسبة ٢١,٢٪، أما مجال التخصص الوظيفي فكان لصالح التخصص في مجال المهن الطبية (طب عام، طب اختصاص، تمريض، مختبرات) وبواقع ٧٤ فرداً وبنسبة ٢٦٪ بينما كان عدد العاملين الذين يعملون في مجالات أخرى (غير المهن الطبية: شؤون عاملين، مالية، سكرتاريا) ٢٧ فرداً وبنسبة ٢٦٪، كما يظهر من الجدول أن معظم أفراد العينة لديهم خبرة تتراوح بين ١٠- ١٥ سنة وبلغ عددهم ٣٣ فرداً بنسبة ٣١,٧٪ ثم في فئة الخبرة ٦- ١٠ سنوات حيث بلغ العدد ٣٢ فرداً وبنسبة ٣٠,٨٪.

الجدول (٣) خصائص عينة المستجيبين

	النوع الاجتماعي		فئة العمر				المسمى الوظيفي				مجال الوظيفة (التخصص)		عدد سنوات الخبرة			
	ذكر	أنثى	أقل من ٣٠ سنة	من ٣٠- ٣٩ سنه	من ٤٠- ٤٩ سنه	٥٠ سنه فأكثر	مدير عام	نائب مدير عام	مدير	رئيس قسم	مهن طبية	أعمال أخرى	أقل من ٤ سنوات	٦- ١٠ سنوات	١٠- ١٥ سنه	١٦ سنه فأكثر
المجموع	٧٢	٣١	١٩	٣٦	٢٤	٢٥	١٠	١٢	٢٢	٦٠	٧٧	٢٧	٢٦	٣٢	٣٣	١٤
	١٠٤		١٠٤				١٠٤				١٠٤		١٠٤			

الإحصاء الوصفي

لقد اعتمدت الدراسة في جمع استجابات المبحوثين على مقياس ليكرت الخماسي على النحو التالي:

السؤال	عير موافق بشدة	غير موافق	محايد	موافق	موافق بشدة
الدرجة	١	٢	٣	٤	٥

يبين الجدول رقم (٤) الأوساط الحسابية والانحرافات المعيارية ومعاملات الالتواء والتفرطح للمتغيرات المستقلة والمتغير التابع، وقد تم عرض الأوساط الحسابية مرتبة تنازلياً من الأكبر إلى الأصغر، ويظهر من الجدول أن متغير المسؤولية الاجتماعية تجاه الزبائن احتل المرتبة الأولى من حيث الأهمية عند المستجيبين وبوسط حسابي يساوي 3.94 يليه المسؤولية الاجتماعية تجاه المالكين بوسط حسابي 3.82 وجاء في المرتبة الأخيرة المسؤولية الاجتماعية تجاه المجتمع بوسط حسابي يساوي 3.57.

الجدول (4)

الأوساط الحسابية والانحرافات المعيارية ومعاملات الالتواء والتفرطح لمتغيرات الدراسة

المتغير	الوسط الحسابي	الانحراف المعياري	معامل الالتواء	معامل التفرطح
المسؤولية الاجتماعية تجاه الزبائن (مستقل)	3.94	.698	-.957-	.979
المسؤولية الاجتماعية تجاه المالكين (مستقل)	3.82	.900	-.547-	-.180-
المسؤولية الاجتماعية تجاه العاملين (مستقل)	3.75	.814	-.653-	.790
المسؤولية الاجتماعية تجاه المنافسين (مستقل)	3.74	.894	-.405-	-.408-
المسؤولية الاجتماعية تجاه الموردين (مستقل)	3.59	1.095	-.813-	-.246-
المسؤولية الاجتماعية تجاه المجتمع (مستقل)	3.57	1.094	-.676-	-.150-
الاستجابة التنظيمية نحو البيئة (تابع)	3.56	.618	-.455-	-.065-

كما تشير بيانات الجدول (٤) إلى أن قيم الانحراف المعياري لمتغيرات الدراسة تنحصر بين.618٠ و1.095 وفي ذلك مؤشر على تجانس إجابة أفراد عينة المستجيبين وأن إجاباتهم تقترب من الوسط الحسابي للمقياس والذي يساوي (٣)، ولما كانت الأوساط الحسابية لمتغيرات الدراسة المستقلة تقل عن (٤) وهو الحد الأدنى لمعيار الموافقة حسب المقياس المستخدم فإن هذا يشير إلى أن مدى التزام مستشفيات القطاع الخاص بالمسؤولية الاجتماعية تجاه المتعاملين لم يرق بعد إلى مستوى طموحاتهم وتوقعاتهم، إذ تتوقع أطراف التعامل (الزبائن، العاملون،المالكون، الموردون، المنافسون، المجتمع: Stakeholders) من المستشفيات الخاصة أن تتحمل مسؤولياتها الاجتماعية تجاه هذه الأطراف بشكل أفضل مما هي عليه الآن. وربما يعود ذلك إلى أسباب عدة من بينها أن مستشفيات القطاع الخاص تعمل في بيئة أعمال يغلب عليها الطابع الاقتصادي أكثر من الاجتماعي وأن قياس الأداء فيها يعتمد على المعايير المالية (معدل العائد على الاستثمار، مؤشر الربحية، الحصة السوقية، صافي الدخل التشغيلي) أكثر من اعتمادها على المعايير غير المالية (رضا الزبون، خدمة المجتمع)؛ وهذا يجعل نشاطات وممارسات المسؤولية الاجتماعية على نحو محدود ومحدد بالعبء المالي لهذه النشاطات.

اختبار الفرضيات :

قبل اختبار الفرضيات باستخدام أسلوب الانحدار المتعدد لا بد من معرفة توزيع البيانات فيما اذا كان توزيعاً طبيعياً أم لا ، ولتحقيق ذلك فقد تم الاعتماد على مقاييس الالتواء والتفرطح بحيث يصار إلى اختبار الفرضيات باستخدام أسلوب الانحدار المتعدد إذا كانت قيم معاملات الالتواء والتفرطح لمتغيرات الدراسة تنحصر بين (-١و١) (Hair et al.، 1998). ويلاحظ من الجدول رقم (٤) أن قيم معاملات الالتواء والتفرطح لجميع متغيرات الدراسة تقع ضمن المدى المطلوب (-١و١)، وعليه فإنه يمكن الاستنتاج بأن البيانات تتبع التوزيع الطبيعي، ومن ثم يمكن استخدام أسلوب الانحدار المتعدد في اختبار الفرضيات.

كما يلزم قبل إجراء اختبار الفرضيات اختبار صلاحية نموذج الدراسة لتحليل الانحدار، وتشير بيانات الجدول رقم (٥) إلى ثبات صلاحية النموذج لاختبار فرضيات الدراسة إذ بلغت قيمة (F) المحسوبة (16.081) ودرجات حرية (٦، ٩٧) بمستوى معنوية (Sig=0.000) وهي أقل من ٠,٠٥ وهذا يعني أن النموذج استطاع أن يفسر التباين في المتغير التابع (الاستجابة التنظيمية نحو البيئة). وكانت قيمة معامل التحديد (R2) تساوي (0.499) وهذا يشير إلى أن المتغيرات المستقلة مجتمعة (المسؤولية الاجتماعية تجاه المالكين، المسؤولية الاجتماعية تجاه العاملين، المسؤولية الاجتماعية تجاه الزبائن، المسؤولية الاجتماعية تجاه المنافسين، المسؤولية الاجتماعية تجاه الموردين، المسؤولية الاجتماعية تجاه المجتمع) تفسير التباين في سلوك المتغير التابع (الاستجابة التنظيمية نحو البيئة) بنسبة (٤٩,٩٪) أي حوالي ٥٠٪ وفي الوقت نفسه تعجز عن تفسير نسبة ٥٠٪ مما يعني أن هناك عوامل أخرى تؤثر في الاستجابة التنظيمية نحو البيئة وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن متغير المسؤولية الاجتماعية هو متغير مركب ومعقد ومتعدد الأبعاد ويصعب تطوير قياس موحد له يناسب جميع بيئات الأعمال خصوصاً وأن مفهوم المسؤولية الاجتماعية يرتبط بمعاني ومضامين مختلفة في ضوء اختلاف اهتمامات الإدارات واتجاهات الأفراد وتضارب المصالح والأهداف بين الجهات التي تتعامل معها المنظمة (Stakeholders).

الجدول (٥)

اختبار صلاحية نموذج الدراسة لتحليل الانحدار

مصدر التباين	مجموع المربعات	درجات الحرية	متوسط المربعات	قيمة (ف) (F)	مستوى الدلالة
Regression	19.651	6	3.275	16.081	.000[a]
Residual	19.756	97	.204		
Total	39.407	103			

معامل التحديد (R^2) = 0.499

هذا وقد تم اختبار فرضيات الدراسة على اعتبار أن مستوى الثقة يساوي ٩٥٪ ومستوى المعنوية (□) يساوي ٥٪. ولكي تعتمد نتائج اختبار الانحدار المتعدد فقد تم إجراء اختبار معامل التضخم (Variance Inflation Factor: VIF) واختبار التباين المسموح به (Tolerance) للتأكد من إن التداخل بين المتغيرات المستقلة هو ضمن الحدود المسموح بها، ويلخص الجدول رقم (٦) المؤشرات الإحصائية الدالة على نتائج اختبار الفرضيات باستخدام أسلوب الانحدار المتعدد ويلاحظ من الجدول أن قيم أل (VIF) و(Tolerance) قد جاءت ضمن الحدود المقبولة إذ ينبغي ألا تزيد قيمة أل (VIF) عن ١٠ ولا تقل قيمة (Tolerance) عن ٠,١٠ وعليه فإن التداخل والارتباط فيما بين المتغيرات المستقلة هو ضمن الحدود المسموح بها (Hair et al., 2003).

الجدول (٦) نتائج تحليل الانحدار واختبار الفرضيات

الفرضية	نص الفرضية	التباين المسموح به (Tolerance)	معامل تضخم التباين (VIF)	t-value	مستوى دلالة t	نتيجة الاختبار
١.	يؤثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه المالكين (المساهمين) على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة	.371	2.692	3.609	.000	قبول الفرضية

٢.	يـؤثر التـزام المستشـفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعيـة تجـاه العـاملين علـى الاسـتجابة التنظيميـة نحو البيئة	.138	7.251	3.609	.000	قبـــــول الفرضية
٣.	يـؤثر التـزام المستشـفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعيـة تجـاه الزبـائن علـى الاسـتجابة التنظيميـة نحو البيئة	.156	6.394	-.479-	.633	رفـــــض الفرضية
٤.	يـؤثر التـزام المستشـفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعيـة تجـاه المنافسـين علـى الاسـتجابة التنظيميـة نحو البيئة	.327	3.061	4.528	.000	قبـــــول الفرضية
٥.	يـؤثر التـزام المستشـفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعيـة تجـاه المـوردين علـى الاسـتجابة التنظيميـة نحو البيئة	.366	2.735	1.615	.110	رفـــــض الفرضية
٦.	يـؤثر التـزام المستشـفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعيـة تجـاه المجتمـع علـى الاسـتجابة التنظيميـة نحو البيئة	.387	2.586	-3.825	.000	قبـــــول الفرضية

بناءً على بيانات الجدول رقم (٦) فقد تم قبول الفرضيات (الأولى والثانية والرابعة والسادسة) ورفض الفرضيتين (الثالثة والخامسة) وهذا يؤدي إلى النتائج التالية:

١. يـؤثر التـزام المستشـفيات الأردنيـة الخاصـة بالمسـؤولية الاجتماعيـة تجـاه كـل مـن (المالكين، العاملين، المنافسين، المجتمع) على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة.

٢. لا يؤثر التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه كل من (الزبائن والموردين) على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة.

مناقشة عامة للنتائج :

أن قبول الفرضيات التي تدعم تأثير المسؤولية الاجتماعية تجاه كل من (المالكين، العاملين، المنافسين، المجتمع) على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة هو مؤشر على تطور الوعي الاجتماعي في المستشفيات وعلى حرصها على تحمل مسؤولياتها تجاه البيئة، خصوصاً وأن البيئة تمثل مجالاً يهم جميع الأطراف وإن اختلفت الأهداف الخاصة بكل فئة. ومع ذلك كله فإن دور مستشفيات القطاع الخاص في تحقيق المسؤولية الاجتماعية تجاه الأطراف المختلفة لا يزال دون المستوى المنشود إذ لم تعطِ هذه المستشفيات اهتماماً كافياً للمسؤولية الاجتماعية ويغلب على صيغة عملها الجانب الاقتصادي مع مبادرات إنسانية معزولة بحالات حسب الموقف وأن المسؤولية الاجتماعية لم تتحول بعد إلى إطار مؤسسي ينعكس على النشاطات الإدارية والتشغيلية في هذه المستشفيات ولم تؤد الإدارات العليا فيها دوراً واضحاً تجاه مفهوم المسؤولية الاجتماعية وحدودها ومحتواها وأبعادها ومضامينها. والضرورة تقتضي الانتقال في سلم المبادرة الاجتماعية من الإطار التقليدي الذي يركز على الأبعاد الاقتصادية والقانونية إلى الاتجاه الحديث الذي يطالب بجعل المنظمة خلية فاعلة وإنسانية تستجيب لمطالب المجتمع من خلال تبني حاجات فئاته المختلفة؛ وعليه يمكن استنتاج ما يلي بخصوص المستشفيات الخاصة في العاصمة الأردنية عمان:

١. لا تزال هذه المستشفيات في الغالب تعطي أولوية كبيرة للجانب الاقتصادي وتحقق الأرباح والمردود الاقتصادي ويتمثل هذا في الاهتمام بمحاور المالكين، الزبائن، المنافسين، والمجتمع وربما يعود ذلك إلى غياب جماعات الضغط عن دائرة التأثير وهي قليلة أصلاً في البيئة الأردنية.

٢. هناك وعي لا بأس به فيما يخص الدور الاجتماعي الذي يفترض أن يتبناه المستشفى الخاص كمؤسسة أعمال معنية بتحقيق الأرباح للمالكين ويعود هذا إلى طبيعة العمل الإنساني في هذه المؤسسات الخدمية.

٣. لم تتحول بعد المبادرات الاجتماعية إلى صيغة تنظيمية منهجية ومنظمة وذات أساس واضح يمكن أن تعزز بالخبرة والتجربة المتراكمة ويلاحظ أن هذه المبادرات الاجتماعية هي مفردات قليلة معزولة مرتبطة بالموقف والمبادرة الشخصية الذاتية للمالكين والإدارة وعلاقاتهم مع بعض فئات المصالح في المجتمع.

وتتفق نتائج هذه الدراسة مع ما يطرحه Frankental (2001) والذي يرى أن ضعف الالتزام بالمسؤولية الاجتماعية يعود إلى أن حوكمة الشركات تعكس اهتمامات المساهمين (Shareholders) من حيث قياس الأداء وفقاً للمعايير المالية في حين تهمل مطالب واحتياجات الأطراف الأخرى (الزبائن والعاملين والمجتمع :Stakeholders) التي تتعامل مع هذه الشركات وتتأثر بعملياتها وأنشطتها التشغيلية، ويضاف إلى ذلك أن السوق يحتكم إلى المؤشرات الاقتصادية دون الاجتماعية في تقييم أداء مجالس الإدارة والمديرين كما أن تداول أسهم الشركات في السوق المالية يتم على أسس اقتصادية مثل سعر السهم وربحيته؛ وبالتالي فإن تجذير المسؤولية الاجتماعية بشكل عملي لا يتم إلا في حالة اعتبارها عاملاً مؤثراً في التداول في السوق المالية (Frankental، 2001).

هذا وتجدر الإشارة إلى أن نتائج البحوث الميدانية لا تتفق دائماً مع الجانب النظري، إذ كان من نتائج هذه الدراسة أن التزام المستشفيات الأردنية الخاصة بالمسؤولية الاجتماعية تجاه الزبائن لا يؤثر على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة، وتتفق هذه النتيجة مع نتائج دراسة ميدانية أجراها Lee et al. (2009) إذ تبين أن متغير رضا الزبون لا يتوسط العلاقة بين أنشطة المسؤولية الاجتماعية وبين قيمة الشركة؛ ويمكن تفسير ذلك أن متغير المسؤولية الاجتماعية متغير مركب ومعقد ومتعدد المضامين والمعاني والدلالات إذ لا تتفق جميع أطراف التعامل على تعريف محدد ومعيار موحد لقياس المسؤولية الاجتماعية.

ولعل من الأسباب التي تكمن وراء تدني مستوى الالتزام بالمسؤولية الاجتماعية في هذه المستشفيات ما يلي:

١. عدم إدراج المسؤولية الاجتماعية كمتغير شمولي وأساسي في استراتيجية هذه المستشفيات.
٢. اتخاذ القرارات الإدارية والتشغيلية وفقاً لمبدأ الكلفة والعائد وعلى حساب القضايا البيئية.
٣. قلة برامج التوعية الاجتماعية للعاملين ومن ثم عدم تحفيزهم للأعمال التطوعية الموجهة للمجتمع.
٤. عدم أو ضعف مساهمة المستشفيات في خدمة المجتمع نتيجة التقصير في تقديم برامج التدريب والتأهيل والتعليم والإدارة البيئية.
٥. انخفاض الدعم المالي للأنشطة والفعاليات التي تهم المجتمع.
٦. غياب مبدأ الحوكمة الجيدة في هذه المستشفيات وانعزالها عن القضايا العامة مثل حقوق الإنسان والتنمية المستدامة.

التوصيات :

على ضوء نتائج هذه الدراسة، فإننا نوصي بالآتي:-

١. ضرورة زيادة وعي المالكين والمديرين بأهمية ودور المسؤولية الاجتماعية كمتغير أساسي يسهم في تحقيق الاستجابة الاجتماعية تجاه البيئة.
٢. العمل على إدراج المسؤولية الاجتماعية ضمن استراتيجية المستشفى لانعكاس ذلك على السمعة التنظيمية والأداء المالي.
٣. أن يوجد في هيكل المستشفى وحدة تنظيمية تشرف على نشاطات المسؤولية الاجتماعية وتقوم على التنسيق مع الأطراف التي يتعامل معها المستشفى لتصبح المسؤولية الاجتماعية ضمن الثقافة المشتركة بين هذه الأطراف.

٢/ الرقابة القضائية على دستورية القوانين في أمريكا

الفضل الطيب الماحي
جامعة النيلين

مقدمة:

تعد الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول التي اعتنقت فكرة الرقابة القضائية على دستورية القانون، وذلك على الرغم من عدم النص على تلك الفكرة في الدستور الاتحادي ولا في أي تعديل من التعديلات التي أدخلت عليه. ولكن أعطى القضاء الأمريكي لذاته الحق في رقابة دستورية القوانين، وكانت فاتحته في ذلك الزمن الحكم الشهير في قضية ماربوري ضد ماديسون الصادر عن المحكمة الاتحادية عام ١٨٠٣م أي بعد قيام الاتحاد الفيدرالي بـ١٤ عاماً أي عندما كانت الولايات الأمريكية دولاً مستقلة قبل نشأة الاتحاد.[١]

الخطة :

سوف أتناول هذا البحث في ثلاثة فصول ومباحث والخاتمة هي:

الفصل الأول: عوامل نشأة الرقابة القضائية،" ومن ثم تم توزيعه إلى ثلاثة مباحث الأول السوابق التاريخية والدستورية ، الثاني نشأة النظام الاتحادي، الثالث مبدأ فصل السلطات، ثم الفصل الثاني : حجج المؤيدين والمعارضين للرقابة القضائية ومن ثم تم التوزيع إلى مبحثين الأول حجج المؤيدين، والثاني حجج المعارضين. وفي الفصل الثالث : أثر الحكم الصادر بعدم دستورية القانون عن طريق الدفع الفرعي ووزع على ثلاثة مباحث :

(١) مفهوم الرقابة بطريقة الدفع الفرعي.

(٢) السلطة القضائية ومراقبة الدستور.

(٣) أثر الحكم الصادر بعدم الدستورية.

الخاتمة.

---

[١] د. رمزي طه الشاعر – النظم الساسية والقانون الدستوري – الجزء الأول – النظرية العامة للقانون الدستوري – ١٩٧٧– مطبعة جامعة عين شمس – ص ٢٧١.

الفصل الأول

عوامل نشأة الرقابة القضائية في أمريكا

يُرجع الفقهاء نشأة الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى عدة عوامل منها[1]:

- السوابق التاريخية والدستورية قبل نشأة الاتحاد الأمريكي وتأثير أفكار بعض الفقهاء مثل منتيسيكو.
- الشكل الفيدرالي وما يترتب عليه من توزيع الاختصاصات بين الحكومة المركزية وحكومات الولايات.
- مبدأ الفصل بين السلطات.
- دور المحكمة العليا الأمريكية في قيام الرقابة القضائية من خلال قضية ماربوري ضد ماديسون.

ولهذا سوف نقوم بدراسة هذه العوامل بشكل مختصر ما عدا العامل الأخير، وهو دور المحكمة العليا والذي سنتعرض له بشيء من التفصيل لاحقاً.

المبحث الأول:

تعد السوابق التاريخية والدستورية من الأسباب التي ساعدت على نشأة الرقابة القضائية قبل قيام الاتحاد الأمريكي، فقد عاشت الولايات الأمريكية في فترة من الزمن كمستعمرات لبريطانيا. ولذلك اعتادت العقلية الأمريكية على خضوع القواعد العامة التي تضعها الهيئات التشريعية في الولايات لرقابة المجلس المخصوص في إنجلترا، وكان هذا المجلس يقوم بإلغاء ما يخالف الأوامر الملكية أو القوانين الإنجليزية. وبعد حصول الولايات على استقلالها عن بريطانيا سنة ١٧٧٦م حرصت كل ولاية من الولايات على أن يكون لها دستور خاص بها وتأثرت بما كان موجوداً في بريطانيا من سوابق. فوضعوا دستوراً جامداً تكون له الغلبة عند التطبيق إذا تعارض مع القوانين العادية فتمتنع المحاكم عن تطبيق القانون عند تعارضه مع دستور الولاية، ولهذا وجدت

[1] د. علي سيد الباز – مرجع سابق – ص ١٥٩.

السوابق القضائية على دستورية القوانين قبل نشأة الاتحاد الأمريكي سنة ١٧٨٩م ومن ذلك حكم محكمة ولاية نيوجيرسي سنة ١٧٨٧م إذ قضت ببطلان قانون صدر بتشكيل هيئة محلفين من ٦ أعضاء لمحاكمة جرائم معينة مخالفاً بذلك حكم محكمة كارولينا الشمالية الصادر سنة ١٧٨٧ في قضية بايار سنجلتون، ولكن هذه الأحكام قوبلت بالسخط من أهالي المقاطعات وبالمعارضة الشديدة من المجالس التشريعية، وكان مظهر ذلك السخط أنهم لم يجددوا انتخاب القضاة الذين أصدروا الحكم وجراء ذلك أصبحت المحاكم تخشى الخوض في هذا الموضوع، وتكف عن التصدي لمسألة الرقابة على الدستورية[1].

المبحث الثاني :

نشأة النظام الاتحادي عن تجمع ثلاث عشرة ولاية كانت في الأساس دولاً مستقلة تتمتع باستقلالها الداخلي والخارجي، ولكن ذلك الاتحاد لم يحقق الهدف المرجو منه. وهو خلق أمة أمريكية واحدة ولذلك اجتمعت تلك الولايات في مؤتمر فلادلفيا لمعالجة الثغرات التي أدت لمواطن الضعف في ذلك الاتحاد الكونفيدرالي. ولكن وفود الولايات عمدت إلى إنشاء اتحاد فيدرالي في حكومة اتحادية قوية وأصدت دستور ١٧٨٧م، وعلى الرغم من انتصار إرادة دعاة الاتحاد إلا أن الأعمال التحضيرية في المؤتمر كشفت عن اتجاهات تيار قوي يدافع عن حقوق الولايات باعتبارها الأصل، ولذلك هزم الاتحاديون في أول انتخابات عامة بعد الفترة الأولى التي تولى الاتحاديون فيها دفة الحكم، وطبيعة النظام الاتحادي كانت تقضي وفقاً لدستور الاتحاد أن تكون دساتير وقوانين الولايات متفقة مع الدستور، والقوانين الاتحادية التي توزع الاختصاصات ما بين الحكومة المركزية وحكومات الولايات.

ويرجع بيردو نشأة الرقابة القضائية وضرورتها إلى الشكل الفيدرالي للدولة الأمريكية ويعد في المقام الأول من بين عوامل نشأة تلك الرقابة، ويقول كذلك إنه لو لا الصعوبات التي أثارها النظام الفيدرالي لما وجدت الرقابة مناخاً مناسباً لتفرض

[1] د. أحمد أبو المجد – مرجع سابق – ص ١٥٣.

ذاتها، ويقرر بيردو أن الرقابة لم تنشأ لحماية استقلال الولايات وإنما نشأت لحماية الاتجاهات المركزية وهذا خطأ كثير الانتشار[1].

ومن جهة أخرى يميل كثير من الكتاب خارج الولايات المتحدة إلى المبالغة في تبسيط مشكلة أسباب نشأة الرقابة وردها جميعاً إلى عامل النظام الاتحادي، فإنه وحده ليس سبباً كافياً لنشأتها على الرغم من أنه من العوامل الرئيسة التي ساهمت في نشأة الرقابة وتطورها.

وإذا كانت هذه الأقوال تحمل شيئاً من الحقيقة، فأنها تقصر مع ذلك قصوراً كبيراً عن تحليل نشأة هذه الرقابة، وشرح الطريقة المركبة والفريدة التي يمارس فيها القضاء هناك منتهياً إلى الهيمنة على سائر السلطات التي تحتل مكان الصدارة بينهما، والقيام بدور إيجابي فعال في توجيه الحياة السياسية والاقتصادية في البلاد مكوناً بذلك ما اصطلح كثير من الكتاب على تسميته حكومة القضاء[2].

ولذلك فإن مظهر القصور هنا أن النظام الاتحادي وإن كان أحد العوامل الرئيسة التي ساهمت في قيام الرقابة وتطورها، فإنه وحده ليس سبباً كافياً لقيامها ولا يعد شرطاً ضرورياً لممارسة القضاء لها.

ولهذا فإنه يجب التفرقة بين عوامل نشأة الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية، وبين عوامل نشأة الرقابة على دستورية القوانين الصادرة في الولايات، فإذا كان النظام الاتحادي يعد من أهم عوامل نشأة الرقابة في الحالة الأولى، فإنه لا يعد من بين تلك العوامل في الحالة الثانية، لأن الرقابة على دستورية القوانين كانت تباشر قبيل نشأة الاتحاد الأمريكي ذاته.

ويبدو أن الآراء التي ترد نشأة الرقابة في الولايات المتحدة للعامل الاتحادي قد تأثرت بالظروف السياسية التي تولى فيها رئيس القضاء (جون مارشال) رئاسة المحكمة العليا، وهي ظروف الصراع بين الحزب الاتحادي والحزب الجمهوري وقيام الاتحاديين

---

[1] د. أحمد أبو المجد – مرجع سابق – ص١٧– ص ٧٩.

[2] د.أحمد أبو المجد – مرجع سابق – ص١٨.

بالمحافظة على الاتجاهات الاتحادية بعد تركهم للحكم من خلال تعيينهم جون مارشال رئيساً للمحكمة العليا بسبب إيمانه التام بضرورة تقوية الحكومة المركزية على حساب الولايات، وساعد على ذلك تاثير تلك الآراء في تلك الظروف السياسية، وبخاصة بعد أن اقترنت الرقابة بجون مارشال والحكم الشهير الذي قضى به في قضية ماربوري ضد ماديسون ١٨٠٣.

ولكن يجب عند دراسة العوامل التي أدت إلى نشأة فكرة الرقابة أن نفرق، كما قدمنا بين نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين الصادرة في الولايات، وبين نشأة الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية. فإذا كانت الرقابة ترتبط في الحالة الثانية بجون مارشال وجهوده في إقامتها، فإن فكرة الرقابة بوجه عام ليست وليدة آراء جون مارشال. ويتبين لنا أن فكرة الرقابة كانت سابقة عليه بل أن الحجج التي قالم بها مارشال كانت موجودة ومتداولة في الفكر والفقه الأمريكي وفي الكونغرس من قبل، وكذلك فإن الفقيه الأمريكي هاملتن قد فصل في مقالته تلك الحجج، كما سبق للمحكمة العليا الأمريكية منذ سنة ١٧٩٦م أي قبل تولي مارشال رئاستها أن سلمت للرقابة على دستورية القوانين الصادرة في الولايات، وكذلك سبق للمحاكم الأمريكية في الولايات أن طبقت فكرة الرقابة قبل نشأة الاتحاد الأمريكي، كما ذكرنا سابقاً[1].

المبحث الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات:

يميل كثير من الكتاب إلى عد مبدأ الفصل بين السلطات أحد العوامل الرئيسة التي تضافرت في تقرير سلطة القضاء الأمريكي في ممارسة وظيفة الرقابة على دستورية القوانين. يعتبر أول من قال بهذا المبدأ هو الفيلسوف الإنجليزي (كول) في القرن السابع عشر، ولكن ارتبط هذا المبدأ باسم الفيلسوف الفرنسي منتيسيكو الذي عالج هذا المبدأ من زاوية أخرى، فهو لم ينادِ بالفصل بين السلطات كمبدأ فني

[1] هاملتون – ميدسون وجاي – الدولة الإتحادية ودستورها – دار مكتبة الحياة – بيروت – ترجمة جمال محمد أحمد – المقال ٧٨٠ – ص ١٩٢.

يهدف إلى حسن تيسير الأداء الحكومي ولم يشر إليه كضرورة عملية تقوم على التمييز الموضوعي بين الوظائف الثلاث التقليدية (التشريعية والتنفيذية والقضائية)، وعد المبدأ عنده شرطاً ضرورياً لحماية الحريات الفردية عن طريق توزيع السلطات على نحو دون تجميعها في يد واحدة على أساس أن هذا الجمع لا بد أن يؤدي إلى استبداد تلك اليد وتهديدها لحقوق الأفراد وحرياتهم، وعبر منتيسيكو عن ذلك بقوله إن الوسيلة الوحيدة لكفالة تلك الحريات هي الفصل بين السلطات على أساس أن السلطة تحد السلطة[1]، وهنا نجد أن منتيسيكو كان مهتماً بالمحافظة على الحرية السياسية في القرن الثامن عشر فهو يقول (إذا جمع شخص واحد أو هيئة السلطتين التشريعية والتنفيذية انعدمت الحرية السياسية). وتنعدم الحرية كذلك ما لم تفصل السلطة القضائية بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، وكذلك لو اجتمعت السلطات الثلاث في يد واحدة ولو كانت يد الشعب بذاته. وينتهي من ذلك كله إلى النتيجة الحتمية في عبارته الشهيرة: (يجب أن توقف كل سلطة عند حدها بواسطة غيرها، بحيث لا تستطيع أي سلطة أن تسيء استعمال سلطتها أو أن تستبد بتلك السلطة).[2]

لم يتضمن الدستور الأمريكي نصاً صريحاً يقرر مبدأ الفصل بين السلطات، لكن الشراح يرون مع ذلك أن نصوصه المختلفة تفترض قيام هذا المبدأ وتلتزم بمقتضاه بتوزيع الوظائف الحكومية على الهيئات الثلاث. فقد جاءت المادة الأولى من الدستور بتنظيم السلطة التشريعية، وقررت (جميع السلطات التشريعية المقررة بمقتضى هذا الدستور يمارسها الكونغرس)، وجاءت المادة الثانية التي تنظم السلطة التنفيذية، حيث

---

[1] د. أحمد كمال أبو المجد – مرجع سابق – ص ١١٦ ـ د. عادل الحياري – مرجع سابق – ص ٢٧٩. ـ د. ياسين عمر يوسف – الرقابة على دستورية القوانين – دراسة مقارنة – مطبعة الإبتكار الحديثة – ص ١٦. ـ د. ياسين عمر يوسف – استقلال السلطة – مرجع سابق – ص ٩٤.

[2] د. ياسين عمر يوسف – استقلال – الرقابة على دستورية القوانين – مرجع سابق – ص١٦

عهدت إلى رئيس الولايات المتحدة. أما المادة الثالثة التي تنظم السلطة القضائية، فقد قررت أن السلطة القضائية تمارسها محكمة عليا وعدد من المحاكم الدنيا[1].

ويرى الشراح الأمريكيون أن صياغة هذه المواد تفيد اختصاص كل هيئة من الهيئات الثلاث بوظيفتها اختصاصاً حصرياً يحقق الفصل بينها ويمنع تدخل كل منها في اختصاص الأخرى، وهذا يؤدي إلى قيام حكومة قوية ذات سلطات فعالة، وفي نفس الوقت تمنع قيام حكومة جائزة أو مستبدة لا تقع في قبضة عصبة واحدة أو حزب واحد خاص بأغلبية دهماء.

ويرى روبرت جاكسون أن الدستور بذلك وضع توازناً قانونياً أكثر من توازناً سياسياً، واعتمد في ذلك على المحكمة باعتبارها أكثر الهيئات الحكومية السياسية حكمة، لانها تحافظ على أكثر المعاملات الأساسية للمجتمع مثل الموازنة بين المركزية والمحلية بين الحرية والسلطة بين الاستقرار والتقدم[2]، ولذلك فإن المحاكم عندما تمارس رقابتها القضائية على السلطات العامة من أجل المحافظة على ذلك القانون، وتلك المعاملات فإنها لا تعد سلطة فوق السلطات كما يقول هنز وإنما تمارس أعمال قضائية محصنة، وإذا كان توزيع الاختصاص والوظائف بين الحكومة الاتحادية وبين حكومة الولايات يعتبر من الأمور السياسية فإن المحكمة الاتحادية العليا بحكم وظيفتها تتصدى إلى تفسير تلك النصوص الدستورية التي تحدد تلك الاختصاصات والوظائف، وإن المحكمة قد أصبحت في الواقع هي الجهة التي تحدد بصفة نهائية معنى تلك النصوص، فإن البعض قد شكك في دورها ووصفه بأنه تدخل في اختصاص السلطة التشريعية ويخل بمبدأ الفصل بين السلطات.

ويقول الدكتور كمال أبو المجد إن الشراح الأمريكيين لم يقولوا بمبدأ الفصل بين السلطات كنتيجة للتمييز الموضوعي بين الصور المختلفة لنشاط الدولة.

---

[1] Robert K. Carr – The Supreme Court and judicial- Review Greenwood press – 1970 – p.91.

[2] Robert Jackson – The struggle for judicial supremacy – New York – 1999 – p. 312.

إن ما نادوا به كما فعل منتيسيكو من قبل كوسيلة لتفتيت السلطة ومنع تركيزها في يد واحدة على نحو يهدد حريات الأفراد وحقوقهم[1]. ولكن نحن لا نعتقد أن الفقه مازال إلى الآن يسود بين الشراح في الولايات المتحدة على أشده، إذ إن كثيراً منهم يرى أن التمييز الموضوعي له دور أساسي في مبدأ الفصل بين السلطات بل إن طبيعة المبدأ مشتركة بين الجانبين القانوني والسياسي، وهذا يبرر ضرورة النظر إليه من الناحية الموضوعية لأن توزيع اختصاص كل سلطة هو جانب قانوني، وإن عدم تركيز تلك السلطة في يد واحدة هو الجانب السياسي.

ولذلك فإن نظرة الشراح السابقة كانت تقوم على النظرية السياسية أكثر من قيامها على النظرية القانونية والعملية بدليل أن ماديسون نفسه يقول إنه لم ير حالة واحدة ثبت فيها أن السلطات من الناحية الموضوعية منفصلة انفصالاً تاماً وكاملاً عن بعضها[2].

يتبين لنا أن مبدأ الفصل بين السلطات يشكل الدعامة الأساسية الثالثة لمبدأ استقلال القضاء لتحقيق مبدأ الشرعية وسيادة القانون، وكذلك من العوامل الأساسية لنشأة الرقابة على دستورية القوانين.

المبحث الرابع: دور المحكمة العليا في نشأة الرقابة القضائية:

تتم مباشرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، إما بنص دستوري ينظمها أو بناء على قيام القضاء ذاته بمباشرتها، دون نص دستوري يبيحها أو يمنعها.

وفي ما يتصل بالرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن الدستور الأمريكي لم يتضمن نصاً يشير صراحة إلى اختصاص القضاء بالرقابة على دستورية القوانين، ولم يتضمن تنظيماً لمباشرته لها، ولهذا يتبين لنا أنه لا يوجد في الدستور أي نص صريح يخول سلطة القضاء الرقابة، كما أن كثيراً من الكتاب الذين كتبوا في النظام الفيدرالي قد اشتركوا في صياغة الدستور الفيدرالي ولم يفكروا في إسناد

---

[1] د. أحمد أبو المجد – مرجع سابق – ص ١٢٦، د. ياسين – استقلال السلطة القضائية – مرجع سابق – ص ٩٥ .

[2] Charls Events – The supreme court of the United States – Columbia university press – New York and London – 17th ed – 1966 – p> 12

سلطة القضاء في الرقابة إلى نص دستوري، وإنما اكتفوا بالقول بأن السلطة تنبثق من المبادئ العامة للقانون ومن وجود دستور جامد ومحاكم مستقلة مكلفة بالحكم بمقتضى الدستور والقوانين[1]، غير أن هذا الحق تقرر للقضاء الأمريكي بناءً على أحكام القضاء نفسه، حيث اطردت أحكام المحاكم الأمريكية على منح نفسها حق الرقابة على دستورية القوانين قبل نشأة الاتحاد الأمريكي. كما سبق ذكره. كما أن نص المادة السادسة قد أوجب على القضاة الامتناع عن تطبيق دساتير الولايات أو قوانينها إذا تعارضت مع الدستور أو القوانين الاتحادية، ومن باب أولى إذا تعارضت قوانين الولايات مع دساتيرها.

هذا من حيث الرقابة على دستورية القوانين غير الاتحادية، أما بالنسبة للرقابة على دستورية القوانين الاتحادية وبحث مدى توافقها مع الدستور الاتحادي أو تعارضها معه، فقد سبق أن المحكمة العليا الأمريكية سلمت بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية منذ حكمها في قضية هاملتون ضد الولايات المتحدة سنة ١٧٩٦م وانتهت القضية إلى تقرير دستورية القانون محل البحث.[2]

ولكن تلك الرقابة تربط بحكم رئيس القضاء جون مارشال في قضية ماربوري ضد ماديسون سنة ١٨٠٣م الذي يعد أول حكم قضي فيه بعدم دستورية قانون اتحادي.[3]

الخلاصة: إن نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاتحادية كان راجعاً إلى جهود المحكمة العليا، ودورها الكبير في إقرار الرقابة وخاصة في حكمها في قضية ماربوري ضد ماديسون سنة ١٨٠٣م.

---

[1] د. علي السيد الباز – الرقابة على دستورية القوانين في مصر – دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص ١٥٣

د. إسماعيل ميرزا – القانون الدستوري – دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص ٤٠٦.

[2] د. لورنس بوم – ترجمة مصطفي رياض – الجمعية المصرية للنشر والثقافة – ص ٣٧، د. محمد كامل ليلى – القانون الدستوري – دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص ٤٠٦.

[3] د. ماجد الحلو – القانون الدستوري – دار المطبوعات الجامعية – ش ١٠ الإسكندرية – ص ٢٤

الفصل الثاني

حجج المؤيدين والمعارضين للرقابة القضائية

تحدثنا في المبحث الثالث عن نشأة الرقابة القضائية كأسلوب من أساليب الرقابة على دستورية القوانين، ومما لا شك فيه أن إسناد مهمة الرقابة على دستورية القوانين إلى القضاء، وإنما يحقق لهذه الرقابة نوعاً من الموضوعيات والجدية ويبعدها عن ضغوط الأهواء السياسية والتيارات الحزبية، وذلك على أساس أن القضاة بحكم تكوينهم القانوني وكذلك بحكم ما يتسمون به من النزاهة وحياد واستقلال في أعمالهم إنما يجعلهم أقدر من غيرهم على مباشرتها بتلك الكيفية إضافة إلى أن الرقابة القضائية غالباً ما تكون محاطة بكثير من الضمانات الإجرائية مثل علانية الجلسات وحرية الدفاع ومناقشة الشهود ولبخصوم وتسبيب الأحكام...إلخ. وهذا يضفي عليها ثوباً من الموضوعيات والعدالة ويجعلها محل ثقافة المواطنين ومختلف الهيئات في المجتمع.[1]

ويظهر لنا من خلال استقراء الأنظمة الدستورية المختلفة وأن معظمها يسند مثل هذه الرقابة إلى هيئة قضائية يتولى بموجبها القاضي التحقق من مطابقة القانون لأحكام الدستور.

ولهذا وجدنا أن للرقابة القضائية على دستورية القوانين مؤيدين ومعارضين، وكل منهم يستند إلى مجموعة من الحجج والأسانيد والتي سوف نستعرضها في مبحثين وهما:

١. المبحث الأول: حجج المعارضين.إ ٢. المبحث الثاني: حجج المؤيدين.

[1] د. محمد كامل ليلي – مرجع سابق – ص١٣١، د. ثروت بدوي – مرجع سابق – ص ٨٧ .

المبحث الأول

حجج المعارضين

أولاً:

إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين إنما تهدر مبدأ الفصل بين السلطات، حيث تسمح للسلطة القضائية بالتدخل في عمل السلطة التشريعية، وإن مشكلة خروج السلطة التشريعية على الدستور لا يمكن علاجها بإعطاء القضاء حق الرقابة على أعمال تلك السلطة إذا لم تتبع تلك الرقابة من ضمائر أعضاء السلطة التشريعية.[1]

ثانياً:

إن إعطاء القضاء حق فحص دستورية القوانين يتنافى ووظيفة القضاء الإسياسية، والتي يجب أن تقصر فقط على مجرد تتطبيق القانون على المنازعات المطروحة أمامه، دون الحكم على هذا القانون. ولذلك فإن اختصاص القضاء بالرقابة يؤدي إلى تملكه سلطات سياسية وممارسته لها، وهذا يخالف طبيعة عمل القاضي الذي يقتصر على مجرد تتطبيق القانون وتفسيره لا الحكم عليه.[2]

ثالثاً:

كذلك إحتج المعارضون بأن الرقابة القضائية تمثل مخالفة وإمتهاناً لمبدأ سيادة الأمة، وذلك بإعطاء الفرصة للسلطة القضائية في الإعتداء على البرلمان، وهو ممثل لهذه السيادة على إعتبار أن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة للأمة، والتي لا يجوز مراقبتها الأمر الذي يوجب ألا يراقب أعمال البرلمان أحد غير ضمير أعضائه مادام أنه هو الذي يباشر السيادة نيابة عن الأمة.[3]

---

[1] د.علي الباز – مرجع سابق – ص ٢٩٧.

[2] د. فؤاد العطار – النظم السياسية والقانون الدستوري – ١٩٧٤م – دار النهضة – القاهرة – ص ٢٤٧.

[3] يحي الجمل – القانون الدستوري – مرجع سابق – ص ١٢.

رابعاً:

كذلك إن قيام القضاء بالرقابة على دستورية القوانين يعتبر اعتداءً على وظيفة السلطة التنفيذية المتمثلة في رئيس الدولة وحقه في إصدار القوانين. فالدساتير تعطي في معظم الدول حق إصدار القوانين لرئيس الدولة، وهذا يعني إعطاءه حق الرقابة، ولذلك فإن إصدر رئيس الدولة للقانون يعتبر علامة على دستوريته فإن تعرض القضاء لهذه المهمة يعد تعدياً على اختصاص السلطة التنفيذية.[1]

خامساً:

التقليد الذي استقر في فرنسا في عدم اختصاص القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، وقد نشأ هذا الاعتقاد نتيجة لربط رجال الفقه الفرنسيين بين النظام الإنجليزي ونظامهم نتيجة للأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات من جانب، وخشية رجال الثورة أن يقف القضاء في وجه القوانين الثورية بحجة عدم دستوريتها من جانب آخر. ولذلك تضمن دستور الثورة الفرنسية الصادر سنة١٧٩١م في مادته الثالثة (على أن المحاكم ليس لها أن تدخل في أعمال السلطة التشريعية ولا توقف تنفيذها).[2]

المبحث الثاني

الاتجاه المؤيد للرقابة القضائية على دستورية القوانين

يذهب غالبية الفقه إلى تأييد فكرة الرقابة القضائية على دستورية القوانين مهما تنوعت الأساليب التي تمارس بمقتضاها هذه الرقابة، فيرى هذا الفقه أن تكون السيادة للدستور باعتباره القانون الأسمى فهو وحدة الذي يقرر مدى ما لكل سلطة من سلطات الدولة الثلاث من اختصاص، وقد تولى هذا الفقه تنفيذ حجج وأسانيد معارضي الرقابة القضائية والرد عليها مؤكدين حق القضاء في ممارسته لرقابة دستورية القوانين، ونعرض ذلك فيما يأتي:

---

[1] علي الباز – القانون الدستوري – مرجع سابق – ص ٢٩٧.

[2] فؤاد العطار – القانون الدستوري – مرجع سابق – ص ٢٤٧.

أولاً:

تم الرد على النقطة الأولى من حجج المعارضين بأن مبدأ الفصل بين السلطات المطلق أو الجامد بينهما. وهناك دائماً تعاون والرقابة متبادلة حتى في الدول التي تأخذ بالنظم الرئاسية ومن ثم فقيام القضاء برقابة دستورية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية لا يمثل اعتداء على هذا المبدأ بل على العكس فهو يحقق نوعاً من التنسيق بين أعمال مختلف السلطات، وبذلك نتمكن من تحقيق الأهداف العليا للدولة بل إن ممارسة هذه الرقابة تعتبر تدعيماً وتأكيداً لمبدأ الفصل بين السلطات ذلك أنه لا يجوز للسلطة التشريعية أن تجبر السلطة القضائية على تطبيق قانون مخالف للدستور وإلا كان في ذلك اعتداء على المبدأ المذكور.[1]

ثانياً:

للرد على الحجة الثانية قيل بأن رقابة القضاء للدستورية تعتبر في حقيقة الأمر من صميم عمل القضاء، ذلك أنه ملزم بتطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً فإذا تعارض نص أدنى مع نص أعلى وجب عليه أن يفضل النص الأعلى، وهو هنا النص الدستوري مع إهمال النص الأدنى، وهو القانون العادي واستبعاده بالتالي من نطاق التطبيق، ولا يعد عمل القاضي في هذه الحالة تدخلاً في أعمال السلطة التشريعية واعتداءً على اختصاصها، وهو لا يحكم بإلغاء القانون، وإنما يمتنع فقط عن تطبيقه نظراً لمخالفته لقانون أسمى و هو الدستور. وهذا أمر طبيعي.[2]

الرقابة الدستورية تعد نتيجة طبيعية وحتمية لتدرج التشريع في الدولة، وواجب القاضي عند تعارض تشريع أدنى مع تشريع أعلى أن يجعل الغلبة للتشريع الأعلى، ولا يشترط للقيام هذه الرقابة أن ينص الدستور عليها، وإنما تقوم من تلقاء نفسها حسب الوضع القانوني السائد في الدولة.

---

[1] د. أحمد كمال أبو المجد – الرسالة السابقة – ص ٢٩، أندرية – المرجع السابق – ٣٨٧.

[2] د. محمد كامل ليلي – مرجع سابق – ص ١٥٧

ثالثاً:

إن القول بأن الرقابة على دستورية القوانين تمثل مخالفة وامتهاناً لمبدأ سيادة الأمة فقد تم الرد عليها، بأن هذه الرقابة لا تمثل مساساً لمبدأ سيادة الأمة بل على العكس، فإن إعمالها يؤدي في الواقع إلى احترام هذا المبدأ وتقديسه، ذلك أن البرلمان وإن كان ممثلاً للأمة فإنه يجب عليه ألا يخالف الدستور وهو ممثل للإرادة العليا. فرقابة القضاء إذاً ماهي إلا إعلاء لكلمة الدستور التي يجب أن تكون هي العليا.[1]

رابعاً:

إن القول بإصدار القانون من قبل رئيس الدولة يعد دليلاً على دستوريته، محل نظر فقد يصدر القانون من جانب رئيس الدولة دون مراعاة الشكل والإجراءات الدستورية. فهذا القانون ليس بقانون صحيح ولا يعتبر امتناع القضاء عن تطبيقه رقابة على دستورية القوانين ذلك أنه قانون منعدم لا أثر له.[2]

خامساً:

كذلك فإن الدارس لفروع السلطة المختلفة يدرك بأن السلطة القضائية أضعف السلطات الثلاث في الدولة. وإنها بحكم وظائفها أقل السلطات خطراً على الحقوق السياسية التي نص عليها الدستور لأنها أقلها تعرضاً لهذه الحقوق، وإن الذي ينكر على القضاء أن يتدخل إن خرجت الهيئة التشريعية على دستورها المقرر، كمن يريد القول بأن الذين يمارسون سلطة من السلطات لهم أن يمارسوها خارج نطاق اختصاصها. ولذلك فإن أي قانون يخرق نصاً في الدستور أو روحه فإن محاكم القضاء لا تجيزه لأن الدستور هو الأصل وليس الهيئة التشريعية.[3]

---

[1] د. رمضن محمد بطيخ – مرجع سابق – ص ٣٤٨، د. فؤاد العطار – مرجع سابق – ص ٢٥٢ .

[2] د. علي الباز – مرجع سابق – ص ٣٠٠

[3] هاملتين – مدسون وجاي – الدولة الإتحادية – ودستورها – دار مكتبة الحياة – بيروت – ترجمة جمال محمد أحمد المقال – ص ٥٩٦ وما بعدها .

سادساً:

إن القول بأنه ومقتضى الفصل بين السلطات يختص القضاء بإنزال كلمة القانون على القضايا المعروضة عليه دون أن يحكم على القانون، ولذلك فالرد على ذلك أنه ليس في مقتضى مبدأ الفصل بين السلطات إذا خرجت السلطة التشريعية على أحكام الدستور أن ترغم السلطات الأخرى وعلى وجه الخصوص السلطة القضائية على مجارتها في هذا الاعتداء لأنها في ذلك تقوم بتعطيل حكم من أحكام الدستور.

فيجب أن يمكن القضاء من أن يمتنع عن تطبيق قانون سطر على خلاف حكم في الدستور ما دام أن السلطة القضائية مستقلة وعلى قدر المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية والقول بغير ذلك يؤدي إلى التضحية بالدستور وبالتالي الأداة التي تعمل على حفظ القانون وبقائه.[1]

وبما أن معظم الفقه يؤيد اختصاص القضاء بالرقابة على دستورية القوانين، وإنها الطريق الوحيد الملائم في هذا الشأن. لذلك فنحن مع هذا الاتجاه الذي يعطي القضاء حق الرقابة على دستورية القوانين خاصة وأن القضاء يعتبر سلطة مستقلة عن السلطات الأخرى، ويتمتع باستقلاله التام ولذلك سوف تكون أحكامه حيادية ونزيهة وبعيدة عن أي ضغوطات سياسية أو حزبية مما يضمن عدم صدور أي قانون يخالف الدستور ويتعارض مع حقوق الإنسان السياسية أو المدنية.

الفصل الثالث

أثر الحكم الصادر بعدم دستورية القانون عن طريق الدفع الفرعي

وسنتعرض له من خلال ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الرقابة بطريق الدفع الفرعي.

المبحث الثاني: السلطة القضائية ومراقبة دستورية القوانين.

المبحث الثالث: أثر الحكم الصادر بعدم دستورية القانون.

---

[1] د. فؤاد العطار – مرجع سابق – ص ٤٥٢.

المبحث الأول

مفهوم الرقابة بطريق الدفع الفرعي

يقصد بهذه الرقابة الدفاع وليس الهجوم وذلك أن إثارتها لا تكون إلا بمناسبة نزاع معروض أمام القضاء. فعندما يراد تطبيق قانون معين لفض هذا النزاع يكون لأي من أطراف الخصوصية الدفع بعدم تطبيق هذا القانون لمخالفته أحكام الدستور.

فعند إثارة مسألة دستورية لا تكون بدعوى أصلية، كما هو الحال في الرقابة عن طريق الدعوى الأصلية، وإنما بدفع من أحد الخصوم في دعوى منظورة أمام القضاء، وعندئذ يوقف السير في هذه الدعوى إذا كان لهذا الدفع وجه حتى يتم فحص دستورية القانون المدفوع بعدم دستوريته.

فإذا تبين عدم صحة الدفع أو عدم جديته استمر القاضي في نظر النزاع طبقاً لهذا القانون، دون أن يعتد بالدفع المثار ضده. أما إذا تأكدت مخالفة القانون موضوع الدفع للدستور امتنعت المحكمة عن تطبيقه في النزاع المعروض أمامها.[1]

ومن أجل توضيح ذلك، نجد أنه بمقتضى رقابة الدفع أو الامتناع يهمل القاضي حكم القانون غير الدستوري أي يمتنع عن تطبيقه في القضية المعروضة عليه. فحين يراد تطبيق القانون على أحد الأفراد بمناسبة دعوى عادية مقامة أمام القضاء، فإن لهذا الفرد أن يدفع أمام هذه المحكمة التي تنظر الدعوى بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه عليه. فتمتنع المحكمة إذا اقتنعت بجدية الدفع عند تطبيقه على تلك الدعوى المقامة أمامها. ويعني هذا أن رقابة الامتناع هي رقابة لاحقة لصدور القانون، ولا يتصور أن تكون رقابه سابقه لصدوره.

وحين يثير أحد الخصوم الدفع بعدم دستورية القانون، فإن القاضي لا يحكم في هذه الحالة ببطلان القانون أو بآلغائه أوبوقف تنفيذه، وإنما تكتفي المحكمة بالامتناع عن تطبيقه على النزاع المعروض عليها وبالتالي يبقى القانون قائماً. ويحوز حكم

---

[1] د. سعد عصفور – القانون الدستوري – ط (١) ١٩٥٤ – ص ١٤٦ – ١٧٠، د. أحمد كمال أبو المجد – الرسالة السابقة – ص ١٨٤، د. ثروت بدوي – القانون الدستوري وتطر الأنظمة في مصر – القاهرة – ١٩٦٩ – ص ٩٨.

القاضي هنا حجية نسبية قاصرة على النزاع القائم أمامها، مما لا يؤثر على بقاء القانون نافذاً في الحالات الفردية الأخرى التي لا ينسحب عليها، ولا يشملها مبدأ حجية الحكم.

فامتناع المحكمة عن تطبيق القانون لا يقيد المحاكم الأخرى سواء منها الأعلى درجة أو الأدنى. بل لا يقيد نفس المحكمة في القضايا الأخرى التي تعرض عليها، إذا رأت العدول عن رأيها الأول مع ملاحظة أن الحال يختلف في نظام السوابق القضائية.[1]

وتتميز هذه الرقابة بأنها لا تثير نزاعاً بين القاضي والمشرع. فرقابة الامتناع أو الدفع لا تنطوي على أي مساس بمبدآ الفصل بين السلطات، بل على العكس من ذلك فإنها تعتبر تدعيماً، وتآكيداً لهذا المبدأ ذلك أن القضاء لا يتدخل في عمل السلطة التشريعية ويحكم بإلغاء القانون المخالف للدستور، بل هنا حين يمتنع القاضي عن تطبيق القانون الذي يظهر له أنه غير دستوري، إنما يباشر منطق وظيفته القضائية ولا يخرج عن طبيعتها.[2]

ولكن يؤخذ على أسلوب الرقابة بالامتناع أو بالدفع، أنه يؤدي إلى إشاعة القلق وعدم الاستقرار في المعاملات القانونية، ذلك أن هذه الطريقة تجعل مسألة الفصل في دستورية القوانين من حق جميع المحاكم على اختلاف درجاتها وطبقاتها. الأمر الذي يؤدي إلى التناقض في الأحكام والتضارب في الاتجاهات، إذ يمكن تعريف بعض المحاكم بدستورية قانون معين وتعمل على تطبيقه في الدعوى المنظورة أمامها، تمتنع محاكم أخرى عن تطبيق ذات القانون بحجة مخالفته لأحكام الدستور.

كذلك فإن هذا الأسلوب لا ينزه حتماً من شائبة سياسية، فقد ينحرف في التطبيق عن الأهداف الرئيسية التي وضع من أجلها، كما يستغل في تحقيق مصالح معينة، أو في تثبيت فكرة تنظيمية خاصة تغلب مصالح خاصة على الصالح العام. وقد

---

[1] د. عادل الخياري – القانون الدستوري الأردني – دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص ٢٨٠.، د. إسماعيل ميرزا – القانون الدستوري دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص ٣٩٩.

[2] د. ثروت بدوي – القنون الدستوري وتطور الأنظمة – مرجع سابق – ص ٩٤.

يستعان به لمحاربة فئة من المواطنين، وهذا من شأنه أن يبعد الرقابة عن الهدف الرئيسي الذي من أجله أسست الرقابة في النظام السياسي المعين.[1]

ومن اهم التطبيقات لهذا النوع من الرقابة في الأنظمة السياسية كان في الولايات المتحدة الأمريكية ولهذا سوف نتعرض لها ضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: رقابة الدفع أو الامتناع في الولايات المتحدة الأمريكية :

تتم الرقابة القضائية على دستورية القوانين عامة، إما بناءً على نص دستوري يقررها وينظمها، كما عليه الأمر في دستور ١٩٧١م المصري، أو بناءً على اجتهاد القضاء ذاته، وذلك في حالة عدم وجود نص دستوري يقرها، أو يحرمها ومثال ذلك القضاء المصري قبل إنشاء المحكمة العليا عام ١٩٦٩م، والقضاء الأمريكي الذي نحن بصدد دراسته.[2]

تعد الولايات المتحدة الأمريكية الوطن الأم للرقابة القضائية على دستورية القوانين، إذ هي أول دولة في العالم أخذت بهذه الفكرة، على الرغم من وجود نص دستوري يقرها وينظمها، ونقلت هذه الفكرة منها إلى كثير من دول العالم، حيث أقرتها بعض دساتير العالم صراحةً مثل دستور تركيا الصادر ١٩٦١م ودستور مصر الصادر ١٩٧١م، كما طبقها القضاء في بعض دول العالم على الرغم من عدم تعرض الدستور لها سواء بالأخذ أو الرفض مثل القضاء المصري إبتداءً من ١٠ فبراير ١٩٤٨م، عندما أصدرت محكمة القضاء الإداري المصري حكمها الجرئ بإقرار حق القضاء بشقيه العادي والإداري في رقابة دستورية القوانين، كما رفض القضاء في بعض الدول صراحةً الأخذ بهذه الرقابة مثل القضاء الفرنسي بشقيه العادي والإداري.[3]

ولقد نشأت الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية بفضل جهود القضاء الأمريكي، ممثلاً في المحكمة العليا الاتحادية وتأييد الفقه الأمريكي له، وذلك

---

[1] د. رمزي طه الشاعر – القانون الدستوري – النظرية العمة سنة ١٩٧٧ – مرجع سابق – ص ٢٨٣.

[2] د. إسماعيل ميرزا – القانون الدستوري – دراسة مقارنة – مرجع سابق – ص ٣٩٩.

[3] د. علي الباز – الرقابة على دستورية القوانين – رسالة سابقة – ٤٥.

بقصد حماية مبدأ المشروعية الذي يعد من المبادئ الذي سجلها الشعب الأمريكي في وثائقه الدستورية سواء الإقليمية أو الاتحادية بعد كفاحه ضد الاستعمار الإنجليزي. وذلك إخضاع نظام الدولة من حكام ومحكومين لأحكام القوانين المعمول بها في الدولة سواء أكانت قوانين دستورية أو عادية.

ولم تقصر المحكمة الاتحادية العليا رقابتها على دستورية القوانين، بل مدتها إلى التشريعات الفرعية - لوائح، وذلك لعدم وجود محاكم إدارية في الولايات المتحدة الأمريكية تختص بالفصل في المنازعات ذات الطابع الإداري، كما هو متبع في بعض الدول مثل فرنسا ومصر، ولذلك تنظر المحاكم الأمريكية جميع الدعاوي التي تثار أمامها سواء أكانت إدارية أو مدنية، ولا تخرج من اختصاصها أي نزاع إداري إلا بناءً على نص صريح في القانون، وهذا هو نفس النظام المتبع في إنجلترا والمسمى بالنظام الإنجلوسكسوني.[1]

المبحث الثاني : أسلوب الدفع الفرعي في الولايات المتحدة الأمريكية :

يعد أسلوب الدفع الفرعي أكثر أساليب الرقابة الأمريكية قدماً إنتشاراً سواء داخل الولايات المتحدة الأمريكية أو خارجها، ولا يرجع تاريخ هذا الأسلوب إلى حكم مارشال عام١٨٠٣م، ولكنه يرجع إلى أحكام بعض الولايات الأمريكية قبل إنشاء الاتحاد الفيدرالي بينها عام ١٧٨٧، مثل حكم محكمة (رود ايلاند)عام ١٧٨٦في قضية تريفت ضد وديسون، وحكم محكمة كارولينا الشمالية الصادر أوائل العام ١٧٨٧في قضية بابان ضد سنجلون.

ويفترض في هذا الأسلوب وجود دعوى أمام القضاء للفصل فيها أيا كان نوعها مدنية، أو تجارية أو إدارية أو جنائية، ويدفع أحد الأشخاص ذوي المصلحة بعدم دستورية القانون المراد تطبيقه على هذه الدعوى التي تنظرها المحكمة، ثم تتولى المحكمة فحص دستورية القانون محل الطعن فإنها تمتنع عن تطبيقه

[1] د. سعد عصفور – القانون الدستوري – ١٩٥٤- مرجع سابق – ص ٥٣,

على الدعوى المنظورة أمامها.[1]

ومن ثم يظل القانون محل الطعن قائماً ويجوز لمحكمة أخرى تطبيقه إذا رأت أنه لم يخالف الدستور، ويشترط أن يكون الحكم الصادر بعدم دستوريته صادراً من إحدى المحاكم العادية المماثلة للمحكمة التي ترى دستوريتها في الدرجة والمرتبة، أما إذا كان الحكم بعدم دستورية القانون صادراً عن المحكمة الاتحادية العليا فتلتزم به كافة المحاكم على اختلاف مستوياتها، وتمتنع عن تطبيقه وذلك لقيام النظام القضائي الأمريكي على نظام السوابق القضائية، كما سنرى فيما بعد وذلك على عكس الدول التي لا تأخذ بنظام السوابق القضائية، حيث يتمتع الحكم القاضي بعدم دستورية قانون معين عن طريق رقابة الدفع بحجية نسبية تقتصر على أطراف النزاع الذي صدر بصدده الحكم، ولا تتقيد به سواء المحكمة التي أصدرته أو المحاكم الأخرى، كما كان عليه الحال في مصر قبل إنشاء المحكمة العليا عام ١٩٦٩م.

المبحث الثالث: شروط قبول الدفع الفرعي في أمريكا :

يشترط لقبول الدفع الفرعي شرطان هما:

أ- أن يكون الدفع الفرعي من المسائل الأولية في الدعوى وذلك بأن يكون بدأ في خصومة حقيقة، وليس في خصومة صورية لمجرد الحصول حكم بعدم دستورية قانون ما. مثال ذلك ما جاء بحكم المحكمة الاتحادية العليا في عام ١٨٩٢م في قضية شركة شيكاجو للسكك الحديدية بأنها لا تملك اختصاصاً عاماً بالإشراف على دستورية القوانين، إلا إذا أثيرت هذه المشكلة في معرض خصومة حقيقية جادة بين أطراف تتعارض مصالحهم وإدعاءتهم.

ب- أن يكون لصاحب الدفع مصلحة شخصية من وراء دفعه، ومثال لذلك ما جاء في حكم المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في عام ١٩٢٣م في قضية

[1] د. فؤاد العطار – مرجع سابق – ص ٢٦٦ وما بعدها، د. أحمد كمال أبو المجد – مرجع سابق – ص ١٨٤.
د. رمزي الشاعر – مرجع سابق – ص ٤٧٢.

(فورتنجهان)، بأن مصلحة دافع الضريبة بصفته هذه كمساهم في النفقات العامة للحكومة الاتحادية يتضمن اعتماد بعض المبالغ للصرف على وجه يراه الطاعن مخالفاً للدستور.[1]

الخاتمة:

إن التنظيم القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية معقد لأنه يتأثر بحكم الضرورة بالتنظيم الفيدرالي، فهناك محاكم خاصة بكل دولة، كما يوجد محاكم خاصة بالدولة الفيدرالية ففي الإطار الفيدرالي توجد محاكم قطاعات تشبه إلى حد ما محاكم البداية الفرنسية، وهناك محاكم مجمعة تشبه محاكم الاستئناف، وأخيراً توجد المحكمة العليا.

والمحكمة العليا تستحق أن تتوقف قليلاً عند صلاحياتها وتشكيلها. فهذه المحكمة ذات صلاحية واسعة جداً بمعنى أنها غير محصورة بالنظر في القضايا الحقوقية الملازمة للدعاوي، بل إنها تستطيع النظر في الوقائع. يقال بهذا الصدد إن المحكمة العليا هي قاضي وقائع وقانون، وهي بذلك على خلاف محكمة التمييز الفرنسية التي ليست حكماً في الوقائع والتي لا تستطيع إلا مراقبة تطبيق القانون من قبل محاكم البداية والاستئناف. وبسبب إزدواجية هذه الصلاحية تمارس المحكمة العليا في القضايا التي تعرض عليها سيطرة أكبر مما لمحكمة التمييز. زيادة على ذلك محاكم إدارية في الولايات المتحدة، وفي جميع البلدان الإنجلوسكسونية أو على الأقل محاكم إدارية منظمة، الأمر الذي يخول المحاكم العادية، وبالتالي المحكمة العليا النظر في مجموع الخلافات الخاصة والعامة.

[1] د. أحمد كمال أبو المجد – مرجع سابق – ٢٢٢ .

٣/ الخطر الجنائي كعنصر أساسي في الجريمة الإرهابية

إعداد/ د. تقوى محمد محمد الحسن أبوشامة

مدخل عام لموضوع الدراسة :

أولاً : التعريف بموضوع الدراسة وبيان مشكلتها :

شكل الإرهاب معضلة حقيقية للمجتمعات المحلية والدولية في العالم المعاصر، ليس فقط بسبب أثاره الأمنية والاقتصادية والنفسية... إلخ. إنما لأن التكييف القانوني للسلوك الذي يعد عملاً إرهابياً في غاية التعقيد بسبب الاتجاهات والتدخلات السياسية، مما أدى إلى عدم وصول المجتمع الدولي، حتى الآن إلى تعريف جامع مانع لمفهوم الإرهاب ومن ثم معرفة عما إذا كان فعلاً معيناً يمكن أن يعتبر عملاً إرهابياً، وبناء عليه فقد اتبعت الدول العديد من الإجراءات لمواجهة بعض الدول أعمالاً إرهابية وتأسيساً على ذلك فقد استخدمت إجراءات معينة لمكافحة وليست لمعاقبة المتهمين بالأفعال الإجرامية، التي تعد إرهابا إنما أيضاً قد عرض العديد من أفراد المجتمع لإجراءات يمكن أن تكون استثنائية خوفاً من وقوع عمل إرهابي، مما يعقد ويعوق المسير العادي لأنشطة أفراد المجتمع، وأصبحت تكاليف هذا النوع من الإجراءات عالية وأصبحت الدول تقف موقفاً سلبياً من الدول التي تتهم بالإرهاب أو تمويله.

وتأسيساً على ما سبق تناولت هذه الدراسة الخطر كعنصر يمكن أن يسببه، الإرهاب دون تحديد دولة معينة، باعتبار أن الاتفاقيات الدولية التي تناولت الإرهاب اتصفت بالعالمية.

ثانياً : أهداف الدراسة :

هدفت هذه الدراسة بصورة أساسية لتحقيق الأغراض الأتية :

- عرض المحاولات المختلفة لتحديد مفهوم الإرهاب.
- بيان مفهوم الخطر الإرهابي والتفرقة بينه وبين المفاهيم الأخرى المشابهة.
- بيان عناصر الإرهابي الذي يتعين مكافحتها قبل وقوع الفعل أو العمل الضار.

ثالثاً : أهمية الدراسة :

تظهر أهمية هذه الدراسة من أهمية الموضوع الذي تتناوله، فالإرهاب ظاهرة عالمية أخذت تدخل الرعب والخوف في نفوس أبناء المجتمع، وعطلت المصالح الخاصة والعامة وانعكست أثاره على الأنشطة الاقتصادية، إضافة للأعباء النفسية (الخوف) ومن ثم فإن تناول الخطر الإرهابي أمر له أهميته.

رابعاً : منهج الدراسة :

تم استخدام منهجين رئيسيين في هذه الدراسة، باعتبارها الأكثر ملاءمة لهذا النوع من الدراسات وهما :

- المنهج الوصفي، وذلك بهدف بيان ووصف شامل لظاهرة الخطر الإرهابي، على نحو الذي حاول الكتاب وشراح القانون بيان مضمونه وتعريفه.
- المنهج التاريخي (الوثائقي) إذ إن مكافحة الإرهاب جعلت الدول ممثلة في المنظمات الدولية المهتمة بأمر الإجرام تصدر العديد من الصكوك الدولية والإقليمية، إضافة لسن التشريعات الوطنية، أو تعديل ما هو قائم لمكافحة ظاهرة الإرهاب، ومن ثم فهي وثائق يمكن تأسيس الدراسة عليها.

خامساً : طريقة الدراسة :

تم اتباع طريقة المقارنة بين النظم والآراء والاتجاهات المختلفة التي تناولت موضوع الإرهاب من خلال مكافحة الخطر الذي يهدد مصالح المجتمعات المختلفة.

سادساً : تقسيم الدراسة :

تم تقسيم هذه الدراسة إلى مباحث جاءت على النحو التالي :

المبحث الأول : الخطر كعنصر في الجريمة الإرهابية.

المبحث الثاني : العناصر المميزة للخطر الإرهابي.

المبحث الثالث : الخطر الإرهابي والجريمة السياسية.

استنتاجات الدراسة.

المبحث الأول

الخطر كعنصر أساسي في الجريمة الإرهابية

اتجهت التشريعات الجنائية إلى تجريم الإرهاب وطرق تمويله بسبب الخطر الحال أو الخطر المتوقع من جراء العنف الذي يقع على المصالح الاجتماعية محل الحماية باعتبارها تمثل المصالح جوهرية لأبناء المجتمع المحلي بل والدولي أيضاً والخطر هنا الذي يهدد المصالح الاجتماعية والمتمثلة في استقرار وتوازن هذه المصالح، هو إما خطر حال، وذلك إذا كانت عوامل الضرر طاغية على العوامل الحائلة دون حدوث الضرر الواقع على المصالح المختلفة [1].

و يحدث ذلك إذا أدى المستخدم في العمل الإرهابي إلى بث الرعب والخوف في النفوس بما يحدث من أضرار جسيمة تدمر وتزلزل قواعد النظام والاستقرار الاجتماعي الذي يشكل الأمن باعتباره مكوناً أساسياً لأي مجتمع [2]. وإما خطر محتمل إذا نتج عن العنف المستخدم في العمل الإرهابي مجرد إخافة النفوس بما يحدثه من أضرار تخل بالنظام العام والاستقرار الاجتماعي ومظهر ذلك هو أن تكون عوامل حدوث الضرر متساوية مع عوامل منع الضرر، مما يؤدي إلى الوصول لنفس النتائج المدمرة التي يستهدفها الإرهابي [3].

ويلاحظ أن الخطر الإرهابي بمفهومه السابق يرتبط بالعديد من الجرائم، مما يزيد المفهوم غموضاً، والتي تجيء على النحو التالي :

مفهوم الخطر الإرهابي وارتباطه بالخطر الجنائي :

إذا كان الخطر الجنائي هو تهديد المصالح الاجتماعية بالضرر، فإن خطر الجريمة الإرهابية يتسم فوق ذلك بسمات تميزه عن باقي أنواع الخطر الجنائي، على ما هو مبين في النظم القانونية الجنائية.

---

[1] أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩ن، ص ١٥.

[2] فتوح عبدالله الشاذلي، أولويات القانون الدولي الجنائي، النظرية العامة للجريمة الدولية، الاسكندرية، دار المطبوعات، ٢٠٠١م، ص ٩.

[3] حسين إبراهيم صالح عبيد، الجريمة الدولية، دراسة تحليلية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧م، ص ١٩-٢٠.

وهذه السمات الخاصة هي التي انعكست على القواعد العامة للقانون الجنائي فخرجت به أحياناً عن نظرية التجريم والعقاب [1] والمعرفة في القوانين الجنائية المقارنة.

وعلى ذلك يمكن تعريف الخطر الإرهابي بأنه (ذلك الفعل الكامن والصالح لإحداث ضرر جسيم لشخص أو شيء ما أو أيهما بهدف تقويض استقرار المجتمع وتوازن مصالحه ومستخدماً العنف لإخافة النفوس أو بث الرعب فيهم، بما يحدثه من أضرار جسيمة تدمر وتزلزل قواعد النظام العام والاستقرار الاجتماعي أو الأمن الاجتماعي) [2]، وكلها أسس تهدد الأمن القومي وما يمكن أن يترتب عليه من آثار متعددة تلحق بالمجتمع وأفراده بالضرر.

وعلى هذا يعتبر الخطر الإرهابي هو خطر مادي يلزم توافره في السلوك المرتكب حتى تقع الجريمة، بمعنى أنه ينبغي أن تتوفر في أعمال العنف المستخدمة في الجريمة الإرهابية صلاحية بث الرعب أو إحداث الخوف في النفوس ليس ذلك فقط بل ينبغي أيضاً أن تتوفر فيه صلاحية الإخلال بالنظام العام والاستقرار الاجتماعي، فإذا لم تتوافر هذه الصلاحية فلا نكون بصدد خطر إرهابي وبالتالي لا تقع الجريمة الإرهابية ولذلك فإن إبداء الرأي من خلال المؤسسات الإعلامية لا يعد عملاً إرهابياً حتى لو كان اسلوب التناول يتسم بالعنف وأدى بالفعل لإخافة بعض المسئولين أو ببث الرعب في نفوسهم، ذلك أن إبداء بطريقة مشروعة أي من خلال وسائل الإعلام لا يعد إخلالاً بالنظام العام او الاستقرار الاجتماعي وعلى الرغم من أن الخطر الإرهابي على هذا النحو هو خطر إجرامي بما يحدثه من تهديد للمصالح الاجتماعية في توازنها واستقرارها إلا أنه مع ذلك يتسم ببعض السمات التي تميزه عن غيره من صور الخطر.

وفي نفس الوقت تفسر انعكاساته على التشريع الجنائي بصفة خاصة والسياسات الجنائية بصورة عامة.

---

[1] محمد مؤنس محب الدين، الإرهاب في القانون الجنائي، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، ١٩٨٣م، ص ٩٨-٩٩.

[2] عبدالرحيم صدقي، الإرهاب السياسي والقانون الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٥م، ص ٨٠-٨١ .

المبحث الثاني

العناصر المميزة للخطر الإرهابي

يتميز عنصر الخطر عن غيره من باقي أنواع الخطر الجنائي بالعناصر الآتية :

العنصر المادي :

ويقصد به السيطرة والتسلط وهذا العامل يعد بمثابة النتيجة للعامل النفسي، فأعمال الرعب أو الخوف تمكن فاعلها من السيطرة على ضحاياه لتنفيذ مخططه كاملاً دون مقاومة، ومحدثاً بها، وبسبب هذه السيطرة تقتصر على الضحية فقط، بل تنال أيضاً من المحيطين به ممن قد يعتمد عليهم الدفاع عن المجني عليه أو حتى عند الإدلاء بالشهادة أمام جهات العدالة الجنائية الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى الأضرار الجسيمة بالضحية وفي نفس الوقت صعوبة ملاحقة الجاني بسبب تلك السيطرة الإرهابية التي تفرض على كل من الضحية والمحيطين بها إذ تفقدهم قدرة الادلاء بالشهادة أمام جهات العدل خشية الإضرار بهم فكان عنصر السيطرة والتسلط للخطر الإرهابي قد أهدر بذلك مصلحة المجتمع في سلامة حياة وأرواح أفراده وكذلك مصلحة المجتمع في ملاحقة الجناة، وفي ضبطهم وأخيراً مصلحة المجتمع في تطبيق القانون وإرساء العدالة الأمر الذي يؤدي إلى المساس بتوازن واستقرار الحياة وتجعله أكثر ضعفاً للتعاطي مع مشكلات المجتمع الأخرى.

العنصر النفسي :

ويقصد به (الخوف والرعب الناجم عن الاضطرابات النفسية التي تعتري النفس البشرية بفعل الظواهر الخارجية عن الإنسان والتي تلقي بظلها عن النفس الإنسانية محدثة خوفاً إذا كانت هذه الاضطرابات النفسية ضعيفة أو محدثة رعباً إذا كانت الاضطرابات شديد).

ولا شك أن الخوف والرعب الواقع بفعل الظواهر الخارجية لن يتأتى بأفعال مادية تهدد بالضرر الجسيم للحياة والممتلكات الإنسانية، وهذا التهديد بالضرر الجسيم إنما يحدث إذا كان هناك خطر حال وشيك الوقوع فينجم عنه الرعب أو حتى خطر محتمل

حدوثه مستقبلاً ينجم عنه، ولوجود نوع الخطر الإرهابي لا يكفي أن يتوافر الرعب أو الخوف بفعل العنف أو القوة حتى يتوافر الخطر الإرهابي لا بد أن يتأتى الخوف والرعب نتيجة الاستخدام غير المشروع للعنف والقوة، وهو جوهر العمل الإرهابي، فلا إرهاب بدون عمل يتسم بالعنف والقوة.

عنصر المباغتة :

ويعد ذلك العنصر من أهم العناصر التي يتسم بها الخطر الإرهابي عند البعض إذ يخلق نوعاً من التفوق يمكنه ليس فقط من السيطرة الميدانية على الموقف وتنفيذ مخططه الإرهابي كاملاً دون مقاومة، بل يمكنه أيضاً من الفرار بجريمته دون ملاحقة السلطات، ومحدثاً أبلغ الأضرار بالمصالح الاجتماعية، وهذا يفسر لجوء المشرع الجنائي إلى تجريم الأعمال التحضيرية في جرائم الإرهاب كمحاولة تشريعية لتلك الأنشطة قبل أن تباغت أو تفاجئ المجني عليهم محدثة بهم أبلغ الأضرار ومهددة المصالح الاجتماعية، فالمباغتة تضعف عنصر المقاومة لعدم الاستعداد للتصدي ومواجهة الجريمة، حيث تقع الجريمة بصورة عامة بغتة.

عنصر التخفي :

يتميز الخطر الإرهابي بقدرته علي التخفي من أعين السلطات ويرجع ذلك لسببين:

السبب الأول :

المخترعات العلمية الحديثة والتي تزود بها الإرهاب، فتمكنه من إخفاء خطواته ومشاريعه الإجرامية، لذلك فإن الإرهاب يستخدم أجهزة التحكم عن بعد في أعمال التفجير، كما يستخدم الأساليب العلمية الحديثة في تزوير الوثائق والمستندات، كما يستخدم أحدث وسائل الاتصالات ويصل الأمر إلى حد تشفير هذه الاتصالات عبر الأجهزة، ربما لا تملكها الدولة في مؤسساتها ذات العلاقة بمكافحة الجريمة.

السبب الثاني :

تماثل الإرهابيين مع باقي أفراد المجتمع، وذلك في جميع مظاهر الحياة الطبيعية الأمر الذي يجعلهم في مأمن عن ملاحقة السلطات ويوفر لهم هذا العنصر الفرص العديدة لتنفيذ المخطط الإرهابي دون رقابة أو ملاحقة.

وهذا يفسر رفع العقوبات المقررة في الجرائم المقررة في جرائم الإرهاب عن كل من بادر من الجناة بإبلاغ السلطات قبل البدء في التحقيق، كما يجوز للمحكمة الإعفاء من العقوبة حتى إذا حصل الإبلاغ بعد إتمام الجريمة وقبل البدء في التحقيق، بل ويجوز للمحكمة أيضاً العفو إذا مكن الجاني في تحقيق السلطات من القبض على مرتكبي الجريمة الآخرين أو على مرتكبي جريمة أخرى مماثلة في النوع والخطورة.

ولا شك أن بلوغ نتائج هذا العنف الإرهابي إلى حد قتل إنسان أياً كان ينم عن جسامة خطورة الجاني الذي يستهين بأرواح البشر وبحقهم في سلامة أجسامهم بغرض تحقيق أهدافه الإرهابية مما يجعل القاضي يوصي بتوقيع أشد العقوبات عليه.

المبحث الثالث

الخطر الإرهابي والجريمة السياسية

عرف المؤتمر الدولي السادس لتوحيد القانون الجنائي، المنعقد في كوبنهاجن الدنمارك ١٩٣٥ الجرائم السياسية بأنها (الجرائم الموجهة ضد الدولة أو سير جهازها، وكذلك الجرائم الموجهة ضد حقوق المواطن السياسية) [1].

عرفت الجريمة السياسية كذلك بأنها (الجريمة التي ترتكب بباعث سياسي أو تقع على الحقوق السياسية العامة أو الفردية [2])، الجريمة السياسية هي جريمة يسعى مرتكبها إلى تحقيق المصلحة العامة حسب قناعته من خلال تغيير النظام السياسي القائم أو تغيير الحاكم لذا فإن هذا النوع من الجرائم قد يلقى قبول وترحيباً من أفراد الشعب الذي يحكمه دكتاتوراً أو طاغية وقد يبارك الشعب هذا التغيير، فتنقلب

---

[1] نجاتي سيدأحمد سند، الجريمة السياسية، رسالة دكتوراه، ملكية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢م، ص ١-٢ .

[2] سليمان عبدالمنعم، مرجع سابق، ص ٣١٣-٣١٤.

الجريمة إلى عمل بطولي يستحق مرتكبها الاحترام والتقدير والاجلال ويغدو بطلاً في أعين الشعب.

هذا إذا ما نجح في إزالة النظام، أما في حالة الفشل فإنه لا بد وأن يواجه نصوص القانون الجنائي، وهنالك معياران ابتدعهما الفقه والقضاء لتعريف الجريمة السياسية هما المعيار الشخصي والموضوعي، واستناداً للمعيار الشخصي للجريمة فالجريمة تعد سياسية إذا كان الباعث أو الغاية من ارتكابها سياسياً، إذ يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن البحث عن مدلول الجريمة السياسية ينصب في شخص الجاني، أي أنه يجب النظر إلى الركن المعنوي للجريمة في سبيل تحديد كونها سياسية أم عادية.

وقد انتقد هذا المعيار كونه يؤدي إلى توسيع مدلول الجريمة السياسية، فضلاً عن الاعتماد على الباعث أو الغاية ليس سليماً، لأنهما ليسا من أركان الجريمة وبوصفهما من المسائل الداخلية التي يصعب التوصل إليها.

إلا أن الاتجاه الآخر الذي يمثله أنصار المعيار الموضوعي فيرون أن الجريمة السياسية هي التي تمثل اعتداءً على تنظيم أو تسيير السلطات العامة في الدولة سواء تعلق ذلك بالمصلحة السياسية للدولة، أم بالحقوق السياسية للمواطنين، فبموجب هذا المعيار يكون التركيز على موضوع الجريمة وطبيعة الحق المعتدى عليه في تحقيق الجريمة السياسية [1].

ويبدو أن الرأي الغالب في الفقه الحديث يتجه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي [2] لأنه معيار واضح وسهل التطبيق إذ إنه يركز على موضوع الجريمة وطبيعة الحق محل الاعتداء، دون الخوض في المسائل النفسية مثل الباعث والغاية التي يصعب الكشف عنها والتوصل إليها بشكل دقيق، وبذلك تكون عملية الوصول إلى تحديد طبيعة الجريمة كونها سياسية أم عادية أمراً سهلاً نسبياً.

---

[1] أحمد مصطفى، الإرهاب ومواجهته جنائياً، القاهرة (ب.ن) ٢٠٠٧م، ص ٥.

[2] أبراهيم محمود الليدي، الحماية الجنائية لأمن الدولة (ب. ن) ٢٠٠٨م، ص ١٢٣ .

وأما الإرهاب فهو جريمة خطرة تهدد الحياة اليومية للإنسان في أي مكان في العالم وهو يتسم بالعشوائية من حيث الأهداف التي يصيبها، وقد أثبتت الأحداث الراهنة أن الإرهاب انتقل إلى مستوى المجازر الوحشية التي تستهدف قتل أعداد ضخمة من الأبرياء مع إحداث خسائر بشرية هائلة وأضرار مادية جسيمة [3].

وهنالك نجد عاملاً مشتركاً بين الجريمة السياسية والإرهاب وهو الغاية فقد تكون من الجريمة السياسية هو الاعتداء على مصلحة سياسية للدولة أو أحد أفرادها ويدخل ذلك في الجرائم الماسة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة بهدف زعزعة الأمن والاستقرار في البلاد ولإجبار السلطة على التخلي عن الحكم أو إجبارها على اتباع مذهب معين، غير أن الباعث السياسي الذي يغلف الجرائم الاجتماعية ومنها الجرائم الإرهابية لا يكفي أن يصبغها بالصبغة السياسية نظراً لخطورة هذه الجرائم.

[3] إمام حسنين عطا الله، الإرهاب والبنيان القانوني، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩١، ص ٣٧ .

فهرس العدد ٥٩

١- **التقديم** بقلم / رئيس التحرير

عبر ومواعظ

{١} كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري والي البصرة.....١

البحوث

{١} التحكيم في عقد النقل البحري "دراسة مقارنة " بقلم د. محمد عثمان أحمد محمد عثمان - عضو النيابة العامة - ديوان النائب العام.....٢

{٢} جرائم الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة بواسطة وسائل تقنية المعلومات الحديثة "مقدم / للمؤتمر العلمي الحادي عشر لكلية (الجرائم المعلوماتية)"

المملكة الأردنية الهاشمية – جامعة جرش – كلية الحقوق، إعداد / د. عواطف محمد عثمان عبد الحليم صديق، أستاذ مشارك – كلية الحقوق – جامعة الملك فيصل المملكة العربية السعودية.....٦٣

{٣} قواعد ووسائل حل تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية والقانون السوداني "دراسة مقارنة" ، إعداد الدكتور/ سامي عبد الحميد إبراهيم أحمد، أستاذ القانون الخاص المساعد، جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، جامعة الأمام محمد بن سعود الإسلامية..... ٩٣

{٤} الحقوق الأساسية للطفل في ظل المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية (رؤية معاصرة) إعداد / د. محمد بابكر محمد مالك..... **١٣٨**

مقـــالات

{١} أثر المسؤولية الاجتماعية على الاستجابة التنظيمية نحو البيئة: دراسة ميدانية على مستشفيات القطاع الخاص في مدينة عمان

د.زهير محمد كامل ـ أستاذ إدارة مساعد ـ جامعة القصيم..... **١٧٧**

{٢} دور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في أمريكا

الفضل الطيب الماحي ـ جامعة النيلين..... **٢٠٩**

{٣} الخطر الجنائي كعنصر أساسي في الجريمة الإرهابية إعداد/ د. تقوى محمد محمد الحسن أبوشامة..... **٢٣٠**

شركة مطابع السودان للعملة المحدودة