

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة

مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهريا عن مركز جيل البحث العلمي



Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com

العام الثالث - العدد 27 - يوليو 2018



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المشرفة العامة ومديرة التحرير: سرور طالبى المل



التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهرياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريسا لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

رئيس اللجنة العلمية:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

أسرة التحرير:

د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)

د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)

د.المصطفى طایل، جامعة مولاي إسماعيل مكناس (المغرب)

د. العيساوي عماد، جامعة كوميلوتنسي بمدريد (إسبانيا)

د. سفيان سوالم جامعة محمد الشريف مساعدي-سوق أهراس (الجزائر)

د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)

د. عبد الناصر أبو سمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

د.محمد عليان العزام، جامعة أبو ظبي (الإمارات العربية المتحدة)

د.موفق المحاميد، كلية القانون، جامعة آل البيت (الأردن)

د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

د. همام القوصي، جامعة حلب (الجمهورية العربية السورية)

التدقيق اللغوي:

د. شامخة حفيظة طعام (المركز الجامعي، تيسمسيلت/الجزائر).

د. سليمة محفوظي (جامعة محمد الشريف مساعدي/سوق أهراس/الجزائر).

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

د. علاء مطر، جامعة الإسراء غزة (فلسطين)

د. الميلود بوطريكي، جامعة محمد الأول وجدة (المغرب)

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:
بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وأخرى بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث بالباعت مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمشّن معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

نموذج التهمش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
 6. المراجع الإلكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي السوداني (دراسة حول الظاهر والمعنى)، د. محمد المدني صالح الشريف، جامعة ظفار – سلطنة عمان.
- 49 • أحكام الأمر الجزائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، أكرم زاده الكوردي، محقق قضائي في محكمة تحقيق دهوك..
- 65 • الحماية التقنية لوسائل الوفاء الإلكترونية- تطلعات قانونية، محمد فاضل باني (المغرب).
- 87 • الموظف العام والموظف الدولي: "دراسة مقارنة" أ.عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم، أكاديمية شرطة دبي.
- 101 • أثر انتهاك حصانة رؤساء الدول على مبدأ السيادة، د. زكريا عبد الوهاب محمد زين، جامعة ظفار ، سلطنة عمان.

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018

الافتتاحية

اخترنا لكم في العدد السابع والعشرين من مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة بحث ومجموعة من المقالات ألفت الضوء على بعض القوانين العربية - سيما السودانية، العراقية، المغربية - وعالجت مواضيع مختلفة وملحة في الآن ذاته.

بحيث عالج البحث المعمق لهذا العدد مسألة تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي السوداني تفسيراً يتفق مع القواعد اللغوية والأصولية من حيث الالتزام بظاهرها ومن حيث النظر في معناها ومقصدها دون افراط أو تفريط ومناقشة طبيعة العلاقة بين النص القانوني الذي يتسم بالثبات والعموم والتجريد وبين مشخصاته التي تتسم بعدم الثبات وبالتعدد والاختلاف في صورها وأثر ذلك على تفسير النصوص القانونية تفسيراً يحقق العدل ويجعل منه القيمة الأسى والأشمل.

لينتقل المقال الثاني لدراسة أحكام الأمر الجزائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي وما دونه الشرح في مصنفاتهم وبيانها بالتفصيل بهدف إزالة ورفع الغموض التي يعتمها وتوضيح أوجه التشابه والاختلاف بين اختصاص كل من محكمة التحقيق ومحكمة الجناح بشأنه.

أما المقال الثالث فلقد سلط الضوء على منظومة البنوك المغربية فيما يخص توفير الحماية التقنية لوسائل الدفع الإلكترونية التي تولدت عن تطور شبكة الإنترنت وبروز التجارة الإلكترونية والتي حملت في طياتها عدة مخاطر تهدد المعاملات التجارية الإلكترونية خاصة الجرائم الإلكترونية وجرائم البطاقات البنكية. كما تحدث المقال الرابع عن الموظف العام والموظف الدولي من خلال المقارنة بينهما سيما فيما يخص الحقوق والواجبات التي يتمتعان بهما.

لنختم العدد بمقال حول حصانة رؤساء الدول وأثر ذلك على مبدأ السيادة المتعارف عليه في العلاقات الدولية، سواء كان ذلك في القانون الدولي التقليدي أو القانون الدولي المعاصر.

نجدد شكرنا لكل المساهمين في هذا العدد من باحثين، أسرة تحرير واللجنة العلمية الموقرة، كما نخص بالشكر الأساتذة في كلية الحقوق في جامعة ظفار بسلطنة عمان الذين أثروا العدد بمقالاتهم القيمة، على أمل أن يكون ذلك انطلاقة تعاون وتبادل الخبرات يصب لمصلحة الباحثين من جهة واثراء للمكتبة العربية من جهة أخرى.

والله الموفق في الأول والآخ

سرور طالبي المل / المشرفة العامة ومديرة التحرير

تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي السوداني (دراسة حول الظاهر والمعنى)

د/ محمد المدني صالح الشريف ، استاذ القانون المدني

رئيس قسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة ظفار - سلطنة عمان

Abstract

This research aims to know how statute is interpreted in a way that complies with the linguistic rules and the fundamental rules of interpretation. This compliance will be determined in light of the apparent content of these rules and in view of its deep meaning, without exaggeration or neglecting any factor that may influence the interpretation.

This interpretation will be carried out by discussing the nature of the relation between the statute, which is characterized by its fixity, its generality and its abstraction, and its application cases, which are characterized by their form diversity, their non-fixity, and their divergence. In the light of these considerations, the purpose of the statute interpretation must be the realization of justice as a supreme value.

That is why this research dealt with the problem of the unbalanced interpretation approach of the statute which focuses only on the statutes without considering their purpose, and which also focuses on the other side on their purpose without considering their substances and their meaning. This research dealt with the general problem related to the criteria determining the jurisprudential interpretation of the of the confused statutes for justice purpose

With this goal in view, we have concluded that the Interpretation based on a single dimension, such as that which is based solely on the apparent meaning of the statute (literal meaning), or that based solely on its implicit meaning, alters the meaning of justice in many cases .

For such reasons, I have recommended that the interpretation of the statute must take into account the factual and actual circumstances of the dispute, and must show the same interest in these circumstances as that shown in the statute itself and in its special interpretation rules. It is by doing this that we can deduce solutions from statute that would better reveal its deeper meaning.

ملخص

عالج هذا البحث مسألة تفسير النصوص القانونية تفسيراً يتفق مع القواعد اللغوية والأصولية من حيث الالتزام بظاهرها ومن حيث النظر في معناها ومقصدها دون إفراط أو تفريط ومناقشة طبيعة العلاقة بين النص القانوني الذي يتسم بالثبات والعموم والتجريد وبين شخصاته التي تتسم بعدم الثبات وبالتعدد والاختلاف في صورها وأثر ذلك على تفسير النصوص القانونية تفسيراً يحقق العدل ويجعل منه القيمة الأسى والأشمل، ولذلك فقد عالج هذا البحث اشكالية الاعتماد في تفسير النصوص القانونية على النظرة غير المتوازنة التي تحيل إلى النصوص دون النظر في مقاصدها، أو تحيل إلى المقاصد دون الاعتماد على النصوص ومدلولاتها كما عالج الاشكالية المتعلقة بالمعايير الضابطة للاجتهاد القضائي فيما يتعلق بتفسير النصوص الظنية وتأويلها تحقيقاً للعدل، مستخدماً المنهج الاستقرائي والمنهج المقارن، وقد خلصت إلى عدد من النتائج من أهمها : أنَّ التفسير الذي يستند إلى نظرة أحادية فإراعي ظاهر اللفظ دون معناه أو يراعي المعنى دون الظاهر يخل بميزان العدالة في كثير من الأحيان . كما أوصيت بضرورة احاطة الوقائع والظروف الملازمة عند النظر في النزاع والفصل فيه القدر اللازم من الاهتمام بما لا يقل عن الاهتمام الذي يجب أن تحظى به النصوص من حيث فهم مدلولها وفقاً للقواعد الخاصة بتفسيرها لاستنباط الأحكام التي تدل عليها .

كلمات مفتاحية :

الظاهر، المعنى، التفسير، مناط الحكم، التأويل .

مقدمة

فهم النص القانوني وإدراك العلاقة بين المعنى والظاهر يتطلب نظراً سليماً يحفظ لهذه العلاقة توازنها المطلوب دون إفراط أو تفريط، على أنَّ حفظ هذا التوازن لا يتم إلا بالوقوف على ما يبني عليه كل منهما، لذلك يستهدف هذا البحث معرفة الأحوال التي يمكن فيها الالتزام بظاهر اللفظ دون الالتفات إلى المعنى، وكذلك معرفة الأحوال التي يجب فيها الالتزام بالمعنى دون ظاهر اللفظ، لكون الالتزام المطلق بأي طرف دون الالتفات إلى الطرف الآخر يهدر الآخر بالكلية، الأمر الذي يؤدي إلى الانحراف عن قصد المشرع من التشريع، أو مناقضته، أو الخطأ في الفهم والاستنباط، وغير ذلك من وجوه الانحراف، وهي معادلة صعبة إذا نظرنا إليها من جهة البناء على المعنى؛ لأنَّ للظاهر مادته التي يمكن إدراكها حساً من خلال اللغة وعلومها كالنحو، والصرف، والبيان، والبلاغة والعموم والخصوص، والإطلاق والتقييد، خلافاً للمعنى الذي يلتمس في العلل والأسباب ومقاصد المتكلم، ووجوه المصالح والمفاسد، وما شابه ذلك مما ليس له مشخصات في الواقع، ولذلك كان تلمس المعاني بحاجة إلى نظر أدق وفهم سديد وقدر من الذكاء والفتنة، فمسايرة المعاني المتجددة، والمصالح المتغيرة أشد عسراً من الإلمام بالقواعد اللغوية التي تحكم ظاهر الألفاظ والنصوص، مع أنَّ إدراك معاني النصوص والنظر في الحكمة منها، والوقوف

على غاياتها والبحث عن المصالح التي ترعاها يجب أن يتم من خلال ظاهر النص، والظروف المصاحبة لتقريره، وواقع الحال، والسياق الذي ورد فيه، وغير ذلك من العوامل .

، وقبل الولوج في ثنايا البحث من خلال هيكله المرسوم ، هنالك بعض الأمور لا بد من الإشارة إليها بما يلي :
أولاً/ أسباب اختيار الموضوع :

هنالك عدد من الأسباب دعت لاختيار هذا الموضوع وهي :

1/ بيان الأهمية التي يتمتع بها تفسير النص القانوني وما يتضمنه من ظاهر ومعنى ، وما تثيره الوقائع من انعكاسات للوجهة التي يجب أن يولمها القاضي اهتمامه تحقيقاً للعدل الذي يشمل التزامه المهني بجانب التزامه في إحقاق الحقوق ورد المظالم وإقامة العدل في آن واحد .

2/ التعرف على المنهج الذي سلكه المشرع السوداني في فهمه للعلاقة بين ظاهر النصوص القانونية وما تدل عليه من معان من خلال النظر في النصوص القانونية ثم النظر في الأحكام القضائية ومدى توافقها مع نهج المشرع .

3/ بيان الأثر المترتب على الإحالة إلى اللفظ والتمسك بظاهره ، أو الإحالة إلى المعنى وإهمال اللفظ على إقامة ميزان القسط والعدل عند تفسير نصوص القانون .

ثانياً/ أهميته الموضوع:

يستمد هذا البحث أهميته من كونه يستهدف قضية تفسير النص القانوني للوقوف على مبناه ومعناه عند تطبيقه على مشخصاته وما يثيره من إشكاليات بسبب ثبات النص وحركة المشخصات واختلافها في واقع الحياة.

ثالثاً / مشكلة البحث :

تتمثل مشكلة البحث في تلك العلاقة التي تربط بين النص القانوني من حيث هو ألفاظ مركبه وفقاً لقواعد اللغة ، وبين المعنى الذي يدل عليه وكيفية إعمال حكم النص القانوني بما يدل عليه ظاهره دون التفريط في مقصده ، والعلل والأسباب التي دعت إلى سنه وتشريعه ، وأعمال حكم المعنى تحقيقاً لحكم النص دون التفريط في ظاهر اللفظ .

رابعاً / تساؤلات البحث :

يسعى هذا البحث للإجابة على التساؤلات الآتية :

1/ هل حمل اللفظ على ظاهره أو على معناه بإطلاق يتجافى مع العدل ويتعارض مع قصد المشرع من التشريع؟

2/ بما أن قواعد القانون كلية وعامة , فهل هذا العموم مطلق أم نسبي ؟ وما هو أثر ذلك على تفسير النصوص القانونية وتطبيقها على مشخصاتها ؟

3/ ماهي المعايير العلمية التي تعتمد عليها المحكمة عند تفسيرها وتطبيقها لنصوص القانون في الواقع حينما تتمسك بظاهر النص وحينما تعمل على تأويله ؟

4/ ما هو أثر تعدد واختلاف مشخصات الوقائع وتأثرها بالظروف والملايسات على تفسير النص القانوني وتطبيقه على الوقائع بما يتفق مع مقصد المشرع من التشريع ؟

5/ ماهي المهارات اللازمة التي يجب أن يتحلى بها القاضي حتى يمكنه التمسك بعمومية العدل وشموليته عند تطبيقه لنصوص القانون على الوقائع دون أن يخل بمبدأ الفصل بين السلطات ويتوغل على سلطات المشرع؟

رابعاً / أهداف البحث :

يهدف هذا البحث لتحقيق ما يلي :

1/ التعرف على مفهوم النص القانوني , وبيان أهمية الالتزام بظاهرة ودور ذلك في تحقيق الاستقرار في المجتمع باعتباره أحد الأهداف العامة للقانون , وإقامة العدل كدعامة أساسية لتحقيق هذا الهدف وما يتطلبه في بعض الأحيان من الحيادة عن ظاهر النص بمسوغات تتفق مع قواعد تفسير النصوص المتعارف عليها ويقرها العقل والمنطق السليم .

2/ كشف وبيان القواعد العلمية الضابطة التي تحفظ للعلاقة بين النص القانوني ومقصده توازنها المطلوب خدمة للعدل كقيمة سامية تعلقو فوق كل الاعتبارات .

3/ الوقوف على أثر الإحالة إلى ظاهر النص , أو الإحالة إلى المعنى عند تفسير القواعد القانونية على معالجة قضايا الواقع بعدالة دون أن يخل ذلك بالمبادئ العامة التي تحكم العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية من حيث الاختصاص في سن التشريع وفي تطبيقه .

خامساً / منهجية البحث وخطته :

اقتضت طبيعة البحث إتباع المنهج الاستقرائي الذي يقوم على ملاحظة الجزئيات للوصول إلى وضع نظريات وأحكام كلية عامة , بالإضافة إلى المنهج الاستنباطي الذي يبدأ بالحقائق الكلية ثم ينتقل إلى الحقائق الجزئية باعتباره مكملاً للمنهج الأول , ثم المنهج المقارن , حيث قارنت بين التشريع السوداني المتأثر بالمدرسة الانجلو ساكسونية , وبين المدرسة الحقوقية الإسلامية من خلال الفقه الإسلامي .

أما بخصوص خطة البحث فقد اشتملت على أربعة مباحث , مبحث أول تمهيدي عن : الإطار المفاهيمي لتفسير النص القانوني ثم يليه المبحث الثاني تناولت فيه بناء الأحكام على الظاهر والأثر المترتب عليه ثم المبحث الثالث

وخصصته للحديث عن العدول عما يدل عليه ظاهر النص وفي المبحث الرابع والأخير تحدثت عن العلاقة بين الظاهر والمعنثم خاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات .

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لتفسير النص القانوني

يتناول هذا المبحث التعريف بمفهوم التفسير في اللغة وفي الاصطلاح القانوني , وأنواع التفسير بحسب مجالات العمل القانوني والجهة التي تقوم بالتفسير مع الإشارة إلى الفوارق بينها بشيء من الإيجاز .

المطلب الأول / ماهية التفسير:

الفرع الأول / مفهوم التفسير:

يقال في اللغة فسّر الشيء فسراً وضحه , وفسّر بمعنى وضح , واستفسره عن كذا سأله أن يفسره له , والتفسره الشرح والبيان , يقال فسر القرآن الكريم , يقصد به توضيح معاني القرآن الكريم وما انطوت عليه آياته من عقائد وأسرار وحكم وأحكام (1) .

أما التفسير في الاصطلاح فيقصد به بيان معنى الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على وضع يفهم من النص (2)

فالتفسير يهدف إلى تحديد المضمون الحقيقي للقاعدة القانونية وبيان نطاقها وتوضيح الغموض الذي قد يلابسها ومعرفة ما يشوبها من نقص , أو قصور والسعي إلى حل التناقض بين مختلف النصوص القانونية وتصحيح الأخطاء المادية التي تعترضها(3) ومن هذا المنطلق تبرز الأهمية التي تتمتع بها قضية تفسير النصوص لكون القاضي لا يعرف مدى انطباق حكم النص على الوقائع إلا بعد تفسير النص القانوني وادراك معناه والقصد منه والحكمة من سنه وتشريعته والمصلحة التي يتغيهاها أو المفسدة التي يرمي إلى دفعها .

1/ إبراهيم مصطفى , أحمد حسن الزيات , حامد عبد القادر , محمد علي النجار , المعجم الوسيط , المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع , استانبول , تركيا بدون رقم طبع و تاريخ نشر . (1/688)

2/ صالح , محمد أديب صالح , تفسير النصوص في الفقه الإسلامي , دراسة مقارنة لمنهج العلماء في استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة الطبعة الثالثة , المكتب الاسلامي , 1984 , الجزء الأول ص 59 .

3/ بو ضيفاف , عمار بو ضيفاف , الوسيط في النظرية العامة للقانون , , دار الثقافة للنشر والتوزيع , الطبعة الأولى عمان ص 248 , السرحان , بكر السرحان , المدخل إلى علم القانون , دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة , عمان , ص 151 . خلاف الشيخ عبد الوهاب خلاف , تفسير النصوص القانونية وتأويلها , مجلة المحاماة المصرية العدد الأول 1950 ص 3 .

الفرع الثاني / أنواع التفاسير

يقسم فقهاء القانون (1) التفسير إلى عدة أقسام , وذلك بحسب الجهة التي تتولى عملية التفسير , سواء كانت المشرع أم القضاء أم فقهاء القانون وشراحه , وسوف نتعرض لتعريف كل نوع بصورة موجزة فيما يلي :

ولاً/ التفسير التشريعي :

هو ذلك التفسير الذي يضعه المشرع لبيان المقصود من تشريع سابق بسبب ما أحاطه به من غموض وإبهام خلال تطبيقه (2).

وهذا يتبين أنّ الدافع إلى التفسير التشريعي هو ضمان وحدة تطبيق القانون وعدم اختلاف الفهم المؤدي إلى اختلاف الأحكام القضائية الذي قد يهدد استقرار المجتمع , ولذلك يتدخل المشرع عند ظهور بوادر اختلاف في فهم القانون فيضع تفسير يبين فيه المراد بجلاء لضمان وحدة تطبيق القانون .

والتفسير التشريعي إما أن يصدر عن السلطة التشريعية التي سبق لها سن التشريع وإما أن يصدر عن سلطة أخرى بتفويض من السلطة التشريعية كالسلطة التنفيذية أو جهة الإدارة , كأن يفوض المشرع لجنة عليا محددة أن تفسر قانوناً معيناً كقانون الزراعة أو قانون العاملين بالخدمة المدنية (3) وفي جميع هذه الحالات يعد التفسير ملزماً للمحاكم ولا يجوز لها مخالفته .

ولكن من جهة أخرى يجب التحقق مما إذا كان ما قام به المشرع تفسيراً للتشريع وليس تعديلاً أو إلغاءً للقانون , لأنّ مثل هذا العمل يؤثر في على سريان تطبيق القانون من حيث الزمان فتفسير التشريع يسري بأثر رجعي فينطبق على جميع الحالات التي وقعت قبل إصداره ولم يصدر فيها حكم نهائي , لكون تفسير التشريع في هذه الحالة يعد جزءاً لا يتجزأ من نصوص القانون محل التفسير , أما إذا أدت عملية التفسير إلى تعديل النص القانوني فإنّه لا يسري إلا بأثر فوري ومن ثم لا ينطبق إلا على الوقائع التي حدثت في ظلّه فقط باعتباره نصاً جديداً (4) .

1/ فقهاء القانون العرب, مثل رمضان أبو السعود أنظر: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني, المدخل إلى القانون, وبخاصة المصري واللبناني, دار الجامعة للطباعة والنشر, بيروت ص 395, وانظر كذلك زهرة / محمد المرسي زهرة, وأبو زيد, محمد أبوزيد, المدخل لدراسة القانون وفقاً للقانون العماني, دار الكتاب الجامعي, الطبعة الثالثة, 2015م ص 67. وانظر أيضاً: كيرة, حسن كيرة, المدخل إلى القانون, النظرية العامة للقاعدة القانونية, الطبعة السادسة منشأة المعارف الإسكندرية ص 228.

2/ أبو السعود, مرجع سابق ص 387.

3/ كيرة, حسن كيرة, المدخل إلى القانون, الطبعة الخامسة الإسكندرية منشأة المعارف 1974م ص 400, الفتلاوي, سهيل الفتلاوي, المدخل لدراسة علم القانون, بغداد, مكتبة الذاكرة بغداد, الطبعة الثانية, ص 235

4/ منصور, محمد حسين منصور, المدخل إلى القانون, دار النهضة للطباعة والنشر, لبنان, بيروت 1995م ص 245- 246.

ثانياً / التفسير القضائي :

هو التفسير الذي يقوم به القاضي عند نظره في الدعاوى المعروضة أمامه بغرض الفصل فيها عن طريق تطبيق حكم القانون على الوقائع محل الدعوى (1).

وتعد مرحلة التفسير القضائي للنصوص القانونية من المراحل السابقة لتطبيقها على الوقائع محل النزاع بصورة صحيحة تتفق مع غرض المشرع من التشريع، فعلى القاضي أن يقوم بتكييف الوقائع المعروضة أمامه ثم يبحث عن القاعدة أو القواعد القانونية واجبة التطبيق بحسب ما توصل إليه من تكييف لإدخال هذه الوقائع في فرضيات إحدى هذه القواعد، وأثناء قيام القاضي بهذه العملية يقوم بتفسير القواعد القانونية، وهذا التفسير ذو طابع عملي لتأثره بظروف كل دعوى كالحاجات العملية أو السكوت في معرض الحاجة إلى البيان وطريقة التعامل بين المتعاقدين، أو العرف المتبع في بلد معين، أو بين أصحاب حرفة أو مهنة معينة وغير ذلك، وفي هذه الحالة قد يتجاوز القاضي الأخذ بحرفية النصوص القانونية إلى روح التشريع، بل عندما لا يجد القاضي ما يحكم الواقعة التي أمامه في نصوص القانون، أو العرف أو المبادئ العامة له أن يلجأ إلى استنباط قاعدة قانونية يكون مصدرها مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والوجدان السليم (2).

ثالثاً / التفسير الفقهي :

التفسير الفقهي هو ما يقوم به شراح القانون من الفقهاء في بحوثهم ومؤلفاتهم التي تحتوي عادة على نقدهم وتعليقاتهم وتوضيحاتهم للقانون مما يضيف على عملهم الكثير من الأهمية لكونه يبصر السبيل أمام القضاة للاستعانة بشروحهم في فهم القانون والاستفادة من آرائهم، ولذلك من الممكن القول أن هنالك تعاون وثيق وصلة قوية بين التفسير الفقهي والتفسير القضائي على الرغم من أن التفسير الفقهي لا يعتبر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية وأنه يتعلق بمبادئ عامة وليس بحالات فردية (3).

وعلى الرغم من أن التفسير الفقهي ذو طابع نظري خلافاً للتفسير القضائي، إلا أن التفسير الفقهي قد اتجه أخيراً إلى وجه تتسم بالطابع العملي إذ لم يعد يكتفي بالأبحاث النظرية وإنما أصبح يشمل دراسة الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم ليكون على علم بالاعتبارات العملية التي تتأثر بها المحاكم عند تطبيقها للقانون في واقع الحياة.

1/ بو ضياف، مرجع سابق ص 251 .

2/ يحي، يس محمد يحي، مبادئ العلوم القانونية، الناشر وحدة الطباعة والتصوير جامعة القاهرة فرع الخرطوم ص 149 .

3/ السنهوري، وأبو ستيت، أصول القانون، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، طبع لجنة التأليف 1952 م (1/116) .

رابعاً / التفسير الإداري :

يقصد بالتفسير الإداري مجموعة البلاغات والتعليمات التي تصدرها جهة الإدارة العامة إلى موظفيها لتفسر لهم فيها أحكام القانون وتبين لهم طرق تطبيقها السليم .

ويلاحظ أنّ تفسير الإدارة للقانون لا يكون ملزماً إلا للموظفين المعنيين به، ولذلك فهو غير ملزم للمحاكم إلا إذا صدر عن جهة رسمية فوضها المشرع بتفسير أحد النصوص القانونية فإن كان الأمر كذلك أصبح التفسير ملزماً للمحاكم لكونه في قوة التفسير التشريعي .

كذلك نجد أن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري وظروف نشأته التاريخية وعدم تقنين كل قواعده وزيادة وتعدد مجالات النشاط الإداري أدى إلى أن يصبح للقضاء الإداري دوراً متميزاً في ابتداء قواعد قانونية في حالة عدم وجود نص يحكم واقعة محددة بالقدر الذي يفوق دور القضاء العادي في هذا المجال (1) .

المطلب الثاني : مفهوم ظاهر النص ومعناه

الفرع الأول / مفهوم الظاهر :

أولاً / تعريف الظاهر في اللغة :

يقال ظهر ظهوراً برز بعد الخفاء ، وظهر ظهوراً على السر اطلع والظاهر خلاف الباطن وعند النحويين : هو الاسم الذي ليس بضمير ويقال له المُظْهِر أيضاً ، والظواهر أعالي الأودية وأشرف الأرض (2) .

ثانياً / تعريف الظاهر في الاصطلاح :

المراد بالظاهر في الاصطلاح ما يتعلق بفهم النص لغة ، من عموم وخصوص وإطلاق وتقييد ، وأمرٌ ونهي ، وحقيقةٌ ومجاز ، وكذا كل ما كان معيناً على فهم النص من المعاني العربية كالمعاني النحوية والصرفية والبيانية والبلاغية (3) .

1/ جمال الدين، سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية 1992م ص 75 . ابراهيمي، منصور اسحق، نظريتا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001م ص 190 .

2/ المنجد في اللغة والاعلام، طبعة المئوية الأولى، دار المشرق، بيروت، الطبعة الثالثة والأربعون ص 482 .

3/ ابن القيم، محمد بن أبو بكر بن القيم، أعلام الموقعين، بيروت، دار الجيل، بدون تاريخ طبعة، (1/255) - الشاطبي، ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي أبو اسحاق، شرح عبد الله دراز، عني بطبعه وترقيمه ووضع تراجمه محمد عبد الله دراز، الطبعة الثانية، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1975م (3/386) - حامدي، عبد الكريم حامدي، ضوابط فهم النص، كتاب الأمة، سلسلة دورية تصدر كل شهر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، العدد 108، السنة الخامسة، رجب 1426هـ ص 93 .

ثالثاً/تعريف الظاهر في الفقه والقضاء :

يعرف فقهاء القانون الظاهر بأنه : اللفظ الذي يفيد المعنى الذي وضع له مع احتمال غيره , مما يعني أن دلالاته على معناه دلالة ظنية وهو بهذا يقبل التأويل, (1) وباستقراء السوابق القضائية التي ارستها المحاكم السودانية يتبين أن القضاء يذهب في تعريف الظاهر إلى نفس المعنى الذي عرّفه به الفقه (2) .

الفرع الثاني / مفهوم المعنى :

المراد بالمعنى في الاصطلاح : ما يتعلق بدلالة النص على العلل , والأسباب , ومقاصد المتكلم , والأشباه , والنظائر , ووجوه المصالح في الطاعات , والمفاسد في المخالفات (3) .

من خلال تعريف الظاهر , والمعنى , يمكن القول إنَّ الظاهر يرتبط بالمعرفة اللغوية البحتة للنص , لتعلقه بالعموم والخصوص , والاطلاق والتقييد , وغير ذلك من القواعد اللغوية , بينما المعنى يتعلق بما هو مقصود من النص باستجلاء علله , وسببه , والحكمة المقصودة منه , وإذا كان الظاهر يعلمه كل من يعرف لغة العرب , فإنَّ المعنى لا يعلمه إلا أهل الاستنباط لارتباطه بلازم المعنى ونظائره ومراد المتكلم من كلامه بحيث لا يدخل فيه غير المراد ولا يخرج منه شيء من المعنى المراد (4) , وبذلك يتضح مدى العلاقة بينهما , على أنَّ البحث والتنقيب عن هذه الروابط يتوقف على أمور عديدة يمكن استجلاءها من خلال الحديث عن البناء الذي تقوم عليه الأحكام , والعلاقة بين الظاهر والمعنى .

المبحث الثاني: بناء الأحكام على الظاهر والأثر المترتب عليه

المطلب الأول / بناء الأحكام على ظاهر النص :

الطبيعة البشرية القاصرة عن إدراك الغيب الذي خص به الله تعالى ذاته العلية تقتضي بناء الأحكام على الظواهر لا على البواطن , ومن ثم برزت أهمية أن تكون مناطات الأحكام ظاهرة ومنضبطة , لضمان وجود معيار ثابت لإحقاق الحقوق ورد المظالم وإقامة العدل بين الناس يتفق مع هذه الطبيعة ذات الإدراك المحدود , ويتلاءم مع قدراتها وإمكانياتها من أجل ذلك قال علماء الشريعة الإسلامية أنَّ العلة في إباحة الفطر للمسافر في شهر رمضان وفي قصر الصلاة هي السفر ؛ لكونه أقرب مظان وجود المشقة , إذ ليس للمشقة المعتبرة في التخفيفات ضابط مخصوص ولا حد محدود يطرد في جميع الناس , وهو من باب اقامة السبب مقام العلة ,

1/ أحمد, محمد شريف, نظرية تفسير النصوص المدنية, دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي, مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية, العراق ص 46 .

2/ منها على سبيل المثال سابقة: ورثة الزاكي حاج عمر ضد علي العوض , وسابقة انظر : ص 11 من هذا البحث , وسابقة علي عثمان النو ضد محمد عثمان النو انظر : صفحة 19 من هذا البحث .

3/ الحامدي , مرجع سابق ص 93 .

4/ الشاطبي , مرجع سابق (3/ 385-388) ابن القيم , أعلام الموقعين, مرجع سابق (1/ 255) .

(¹) وفي هذا المعنى يقول الدكتور الريسوني في كتابه نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي , وهو بصدد تحرير معنى الحكمة والعلة عند علماء الاصول , أن : الأوصاف والأمارات الظاهرة المنضبطة يطلق عليها العلة , وقد يطلق عليها في بعض الأحيان الأسباب , وبصرف النظر عن دقة هذا الاطلاق ؛ لكون العلة الحقيقية , والسبب الحقيقي يتمثل في مقصود الحكم وحكمته من جلب مصلحة أو دفع مفسدة , أو الاثنان معاً , ولكن يبقى القول : إنَّ الشارع يربط الأحكام بأمارات ظاهرة ومنضبطة , تجنباً للميوعة والفوضى في التشريع (²) , وإذا كانت مناطات الأحكام بهذه الأهمية فإنَّ جودة النص القانوني وقوته تتوقف على تأسيسه بناءً على مناط ظاهر ومنضبط عند صياغته , فعلى سبيل المثال لا الحصر نجد أنَّ أكثر النظريات استقامة فيما يتعلق بتطابق الايجاب مع القبول ومن ثم انعقاد العقد , تلك النظرية التي تجعل من استلام الموجب لقبول الموجب له دليلاً على العلم به , ومن ثم الحكم بانعقاد العقد ما لم يتم اثبات عكس هذه القرينة (³) , وذلك لإمكانية اثبات واقعة الاستلام , والتحقق منها بالوسائل المادية القابلة للقياس والتقييم , كذلك الحكم على اتجاه نية الجاني إلى ازهاق روح المجنى عليه يستنبط من مظاهر خارجية ملموسة ومحسوسة فيكون مناط الحكم حينئذ تبعاً للظاهر لا تبعاً للنوايا والمقاصد , ومن القواعد الفقهية التي تشهد لاعتبار الظاهر عند جريان الأحكام وتعد أصلاً في القضاء قاعدة : (دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه) ويرجع السبب في تقرير هذه القاعدة إلى أنَّ كثيراً من الأحكام قد تكون علماً خفية يعسر الاطلاع عليها , ولا مناص حينئذ من اقامة الامارات الدالة عليها مقامها , فيثبت الحكم بثبوت الامارات الدالة على العلة الحقيقية (⁴) , قال الامام السرخسي , وهو بصدد بيان هذا الأصل : (يقام السبب الظاهر الدال على مراده وهو صيغة العموم مقام حقيقة الباطن الذي لا يتوصل إليه إلا بحرج , ألا ترى أنَّ خطاب الشارع يتوجه على المرء إذا اعتدل حاله ؛ ولكن اعتدال الحال أمر باطن وله سبب ظاهر من حيث العادة وهو البلوغ عن العقل , فأقام الشارع هذا السبب الظاهر مقام ذلك المعنى للتيسير , ثم دار الحكم معه وجوداً وعدمًا , حتى إنَّه وإن اعتدل حاله قبل البلوغ , يجعل ذلك كالمعدوم حكماً في حق توجه الخطاب عليه ؛ ولو لم يعتدل حاله بعد البلوغ عن عقل كان الخطاب متوجهاً أيضاً لهذا المعنى ...) (⁵) ومن تطبيقات هذه القاعدة أنَّ الرضا بالعيب علة للحكم بسقوط حق المشتري في رد المبيع , وبما أنَّ الرضا من الأمور الباطنة التي ليس في وسع أحد الاطلاع عليها جعل المشرع من استعمال المشتري للمبيع قائماً مقام الرضا

1/ الشاطبي , مرجع سابق (485/1) .

2/ الريسوني , أحمد الريسوني , نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي , تقديم طه جابر العلواني , المعهد العالمي للفكر الاسلامي , الولايات المتحدة الأمريكية , 1995م فيرجينيا ص 23 - 24 .

3/ بشير , أبو ذر الغفاري , العقد والارادة المنفردة في القانون السوداني , الطبعة السادسة , الخرطوم , ص 21 .

4/ الندوي , علي أحمد , تقديم العلامة الجليل الفقيه مصطفى الزرقاء , القواعد الفقهية , مفهومها , نشأتها , تطورها , دراسة مؤلفاتها , أدلتها , مهمتها , تطبيقاتها , دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع , دمشق , الطبعة الثانية , 1991م ص 370 .

5/ السرخسي , أبو بكر محمد بن أحمد , أصول السرخسي , (1/140) , تحقيق أبو الوفاء الافغاني , بيروت دار المعرفة للطباعة والنشر , 1973 .

المسقط لخيار الرد , كذلك الأمر أنّ علة القصاص تعمد القاتل لارتكاب جريمته , وبما أنّ النية من الامور الباطنية التي لا يمكن الاطلاع عليها , جعل المشرع من استعمال الجاني لأداة تفضي إلى القتل في الغالب دليلاً على ثبوت علة الحكم بالقصاص , وهذا كله وأشباهه من باب اقامة دليل العلة مقام العلة في إثبات المعلول (1) , ولذلك جعل المشرع السوداني قاعدة : (الأصل صحة الظاهر والبيينة على من يدعى خلاف ذلك) من ضمن المبادئ الأساسية والقواعد العامة التي تستهدى بها المحاكم في اثبات الحقوق وبخاصة الحق المدني وقد ذكرها المشرع السوداني بالمادة (5) من قانون الإثبات لسنة 1983م , بجانب جملة من القواعد الفقهية الكلية , والقواعد الاصولية التي يجب على المحكمة استصحابها عند تطبيق القانون .

المطلب الثاني / ما يترتب على الغلو في التمسك بظاهر النصوص :

على قدر الأهمية التي تتعلق بإجراء النصوص القانونية على ظاهرها ؛ إلا أنّ الغلو في ذلك , قد يؤدي إلى العديد من المثالب , نذكر منها ما يلي :

أولاً/ مناقضة قصد المشرع من التشريع :

ينبغي أن يكون البحث والتنقيب عن إرادة المشرع من التشريع من أهم أولويات المحكمة عند تفسيرها لنصوص القانون , حتى لا تقرر بناءً على ظاهر النصوص ما يتناقض مع قصد المشرع , ويمكن تلمس إرادة المشرع من خلال عوامل متعددة كالأعمال التحضيرية , والظروف التي شهدت ولادة التشريع ودعت إلى سنه , والمشكلات المراد معالجتها , وغيرها , فالغفلة أو الجهل بمقاصد التشريع , وروحه , والحكمة منه تؤدي بلا شك إلى الحرفية في تطبيق القانون التي تزري بالعدالة , فقد جاء في قرار بالنقض أصدرته المحكمة العليا السودانية بمناسبة إحدى القضايا أنّ : (الأعمال التحضيرية التي صاحبت هذا التشريع فيها دلالة كافية لتأييد هذا التفسير ... الأعمال التحضيرية موجودة بالمكتب الفني في شكل محاضر الجلسات والمناقشات) (2) وفي هذا الكلام إشارة واضحة إلى تلك العلاقة الوثيقة بين الأعمال التحضيرية التي تصاحب سن التشريع كالمذكرات التفسيرية وتقارير اللجان ومناقشات الهيئة التي قامت بتحضيره بما تتضمنه من بيان للأهداف من سنه وتقريره وبين تفسيره لمعرفة غاياته وأهدافه ورفع التناقض بين أحكامه وتكملة النقص الذي يصاحبه , مع الإشارة إلى أنّ الأعمال التحضيرية ليست ملزمة للقاضي لكونها تتضمن آراء شخصيه لأعضاء اللجان ؛ ولكن يمكنه الاستئناس بها والاستئناس بهديها , كما أنّه لا يجوز الرجوع إليها إذا كان النص واضحاً لا غموض يعتريه (3) , ومما

1/ الأتاسي , محمد طاهر , محمد خالد , شرح مجلة الأحكام , (1/ 185 – 186) , الطبعة الأولى مطبعة حمص , 1930م .

2/ قرار نقض 1994/253 م الصادر في 1994/11/15 م انظر : مجلة الأحكام القضائية لسنة 1994م السلطة القضائية المكتب الفني الخرطوم ص 176 .

3/ منصور , محمد حسين منصور , المدخل للعلوم القانونية طبعة 1960 م ص 260 – كبيرة , حسن كبيرة , محاضرات في المدخل للعلوم القانونية , طبعة 1951 ص 519 – القوتلي , عدنان القوتلي , الوجيز في شرح القانون المدني , الطبعة الرابعة 1959م ص 194 .

يؤكد ذلك أيضا ما جاء في حيثيات إحدى القضايا المنظورة أمام محكمة الاستئناف قولها: (ولتفسير نصوص المعاهدة⁽¹⁾) وما لحقها من برتوكولات وتعديلات وتطبيقاتها تطبيقاً صحيحاً يتسق مع مقاصد المشرع فيما أورده فيها من قواعد وأسس للتعويض لا بد من الرجوع للتاريخ التشريعي للاتفاقية للإحاطة بالظروف والأسباب التي دعت لإنشائها وتوقيعها والغرض من إبرامها وسننها كقانون يعالج مسائل معينة ورؤى توحد قواعدها دولياً...⁽²⁾). ولذلك فإن تفسير النصوص القانونية مجردة عن أسباب سننها وتقريرها يعد أحد الأسباب الرئيسية في انحراف الأحكام القضائية عن الجادة، وهذا ما يفسر لنا مدى الأهمية التي يولمها علماء الشريعة الإسلامية لأسباب النزول في آيات القرآن الكريم حتى غدت علماً قائماً بذاته تناوله الكثير من العلماء بمؤلفاتهم.

أما أثر الظروف التي صاحبت التشريع ودورها في بيان واستجلاء قصد المشرع من التشريع فيمكن أن نشير بشأنها إلى الدواعي التي حملت المشرع السوداني لاستحداث المادة (1/33) من قانون الإجراءات المدنية السوداني لسنة 1983م التي تنص على ضرورة إرفاق كشف بالمستندات التي يعتمد عليها في الدعوى أو صور منها وكشف بأسماء الشهود وعناوينهم وملخص بياناتهم مع عريضة الدعوى، وكذلك المادة (4/74) التي تنص على ضرورة إرفاق المستندات وكشف بأسماء الشهود مع مذكرة الدفاع، مع الفقرة (2) من المادة (33) والتي تنص على أنه لا يسمح بتقديم أي مستندات أو سماع أي شهود لا يقدم بهم كشف وفق حكم البند (1) ويتمثل الغرض من المادة (1/33) والمادة (4/74) في إلزام الخصوم بالكشف عن الأدلة التي يعتمدون عليها في إثبات دعواهم أو دفاعهم لتفادي الكثير من المعوقات، والسبب في ذلك أن كثير من المتقاضين كانوا يستغلون سماح القانون بتقديم طلب للمحكمة في أي مرحلة من مراحل الدعوى بغرض سماع شاهد جديد في عرقلة سير الدعوى وبما أن هذا الغرض ليس شريفاً وأن العدالة الناجزة ضرورة من الضرورات فقد عمل المشرع على تقرير هذه المادة لمحاربة هذه الظاهرة، يدل على ذلك ما نصت عليه المادة (69) من الجدول الثاني للمحققان الإجراءيات المدنية السوداني لسنة 1983م بأن: (على الخصوم أن يبين كل منهم أسماء الشهود الذين يريدون الاستشهاد بهم على دعواهم ومحال إقامتهم وعلى المحكمة إثبات ذلك بمحضر الجلسة الأولى، ولا يجوز قبول شهود سوى هؤلاء إلا إذا قدم الخصم عذراً مقبولاً في عدم ذكرهم أولاً). حيث منحت هذه المادة المحاكم سلطة تقديرية لقبول سماع أي شاهد يتقدم به أي طرف من أطراف الدعوى بعد تقديم العريضة ترى أن في شهادته

^{1/} معاهدة أو رسول.

^{2/} قضية علي الخضر ابراهيم " مستأنف " ضد الخطوط الجوية التونسية " مستأنف صدها " انظر: مجلة الأحكام القضائية لسنة 1987م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم ص 312. انظر كذلك الشفيع، ساميه عوض النور الشفيع، الدليل المصنف في موسوعة السوابق القضائية السودانية المنشورة في الفترة من 1970م- 2001م، القضايا المدنية، الطبعة الثالثة، مطبعة نضر، سوريا، 2006م ص 332.

بياناً لوجه الحق في القضية , وبناءً على ذلك عملت المحكمة العليا على نقض الكثير من الأحكام القضائية⁽¹⁾ التي حادت فيها المحكمة عن هذا القصد وعملت على تفسير نص الفقرة الثانية من المادة (33) والمادة (4/74) من قانون الإجراءات المدنية تفسيراً حرفياً ومن ثم امتنعت عن سماع بعض الشهود على الرغم من أنّ لشهادتهم أثراً كبيراً في بيان وجهة الحق في الدعوى , وفي إحدى هذه القضايا أبدى السيد الدكتور علي ابراهيم الإمام قاضي محكمة الاستئناف رأيه في التفسير الذي ذهبت إليه بعض المحاكم بقوله : (إنَّ المادة (2/33) من قانون الإجراءات المدنية استحدثها قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م والغرض منها هو تقليل فرص المماطلة وتعطيل القضايا بأساليب المطل ولم يكن ولن يكون من أهدافها إجهاض العدالة أو تفويت الفرصة المعقولة للخصوم من عرض قضاياهم وتقديم حججهم وشهودهم وأسانيدهم , إنَّ النص الجامد الوارد في المادة (33) هو سيف للمحكمة تشهره في وجه من يبقى المطل والتسويق لا أكثر ؛ ولكن لا يجوز الاستناد عليه لحرمان الخصم الجاد تمسكاً بحرفية النص والشكل والذي قصد منه تحقيق العدالة الناجزة وليس الإجهاد على الحقوق مضيعه بذلك الجوهر والمضمون من أجل الشكل)⁽²⁾ . ولعل فيما تضمنته المادة (69) من الجدول الملحق بقانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1983م التي سبقت الإشارة إليها , وكذلك المادة (2/303) من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أنه : (لا يعتبر ما جاء في هذا القانون ماساً أو مقيداً لسلطات المحكمة الطبيعية في إصدار الأوامر التي تراها ضرورية لتحقيق العدالة أو منع سوء استغلال إجراءات المحكمة) , ما يسند هذا التأويل⁽³⁾ الذي ذهبت إليه المحكمة العليا بأنَّ المشرع لم يقصد من الفقرة الثانية بالمادة (33) ما يدل عليه ظاهرها من حرمان أطراف الدعوى من تقديم أي شهود لم يردوا في عريضة الدعوى بصورة مطلقة , وبحسب علماء الأصول قد يكون الدافع إلى تأويل النص بصرفه عن ظاهره إلى معنى آخر يحتمله هو المصلحة أو الحاجة أو غير ذلك مما يستنتجه القاضي أو الفقيه من طبيعة الواقعة وظروفها وملابساتها وخلفياتها ونتائجها⁽⁴⁾ .

كما أنّ القاضي وهو بصدد تفسير النص القانوني قد يتأثر بالظروف التي تحتف بالنزاع , ولهذا السبب قد يقوم بتفسير عبارات القانون ونصوصه بطريقة تختلف من قضية إلى أخرى , ولا يمكن اعتبار ذلك تناقضاً في التفسير أو اختلافاً في حكم القانون لكون العدل يقتضي ذلك , وهذا الضرب من التفسير جارٍ في القوانين

1/ منها سابقة ورثة الزاكي حاج عمر ضد علي العوض , نشرة الأحكام القضائية , يونيو , يوليو 1978 ص 28 , وسابقة عمر علي عثمان ضد حمد أحمد درفيل مجلة الأحكام القضائية 1975 ص 75 , وسابقة أحمد عبد الحميد المساوي ضد يوسف التجاني , مجلة الأحكام القضائية 1983 ص 247 .

2/ مجلة الأحكام القضائية لسنة 1987م , السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم , ص 296 .

3/ يعرف علماء الأصول التأويل بأنّه : صرف النص عن معناه الظاهر أو الراجح إلى معنى غير ظاهر أو مرجوح لدليل يقتضيه , أنظر الزلي , مصطفى ابراهيم ص 447 .

4/ الزلي , مصطفى ابراهيم الزلي , أصول الفقه في نسيجه الحديد , الطبعة العاشرة , شركة الخنساء للطباعة المحدودة , العراق , بغداد (1/ 449) .

الموضوعية , والإجرائية على حدٍ سواء , من الأمثلة عليه , ما جاء في إحدى قرارات النقض (1) أن (المعيار الذي يجب على المحكمة النظر إليه في شرعية منزل الزوجية هو مناسبته مع حالة الزوج المادية يساراً وإعساراً كقاعدة عامة يقرها الفقه وجرى عليها القضاء ...) , ومن الأمثلة عليه كذلك المسوغ الشرعي , ووسيلة التعبير عن الإيجاب والقبول والحاجة الماسة وغيرها الكثير من معاني النصوص التي تتأثر في تفسيرها بظروف الواقع , فلا يكون لها معنى واحد لا يتغير ولا يتبدل في كل الأحوال والظروف .

ثانياً / تعارض الأدلة وتناقضها بين يدي المحكمة :

يتحقق التعارض بين الأدلة عندما يتقابل دليان يوجب كل منهما ضد ما يوجبه الآخر كأن يكون حكم أحدهما الإباحة وحكم الآخر الحظر والمنع , أو يكون أحد الدليلين يفيد الإثبات بينما الآخر يفيد النفي (2) , وهكذا , وقد يكون التعارض والتناقض ليس في الأدلة ذاتها , ولكن لعدم فهم الناظر في الأدلة لحقيقتها , وبما أن قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة 1983م قد اخضع تفسير كل القوانين إلى القواعد التي قعدها علماء الشريعة الإسلامية , بما نص عليه في المادة (2) الفقرة (ج) بقوله : (يفسر القاضي المصطلحات والألفاظ على ضوء القواعد الأصولية واللغوية في الفقه الإسلامي) فبالرجوع إلى هذه القواعد نجد أن علماء الأصول قد بينوا طرقاً ثابتة وراسخة في رفع التعارض بين الأدلة , فعلى سبيل المثال إذا نص المشرع على حكم عام فلا يجوز الأخذ بمعناه الظاهر العام حتى ينظر فيما إذا كان هنالك ما يخصصه أم لا , والنص العام وما يخصصه قد يكونان في قانون واحد , وقد يكون كل واحد منهما في قانون مستقل بذاته (3) كذلك إذا كان النص مطلقاً فيجب النظر فيما إذا كان له ما يقيد أم لا (4) , وإذا دل النص بمفهومه على حكم محدد فيجب النظر فيما إذا كان هنالك نص آخر يعارضه بمنطوقه أم لا , فتقدم دلالة المنطوق على دلالة المفهوم في الترجيح بين حكم النصين (5) , فعلى سبيل المثال نجد أنه إذا استندت المحكمة في حكمها بناءً على اجتهاد استتته من مبدأ عام من مبادئ القانون مخالفة في ذلك نصاً صريحاً في منطوقه لا يجيز لها ذلك فإن حكمها يكون معيباً يتعين نقضه لاعتمادها على ما يدل عليه المبدأ في ظاهر مفهومه العام دون النظر في ما يعارضه , وتطبيقاً لذلك لا

1/ قرار النقض نمرة 12/1972م , الصادر في يوم 13/11/1972م , مجلة الأحكام القضائية , لسنة 1972م السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم , ص 24 – 25 .

2/ السرخسي , الإمام أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي , أصول السرخسي , تحقيق أبي الوفاء الأفغاني , دار المعارف الرياض (12/2) – البخاري , علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري , كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيهقي , وضع حواشيه عبد الله محمود محمد عمر , دار الكتب العلمية بيروت (3/19) – البرزنجي , عبد اللطيف عبد الله عزيز البرزنجي , التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية , دار الكتب العلمية بيروت (1/163) .

3/ الزلي , مصطفى ابراهيم , مرجع سابق (1/365) .

4/ الزلي , مصطفى ابراهيم , مرجع سابق (1/316) .

5/ الشوكاني , محمد علي بن محمد الشوكاني , نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار , علق عليه عصام الدين الصباطي , دار الحديث القاهرة (8/614) .

يجوز للمحاكم السودانية الاجتهاد بالرأي في الدعاوى الجنائية مثلاً مع وجود نص يحصر هذا الضرب من الاجتهاد القضائي في غير الدعاوى الجنائية كما أشارت إلى ذلك المادة (3) من قانون أصول الأحكام القضائية المذكورة آنفاً .

هذا ومن السوابق القضائية التي قدمت فيها المحكمة دلالة المفهوم على دلالة المنطوق⁽¹⁾ ماقضت به المحكمة الاتحادية الألمانية مخالفة منطوق القانون استناداً على المبدأ العام المنصوص عليه بالدستور الألماني الذي يقضي بضرورة أن تتقيد السلطة القضائية بالقانون والحقالأمر الذي طرح التساؤل حول مدى مشروعية هذا الحكم المخالف لنص القانون , فطبقاً للمادة (253) من القانون المدني الألماني أنه لا يجوز الحكم بالتعويض النقدي عن الأضرار غير المادية " الأضرار المعنوية " إلا في حالات ضيقة محدودة , إلا أنّ المحكمة الاتحادية لم تتقيد بما تنص عليه هذه المادة فحكمت في حالات كثيرة بالتعويض النقدي عند المساس الخطير بالحق في الحياة الخاصة , , منها قضية الأميرة ثريا مطلقة شاه ايران السابق حيث حكمت لها المحكمة بمبلغ قدره خمسة عشر ألفاً من الماركات الألمانية لقاء الأضرار التي لحقت بها من جراء مقابلة مبتدعه نشرتها مجلة اسبوعيه تمس الحياة الخاصة لهذه الأميرة , مخالفة في ذلك نص المادة (253) من القانون المدني الألماني التي تجيز الحكم بالتعويض النقدي عن الأضرار المعنوية في حالات محددة حصرياً في القانون ليس من بينها حالة الأميرة ثريا وقد وافقت المحكمة الدستورية الألمانية قضاء المحكمة الاتحادية , وقد عللت تأييدها لهذا الحكم بقولها : (إن الارتباط التقليدي للقاضي بالقانون والجانب الأساسي في مبدأ فصل السلطات , ومبدأ الشرعية الدستورية قد تجسدت صياغته في الفقرة الثالثة من المادة (20) من الدستور الاتحادي الألماني , بأنّ على السلطة القضائية أن تتقيد بالقانون والحق , وبذلك فقد رفض طبقاً للرأي السائد المذهب الوضعي بمفهومه الضيق⁽²⁾ , فقد دلت الصياغة على أنّ القانون والحق يتطابقان عملياً بشكل عام ؛ ولكن ليس دائماً وبشكل لازم , فالحق لا يتطابق مع مجموعة القوانين المكتوبة , ففي مقابل القوانين واللوائح الموضوعة من قبل سلطات الدولة يمكن أن ينشأ في ظل الوقائع أكثر من حق يكون مصدره النظام القانوني الموافق للدستور "النظام العام

1/ المفهوم هو دلالة اللفظ على معنى غير وارد في اللفظ نطقاً , انظر : الحسن , خليفه بابكر الحسن , مناهج الأصوليين في طرق دلالات الألفاظ على الأحكام , الطبعة الأولى , 1989م دار الاتحاد الأخوي للطباعة , ص 125 , أما المنطوق فهو دلالة اللفظ على ما وضع له بحسب اللغة . انظر : الحسن , خليفه بابكر مرجع سابق , ص 71 .

2/ أحد المذاهب الفلسفية القانونية الذي يرى أنصاره ضرورة الفصل بين القانون والأخلاق انظر : ألكسي , روبرت ألكسي , فلسفة القانون , مفهوم القانون وسريانه , تعريب الدكتور كامل فريد السالك , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , الطبعة الثانية , 2013م .

" باعتباره مفهوماً كلياً عاماً ويؤثر في المقابل على القانون المكتوب بمجمله , وعلى القضاء تقع مهمة إيجاد ووضعه موضع التنفيذ في الأحكام) (1)

ولعل المنطق الذي استندت عليه المحكمة الألمانية في حكمها هذا شبيه بما ذهبت إليه بعض المحاكم السودانية في فترة من الفترات عندما عاقبت على جرائم لم يكن منصوصاً عليها في القانون الجنائي السوداني لسنة 1991م مخالفة في ذلك حكم المادة (3) من قانون أصول الأحكام القضائية التي لا تجيز للمحاكم السودانية الاجتهاد بالرأي في الدعاوى الجنائية في حالة غياب النص القانوني , مستنده في ذلك على المبادئ العامة التي تقضي بأن أصول القانون السوداني مردها إلى الشريعة الإسلامية وأنّ المشرع لم يقصد مخالفتها , وأن هذه الدعاوى التي نظرت فيها وأصدرت فيها أحكاماً اجتهادية تشكل مخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية القطعية (2) خاصة أنّ المشرع السوداني نص في الفقرة (أ) من المادة (3) من القانون المشار إليه على أن : (يستصحب القاضي أنّ المشرع لا يقصد مخالفة الشريعة الإسلامية تعطيلاً لواجب قطعي أو إباحة لمحرم بين وأنه يراعي توجيهات الشريعة في النذب والكرهه) ؛ ولكن استناداً على القواعد الحاكمة لتفسير النصوص القانونية التي أمر المشرع السوداني المحاكم بالرجوع إليها لمعرفة معاني النصوص ودلالاتها نجد أنّ هذه الاجتهادات لم يحالفها التوفيق لإعراضها عن الأخذ بمنطوق النص الصريح والعمل بدلالة المفهوم فيما يعارضه , وبذلك أخلت بإحدى المرجحات التي يعتمد عليها عند تعارض النصوص أعني بذلك أنّ دلالة المنطوق الصريح ترجح على دلالة المفهوم عند تعارضهما , بل تتقدم على جميع أنواع الدلالات الأخرى كدلالة الاقتضاء , ودلالة الإيماء , لكون المنطوق الصريح يدل على معناه بالمطابقة والتضمن بخلاف الدلالات الأخرى فإنّها التزامية⁽³⁾, ولذلك إذا عمد القاضي إلى الأخذ بظاهر النصوص على وجه الإطلاق تعارضت وتناقضت الأدلة بين يديه بين دليل يقضي بالإباحة وآخر يقضي بالحظر كما هو الحال فيما سبقت الإشارة إليه , وحينئذٍ يلتبس عليه وجه الحق ويحار فيما يسعفه في حل القضية.

وأخيراً يستحسن أن نورد ما ذكره الأمام الشاطبي محذراً من الغلو في اعتبار الظاهر , والانشغال بالألفاظ إلى الحد الذي تنقلب فيه الوسائل إلى غايات , وما يترتب عليه من الغفلة عن مقصود الخطاب إذ يقول هذا الامام

1/ ألكسي , روبرت ألكسي , فلسفة القانون , مفهوم القانون وسريانه , تعريب الدكتور / كامل فريد السالك , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الثانية , 2013م ص 29 – 30 .

2/ الكباشي , المكاشفي طه الكباشي , تطبيق الشريعة الإسلامية في السودان بين الحقيقة والاثارة , مطبعة الزهراء للإعلام العربي- الرياض 1986م ص 27 .

3/ الأمدي , أبو الحسن سيف الدين علي بن علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي , الإحكام في أصول الأحكام , مطبعة دار الكتب العلمية , بيروت 1983م (334/4) - الإيجي , عضد الملة والدين , شرح العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب (214/2) , طبعة مكتبة الكليات الأزهرية .

الجليل : (أن يكون الاعتناء بالمعاني الماثوثة في الخطاب هو المقصود الأعظم بناءً على أنّ العرب إنّما كانت عنايتها بالمعاني , وإنّما أصلحت الألفاظ من أجلها , وهذا الأصل معلوم عند أهل العربية , فاللفظ إنّما هو وسيلة إلى تحصيل المعنى المراد , والمعنى هو المقصود ... فاللأزم الاعتناء بفهم معاني الخطاب , لأنّه المقصود والمراد , وعليه يُبنى الخطاب ابتداءً , وكثيراً ما يغفل هذا النظر بالنسبة للكتاب والسنة , فتلتبس غرائبه , ومعانيه على غير الوجه الذي ينبغي , فتستهم على الملتبس , وتستعجم على من لم يفهم مقاصد العرب (...)⁽¹⁾ .

ثالثاً / التحايل على أحكام القانون :

عرّف الامام ابن القيم الحيلة بقوله : (الحيلة مشتقة من التحول ... وهي نوع مخصوص من التصرف والعمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال ثم غلب عليها بالعرف استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه , بحيث لا يفطن له إلا بنوع من الذكاء والفتنة ؛ فهذا أخص من موضوعها في أصل اللغة , وسواء كان المقصود أمراً جائزاً أو محرماً , وأخص من هذا استعمالها في التوصل إلى الغرض الممنوع منه شرعاً أو عقلاً أو عادة فهذا هو الغالب عليها في عرف الناس , فإنّهم يقولون : فلان من أرباب الحيل , ولا تعاملوه فإنّه متحيل , وفلان يعلم الناس الحيل , وهذا من استعمال المطلق في بعض أنواعه كاللدابة والحيوان وغيرها)⁽²⁾ ويستفاد من هذا الكلام أنّ الحيل الممنوعة شرعاً هي ما يقصد بها الوصول إلى ممنوع بفعل ظاهره الجواز , ولذلك فإنّ أحكام الشريعة الإسلامية لاتجيز الإتيان بأي فعل يكون وسيلة إلى حرام وإن كان جائزاً في نفسه سداً للذريعة⁽³⁾ , وقد قال ابن القيم بخصوص سد الذرائع أنّ (باب سد الذرائع أحد أرباع التكليف , فأنّه أمر ونهي , والأمر نوعان أحدهما : مقصود لنفسه , والثاني : وسيلة إلى المقصود , والنهي نوعان : أحدهما : ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه , والثاني : ما يكون وسيلة إلى المفسدة , فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين .. وتجويز الحيل يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة , فإنّ الشارع يسد الطريق إلى المفاسد بكل ممكن والمحتال يفتح الطريق إليها بحيله) (4) , ولهذا فإنّ الحكم على معاملات الأفراد بحسب ظاهرها , يؤدي بلا شك إلى مساعدتهم في التهرب والانفلات من حكم القانون ويفتح الباب واسعاً للتحايل عليه , ولذلك نجد أنّ القضاء السوداني قد عمل على محاربة كل الافعال والتصرفات غير المشروعة التي لا يراد بها ظاهرها وإن جاءت موافقة للقانون في ظاهرها , سواء كان القصد منها التهرب مما يفرضه القانون من أحكام أم مخالفة أحكام النظام العام , أم كان لها قصد آخر خاص , فأصبحت المحاكم تتحقق فيما يتم بين الأفراد من

1/ الشاطبي , مرجع سابق (2/ 87 – 88) , حامدي عبد الكريم , ضوابط فهم النص , مرجع سابق ص 95 .

2/ ابن القيم اعلام الموقعين , مرجع سابق (5/ 188) .

3/ يعرف علماء الشريعة الإسلامية الذرائع بأنّها : المسألة التي ظاهرها الاباحة ويتوصل بها إلى فعل محظور أو هي اعطاء الوسيلة حكم غايتها , انظر : مصطفى ابراهيم الزلي , أصول الفقه في نسيجه الجديد , الطبعة العاشرة , شركة الخنساء للطباعة المحدودة , بغداد (1/ 175) .

4/ ابن القيم , مرجع سابق (5/ 66) .

معاملات محل اختلاف بين أطرافها دون أن تتوقف عند ظاهر النصوص وما تدل عليه من كلمات وعبارات وفقاً لقالها الشكلي العام ، ومتى ما وجدت فيها ما يخالف القانون عملت على ابطاله ولا يحول بينها وبين ذلك موافقة ظاهر المعاملة للقانون طالما تأكد لها أن الهدف الأساسي منها في جوهره الحقيقي واتجاه قصد الأطرافونيتهم هو مخالفة القانون والتحايل عليه بغرض الوصول إلى أمر لا يقره القانون ، وهذا لا يعني أن الاتفاقات التي تتم بين الافراد في معاملاتهم يجب اهدارها باعتبارها مجرد قواعد شكلية وفنية غير ملزمة للمحكمة بل يجب إهدارها عندما تكون كذلك ، فعلى سبيل المثال الأصل العام في العقد الصوري ألا يرتب آثاراً قانونية فيما بين المتعاقدين لأن إرادتهم لم تتجه لذلك ولم تهدف إلى خلق علاقة تعاقدية بينهما (1) ، وإن جاء مستوفياً لما يطلبه القانون في ظاهر الأمر (2)

ومن التطبيقات القضائية التي ذهبت فيها المحكمة العليا إلى إبطال التصرف باعتباره تحايلاً على القانون ومخالفة لأحكام النظام العام ما قضت به في سابقة بخيت شكري ضد فوزي فانوس وتتلخص وقائعها في أن المدعي قد أبرم عقداً مع المدعى عليه ليعمل بموجبه مديراً لأعماله بالسودان المتعلقة بحياكة الملابس الثقيلة (البديل) وفي الحقيقة أن الطرفين قصداً من العقد أن يكون مسوغاً لدخول المدعي إلى السودان والإقامة فيه بصورة مشروعة للبحث عن عمل ، ولكن المدعي قام برفع دعوي بعد عام من دخوله السودان مطالباً المدعى عليه براتب عام كامل ، ولذلك قضت العليا بإبطال هذه العلاقة بين الطرفين ، وقد جاء في حيثيات حكمها أنه : (لما كان طرفا العقد قد أرادا بتحريره _ أي العقد _ إيهام السلطات الحكومية بأن المقصود من حضور المطعون ضده من القاهرة إلى الخرطوم هو العمل على تدريب السودانيين على صنع الملابس الثقيلة " البديل " لقلّة الأيدي الماهرة في هذا الفرع من فروع الحياكة في حين أن قصدهما قد انصرف إلى إيجاد وسيلة للمطعون ضده لكسب العيش من العمل في السودان فإن ما ساهم فيه كل من الطاعن والمطعون ضده يعتبر تحايلاً على القانون قصد به الاحتيال عليه ولم يقصد أي منهما الاحتيال أو غش الآخر ومن ثم يجوز لكل منهما اثبات بطلان العقد لمخالفته للنظام العام وبكل الطرق بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن كما يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بذلك) (3) .

1/ بشير ، أبو ذر الغفاري، مرجع سابق ص 123 .

2/ مع ذلك فقد يترتب على العقد الصوري أثره القانوني ليس اعترافاً من المشرع بصوريته ، ولكن حماية للغير من أن يضر بهم العقد الصوري ، ولذلك نص قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م على أنه :

1/ إذا أبرم عقد صوري فلدائي المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسي النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم .

3/ سابقة نجيب شكري (مدعي) ضد فوزي فانوس (مدعى عليه) م ع / ط م / 72 / 5 / ومن المبادئ التي ارستها المحكمة السودانية العليا في هذه السابقة قولها : (إذا تعاقدا أطراف العقد على شيء وكان اتفاقهما سليماً قانوناً ولكن القصد من ذلك لم يكن ما اتفقا عليه ، وانصرف القصد إلى شيء آخر يجوز لأي من الأطراف إبطاله كما يجوز للمحكمة أن تبطله من تلقاء نفسها) انظر :مجلة الأحكام القضائية، السلطة القضائية لسنة 1972، المكتب الفني، الخرطوم ص 150.

وبما أنّ التحايل على القانون يعد ضرباً من ضروب الصورية فإنّ الصورية قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة ؛ لذلك فإنّ المحكمة تنظر في تقرير ذلك إلى السبب الباعث عليها ، فعلى سبيل المثال من الجائز أن يشتري شخص شيئاً بواسطة شخص آخر لاعتقاده أنّ البائع إذا علم بأنّه المشتري فقد يزيد في ثمن المبيع ، فهذا التصرف مع أنّه نوع من أنواع الصورية ولكنه لا يستند إلى سبب غير مشروع يحتم إبطاله ، أما إذا كان الباعث غير مشروع فحينئذ تكون الصورية مخالفة لأحكام القانون (1) ، وهناك الكثير من الأمثلة على الصورية غير المشروعة لكون المقصود منها مخالفة أحكام القانون وعدم الالتزام بما تقتضيه ، ولو أخذ القانون بظاهرها لعمل على اسباغ حمايته على المعاملات التي تكمن في باطنها كيف كانتولأدي ذلك إلى إفراغ قواعد القانون الحاكمة لهذه المعاملات والتصرفات من مضمونها فأصبحت بلا معنى ، ومن الأمثلة على الصورية غير المشروعة نذكر ما يلي :

أولاً/ التهرب من أحكام القانون :

في كثير من الأحيان يسعى الأفراد إلى تغليب مصلحتهم الخاصة على المصلحة العامة ومن ثم يلجؤون إلى الاحتيال على أحكام القانون بتصرفات ظاهرها الصحة وباطنها البطلان ، من ذلك مثلاً أن يكون الشخص ممنوعاً من شراء مال معين فيستعير اسم شخص آخر غير ممنوع من الشراء ليشتري المال باسمه ، ومنها أن يتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة بمقابل محدد فيكتبان سنداً يذكران فيه أنّ سداد المبلغ الملتزم به المدين في مقابل قرض أو تعامل تجاري ، وكذلك قد يتخذ المرابون الصورية للتغطية على معاملاتهم الممنوعة شرعاً وقانوناً تحت ستار معاملات جائزة كالبيع والاجارة (2) .

ثانياً / الإضرار بحق الغير :

من هذه الحالة أن يعمل المدين على نقل ملكية أمواله غير المنقولة إلى أحد اقربائه كالأبناء والزوجة والأخ تهرباً من المدين الذي بيده سند تنفيذ من المحكمة على أموال هذا المدين ، وذلك بموجب عقد وهمي يحرص على تسجيله في الدوائر المختصة ، ومن صورة ذلك أيضاً أن يتفق البائع والمشتري على كتابة عقد البيع في شكل عقد هبة لكون الهبة لا شفعة فيها ، أو يغاليان في قيمة المبيع عند كتابته اضراً بالشفيع حتى يكون عاجز عن المطالبة بحقه في نزع المبيع من تحت يد المشتري استناداً على حقه في الشفعة (3) .

ثالثاً / الإضرار بحقوق الخزنة العامة للدولة :

1/ مرزوق ، أحمد ، في نظرية الصورية في التشريع المصري ، مطبعة نهضة مصر ، ص 102 .
2/ عبد الله ، سامي ، نظرية الصورية في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، طبعة بيروت ، دون ناشر 1977 م ص 224 - الديب محمود عبد الرحيم ، الحيل في القانون المدني، ص 274 - مرزوق ، أحمد ، في نظرية الصورية في التشريع المصري ، مطبعة نهضة مصر ص 8 .
3/ عبد الله ، سامي ، مرجع سابق ص 226 .

من الأمثلة على التصرفات الصورية التي يلجأ إليها الأفراد تهرباً من مستحقات الدولة الواجبة عليهم , أن يعمد طرفا عقد البيع في العقار إلى اظهاره في صورة قسمة لكون الرسوم المستحقة في القسمة أقل من الرسوم المستحقة في البيع ونقل الملكية , أو أن يتفق البائع والمشتري على أن يذكر في عقد البيع ثمناً يقل كثيراً عن الثمن الحقيقي للعقار المبيع لأجل التهرب من دفع الرسوم المستحقة على معاملتهم في الحقيقة (1) .

رابعاً/ الانحراف عن قصد المتعاقدين عند تفسير العقد .

قد يؤدي التمسك بظاهر النصوص بإطلاق في تفسير العقود والمشارطات التي تتم بين الأفراد إلى تقرير نتيجة لا تتفق مع قصد المتعاقدين من إبرام العقد فيكونا ملزمين بما لم تتجه إليه إرادتهما أو إرادة أحدهما, ولذلك نص المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م في المادة (96) على قاعدة : (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز , إلا إذا تعذر حمله على الحقيقة) لتستهدي وتسترشد بها المحكمة في تفسير العقد الذي ينطوي على عبارات غامضة بحاجة إلى تفسير , أما إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز للمحكمة أن تنحرف عن ظاهرها بحثاً عن إرادة مفترضة للمتعاقدين , فقد نص المشرع في المادة (101) من ذات القانون إلى أنه : (إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة الطرفين) ولذلك رسم المشرع السوداني طريقاً لتفسير العقود ليس استناداً على ظاهر ألفاظها وعباراتها فحسب بل أضاف إلى ذلك عوامل أخرى , ومن السوابق التي تؤكد على إغارة المحاكم السودانية للمقاصد دون التمسك بالظاهر في مجال العقود والمعاملاتما قضت به محكمة الموضوع في إحدى القضايا (2) من قبول بينات شفهية تناقض ما هو مكتوب بالعقد حينما تبين لها بما لا يدع مجالاً للشك أن قصد المتعاقدين لم يتجه إلى ما هو مكتوب بالعقد فردت المنزل الذي سجله المطعون ضده باسم الطاعن تطبيقاً لمبدأ الائتمان العائد وكان المطعون ضده قد سجل المنزل باسم الطاعن تفادياً لإشكالات كثيره حملته إلى ذلك , ولم يكن قصده ولا قصد الطاعن قد اتجها إلى أن المنزل هبة من المطعون ضده إلى الطاعن, وفي قضية أخرى (3) , جاء في حكم المحكمة العليا أنه ليس هنالك ما يمنع المحكمة من سماع بينات شفهية إذا توصلت إلى أن العقد المكتوب لم يحتو على كل الشروط المتفق عليها طالما أنها كانت محل اعتبار قبل التعاقد , أو عنده , ويعد ما ذكرته هذه المحكمة تطبيق لما جاء في القانون

1/ مرزوق , أحمد, مرجع سابق , ص 8 .

2/ قضية علي عثمان النو ضد محمد عثمان النو (م أ ع / ط م / 53 / 173) نشرة الأحكام الشهرية يوليو 1976 , السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم , ص 1 .

3/ قضية آدم عبد القادر ضد محمد عبد القادر وآخر , انظر : مجلة الأحكام القضائية لسنة 1962م , السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم , 131 .

الإنجليزي ففي هذا القانون ليس بالضرورة اعتبار كل الكلمات والتعبيرات الصادرة من الطرفين جزءاً من العقد وإنما يعتبر جزءاً من العقد ما قصده الطرفان (1).

وبما أن القاعدة العامة أن المعاني العادية الظاهرة هي التي يجب أن تسود وأن يؤخذ بها عند تفسير العقود والاتفاقيات إلا أنه قد يكون للألفاظ معنى عادي، أو معنى نشأ بحكم العرف أو التعامل التجاري ومع ذلك لا تأخذ به المحكمة عند تفسيرها لبنود العقد وشروطه إذا تضح لها أن المتعاقدين قد انصرفت نيتهما إلى أن يكون لهذه الألفاظ معنى آخر يختلف عن المعنى الظاهر، وهو أمر كثيراً ما يحدث في الواقع عندما يزعم أحد طرفي العقد أنهما اتفقا على شيء آخر (2)، وبما أن المحكمة تكون قد انحرفت عن الظاهر في هذه الحالة فلذلك يجب عليها أن تبين في أسباب حكمها ما حملها على العدول عن الأخذ بظاهر الألفاظ حسب ما هو متعارف عليه، فإذا باع شخص لآخر مثلاً إنتاج مزرعته وكان معنى هذه الكلمة يعني الانتاج الزراعي حسب ما هو متعارف عليه، فإنها تشمل بمعناه الانتاج الحيواني أيضاً إذا تبين للمحكمة أن نية المتعاقدين قد انصرفت لإعطاء الكلمة هذا المعنى (3).

وكان القضاء الإنجليزي في القرن الثامن عشر لا يسمح بتقديم بينات شفوية تضيف، أو تعدل، أو تنتقص من العقد المكتوب تمسكاً بالتطبيق الحرفي لنصوص القانون والفهم الذي يطفى صفة الكلية المطلقة لمبدأ الفصل بين السلطات فكانت المحاكم ترفض اكمال العقد بما لم يرد فيه معتبرة أن المتعاقدين مسؤولين عن كل ما يرد في العقد وعلى كل متعاقد أن يعمل على حماية نفسه بتضمين العقد الشروط التي تضمن له ذلك، ثم ما لبث أن تغير هذا الفهم عن طريق ما يعرف بالشروط الضمنية فأصبحت المحاكم تقوم بنفسها بافتراض شروط معينة أي شروط لم يتم الاتفاق عليها صراحة من قبل الطرفين لكي تقوم بما يطلبه مقتضى العقل والعدل (4).

يقول الامام ابن القيم بشأن اعتبار المقاصد في العقود: (فهذا الذي وقع فيه النزاع... وقد تضافت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقود معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته...) (5).

1/ علي، مولانا / محمد صالح علي (2/13). مرجع سابق.

2/ صبرة، محمود محمد علي، صياغة العقود بالعربية والانجليزية وأثر ذلك في كسب الدعاوي، بدون تاريخ طبعة وبدون جهة طباعة ص 25.

3/ علي، مولانا / محمد صالح علي شرح قانون العقود السوداني لسنة 1971م، (2/73)، بدون تاريخ طبعة، وجهة طباعة.

4/ ديننج، اللورد ديننج، كتاب ترشيد الفكر القانوني في تفسير القانون والوصايا والعقود، اللورد، ترجمة هنري رياض، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1981م. ص 58.

5/ اعلام الموقعين (2/111) مرجع سابق.

المطلب الثالث / ما يترتب على الغلو في التمسك بالمعاني :

بما أنّ المشرع أراد أن تبنى الأحكام القضائية على معانٍ حقيقية مستمدة من النصوص القانونية فإنّ أي تفسيرات تخرج عن ذلك تعد ضرباً من الاجتهاد غير المعتمد، فالبحث عن المعاني المصلحية مثلاً، دون إعاة الالفاظ ومعانيها الاعتبار اللزوم وفقاً لقواعد التفسير المتعارف عليها مؤدّ بلا شك إلى الانفلات عن حكم النص ، وتحكيم الهوى ، والفوضى في التشريع بلا ضابط ولا رقيب يمكن الاحتكام إليه ، فإذا تبين مما سبق ذكره أن اعتبار المقاصد في عملية استنباط الأحكام من النصوص أمر بالغ الأهمية ولا يمكن الاستغناء عنه ، لكون الحكم الذي لا يلتفت إلى مقصده وغايته وعلته يظل جسماً بلا روح وهيكل خالياً من جوهره وحقيقته ، إلا أنّ التأكيد على هذه الأهمية في استصحاب المقاصد في تفسير النصوص لا يعنى المبالغة والإفراط في الركون إليها والاعتماد عليها على حساب النصوص وضوابطها وشروط اعمالها المقررة قانوناً ، وإنّما يفيد الاعتدال ويدعو إلى التوسط والنظر في المقاصد والأخذ بها في حدود لا يجب تجاوزها وتعميدها وبهذا يتحاشى المفسر المزالق التي وقع فيها غلاة الظاهرية والحرفية ، الذين أهدروا الأقيسة والتعليل والمصلحة والأعراف واختلاف البيئات والأزمان وما يتعلق بالنصوص من حيثيات وقرائن وأمارات وملابسات وأبعدها من دائرة الاجتهاد (1) .

من الحالات التي ذهبت فيها المحاكم السودانية مذهباً بعيداً واشتطت في اعتبار المصلحة معرضه عن منهج التوسط المقاصدي والاعتدال المصلحي ما قضت به محكمة الموضوع في إحدى قضايا الأحوال الشخصية (2) باستبعاد النص القانوني قطعي الدلالة لكونه لا يحقق المصلحة المرجوة كما بدأ لها حيث امتنعت عن العمل بالمشور الصادر عن رئيس القضاء وعللت استبعادها لحكم النص بكونه استغل استغلالاً بشعاً في التفريق بين الأزواج وحدث الكثير من حالات الطلاق في المجتمع ، وأنّها لم تظمن إليه ولذلك لا يصح لها أن تصدر حكماً لا تظمن إليه ، وقد عملت المحكمة العليا على نقض هذا الحكم الذي حادت فيه محكمة الموضوع عن صريح القانون مبينه في حيثيات حكمها أنّ : (مهمة القاضي هي تطبيق القانون سواء اقتنع بعدالته أم لم يقتنع ولا يشكل عدم اطمئنانه الشخصي سبباً مانعاً لتطبيقه وله أن يبدي رأيه في تدوين أسباب حكمه ، أو في مقترحات للجهة التي لها حق التشريع) (3) ومما لاشك فيه أنّ الذي ذهبت إليه محكمة الموضوع يعد ضرباً من ضروب الغلو في التفسير المصلحي الذي يهدر معه النص بالكلية .

1/ الخادمي ، نور الدين بن مختار ، الاجتهاد المقاصدي ، حجيته .. ضوابطه .. مجالاته ، كتاب الأمة، سلسلة دورية تصدر كل شهرين عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، قطر ، العدد 61 ، السنة الثالثة عشر ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى أكتوبر 1998 م ص 109 .

2/ قضية فسخ زواج – قرار النقض رقم 7/ 72/ الصادر في 12 ذو العقدة 1392هـ الموافق 18/ 12/ 1972م ، مجلة الأحكام القضائية ، السلطة القضائية لسنة 1972 المكتب الفني ، الخرطوم ص 35 .

3/ قضية فسخ زواج – قرار النقض رقم 7/ 72/ الصادر في 12 ذو العقدة 1392هـ الموافق 18/ 12/ 1972م ، مجلة الأحكام القضائية ، السلطة القضائية لسنة 1972 مرجع سابق ص 36

المبحث الثالث: العدول عما يدل عليه ظاهر النص

إذا كانت القاعدة العامة أنّ الأحكام تبنى على الظاهر وأنّه يجب الأخذ بما يدل عليها ظاهرها عند تطبيقها , فإنّ هذه القاعدة ليست على إطلاقها , فقد يظهر للمحكمة في بعض الحالات أنّ الحكم بناءً على ما يدل عليه ظاهر النص قد لا يحقق العدالة ومن ثم لا يتفق مع إرادة المشرع من التشريع , وفي هذه الحالة يجب عليها صرف اللفظ عن ظاهره إلى معنى آخر , وهو ما يسمى بالتأويل , ولذلك سوف يتناول هذا المبحث تعريف التأويل وشروط صحته وبعض الأحكام القضائية التي لجأت فيها المحاكم السودانية لصرف اللفظ عن ما يدل عليه ظاهره لبعض المسوغات التي يقرها العدل ويستند لها المنطق السليم .

المطلب الأول / تفسير النص عن طريق صرفه عما يدل عليه ظاهره .

يتخذ الاجتهاد القضائي عدة أشكال منها البيان والتفسير , ومنها القياس , ومنها استنباط حكم جديد في حالة عدم وجود نص يحكم الواقعة , وما يعيننا هنا اجتهاد القاضي في تفسير النص وبيان حكمه , وفي هذه الحالة إما أن يكون النص قطعي في دلالته على معناه , أو ظني , فإن كان قطعياً فلا مجال للاجتهاد فيه إذ القاعدة العامة في هذا الخصوص تقضي بأن : (لا اجتهاد مع النص) والمقصود من النص في مفهوم هذه القاعدة ما يدل على معناه دلالة قطعية لا تحتمل التأويل ؛ ولكن يبقى على القاضي أن يجتهد بالنظر فيه لمعرفة مدى انطباقه على حكم الواقعة أو الوقائع أم لا كأن يجتهد في معرفة ما إذا كان الشخص بالغ سن الرشد ومتمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه وما شابهه , فإذا وجد القاضي إنّ حكم النص ينطبق على الواقعة أو الوقائع عمل على تطبيقه عليها وإلا بحث عن نص آخر من بين نصوص القانون ينتظم الواقعة أو الوقائع بحكمه (1). وقد حرم المشرع السوداني المحاكم من الاجتهاد مع النص قطعي الدلالة أو المفسر , وأباح لها في الوقت نفسه الاجتهاد في استنباط الأحكام من النصوص الظنية مبيناً الطرق التي يجب على القاضي أن يتبعها بشأن تفسيرها وقد نص على ذلك في المادة (2) من قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة 1983م بقوله : (... مالم يكن النص مفسراً أو قطعي الدلالة :

(أ) يستصحب القاضي أنّ المشرع لا يقصد مخالفة الشريعة الإسلامية تعطيلاً لواجب قطعي أو إباحة لمحرّم بين وأنّه يراعي توجهات الشريعة في الندب والكراهة .

(ب) يفسر القاضي المجمات والعبارات التقديرية بما يوافق أحكام الشريعة ومبادئها وروحها العامة .

(ج) يفسر القاضي المصطلحات والألفاظ الفقهية على ضوء القواعد الأصولية واللغوية في الفقه الإسلامي

1/ العجلوني , عبد المهدي محمد سعيد , قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد الأردني - دراسة أصوليه مقارنة - الجامعة الأردنية , عمان 205م ص 22 .

من خلال ما نصت عليه هذه المادة يتبين أنّ على المحاكم أنّ تطبق ما يدل عليه النص القطعي من حكم دون محاولة النظر في تفسيره لكونه واضح في دلالاته على معناه ليس بحاجة إلى تفسير ولم يحل المشرع السوداني بين المحاكم والاجتهاد مع النصوص القطعية فحسب بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث اعتبر الاجتهاد في مورد النص الواضح في بعض الأحيان من قبيل الاضرار الوظيفية فقد نص في الفقرة الثانية من المادة (162) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 م على أنّه ودون المساس بعموم البند (1) من هذه المادة: (يعتبر إضراراً وظيفياً أو مهنيّاً الأفعال الآتية...إصدار الأحكام ضد صريح النص استهتاراً بالقانون أو استهتاراً بقصد المشرع وخروجاً على ضوابط الاجتهاد الفقهي أو استخفافاً بحقوق المتقاضين)، وفي هذا تأكيد قوي من المشرع على ضرورة التزام المحاكم بما تدل عليه ظواهر النصوص القطعية فلا يبقى إلا الاجتهاد في فهمها وفهم الوقائع للوصول إلى التكييف الصحيح ومن ثم تطبيقها على الوقائع، وهذا ما تقضي به القواعد الاصولية واللغوية في الفقه الإسلامي التي أحال إليها المشرع السوداني في تفسير القوانين، قال الإمام الشاطبي وهو بصدد الحديث عن مجال الاجتهاد المعترف شرعاً بعد أن قسم خطاب الشارع إلى ما يظهر فيه قصد للشارع وما لا يظهر فيه قصد: (وإن ظهر - أي قصد الشارع - فتارة يكون قطعي وتارة يكون ظني، فأما القطعي فلا مجال للنظر فيه بعد وضوح الحق...وليس محلاً للاجتهاد وهو قسم الواضحات، لأنّه واضح الحكم حقيقة والخارج عنه مخطي قطعاً...) (1).

أما إن كان النص ظني الدلالة على معناه وكان تطبيقه على الوقائع استناداً على ظاهره لا يحقق العدل فيجب حينئذ الاجتهاد في تفسيره للبحث عن حكمته أو الغرض منه و من دواعي تشريعه استخلاصاً لقصد المشرع منه، وذلك بصرفه عن ظاهره الذي يدل عليه إلى معنى آخر يحتمله، وهو ما يسمى بالتأويل.

المطلب الثاني/تعريف التأويل:

1/ تعريف التأويل في اللغة :

التأويل في اللغة مصدر على وزن تفعيل فعله الماضي رباعي مضعف أوّل وهو من آل يؤول تأويلاً، ومادة الكلمة (أول) وقد وردت هذه الكلمة في المعاجم اللغوية بعدة معان منها: ابتداء الأمر وانتهائه، وتأويل الكلام عاقبته وما يؤول وينتهي إليه، ومنها الرجوع يقال آل الشيء يؤول ومآلاً رجع، وأوّل إليه الشيء رجّعه وألّت عن الشيء

1/ الشاطبي، أبو اسحاق مرجع سابق (113/4).

ارتددت , يقال طبخت النبيذ حتى آل إلى الثلث أو الربع أي رجع , فالتأويل لفظ قد يعني الرجوع أي العودة بالأمر إلى بدايتها وأصولها الأولى , وقد يعني العاقبة بمعنى الوصول بالأمر إلى خواتيمها (1) .

2/ تعريف التأويل في الاصطلاح :

يعرف علماء الأصول التأويل بأنه :عبارة عن احتمال يعضده دليل يصير به أغلب إلى الظن من المعنى الذي يدل عليه الظاهر (2) , كما عرّفه البعض بأنه : حمل الظاهر على المحتمل المرجوح (3) وقيل عنه أيضاً أنه : صرف اللفظ عن الاحتمال الراجع إلى الاحتمال المرجوح (4) .

من خلال هذه التعاريف يتضح أنّ الظاهر هو لفظ يحتمل أكثر من معنى , ولكن أحدهما أظهر من الآخر , وحكمه أن يصار إلى معناه الظاهر ولا يجوز تركه أو صرفه إلى المعنى المرجوح إلا بتأويل سائغ , ومن الأمثلة عليه مطلق صيغة الأمر في قوله تعالى : (وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ) (5) فظاهر صيغة الأمر في الآية الوجوب , ولكن العلماء أولوها إلى الندب بدليل قوله : (فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ) (6) وكذلك قوله تعالى : (وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا) (7) , فظاهرها يفيد الوجوب أيضاً ولكنها أولت إلى الإباحة بقريئة أن أصل الصيد مباح بدليل قوله تعالى : (قُلْ أَجَلَ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ) (8) .

وبما أنّ في التأويل صرف للفظ عن ظاهره الذي يدل عليه إلى معنى آخر , فإنه قد يكون صحيحاً وقد يكون غير صحيح , ولذلك قسم العلماء التأويل إلى صحيح , وفساد , وباطل , فالتأويل الصحيح هو الذي يصار إليه

1/ ابن فارس , مقاييس اللغة , تحقيق عبد السلام هارون , دار الفكر (100-98/1) . ابن منظور , لسان العرب , دار صادر , بيروت , الطبعة الأولى 1997م (134/1) .

2/ الغزالي , محمد بن محمد بن محمد الغزالي , المستصفي من علم الأصول , دار احياء التراث العربي , لبنان , بيروت (245/1) .

3/ الشوكاني , محمد بن علي بن محمد , ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول , الطبعة الأولى , مطبعة مصطفى البابي الحلبي , 1037م , مصر , ص 176 .

4/ ابن تيمية , أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني , رسائل وفتاوى ابن تيمية , تحقيق عبد الرحمن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي , مكتبة ابن تيمية , بدون رقم طبعة , ص 184 .

5/ سورة البقرة : الآية : 282 .

6/ سورة البقرة : الآية : 283 .

7/ سورة المائدة : الآية : 2 .

8/ سورة المائدة : الآية : 4 .

بحمل ظاهر اللفظ إلى المحتمل المرجوح بدليل يصيره راجحاً⁽¹⁾، بينما التأويل الفاسد هو كالذي يستند إلى دليل مساوي أو مرجوح، أما التأويل الباطل فهو الذي لا يستند إلى دليل⁽²⁾.

ومن المناسب ونحن بصدد الحديث عن التأويل أن نذكر بعض اقوال العلماء في العلاقة بين التفسير والتأويل فمن العلماء من لا يفرق بينهما كالإمام الطبري⁽³⁾، ومنهم من يرى أنّ التفسير هو القطع بمراد المتكلم بينما التأويل ترجيح أحد احتمالات اللفظ من دون قطع⁽⁴⁾ بينما ذهب البعض إلى التفريق بينهما من حيث العموم والخصوص فقالوا أنّ التفسير أعم من التأويل وأكثر استعماله في الألفاظ ومفرداتها والتأويل يستعمل في المعاني والجمل⁽⁵⁾.

لكن على الرغم من أنّ التفسير والتأويل يشتركان في أن كلاهما يهدف إلى كشف المراد من النص إلا أنّ هنالك فرق بينهما لكون التفسير قطعي في دلالاته فالنص المفسر لا يدخله التأويل وصيغته لا تحتل إلا وجهاً واحداً يكون مكشوفاً ببيان الصيغة أو بقرينة من غير الصيغة⁽⁶⁾ بينما التأويل لا يكون إلا ظنياً في دلالاته على المراد.

المطلب الثالث / دواعي تأويل النص ومجالاته وشروط صحته .

سبق القول إنّ التأويل يكون في النصوص الظنية لدواعي محددة كالتعارض الظاهري بين النصوص القانونية مع بعضها البعض أو مع قصد المشرع وحكمة التشريع⁽⁷⁾ كما قد يكون الداعي إلى التأويل هو المصلحة، أو الحاجة، أو العدل والانصاف أو العرف⁽⁸⁾ أما مجال التأويل في النصوص القانونية فيمكن القول فيما عدا النص القطعي أو النص المفسر فإنّ جميع النصوص تقبل التأويل، ولذلك أباح المشرع السوداني للمحاكم الاجتهاد في تفسير النصوص القانونية فيما عدا النص المفسر أو القطعي وفق موجبات حددها في المادة (2) من قانون أصول الأحكام القضائية 1983م التي سبقت الإشارة إليها.

1/ الشوكاني، مرجع سابق ص 176.

2/ الشنقيطي، محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، الطبعة الخامسة، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة 2001م، 212، الشوكاني، مرجع سابق ص 176.

3/ القطان، مناع، مباحث في علوم القرآن، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع 200م.

4/ الزرقاني، محمد عبد العظيم، مناهل العرفان في علوم القرآن، دار احياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه (1/473).

5/ السيوطي، الامام جلال الدين السيوطي، الاتقان في علوم القرآن، تحقيق حامد أحمد طاهر البسيوني، الطبعة الأولى، دار الفجر للتراث 2006م (2/460).

6/ السرخسي، مرجع سابق، ص 130.

7/ راجع السابقة الألمانية التي اجتهدت فيها المحكمة الاتحادية مع وجود النص القطعي مرجحة الدلالة الضمنية على الدلالة التصريحية في ص من هذا البحث.

8/ الزلي، مرجع سابق، ص 449.

وحاصل القول أن محاولة استخراج تفسيرات باطنية لأي قانون أو شريعة دون الرجوع إلى مداليل اللغة وطبيعة استعمال التراكيب , ومتطلبات النحو والبلاغة , وقواعد الأصول , ومقاييس العقل , وما ينطبق على الواقع , تعني مسح ذلك القانون أو تلك الشريعة ؛ لأنّ التأويل بلا ضوابط يؤدي إلى تعدد النظر وتباين الآراء دون الاستناد على قاعدة معلومة وفي هذا تتبع للأهواء والرغبات التي يضيع معها الحق أو تشوه معاملة... (1) ولهذا السبب وضع العلماء العديد من الأسس والضوابط التي تضمن صحة التأويل (2) كطريق من طرق استنباط الأحكام من النصوص دون أن يؤدي ذلك إلى تحكم الهوي وسيادة الرغبات , يمكن الإشارة إليها بالإيجاز التالي: (3)

أولاً/ أن يوجد دليل يقتضي التأويل , لأنّ الأصل حمل النص القانوني على معناه الظاهر الذي يتبادر إلى الذهن , عند قرأه صيغته ولا يجوز صرفه عن ظاهره إلا بدليل يقتضي العدول عن الظاهر .

ثانياً/ أن يكون النص القانوني دالاً على معناه دلالة ظنية مما يعني أن دلالاته تحتمل أكثر من معنى , بخلاف ما إذا كانت دلالاته قطعية فإنّه في هذه الحالة لا يقبل الاحتمال إذ ليس له إلا معنى واحد ومن ثم لا يجوز تأويله .
ثالثاً/ أن يكون المعنى الذي أول إليه النص من المعاني التي يحتملها اللفظويلد عليها .

رابعاً/ أن يستند القاضي في تأوله للنص القانوني بصرفه عن معناه الظاهر إلى معنى آخر إلى دليل صحيح أي أن يكون هذا الدليل راجحاً على المدلول الظاهر للنص .

وبناء على ذلك فإنّ التأويل الصحيح ما يعتمد فيه القاضي على دليل قادر أن يصير المرجوح في نفسه راجحاً , ويسمى أيضاً بالمقبول والسائغ والقريب (4) .

المبحث الرابع: العلاقة بين الظاهر والمعنى

على الرغم من أنّ العلاقة بين المعنى والظاهر قد أثارت جدلاً واسعاً منذ عهد بعيد في جميع المدارس المعنوية بتفسير النصوص وما زالت , إلا أنّ ما عليه جمهور الفقهاء هو الالتزام بالمنهج المعتدل البعيد عن النظرة المتطرفة لجانب منهما , ولذلك سوف أقوم ببيان معالم هذا المنهج , من خلال الحديث عن أقول العلماء الراسخين في كيفية الجمع بين الظاهر والمعنى , وبيان اختيار المشرع السوداني في هذا الخصوص والشواهد الدالة على ذلك بإيراد بعض النصوص القانونية والتطبيقات القضائية المتعلقة بها .

1/ عبد الحميد , محسن , البابية , والمهائية , مطبعة دار الصحوة للنشر , القاهرة , الطبعة الخامسة , 1985م ص 22 .

2/ قد يكون التأويل بعيداً وهو الذي يعتمد فيه القاضي على دليل قاصر لم يكن بالقوة التي تجعل من صرف اللفظ عن ظاهرة أمراً محتملاً , وهذا الضرب من التأويل غير جائز .

3/ العجلوني, مرجع سابق "بتصرف" ص 163 – 164 .

4/ العجلوني, مرجع سابق, ص 164 .

المطلب الأول / الجمع بين الظاهر والمعنى .

الحياة وغاياتها ومصالحها مبنية على الأسباب ومسبباتها , وفقاً للسنن الكونية التي وضعها الله تعالى وأمر بإتباعها , ومن هذه الحيثية يمكن النظر إلى الألفاظ باعتبارها أسباب , وأن الغايات والمقاصد مسببات لها , ولذلك فإنَّ النظر الصائب يقضي بمراعاة الطرفين , والموازنة بين التمسك بالنصوص كوسائل , وبين غاياتها ومقاصدها التي سويت من أجلها , وركبت لتدل عليها , قال ابن جني في الخصائص : (إنَّ الألفاظ أوعية المعاني)⁽¹⁾ , وقال في موضع آخر : (إنَّ الألفاظ للمعاني ازمة وعليها أدلة , وإليها موصلة , وعلى المراد منها محصله)⁽²⁾ , فوجوب المحافظة على الألفاظ يستمد أهميته ومشروعيته من هذه الناحية ؛ ولكن مع هذه الأهمية البالغة التي تتمتع بها الألفاظ فإنَّ الوسيلة لن تكون أولى بالرعاية من الغاية , وقد يكون إهدار الغاية من أجل المحافظة على الوسيلة أشبه باعتبار التكملة التي يؤدي اعتبارها إلى ابطال أصلها⁽³⁾ وهو مالم يقل به أحد , وحينئذٍ لن تكون الوسيلة وسيلة في حقيقة الأمر وإن تراءت في الظاهر إتِّها كذلك , ولذلك يجب النظر إلى الألفاظ وصيانتها واعتبارها , بنفس القدر الذي يجب فيه النظر إلى المقاصد وصيانتها واعتبارها عند تطبيق أحكام القانون على الواقع العملي , ومن الخطأ إهدار أحدهما أو تفضيله على الآخر , لأنَّ المشرع إنَّما جعل الألفاظ وسيلة للتعبير عن إرادته في إنفاذ سياسته التشريعية , كما جعل من أهداف التشريع , ومقاصده الكلية والجزئية غايته الأسمى , وهذا النهج التفسيري المبني على الموازنة بين اللفظ ومقصده , والظاهر والمعنى , ضارب بجذوره في عرف اللغة العربية منذ العهد الجاهلي , وقد سار على نهجه القرآن الكريم باعتباره نزل وفقاً لعرف العرب في خطابها , وقد أشار الامام أبو اسحاق الشاطبي إلى ذلك في كتابه الموافقات في أصول الشريعة , في باب - أمية الشريعة وما يتفرع على كونها شريعة أمية - حيث أورد عدد من الشواهد على عرف العرب في خطابهم منها : (أنَّه لا بد في فهم الشريعة من اتباع معهود الأميين - وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم - فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر , فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة , وإن لم يكن عرف فلا يصح أن يجري في فهمها على ما لا تعرفه , وهذا جارٍ في المعاني والألفاظ والأساليب , مثال ذلك أنَّ معهود العرب أن لا ترى في الألفاظ تعبداً عند محافظتها على المعاني , وإن كانت تراعيها أيضاً , فليس أحد الأمرين عندها بملتمزم , بل قد تبني على أحدهما مرة , وعلى الآخر أخرى , ولا يكون ذلك قادحاً في صحة كلامها واستقامته)⁽⁴⁾ , فكثيراً ما تخرج العرب في كلامها عن قوانينها المطردة , وضوابطها المستمرة , في نثرها وشعرها , وتستغنى عن بعض الألفاظ لو جود ما يرادفها , وقد نزل القرآن نفسه على سبعة أحرف , ومما ينبني على هذا الأصل أي كون الشريعة أمية : (إنَّ الاعتناء بالمعاني المبتوثة في الخطاب هو المقصود الأعظم بناءً على أنَّ العرب إنَّما كانت عنايتها بالمعاني , وإنَّما أصلحت الألفاظ من أجلها ,

1/ ابن جني , عثمان أبو الفتح , الخصائص , تحقيق محمد علي النجار , دار الكتاب العربي , بيروت لبنان , (1/ 47) .

2/ ابن جني , مرجع سابق , (1/ 47) .

3/ انظر : الشاطبي , كتاب المقاصد , مرجع سابق .

4/ الشاطبي , مرجع سابق (2/ 62) .

وهذا الأصل معلوم عند أهل العربية ، فاللفظ إنَّما هو وسيلة إلى تحصيل المعنى المراد ، والمعنى هو المقصود ، ولا أيضاً كل المعاني ، فإنَّ المعنى الافرادي قد لا يعبأ به إذا كان المعنى التركيبي مفهوماً دونه (1) ، وقد أكد هذا العرف أيضاً الإمام السيوطي في كتابه المزهري في علوم اللغة (2) ، وخالصة ما تقدم أنَّ الميل غير المبرر إلى أحدهما دون الآخر قد يؤدي إلى الإخلال بميزان العدالة ؛ لكون الانفلات عن حكم النص يفتح الباب إلى تحكيم الهوى وحدوث الفوضى في التشريع ، وبالمقابل قد يؤدي التمسك بظاهر النصوص دون الالتفات إلى مقاصدها إلى الانحراف عن قصد المشرع من التشريع إذا تعلق الأمر بتفسير التشريع ، أو عن قصد المتعاقدين عندما يتعلق الأمر بتفسير عقد من العقود .

المطلب الثاني / منهج المشرع السوداني في نظريته للعلاقة بين الظاهر والمعنى .

أكد المشرع السوداني على أهمية مراعاة قصده عند تفسير القوانين في المادة (6) من قانون تفسير القوانين والنصوص العامة لسنة 1974م حيث نص على أن : (تُفسر نصوص أي قانون بما يحقق الغرض الذي شرع لأجله ويُفضل في جميع الحالات التفسير الذي يحقق هذا الغرض على ما سواه) ، ومع أنَّ القاعدة العامة أنَّ المشرع عادة ما يضع الالفاظ للالتزام بظواهرها وعدم الانحراف عنها أو استبدالها عند وضوح دلالتها ؛ ولكنه قد ندب القضاة في الوقت نفسه إلى ضرورة الالتفات إلى المعاني والمقاصد عند تفسير النصوص بصفة عامة ، وفي ذلك دعوة صريحة للموازنة بينهما ، وقد أورد المشرع السوداني في المادة (5) من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م جملة من القواعد الفقهية الكلية بغرض أن يستهدي ويسترشدها القاضي عند تطبيقه لقواعد القانون ، منها قاعدة : (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، والأصل في الكلام الحقيقة ، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه المجازي) ، وقاعدة : (المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقد دليل التقييد نصاً أو دلالة) ، وقاعدة : (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) ، وقاعدة : (ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله) ، وغير ذلك من القواعد المرتبطة بتفسير النص القانوني وتطبيقه على الوقائع ، والتي ترسم وتبين الطرق الراجحة ، والمعقولة في أعمال الكلام (3) ، ولهذه القواعد الكثير من الفروع التي تؤكد على ضرورة تحكيم مقتضى المعنى دون الالتفات إلى ظاهر النصوص عندما تستبين الشواهد التي ترتفع إلى مستوى اليقين أو إلى مستوى غلبة الظن على أنَّ المراد حكم المعنى دون حكم الظاهر ، منها : الهبة بشرط المقابل تعد بيعاً فتأخذ حكم البيع ، والكفالة إذا اشترط فيها عدم مطالبة الدائن للمدين المكفول تصير حوالة فتأخذ حكمها ، والحوالة إذا اشترط فيها للدائن الحق في أن يطالب كلاً من المدين المحيل ، والشخص المحال عليه معاً انقلبت كفالة ، وغير ذلك من الفروع والتطبيقات التي يمكن الرجوع إليها في مظانها من كتب الأشباه والنظائر

1/ الشاطبي، مرجع سابق (66/2) .

2/ السيوطي ، جلال الدين ، المزهري في علوم اللغة وأنواعها ، شرحه ، وطبعه ، وصححه ، وعنون موضوعاته ، وعلق على حواشيه ، علي محمد البجاوي ، ومحمد أحمد أبو الفضل ابراهيم ، مطبعة دار الفقه .

3/ الزرقاء ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، مطبعة دار الفكر (2/1002) .

(1) مما يؤكد أنّ نظرة المشرع السوداني للنصوص ودلالاتها لم تكن نظرة جامدة , لافتاً نظر المحاكم إلى عدم اعتبار النص هو الوسيلة الوحيدة المعبرة عن الإرادة إذ قد يكمن المعنى الحقيقي وراء دلالة غير لفظية , ولذلك فمن الخطأ البين تفضيل أحدهما على الآخر في ضرورة الالتزام بما يقتضيه , فالالتزام بالألفاظ دون مراعاة مقاصدها تفضي إلى التفسير الحرفي الذي يجعل من النصوص وظواهرها الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الإرادة ويجعل من الألفاظ هي الوعاء الأوحده للمعاني معرضاً عن الكثير من العوامل ذات الأثر في توجيه النص في دلالاته على معناه , والتي تمنح النص الحياة وتثبت فيه الروح وتمده بالقدرة على التطور واستيعاب القضايا المستجدة بالحلول اللازمة , وهي عوامل لا يستطيع النص إعطاء المعالجة الناجعة لقضايا الواقع المتغير وملابساتها من دونها , كالتسايق بنوعيه الزمني والمكاني , وظروف الحال , وملابسات سن التشريع ودواعيه , وغيرها , كما أن اتباع المقاصد دون مراعاة معاني الألفاظ ودلالاتها المتعارف عليها بحسب قواعد اللغة وقواعد الفهم والاستنباط ادعاء فارغ لا يقره عقل ولا يشفع له منطق , ونتيجته الحتمية الانفلات التشريعي المفضي إلى الفوضى , إذ يستطيع الكل أن يقرر ما يروق له دون ضابط أو معيار تقاس به النتائج , ويصبح المشرع مصدراً للنص من حيث هو ألفاظ وتراكيب , بينما تظل معاني النص متجاذبة بين الأهواء المتباينة و الآراء المختلفة , فمن المعلوم أنّ معرفة المقاصد تستند على الفهم الظاهري للنصوص , من خلال القواعد اللغوية والقواعد الأصولية , ومسالك التعليل والتقصيد , وهي معرفة مكتسبة من خلال الجهد العقلي والفكري القائم على الحس والإدراك والتحليل والاستنباط في حكم إطار النصوص دون الخروج عليها (2), وبالنظر إلى جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية نجد أنّ مذهبهم يتمثل في اعتقادهم : أنّ مقصد الشارع في الجمع بين ظاهر النص ومعناه دون إفراط أو تفريط , وبناءً عليه لا يجوز التقصير في فهم الظاهر إلى درجة إلغاء المعنى , ولا التعمق في المعنى إلى حد إلغاء الظاهر بالكليّة ومخالفته (3) , وهذا يعني الجمع بينهما في اعتدال , وقد عبر الإمام الشاطبي عن منهج الجمهور هذا , بقوله : (والثالث : أن يقال باعتبار الأمرين جميعاً - الظاهر , والمعنى - على وجه لا يخل فيه المعنى بالنص , ولا بالعكس , لتجري أحكام الشريعة على نظام واحد لا اختلاف فيه ولا تناقض , وهو الذي أمه أكثر العلماء الراسخين , فعليه الاعتماد في الضابط الذي يُعرف به مقصد الشارع) (4) , وقد مدح الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم أهل المعاني الذين لا يقفون عند ظواهر النصوص , وإنّما يبحثون عن عللها , وأسبابها , ومقاصدها , في قوله تعالى : (وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّعَوْا بِهٖ وَيُولَوْنَ رُءُوسَهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَاتَّبَعْتُمُ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا)

1/ راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم , والأشباه والنظائر للسيوطي , ومجلة الأحكام العدلية .

2/ فهي محمد علوان , القيم الضرورية ومقاصد التشريع , مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب , القاهرة 1989م ص 79 , حامدي . مرجع سابق ص 49 .

3/ حامدي , مرجع سابق ص 49 .

4/ الشاطبي , مرجع سابق (393/2) .

(1) ، وفي هذا يقول ابن القيم : (فإنَّ الواجب فيما علق عليه الشارع الأحكام من الألفاظ والمعاني أن لا يتجاوز بألفاظها ومعانيها ولا يقصر بها ، ويعطي اللفظ حقه ، والمعنى حقه) (2) .

وإذا كانت هنالك مدارس ذات مناهج مختلفة في تفسير النصوص القانونية ، فمن المهم أن نشير إلى أن مجال العمل القانوني لم يعان من النزعة الباطنية في تفسير النصوص بقدر معاناته من المدارس ذات النزعة الظاهرية والتفسير الحرفي ، ويرجع السبب في عدم ظهور المدارس الباطنية في مجال العمل القانوني لطبيعة القواعد القانونية وتميزها عن قواعد الدين (3) ، وقد مرت فترة من الفترات في خلال القرن التاسع عشر اعتاد فيها القضاة في بعض النظم القانونية كالقانون الإنجليزي مثلاً على أن يحصروا أنفسهم عند تفسيرهم للنصوص القانونية في حدود الكلمات والعبارات المجردة فيكون غاية ما يقومون به أن يعطوا الكلمات والعبارات الدلالة اللغوية العادية ، دون محاولة بذل أي مجهود آخر مهما كانت أهميته ، ثم ما لبثت أن تغيرت هذه النظرة بسيادة المنهج المتوازن في تفسير النصوص القانونية الذي يعبر معنى التشريع أهميته كما يعبر لفظه ومبناه (4) ، وقد ترتب على اعتماد هذا المنهج الحرفي في تفسير النصوص الكثير من المظالم ، يتجلى ذلك من خلال الاطلاع على العديد من الأحكام القضائية التي أوردها اللورد ديننج في كتابه ترشيد الفكر القانوني (5) ، وهو يحكي عن ذلك الصراع الذي كان محتدماً بين اتجاه التفسير المضيق ، وبين اتجاه التفسير الموسع ، وفهم كل اتجاه لدور القاضي في تفسير وتطبيق النصوص القانونية على ضوء مبدأ الفصل بين السلطات .

الخاتمة :

في ختام هذا البحث توصلت إلى عدد من النتائج والتوصيات يمكن الاشارة إلى أبرزها بما يلي :

1/ سورة : النساء ، الآية : 83 .

2/ ابن القيم، مرجع سابق (1/255).

3/ ظهرت فرق تسمى بالباطنية في التاريخ الاسلامي ، وسبب هذه التسمية اشارة إلى مذهبهم ، وهو القول بالإمام المستور يزعمون أنَّ للشريعة ظاهراً وباطناً ، وأنَّ الناس يعلمون علم الظاهر ، والإمام يعلم علم الباطن ، أنظر : محسن عبد الحميد ، الباطنية ، والهائية ، الطبعة الخامسة ، القاهرة ، دار الصحوة ، للنشر ، 1985 م ص 22-23 . كما ظهر في التاريخ الاسلامي أيضاً المذهب الظاهري الذي يقوم على الأخذ بظواهر الكتاب والسنة والاجماع ، ويرفض الأخذ بالقياس ، والاستحسان ، والتعليل ، وسائر أوجه الراي ، وسعى بهذا الاسم نسبة لمؤسسه دواد بن علي بن خلف الظاهري ، أنظر : زيدان ، عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، 1999 م ص 150 .

4/ أنظر كتاب ترشيد الفكر القانوني في تفسير القانون والوصايا والعقود ، اللورد ديننج، ترجمة هنري رياض ، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى ، 1981 م .

5/ راجع اللورد ديننج، مرجع سابق .

أولاً / النتائج:

- 1/ التفسير الذي يستند إلى نظرة أحادية فيراعي ظاهر اللفظ دون معناه أو يراعي المعنى دون الظاهر يخل بميزان العدالة في كثير من الأحيان .
- 2/ نظراً لكون القاعدة القانونية تتصف بصفة العموم والتجريد وأنَّ مشخصاتها في الواقع متعددة ومتغيرة فإنَّ الوقائع تقوم بدور كبير في توجيه تفسير النص القانوني الوجه التي تتفق مع مقتضيات العدل .
- 3/ عند تطبيق النصوص القانونية على الوقائع قد يجد القاضي في كثير من الأحيان أنَّ العدل والمصلحة تقتضيان صرف اللفظ عن ظاهره إلى معنى آخر مرجوح تدل عليه القرائن .
- 4/ العلاقة بين القاعدة القانونية ومشخصاتها في واقع الحياة , وبين الظاهر والمعنى , قضيه أزلية دائمة , وتحد مستمر , ومعالجة الاشكالات التي تفرزها تعتمد على جهد القاضي أكثر مما تعتمد على جهد المشرع في صياغته لنصوص القانون .
- 5/ التجاذب بين النص القانوني ومبناه وفحواه ومعناها عند تفسيره من أجل وأكبر مهام القضاء التي أفرزت عصفاً ذهني واتجاهات فقيهيه ورؤي مختلفة ومتباينة عند المهتمين بتفسير النصوص القانونية قديماً وحديثاً في جميع المدارس الحقوقية والفقهية على مر العصور .

ثانياً / التوصيات :

بناءً على ما تم التوصل إليه من نتائج يمكن التوصية بما يلي :

- 1/ على الرغم من أهمية الالتزام بما تدل عليه النصوص القانونية في ظاهرها إلا أنَّ هذا الالتزام يجب ألا يكون التزاماً مطلقاً تهدر معه المقاصد والمعاني أو الألفاظ والمباني حتى لا يؤدي إلى الحرفية في فهم قواعد القانون وفي تطبيقها على الوقائع أو إلى التقصيد الذي لا يستند إلى النصوص ودلالاتها .
- 2/ احاطة الوقائع والظروف الملازمة عند النظر في النزاع والفصل فيه القدر اللأم من الاهتمام بما لا يقل عن الاهتمام الذي يجب أن تحظى به النصوص من حيث فهم مدلولها وفقاً للقواعد الخاصة بتفسيرها واستنباط الأحكام التي تدل عليها واعطاء الاعتبار لمتغيرات الواقع ومدى تأثيرها على انتظام بعض الجزئيات تحت حكم القاعدة الكلي, وانعكاس ذلك على تفسير النص .
- 3/ عند تفسير القواعد القانونية ذات الدلالة الظنية بصرفها عما يدل عليه ظاهرها يجب الالتزام بالضوابط المتعلقة بهذا الضرب من ضروب التفسير بحسب ما تدل عليه القواعد اللغوية والأصولية التي أحال إليها المشرع السوداني في تفسير القواعد القانونية ذات الدلالة الظنية .

4/ التوسع فيمنح القضاة سلطات تقديرية بالقدر الذي يعينهم على تفسير النصوص القانونية بمرونة وحرية تمكنهم من الموازنة بين التقييد بظاهر النص وبين تحقيق العدل استجابة لقصد المشرع من التشريع تحقيقاً لمبدأ سمو العدل وشموليته، إذ لا عدالة بلا قانون ولا قانون بلا عدالة .

5/ من الضروري الالتزام بالمنهج المعتدل الذي لا يخل بظاهر النصوص وما تتضمنه من أحكام ولا بمقاصدها ومعانيها واهدافها العامة والخاصة .

المصادر والمراجع .

أولاً/ القرآن الكريم .

ثانياً/ كتب اللغة .

أ/ ابن جني، عثمان أبو الفتح، الخصائص، تحقيق محمد علي النجار، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان .

ب/ السيوطي، جلال الدين، المزهري في علوم اللغة وأنواعها، شرحه، وطبعه، وصححه، وعنون موضوعاته، وعلق على حواشيه، علي محمد البجاوي، ومحمد أحمد أبو الفضل ابراهيم، مطبعة دار الفقه

ت/ مصطفى، ابراهيم مصطفى، والزيات، أحمد حسن الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي النجار، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، استانبول، تركيا بدون تاريخ أو رقم طبعة

ث/ المنجد في اللغة والاعلام، طبعة المئوية الأولى، دار المشرق، بيروت، الطبعة الثالثة والأربعون .

ج/ ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر .

ثالثاً/ كتب الفقه .

أ/ ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن القيم، أعلام الموقعين، بيروت، دار الجيل، بدون تاريخ طبعة .

ب/ الزرقاء، مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، مطبعة دار الفكر .

ت/ ابن تيمية، أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم الحراني، رسائل وفتاوى ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، مكتبة ابن تيمية، بدون رقم طبعة .

ث/ عبد الحميد، محسن عبد الحميد، البابية، واليهائية، الطبعة الخامسة، القاهرة، دار الصحوة، للنشر، 1985م .

ج/ القطان، مناع، مباحث في علوم القرآن، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع 200م .

ح/ الزرقاني، محمد عبد العظيم، مناهل العرفان في علوم القرآن، دار احياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه

خ/ السيوطي، الامام جلال الدين السيوطي ، الاتقان في علوم القرآن تحقيق حامد أحمد طاهر البسيوني ،
الطبعة الأولى ، دار الفجر للتراث 2006 م .

رابعاً / كتب أصول الفقه ومقاصد الشريعة .

أ/ الشاطبي، ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي أبو اسحاق ، شرح عبد الله دراز ، عني بطبعه وترقيمه ووضع
تراجمه محمد عبد الله دراز ، الطبعة الثانية ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، 1975، دار الكتب العلمية ،
بيروت .

ب/ الريسوني، أحمد الريسوني ، نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي ، تقديم طه جابر العلواني ، المعهد العالمي
للفكر الاسلامي ، الولايات المتحدة الأمريكية ، 1995م ، فيرجينيا .

ت/ السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد ، أصول السرخسي ، تحقيق أبو الوفاء الافغاني ، بيروت دار المعرفة
للطباعة والنشر ، 1973 م .

ث/ الأتاسي، محمد طاهر ، محمد خالد ، شرح مجلة الأحكام ، الطبعة الأولى مطبعة حمص ، 1930م .

ج/ الزلي، مصطفى ابراهيم الزلي ، أصول الفقه في نسيجه الحديد ، الطبعة العاشرة ، شركة الخنداء للطباعة
المحدودة ، العراق ، بغداد .

ح/ البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري ، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ، وضع
حواشيه عبد الله محمود محمد عمر ، دار الكتب العلمية بيروت .

خ/ البرزنجي، عبد اللطيف عبد الله عزيز البرزنجي ، التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية ، دار الكتب العلمية
بيروت

د/ الشوكاني، محمد علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، علق
عليه عصام الدين الصبابي ، دار الحديث القاهرة .

ذ/ الحسن، خليفه بابكر الحسن ، مناهج الأصوليين في طرق دلالات الألفاظ على الأحكام ، الطبعة الأولى ،
1989م دار الاتحاد الأخوي للطباعة .

ر/ علوان، فهدى محمد، القيم الضرورية ومقاصد التشريع ، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة
1989م .

ز/ الأمدي، أبو الحسن سيف الدين علي بن علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي ، الإحكام في أصول الأحكام،
مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت 1983م .

س/ الشوكاني, محمد بن علي بن محمد , ارشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول , الطبعة الأولى , مطبعة مصطفى البابي الحلبي , 1037 م , مصر .

ش/ الغزالي, محمد بن محمد بن محمد الغزالي , المستصفى من علم الأصول , دار احياء التراث العربي , لبنان , بيروت .

ص/ الشنقيطي, محمد الأمين الشنقيطي , مذكرة في أصول الفقه , الطبعة الخامسة , مكتبة العلوم والحكم , المدينة المنورة 2001 م .

خامساً / كتب قواعد الفقه الكلية .

أ/ الندوي, علي أحمد , تقديم العلامة الجليل الفقيه مصطفى الزرقاء , القواعد الفقهية , مفهومها , نشأتها , تطورها , دراسة مؤلفاتها , أدلتها , مهمتها , تطبيقاتها , دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع , دمشق , الطبعة الثانية , 1991 م .

سادساً / الكتب القانونية

أ/ بشير , أبو ذر الغفاري , العقد والارادة المنفردة في القانون السوداني , الطبعة السادسة , الخرطوم .

ب/ على, مولانا محمد صالح , شرح قانون العقود السوداني لسنة 1971 م, بدون تاريخ طبعة , وجهة طباعة .

ت/ ألكسي, روبرت ألكسي , فلسفة القانون , مفهوم القانون وسريانه , تعريب الدكتور / كامل فريد السالك , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الثانية , 2013 م .

ث/ الكباشي, المكاشفي طه الكباشي , تطبيق الشريعة الاسلامية في السودان بين الحقيقة والاثارة , مطبعة الزهراء للإعلام العربي , الرياض 1986 م .

ج/ زيدان, عبد الكريم زيدان , المدخل لدراسة الشريعة , بيروت , مؤسسة الرسالة , 1999 م .

ح/ ديننج, اللورد ديننج , كتاب ترشيد الفكر القانوني في تفسير القانون والوصايا والعقود , ترجمة هنري رياض , دار الجيل , بيروت , الطبعة الأولى , 1981 م .

خ/ منصور, محمد حسين منصور , المدخل إلى القانون , دار النهضة للطباعة والنشر , لبنان , بيروت 1995 م

د/ القوتلي, عدنان القوتلي , الوجيز في شرح القانون المدني , الطبعة الرابعة 1959 م .

ز/ كيرة , حسن كيرة , محاضرات في المدخل للعلوم القانونية , طبعة 1951 م .

ر/ مرزوق, أحمد , في نظرية الصورية في التشريع المصري , مطبعة نهضة مصر .

- ز/ عبد الله, سامي عبد الله , نظرية الصورية في القانون المدني , دراسة مقارنة , طبعة بيروت , دون ناشر 1977م
- س/ الديب , محمود عبد الرحيم الديب , الحيل في القانون المدني (في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي) طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر 2004م , الإسكندرية .
- ش/ أبو السعود, رمضان أبو السعود , الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني الجديد , المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني , الدار الجامعية للطباعة والنشر , لبنان , بيروت .
- ص/ كيرة , حسن كيرة , المدخل إلى القانون , الطبعة الخامسة الإسكندرية منشأة المعارف 1974م .
- ض/ الفتلاوي, سهيل الفتلاوي , المدخل لدراسة علم القانون , الطبعة الثانية , بغداد , مكتبة الذاكرة بغداد .
- ظ/ بوضياف , عمار بو ضياف , الوسيط في النظرية العامة للقانون , الطبعة الأولى عمان , دار الثقافة للنشر والتوزيع .
- ع/ السرحان, بكر السرحان , المدخل إلى علم القانون , دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة , عمان
- غ/ يحي, يس محمد يحي , مبادئ العلوم القانونية , الناشر وحدة الطباعة والتصوير جامعة القاهرة فرع الخرطوم .
- ف/ السنهوري, وأبو ستيت , أصول القانون , تفسير النصوص في الفقه الاسلامي , طبع لجنة التأليف 1952م .
- ق// صالح, محمد أديب صالح , تفسير النصوص في الفقه الاسلامي , دراسة مقارنة لمناهج العلماء في استنباط الأحكام من نصوص الكتاب والسنة , الطبعة الثالثة , المكتب الاسلامي , 1984م .
- ك/ الشفيح, ساميه عوض النور الشفيح, الدليل المصنف في موسوعة السوابق القضائية السودانية المنشورة في الفترة من 1970م- 2001م, القضايا المدنية, الطبعة الثالثة, مطبعة نضر, سوريا, 2006م .
- م/ صبرة , محمود محمد علي , صياغة العقود بالعربية والانجليزية وأثر ذلك في كسب الدعاوي , , بدون تاريخ طبعة وبدون جهة طباعة .
- ن/ جمال الدين, سامي جمال الدين, الرقابة على أعمال الادارة, منشأة المعارف, الإسكندرية 1992م ص 75 .
- ه/ ابراهيمي, منصور اسحق, نظريتنا القانون والحق, ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, 2001م ص 190 .
- سابعاً/ البحوث والرسائل الجامعية .
- أ/ العجلوني, عبد المهدي محمد سعيد العجلوني , قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد الأردني , دراسة أصولية مقارنة , الجامعة الأردنية , عمان 205م .

ثامناً / القوانين

أ/ قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة 1983 م

ب/ قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1983 م , وزارة العدل .

تاسعاً / المجالات والدوريات :

أ/ حامدي, عبد الكريم حامدي , ضوابط فهم النص , كتاب الأمة , سلسلة دورية تصدر كل شهر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية , قطر , العدد 108 , السنة الخامسة , رجب 1426 هـ .

ب/ الخادمي, نور الدين بن مختار الخادمي , الاجتهاد المقاصدي , حجيته .. ضوابطه .. مجالاته , كتاب الأمة , سلسلة دورية تصدر كل شهرين عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية , قطر , العدد 61 , السنة الثالثة عشر , الجزء الثاني , الطبعة الأولى أكتوبر 1998 م .

ت/ خلاف, الشيخ عبد الوهاب خلاف , تفسير النصوص القانونية وتأويلها , مجلة المحاماة المصرية العدد الأول 1950 م

ث/ مجلة الأحكام القضائية لسنة 1984 م , السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم .

ج/ نشرة الأحكام القضائية , يونيو , يوليو 1978 , السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم .

ح/ مجلة الأحكام القضائية لسنة 1975 , السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم .

خ/ مجلة الأحكام القضائية لسنة 1983 , السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم .

د/ مجلة الأحكام القضائية لسنة 1987 م , السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم .

ذ/ مجلة الأحكام القضائية , لسنة 1972 م , السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم

ر/ نشرة الأحكام الشهرية يوليو 1976 , السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم .

ز/ مجلة الأحكام القضائية لسنة 1962 م , السلطة القضائية , المكتب الفني , الخرطوم .

أحكام الأمر الجزائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي أكرم زاده الكوردي ماجستير في القوانين المقارنة، محقق قضائي في محكمة تحقيق دهوك

الملخص:

يتناول هذا البحث أحكام الأمر الجزائي في قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي. والغرض منه هو بيان هذه الأحكام بالتفصيل، بهدف إزالة ورفع الغموض التي يعتمها. وفي سبيل تحقيق ذلك، استخدم الباحث المنهج الاستقرائي، التحليلي، والنقدي. واختتم البحث بنتائج، منها: أن كلتا المحكمتين الجنح والتحقيق مختصتان بإصدار الأمر الجزائي، صلاحيات محكمة التحقيق أوسع من صلاحيات محكمة الجنح في هذا الخصوص، وأنها ملزمة بحسم الدعاوي المشمولة بالأمر الجزائي إن توفرت فيها الشروط المطلوبة. الكلمات الإفتتاحية: أحكام، الأمر الجزائي، قانون أصول، جزائي، عراقي.

Abstract

This research deals with the provisions of the penal order in the Iraqi Code of Criminal Procedure. Its purpose is to articulate these provisions in detail, with a view to removing and raising the ambiguity that prevails. In order to achieve this, the researcher used the inductive, analytical and monetary method. The research concluded with results, including: that both courts misdemeanors and investigation are competent to issue a criminal order, the powers of the investigation court are broader than the powers of the misdemeanors in this regard, the investigation court is obliged to resolve the cases covered by the penal order if the required conditions are available.

key words: provisions, penal order, procedure law, criminal, Iraqi.

مقدمة

تقتضي العدالة إصدار الحكم بحق المتهم من خلال محاكمة علنية شفوية حضورية لكي يدافع عن نفسه التهمة الموجهة إليه مهما كانت نوع الجريمة المرتكبة، وهذا ما كان عليه توجه القضاء لدهر من الزمن. لكن نتيجة لقلّة عدد القضاة مقابل الكثافة السكانية التي تزداد باستمرار، وزيادة عدد الجرائم البسيطة نتيجة للتطور الصناعي والتكنولوجي، تكدّست أضايا الدعاوي في المحاكم وخاصة جرائم المخالفات والجناح البسيطة، وأثر ذلك على عمل المحاكم الجزائية في نظر الدعاوي الأكثر خطورة. وعليه، ظهر اتجاه ينادي بضرورة الفصل في مثل هذه الجرائم بغياب المتهم دون اتباع إجراءات المحاكمة العادية، وإذا شعر المتهم أن أمر المحكمة مجحف بحقه، فله حق الاعتراض عليه. وهكذا، يتم توفير الوقت للمحاكم لبذل جهودها في الدعاوي الأكثر خطورةً من جانب، ومن جانب آخر يضمن حق المتهم في توجيه التهمة إليه دون تأخير مفرط، وسرعة الفصل في قضيته. وفيما بعد أصبحت هذه الحقوق مضمونة للمتهم، بموجب الاتفاقات الدولية¹، وأن غالبية القانونيين الجزائيين في عالم اليوم أخذ بنظام الأمر الجزائي، ومن ضمنها القانون الجزائي العراقي.

قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971م أخذ بنظام الأمر الجزائي منذ صدوره، وقد تناول أحكامه بشكل مفصّل في المواد (205-211)، لكن في عام 1980 أجري تعديل السابع على قانون الأصول حسب القانون رقم 33، وبموجبه عدّلت المادة 134، وذلك بإضافة الفقرة (د) إليها، وقد ألزم المشرع جهات أخرى مشاركة الجهات السابقة في إصدار الأمر الجزائي، كما أعطى لها صلاحيات واسعة في هذا الخصوص.

ونتيجة للتعديل المذكور، حصل تغيير في أحكام الأمر الجزائي، إذ هناك أكثر من جهة واحدة لإصدار الأمر الجزائي، وصلاحيات هذه الجهات مختلفة في بعض الجوانب، كل ذلك أدت إلى أن يشوب أحكام الأمر الجزائي بعض الغموض وعدم الوضوح، بين الأكاديميين والعاملين في سلك القضاء، وما هدف هذه الدراسة إلا محاولة لرفع هذا اللبس والغموض الذي يعتري هذه الأحكام.

ونسعى من خلال هذه الدراسة الإجابة على الأسئلة الآتية: أولاً، ما هي الجهات التي لها حق إصدار الأمر الجزائي في قانون أصول المحاكمات العراقي؟. ثانياً، ما هي أوجه التشابه والاختلاف بين صلاحيات هذه الجهات؟.

وسنعمد على المنهج الاستقرائي للنصوص القانونية ولما كتبه شرّاح قانون الأصول بخصوص الأمر الجزائي وتحليلها تحليلاً قانونياً بطريقة نقدية بغية رفع الغموض التي شابته أحكام الأمر الجزائي.

¹ المادة 14/ج من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966م، والمادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950.

ولغرض الإجابة على تساؤلات البحث، سيتم عرض ومناقشة موضوع البحث من خلال ثلاثة مباحث. في الأول، سنتناول تعريف الأمر الجزائي والمحاكم المختصة بإصداره. وفي الثاني، سنتطرق إلى الدعاوى المشمولة بالأمر الجزائي وشروطها. وسنختم البحث ببيان الاعتراض على الأمر الجزائي وحجّيته في المبحث الثالث.

المبحث الأول: تعريف الأمر الجزائي والمحاكم المختصة بإصداره.

المطلب الأول: تعريف الأمر الجزائي.

الأمر الجزائي لغةً: أَمَرَ يَأْمُرُ، أَوْمُرُ/ مُرٌّ، أَمْرًا، فهو أمرٌ، والمفعول مَأْمُورٌ (للمتعدّي). أَمَرَ فلانٌ: أولاً، أصدر أمراً، أو أعطى تعليمات لشخص ما، قضى. ثانياً، تزعم واستبدّ، أصدر الأوامر بتكبر وسيطرة. أما (الجزائي) فهو: عقوبة مفروضة بنصّ قانوني على فعل ممنوع قانوناً¹.

أما الأمر الجزائي اصطلاحاً، فلم يعرف المشرّع الجنائي العراقي الأمر الجزائي في قانون الأصول الجزائية، ولهذا تم تعريفه من قبل الشراح والفقهاء كل حسب فهمه لنصوص القانون.

فقد عرفه أحد الشراح بأنه: (القرار الصادر من محكمة الجنج بالإدانة والعقوبة أو بالإفراج دون اتباع إجراءات المحاكمة العادية)². ما يعيب هذا التعريف هو حصر إصدار الأمر الجزائي بمحكمة الجنج، في حين محكمة التحقيق هي الأخرى المختصة بإصدار الأمر المذكور. كما لم يبيّن فئة الدعاوى التي تصدر فيها الأمر الجزائي.

وآخر عرفه بأنه: (عبارة عن القرار الذي تصدره محكمة الجنج أو قاضي التحقيق كتابة على أوراق الدعوى دون اللجوء إلى إجراءات المحاكمة العادية، وذلك في بعض الجرائم البسيطة التي لا تستدعي كل ذلك وما تتطلبه من نفقات)³. عبارة (الجرائم البسيطة) التي وردت في التعريف غير دقيقة، فرغم شدة جرائم الجنج والجنايات عند مقارنتها بجرائم المخالفات، لها جرائم بسيطة وشديدة. إضافة إلى ذلك، رغم بساطة جرائم المخالفات فإن جميع المخالفات غير مشمولة بالأمر الجزائي.

ونقل آخر تعريفاً فقهيّاً للأمر الجزائي بأنه: (أمر قضائي يفصل في موضوع الدعوى الجنائية دون أن تسبقه إجراءات محاكمة جرت وفقاً للقواعد العامة، وترتهن قوته بعدم الاعتراض عليه خلال الميعاد الذي يحدده

¹الدكتور أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج 1، ط 1، عالم الكتب، دم ط، 2008م، ص 116، 372.
²الأستاذ المساعد سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، د. ط، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 1990م، ص 330.

³الأستاذ المساعد الدكتور وعدي سليمان المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية: نظرياً وعملياً، ط 2، مطبعة روزهلات، أربيل، 2015م، ص 260.

القانون)¹. ما يؤخذ على هذا التعريف هو عدم الإشارة إلى الجهة التي تصدر الأمر، كما أن الجملة الأخيرة من التعريف (وترتهن قوته بعدم الاعتراض عليه خلال الميعاد الذي يحدده القانون) زائدة ولا داعي لذكرها ضمن التعريف. وأخيراً، فإن عبارة (يفصل في موضوع الدعوى الجنائية) غير دقيقة، لأنها تشمل جميع الدعاوي الجزائية، بينما الأمر الجزائي خاص بفئة معينة.

بناء على ما سبق، سنحاول اقتراح تعريف جامع، بحيث يمكن اعتماده في ظل نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية الحالية، والمستقبلية فيما لو أجريت عليها تعديلات قدر الإمكان.

الأمر الجزائي: (إجراء قضائي، يصدر من المحكمة المختصة لحسم فئة معينة من الدعاوي الجزائية دون اتباع إجراءات المحاكمة العادية، في حال توفر شروط معينة فيها).

ولغرض التعرف على محاسن التعريف المقترح مقارنة بالتعريفات المذكورة أعلاه، سنتناول عناصره، وهي كما يلي:

أولاً: إجراء قضائي. بمعنى أن الإجراء الذي يتخذه السلطات الأخرى غير القضائية يعد خارج نطاق الأمر الجزائي. فمثلاً، حينما يقوم ضابط شرطة المرور بتفريم أحد السواق المخالفين، فلا يعتبر هذا الإجراء المتخذ من قبله أمراً جزائياً. إضافة إلى ذلك، فإن كلمة (إجراء) تتضمن (الأمر) و(القرار)، وعليه فحتى لو عدلّ المشرع القانون مستقبلاً وسى الأمر قراراً فيمكن اعتماده رغم التعديل.

ثانياً: يصدر من المحكمة المختصة. حدّد التعريف بأن الجهة المصدرة للأمر هي محكمة لكن لم يسمّ المحكمة المختصة بعينها، وعليه فإن القارئ مضطر للرجوع إلى نصوص القانون لمعرفة، وبالنتيجة فهو يستوعب النصوص الحالية والمستقبلية لو أجريت عليها تعديل. فمثلاً التعريف التي ذكرت أن الأمر الجزائي تصدره محكمة الجنح لم تعد مناسبة لأنه وبعد إجراء التعديل على القانون لم تعد هذا الحق قاصراً على محكمة الجنح بل يشاركها محكمة التحقيق أيضاً.

ثالثاً: لحسم. بيّن التعريف قوة هذا الإجراء التي هي انقضاء الدعوى الجزائية بصدوره. وعليه، يعطي للقارئ انطباعاً حول حقيقة الأمر الجزائي وأهميته.

رابعاً: فئة معينة من الدعاوي الجزائية. التعريف لم يقل (الدعاوي البسيطة) ولا (جرائم المخالفات) ولا فئة معينة من جرائم المخالفات). لذا فلو شملت مستقبلاً جميع جرائم المخالفات وحتى بعض جرائم الجنح بالأمر الجزائي يمكن الاعتماد على التعريف المقترح، لأنه لم يحدد نطاق الجرائم المشمولة بالأمر، وفي نفس الوقت لا يتعارض مع النصوص الحالية.

¹ عبدالله بن مسهوج جاراللهالشمري، الأمر الجنائي وأثره في إنهاء الخصومة الجنائية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008م، ص31.

خامساً: دون اتباع إجراءات المحاكمة العادية. هذا العنصر يوضح أن هذا الأمر لا يتطلب صدوره إجراءات معقدة ومكلفة مثل التبليغات وتشكيل المحكمة وإجراء المحاكمة وغير ذلك، إذ تصدر المحكمة الأمر كتابة على الأوراق بمجرد أن تكون التحقيقات الابتدائية كاملة وكافية.

سادساً: توفر شروط معينة فيها. هذا يعني ليس جميع جرائم المخالفات مشمولة بالأمر الجزائي، بل هناك شروط يجب توافرها فيها كي تتسنى للمحكمة المختصة حسمها.

علماء، سنتطرق إلى تفاصيل هذه العناصر من خلال المطالب اللاحقة عند الدخول في حيثيات البحث.

المطلب الثاني: المحاكم المختصة بإصدار الأمر الجزائي.

عند صدور قانون الأصول المحاكمات الجزائية رقم 23 سنة 1971 كانت المحكمة المختصة بصدور الأمر الجزائي والأمر بالإفراج حسب المادة 205 هي محاكم الجنج¹، لكن حينما أُجري التعديل السابع على القانون المذكور بموجب القانون رقم 33 عام 1980 تم تعديل المادة 134 من قانون الأصول، إذ أُضيفت الفقرة (د) إلى المادة المذكورة²، وبعد إجراء هذا التعديل أصبحت محاكم التحقيق هي الأخرى المختصة بصدور هذا الأمر، بل هي ملزمة بذلك. وأن هذا التعديل جعلت محاكم التحقيق هي المختصة تقريباً من الناحية العملية بإصدار هذا الأمر، أما محاكم الجنج فإنه من النادر أن تصدر منها هذا الأمر، والعلّة في ذلك، لأن محاكم التحقيق ملزمة بإصدار هذا الأمر مندوياً بحالة الدعوى إلى محاكم الجنج، ولم يبق لمحاكم الجنج سوى منفذين لإحالة الدعوى المشمولة بالأمر الجزائي إليها وهي:

أولاً: بموجب القانون بإمكان المحقق القضائي إحالة المتهم في دعاوي المخالفات إلى محاكم الجنج بأمر منه³، لكن من الناحية العملية المحقق القضائي منزوع الصلاحيات وغير مسموح له باستخدام صلاحياته المنصوص

¹مادة 205

أ. إذا وجدت المحكمة من تدقيق أوراق الدعوى أن المخالفة لا يوجب القانون الحكم فيها بالحبس أو أن طلباً بالتعويض أو برد المال لم يقدم فيها وأن الفعل ثابت على المتهم فتصدر أمراً جزائياً بالغرامة وبال عقوبات الفرعية دون تحديد جلسة لمحاكمة المتهم .

ب. إذا تبين للمحكمة أن الأدلة لا تكفي لثبوت ارتكاب المتهم الفعل المسند إليه أو أن القانون لا يعاقب عليه فتصدر أمراً بالإفراج عنه.

²المادة 134/د. استثناءً من أحكام الفقرتين (ب و ج) من هذه المادة، على القاضي التحقيق، أن يفصل فوراً في جرائم المخالفات التي لم يقع فيها طلب بالتعويض أو برد المال دون أن يتخذ قراراً بإحالتها على محكمة الجنج، ولا ينفذ الحكم الصادر بالحبس، إلا بعد اكتسابه الدرجة القطعية .

³ينظر المادة 134/ب من قانون الأصول.

عليها في قانون الأصول، إذ أنه يقوم بجميع الإجراءات التحقيقية باسم قاضي التحقيق وأنه مجرد كاتب في محكمة التحقيق لا أكثر.

ويؤكد أحد شراح قانون الأصول على هذه النقطة على اعتبار أن المحقق لا يقوم بإحالة دعاوي المخالفات على محكمة الجنح من الناحية العملية لكونه لا يقوم بأعماله إلا تحت إشراف قاضي التحقيق وبأمره، وبدلاً أن يدعو إلى تفعيل القانون وإعادة المجرى إلى مساره دعا إلى تعديل القانون بحيث يجرّد المحقق القضائي من الصلاحية هذه¹، متناسياً أن هذه الصلاحية والثقة المعلقة للمحقق من قبل المشرع، صلاحية استثنائية وليس للقاضي عليه أية سلطة وإشراف. وأن المشرع لم يعطه هذه الصلاحية الاستثنائية اعتباراً وإنما لغاية مهمة ألا وهي توفير الوقت والجهد لقاضي التحقيق لكي ينشغل هو بالقضايا المهمة وترك قضايا المخالفات التي هي جرائم بسيطة لكي يحيلها المحقق على محاكم الجنح، لذا من الضروري أن يشجّع قضاة التحقيق المحققين القضائيين وتحفيزهم لممارسة صلاحيتهم الاستثنائية هذه.

لكن رغم النقد الموجه للرأي القائل بتجريد المحقق القضائي من صلاحيته المذكورة أعلاه، نرى أن التعديل الجاري على المادة 134 يخاطب محاكم التحقيق بكافة عناصرها وليس شخص القاضي فقط. وعليه، فإذا كان القاضي الذي يعتبر الشخص الأول في محكمة التحقيق ملزم بحسم دعاوي المخالفات المشمولة بالأمر الجزائي وعدم إحالتها، فإن المحقق الذي يعتبر عنصراً أساسياً في محاكم التحقيق ويولي شخص القاضي، أن لا يحيل هذه الدعاوي، لكي يتم حسمها في مرحلة التحقيق من قبل القاضي، وبالتالي تحقيق الغرض المنشود من التعديل الجاري من قبل المشرع.

ثانياً: حينما يحيل المتهم إلى محكمة الجنح من قبل محكمة التحقيق في جريمة تعتبرها جنحة، ولكن حينما تدقّ محكمة الجنح الأوراق وترى أنها مخالفة وتتوفر فيها شروط الأمر الجزائي، فتعدّل الوصف القانوني للجريمة وتعتبرها مخالفة، عندها تستطيع استخدام صلاحياتها وإصدار الأمر المناسب في الدعوى².

وهناك من أضاف منفذ آخر وهو "إحالة المتهم بمخالفة توجب الحبس إلا أن محكمة الجنح تقرر تعديل الوصف القانوني للجريمة وعدّها مخالفة لا توجب الحبس"³. لا نتصور وقوع هذه الحالة، لأن محاكم التحقيق وبموجب التعديل المذكور أعلاه ملزمة بحسم دعاوي المخالفات حتى وإن كانت عقوبة الحبس وجوبية، إن توفر فيها الشروط الأخرى.

¹ ينظر الدكتور براء منذر كمال عبداللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط 5، مطبعة يادكار، السليمانية، 2016م، ص 203، 280.

² ينظر الأستاذ المساعد سعيد حسب الله عبدالله، المرجع السابق، ص 334.

³ الدكتور براء منذر كمال عبداللطيف، مرجع سابق، ص 281.

وقد ذكر أحد الشراح "أن العمل بنظام الأمر الجزائي يشبه معطل قانوناً" بسبب التعديل الجاري على المادة 134، نظراً لعدم إمكان إحالة دعاوى المخالفات على محاكم الجنح وإصدار الأمر الجزائي فيها من قبلها إلا من خلال المنفذين المذكورين أعلاه¹. بوجهة نظرنا المتواضعة نرى أن هذا التعبير المطلق -العمل بنظام الأمر الجزائي يشبه معطل قانوناً- غير دقيق، فالتعديل لم يعطل النظام، وإنما أعطت صلاحيات واسعة لمحاكم التحقيق في إصدار الأمر الجزائي في دعاوى المخالفات على حساب محاكم الجنح، وما القرارات التي تصدر من محاكم التحقيق لحسم دعاوى المخالفات إلا هي أوامر جزائية أو أمر بالإفراج، لكن إذا قيل - أن عمل محاكم الجنح بنظام الأمر الجزائي يشبه معطل قانوناً- بسبب التعديل الجاري على المادة 134، فهذا تعبير دقيق، وإذا كان الشارح يقصد هذا المعنى فقد أصاب الرأي.

المبحث الثاني: الدعاوى المشمولة بالأمر الجزائي وشروطها.

المطلب الأول: الدعاوى المشمولة بالأمر الجزائي، والشروط الواجب توافرها فيها.

بموجب قانون العقوبات العراقي، تقسم الجرائم الى ثلاث فئات حسب درجة خطورتها وهي: جرائم الجنايات، وجرائم الجنح، وجرائم المخالفات². وبموجب قانون الأصول الجزائية، فإن محاكم الجنايات تكون مختصة بحسم دعاوى جرائم الجنايات، أما حسم دعاوى الجنح والمخالفات فإنها من اختصاص محاكم الجنح³.

تتضح من هذه التقسيمات بأن جرائم المخالفات تعتبر جرائم بسيطة وأقل خطورة من بقية الجرائم، ولهذا السبب أعطى المشرع لمحاكم التحقيق، بل وألزمها بحسم دعاوى المخالفات بالأمر (الجزائي أو الإفراج) بعد انتهاء التحقيق من دون إحالتها الى محاكم الجنح في حالة توفر شروط معينة في هذه الدعاوى والتي سنتطرق إليها لاحقاً. كما أعطى هذا الحق لمحاكم الجنح في حالة إحالة الدعوى إليها من خلال المنفذين المذكورين آنفاً. وفي كلتا الحالتين سواء حسمت هذه الدعاوى من قبل محاكم التحقيق أو محاكم الجنح بأمر منها، فإن ذلك يوفر الجهد والوقت لمحاكم الجنح لحسم دعاوى جرائم الجنح الأشد خطورة، كما يساعد على سرعة حسم الدعاوى وعدم تراكمها.

ورغم تصنيف المشرع دعاوى المخالفات ضمن الدعاوى الأقل خطورة من غيرها، أوجب توفر شروط معينة فيها لكي تتمكن المحكمة المختصة من حسمها بالأمر الجزائي، وهذه الشروط هي كما يلي:

1. أن يكون المشتكي أو المتضرر من الجريمة قد رفض أو تنازل عن طلب التعويض بحق المتهم.

¹المرجع نفسه، ص 280.

²ينظر المادة 23 قانون العقوبات العراقي.

³ينظر المادة 138 قانون الأصول العراقي.

2. أن يكون المشتكي أو المتضرر من الجريمة قد رفض أو تنازل عن رد المال بحق المتهم.
3. أن لا تكون عقوبة الحبس هي العقوبة الوجوبية لجريمة المخالفة موضوع الدعوى، وهذا الشرط خاص بمحكمة الجناح حينما تنظر في الدعوى. بينما محكمة التحقيق، وبموجب التعديل فإن سلطتها أوسع ويحق لها حسم دعاوي المخالفات حتى وإن كانت عقوبة الحبس وجوبية¹، إذ بمجرد توفر الشروط السابقة في الدعوى يحق لها حسم الدعوى. وأن عدم إلزام المشرع محاكم التحقيق بهذا الشرط يجعل من إحالة دعاوي المخالفات على محاكم الجناح في نطاق ضيق جداً، وهذا ما ثبت لنا من خلال المطلب السابق.

وما يجلب الانتباه أن بعض شرّاح القانون، أضافوا شرط آخر الى الشروط أعلاه وهو "احتمال أن المتهم سيرضى" بالأمر². نربأ أن هذا الشرط، لا أساس له في القانون، فالنصوص التي نظمت أحكام الأمر الجزائي لم تنص مطلقاً على هذا الشرط لا بشكل صريح ولا ضمني. وهناك مبدأ قانوني يقول: لا اجتهاد في مورد النص. وعليه، ولكون النصوص القانونية واضحة وصريحة بخصوص الشروط الواجب توافرها في دعوى المخالفة حتى يمكن حسمها بالأمر الجزائي أو بالإفراج، لذا فإن هذا الشرط باطل، ولا يجوز التقيّد به.

المطلب الثاني: كيفية إصدار الأمر الجزائي.

رغم أن إصدار الأمر الجزائي أو بالإفراج لا تمر بمراحل معقدة، لكنه وفي الوقت نفسه، هو إجراء من نوع خاص، فهو لا يعتبر من القرارات الإعدادية ولا العادية التي تصدر من خلال سير الدعوى. وإنما هو أمر، بمثابة حكم قضائي نهائي تنقضي به الدعوى مثل الطرق العادية لإنقضاء الدعوى الجزائية المنصوص عليها في المادة 300 من قانون الأصول، كوفاة المتهم، أو صدور حكم بات في الدعوى، أو العفو عن الجريمة وغيرها.

فالمحكمة المختصة حينما تدقّق أوراق الدعوى، وترى أن الإجراءات التحقيقية كاملة، فإنها تصدر أمرها الجزائي بالحبس أو الغرامة والعقوبات الفرعية إذا وجدت أن الفعل ثابت على المتهم، أو تصدر أمرها بالإفراج إذا وجدت بأن الأدلة غير كافية لإدانته أو أن الفعل المرتكب من قبله غير معاقب عليه قانوناً، من دون تحديد جلسة للمحاكمة وتبليغ المتهم للحضور³. وهذا يحقّق التوازن بين تحقيق العدالة السريعة من جانب، وكسر

¹ ينظر المادتين 134/د و 205 من قانون الأصول.

² الأستاذ المتمرس عبد الأمير العكيلي، والدكتور سليم إبراهيم حربة، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج 2، د.ط، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2008م، ص 163. والأستاذ المساعد سعيد حسب الله عبد الله، مرجع سابق، ص 331.

³ ينظر المادتين 134/د و 205 من قانون الأصول.

الإجراءات الروتينية الشكلية من جانب آخر¹. ويفهم من نصوص القانون بجواز صدور الأمر بغياب جميع أطراف الدعوى. علماً، الأمر يصدر كتابة على أوراق الدعوى، وبعد صدوره يبلغ المتهم بالأمر حسب الأصول². وتجدر الإشارة، بأنه إذا صدرت من محكمة التحقيق أمر جزائي بحبس المتهم فإنه لا ينفذ بحقه إلا بعد اكتساب الأمر الدرجة القطعية، وعلى المتهم في هذه الحالة تقديم كفيل له يضمن حضوره لتنفيذ الحبس بحقه بعد اكتساب الأمر درجة البتات، وإذا حصل أن رفض تقديم كفيل أو لم يستطع إحضار كفيل له، فينفذ الحبس بحقه فوراً³، لكن من الناحية العملية لا يتم تنفيذ القانون بشكل سليم بهذا الخصوص.

ونود الإشارة، بأن محاكم الجرح لها حق إصدار الأمر الجزائي بالغرامة والعقوبات الفرعية فقط في دعاوي المخالفات التي تحسم من قبلها بالأمر الجزائي⁴، بينما محاكم التحقيق، يحق لها إضافة إلى ذلك، إصدار الأمر الجزائي بالحبس أيضاً، كما اتضح آنفاً. ولهذا السبب، نرى أن إطلاق مصطلح (الغرامة الفورية) على الأمر الجزائي غير دقيق لأنه من المحتمل أن يصدر أمر جزائي بالحبس من محكمة التحقيق بحق المتهم وليس الأمر بالغرامة. وأن السبب من وراء تداول مصطلح (الغرامة الفورية) بدلاً من الأمر الجزائي في العرف القضائي العراقي يعود إلى: أن إصدار الأمر الجزائي كانت محصورة في محاكم الجرح وإنما كانت ملزمة بإصدار الأمر بالغرامة دون الحبس في هذه الدعاوي، لكن بعد التعديل الذي أجري على القانون أصبحت محاكم التحقيق هي الأخرى المختصة في هذا المجال، ولها إضافة إلى إصدار الأمر الجزائي بالغرامة، إصدار الأمر بالحبس. ولهذا لم يعد استخدام هذا المصطلح العرفي القضائي مناسباً بعد التعديل.

وأخيراً، ذهب رأي إلى القول: بأنه في حالة عدم استطاعة قاضي التحقيق الفصل فوراً في جرائم المخالفات المشمولة بالأمر الجزائي لكون "إحضار ذوي العلاقة يحتاج إلى زمن أو تعذر إحضار المتهم فوراً أو إذا احتاجت الدعوى إلى تحقيق قضائي"، عليه إحالة الدعوى على محكمة الجرح⁵. حقيقة، نستغرب من هذا الرأي أيضاً ونرد عليه بما يلي:

¹ انظر عبدالله بن مسهوج جار الله الشمري، مرجع سابق، ص 201.

² ينظر المادة 206 من قانون الأصول.

³ ينظر المادتين 134/د و 282 من قانون الأصول. المادة 282: تنفذ الأحكام الجزائية فور صدورها وجاهاً أو اعتبارها بمنزلة الحكم الوجاهي ويستثنى من ذلك أحكام الإعدام فلا تنفذ إلا وفق القواعد المنصوص عليها في الباب الخاص بها من هذا القانون وكذلك أحكام الحبس الصادرة في المخالفات فلا تنفذ إلا بعد اكتسابها درجة البتات على أن يقدم المحكوم عليه فيها كفياً ضامناً بالحضور لتنفيذ عقوبة الحبس متى طلب منه ذلك وإلا نفذت عليه العقوبة فوراً.

⁴ ينظر المادة 205 من قانون الأصول.

⁵ جمال محمد مصطفى، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، د.ط، مطبعة زمان، بغداد، 2004م. ص 137، 140. المؤلف قاضي في محكمة التمييز العراقية سابقاً.

أولاً: لم ينص القانون على إلزام محكمة التحقيق بإحالة الدعوى على محكمة الجench إذا وقعت هذه العراقيل، إذ هذه العراقيل مجرد افتراضات لا أكثر.

ثانياً: إحضار ذوي العلاقة وحتى المتهم غير ضروري لإصدار الأمر الجزائي، فالقانون أجاز إصدار الأمر بحق المتهم في غيابه، وبعد ذلك يتم تبليغه بالأمر وله حق الاعتراض.

ثالثاً: ومن الناحية العملية، فإن المحاكم الجزائية العادية (محاكم الجench والجنايات) إذا وجدت نقص في التحقيقات الابتدائية التي أجريت من قبل محاكم التحقيق، كتدوين إفادة شاهد مثلاً، فإنها عادة لا تقوم بذلك بنفسها رغم سهولة الإجراء، وإنما تتدخل تمييزاً في قرار الإحالة ويلزم محكمة التحقيق للقيام بهذا الإجراء البسيط. كما أن المحاكم العادية غالباً ما تلجأ إلى محاكم التحقيق لغرض إحضار ذوي العلاقة والمتهم إذا تعذرت عليها إحضارهم، لكون محاكم التحقيق لها علاقة وثيقة مع مراكز الشرطة ومكاتب مكافحة الإجرام.

وإذا كان صاحب هذا الرأي يقصد بإحالة الدعوى في حالة الاعتراض على الأمر الجزائي، فستتطرق إلى مثل هذه الآراء في المطلب القادم عندما نتناول الاعتراض على الأمر الجزائي.

المبحث الثالث: الاعتراض على الأمر الجزائي وحجتيته.

المطلب الأول: الاعتراض على الأمر الجزائي.

بموجب القانون حينما يصدر الأمر الجزائي أو الأمر بالإفراج كتابة على أوراق الدعوى يبلغ المتهم به، وله حق الاعتراض على الأمر الجزائي خلال سبعة أيام من تاريخ تبليغه بالأمر¹، حفاظاً على حقه في الدفاع عن نفسه لأنه ربما يشعر بأن إدانته بموجب هذا الأمر إجحاف بحقه وأن لديه أدلة تثبت برائته من الجريمة موضوع الدعوى.

تقدم الاعتراض بعريضة إلى المحكمة نفسها التي أصدرت الأمر الجزائي، وهذه المحكمة قد تكون محكمة التحقيق أو محكمة الجench حسب الأحوال. عندها تقوم المحكمة بتعيين يوم للمحاكمة وتبلغ به أطراف الدعوى وخاصة المتهم².

وفي اليوم المعين للمحاكمة إذا لم يحضر المتهم المعارض رغم تبليغه، أو تبين بأن اعتراضه خارج المدة القانونية، عندها تقرر المحكمة رد الاعتراض ويكون الأمر الجزائي باتاً غير قابل للطعن، وكذلك الحال إذا لم يعترض على الأمر الجزائي مطلقاً.

¹ ينظر المادتين 206 و 207 من قانون الأصول.

² ينظر المادة 207 من قانون الأصول.

أما إذا حضر المتهم يوم المحاكمة، وكان اعتراضه ضمن المدة القانونية، فيتم محاكمته حسب الأصول، ويتبع المحكمة في هذه الحالة إجراءات المحاكمة في الدعاوي الموجزة المنصوص عليها في المواد (201-204) من قانون الأصول، مثل عدم توجيه التهمة الى المتهم وتدوين ملخص لجميع الإجراءات في محضر وغير ذلك. وبعد ذلك تصدر المحكمة حكمها في الدعوى وفق أحكام القانون على شرط عدم التشديد¹، أي أن لا يكون الأمر الجزائي المعارض عليه من قبل المتهم أخف من الحكم الصادر بحقه بعد الاعتراض، على أساس المبدأ القانوني (لا يضار الطاعن بطعنه)². فمثلاً، إذا كانت محكمة التحقيق أصدرت أمر جزائي بالغرامة بحق المتهم، فلا يجوز لها إصدار حكم بحبس المتهم بعد اعتراضه على الأمر الجزائي بالغرامة.

وتجدر الإشارة، بأن القرار الصادر من المحكمة المختصة بعد الاعتراض على الأمر لديها وإجراء المحاكمة الأصولية للمتهم، لا يعتبر أمراً جزائياً وإنما هو حكم قضائي تنتهي به الدعوى³. ولكونه حكم قضائي، فإنه قابل للطعن وفق أحكام قانون الأصول، مثل الطعن عليه تمييزاً لدى محكمة الجنايات المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم⁴.

ومن الناحية العملية، قد يكون في الدعوى أكثر من متهم، فيعترض على الأمر الجزائي بعض المتهمين، أي يرضى بعض المتهمين بالأمر الجزائي الصادر بحقهم، بينما يرفضه آخرون ويعترضون عليه، في هذه الحالة تطبق أحكام الاعتراض على المتهمين المعارضين فقط دون الآخرين الراضين بالأمر⁵.

وقد يحصل أيضاً، أنه عند تنفيذ الأمر الجزائي بحق المتهم، يدعي الأخير بأنه لم يبلغ بالأمر وله حق الاعتراض على الأمر. في هذه الحالة يقدم دفعه هذا للمحكمة بعريضة، فإذا تبين للمحكمة صحة إدعائه، تقرر المحكمة إرجاء تنفيذ الأمر بحقه، ويتم تعين يوم لمحاكمته ويتبع أحكام الاعتراض التي سبق بيانها⁶.

وقبل الانتقال الى موضوع حجية الأمر الجزائي، من المفيد الإشارة الى رأي يقول: "لم يوضح القانون ما هي الآثار التي تترتب على الاعتراض على الأمر الجزائي لدى قاضي التحقيق من حيث الجهة التي تنظر هذا الاعتراض، ونعتقد أنه بمجرد حصول مثل هذا الاعتراض فإنه ينبغي على قاضي التحقيق إحالة الدعوى بشكل موجز الى محكمة الجرح لتتولى نظر الدعوى بطريق المحاكمة العادية، لأن قاضي التحقيق ليس بمحكمة

¹ ينظر المادتين 208 و 210 من قانون الأصول.

² ينظر الأستاذ المساعد الدكتور وعدي سليمان المزوري، مرجع سابق، ص 262.

³ ينظر جمال محمد مصطفى، مرجع سابق، ص 140.

⁴ ينظر الأستاذ المتمرس عبد الأمير العكيلي، والدكتور سليم إبراهيم حربة، المرجع السابق، ص 164. و ينظر المادة 265 من قانون الأصول.

⁵ ينظر المادة 209 من قانون الأصول.

⁶ ينظر المادة 211 من قانون الأصول.

الموضوع أصلاً وإنما أعطي صلاحية الفصل في المخالفات على سبيل الإستثناء وهذا لا يجوز التوسع فيه"¹. ورأي آخر يقترح: بإحالة الدعوى على محكمة الجنح بمجرد الاعتراض على الأمر الجزائي². وللباحث تعليق على هذين الرأيين، وكما يلي:

أولاً: صحيح أن القانون لم يوضح الآثار التي تترتب على الاعتراض على الأمر الجزائي لدى قاضي التحقيق من حيث الجهة التي تنظر هذا الاعتراض، لكن وكما هو معروف أن المشرع دائماً يحاول صياغة القانون بلغة قانونية سليمة وبشكل موجز، وعدم التكرار. وإنه إذا تناول مسألة ما بشكل مفصل في موضع، فإنه لا تتناولها في موضع آخر بشكل مفصل مرة أخرى، وإنما تتناولها بقدر الحاجة وتحيل الى الموضوع المفصل إما صراحةً وإما ضمناً. وفيما يتعلق بالأمر الجزائي، فإنه كان من إختصاص محاكم الجنح عند تشريع قانون الأصول، ولكن فيما بعد أجريت عليه تعديل وأصبحت محاكم التحقيق هي الأخرى المختصة بإصدار هذا الأمر أيضاً، لذا ففي التعديل الجاري على المادة 134 لم يتطرق المشرع الى بيان جميع أحكام الأمر الجزائي لدى محاكم التحقيق وإنما تطرقت إليها بقدر الحاجة إذ بين فيه أن محاكم التحقيق ملزمة بإصدار الأمر الجزائي في حالة توفر الشروط المطلوبة في دعاوي المخالفات، كما أوضح أيضاً أن لها حق إصدار أمر جزائي بالحبس، في حين محاكم الجنح كانت مخيرة في إصدار الأمر الجزائي وليكن لها الحق في إصدار الأمر بالحبس. وعليه، فإن العلة من عدم بيان أحكام الأمر الجزائي بالتفصيل مرة أخرى في التعديل المذكور هي، لأن المشرع عند تشريعه قانون الأصول لأول مرة بين جميع أحكامه في المواد (205-211)، وتجنباً للتكرار لم يتطرق إليها.

ثانياً: أما إحالة الدعوى الى محكمة الجنح بمجرد الاعتراض عليه، لكون محكمة التحقيق ليست بمحكمة الموضوع، وأن هذه الصلاحية قد أعطيت لها على سبيل الإستثناء، لذا لا يجوز التوسع فيه. فيردّ على هذا القول: أن المواد التي نظمت أحكام الأمر الجزائي نصت صراحة على الاعتراض عليه لدى المحكمة التي أصدرته، كما لا تجد نصاً في قانون الأصول تقبل الاعتراض على حكم أو قرار أو أمر لدى جهة أخرى غير التي أصدرته. إضافة إلى ذلك، فإن العلة من تشريع هذا التعديل هي سرعة حسم الدعاوي المخالفات البسيطة أثناء مرحلة التحقيق لتخفيف أعباء محاكم الجنح. وعليه، فإن صلاحيات محاكم التحقيق بخصوص الأمر الجزائي، هي نفس صلاحيات محاكم الجنح، بل وأوسع منها وإن كانت استثنائية.

المطلب الثاني: حجية الأمر الجزائي.

تناولت المادة 227 من قانون الأصول أحكام حجية الأحكام والقرارات الجزائية، إذ نصت على: "يكون الحكم الجزائي البات بالإدانة أو البراءة حجة فيما يتعلق بتعيين الواقعة المكونة للجريمة ونسبتها الى فاعلها ووصفها

¹الأستاذ المساعد الدكتور وعدي سليمان المزوري، مرجع سابق، ص 263.

²ينظر الأستاذ المساعد سعيد حسب الله عبدالله، المرجع السابق، ص 334.

القانوني، وأن لقرار الإفراج الصادر من المحكمة الجزائية أو قاضي التحقيق قوة الحكم بالبراءة عند إكتسابه الدرجة النهائية، وأن المحكمة المدنية لا ترتبط بالحكم أو القرار الجزائي البات أو النهائي في المسائل والوقائع التي لم يفصل فيها أو فصل فيها دون ضرورة". بعد ذلك جاء المشرع ونص في المادة 228 مباشرة على سريان نفس الأحكام على الأمر الجزائي. وعليه، فإن حجية الأحكام والقرارات الجزائية التي تصدر من مختلف المحاكم الجزائية، وحجية الأمر الجزائي الذي يصدر في دعاوي المخالفات من محاكم التحقيق والجنح هي نفسها دون أية اختلاف.

الخاتمة

بعد البحث في موضوع الأمر الجزائي من خلال نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، وما دونه الشراح في مصنفاتهم حول الأمر الجزائي، توصل الباحث إلى الاستنتاجات والتوصيات الآتية:
أولاً: الاستنتاجات.

1. لم تعد محاكم الجنح هي الجهة الوحيدة في إصدار الأمر الجزائي أو الأمر بالإفراج، بل يشاركها في ذلك محاكم التحقيق.
2. من أوجه التشابه بين صلاحيات المحكمتين:
أولاً: لكلتا المحكمتين الحق في حسم دعاوي المخالفات من خلال الأمر الجزائي أو الأمر بالإفراج إذا رفض أو تنازل المشتكي عن التعويض أو رد المال بشرط أن لا تكون عقوبة الحبس وجوبية.
ثانياً: لكلتا المحكمتين النظر في الاعتراض المقدم إليهما على الأمر الجزائي الصادر منها وإجراء محاكمة المتهم حسب الأصول.
3. من أوجه الاختلاف بين صلاحيات المحكمتين.
أولاً: لمحكمة التحقيق وحدها دون محكمة الجنح الحق في إصدار الأمر الجزائي وحسم دعاوي المخالفات إذا رفض أو تنازل المشتكي عن التعويض أو رد المال وإن كانت عقوبة الحبس وجوبية.
ثانياً: محكمة التحقيق ملزمة بحسم دعاوي المخالفات بالأمر الجزائي أو بالإفراج في حالة توفر الشروط فيها، بينما محكمة الجنح لها الحق في حسمها بالأمر، وكذلك النظر فيها باتباع الإجراءات العادية لكن بطريقة موجزة¹.

¹ ينظر الأستاذ المتمرس عبد الأمير العكيلي، والدكتور سليم إبراهيم حربة، المرجع السابق، ص 162-163. وينظر المادة 134/ب. يحال المتهم في مخالفة على محكمة الجزاء بقرار من القاضي أو أمر من المحقق بدعوى موجزة. جـ يجب تدوين إفادة المتهم قبل صدور القرار بالإحالة بمقتضى الفقرة ب، كما يجب إجراء التحقيق في المخالفة إذا قرر القاضي ذلك.

ثالثاً: المحكمة الفعلية لحسم دعاوي المخالفات بالأمر الجزائي هي محكمة التحقيق دون محكمة الجنح، والسبب في ذلك يعود إلى التعديل الجاري على القانون والذي ألزمت محكمة التحقيق بحسم هذه الدعاوي دون إرسالها لمحكمة الجنح.

ثانياً: التوصيات.

1. ضرورة النص صراحة على حق محكمة التحقيق في نظر الاعتراض المقدم على الأمر الجزائي الصادر منها، لحسم الخلاف في هذا الخصوص.
2. نظراً لكثرة دعاوي المخالفات المشمولة بالأمر الجزائي، نرى ضرورة تخصيص قضاة لحسم هذه الدعاوي حصراً.

المراجع:

أولاً: الكتب.

1. الدكتور أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج1، ط1، عالم الكتب، دم ط، 2008م.
2. الدكتور براء منذر كمال عبد اللطيف، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ط5، مطبعة يادكار، السليمانية، 2016م.
3. جمال محمد مصطفى، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، د.ط، مطبعة زمان، بغداد، 2004م.
4. الأستاذ المساعد سعيد حسب الله عبد الله، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، د.ط، دار الحكمة للطباعة والنشر، الموصل، 1990م.
5. الأستاذ المتمرس عبد الأمير العكيلي، والدكتور سليم إبراهيم حربية، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، ج2، د.ط، شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2008م.
6. الأستاذ المساعد الدكتور وعدي سليمان المزوري، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية: نظرياً وعملياً، ط2، مطبعة روزهلات، أربيل، 2015م.

ثانياً: الرسائل الجامعية:

7. عبد الله بن مسهوج جار الله الشمري، الأمر الجنائي وأثره في إنهاء الخصومة الجنائية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008م.

ثالثاً: اتفاقيات دولية:

8. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966م.
9. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950م.

رابعاً: المتون القانونية:

10. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971م.
11. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969م.

الحماية التقنية لوسائل الوفاء الإلكترونية - تطلعات قانونية

محمد فاضل باني، دكتور في الحقوق تخصص القانون خاص (المغرب)

Abstract :

The technological development has helped in creativity means of payment which were generated by the evolution of the internet and the emergence of e-commerce .

These means helped in giving time and cost and also they helped in achieving benefits that traditional methods of payment could achieve, nevertheless, we can't say that it is flawless.

This technological development which the economic operators carry several risks that electronic commercial transactions especially those related to cybercrimes in addition to Bank cards crimes.

Based on the above, it is clear that the concept of electronic payment has gained special importance in the recent period, as a result of the global trend of most countries towards the horizons of digital work, which makes the recognition of this modern concept an urgent requirement, so it was useful to study this subject by raising the following problem :

To what extent has the Moroccan legislator been able to devote sufficient protection to electronic payment applications in the Moroccan banking system?

الملخص:

لقد سمح التطور التكنولوجي بإبداع وسائل دفع إلكترونية والتي تولدت عن تطور شبكة الإنترنت وبروز التجارة الإلكترونية مما سمحت هذه الوسائل باختصار الوقت والتكلفة وتحقيق مزايا لم تتمكن وسائل الدفع التقليدية من تحقيقها، ولكن هذا لا يعني أنها تخلو من العيوب.

هذا التطور التكنولوجي الذي يخدم المتعاملين الاقتصاديين حمل في طياته عدة مخاطر تهدد المعاملات التجارية الإلكترونية خاصة الجرائم الإلكترونية وجرائم البطاقات البنكية، وانطلاقا مما سبق يتضح أن مفهوم الوفاء الإلكتروني اكتسب أهمية خاصة في الفترة الأخيرة، وذلك نتيجة التوجه العالمي لغالبية الدول نحو آفاق العمل الرقمي، مما يجعل التعرف على هذا المفهوم الحديث مطلبا ملحا، لذلك كان من المفيد القيام بدراسة هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية:

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي تكريس حماية كافية لتطبيقات الوفاء الإلكتروني في منظومة البنوك المغربية؟

المقدمة

يعيش العالم في وقتنا الحاضر وسط كثير من الابتكارات والاختراعات في جميع المجالات، حيث شملت هذه التغيرات مجال الاقتصاد على المستوى العالمي الذي شهد تحولات سريعة وهامة على الصعيد التكنولوجي، فأصبحنا نعيش في زمن ثورة تكنولوجيا المعلومات غيرت مجرى الاقتصاد من الشكل التقليدي إلى الشكل الإلكتروني، وجعلت هذه الثورة التكنولوجية العالم قرية صغيرة، شهدت خلالها كل المتغيرات الاقتصادية تطورا سريعا وحاسما من حيث الضخامة والنشاط.

وشملت هذه التغيرات القطاع المصرفي الذي يلعب دورا هاما وحيويا في الحياة الاقتصادية لما له من تأثير ايجابي في تحقيق التنمية عن طريق تعبئة الموارد وتوزيعها بأسلوب يضمن تحقيق الأهداف المسطرة، ومع تنامي العولمة في جميع المجالات بما فيها المجال المالي، وانتشار المنافسة بين المؤسسات المالية شهدت البنوك تقدما ملموسا في مجال السماح للعملاء بتنفيذ العمليات المصرفية خصوصا تقديم العديد من الخدمات المبتكرة من خلال شبكات الاتصال الإلكترونية وذلك باستخدام وسائل الدفع الإلكترونية الأمر الذي أدى إلى ظهور البنوك الإلكترونية التي جعلت العمليات المالية أكثر سهولة¹.

وتماشيا مع التطورات التكنولوجية في مجال الاقتصاد كان لابد للمغرب الارتقاء بنظامه المصرفي إلى مستوى تلك التطورات وبالتالي ضرورة تحديث نظام الدفع الذي يعاني من مجتمع يرفض التعامل بالوسائل

¹ - Brenda Kieman: E-commerce, stratégie a solutions, microsoft press, paris 2001, p 250.

الحديثة إلا قليلا معطيا الأولوية للسيولة النقدية في تعاملاته، مما أدى إلى دخول المغرب في بعض المشاريع التي دخلت حيز التنفيذ في إطار تحديث وسائل الدفع الإلكترونية.

صحيح أن المشرع المغربي تطرق في نطاق المادة 6 من القانون 12.103 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها والتي أعطت تعريفا لوسائل الأداء بأنها جميع الأدوات التي تمكن الشخص من تحويل الأموال، كيفما كانت الوسيلة أو الطريقة التقنية المستعملة في ذلك .

كما تحقق وسائل الوفاء الإلكتروني بأنواعها المختلفة نتائج مهمة بالنسبة للمؤسسات البنكية، إذ تمكنه من إعادة النقود المودعة لديها في الاستثمارات ودعم القطاع الخاص، الشيء الذي يدفع بعجلة الاقتصاد في أغلب الدول إلى التحسن وبلوغ المراد، لكن على الرغم من الدور الإيجابي الذي تلعبه وسائل الدفع والائتمان الحديثة في مختلف الميادين كالإدارات والشركات والمعاهد والبنوك، إلا إنها قد تتعرض للتلاعب والتحايل باستخدامها، مما يشكل تهديدا مباشرا لحاملها ومصدرها من جهة، وكذا بالنسبة للاقتصاد المحلي والدولي من جهة أخرى، وإيضا أمام عدم كفاية النصوص القانونية وكذا عدم وجود نظام قانوني متكامل يحقق حمايتها.

وانطلاقا مما سبق، يتضح أن مفهوم الوفاء الإلكتروني اكتسب أهمية خاصة في الفترة الأخيرة، وذلك نتيجة التوجه العالمي لغالبية الدول نحو آفاق العمل الرقمي، مما يجعل التعرف على هذا المفهوم الحديث مطلبا ملحا، لذلك كان من المفيد القيام بدراسة هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية:

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي تكريس حماية كافية لتطبيقات الوفاء الإلكتروني في منظومة البنوك المغربية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية أثرتنا معالجة هذا الموضوع من خلال اعتمادنا منهجا تحليليا معتمدين على التصميم التالي:

المبحث الأول: الوفاء الإلكتروني: تعريفه، آلياته المعتمدة في البنوك المغربية

المبحث الثاني: تقنيات حماية الوفاء الإلكتروني

المبحث الأول: الوفاء الإلكتروني: تعريفه، آلياته المعتمدة في البنوك المغربية

أفرزت التجارة الإلكترونية منظومة الوفاء الإلكتروني كمنظومة جديدة يجب الوقوف عند مفهومها (فقرة أولى)، ويتم العمل بهذه المنظومة وفق آليات ووسائل إلكترونية حديثة لم تكن موجودة من قبل حيث كان للبيئة الإلكترونية الدور الأساسي في خلقها واستخدامها والمتمثلة في كل من البطاقة البنكية وهي من وسائل الوفاء التقليدية والنقود الإلكترونية والشيك المعالج إلكترونيا باعتبارهما وسيلتي وفاء حديثة (فقرة ثانية).

المطلب الأول: تعريف الوفاء الإلكتروني.

تعتبر مسألة تحديد المفاهيم من الأمور الجوهرية في أي دراسة علمية، فمن خلالها يتم رصد الإطار المفاهيمي والمعرفي، لموضوع البحث لذلك ارتأينا أن نفرّد لها هذا المطلب من خلال بيان مختلف التوجهات الفقهية والقانونية التي تناولت الموضوع (الفقرة الأولى)، ثم بعد ذلك سنقف عند موقف القضاء من استعمال وسائل الوفاء الإلكتروني في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التوجهات الفقهية والتشريعية في تحديد مفهوم الوفاء الإلكتروني.

الوفاء أو الأداء هو إعطاء الثمن وأخذ السلعة في عقد البيع، ويعد اتفاق بين الدائن والمدين على قضاء الدين، ويقصد به قيام المدين بتنفيذ ما رتب على نفسه من التزام، وذلك عن طريق أداء محل هذا الالتزام، كالالتزام المؤجر نحو المستأجر من حيث تمكينه من الانتفاع بالشيء المأجور أو التزام المستقرض إزاء المقرض من حيث رد مبلغ القرض إليه، فإن المؤجر أو المقرض يعتبر قد وفى بالتزامه إذا قام الأول بتسليم المأجور إلى المستأجر، وقام الثاني بدفع القرض إلى المقرض، أما إذا كان محل الالتزام هو الامتناع عن عمل، كالالتزام ممثل بعدم قبول التمثيل لدى شركة منافسة للشركة التي تعاقد معها، فإن الممثل يعتبر قائماً بالوفاء بالتزامه مادام يرفض العمل مع هذه الشركة المنافسة.¹

أما الوفاء الإلكتروني فإن المراد به هو استخدام أجهزة الحاسوب لإرسال أمر الأداء والربط بين المتعاقدين عبر خط تلفوني أو عبر الشبكات، وانطلاقاً مما سبق يمكن استخراج معنيين للوفاء الإلكتروني أحدهما شامل والآخر ضيق، ويقصد بالمعنى الشامل للوفاء كل عملية أداء لمبلغ من النقود، تتم بطرق غير مادية، إذ هي تستند على دعائم إلكترونية.²

ويعتبر الوفاء انطلاقاً من هذا المعنى السابق ذا انتشار واسع و ذلك بسبب الأداءات التي تتم بواسطة البطائق البنكية أما الوفاء بمعناه الضيق، فيعنى به العمليات التي تتم من دون وجود اتصال مباشر بين

1 - أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثالث، دار النهضة العربية - القاهرة، 1984، ص: 556.

2- Thierry Piette Coudoul, Bertrand André, Internet et la loi, edition Dalloz 1996, P 193

الأشخاص الطبيعيين ويعتبر الأداء من هذا القبيل أقل انتشارا، حالة أننا أمام شبكة دولية، لا يزال التعامل بواسطتها يمثل عقبة أمام الأفراد والمؤسسات، بسبب المخاطر التي تصاحب عملية الأداء، كأهم مراحل المعاملات الرقمية وأخطرها.¹

أما من الجانب التشريعي فإن المشرع المغربي لم يتطرق في قانون 53/05 لتعريف الوفاء الإلكتروني، هذا القصور الذي نجد المشرع قد سد بعضه في المادة 329 من (م ت م)²، التي اعتبرت بأن وسيلة الأداء هي كل وسيلة تمكن من تحويل الأموال كيفما كان نوعها وطريقتها، وبذلك يبقى الوفاء الإلكتروني في التشريع المغربي غير متوافق مع التطور الحاصل، على الرغم من كون التعريف الذي أورده المادة 329 من (م ت م) سابقا من الناحية الكرونولوجية على صدور قانون 53/05.

أما المشرع الموريتاني فقد أعطى تعريفا لكل من الأداء الإلكتروني وأداة الأداء الإلكتروني وعرفها في المادة الأولى من القانون رقم 031 / 06 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 2006، المتعلق بأدوات الأداء وعمليات التجارة الإلكترونية: "كل وسيلة تسمح بإجراء العمليات التالية كليا أو جزئيا بواسطة إلكترونية: تحويل نقود، سداد معاملة، سحب وإيداع نقود، النفاذ إلى حساب، تعبئة أو تفرغ بطاقة مصرفية"، كما عرف الأداء عن بعد في ذات المادة بأنه: "إجراء فني يسمح بتحويل أمر بالأداء عن بعد باستخدام وسائل أو آليات إصدار أوامر دون اتصال مباشر بين مختلف المتدخلين (المشاركين)"، وبهذا يكون المشرع الموريتاني قد حاول استيعاب الأنماط الجديدة من المعاملات الرقمية، حيث وضع تعريفا لكل من بطاقة السحب والأداء ومحفظة النقود الإلكترونية... وغيرها من وسائل الوفاء الإلكتروني.

كما يلاحظ أن بعض التشريعات العربية قد حاولت تعريف الوفاء الإلكتروني من بين هذه التشريعات التشريع التونسي الذي عرف وسيلة الأداء الإلكتروني في الفصل 2 من القانون رقم 83 لسنة 2000 الصادر بتاريخ 9 غشت 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية بكونها: "الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات".

كما عرف المشرع اليمني أنظمة الأداء الرقمي، في الفقرة السادسة من المادة الثانية من القانون رقم 40 لسنة 2006 والمتعلق بأنظمة الأداء والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية بأنها: "مجموعة الإجراءات والطرق والوسائل غير التقليدية المنظمة لعمليات الدفع التي تتم عن طريق الوسائل الإلكترونية كاستخدام الصراف

1 - صليحة حاجي، "الوفاء الرقمي عبر الانترنت: المظاهر القانونية"، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية: 2005 - 2006، ص: 14.
2- ظهير شريف رقم 1.96.83 الصادر في 15 من ربيع الأول 1417 الموافق فاتح غشت 1996 بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة.

الآلي ونقاط البيع، وبطاقات الإيفاء، أو الدفع، أو الائتمان، وأوامر الدفع والتحويلات الإلكترونية، عمليات المقاصة، والتسويات العائدة، لمختلف وسائل الدفع والأدوات المالية".

وعليه فإن أغلب التشريعات قد أقرت صراحة أو ضمنا صحة الوفاء بالطرق الالكترونية، وجعلته متساويا مع الوفاء بالطرق العادية، لكنها تفاوتت في وضع منظومة قانونية متكاملة له.

الفقرة الثانية: دور القضاء في تحديد مفهوم الوفاء الإلكتروني.

يعمل القضاء من خلال ما يصدر عنه من اجتهادات على تحقيق الأمن القانوني والقضائي، وذلك بتعزيز الثقة في القاعدة القانونية بتطبيقها أثناء بثه فيما يعرض عليه من نوازل تطبيقا سليما، وإعادة تفسيرها في حالة الغموض بما يستقيم والسياسة التي تنهجها البلاد في المجال الذي تنظمه القاعدة القانونية واجبة التطبيق.

ولا يكاد يخلو أي مجال من المنازعات التي يبقى للقضاء حق نظرها والفصل فيها بما في ذلك التجارة الإلكترونية خاصة ما يتعلق بتحديد مسؤولية أطراف العلاقة القانونية أثناء وفاء الالتزام بوسيلة إلكترونية.

وفي هذا الإطار اتجه قضاء محكمة النقض الفرنسية الذي استطاع في كثير من قراراته تكريس توجهات المشرع الفرنسي الذي تبني مفهوما موسعا للوفاء الإلكتروني بتركه إمكانية استيعاب النص القانوني لمختلف الوسائل الإلكترونية التي قد تظهر فيما بعد كما أوضحنا سابقا، فقد اعتبرت محكمة النقض في قرار صادر عنها بتاريخ 29 يناير 2002 أن مسؤولية البنك قائمة نتيجة عدم تأكده من اسم المستفيد من أمر التحويل الوارد عليه بوسيلة الكترونية تطبيقا للاتفاقية التي تجمع

بين العميل والبنك، ويعتبر ما ذهبت إليه محكمة النقض في هذا القرار تفسيراً لمفهوم المادة الرابعة من القانون المتعلق بنشاط ومراقبة مؤسسات الائتمان، والتي نصت على أن الوفاء الإلكتروني يقع بكل الوسائل التي تسمح للأشخاص بنقل أو تحويل الأموال أيا كانت الدعامة التي تقوم عليها هذه الوسيلة وأيا كانت الطريقة التقنية التي تعمل بها، وقد زكت محكمة النقض الفرنسية توجهها هذا بقرار آخر صادر في 9 يوليو 2002 أقرت فيه مسؤولية البنك عن عدم التأكد من زورية شيك معبأ بطريقة إلكترونية.

أما بالنسبة للقضاء المغربي فيمكن القول أن معالم الوفاء الإلكتروني ببلادنا لم تتضح بعد، الأمر الذي انعكس على النزاعات المتعلقة به المعروضة أمام محاكم المملكة فرغم قلة العمل القضائي في موضوع الوفاء الإلكتروني، وانحصاره في صنف واحد من وسائل الوفاء إلا وهو البطاقات البنكية، فإن توجه القضاء المغربي يسير نحو إقرار العمل بوسائل الوفاء ذات الوسيط الإلكتروني تطبيقا للمفهوم الواسع الذي أضفاه المشرع على وسائل الأداء.

المطلب الثاني: وسائل الوفاء الإلكترونية المعتمدة في البنوك المغربية

تعتبر البنوك والمؤسسات المصرفية والمالية من أهم القطاعات تأثرا بالتجارة الإلكترونية، ولمواجهة تحديات هذه الأخيرة صار لازما على كافة المؤسسات المعنية بهذا المجال أن توفر آليات مبتكرة وحديثة، مسايرة منها للثورة الحاصلة في المجال الإلكتروني خاصة في مرحلة الوفاء بالالتزامات، حيث لم يعد من المقبول اعتماد الوفاء التقليدي المعتمد على النقود أو الأوراق التجارية ذات الدعامات الورقية خاصة مع ما تتسم به التجارة الإلكترونية من فورية وسرعة

الفقرة الأولى: وسائل الوفاء التقليدية

لعل ابرز وسيلة وفاء تقليدية انتشرا في البنوك المغربية تسترعي منا شرحا مفصلا هي البطاقة البنكية، وبخصوص التعريف فالمشروع لم يمنحها أي تعريف وهذا ما الفنا عليه المشرع المغربي، بحيث يجعل ذلك من اختصاص الفقه والقضاء.

وقد عرفها البعض¹ على أنها عقد بمقتضاه يتعهد مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين لمصلحة شخص آخر هو حامل البطاقة الذي يستطيع بواسطتها الوفاء بمشترياته لدى المحلات التجارية التي ترتبط مع مصدر البطاقة بعقد تتعهد فيه بقبولها الوفاء بمشتريات حاملي البطاقة الصادرة من الطرف الأول، على أن تتم التسوية من رصيد الحامل.

لكن السؤال الذي يثار في هذا السياق هو ما هي آلية الوفاء بالبطاقة البنكية عبر شبكة الانترنت؟

للإجابة عن هذا التساؤل فإن عملية الوفاء بالبطاقة البنكية تتم في العقد الإلكتروني بإرسال رقم البطاقة من صاحبها عبر الشبكة بهدف تحويل مبلغ من المال من حساب المشتري إلى حساب التاجر (الموقع التجاري عبر شبكة الانترنت) وذلك ثمنا لسلعة أو خدمة².

هذه العملية تمر بثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: مرحلة البيع

عند دخول حامل البطاقة البنكية إلى الموقع المتخصص في بيع السلع على شبكة الانترنت تظهر امامه على الشاشة المعروضات المتوافرة بالاسماء أو بالصور، ويكون السعر مدونا بجانب الأسم أو الصورة ولدى اختيار حامل البطاقة البنكية لأحد هذه السلع يضغط بواسطة الفأرة على الرسم أو الصورة أو على مفردة أضف إلى عربة التسوق المجاور للرسم، ثم يظهر على الشاشة رسم السلعة مع مواصفاتها وعند تصميم حامل البطاقة

¹ محمد الشافعي، "بطاقات الأداء و الائتمان بالمغرب"، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2002 ص: 16.

² ضياء علي أحمد نعمان: "حماية المستهلك في العقد المبرم بشكل إلكتروني-الوفاء الإلكتروني نموذجاً"-المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 10، 2014.

البنكية على الشراء يضغط على خانة تحتوي على كلمة تفيد الشراء مثلا حسابي فيرسل إليه برنامج التاجر نموذجا لمعرفة ما إذا كان حامل البطاقة البنكية زبونا جديدا أم أنه سبق له واشترى من الموقع. وبعد ملئ النموذج الذي يحتوي على خانة البريد الإلكتروني وخانة كلمة المرور وخانة كتب عليها enter وعند الضغط عليها تظهر أمامنا على الشاشة نموذجا ثالثا مفصلا لكتابة الاسم الكامل والعنوان الكامل للبريد الإلكتروني ورقم الهاتف وخانة أسفل الشاشة يكتب عليها بالانجليزية submit. وبعد ارسال النموذج يعود البرنامج بنموذج رابع لكتابة الطلبات ومواصفات الحساب ومن ثم الضغط على خانة submit وتتم العملية إلكترونيا خلال ثوان معدودة لإتمام عملية الدفع. وبعد ملئ النموذج والضغط على خانة submit من قبل صاحب البطاقة، يرسل البرنامج إلى الزبون نموذجا خامسا يرمي إلى تحديد السلعة المطلوبة وتسجيل رقم البطاقة البنكية ونوعها وصلاحياتها ولدى ضغط الزبون مرة أخرى على خانة submit ينتقل النموذج إلكترونيا إلى الصندوق الإلكتروني للتاجر ويتم ذلك في اللحظة نفسها¹.

المرحلة الثانية: مرحلة الاستئذان بالدفع

إن تأهيل برنامج التاجر لتسيير عملية الدفع يجعله يرسل النموذج إلكترونيا إلى بنك التاجر الذي يسمى البنك المحصل حيث يتم تحويل نموذج الشراء إلكترونيا إلى بنك صاحب البطاقة الذي يسمى البنك المصدر من خلال إحدى الشبكتين (فيزا نت أو بنك نت) التابعين لشركة (ماستر كارد وفيزا كارد) العالميتين، وعند وصول النموذج إلى server البنك المصدر يتم تحديد ما إذا كان حامل البطاقة ذا ملاءة مالية أم لا. وفي حالة انتهاء صلاحية البطاقة أو عند عدم ملاءة حاملها أو أي خطأ يجعل عملية الوفاء صعبة يعود النموذج إلكترونيا مرفقا بإشارة عدم التفويض مع بيان سببه على الخط الإلكتروني الذي وردت من خلاله وفي هذه الحالة تنتهي مرحلة التفويض سلبيا، إما في حالة ملاءة حامل البطاقة تبدأ المرحلة الثالثة².

¹ - امجد حمدان الجبني: جرائم بطاقة الدفع الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية) جامعة الامارات العربية المتحدة ومركز الامارات للبحوث والدراسات الاستراتيجية ابوظبي 20-19 ماي 2009 ص771.

² - وفاء الوافي: المركز القانوني للوفاء الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، رسالة لنيل دبلوم الماستر تخصص قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش 2011-2012.

المرحلة الثالثة: مرحلة الإبراء

يعود النموذج من خلال الخط الإلكتروني نفسه إلى حامل البطاقة يصاحبها إشارة مفادها أن عملية الدفع قد انجزت حيث يحصل إلكترونيا تحويل المال من حساب حامل البطاقة لدى البنك المصدر للبطاقة إلى حساب التاجر في بنكه الذي يسمى البنك المحصل، وهكذا تنتهي عملية الدفع بالبطاقة عبر الانترنت. والملاحظ أن الوفاء بهذه الوسيلة لم يتم تنظيمه تنظيميا قانونيا بصفة دقيقة ذلك أن معظم جوانب العلاقة بين حامل هذه البطاقة والمؤسسات المصدرة لها تبقى من وضع هذه المؤسسات الأمر الذي يضيء على معظم بنودها الطابع التعسفي.

ومن أشهر أنواع البطاقات القابلة للتعبئة نجد في المغرب :

بطاقة "فلوسي": بطاقات تصدرها إحدى المؤسسات المالية بالمغرب وفا كاش حيث تصدر هذه المؤسسة بطاقات متعددة لبطاقة فلوسي تحت مسميات متنوعة تمنح لكل نوع¹.

بطاقة "فلوسي شباب": تمنح الشخص حرية التصرف بسهولة بالبطاقة.

بطاقة "فلوسي هدية": يمكن إهداؤها لكل شخص.

بطاقة "فلوسي مقاولة": تعين في تدابير المصاريف اليومية للمقاولة وتظهر كشوفات تفصيلية للسحوبات الموزعة على كل عملية.

بطاقة "فلوسي سياحة": تمنح السائح بالمغرب التصرف بأمواله بكل حرية دون خوف من السرقة.

بطاقة "دابا دابا"²: بطاقة يصدرها مصرف المغرب Crédit du Maroc.

بطاقة "ديالي"³: بطاقة يصدرها البنك المغربي للتجارة الخارجية.

الفقرة الثانية: وسائل الوفاء الحديثة

هناك عدة أنواع من هذه الوسائل لكن أهمها النقود الإلكترونية والشيك المعالج إلكترونيا.

أولا: النقود الإلكترونية

وهي عبارة عن بطاقة إلكترونية تحتوي على مخزون نقدي تصلح كوسيلة للوفاء وأداة للإبراء ووسيط للتبادل، كما يمكن تعريفها بأنها وحدات رقمية إلكترونية يتم انتقالها بطريقة معينة من حساب شخص إلى شخص آخر، وهي على نوعين الأولى محفظة النقود الإلكترونية أطرافها ثلاثة البنك المصدر لها والمستهلك الذي

¹ - <http://www.banquemisa.com/>

² - كلمة دابا تعني باللغة العربية : الآن.

³ - كلمة ديالي تعني باللغة العربية : ملكي .

يدفع قيمة السلع بالوحدات الإلكترونية ثم التاجر، وهناك محفظة النقود الافتراضية والتي تم وضع أول نموذج لها من قبل شركة دجي كاش الهولندية حيث يقوم الزبناء والتجار بتسجيل انفسهم لدى هذه الشركة وتسمح للمستهلك بسحب وحدات نقدية لاستخدامها ماليا ويتم تخزين هذه الوحدات في القرص الصلب لجهاز الحاسب الآلي¹.

أما فيما يتعلق بالنقود الإلكترونية بالمغرب فبالرجوع للمادة 329 من مدونة التجارة يفهم من خلالها أنها تستوعب النقود الإلكترونية باعتبارها وسيلة دفع جديدة حيث تمكن هذه الأخيرة الأشخاص من تحويل الأموال إلا أن السند أو الأسلوب المستعمل في التحويل يعتمد على التقنية والتكنولوجيا الحديثة، لكن نحن نعلم أنه لا يمكن أن تصدر النقود إلا من طرف مؤسسات أو هيئات خاضعة للقانون.

وفي ظل غياب نص صريح فلا يمكن القول بإمكانية استعمال هذا النوع من النقود في المغرب، وهو ما اعتبره مكتب الصرف المغربي في بلاغ صادر عنه في 20 نونبر 2017 وذلك في إطار المهام الرقابية الموكولة إليه بأن التعامل بهذه النقود الافتراضية يشكل مخالفة لقانون الصرف الجاري به العمل ويعرض مرتكبيها للعقوبات والغرامات المنصوص عليها بالقانون ذات الصلة.

ومن خلال القراءة للمادة 329 من مدونة التجارة والبلاغ الصادر عن مكتب الصرف المغربي، نلاحظ تناقض كبير بين المادة 329 وبلاغ مكتب الصرف حيث الأولى تتيح التعامل بالنقود الإلكترونية والثاني يحظر التعامل بها ويعرض مرتكبيها للعقوبات والغرامات المنصوص عليها قانونا، وذلك راجعا للأساس لمسألة مكافحة الإرهاب الذي يتم دعمه بواسطة العملات الافتراضية.

وفي نفس الشأن نص قانون المالية الجزائري لسنة 2018 وفي المادة 117 منه على أنه "يمنع شراء العملة الافتراضية وبيعها واستعمالها وحيازتها.

العملة الافتراضية هي تلك التي يستعملها مستخدمو الإنترنت عبر شبكة الإنترنت، وهي تتميز بغياب

الدعامة المادية كالقطع والأوراق النقدية وعمليات الدفع بالصك أو بالبطاقة البنكية. يعاقب على كل مخالفة لهذا الحكم، طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها".

وفي عرض الأسباب والمبررات لهذه المنع يتبين أن هذه العملات لا تخضع لأي سلطة معترف بها، وغير خاضعة لأي رقابة تفرضها الدولة، وعليه فإن المغرب سيفرض رقابة صارمة ومشددة على هذا النوع من العملات الافتراضية لأنها تسمح بالمساهمة في المتاجرة بالمخدرات وغسيل الأموال والتهرب الضريبي، ومن بين العملات الإلكترونية المنتشرة عالميا وتتعرف بها العديد من الدول منها ألمانيا واليابان... ، ووصلت قيمتها إلى أعلى

¹ - ضياء علي أحمد نعمان: النقود الإلكترونية وسيلة وفاء في التجارة الإلكترونية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية العدد 5 2011

المستويات حيث فاقت قيمة الدولار هي عملة البيتكوين،¹ إلا أن العديد من الدول عملت على حظرها مثل الولايات المتحدة الأمريكية نظرا للمخاطر الكبيرة.

ثانيا: الشيك المعالج إلكترونيا.

يعرف الشيك المعالج إلكترونيا بأنه محرر ثلاثي الاطراف معالج إلكتروني كليا أو جزئيا يتضمن أمرا صادرا عن شخص يسمى الساحب إلى البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد.

وتتلخص عمل هذه الآلية بأن يتخذ الشيك شكل كتابة مشفرة في جهاز الحاسب الآلي ثم يقوم الزبون بملئ البيانات الخاصة به ورقم حسابه لدى البنك التابع له ثم يقوم هذا البنك بإرسال البيانات إلى وحدة خدمته على الخط وارسالها إلى البنك المسحوب عليه، ثم تجري المقاصة تلقائيا خلال يومين على الأكثر ويتم خصم المبلغ من حساب الزبون ويقيد في حساب التاجر.²

والملاحظ أن إجراءات الأمان في هذا النظام تركز على نقطة أساسية مفادها عدم اظهار المعلومات البنكية التي تنتقل عبر شبكة الانترنت، غير أن احتمالات اعتراض هذه المعلومات واستغلالها بشكل غير مشروع يبقى امرا وارادا.

المبحث الثاني: تقنيات حماية الوفاء الإلكتروني

تعترض وسائل الدفع الحديثة على غرار باقي وسائل الدفع الكلاسيكية جملة من المخاطر يمكن إجمالها في مخاطر أمنية، والمتمثلة في الاحتيال واختراق أنظمة المعلومات وكتشاف الأرقام السرية وفك الشفرة من طرف القرصنة عبر الانترنت.³

¹ - بيتكوين (BTC) هي العملة الرقمية المستخدمة في جميع أنحاء العالم أو ما يعرف بأسم "العملة الافتراضية. يتم إنشاءها وتبادلها من حاسب لحاسب خلال شبكة لامركزية وهذا يعني أن العملة لا تخضع لسيطرة أي سلطة مركزية أو حكومية، ويمكن الوصول إليها من قبل أي شخص لديه اتصال بالإنترنت. للمزيد أنظر:

- Akito Yamamoto : Bitcoin : L'autor Cote de la monnaie- avantages et inconvénients D'un investissement dans bitcoin , createSpace Independent publishing platform, 26 fév 2018, P 20.

² - موسى عيسى العامري: الشيك الذكي، أبحاث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المجلد الاول، 11 ربيع الاول 1424 هـ الموافق 12 مايو 2003م

³ - محمد إبراهيم محمود الشافعي، " النقود الإلكترونية "، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية تصدرها أكاديمية شرطة دبي، العدد الأول، يناير 2004، ص: 03.

ناهيك عن مخاطر قانونية¹ تكمن بالأساس في انعدام وجود تنظيم قانوني شامل ينظم بوضوح كيفية استخدام هذه الوسائل وما يترتب عن ذلك من تنازع قوانين واختصاص قضائي².

وفي هذا الإطار تحتاج المعاملات ذات الطابع الإلكتروني بشكل عام، والوفاء الإلكتروني بشكل خاص إلى بيئة قانونية ملائمة مشمولة بحماية ناجعة إضافة إلى بذل جهد أكبر من خلال توفير حماية تقنية من أجل تحقيق الكفاءة الاقتصادية على اعتبار أن هذه المعاملات تتم بشكل دولي.

الفقرة الأولى: الفراغ القانوني وتأثيره على وسائل الدفع الحديثة (البطاقات البنكية، النقود الإلكترونية).

مع تزايد العمليات التجارية الإلكترونية على المستوى العالمي والمستوى المحلي والتطور الكبير في الوسائل المستعملة لحماية التجارة الإلكترونية كان من الإلزامي توفير الحماية التشريعية والقانونية لهذا النوع من هذه الوسائل.

أولاً: البطاقة البنكية.

يثير موضوع الحماية القانونية للبطاقة البنكية العديد من الإشكالات على مستوى تكييف الأعمال اللامشروعة إلى جانب تحديد المسؤولية الجنائية، بالإضافة إلى إشكالات قانونية على مستوى القانون المدني خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية ومن تقع عليه.

يعتبر حامل البطاقة طرفاً من أطرافها تربطه بكل التاجر والجهة المصدرة علاقة عقدية مستقلة على اعتبار أن هناك التزامات يفرضها كل من العقدين على الحامل، مثاله عندما تتم مسائلة حامل البطاقة بالتوقيع، الذي هو أحد الالتزامات التعاقدية التي تفرضه دواعي الاحتياط والأمان³.

كما تتم مسائلة حامل البطاقة في حالة ضياع أو سرقة هذه الأخيرة، على أساس مسؤولية تقصيرية، لأن الإهمال والتقصير وقع من جانبه، ولا يتم إعفاؤه إلى بعد إخطار المؤسسة البنكية بواقعة ضياع البطاقة أو سرقتها.

¹- خالد ممدوح إبراهيم، " حجية البريد الإلكتروني في الإثبات - دراسة مقارنة - " دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010، ص: 101.

² - Ghizlane Achab: «Le paiement en ligne dans le commerce électronique aspects de l'influence de la technique sur le droit, desa en droit privé, université Hassan 2,Ain Chok, faculté des sciences juridiques économiques et sociaux, Casablanca ,2001 ,P23

³- أحمد البيختي، " استعمال الوسائل الإلكترونية في المعاملات التجارية "، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا العميقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة السويدي، الرباط، ص: 59.

وقد يثار إشكال بخصوص تحديد الطرف الذي يتحمل النتائج المترتبة على استعمال البطاقة خلال الفترة الفاصلة بين الضياع والتصريح لدى المؤسسة البنكية ريثما يتم تأكيده كتابة.

جوابا على هذا التساؤل، وبالرجوع إلى القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 08-10-1991، حيث قضت بأن كل السحوب التي تم القيام بها بواسطة بطاقة بنكية تم التصريح بفقدانها أو سرقتها يلزم أن يتحملة البنك الذي لم يستعمل كل وسائله فور إخطاره للحيلولة دون وقوع السحوب المعنية.¹

وفي نفس السياق قرر قضاء الموضوع المغربي بتحميل المسؤولية للبنك ما دام أن حاملة البطاقة قامت بإخبار البنك كتابة بواقعة السرقة والضياع.²

كما تلتزم المؤسسة البنكية بمجموعة من الالتزامات من بينها التحقق من هوية المترشح للحصول على البطاقة وأهليته وموطنه، كما يكون البنك مسؤولا عن الأخطاء والتي من بينها الخطأ في تنفيذ الأمر والخطأ في المبلغ أو رفض البنك تنفيذ أمر الوفاء دون سبب مشروع.

ثانيا: النقود الإلكترونية:

قد يحدث أن يفقد المستهلك وحدات النقد الإلكتروني إما نتيجة استيلاء الغير عليها و ذلك بسرقتها من حساب المستهلك لدى مؤسسة الإصدار، أو سرقة وحدات النقد الإلكتروني بعد تحميلها على أداة الدفع الإلكترونية، أو فقدان وحدات النقد الإلكتروني نتيجة الاحتيال.³

لهذا تم الاتجاه نحو تأمين الوفاء عن طريق جهات التوثيق، مما لا شك فيه أن الثقة والأمان لدى المتعاملين عبر شبكة الانترنت يأتيان في مقدمة الضمانات التي يتعين توافرها لازدهار المعاملات الإلكترونية، الأمر الذي يستوجب توفير الآليات الخاصة بتحديد هوية المتعاملين و الوقوف على حقيقة التعامل المبرم بينهما و مضمونه. ومن هذه الآليات اللجوء إلى وسيط محايد ومستقل يتمثل في أفراد أو شركات وهيئات مستقلة تسمى جهات أو سلطات التوثيق.⁴

¹- أوردته ضحى العزوزي: " المظاهر القانونية لأدوات الدفع و الائتمان الحديثة" رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة السويدي، الرباط، الموسم الجامعي: 2010 – 2011 ص: 208.

²- حكم صادر عن المحكمة التجارية الابتدائية بمراكش، رقم 0531 ملف رقم 68-9-04 بتاريخ نونبر 2004.

³- مليكة بومخلد: " النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في القانون المغربي والمقارن"، رسالة لنيل دبلوم الماستر، وحدة قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، الموسم الجامعي: 2009 – 2010.ص: 35.

⁴- ماء العينين السعداني: " الإطار القانوني للمصادقة على التعاملات الإلكترونية"، مجلة قانون و أعمال، العدد الثاني 2011، ص: 101.

الفقرة الثانية: الحماية التقنية للوسائل الوفاء الإلكتروني

يعد استخدام الوفاء الإلكتروني في الوقت الحاضر من الأمور التي يجبر الشخص على القيام بحكم الواقع العملي، ولذلك قد تتعرض المؤسسات المتعاملة في التجارة الإلكترونية لمخاطر الاعتداءات التقنية الناتجة عن التكنولوجيا ومن أجل التغلب على مخاطر الوفاء الإلكتروني تم ابتكار وسائل تقنية من أبرزها وسيط الوفاء الإلكتروني (أولا) ونظام التشفير (ثانيا).

أولا: وسيط الوفاء الإلكتروني

يتم عبر هذا الأسلوب نقل النقود من حساب المدين (العميل) إلى حساب الدائن (التاجر أو المورد)، وذلك بعد إتمام إجراءات الوفاء بين بنكي العميل والتاجر وقد كان أبرز أنظمة التحويل بين الحسابات النظام الافتراضي الأولي ونظام kelelin .

1- النظام الافتراضي الأولي¹

يقتضي هذا النظام أن يكون للتاجر حسابا بنكيا في بنك امريكي وأن يقدم العميل المدين طلبا بفتح حساب لديها بعد أن يرسل إليها خارج شبكة الانترنت بالبريد العادي أو الهاتف رقم حسابه البنكي ورقم بطاقته البنكية الخاصة به، بعد ذلك تزود الشركة أعلاه العميل بمعرض (identifiant) وهو عبارة عن رقم تعريف شخصي يرسل له بالبريد ليستعمله أثناء عملية التسوية².

يقوم العميل بإرسال رقم تعريفه الشخصي للتاجر الذي يسمح له بالتأكد من وجود وكفاية حساب عميله لدى الشركة الوسيطة، وذلك بأن يرسل لها المعلومات الخاصة بالصفحة ولرقم التعريف الشخصي للعميل والتاجر معا تم ترسل هذه الشركة للعميل الذي يتطابق مع المصرف رسالة الإلكترونية تطلب منه تأكيد عملية التسوية³.

وبعد الحصول على رضا العميل ترسل الشركة الوسيطة كامل المعلومات عبر شبكة البنوك التقليدية التي يتم من خلالها تنفيذ عملية تحويل النقود من حساب العميل إلى حساب الشركة الوسيطة وليس لهذه الشركة بعد ذلك غير الوفاء للتاجر وخطاره بنجاح عملية الوفاء حتى يتمكن من تنفيذ التزامه تجاه العميل⁴.

¹ طرح نظام الوفاء الإلكتروني عبر الوسطاء من قبل شركة امريكية من ولاية wyoming تدعى la first virtualholdingsinc
² ضياء علي أحمد نعمان، " الغش المعلوماتي الظاهرة و التطبيقات، دراسة تحليلية نقدية على ضوء موقف التشريع والفقهاء والقضاء المغربي المقارن " الطبعة الأولى 2011، ص 260 وما بعدها.
³ ضياء علي أحمد نعمان، " المسؤولية المدنية الناتجة عن الأداء الإلكتروني بالبطائق البنكية - دراسة مقارنة " المطبوعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2010، ص 10 وما بعدها.
⁴ عدنان إبراهيم سرحان: الوفاء (الدفع) الإلكتروني، بحث منشور في ابحاث مؤتمر الاعمال الإلكترونية المصرفية بين الشريعة والقانون، المجلد الأول، ص 272.

2- نظام kline

يحتاج العميل المستفيد من هذا النظام إلى أن يضيف لحسابه الإلكتروني الشخصي برنامجا للوفاء الآمن يسمى (kceboxe)، وبعد أن يرسل العميل طلب الشراء إلى التاجر، يرسل هذا الأخير بطاقة وفاء إلكترونية إلى الشركة الوسيطة التي يجب عليها بعد التأكد من التاجر، أن ترسل بطاقة وفاء إلى العميل، وبعد استلامه لهذه البطاقة، على العميل أن يصدر قبوله إلكترونيا وبعد رضا العميل تقوم (kline) بإتمام عملية الوفاء وتضع تصرف التاجر قسيمة صندوق (Bonde caisse).¹

فالأكد إنه لا توجد أي علاقة تعاقدية بين العميل والشركة الوسيطة عدا رخصة استعمال برنامج الأمان المشار إليه أعلاه وإنما يتم تدخل هذه الشركة لأتمام عمليات الوفاء عن طريق توكيل يصدر لها من التاجر. إلى جانب ذلك، يستطيع العميل أن يوفي أما بواسطة البطاقة البنكية أو عن طريق محفظة نقود إلكترونية لدى التاجر أو في رواق إلكتروني وهو عبارة عن موقع إلكتروني يجمع عدة تجار، وعند اللجوء إلى المحافظ الإلكترونية فان مهمة تنظيمها وإدارتها تكون على عاتق شركة (kline).²

ثانيا: نظام التشفير البيانات

لقد ساهم التقدم الملموس في التقنيات المعلوماتية وخصوصا المتعلقة بعملية التشفير في تأمين ارسال المعلومات الذي ساعد على انتشار الوفاء الإلكتروني كممارسة يومية للعديد من الاشخاص حول العالم، ويعد أسلوب التشفير أحد الوسائل المناسبة لتحقيق المعاملات المالية للتجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، فما هي مستوياته؟.

1- نظام المعاملات الإلكترونية الآمنة SET

يعد من أهم البروتوكولات المتعلقة بالنواحي التأمينية والتي ظهرت في مجال التجارة الإلكترونية على وجه الاطلاق، ويرجع ذلك إلى تعلقه بأهم جزء من أجزاء المعاملات التجارية التي تتم على شبكة المعلومات وهو إتمام عملية البيع باستقبال طلب الشراء وإتمام عملية الوفاء عبر الشبكة³ لهذا فالهدف الأساسي من وراء هذا النظام هو تأمين عملية الوفاء والمعاملات المالية التي تتم أثناء المعاملات التجارية.

¹ ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، م، س، ص 262

² ضياء علي أحمد نعمان، الحماية التقنية للتجارة الإلكترونية، م، س، ص 11

³ ضياء علي أحمد نعمان في الغش المعلوماتي، الظاهرة والتطبيقات، م، س، ص 269

ويعمل هذا الحساب من خلال فتح حساب بنكي لكل من البائع والمشتري باحد البنوك المستخدمة له، وكذلك استخدام المشتري لاحد برامج تصفح نوافذ شبكة المعلومات (Browser) المدعم لنظام (SET) واستخدام البائع لمقر معلومات (Server)، يدعم هو الاخر ذلك النظام¹.

وعند فتح المشتري للحساب الخاص به يقوم البنك بارسال كل من شهادة خاصة بالمشتري ومفتاحين للتشفير احدهما خاص والآخر عام، يستخدم في عملية تشفير و توقيع طلب الشراء ويستخدم الآخر للتوثيق وارسال بيانات عمليات الوفاء².

ويقوم البنك بتسليم كل من البائع و المشتري الشهادة الدالة على شخصية كل منهما على هيئة ملف من ملفات الحاسبات الآلية و ليس على هيئة شهادة ورقية، ويتم تبادل نسخة من تلك الشهادات بين البائع والمشتري أثناء المعاملة التجارية بصورة مشفرة بحيث لا يستطيع أي شخص من الخارج الاطلاع على تلك البيانات .

وبعد تأكد كل من البائع والمشتري من هوية الآخر عن طريق تبادل الشهادات المشفرة الخاصة بها وحل شفرتها تأتي الخطوة الاخيرة في المعاملة التجارية وهي عملية وفاء مقابل السلعة أو الخدمة المراد شراؤها، ويتم ذلك عن طريق تشفير البطاقة البنكية الخاصة به، ولا يستطيع حل هذه الشفرة سوى البنك الضامن لكل من البائع والمشتري³.

ويقوم بعد ذلك بارسال نسخة من طلب الشراء والبيانات الخاصة بإجراءات الوفاء إلى البنك، وينتظر اعتماد البنك وتوقيعه للمعاملة التجارية التي تمت.

فيقوم البنك بالتأكد من هوية البائع وصحة الرسالة، وأن كانت عملية الوفاء سوف تتم لهذا البائع بشخصه من أجل الطلب الخاص بالشراء بذاته، ثم يقوم بالتأكد من أن رصيد المشتري يسمح بإتمام المعاملة ثم يسمح للبائع بتكملة المعاملة التجارية على هذا الاساس، ومن ثم يستطيع البائع أن يقوم بارسال المنتج المرغوب في شرائه إلى المشتري سواء أن كان ذلك سوف يتم عبر شبكات المعلومات أو عن طريق ارساله بالطرق التقليدية العادية التي تعتمد على النقل والشحن⁴.

1- نظام نت سكيب للتامين SSL

مهمة هذا النظام هي تشفير جميع الاتصالات بين برامج التصفح أو النوافذ على شبكة المعلومات (Browser) وأحد المواقع أو أحد مقار المعلومات على خادم الشبكة (Server)، وبالتالي فهو يقلل من فرصة وقوع

¹ محمد امين الرومي: التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، م، س/ص، 34.

² ضياء علي أحمد نعمان في الغش المعلوماتي، الظاهرة و التطبيقات، م، س، ص، 270

³ محمد أمين الرومي: التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، م، س/ص، 34

⁴ اورده ضياء علي أحمد نعمان: الغش المعلوماتي، الظاهرة و التطبيقات، م، س، ص، 271

المعلومات أثناء عملية انتقالها في أيدي أي شخص غير مرغوب فيه إلى أن تصل إلى المستقبل النهائي، و لاستخدام هذا النظام لابد من الوقوف من ثلاث خطوات وهي:

- يقوم الموقع بالتقدم إلى احدى الهيئات التي تصدر الشهادات الرقمية (مقدمي خدمة المصادقة الإلكترونية) التي تثبت من صحة هوية الموقع، وبعد التأكد من نشاط و حسن سيرة الموقع، بالإضافة إلى استعمال بعض المتطلبات الأخرى تقوم الهيئة بإصدار الشهادة الرقمية الخاصة بالموقع تدون فيها كل المعلومات الهامة مثل اسم الشركة و تاريخ اصدار الشهادة و تاريخ انتهائها، كما يتم اصدار المفتاح الخاص والمفتاح العام للموقع، ويقوم الموقع بتوفير جهاز خادم مزود ببرنامج التشفير SSL ليتم تخزين المفتاح العام الخاص بالموقع به.¹

- عند دخول المشتري لصفحة الموقع الامن التي يدخل بها البيانات والمعلومات المطلوبة للشراء يقوم المتصفح المزود بهذا البرنامج بالارتباط بالجهاز الخاص للموقع ويطلب منه الشهادة الرقمية ومصدرها وتاريخ انتهاء صلاحيتها كما تتم المقارنة بين اسم الموقع على شهادة مع اسم الموقع في جهاز الخادم المتصفح مع التوقيع الإلكتروني للشركة.²

- بعد التأكد من مصداقية الموقع وارتباطه بجهاز الخادم الأمن يتم تشفير المعلومات على اساس المفتاح العام للموقع، ويتم نقل المعلومات بطريقة آمنة دون تدخل من المستخدم ولا يتمكن احد من سرقة المعلومات أو الإطلاع عليها سوى الموقع المعتمد من الطرف الآخر الذي يملك المفتاح الخاص لإعادة فك تشفير المعلومات.³

ويستطيع المتعاقد حامل البطاقة البنكية مع الشبكة، التأكد من إتمام عملية التشفير عندما يلاحظ أن القفل المفتوح والمبين على الركن الايسر اسفل الشاشة قد تم اغلاقه.⁴

وعليه رغم وجود هذه الانظمة التي تدخل في إطار الحماية التقنية، إلا أنه لابد من النظر في نظم الحماية والأمن على نحو شامل ومن جوانب متعددة، باختيار افضل سبل الحماية والتأمين والاحتياج الفعلي، وذلك بنظرة شمولية وموضوعية وفي ضوء مشاكل التأمين والحماية يتحدد الاطار القانوني لمواجهة الجرائم المعلوماتية خاصة ما يتعلق منها بجرائم الاموال والاعتداء على اموال وبيانات ومعلومات التجارة الإلكترونية وسن التشريعات القانونية اللازمة لذلك.⁵

¹- ضياء علي أحمد نعمان: الغش المعلوماتي، الظاهرة و التطبيقات، مرجع سابق، ص 273

²- وفاء الوافي: مرجع سابق، ص 108

³- إبراهيم بوتميزين: مرجع سابق، ص 105

⁴- ضياء علي أحمد نعمان: الغش المعلوماتي، الظاهرة و التطبيقات، مرجع سابق، ص 272

⁵- ضياء علي أحمد نعمان: الغش المعلوماتي، الظاهرة و التطبيقات، مرجع سابق، ص 275 و 276

خاتمة

في خلاصة هذا البحث، الذي سعينا من خلاله تحديد الخطوط العريضة والنقاط المحورية في أسس الوفاء الإلكتروني في بيئة العمل التجاري الإلكتروني.

ويعد الوفاء الإلكتروني انعكاس صادق للتطور الهائل والمتسارع لأنظمة تقنية المعلومات، ونظم الوفاء الإلكتروني لا تزال في معظم الدول اختياريا لا يلزم بالأداء بواسطته، إلا أن هناك توجهها ناميا نحو زيادة المتعاملين رغبة في تسهيل الترابط الرقمي، هذه التوجهات على الرغم من تقدمها فهي تصاحب ببعض المخاطر، لذلك يعمل الوسطاء على تطوير هذه الوسائل، حيث تنفق البنوك أموالا طائلة في سبيل ذلك كما تعمل الدول على تشجيع التجارة الإلكترونية عبر تقنياتها بالقدر الذي يوفر الحماية اللازمة.

وبما أن التجارة الإلكترونية لا تعرف الحدود بين الدول، وهي من هذا المنطلق ذات طابع دولي، فإن عملية مواثمة التشريع المحلي مع التشريعات الأخرى هي عملية بالغة الأهمية، يمكن أن تتم من خلال مراعاة القوانين الإرشادية الصادرة عن اليونسكو والتي تهدف بالأساس إلى مقارنة بين تشريعات مختلف الدول.

وقبل الختام ارتأينا وضع بعض الملاحظات والاقتراحات بخصوص الموضوع، باعتباره موضوع معاصر لا زال يأمل منه الكثير

النتائج:

● إن تعدد وتنوع أشكال وسائل الوفاء الإلكترونية والوظائف التي تقوم بها قد يؤدي إلى وقوع خلط في التسميات والمفاهيم، حيث تمت الملاحظة أن هناك من يعتبر النقود الإلكترونية بطائق بلاستيكية ممغنطة، وهنا من يعتبرها نقودا إلكترونية قائمة بذاتها، بالإضافة إلى ما يطرحه من خلاف فقهي في تحديد الطبيعة القانونية.

● إن طبيعة التعامل بالنسبة للأوراق التجارية الإلكترونية، ظلت محافظة على الماهية والشروط التي يجب أن تتوافر في كل ورقة تجارية تقليدية، مع الأخذ بكل ما توجهه الطبيعة الإلكترونية للأوراق التجارية الإلكترونية وطبيعة التعامل بها، إذ أن الاختلاف بينهما يعود لاستخدام التقنيات التكنولوجية في التعامل بها.

الاقتراحات:

● تفعيل دور بنك المغرب في مراقبة النشاط البنكي، من خلال توسيع سلطاته وإعطائه دورا كبيرا، بمنحه الوسائل القانونية التي تساعد في ذلك، نظرا لكون توجهات بنك المغرب ملزمة للبنوك شأنها في ذلك شأن القانون، وبالتالي منح عملية مراقبة البنك مرونة أكبر من تلك الموجودة في ظل إصدار القوانين وما يصاحب ذلك من بطاء.

- من أجل حل إشكالية الحماية القانونية للوفاء الإلكتروني وجوب اعتماد مقارنة شمولية تراعي الاهتمام بالإطار القانوني عبر سن تشريعات خاصة بالعمليات البنكية الإلكترونية، وذلك لمعالجة الآثار المترتبة عن اختلاف البيئة الإلكترونية التي تعمل فيها البنوك والمؤسسات المالية عن البيئة التقليدية لها حيث تبدو الكثير من القوانين غير كافية لمواجهة المشاكل المختلفة والمتزايدة عن استخدام المعلومات في المجال البنكي.
- وجوب العمل على تعديل نصوص مدونة التجارة لتستوعب التطور الذي طرأ على الأوراق التجارية التي أصبحت مع التطور التكنولوجي ذات طبيعة إلكترونية.
- استيعاب كافة التطورات التي طرأت على كافة المعاملات، كما ينبغي إشراك المؤسسات البنكية والمالية في إعداد القوانين المتعلقة بأنظمة الوفاء الإلكترونية من أجل التوصل لصيغ قانونية سليمة.
- كما نقترح ضرورة إصدار قانون خاص يتعلق بوسائل الدفع الإلكتروني عامة وبالنقود الإلكترونية خاصة، بالإضافة إلى توضيح طرق التعامل بالنقود الإلكترونية وتنظيم المسائل المترتبة عنها، من بينها تحديد المسؤولية المدنية والجنائية في حالة استخدامها بطريقة غير مشروعة سواء من طرف أصحابها أو الغير.
- يجب توفير أجهزة قضائية متخصصة في الأمور الاقتصادية والمالية والبنكية الإلكترونية، وذلك عبر تكوين قضاة متخصصين في هذا المجال.
- العناية بالجانب المؤسسي والتكنولوجي، وهذا ما أصبحنا نلمسه خلال الآونة الأخيرة حيث اتجهت معظم البنوك العاملة في المغرب نحو الاهتمام بهذا الجانب وتخصيص جزء من ميزانياتها لتطويره، وذلك عبر توفير الإمكانيات الضرورية والكفيلة بتطوير الجانب التقني الذي يعزز الوقاية من التدليس ويحول دون تفشي ظاهرة التزوير والقرصنة التي يعرفها التعامل بأنظمة الوفاء الإلكترونية، دون إغفال واجب الإعلام والنصح للزبناء بمناسبة توقيع العقود المتعلقة بولوج استخدام هذه الأنظمة.
- تنمية ثقافة المجتمع المغربي فيما يخص التعامل بوسائل الوفاء الإلكترونية.
- توفير مناخ آمني يضمن التبادل التجاري من قرصنة البرامج ويحفظ الخصوصية ويحصن الشبكة من هجوم مخترقي النظام الإلكتروني.
- تحديد قواعد الاختصاص بالنسبة للنزاعات المتعلقة بأدوات الوفاء الإلكترونية الحديثة.

المراجع المعتمدة:

باللغة العربية:

- أحمد البختي: استعمال الوسائل الإلكترونية في المعاملات التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة السويسي، الرباط.
- أمجد حمدان الجمي: جرائم بطاقة الدفع الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية) جامعة الامارات العربية المتحدة ومركز الامارات للبحوث والدراسات الاستراتيجية ابوظبي 19-20 ماي 2009
- خالد ممدوح إبراهيم: حجية البريد الإلكتروني في الإثبات - دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2010.
- ضحى العزوي: المظاهر القانونية لأدوات الدفع و الائتمان الحديثة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة السويسي، الرباط، الموسم الجامعي: 2010 - 2011
- ضياء علي أحمد نعمان: الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، دراسة تحليلية نقدية على ضوء موقف التشريع والفقهاء والقضاء المغربي المقارن، الطبعة الأولى 2011.
- ضياء علي أحمد نعمان: المسؤولية المدنية الناتجة عن الأداء الإلكتروني بالبطائق البنكية - دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2010.
- ضياء علي أحمد نعمان: النقود الإلكترونية وسيلة وفاء في التجارة الإلكترونية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية العدد 5، لسنة 2011.
- ضياء علي أحمد نعمان: "حماية المستهلك في العقد المبرم بشكل إلكتروني-الوفاء الإلكتروني نموذجاً- "المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 10، 2014.
- عدنان إبراهيم سرحان: الوفاء (الدفع) الإلكتروني، بحث منشور في ابحاث مؤتمر الاعمال الإلكترونية المصرفية بين الشريعة والقانون، المجلد الاول.
- محمد إبراهيم محمود الشافعي: النقود الإلكترونية، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية تصدرها أكاديمية شرطة دبي، العدد الأول، يناير 2004.
- محمد الشافعي: بطاقات الأداء والائتمان بالمغرب، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2002.

- مليكة بومخلد: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر، وحدة قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، الموسم الجامعي: 2009 – 2010.

- موسى عيسى العامري: الشيك الذكي، أبحاث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المجلد الاول، 11 ربيع الاول 1424 هـ الموافق 12 مايو 2003م

- وفاء الوافي: المركز القانوني للوفاء الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، رسالة لنيل دبلوم الماستر تخصص قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش 2011-2012

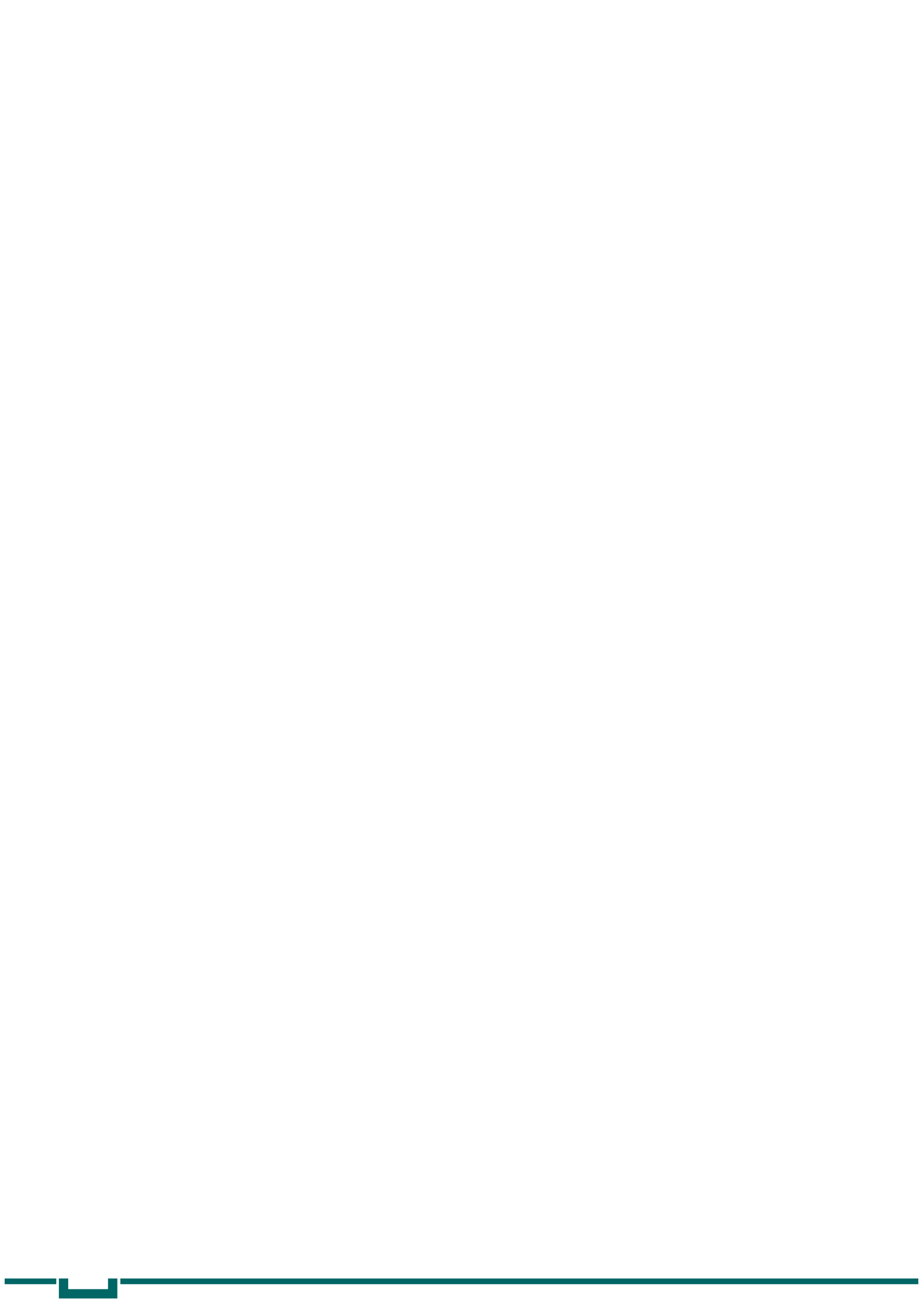
- صليحة حاجي: الوفاء الرقمي عبر الانترنت: المظاهر القانونية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية: 2005 – 2006.

- عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الثالث، دار النهضة العربية – القاهرة، 1984.

- ماء العينين سعداني: الإطار القانوني للمصادقة على التعاملات الإلكترونية، مجلة قانون وأعمال، العدد الثاني 2011.

باللغة الاجنبية:

- **Thierry Piette Coudoul, Bertrand André:** Internet et la loi, edition Dalloz 1996.
- **Ghizlane Achab:** Le paiement en ligne dans le commerce électronique aspects de l'influence de la technique sur le droit ;desa en droit privé, université Hassan 2,Ain Chok, faculté des sciences juridiques économiques et sociaux, Casablanca ,2001.
- **Baker Brandelr:** the Law of electronic funds Transfer systems, boston, 1996-1998.
- **Akito Yamamoto :** Bitcoin : L'autur Cote de la monnaie- avantages et inconvenients D'un investissement dans bitcoin , createSpace Independent publishing platform, 26 fév 2018.



الموظف العام والموظف الدولي "دراسة مقارنة"

أ.عبد الرحمن علي إبراهيم غنيم، أكاديمية شرطة دبي

"Public functionary and international functionary " A comparative study"

الملخص

هدفت هذه الدراسة إلى الحديث عن الموظف العام والموظف الدولي من خلال المقارنة بين كل منهما؛ حيث تناولت تعريف كل منهما والشروط التي يجب أن تنطبق عليهما، ومن ثم هدفت إلى توضيح الحقوق والواجبات التي يتمتع فيها كل من الموظف العام والموظف الدولي، وتوصلت الدراسة إلى أن الموظف العام هو كل من يشغل منصب وظيفي في دائرة حكومية ضمن حدود دولته، أما الموظف الدولي فهو كل من يعمل لصالح منظمة دولية خارج نطاق دولته مقابل أجر معين يتم الاتفاق عليه، كما يتمتع كل من الموظف العام والموظف الدولي بمجموعة من الحقوق والتي يتم الحصول عليها بحكم الوظيفة التي يشغلها كل منهما، وهذه الحقوق قد تكون مالية أو معنوية، ويقابل الحقوق مجموعة من الواجبات تقع على عاتق كل من الموظف العام والموظف الدولي، حيث أن قيام الموظف بواجباته هو السبب الرئيسي لحصوله على حقوقه ومستحقاته.

Abstract

The aim of this study is to talk about the general employee and the international employee by comparing each other; Where they dealt with their definition and the conditions to which they should apply, It was therefore intended to clarify the rights and duties of both the public official and the international staff, The study found that the public official is a person who holds a career position in a government department within the borders of his state, An international staff member is anyone who works for an international organization outside his or her country for a specific remuneration to be agreed upon, Both the public official and the international employee enjoy a set of rights which are obtained by virtue of their respective functions. These rights may be financial or moral, The rights are offset by a set of obligations that are the responsibility of both the public official and the international staff, Since the performance of his duties by the staff member is the main reason for his or her rights and entitlements.

مقدمة

لقد تسارعت الأحداث وتطور القانون مما أدى إلى تطور البشر وجعلهم يطالبون بنظام للوظيفة العامة، وتعتبر الوظيفة العامة تابعة للقانون الإداري الذي يشغل دور كبير في الحياة العامة وفي مجال تقديم الخدمات للمواطنين، ومن ثم بدأت الوظيفة الدولية تنافس الوظيفة العامة وتحتل مكانة مهمة على صعيد القانون الدولي، مما جعلنا نقف أمام نظامين للعمل يخضع لهم الموظفون.

وتعد الوظيفة العامة هي الأقدم مقارنةً بالوظيفة الدولية، وذلك لأن الوظيفة العامة تكون في حدود الدولة الوطنية، والتي تعتبر أقدم من المنظمات الدولية التي يتبع لها الموظف الدولي ويعمل ضمن إطارها، فالمنظمات الدولية حديثة النشأة إلى حدٍ ما مقارنةً بالدولة الوطنية.

وتعتبر الوظيفة الدولية جزءاً لا يتجزأ من الوظيفة العامة التي تكون داخل حدود الدولة الوطنية؛ حيث أن الوظيفة العامة هي الأساس والأقدم نسبياً مقارنةً بالوظيفة الدولية التي تستمد غالبية أحكامها من الوظيفة العامة، وتعد الوظيفة العامة واحدة من الأدوات القانونية التي من خلالها تتمكن الدولة من تنفيذ سياساتها العامة وإدارة مرافقها بشكل منظم، والموظف العام يعتبر المقياس الذي يقاس به مدى تقدم ونجاح الوظيفة العامة.

ولقد هدفت هذه الدراسة إلى توضيح مفهوم وماهية الموظف العام، وتوضيح مفهوم وماهية الموظف الدولي، كما هدفت الدراسة إلى المقارنة بين الحقوق التي يتمتع بها كل من الموظف العام والموظف الدولي، وبين الواجبات التي تلقى على عاتق كل منهما.

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في التشابه الكبير بين الموظف العام والموظف الدولي الذي يرى البعض أنهما نظام واحد لا يمكن التفريق بينهما في معظم الأحيان، بل أن الموظف الدولي ما هو إلا موظف عام يمارس وظيفته على الصعيد الدولي، إلا أن المتمعن في كلا النظامين يجد أن هنالك مجموعة من الفروق بينهما تكمن في المفهوم وفي الشروط وفي الحقوق والواجبات، لذلك تبرز مشكلة الدراسة من خلال الأسئلة التالية:

- 1- ما هو المقصود بالموظف العام والموظف الدولي؟
- 2- ما هي الشروط الواجب توافرها في الموظف العام والموظف الدولي؟
- 3- ما هي الحقوق التي يتمتع بها كل من الموظف العام والموظف الدولي؟
- 4- ما هي الواجبات الملقى على عاتق الموظف العام والموظف الدولي؟
- 5- ما هي أوجه التشابه والاختلاف بين الموظف العام والموظف الدولي؟

منهج الدراسة

اتجه الباحث من خلال هذا البحث إلى إجراء مقارنة بين الموظف العام والموظف الدولي، وذلك بهدف توضيح أوجه التشابه والاختلاف بينهما، لذلك استند الباحث من خلال هذه الدراسة إلى المنهج التحليلي والمنهج المقارن وذلك لأنهما الأنسب لطبيعة الدراسة، ونظراً للتشابه الكبير بين الموظف العام والموظف الدولي في مختلف المجالات.

ولقد جاءت هذه الدراسة من خلال مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: المقارنة بين الموظف العام والموظف الدولي من حيث المفهوم.

المبحث الثاني: المقارنة بين الموظف العام والموظف الدولي من حيث الحقوق والواجبات

المبحث الأول

المقارنة بين الموظف العام والموظف الدولي من حيث المفهوم

يطلق مصطلح الموظف العام على كل من يشغل وظيفة عامة ضمن حدود دولته؛ حيث أنه لا يتعدى حدود دولته أثناء عمله، بينما يطلق مصطلح الموظف الدولي على الشخص الذي يشغل وظيفة دولية تابعة لأحدى المنظمات أو المؤسسات الدولية التي لا تكون تابعة لدولة معينة، كمنظمة الأمم المتحدة، أو محكمة العدل الدولية وغيرها من المنظمات الدولية.

ونظراً للخلط بين المصطلحين، خصص الباحث هذا المبحث للحديث عن مفهوم كل من الموظف العام والموظف الدولي من خلال مطلب كل على حدا.

المطلب الأول: الموظف العام

الفرع الأول: مفهوم الموظف العام

تتعدد التعريفات حول مفهوم الموظف العام بصورة واضحة، وذلك نتيجة للاختلاف حول الماهية والشروط التي ينبغي أن تتوافر في الشخص لكي يطلق عليه مصطلح الموظف العام، ولقد عرف الفقيه الفرنسي "فالين" الموظف العام بأنه "كل شخص يعمل في خدمة سلطة وطنية ويسهم بصورة اعتيادية في تسيير مرفق عام يدار بطريقة الإدارة المباشرة، ويشغل وظيفة دائمة مدرجة في الكادر الإداري"¹.

¹ د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، 2003، ص 414.

وعرفه الفقيه "هوريو" الموظف العام بأنه "كل شخص يشغل وظيفة داخلية في الكادرات الدائمة، لمرفق عام يدار بمعرفة الدولة، أو الإدارات العامة التابعة، ويتم تعيينه بمعرفة السلطة العامة"¹.

ما المشرع الفلسطيني فقد عرف الموظف العام في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2005 بأنه "الشخص المعين بقرار من جهة مختصة لشغل وظيفة مدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية على موازنة إحدى الدوائر

الحكومية، أيًا كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماتها"².

ويتضح من نص المادة السابقة أن المهام الموكولة للموظف العام يجب أن تكون متعلقة بالأمر المدنية المدرجة في نظام التشكيلات الوظيفية، وعلى موازنة وزارة أو إدارة أو مؤسسة أو أية سلطة تدخل موازنتها ضمن الموازنة العامة للسلطة الفلسطينية أو ملحقة بها أو مؤسسة عامة إدارية أو مؤسسة عامة اقتصادية أو شركة وطنية اختارت إخضاع العاملين فيها لهذا القانون، وبغض النظر عن طبيعة المهمة الموكولة لذلك الشخص سواء كان ذلك الموظف وزيراً في وزارة أو حارساً في إدارة³.

كما عرف الموظف العام بأنه "كل شخص يعهد إليه بوظيفة دائمة في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون الأخرى بطريقة مباشرة، وذلك من خلال شغله منصباً يكون ضمن نطاق التنظيم الإداري للمرفق، شريطة أن يكون ذلك العمل بصفة مستمرة وليست عارضة، وأن يصدر بذلك قرار من السلطة المختصة قانوناً بالتعيين"⁴.

وعرف أيضاً الموظف العام بأنه "الشخص المكلف بتسيير المرفق العام الذي يهدف إلى تحقيق مصالح أفراد المجتمع، بواسطة ما له من سلطات وصلاحيات واسعة يحقق احتياجات الجمهور في كل المجالات والاختصاصات المنوطة به، فنجاح المرافق العامة يتوقف على مدى انضباط ونجاح موظفيها في تأدية مهامهم الرامية لتحقيق وتطوير تنمية وازدهار أي دولة"⁵.

¹ د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة: دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والانكليزي، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص 68.

² انظر "فانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 المعدل بالقانون رقم (4) لسنة 2005، المادة (1).

³ د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري الفلسطيني: نشاط الإدارة ووسائلها، الطبعة الأولى، القدس، المطبعة العربية الحديثة، 2002، ص 203.

⁴ د. محمد سليمان شبير، مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2015، ص 410.

⁵ خلدون عيشة، الموظف العام وطبيعة رابطة الوظيفة العامة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد (10) عدد (1)، 2017، ص 210.

الفرع الثاني: شروط الموظف العام

لقد اتفقت التعريفات السابقة على ضرورة توافر ثلاثة شروط أساسية، لكي تطلق صفة الموظف العام على شخص ما، وتكون الشروط على النحو التالي¹:

1. أن يعين الشخص في عمل دائم: يقوم شرط العمل الدائم على عنصرين أساسيين، وهما ديمومة الوظيفة واستمرارية الموظف في إشغالها، لذلك يجب أن تكون الوظيفة التي يشغلها الموظف العام داخلة ضمن الهيكل الإداري للمرفق العام، وبالمقابل ينبغي أن يكون الموظف العام متفرغ لعمله تفرغاً دائماً.
2. العمل في مرفق عام: ويعني ذلك أن يكون المرفق الذي يعمل فيه الشخص خاضعاً لإدارة سلطة إدارية عامة، سواء كانت هذه السلطة مركزية أم لا مركزية، أو كانت محليه أو غير محلية.
3. أن يكون التعيين من السلطة العامة المختصة: ويعني ذلك أن يتم تعيين الشخص في الوظيفة من قبل جهة مختصة وفقاً للأحكام القانونية السارية.

المطلب الثاني: الموظف الدولي

الفرع الأول: مفهوم الموظف الدولي

تلجأ المنظمات الدولية لإنجاز مهامها ووظائفها إلى عدد كبير من العاملين والفنيين والإداريين، ومنهم من يعمل بصفة دائمة ومنهم من يعمل بصفة مؤقتة، كما ويطلق على هؤلاء الموظفين جميعهم مصطلح المستخدمين الدوليين²، ولقد عرفت محكمة العدل الدولي في رأيها الاستشاري الصادر عام 1949 الموظف الدولي بأنه "كل شخص يعمل بأجر أو بدون أجر بصفة دائمة أو مؤقتة يعين بواسطة أحد فروع المنظمة لممارسة إحدى وظائف المنظمة أو المساعدة في مباشرتها وباختصار هو كل شخص تعمل المنظمة بواسطته"³. ويشمل مفهوم الموظف الدولي العاملين في المنظمة جميعهم بصورة دائمة أو مؤقتة الأشخاص جميعهم الذين تكلفهم المنظمة بمهام تخصصها، ومن هؤلاء رئيس البعثة ومساعديه والإداريين والفنيين والعمال في مقر المنظمة وخارجها، ويشمل الموظف الدولي كل شخص تكلفه المنظمة بعمل يخصها⁴.

¹ د. محمد سليمان شبير، مرجع السابق، ص 409.

² د. مصباح جمال مقبل، الموظف الدولي ومدى مسئولية المنظمة الدولية عن أعماله، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011، ص 35.

³ الفتوى الصادرة في نيسان 1949 بخصوص التعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب الخدمة في الأمم المتحدة.

⁴ د. سهيل حسين الفتلاوي، الأمم المتحدة: أهداف الأمم المتحدة ومبادئها، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عمان، دار الحامد، 2011، ص 293.

ويطلق على الموظف الدولي أنه "مجموعة من العاملين الدوليين الذين يشغلون وظائف تتسم بالدوام والاستمرار ويتمتعون بنظام قانوني خاص لتنظيم علاقاتهم بالمنظمة وبيان التزاماتهم نحوها وحقوقهم قبلها"¹. ويعرف الموظف الدولي أيضاً بأنه "كل شخص يعمل بإحدى الوظائف الإدارية في المنظمة الدولية أو تكلفه بمهمة معينة بصفة دائمة أو مؤقتة لتحقيق أهدافها ومصالحها ويخضع للمبادئ الموضوعية من المنظمة الدولية والمنصوص عليها في الاتفاقيات اللاحقة للمنظمة ولمركزها القانوني"².

كما يعرف بأنه "كل شخص طبيعي مكلف من قبل جهاز من أجهزة المنظمة للعمل باستمرار لحسابها خاضعاً في ذلك للنظام القانوني الخاص الذي تضعه المنظمة، وبذلك فإن العامل الدولي يعمل لحساب المنظمة الدولية، لذلك فإنه من الطبيعي أن آثار تصرفاته تنصرف مباشرة للمنظمة، في حين أن ممثلي الدول الأعضاء يعملون لحساب دولهم"³.

الفرع الثاني: شروط الموظف الدولي

من خلال التعريفات السابقة يتضح لنا أن هنالك مجموعة من الشروط التي ينبغي لها أن تتوافر في الشخص لكي يطلق عليه مصطلح الموظف الدولي، وهذه الشروط هي⁴:

1. أن يؤدي الموظف العمل في خدمة منظمة دولية أو فرع من فروعها فلا يعد موظفاً دولياً من يؤدي عمله لخدمة دولة معينة أو مؤسسة دولية لا ينطبق عليها وصف منظمة دولية.
2. أن يكون هدف الموظف من وراء عمله تحقيق مصلحة المنظمة الدولية، وليس مصلحة ما دون أن يحول من توافر هذا الشرط.
3. أن يؤدي الموظف نشاطه داخل إقليم دولة معينة ما دام ينبغي من وراء هذا النشاط مصلحة المنظمة نفسها.
4. خضوع الموظف الدولي في عمله تحت إشراف أجهزة المنظمة الدولية وتعليمات وأوامر من رؤسائه فيها، وفقاً لما تمليه أحكام ميثاقها ولوائحها، وبالتالي لا يعد موظفاً دولياً من يخضع في أدائه لعمله لقوانين وتعليمات دولته.
5. ضرورة تفرغ الموظف الدولي لأداء عمله في المنظمة وتكريس كافة نشاطه من أجلها.

¹ د. مايا عبد الرؤوف الدباس، حصانات وامتيازات الموظف الدولي، مجلة الحقوق، مجلد(41)، عدد(4)، 2017، ص 386.

² قيصر سالم يونس، المسؤولية القانونية للموظف الدولي، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد(12)، عدد(47)، 2011، ص 160.

³ أحمد نجم الدين أحمد، التمييز بين الموظف العام والموظف الدولي: دراسة في القانون الإداري الدولي، الطبعة الأولى، عمان، دار الراجحة للنشر، 2015، ص 93-94.

⁴ د. عبد الله علي عبو، المنظمات الدولية، الطبعة الأولى، كردستان العراق، مطبعة جامعة دهوك، 2010، ص 126.

6. تحديد النظام القانوني الذي يخضع له الموظف الدولي بقواعد قانونية دولية عن طريق اتفاقية دولية.

7. أن يعمل الموظف الدولي لتحقيق المصلحة الجماعية المشتركة للمجتمع الدولي ككل وإظهار ولاءه للمنظمة التي يعمل بها.

ويتعين على الموظف الدولي أثناء تأديته لعمله عدم الخضوع لأي تأثير من قبل أي سلطة خارجية؛ حيث ليس له أن يطلب أو يتلقى تعليمات من أية حكومة أو أية سلطة خارجة عن المنظمة، كما يجب عليه الامتناع عن القيام بأي عمل قد يسيء إلى مركزه نظراً لكونه موظفاً دولياً مسؤولاً أمام المنظمة وحدها، بالإضافة إلى أن المنظمة تضيي على الموظف الدولي حمايتها الوظيفية بالنسبة للأضرار التي تصيبه أثناء قيامه بأعماله المتعلقة بالمنظمة الدولية¹.

كما ينبغي على الموظف الدولي أن يتمتع بالاستقلال عن جنسية دولته؛ حيث يؤدي المهام الموكلة إليه باستقلالية مطلقة، لما في ذلك من فائدة تعود على الصالح العام لجميع الدول الأعضاء، وكذلك الحياد بحيث يجب على الموظف الدولي القيام بممارسة عمله في مواجهة جميع الدول الأعضاء في المنظمة التابع لها بدون تفرقة بين هذه الدول وبتبعية تامة لتعليمات أجهزة المنظمة².

وبناءً على ما سبق من التعريفات والشروط السابقة للموظف العام والموظف الدولي، لوحظ أن هنالك تشابه كبير بين الموظف العام والموظف الدولي، الأمر الذي ترتب عليه تطبيق قواعد التنظيم الإداري والوظيفي المعمول بها في الدولة داخل المنظمات الدولية، وبذلك تصبح القواعد التي تحكم عمل الموظف العام مشابهاً للقواعد التي تحكم عمل الموظف الدولي إلى حدٍ ما.

ومن المتعارف عليه أن الوظيفة العامة تمارس على مستوى الدولة أي على المستوى المحلي ويكون عملها وفقاً للقوانين والتشريعات الناظمة في المجتمع الداخلي، وتحقيق أهداف مصلحة الدولة والمواطنين داخلها، وتبعاً للوظيفة العامة استمدت الوظيفة الدولية قواعدها ومقوماتها الأساسية؛ حيث تهدف الوظيفة الدولية إلى تحقيق المصالح المشتركة لأعضاء المجتمع الدولي في ظل قواعد القانون الدولي.

أما بالنسبة لنطاق عمل الموظف العام فهو يقوم بشكل أساسي من خلال تطبيق القانون الوطني للدولة التابع لها الموظف والتي تكون من خلال خدمة المرافق العامة الوطنية، أما الموظف الدولي فإن نطاق عمله يكون محدداً بتنفيذ اتفاق دولي في إطار نظام قانوني دولي.

¹ أحمد نجم الدين أحمد، مرجع سابق، ص 97.

² عمر خرشوفي، المركز القانوني للموظف الدولي في منظمة الأمم المتحدة، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2015، ص 19.

المبحث الثاني

المقارنة بين الموظف العام والموظف الدولي من حيث الحقوق والواجبات

يتمتع الموظف العام والموظف الدولي بمجموعة من الحقوق بحكم الوظيفة التي يشغلونها، وبمقابل هذه الحقوق هنالك أيضاً مجموعة من الواجبات التي ينبغي عليهم القيام بها، وتأتيها على أكمل وجه، مع ضرورة انسجام الحقوق مع الواجبات، ومن خلال هذا المبحث سنتحدث عن حقوق وواجبات الموظف العام، وحقوق وواجبات الموظف الدولي ومن ثم إيجاد أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

المطلب الأول: حقوق وواجبات الموظف العام

الفرع الأول: حقوق الموظف العام

يتمتع الموظف العام بمجموعة من الحقوق منها:

• **الراتب:** يقصد بالراتب ذلك المبلغ المالي الذي يتقاضاه الموظف العام بشكل شهري مقابل قيامه بوظيفته، ويضاف إلى الراتب جميع المزايا المالية الأخرى كالمبلغ الإضافي والبدلات والعلاوات والمكافأة إن وجدت، ويعتبر حق الموظف في الحصول على المرتب من أهم الحقوق التي تكفلها له الوظيفة العامة؛ حيث أنه المرتب هو السبب الرئيس لالتحاق الموظف في الوظيفة¹.

ولقد عرفت المادة الأولى من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2005م الراتب بأنه: الراتب الأساسي الشهري الذي يستحقه الموظف ويتقاضاه مقابل قيامه بمهام الوظيفة التي يشغلها، ولا يشمل العلاوات أو البدلات من أي نوع كانت².

• **العلاوات:** وهي المبالغ المالية التي تضاف على الراتب الأساسي وتزيد من مقداره، ويتم تحديد قيمة العلاوة من قبل المشرع وهو الذي يحددها ويضيفها إلى الراتب الأساسي وذلك ما نص عليه قانون الخدمة المدنية الفلسطيني، لذلك فإن مسألة اقتطاع العلاوة من الراتب أو استبعادها مسألة في غاية الصعوبة³، كما تشمل العلاوات حسبها حددها القانون علاوة الدرجة والاختصاص، والعلاوة

¹ شعبان رأفت عبد اللطيف. حقوق وواجبات الموظف العام، ورشة عمل التحقيق الإداري والمحكمة التأديبية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، دولة الإمارات العربية المتحدة، 2011، ص3.

² قانون رقم (4) لسنة 2005م بتعديل قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998م.

³ د. محمد سليمان شبير، مرجع سابق، ص429.

الاجتماعية للزوجة والأولاد وعلاوة المواصلات وغلاء المعيشة، وعلاوة الندرة والمخاطرة وطبيعة العمل
والعلاوة الإدارية¹.

● الترقية: يقصد بالترقية إسناد وظيفة جديدة إلى الموظف، وتكون ذات مستوى أعلى من وظيفته
الحالية من حيث المسؤوليات والواجبات والصلاحيات، أو انتقاله من درجة إلى درجة أعلى داخل الفئة
الوظيفية نفسها².

● الإجازات: تعد الإجازة جزءاً من العمل الوظيفي وهي من أفضل أساليب الراحة بالنسبة للموظف؛
حيث يحصل عليها بين الحين والآخر ليستعيد نشاطه وحيويته، وتتنوع الإجازات التي يمكن أن يحصل
عليها الموظف كالإجازات المرضية وغيرها، ويمكن أن تكون الإجازة بمرتب أو بدون مرتب حسب
مقتضيات المصلحة العامة³.

ولقد تطرق المشرع الفلسطيني من خلال قانون الخدمة المدنية إلى الأحكام المتعلقة بالإجازات، وأفرد لها
فصلاً كاملاً من ضمن الباب الرابع في القانون، كما أكد على أن الأصل العام في هذا المقام يتمثل في عدم جواز
انقطاع الموظف عن عمله إلا من خلال إجازة رسمية وفي حدود القانون، ووفقاً للضوابط التي تضع الدائرة
الحكومية التي يكون الموظف تابع لها⁴.

الفرع الثاني: واجبات الموظف العام

هنالك مجموعة من الواجبات التي تقع على عاتق الموظف العام وتكون مقابلة للحقوق التي يحصل
عليها، بمعنى آخر يمكن القول أن الحقوق التي يحصل عليها الموظف العام هي نتيجة لقيامه بالواجبات
المفروضة عليها على أكمل وجه، وهذه الواجبات ذكرها المشرع الفلسطيني في قانون الخدمة المدنية وأكد على
أن الوظائف العامة هدفها خدمة المواطنين وتحقيق المصلحة العامة، وجاءت هذه الواجبات على النحو التالي⁵:

1. تأدية العمل المنوط به بنفسه بدقة وأمانة وأن يخصص وقت العمل الرسمي لأداء واجبات وظيفته،
وأن يلتزم بالعمل في غير أوقات العمل الرسمية بناءً على تكليف من الجهة المختصة إذا اقتضت
مصلحة العمل ذلك.
2. أن يحسن معاملة الجمهور وأن ينجز معاملاتهم في الوقت المحدد.
3. احترام مواعيد العمل.

¹ انظر: قانون الخدمة المدنية الفلسطيني، المادة (3/51).

² د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري: دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، القاهرة، دار الفكر العربي، 1973، ص 394.

³ شعبان رأفت عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 7.

⁴ انظر: قانون الخدمة المدنية الفلسطيني، المادة (78).

⁵ انظر: قانون الخدمة المدنية الفلسطيني، المادة (66).

4. المحافظة على الأموال والممتلكات العامة.
5. احترام التسلسل الإداري في اتصالاته الوظيفية وتنفيذ ما يصدر إليه من أوامر وتعليمات في حدود القوانين واللوائح النافذة، ويتحمل كل مسئول مسؤولية الأوامر التي تصدر منه، كما يكون مسئولاً عن حسن سير العمل في حدود اختصاصاته.
6. أن يعمل على تنمية قدراته وكفاءاته العلمية والاطلاع على القوانين واللوائح والتعليمات المتعلقة بعمله والإحاطة بها وتقديم الاقتراحات التي يراها مفيدة لتحسين طرق العمل في الدائرة ورفع مستوى الأداء فيها.

المطلب الثاني: حقوق وواجبات الموظف الدولي

إن الحقوق والواجبات المحددة للموظف العام بحكم وظيفته العامة، يقابلها مجموعة من الحقوق والواجبات للموظف الدولي بحكم وظيفته الدولية التي يشغلها.

الفرع الأول: حقوق الموظف الدولي

1. تمتع الموظف الدولي بالصفة الدولية وعدم المساس بها؛ حيث يعتبر تمتع الموظف بالصفة الدولية أول حق رئيسي له، ويميزه هذا الحق بوضع قانوني خاص؛ حيث يجري تعيينه بمعرفة أجهزة دولية ويتم اختياره وفق أنظمة خاصة تضعها هذه الأجهزة، كما أن الموظفون في هذه الحالة يكونون مستقلين عن حكوماتهم ويمارسون أعمالهم بحيادية واستقلال تام عن دولتهم التي ينتمون إليها¹.
2. حق الموظف الدولي في المرتب وزيادته: يستحق الموظف الدولي المرتب المتفق عليه عند بدء التحاقه بالوظيفية ومباشرته أعمالها، ويشمل الراتب كافة المزايا الأخرى التابعة له، وذلك كما حددت الأمم المتحدة في نظامها الأساسي في المادة الثالثة منه والتي تخص الأمين العام في تحديد مرتبات موظفي المنظمة²، بالإضافة إلى أن أنظمة التوظيف الخاصة بالمنظمات الدولية والإقليمية تضع أنظمة معينة لمنح الزيادات في المرتب على شكل علاوات سواء كانت دورية أو تشجيعية.
3. حق الموظف الدولي في العلاوات: يستحق الموظف الدولي علاوة دورية تصرف بشكل سنوي، وهنالك بعض المنظمات التي تقرر منح أنواع أخرى من العلاوات كالعلاوات العائلية وعلاوة الاستيطان وغيرها³.

¹ د. جمال طه ندا، الموظف الدولي: دراسة مقارنة في القانون الدولي الإداري، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص 130.

² هبة جمال علي، المركز القانوني للموظف الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2011، ص 76.

³ عمر خرشوفي، مرجع سابق، ص 29.

4. حق الموظف الدولي في الحصول على البدلات: يجب منح الموظفين بدلات وظيفية معينة حسبما تقتضي طبيعة عملهم، أو ظروف المناطق التي يعملون بها أو غير ذلك من الظروف والاعتبارات الخاصة التي تستوجب استحقاقهم لهذه البدلات¹.
5. الحق في الحماية: يتمتع الموظف الدولي بنوع من الحماية الوظيفية، وهي حماية المنظمة الدولية لموظفيها ضد كل ما يمكن أن يقع على الموظف من ضرر أو اعتداء بسبب تأدية وظيفتهم، وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في شهر إبريل من عام 1949 في قضية قتل المبعوث الأممي الكونت بيرنادوت، واعتبرت الحماية الوظيفية أمر ضروري لضمان استقلال الموظف في عمله².

الفرع الثاني: واجبات الموظف الدولي

هنالك مجموعة من الواجبات التي تقع على عاتق الموظف الدولي، منها ما يلي:

1. التفرغ للوظيفة: إن الموظف الدولي يجب عليه أن يكرس جل وقته في وظيفته؛ حيث لا يؤدي أي عمل خارج نطاق وظيفته إلا من خلال تصريح من جهته الرئاسية في حالة ما إذا كانت أنظمة التوظيف تجيز ذلك، وتفرغ الموظف الدولي لمباشرة أعمال وظيفته الدولية يعد واجباً أساسياً من شأنه أن ينأى بالموظف الدولي عن الخضوع لأية مؤثرات خارجية³.
2. ضرورة الامتناع عن القيام بأي تصرف لا يتناسب مع كرامة الوظيفة أو الحصول على ميزات شرفية أو مالية أو عينية من جهات أخرى غير الجهة التي يعملون لصالحها⁴.
3. النزاهة والأمانة والحيادية في عمله: حيث يجب على الموظف الدولي التمتع بالنزاهة والأمانة التامة عن قيامه بعمله، وأن يتجرد من كل ما من شأنه أن يؤثر على عمله بالمنظمة من مؤثرات خارجية، وأن يكون محايداً في عمله وغير متحيز لأية دولة عضو في المنظمة حتى لو كانت دولته التي ينتمي إليها بجنسيته، كما أن هذا الواجب يستمر على الموظف حتى بعد انتهاء خدمته في المنظمة التي يعمل بها⁵.
4. احترام التدرج الوظيفي والسلطة الرئاسية: إن الموظف الدولي ينبغي عليه أداء واجب الطاعة واحترام السلطة الرئاسية مثله كمثل الموظف العام، ويعتبر هذا الواجب أحد واجباته الأساسية التي يجب عليه التقيد به.

¹ د. جمال طه ندا، مرجع سابق، ص 140.

² د. محمد المجذوب، التنظيم الدولي، الطبعة الثامنة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 102-103.

³ د. مصباح جمال مقبل، مرجع سابق، ص 97.

⁴ رياض صالح أبو العطا، المنظمات الدولية، الطبعة الأولى، عمان، دار إثراء للنشر والتوزيع، 2009، ص 135.

⁵ هبة جمال علي، مرجع سابق، ص 89-90.

5. الولاء للمنظمة: ويعد من الالتزامات التي تقع على عاتق الموظف الدولي؛ حيث يجب أن يكون ولاءه للمنظمة التي يعمل بها وليس لدولة معينة، لذلك تنص بعض لوائح المنظمات الدولية على ضرورة تأدية الموظف الدولي قسم يؤكد فيه عمله بكل ولاء كموظف دولي يعمل في خدمة المنظمة¹.
6. كتمان أسرار المنظمة وعدم نشرها: يطلع الموظف الدولي بحكم وظيفته الدولية على أسرار المنظمة التي يعمل بها ويكون على علم بأدق خصوصياتها، لذلك يجب عليه عدم إفشاء أسرار المنظمة والإفصاح بأية معلومات أو أخبار يمنع نشرها إلا بأمر من الأمين العام للمنظمة².
- وبعد الاطلاع على الحقوق والواجبات التي يتمتع بها كل من الموظف العام والموظف الدولي، تبين لنا أن هنالك تشابه كبير بينهما، فمن حيث الحقوق يتمتع كل من الموظف العام والموظف الدولي بالحقوق المالية كالمرتب والبدلات والعلاوات، والحقوق الأخرى كالترقية والإجازات.
- أما الاختلاف فهو يكمن في حق الموظف الدولي بالتمتع بالصفة الدولية والتي تجعله يتمتع بالاستقلالية عن دولته وجنسيته، وتجعله يتمتع بالحماية الدولية بحكم وظيفته أيضاً.
- أما الواجبات فهي متشابهة بدرجة كبيرة بين الموظف العام والموظف الدولي، فكلاهما يتوجب عليهما الولاء للجهة التي يعملون بها، واحترام الرؤساء وإطاعتهم، والتقيّد بأحكام الوظيفة، أما الاختلاف فهو يكمن بالولاء للجهة فقط؛ حيث أن الموظف الدولي يكون ولاءه للمنظمة التي يعمل فيها بشكل مستقل تماماً عن دولته وجنسيته التي يحملها، أما الموظف العام فتلقائياً يكون ولاءه لدولته؛ حيث أنه يعمل في خدمة حكومته وضمن دوائرها العامة.

الخاتمة

جاءت هذه الدراسة للمقارنة بين الموظف العام والموظف الدولي، حيث تناولت مفهوم كل منهما والشروط التي يجب أن تتحقق في كل منهما لكي ينطبق عليه الوصف، فالموظف العام يشغل وظيفة عامة في إطار دولته على أن تنطبق عليه شروط التعيين التي تحددها اللوائح والأنظمة، كذلك الحال في الوظيفة الدولية؛ حيث يجب أن يستوفي الموظف الدولي مجموعة من الشروط لكي ينطبق عليه الوصف، وتوصلت هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

نتائج الدراسة

1. توصلت الدراسة إلى أن الموظف العام هو كل من يشغل منصب وظيفي في دائرة حكومية ضمن حدود دولته، على أن يتم تعيينه من قبل شخص مخول للتعيين، أما الموظف الدولي فهو كل من يعمل لصالح

¹ عمر خرشوفي، مرجع سابق، ص32.

² قيصر سالم يونس، مرجع سابق، ص 166.

- منظمة دولية خارج نطاق دولته مقابل أجر معين يتم الاتفاق عليه، على أن يكون ولائه للمنظمة وليس لأية دولة أو جنسية حتى لو كانت دولته.
2. يتمتع كل من الموظف العام والموظف الدولي بمجموعة من الحقوق والتي يتم الحصول عليها بحكم الوظيفة التي يشغلها كل منهما، وهذه الحقوق قد تكون مالية كالمرتب والعلاوات والبدلات، وقد تكون حقوق معنوية كالترقية والإجازات، وجميعها لا يمكن منع الموظف منها إلا بوجود سبب قانوني واضح، وإلا يكون المنع تعسفي من حق الموظف الاعتراض عليه وعدم تقبله.
3. يقابل الحقوق مجموعة من الواجبات تقع على عاتق كل من الموظف العام والموظف الدولي، حيث أن قيام الموظف بواجباته هو السبب الرئيسي لحصوله على حقوقه ومستحقاته، وهنالك تشابه كبير في الواجبات بين الموظف العام والموظف الدولي، إلا أنها تختلف فقط من حيث جهة الولاء، فالموظف العام يكون ولائه لدولته، أما الموظف الدولي يكون ولائه للمنظمة التي يعمل لصالحها.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- أحمد نجم الدين أحمد، التمييز بين الموظف العام والموظف الدولي: دراسة في القانون الإداري الدولي، الطبعة الأولى، عمان، دار الراية للنشر، 2015.
- د. جمال طه ندا، الموظف الدولي: دراسة مقارنة في القانون الدولي الإداري، القاهرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.
- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري: دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، القاهرة، دار الفكر العربي، 1973.
- د. سهيل حسين الفتلاوي، الأمم المتحدة: أهداف الأمم المتحدة ومبادئها، الجزء الأول، الطبعة الأولى، عمان، دار الحامد، 2011.
- د. عبد الله علي عبو، المنظمات الدولية، الطبعة الأولى، كردستان العراق، مطبعة جامعة دهوك، 2010.
- د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري الفلسطيني: نشاط الإدارة ووسائلها، الطبعة الأولى، القدس، المطبعة العربية الحديثة، 2002.
- د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة: دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والانكليزي، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.
- د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، 2003.
- د. محمد المجذوب، التنظيم الدولي، الطبعة الثامنة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.

- د. محمد سليمان شبير، مبادئ القانون الإداري في دولة فلسطين، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2015.
- د. مصباح جمال مقبل، الموظف الدولي ومدى مسئولية المنظمة الدولية عن أعماله، الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011.
- رياض صالح أبو العطا، المنظمات الدولية، الطبعة الأولى، عمان، دار إثراء للنشر والتوزيع، 2009.

ثانياً: القوانين والمواثيق الدولية

- قانون رقم (4) لسنة 2005م بتعديل قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998م.
- الفتوى الصادرة في نيسان 1949 بخصوص التعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب الخدمة في الأمم المتحدة.

ثالثاً: المقالات

- خلدون عيشة، الموظف العام وطبيعة رابطة الوظيفة العامة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، مجلد (10) عدد (1)، 2017.
- د. مايا عبد الرؤوف الدباس، حصانات وامتيازات الموظف الدولي، مجلة الحقوق، مجلد (41)، عدد (4)، 2017.
- شعبان رأفت عبد اللطيف. حقوق وواجبات الموظف العام، ورشة عمل التحقيق الإداري والمحكمة التأديبية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، دولة الإمارات العربية المتحدة، 2011.
- قيصر سالم يونس، المسئولية القانونية للموظف الدولي، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (12)، عدد (47)، 2011.

رابعاً: الرسائل العلمية

- عمر خرشوفي، المركز القانوني للموظف الدولي في منظمة الأمم المتحدة، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2015.
- هبة جمال علي، المركز القانوني للموظف الدولي، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2011.

أثر انتهاك حصانة رؤساء الدول على مبدأ السيادة

د. زكريا عبد الوهاب محمد زين

أستاذ القانون الدولي المشارك ورئيس قسم القانون الدولي العام
بجامعة شندي والمعار حالياً بجامعة ظفار كلية الحقوق في سلطنة عمان

Abstract

This research takes the violation of immunity of the countries' presidents and the effect of that at the known sovereignty principle in the internationalship, either that was in the traditional international law or in the contemporary international law.

The research displays the sovereignty concept in the framework of UN charter that in the first part of the first chapter, the second part of the same chapter discusses the equality principle according to what is in the Un chanter witch is established to UN organization in 1945.

The second chapter illustrate the immunity of the countries' presidents in the public international law, the philosophical base and the law that based on that is in the first part of the first chapter.

The second part of the same chapter clarifies the immunity of the countries' presidents in the different international agreements and what is applicable in the international judicial precedents.

ملخص

تناول هذا البحث انتهاك حصانة رؤساء الدول وأثر ذلك على مبدأ السيادة المتعارف عليه في العلاقات الدولية، سواءً كان ذلك في القانون الدولي التقليدي أو القانون الدولي المعاصر.

استعرض البحث مفهوم السيادة في إطار ميثاق الأمم المتحدة وذلك في المطلب الأول من المبحث الأول، أما المطلب الثاني من ذات المبحث فقد تناول مبدأ المساواة بين الدول طبقاً لما جاء في الميثاق المنشئ لمنظمة الأمم المتحدة في العام 1945م.

أما المبحث الثاني فقد تناول في المطلب الأول منه حصانة رؤساء الدول في القانون الدولي العام، والأساس الفلسفي والقانوني الذي تقوم عليه، أما المطلب الثاني من هذا المبحث فقد وضع حصانة رؤساء الدول في الاتفاقيات الدولية المختلفة، وما جرى عليه العمل في السوابق القضائية الدولية.

مقدمة:

جعل ميثاق الأمم المتحدة سيادة الدولة من أهم مبادئه التي تشكل قيماً على الأمم المتحدة بكل أجهزتها بما فيها مجلس الأمن الدولي، وبشكل عام في أي نشاط من أنشطتها التي تمارسها لتحقيق الأهداف التي قامت المنظمة الدولية من أجلها¹.

إن المبادئ التي تقوم عليها الأمم المتحدة تمثل قيماً على سلطة مجلس الأمن عندما يمارسها بموجب الميثاق خاصة تلك المقررة في الفصل السابع التي تستوجب أن يبدئ المجلس الاحترام اللازم لمبادئ الأمم المتحدة ومقاصدها باعتبارها الحد الموضوعي لصحة ومشروعية استخدامه لسلطاته الواردة في الميثاق.

ويعد مبدأ سيادة الدول واحترامها من أهم المبادئ التي حددتها الأمم المتحدة في ميثاقها²، وقد جاء الأمر فيها بصيغة الوجوب والأمر وبالتالي فهي تعتبر من القواعد الآمرة في القانون الدولي العام، ويعتبر مبدأ المساواة في السيادة من أهم المبادئ التي نص عليها ميثاق الأمم المتحدة، والتي تشكل قيماً عاماً على الأمم المتحدة في كل أنشطتها، كما تشكل قيماً "خاصة" على سلطة مجلس الأمن الدولي وفقاً للفصل السابع من الميثاق التي تتضمن إجراءات الإكراه والإجبار والقسر واستخدام القوة العسكرية.

وبما أن الدولة شخص "اعتباري" من أشخاص القانون الدولي، كان من الضروري أن يقوم شخص "طبيعي" بتمثيلها والتعبير عن إرادتها في المجتمع الدولي، ويمثل رئيس الدولة أو الأمير أو الملك رمزاً للسيادة الوطنية بما له من وضع قانوني خاص، واختصاصات وظيفية كبيرة، كما أن هناك تلازم بين حصانة هؤلاء الرؤساء بهذه

¹ نصت المادة (2/24)، من ميثاق الأمم المتحدة على: "يعمل مجلس الأمن في أداء هذه الواجبات وفقاً لمقاصد الأمم المتحدة ومبادئها".

² جاء في المادة (1/2) من ميثاق الأمم المتحدة: "تقوم الهيئة على مبدأ المساواة في السيادة بين جميع أعضائها".

الصفة ومبدأ السيادة المتعارف عليه منذ القدم في العلاقات الدولية، واستمر هذا التلازم منذ بداية القانون الدولي "التقليدي" وحتى تاريخ القانون الدولي "المعاصر".

أهمية الموضوع:

يستمد الموضوع أهميته من التلازم الشديد بين سيادة الدولة كمبدأ مهم من المبادئ الراسخة في العلاقات الدولية وحصانة رؤساء الدول باعتبارهم رموزاً لسيادة الدول، كذلك فإن محاولات مجلس الأمن الدولي بالتدخل في عمل الآلية القضائية الدولية الدائمة (محكمة الجنايات الدولية) بإحالة عدد من الحالات لتوقيف ومحاكمة عدد من رؤساء الدول وهم ما زالوا على سدة الحكم في بلدانهم ويتمتعون بالحصانات والامتيازات المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية، يمثل تهديداً لأمن وسيادة الدول، لأن توقيف أي رئيس دولة دون تحديد الجهة المختصة بالتوقيف والكيفية التي يتم بها على المستوى الدولي، ووضع ترتيب دستوري لانتقال السلطة لخلفه في حالة توقيفه بصورة مفاجئة على المستوى الوطني يترك فراغاً وظيفياً خطيراً، وقد يؤدي إلى انفلات امني في الدولة المعنية، لذلك كان لا بد من توضيح مدى أهمية الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها رؤساء الدول والتي أقرتها الاتفاقيات الدولية، ومدى خطورة انتهاكها، واثار ذلك على مبدأ السيادة.

إشكالية البحث:

يمكن طرح مشكلة البحث في عدد من الأسئلة على النحو التالي:

- 1- هل تتمتع أجهزة الأمم المتحدة بالحق "المطلق" بالتدخل في الشؤون الداخلية للدولة؟.
- 2- هل أعطى ميثاق الأمم المتحدة المنثني للمنظمة الدولية لمجلس الأمن الدولي الحق في التدخل في عمل المحاكم الدولية؟.
- 3- هل هناك مسوغ قانوني في الاتفاقيات الدولية بمنح الحصانة لرؤساء الدول؟.
- 4- هل هناك معايير موحدة ومحددة لمجلس الأمن الدولي للتعامل مع الواقع الدولي المعاصر بشأن توقيف ومحاكمة رؤساء الدول الصغرى والعظمى؟.
- 5- هل يشكل القضاء الدولي بديلاً للقضاء الوطني؟.

حدود البحث:

يتضمن البحث شرحاً لمفهوم السيادة من خلال تطوره التاريخي، وسنده القانوني في ميثاق الأمم المتحدة، كذلك يتضمن توضيح حصانات وامتيازات رؤساء الدول المنصوص عليها في الاتفاقيات الدولية، وذلك من خلال ما جرى عيه العمل في القانون الدولي العم، والسوابق القضائية الدولية.

منهج البحث:

استعنت في كتابة هذا البحث بعدد من مناهج البحث المختلفة، متمثلة في المنهج التحليلي الاستنباطي، الوصفي، التاريخي، والمنهج المقارن، أفضت إلى عدد من النتائج أدرجت في خاتمة البحث.

المبحث الأول

مفهوم السيادة في إطار الأمم المتحدة

يتضمن مفهوم السيادة مفهوميين أساسيين تقوم عليهما الأمم المتحدة بشكل عام، ويمكن تناولهما في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: مبدأ سيادة الدول الأعضاء في المنظمة الدولية:

إن مبدأ سيادة الدول الأعضاء في المنظمة الدولية "الأمم المتحدة" يعني أن الدول في المنظمة الدولية تحتفظ بسيادتها كاملة بحيث لا تؤثر هذه العضوية على هذه السيادة بصورتها الداخلية والخارجية، أي أن تمارس مظاهر سيادتها في نطاق القانون الوطني على كافة أراضيها ومواطنيها، وفي الإطار الدولي هي التي تضع علاقتها الدولية وترسم المسار الصحيح لها، بل أن طلب انضمامها للأمم المتحدة يمثل تعبيراً صادقاً وحيماً عن هذه السيادة، وبالتالي لا يؤثر في هذه السيادة تنفيذها للالتزامات الواردة في ميثاق المنظمة الدولية، فلا تعتبر الأمم المتحدة سلطة فوق الدول، ويترتب على ذلك أن لا تتصرف المنظمة الدولية بما يمس سيادة الدولة إلا بالقدر الذي نص عليه وبالحدود التي تحقق أهداف الأمم المتحدة ومبادئها الأساسية التي قامت من أجلها¹.

عليه يمكن القول أن مبدأ سيادة الدول الأعضاء يعتبر من القيود المهمة التي ترد على سلطات مجلس الأمن الدولي وفقاً للفصل السابع وبشكل خاص، ذلك لأن هذه الإجراءات تتضمن استخدام وسائل الإجبار والقسر التي تتناقض مع مبدأ السيادة بصورة صريحة، وإن بدأ مفهوم السيادة كمصطلح قديم في العلاقات الدولية يفقد بعضاً من بريقه الذي كان يتمتع به في القانون الدولي التقليدي، وذلك بسبب بعض القيود الحديثة المتمثلة في مبادئ حقوق الإنسان، وحماية الأقليات²، والحد من أسلحة الدمار الشامل، والتدخل الدولي لأغراض إنسانية... الخ. ولذلك ينبغي لمجلس الأمن الدولي حين يمارس اختصاصاته وفقاً للبند السابع أن لا يعمل على انتهاك سيادة الدول، بل عليه أن يتدرج وفق إجراءات الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة أولاً أي أن يتدرج في هذه الإجراءات وفقاً لمستجدات وقائع النزاع، وخاصة الإجراءات القسرية الواردة في المادتين (41،42) من ميثاق الأمم المتحدة، وهي إجراءات فرضتها الضرورة والضرورة تقدر بقدرها. كذلك من الجدير بالقول أنه إذا لم يتسق استعمال مجلس الأمن لسلطاته مع ما صدر من قرارات مع مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها فإن هذا الاستخدام يكون بهذه الصفة غير مشروع أو تعسفي لأنه قد جانب الغرض الذي تضمنه

¹عبد الله محمد الريماوي، القضايا الكبرى في القانون الدولي المعاصر، الجزء الأول، مؤسسة ناصر للثقافة، ص 172.

²السيد محمد جبر، المركز القانوني للأقليات في القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982م، ص 204.

ميثاق الأمم المتحدة، وبالتالي تكون مثل تلك القرارات معيبة في ذاتها ولا يمكن الاعتداد بها أو الاعتراف لها بقوة الإلزام والنفذ وان استوفت الشروط لصدورها عن المجلس.

المطلب الثاني: مبدأ المساواة بين الدول:

ويقصد به الدول كبيرها وصغيرها وقويها وضعيفها مفهوم متساوية من حيث السيادة، وهذا المبدأ أساسي في المنظمات الدولية ذلك لأنها نشأت على أساس إرادة الدول الأعضاء فيها بإرادة حرة وصرحة، بموجب الاتفاق الدولي المبرم فيما بينها وبالتالي لا يتصور أن الدول تقبل التباين والتمايز فيما بينها سواء في الحقوق أو الالتزامات طالما تتمتع بشخصية قانونية كاملة¹، وذلك لأن عدم المساواة بين الدول يعتبر إخلالاً "بالعدل الدولي" الذي أوردته منظمة الأمم المتحدة في ميثاقها² منذ صدوره في العام 1945م.

إن النظرة المتدبرة والفاحصة لهذا المبدأ فإنه يجب على مجلس الأمن الدولي وهو يباشر سلطته أن يتقيد بأن الدول كبيرها وصغيرها هي سواء في الحقوق والواجبات، وعليه أن يوحد إجراءاته وتصرفاته القانونية في المواقف المتشابهة في جميع أنحاء العالم، وان لا يميز بين أطراف النزاع أو الموقف، ولا يلجأ لاختلاق المبررات، وإتباع المعايير المختلفة لصالح بعض القوى العظمى في العالم، وان يوجه إجراءاته نحو الدول الصغرى.

يمكن القول انه ومنذ بداية حرب الخليج الأولى في العام 1990م، وأحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001م، أصبح التناقض في قرارات مجلس الأمن الدولي واضحاً بصورة "معيبة" تنبئ عن ازدواجية المعايير، وهذا يتنافى قانوناً مع مبدأ أمراً كان ينبغي على المجلس أن يلتزم به، خاصة أن ميثاق الأمم المتحدة لم يمنح المجلس قدر من السلطات التقديرية الواسعة لكي يقوم بواجباته في حفظ السلم والأمن الدوليين بشكل يحقق مبدأ المساواة بين الدول الأعضاء، فضلاً عن مبدأ مراعاة حسن النية عندما يمارس سلطاته بموجب أحكام الفصل السابع، وذلك لأن مبدأ حسن النية يعد أساس النظام الدولي القانوني، وأن إساءة استخدامه سيؤدي إلى انهيار هذا النظام، وبهذا يجب أن يتقيد مجلس الأمن بهذا المبدأ ولا يخرج عليه وأن يمارس سلطاته على ضوءه بمعايير قانونية سليمة ومنضبطة ومتجردة، وأن يبتعد عن الازدواجية والانحياز لبعض القوى العظمى، حتى لا يمس سيادة الدول الأعضاء ويسيء استخدام سلطاته وينحرف بالقانون عن مقاصده.

¹ د. محمد المجذوب، التنظيم الدولي (النظرية العامة والمنظمات العالمية والإقليمية والمتخصصة)، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الثامنة، 2006م، ص 77-85.

² نص ميثاق الأمم المتحدة في المادة (3/2)، على الآتي "يفض جميع أعضاء الهيئة منازعاتهم الدولية بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن والعدل الدولي عرضة للخطر"

المبحث الثاني

حصانة رؤساء الدول في القانون الدولي

مثلت الدول منذ ظهور القانون الدولي التقليدي الشخص " القانوني " الاعتباري" الوحيد، لذا كان من الضروري أن يكون هناك شخصاً "طبيعياً" يقوم بتمثيلها والتعبير عن إرادتها في المجتمع الدولي، هذا الشخص هو رئيس الدولة ويمثل رمز السيادة الوطنية بما له من وضع قانوني خاص واختصاصات وظيفية كبيرة ومتعددة¹.

وقد استقرت قواعد وأحكام القانون الدولي العرفي والاتفاق على حماية رئيس الدولة ونظرته من الدرجات العليا، وذلك بوصفه العضو الأسمى لدولته، لهذا اعترف القانون الدولي والوطني معاً لرئيس الدولة بمجموعة من الحصانات والامتيازات تتناسب مع المكانة التي يمثلها، وتمكنه من القيام بأداء مهام وظيفته على أكمل وجه².

إن هذا الوضع أو المركز القانوني لرئيس الدولة لم يكن وليد مرحلة محددة وإنما هو نتيجة تخلقات ممارسة الدول منذ نشأة الدولة في عصر التنظيم الدولي المعاصر بمفهومها القانوني الحديث بمقتضى معاهدة وستفاليا³ في سنة 1648م.

وقد أصبحت هذه الممارسات للعرف الدول السائد حتى تاريخنا المعاصر سواء تم تقنين هذه الممارسات في اتفاقيات دولية أم لا. ظلت تحكم النظام القانوني لرئيس الدولة والذي يعتبر السلطة العليا في دولته ورمز سيادتها، وهو الذي يعبر عن شخصها القانوني وإرادتها أمام المجتمع الدولي⁴. ويمكن تناول الأساس القانوني والفلسفي لحصانة رئيس الدولة في القانون الدولي، وحصانة رؤساء الدول في الاتفاقيات الدولية في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الأساس القانوني والفلسفي لحصانة رئيس الدولة في القانون الدولي:

تعددت رؤية فقهاء القانون الدولي من خلال النظريات التقليدية والحديثة حيث برزت أربع نظريات تقليدية، وقد ظهر اتجاهان من الفقه القانوني الدولي وكل منهما يحاول تبرير هذه الحصانات والامتيازات بإظهار الأساس القانوني الذي تعتمد عليه⁵. ويمكن تناول تبريرات كل اتجاه فقهي بإيجاز على النحو التالي:

¹د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة السادسة، 2007م، ص 709-712.

²أزد. شهاب سليمان عبد الله، القانون الدولي العام، مكتبة المتنبي، الطبعة الأولى، الرياض، 201م، ص 257.

³حكم محكمة باريس في 11 ابريل 1957م، قضية الملك فاروق، كريستيان ديور المنشور في كينييه "clunet"، ص 16.

⁴د. عبد الله الأشعل، السودان والمحكمة الجنائية الدولية، مكتبة جزيرة الورد، الطبعة الأولى، القاهرة، 2010م، ص 226.

⁵د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص 716-720.

الاتجاه الأول:

أخذ بالاعتماد على إحدى النظريات على حدة من جملة أربع نظريات تقليدية كانت الأساس القانوني للحصانات لرؤساء الدول مثل نظرية الامتداد الإقليمي والتي تعتبر رئيس الدولة أثناء وجوده في دولة أجنبية كأنه لم يغادر إقليم دولته، كما أن إقامته في الدولة الأجنبية هي في حكم إقامته في وطنه، واخذ بهذه النظرية الاتفاق الدولي المبرم بين منظمة الأغذية والزراعة العالمية "الفاو"، والحكومة الإيطالية، والنظرية الثانية هي نظرية الضرورات الوظيفية التي أخذت بالمفهوم الواسع للضرورات الوظيفية التي تمنح بموجبها ممثلي الدول لدى الدولة الأجنبية الامتيازات والحصانات من أجل تسهيل القيام بمهامهم على الوجه الأكمل وفي طمأنينة، وقد تبني القضاء الأمريكي والانجليزي هذه النظرية لأن ممثلي الدول يحملون على عاتقهم مهمة إنجاح العلاقات الدولية، أما النظرية الثالثة فهي نظرية الصفة التمثيلية التي ترى أن رئيس الدولة بصفته التمثيلية ينوب عن دولته أمام الدول الأخرى لدرجة تجسد شخصه في شخصية الدولة وفقاً لمقولة لويس الرابع عشر ملك فرنسا: "أنا الدولة والدولة أنا"، أما النظرية الرابعة فهي نظرية المجاملة الدولية التي تستند على أساس فكرة المجاملة الدولية بوضعها الأساس القانوني لتبرير حصانات وامتيازات ممثلي الدول ورؤسائها¹.

هذه النظريات الأربع تعرضت للانتقادات لأنها لا تعطي تفسيراً واضحاً لبعض الحالات المتعلقة بحصانات وامتيازات رؤساء الدول، فضلاً عن إنها جاءت عامة وفضفاضة ولم تعط التفاوت الكبير بين اختصاصات رؤساء الدول في النظام الرئاسي والنظام البرلماني، بجانب أن بعضها يضع ممثلي الدول فوق القوانين للدول المضيفة التي لا يبرها إلا مبدأ سيادة الدولة التي يمثلونها، بالإضافة إلى أنها لا تعتبر الإعفاءات الأخرى التي يتمتعون بها بصفته الشخصية التي تقرها لهم الدول من باب المجاملة الدولية².

الاتجاه الثاني:

يعرف بالاتجاه الحديث وهو يقر بأن النظريات السابقة ساهمت بوضع معايير للأساس القانوني والفلسفي لحصانات وامتيازات ممثلي الدول. ولكن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن الاعتماد على نظرية واحدة غير كاف لتبرير الحالات المختلفة لحصانات وامتيازات ممثلي الدول وذلك مسألة قانونية متشعبة ومتداخلة وبالتالي لا بد من تبني معيار الجمع بين أكثر من أساس من الأسس السابقة في تبرير منح الحصانات والامتيازات لممثلي الدول³.

1. د. عبد الله نوار شعت، الجريمة أمام المحكمة الجنائية الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2016م، ص 448-449. كذلك: د. معاذ أحمد محمد أحمد، المحكمة الجنائية الدولية وتجاوز القانون الدولي، بحث منشور بمجلة حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، العدد الثاني، ديسمبر 2013م، الخرطوم، ص 60-5-65.

2. د. حامد سلطان وآخرون، القانون الدولي العام، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، 1968، ص 656. كذلك: د. عبد مجيد حماد العيسوي، العلاقات الدبلوماسية ودورها في حل المنازعات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015م، ص 88-90.

3. د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 712.

وعليه انتهى هذا الاتجاه الفقهي الحديث إلى الجمع بين نظريتين وهما الصفة التمثيلية، ونظرية مقتضيات الوظيفة، فالنظريتان تقدمان معاً أساساً قانونياً وافياً لتبرير الحصانات والامتيازات بالمعنى الواسع¹. ووفقاً لهذا الاتجاه الثاني جاءت معظم الاتفاقيات الدولية، وذلك لأن جملة الحصانات والامتيازات الخاصة بالرؤساء في القانون الدولي هي نتيجة لكون هؤلاء الرؤساء يمثلون دولاً ذات سيادة ويعبرون عنها أمام المجتمع الدولي ككل، كما أنها أيضاً نتيجة لكونهم يقومون بوظائف واختصاصات على درجة عالية من الحساسية والخطورة، الأمر الذي يستلزم توفير البيئة الملائمة لأدائهم دون ضغوط أو معوقات لهذا الأداء². عليه أخذت بهذا الاتجاه الحديث اتفاقيات فيينا للعلاقات الدبلوماسية والقنصلية والبعثات الخاصة، وأيدت هذا الاتجاه محكمة العدل الدولية في قضية الدبلوماسيين في طهران: "أن حصانة الدبلوماسيين تمكن في صفتهم التمثيلية ووظيفتهم الدبلوماسية"³.

إن ما جاء في ديباجة القرار الصادر عن مجمع القانون الدولي بباريس عام 2001م، يؤكد هذا الاتجاه، وذلك يملى بالآتي: "على أن هناك معاملة خاصة يجب أن تتوافر لرئيس الدولة ممثلاً لدولته وليس بصفته الشخصية وكذلك لكون هذه المعاملة الخاصة ضرورية من أجل أن يتمكن رئيس الدولة من أداء مهامه ومسئولياته بصورة مستقلة وفعالة".

المطلب الثاني: حصانة رؤساء الدول في الاتفاقيات الدولية:

بعد تناول الأساس القانوني والفلسفي لخصائص وامتيازات رؤساء الدول، يمكن القول أنه لا يوجد تقنين خاص للأعراف الدولية في معاهدة دولية عامة لتنظيم الوضع القانوني لرئيس الدولة على الرغم من أن رؤساء الدول أسبق في الظهور من المبعوث الدبلوماسي فهذا يرسخ حقيقة فحواها أن القواعد العرفية تتركز الأساس للوضع القانوني لخصانة رئيس الدولة، ولكن هذا لا ينفي أن هناك بعض الأحكام الخاصة في بعض الاتفاقيات التي تناولت حصانة رؤساء الدول يمكن إجمالها في الآتي⁴:

1. اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961م:

جاء في هذه الاتفاقية النص على: حرمة شخص المبعوث الدبلوماسي ولا يجوز إخضاعها لأي صور القبض أو الاعتقال، ويجب على الدولة المعتمد عليها معاملته بالاحترام اللائق⁵، وإذا كان هذا الوضع للمبعوث الدبلوماسي من سفراء ودبلوماسيين فان وضع رئيس الدولة ينبغي أن يكون أكثر حظاً بالرعاية والاحترام

1. د. شهاب سليمان عبد الله، القانون الدولي العام، مرجع سابق، ص 259.

2. جميل عبد الله الفائقي، سلطات رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006م، ص 17.

3. أبو الخير أحمد عطية، القانون الدولي العام، بدون دار نشر وبدون تاريخ، ص 494.

4. رشيد مجيد محمد الربيعي، تطور القضاء الدولي الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 179.

5. المادة (29)، اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية 1961م.

والحماية القانونية المطلوبة، وبصورة أكبر من تلك التي يتمتع بها الدبلوماسي لأن الرئيس هو المسئول الأول في دولته ورمز سيادتها.

2. اتفاقية قينا للبعثات الخاصة 1969م:

جاء في هذه الاتفاقية: "يتمتع رئيس الدولة ورئيس الحكومة أو وزير الخارجية أو نظرائهم من الدرجة العليا بالتسهيلات والمزايا والحصانات التي يقررها لهم القانون الدولي إذا ترأسوا أو شاركوا في أعمال بعثات خاصة"¹. كذلك جاء فيها: "على أن رئيس البعثة الخاصة قد يكون رئيس الدولة ولديه حصانة أو حرمة شخصية ضد أشكال التوقيف والحبس"².

3. الاتفاقية الدولية لمنع ومعاقبة الجرائم ضد الأشخاص المحميين دولياً 1973م:

نصت هذه الاتفاقية على منح حماية خاصة لرئيس الدولة حتى يتمكن من القيام بمسؤولياته على أكمل وجه على الصعيد الدولي.

يمكن القول انه وبالنظر لما جاء في هذه الاتفاقيات الدولية انه لا يجوز القبض أو الاعتقال لأي رئيس دولة، ولا اتخاذ أي تدابير إجرائية شرطية، نسبة لما يتمتع به من حصانة وفي ذلك دليل في الرد الكافي على نظام إجراءات المحكمة الجنائية الدولية وادعائها بالحق في القبض أو توقيف رئيس أي دولة طالما انتهك القانون الجنائي الدولي حتى ولو كان على سدة الحكم في بلاده.

المطلب الثالث: أنواع حصانة رؤساء الدول:

إن مهام رئيس الدولة قد تتطلب منه الذهاب إلى دولة أخرى للمشاركة في مؤتمرات القمة أو لحضور اجتماعات المنظمات الدولية، أو القيام بزيارات رسمية، بل قد يكون وجوده في الخارج في مهام خاصة ليست لها علاقة بعمله الرسمي في دولته، ففي هذه الحالات يوفر القانون الدولي حماية خاصة له باعتباره ممثلاً رسمياً لدولته يشغل مكاناً رفيعاً في علاقتها بالخارج، وتهدف هذه الحماية الخاصة إلى تمكينه من ممارسة وظيفته الرسمية خلال وجوده في الخارج. وتتضمن الحماية الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها رؤساء الدول خارج بلدانهم، وتتلخص تلك الحصانات في الحصانة الشخصية، القضائية والمالية، ويمكن تناولها كل على طريقته.

1. الحصانة الشخصية:

يقصد بها عدم التعرض لشخص رئيس الدولة أثناء زيارته لدولة أجنبية وتشمل هذه الحصانة محل إقامته وأمتعته وأمواله ومراسلاته، ولا يحق لسلطات تلك الدولة أن تقبض عليه أو تتخذ أي إجراء قمعي ضده مهما

¹المادة (1/21)، اتفاقية قينا للبعثات الخاصة 1969م.

²المادة (29)، اتفاقية قينا للبعثات الخاصة 1969م.

صدر عنه من تصرفات، وفي حالة ارتكابه لمخالفات تهدد أمن الدولة التي يوجد على أراضيها، أو سلامتها الإقليمية، ينبغي عليها أن تطلب منه مغادرة إقليمها¹.

يمكن القول أن الحماية الخاصة التي يحاط بها رؤساء الدول الأجنبية تتسع فتشمل كافة التدابير والاحتياطات الكفيلة بمنع حدوث أي اعتداء على شخصه أو توجيه إهانات شخصية من قبل وسائل الإعلام المختلفة.

2. الحصانة القضائية:

يتمتع رئيس الدولة بجانب حصانته الشخصية، بحصانة قضائية تعفيه من الخضوع للقضاء المحلي في الدولة الأجنبية، ويمثل ذلك واحداً من الاستثناءات التي ترد على مبدأ "إقليمية القانون"، فيعفى رئيس الدولة بالتالي من الخضوع للقضاء بشقيه الجنائي والمدني وكذلك القضاء الإداري².

والواقع أن الحصانة القضائية لرئيس الدولة تحتل المكان الأكثر أهمية بين مجموعة الحصانات والامتيازات التي يتمتع بها رؤساء الدول في القانون الدولي العام. فهذه الحصانة على وجه التحديد تعتبر جوهرية وأساسية لتوفير الضمانات له للقيام بمهام وظيفته، وعلى هذا فان ممثل الدولة أيّاً كان ملكاً أو أميراً أو رئيساً، فإن القانون يمنحه حصانة قضائية تعفيه من الخضوع للقضاء الوطني للدولة التي يوجد على أراضيها. وهذا المبدأ ذو جذور قديمة كانت تكفل "للملك" عدم الخضوع لمحاكم تابعة لملك آخر كمظهر من مظاهر السيادة، فالسيادات متساوية بين الملوك في القدم، وبين الرؤساء في التاريخ المعاصر، وقد أصبحت حصانة الرؤساء القضائية من المبادئ المستقرة في القانون الدولي، وينبغي أن لا يهتز هذا المبدأ الراسخ حتى لو كانت الدولة مصادقة على نظام محكمة الجنايات الدولية الذي دخل حيز النفاذ في العام 2002م. ويؤيد ما ذهب إليه من قول رؤية الفقه الدولي أن الحصانة القضائية لرئيس الدولة في القانون الدولي كانت أسبق في الظهور من حصانة الدولة ذاتها، وهناك علاقة مؤكدة بين حصانة رئيس الدولة القضائية وبين اعتبارات أن رئيس الدولة يمثل دولة مستقلة وذات سيادة، فالحفاظ على كرامة هذه الدولة وهيبته يقتضي منح رئيسها الحصانة القضائية المتعارف عليها في القانون الدولي العام، ولا تمنح الحصانة لرئيس الدولة اعتباراً لشخصه بل اعتباراً لمنصبه وسيادة دولته، وهذا في جوهره يمثل ضرورة للارتقاء بالعمل الجيد لوظائفه أثناء وجوده بالخارج³.

3. الحصانة ضد القضاء الجنائي:

يكاد الفقه الدولي أن يجمع على قاعدة عامة مفادها أن رئيس الدولة يتمتع بحصانة جنائية كاملة تعفيه من الخضوع للقضاء الجنائي للدول الأجنبية، وذلك مستوى الاتفاقيات الدولية خاصة اتفاقيات فيينا الثلاثة

¹د. عيد مجيد حماد العيسوي، العلاقات الدبلوماسية ودورها في حل المنازعات الدولية، مرجع سابق، ص 92.

²د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، المرجع السابق، ص 717-719.

³د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص 705-707.

(1969، 1963، 1961)، بل يتجاوز ذلك للدساتير والتشريعات الوطنية، وقد نصت الكثير من هذه النصوص على حصانة ممثلي الدول الأجنبية ضد القضاء الجنائي¹.

وقد اتجه القضاء الوطني في العديد من الدول نحو التقيد بهذه الحصانة الجنائية لرئيس الدولة. فقد حكمت إحدى المحاكم الفرنسية بجواز خضوع الرئيس الليبي السابق معمر القذافي للمحاكمة أمامها بسبب اتهامه بإسقاط طائرة مدنية فرنسية فوق جمهورية النيجر عام 1989/، مما نتج عنه وفاة جميع ركابها، وقد رفضت المحكمة الدفع القانوني المتعلق بحصانته ضد المحاكمة بصفته رئيس دولة أجنبية إلا أن محكمة النقض الفرنسية وهي أعلى هيئة قضائية في فرنسا رفضت السماح برفع دعوى قضائية ضد الرئيس الليبي آنذاك، واعتبرت أن الأعراف الدولية تمنع محاكمة رئيس الدولة، وان ملف الدعوى يجب أن يغلق نهائياً².

وعلى ذات النهج سارت إحدى المحاكم الأمريكية ورفضت اتخاذ أي إجراءات قضائية ضد الرئيس الزيمبابوي، لكونه رئيس دولة أجنبية، وذلك بان من النادر أن تخترق دولة ما هذه القاعدة لتحاكم رئيس دولة أجنبية أمام قضاها الوطني، متجاوزة بالتالي الحصانات والامتيازات التي يقرها القانون الدولي لرؤساء الدول الأجنبية³.

يمكن القول أن سيادة الدولة وكرامتها ينبغي أن لا ينظر إليها إلا عبر احترام رمز سيادتها وممثلها الأعلى "رئيس الدولة" وذلك بعدم خضوعه للقضاء الجنائي الوطني لأي دولة أخرى حتى ولو كانت مصادقة على النظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية، مع الوضع في الاعتبار عدم الإفلات من العقاب، وعدم الإخلال بوجود إثارة المسؤولية الجنائية "الدولية" لرئيس الدولة عن الجرائم ذات الصلة الدولية أمام القضاء الجنائي الدولي وان يتم ذلك بعدالة ودون انتقائية وتمييز بين رئيس دولة عظمى ودولة صغرى حتى يتساوى الجميع أمام أجهزة القضاء الدولي، لان الحديث عن الحصانة الجنائية لرؤساء الدول يجب أن لا يخلط مع المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية التي يرتكبها رؤساء الدول والتي تقع في اختصاص القضاء الدولي، وعلى الرغم من انه حتى الآن لم يمثل رئيس دولة في العالم أما القضاء الجنائي الوطني لأي بلد من بلدان العالم إلا المحاولة لذلك أو حتى محاكمة جنائية لرئيس دولة أمام محكمة الجنايات الدولية وهو في سدة الحكم يمثل إذا حدث ضربة قوية لمبدأ "السيادة" المتعارف عليه في العلاقات الدولية والذي يمثل ركيزة أساسية في ميثاق منظمة الأمم المتحدة.

¹ نفس المرجع، ص 701.

² د. عز الدين الطيب، سيادة الدولة وحصانة رؤسائها في القانون الدولي، بحث منشور في مجلة العدل، العدد 38، ابريل 2013م، ص 12.

³ د. عيد مجيد حماد العيسوي، العلاقات الدبلوماسية ودورها في حل المنازعات الدولية، مرجع سابق، ص 94.

الخاتمة:

منذ بروز الدولة بشكلها الحالي، كشكل من أشكال التنظيم، والذي تمخض عن اتفاقية مونتفيدو الشهيرة في العام 1830م، وأصبحت شخص القانون الدولي الوحيد آنذاك، كانت تقوم على ثلاث ركيزات أساسية هي الإقليم، الشعب والحكومة "السيادة أو السلطة"، وتمثل الحكومة سيادة الدولة على إقليمها بما لها من أجهزة عسكرية، شرطية وأمنية، تعزز هذه السيادة بالإضافة إلى سلطاتها الثلاثة المعروفة التشريعية والقضائية والتنفيذية، ويمثل رئيس الدولة في هذا التسلسل للسلطة أعلى موظفيها وممثلها لدى المجتمع الدولي، كما يمثل رمز سيادتها الوطنية، ومن خلال البحث أشير إلى أهم النتائج والتوصيات:

أولاً: النتائج:

1. جعل ميثاق الأمم المتحدة مبدأ سيادة الدول من أهم مبادئه التي نص عليها والذي يشكل قيماً على أعمال أجهزة الأمم المتحدة المختلفة بما فيها مجلس الأمن الدولي، وذلك وفقاً لما جاء في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.
 2. أصبح مجلس الأمن الدولي بموجب نظام روما الأساسي يضطلع بدور "قضائي" بما يتنافى واختصاصاته التي نص عليها ميثاق الأمم المتحدة.
 3. أصبحت حصانات رؤساء الدول تنتهك من قبل المحكمة الجنائية الدولية الدائمة في تجاوز صريح لنصوص الاتفاقيات الدولية التي تنظم منح حصانات رؤساء الدول.
 4. منذ بداية حرب الخليج الأولى 1990م، وأحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001م، أصبح التناقض في قرارات مجلس الأمن الدولي سمة بارزة تنبئ باختلال المعايير وازدواجيتها في التعامل مع إفراتات الواقع الدولي المعاصر.
 5. يجب أن لا ينظر للقضاء الدولي نظرة انه يشكل بديلاً للقضاء الوطني فالقضاء الوطني يمثل سيادة الدولة.
- ثانياً: التوصيات:

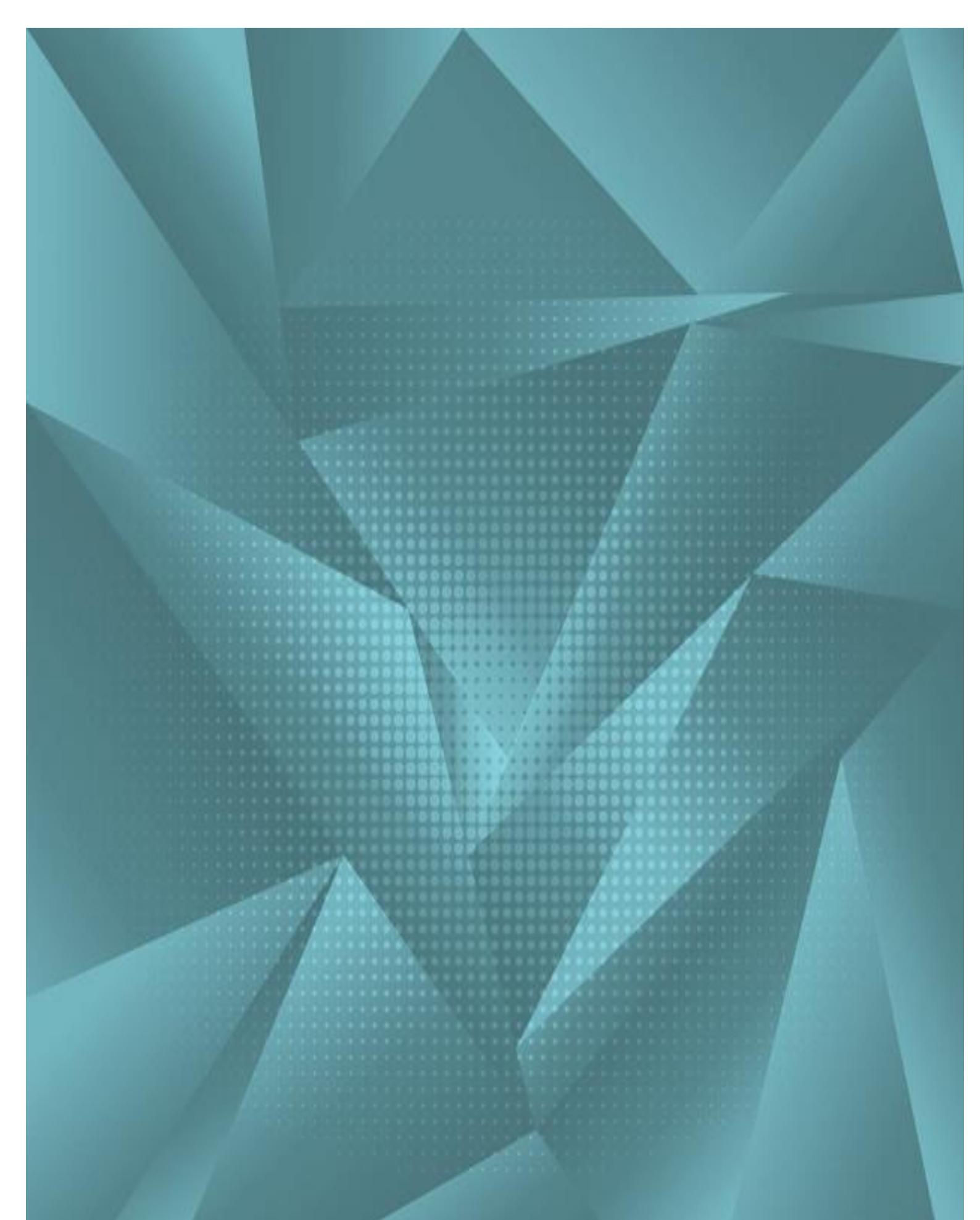
1. يجب أن يظل مبدأ السيادة في واجهة القانون الدولي المعاصر، وان تعددت بعض القيود عليه، لأن في إزاحته من واجهة العلاقات الدولية انعدام مظهر الدولة كشكل من أشكال التنظيم الدولي.
2. ينبغي على مجلس الأمن الدولي الابتعاد عن الأعمال ذات الصفة "القضائية" لأن استغلال القضاء مبدأ مهم في كل القوانين وذلك لتحقيق أكبر قدر من العدالة، والاكتفاء فقط بأدوارها التي نص عليها ميثاق الأمم المتحدة.

3. لا يحق لمجلس الأمن الدولي أن يجعل ولاية المحكمة الجنائية الدولية ولاية إجبارية طالما قام نظام هذه المحكمة على اتفاقية دولية، لأن الاتفاقيات الدولية تقوم على مبدأ "الرضا" وهو الأساس الذي تقوم عليه الالتزامات الدولية.
4. يجب التقييد الحرفي بما جاءت به الاتفاقيات الدولية بالنسبة لحصانة رؤساء الدول، لأن أي انتهاك لها يعني اهتزاز مبدأ السيادة، ولأن الرؤساء يمثلون رمز السيادة في دولهم، ويؤيد ذلك ما جاء في بعض السوابق القضائية الدولية.
5. يجب أن تكون هناك معايير محددة ومنضبطة تحكم قرارات مجلس الأمن الدولي بشأن سيادة الدول وحصانة رؤسائها.

هوامش البحث:

1. عبد الله محمد الريماوي، القضايا الكبرى في القانون الدولي المعاصر، الجزء الأول، مؤسسة ناصر للثقافة.
2. السيد محمد جبر، المركز القانوني للأقليات في القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.
3. د. محمد المجذوب، التنظيم الدولي، منشورات الحلبي، الطبعة الثامنة، بيروت، 2006.
4. د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة السادسة، بيروت، 2007م.
5. أ.د. شهاب سليمان عبد الله، القانون الدولي العام، مكتبة المتنبي، الطبعة الأولى، الرياض، 2015م.
6. د. عبد الله الأشعل، السودان والمحكمة الجنائية الدولية، مكتبة جزيرة الورد، الطبعة الأولى، القاهرة، 2010م.
7. د. عبد الله نوار شعت، الجريمة أمام المحكمة الجنائية الدولية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2016م.
8. د. معاذ احمد محمد احمد، المحكمة الجنائية الدولية وتجاوز القانون الدولي، مجلة حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، العدد الثاني، الخرطوم، ديسمبر 2013م.
9. د. عيد مجيد حماد العيساوي، العلاقات الدبلوماسية ودورها في حل المنازعات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015م.
10. د. جميل عبد الله الفائي، سلطات رئيس الجمهورية في الظروف الاستثنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006م.
11. أبو الخير احمد عطية، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.

12. د. رشيد مجيد محمد الربيعي، تطور القضاء الدولي الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
 13. د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م.
 14. د. عز الدين الطيب آدم، سيادة الدولة وحصانة رؤسائها في القانون الدولي العام، مجلة العدل، العدد 38، الخرطوم، ابريل 2013م.
- ملحوظة: هذه المصادر والمراجع تم ترتيبها حسب ورودها في البحث.



مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018